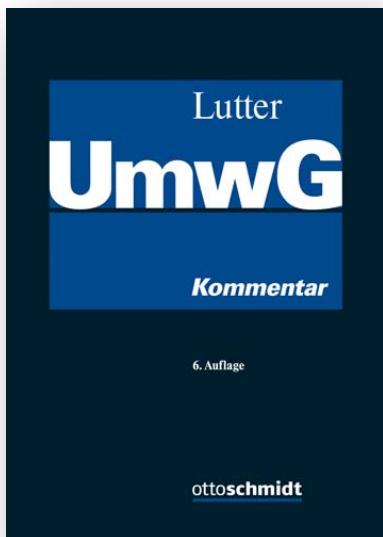


Leseprobe zu



Lutter

Umwandlungsgesetz

Kommentar mit systematischer Darstellung des Umwandlungssteuerrechts und der Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplan sowie Kommentierung des SpruchG

6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2019, 3281 Seiten, 2 Bände, gebunden, Kommentar,
170x240 mm

ISBN 978-3-504-37020-6

279,00 €

Vorwort

Das am 1. Januar 1995 in Kraft getretene Umwandlungsgesetz (UmwG) hat – begleitet durch das passgenaue Umwandlungssteuergesetz – die Landschaft des Unternehmensrechts ganz nachdrücklich verändert: Die Spaltung und ihr Unterfall, die Ausgliederung, sind als neue Rechtsinstrumente geschaffen worden; der einstige Unterschied zwischen formwechselnder und übertragender Umwandlung wurde gesellschaftsrechtlich und teilweise auch steuerrechtlich eingeebnet. Die Umwandlungsmöglichkeiten wurden in starkem Maße ausgeweitet und haben zu einer großen Flexibilität im Recht der Unternehmensumstrukturierung geführt; die Möglichkeiten der Unternehmen zur Schaffung optimaler Strukturen und die Anpassungsfähigkeit an die Globalisierung der Wirtschaft wurden auf diese Weise nachhaltig verbessert.

Mit dem 2. ÄnderungsG zum UmwG vom 19. April 2007 hat das Umwandlungsrecht große Erleichterungen und zusätzliche Erweiterungen erfahren: Erleichterungen, weil eine ganze Reihe von angemahnten Änderungen und Verbesserungen Gesetz geworden sind; Erweiterungen, weil in Umsetzung der EU-Fusionsrichtlinie vom 26. Oktober 2005 die §§ 122a bis 122l UmwG zur europaweiten, grenzüberschreitenden Verschmelzung in das Gesetz aufgenommen wurden. Damit können sich europäische Kapitalgesellschaften (AG, KGaA, SE, GmbH) nach Deutschland hineinverschmelzen, aber auch deutsche Kapitalgesellschaften in andere EU- und EWR-Länder herausverschmelzen: ein großer Schritt auf dem Weg zur Europäisierung des Unternehmensrechts. Dann brachte das am 15. Juli 2011 in Kraft getretene 3. ÄnderungsG zum UmwG in Umsetzung der RL 2009/109/EG zahlreiche Änderungen und Erleichterungen mit sich, so etwa den verschmelzungsrechtlichen Squeeze-Out. Für die Praxis besonders bedeutsam waren die gesetzesübergreifenden Modifikationen des Freigabeverfahrens durch das ARUG.

In der aktuellen Neuauflage erstmalig kommentiert wird das 4. ÄnderungsG zum UmwG vom 19. Dezember 2018. Darüber hinaus wurde wegen der besonderen Bedeutung, die gesellschaftsrechtliche Fragen durch das ESUG in der Insolvenz gewonnen haben, ein neuer Anhang I in den Kommentar aufgenommen, der die Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplan systematisch erläutert. Im Übrigen wurde der Kommentar – wie gewohnt – auf den neuesten Stand von Rechtsprechung und Schrifttum gebracht.

Die für jede Umwandlung zentralen Fragen des Steuerrechts werden auch in der Neuauflage nachdrücklich berücksichtigt und wurden teilweise in der Einleitung II dieses Kommentars sowie in den Anhängen nach § 122m UmwG für die Verschmelzung, nach § 151 UmwG für die Spaltung, nach § 173 UmwG für die Ausgliederung, nach § 189 UmwG für die Vermögensübertragung sowie im Anhang nach § 304 UmwG für den Formwechsel auf den neuesten Stand gebracht. Auf diese Weise findet der Leser in diesem Kommentar eine problembezogene und systematische Darstellung der anstehenden steuerlichen Fragen jeweils im Kontext mit der für ihn relevanten Form der Umwandlung.

Geringfügig verändert wurde mit dieser Neuauflage das Layout des Kommentars, so dass die vorliegende Ausgabe – freilich ohne Einbußen beim Inhalt – mit einem gegenüber der Vorauflage leicht reduzierten Seitenumfang aufwartet.

Ein Gesetz wie das Umwandlungsgesetz ist eine Herausforderung für Praxis und Wissenschaft. Aufgaben der Systematisierung und Erläuterung stellen sich ebenso wie Fragen der praktischen Gestaltung, ihrer Möglichkeiten und Grenzen. Daher setzt der „Lutter“ seit jeher darauf, Autoren aus der Praxis mit Autoren aus der Wissenschaft gemeinsam vor die Aufgabe zu stellen, das Gesetz zu erläutern, Antworten auf offene Rechtsfragen zu finden und aktuelle Entwicklungen zu begleiten. Dabei trägt jeder Autor für seinen Teil die wissenschaftliche Verantwortung, auch wenn auf die Koordination bei der Interpretation der vielfach verschränkten Teile des Gesetzes besonderer Wert gelegt wird.

Mit der aktuellen 6. Auflage verbunden ist die Fortsetzung des bereits in den Vorauflagen einsetzenden Generationenwechsels: Endgültig aus dem Autorenteam verabschiedet hat sich der Gründungs-Herausgeber und – nach wie vor – Namensträger dieses Kommentars, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter. Ihm schulden die aktuellen Herausgeber Prof. Dr. Walter Bayer und Prof. Dr. Jochen Vetter sowie alle Autoren und auch der Verlag Dr. Otto Schmidt hohe Anerkennung und ganz herzlichen Dank!

Auch im Kreis der Autoren wurde der Generationenwechsel mit zum Teil grundlegenden Neukommentierungen fortgesetzt: Neu in das Autorenteam aufgenommen wurden Dr. Martin T. Schwab (er hat die bislang von Prof. Dr. Martin Karollus kommentierten §§ 120–122, 152–160, 319 UmwG übernommen), Prof. Dr. Jan Lieder (der nunmehr die bislang von Prof. Dr. Arndt Teichmann bearbeiteten §§ 123–125, 131, 135 UmwG sowie den Anhang nach § 137 UmwG kommentiert) sowie Prof. Dr. Adam Sagan (der von Prof. Dr. Detlev Joost die §§ 322–325 UmwG übernommen hat), schließlich Dr. Michael Frege, Joachim Kühne und Dr. Charlotte Schildt als Kommentatoren des neuen Anhangs I zu Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplan. Prof. Dr. Joachim Hennrichs hat zusätzlich (von Prof. Dr. Hans-Joachim Priester) § 24 UmwG sowie den Anhang zu § 134 UmwG übernommen, Dr. Andreas Hoger (von Prof. Dr. Detlev Joost) die §§ 214–225c UmwG. Allen mit dieser Auflage ausgeschiedenen Autoren danken Herausgeber und Verlag ganz herzlich!

Autoren und Herausgeber danken ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für alle Hilfe; ohne sie wäre die rasche Verwirklichung der Neuauflage nicht möglich gewesen. Dank gilt aber auch dem Verlag für seine tatkräftige und stets freundliche und hilfreiche Unterstützung.

Vor allem aber bitten wir die Leser herzlich um Anregung und Kritik; diese kann gerne per E-Mail (lektorat@otto-schmidt.de) an den Verlag geschickt werden.

Jena und München, im Juli 2019

Walter Bayer
Jochen Vetter

Inhaltsverzeichnis

Band I

	Seite
Vorwort	VII
Allgemeines Literaturverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Autorenverzeichnis	XXXV
Einleitung I Umwandlungsrecht	1
Einleitung II Umwandlungssteuerrecht	43

Kommentierung des UmwG

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

	§§	Seite	
Zweiter Unterabschnitt	Verschmelzung durch Neugründung ..	73–77	944
Vierter Abschnitt	Verschmelzung unter Beteiligung von Kommanditgesellschaften auf Aktien	78	956
Fünfter Abschnitt	Verschmelzung unter Beteiligung eingetragener Genossenschaften		
Erster Unterabschnitt	Verschmelzung durch Aufnahme	79–95	960
Zweiter Unterabschnitt	Verschmelzung durch Neugründung ..	96–98	1079
Sechster Abschnitt	Verschmelzung unter Beteiligung rechtsfähiger Vereine	99–104a	1098
Siebenter Abschnitt	Verschmelzung genossenschaftlicher Prüfungsverbände	105–108	1146
Achter Abschnitt	Verschmelzung von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit		
Erster Unterabschnitt	Möglichkeit der Verschmelzung	109	1159
Zweiter Unterabschnitt	Verschmelzung durch Aufnahme	110–113	1167
Dritter Unterabschnitt	Verschmelzung durch Neugründung ..	114–117	1178
Vierter Unterabschnitt	Verschmelzung kleinerer Vereine	118, 119	1186
Neunter Abschnitt	Verschmelzung von Kapitalgesellschaften mit dem Vermögen eines Alleingeschafters	120–122	1189
Zehnter Abschnitt	Grenzüberschreitende Verschmelzung	122a–122m	1231
Anhang 1	Steuerfolgen der Verschmelzung im Inlandsfall	Anh. 1 122m	1364
Anhang 2	Besonderheiten bei Umwandlungen mit internationalem Bezug	Anh. 2 122m	1434

