

# Schriftenreihe zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von Lutz Michalski,  
Axel Jäger und Klaus-Rudolf Wagner

Band 36

Christoph R. Wolter

## Der Gläubigerschutz bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unter Beteiligung einer GmbH



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

# A. Einleitung

Am 24.04.2007 ist das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes im Bundesgesetzblatt verkündet worden und am folgenden Tag in Kraft getreten.<sup>1</sup> Es dient in erster Linie der Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten<sup>2</sup> (RiLi 2005/56/EG)<sup>3</sup>, die seit dem 15.12.2005 in Kraft ist und durch die Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 1 RiLi 2005/56/EG bis zum Dezember 2007 umzusetzen war.<sup>4</sup>

Zweck der Richtlinie war es vorrangig, dem gewachsenen Bedürfnis der europäischen Kapitalgesellschaften an Kooperation und Reorganisation Rechnung zu tragen.<sup>5</sup> Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unterschiedlicher Rechtsform, die dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen, sollte erleichtert werden, um auf diese Weise zur Vollendung und zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen.<sup>6</sup> Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten mussten die grenzüberschreitende Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft aus einem Mitgliedstaat mit einer Kapitalgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat gestatten, wenn das innerstaatliche Recht der betreffenden Mitgliedstaaten Verschmelzungen zwischen Unternehmen solcher Rechtsformen erlaubt.<sup>7</sup>

Gläubigerschutzbelaenge wurden von der Richtlinie nur am Rande behandelt. Im Übrigen ordnete der Richtliniengeber an, dass für diesen Bereich die Vor-

1 BGBI. 2007, 542. In Kürze wird bereits das Dritte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, welches der Umsetzung der RiLi 2009/109/EG (ABl. L 259 vom 2.10.2009, S. 14 ff.) dient, in Kraft treten. Das Gesetz wurde jüngst (27.05.2011) im Bundestag in 2. und 3. Lesung beschlossen und am 17.06.2011 vom Bundesrat verabschiedet. Bei der dem Gesetz zugrunde liegenden RiLi 2009/109/EG handelt es sich um eine Änderungsrichtlinie, die die Richtlinien 77/91/EWG, 78/855/EWG, 82/891/EWG und 2005/56/EG modifiziert. Die in dieser Arbeit abgehandelte Thematik wird von der Richtlinie ebenso wie die Gesetzesänderung allerdings nicht tangiert. Vgl. hierzu ausführlich sogleich unter: Erster Teil, C.

2 ABl. Nr. L 310 v. 25.11.2005, 1 ff.

3 Im Folgenden auch: RiLi.

4 Die RiLi 2005/56/EG wurde zwischenzeitlich durch die RiLi 2009/109/EG (ABl. L 259 vom 2.10.2009, S. 14 ff.) – dort unter Art. 4 – geringfügig modifiziert. Geändert wurden die Art. 6 (Bekanntmachung des Verschmelzungsplanes) und ganz geringfügig Art. 15 (Vereinfachte Formalitäten).

5 Erwägungsgrund (1), RiLi 2005/56/EG.

6 Erwägungsgrund (1), RiLi 2005/56/EG.

7 Erwägungsgrund (1), RiLi 2005/56/EG.

schriften und Modalitäten des geltenden innerstaatlichen Rechts – „*angesichts des grenzüberschreitenden Charakters der Verschmelzung*“<sup>8</sup> – gelten. Auf Grundlage dieser Vorgaben führte der deutsche Gesetzgeber mit der Gesetzesänderung mehrere Vorschriften ein, die den Gläubigerschutz für Fallgruppen der grenzüberschreitenden Verschmelzung in erheblicher Abweichung zur bisherigen Rechtslage regeln.

Diese Besonderheiten werfen – mangels Vorgaben durch den europäischen Richtliniengeber – erhebliche Fragen auf, denen im Rahmen dieser Arbeit nachgegangen werden soll. So ist bereits unklar, ob und in welchem Umfang die Richtlinie die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber ermächtigt, von der Richtlinie nicht vorgegebene Gläubigerschutzbestimmungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung zu erlassen. Ferner ist zu klären, inwieweit und warum unterschiedliche Gläubigerschutzregelungen für verschiedene Verschmelzungskonstellationen zur Anwendung kommen. Zur Beantwortung dieser Fragestellungen werden die Gefährdungslagen, denen die Gläubiger im Rahmen der innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzung ausgesetzt sind, vertieft untersucht. Als Beispiel dient die Verschmelzung unter Beteiligung einer deutschen GmbH. Diese bietet sich für eine Untersuchung aus zweierlei Gründen an: Erstens bestehen in Bezug auf die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in den Mitgliedstaaten – anders als bei den Aktiengesellschaften<sup>9</sup> – noch erhebliche Unterschiede, insbesondere hat noch keine Angleichung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln stattgefunden. Zweitens trat zum 01.11.2008 in Deutschland das MoMiG<sup>10</sup> in Kraft. Im Zuge dieser Gesetzesänderung entflammte in Deutschland eine hitzige Diskussion über die Gläubigerschutzfunktion des Stammkapitals. Der Gesetzgeber entschied sich zwar letztlich dafür, den Mindesthaftungsfond beizubehalten; ob das Stammkapital bei der GmbH allerdings heute noch eine Gläubigerschutzfunktion erfüllt, bleibt aber umstritten.

