

**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten – Rats-Dok 15305/03 (i.F. „Richtlinienentwurf“).**

Der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Begründung des Richtlinienentwurfs sieht die Vorteile der grenzüberschreitenden Verschmelzung in erster Linie in der Senkung der Kosten eines solchen Vorgangs im Vergleich zu anderen Gestaltungsvarianten einer transnationalen Umstrukturierung und möchte daher möglichst viele Unternehmen in den Anwendungsbereich der Richtlinie mit einbeziehen<sup>1</sup>. Auf das Kostenargument wird nachstehend unter 1. eingegangen. Sodann werden unter 2. einige wichtige der bereits jetzt praktizierten Gestaltungsvarianten transnationaler Umstrukturierungen dargestellt. Unter 3. werden sodann methodische Strukturüberlegungen dahingehend unterbreitet, wie der Richtlinienentwurf in den *acquis communautaire* auf dem Gebiet des Umwandlungsrechts zu integrieren wäre. In Anwendung des unter 3. entwickelten methodischen Konzepts folgt sodann unter 4. die Bewertung der einzelnen Vorschriften des Richtlinienentwurfs selbst und die Nennung der rechtspolitischen *desiderata* des vom Unterzeichner vertretenen Verbandes. Der besseren Übersichtlichkeit halber erlauben wir uns – ein Novum in unseren bisherigen Stellungnahmen – unter 5. mit einem *Executive Summary* abzuschließen.

**1.**

**Hindernisse transnationaler Umstrukturierungen**

Hindernisse einer grenzüberschreitenden Fusion sind – neben dem derzeitigen Fehlen eines gesellschaftsrechtlichen Rahmens,

- die Transaktionskosten der Maßnahme selbst;
- die je nach Mitgliedsstaat unterschiedliche Beteiligung der Arbeitnehmer an der Unternehmensführung;
- die steuerlichen Folgen einer solchen Maßnahme.

Allgemein setzen sich die Transaktionskosten einer transnationalen Umstrukturierung in erster Linie aus

---

<sup>1</sup> Entwurfsbegründung Ziff. 1.

- den Kosten der betriebswirtschaftlichen Untersuchungen zur Entscheidungsfindung<sup>2</sup>,
- den Kosten der Rechts- und Steuerberatung, einschließlich evtl. Beurkundungskosten,
- den Kosten der eigentlichen Integration<sup>3</sup> der betroffenen Unternehmen

zusammen.

Beurkundungs- und Registrierungskosten sind in diesem Zusammenhang eine *quantité négligeable*<sup>4</sup>. Auch die durchweg sehr viel höheren Kosten der sonstigen Rechts- und Steuerberatung<sup>5</sup> verblassen regelmäßig gegenüber den Kosten der betriebswirtschaftlichen Entscheidungsfindung vor der Umstrukturierung bzw. den Kosten der eigentlichen Integration neben und nach Abschluss der rechtlichen Gestaltung.

Die Höhe dieser Kosten – einschließlich der Kosten der Rechts- und Steuerberatung - wird jedoch durch die Wahl des rechtlichen Gestaltungsinstrumentariums regelmäßig nur marginal beeinflusst. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Wahl des Gestaltungsinstrumentariums zum einen bloße Konsequenz der Entscheidung über die Umstrukturierung ist und zum anderen beim Zusammengehen mehrerer Unternehmen immer Integrationskosten anfallen, und zwar unabhängig von der rechtlichen Strukturierung dieses Zusammenschlusses. Kostenersparnisse ergeben sich allenfalls durch die mit Wirksamkeit der Verschmelzung eintretende Gesamtrechtsnachfolge, da hierdurch Nachverhandlungen mit Vertragspartnern über deren Zustimmung zum Übergang von Rechtsverhältnissen (vor allem Vertragsübernahmen) in der Regel<sup>6</sup> und im Gegensatz zu anderen Formen der Umstrukturierung entfallen.

Hieraus folgt:

---

<sup>2</sup> Kosten hierfür entstehen nicht nur durch die Befassung eigener Mitarbeiter mit der Vorbereitung einer Umstrukturierungsentscheidung. Durch die Einschaltung externer Berater (z.B. Unternehmensberater, *rating advisory*) steigen diese Kosten zumeist erheblich.

<sup>3</sup> Z.B. Kosten für die Vereinheitlichung der EDV, für die Einführung einer Unternehmenssprache, für Mitarbeiterschulung, für Verlegung und Schließung von überflüssig gewordenen Betriebsteilen etc.

<sup>4</sup> Der hohe Stellenwert, der diesen Kosten in der Diskussion erstaunlicherweise eingeräumt wird, erklärt sich zum einen aus ihrer Berechenbarkeit wegen der angewandten Fallpauschalensysteme, zum anderen mit dem Bestreben anderer Marktteilnehmer, einen kostengünstigen Mitbewerber aus dem Markt zu drängen.

<sup>5</sup> Diese liegen bei einer transnationalen Umstrukturierung regelmäßig schon wegen der Internationalität des Sachverhalts erheblich höher als bei einer rein nationalen Umstrukturierung.

<sup>6</sup> In der Praxis lässt sich dies jedoch durch sog. „*change of control*-Klauseln“ unterlaufen, vgl. hierzu *Vossius in Widmann/Mayer*, UmwR, § 21 Rz. 23 ff.

Transaktionskosten lassen sich durch die bloße Schaffung eines gesellschaftsrechtlichen Rahmens für die grenzüberschreitende Verschmelzung nicht bzw. nur im engen Rahmen senken.

Weitere Hindernisse für eine transnationale Umstrukturierung liegen im Arbeitsrecht. Die EU-Mitgliedsstaaten, die eine Beteiligung der Arbeitnehmer auf der Ebene der Leitungs- und Aufsichtsorgane des Unternehmens kennen (neben den Niederlanden und Österreich ist dies vor allem Deutschland), haben die Welt bislang nicht vom Nutzen dieser Partizipation überzeugen können. Aus der Sicht des Auslands werden die Vorteile der durch die Mitbestimmung bewirkten Sozialpartnerschaft mehr als aufgewogen durch

- i. die kostenintensiven Prozeduren, insbesondere die kostenintensiven Wahlverfahren der Arbeitnehmervertreter,
- ii. die Fokussierung der Arbeit des Aufsichtsrats auf Fragen der Sozialpolitik und die Verlagerung der strategischen Unternehmensführung in Ausschüsse bzw. in informelle Strukturen außerhalb der *Corporate Governance* sowie
- iii. die Eröffnung von Einflussmöglichkeiten für außenstehende Dritte (Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat) als „Nicht-Stakeholder“, ohne dass dem Einfluss eine ausreichende Haftungsverantwortung bzw. das Risiko des Forderungsausfalls (= Arbeitsplatzverlusts) bei Fehlentscheidungen entspricht.

Der Richtlinienentwurf beschreitet demgegenüber den Weg einer partiellen Verweisung auf die SE-VO und die SE-Richtlinie. Damit dürfte noch vor dem Inkrafttreten der entsprechenden Richtlinie das Todesurteil über die grenzüberschreitende Verschmelzung gesprochen sein.