Band II

		§§	Seite
Drittes Buch	Spaltung		
Erster Teil			
Allgemeine Vorschriften			
Erster Abschnitt	Möglichkeit der Spaltung	123–125	1457
Zweiter Abschnitt	Spaltung zur Aufnahme	126–134	1505
Anhang	Bilanzierung bei Spaltung	Anh. 134	1698
Dritter Abschnitt	Spaltung zur Neugründung	135–137	1703
Anhang	Die Spaltung unter Beteiligung von Personenhandelsgesellschaften und Partnerschaftsgesellschaften	Anh. 137	1720
Zweiter Teil			
Besondere Vorschriften			
Erster Abschnitt	Spaltung unter Beteiligung von Gesell- schaften mit beschränkter Haftung	138–140	1727
Zweiter Abschnitt	Spaltung unter Beteiligung von Aktien- gesellschaften und Kommandit- gesellschaften auf Aktien	141–146	1743
Dritter Abschnitt	Spaltung unter Beteiligung eingetra- genter Genossenschaften	147, 148	1773
Vierter Abschnitt	Spaltung unter Beteiligung rechts- fähiger Vereine	149	1788
Fünfter Abschnitt	Spaltung unter Beteiligung genosse- nchaftlicher Prüfungsverbände	150	1796
Sechster Abschnitt	Spaltung unter Beteiligung von Ver- sicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit	151	1798
Anhang	Steuerfolgen der Auf- oder Abspaltung im Inlandsfall	Anh. 151	1804
Siebenter Abschnitt	Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns		
Erster Unterabschnitt	Möglichkeit der Ausgliederung	152	1842
Zweiter Unterabschnitt	Ausgliederung zur Aufnahme	153–157	1873
Dritter Unterabschnitt	Ausgliederung zur Neugründung	158–160	1917
Achter Abschnitt	Ausgliederung aus dem Vermögen rechtsfähiger Stiftungen	161–167	1941
Neunter Abschnitt	Ausgliederung aus dem Vermögen von Gebietskörperschaften oder Zusammenschlüssen von Gebiets- körperschaften	168–173	1979
Anhang	Steuerfolgen der Ausgliederung im Inlandsfall	Anh. 173	2031

	§§	Seite
Viertes Buch	Vermögensübertragung	Einf.
Erster Teil	Möglichkeit der Vermögens- übertragung	174–175
Zweiter Teil	Übertragung des Vermögens oder von Vermögensteilen einer Kapital- gesellschaft auf die öffentliche Hand	2045
Erster Abschnitt	Vollübertragung	176
Zweiter Abschnitt	Teilübertragung	177
Dritter Teil	Vermögensübertragung unter Versicherungsunternehmen	
Erster Abschnitt	Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft auf Versicherungs- vereine auf Gegenseitigkeit oder öffentlicht-rechtliche Versicherungs- unternehmen	
Erster Unterabschnitt	Vollübertragung	178
Zweiter Unterabschnitt	Teilübertragung	179
Zweiter Abschnitt	Übertragung des Vermögens eines Versicherungsvereins auf Gegenseitig- keit auf Aktiengesellschaften oder öffentlicht-rechtliche Versicherungs- unternehmen	
Erster Unterabschnitt	Vollübertragung	180–183
Zweiter Unterabschnitt	Teilübertragung	184
Dritter Abschnitt	Übertragung des Vermögens eines kleineren Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit auf eine Aktiengesell- schaft oder auf ein öffentlich-recht- liches Versicherungsunternehmen	185–187
Vierter Abschnitt	Übertragung des Vermögens eines öffentlicht-rechtlichen Versicherungs- unternehmens auf Aktiengesellschaf- ten oder Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit	2112
Erster Unterabschnitt	Vollübertragung	188
Zweiter Unterabschnitt	Teilübertragung	189
Anhang 1	Bestandsübertragung	Anh. 1 189
Anhang 2	Konzernbildung bei VVaG und VVaG-Gleichordnungskonzern	Anh. 2 189
Anhang 3	Steuerfolgen der Vermögensüber- tragung im Inlandsfall	Anh. 3 189

	§§	Seite	
Fünftes Buch			
Formwechsel	Einf.	2163	
Erster Teil	Allgemeine Vorschriften	190–213	2179
Zweiter Teil	Besondere Vorschriften		
Erster Abschnitt	Formwechsel von Personengesellschaften		
Erster Unterabschnitt	Formwechsel von Personenhandelsgesellschaften	214–225	2363
Zweiter Unterabschnitt	Formwechsel von Partnerschaftsgesellschaften	225a–225c	2428
Zweiter Abschnitt	Formwechsel von Kapitalgesellschaften		
Erster Unterabschnitt	Allgemeine Vorschriften	226, 227	2433
Zweiter Unterabschnitt	Formwechsel in eine Personengesellschaft	228–237	2439
Dritter Unterabschnitt	Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform	238–250	2523
Vierter Unterabschnitt	Formwechsel in eine eingetragene Genossenschaft	251–257	2607
Dritter Abschnitt	Formwechsel eingetragener Genossenschaften	258–271	2638
Vierter Abschnitt	Formwechsel rechtsfähiger Vereine		
Erster Unterabschnitt	Allgemeine Vorschriften	272	2706
Zweiter Unterabschnitt	Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft	273–282	2709
Dritter Unterabschnitt	Formwechsel in eine eingetragene Genossenschaft	283–290	2729
Fünfter Abschnitt	Formwechsel von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit	291–300	2736
Sechster Abschnitt	Formwechsel von Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts	301–304	2761
Anhang	Steuerfolgen des Formwechsels im Inlandsfall	Anh. 304	2792
Sechstes Buch	Strafvorschriften und Zwangsgelder	313–316	2801
Siebentes Buch	Übergangs- und Schlussvorschriften	317–325	2843

Anhang

	Seite
Anh. I Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplan	2919
Anh. II Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren (Spruchverfahrensgesetz – SpruchG)	2955
Anh. III Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts	3075
Stichwortverzeichnis	3163

Zehnter Abschnitt

Grenzüberschreitende Verschmelzung

§ 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 entsprechend 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.

I. Vorbemerkung: Europarechtlicher Hintergrund der §§ 122aff. UmwG und Brexit-Anpassung	II. Die Vorschrift des § 122a UmwG
1. Europarechtliche Grundlagen	1. Regelungsgegenstand und -zweck
a) Die internationale Verschmelzungsrichtlinie	2. Definition der grenzüberschreitenden Verschmelzung (§ 122a Abs. 1 UmwG)
aa) Regelungsbereich	a) Verschmelzung
bb) Grundkonzeption und Inhalt	b) Grenzüberschreitung
b) Das Sevic-Urteil des EuGH	aa) Mindestens eine deutsche Gesellschaft
2. Grundzüge und Grundsystematik der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in §§ 122aff. UmwG	bb) Mindestens eine (weitere) EU-/EWR-Gesellschaft
	cc) Grenzüberschreitung allein durch die NewCo?
	3. Generalverweis (§ 122a Abs. 2 UmwG)

Literatur zum Brexit: *Bauerfeind/Tamcke*, Die Limited & Co. KG im Brexit: Rechtsrisiken trotz Austrittsabkommens – oder: die Geister, die ich rief, GmbHR 2019, 11; *Brandi/Schmidt*, Die britische Limited nach dem Brexit – RefE zur Änderung des UmwG mit weiteren Handlungsoptionen für betroffene Gesellschaften, DB 2018, 2417; *Bungert/Wansleben*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung auf Personengesellschaften ist Wirklichkeit, DB 2019, 49; *Jaschinski/Wentz*, Folgen eines hard Brexit für Gesellschaften britischen Rechts mit Verwaltungssitz in Deutschland, WM 2019, 438; *Knaier*, Das Brexit-Übergangsgesetz (BrexitG) kommt, GmbHR 2019, R48; *Knaier*, Das Verfahren der grenzüberschreitenden Hineinverschmelzung – Welche Änderungen bringt der Referentenentwurf zum Vierten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes?, ZNotP 2018, 341; *Lieder/Bialluch*, Brexit-Prophylaxe durch das 4. UmwG-ÄndG, NJW 2019, 805; *Lieder/Bialluch*, Umwandlungsrechtliche Implikationen des Brexit, Teil 1 – Grundfragen und internationales Gesellschaftsrecht, NotBZ 2017, 165; *Miras/Tonner*, Ausweg aus der Limited durch Übertragung der Anteile auf eine neu zu gründende GmbH, GmbHR 2018, 601; *J. Schmidt*, Ein „Rettungssanker“ für die Limiteds – Der RefE für ein 4. UmwÄndG, GmbHR 2018, R 292; *A. Schröder*, Neue Umwandlungsmöglichkeiten – Notausgang für die Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland?, BB 2018, 2755; *Stiegler*, 4. UmwÄndG – Brexit und Verschmelzung auf Personengesellschaften: Way to go oder halbherziger Kompromiss?, ZIP 2018, 2351; *Süß*, Exit vor dem Brexit: Die Flucht aus der Limited – leichtes Spiel oder teurer Spaß?, ZIP 2018, 1277; *Wachter*, Neues zum Brexit im Gesellschaftsrecht, GmbHR 2018, R 260; *Wolff*, Hineinverschmelzung von LLPs vor dem Brexit,

GmbHR 2019, 52; *Zwirlein*, Minimalinvasive Maximallösung für pseudo-englische Kapitalgesellschaften, ZGR 2018, 900; *Zwirlein/Großerichter/Gätsch*, Handlungsoptionen für Gesellschaften englischen Rechts in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der LLP, NZG 2017, 1041.

