

Gesellschafterschutz in der grenzüberschreitenden Verschmelzung: eine Zukunftsperspektive

Nina Benz, Leonhard Hübner, Anton S. Zimmermann

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Benz, Nina, Leonhard Hübner, and Anton S. Zimmermann. 2018. "Gesellschafterschutz in der grenzüberschreitenden Verschmelzung: eine Zukunftsperspektive." *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2018 (47): 2254–61.

<https://www.juris.de/r3/document/jzs-ZIP-2018-47-2254-01-A-03/format/xsl?oi=aAHcNuaTDN&sourceP=%7B%22source%22%3A%22TOC%22%7D&docAcc=true>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Nina Benz/Leonhard Hübner/Anton S. Zimmermann ^{*)}

Gesellschafterschutz in der grenzüberschreitenden Verschmelzung

Eine Zukunftsperspektive

Unlängst hat die EU-Kommission einen Richtlinienvorschlag veröffentlicht, der für die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften von großem Interesse ist. Von den vielen Neuerungen und Problembereichen des Vorschlags untersucht der nachfolgende Beitrag am Beispiel der grenzüberschreitenden Verschmelzung die Mechanismen zum Schutz der Gesellschafter. Im Zentrum steht dabei die aufzulösende Kollision legitimer Schutzbedürfnisse austretender wie verbleibender Gesellschafter und entgegengesetzter Interessen der Gesellschaft an rascher Durchführung der Verschmelzung.

I. Einleitung

Rechtssichere grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften ist ein bis heute unerfüllter Traum des europäischen Gesellschaftsrechts. Zwar mangelt es nicht an EuGH-Entscheidungen und wissenschaftlichen Diskursen zu diesem Thema.¹⁾ Abseits der durch den EuGH gesteckten Vorgaben und der durch die GesRRL V (früher: grenzüberschreitende Fusionsrichtlinie) geregelten Vorgänge verbleibt jedoch bislang ein rechtliches Vakuum. Besonders deutlich treten dessen Konsequenzen an einem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall²⁾ hervor: Bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel von Deutschland nach Italien hatte das OLG Frankfurt über eine Beschwerde gegen die abgelehnte Löschung der deutschen Ausgangsgesellschaft zu entscheiden. Hintergrund war eine fehlende Umwandlungsprüfung. Währenddessen war jedoch die neue Gesellschaft bereits ohne registerrechtliche Prüfung (!) in Italien eingetragen worden. Die hierdurch eingetretene Heilung³⁾ zwang die Frankfurter Richter dazu, der Beschwerde stattzugeben und wichtige Belange des Arbeitnehmer-, Gesellschafts- und Gläubigerschutzes – deren Sicherung die Umwandlungsprüfung gerade dient⁴⁾ – ungeprüft zu lassen.

Aufgrund des mühsam errungenen Kompromisses einer grenzüberschreitenden Verschmelzungsrichtlinie ist ein solches „Schre-

ckensszenario“ bei innereuropäischen Verschmelzungen schon jetzt ausgeschlossen.⁵⁾ Die Notwendigkeit einer klaren Verfahrensregelung mit eindeutigen Zuständigkeitsabgrenzungen belegt dieser Fall gleichwohl. Der nun vorliegende Richtlinienvorschlag enthält detailliertere Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung sowie erstmalig Regelungen zur grenzüberschreitenden Spaltung und zum grenzüberschreitenden Formwechsel. Ob der Entwurf in der Lage ist, verbleibende offene Fragen zu klären und damit den Kompromisscharakter der alten Richtlinie abzuschütteln, wird Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sein. Da die meisten bisherigen Beiträge zu dem Richtlinien-Entwurf einen allgemeinen Überblick geben,⁶⁾ konzentriert sich dieser Beitrag insbesondere auf einen einzelnen Problemkomplex: die Neuausrichtung des Schutzes der Gesellschafter im Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung.