### Beispiel:

Eine deutsche GmbH und eine französische S.A.R.L. betreiben jeweils eine Schreinerei (Herstellung von Stilmöbeln) als inhabergeführte Familienunternehmen. Sie haben jeweils 10 Arbeitnehmer. Um Nachfolgeprobleme zu lösen und Vertriebskosten zu senken, soll die deutsche GmbH auf die französische S.A.R.L. verschmolzen werden. In diesem Fall müsste also entsprechend Art. 14 des Richtlinienentwurfs ein besonderes Verhandlungsgremium eingesetzt werden, das einen Konsens über die Arbeitnehmerrechte in den beiden Unternehmen erzielen müsste. Für typische KMU wie die Unternehmen im Beispielsfall ist diese Rechtsfolge absurd. Anstelle einer Verschmelzung wird man daher eher die Anteile an den beiden Gesellschaften in eine gemeinsame Holding einbringen, hat dann aber im Ergebnis drei Gesellschaften statt einer.

Hieraus folgt:

Jedenfalls ohne Einführung eines Systems von Größenklassen der Unternehmen ist die pauschale Anwendung des Mitbestimmungsmodells der SE-VO auf die grenzüberschreitende Verschmelzung nicht akzeptabel.

Hindernisse für transnationale Umstrukturierungen können schließlich mittels eines überzogenen Gläubiger- sowie Minderheitenschutzes aufgebaut werden. Die Tendenzen in manchen EU-Ländern, bei der Bündelung unternehmerischer Aktivitäten in einer SE mittels eines ausufernden Gläubiger- und Minderheitenschutzes faktische Wegzugssperren zu schaffen<sup>7</sup>, sind bedenklich.

Die eigentlichen Hemmnisse für transnationale Umstrukturierungen und damit für die Freizügigkeit der juristischen und moralischen Personen<sup>8</sup> in Europa liegen jedoch im Steuerrecht. Solange jede Form des Wegzugs eines Rechtsträgers steuerlich als Liquidation behandelt wird mit der Folge, dass das Vermögen dieses Rechtsträgers zeitnah zu Marktpreisen bewertet wird und dies zu einem steuerpflichtigen Aufgabegewinn führt, wird auch der Richtlinienentwurf letztlich den *acquis communautaire* auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts nur auf dem Papier vermehren.

Hieraus folgt:

Solange eine transnationale Umstrukturierung steuerlich wie eine Liquidation/Veräußerung behandelt wird, stellt die Erweiterung des zivilrechtlichen Gestaltungsrahmens letztlich keine Verbesserung für die Unternehmen in den Mitgliedsstaaten der EU dar.

---

<sup>7</sup> Siehe hierzu bereits die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum SE-Einführungsgesetz, notar 2003, S. 94, 98-101, sowie die Äußerungen zahlreicher Teilnehmer des Symposiums „Die Europäische Aktiengesellschaft – Umsetzungsfragen und Perspektiven“ am 06./07.11.2003 (vgl. hierzu den Tagungsbericht in notar 2003, S. 142-144). Wie hier jetzt auch Kübler, ZHR 167 (2003), 627-631.

<sup>8</sup> Hier zu verstehen im Sinne der französischen *personnalité morale*.

Selbst aber wenn die vorgenannten Rechtsprobleme zur Zufriedenheit der Praxis gelöst wären, so bleiben für den Erfolg einer transnationalen Umstrukturierung andere („weiche“) Faktoren entscheidend, wie z.B.

- i. Schaffung eines gemeinsamen Arbeitsstils unter Überwindung kultureller und mentalitätsbedingter Unterschiede mit dem Ergebnis einer gemeinsamen *corporate identity*;
- ii. Nutzung vorhandener Synergiepotenziale durch Vereinheitlichung betriebswirtschaftlicher Abläufe wie Warenwirtschaft, Buchhaltung, Controlling, Personalwesen, Vertrieb, Marketing und nicht zuletzt der *Corporate Governance*.

Diese „weichen“ Kostenfaktoren lassen sich letztlich durch rechtliche Regulierung nicht unmittelbar, sondern allenfalls mittelbar und nur sehr langfristig beeinflussen.

## 2.

### Gestaltungsalternativen und ihre Bewertung

Diskutiert man den Stellenwert des Richtlinienentwurfs unter dem Aspekt einer Effektivitätsprüfung von Gesetzgebung, darf nicht übersehen werden, dass die Praxis längst erprobte Gestaltungsalternativen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung entwickelt hat.

So kommt als „Verschmelzungssurrogat“ ein *asset deal* dergestalt in Betracht, dass die Übernehmerin mit Sitz im Land A eine Zweigniederlassung im Land B gründet, welche sodann sämtliche Aktiva und Passiva der Übertragerin erwirbt. Ist der Gesellschafterkreis der Übertragerin überschaubar, so kann der Erwerb als Einbringung gegen Gewährung von Anteilen an der Übernehmerin gestaltet werden.

Ist ein solcher Konsens nicht vollständig erreichbar, dann bleibt die Möglichkeit eines Verkaufs mit anschließender Liquidation der Übertragerin, wobei die „gutwilligen“ Gesellschafter ihren Anspruch auf Liquidationserlös im Tausch gegen Anteile in die Übernehmerin einlegen können. Oftmals haben sie sich durch „*irrevocable undertakings*“<sup>9</sup> meist vorher hierzu verpflichtet. Soweit eine große Mehrheit der Anteilshaber so verfährt, entspricht diese Gestaltung dann nahezu der in den USA aus steuerlichen Gründen oft gewählten Form des *reverse triangular merger*.

Alternativ bietet sich ein *share deal* an, durch den die Übertragerin zur Tochtergesellschaft der Übernehmerin wird. Über einen dem *share deal* nachgeschalteten Formwechsel in die Aktiengesellschaft mit anschließendem *squeeze-out* lassen sich überdies

---

<sup>9</sup> Etwa in Gestalt eines Vorvertrages oder eines bedingten Angebots, sofern ein Pflichtangebot der Übernehmerin nach Übernahmerecht vermieden werden soll.

Minderheitsgesellschafter „ausschalten“, ohne dass ein Übernahmeangebot erforderlich wäre<sup>10</sup>.

Denkbar ist die Einbringung der Anteile an beiden Gesellschaften in eine gemeinsame Holding im Wege des freiwilligen Anteilstausches. Die Praxis zeigt, dass dieses Verfahren sogar bei börsennotierten großen Publikumsgesellschaften erfolgreich sein kann<sup>11</sup>, wenn man den Anteilsinhabern eine überzeugende Begründung dafür liefert, dass die beabsichtigte transnationale Umstrukturierung für sie ökonomische Vorteile generiert.

Steuerliche Folgeprobleme lassen sich weitgehend dadurch vermeiden, dass man die Teilbetriebe, in denen stille Reserven gebildet sind, auf dritte Rechtsträger als „*special purpose entities*“ ausgliedert. Dadurch entstehen allerdings komplizierte, kostenträchtige und „steuerrechtsänderungsanfällige“ gesellschaftsrechtliche Strukturen.

