

Romuald Di Noto

UNIVERSITÄT POTSDAM
Juristische Fakultät

LL.M/Magister Legum

Magisterarbeit zum Thema

**Das Anteilsuntauschverhältnis und dessen gerichtliche Überprüfung
im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften
in der Europäischen Union.**



Unter Betreuung von
Prof. Dr. Tilman BEZZENBERGER

Sommersemester 2009

INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG.....	1
A. DIE DEUTSCHEN REGELUNGEN ÜBER DIE GRENZÜBERSCHREITENDE VERSCHMELZUNG VON KAPITALGESELLSCHAFTEN INNERHALB DER EUROPÄISCHEN UNION UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES UMTAUSCHVERHÄLTNISSSES.....	7
Grundlagen.....	7
Anwendungsbereich der Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung.....	7
Bestimmung des im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung anwendbaren Rechts.....	9
Kurze Darstellung des Verfahrens zur grenzüberschreitenden Verschmelzung.....	10
a) Aufstellung eines gemeinsamen Verschmelzungsplans (§ 122c).....	10
b) Verschmelzungsbericht (§§ 122e, 8).....	10
c) Verschmelzungsprüfung (§§ 122f, 9 bis 12).....	11
d) Verschmelzungsbeschluss (§§ 122g, 122a Abs. 2, 13).....	12
e) Rechtmäßigkeitskontrolle und Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung (§§ 122k, 122l).....	12
f) Wirkungen (§§ 122a Abs. 2, 20).....	13
Die Bedeutung des Umtauschverhältnisses im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung.....	14
Definition und Rolle des Umtauschverhältnisses.....	14
Das Umtauschverhältnis als zwingende Angabe in verschiedenen Unterlagen.....	15
i) Die Angabe des Umtauschverhältnisses im gemeinsamen Verschmelzungsplan (§ 122c Abs. 2 Nr. 2).....	15
b) Die rechtliche und wirtschaftliche Erläuterung des Umtauschverhältnisses im Verschmelzungsbericht (§§ 122e, 122a Abs. 2 i.V.m. 8 Abs. 1 S. 1 Hs. 1).....	16
;) Das Umtauschverhältnis und die Sachverständigenprüfung (§§ 122f i.V.m. 9 bis 12).....	17
Die Ermittlung des Umtauschverhältnisses im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung.....	19
i) Grundlagen zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses.....	19
) Das Erfordernis der Methodengleichheit bei der Bewertung der sich grenzüberschreitend verschmelzenden Unternehmen.....	21
aa) Überblick über die Rechtslage bei innerdeutschen Verschmelzungen.....	21
bb) Rechtslage bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen.....	23

B. DER SCHUTZ DER MINDERHEITSGESELLSCHAFTER DURCH DIE GERICHTLICHE ÜBERPRÜFUNG DES ANTEILSUMTAUSCHVERHÄLTNISSSES (SPRUCHVERFAHREN).....	26
I. Die Stellung der Minderheitsgesellschafter und deren Schutzbedürfnis bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung.....	26
Ausgangssituation.....	26
Schutzbedürfnis der Anteilsinhaber auf der vermögensrechtlichen Ebene.....	27
Die Vorschriften der Richtlinie 2005/56/EG zum Minderheitenschutz.....	28
a) Art. 4 Abs. 2 S. 2 GrenzVR.....	28
b) Art. 10 Abs. 3 S. 1 GrenzVR.....	28
II. Das Spruchverfahren bei den deutschen innerstaatlichen Verschmelzungen (§§ 14 Abs. 2, 15).....	29
Das Recht auf Einleitung eines Spruchverfahrens und auf bare Zuzahlung (§ 15 Abs.1.....	29
) Voraussetzungen.....	29
b) Rechtsfolgen.....	30
2. Der Ausschluss von Anfechtungsklagen betreffend das Umtauschverhältnis (§ 14 Abs. 2).....	31
III. Voraussetzungen der Anwendbarkeit des deutschen Spruchverfahrens zugunsten der Anteilsinhaber der deutschen übertragenden Gesellschaft im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 10 Abs. 3 S. 1 GrenzVR ; § 122h Abs. 1 i.V.m. 14 Abs. 2, 15).....	33
Sinn und Zweck des Art. 10 Abs. 3 GrenzVR und des § 122h Abs. 1.....	33
Erste Fallkonstellation : Die Rechtsordnung der ausländischen aufnehmenden Gesellschaft kennt ein Spruchverfahren.....	34
Zweite Fallkonstellation : Die Rechtsordnung der ausländischen aufnehmenden Gesellschaft sieht kein Spruchverfahren vor.....	36
a) Zustimmung der Anteilsinhaber ausländischen Gesellschaften.....	37
b) Rechtsfolge.....	39
) Rechtsfolge bei Zustimmung.....	39
) Rechtslage bei nicht erteilter Zustimmung.....	40
Bewertung dieses Systems.....	42
) Zweifel bezüglich der Zustimmungsbereitschaft der Anteilsinhaber der ausländischen Gesellschaften.....	42
) Verbesserungsvorschläge des Schrifttums.....	44
IV. Erstreckung des Anwendungsbereichs des Spruchverfahrens auf Anteilsinhaber ausländischer übertragender Gesellschaften (§ 122h Abs. 2).....	46
Sinn des § 122h Abs. 2 : Ein prozessuales Antragsrecht aber kein materiell-rechtlicher Anspruch.....	47
Voraussetzungen des Antragsrechts gemäß § 122h Abs. 2.....	49

V. Die Durchführung und die Wirkung des Spruchverfahrens im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung.....	50
1. Ablauf des Spruchverfahrens.....	50
Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte.....	50
) Fallkonstellation des § 122h Abs. 1.....	51
) Fallkonstellation des § 122h Abs. 2.....	53
) Antragsberechtigung (§ 3 S. 1 Nr. 3 SpruchG).....	54
) Antragsgegner (§ 5 Nr. 4 SpruchG).....	55
) Antragsfrist und Antragsbegründung (§ 4 SpruchG).....	55
) Gemeinsamer Vertreter (§ 6c SpruchG).....	57
) Antragsberechtigung.....	57
) Aufgaben und Rechtsstellung.....	58
Wirkung der im Spruchverfahren ergehenden Entscheidung (§ 13 SpruchG).....	59
a) Wirksamwerden der Entscheidung (§ 13 S. 1 SpruchG).....	59
b) <i>Inter-omnes</i> Wirkung (§ 13 S. 2 SpruchG).....	60

LITERATURVERZEICHNIS

Adolff J., Konkurrierende Bewertungssysteme bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ZHR 2009, 67.

Bayer W., Grenzlose Mobilität in Europa – Verschmelzungsrichtlinie in Kraft, BB 2006, 7.

Bayer W./Schmidt J., Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, NJW 2006, 401.

Bayer W./Schmidt J., Der Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit, ZIP 2006, 210.

Bayer W./Schmidt J., Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – Eine kritische Stellungnahme, NZG 2006, 841.

Behrens F., Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Richtlinie 2005/56/EG (Verschmelzungsrichtlinie), Cuvillier Verlag, Göttingen, 2007 (Zit. : *Behrens*, S. ...).

Bezenberger G./Bezenberger T., Rechtsschutzmittel der Aktionäre gegen Kapitalverwässerungen – Anfechtungsklage oder Spruchverfahren bei Verschmelzungen und Kapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluss, in : Festschrift für Welf Müller zum 65. Geburtstag, hrsg. von Peter Hommelhoff, Roger Zätzch und Bernd Erle, C.H. Beck Verlag, München 2001, S. 1-25.

Bungert H., Umtauschverhältnis bei Verschmelzungen entspricht nicht dem Börsenwert, BB 2003, 699-704.

Drinhausen F./Keinath A., Referentenentwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetz – Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzung für deutsche Kapitalgesellschaften ?, BB 2006, 725.

Frenzel R., Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften : Zur Umsetzung der Zehnten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie in deutsches Recht, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008 (Zit. : *Frenzel*, S. ...).

Frenzel R., Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist, RIW 2008, 12.

Fritzsche, M./Dreier, P./Verfürth L., Kommentar zum Spruchverfahrensgesetz, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2004 (Zit. : *Fritzsche/Dreier/Verfürth*, SpruchG, § ... Rn. ...).

Großfeld B., Europäische Unternehmensbewertung, NZG 2002, 353.

Habersack M., Europäisches Gesellschaftsrecht, Verlag C.H. Beck, 3. Auflage, München, 2006 (Zit. : *Habersack*, § ... Rn. ...).

Handelsrechausschuss des Deutschen Anwaltsvereins, DAV : Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des

Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-Ausführungsgesetz – SEAG), NZG 2004, 75.

Haritz D./von Wolff, B., Internationalisierung des deutschen Umwandlungsrechts, Zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, GmbHR 2006, 340.

Herrler S., Ermöglichung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften durch Änderung des Umwandlungsgesetzes – Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie unter Vernachlässigung der primärrechtlichen Rahmenbedingungen, EuZW 2007, Heft 10, 295.

Hirte H., Kapitalgesellschaftsrecht, RWS Kommunikationsforum, 5. Auflage, Köln, 2006 (Zit. : *Hirte*, Rn. ...).

Hoffmann-Becking M., Das materielle Gesellschafterschutz : Abfindung und Spruchverfahren, ZGR 1990, 483.

Hueck G./Windblicher C., Gesellschaftsrecht, Verlag C.H. Beck, 21. Auflage, München, 2008 (Zit. : *Hueck/Windblicher*, § ... Rn. ...).

Jung, Hereinverschmelzung durch Aufnahme und Niederlassungsfreiheit : Anmerkung zum Vorlagebeschluss des LG Koblenz vom 16.9.2003, GPR 2004, 87.

Kallmeyer H., u.a., Umwandlungsgesetz : Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften, 3. Auflage, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 2005, 1445 S. (Zit. : *Bearb.* in *Kallmeyer* : UmwG, § ... Rn. ...).

Kalss S., Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593.

Kappes, S., Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen, NZG 2006, 101.

Kiem R., Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im deutschen Umwandlungsgesetz, WM 2006, 1091.

Kiem R., Die Ermittlung der Verschmelzungsrelation bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, ZGR 2007, 542.

Klein S., Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, RNotZ 2007, Heft 12, 565.

Klöcker, I./Frowein G., Kommentar zum Spruchverfahrensgesetz, Otto Schmidt Verlag, Köln 2004 (Zit. : *Klöcker/Frowein*, SpruchG, § ... Rn. ...).

Klunzinger E., Grundzüge des Gesellschaftsrechts, Verlag Franz Vahlen, 15. Auflage, Tübingen, 2008 (Zit. : *Klunzinger*, S. ...).

Knapp A., Am Vorabend zur Anerkennung grenzüberschreitender Umwandlungen DNotZ, 2005, 723.

Kronke H., Deutsches Gesellschaftsrecht und grenzüberschreitende Strukturänderungen ZGR, 1994, 24.

Kübler F., Barabfindung bei Gründung einer Europa AG ?, ZHR 167 (2003), 627.

Kuhlmann J./Ahnis E., Konzern- und Umwandlungsrecht, C.F. Müller Verlag, 2. Auflage, Heidelberg 2007 (Zit. : *Kuhlmann/Anis*, Rn. ...).

Kulenkamp S., Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EU, Nomos, Mannheim, 2009, 393 S. (Zit. : *Kulenkamp*, S. ...).

Lösekrug J., Die Umsetzung der Kapital-, Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie in das nationale deutsche Recht, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Diss. Jena 2004 (Zit. : *Lösekrug*, S. ...).

Lutter M., u.a., Umwandlungsgesetz (Kommentar), 2 Bände, Verlag Dr. Otto Schmidt, 4. Auflage, Köln, 2007 (Zit. : *Bearb. in : Lutter, UmwG, § ..., Rn. ...*).

Lutter M./Bezenberger T., Für eine Reform des Spruchverfahrens im Aktien- und Umwandlungsrecht, AG 2000, 433.

Lutter M./Drygala T., Internationale Verschmelzungen in Europa, JZ 2006, 770.

Lutter M./Hommelhoff P., Die Europäische Gesellschaft, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2005 (Zit. : *Bearb. : Lutter/Hommelhoff*, S. ...).

Martens K., Verschmelzung, Spruchverfahren und Anfechtungsklage in Fällen eines unrichtigen Umtauschverhältnisses, AG 2000, 301.

Müller H., Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitender Verschmelzung, DK 2007, 81.

Nagel B., Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, NZG 2006, 97.

Neye H., Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, ZIP 2005, 1893.

Neye H./Timm B., Die geplante Umsetzung der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Umwandlungsgesetz, DB 2006, 488.

Nießen T., Die internationale Zuständigkeit im Spruchverfahren, NZG 2006, 441.

Oechsler J., Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten, NZG 2006, 161.

Raiser T./Veil R., Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2006 (Zit. : *Raiser/Veil*, § ... Rn. ...).

Samson C./Flindt S., Internationale Unternehmenszusammenschlüsse, NZG 2006, 290.

Seetzen, U., Spruchverfahren und Unternehmensbewertung im Wandel, WM 1999, 565.

Semler J./Stengel A, u.a., Umwandlungsgesetz (mit Spruchverfahrensgesetz) (Kommentar), Verlag C.H. Beck, 2. Auflage, München, 2007 (Zit. : *Bearb.* in : Semler/Stengel, UmwG, § ... Rn. ...).

Simon S., Spruchverfahrensgesetz, C.H. Beck, München 2007 (Zit. : *Bearb.* in : Simon, SpruchG, § ... Rn. ...).

Simon S./Rubner D., Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht, DK 2006, 835.

Teichmann, C., Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 383.

Teichmann C., Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367.

Vetter J., Ausweitung des Spruchverfahrens, Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, ZHR 168 (2004), 8.

Vetter J., Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG, AG 2006, 613.

Widmann S./Mayer D., Umwandlungsrecht, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, Kommentar, Stollfuß Verlag, Berlin, 2008 (Zit. : *Bearb.* in : Widmann/Mayer, § ... Rn. ...).

Wiesen H., Das materielle Gesellschafterschutz : Abfindung und Spruchverfahren, ZGR 1990, 503.

Wittgens J., Das Spruchverfahrensgesetz, de Gruyter Verlag, Diss. Berlin 2005 (Zit. : *Wittgens*, S. ...).

Wittgens J., Begründung des Antrages auf Einleitung eines Spruchverfahrens – Anmerkung zu den Beschlüssen des OLG Frankfurt a.M. vom 4.1.2006, 11.1.2007, 6.3.2007, NZG 2007, 853.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DK	Der Konzern (Zeitschrift)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
FS	Festschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel

i. V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
RIW	Recht der International Wirtschaft
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
S.	Satz
SE-AG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz).
SpruchG	Spruchverfahrensgesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht).
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (früher : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

EINLEITUNG

Das Umwandlungsgesetz (UmwG)¹ sieht verschiedene Möglichkeiten zur Umwandlung von Unternehmen vor : Gemäß § 1 Abs. 1 UmwG² können Rechtsträger mit Sitz im Inland durch Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung und Formwechsel umgewandelt werden.

Unter dem Begriff „Verschmelzung“³ versteht man die Übertragung des Vermögens eines Unternehmens als ganzes auf ein bereits bestehendes oder auf ein neu gegründetes Unternehmen ohne Abwicklung (d.h. unter Ausschluss der Liquidation)⁴. Diese Vermögensübertragung erfolgt daher im Wege der Gesamtrechtsnachfolge⁵. § 2 unterscheidet zwei Arten der Verschmelzung : Die Verschmelzung durch Aufnahme und die Verschmelzung durch Neugründung. Im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme wird gemäß § 2 Nr. 1 das Vermögen eines oder mehrerer übertragenden Rechtsträger als ganzes auf einen übernehmenden, bereits bestehenden Rechtsträger übertragen. In dieser Fusionsart geht der übertragende Rechtsträger unter, während der übernehmende Rechtsträger bestehen bleibt. Diese Art der Verschmelzung stellt in der Praxis die häufigste Fallkonstellation vor⁶ und ist insbesondere in den Fällen geeignet, in denen die betroffenen Rechtsträger aneinander beteiligt sind (z.B. Verschmelzung der Tochter auf die Mutter)⁷. Im Rahmen der Verschmelzung durch Neugründung wird das Vermögen zweier oder mehrerer Rechtsträger jeweils als ganzes auf einen neuen, von ihnen im Wege der Verschmelzung gegründeten Rechtsträger übertragen (§ 2 Nr. 2) : Die sämtlichen übertragenden Gesellschaften gehen unter, während ein neuer Rechtsträger anlässlich der Verschmelzung entsteht. Diese Art der Verschmelzung eignet sich insbesondere für die Verschmelzung von gleichberechtigten Rechtsträgern⁸.

In diesen beiden Fallkonstellationen erhalten die Anteilsinhaber (Gesellschafter, Aktionäre) des untergegangenen Rechtsträgers Anteile bzw. Aktien des übernehmenden oder des im Zuge der Verschmelzung neu gegründeten Rechtsträgers als Gegenleistung⁹. In diesem Zusammenhang richtet sich die Zahl der Anteile bzw. Aktien, die der Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers im Rahmen der Verschmelzung erhält, nach dem Umtauschverhältnis.

¹Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210, ber. 1995 I S. 428) zuletzt geändert durch Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.4.2007 (BGBl. S. 542).

² §§ ohne nähere Angabe sind solche des Umwandlungsgesetzes (UmwG).

³ Auch „Fusion“ genannt.

⁴ *Klunzinger*, S. 212

⁵ *Klein*, RNotZ 2007, Heft 12, 565, 566.

⁶ *Stengel* in : *Semler/Stengel*, UmwG, § 2 Rn. 23.

⁷ *Kuhlmann/Ahnis*, Rn. 928.

⁸ *Kuhlmann/Ahnis*, Rn. 928.

⁹ *Hueck/Windblicher*, § 38 Rn. 6.

Die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften innerhalb der Europäischen Union wurde erstmals von dem am 25.4.2007 in Kraft getretenen Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes¹⁰ in das deutsche Recht eingeführt. Dieses Gesetz setzt die EU-Richtlinie vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten (GrenzVR)¹¹ in das deutsche Recht um, indem es einen zehnten Abschnitt in das zweite Buch des Umwandlungsgesetzes einfügt (§§ 122a bis 122i). Gemäß dem neu eingeführten § 122a ist eine grenzüberschreitende Verschmelzung eine Verschmelzung, bei der mindestens einer der beteiligten Rechtsträger dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (Island, Norwegen, Liechtenstein) unterliegt¹². Als Beweggründe für eine Verschmelzung können die Verstärkung der Marktstellung, der Zusammenschluss von personellen und sachlichen Ressourcen, sowie die gemeinsame Nutzung von Marken und Patenten genannt werden¹³. Neben diesen „klassischen“ Beweggründen bestehen weitere, der grenzüberschreitenden Verschmelzung spezifische Motive, wie die Erleichterung des Zuganges zu einem ausländischen Markt oder die Tatsache, dass die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft einer ausländischen Rechtsordnung unterliegen wird, die den Gesellschaftern und Leitungsorganen einen größeren gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsspielraum bietet¹⁴.

Obwohl das Umwandlungsgesetz vor der Einführung des Rechtsinstitutes der grenzüberschreitenden Verschmelzung in das deutsche Umwandlungsrecht kein ausdrückliches Verbot solcher Verschmelzungen enthielt¹⁵, wurde bis zur Umsetzung der GrenzVR oft die Frage gestellt, ob grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Gesellschaften erlaubt waren. § 1 Abs. 1 beschränkt nämlich ausdrücklich die in dieser Vorschrift aufgelisteten Umwandlungsmöglichkeiten auf „Rechtsträger mit Sitz in Inland“, wobei nach h.M. unter dem Begriff „Sitz“ der Satzungssitz der Gesellschaft, und nicht deren Verwaltungssitz, zu verstehen ist¹⁶, während § 1 Abs. 2 Umwandlungen außerhalb des Umwandlungsgesetzes nur unter der Bedingung erlaubt, dass sie von einem anderen Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen werden. Aus dieser Vorschriftenkombination und insbesondere dem in § 1 Abs. 2 enthaltenen Analogieverbot hatte die

¹⁰Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.4.2007 (BGBl. S. 542).

¹¹Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten, ABl. EU v. 25.11.2005 Nr. L 310 S. 1 ff.

¹²Innerhalb der grenzüberschreitenden Verschmelzungen unterscheidet man weiter zwischen der Hineinverschmelzung (Verschmelzung einer ausländischen Gesellschaft auf eine deutsche Gesellschaft) und der Hinausverschmelzung (Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft auf eine ausländische Gesellschaft).

¹³Hirte, Rn. 6.107.

¹⁴Behrens, S. 7.

¹⁵Klein, RNotZ 2007, Heft 12, 565, 567.