Literatur zur (früheren) 10. RL bzw. zur (neuen) Gesellschaftsrechts-RL (GesRRL): *Adolff*, Konkurrende Bewertungssysteme bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Aktiengesellschaften – zu den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts für die gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses –, ZHR 173 (2009), 67; *Bayer/J. Schmidt*, Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, NJW 2006, 401; *Bayer/J. Schmidt*, Gläubigerschutz bei (grenzüberschreitenden) Verschmelzungen, ZIP 2016, 841; *Behrens*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Richtlinie 2005/56/EG (Verschmelzungsrichtlinie), 2007; *Benz/Hübner/Zimmermann*, Gesellschafterschutz in der grenzüberschreitenden Verschmelzung – eine Zukunftsperspektive, ZIP 2018, 2254; *Drinhausen/Keinath*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung inländischer Gesellschaften nach Erlass der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in Europa, RIW 2006, 81; *Frenzel/Axer*, EG-Mitgliedstaat durch die Hintertür?, RIW 2007, 47; *Frischhut*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften – ein Überblick über die Zehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie, EWS 2006, 55; *Grohmann/Gruschinske*, Grenzüberschreitende Mobilität von Kapitalgesellschaften in Europa, GmbHR 2006, 191; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011; *Halász/Kloster*, Fortschreitende Europäisierung des Rechts grenzüberschreitender Unternehmenszusammenschlüsse, DStR 2004, 1324; *Heuschnid*, Unternehmensmitbestimmung nach der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, AuR 2006, 184; *Inwinkl/Georg Schneider*, Fusionsverbote nach der Internationalen Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG und dem österreichischen EU-VerschG, RIW 2008, 4; *Leutner/Thomas Wagner*, Verabschiedung der EG-Verschmelzungsrichtlinie, GPR 2006, 32; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018; *Maul/Christoph Teichmann/Wenz*, Der Richtlinievorschlag zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, BB 2003, 2633; *Hans-Friedrich Müller*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem neuen Richtlinienentwurf der EU-Kommission, ZIP 2004, 1790; *Nagel*, Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, NZG 2006, 97; *Neye*, Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, ZIP 2005, 1893; *Oechsler*, Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, NZG 2006, 161; *Pluskat*, Der neue Entwurf für eine europäische Verschmelzungsrichtlinie – Transnationale Fusionen in Europa damit in greifbare Nähe gerückt?, EWS 2004, 1; *Ratka*, Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, GeS 2006, 52; *Rickford*, The proposed tenth company law directive on cross border mergers and its impact in the UK, [2005] EBLR 1393; *Schulte-Hillen/Hirschmann*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung – Ein erster Überblick über den Entwurf der Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten, GPR 2004, 89; *Schwab*, Das auf den Verschmelzungsplan anwendbare Recht, GesRZ 2012, 103; *Ugliano*, The New Cross-Border Merger Directive: Harmonisation of European Company Law and Free Movement [2007] EBLR 585; *Wimmer*, Klarstellungen zu Fragen bei (grenzüberschreitenden) Umgründungen, wbl 2017, 9; *M. Winter*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen – ein Update, GmbHR 2008, 532.

Literatur zur Umsetzung der (früheren) 10. RL in den §§ 122aff. UmwG: *Bayer/J. Schmidt*, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes. Eine kritische Stellungnahme, NZG 2006, 841; *Bayer/J. Schmidt/Hoffmann*, Verschmelzungen nach Inkrafttreten des 2. UmwÄndG, Der Konzern 2012, 225; *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 2008; *Bormann/Trautmann*, Ungeklärte Fragen zum Verschmelzungstichtag und zur Bilanz bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, KSzW 2013, 70; *Brandes*, Mitbestimmungsvermeidung mittels grenzüberschreitender Verschmelzungen, ZIP 2008, 2193; *Brocke*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, BB 2010, 971; *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; *Dzida*, Die Unterrichtung des „zuständigen“ Betriebsrats bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen, GmbHR 2009, 459; *Dzida/Schramm*, Arbeitsrechtliche Pflichtangaben bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen, NZG 2008, 521; *Ege/Klett*, Praxisfragen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen im Konzern, GWR 2011, 399; *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; *Freundorfer/Festner*, Praxisempfehlungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung, GmbHR 2010, 195; *Habersack/Drinhause*n, SE-Recht mit grenzüberschreitender Verschmelzung, 2013; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Handelsrechtsausschuss zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, NZG 2006, 737; *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/Schneider*, Go ahead, come back – von der Limited (zurück) zur GmbH – Zivil- und steuerrechtliche Grundlagen mit Erfahrungsbericht, DStR 2009, 2433; *Herrler/Schneider*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung zwischen Deutschland und Österreich, GmbHR 2011, 795; *Holzborn/Mayston*, Grenzüberschreitender „Downstream Merger“ bei Streubesitz und Börsenhandel, ZIP 2012, 2380; *Kallmeyer*, Stellungnahme der Centrale für die GmbH Dr. Otto Schmidt vom 16.3.2006 zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, GmbHR 2006, 418; *Kallmeyer/Kappes*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach SEVIC Systems und der EU-Verschmelzungsrichtlinie, AG 2006, 224; *Kiem*, Die Ermittlung der Verschmelzungswertrelation bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, ZGR 2007, 542; *Kiem*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im deutschen Umwandlungsgesetz, WM 2006, 1091; *Krauel/Mense/Wind*, Praxisfragen der grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2010, 541; *Krause/Kulpa*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Vor dem Hintergrund der „Sevic“-Entscheidung und der Reform des deutschen Umwandlungsrechts –, ZHR 171 (2007), 38; *Krüger*, Das auf den Verschmelzungsplan nach § 122c UmwG anwendbare Recht, in GS Michael Gruson, 2009, S. 265; *Kruse/Kruse*, Grenzüberschreitende Konzernverschmelzungen – Vorgaben und Vereinfachungen der §§ 122a ff. UmwG, BB 2010, 3035; *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; *Lutz*, Hinweise für den Vertragsgestalter bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unter dem besonderen Gesichtspunkt der Hinausverschmelzung, BWNotZ 2010, 23; *Hans-Friedrich Müller*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, NZG 2006, 286; *Hans-Friedrich Müller*, Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts: Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung, ZIP 2007, 1081; *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; *Passarge/Stark*, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, GmbHR 2007, 803; *Pfeiffer/Heilmeyer*, Einreichung und Bekanntmachung des Verschmelzungsplans bei grenzüberschreitender Verschmelzung – Praxisprobleme beim Umgang mit § 122d UmwG, GmbHR 2009, 1317; *Simon/Rubner*, Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht, Der Konzern 2006, 835; *Teicke*, Herausforderungen bei der Planung und Umsetzung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, DB 2012, 2675; *Thiermann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen deutscher Gesellschaften, 2010; *J. Vetter*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG, AG 2006, 613; *Weyde/Hafemann*, Praxisrelevante gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, in FS Wienand Meilicke, 2010, S. 779; *M. Winter*, Planung und Vorbereitung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2007, 24; *Zuhorn*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen zwischen deutschen und englischen börsennotierten Aktiengesellschaften – ein Harmonisierungserfolg?, Schriften zum Internationalen Recht, Bd. 218, 2017 (dazu die Rezension von *Kiem*, ZHR 182 (2018), 234).

Literatur speziell zum Sevic-Urteil des EuGH (Auswahl): *Bayer/J. Schmidt*, Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit, ZIP 2006, 210; *Behrens*, Die neue Lektion aus Luxemburg zur internationalen Mobilität von Gesellschaften: Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind möglich!, EuZW 2006, 65; *Bungert*, Grenzüberschreitende Verschmelzungsmobilität – Anmerkung zur Sevic-Entscheidung des EuGH, BB 2006, 53; *Doralt*, Cross-Border Mergers – A Glimpse into the future, ECFR 2007, 17; *Doralt*, Sevic: Traum und Wirklichkeit – die grenzüberschreitende Verschmelzung ist Realität, IPrax 2006, 572; *Geyrhalter/Thomas Weber*, Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen SEVIC Systems und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, 146; *Hansen*,

Merger, moving and division across national borders – when case law breaks through barriers and overtakes directives, EBLR 2007, 181; *Haritz*, Anmerkung zu EuGH v. 13.12.2005 (SEVIC), GmbHHR 2006, 143; *Kappes*, Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen, NZG 2006, 101; *Kieninger*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen in der EU – das SEVIC-Urteil des EuGH, EWS 2006, 49; *Leible/Jochen Hoffmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen im Binnenmarkt nach „Sevic“, RIW 2006, 161; *Lutter/Drygala*, Internationale Verschmelzungen in Europa, JZ 2006, 770; *Meilicke/Raback*, Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache SEVIC und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht nach Handels- und Steuerrecht, GmbHHR 2006, 123; *Oechsler*, Die Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen – Die Sevic-Entscheidung des EuGH, NJW 2006, 812; *Rieder*, EuGH-Rechtssache Sevic: Grenzüberschreitende Verschmelzung zulässig, GeS 2006, 4; *Ringe*, Anmerkung zu EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03 („SEVIC“), DB 2005, 2806; *Claudia Schmidt/Maul*, Anmerkung zu EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03 („SEVIC“), BB 2006, 13; *Schmidtbbleicher*, Verwaltungssitzverlegung deutscher Kapitalgesellschaften in Europa: „Sevic“ als Leitlinie für „Cartesio“?, BB 2007, 613; *Wolfgang Schön*, The mobility of companies in Europe and the organizational freedom of company founders, [2006] ECFR 122; *Siems*, SEVIC: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU?, EuZW 2006, 135; *Spahlinger/Wegen*, Deutsche Gesellschaften in grenzüberschreitenden Umwandlungen nach „SEVIC“ und der Verschmelzungsrichtlinie in der Praxis, NZG 2006, 721; *Christoph Teichmann*, Binnennmarktmobilität von Gesellschaften nach „Sevic“, ZIP 2006, 355; *Susanne Weiss/Wöhrlert*, Die „Sevic-Entscheidung“ des EuGH – „sudden death“ für Societas Europaea und Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und Wegbereiter für grenzüberschreitende Spaltungen?, WM 2007, 580.

