

## Zehnter Abschnitt

## Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften

## Vorbemerkung zu §§ 122a–122l

		Übersicht		
		Rn		
		Rn		
I. Allgemeines	1	VI. Umsetzung der Richtlinie; Auslegung der Regelungen	20	Rn
II. Rechtslage bis zum Inkrafttreten der §§ 122a ff	2	VII. Andere grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge	24	
III. Rechtsprechung des EuGH	5	VIII. Insbesondere: Rechtsprechung deutscher Gerichte zum grenzüberschreitenden Formwechsel	33	
1. Das Urteil des EuGH vom 13.12.2005 – Sevic Systems AG (Rs C-411/03)	5	1. Beschluss des OLG Nürnberg vom 19.6.2013	34	
2. Das Urteil des EuGH vom 16.12.2008 – Cartesio (Rs C-210/06)	7	2. Beschluss des KG vom 21.3.2016	36	
3. Das Urteil des EuGH vom 12.7.2012 – Vale (Rs C-378/10)	10	3. Beschluss des OLG Frankfurt vom 3.1.2017	38	
4. Stellungnahme	13	4. Stellungnahme	41	
IV. Verschmelzungs-Richtlinie – Aktuelle Entwicklungen	15	IX. Überblick über die Verfahrensschritte einer grenzüberschreitenden Verschmelzung	42	
V. Anwendbarkeit der innerstaatlichen Rechtsvorschriften	18			

**Literatur:** *Bayer/Schmidt* Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, NJW 2006, 401; *dies* Anmerkung zum SEVIC-Urteil des EuGH, ZIP 2006, 210; *dies* Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – Eine kritische Stellungnahme, NZG 2006, 841; *dies* Gläubigerschutz bei (grenzüberschreitenden) Verschmelzungen, ZIP 2016, 841; *Behme* Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach Cartesio und Vale, NZG 2012, 936; *Behrens* Die neue Lektion aus Luxemburg zur internationalen Mobilität von Gesellschaften, EuZW 2006, 65; *Binz/Mayer* Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co KG im Aufwind?, GmbHR 2003, 249; *Bungert* Grenzüberschreitende Verschmelzungsmobilität – Anmerkung zur SEVIC-Entscheidung des EuGH, BB 2006, 53; *Centrale für GmbH* Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, GmbHR 2006, 418; *Dorr/Stukenborg* „Going to the Chapel“: Grenzüberschreitende Ehen im Gesellschaftsrecht – Die ersten transnationalen Verschmelzungen nach dem UmwG (1994), DB 2003, 647; *Drinhausen/Keinath* Referentenentwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung des UmwG – Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzungen für deutsche Kapitalgesellschaften?, BB 2006, 725; *dies* Die grenzüberschreitende Verschmelzung inländischer Gesellschaften nach Erlass der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in Europa, RIW 2006, 81; *Drygala/von Bressendorf* Gegenwart und Zukunft grenzüberschreitender Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2016, 1161; *Frenzel* Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist, RIW 2008, 12; *Geyrhalter/Weber* Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen SEVIC Systems und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, 146; *Grohmann/Gruschinske* Grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa, GmbHR 2006, 191; *dies* Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU – die Rechtssache Cartesio, EuZW 2008, 463; *Grunewald* Der Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem Entwurf eines zweiten Gesetzes zur