Die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum „Zuzug“ von Kapitalgesellschaften bietet ein weiteres Potenzial für Gestaltungsalternativen, welches es jetzt zu erschließen gilt:

Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „*Inspire Art*“ für die Freiheit des Zuzugs von Kapitalgesellschaften, abgeleitet aus den Grundfreiheiten des Europäischen Vertrages, wirft folgende Folgefragen auf:

- 1) Welche Beschränkungen für „zugezogene“ ausländische Gesellschaften sind im Interesse des Verkehrsschutzes im Zuzugsstaat EU-rechtlich zulässig? Insbesondere stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit nationaler Regelungen über Mitbestimmung auf ausländische Gesellschaftsformen<sup>12</sup>.
- 2) Gilt die Entscheidung nur für Kapitalgesellschaften oder allgemein für Unternehmen<sup>13</sup>?
- 3) Folgt aus der Freiheit des Zuzugs zugleich (und dies in Abkehr von der schon längere Zeit zurückliegenden Entscheidung in der Rechtssache „*Daily Mail*“<sup>14</sup>) eine Freiheit des Wegzugs?
- 4) Unterliegt auch EU-Recht den Anforderungen des EuGH an die Geeignetheit das Diskriminierungsverbot und die Verhältnismäßigkeit einer Beschränkung der

---

<sup>10</sup> Es kommt hier allein darauf an, genügend Zeit zwischen die Maßnahmen zu schalten, um dem Rechtsmissbrauchsargument erfolgreich zu begegnen; die Begründung für den Formwechsel in die AG lässt sich letztlich immer finden.

<sup>11</sup> Siehe die Bildung der DaimlerChrysler AG oder der Aventis Pharma.

<sup>12</sup> Von dieser Frage hängt wegen Art. 14 des Richtlinienentwurfs und der SE-RL letztlich ab, ob Umstrukturierungen innerhalb des EU-rechtlich vorgegebenen Regelungsrahmens attraktiv sind.

<sup>13</sup> Z.B. also auch für Personenhandelsgesellschaften.

<sup>14</sup> EuGH NJW 1989, 2186.

Grundfreiheiten des EU-Vertrages? Diese Frage nach einer europarechtlichen Normenkontrolle stellt sich insbesondere dann, wenn der Europäische Gesetzgeber Zuzugs- und Wegzugsbeschränkungen schafft bzw. duldet, die den vom EuGH aufgestellten Anforderungen nicht genügen.

### 3.

#### Rechtssystematische Vorüberlegungen

Der Richtlinienentwurf ist in einen nennenswerten *acquis communautaire* im Bereich des Umwandlungsrechts eingebettet.

Zum einen unterliegt die Inlandsverschmelzung von Aktiengesellschaften der 3. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Verschmelzungsrichtlinie) Nr. 78/355/EWG. Zum anderen regelt die Verordnung über die Europäische Gesellschaft (SE-VO) in ihren Art. 17-31 die Gründung einer SE durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung. Daneben existiert ein breit gefächertes *acquis communautaire* im Bereich des Arbeitsrechts (u.a. bestehend neben den Richtlinien über den Betriebsübergang und den Europäischen Betriebsrat vor allem die SE-RL zur Mitbestimmung in der SE).

Der Richtlinienentwurf könnte somit, was die Technik der Verschmelzung an sich betrifft, auf die Verschmelzungsrichtlinie zurückgreifen. Was die Besonderheiten eines grenzüberschreitenden Verschmelzungsvorgangs betrifft, ließen sich die Regelungen der SE-VO als Modellfall heranziehen. Beide auf Aktiengesellschaften bzw. auf die SE bezogenen Spezialregelungen brauchten nur für den Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von anderen Rechtsträgern als von Aktiengesellschaften verallgemeinert zu werden.

Der *acquis communautaire* des Verschmelzungsrechts regelt im Wesentlichen

- das Verschmelzungsverfahren;
- den Schutz von Minderheitsgesellschaftern;
- den Schutz Dritter, insbesondere von Gläubigern, Inhabern von Sonderrechten und Arbeitnehmern.

Stattdessen verweist der Richtlinienentwurf in Art. 2 auf das jeweilige Umwandlungsrecht des betreffenden EU-Mitgliedsstaates als subsidiär anwendbares Recht, das jedoch außerhalb der Rechtsform der Aktiengesellschaft nicht harmonisiert ist. Das erscheint zum einen unzureichend, zum anderen werden so in einem wichtigen Bereich des Verschmelzungsrechts Chancen der Harmonisierung vertan.

In der Begründung wird hierzu ausgeführt, dass das innerstaatliche Recht den Schutz der Gläubiger, der Inhaber von Sonderrechten sowie der Minderheitsgesellschafter bereits regle. Zum einen wäre diese These erst einmal zu beweisen. Vielmehr ist das Schutzniveau in den

EU-Mitgliedsstaaten höchst unterschiedlich. Zum zweiten erscheint ein Regelungsansatz dergestalt, dass Belange der Gemeinschaft durch Verweis auf den nationalen Gesetzgeber ohne Zwang zur Harmonisierung geregelt werden, erstaunlich, da er letztlich das Bedürfnis für eine gemeinschaftsweite Regelung selbst in Frage stellt. Zum dritten werden Anreize für verdeckte Wegzugsbeschränkungen geschaffen. Schließlich stellen sich auch schwierige kollisionsrechtliche Fragen:

#### Beispiele:

Nach österreichischem Umwandlungsrecht hat eine Kapitalerhöhung zur Durchführung der Verschmelzung die Wertrelationen der beteiligten Rechtsträger zu berücksichtigen<sup>15</sup>. Nach deutschem Recht genügt eine symbolische Kapitalerhöhung, so dass im Rahmen einer Verschmelzung letztlich eine „kalte Kapitalherabsetzung“ möglich ist. Welches Recht bestimmt das Schutzniveau für die Minderheitsgesellschafter bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von GmbH in Deutschland und Österreich ?

Nach englischem Recht können Vorzugsanteile z.B. mit *liquidation preference* als *redeemable shares* ausgestaltet werden, und zwar auch gegen den Willen des Anteilinhabers<sup>16</sup>. Nach deutschem Recht gewähren solche Anteile dagegen eine volle und grundsätzlich unentziehbare Mitgliedschaft. Bestimmt sich der Inhalt dessen, was den Inhabern von Vorzugsanteilen einer englischen Ltd. im Fall der Verschmelzung auf eine deutsche Übernehmerin zu gewähren ist, nach deutschem Umwandlungsrecht (entweder nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 7 oder nach § 23 UmwG) oder ist englisches Recht oder beides maßgeblich ?

Bestimmt sich der Schutz der Gläubiger einer ausländischen Übertragerin im Rahmen der Verschmelzung auf eine deutsche Übernehmerin nach § 22 UmwG, nach ausländischem Recht<sup>17</sup> oder kumulativ nach beiden Rechtsordnungen in Anspruchskonkurrenz ?