II. Interessenlage im Gesellschafterschutz bei grenzüberschreitender Verschmelzung

Zunächst soll unter 1 kurz das Sachproblem des Gesellschafterschutzes skizziert werden, bevor sodann unter 2 dem Lö-

^{*)} Dr. iur. Leonhard Hübner, MJur (Oxon) ist Habilitand und Akademischer Rat, Nina Benz und Anton S. Zimmermann sind Doktoranden und akademische Mitarbeiter am Heidelberger Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl Prof. Dr. Marc-Philippe Weller). Der Beitrag geht auf eine Anfrage des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz zurück.

1) Vgl. nur J. Schmidt, Cross-border mergers and divisions, and transfers of seat: is there a need to legislate, PE 559.960.

2) OLG Frankfurt/M. v. 3. 1. 2017 – 20 W 88/15, ZIP 2017, 611 (m. Bespr. Teichmann, S. 1190) = IPPrax 2018, 91 (m. Anm. v. Hein/Brunk, S. 46), dazu EWIR 2017, 297 (Rosner).

3) Das Gericht wandte § 202 UmwG analog an, OLG Frankfurt/M. ZIP 2017, 611 = juris Rz. 37; kritisch hierzu Knaier, DNotZ 2017, 381, 391 f.

4) Knaier, DNotZ 2017, 381, 393.

5) Lutter/Bayer/J. Schmidt, Europ. Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl., 2017, Rz. 22.6.

6) Noack/Kraft, DB 2018, 1577; J. Schmidt, Der Konzern 2018, 229.

sungsansatz nach geltender Rechtslage das potentiell künftige Modell überblicksweise gegenübergestellt wird.

1. Sachproblem

Das Verfahren einer grenzüberschreitenden Verschmelzung untergliedert sich nach dem „europäischen Modell für Strukturmaßnahmen“ in fünf Schritte: Verschmelzungsplan, Verschmelzungsbericht, Verschmelzungsprüfung, Verschmelzungsbeschlüsse und Rechtmäßigkeitskontrolle.⁷⁾ Erst nach Abschluss all dieser Schritte erfolgt die Eintragung im Zuzugsstaat. Dieser für sich genommen klare Zeitrahmen wird indes im Interesse des Gesellschafterschutzes bisweilen durchbrochen: So muss Gesellschaftern, die entweder mit ihrer Abfindung oder aber mit dem Umtauschverhältnis ihrer Anteile nicht einverstanden sind, ein Schutzmechanismus zur Verfügung gestellt werden. Nach dem Grundsatz, dass jede Gesellschaft (vorbehaltlich ausdrücklicher Richtlinienregelungen) nach dem Recht ihres eigenen Mitgliedstaats behandelt wird, unterfällt der Gläubiger- und Gesellschafterschutz dem Recht des Wegzugsstaats.⁸⁾ Dies entspricht den Verkehrserwartungen und auch der Rechtsprechungslinie des EuGH, die er zuletzt in seiner Entscheidung in der Sache Polbud⁹⁾ konkretisiert hat. Dem Schutzinteresse der Gesellschafter steht jedoch ein ebenfalls legitimes Interesse der Gesellschaft entgegen: Der Schwebezustand vor Eintragung im Zuzugsstaat hindert eine rechtssichere unternehmerische Betätigung und eine Verwirklichung des Verschmelzungsziels. Wie sich aber die Instrumente des Gesellschafterschutzes auf die Eintragung auswirken, ist nicht einheitlich geregelt.¹⁰⁾ In diesem Spannungsfeld zwischen schneller Realisierung der Umstrukturierung und wirksamem Schutz von Gesellschaftern sind effektive Verfahrensabstimmungen zwischen beiden beteiligten Staaten erforderlich.