I. Vorbemerkung: Europarechtlicher Hintergrund der §§ 122a ff. UmwG und Brexit-Anpassung

- 1 Der durch das 2. UmwGÄndG¹ eingefügte 10. Abschnitt (§§ 122a–122l UmwG) regelte in Umsetzung der (früheren) **Richtlinie 2005/56/EG** über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (früher: 10. gesellschaftsrechtliche Richtlinie)² (dazu näher Rz. 2 ff.) sowie der **Sevic-Entscheidung** des EuGH³ (dazu Rz. 11 ff.) bislang (nur) die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften⁴. Im Hinblick auf den **Brexit** wurde mit Gesetz vom 19.12.2018⁵ der Anwendungsbereich des 10. Abschnitts teilweise auf Personenhandelsgesellschaften erweitert. Zu diesem Zweck wurde in § 122a Abs. 2 UmwG ein neuer Satz 2 angefügt (näher Rz. 17, 27 ff.), weiterhin wurden redaktionelle Folgeänderungen in den §§ 122b, 122c, 122e, 122f und § 122l UmwG vorgenommen sowie ein neuer § 122m UmwG eingefügt. Zur Brexit-Problematik näher § 122b Rz. 1, 4, 5, 14a sowie bei § 122m.

1 Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19.4.2007, BGBl. I, S. 542.

2 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (= Cross Border Mergers Directive [CBMD]), ABl. EU Nr. L 310/1 v. 25.11.2005; teilw. punktuell modifiziert durch RL 2009/109/EG, ABl. EU Nr. L 259/14 v. 2.10.2009. Mit Wirkung vom 20.7.2017 wurden die Bestimmungen der CBMD zusammen mit weiteren RL in der neuen Gesellschaftsrechts-RL (GesRRRL) RL (EU) 2017/1132 kodifiziert, vgl. ABl. EU Nr. L 169/46 v. 30.6.2017, s. Anh. III. Text auch bei *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, § 18 [S. 434 ff.], ausf. Erläuterungen ebd. § 22 m.z.w.N. (speziell Rz. 22.10 und Rz. 22.13 ff.); vgl. weiter ebd. Rz. 5.73 m.w.N.

3 EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805 (SEVIC Systems AG) = BB 2006, 11 = AG 2006, 80.

4 Vgl. BegrRegE, BR-Drucks. 548/06, 19 f.; *Bayer/J. Schmidt*, NZG 2006, 841; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725; *Heckschen* in Widmann/Mayer, Vor §§ 122a ff. UmwG Rz. 1f., 12; *Heckschen*, DNotZ 2007, 444 (445); *Kiem*, WM 2006, 1091; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, § 122a UmwG Rz. 1; *H.-F. Müller*, ZIP 2007, 1081; *Neye/Timm*, DB 2006, 488 (489); *Neye/Timm*, GmbHHR 2007, 561.

5 4. UmwGÄndG v. 19.12.2018, BGBl. I, S. 2694.

1. Europarechtliche Grundlagen

a) Die internationale Verschmelzungsrichtlinie

aa) Regelungsbereich

Die internationale Verschmelzungsrichtlinie (früher: 10. Richtlinie) v. 26.10.2005, die von den Mitgliedstaaten bis zum Dezember 2007 umzusetzen war, stellte einen weiteren Meilenstein bei der Schaffung des europäischen Binnenmarktes dar⁶. Ihr Regelungsbereich ist allerdings gem. Art. 1 auf die **grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen EU-/EWR-Mitgliedstaaten** beschränkt. Heute sind die Bestimmungen der früheren 10. RL (Cross Border Mergers Directive) als **Titel II Kapitel II** (= Art. 118 bis Art. 134) in der neuen **Gesellschaftsrechts-RL** (GesRRL) RL (EU) 2017/1132 kodifiziert⁷.

Nicht vom europäischen Regelungsbereich erfasst sind – nach wie vor – zum einen transnationale Fusionen mit Gesellschaften aus **Drittstaaten**. Zum anderen werden auch nicht erfasst – anders als das *Sevic-Urteil* (dazu Rz. 12) – grenzüberschreitende Verschmelzungen von **Personengesellschaften** (s. aber noch Rz. 17, 27 ff.). Ebenso wenig erfasst sind schließlich auch andere grenzüberschreitende Umstrukturierungsvorgänge wie grenzüberschreitende **Spaltungen** oder **Formwechsel** (vgl. zu deren Zulässigkeit auf Grund des *Sevic-Urturts* Rz. 11)⁸.

Eingeschränkt ist der Regelungsbereich darüber hinaus im Hinblick auf die zulässigen **Verschmelzungskombinationen**⁹: Sie gebietet die Zulassung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften nämlich nur insoweit, als eine Verschmelzung zwischen Gesellschaften solcher Rechtsformen auch nach dem innerstaatlichen Recht der betroffenen Mitgliedstaaten möglich ist (Art. 121 Abs. 1 lit. a GesRRL). Diese erst im Rat eingefügte Schutzklausel soll verhindern, dass die Mitgliedstaaten bei transnationalen Fusionen Kombinationen zulassen müssten, die ihrem nationalen Recht fremd sind¹⁰.

bb) Grundkonzeption und Inhalt

Die Struktur der europäischen Regelung beruht – ganz im Sinne des europarechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 u. Abs. 3 EU) und der kollisionsrechtlichen Vereinigungstheorie (vgl. dazu auch aufs. § 1 Rz. 44 ff.) – auf **dem Prinzip der subsidiären Anwendbarkeit des jeweiligen nationalen Rechts**¹¹: Wenn und soweit sich aus der Richtlinie nichts anderes ergibt, muss jede an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligte Gesellschaft die Vorschriften und Formalitäten des für sie geltenden innerstaatlichen Rechts einhalten bzw. erledigen¹².

6 Vgl. *Bayer/J. Schmidt*, NJW 2006, 401 (406).

7 ABl. EU Nr. L 169/46 v. 30.6.2017, s. Anh. III. Text auch bei *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, § 18 [S. 434 ff.], ausf. Erläuterungen ebd. § 22 m.z.w.N. (speziell Rz. 22.10 und Rz. 22.13 ff.); vgl. weiter ebd. Rz. 5.73 m.w.N.

8 Aktueller Stand bei *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 22.13 ff. m.z.w.N.; vgl. weiter *Oppenhoff* in MünchHdb. GesR, Bd. 8, § 18 Rz. 2.

9 Vgl. *Bayer/J. Schmidt*, NJW 2006, 401; *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 2008, S. 135 f.; *Grundmann*, EuropGesR, Rz. 924; *Heuschmid*, AuR 2006, 184 (185 f.); *Inwinkl/G. Schneider*, RIW 2008, 4 (8 f.); *Kallmeyer/Kappes*, AG 2006, 224 (228); *Marsch-Barner* in *Kallmeyer*, § 122a UmwG Rz. 2; *H.-F. Müller*, ZIP 2007, 1081 (1083); *Neye*, ZIP 2005, 1893 (1895); *Rickford*, [2005] EBLR 1393 (1402). Ausf. zur Vereinbarkeit mit Art. 49, 54, 63 AEU ferner *Behrens*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Richtlinie 2005/56/EG (Verschmelzungsrichtlinie), 2007, S. 41 ff.

10 Vgl. *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 22.30 m.w.N.

11 Vgl. *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 22.23 m.w.N.; vgl. weiter *Heckschen* in *Widmann/Mayer*, Vor §§ 122a ff. UmwG Rz. 7; *Marsch-Barner* in *Kallmeyer*, § 122a UmwG Rz. 2.