---

<sup>15</sup> Vgl. §§ 223 Abs. 2, 225c Abs. 1, 225d Ö-AktG i.V.m. § 96 Abs. 2 Ö-GmbHG, § 234 Abs. 2 Ö-AktG

<sup>16</sup> Siehe Companies Act 1985, Secs. 159 ff.

<sup>17</sup> Das deutsche nachgeschaltete Schutzsystem besteht z.B. auch in Tschechien (hierzu *Sparfeld* in *Widmann/Mayer*, Anhang 6, Rz CZ 117) (Lösung über Anspruch auf Sicherheitsleistung). Die in etwa vergleichbare italienische Vorschrift (Art. 2503 Codice Civile) ist jedoch für verfassungswidrig erklärt worden (Urteil des ital. Verfassungsgerichtshofs nr. 47 vom 20.02.1995). Ein nachgeschaltetes System gilt offenbar auch in Belgien (Art. 174/12 belg. Code de Commerce), vorbehaltlich der Nichtigkeitsklage nach Art. 174/1 § 2 Code de Commerce.

In Frankreich, Spanien und den Niederlanden ist das Schutzsystem der Verschmelzung vorgeschaltet (Widerspruchslösung), vgl. Art. 236-14 Abs. 2 (für normale Gläubiger) bzw. Art. 236-13 (für Anleihegläubiger, dort sogar Sonderversammlung) i.V.m. Art. 236-23 Code de Commerce bzw. die entsprechende Regelung in Art. 243 Ley de Sociedades Anónimas sowie Art. 94 Abs. 1 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Für die Niederlande siehe Art. 316 Burgerlijk Wetboek. Für Anleihegläubiger bedarf es auch in Italien einer Sonderversammlung (Art. 2503 bis Codice Civile). Luxemburg folgt ebenfalls dem französischen Modell, siehe *Thömmes/Winandy* in *Widmann/Mayer*, Anhang 6 Rz. L 46.

Im Vereinigten Königreich orientiert sich das Schutzsystem für Gläubiger am Sanierungsvergleich (vgl. Secs. 427A i.V.m. 425-427 Companies Act 1985 sowie Sec. 110 Insolvency Act 1986).

Steht Vertragspartnern einer deutschen Übertragerin im Fall deren Verschmelzung auf eine ausländische Übernehmerin ein Kündigungsrecht gegenseitiger Verträge nach § 21 UmwG<sup>18</sup> zu oder bestimmen sich ihre Rechte nach dem Gesellschaftsstatut der Übernehmerin ?

Welche Rechte stehen abhängigen Gesellschaften einer inländischen Übertragerin und deren außenstehenden Anteilsinhabern nach Verschmelzung auf eine ausländische Übernehmerin zu ?

Aus diesen Beispielen ergibt sich die Notwendigkeit einer Harmonisierung auch insoweit, schon um einem „Verschmelzungstourismus“ durch geschickte Wahl der übertragenden, übernehmenden oder neuen Rechtsträger zu begegnen. Die Verweisung auf nationales Recht in Art. 2 des Richtlinienentwurfs führt zu Widersprüchen innerhalb des EU-Rechts<sup>19</sup> und damit letztlich zu einer systematisch nicht stimmigen Regelung.

Hieraus folgt:

Durch eine Verweisungsvorschrift sollte die grundsätzliche entsprechende Anwendbarkeit der VerschmRL bzw. der SE-VO auf jede grenzüberschreitende Verschmelzung festgelegt werden, soweit für den speziellen Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung nichts Abweichendes bestimmt ist. Nationales Verschmelzungsrecht hat somit richtlinienkonform zu sein.

Zunächst einmal wäre bei Abfassung der Richtlinie somit für jede Vorschrift der VerschmRL und der SE-VO zu prüfen, inwieweit ihre Anwendung auf die grenzüberschreitende Verschmelzung sinnvoll ist.

Damit würde der Richtlinienentwurf zum einen von zahlreichen Wiederholungen, zum anderen von zahlreichen in ihrer Motivation meist nicht nachvollziehbaren Abweichungen vom vorhandenen *acquis communautaire* entlastet. Der EU-Gesetzgeber könnte sich intensiver den Spezifika der grenzüberschreitenden Verschmelzung widmen.

Zugleich müsste die Richtlinie ihr Verhältnis zur SE-VO insoweit klären, als im Spezialfall der Art. 2 Abs. 1, 17 SE-VO die Richtlinie nicht gelten kann.

Möglicherweise würde ein solcher methodischer Ansatz auch die politische Akzeptanz des Richtlinienvorschlags steigern. Denn so würde deutlich, dass der Richtlinienentwurf seinen Ausgang vom bereits gefundenen Konsens – dem *acquis communautaire* – nimmt.

---

<sup>18</sup> Vgl. auch die Parallelvorschrift des Art. 320 Burgerlijk Wetboek.

<sup>19</sup> Das unübersichtliche Nebeneinander verschiedener Methoden des Verbraucherschutzes im Bereich der Verbraucherkredite, Distanz- und Haustürgeschäfte, *time-sharing*, Reiseleistungen usw. empfiehlt sich in diesem höchst komplexen Bereich nicht zur Wiederholung.

#### 4.

### Stellungnahme im Einzelnen

Die Vorschriften des Richtlinienentwurfs werden im Folgenden in Anwendung der vorstehend skizzierten Methode einer Kritik unterzogen.

In der dieser Stellungnahme als

#### Anlage 1

beigefügten Tabelle wird, ausgehend von den Vorschriften der VerschmRL und der SE-VO deren Anwendbarkeit auf die grenzüberschreitende Verschmelzung im Allgemeinen geprüft. Die Bewertung des Richtlinienentwurfs erfolgt sodann von diesem methodischen Fundament aus.

Aus den so gewonnenen rechtspolitischen Forderungen des Deutschen Notarvereins für den Richtlinienentwurf sind folgende Punkte besonders hervorzuheben:

- Eröffnung der grenzüberschreitenden Verschmelzung auch für Personenhandelsgesellschaften und weitere rechtsfähige Rechtsträger des Handelsrechts.
- Regelung eines Mindeststandards für den Gläubiger- und Minderheitenschutz, die staatliche Kontrolle der Verschmelzung und den Haftungsstandard entsprechend Art. 13-16, 20-21 VerschmRL. Darüber hinaus sollten Abweichungen vom Standard für Verschmelzungen auf nationaler Ebene nach oben oder nach unten nur aus Gründen des öffentlichen Interesses möglich sein (Gleichlaufprinzip). Für die Haftung sollte das Günstigkeitsprinzip gelten.
- Surrogationsvorschrift für Rechte Dritter an Anteilen auf EU-Ebene.
- Belassung von Spielräumen für den nationalen Gesetzgeber bei Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen.
- Stärkere Berücksichtigung des Minderheiten- und Gläubigerschutzes bei Verschmelzungen nach Art. 13 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs und verschmelzungsähnlichen Gestaltungen außerhalb der Rechtsform der Aktiengesellschaft.