---

8 Art. 4 Abs. 2 RiLi 2005/56/EG.

9 Bei den Aktiengesellschaften sind etwa die Kapitalschutzregelungen harmonisiert worden, vgl.: Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie 77/91/EWG, veröffentlicht in ABl. Nr. L 26 v. 31.01.1977, S. 1.

10 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl. I S. 2026.

## B. Historisches

Mehr als vierzig Jahre war die Europäische Union damit befasst, eine einheitliche Regelung transnationaler Fusionen von Gesellschaften innerhalb des Gemeinschaftsgebietes zu entwickeln. So wurde bereits 1965 eine Arbeitsgruppe aus Regierungsvertretern und Kommissionsangehörigen unter der Leitung des französischen Gesellschaftsrechtlers *Prof. Berthold Goldmann* eingesetzt, die am 27.09.1972 den Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften<sup>11</sup> vorlegte.<sup>12</sup> Grundlage für diese Arbeiten war Art. 220 EGV a. F.<sup>13</sup> Nach dem dritten Spiegelstrich dieser Vorschrift leiten die Mitgliedstaaten Verhandlungen untereinander ein, um die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen und die Möglichkeit der Verschmelzung von Gesellschaften, die den Rechtsvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten unterstehen, sicherzustellen. Die Arbeiten an dem damaligen Entwurf wurden in der Folge – nachdem sie bereits ins Stocken geraten waren – nach der Erweiterung des Gemeinsamen Marktes durch den Beitritt Großbritanniens, Irlands und Dänemarks wieder aufgenommen und bis zum Jahre 1980 fortgeführt. Allerdings konnten sie nicht erfolgreich beendet werden. Der Entwurf enthielt zwar Lösungsvorschläge zum Übergang der Arbeitsverhältnisse für den Fall einer Verschmelzung.<sup>14</sup> Nicht geregelt war hingegen das schwierigere Problem der Gestaltung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Organen des verschmolzenen Unternehmens.<sup>15</sup>

---

11 Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften und Bericht zu diesem Entwurf vom 27.09.1972 (DOK.-Nr. DOK 529/XIV/72); Text des Entwurfs auch abgedruckt bei: *Lutter*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 351 ff.

12 Vertiefend zu dem damaligen Entwurf: *Beitzke* in FS-Hallstein, S. 15ff; *Herrmann* in AG 1969, S. 348 ff.; *Mertens* in JR 1970, S. 321 ff.; *Bärmann* in FS-Kaufmann, S. 13 ff.; *Pipkorn* in ZHR 136 (1972), S. 499; *derselbe* in ZHR 137 (1973), S. 35 ff.; *Koppensteiner* in RabelsZ 1975, S. 406 ff.

13 Der damalige Entwurf vom 27.09.1972.

14 Vertiefend hierzu: *von Alversleben*, S. 92 ff.

15 Probleme bereitete auch die steuerrechtliche Behandlung internationaler Verschmelzungen, die in dem Entwurf ebenfalls nicht geregelt wurde; ein Kompromiss wurde insofern gefunden mit der Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensanteilen und den Austausch

Letztlich konnte in Bezug auf diese Frage keine Einigung erzielt werden und das Vorhaben der Aushandlung eines Übereinkommens wurde aufgegeben.

Ein zweiter Versuch zur Rechtsvereinheitlichung der grenzüberschreitenden Fusion stammt aus dem Jahre 1984. Der damalige Vorschlag für eine 10. gesellschaftsrechtliche Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften<sup>16</sup> wurde im Dezember 1984 durch die Kommission angenommen und im Januar 1985 dem Europäischen Parlament vorgelegt. Inhaltlich nahm er im Wesentlichen die Lösungen der am 9.10.1978 vom Ministerrat verabschiedeten 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie über die nationale Fusion<sup>17</sup> auf.<sup>18</sup> Wiederum war das praktisch schwierigste Problem die Gestaltung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Organen des verschmolzenen Unternehmens. Hier befürchteten Staaten mit hohem Mitbestimmungsniveau, dass internationale Fusionen als Mittel zur Flucht aus der Arbeitnehmermitbestimmung genutzt würden.<sup>19</sup> Um die mitbestimmungsrechtlichen Schwierigkeiten zu überwinden, ging die Kommission so weit, dass sie in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie einen Nichtanwendungsvorbehalt vorschlug, nach dem – bis zu einer späteren Koordinierung<sup>20</sup> – ein Mitgliedstaat die Richtlinie nicht anzuwenden braucht, wenn die grenzüberschreitende Verschmelzung dazu führt, dass ein Unternehmen nicht mehr die Voraussetzungen für die Vertretung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen erfüllt.<sup>21</sup> Da sich eine Verabschiedung der Strukturrichtlinie allerdings nicht abzeichnete, wurde schnell klar, dass der Nichtanwendungsvorbehalt rein tatsächlich – also entgegen seiner Intention – keinen Übergangsscharakter haben würde.<sup>22</sup> Die sich daraufhin abzeichnenden Wettbewerbsnachteile für die

---

von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. Nr. L 225, S. 1.