12 So jüngst auch *Oppenhoff* in MünchHdb. GesR, Bd. 8, § 18 Rz. 3.

- 6 Das **Verfahren** der grenzüberschreitenden Verschmelzung ist somit nur partiell harmonisiert¹³; es wird in den Art. 122ff. GesRRL lediglich ein **europaweit uniformes Grundgerüst** verankert¹⁴. Dieses fußt auf den auf für andere Umstrukturierungen geltenden Grundbausteinen, nämlich dem Verschmelzungsplan – einschließlich seiner Offenlegung (Art. 122 und Art. 123 GesRRL, vgl. dazu § 122c) –, dem Verschmelzungsbericht (Art. 124 GesRRL, vgl. dazu § 122e), der Verschmelzungsprüfung (Art. 125 GesRRL, vgl. dazu § 122f), den Verschmelzungsbeschlüssen (Art. 126 GesRRL, vgl. dazu § 122g) und der Rechtmäßigkeitsskontrolle (Art. 127, 128 GesRRL, vgl. dazu § 122k und § 122l)¹⁵. Dieses maßgeblich auf dem Gedanken des Schutzes durch Information beruhende „europäische Modell für Strukturmaßnahmen“ (sog. **Informationsmodell**) hat sich in der Vergangenheit – insbesondere auch in seiner Umsetzung im deutschen Recht – bewährt¹⁶.
- 7 Die in Art. 127 und Art. 128 GesRRL geregelte **Prüfung der Rechtmäßigkeit** der Verschmelzung ist – nach dem Vorbild von SE-VO und SCE-VO – zweistufig ausgestaltet (dazu ausf. § 122k). Harmonisiert werden weiterhin die **Rechtsfolgen** der Verschmelzung (Art. 131 GesRRL, dazu § 122l Rz. 25), der **Bestandsschutz** (Art. 134 GesRRL, dazu § 122l Rz. 26) sowie (allerdings nur partiell) der Zeitpunkt der **Wirksamkeit** der Verschmelzung (Art. 129 GesRRL, dazu § 122l Rz. 23f.).
- 8 In Bezug auf den **Gläubiger- und Minderheitenschutz** enthält das europäische Recht dagegen selbst **keine speziellen Regelungen**. Hinsichtlich des Schutzes der Minderheitengesellschafter enthält Art. 121 Abs. 2 GesRRL eine ausdrückliche Regelungsermächtigung zugunsten der Mitgliedstaaten (dazu und speziell zur deutschen Umsetzung näher § 122h Rz. 1 ff., § 122i Rz. 1 ff.). Hinsichtlich des Schutzes der Gläubiger erklären Art. 121 Abs. 1 lit. b Satz 1, Abs. 2 Satz 1 dagegen in Bezug auf jede der beteiligten Gesellschaften das im jeweiligen nationalen Recht für innerstaatliche Verschmelzungen geltende Gläubigerschutzrecht für anwendbar (dazu näher § 122j Rz. 5).
- 9 Die Regelungen betreffend die **Beteiligung der Arbeitnehmer** in Art. 133 GesRRL bauen auf dem von der SE her bekannten Modell (Verhandlungen und Auffanglösung) auf, modifizieren dieses allerdings in wesentlichen Punkten deutlich¹⁷. Die deutschen Umsetzungsvorschriften hierzu finden sich allerdings nicht in den §§ 122a ff. UmwG, sondern im **MgVG**¹⁸.
- 10 Die europarechtlichen Rahmenbedingungen für eine **steuerneutrale Durchführung** wurden bereits durch die Fusionssteuerrichtlinie¹⁹ gelegt²⁰; das deutsche Steuerrecht wurde durch das **SEStEG**²¹ angepasst (s. Einl. II Rz. 7 ff. u. Anh. 2 § 122m Rz. 41 ff.)²².

13 Ebenso Oppenhoff in MünchHdb. GesR, Bd. 8, § 18 Rz. 8.

14 Näher Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, Rz. 22.32 m.w.N.

15 Vgl. Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, Rz. 22.32 m.w.N.; vgl. weiter Habersack/Versie, EuropGesR, § 8 Rz. 62; Heckschen, DNotZ 2007, 444 (453f.); Krause/Kulpa, ZHR 171 (2007), 38 (52).

16 Vgl. schon Bayer/J. Schmidt, NJW 2006, 401 (402).

17 Vgl. dazu Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, Rz. 22.161ff. m.w.N.

18 Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten v. 21.12.2006, BGBl. I, S. 3332.

19 Richtlinie 90/434/EWG des Rates v. 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensanteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. EG Nr. L 225/1 v. 20.8.1990. Jetzt kodifiziert als Richtlinie 2009/133/EG des Rates v. 19.10.2009 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, Abspaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, sowie für die Verlegung des Sitzes einer Europäischen Gesellschaft oder einer Europäischen Genossenschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat, ABl. EU Nr. L 310/34 v. 25.11.2009.

20 Vgl. Heckschen, DNotZ 2007, 444 (446); Leutner/Wagner, GPR 2006, 32 (35); Rickford, [2005] EBLR 1393 (1413); Spahlinger/Wegen, NZG 2006, 721 (723).

b) Das Sevic-Urteil des EuGH

In seinem grundlegenden Urteil in der Rechtssache *Sevic v. 13.12.2005*²³ stellte der EuGH nur wenige Wochen nach Verabschiedung der (damaligen) 10. Richtlinie klar, dass die Zulassung grenzüberschreitender Verschmelzungen bereits durch die Niederlassungsfreiheit Artt. 49, 54 AEU (früher: Artt. 43, 48 EG) geboten ist. Gegenstand der Entscheidung war die Verweigerung der Eintragung der Verschmelzung einer luxemburgischen SA auf die deutsche Sevic Systems AG unter Berufung auf § 1 Abs. 1 UmwG (dazu § 1 Rz. 5 ff.). Streng genommen ging es also nur um eine sog. *Hereinverschmelzung*. Im Hinblick darauf, dass der EuGH jedoch nicht nur „grenzüberschreitende Verschmelzungen“, sondern auch „andere Gesellschaftsumwandlungen“ in den Schutzbereich der Artt. 49, 54 AEU (damals noch Artt. 43, 48 EG) einbezieht, dürfte sich aus dem Urteil allerdings nicht nur die kraft Europarechts gebotene prinzipielle Zulässigkeit grenzüberschreitender **Herein- und Hinausverschmelzungen**²⁴, sondern darüber hinaus auch der grenzüberschreitenden **Spaltung** (vgl. dazu auch § 1 Rz. 11; zum steuerlichen Rahmen Anh. 2 § 122m Rz. 91 ff.)²⁵ ergeben. Ferner ließ sich Sevic auch bereits die dann zunächst *obiter* im *Cartesio*²⁶ und inzwischen dezidiert im *VALE-Urteil*²⁷ höchstrichterlich festgestellte Zulässigkeit des grenzüberschreitenden **Formwechsels** entnehmen²⁸ (vgl. dazu auch bereits Einl. I Rz. 47 f.). Mit der aktuellen EuGH-Entscheidung **Polbud**²⁹ ist die europarechtliche Rechtslage zur formwechselnden *Satzungssitzungsverlegung über die Grenze* endgültig geklärt³⁰ (vgl. auch noch Einl. I Rz. 47).

-
- 21 Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) v. 7.12.2006, BGBl. I, S. 2782. Dazu etwa *Bauernschmitt/Blöchle*, BB 2007, 743 ff.; *Benecke/Schnitger*, IStR 2006, 765 ff.; *Rödder/Schumacher*, DStR 2007, 369 ff.
- 22 Vgl. *Heckschen*, DNotZ 2007, 444 (446); *M. Winter*, Der Konzern 2007, 24 (29).
- 23 EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805 (SEVIC Systems AG) = BB 2006, 11 = AG 2006, 80. Dazu *Andenas*, (2006) 27 Co Law 33 ff.; *Bayer*, BB 2006, Heft 7, I; *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2006, 210 ff.; *Behrens*, EuZW 2006, 65 ff.; *Bungert*, BB 2006, 53 ff.; *Decher*, Der Konzern 2006, 805 (809 f.); *Doralt*, [2007] ECFCR 17 (22 ff.); *Doralt*, IPax 2006, 572 ff.; *Drygala*, EWiR 2006, 25 f.; *Geyrhalter/Weber*, DStR 2006, 146 ff.; *Hansen*, [2007] EBLR 181 (187 ff.); *Haritz*, GmbHR 2006, 143 ff.; *Herrler*, EuZW 2007, 295 (297 ff.); *Heuschmid*, Aur 2006, 121 ff.; *Kallmeyer/Kappes*, AG 2006, 224 ff.; *Kappes*, NZG 2006, 101 ff.; *Kieninger*, EWS 2006, 49 ff.; *Krause/Kulpa*, ZHR 171 (2007), 38 (40 ff.); *Leible/Hoffmann*, RIW 2006, 161 ff.; *Limmer*, ZNotP 2007, 242 (244 ff.); *Lutter/Drygala*, JZ 2006, 770 ff.; *Meilicke/Raback*, GmbHR 2006, 123 ff.; *Oechsler*, NJW 2006, 812 ff.; *Rieder*, GeS 2006, 4 ff.; *Ringe*, DB 2005, 2806 f.; *C. Schmidt/Maul*, BB 2006, 13 ff.; *Schmidbleicher*, BB 2007, 613 ff.; *Schön* [2006] ECFCR 122 (140 ff.); *Siems*, EuZW 2006, 135; *Spahlinger/Wegen*, NZG 2006, 721 (724 ff.); *Teichmann*, ZIP 2006, 355 ff.; *Ugliano*, [2007] EBLR 585 (592 ff.); *Weiss/Wöhrlert*, WM 2007, 580 ff.
- 24 So die ganz h.M., vgl. aktuell *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 7.31 ff. m.w.N.; vgl. auch schon Kantongerecht Amsterdam, DB 2007, 677; *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2006, 210 (211); *Heckschen* in Widmann/Mayer, Vor §§ 122a ff. UmwG Rz. 13; *Lutter/Drygala*, JZ 2006, 770 (771); *Reichert*, Der Konzern 2006, 821 (834); *Teichmann*, ZIP 2006, 355 (358); anders jedoch *Kindler*, Der Konzern 2006, 811 (819 f.); *Leible/Hoffmann*, RIW 2006, 161 (165 f.); *C. Schmidt/Maul*, BB 2006, 13 (14).
- 25 Dafür aktuell *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 7.105 ff.; vgl. bereits *Bayer/J. Schmidt*, BB 2008, 454 (459); *Bayer/J. Schmidt*, ZHR 173 (2009), 735 (768); *Decher*, Der Konzern 2006, 805 (810); *Leible/Hoffmann*, RIW 2006, 161 (164); *M. Winter*, Der Konzern 2007, 24 (31).
- 26 EuGH v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641 (*Cartesio*) = AG 2009, 79. Dazu *Bayer/J. Schmidt*, ZHR 173 (2009), 735 ff.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 7.36 ff. m.z.w.N.
- 27 EuGH v. 12.7.2012 – C-378/10, BB 2012, 2069 = GmbHR 2012, 860 (VALE). Dazu *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2012, 1481 ff.; *Bayer/J. Schmidt*, BB 2013, 3 (9 f.); aktuell *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 7.46 ff. m.z.w.N.
- 28 So bereits *Bayer/J. Schmidt*, BB 2008, 454 (459).
- 29 EuGH v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16, GmbHR 2017, 1261 = ZIP 2017, 2145 – Polbud; dazu *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2017, 2225 ff.
- 30 Eingehend *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2017, 2225 ff.