**5.**  
**Executive Summary**

Die Thesen und rechtspolitischen *desiderata* des Deutschen Notarvereins sind in dem dieser  
Stellungnahme als

**Anlage 2**

beigefügten **Executive Summary** zusammengefasst.

**Anlage 1**  
**zur Stellungnahme des Deutschen Notarvereins**

**Tabelle**

**Verhältnis Richtlinienentwurf zur SE-VO und zur Verschmelzungsrichtlinie**

Art. SE-VO	Art. Ver- schmRL	Gegenstand	Bewertung <sup>20</sup>
	1	Anwendungsbereich	<b>Nein.</b>  Im Interesse von KMU liegt die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Richtlinienentwurfs auf die gebräuchlichen Rechtsformen von KMU, d.h. für Deutschland neben der GmbH und der KGaA auch der Personenhandelsgesellschaft sowie evtl. weiterer Rechtsträger (z.B. EWIV, Partnerschaft oder GIE, d.h. über Art. 2 des Richtlinienentwurfs hinaus <sup>21</sup> ).
	2	Auftrag zur Rechtssetzung durch die Mitgliedsstaaten	Vgl. Art. 16 Richtlinienentwurf.
	3, 4	Definition	<b>Ja.</b>

<sup>20</sup>

Ja: in Richtlinienentwurf für anwendbar für alle vom Richtlinienentwurf erfassten Rechtsträger zu erklären. Nein: für nicht anwendbar zu erklären.

<sup>21</sup>

In Deutschland bestehen mehr als 300.000 Personenhandelsgesellschaften (hochgerechnet aus der Umsatzsteuerstatistik; vgl. Hansen, GmbH 2003, 22, 24 sowie Meyer, GmbH 2002, 177, 178). In Frankreich und dem Vereinigten Königreich ist deren Anzahl weitaus geringer. Die Limited Partnership des englischen Rechts erfreut sich aber ungeachtet der Dominanz der Ltd gerade in der *private equity industry* steigender Beliebtheit. Zu nennen sind weiter die niederländische C.V. und S.C.V. sowie die luxemburgische SICAV. Gerade in diesen Bereichen sollten grenzüberschreitende Verschmelzungen ebenfalls möglich sein. Dies liegt im Interesse eines EU-weiten effizienten Kapitalmarkts. Daneben erscheint es zweckmäßig, die grenzüberschreitende Verschmelzung auch für Rechtsformen wie die EWIV oder die französische GIE zu eröffnen. Statistisches Material zu Frankreich bei *Cozian/Viardier/Deboissy, Droit des sociétés, 15<sup>e</sup> édition 2002, No. 9*, für das Vereinigte Königreich bei *Mayson, French & Ryan on Company Law, 2003-2004 Edition, Sec. 0.1.1, 0.1.3.2, 0.1.3.3*.

		Verschmelzung	<p>Eine eigenständige Definition im Richtlinienentwurf ist nicht erforderlich, mit Ausnahme des Begriffs der grenzüberschreitenden Verschmelzung in Art. 1 al. 2 des Richtlinienentwurfs. Art. 1 al. 1 des Richtlinienentwurfs ist mittels entsprechender Verweisungstechnik verzichtbar.</p> <p>Ohnedies problematisch ist hier Art. 1 al. 1 lit. c) des Richtlinienentwurfs, da hier ein Widerspruch zur Verschmelzungsrichtlinie aufgeworfen wird; diese Vorgänge werden dort über Art. 24, 31 VerschrML gelöst.</p>
19		Behördliche Sondererlaubnis	<p><b>Ja.</b></p> <p>Ein öffentliches Interesse kann auch bei KMU berührt sein (z.B. Spezialhersteller von Gütern, die für die nationale Sicherheit bedeutsam sind).</p>
20	5	Inhalt des Verschmelzungsplans	<p><b>Ja.</b></p> <p>Die Vorschrift dient der Schaffung einheitlicher Standards. Art. 20 SE-VO ist die „modernere Formulierung“ wegen dessen Abs. 1 lit h) (Bei Verschmelzung durch Neugründung) und i) sowie Abs. 2.</p> <p>Art. 3 des Richtlinienentwurfs ist bei entsprechender Verweisungstechnik verzichtbar.</p>
21	6	Publizität des Verschmelzungsplans	<p><b>Ja.</b></p> <p>Die Vorschrift hat auch Gläubiger- und Arbeitnehmerschutzfunktion. Maßgebliches Vorbild sollte Art. 21 SE-VO sein. Allerdings dürfte ein nationales Veröffentlichungsorgan ausreichen.</p>

			Art. 4 des Richtlinienentwurfs ist bei entsprechender Verweisungstechnik verzichtbar.
9	Verschmelzungsbericht		<p><b>Ja.</b></p> <p>Die Vorschrift gilt für SE auch über Art. 18 SE-VO, aber Verzicht sollte möglich sein. Der Bericht ist ein durchaus sinnvolles Instrument des Minderheitenschutzes und kann bei entsprechender Plausibilität ein Prüfungsverlangen abwenden.</p> <p>Der Richtlinienentwurf geht hier zu Unrecht hinter den Standard der VerschmRL zurück.</p> <p>Der Bericht ist nur in Art. 13 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs erwähnt, aber wohl nur soweit dieser nach Art. 9 VerschmRL für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften erforderlich ist.</p>
	Notwendigkeit einer Verschmelzungsprüfung		<p>Im Interesse der Verminderung der Transaktionskosten erscheint eine Verschmelzungsprüfung nicht immer erforderlich. Entsprechend des deutschen UmwG sind denkbar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- opt-in Modell, vgl. §§ 44, 48 UmwG</li> <li>- opt-out-Modell, vgl. § 12 Abs. 3 UmwG.</li> </ul> <p>Art. 5 des Richtlinienentwurfs greift demgegenüber zu kurz.</p>
22	10 Gemeinsame Verschmelzungsprüfung		<p><b>Ja.</b></p> <p>Entsprechend Art. 22 SE-VO sollte es nicht auf die einzelstaatlichen Vorschriften</p>

			ankommen. Inhalt des Prüfungsberichts: Art. 10 VerschmRL. Art. 5 des Richtlinienentwurfs ist bei entsprechender Verweisungstechnik verzichtbar.
	11	Auslegungspflichten	<b>Nein.</b>  Eine „abgespeckte“ Regelung entsprechend § 49 Abs. 2 UmwG reicht aus: d.h. Verweis auf die nationalen Schutzstandards bei Inlandsverschmelzungen genügt.
23	11	Verschmelzungs-beschluss	<b>Ja.</b>  Die Vorschrift dient dem Minderheitenschutz. Evtl. Ergänzung um Sonderzustimmungsrechte für den persönlich haftenden Gesellschafter der deutschen KGaA.  Art. 6 des Richtlinienentwurfs ist einerseits bei entsprechender Verweisungstechnik verzichtbar, greift wegen der Zustimmungsrechte andererseits zu kurz. Art. 6 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs sollte in der Formulierung an Art. 23 Abs. 2 SE-VO angeglichen werden.
12 Abs. 2-4 i.V.m. SE-RL gemäß § 14 Richtlinienentwurf	12	Arbeitnehmerrechte	<b>Eine Sonderregelung ist erforderlich.</b>  Vgl. hierzu Art. 14 des Richtlinienentwurfs. Die dort gefundene Lösung ist der Akzeptanz der grenzüberschreitenden Fusion in der Rechtspraxis nicht dienlich. Das sehr aufwändige Verfahren zur Erzielung eines Konsenses ist unabhängig von der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer anzuwenden. Um dies zu vermeiden, müsste vor Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zunächst der gesamte operative Geschäftsbetrieb der betroffenen Rechtsträger nach nationalem Recht auf Tochtergesellschaften ausgegliedert werden. Dann lassen sich die „arbeitnehmerfreien“ Muttergesellschaften verschmelzen.