¹⁶Lutter/Drygala in : Lutter, UmwG § 1 Rn. 7 ; Drinhausen in : Semler/Stengel, UmwG, Einleitung C, Rn. 20.

h.M. im Schrifttum in den Fällen, in denen nicht alle beteiligten Rechtsträger ihren Satzungssitz im Inland haben, ein generelles Verbot grenzüberschreitender Umwandlungen abgeleitet¹⁷. Jedoch hat die Mindermeinung darauf hingewiesen, dass die Bestimmungen des § 1 gegen die in Art. 43 und 48 EGV verankerte Niederlassungsfreiheit innerhalb der Europäischen Gemeinschaft und die entsprechende Rechtsprechung des EuGH¹⁸ verstoße, da das Verbot der Verschmelzung mit ausländischen Rechtsträgern eine unzulässige Diskriminierung darstelle, die sich als Zuzugs- bzw. Wegzugshindernis für den niederlassungsberechtigten Rechtsträger auswirkt. Nach der letztgenannten Ansicht sollten bei europarechtskonformer Auslegung die Beschränkungen des § 1 unangewendet bleiben¹⁹.

Die deutsche Rechtsprechung hat sich nicht von dieser Meinung überzeugen lassen : In verschiedenen Rechtssachen haben die deutschen Gerichte nämlich entschieden, dass die bis zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.4.2007 geltende Fassung des Umwandlungsgesetzes nur innerstaatliche Umwandlungen ermöglichte, indem sie die Eintragung in das Handelsregister von aus grenzüberschreitenden Verschmelzungen hervorgehenden Gesellschaften meistens abgelehnt haben²⁰, so dass bis zum Gesetz vom 19.4.2004 die verschmelzungswilligen Rechtsträger unterschiedliche Methoden verwendet haben, um zu dem wirtschaftlichen Effekt eines solchen Zusammenschlusses zu gelangen (Unternehmenszusammenschluss durch Aktientausch, Einzelrechtsübertragung, Zwischenschaltung einer Europäischen Aktiengesellschaft)²¹.

Zur Realisierung des gemeinsamen Marktes durch tatsächliche Ermöglichung der Niederlassungsfreiheit gem. Artt. 43 und 48 EGV war ein Handeln der Europäischen Gemeinschaft in dem Bereich der grenzüberschreitenden Verschmelzung unerlässlich geworden. Dieser Notwendigkeit war der europäische Gesetzgeber seit langem bewusst : Bereits 1972 wurde der Entwurf eines auf Art. 293 EGV²² basierten Übereinkommens über die grenzüberschreitende Verschmelzung vorgelegt²³. Nachdem dieser Vorschlag endgültig im Jahre 1980 gescheitert ist, hat sich der europäische Gesetzgeber dafür entschlossen, die grenzüberschreitende Verschmelzung in einer Richtlinie zu behandeln²⁴. Am 8. Januar 1985 lag die Europäische Kommission einen

¹⁷Kronke, ZGR, 1994, 26 ; Picot/Land, DB 1998, 1601 ; Großfeld, AG 1996, 302 ; Semler/Stengel in Semler/Stengel, UmwG, Einleitung A, Rn. 110 ff ; Jung, GPR 2004, 87.

¹⁸EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97, EuZW 1999, 216, Centros ; Urt. v. 5.11.2002 – C-208/00, EuZW 2002, 753, Überseering ; Urt. v. 30.9.2003 – C-167/01, EuZW 2003, 687, Inspire Art.

¹⁹Kallmeyer in : Kallmeyer, UmwG, § 1 Rn. 14 f ; Knapp, DNotZ 2005, 723.

²⁰OLG Zweibrücken NJW 1990, 3092 ; OLG Hamm DB 1997, 1865 ; BayObLG DB 1998, 2318 ; Kallmeyer, DB 2002, 2521 ; BayObLG JZ 1993, 372 ; OLG München, GmbGR 2007, 1273.

²¹Für eine umfassende Beschreibung dieser Methoden : Samson/Flindt, NGZ 2006, 290.

²²Damals Art. 220 EGV.

²³BullEG, Beilage 13/1973

²⁴Habersack, § 7 Rn. 52.

Vorschlag für eine Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften vor²⁵, dessen Vorbild die Dritte Richtlinie 78/855/EWG über die „innerstaatliche“ Verschmelzung von Aktiengesellschaften war²⁶. Dieses Vorhaben ist an der schwierigen Frage der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft gescheitert und somit im Jahre 2001 von der Europäischen Kommission zurückgenommen worden, nachdem eine Kompromisslösung über diese Frage im Rahmen der Verhandlungen über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft gefunden wurde²⁷.

Die ersten europarechtlichen Bestimmungen für eine grenzüberschreitende Verschmelzung von Gesellschaften innerhalb der Europäischen Gemeinschaft befinden sich in den Artt. 2 Abs. 1 und 17 der Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO)²⁸, die Aktiengesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedsstaaten die Möglichkeit eröffnen, sich zur einer Europäischen Aktiengesellschaft zu verschmelzen. Das zentrale Problem war somit gelöst, so dass die Europäische Kommission zur Ausführung ihres im Mai 2003 angenommenen Aktionsplans zum Gesellschaftsrecht²⁹ am 18.11.2003 einen erneuten auf Art. 44 Abs. 2 Buchstabe g) gestützten Richtlinienvorschlag vorlegen konnte³⁰. Nach Billigung durch den Rat und das Europäische Parlament wurde die Richtlinie am 25.11.2005 im Amtsblatt der EG veröffentlicht³¹ und ist am 15.12.2005 in Kraft getreten. Zwei Tage vorher hatte der EuGH in der Rechtssache *Sevic Systems AG* entschieden, dass es mit der in den Artt. 43, 48 EGV verankerten Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar ist, die Eintragung der Verschmelzung zweier Rechtsträger aus verschiedenen Mitgliedsstaaten generell zu verweigern, da die grenzüberschreitende Verschmelzung eine wichtige Modalität der Niederlassungsfreiheit darstelle³². In der Literatur wurde vertreten, die GrenzVR sei durch diese Entscheidung „überholt“ worden, da diese letztere nicht nur Kapitalgesellschaften, sondern auch Personengesellschaften erfasse³³. Diese Behauptung berücksichtigt aber nicht die Tatsache, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen innerhalb der EU ohne einen einheitlichen

²⁵Vorschlag für eine Zehnte Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. Nr. C 23/11 vom 25.1.1985.

²⁶Frenzel, S.6 ; Dritte Richtlinie des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG), ABl. Nr. L 295/36 vom 20.10.1978.

²⁷Nagel, NZG 2006, 97 ; Neyel/Timm, DB 2006, 488.

²⁸Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. Nr. L 294/1 vom 10.11.2001.

²⁹KOM [2003] 283 endg. („Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 21.5.2003 betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrecht und die Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“).

³⁰KOM 2003/703 endg. 2003/0277 (COD).

³¹ABl. EU v. 25.11.2005 Nr. L 310 S. 1 ff.

³²EuGH, Urt. v. 13.12.2005 - C-411/03 – NZG 2006, 112, *Sevic Systems AG*.

³³Siehe z.B. : Nagel, NZG 2006, 67 ; Oechsler, NZG 2006, 161.

rechtlichen Rahmen praktisch nicht durchführbar sind : Mit der GrenzVR wird hingegen für internationale Fusionen von Kapitalgesellschaften ein praktikables und rechtssicheres Verfahren angeboten³⁴.

Mit der Umsetzung der GrenzVR durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes in den §§ 122a bis 122l werden somit den deutschen Kapitalgesellschaften grenzüberschreitende Verschmelzungen mit Gesellschaften, die dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums unterliegen, praktisch ermöglicht und einheitliche europäische Grundregeln für ein Verfahren zur grenzüberschreitenden Verschmelzung aufgestellt. Wie bei innerstaatlichen Verschmelzungen kommt bei internationalen Fusionen dem Umtauschverhältnis, d.h. die Bestimmung der Zahl der Anteile der aufnehmenden Gesellschaft, die den Anteilhabern der übertragenden Gesellschaft gegen den Verlust ihre Anteile an den übertragenden Rechtsträger gewährt werden, eine grundsätzliche Bedeutung zu (A). Im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung können außerdem ähnliche Probleme wie bei innerstaatlichen Verschmelzungen auftreten. Darunter fällt insbesondere die Rüge des Umtauschverhältnisses durch die Anteilsinhaber einer der beteiligten Gesellschaften, die bei innerdeutschen Verschmelzungen grundsätzlich im Wege eines besonderen Verfahrens, das sog. Spruchstellenverfahren, behandelt wird. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen daraus, dass mindestens zwei verschiedenen Rechtsordnungen auf dem Spiel stehen³⁵. Aufgrund dieses Zusammentreffens mit ausländischen Rechtsordnungen sind erhebliche Anpassungen dieses zum Schutz der Anteilsinhaber vorgesehenen Verfahrens anlässlich der Umsetzung der GrenzVR unerlässlich geworden (B).

³⁴*Bayer/Schmidt*, NJW 2006, 401.

³⁵*Teichmann*, ZGR 2003, 367 (370).

A - DIE DEUTSCHEN REGELUNGEN ÜBER DIE GRENZÜBERSCHREITENDE VERSCHMELZUNG VON KAPITALGESELLSCHAFTEN INNERHALB DER EUROPÄISCHEN UNION UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES UMTAUSCHVERHÄLTNISSES.

I. Grundlagen

1. Anwendungsbereich der Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung (§§ 122a, 122b).

Da § 122a die grenzüberschreitende Verschmelzung als eine Verschmelzung definiert, bei der mindestens eine der beteiligten Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union³⁶ unterliegt, finden die Spezialvorschriften der §§ 122a ff. nur Anwendung, wenn bei einer Verschmelzung neben einer oder mehreren deutschen Gesellschaften auch mindestens eine Gesellschaft beteiligt ist, die dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates der EU oder des EWR-Abkommens unterliegt³⁷. Ist dies nicht der Fall, ist der sachliche Anwendungsbereich der §§ 122a ff. nicht eröffnet. Abzustellen ist also auf das Zusammentreffen mehrerer Rechtsordnungen aus verschiedenen Mitgliedsstaaten der EU oder des EWR-Abkommens.

Zweitens muss der persönliche Anwendungsbereich der § 122a ff. eröffnet sein. Gemäß § 122b Abs. 1 können an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, sei es als übertragender oder als übernehmender Rechtsträger, nur Kapitalgesellschaften im Sinne des Artikels 2 Nr. 1 GrenzVR (der selbst auf die Definition der Kapitalgesellschaft i.S.d. der Publizitätsrichtlinie³⁸ verweist) beteiligt sein, die nach dem Recht eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union³⁹ gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem dieser Mitgliedsstaaten⁴⁰ haben. Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift folgt, dass trotz zahlreicher Forderungen aus dem Schrifttum⁴¹ die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung nur für Kapitalgesellschaften besteht (d.h. Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien,

³⁶ Oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (Island, Liechtenstein und Norwegen).

³⁷ *Drinhausen* in : Semler/Stengel, UmwG, § 122a Rn. 5.

³⁸ Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (ABl. Nr. L 065 vom 14/04/1968, S. 8).

³⁹ Oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum.

⁴⁰ Oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum.

⁴¹ Siehe z.B. : *Bayer/Schmidt*, NZG 2006, 841 ; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725 (732) ; *Vetter*, AG 2006, 613 (616).

Gesellschaften mit beschränkter Haftung, sowie *Societas europaea*)⁴². Aus dem Anwendungsbereich der §§ 122a ff. sind Genossenschaften sowie Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) ausdrücklich ausgeschlossen (§ 122b Abs. 2). Ferner werden Personengesellschaften (GbR, OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft) von § 122b Abs. 1 nicht erfasst⁴³.

Aus dem Wortlaut des § 122b Abs. 1 folgt zudem, dass Gesellschaften, die nach dem Recht eines Drittstaates gegründet worden sind, sowie Rechtsträger, die keinen Satzungssitz, keine Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in einem EU-Mitgliedsstaat⁴⁴ haben, nicht an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung teilnehmen können⁴⁵. Schließlich muss man darauf hinweisen, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung nur möglich ist, wenn eine Verschmelzung für Gesellschaften der oben aufgezählten Rechtsformen nach dem nationalen Recht der jeweiligen Mitgliedsstaaten möglich ist (Art. 4 Abs. 1 lit a. GrenzVR).

Ist der Anwendungsbereich der § 122a ff. eröffnet, ist dann fraglich, welches Recht auf die grenzüberschreitende Verschmelzung anzuwenden ist.

2. Bestimmung des im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung anwendbaren Rechts.

Soweit die GrenzVR keine abweichenden Regelungen enthält, sind auf jede der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften die Vorschriften und Förmlichkeiten des auf ihn anwendbaren nationalen Rechts anzuwenden (Art. 4 Abs. 1 lit. b GrenzVR). Diese in § 122a Abs. 2 umgesetzte europäische Vorgabe, die für die deutschen beteiligten Rechtsträger auf das nationale deutsche Gesellschaftsstatut verweist, ist eine Verwirklichung der kollisionsrechtlichen Vereinigungstheorie. In der Praxis müssen zunächst für jeden der an der Verschmelzung deutschen (und zwar nur deutschen⁴⁶) beteiligten Rechtsträger die speziellen Vorschriften der § 122a ff. angewendet werden. Unter diesen Vorschriften findet man solche Regelungen, die meistens diejenigen Schritte des Verfahrens betreffen, bei denen alle Beteiligten zusammenwirken müssen (wie z.B. bei der Aufstellung des gemeinsamen Verschmelzungsplans oder der Eintragung der Verschmelzung)⁴⁷. Wenn die § 122a ff. für bestimmte Fragen keine Regelungen enthalten (z.B. bezüglich des Mehrheitserfordernisses für den Verschmelzungsbeschluss), sind ergänzend die

⁴² Kulenkamp, SS. 140 und 157 ; Vetter, AG 2006, 613 (615).

⁴³ Herrler, EuZW 2007, 295 (296).

⁴⁴ Oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum.

⁴⁵ Bayer in : Lutter, UmwG, § 122b Rn. 11.

⁴⁶ Herrler, EuZW 2007, 295 (296).

⁴⁷ Klein, RNotZ 2007, 565 (577).

Regelungen über die innerdeutschen Verschmelzungen (§§ 2 bis 38 und §§ 46 bis 78) auf diese deutschen Gesellschaften gemäß § 122a Abs. 2 anzuwenden⁴⁸.

Für die an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaften gelten folglich grundsätzlich ausschließlich die Vorschriften der Rechtsordnung, deren sie unterliegen⁴⁹. Da diese Regelungen meistens durch die Dritte Richtlinie über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften und die GrenzVR harmonisiert wurden, sind sie denen des deutschen Rechts relativ ähnlich.

3. Kurze Darstellung des Verfahrens zur grenzüberschreitenden Verschmelzung.

Um die folgenden Ausführungen über das Umtauschverhältnis und das Spruchverfahren verständlicher zu machen, ist es erforderlich, die verschiedenen Schritte des Ablaufes des Verfahrens zur grenzüberschreitenden Verschmelzung kurz darzustellen.

a) Aufstellung eines gemeinsamen Verschmelzungsplans (§ 122c).

Zuerst müssen die Vertretungsorgane der beteiligten Gesellschaften (bei einer AG : der Vorstand ; bei einer KGaA : der Komplementär ; bei einer GmbH : der Geschäftsführer) in Zusammenarbeit einen gemeinsamen Verschmelzungsplan aufstellen, der die in § 122c Abs. II Nr. 1 bis 12 aufgelisteten Mindestangaben über unterschiedliche Aspekte der grenzüberschreitenden Verschmelzung enthalten muss. Unter diesen Angaben kommt dem Umtauschverhältnis der Anteile eine besondere Bedeutung zu. Der gemeinsame Verschmelzungsplan muss gemäß § 122c Abs. 4 notariell beurkundet werden. Laut § 122d ist der gemeinsame Verschmelzungsplan spätestens einen Monat vor der Anteilsinhaberversammlung, die über diesen beschließen soll, zum Register einzureichen, sowie gemäß §§ 122a Abs. 2 i.V.m. 5 Abs. 3 dem Betriebsrat der deutschen Gesellschaft zuzuleiten.

b) Verschmelzungsbericht (§§ 122e, 8).

In einem zweiten Schritt müssen die Vertretungsorgane der beteiligten Gesellschaften einen Verschmelzungsbericht nach den Maßgaben der §§ 122e i.V.m. 8 erstellen. In diesem muss insbesondere das Umtauschverhältnis der Anteile bzw. Aktien rechtlich und wirtschaftlich erläutert

⁴⁸ Herrler, EuZW 2007, 295 (296).

⁴⁹ Klein, RNotZ 2007, 565 (577).

und begründet werden. Im Vergleich zum Verschmelzungsbericht bei innerdeutschen Verschmelzungen fordert § 122e bestimmte zusätzliche Angaben : Danach sind im Verschmelzungsbericht auch die Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die Gläubiger und Arbeitnehmer der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften zu erläutern. Eine gemeinsame Berichtserstattung sämtlicher sich verschmelzenden Gesellschaften, wie man sie bei innerdeutschen Verschmelzungen kennt (§ 8 Abs. 2 S. 2), ist unter der Bedingung möglich, dass sie auch von den Rechtsordnungen der beteiligten ausländischen Rechtsträger erlaubt ist⁵⁰. Die Ausnahmen zur Berichtserstattungspflicht des § 8 Abs. 3 gelten bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nicht (§ 122e S. 3). Der Bericht ist den Anteilsinhabern spätestens einen Monat vor Beschlussfassung über die Verschmelzung zugänglich zu machen (§ 122e S. 2).

c) Verschmelzungsprüfung (§§ 122f, 9 bis 12).

Anschließend hat eine Verschmelzungsprüfung gemäß §§ 122f S. 1 i.V.m. 9 bis 12 zu erfolgen. Von der Prüfung kann nur in den Fällen der §§ 122a Abs. 2 i.V.m. 9 Abs. 2 (Verschmelzung einer hundertprozentigen Tochter- auf ihre Muttergesellschaft) oder §§ 122a Abs. 2 i.V.m. 9 Abs. 3, 8 Abs. 3 (Notariell beurkundeter Verzicht sämtlicher Anteilsinhaber auf die Prüfung) abgesehen werden⁵¹. Eine gemeinsame Prüfung ist möglich (§§ 122a Abs. 2 i.V.m. 12 Abs. 1 . S. 2)⁵². Die Prüfung wird durch einen oder mehrere Sachverständigen (Verschmelzungsprüfer) durchgeführt. Prüfungsgegenstand ist der Verschmelzungsplan (oder sein Entwurf). Die Prüfung erstreckt sich auf die Vollständigkeit und Richtigkeit des Verschmelzungsplans, und insbesondere auf die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses⁵³. Gemäß §§ 122a Abs. 2 i.V.m. 12 Abs. 1. S. 1 haben die Verschmelzungsprüfer über das Ergebnis der Prüfung schriftlich zu berichten. Außerdem muss der Bericht verschiedene Angaben über das Umtauschverhältnis und seine Angemessenheit sowie die Methode(n) zur Ermittlung dieses letzteren enthalten (§ 12 Abs. 2). Gemäß § 122f S. 2 muss der Prüfungsbericht spätestens einen Monat vor der Versammlung der Anteilsinhaber, die über die Zustimmung zum Verschmelzungsplan beschließen soll, vorliegen.

⁵⁰ *Frenzel*, RIW 2008, 12 (16 f.) ; *Bayer/Schmidt*, NJW 2006, 401 (403).

⁵¹ *Neye/Timm*, DB 2006, 488 (489).

⁵² *Herrler*, EuZW 2007, 295 (296).

⁵³ *Drinhausen* in : *Semler/Stengel*, UmwG, § 122f Rn. 2.

d) Verschmelzungsbeschluss (§§ 122g, 122a Abs. 2, 13).

Da die GrenzVR bezüglich der Zustimmung der Anteilsinhaber in der Versammlung fast keine Regelungen enthält⁵⁴, ist auf die Vorschriften zur inländischen Verschmelzung zurückzugreifen (§ 13 i.V.m., für die AG : §§ 64 ff. ; für die KGaA : §§ 78, 64 f. ; für die GmbH : §§ 50 f.). Gemäß § 65 Abs. 1 bedarf bei einer AG der Verschmelzungsbeschluss einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Gleiches gilt gemäß §§ 78 i.V.m. 65 Abs. 1 und § 50 Abs. 1 für die Beschlussfassung bei der KGaA und der GmbH. Gemäß §§ 122a Abs. 2 i.V.m. 13 Abs. 3 ist der Verschmelzungsbeschluss notariell zu beurkunden. Sind bestimmte Anteilsinhaber der Meinung, dass Beschlussmängel vorliegen, sind diese nach deutschem Recht zu behandeln⁵⁵. Mit der Zustimmung der Anteilsinhaber zum Verschmelzungsbeschluss wird erst der Verschmelzungsplan wirksam (§ 13 Abs. 1 S. 1).

e) Rechtsmäßigkeitkontrolle und Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung (§§ 122k, 122l).