- 12 Die „europäische Verschmelzungsfreiheit“ gemäß dem *Sevic*-Urteil gilt nach ganz h.M. nicht nur für Kapitalgesellschaften, sondern für alle Gesellschaften i.S.d. Art. 54 Abs. 2 AEU, mit hin auch für **Personengesellschaften**³¹.
- 13 Weiterhin **nicht ganz rechtssicher geklärt** ist allerdings, wie das **Verschmelzungsverfahren** bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung allein auf der Basis der *Sevic*-Grundsätze im Einzelnen ausgestaltet ist³²; der EuGH hat diesbezüglich keinerlei spezielle Vorgaben gemacht. Für die Praxis bleibt es damit insoweit bei den aus der herrschenden kollisionsrechtlichen Vereinigungstheorie resultierenden vielfältigen und hochkomplexen Problemen (vgl. dazu bereits ausf. § 1 Rz. 32 ff.). Ungeklärt ist ferner auch, unter welchen Voraussetzungen die Mitgliedstaaten im Falle grenzüberschreitender Verschmelzungen **besondere Anforderungen** (insbesondere zum Schutz der Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer) aufstellen dürfen.

2. Grundzüge und Grundsystematik der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in §§ 122a ff. UmwG

- 14 Im Rahmen der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben hat sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden, sämtliche **Sondervorschriften** für die grenzüberschreitende Verschmelzung in einem neuen **10. Abschnitt** (§§ 122a–122l UmwG) zusammenzufassen³³. Im Übrigen aber wird mit Hilfe der **Generalverweisungsnorm in § 122a Abs. 2 UmwG** (dazu ausf. Rz. 27 ff.) auf die bereits bekannten und bewährten Verschmelzungsvorschriften des UmwG zurückgegriffen³⁴.
- 15 Der **Anwendungsbereich** der §§ 122a ff. UmwG war zunächst – im Einklang mit Art. 118 GesRRL – auf die **grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus EU/EWR-Staaten** beschränkt (vgl. dazu näher Rz. 18 ff., § 122b Rz. 2 ff.). Der Gesetzgeber hatte es trotz nachdrücklicher Forderungen aus Wissenschaft und Praxis³⁵ abgelehnt, den Anwendungsbereich – entsprechend der *Sevic*-Grundsätze (dazu Rz. 12) – auch auf Personengesellschaften auszudehnen³⁶. Insoweit ist im Hinblick auf den **Brexit** nunmehr jedoch eine Änderung eingetreten (näher Rz. 17, 27 ff.). In konsequenter Umsetzung der Entscheidung hätte es sich darüber hinaus angeboten, zugleich auch für die grenzüberschreitende Spaltung eine rechtssichere Basis zu schaffen³⁷. Auch dies hat der Gesetzgeber jedoch explizit abgelehnt und mit dem in § 125 Satz 1 UmwG (vgl. dazu auch § 125 Rz. 1 ff.) eingefügten Zusatz sogar ausdrücklich klargestellt, dass er die §§ 122a ff. UmwG gerade nicht

31 Vgl. nur *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 7.101ff. m.w.N.; jüngst wieder *Oppenhoff* in MünchHdb. GesR, Bd. 8, § 18 Rz. 13.

32 Vgl. zu dieser Problematik näher etwa *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2006, 210 (212f.); *Bayer/J. Schmidt*, ZHR 173 (2009), 735 (766ff.); *Bungert*, BB 2006, 53 (54ff.); *Gesell/Krömker*, DB 2006, 2558 (2559ff.); *Kallmeyer/Kappes*, AG 2006, 224 (226f., 229ff.); *Kieninger*, EWS 2006, 49 (50ff.); *Krause/Kulpa*, ZHR 171 (2007), 38 (48ff.); *Leible/Hoffmann*, RIW 2006, 161 (164f.); *Teichmann*, ZIP 2006, 355 (360f.).

33 Vgl. BegrRegE, BR-Drucks. 548/06, 29; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 22.31ff.; vgl. auch schon *Bayer/J. Schmidt*, NZG 2006, 841; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725; *Forsthoff*, DStR 2006, 613; *Kiem*, WM 2006, 1091 (1092); *H.-F. Müller*, ZIP 2007, 1081 (1082); *Neye/Timm*, DB 2006, 488 (489); *Neye/Timm*, GmbHR 2007, 561 (562); *J. Vetter*, AG 2006, 613 (615).

34 Diskussion der Konzeption mit Für und Wider zuletzt in 5. Aufl. § 122a Rz. 14 m.w.N.

35 *Bayer/J. Schmidt*, NZG 2006, 841; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725 (732); *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2006, 737 (740); *Haritz/von Wolff*, GmbHR 2006, 340 (341); *Kallmeyer*, GmbHR 2006, 418 (420); *Kallmeyer/Kappes*, AG 2006, 224 (237); *Kiem*, WM 2006, 1091 (1094); *Louven*, ZIP 2006, 2021 (2023f.); *J. Vetter*, AG 2006, 613 (616f.).

36 Vgl. dazu BegrRegE, BR-Drucks. 548/06, 20.

37 Vgl. *Bayer/J. Schmidt*, NZG 2006, 841; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2006, 737 (740).

entsprechend auf (grenzüberschreitende) Spaltungen angewendet wissen will³⁸. Nicht geregelt wurde ferner auch der grenzüberschreitende Formwechsel (zu dessen Zulässigkeit auf Grund der Niederlassungsfreiheit bereits Rz. 11 sowie Einl. I Rz. 47 f.).

Zu betonen ist, dass der Anwendungsbereich der §§ 122a ff. UmwG zwangsläufig auf diejenigen Fragen beschränkt ist, welche die **Beteiligung deutscher Gesellschaften** an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung betreffen³⁹. Denn nur insoweit kommt dem deutschen Gesetzgeber überhaupt eine Regelungskompetenz zu; hinsichtlich derjenigen Fragen, welche die Beteiligung der jeweiligen *ausländischen Gesellschaften* betreffen, gilt *deren nationales Recht*⁴⁰. Eine grenzüberschreitende Verschmelzung bedarf also stets des Zusammenspiels der – harmonisierten – nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten, deren Recht die beteiligten Gesellschaften unterliegen⁴¹.

Rechtstatsachen: Die durch §§ 122a ff. UmwG eröffneten neuen Möglichkeiten wurden von Anfang an in signifikanter Weise genutzt, vgl. *Bayer/J. Schmidt/Hoffmann, Der Konzern 2010*, 225 ff. S. auch noch Einl. I Rz. 70.

II. Die Vorschrift des § 122a UmwG

1. Regelungsgegenstand und -zweck

Bei § 122a UmwG handelt es sich quasi um die „Grundnorm“, auf der sämtliche Regelungen der §§ 122a ff. UmwG aufbauen. **§ 122a Abs. 1 UmwG** enthält eine – mit Art. 118 GesRRL korrespondierende⁴² – **Legaldefinition** des Begriffs der „grenzüberschreitenden Verschmelzung“ i.S.d. §§ 122a ff. UmwG (dazu ausf. Rz. 18 ff.). Der in **§ 122a Abs. 2 Satz 1 UmwG** normierte **Generalverweis** erklärt für die Beteiligung einer deutschen **Kapitalgesellschaft** an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung die relevanten Vorschriften des UmwG über innerstaatliche Verschmelzungen für entsprechend anwendbar, soweit sich aus den §§ 122a ff. UmwG nichts anderes ergibt (ausf. dazu Rz. 27 ff.). Dies gilt nunmehr in gleicher Weise gem. **§ 122a Abs. 2 Satz 2 UmwG** für die Beteiligung einer deutschen **Personenhandelsgesellschaft**, mithin im Hinblick auf eine OHG bzw. KG (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 Variante 1 UmwG), und zwar speziell auch für die GmbH & Co. KG bzw. UG (haftungsbegrenzt) & Co. KG⁴³.

2. Definition der grenzüberschreitenden Verschmelzung (§ 122a Abs. 1 UmwG)

Eine grenzüberschreitende Verschmelzung i.S.d. §§ 122a ff. UmwG ist gemäß der Legaldefinition in § 122a Abs. 1 UmwG eine Verschmelzung (dazu Rz. 19 f.), bei der mindestens

38 Vgl. dazu BegrRegE, BR-Drucks. 548/06, 20 (40); *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 6; *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 20; *Heckschen*, DNotZ 2006, 444 (453); *Louven*, ZIP 2006, 2021 (2023 f.); *H.-F. Müller*, ZIP 2007, 1081 (1082 Fn. 16); *Simon/Rubner*, Der Konzern 2006, 835 (843).

39 Vgl. *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 8; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122a UmwG Rz. 12; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, § 122a UmwG Rz. 5; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725 (726); *H.-F. Müller*, ZIP 2007, 1081 (1083); *Teicke*, DB 2012, 2675; jüngst auch *Oppenhoff* in MünchHdb. GesR, Bd. 8, § 18 Rz. 28.

40 Vgl. *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 91; *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 14 a.E.; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, § 122a UmwG Rz. 5; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725 (726); *H.-F. Müller*, ZIP 2007, 1081 (1083).