24	13-15	Schutz von Gläubigern und Inhabern von Sonderrechten sowie Minderheitsaktionären	<p>Mit den derzeit verwendeten Gestaltungsinstrumenten der Praxis dürften sich die Probleme der Mitbestimmung besser in den Griff bekommen lassen. Denn die Einbringung der Anteile an den betroffenen Rechtsträgern in eine gemeinsame Holding wäre sehr viel weniger aufwändig.</p>
25	16	Rechtmäßigkeitskontrolle bei Überträgerin(nen)	<p><b>Ja.</b></p> <p>Das Schutzsystem der Art. 13-15 VerschmRL hat sich in der Praxis bewährt. Weitergehende Vorschriften schaffen nur nicht tarifäre Wegzugsbeschränkungen.<sup>22</sup></p> <p>Der Richtlinienentwurf verzichtet offenbar auf einen Schutzstandard, was wenig sinnvoll ist. Denn dann können die Mitgliedsstaaten unter dem Denkmantel des Schutzes Dritter Wegzugsbeschränkungen einführen, was ihnen jedoch nur entsprechend Art. 19 SE-VO gestattet sein sollte.</p> <p>Zur Bekämpfung nichttarifärer Wegzugsbeschränkungen sollte in der Richtlinie selbst festgelegt werden, dass im Rahmen der Art. 13-15 VerschmRL die Binnenverschmelzung und die grenzüberschreitende Verschmelzung grundsätzlich gleich zu behandeln sind („Gleichlaufprinzip“); Ausnahmen hiervon sind nur im öffentlichen Interesse zulässig (vergleichbar etwa Art. 19 SE-VO oder den Anforderungen des EuGH an die Zulässigkeit „Goldener Aktien“).</p> <p><b>Ja.</b></p> <p>Hierzu empfiehlt sich jedoch die Übernahme des Standards in Art. 16 VerschmRL (notarielle Beurkundung ersetzt weitere Rechtmäßigkeitskontrolle).</p>

<sup>22</sup> Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum SE-Einführungsgesetz (notar 2003, S. 94/100-101) verwiesen.

			<p>Art. 7 und Art. 8 des Richtlinienentwurfs schaffen neben den bereits vorhandenen Regelungen der SE-VO und der VerschmRL ein wiederum leicht abgewandeltes System. Die Gründe hierfür sind nicht nachvollziehbar. Statt dessen sollte auf Art. 16 VerschmRL verwiesen werden sowie, soweit nicht notarielle Beurkundung des Verschmelzungsplans und der Verschmelzungsbeschlüsse vorgeschrieben ist, eine gutachterliche Bescheinigung entsprechend der SE-VO eingeführt werden<sup>23</sup>.</p>
26	16	Rechtsmäßigkeitkontrolle bei Übernehmerin/neuer Gesellschaft	Vgl. hierzu die oben stehenden Ausführungen zu Art. 25 SE-VO.
27	17	Wirksamkeit der Verschmelzung	<p><b>Ja.</b></p> <p>Die Wirksamkeit sollte entsprechend Art. 27 SE-VO geregelt werden. Abzustellen ist auf Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister der Übernehmerin bzw. die Eintragung der neuen Gesellschaft (Art. 12 SE-VO analog)<sup>24</sup>.</p> <p>Art. 9 des Richtlinienentwurfs schafft hier wiederum eine eigenständige Neuregelung, für die kein Bedürfnis besteht. Die Vorschrift ist bei entsprechender Verweisungstechnik verzichtbar.</p>
28	18	Publizität	<b>Ja.</b>

<sup>23</sup> Einzelheiten hierzu, auch zu den Übersetzungsproblemen der SE-VO die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum SE-Einführungsg (notar 2003, S. 94, 96-97).

<sup>24</sup> Dies bedeutet allerdings – leider – einen weiteren Eingriff in das luxemburgische Gesellschaftsrecht, nach dem die juristische Person als solche mit Abschluss der notariellen Beurkundung ihres Gründungsakts entsteht.

			<p>Die Regelung dient dem Gläubigerschutz.</p> <p>Art. 10 des Richtlinienentwurfs ist bei entsprechender Verweisungstechnik verzichtbar.</p>
29	19	<p>Rechtswirkungen der Verschmelzung</p>	<p><b>Ja.</b></p> <p>Hierbei könnte der sinnentstellende Übersetzungsfehler in der deutschen Fassung des Art. 29 Abs. 3 SE-VO, Art 19 Abs. 3 VerschmRL korrigiert werden<sup>25</sup>. Dieser Übersetzungsfehler taucht aufgrund der verwendeten <i>copy-paste</i>-Technik prompt in Art. 11 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs wieder auf.</p> <p>Im Übrigen fehlt die Regelung des Art. 19 Abs. 2 VerschmRL, welche ebenfalls anwendbar sein sollte. Hier versucht der Richtlinienentwurf, über Art. 13 Abs. 1 das Rad neu zu erfinden, was allerdings nur für die reine 100 %-Beteiligung gelingt. Die teilweise Anteilsgewährung (nur an außenstehende) ist offenbar bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht vorgesehen. Offenbar soll auch insoweit eine Anteilsgewährungspflicht bestehen. An wen sollen denn die Anteile der Übernehmerin an der Übertragerin gewährt werden ?</p> <p>Gerade hier zeigt sich der Vorteil einer Verweisungstechnik.</p> <p>Die Probleme des nationalen Rechts bei der Mutter-Tochter-Verschmelzung mit verpfändeten Anteilen der Tochter (wohl keine Pfanderstreckung auf die Anteile der Anteilshaber an der Mutter) zeigen die Schutzlücken in Art. 19 VerschmRL auf. Eine Surrogationsvorschrift auf EU-Ebene mindestens entsprechend § 20 Abs. 1</p>

<sup>25</sup>

Hierzu Vossius in *Widmann/Mayer*, § 20 UmwG Rz. 400 bei FN 1 und Rz 429-430.