Um fehlerhafte Verschmelzungen zu vermeiden, unterliegt dann die grenzüberschreitende Verschmelzung einer zweistufigen Rechtsmäßigkeitkontrolle. Regelungen dazu enthalten die Artt. 10 und 11 GrenzVR, die durch §§ 122k und 122l im Umwandlungsgesetz umgesetzt wurden. § 122k ist anzuwenden, wenn eine deutsche Gesellschaft als übertragender Rechtsträger bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt ist. Ziel dieser Vorschrift ist, zu prüfen, ob die deutsche übertragende Gesellschaft die sämtlichen Verfahrensanforderungen beachtet hat⁵⁶. Dazu hat das Vertretungsorgan dieses Rechtsträgers das Vorliegen der ihn betreffenden Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung bei dem Registergericht des Sitzes der Gesellschaft anzumelden. Die Prüfung erstreckt sich auf die ordnungsgemäße Durchführung der Verfahrensschritte durch die deutsche übertragende Gesellschaft⁵⁷. Stellt das Gericht fest, dass alle Voraussetzungen betreffend diese Gesellschaft gegeben sind, stellt es eine Verschmelzungsbescheinigung aus (§ 122k Abs. 2 S. 1). Gemäß § 122k Abs. 3 hat dann das Vertretungsorgan der übertragenden Gesellschaft die Verschmelzungsbescheinigung innerhalb von sechs Monaten nach ihrer Ausstellung zusammen mit dem Verschmelzungsplan der zuständigen Stelle des Staates vorzulegen, dessen Recht die übernehmende oder neu gegründete Gesellschaft

⁵⁴ *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725 (729).

⁵⁵ *Bork* in : Lutter, UmwG, § 13 Rn. 42.

⁵⁶ *Herrler*, EuZW 2007, 295 (297).

⁵⁷ *Drinhausen* in : Semler/Stengel, UmwG, § 122k Rn. 14.

unterliegt. Nach der Vorlage der Bescheinigung überprüft das Register am Sitz der übernehmenden bzw. neu gegründeten Gesellschaft die Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere ob Verschmelzungsbescheinigungen aller beteiligten Gesellschaften vorliegen, und ob die Anteilsinhaber aller beteiligten Gesellschaften einem gemeinsamen, gleichlautenden Verschmelzungsplan zugestimmt haben (§ 1221 Abs. 2). Hierzu ist die Verschmelzung unter Vorlage der in § 1221 Abs. 1 aufgelisteten Dokumente zur Eintragung in das Register anzumelden. Sind alle Voraussetzungen gegeben, wird die Verschmelzung eingetragen.

f) Wirkungen (§§ 122a Abs. 2, 20).

Mit der Eintragung treten die in § 20 (auf den § 122a verweist) aufgelisteten Wirkungen ein : Gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 geht das Vermögen der übertragenden Gesellschaft (die selbst erlischt, § 20 Abs. 1 Nr. 2) im Wege der Universalsukzession an den übernehmenden Rechtsträger über (§ 20 Abs. 1 Nr. 1). Wichtige Folge für die folgenden Ausführungen über das Umtauschverhältnis und das Spruchverfahren ist, dass die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers werden (§ 20 Abs. Nr. 1 S. 1). Eine einmal wirksam gewordene grenzüberschreitende Verschmelzung kann nicht für nichtig erklärt werden (Art. 17 GrenzVR ; § 20 Abs. 2). Eine „Entschmelzung“ ist also ausgeschlossen (absoluter Bestandsschutz)⁵⁸.

II. Die Bedeutung des Umtauschverhältnisses im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung.

1. Definition und Rolle des Umtauschverhältnisses.

Sowohl bei innerdeutschen als auch bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen stellt das Umtauschverhältnis den zentralen Regelungspunkt dar⁵⁹. Es gibt nämlich an, wie viele Anteile an der übernehmenden Gesellschaft auf einen Anteil der übertragenden Gesellschaft entfallen⁶⁰, d.h., in der Praxis, wie viele Anteile bzw. Aktien der übernehmenden Kapitalgesellschaft die Gesellschafter bzw. Aktionäre des übertragenden Rechtsträgers gegen den Verlust ihrer Anteile im Zuge der Verschmelzung erhalten werden. Deshalb ist die sorgfältige Ermittlung des Umtauschverhältnisses (basiert auf die Bewertung der sich verschmelzenden Unternehmen) sowohl für die Gesellschafter

⁵⁸ Klein, RNotZ 2007, 565 (608).

⁵⁹ Kiem, ZGR 2007, 542 (542).

⁶⁰ Kulenkamp, S. 174.

des übertragenden als auch für diejenigen des übernehmenden Rechtsträgers von grundsätzlicher Bedeutung. Ein aufgrund einer Unter- oder Überbewertung eines der Rechtsträgers fälschlich festgelegtes Umtauschverhältnis kann nämlich für alle Anteilsinhaber eine Kapitalverwässerung, und somit eine Schmälerung ihrer Vermögens- (Teilnahme am Gewinn und am Auseinandersetzungsguthaben) sowie Mitwirkungsrechte (insbesondere ihres Stimmrechtes) bedeuten⁶¹.

2. Das Umtauschverhältnis als zwingende Angabe in verschiedenen Unterlagen.

Da das Umtauschverhältnis für die Anteilsinhaber sämtlicher an der grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Rechtsträger sehr wichtig ist, erscheint es unentbehrlich, dass diese letzteren um eine angemessene Information darüber verfügen. Dies geschieht durch verschiedene Dokumente. Ziel dieser Information ist, die Anteilsinhaber zu ermöglichen, sich mit Sachkenntnis über den gemeinsamen Verschmelzungsplan im Rahmen der Anteilhaberversammlung auszusprechen.

- a) Die Angabe des Umtauschverhältnisses im gemeinsamen Verschmelzungsplan (§ 122c Abs. 2 Nr. 2).

Nach § 122c Abs. 2 Nr. 2 muss der gemeinsame Verschmelzungsplan das Umtauschverhältnis der Aktien oder Gesellschaftsanteile⁶² sowie gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlung enthalten (Umsetzung des Art. 5 Abs. 1 lit. b GrenzVR). Diese Vorschrift nimmt Bezug auf Art. 5 Abs. 2 lit. b der Dritten Richtlinie 78/855/EWG über die innerstaatliche Verschmelzung von Aktiengesellschaften und entspricht § 5 Abs. 1 Nr. 3 bei innerdeutschen Verschmelzungen. Da hier die vermögensrechtliche Seite ihrer Beteiligung und die Auswirkung der Verschmelzung auf diese unmittelbar betroffen ist⁶³, stellt diese Angabe aus Sicht der Anteilhabers das Kernstück des gemeinsamen Verschmelzungsplans dar. Zu einer angemessenen und vollständigen Information der Anteilhabers muss der Verschmelzungsplan genau festlegen, in welchem Verhältnis die Anteile

⁶¹ *Raiser/Veil*, § 46 Rn. 36.

⁶² Da die grenzüberschreitende Verschmelzung lediglich Kapitalgesellschaften betrifft, sind die Angaben über die Mitgliedschaft (die nur Personengesellschaften bzw. Genossenschaften betreffen) entbehrlich.

⁶³ *Kulenkamp*, S. 174.

oder Aktien des übertragenden Rechtsträgers in Anteile oder Aktien der übernehmenden Gesellschaft umgetauscht werden sollen⁶⁴. Da die Erläuterung des Umtauschverhältnisses erst im Verschmelzungsbericht nach § 122e zu erfolgen hat, besteht keine Erläuterungspflicht im Verschmelzungsplan⁶⁵. Durch diesen letzteren sollen die Anteilsinhaber lediglich einen ersten Blick darüber erhalten, in welchem Umfang sie künftig an dem übernehmenden Rechtsträger beteiligt sein werden⁶⁶.

- b) Die rechtliche und wirtschaftliche Erläuterung des Umtauschverhältnisses im Verschmelzungsbericht (§§ 122e, 122a Abs. 2 i.V.m. 8 Abs. 1 S.1 Hs. 1).

Nach § 122e, der Art. 7 GrenzVR in das deutsche Recht umsetzt und dem § 8 bei innerstaatlichen Verschmelzungen entspricht, sind die Vertretungsorgane der beteiligten Gesellschaften verpflichtet, einen ausführlichen Verschmelzungsbericht zu erstellen, in dem die rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung, insbesondere auf die Gesellschafter, erläutert und begründet werden. Da diese Vorschrift in Verbindung mit § 8 (außer dessen Absatz 3) anzuwenden ist, ist das Umtauschverhältnis der Anteile ebenfalls im Verschmelzungsbericht rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern (§ 8 Abs. 1 S. 1). In diesem Bericht ist außerdem auf besondere Schwierigkeiten bei der Bewertung der Rechtsträger sowie auf ihre Folgen für die Beteiligung der Anteilsinhaber hinzuweisen (§ 8 Abs. 1 S. 2). Durch diese Erläuterung muss das Umtauschverhältnis von den Anteilsinhabern wirtschaftlich und rechtlich nachvollzogen werden können⁶⁷ und den Anteilsinhabern eine Plausibilitätskontrolle und gegebenenfalls eine Rüge der der Ermittlung des Umtauschverhältnisses zugrunde liegenden Unternehmensbewertungen ermöglicht werden⁶⁸. Deshalb hat das Vertretungsorgan insbesondere darüber zu berichten, nach welcher Methode die sich verschmelzenden Unternehmen bewertet worden sind⁶⁹. I.d.R. wird die Bewertung nach der von der Rechtsprechung anerkannten⁷⁰ Ertragswertmethode erfolgen⁷¹. Wird eine andere Methode (Substanzwertverfahren, Stuttgarter

⁶⁴ Lutter/Drygala in : Lutter, UmwG, § 5 Rn. 19.

⁶⁵ BGH v. 20.10.1990, NJW-RR 1991, 358 (359).

⁶⁶ Drinhausen in : Semler/Stengel, UmwG, § 122c Rn. 14.

⁶⁷ Raiser/Veil, § 46 Rn. 42.

⁶⁸ OLG Hamm NZG 1999, 560 (561) ; LG Mainz ZIP 2001, 840 (842) ; Marsch-Barner in : Kallmeyer, UmwG, § 8 Rn.

6.

⁶⁹ BGHZ 107, 296 (302) ; Gehling in : Semler/Stengel, UmwG, § 8 Rn. 24.

⁷⁰ BGH DB 1978, 974 (976), OLG Düsseldorf AG 1992, 200 (203) ; BGH ZIP 1993, 1160 (1162).

⁷¹ Eine rechtlich vorgeschriebene Bewertungsmethode gibt es jedoch nicht (BGH NJW 1982, 2441 ; BGH WM 1982, 17 (18), BGH ZIP 1993, 1160 (1162)).

Verfahren, *Discounted-Cash-Flow-Verfahren*...) als das Ertragswertverfahren benutzt, sind die Gründen dieser Methodeänderung im Bericht anzugeben⁷². Angabepflichtig sind die wesentlichen Zahlen, die in der Bewertung berücksichtigt worden sind : Dazu zählen insbesondere die Jahresergebnisse der vergangenen Jahre, die Prognosen für die Zukunft (geplante Jahresergebnisse mit Gesamterträgen und -aufwendungen) und die ihnen zugrunde liegenden Annahmen, sowie der Wert der nicht betriebsnotwendigen Vermögensgegenstände⁷³. Ferner sind zur Erläuterung des Umtauschverhältnisses der Kapitalisierungszinssatz⁷⁴ sowie der Stichtag anzugeben, auf welchen die Bewertung erfolgt ist.

c) Das Umtauschverhältnis und die Sachverständigenprüfung (§§ 122f i.V.m. 9 bis 12).

Nach den §§ 122f i.V.m. 9 Abs. 1 ist der Verschmelzungsplan (oder zumindest sein Entwurf) durch einen oder mehrere unabhängigen Sachverständigen zu prüfen. Ziel der Einschaltung von unabhängigen Prüfern ist insbesondere, zu gewährleisten, dass das Umtauschverhältnis angemessen ist⁷⁵. Der Prüfer muss über das Ergebnis der Prüfung einen schriftlichen Bericht erstellen (§ 12 Abs. 1 S. 1). Im Rahmen dieser Prüfung wird das Umtauschverhältnis weitgehend berücksichtigt : Nach § 12 Abs. 2 S. 1 ist nämlich der Bericht mit einer Erklärung darüber abzuschließen, ob das im Verschmelzungsplan „vorgeschlagene Umtauschverhältnis der Anteile (...) als Gegenwert angemessen ist“. Außerdem sind nach § 12 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 bis 3 im Prüfungsbericht bestimmte zusätzliche Angaben über das Umtauschverhältnis, insbesondere über die Methode zu seiner Ermittlung und die Gründe ihrer Benutzung und ihrer Angemessenheit zu machen.

Die Erklärung über das Umtauschverhältnis wird als „Testat“ bezeichnet⁷⁶. Fehlt sie, ist der Verschmelzungsbericht unvollständig und somit der Verschmelzungsbeschluss fehlerhaft, was zu dessen Anfechtbarkeit führt⁷⁷. Dies gilt aber nur, soweit die Anteilsinhaber in Kenntnis der wahren Sachlage der Verschmelzung nicht zugestimmt hätten⁷⁸.

Fraglich ist, welche Rechtsfolge eintritt, falls der Verschmelzungsprüfer im Bericht zum Ergebnis kommt, dass das Umtauschverhältnis unangemessen ist. Unmittelbare Rechtsfolgen sind nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift zu entnehmen. Da der Bericht des Verschmelzungsprüfers

⁷² *Marsch-Barner* in : Kallmeyer, UmwG, § 8 Rn. 13.

⁷³ *Lutter/Drygala* in : Lutter, UmwG, § 8 Rn. 20 ff.

⁷⁴ LG Mainz ZIP 2001, 840 (842).

⁷⁵ BGHZ 107, 296 (303).

⁷⁶ *Müller* in : Kallmeyer, UmwG, § 12 Rn. 10.

⁷⁷ *Lutter/Drygala* in : Lutter, UmwG, § 12 Rn. 17.

⁷⁸ OLG Karlsruhe WM 1989, 1134 (1140).

dazu dient, die Anteilsinhaber vor der Versammlung zu informieren, sind diese in der Lage, daraus gewisse Folgerungen zu ziehen : Die vom Umtauschverhältnis benachteiligten Anteilsinhaber haben nämlich die Möglichkeit, gegen den Verschmelzungsbeschluss zu stimmen. Für die Anteilsinhaber des aufnehmenden Rechtsträgers ist dieses Abwehrmittel gegen das unangemessene Umtauschverhältnis wichtig, da ihnen das Spruchverfahren gesperrt ist⁷⁹. Wird trotzdem die erforderliche Mehrheit von drei Vierteln erreicht, bleibt ihnen die Möglichkeit, im Wege der Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss vorzugehen (§ 14 Abs. 1). Dabei können sie sich auf einen Mehrheitsmissbrauch berufen⁸⁰. Die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft haben hingegen die Wahl, entweder gegen den Verschmelzungsbeschluss zu stimmen oder ihm zuzustimmen und ihren Anspruch auf bare Zuzahlung im Rahmen des Spruchverfahrens geltend zu machen⁸¹. Falls ihnen das Spruchverfahren im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung gesperrt ist, können sie stattdessen gegen den Verschmelzungsbeschluss im Wege der Anfechtungsklage vorgehen.

3. Die Ermittlung des Umtauschverhältnisses im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung.

a) Grundlagen zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses.

Die Festlegung des Umtauschverhältnisses wird sowohl bei innerdeutschen als auch bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen im Schrifttum als das „prinzipiell delikateste“ an der Verschmelzung bezeichnet⁸², da sie auf der Grundlage der Verschmelzungswertrelation (d.h. des relativen Werts der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften zueinander⁸³) und somit auf einer Bewertung der sich verschmelzenden Unternehmen erfolgt. Anders gesagt wird es von der Wertigkeit von Leistung (übertragenes Vermögen) und Gegenleistung (Gewährung von Anteilen am aufnehmenden Rechtsträger) bestimmt⁸⁴. Nicht entscheidend ist daher der absolute Wert der beteiligten Unternehmen, sondern das Verhältnis der Werte der Unternehmen zueinander⁸⁵, so dass man nicht zu einem hundertprozentig wahren Umtauschverhältnis gelangen kann, sondern lediglich

⁷⁹ Zeidler in : Semler/Stengel, UmG, § 12 Rn. 15.

⁸⁰ Lutter/Drygala in : Lutter, UmwG, § 12 Rn. 14.

⁸¹ Zeidler in : Semler/Stengel, UmG, § 12 Rn. 15.

⁸² Lutter/Drygala in : Lutter, UmwG, § 5 Rn. 16 ; OLG Stuttgart AG 2006, 420. Nach *Raiser/Veil* ist die „zutreffende Berechnung des Umtauschverhältnisses das wirtschaftliche und rechtliche Hauptproblem der Verschmelzung“ (§ 46 Rn. 20).

⁸³ Kiem, ZGR 2007, 542 (542).

⁸⁴ Müller in : Kallmeyer, UmwG, § 5 Rn. 19.

⁸⁵ Adolff, ZHR 173 (2009), 67 (69).

sich innerhalb einer angemessenen „Brandbreite“ bewegen wird⁸⁶. Nach dem Leitbild des Gesetzes ist das Umtauschverhältnis das Ergebnis von freien Verhandlungen zwischen zwei gleichberechtigten Partnern⁸⁷. Dies stimmt wohl bei der Verschmelzung von zwei gleichberechtigten Gesellschaften (*sog. merger of equals*), aber nicht bei der Verschmelzung von konzernverbundenen Unternehmen⁸⁸.

Von entscheidender Bedeutung für die Wahrung der Vermögensinteresse der Anteilshaber sowohl des übertragenen als auch des aufnehmenden Rechtsträgers ist, dass das vorgeschlagene Umtauschverhältnis angemessen ist. Die Vereinbarung eines angemessenen Umtauschverhältnisses ist sogar eine Pflicht für die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger⁸⁹. Angemessen ist das Umtauschverhältnis, wenn der Wert der Anteile am übertragenden Rechtsträger dem Wert der erhaltenen Anteile am übernehmenden Rechtsträger entspricht⁹⁰. Dabei spielt die Methode zur Bewertung der beteiligten Rechtsträger und somit zur Festlegung der Verschmelzungswertrelation eine erhebliche Rolle. Sind die Werte der sich verschmelzenden Unternehmen festgestellt, werden sie zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses zu den Nennbeträgen des gezeichneten Kapitals ins Verhältnis gesetzt. Daraus ergibt sich, wie viele Anteile bzw. Aktien des übernehmenden Rechtsträgers ein Anteil der übertragenden Gesellschaft wert ist⁹¹. Ergeben sich Spitzenbeträge, werden sie durch bare Zuzahlungen ausgeglichen. Diese dürfen gemäß §§ 122a Abs. 2 i.V.m. 54 Abs. 4, 68 Abs. 3, 78 den zehnten Teil des Gesamtnennbetrages der gewährten Geschäftsanteile der übernehmenden Gesellschaft nicht übersteigen.

Bei Kapitalgesellschaften wird das Umtauschverhältnis bezogen auf den Nennbetrag der Anteile in einem zahlenmäßigen Verhältnis ausgedrückt (z.B. : „Zwei Aktien des übertragenden Rechtsträgers A werden gegen eine Aktie der aufnehmenden Gesellschaft B umgetauscht“)⁹². In diesem Zusammenhang soll als Grundsatz gelten, dass durch die Verschmelzung die Rechtsstellung der Anteilseigner weder des übertragenen noch des übernehmenden Rechtsträgers beeinträchtigt werden soll⁹³. Außerdem ist der Gleichbehandlungsgrundsatz unter sämtlichen Anteilshabern aller sich verschmelzenden Rechtsträger bei der Aufstellung des Verschmelzungsplans und der Ermittlung

⁸⁶ Kiem, ZGR 2007, 542 (550).

⁸⁷ Kiem, ZGR 2007, 542 (544).

⁸⁸ Lutter/Drygala in : Lutter, UmwG, § 5 Rn. 28.

⁸⁹ Lutter/Drygala in : Lutter, UmwG, § 5, Rn. 18.

⁹⁰ OLG Stuttgart AG 2006, 420 (422).

⁹¹ Lutter/Drygala in : Lutter, UmwG, Rn. 39 ; Beispiel : Beträgt der Wert der übertragenden A-Gesellschaft 1,5 € (Grundkapital : 1 €) und der Wert der übernehmenden B-Gesellschaft 6 € (Grundkapital : 2 €), so ist der Wert einer A-Aktie 1,5 € und der Wert einer B-Aktie 3 €. Folglich werden die Anteilshaber der übertragenden A-Gesellschaft eine B-Aktie gegen zwei A-Aktien erhalten (Umtauschverhältnis 2 : 1).