- 16 Vorschlag für eine zehnte Richtlinie des Rates über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften vom 14.1.1985 (DOK.-Nr. DOK (84) 727 endg.) ABl. EG Nr. C 23 vom 25.1.1985, S. 11; im Folgenden: RL-E 1984.
- 17 Richtlinie 78/855/EWG – ABl. EG Nr. L 295/36 vom 20.10.1978, ins deutsche Recht transponiert durch das Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz vom 25.10.1982 – BGBl. 1982 I S. 1425.
- 18 Vgl. ausführlich zum damaligen Richtlinievorschlag: *Ganske* in DB 1985, S. 581 ff.; *Kolvenbach* in DB 1986, S. 1973 (1975 f.); vgl. auch die Erläuterung des Richtlinievorschlages bei *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, S. 257 ff.
- 19 Andererseits befürchteten Staaten mit niedrigem Mitbestimmungsniveau die Entstehung mitbestimmungsrechtlicher Schwierigkeiten.
- 20 Eine solche sollte durch die geplante 5. gesellschaftsrechtliche Richtlinie (sog. Strukturrichtlinie) erfolgen, deren Verabschiedung sich allerdings bei weitem nicht so problemlos darstellte, wie dies bei Einführung des Vorbehalts gedacht war.
- 21 Vgl. zu den Erwägungen des Nichtanwendungsvorbehalts die Präambel des Richtlinienentwurfs, Präambel RL-E 1984.
- 22 So waren etwa die Bedenken bei: *Ganske* in DB 1985, S. 581 (583).

Mitgliedstaaten mit hohem Mitbestimmungsniveau führten dazu,<sup>23</sup> dass weiterhin keine Einigung erzielt werden konnte und der erste Richtlinienvorschlag schließlich versandete. Erst im Jahre 1998 wurde die Vorlage einer neuen Version des Richtlinienvorschlages – nunmehr auf der Grundlage des modifizierten Art. 100 A EGV – angekündigt, wozu es aber nicht kam.<sup>24</sup>

Bewegung kam in den Prozess einer Rechtsharmonisierung auf dem Gebiet des internationalen Verschmelzungsrecht dann durch den überraschenden Durchbruch bei der Schaffung einer Europäischen Aktiengesellschaft. Am 08.10.2001 wurde nach jahrelangen Verhandlungen die Verordnung zur Europäischen Aktiengesellschaft<sup>25</sup> nebst Richtlinie<sup>26</sup> verabschiedet. Mitenthalten war eine Kompromisslösung zur Arbeitnehmermitbestimmung im Unternehmen.<sup>27</sup> Als ersten Schritt zog die Kommission zum Ende des Jahres ihren ersten Vorschlag für eine zehnte Gesellschaftsrechtsrichtlinie von 1985 zurück.<sup>28</sup>

Die von der Kommission bereits im September 2001 mit Reformüberlegungen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts beauftragte Expertengruppe<sup>29</sup> unter der Leitung des Niederländers *Jaap Winter* legte im darauffolgenden November ihren Abschlussbericht vor.<sup>30</sup> Darin wurde die Notwendigkeit der Erleichterung von Unternehmensrestrukturierungen innerhalb der Europäischen Union betont.<sup>31</sup> In

---

23 So bereits prognostiziert mit einer dementsprechenden pessimistischen Prognose für die Verabschiedung der Richtlinie: *Ganske* in DB 1985, S. 581 (583 f.); ebenso die Kritik in der *Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses*, Abl. EG 1985 Nr. C 303/27; *Eyles* Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft 1990, S. S. 220 f.; *Däubler* in DB 1988, 1850 (1853); derselbe in *Breit, Europäischer Binnenmarkt*, S. 27; *Kolvenbach* in DB 1986, 1973 (1975).

24 *Boucourechliev* in RIW 1999, S. 1 (5).

25 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), Abl. EG Nr. L 294 vom 10.11.2001, S. 1.

26 Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, Abl. EG Nr. L 294 vom 10.11.2001, S. 22.

27 Vertiefend zur Arbeitnehmermitbestimmung in der SE: *Herfs-Röttgen* in NZA 2001, 424; *Wissmann* in FS-Wiedemann 2002, S. 685; *Herfs-Röttgen* in NZA 2002, 358, 424; *Gruber/Weller* in NZG 2003, 297; *Kraushaar* in BB 2003, 1614.

28 Mitteilung der Kommission vom 21.12.2001, Dokument: KOM (2001) 763 endgültig/2, S. 22, abrufbar unter:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0763:FIN:DE:PDF>.

29 „Hochrangige Expertengruppe auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts“.

30 Veröffentlicht auf der Seite der Kommission unter:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/report\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf).

31 (vorige Fn.), Kap. VI 1 unter Verweis auf die Stellungnahmen zum Konsultationspapier der Expertengruppe (veröffentlicht unter:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/consult\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/consult_de.pdf).