41 Vgl. auch *Marsch-Barner* in Kallmeyer, § 122a UmwG Rz. 2; *H.-F. Müller*, ZIP 2007, 1081 (1083).

42 Vgl. *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 1.

43 S. BegrRegE z. 4. UmwÄndG, BR-Drucks. 505/18, 6.

eine der beteiligten Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum unterliegt (dazu Rz. 21 ff.).

a) Verschmelzung

- 19 Ebenso wie bei der innerstaatlichen ist auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung gem. § 122a Abs. 2 UmwG i.V.m. § 2 UmwG zwischen der **Verschmelzung durch Aufnahme** und der **Verschmelzung durch Neugründung** zu differenzieren⁴⁴ (vgl. auch Art. 119 Nr. 2 lit. a und b GesRRL⁴⁵).
- 20 Als Unterfall der Verschmelzung durch Aufnahme sind dabei selbstverständlich **auch Konzernverschmelzungen**⁴⁶ i.S.v. Art. 119 Nr. 2 lit. c GesRRL⁴⁷ (upstream-merger einer 100 % igen Tochter) erfasst, ohne dass es hierfür einer ausdrücklichen Regelung im deutschen Gesetz bedurft hätte⁴⁸. Die explizite Aufführung in der europäischen Regelung beruht letztlich lediglich darauf, dass die Definition der „Verschmelzung“ aus der Fusionssteuerrichtlinie (vgl. Rz. 10) übernommen wurde⁴⁹, und hat allein klarstellenden Charakter (vgl. weiter Art. 110 GesRRL).

b) Grenzüberschreitung

- 21 Voraussetzung für eine *grenzüberschreitende* Verschmelzung i.S.d. §§ 122a ff. UmwG ist weiterhin, dass mindestens eine der beteiligten Gesellschaften dem deutschen Recht (dazu Rz. 22) und mindestens eine weitere beteiligte Gesellschaft dem Recht eines anderen EU/EWR-Staates unterliegt (dazu Rz. 23). Wie sich aus der – ebenso auch in Art. 118 GesRRL verwendeten – Formulierung „mindestens“ ergibt, sind also nicht nur bilaterale, sondern auch *multilaterale* grenzüberschreitende Verschmelzungen erfasst⁵⁰.

aa) Mindestens eine deutsche Gesellschaft

- 22 Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 122a ff. UmwG ist – wie sich mittelbar aus dem Wort „anderen“ in § 122a Abs. 1 UmwG ergibt –, dass mindestens eine der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften dem deutschen Recht unterliegt⁵¹. Denn für eine Verschmelzung, an der ausschließlich ausländische Gesellschaften beteiligt sind, fehlt dem deutschen Gesetzgeber schon von vornherein die Regelungskompetenz⁵².

44 Vgl. *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008, S. 123; *Heckschen* in Widmann/Mayer, Vor §§ 122aff. UmwG Rz. 75; *Heckschen*, DNotZ 2006, 444 (455); *Limmer*, ZNotP 2007, 242 (249); *M. Winter*, Der Konzern 2007, 24 (28).

45 Dazu *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 22.23 ff. m.w.N.

46 Vgl. zur enormen praktischen Bedeutung von Konzernverschmelzungen *Bayer/J. Schmidt/Hoffmann*, Der Konzern 2012, 225 (228).

47 Dazu näher *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 22.25 m.w.N.

48 Vgl. *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008, S. 125; *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 7, 49; *Limmer*, ZNotP 2007, 242 (249).

49 Vgl. Begr z. Kommissionsentwurf, KOM(2003) 730, S. 5.

50 Wie hier nun ausdrücklich auch *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 5; vgl. implizit auch *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 51. Vgl. zum Richtlinien-Entwurf ferner *Halász/Kloster*, DStR 2004, 1324 (1325).

51 Vgl. *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 5, 7; *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 66, 71; mit abw. Begründung auch *Oppenhoff* in MünchHdb. GesR, Bd. 8, § 18 Rz. 27.

52 Vgl. auch *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 8.

bb) Mindestens eine (weitere) EU-/EWR-Gesellschaft

Weiterhin muss mindestens eine weitere Gesellschaft beteiligt sein, die dem Recht eines anderen EU- bzw. EWR-Mitgliedstaates unterliegt. Maßgeblich ist also nicht die lokale Verortung der Gesellschaft, sondern das **Gesellschaftsstatut**⁵³. Dieses bestimmt sich nach inzwischen ganz h.M. jedenfalls für EU-/EWR-Gesellschaften nach der „europarechtlichen Gründungstheorie“⁵⁴. Eine „grenzüberschreitende“ Verschmelzung i.S.d. §§ 122a ff. UmwG liegt demzufolge auch dann vor, wenn eine sog. Scheinauslandsgesellschaft (z.B. eine englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland) mit einer deutschen Gesellschaft (z.B. einer deutschen GmbH [oder auch einer UG, vgl. Einl. I Rz. 53] mit Sitz in Deutschland oder – auf Grund der Reform durch das MoMiG⁵⁵ – ggf. auch mit Sitz im Ausland) verschmelzen will⁵⁶.

23

cc) Grenzüberschreitung allein durch die NewCo?

Umstritten ist, ob auch eine Verschmelzung durch Neugründung, bei der **nur die NewCo ausländischem Recht unterliegt**, eine grenzüberschreitende Verschmelzung i.S.d. §§ 122a ff. UmwG darstellt (sog. „NewCo-Fälle“). Dies wird von der nunmehr ganz h.M. bejaht (Rz. 26).

24

Vorgelagert ist allerdings zunächst die Frage, ob solche „NewCo-Fälle“ vom Anwendungsbereich der (früheren) **10. Richtlinie** erfasst sind. Dafür könnte zwar – gerade auch mit Blick auf Artt. 49, 54 AEU – sprechen, dass der europäische Gesetzgeber grenzüberschreitende Verschmelzungen insgesamt erleichtern wollte (vgl. Erwägungsgründe 1 und 2). Schon der Wortlaut des Art. 1 der 10. Richtlinie (= heute: Art. 118 GesRRL), der ersichtlich davon ausgeht, dass bereits die Ausgangsgesellschaften (bzw. mindestens zwei derselben) dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen müssen, spricht gegen eine Einbeziehung dieser Fallkonstellation⁵⁷. Dies dürfte auch auf einer bewussten Entscheidung des europäischen Gesetzgebers zu beruhen, denn die ursprüngliche Definition der „grenzüberschreitenden Verschmelzung“ im Kommissionsentwurf⁵⁸ hatte noch generell auf die beteiligten Gesellschaften abgestellt (hätte also auch die „NewCo-Fälle“ erfasst⁵⁹), wurde dann aber auf Vorschlag des EP-Rechtsausschusses aus Gründen der Klarstellung⁶⁰ in die heutige Fassung abgeändert⁶¹. Darüber hinaus würde die Einbeziehung der „NewCo-Fälle“ bedeuten, dass der Europäische Gesetzgeber damit in verklausulierter Form letztlich auch die grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung (wenngleich auch nur in Kombination mit einer gleichzeitigen Verschmelzung) zugelassen hätte⁶². Hiervon kann allerdings kaum aus-

25

53 Vgl. *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 10; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122a UmwG Rz. 7; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, § 122a UmwG Rz. 2; *Frenzel*, RIW 2008, 12 (13).

54 Heute allg. Meinung, vgl. nur *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 7.65 m.z.w.N.

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

56 Vgl. *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 10; *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 78, 87; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, § 122a UmwG Rz. 4; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, § 122a UmwG Rz. 2; *H.-F. Müller*, NZG 2006, 286.

57 Vgl. *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 2008, S. 152f.; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008, S. 128; *Frenzel*, RIW 2008, 12 (14); *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 6, 72; *M. Winter*, Der Konzern 2007, 24 (27).

58 KOM (2003), 703, Art. 1 Sp. 2 (S. 11).

59 Vgl. *Grundmann*, EuropGesR, Rz. 901.

60 Vgl. Bericht des Rechtsausschusses, A6–0089/2005, S. 16.

61 Näher *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 22.28.

62 *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 22.28. Vgl. hinsichtlich der Nähe zur Satzungssitzverlegung auch *H.-F. Müller*, NZG 2006, 286 (287); *Oechsler*, NZG 2006, 161 (162); *M. Winter*, Der Konzern 2007, 24 (27f.).

gegangen werden, denn zum einen liefen zur Zeit des Gesetzgebungsverfahrens zur (damaligen) 10. Richtlinie (2004/2005) noch die Vorarbeiten zum – zwischenzeitlich auf Eis gelegten – Projekt einer Sitzverlegungsrichtlinie⁶³ und zum anderen war die Frage, ob die grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung überhaupt in den Schutzbereich der Art. 49, 54 AEU fällt, damals (anders als heute, vgl. dazu bereits Rz. 11) noch äußerst umstritten. Etwas anderes lässt sich letztlich auch aus dem Vergleich mit der Rechtslage bei der SE ableiten: Dort entspricht es zwar ganz h.M., dass die neue SE ihren Satzungssitz in einem anderen Mitgliedstaat haben kann als die Gründungsgesellschaften⁶⁴. Doch setzt die SE-Gründung durch Verschmelzung aber immer voraus, dass bereits die sich verschmelzenden Aktiengesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen (Art. 2 Abs. 1 SE-VO); die „Grenzüberschreitung“ ist also auch hier stets schon auf der Ebene der sich verschmelzenden Gesellschaften erforderlich⁶⁵. Die „NewCo-Fälle“ sind somit **nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst**⁶⁶.

- 26 Der Wortlaut des § 122a Abs. 1 UmwG stellt demgegenüber – anders als Art. 1 der früheren 10. Richtlinie (heute: Art. 118 GesRRL) – gerade nicht auf die Ausgangsgesellschaften, sondern (ebenso wie der Kommissionsentwurf) auf die *beteiligten Gesellschaften* (zu denen auch die NewCo gehört) ab. Im Hinblick darauf, dass die Problematik der „NewCo“-Fälle im Schrifttum bereits im Vorfeld bzw. im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens erörtert worden war⁶⁷ und angesichts der Historie der Richtlinienregelung (vgl. Rz. 25), dürfte es sich hierbei kaum um ein Redaktionsversehen handeln. Vom Anwendungsbereich der §§ 122a ff. UmwG sind daher **auch** die sog. „NewCo-Fälle“ erfasst⁶⁸. Aus europarechtlicher Sicht ist diese überschießende Umsetzung unbedenklich, denn sie entspricht letztlich gerade in besonderem Maße der Intention, grenzüberschreitende Verschmelzungen zu erleichtern (vgl. Erwägungsgründe 1 und 2)⁶⁹. Tatsächlich möglich sind solche NewCo-Verschmelzungen aber nur dann, wenn auch die anderen beteiligten Rechtsordnungen sie zulassen⁷⁰.