⁹² Schröder in : Semler/Stengel, UmwG, § 5 Rn. 26.

⁹³ Lutter/Drygala in : Lutter, UmwG, § 5 Rn. 20.

des Umtauschverhältnisses zu beachten⁹⁴. In diesem Zusammenhang spielt die Methode zur Bewertung der beteiligten Gesellschaften eine grundsätzliche Rolle.

b) Das Erfordernis der Methodengleichheit bei der Bewertung der sich grenzüberschreitend verschmelzenden Unternehmen.

aa) Überblick über die Rechtslage bei innerdeutschen Verschmelzungen.

Zur Bewertung der beteiligten Rechtsträger enthält das deutsche Recht keine Regelungen. Ausgangspunkt ist jedoch, dass man nur zu einem sinnvollen Austauschverhältnis gelangen kann, wenn die beteiligten Rechtsträger auf der Grundlage der gleichen Methode bewertet werden⁹⁵. Das Umtauschverhältnis der Anteile bzw. Aktien kann nämlich nur einheitlich für alle beteiligten Rechtsträger festgelegt werden⁹⁶.

Die in Deutschland – aber fast gar nicht im Ausland⁹⁷ – meistens verwendete Methode ist die in der Rechtssprechung anerkannte bilanzorientierte Ertragswertmethode, deren Ziel ist es, die zukünftigen Erträge des Unternehmens zu bestimmen⁹⁸. Diese Methode wird von der deutschen Rechtssprechung anerkannt, ohne von ihr vorgeschrieben zu werden⁹⁹. Neben dieser Methode gewinnt die marktwertorientierte *Discounted-cash-flow-Methode* zunehmend an Einfluss. Diese will nicht den (auch zukünftigen) Wert des Unternehmens aus der Rechnungslegung ableiten, sondern wählt den Saldo zwischen den zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben des Unternehmens als Ausgangspunkt, um dann dessen gegenwärtigen Wert zu ermitteln¹⁰⁰.

Bei der Auswahl der geeigneten Methode steht sowohl bei inländischen als auch grenzüberschreitenden Verschmelzungen den Leitungsorganen der sich verschmelzenden Gesellschaften ein gewisser Ermessensspielraum zu¹⁰¹. Wichtig ist aber, dass die Leitungsorgane der

⁹⁴ Raiser/Veil, § 46 Rn. 20.

⁹⁵ Kiem, ZGR 2007, 542 (552); BayOLG ZIP 2003, 253 (257).

⁹⁶ Kulenkamp, S. 176.

⁹⁷ Kiem, ZGR 2007, 542 (566).

⁹⁸ Dies erfolgt in der Weise, dass diese mit einem bestimmten Kapitalisierungszinssatz abgezinst werden. Dabei wird der zukünftige Ertrag i.d.R. aus dem Durchschnitt der um außergewöhnliche Einflüsse bereinigten Gewinne der Vorjahre auf Basis der Annahme der Vollausschüttung der Gewinne ermittelt (Kulenkamp, S. 175).

⁹⁹ BGH ZIP 1993, 1160 (1162); BGHZ 116, 360 (370); BGHZ 71, 40 (52); BayObLG ZIP 2003, 253 (254); OLG Düsseldorf WM 1998, 2058 (2059); OLG Düsseldorf WM 1995, 756 (761); BVerfGE 100, 289 (307).

¹⁰⁰ Teichmann, ZGR 2002, 353 (355). Dazu ist in einem ersten Schritt der Überschuss der regelmäßigen Betriebseinnahmen über die regelmäßigen Ausgaben zu bestimmen. Dieser Überschuss wird mit den marktorientiert gewichteten Kapitalkosten abgezinst und von dem so ermittelten Wert die verzinslichen Verbindlichkeiten abgezogen (Kulenkamp, S. 175).

¹⁰¹ Marsch-Barner in: Kallmeyer, UmwG, § 8 Rn. 14; Kiem, ZGR 2007, 542 (565).

beteiligten Gesellschaften sich über eine einzige Methode zur Bewertung ihrer jeweiligen Unternehmen einigen. Da die Ertragswertmethode i.d.R. begünstigt wird, stellt dies wenige Probleme als bei transnationalen Fusionen.

Fraglich ist, ob der Börsenkurs bei der Festlegung der Verschmelzungswertrelation börsennotierten Gesellschaften zu berücksichtigen ist. Dies wurde früher von der Rechtsprechung verneint¹⁰². Im Jahre 1999 hat jedoch das BVerfG entschieden, dass es „bei der Bestimmung der Abfindung oder des Ausgleichs für außerstehende Aktionäre nach §§ 304, 305, 320b AktG a.F. mit dem Art. 14 Abs. 1 GG (*Eigentumsschutz*) unvereinbar ist, den Börsenkurs der Aktien außer Betracht zu lassen“¹⁰³. Nach dem BVerfG muss vielmehr der Börsenkurs die Untergrenze für die Bewertung darstellen. Da diese Grundsätze nur für die Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge unmittelbar gelten, wird heute von der h.M. in der Literatur und auch teilweise in der Rechtsprechung vertreten, dass sie nur auf die Verschmelzung von konzernverbundenen, aber nicht auf diejenige von gleichberechtigten Unternehmen (*merger of equals*) ohne weiteres übertragbar sind¹⁰⁴, denn in dieser letzten Fallkonstellation kein Interessenwiderstreit zwischen den Groß- und den Minderheitsaktionären des übertragenden Rechtsträgers bestehe, da im Zuge der Verschmelzung alle Anteilsinhaber des übertragenen Rechtsträgers Anteilsinhaber der übernehmenden Gesellschaft werden¹⁰⁵. Ein anderer Teil der Literatur will hingegen mit Berufung auf die Vergleichbarkeit der Fallkonstellationen und die Schutzwürdigkeit der Minderheitsaktionäre die Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf alle Verschmelzungsfälle ausweiten¹⁰⁶. Zu beachten ist jedenfalls, dass eine derartige Berücksichtigung des Börsenkurses nicht möglich ist, wenn nur eine der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften eine börsennotierte AG ist¹⁰⁷. Obwohl dieser Meinungsstreit noch nicht abgeschlossen ist¹⁰⁸, sollte der Börsenkurs bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, wie unten ausgeführt, eine erhebliche Rolle spielen.

bb) Rechtslage bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen.

Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung innerhalb der EU ergeben sich besondere Schwierigkeiten daraus, dass bisher keine Harmonisierung der nationalen Rechte bezüglich des

¹⁰² BGH WM 1967, 479 ; BGHZ 71, 40 (51) ; BGHZ 72, 40 (51) ; OLG Düsseldorf WM 1995, 756.

¹⁰³ BVerfGE, 100, 289, ZIP 1999, 1436 („DAT/Altana“).

¹⁰⁴ BayOLG ZIP 2003, 253 (256) ; OLG München AG 2007, 701 (704) ; *Lutter/Drygala* in : Lutter, UmwG, § 5 Rn. 27 ; *Kiem*, ZGR 2007, 542 (552) ; *Bungert*, BB 2003, 699 (700).

¹⁰⁵ *Lutter/Drygala* in : Lutter, UmwG, § 5 Rn. 27.

¹⁰⁶ *Gehling* in : Semler/Stengel, UmwG, § 8 Rn. 26 ; *Marsch-Barner* in : Kallmeyer, UmwG, § 8 Rn. 13.

¹⁰⁷ OLG Stuttgart AG 2006, 463 ; OLG München AG 2007, 701 (705).

¹⁰⁸ *Gehling* in : Semler/Stengel, UmwG, § 8 Rn. 16 ; *Kiem*, ZGR 2007, 542 (552).

Bewertungsverfahrens vorgenommen worden ist¹⁰⁹. Ein europaweit einheitlich zu anwendendes Bewertungsverfahren gibt es derzeit nicht¹¹⁰. Aus dem Fehlen solcher Vorgaben in der GrenzVR folgt ein Verweis auf die jeweiligen nationalen Rechte (Art. 4 Abs. 1 lit. b GrenzVR). Die jeweiligen nationalen Bewertungsverfahren sind aber auf das jeweilige nationale Umfeld der Rechnungslegung und der „kulturspezifischen Risikoeinschätzung“ abgestellt¹¹¹. Folglich besteht die Gefahr, dass unterschiedliche inkompatible Bewertungsmethoden im Rahmen einer einzigen grenzüberschreitenden Verschmelzung kollidieren¹¹². Wirft man einen Blick auf die im England und in Frankreich benutzten Bewertungsmethoden, wird klar, dass dieses Risiko nicht unerheblich ist¹¹³. Da das meistens in Deutschland benutzte Ertragswertverfahren den anderen Rechtsordnungen der EU nahezu unbekannt ist, erscheint es kaum vorstellbar, dieses den ausländischen Verschmelzungspartnern aufzuerlegen¹¹⁴. Außerdem ist der deutsche Rechtsträger an dieses Verfahren nicht gebunden¹¹⁵.

Wie bei innerdeutschen Verschmelzungen sollte jedoch der Grundgedanke gelten, dass man zu einer angemessenen Verschmelzungswertrelation nur gelangen kann, wenn die Bewertung sämtlicher an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften nach denselben Grundsätzen erfolgt. Hinzu kommt, dass die Kumulation divergierender Bewertungssysteme die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung und somit die europarechtlich gewährleistete Niederlassungsfreiheit erheblich zu einschränken geeignet ist¹¹⁶.

Zur Lösung dieser Problematik wird teilweise in der Literatur vorgeschlagen, das *Discounted-cash-flow*-Verfahren bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen anzuwenden. Dafür spreche, dass dieses Verfahren sich von den Beurteilungsspielräumen der Rechnungslegung löse, bei deren Handhabung es vorwiegend auf von außen schwer nachzuvollziehenden nationalen Konventionen ankommt, und demgegenüber nach dem „Enron-Skandal“ erhebliche Skepsis besteht¹¹⁷. Ein anderer

¹⁰⁹ *Großfeld*, NZG 2002, 353 (354).

¹¹⁰ *Kiem*, ZGR 2007, 542 (569).

¹¹¹ *Teichmann*, ZGR 2002, 353 (354).

¹¹² *Adolff*, ZHR 173 (2009), 67 (67).

¹¹³ In Frankreich gilt der so genannte Multi-Kriterienansatz (*approche multi-critères*), nach dem verschiedene Bewertungsmethode gleichzeitig angewandt werden müssen. Dabei sind vier Kriterien besonders wichtig : Die Ertragskraft, das Nettovermögen, die Börsenbewertung und die künftige Entwicklung der Kapitalflüsse. Obwohl die Verschmelzungswertrelation nicht allein auf dessen Grundlage ermittelt werden kann, kommt dabei dem Börsenkurs eine erhebliche Bedeutung zu. Auf die Unternehmensplanung (und somit auf die künftigen Erträge) muss nicht (aber kann, soweit ihr keine grundsätzliche Bedeutung beigemessen wird) abgestellt werden (*Autorité des Marchés Financiers, Annexe II de l'instruction n° 2005-11 du 13 décembre 2005, modifiée le 18 septembre 2006*). Die Rechtsfiguren der Gesamtrechtsnachfolge und der Verschmelzung sind dem englischen Recht quasi unbekannt. Vielmehr begünstigt es für Umwandlungen den Anteilserwerb. Die Verschmelzungswertrelation spielt dabei keine Rolle. Für die Bewertung der Anteile bei dem Anteilserwerb wird überwiegend auf die Marktbewertung abgestellt (*Kiem*, NZG 2007, 542 (554 ff.)).

¹¹⁴ *Kiem*, ZGR 2007, 542 (566).

¹¹⁵ *Kiem*, ZGR 2007, 542 (566).

¹¹⁶ *Adolff*, ZHR 173 (2009), 67 (67).

¹¹⁷ *Teichmann*, ZGR 2002, 353 (355).

Teil des Schrifttums befürwortet die Anwendung des auf den aufnehmenden Rechtsträgers bei inländischen Verschmelzungen anwendbaren Verfahrens. Diese Ansicht stützt sich auf der Tatsache, dass das Umtauschverhältnis eine Entscheidung zu einem „Verteilungskampf“ darstellt, die erst innerhalb des aufnehmenden Rechtsträgers verwirklicht wird¹¹⁸. Dagegen spricht jedoch, dass es undenkbar ist, bei Verschmelzungen, bei denen der aufnehmende Rechtsträger eine deutsche Gesellschaft ist, dem ausländischen Verschmelzungspartner das von ihm völlig unbekannte Ertragswertverfahren aufzuerlegen. Da die Festlegung eines europäischen Bewertungsstandards in absehbarer Zeit nicht ersichtlich ist¹¹⁹, verbleibt die Lösung, von den Leistungsorganen der beteiligten Rechtsträger zu fordern, dass sie sich über eine einzige Methode zur Bewertung sämtlicher sich verschmelzenden Gesellschaften einigen. Wird ein auf den Ertragswert abstellendes Verfahren ausgewählt, sind bestimmte Adjustierungen vorzunehmen, um gewissen landesspezifischen Gegebenheiten (z.B. Zinssatz) Rechnung zu tragen¹²⁰. Bei börsennotierten Gesellschaften sollte jedenfalls dem Börsenkurs eine erhebliche Bedeutung zukommen. Dafür spricht insbesondere, dass die Transparenzstandards der Kapitalmärkte der Europäischen Union weitgehend harmonisiert sind. Zudem gewährleistet die Bewertung anhand des Börsenkurses eine gewisse Objektivität, wenn auf einen auf der Grundlage einer längeren Referenzperiode unter Ausschluss jeglichen spekulativen Einflüssen durchschnittlichen Börsenkurs zurückgegriffen wird¹²¹. Außerdem kommt dem Börsenkurs auf der internationalen Ebene eine immer wichtigere Bedeutung zu.

Haben sich die beteiligten Rechtsträger auf eine einheitliche Methode zur Bewertung ihrer Unternehmen einigt, werden auf dieser Grundlage die Verschmelzungswertrelation und das Umtauschverhältnis festgelegt. Sind bestimmte Anteilsinhaber (Es wird sich meistens um Minderheitsgesellschafter bzw. –aktionäre handeln) der Meinung, dass dieses letztere unangemessen ist, und somit dass ihre Vermögensinteresse dadurch beeinträchtigt werden, stehen ihnen zwei wichtige Rechtswege offen : Die Anfechtungsklage und das Spruchverfahren. Die Frage der Anwendbarkeit und der Durchführung dieses Verfahrens ist Gegenstand des zweiten Teils der vorliegenden Arbeit.

¹¹⁸ *Adolff*, ZHR 173 (2009), 67 (97).

¹¹⁹ *Kiem*, ZGR 2007, 542 (562).

¹²⁰ *Kiem*, ZGR 2007, 542 (562 f.).

¹²¹ *Kiem*, ZGR 2007, 542 (564).

B – DER SCHUTZ DER MINDERHEITSGESELLSCHAFTER DURCH DIE GERICHTLICHE ÜBERPRÜFUNG DES ANTEILSUMTAUSCHVERHÄLTNISSSES (SPRUCHVERFAHREN).

I. Die Stellung der Minderheitsgesellschafter und deren Schutzbedürfnis bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung.

1. Ausgangssituation.

Durch die grenzüberschreitende Verschmelzung werden die Anteilsinhaber der durch die Verschmelzung aufgelösten Gesellschaft Anteilsinhaber des übernehmenden oder neu gegründeten Rechtsträgers. Diese Regelung entspricht dem Art. 14 Abs. 1 lit. b GrenzVR sowie dem § 20 Abs. 1 Nr. 2 (auf den § 122a Abs. 2 verweist). Dies stellt eine erhebliche Veränderung der Rechtsstellung aller Anteilsinhaber dar, zu deren Zustimmung eine qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln genügt (§§ 122a Abs. 2 i.V.m. 65 Abs. 1 S. 1). Da die Minderheitsgesellschafter die Verschmelzung hinnehmen müssen¹²², erscheint es von entscheidender Bedeutung, diese bei der Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu schützen.

Ein solcher Schutz erfolgt in dreifacher Hinsicht : Erstens wird er durch Informationsrechte der Anteilsinhaber bei den verschiedenen Schritten des Verschmelzungsvorgangs gewährleistet. Zweitens wird eine gewisse Mitwirkung jedes Anteilsinhabers am Verschmelzungsverfahren durch die Zustimmung der Anteilshaberversammlung zum gemeinsamen Verschmelzungsplan gemäß §§ 122g, 122a Abs. 2 i.V.m. 13, 65 gewährleistet. Schließlich erscheint ein Schutz der Vermögensinteressen der Minderheitsgesellschafter aus verschiedenen Gründen notwendig.

2. Schutzbedürfnis der Anteilsinhaber auf der vermögensrechtlichen Ebene.

Die hauptsächliche Gefahr der Verschmelzung für die Anteilsinhaber sowohl des übertragenden als auch des aufnehmenden Rechtsträgers besteht in der potentiellen Kapitalverwässerung, die die Verschmelzung für sie bedeuten kann¹²³. Diese mögliche Wirkung greift nämlich in die Gesellschafterposition ein, die gemäß Art. 14 GG unter verfassungsrechtlichem

¹²² Lutter/Bezzenger, AG 2000, 433 (435).

¹²³ Raiser/Veil, § 46 Rn. 36.

Eigentumsschutz steht¹²⁴. Da die Anteilsinhaber der übertragenden aufgelösten Gesellschaft durch Gewährung von Anteilen bzw. Aktien an der übernehmenden oder neu gegründete Gesellschaft abgefunden werden, ist von entscheidender Bedeutung, dass ihre neuen Anteile den von ihnen zuvor gehaltenen Anteilen an der übertragenden Gesellschaft dem Wert nach entsprechen¹²⁵. Die Verschmelzung greift auch in die Rechtsstellung der Anteilsinhaber der aufnehmenden Gesellschaft in den Fällen ein, in denen den neuen Anteilsinhabern zu viele Anteile aufgrund einer Überbewertung der übertragenden Gesellschaft oder einer Unterbewertung des aufnehmenden Rechtsträgers gewährt werden¹²⁶, was zu einer Minderung ihrer Kapitalbeteiligung, und somit ihrer Vermögensrechte (Anspruch auf den Gewinn und auf das Auseinandersetzungsguthaben) sowie ihrer Stimmrechte führt¹²⁷. Aus allen diesen Gründen erscheint ein angemessener Schutz der Vermögensinteressen der Anteilsinhaber unerlässlich. Die GrenzVR trägt diesem Umstand Rechnung.

3. Die Vorschriften der Richtlinie 2005/56/EG zum Minderheitenschutz.

a) Art. 4 Abs. 2 S. 2 GrenzVR.

Gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 2 GrenzVR werden die Mitgliedsstaaten, deren Recht die an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften unterliegt, ermächtigt, Vorschriften zu erlassen, „um einen angemessenen Schutz der Minderheitsgesellschafter, die die grenzüberschreitende Verschmelzung abgelehnt haben, zu gewährleisten“. Nicht erforderlich wird, dass der Anteilsinhaber in der Hauptversammlung gegen den Verschmelzungsplan gestimmt hat, sondern nur, dass er mit dem angebotenen Umtauschverhältnis nicht einverstanden ist¹²⁸. Auf der Grundlage dieser Vorschrift hat der deutsche Gesetzgeber § 122i Abs. 1 erlassen¹²⁹, der den §§ 29 UmwG und 7 SE-AG entspricht. Diese Regelung gewährt jedem Anteilsinhaber der deutschen übertragenden Gesellschaft, der gegen den Verschmelzungsbeschluss dieser Gesellschaft Widerspruch zu Niederschrift erklärt hat, ein Austrittsrecht gegen eine angemessene Barabfindung. § 122i Abs. 2 betrifft die Überprüfung dieser Abfindung im Spruchverfahren und ähnelt der Regelung des § 122h

¹²⁴ BVerfGE14 (1963), 263 (Grundsatz der „vollen Entschädigung“ für den Verlust einer Rechtsposition (hier für den Verlust der Aktien im Wege der Verschmelzung).

¹²⁵ *Kulenkamp*, S. 331.

¹²⁶ *Raiser/Veil*, § 46 Rn. 36.

¹²⁷ *Kulenkamp*, S. 331.

¹²⁸ *Bayer/Schmidt*, NJW 2006, 401 (405).

¹²⁹ BegrRegE zu § 122i Abs. 1 UmwG, BT-Drucks. 16/2919, S. 16.

Abs. 1. Da diese Vorschrift nicht direkt die Überprüfung des Umtauschverhältnisses als solches betrifft, werden wir ihre Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Rahmen dieser Arbeit nicht vertiefen.

b) Art. 10 Abs. 3 S. 1 GrenzVR.