Änderung des UmwG, Der Konzern 2007, 106; *Hagemann* Brexit: Handlungsoptionen für eine Sitzverlegung aus dem Vereinigten Königreich nach Deutschland, DB 2017, 830; *Haritz/von Wolff* Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts, GmbHR 2006, 340; *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; *Kappes* Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen, NZG 2006, 101; *Kiem* Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im deutschen Umwandlungsgesetz, WM 2006, 1091; *Kindler* Ende der Diskussion über die so genannte Wegzugsfreiheit, NZG 2009, 130; *ders* Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH, EuZW 2012, 888; *Koppensteiner* Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2006, 40 (Anm zu SEVIC); *Krause/Kulpa* Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Vor dem Hintergrund der „Sevic“-Entscheidung und der Reform des deutschen Umwandlungsrechts, ZHR 171 (2007), 38; *Lutter/Drygala* Internationale Verschmelzungen in Europa, JZ 2006, 770; *Maul/Teichmann* Der Richtlinienvorschlag zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, BB 2003, 2633; *Meilicke/Rabback* Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Sevic und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht nach Handels- und Steuerrecht, GmbHR 2006, 123; *Müller* Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 81; *ders* Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, NZG 2006, 286; *Nagel* Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, NZG 2006, 97; *Neye* Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, ZIP 2005, 1893; *Neye/Timm* Die geplante Umsetzung der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Umwandlungsprozess, DB 2006, 488; *Oechsler* Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, NZG 2006, 161; *ders* Die Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen – Die Sevic-Entscheidung des EuGH, NJW 2006, 812; *Reichert* Die SE als Gestaltungsinstrument für grenzüberschreitende Umstrukturierungen; Institute for Law and Finance, Working Paper Series No 54 (11/2006), *Samson/Flindt* Internationale Unternehmenszusammenschlüsse, NZG 2006, 290; *Schmidt/Maul* Kommentar in BB 2006, 13; *Sedemund* EU-weite Verschmelzungen: Gesellschaftsrechtliche Vorgaben und steuerliche Implikationen des SEVIC-Urteils des EuGH vom 13.12.2005, BB 2006, 519; *Seibold* Der grenzüberschreitende Herein-Formwechsel in eine deutsche GmbH – Geht doch!, ZIP 2017, 456; *Simon/Rubner* Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht, Der Konzern 2007, 835; *Spahlinger/Wegen* Deutsche Gesellschaften in grenzüberschreitenden Umwandlungen nach „SEVIC“ und der Verschmelzungsrichtlinie in der Praxis, NZG 2006, 721; *Teichmann* Anm zu SEVIC, ZIP 2006, 355; *ders* Die Einführung der Europäischen AG – Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen Gesetzgeber, ZGR 2002, 383; *ders* Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, Der Konzern 2007, 89; *Vetter* Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG, AG 2006, 613; *Wöhlert* Umzug von Gesellschaften innerhalb Europas – Eine systematische Darstellung unter Auswertung der Entscheidungen „Cartesio“ und „Trabrennbahn“, GWR 2009, 161; *Zimmer/Naendrup* Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, 545; *Zwirlein* Grenzüberschreitender Formwechsel – europarechtlich veranlasste Substitution im UmwG, ZGR 2017, 115.

## I. Allgemeines

Die gesetzliche Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung in den §§ 122a–122l wurde durch das Zweite Gesetz zur Änderung des UmwG v 19.4.2007 (BGBl I 2007, 542, in Kraft getreten am 25.4.2007) neu eingeführt. Sie beruht inhaltlich auf den

Vorgaben der RL 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (nachfolgend „**VerschmelzungsRL**“ genannt). Motor der bemerkenswert raschen Umsetzung dieser Richtlinie in nationales Recht war nicht zuletzt die Entsch des EuGH v 13.12.2005 in der Rs C-411/03 betr die Gesellschaft unter der Firma SEVIC Systems AG (sog „SEVIC“-Entsch).

## II. Rechtslage bis zum Inkrafttreten der §§ 122a ff

- 2 Vor Inkrafttreten der §§ 122a ff eröffnete das geltende Recht die Möglichkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen ausdrücklich nur für AG über den Umweg der Gründung einer Europäischen AG (SE) gem Art 2 der VO (EG) Nr 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (nachfolgend „**SE-VO**“ genannt). Nach dieser Vorschrift können AG, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben, eine SE durch Verschmelzung gründen. Durch diese Vorschrift war für AG verschiedener Mitgliedstaaten bereits vor Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG die Möglichkeit eröffnet, das wirtschaftliche Ergebnis einer grenzüberschreitenden Verschmelzung durch Kettenverschmelzung unter Zwischenschaltung einer europäischen AG zu erreichen. Durch die Umsetzung der VerschmelzungsRL wurde auch kleinen und mittelständischen Unternehmen in Europa die Möglichkeit eröffnet, grenzüberschreitende Umstrukturierungen unmittelbar im Wege der Verschmelzung durchzuführen (*Drinhausen/Keinath* BB 2006, 725; *Vetter* AG 2006, 613, 614).
- 3 Die Frage der Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen war bis zum Inkrafttreten der §§ 122a ff im Schrifttum umstr. Während nach einer Ansicht, gestützt auf den Wortlaut des § 1 sowie auf das in § 1 Abs 2 enthaltene Analogieverbot, die Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen de lege lata verneint wurde mit der Folge, dass lediglich „Rechtsträger mit Sitz im Inland“ durch Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung oder Formwechsel umgewandelt werden konnten (so *Heckschen* in *Widmann/Mayer*, Stand 2009, § 1 Rn 206 ff; wohl auch *Bermel* in *Goutier/Knopf/Tulloch*, 1995, § 1 Rn 16), wurde von der wohl überwiegenden Ansicht argumentiert, die in § 1 enthaltene Einschränkung auf Inlandsumwandlungen stelle eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art 43, 48 EGV (heute Art 49 und 54 AEUV) dar, weshalb diese Regelung in europarechtskonformer Auslegung keine Anwendung finden könne (so etwa *Kallmeyer* in *Kallmeyer*, 3. Aufl 2006, § 1 Rn 14 f; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* 4. Aufl 2006, § 1 Rn 43; *Drygala* in *Lutter*, 3. Aufl 2004, § 1 Rn 18). Auf dem Boden der zuletzt genannten Ansicht war es auch bereits vor der SEVIC-Entsch des EuGH in Einzelfällen zu Registereintragungen grenzüberschreitender Verschmelzungen in deutsche Handelsregister gekommen (hierzu *Dorr/Stukenborg* DB 2003, 647 ff, *Rixen/Böttcher* GmbH 1993, 572 ff; *Wenglorz* BB 2004, 1061).
- 4 In der Praxis wurden vor Inkrafttreten der §§ 122a ff unterschiedliche Strukturen gewählt, um den wirtschaftlichen Effekt einer grenzüberschreitenden Verschmelzung herbeizuführen (hierzu etwa *Samson/Flindt* NZG 2006, 290 ff). Neben der Möglichkeit der Gründung einer neuen Gesellschaft durch die Anteilsinhaber der zu „verschmelzenden“ Gesellschaften und der Einbringung der Anteile an diesen Gesellschaften in die neue Gesellschaft soll insbes auch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden

sein, dass eine der beteiligten Gesellschaften (A) den Gesellschaftern der anderen Gesellschaft (B) Anteile an A für die Übertragung der Anteile an B anbot, wodurch Gesellschaft B zur Tochtergesellschaft von Gesellschaft A wurde (hierzu näher *Vetter AG* 2006, 613, 614). Überdies stand der – freilich komplizierte – Weg offen, das wirtschaftliche Ergebnis einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zweier KapGes dadurch zu erreichen, dass die „übertragende“ Gesellschaft zunächst gem § 228 in eine PersGes umgewandelt wurde, die ausländische Zielgesellschaft sodann als Mitgesellschafterin dieser Gesellschaft aufgenommen wurde und schließlich die bisherigen Gesellschafter der „übertragenden“ Gesellschaft austraten, wodurch der ausländische Gesellschafter der Zielgesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Anwachsung Alleineigentum am Gesellschaftsvermögen erwarb (hierzu näher *Lutter/Drygala JZ* 2006, 770, 772).

### III. Rechtsprechung des EuGH

**1. Das Urteil des EuGH vom 13.12.2005 – Sevic Systems AG (Rs C-411/03).** Als Ausgangsverfahren lag dem Vorabentscheidungsersuchen des LG Koblenz eine dort anhängige Beschwerde der in Neuwied (Deutschland) ansässigen SEVIC Systems AG gegen die Zurückweisung ihres Antrags auf Eintragung ihrer Verschmelzung mit der in Luxemburg ansässigen Security Vision Concept SA (nachfolgend „**Security Vision**“ genannt) in das Handelsregister durch das AG Neuwied zugrunde. Der Verschmelzungsvertrag sah eine Verschmelzung (durch Aufnahme) der Security Vision auf die SEVIC Systems AG vor. Das AG hatte die Registereintragung mit der Begründung abgelehnt, eine Umw sei nach geltendem Recht gem § 1 nur bei ausschließlicher Beteiligung von Rechtsträgern mit Sitz im Inland zulässig. Die Vorlagefrage des LG Koblenz, ob es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit gem Art 43 EG (heute Art 49 AEUV) stehe, wenn einer ausländischen europäischen Gesellschaft die Eintragung ihrer Verschmelzung mit einer deutschen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister versagt wird, weil § 1 Abs 1 Nr 1 nur eine Umw von Rechtsträgern mit Sitz im Inland vorsieht, beantwortete der EuGH dahingehend, dass „die Art 43, 48 EGV dem entgegenstehen, dass in einem Mitgliedstaat die Eintragung der Verschmelzung durch Auflösung ohne Abwicklung einer Gesellschaft und durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf eine andere Gesellschaft in das nationale Handelsregister generell verweigert wird, wenn eine der beiden Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, während eine solche Eintragung, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, möglich ist, wenn beide an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz im erstgenannten Mitgliedstaat haben“ (zur SEVIC-Entsch auch *Schmidt/Maul BB* 2006, 13 ff; *Teichmann ZIP* 2006, 355 ff; *Kappes NZG* 2006, 101 ff; *Behrens EuZW* 2006, 65; *Sedemund BB* 2006, 519 ff; *Oechsler NJW* 2006, 812 ff; *Bayer/Schmidt ZIP* 2006, 210 ff; *Bungert BB* 2006, 53 ff).