			<p>Nr. 3 Satz 2 UmwG (D) erscheint im Richtlinienentwurf hingegen sinnvoll, da zwischen den nationalen Kreditsicherungsrechten durchaus Harmonisierungsbedarf bestehen dürfte.</p>
30	22	Heilungswirkung	<p><b>Ja.</b></p> <p>Die Regelung dient dem Verkehrsschutz. Im Gegensatz zur Regelung in Art. 30 SE-VO, die keinen Raum mehr für Rechtsschutz lässt, sollte der flexiblere Art. 22 VerschmRL vorgesehen werden. Ein Bedürfnis hierfür besteht, wie die „schwarzen Stunden“ des deutschen Umwandlungsrechts bei der Umsetzung des Landwirtschaftsanpassungsgesetzes gezeigt haben<sup>26</sup>.</p> <p>Gegenüber der rigiden Regelung in Art. 12 des Richtlinienentwurfs erscheint bei der Verschmelzung von KMU daher Skepsis angebracht. Im Übrigen ist „<i>null and void</i>“ (so der englische Text) mehr als „<i>voidable</i>“, so dass nur eine „Entschmelzung mit dinglicher Wirkung“ durch nationale Regelung ausgeschlossen sein dürfte.</p>
	20-21	Haftung	<p><b>Ja.</b></p> <p>Im Verhältnis zu den Leitungs- und Aufsichtsorganen sowie dem Prüfer sollte jeder Betroffene berechtigt sein, sich auf das für ihn günstigste Haftungsregime zu berufen. Dieses Günstigkeitsprinzip sollte zusätzlich in der Richtlinie verankert sein.</p>
31	8, 24-27	Bagatellverschmelzung	<p><b>Bedingtes Ja.</b></p> <p>Der Verzicht auf den Verschmelzungsbeschluss der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ist dann unbedenklich, wenn entweder Übernehmerin</p>

<sup>26</sup>

			<p>bereits Inhaberin aller Anteile an der Übertragerin ist oder wenn eine Verschmelzung einer übertragenden AG auf eine weitere AG vorliegt, die an der Übertragerin mit mehr als 90 % beteiligt ist.</p> <p>Darüber hinaus wäre eine solche Regelung nur mit Sonderzustimmungsrechten der Minderheitsgesellschaften denkbar, um Besonderheiten des jeweiligen nationalen Haftungsregimes Rechnung tragen zu können (vgl. etwa die Verschmelzung eines ausländischen Rechtsträgers auf eine deutsche GmbH mit teileingezahlten Stammeinlagen, auf eine britische <i>Company Limited By Guarantee</i> oder eine irische <i>Unlimited Company With A Share Capital</i>). Führt die Verschmelzung zu einer Erweiterung des Haftungsrisikos, so sollte der Verschmelzungsplan der – rechtsgeschäftlichen – Zustimmung des Betroffenen bedürfen.</p> <p>Art. 13 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs enthält demgegenüber eine völlig eigenständige Regelung; ein Bedürfnis hierfür ist nicht zu erkennen. Anstatt auf den Verschmelzungsbeschluss der Übertragerin zu verzichten (was wenigstens etwas Sinn machen würde), werden die Schutzstandards für Minderheitsgesellschaften der Übertragerin abgebaut.</p>
28	Abfindungsangebot	<p><b>Bedingtes Ja.</b></p> <p>Die Regelung macht nur für Aktiengesellschaften wirklich Sinn.</p> <p>Die Regelung hat sich dort letztlich bewährt und sollte insoweit auch im grenzüberschreitenden Verkehr anwendbar sein.</p> <p>Ansprüche auf Barabfindung sollten entsprechend dem nationalen Recht weiter nur dann bestehen, wenn der übernehmende Rechtsträger nach seiner Binnenstruktur (insbesondere im Hinblick auf <i>Corporate Governance</i>, Haftungsverfassung und</p>	

		<p>Minderheitenschutz) dem übertragenden Rechtsträger nicht funktionell vergleichbar ist. Das Abfindungsangebot ist kein Mittel der Wegzugsbeschränkung.</p> <p>Inwieweit man bei anderen Rechtsformen die Verschmelzung als Surrogat zum <i>squeeze-out</i> zulassen soll, ist eine andere Frage, mit der eine „Büchse der Pandora“ des Gesellschaftsrechts geöffnet würde. Jedenfalls sollte, wenn das nationale Recht diese Gestaltung für die Binnenverschmelzung zulässt, dieses auch für eine grenzüberschreitende Verschmelzung gelten.</p>
29	Anwendung auf <i>Asset deals</i>	<p><b>Bedingtes Ja.</b></p> <p>Bedenkenfrei erscheint die Regelung nur für Aktiengesellschaften.</p> <p>Zu den Gründen siehe die oben stehenden Ausführungen zu Art. 28 VerschmRL.</p> <p>Der Richtlinienentwurf glaubt offenbar, diese Frage über die Definition in Art. 1 al. 1 lit. c) lösen zu können, sieht aber für diese Gestaltungen gar keine Regelungen vor. Das greift zu kurz.</p>
30	Bare Zuzahlung höher als 10 %	<p><b>Nein.</b></p> <p>Diese Fragen sind abhängig von den jeweiligen Kapitalschutzstandards, die EU-weit nur für Aktiengesellschaften durch die Zweite RL harmonisiert sind.</p>
31	Verschmelzungsähnliche Vorgänge	<p><b>Ja.</b></p> <p>Im Hinblick auf die sonst mögliche Umgehung des Minderheiten- und Gläubigerschutzes macht die Regelung Sinn.</p>

	32	Umsetzung in nationales Recht	Siehe Art. 15 Richtlinienentwurf. Evtl. ist die gesetzte Frist von 18 Monaten zu kurz, wie die Lage bei der Umsetzung der SE-VO deutlich zeigt. Die Anpassungsprobleme bei KMU anderer Rechtsform als der AG sollten nicht unterschätzt werden.
--	----	-------------------------------	---

## **Anlage 2 zur Stellungnahme des Deutschen Notarvereins**

### **Executive Summary**

Transaktionskosten lassen sich durch die bloße Schaffung eines gesellschaftsrechtlichen Rahmens für die grenzüberschreitende Verschmelzung nicht bzw. nur im engen Rahmen senken.

Jedenfalls ohne Einführung eines Systems von Größenklassen der Unternehmen ist die pauschale Anwendung des Mitbestimmungsmodells der SE-VO auf die grenzüberschreitende Verschmelzung nicht akzeptabel.

Solange eine transnationale Umstrukturierung steuerlich wie eine Liquidation/Veräußerung behandelt wird, stellt die Erweiterung des zivilrechtlichen Gestaltungsrahmens letztlich keine Verbesserung für die Unternehmen in den Mitgliedsstaaten der EU dar.