Obwohl das europäische Gesellschaftsrecht stark auf die Richtigkeitsgewähr der Verhandlungen zur Bestimmung des Umtauschverhältnisses abstellt und aus diesem Grund gegenüber einer unmittelbar auf die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses gerichteten gerichtlichen Kontrolle sehr zurückhaltend ist¹³⁰, wurde das in den deutschen und österreichischen Rechten vorgesehene, zum Schutz der Minderheitsgesellschaft wesentliche Spruchverfahren¹³¹ von dem europäischen Gesetzgeber in dem Art. 10 Abs. 3 S. 1 GrenzVR ausdrücklich berücksichtigt.

II. Das Spruchverfahren bei den deutschen innerstaatlichen Verschmelzungen (§§ 14 Abs. 2, 15).

Zum Verständnis der Rolle des Spruchverfahrens im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung erscheint es unerlässlich, in einem ersten Schritt die Leitlinien der Anwendbarkeit, der Durchführung und der Rechtsfolgen dieses Verfahrens im Rahmen einer innerdeutschen Verschmelzung kurz darzustellen.

1. Das Recht auf Einleitung eines Spruchverfahrens und auf bare Zuzahlung (§ 15 Abs. 1).

a) Voraussetzungen.

Das Spruchverfahren ist ein „wesentliches Element des Minderheiten- und Anlegerschutzes“¹³² und hat vorwiegend zum Zweck, die Minderheitsgesellschafter, die die Verschmelzung und ihre Folgen aufgrund eines Beschlusses, der nur der qualifizierten Mehrheit von drei Vierteln bedarf¹³³, hinnehmen müssen, zu schützen¹³⁴ : Bei innerdeutschen Verschmelzungen gewährt § 15 den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers die Möglichkeit, zur Verbesserung des

¹³⁰ Adolff, ZHR 173 (2009), 67 (99).

¹³¹ In der Richtlinie „Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses der Aktien oder sonstigen Anteile“ genannt.

¹³² Lutter/Bezzemberger, AG 2000, 433 (435).

¹³³ Lösekrug, S. 233.

¹³⁴ Lutter/Bezzemberger, AG 2000, 433 (435).

Umtauschverhältnisses ein Spruchverfahren nach den Maßgaben des Spruchverfahrensgesetzes¹³⁵ einzuleiten. Im Rahmen dieses Verfahrens können die Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers überprüfen lassen, ob das Umtauschverhältnis der Anteile angemessen bemessen wurde. Ist dies nicht der Fall, so steht ihnen ein Anspruch auf bare Zuzahlung zu. § 15 Abs. 1 hat somit sowohl eine materiell-rechtliche als auch eine prozessuale Funktion : Auf der einen Seite bestimmt diese Vorschrift, wer zur Einleitung eines Spruchverfahrens berechtigt ist ; Auf der anderen Seite gewährt sie den Anteilhabern der deutschen übertragenden Gesellschaft bei unangemessenem Umtauschverhältnis einen Anspruch auf bare Zuzahlung¹³⁶.

Voraussetzung des Anspruchs auf bare Zuzahlung ist eine unangemessene Gegenleistung, d.h. das Umtauschverhältnis muss im Verschmelzungsvertrag¹³⁷ zu niedrig bemessen worden sein. Nach der Rechtsprechung ist entscheidend, ob der Wert der verlorenen Anteile im Wesentlichen mit dem der im Zuge der Verschmelzung erhaltenen Anteilen übereinstimmt¹³⁸. Für diese Bewertung ist der Zeitpunkt der Beschlussfassung des übertragenden Rechtsträgers maßgeblich¹³⁹. Für die Beurteilung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses ist gleichgültig, welcher der Rechtsträger fälschlich zu niedrig oder zu hoch bewertet worden ist : Es kann sich sowohl um die übertragende als auch um die übernehmende Gesellschaft handeln¹⁴⁰.

b) Rechtsfolgen.

Kommt das Gericht im Spruchverfahren zu dem Ergebnis, dass das Umtauschverhältnis unangemessen ist, ordnet es einen Ausgleich durch eine bare Zuzahlung an. Dieser im Spruchverfahren ergehende Entscheidung kommt *inter-omnes* Wirkung zu (§ 13 S. 2 SpruchG). Schuldner der baren Zuzahlung ist der Antragsgegner, d.h. der übernehmende Rechtsträger (§ 5 Nr. 4 SpruchG). Die Zuzahlung beträgt die Differenz zwischen dem Wert der verlorenen und dem der durch die Verschmelzung erhaltenen Anteile¹⁴¹. Gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 2. HS kann die Zuzahlung den zehnten Teil des Nennbetrages der gewährten Anteile übersteigen. Ein Ausgleich durch die

¹³⁵ Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren v. 12.6.2003, BGBl. I, 838.

¹³⁶ Gehling in : Semler/Stengel, UmwG, § 15 Rn. 2.

¹³⁷ Für die grenzüberschreitende Verschmelzung „Verschmelzungsplan“ genannt.

¹³⁸ Bork in : Lutter, UmwG, § 15 Rn. 3 ; Gehling in : Semler/Stengel, UmwG, § 15 Rn. 20.

¹³⁹ Marsch-Barnert in Kallmeyer : UmwG, § 15 Rn. 2 ; BayObLG Urt. v. 18.12.2002, ZIP 2003, 253 (254) ; LG Dortmund, Urt. v. 10.6.1997, DB 1997, 1915 ; LG Düsseldorf, Urt. v. 16.12.1987, AG 1989, 138.

¹⁴⁰ Vetter, ZHR 168 (2004), 8 (18).

¹⁴¹ Bork in : Lutter, UmwG, § 15 Rn. 5.

Gewährung von zusätzlichen Anteilen oder Aktien an dem übernehmenden Rechtsträger ist nicht möglich¹⁴².

Außerdem ist nach § 15 Abs. 2 die bare Zuzahlung jährlich mit einem Prozentsatz von 2 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen. Zweck dieser Vorschrift ist zu verhindern, dass der übernehmende Rechtsträger das Spruchverfahren hinauszögert, um seine Zahlungspflicht hinauszuschieben¹⁴³. Zugleich wird der Nachteil ausgeglichen, den der Anteilsinhaber dadurch erlitten hat, dass das Spruchverfahren auf eine gewisse Dauer angelegt ist¹⁴⁴.

2. Der Ausschluss von Anfechtungsklagen betreffend das Umtauschverhältnis (§ 14 Abs. 2).

Da den Anteilsinhabern mit dem Spruchstellenverfahren grundsätzlich gewährleistet wird, dass sie durch die Verschmelzung wirtschaftlich nicht schlechter gestellt werden¹⁴⁵, wird ihnen die Möglichkeit einer auf eine angeblich zu niedrige Festlegung der Wertrelation gestützten Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses (Anfechtungsklage) genommen (§ 14 Abs. 2). Zweck dieser Vorschrift ist zu vermeiden, dass die Verschmelzung durch einen Streit über die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses verzögert wird¹⁴⁶. Infolgedessen steht die Anhängigkeit eines Spruchverfahrens dem Wirksamwerden der Verschmelzung nicht entgegen¹⁴⁷. Die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses ist somit bei internen Verschmelzung nur im Wege des Spruchverfahrens gerichtlich geltend zu machen. Der Ausschluss des § 14 Abs. 2 umfasst alle Klagen, mit denen geltend gemacht wird, das Umtauschverhältnis der Anteile sei kein ausreichender Gegenwert für die Anteile bei dem übertragenden Rechtsträger¹⁴⁸ und erstreckt sich auf Informationsmängel bezüglich der Bewertung, d.h. auf unrichtige, unvollständige oder unzureichende Informationen in der Anteilsinhaberversammlung über die Ermittlung, Höhe und Angemessenheit eines Ausgleichs (§ 243 Abs. 4 S. 2 AktG für die AG, der gemäß und § 278 Abs. 3 AktG für die KGaA analog für die GmbH gilt)¹⁴⁹.

Da § 15 Abs. 1 nur die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft und nicht diejenigen des übernehmenden Rechtsträgers betrifft, haben diese letzteren lediglich die Möglichkeit, im Wege der Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss vorzugehen, falls sie die

¹⁴² *Vetter*, ZHR 168 (2000), 8 (52). Für eine umfassende Behandlung dieser Frage: *Meier-Reimer*, ZHR 164 (2000), 563 (574 ff.).

¹⁴³ *Bork* in: Lutter, UmwG, § 15 Nr. 7.; *Gehling* in: Semler/Stengel, UmwG, § 15 Rn. 28.

¹⁴⁴ *Gehling* in: Semler/Stengel, UmwG, § 15 Rn. 28.

¹⁴⁵ *Bork* in: Lutter, UmwG, § 15 Rn. 1

¹⁴⁶ *Bork* in: Lutter, UmwG, 14 Rn. 13.

¹⁴⁷ *Gehling* in: Semler/Stengel, UmwG, § 14 Rn. 30.

¹⁴⁸ *Gehling* in: Semler/Stengel, UmwG, § 14 Rn. 31.

¹⁴⁹ *Bayer* in: Lutter, UmwG, § 122h, Rn. 14.

Verschmelzungswertrelation und somit das Umtauschverhältnis (etwa wegen einer Überbewertung des übertragenden Rechtsträgers) als unangemessen erachten¹⁵⁰.

Da bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung mehrere Rechtsordnungen zusammentreffen und die meisten europäischen Gesellschaftsrechte dem Spruchverfahren fremd sind¹⁵¹, war die bloße Übertragung dieser Grundsätze auf grenzüberschreitende Verschmelzungen unmöglich. Eine gewisse Anpassung war somit erforderlich. Diese wurde durch Art. 10 Abs. 3 S. 1 GrenzVR und dessen Umsetzung in § 122h Abs. 1 vorgenommen.

III. Voraussetzungen der Anwendbarkeit des deutschen Spruchverfahrens zugunsten der Anteilshaber der deutschen übertragenden Gesellschaft im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 10 Abs. 3 S. 1 GrenzVR ; §§ 122h Abs. 1 i.V.m. 14 Abs. 2, 15).

1. Sinn und Zweck des Art. 10 Abs. 3 GrenzVR und des § 122h Abs.1.

Auf Wunsch von Deutschland und Österreich sind im Art. 10 Abs. 3 S. 1 GrenzVR die deutschen und österreichischen „Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses“ vom europäischen Gesetzgeber berücksichtigt worden¹⁵². Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein solches Verfahren von den 25 übrigen Rechtsordnungen der Europäischen Union nicht bekannt ist¹⁵³ und bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung mindestens zwei Rechtsordnungen zur Anwendung kommen¹⁵⁴, waren bestimmte Anpassungen bezüglich der Frage der Anwendbarkeit des deutschen Spruchverfahrens unerlässlich. Diese befinden sich im Art. 10 Abs. 3 S. 1 (dessen Vorbild Art. 25 Abs. 3 SE-VO ist) und wurden in § 122h Abs. 1 umgesetzt. Diese Vorschrift spielt eine Vermittlungsrolle zwischen denjenigen Rechtsordnungen, die ein dem deutschen Recht vergleichbares Spruchverfahren kennen und denjenigen, die ein solches Verfahren nicht vorsehen.¹⁵⁵ Diese Vorgabe soll außerdem sicherstellen, dass das vom deutschen Recht vorgesehene gerichtliche Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses sowie von Zuzahlungen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen zugunsten der Anteilshaber des deutschen übertragenden Rechtsträgers unter bestimmten Voraussetzungen zur Anwendung kommen

¹⁵⁰ Hoffmann-Becking, ZGR 1990, 482 (484); Vetter, ZHR 168 (2004), 8 (24); Wiesen, ZGR 1990, 503 (506); Gehling in: Semler/Stengel, UmwG, § 14 Rn. 17; Marsch-Barnier in: Kallmeyer, UmwG, § 14 Rn. 15; BGHZ 112, 9 (19); OLG Stuttgart AG 2003, 456 (457).

¹⁵¹ Neye, ZIP 2005, 1893 (1897).

¹⁵² Neye/Timm, DB 2006, 488 (489).

¹⁵³ Neye, ZIP 2005, 1893 (1897).

¹⁵⁴ Teichmann, ZGR 2003, 367 (370).

¹⁵⁵ Drinhausen in: Semler/Stengel, UmwG, § 122h Rn. 2.

kann : § 122h Abs. 1, der sich auf die Hinausverschmelzung bezieht¹⁵⁶, verändert nämlich das Recht der Anteilsinhaber einer deutschen übertragenden Gesellschaft zur Einleitung eines Spruchverfahrens in der Weise, dass ein solches Verfahren nur durchgeführt werden kann, wenn entweder das Recht, dem die anderen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften unterliegen, ein Verfahren zur Überprüfung und Änderung des Umtauschverhältnisses ebenfalls vorsieht (1. Fallkonstellation) oder, wenn das ausländische Recht ein solches Verfahren nicht kennt, die Anteilsinhaber der anderen sich verschmelzenden Gesellschaften der Möglichkeit der Durchführung des deutschen Spruchverfahrens im Verschmelzungsbeschluss ausdrücklich zustimmen (2. Fallkonstellation)¹⁵⁷.

2. Erste Fallkonstellation : Die Rechtsordnung der ausländischen aufnehmenden Gesellschaft kennt ein Spruchverfahren.

Nicht ausdrücklich in den Art. 10 Abs. 3 GrenzVR und § 122h Abs. 1 ist die Fallkonstellation geregelt, in der die Rechtsordnung der ausländischen Gesellschaft ein dem deutschen Spruchverfahren vergleichbares Verfahren vorsieht. Aus einem Umkehrschluss aus diesen Vorschriften folgt jedoch, dass die §§ 14 Abs. 2, 15 anwendbar sind und somit das vom deutschen Recht vorgesehene Spruchverfahren durchführbar ist, wenn das Gesellschaftsstatut, dem der andere an der Verschmelzung beteiligte Rechtsträger unterliegt, ein solches Verfahren vorsieht¹⁵⁸. In der Literatur wird vertreten, dass diese Voraussetzung nur vorliegt, wenn in der ausländischen Rechtsordnung ein solches Verfahren nicht nur generell, sondern auch speziell für den Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung geregelt ist¹⁵⁹.

Liegt diese Voraussetzung vor, ist das deutsche Spruchverfahren zugunsten der Anteilsinhaber des deutschen übertragenden Rechtsträgers statthaft und nach den Maßgaben des SpruchG durchzuführen : Dies soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs auch ohne Anerkennungsbeschluss des übernehmenden Rechtsträgers gelten¹⁶⁰. Eine wichtige Folge dieser Lage für den Ablauf der grenzüberschreitenden Verschmelzung ist, dass die im Eintragungsverfahren nach § 122k von dem deutschen Registergericht zu erteilende Verschmelzungsbescheinigung bei der Durchführung eines solchen Verfahrens erteilt werden kann, da der Verschmelzungsbeschluss

¹⁵⁶ *Kulenkamp*, S. 340 ; Die Anteilsinhaber der ausländischen übertragenden Gesellschaft werden nämlich nicht von § 122h Abs. 1 erfasst, sondern nur von § 122h Abs. 2, der im Gegensatz zu § 122h Abs. 1 keinen materiell-rechtlichen Anspruch gewährt.

¹⁵⁷ *Klein*, RNotZ 2007, 565 (598).

¹⁵⁸ *Kulenkamp*, S. 342.

¹⁵⁹ *Bayer* in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 10 ; *Simon/Rubner*, DK 2006, 835 (840).

¹⁶⁰ Begr. RegE, BR-Drucks. 548/06, S. 33 ; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725 (731).

gleichwohl wirksam ist¹⁶¹, was nicht der Fall wäre, wenn eine Anfechtungsklage gemäß § 14 Abs. 1 eingeführt worden wäre. Folglich kann die Verschmelzung in das Handelsregister eingetragen werden. Gemäß § 122k Abs. 2 S. 5 ist jedoch in der Verschmelzungsbescheinigung anzugeben, dass ein Spruchverfahren anhängig ist.

Fraglich ist, ob § 122h Abs. 1 den Anteilshabern der deutschen übertragenden Gesellschaft bei Vorliegen dieser Fallkonstellation überhaupt einen materiell-rechtlichen Anspruch auf bare Zuzahlung gewährt. Hierzu enthält diese Vorschrift keine ausdrückliche Regelung. Dies ist aber zu bejahen, da der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der GrenzVR von einer Anwendung der §§ 14 Abs. 2, 15, die den Anteilshabern bei Spruchverfahren im Rahmen einer innerstaatlichen Verschmelzung einen solchen materiell-rechtlichen Anspruch gewähren, ausgegangen ist¹⁶².

Fraglich ist weiterhin, welchem Recht ein etwaiger materiell-rechtlicher Anspruch auf bare Zuzahlung unterliegt und ob in diesem Zusammenhang die Vereinigungstheorie, von der die allgemeine Bestimmung des Art. 4 Abs. 1 GrenzVR (umgesetzt in § 122a Abs. 2) ausgeht, hier Anwendung findet¹⁶³. Folgt man der Vereinigungstheorie, kommt das Recht der aufnehmenden ausländischen Gesellschaft zur Anwendung, da diese im Spruchverfahren Anspruchsgegnerin ist¹⁶⁴. Dafür spricht insbesondere, dass zur Bestimmung der international zuständigen Gerichte gemäß Art. 60 i.V.m. Art. 2 EuGVVO¹⁶⁵ auf den Verwaltungssitz der aufnehmenden Gesellschaft abzustellen ist, so dass die Anteilshaber einer deutschen übertragenden Gesellschaft im Rahmen einer deutsch-österreichischen Verschmelzung zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses das österreichische Außerstreitverfahren vor dem zuständigen österreichischen Gericht einleiten müssen¹⁶⁶, was zu einer gewissen Einheitlichkeit zwischen dem zuständigen Gericht und dem anwendbaren Recht führt.

In der Praxis wird die oben dargestellte Konstellation nur sehr selten auftreten : Außer in Deutschland ist nämlich ein solches Verfahren gegenwärtig nur im österreichischen Umwandlungsrecht vorgesehen, so dass diese Fallkonstellation lediglich bei deutsch-österreichischen Hinausverschmelzungen (Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft auf eine österreichische Gesellschaft) vorliegen wird¹⁶⁷. Häufiger wird also der Fall vorkommen, in dem die Zustimmung der

¹⁶¹ Klein, RNotZ, 565 (598).

¹⁶² BT-Drucks. 16/2919, S. 16.

¹⁶³ Ausführlich hierzu Lutter/Drygala, JZ 2006, 770 (773).

¹⁶⁴ Müller, DK 2007, 81 (85).

¹⁶⁵ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG L 12 vom 16.1.2001.

¹⁶⁶ Müller, DK 2007, 81 (85).

¹⁶⁷ § 225c des österreichischen Aktiengesetzes : (1) Ist das Umtauschverhältnis oder sind die allfälligen baren Zuzahlungen nicht angemessen festgelegt, so hat jeder Aktionär einer der beteiligten Gesellschaften einen Anspruch gegen die übernehmende Gesellschaft auf Ausgleich durch bare Zuzahlungen. (2) Im Fall des Abs. 1 kann ein Antrag bei Gericht gestellt werden, dass das Umtauschverhältnis überprüft wird und die übernehmende Gesellschaft einen Ausgleich durch bare Zuzahlungen zu leisten hat.

Anteilsinhaber aller anderen beteiligten Gesellschaften erforderlich sein wird. Deshalb wird für die weiteren Rechtsfolgen dieser ersten Fallkonstellation in weitem Umfang auf die Ausführungen über die Rechtslage bei erteilter Zustimmung im Rahmen der zweiten Fallkonstellation verwiesen.

3. Zweite Fallkonstellation : Die Rechtsordnung der ausländischen aufnehmenden Gesellschaft sieht kein Spruchverfahren vor.

Sofern die ausländische Rechtsordnung kein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses vorsieht, können die §§ 14 Abs. 2 und 15 im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung gemäß § 122h Abs. 1 nur unter der Voraussetzung angewendet werden, dass die Anteilsinhaber aller ausländischen beteiligten Gesellschaften die Durchführung des deutschen Spruchverfahrens bei der Zustimmung zum Verschmelzungsplan ausdrücklich akzeptieren.

a) Zustimmung der Anteilsinhaber ausländischer Gesellschaften.

Meistens wird also die Zustimmung der Anteilsinhaber der an der Verschmelzung beteiligten ausländischen Gesellschaften erforderlich sein. Laut § 122h Abs. 1 muss die Zustimmung „im Verschmelzungsbeschluss“ erteilt werden. Diese scheinbar strenge Vorschrift sollte aber unter Berufung auf eine richtlinienkonforme Auslegung des Art. 10 Abs. 3 GrenzVR, der in seiner weiten Fassung eine Akzeptanz „bei der Zustimmung zum Verschmelzungsplan“ erfordert¹⁶⁸, so verstanden werden, dass die Fassung eines separaten, gleichzeitig mit dem Verschmelzungsbeschluss gefassten Beschlusses über die Zustimmung den Anforderungen des § 122h Abs. 1 genügt¹⁶⁹. Im Schrifttum wird nämlich vertreten, dass der deutsche Gesetzgeber die Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 14 Abs. 2, 15 nicht weiter einschränken wollte, als dies in der Richtlinie geboten ist¹⁷⁰. Zudem würde eine strengere Auslegung des § 122h Abs. 1 dazu führen, dass die Anteilsinhaber der ausländischen Gesellschaften, die nur die Durchführung des Spruchverfahrens verweigern wollen, gegen die grenzüberschreitende Verschmelzung als solche stimmen sollten¹⁷¹.