63 Ausf. dazu (mit Text des Vorentwurfs von 1997): *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, § 30 m.z.w.N.

64 Vgl. *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 45.35 m.w.N.; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Art. 17 SE-VO Rz. 3 m.z.w.N.

65 *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 22.28.

66 Ebenso *Habersack/Versle*, EuropGesR, § 8 Rz. 57; *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 6, 55; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 22.28; vgl. weiter bereits *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008, S. 127f.; *Frenzel*, RIW 2008, 12 (14); *Spahlinger/Wegen*, NZG 2006, 721 (722); *M. Winter*, Der Konzern 2007, 24 (27); a.A. jedoch *Beutel*, Der neue rechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen in der EU, 2008, S. 153; *Oechsler*, NZG 2006, 161 (162, 166) sowie offenbar auch *Frischhut*, EWS 2006, 55 (56); abl. jüngst auch *Oppenhoff* in MünchHdb. GesR, Bd. 8, § 18 Rz. 26 (Auslegung der h.M. sei „überspitzt“).

67 Vgl. etwa *H.-F. Müller*, NZG 2006, 286 (287); *Oechsler*, NZG 2006, 161 (162, 166); *M. Winter*, Der Konzern 2007, 24 (27).

68 Ebenso *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 10; *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008, S. 128; *Frenzel*, RIW 2008, 12 (14); *Kiem* in Habersack/Drinhausen, § 122a UmwG Rz. 6; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, § 122a UmwG Rz. 4; *H.-F. Müller*, NZG 2006, 286 (287); *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, § 122a UmwG Rz. 13 ff.; *Hörtnagl* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 122a UmwG Rz. 9; *Polley* in Henssler/Strohn, § 122a UmwG Rz. 10; jüngst auch *Klett* in BeckOGK, § 122a UmwG Rz. 25; a.A. *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 56, 72 f.; *M. Winter*, Der Konzern 2007, 24 (27); *Spahlinger/Wegen*, NZG 2006, 721 (722).

69 Vgl. *Frenzel*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 2008, S. 128; *Frenzel*, RIW 2008, 12 (14).

70 Wie hier *Drinhausen* in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 10; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, § 122a UmwG Rz. 6; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, Rz. 22.28 a.E.; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, § 122a UmwG Rz. 4.

3. Generalverweis (§ 122a Abs. 2 UmwG)

Gem. § 122a Abs. 2 UmwG sind auf die Beteiligung einer deutschen Kapitalgesellschaft bzw. (neuerdings) einer deutschen Personenhandelsgesellschaft an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung verschiedene Vorschriften des UmwG entsprechend anzuwenden, soweit sich aus dem 10. Abschnitt nichts anderes ergibt. Dieser **Generalverweis** ist zentrales Element der Grundkonzeption, wonach der neue 10. Abschnitt lediglich ergänzende Sonderregelungen enthält⁷¹ (vgl. dazu bereits Rz. 14). Zudem zeigt sich hier auch der Gleichlauf mit dem der (früheren) 10. Richtlinie zu Grunde liegenden Prinzip der subsidiären Anwendbarkeit des nationalen Rechts (dazu bereits Rz. 5)⁷².

Der Anwendungsbereich des Generalverweises ist nach § 122a Abs. 2 **Satz 1** UmwG in subjektiver Hinsicht auf **Kapitalgesellschaften i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 2** UmwG beschränkt. Er gilt also – entsprechend der insoweit beschränkten Regelungskompetenz des deutschen Gesetzgebers (vgl. dazu bereits Rz. 16) – nur für **deutsche** Gesellschaften⁷³, nämlich die – in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG explizit aufgelisteten – Rechtsformen der **AG**, **GmbH** (inkl. des Subtyps der UG, vgl. Einl. I Rz. 53)⁷⁴ und **KGaA**⁷⁵ sowie über Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO auch für die **SE** mit Sitz in Deutschland⁷⁶ (vgl. zur Beteiligung einer SE an grenzüberschreitenden Verschmelzungen i.S.d. §§ 122a ff. UmwG näher § 122b Rz. 7). In § 122a Abs. 2 **Satz 2** UmwG ist der Anwendungsbereich durch Gesetz vom 19.12.2018⁷⁷ mit Wirkung zum 1.1.2019 erweitert worden auf (deutsche) **Personenhandelsgesellschaften**, mithin auf die OHG bzw. die KG (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 Variante 1 UmwG), und zwar unter Einschluss auch von **GmbH & Co. KG** bzw. **UG** (haftungsbeschränkt) & Co. **KG**⁷⁸.

Verweisungsobjekt sind zum einen die Vorschriften des Ersten Teils des Zweiten Buches, also die **allgemeinen Vorschriften über die Verschmelzung** (§§ 2–38 UmwG)⁷⁹. Darüber hinaus sind Gegenstand der Verweisung aber auch die besonderen Vorschriften über die Verschmelzung derjenigen Gesellschaftsformen, die sich an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligen können, d.h. die **besonderen Vorschriften** über die Verschmelzung unter Beteiligung von **Personenhandelsgesellschaften** (§§ 39–45 UmwG), **GmbH** (§§ 46–59 UmwG, die grundsätzlich auch für die UG gelten, vgl. Einl. I Rz. 53), von **AG** (§§ 60–76 UmwG; diese gelten über Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO auch für die **SE**) sowie von **KGaA** (§ 78 UmwG)⁸⁰. Anwendbar sind beispielsweise auch im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung die Vorschrift des § 51 UmwG,⁸¹ wohl auch die Vorschrift des § 62

71 Vgl. BegrRegE, BR-Drucks. 548/06, 29; vgl. weiter Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, Rz. 22.31; ebenso Drinhausen in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 14; Heckschen in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 8 f.; Limmer, ZNotP 2007, 242 (249); H.-F. Müller, NZG 2006, 286 (287).

72 Vgl. Drinhausen in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 3; Heckschen in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 8; Krause/Kulpa, ZHR 171 (2007), 38 (53).

73 Vgl. Drinhausen in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 14; Heckschen in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 91; Krause/Kulpa, ZHR 171 (2007), 38 (54).

74 So auch Drinhausen in Semler/Stengel, § 122b UmwG Rz. 4; Kiem in Habersack/Drinhausen, § 122a UmwG Rz. 10.

75 Vgl. BegrRegE, BR-Drucks. 548/06, 29.

76 Vgl. BegrRegE, BR-Drucks. 548/06, 29; Drinhausen in Semler/Stengel, § 122a UmwG Rz. 14; Marsch-Barner in Kallmeyer, § 122a UmwG Rz. 5.

77 4. UmwÄndG v. 19.12.2018, BGBl. I, S. 2694.

78 S. BegrRegE. 4. UmwÄndG, BR-Drucks. 505/18, 6.

79 Vgl. Heckschen in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 93; Kiem in Habersack/Drinhausen, § 122a UmwG Rz. 10; Simon/Rubner in KölnKomm. UmwG, § 122a UmwG Rz. 21.

80 Vgl. Heckschen in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 92f.; Marsch-Barner in Kallmeyer, § 122a UmwG Rz. 5; Hörtndl in Schmitt/Hörtndl/Stratz, § 122a UmwG Rz. 16.

81 So auch Klett in BeckOGK, § 122a UmwG Rz. 31 f.; Heckschen in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 95 ff.

Abs. 5 UmwG zum verschmelzungsrechtlichen Squeeze out⁸² oder auch **§ 67 UmwG** im Falle der Hereinverschmelzung auf eine deutsche AG.⁸³

- 30 Die Verweisung steht jedoch unter dem **Vorbehalt**, dass sich aus den §§ 122a–122m UmwG „**nichts anderes ergibt**“⁸⁴. Dies ist dann der Fall, wenn die §§ 122aff. UmwG in einem bestimmten Punkt **ausdrücklich** eine abweichende Sonderregelung enthalten (Bsp.: Verschmelzungsplan mit dem Inhalt gem. § 122c UmwG statt Verschmelzungsvertrag gem. § 5 UmwG, dazu näher § 122c Rz. 3; zusätzlicher Inhalt des Verschmelzungsberichts gem. § 122e Satz 1 UmwG, dazu ausf. § 122e Rz. 1, 7ff.). „Etwas anderes“ kann sich aber gleichermaßen auch aus dem **Telos** und der **Systematik** der §§ 122aff. UmwG – speziell auch im Hinblick auf die zu Grunde liegende Richtlinie – ergeben⁸⁵ (Bsp.: keine Zuleitung des Verschmelzungsplans an den Betriebsrat, dazu ausf. § 122c Rz. 32)⁸⁶. Zu **Brexit-Besonderheiten** ausf. bei § 122m UmwG.

§ 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 eingelegten 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.

82 Wie hier *Klett* in BeckOGK, § 122a UmwG Rz. 33f.

83 Ebenso *Klett* in BeckOGK, § 122a UmwG Rz. 36.

84 Vgl. dazu auch ausf. *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 94ff., 101ff.

85 So auch *Heckschen* in Widmann/Mayer, § 122a UmwG Rz. 98; *Kiem* in Habersack/Drinhausen, § 122a UmwG Rz. 11.

86 S. auch noch *Simon/Rubner* in KölnKomm. UmwG, § 122a UmwG Rz. 23 (zur Problematik der Anwendbarkeit von § 51 UmwG).