Der Deutsche Notarverein spricht sich für Folgendes aus:

- Durch eine Verweisungsvorschrift sollte die grundsätzliche entsprechende Anwendbarkeit der VerschmRL bzw. der SE-VO auf jede grenzüberschreitende Verschmelzung festgelegt werden, soweit für den speziellen Fall nichts Abweichendes bestimmt ist. Nationales Verschmelzungsrecht hat somit richtlinienkonform zu sein.
- Eröffnung der grenzüberschreitenden Verschmelzung auch für Personenhandelsgesellschaften und weitere rechtsfähige Rechtsträger des Handelsrechts.
- Regelung eines Mindeststandards für den Gläubiger- und Minderheitenschutz, die staatliche Kontrolle der Verschmelzung und den Haftungsstandard entsprechend Art. 13-16, 20-21 VerschmRL. Darüber hinaus sollten Abweichungen vom Standard für Verschmelzungen auf nationaler Ebene nach oben oder nach unten nur aus Gründen des öffentlichen Interesses möglich sein (Gleichlaufprinzip). Für die Haftung sollte das Günstigkeitsprinzip gelten.
- Surrogationsvorschrift für Rechte Dritter an Anteilen auf EU-Ebene.
- Belassung von Spielräumen für den nationalen Gesetzgeber bei Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen.

Stärkere Berücksichtigung des Minderheiten- und Gläubigerschutzes bei Verschmelzungen nach Art. 13 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs und verschmelzungsähnlichen Gestaltungen außerhalb der Rechtsform der Aktiengesellschaft.

**Exhibit 2a**  
**to the Comments of the German Notaries' Association**

**Executive Summary**

By the mere creation of a framework in corporate law for cross-border mergers transaction costs may only be reduced in a small scale or cannot be reduced at all.

At least without introducing a system of size categories for enterprises the undifferentiated application of the co-determination model of the SE-Regulation on cross-border mergers is not acceptable.

As long as cross-border restructuring is treated like a winding-up or a share transfer under tax law, the enlargement of the civil law contract drafting possibilities is - in the end – no improvement for the enterprises in the Member States of the EU.

The German Notaries' Association speaks in support of the following:

- A provision on integration should establish the applicability in principle of the Merger Directive or the SE-Regulation for every cross-border merger, provided that nothing else is stipulated for the special case of cross-border merger in the Directive. Hence merger law of every Member State must be in conformity with the Regulation.
- A cross-border merger should be permitted also for general or limited partnerships and other entities of commercial law with legal personality.
- Provisions assuring a minimum standard for creditor and minority shareholder protection, control of the merger by the Member State and the standard of liability pursuant to Secs. 13-16, 20-21 Merger Directive should be part of the Directive. A Member State should be permitted to deviate from the standard for domestic mergers only for reasons of the public interest (principle of synchronisation). Claims of liability should be asserted under the most advantageous regulation of the Member States involved in the merger.
- The Directive should provide a provision on subrogation for titles of third parties in shares on EU level.
- The Directive should leave margins for the national legislator for actions for nullity or actions for avoidance.
- Minority shareholder and creditor protection in mergers pursuant to Sec. 13 para. 2 of the proposed Directive and merger-like restructuring beyond the legal form of stock corporation should be taken into account sufficiently.

## **Annexe 2b**

### **de la position de l'Association Allemande des Notaires**

#### **Résumé exécutif**

Par la simple création d'un cadre du droit des sociétés pour la fusion transfrontalière les frais de transaction ne peuvent pas être réduits du tout ou - au moins ne peuvent pas être réduits considérablement.

L'application globale du modèle de la gestion en participation des travailleurs du règlement SE à la fusion transfrontalière n'est pas acceptable au moins sans l'introduction d'un système des catégories de taille pour les entreprises.

Aussi longtemps que le droit fiscal traite la restructuration transfrontalière comme une liquidation/cession, l'élargissement des possibilités conceptuelles du droit civil ne représente pas encore une amélioration pour les entreprises des Etats membres de l'Union Européenne.

L'Association Allemande des Notaires se prononce pour le suivant :

- Une norme de référence réalisant l'application analogue de la directive 78/855/CEE ou bien le déclassement SE à toutes les fusions transfrontalières, pour autant que rien divergent soit déterminé pour le cadre spécial de la fusion transfrontalière. Ainsi le droit de la fusion de chaque Etat membre de la UE doit être conforme à la directive.
- L'introduction de la fusion transfrontalière pour les sociétés de personnes et d'autres personnes morales du droit commercial.
- La prévision d'un standard minimum pour la protection des créanciers et des associés minoritaires, le contrôle public de la fusion et un standard de responsabilité conformément aux articles 13 – 16, 20 – 21 directive 78/855/CEE. En plus, il ne devrait être permis de s'éloigner du standard pour les fusions à l'échelle nationale qu'à cause de l'intérêt public (principe de la synchronisation). Quant à la responsabilité la norme la plus avantageuse des Etats membres touchés par la fusion devrait être appliquée.
- Une norme subrogatoire pour les titres des tiers dans des parts sociales à l'échelon européen.
- La directive devrait laisser des marges pour le législateur national pour les actions en nullité et en rescision.
- Une considération plus forte de la protection des associés minoritaires et des créanciers dans les fusions selon Art. 13 al. 2 de la directive proposée et dans les conceptions similaires à la fusion au delà de la société anonyme.

## **Annesso 2c**

### **Della posizione dell'Associazione Tedesca dei Notai**

Dalla semplice creazione di un ambito del diritto societario per la fusione transfrontaliera le spese della transazione non si possono ridurre in tutto o non si possono ridurre considerevolmente.

L'applicazione precisa del modello di gestione in partecipazione degli lavoratori del regolamento SE alla fusione transfrontaliera non è accettabile, almeno senza l'introduzione di un sistema di categorie di taglia per le imprese.

Finché un diritto fiscale tratta la ristrutturazione transfrontaliera come una liquidazione/cessione, l'allargamento delle possibilità concepite del codice civile non rappresenta ancora un miglioramento per le imprese degli Stati Membri della UE.

L'Associazione tedesca dei Notai si pronuncia in favore per:

Una norma di rinvio realizzando l'applicazione analoga della direttiva 78/855/CEE o del regolamento SE a tutte le fusioni transfrontaliere, fin dove niente di divergente sia determinato per l'ambito speciale della fusione transfrontaliera. Così il diritto della fusione di ogni Stato Membro della UE deve essere conforme alla direttiva.

L'introduzione della fusione transfrontaliera per le società di persone ed altre persone morali del diritto commerciale.

La previsione di uno standard minimale per la protezione dei creditori e degli associati di minoranza, il controllo pubblico della fusione ed uno standard di responsabilità conformemente agli articoli 13 – 16, 20 -21 direttiva. Inoltre non dovrebbe essere permesso di deviare dallo standard per le fusioni al livello nazionale che per ragione dell'interesse pubblico (principio della sincronizzazione). Riguardando la responsabilità la norma la più vantaggiosa degli Stati Membri toccati dalla fusione deve essere applicata.

Una norma surrogata per i titoli dei terzi nelle parti sociali al livello europeo.

La direttiva dovrebbe lasciare dei margini per il legislatore nazionale per le azioni di nullità o d'impugnativa.

Una considerazione più forte della protezione degli associati di minoranza e dei creditori nella fusione secondo l'articolo 13 al. 2 della proposta direttiva e nelle concezioni simili alla fusione al di là della società anonima.