Welche Mehrheit für den Zustimmungsbeschluss über die Anwendbarkeit des Spruchverfahrens erforderlich ist, ist umstritten : Zum Teil wird in der Literatur auf das nationale

¹⁶⁸ Bayer in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 11.

¹⁶⁹ Drinhausen in : Semler/Stengel, UmwG, § 122h Rn. 6.

¹⁷⁰ Bayer in : Lutter, UmwG, § 122 h Rn. 11.

¹⁷¹ Drinhausen in : Semler/Stengel, UmwG, § 122h Rn. 6.

Recht, dem die ausländische übernehmende Gesellschaft unterliegt, verwiesen¹⁷². Ein anderer Teil des Schrifttums vertritt hingegen die Ansicht, dass dieselbe Mehrheit wie für die Zustimmung über den Verschmelzungsbeschluss erforderlich ist¹⁷³. Für die letztgenannte Ansicht spricht insbesondere, dass der europäische Gesetzgeber sich ausdrücklich im Art. 10 Abs. 3 S. 1 GrenzVR auf die Zustimmung zum Verschmelzungsplan bezieht, so dass man annehmen kann, dass eine Koppelung von ihm beabsichtigt war¹⁷⁴. Darüber hinaus ermöglicht diese Lösung eine gewisse europäische Mindestharmonisierung bezüglich des Mehrheitserfordernisses bei der Zustimmung zur Anwendbarkeit des Spruchverfahrens, während ein Verweis auf das jeweilige nationale Gesellschaftsrecht eine gewisse Rechtsunsicherheit in sich birgt : Die nationalen Vorschriften über die Zustimmung zum Verschmelzungsplan sind nämlich durch die Richtlinie 78/855/EWG über die innerstaatliche Verschmelzung von Aktiengesellschaften¹⁷⁵ harmonisiert worden. I.d.R. verlangt nämlich Art. 7 Abs. 1 dieser Richtlinie, der in § 65 umgesetzt wurde, eine qualifizierte Mehrheit¹⁷⁶, während die allgemeinen Regeln über die Mehrheitserfordernisse bei der Anteilshaberversammlung in den jeweiligen Rechtsordnungen noch divergieren können. Darüber hinaus wäre es ungeschickt, wenn eine einfache Mehrheit die Möglichkeit hätte, das finanzielle Risiko einer Veränderung des Umtauschverhältnisses akzeptieren zu können, während eine qualifizierte Mehrheit für die Zustimmung des Verschmelzungsplans, der das ursprünglich vorgesehene Umtauschverhältnis enthält, erforderlich ist¹⁷⁷.

Ob in der Praxis die Anteilshaber des ausländischen übertragenden Rechtsträgers ihre Zustimmung erteilen werden, ist äußerst zweifelhaft. Von der h.M. im Schrifttum wird nämlich vertreten, dass diese kaum Veranlassung sehen werden, der Durchführung des Spruchverfahrens zuzustimmen, da dieses in der Praxis nur den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers zugute kommt.

¹⁷² So *Drinhausen* in : Semler/Stengel, UmwG, § 122h Rn. 6.

¹⁷³ *Bayer* in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 12.

¹⁷⁴ *Bayer* in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 12.

¹⁷⁵ Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. Nr. L 295 vom 20/10/1978, S. 36.

¹⁷⁶ Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 78/855/EWG verlangt eine qualifizierte Mehrheit von „nicht weniger als zwei Dritteln der Stimmen der vertretenen Wertpapiere oder des vertretenen gezeichneten Kapitals“. Bei der Umsetzung dieser Vorschrift ist der deutsche Gesetzgeber strenger als die Richtlinie gewesen, da § 65 Abs. 1 S. 1 UmwG eine Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals verlangt. Diese Verstärkung des Schutzes der Aktionäre wurde dadurch ermöglicht, dass Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 78/855/EWG nur auf eine Mindestharmonisierung abzielt (*Lösekrug*, S. 233).

¹⁷⁷ *Bayer* in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 12.

b) Rechtsfolge.

aa) Rechtsfolge bei Zustimmung.

Die Zustimmung der Anteilsinhaber der ausländischen Gesellschaft wirkt sich sowohl auf der prozessualen als auch auf der materiell-rechtlichen Ebene aus.

Auf der prozessualen Ebene wird durch die Zustimmung die Durchführung des Spruchverfahrens ermöglicht. Bei dieser Fallkonstellation stellt dieser Weg für die Anteilsinhaber der deutschen übertragenden Gesellschaft die einzige Möglichkeit zur Geltendmachung ihrer Rechte dar : Eine Rüge des Umtauschverhältnisses ist bei erteilter Zustimmung nur über das Spruchverfahren möglich¹⁷⁸. In diesem Fall findet nämlich § 14 Abs. 2 gemäß § 122h Abs. 1 Anwendung, der zum Ausschluss der auf der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses gestützten Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss führt. Wie oben ausgeführt betrifft dieser Klageausschluss auch Informationsmängel¹⁷⁹. Diese Anwendbarkeit des Spruchverfahrens gekoppelt mit dem Ausschluss der Anfechtungsklage gilt aber nur zugunsten der Anteilsinhaber der deutschen übertragenden Gesellschaft : Entgegen den zahlreichen Vorschlägen des Schrifttums steht nämlich den Anteilsinhabern eines deutschen übernehmenden Rechtsträgers im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nur die Möglichkeit zu, im Wege einer Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss vorzugehen¹⁸⁰.

Materiell-rechtlich wird ein Anspruch der Anteilsinhaber der deutschen übertragenden Gesellschaft auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses durch bare Zuzahlung gegen den ausländischen übernehmenden Rechtsträger begründet¹⁸¹. Der Anspruch folgt aus § 15 Abs. 1, dessen Anwendung durch die Zustimmung erlaubt wird¹⁸². Der Ausgleich kann nur durch bare Zuzahlung in Geld erfolgen. Ein Ausgleich durch die Gewährung von zusätzlichen Aktien ist trotz den Forderungen der Literatur und der Praxis bisher nicht möglich¹⁸³. Der Zuzahlungsanspruch richtet sich gegen den übernehmenden oder den im Zuge der Verschmelzung neu gegründeten Rechtsträger¹⁸⁴. Er setzt nicht voraus, dass die das Spruchverfahren einführenden Anteilsinhaber

¹⁷⁸ *Drinhausen* in : Semler/Stengel, UmwG, § 122h Rn. 8.

¹⁷⁹ Siehe S. 32.

¹⁸⁰ *Bayer*, ZHR 172 (2008), 24 (26); *Bayer/Schmidt*, NZG 2006, 841 (844), *Bayer/Schmidt*, NJW 2006, 401 (406); *Vetter*, AG 2006, 613 (625).

¹⁸¹ *Müller*, DK 2007, 81 (84).

¹⁸² *Drinhausen* in : Semler/Stengel, UmwG, § 122h Rn. 9.

¹⁸³ *Bayer/Schmidt*, NZG 2006, 841 (844).

¹⁸⁴ *Bayer* in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 17; Trotz einigen in der Literatur geäußerten Bedenken gegen eine solche Verpflichtung eines ausländischen Rechtsträgers durch das deutsche Recht (insbesondere : *Müller*, DK 2007, 81 (87)), ist davon auszugehen, dass dies ausnahmsweise durch Art. 4 Abs. 2 S. 2 der Richtlinie 2005/56/EG gedeckt ist (*Kulenkamp*, S. 337).

gegen den Verschmelzungsbeschluss Widerspruch zu Niederschrift erklärt haben. Vielmehr steht der Anspruch sogar Anteilsinhabern zu, die für die grenzüberschreitende Verschmelzung gestimmt haben¹⁸⁵. Daher genügt es, dass die betreffenden Anteilsinhaber einfach mit dem Umtauschverhältnis nicht einverstanden sind, und dies durch die Einführung des Spruchverfahrens deutlich machen oder infolge der von § 13 Abs. 2 SpruchG angeordneten *inter-omnes* Wirkung sich nachträglich auf das Ergebnis des Spruchverfahrens berufen. Dies ermöglicht diesen Anteilsinhabern, gegen das Umtauschverhältnis vorzugehen, ohne die grenzüberschreitende Verschmelzung im Ganzen in Frage zu stellen¹⁸⁶.

bb) Rechtslage bei nicht erteilter Zustimmung.

Stimmen die Anteilsinhaber des ausländischen Rechtsträgers der Anwendung des deutschen Spruchverfahrens nicht zu, kommen die §§ 14 Abs. 2 und 15 nicht zur Anwendung. Folglich kann das deutsche Spruchverfahren zugunsten der Aktionäre der deutschen übertragenden Gesellschaft nicht durchgeführt werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Anteilseigner schutzlos bleiben : Da in einem solchen Fall der Klageausschluss des § 14 Abs. 2 nicht gilt, haben diese die Möglichkeit, im Wege der Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss mit der Begründung vorzugehen, dass das Umtauschverhältnis der Anteile unangemessen ist¹⁸⁷. Diese Folge soll als „Damoklesschwert“¹⁸⁸ über die Verschmelzung einen gewissen Einfluss auf die Entscheidung der Anteilseigner der ausländischen Gesellschaft haben, die Zustimmung zum Spruchverfahren zu erteilen oder nicht, da die Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung in das Handelsregister durch die Einleitung der Anfechtungsklage gemäß § 16 Abs. 2 verhindert wird (sog. Registersperre) und die Möglichkeit des vom § 16 Abs. 3 vorgesehenen Freigabeverfahrens, der die Eintragung der Verschmelzung trotz der Anfechtungsklage erlaubt, wenn die Klage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, hier wegen der faktischen Unmöglichkeit, die komplizierten Details einer grenzüberschreitenden Unternehmensbewertung im Rahmen eines Eilverfahrens genau zu überprüfen, wahrscheinlich erfolglos bleiben wird¹⁸⁹. Bei Ablehnung der Zustimmung zur Durchführung des deutschen Spruchverfahrens müssen daher die Aktionäre der ausländischen

¹⁸⁵ *Drinhausen* in : Semler/Stengel, UmwG, § 122h Rn. 9.

¹⁸⁶ *Bayer* in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 18.

¹⁸⁷ *Bayer* in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 9 ; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725 (731) ; *Neye/Timm*, DB 2006, 488 (492) ; *Oechsler*, NZG 2006, 161 (164) ; *Müller*, DK 2007, 81 (84) ; *Frenzel*, S. 317. *Haritz/von Wolff*, GmbHR 2006, 340 (342).

¹⁸⁸ *Teichmann*, ZGR 2002, 383 (428).

¹⁸⁹ *Kulenkamp*, S. 344.

Gesellschaften dessen bewusst sein, dass ihre Entscheidung zu einer jahrlangen Blockade oder gar zum endgültigen Scheitern der grenzüberschreitenden Verschmelzung führen kann¹⁹⁰.

Außerdem haben die Anteilsinhaber der deutschen übertragenden Gesellschaft die Möglichkeit, gemäß § 122i gegen eine angemessene Barabfindung aus der Gesellschaft auszuscheiden. Voraussetzungen dafür sind, dass die aufnehmende oder neu gegründete Gesellschaft nicht dem deutschen Recht unterliegt und dass die berechtigten Anteilsinhaber Widerspruch zu Niederschrift erklärt haben.

4. Bewertung dieses Systems.

t

a) Zweifel bezüglich der Zustimmungsbereitschaft der Anteilsinhaber der ausländischen Gesellschaft.

In der Literatur wurden viele Zweifel an die Zustimmungsbereitschaft der Anteilsinhaber der ausländischen Gesellschaft geäußert. Viele Autoren vertreten nämlich die Meinung, dass zur Zeit nur wenigen Anlass dafür besteht, dass die Anteilsinhaber der aufnehmenden Gesellschaft, deren Gesellschaftsstatut ein derartiges Verfahren nicht vorsieht, die Durchführung des Spruchverfahrens akzeptieren¹⁹¹. Für eine Verweigerung der Zustimmung sprechen nämlich zahlreiche Argumente.

Zunächst wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die mögliche nachträgliche Verbesserung des Umtauschverhältnisses zugunsten der Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft, die sich in einer Zuzahlungspflicht der aufnehmenden Gesellschaft verwirklicht, eine wichtige Belastung des Vermögens des aufnehmenden Rechtsträgers in der Form eines erheblichen Liquiditätsabflusses verursacht¹⁹², zumal es für die Höhe der baren Zuzahlung (außer vielleicht aufgrund der Kapitalerhaltungsvorschriften des aufnehmenden Rechtsträgers) keine betragsmäßige Begrenzung gibt¹⁹³ und die Vorschläge der Literatur zugunsten der Ermöglichung eines Ausgleiches durch Gewährung von zusätzlichen Aktien¹⁹⁴ bisher auf die gesetzgeberische Tätigkeit wirkungslos geblieben sind. Dieser potentielle Liquiditätsabfluss wird durch die *Inter-omnes*-Wirkung des im Spruchverfahren ergangenen Urteils (§ 13 S. 2 SpruchG), nach der auch diejenigen Gesellschafter, die mit dem ursprünglichen Austauschverhältnis einverstanden waren, in den Genuss des im Zuge

¹⁹⁰ Müller, DK 2007, 81 (84).

¹⁹¹ Siehe unter anderen Kulenkamp, S. 343-346 ; Bayer in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 4 ; Bayer/Schmidt, NJW 2006, 401 (406) ; Vetter, AG 2006, 613 (622) ; Kiem, WM 2006, 841 (844) ; Kalss, ZGR 2003, 593 (627) ; Kübler, ZHR 167 (2003), 627 (629).

¹⁹² Bayer/Schmidt sprechen von einer « Belastung der beteiligten Gesellschaften mit erheblichem Aufwand und Kosten » (NJW 2006, 401 (405)).

¹⁹³ Vetter, AG 2006, 613 (623).

¹⁹⁴ z.B. : Vetter, ZHR 168 (2004), 8 (42).

des Spruchverfahrens verbesserten Umtauschverhältnisses kommen, sowie durch die im § 15 Abs. 2 vorgesehene Verzinsungspflicht (bei einem Verfahren, das mehrere Jahre dauern kann) verschlimmert¹⁹⁵. Kommt das Gericht zu der Entscheidung, dass kein Ausgleich durch bare Zuzahlung zu erfolgen hat, hat der aufnehmende oder neu gegründete Rechtsträger auf jeden Fall die Verfahrenskosten zu tragen, so dass die Durchführung des Spruchverfahrens sich zwingend auf sein Vermögen negativ auswirkt¹⁹⁶. Darüber hinaus kann die mit dem Spruchverfahren verbundene, möglicherweise jahrelange Unsicherheit bei börsennotierten Gesellschaften zu Abschlügen an der Börse und generell zu erheblichen Schwierigkeiten bei der zwischenzeitlichen Eigenkapitalaufnahme über die Börse und außerhalb der Börse führen¹⁹⁷.

Außerdem ist hervorzuheben, dass das Spruchverfahren in der Praxis nur den Anteilshabern der deutschen (oder bei der Fallkonstellation des § 122h Abs. 2 : ausländischen) übertragenden Gesellschaft aber gar nicht denjenigen des aufnehmenden Rechtsträgers zugute kommen kann, was diese letzteren kaum anregen sollte, die Anwendbarkeit des deutschen Spruchverfahrens zu akzeptieren. Zuerst spiegelt sich diese Behauptung darin wieder, dass in den Absätzen 1 und 2 des § 122h nur die Anteilshaber der übertragenden Gesellschaft als Antragsberechtigte in Betracht kommen, aber gar nicht von denjenigen des aufnehmenden Rechtsträgers die Rede ist. Diese Ungleichbehandlung zwischen den Anteilshabern des übertragenden und denjenigen des aufnehmenden Rechtsträgers führt nach ganz überwiegender Auffassung dazu, dass eine *reformatio in peius*, d.h. eine Verschlechterung des Umtauschverhältnisses zu Lasten der Anteilshaber der übertragenden Gesellschaft und zugunsten der Anteilshaber des aufnehmenden Rechtsträgers im Wege des Spruchverfahrens, im aktuellen Gesetzeszustand ausgeschlossen ist¹⁹⁸. Dies bedeutet, dass bei dem aus Sicht der Anteilshaber der ausländischen übernehmenden Gesellschaft günstigsten Ausgang des Spruchverfahrens diese letzteren nichts verlieren, aber das Umtauschverhältnis zu ihren Gunsten nicht verbessert werden kann (auch wenn die übertragende Gesellschaft zu hoch bewertet worden ist). Außerdem sind die Anteilshaber der ausländischen übernehmenden Gesellschaft nicht am Spruchverfahren beteiligt, sondern lediglich von einem gemeinsamen Vertreter nach § 6c SpruchG vertreten, der grundsätzlich nicht in der Lage sein wird, die oben dargestellten materiellen Benachteiligungen abzumildern¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Vetter, AG 2006, 613 (622).

¹⁹⁶ Kulenkamp, S. 343.

¹⁹⁷ G. Bezenberger/T. Bezenberger in : FS Welf Müller, S.1, 12 ff. und insbesondere 20 ff.

¹⁹⁸ Klöcker/Frowein, SpruchG, § 11 Rn. 3 ; Teichmann, ZGR 2003, 367 (386) ; Vetter, AG 2006, 613 (622) ; Krieger/Mennicke in : Lutter, UmwG, § 11 SpruchG Anhang 1 Rn. 2 ; Martens, AG 2000, 301 (308) ; Fritzsche/Dreier/Verfürth, SpruchG, § 11 Rn 4 ; Vetter in : Lutter/Hommelhoff, S. 111.

¹⁹⁹ Vetter, AG 2006, 613 (622).

Der einzige (aber sehr gewichtige) Anlass für die Anteilshaber der ausländischen Gesellschaft, der Durchführung des Spruchverfahrens zuzustimmen, ist somit die Verhinderung einer auf die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses gestützten Anfechtungsklage im Sinne des § 14 Abs. 1 und deren Sperrwirkung, die geeignet sind, den Ablauf der grenzüberschreitenden Verschmelzung erheblich zu verzögern, oder diese gar scheitern zu lassen²⁰⁰. Trotz dieser wichtigen, gegebenenfalls für die Verschmelzung fatalen Folge, sind viele Autoren der Meinung, dass § 122h Abs. 1 in der Praxis bei transnationalen Strukturveränderungen ins Leere laufen wird und das Spruchverfahren nur ausnahmsweise statthaft sein wird²⁰¹. Deshalb hat das Schrifttum bestimmte gesetzliche Veränderungen vorgeschlagen, um zu einer sachgerechten Lösung zugunsten der Anteilshaber der übertragenden Gesellschaft hinsichtlich des Umtauschverhältnisses zu gelangen, denen der deutsche Gesetzgeber bisher nicht gefolgt ist²⁰².

b) Verbesserungsvorschläge des Schrifttums.

Nach *Bayer* ist das Minderheitenschutzsystem des § 122h Abs. 1 „insgesamt unpraktikabel und in sich widersprüchlich“ und sollte daher „dringend reformiert werden“²⁰³, ohne dass ein völliger Verzicht auf einen angemessenen Minderheitenschutz (wie z.B. im englischen Recht) in Betracht kommt²⁰⁴. Infolgedessen wurden bestimmte Vorschläge zur Veränderung des Umwandlungsgesetzes von der Literatur und der Praxis formuliert. Hauptsächlicher Zweck dieser Vorschläge ist, die Durchführung des deutschen Spruchverfahrens für die Gesellschafter der ausländischen übertragenden Gesellschaft günstiger zu machen, um zugleich die Rechte der Anteilshaber des deutschen übertragenden Rechtsträgers zu sichern und eine Blockade (oder gar ein Scheitern der Verschmelzung) zu verhindern.

Im Vordergrund steht insbesondere der Gedanke, dass der Gesetzgeber für eine Gleichbehandlung zwischen den Anteilshabern der deutschen übertragenden und denjenigen der ausländischen übernehmenden Gesellschaft sorgen sollte²⁰⁵. Die Umwandlung des Spruchverfahrens in ein kontradiktorisches Verfahren²⁰⁶ sowie die Einführung der Möglichkeit des *reformatio in peius* des Umtauschverhältnisses zumindest im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung werden

²⁰⁰ Klein, RNotZ 2007, 565 (599).

²⁰¹ Kulenkamp, S. 344.

²⁰² Bayer in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 4.

²⁰³ Bayer in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 4.

²⁰⁴ Bayer/Schmidt, NJW 2006, 401 (406).