Die zentralen Thesen des EuGH, an denen auch die Umsetzung der Richtlinienvorschriften in das Regime der §§ 122a–l sowie deren Auslegung zu messen ist, lauten: **6**

- Verschmelzungen unter Beteiligung eines Rechtsträgers eines anderen Mitgliedstaats gehören zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten, hinsichtlich derer die Mitgliedstaaten die **Niederlassungsfreiheit nach Art 43 EGV** (heute Art 49 AEUV) beachten müssen. Nach Art 43 Abs 2 EG iVm Art 48 EGV (heute Art 49 Abs 2 iVm 54 AEUV) umfasst die Niederlassungsfreiheit ua das Recht auf Gründung und Leitung von Gesellschaften nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats, die für des-

sen eigene Angehörige gelten. Grenzüberschreitende Verschmelzungen entsprechen den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten und stellen besondere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar (vgl Ziff 19 der Entscheidungsgründe). Sie stellen ein wirksames Mittel zur Umw von Gesellschaften dar, das es im Rahmen eines einzigen Vorgangs ermöglicht, eine bestimmte Tätigkeit in neuer Form und ohne Unterbrechung auszuüben, so dass Komplikationen sowie Zeit- und Kostenaufwand verringert werden, die andere Formen der Umgestaltung von Gesellschaften, etwa die Auflösung einer Gesellschaft mit Vermögensabwicklung und die Gründung einer neuen Gesellschaft unter Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände auf diese, mit sich bringen (vgl Ziff 21 der Entscheidungsgründe).

- Die gesetzliche Regelung in §1 Abs 1 Nr 1, nach deren Wortlaut nur eine Umw von Rechtsträgern mit Sitz im Inland möglich ist, begründet eine **Ungleichbehandlung** von Verschmelzungen von Rechtsträgern mit Sitz im Inland (nachfolgend „**nationale Verschmelzungen**“ genannt) und grenzüberschreitenden Verschmelzungen. Diese Ungleichbehandlung stellt eine Beschränkung iSd Art 43, 48 EG (heute Art 49, 54 AEUV) dar, die nach den allg, zu den Grundfreiheiten entwickelten Grundsätzen des EuGH nur dann zulässig sein kann, wenn sämtliche im Folgenden aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl Ziff 23 der Entscheidungsgründe):
  - Mit der die Niederlassungsfreiheit beschränkenden Regelung muss ein legitimes, mit dem EG-Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt werden;
  - die beschränkende Regelung muss zur Erreichung dieses Ziels geeignet sein;
  - die beschränkende Regelung darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des legitimen Ziels erforderlich ist;
  - die beschränkende Regelung muss durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.
- Die Bedingungen, an die das UmwG innerstaatliche Verschmelzungen knüpft, dienen dem Schutz der Gläubiger, der Minderheitsaktionäre und der Arbeitnehmer sowie der Wahrung der Steueraufsicht und der Lauterkeit des Handelsverkehrs. Sie verfolgen damit **gemeinschaftsrechtlich legitime Ziele**, die unter bestimmten Umständen und bei Beachtung bestimmter Voraussetzungen eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahme rechtfertigen können (vgl Ziff 28 der Entscheidungsgründe).
- Wird jedoch in einem Mitgliedstaat die Eintragung der Verschmelzung einer Gesellschaft mit Sitz in diesem Staat mit einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft in das Handelsregister generell verweigert, so werden grenzüberschreitende Verschmelzungen auch dann verhindert, wenn die og Interessen nicht bedroht sind. Eine solche Regelung ginge somit über das hinaus, was zur Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich ist (vgl Ziff 30 der Entscheidungsgründe). Wenn gemeinschaftliche Harmonisierungsvorschriften zur Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzungen auch hilfreich wären, so sind sie jedoch keine Vorbedingung für die Durchführung der in den Art 43, 48 EGV (heute Art 49, 54 AEUV) verankerten Niederlassungsfreiheit (vgl Ziff 26 der Entscheidungsgründe).

**7 2. Das Urteil des EuGH vom 16.12.2008 – Cartesio (Rs C-210/06).** Als Ausgangsverfahren lag dem Vorabentscheidungsersuchen des Regionalgerichts Szeged in Ungarn