²⁰⁵ Bayer in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 4.

²⁰⁶ Teichmann, ZGR 2003, 367 (386).

somit vorgeschlagen²⁰⁷. Diesem letzten Vorschlag sollten keine auf Art. 4 Abs. 2. S. 2 gestützten kompetenzrechtlichen Bedenken entgegenstehen, denn er beträfe unmittelbar lediglich die Anteilsinhaber der deutschen übertragenden Gesellschaft, und nicht diejenigen des ausländischen Rechtsträgers, obwohl diese dadurch möglicherweise im Endeffekt durch die Verschlechterung des Umtauschverhältnisses zu Lasten der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers begünstigt werden²⁰⁸. Vorgeschlagen wurde ebenfalls, der aufnehmenden Gesellschaft, die im Spruchverfahren Anspruchsgegnerin ist, zu erlauben, an der Stelle der baren Zuzahlung zusätzliche Anteile zu gewähren, damit sie nicht durch einen zu großen Liquiditätsabfluss benachteiligt wird, falls das Gericht im Laufe des Spruchverfahrens zum Schluss kommt, dass das angebotene Umtauschverhältnis unangemessen ist²⁰⁹.

Auf der anderen Seite werden Vorschläge formuliert, die auf eine größere Praktikabilität und Effizienz des Freigabeverfahrens als effektives Mittel zur Abwehr offensichtlich unzulässiger oder unbegründeter Anfechtungsklagen abzielen : Nach dem Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins wäre die Einführung von Beweiserleichterungen zugunsten der aufnehmenden Gesellschaft im Rahmen des § 16 Abs. 3 dazu geeignet, das Freigabeverfahren effizienter zu machen und somit eine Blockade der Verschmelzung zu vermeiden, soweit es um die Unbegründetheit von Bewertungsrügen geht²¹⁰. Dadurch soll im Falle einer wegen der Unanwendbarkeit des Spruchverfahrens statthaften Anfechtungsklage nach § 14 Abs. 1, 2 die Eintragung der Verschmelzung ermöglicht werden.

Viele Autoren sind darüber einig, dass die oben vorgeschlagenen Gesetzesveränderungen nicht nur auf die grenzüberschreitenden Verschmelzung beschränkt bleiben sollten, sondern vielmehr im Rahmen einer grundlegenden Reform des Minderheitenschutzsystems und des Spruchverfahrens im Rahmen sowohl internen als auch grenzüberschreitenden Verschmelzungen (§§ 14 f., 29 ff.), in das Umwandlungsgesetz eingefügt werden sollten²¹¹.

IV. Erstreckung des Anwendungsbereichs des Spruchverfahrens auf Anteilsinhaber der ausländischen übertragenden Gesellschaft (§ 122h Abs. 2).

§ 122h Abs. 2, dem keine Vorgabe der GrenzVR ähnelt, regelt die Anwendbarkeit des deutschen Spruchverfahrens, wenn die übertragende Gesellschaft nicht dem deutschen Recht,

²⁰⁷ *Bayer/Schmidt*, NZG 2006, 841 (844) ; *Vetter*, AG 2006, 613 (625) ; *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725 (731).

²⁰⁸ *Kulenkamp*, S. 346.

²⁰⁹ *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins*, NZG 2004, 75 (76) ; *Bayer/Schmidt*, NJW 2005, 401 (406).

²¹⁰ *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins*, NZG 2004, 75 (77).

²¹¹ *Bayer/Schmidt*, NJW 2006, 401 (406) ; *dies.*, NZG 2006, 841 (844) ; *Bayer* in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 4 ; *Müller*, DK 2007, 81 (84) ; *Kulenkamp*, S. 346.

sondern dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union unterliegt²¹². Diese Vorschrift ermöglicht den Anteilsinhabern der an der Verschmelzung beteiligten ausländischen übertragenden Gesellschaft, ein Spruchverfahren vor einem deutschen Gericht einzuleiten, wenn das Recht, dem diese ausländische Gesellschaft unterliegt, ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses ebenfalls vorsieht und die deutschen Gerichte für die Durchführung dieses Verfahrens international zuständig sind. Diese Vorschrift soll Doppelarbeit und sich widersprechende Entscheidungen deutschen und ausländischen Gerichte vermeiden, wenn sowohl von den Anteilseignern einer deutschen als auch von denjenigen einer ausländischen übertragenden Gesellschaft die Überprüfung des Umtauschverhältnisses beantragt wird²¹³, indem das Verfahren in Deutschland konzentriert wird²¹⁴. Der Sinn der Norm ist darauf zurückzuführen, dass das Umtauschverhältnis in der Praxis nur einheitlich für alle beteiligten Rechtsträger bestimmt werden kann²¹⁵. Wie bei der ersten Fallkonstellation des § 122h Abs. 1 wird der Anwendungsbereich dieser Vorschrift sehr gering sein, da mit Ausnahme des deutschen Rechts lediglich das österreichische Umwandlungsrecht ein dem deutschen Spruchverfahren vergleichbares Verfahren vorsieht²¹⁶.

1. Sinn des § 122h Abs. 2 : Ein prozessuales Antragsrecht aber kein materiell-rechtlicher Anspruch.

Fraglich ist, insbesondere im Hinblick auf den in § 122h Abs. 2 enthaltenen Verweis auf § 15 (der den Anteilsinhabern sowohl ein prozessuales Antragsrecht als auch einen materiell-rechtlichen Anspruch gewährt), ob der deutsche Gesetzgeber mit dem § 122h Abs. 2 beabsichtigt hat, den Anteilsinhabern der ausländischen übertragenden Gesellschaft einen materiell-rechtlichen Anspruch einzuräumen.

Trotz des Verweises auf § 15, gewährt § 122h Abs. 2 den Anteilsinhabern des ausländischen Rechtsträgers keinen materiell-rechtlichen Anspruch auf bare Zuzahlung²¹⁷. Da diese Vorschrift nach der Gesetzesbegründung den Anteilsinhabern der ausländischen Gesellschaft ermöglichen soll, „*ein Spruchverfahren zur Verbesserung des Umtauschverhältnisses vor einem deutschen Gericht ein[zuleiten]*“ und in dieser gar nicht die Rede eines etwaigen materiell-rechtlichen Anspruchs zugunsten dieser Anteilhaber ist²¹⁸, ist davon auszugehen, dass § 122h Abs. 2 nur ein prozessuales Recht auf Einleitung eines Spruchverfahrens bei einem deutschen Gericht begründet, wenn

²¹² Klein, RNotZ, 565 (599).

²¹³ Begr. RegE, BR-Drucks. 548/06, S. 34 ; BT-Drucks. 16/2919, S. 16 ; Müller, DK 2007, 81 (84).

²¹⁴ Bayer in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 26.

²¹⁵ Leuring in : Simon, SpruchG, §§ §6a-6c Rn. 4.

²¹⁶ Siehe § 225 c öAktG.

²¹⁷ Frenzel, S. 319 ; Bayer in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 27 ; Bezüglich der vergleichbare Regelung des § 122i Abs. 2 S. 2 UmwG : Müller, DK 2007, 81 (88).

²¹⁸ BegrReg, BT-Drucks. 16/2919, S. 36.

bestimmte Voraussetzungen vorliegen²¹⁹. Dies wird dadurch bestätigt, dass die Gesetzesbegründung ausdrücklich § 6 Abs. 4 S. 2 SE-AG als Vorbild nimmt, der selbst auf eine reine verfahrensrechtliche Vorschrift verweist, nämlich § 6 Abs. 4 SE-AG²²⁰.

Für eine solche Auslegung der Vorschrift spricht auch, dass der Anspruch auf bare Zuzahlung gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 voraussetzt, dass die Möglichkeit der Anfechtungsklage auf der Grundlage des § 14 Abs. 2 ausgeschlossen ist. Zur Begründung eines materiell-rechtlichen Anspruchs auf bare Zuzahlung zugunsten der Anteilsinhaber der ausländischen übertragenden Gesellschaft wäre somit ein Verweis auf die letztgenannte Vorschrift erforderlich gewesen²²¹. Außerdem stehen der Gewährung eines materiell-rechtlichen Anspruchs zugunsten der Anteilsinhaber des ausländischen übertragenden Rechtsträgers kompetenzrechtliche Bedenken entgegen: Art. 4 Abs. 2 S. 2 GrenzVR ermächtigt nämlich die Mitgliedsstaaten nur zum Erlass von Vorschriften zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern, die einer Gesellschaft angehören, die dem Recht des jeweiligen Mitgliedsstaates unterliegt. Schließlich wird die Existenz eines materiell-rechtlichen Anspruchs nach ausländischem Recht von § 122h Abs. 2 implizit mit dem Erfordernis vorausgesetzt, dass das ausländische Gesellschaftsstatut ein dem Spruchverfahren vergleichbares Verfahren kennt²²².

Folglich stellt § 122h Abs. 2 lediglich eine verfahrensrechtliche Regelung dar. Der etwaige Anspruch der Minderheitsgesellschaft der ausländischen übertragenden Rechtsträgers ergibt sich vielmehr aus dem ausländischen Gesellschaftsstatut, das ein Spruchverfahren kennt²²³.

2. Voraussetzungen des Antragsrechts gem. § 122h Abs. 2.

Aus dem Wortlaut des § 122h Abs. 2 ergibt sich zunächst, dass nur die Anteilsinhaber einer ausländischen übertragenden Gesellschaft als Antragsberechtigte in Betracht kommen.

Dem Sinn der Norm ist dann im Wege der teleologischen Reduktion zu entnehmen, dass die Vorschrift nur anwendbar ist, wenn an der grenzüberschreitenden Verschmelzung mindestens eine

²¹⁹ Bayer in: Lutter, UmwG, § 122h Rn. 27; Frenzel, S. 320.

²²⁰ Frenzel, S. 319; § 6 Abs. 4 SE-AG lautet: (1) Macht ein Aktionär einer übertragenden Gesellschaft unter den Voraussetzungen des Artikels 25 Abs. 3 Satz 1 der Verordnung geltend, dass das Umtauschverhältnis der Anteile nicht angemessen sei, so hat auf seinen Antrag das Gericht nach dem Spruchverfahrensgesetz vom 12. Juni 2003 (BGBl. I S. 838) eine angemessene bare Zuzahlung zu bestimmen. (2) Satz 1 findet auch auf Aktionäre einer übertragenden Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum Anwendung, sofern nach dem Recht dieses Staates ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses der Aktien vorgesehen ist und deutsche Gerichte für die Durchführung eines solchen Verfahrens international zuständig sind.

²²¹ Frenzel, S. 319.

²²² Bayer in: Lutter, UmwG, § 122h Rn. 27.

²²³ Klein, RNotZ, 565 (599).

deutsche übertragende Gesellschaft beteiligt ist. Nur dann kann der Zweck der Vorschrift²²⁴ möglicherweise erreicht werden, da die Anteilhaber einer deutschen Gesellschaft lediglich in dieser Fallkonstellation zur Einführung eines Spruchverfahrens vor den deutschen Gerichten berechtigt sind. Ist dies hingegen nicht der Fall, besteht keine Gefahr, dass zwei sich widersprechende Entscheidungen zustande kommen²²⁵.

Ausdrückliche Voraussetzung des § 122 Abs. 2 ist, dass die Rechtsordnung der ausländischen übertragenden Gesellschaft ein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses vorsieht. Wie oben schon erwähnt, ist dies gegenwärtig nur im Österreich der Fall.

Letztlich wird vom § 122 Abs. 2 vorausgesetzt, dass die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Durchführung des Spruchverfahrens gegeben ist. Diese internationale Zuständigkeit kann sich entweder aus einer Gerichtsstandsvereinbarung²²⁶, oder aus dem Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 EuGVVO²²⁷ ergeben, wenn die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz in Deutschland hat²²⁸, was praktisch bei der Hineinverschmelzung einer österreichischen auf eine deutsche Gesellschaft immer der Fall sein wird²²⁹.

Liegen diese sämtlichen Voraussetzungen vor, steht den Anteilhabern der ausländischen übertragenden Gesellschaft ein prozessuales Recht zur Einleitung eines Spruchverfahrens vor dem zuständigen deutschen Gericht zu. Liegen sie hingegen nicht vor, sind die Anteilhaber des ausländischen Rechtsträgers auf die Schutzvorschriften der Rechtsordnung, deren ihre Gesellschaft unterliegt, verwiesen²³⁰.

V. Die Durchführung und die Wirkung des Spruchverfahrens im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung.

Gemäß § 15 Abs. 1 S. 2 ist der Anspruch auf bare Zuzahlung durch Einleitung eines Spruchverfahrens nach dem Spruchverfahrensgesetz (SpruchG), das die einzelnen Schritte des Verfahrens regelt, geltend zu machen.

²²⁴ d.h. die Konzentration des gesamten Spruchverfahrens in Deutschland und die Vermeidung von sich widersprechenden Entscheidungen zwischen den deutschen und den ausländischen Gerichten

²²⁵ Bayer in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 31.

²²⁶ BegrRegE zu § 122h, BT-Drucks. 16/2919, S. 16.

²²⁷ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG L 12 vom 16.1.2001.

²²⁸ Drinhausen in : Semler/Stengel, UmwG, § 122h Rn. 10 ; Müller, DK 2007, 81 (85) ; Simon/Rubner, DK 2006, 835 (841) ; Neye/Timm, DB 2006, 488 (492).

²²⁹ Für eine ausführliche Besprechung der Frage der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte im Rahmen eines Spruchverfahrens, siehe unten.

²³⁰ Kulenkamp, S. 349 ; Müller, DK 2007, 81 (85).

1. Ablauf des Spruchverfahrens.

a) Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte.

Besonders problematisch für die antragsberechtigten Anteilsinhaber kann bei der Einführung des Spruchverfahrens die Bestimmung der international zuständigen Gerichte sein. Es ist danach zu unterscheiden, ob das Spruchverfahren aufgrund des § 122 Abs. 1 oder des § 122 Abs. 2 durchführbar ist.

aa) Fallkonstellationen des § 122h Abs. 1.

Im Rahmen des § 122h Abs. 1, der die Hinausverschmelzung betrifft, kann § 2 Abs. 1 S. 1 SpruchG nicht sinngemäß angewendet werden²³¹, einerseits weil zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens²³² die deutsche übertragende Gesellschaft bereits erloschen ist, so dass kein inländischer Gerichtsstand mehr besteht²³³, andererseits weil die aufnehmende oder neu gegründete Gesellschaft ihren Sitz im Ausland hat²³⁴. Zur Lösung dieser Frage wird in der Literatur zwischen den zwei Fallkonstellationen des § 122h Abs. 1 unterschieden. Die anwendbaren Zuständigkeitsvorschriften sind nämlich danach unterschiedlich, auf welcher Grundlage das Spruchverfahren statthaft ist.

Findet das Spruchverfahren deshalb Anwendung, dass das Recht, dem die ausländische Gesellschaft unterliegt, ein vergleichbares Verfahren kennt, sind die allgemeinen Regeln über die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte anzuwenden²³⁵. Da die gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten und somit das Spruchverfahren in den Anwendungsbereich der Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) fallen²³⁶, kann das international zuständige Gericht anhand des Art. 60 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 EuGVVO bestimmt werden. I.d.R werden nach diesen Vorschriften die deutschen Gerichte international unzuständig sein und die Anteilsinhaber der deutschen übertragenden Gesellschaft ihren sich aus § 15 Abs. 1 ergebenden materiell-rechtlichen Anspruch auf bare Zuzahlung vor dem zuständigen österreichischen Gericht geltend machen müssen, was für sie

²³¹ Nach § 2 Abs. 1 SpruchG ist das Landgericht zuständig, in dessen Bezirk der Rechtsträger, dessen Anteilsinhaber antragsberechtigt sind, seinen Sitz hat.

²³² Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 4 SpruchG ist der Antrag binnen drei Monaten ab dem Tag der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister zu stellen.

²³³ *Oeschler*, NZG 2006, 161 (164).

²³⁴ *Kulenkamp*, S. 349.

²³⁵ *Bayer* in : Lutter, UmwG, § 122h, Rn. 22.

²³⁶ *Nießen*, NZG 2006, 441 (442).

grundsätzlich keine große Schwierigkeiten darstellen sollte. Außerdem ist eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 EuGVVO zulässig²³⁷.

War die Zustimmung der Anteilsinhaber der ausländischen aufnehmenden Gesellschaft zur Durchführung des Spruchverfahrens erforderlich, ist der Fall komplizierter. Unzweifelhaft ist es, dass das Spruchverfahren nur vor den Gerichten eines Staates, dessen Recht ein solches Verfahren kennt, sinngemäß durchgeführt werden kann. Deshalb ist es unerlässlich, bei dieser Konstellation die Zuständigkeit der deutschen Gerichte zu begründen. Dies kann in verschiedenen Weisen erfolgen. Ein erster Ansatz stützt sich auf dem Wortlaut des Art. 10 Abs. 3 S. 1 GrenzVR. Nach dieser Vorschrift hat die Zustimmung der Anteilsinhaber der übernehmenden ausländischen Gesellschaft zum Gegenstand, dass die Anteilseigner des Rechtsträgers, dessen Rechtsordnung ein Spruchverfahren vorsieht, die Durchführung „*eines solchen Verfahrens bei dem Gericht, das für diese Gesellschaft zuständig ist, beantragen können*“, so dass im Endeffekt die internationale Zuständigkeit des für die übertragende Gesellschaft zuständigen deutschen Gerichts begründet wäre. In der Literatur wird dann z.T. die Zustimmung als konkludente Prorogation angesehen, so dass der Art. 10 Abs. 3 S. 1 GrenzVR so interpretiert werden sollte, dass in dem Gesellschafterbeschluss, durch den die Zustimmung erteilt wird, eine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.d. Art. 23 EuGVVO zugunsten der deutschen Gerichte enthalten ist²³⁸. Auch auf der Grundlage des Art. 10 Abs. 3 S. 1 GrenzVR, kann in der Zustimmung lediglich einen Antrag auf Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung mit den Anteilseignern der deutschen übertragen Gesellschaft gesehen werden, an den im Wege der Universalsukzession nach Art. 14 Abs. 1 lit. a GrenzVR der übernehmende Rechtsträger gebunden ist. Diese Lösung wird dadurch begründet, dass es dem Willen der Anteilsinhaber der ausländischen Gesellschaft, die der Anwendbarkeit des Spruchverfahrens zugestimmt haben, entsprechen soll, dass ein Gerichtsstand in Deutschland begründet wird²³⁹. Ein anderer Teil des Schrifttums vertritt die Auffassung, dass die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte sich mittelbar aus Art. 10 Abs. 3 S. 1 und 4 GrenzVR ergibt²⁴⁰. Nach einer a.A. wird die internationale Zuständigkeit des Landgerichts am Sitz der übertragenden deutschen Gesellschaft nach § 2 Abs. 1 SpruchG durch den Anerkennungsbeschluss des ausländischen Rechtsträgers begründet²⁴¹. Nach einer letzten Auffassung soll die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte dagegen aus Art. 5 Abs. 1 lit. a. EuGVVO abgeleitet werden. Durch diese Vorschrift wird auf den Erfüllungsort der Pflicht zur baren Zuzahlung abgestellt, der

²³⁷ Drinhausen in : Semler/Stengel, UmwG, § 122h Rn. 10 ; BegrRegE, BR-Drucks. 16/2919, S. 16.

²³⁸ Ausführlich dazu Frenzel, S. 324.

²³⁹ Oechsler, NZG 2006, 161 (165).

²⁴⁰ Bayer in : Lutter, UmwG, § 122h Rn. 21.

²⁴¹ Müller, DK 2007, 81 (84).

wegen der ursprünglichen gesellschaftsrechtlichen Beziehung zwischen Anteilshaber und übertragendem Rechtsträger nicht der Sitz des übernehmenden, sondern derjenige des übertragenden Rechtsträgers ist²⁴².

Obwohl diese verschiedenen Auffassungen die Zuständigkeit der deutschen Gerichte auf unterschiedlichen Weisen begründen, gelangt man im Endeffekt zu demselben Ergebnis : Das Gericht, in dessen Bezirk der deutsche übertragende Rechtsträger seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für die Durchführung des deutschen Spruchverfahrens im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung zuständig²⁴³.

bb) Fallkonstellation des § 122h Abs. 2.

§ 122h Abs. 2 ist nur in den Fällen anwendbar, in denen die Rechtsordnung, deren die ausländische übertragende Gesellschaft unterliegt, ein Spruchverfahren kennt. Daraus folgt, dass das Spruchverfahren auch von den ausländischen Gerichten durchgeführt werden kann. In diesem Zusammenhang besteht also kein Anlass, spezielle Regeln anzuwenden. Das international zuständige Gericht ist somit anhand der allgemeinen Regeln, d.h. der Art. 60 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 EuGVVO zu bestimmen, so dass das Gericht des Staates zuständig ist, in dem der Beklagte (d.h. der übernehmende Rechtsträger) seinen Sitz hat²⁴⁴.

b) Antragsberechtigung (§ 3 S. 1 Nr. 3 SpruchG).

Nach § 3 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 1 Nr. 4 ist im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung jeder der in dem § 122h²⁴⁵ bezeichneten Anteilshaber (d.h. jeder Anteilshaber des deutschen oder im Falle des § 122h Abs. 2 ausländischen übertragenden Rechtsträgers²⁴⁶) berechtigt, ein Spruchverfahren zur Überprüfung und gegebenenfalls Verbesserung des Umtauschverhältnisses nach den Maßgaben des SpruchG einzuleiten. Nicht erforderlich ist, dass der Antragssteller gegen den der Verschmelzung zugrunde liegenden Hauptversammlungsbeschluss gestimmt oder Widerspruch zu Protokoll erklärt hat. Er kann sogar dem Beschluss zugestimmt

²⁴² *Simon/Rubner*, DK 2006, 835 (840).

²⁴³ *Frenzel*, S. 331.

²⁴⁴ *Frenzel*, S. 331.

²⁴⁵ Und § 122i UmwG für die Überprüfung der baren Abfindung.

²⁴⁶ *Krieger/Mennicke* in : Lutter, UmwG, Anhang I § 3 SpruchG Rn. 6.

haben²⁴⁷. Der Begründung der Bundesregierung ist zu entnehmen, dass diese Regelung verhindern soll, dass Anteilhaber in der Hauptversammlung nur deshalb gegen den Verschmelzungsbeschluss stimmen, weil sie das Umtauschverhältnis für unangemessen halten, obwohl sie prinzipiell mit der Verschmelzung einverstanden sind²⁴⁸. Die Anteilseigner der deutschen oder ausländischen übernehmenden Gesellschaft sind nicht berechtigt, ein Spruchverfahren einzuführen²⁴⁹. Wie oben schon erwähnt, steht ihnen allein der Weg der Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss gemäß § 14 Abs. 1 offen, falls sie das Umtauschverhältnis für unangemessen halten.

Gemäß § 3 S. 2 SpruchG ist es für die Antragsberechtigung nach § 3 S. 1 Nr. 3 SpruchG erforderlich, dass der Antragssteller zum Zeitpunkt des Antrages Anteilhaber ist. Aus dem im § 3 S. 1 Nr. 3 SpruchG enthaltenen Verweis auf § 122h folgt, dass diejenigen Anteilhaber antragsberechtigt sind, die zuvor am übertragenden Rechtsträger beteiligt waren und durch die Verschmelzung Anteilseigner der übernehmenden Gesellschaft geworden sind²⁵⁰.

Besitzt der Anteilhaber die Aktionärsstellung, kann er diese nach § 3 S. 3 SpruchG ausschließlich durch Urkunden (Depotauszug der Bank, effektive Aktienstücke²⁵¹) nachweisen. Durch diese Regelung sollen schwierige Beweisaufnahmen (z.B. durch Zeugen) vermieden werden²⁵².

c) Antragsgegner (§ 5 Nr. 4 SpruchG).

§ 5 SpruchG²⁵³ bestimmt ausdrücklich den Anspruchsgegner im Spruchverfahren im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Aus §§ 5 Nr. 4 i.V.m. 1 Nr. 4 SpruchG ergibt sich, dass der Antragsgegner der übernehmende oder neu gegründete Rechtsträger ist. Im Regelfall wird es sich um die ausländische aufnehmende Gesellschaft handeln, deren Anteilhaber ihre Zustimmung zur Durchführung des deutschen Spruchverfahrens erteilt haben, oder deren Rechtsordnung ein dem deutschen Spruchverfahren vergleichbares Verfahren kennt. Ein gegen den falschen Antragsgegner gerichteten Antrag ist nicht unzulässig, sondern unbegründet²⁵⁴.

²⁴⁷ *Fritzsche/Dreier/Verfürth*, SpruchG, § 3 Rn. 34.

²⁴⁸ *BegrRegE UmwG*, BT-Drucks. 12/6699 S. 88.

²⁴⁹ *Fritzsche/Dreier/Verfürth*, SpruchG, § 3 Rn. 35.

²⁵⁰ OLG Stuttgart, NZG 2004, 1162.

²⁵¹ *Klöcker/Frowein*, SpruchG, § 3 Rn. 31.

²⁵² *Krieger/Mennicke* in : Lutter, UmwG, Anhang I SpruchG, § 3 Rn. 9.

²⁵³ Der die frühere Regelung des § 307 Abs. 2 UmwG übernimmt.

²⁵⁴ *Leuering* in : Simon, SpruchG, § 4 Rn. 37.

d) Antragsfrist und Antragsbegründung (§ 4 SpruchG).

Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 5 SpruchG²⁵⁵ ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Spruchverfahren binnen drei Monaten seit dem Tag zu stellen, an dem die Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach den Vorschriften des Staates, dessen Recht die übertragende oder neue Gesellschaft unterliegt, bekannt gemacht worden ist. Da die Vorschrift alternativ auf das Recht der übertragenden oder neuen Gesellschaft abstellt, ist für den Fristbeginn die Bekanntmachung der letzten Eintragung entscheidend²⁵⁶, wobei die Kenntnis oder Unkenntnis des Antragsberechtigten von der maßgeblichen Bekanntmachung irrelevant ist²⁵⁷. Die Berechnung der Antragsfrist richtet sich nach den §§ 186 ff. BGB. Der Tag der Bekanntmachung wird nicht mitberechnet (§ 187 Abs. 1 BGB). Die Frist endet mit dem Ablauf desjenigen Tages des übernächsten Monats, dessen Zahl dem Tag der letzten Bekanntmachung entspricht (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB). Die Frist ist eingehalten, wenn der Antrag vor Fristablauf beim zuständigen Landgericht eingegangen ist. Da sie eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist ist, ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei (auch schuldloser) Fristversäumung nicht möglich²⁵⁸. Gleiches gilt für eine etwaige Hemmung oder Unterbrechung der Frist²⁵⁹. Bei Nichteinhaltung der Frist ist der Antrag unzulässig²⁶⁰. Dies gilt auch wenn der Antrag bei einem unzuständigen Gericht gestellt wurde, es sei denn, der Antrag wird rechtzeitig (d.h. vor Ablauf der Frist) von dem unzuständigen an das zuständige Gericht weitergeleitet²⁶¹.

Nach § 4 Abs. 2 S. 1 SpruchG hat der Antragssteller den Antrag innerhalb der im § 4 Abs. 1 Nr. 5 SpruchG vorgesehenen Frist zu begründen. § 4 Abs. 2 S. 2 SpruchG regelt den Mindestinhalt der Begründung des Antrages. Diese hat zuerst die Bezeichnung des Antragsgegners zu enthalten. Dieser ist nach § 5 Nr. 4 SpruchG zu bestimmen. Ferner muss die Begründung eine Darlegung der Antragsberechtigung, Angaben zur Art der Strukturmaßnahme und der vom Gericht zu bestimmenden Kompensation (im Falle der grenzüberschreitenden Verschmelzung, die bare Zuzahlung) sowie konkrete Einwendungen gegen die den Angemessenheit der Kompensation oder gegebenenfalls den als Grundlage für die Kompensation ermittelten Unternehmenswert enthalten. Mit dem letztgenannten Erfordernis soll vermieden werden, dass mit pauschalen und unspezifischen

²⁵⁵ Art. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 19.4.2007, BGBl. I 2007, S. 3675.

²⁵⁶ *Volhard* in : Semler/Stengel, UmwG, § 4 SpruchG, Rn. 1.

²⁵⁷ *Fritzsche/Dreier/Verfürth*, SpruchG, § 4 Rn. 8.

²⁵⁸ OLG Düsseldorf NZG 2005, 719.

²⁵⁹ *Volhard* in : Semler/Stengel, UmwG, § 4 SpruchG, Rn. 1.

²⁶⁰ *Volhard* in : Semler/Stengel, UmwG, § 4 SpruchG, Rn. 1.

²⁶¹ OLG Düsseldorf NZG 2005, 719.

Rügen ein aufwendiges Spruchverfahren eingeleitet werden kann²⁶². Dabei muss der Antragsteller konkret z.B. angeben, welche Elemente der Ertragsprognose oder des Kapitalisierungszinssatzes er für unangemessen hält, oder welche Vermögensgegenstände er nicht als betriebsnotwendig ansieht, und warum²⁶³. Lediglich formelhafte Bewertungsrügen genügen den Anforderungen des § 4 Abs. 2 Nr. 4 SpruchG auf jeden Fall nicht²⁶⁴. Schließlich ist die Zahl der vom Antragssteller gehaltenen Anteile in der Antragsbegründung anzugeben.

Genügt der Antrag den Anforderungen des § 4 Abs. 2 SpruchG nicht, ist er als unzulässig abzuweisen²⁶⁵.

e) Gemeinsamer Vertreter (§ 6c SpruchG).

Um die Interessen der nicht antragsberechtigten Anteilseigner zu berücksichtigen und sogleich deren Akzeptanz des deutschen Spruchverfahrens zu fördern²⁶⁶, kann gemäß § 6c SpruchG bei dem im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung stattfindenden Spruchverfahren ein gemeinsamer Vertreter bestellt werden. Dies stellt eine Besonderheit der Spruchverfahrens bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung dar, deren Vorbild § 6a SpruchG ist²⁶⁷. Diese Vorschrift, die durch Art. 2 Nr. 4 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19. April 2007 in das Spruchverfahrensgesetz eingefügt wurde, war für den deutschen Gesetzgeber keine Pflicht, da in der GrenzVR nirgends die Rede von einem solchen Vertreter ist.

aa) Antragsberechtigung.

Die Bestellung des gemeinsamen Vertreters nach § 6c SpruchG können diejenigen Anteilsinhaber beantragen, die beim Spruchverfahren nicht antragsberechtigt sind und somit sich nicht daran beteiligen können. Es handelt sich also ausschließlich um die Anteilsinhaber ausländischer Gesellschaften, deren Rechtsordnung kein Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses kennt. Der Antrag auf Bestellung des gemeinsamen Vertreters können somit die Anteilsinhaber der deutschen übertragenden Gesellschaft sowie die Gesellschafter des ausländischen übertragenden Rechtsträgers, die nach § 122h Abs. 2 auch in den Genuss des

²⁶² KG. V. 24.1.2008, 469 (470).

²⁶³ *Krieger/Mennicke* in : Lutter, UmwG, Anhang I SpruchG, § 4 Rn. 19.

²⁶⁴ *Wittgens*, NZG 2007, 853 (854); KG v. 24.1.2008, NZG 2008, 469 (470).

²⁶⁵ OLG Stuttgart NZG 2004, 1162 (1163); *Klöcker/Frowein*, SpruchG, § 4 Rn. 6; *Leuering* in : Simon, SpruchG, § 4 Rn. 35.

²⁶⁶ *Krieger/Mennicke* in : Lutter, UmwG, Anhang I SpruchG, § 6c Rn. 1.

²⁶⁷ § 6a SpruchG : Gemeinsamer Vertreter bei dem Spruchverfahren im Rahmen der Gründung einer SE durch Verschmelzung oder Gründung einer SE-Holding.

deutschen Spruchverfahrens kommen, nicht stellen²⁶⁸. Die Entscheidung über diesen Antrag wird, wenn das Verfahren bei der Kammer für Handelssachen anhängig ist, von dem Vorsitzenden entsprechend § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 SpruchG getroffen²⁶⁹. Das Gericht darf einen gemeinsamen Vertreter nicht von Amts wegen bestellen²⁷⁰. Wird ein Antrag gemäß § 6c SpruchG gestellt, steht dem Gericht bei der Bestellung kein Ermessensspielraum zu²⁷¹. Das Gericht ist jedoch bei der Auswahl des gemeinsamen Vertreters frei, soweit es sich um eine natürliche Person handelt, die die nötigen Fähigkeiten zur Ausübung dieser Funktion besitzt²⁷². Gemäß § 6c S. 2 i.V.m. § 6 Abs. 1 S. 4 SpruchG ist die Bestellung des gemeinsamen Vertreters im elektronischen Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

bb) Aufgaben und Rechtsstellung.

Die Aufgabe des gemeinsamen Vertreters besteht ausschließlich darin, bei dem Spruchverfahren die Interessen der im Spruchverfahren nicht antragsberechtigten Anteilsinhaber der aufnehmenden ausländischen Gesellschaft zu berücksichtigen und zu wahren²⁷³. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass dies meistens dadurch erfolgen wird, dass der gemeinsame Vertreter das ursprünglich im Verschmelzungsplan festgelegte Umtauschverhältnis im Spruchverfahren verteidigen wird²⁷⁴, d.h. gegen die Verbesserung des Umtauschverhältnisses zugunsten der antragsberechtigten Anteilseigner eintreten wird.

Da § 6c S. 2 SpruchG nicht auf § 6 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SpruchG verweist, ist fraglich, ob der gemeinsame Vertreter die Rechtsstellung (und somit die verfahrensrechtlichen Rechte) eines gesetzlichen Vertreters i.S.d. § 6 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SpruchG hat. Im Schrifttum wird teilweise vertreten, dass er eine Rechtsstellung *sui generis* hat²⁷⁵. Damit der gemeinsame Vertreter i.S.d. § 6c SpruchG seine Aufgabe sinn- und zwecksgemäß erfüllen kann, ist jedoch davon auszugehen, dass er die gleichen verfahrensrechtlichen Rechte wie der Vertreter i.S.v. § 6 SpruchG hat, und somit dass er am Verfahren beteiligt ist, was ihm ermöglicht, Anträge zu stellen, Schriftsätze einzureichen, an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen, sowie Einwendungen der antragsberechtigten Anteilseigner

²⁶⁸ Wälzholz in : Widmann/Mayer, UmwG, § 6c SpruchG, Anhang 13 Rn. 11.

²⁶⁹ Krieger/Mennicke in : Lutter, UmwG, Anhang I SpruchG, § 6a Rn. 2.

²⁷⁰ Frenzel, S. 333.

²⁷¹ Wittgens, S. 129.

²⁷² Klöcker/Frowein, SpruchG, § 6 Rn. 4 ; Leuering in : Simon, SpruchG, § 6 Rn. 15.

²⁷³ Frenzel, S. 333 ; Kulenkamp, S. 352.

²⁷⁴ Begr. RegE zu § 6c SpruchG, BT-Drucks. 16/2919, S. 20.

²⁷⁵ Leuering in : Simon, SpruchG, §§ 6a-6c Rn. 14.

zurückzuweisen²⁷⁶. Diese Rechtsmitteln stehen aber dem gemeinsamen Vertreten nur in dem Umfang der ihm obliegenden Aufgabe zu, d.h. ausschließlich zur Verteidigung der Interesse der aus dem Kreis des § 122h ausgeschlossenen Anteilsinhaber²⁷⁷.

Gemäß § 6c S. 2 SpruchG i.V.m. § 6 Abs. 2 SpruchG sind die Auslagen und die Vergütung des gemeinsamen Vertreters von dem Antragsgegner, d.h. von der ausländischen aufnehmenden Gesellschaft, zu tragen. Dies gilt auch, wenn das Umtauschverhältnis im Spruchverfahren nicht verbessert wird²⁷⁸. Wie schon erwähnt, sollte dies die Anteilsinhaber des ausländischen übernehmenden Rechtsträgers nicht dazu veranlassen, die Durchführung des deutschen Spruchverfahrens zu akzeptieren.

2. Wirkung der im Spruchverfahren ergehenden Entscheidung (§ 13 SpruchG).

a) Wirksamwerden der Entscheidung (§ 13 S. 1 SpruchG).

Nach § 13 S. 1 SpruchG wird die im Spruchverfahren ergehende Entscheidung erst mit der Rechtskraft wirksam. Dies stellt eine Ausnahme von § 16 Abs. 1 FGG²⁷⁹ dar. Die Entscheidung wird rechtskräftig, wenn entweder für alle Beschwerdeberechtigten die im § 22 Abs. 1 FGG vorgesehene Beschwerdefrist abgelaufen ist, oder wenn alle Beschwerdeberechtigten erklärt haben, dass sie auf die Beschwerde verzichten, oder wenn alle eingelegten Beschwerden zurückgenommen worden sind²⁸⁰. Die formelle Rechtskraft tritt weiterhin ein, wenn alle Beschwerden als unzulässig oder unbegründet zurückgewiesen worden sind²⁸¹.

b) *Inter-omnes* Wirkung (§ 13 S. 2 SpruchG).

Gemäß § 13 S. 2 SpruchG wirkt das im Spruchverfahren ergehende Urteil für und gegen alle. Obwohl diese Vorschrift schon vor der Umsetzung der GrenzVR im SpruchG anwesend war, entspricht sie im Wesentlichen deren Art. 10 Abs. 3 S. 4, nach dem die im Spruchverfahren ergehende Entscheidung für die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende

²⁷⁶ Frenzel, S. 333 ; Wittgens, S. 130 ; Klöcker/Frowein, SpruchG, § 6 Rn. 23 ; Wälzholz in : Widmann/Mayer, UmwG, § 6a SpruchG Anhang 13 Rn. 19.

²⁷⁷ Wälzholz in : Widmann/Mayer, UmwG, § 6a SpruchG Anhang 13 Rn. 19.

²⁷⁸ Kulenkamp, S. 343.

²⁷⁹ (1) Gerichtliche Verfügungen werden mit der Bekanntmachung an denjenigen, für welchen sie ihrem Inhalt nach bestimmt sind, wirksam. (2) Die Bekanntmachung erfolgt, wenn mit ihr der Lauf einer Frist beginnt, durch Zustellung nach den für die Zustellung von Amts wegen geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung.

²⁸⁰ Krieger/Mennicke in : Lutter, UmwG, Anhang I, § 13 SpruchG Rn. 1.

²⁸¹ Volhard in : Semler/Stengel, UmwG, § 13 SpruchG Rn. 2.

Gesellschaft sowie alle ihre Gesellschafter bindend ist. Dies gilt auch, wenn die Zustimmung der Anteilsinhaber der ausländischen übernehmenden Gesellschaft zur Durchführung des Spruchverfahrens nicht erforderlich war²⁸².

Die Entscheidung wirkt also gemäß § 13 S. 2 SpruchG nicht nur für und gegen die an dem Spruchverfahren beteiligten Anteilseigner, sondern auch gegenüber denjenigen Anteilsinhabern, die am Verfahren nicht beteiligt waren, sowie gegenüber allen Organen der beteiligten Rechtsträger und allen Gerichten und Behörden²⁸³. Dies hat zur Folge, dass alle Anteilsinhaber, und insbesondere diejenigen, die bereits gegen eine gemäß § 122i angebotene Barabfindung aus der Gesellschaft ausgeschieden sind, die vom Gerichte festgesetzte bare Zuzahlung verlangen können. Darüber hinaus steht der Anspruch auf bare Zuzahlung auch denjenigen Anteilsinhabern zu, die mit dem ursprünglich vereinbarten Umtauschverhältnis einverstanden waren und ihm sogar im Versammlungsbeschluss zugestimmt haben²⁸⁴. Die im Spruchverfahren ergehende Entscheidung begründet einen materiell-rechtlichen Anspruch auf bare Zuzahlung, ist aber kein Vollstreckungstitel. Ein solcher kann im Wege der Leistungsklage erstellt werden (§ 16 SpruchG). Dabei ist das Gericht der Leistungsklage an die Entscheidung gemäß § 13 S. 2 SpruchG gebunden²⁸⁵. Nach §§ 122 Abs. 2 i.V.m. 15 Abs. 2 ist die bare Zuzahlung jährlich mit einem Zinssatz von 2 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen. Der Zinsanspruch beginnt mit Ablauf des Tages, an dem gemäß §§ 19 Abs. 3 UmwG i.V.m. 10 HGB die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des Sitzes der übernehmenden Gesellschaft bekannt gemacht worden ist²⁸⁶.

Da das Spruchverfahren in den sachlichen Anwendungsbereich der EuGVVO fällt, ist gemäß Art. 33 dieser Verordnung die im deutschen Spruchverfahren ergehende Entscheidung von den Gerichten der anderen Mitgliedsstaaten ohne besonderes Anerkennungsverfahren anzuerkennen²⁸⁷.

²⁸² *Frenzel*, S. 335.

²⁸³ *Volhard* in : Semler/Stengel, UmwG, § 13 SpruchG Rn. 3.

²⁸⁴ *Kulenkamp*, S. 343 ; *Klein*, RNotZ 2007, 565 (599).

²⁸⁵ *Simon* in : Simon, SpruchG, § 13 Rn. 8.

²⁸⁶ *Bork* in : Lutter, UmwG, § 15 Rn. 7.

²⁸⁷ *Wittgens*, S. 63.

Ich habe diese Magisterarbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt.

Berlin, den 13. Juli 2009

Romuald Di Noto