2. Entwicklung der Leitprinzipien

2.1 GesRRL V (früher: CBMD): erster europäischer Rechtsrahmen

Mit der CBMD wagte der europäische Gesetzgeber im Jahr 2005 nach langem Ringen¹¹⁾ endlich den Schritt zur Regelung grenzüberschreitender Umstrukturierungsmaßnahmen. Als Grundstein für ein europäisches Umstrukturierungsmodell¹²⁾ diente dabei die ausschließlich auf nationale Sachverhalte anwendbare frühere Fusions-RL (jetzt: GesRRL III).¹³⁾ Gerade Fragen des Gläubiger- und Gesellschafterschutzes waren schon damals Gegenstand zahlreicher Diskussionen; im Ergebnis dürfte man aber durch die Richtlinie dem Ziel der Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Schutzniveaus ein Stück nähergekommen sein. Es überrascht denn auch nicht, dass die CBMD das Konzept der partiell harmonisierenden Rahmenregelung¹⁴⁾ wie auch die Grundzüge des Verfahrens¹⁵⁾ aus der Fusions-RL übernahm. Der Gesellschafterschutz erfolgt grundsätzlich durch das sog. europäische Informationsmodell, das einen obligatorischen Gesellschafterbeschluss unter Einräumung weitreichender Informationsrechte vorsieht,¹⁶⁾ in Kombination mit Regelungsermächtigungen für die Mitgliedstaaten (Art. 121 Abs. 2 Satz 2 GesRRL = Art. 20 f. Fusions-RL).

Letztere führten jedoch zu zahlreichen Nachfolgeproblemen: Zunächst ermächtigt Art. 121 Abs. 2 Satz 2 GesRRL (Art. 4

Abs. 2 Satz 2 CBMD) nach seinem Wortlaut nur zum Schutz von *austrittenden* Minderheitsgesellschaftern, nicht jedoch zum Schutz solcher Gesellschafter, die in der Gesellschaft bleiben und nur einen Anspruch auf Verbesserung ihres Umtauschverhältnisses geltend machen wollen.¹⁷⁾ Offen blieb weiterhin die oben bereits erwähnte Frage, wie sich der Gläubiger- und Gläubigerschutz zur Eintragung der Gesellschaft im Zuzugsstaat verhalten sollte.

Die Idee eines Spruchverfahrens – wie es sich in Deutschland neben dem nationalen Umwandlungsrecht auch für die vergleichbare Situation angefochtener Hauptversammlungsbeschlüsse bewährt hat – wurde innerhalb Europas eher als Fremdkörper empfunden¹⁸⁾ und daher auch einer nur sehr eingeschränkten Regelung in Art. 127 Abs. 3 GesRRL (Art. 10 Abs. 3 CBMD) zugeführt. Es blieb und bleibt also den Mitgliedstaaten überlassen, ergänzende Regelungen zu treffen. In Deutschland erfolgte dies durch § 122h UmwG, der die Anwendung der Vorschriften zum Spruchverfahren (§§ 14, 15 UmwG) gemäß den Vorgaben der Richtlinie an die Existenz eines vergleichbaren Verfahrens im nationalen Recht der anderen beteiligten Gesellschaft bzw. an die Zustimmung der beteiligten Gesellschaften knüpft.¹⁹⁾ Derartige Parallelregeln führte die überwältigende Mehrzahl der Mitgliedstaaten aber gerade nicht ein; für eine Zustimmung der beteiligten Gesellschaften fehlte währenddessen schlicht der Anreiz.²⁰⁾ Daher schwebt in praktisch allen Fällen²¹⁾ nach deutschem Recht über der gesamten grenzüberschreitenden Verschmelzung das Damoklesschwert der Anfechtung wegen eines unangemessenen Umtauschverhältnisses.²²⁾ Die Regelung ist daher ein erhebliches Transaktionshindernis. Nicht zu Unrecht hat § 122h UmwG aus diesem Grund Kritik erfahren.²³⁾ Demgegenüber sehen andere Mitgliedstaaten keine Notwendigkeit einer späteren Anpassung.

7) Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 20.29; ausführlich hierzu Klein, RNotZ 2007, 565, 578.

8) Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2011, Rz. 933; zur Lückenfüllung ergänzt durch die kollisionsrechtliche Vereinigungstheorie, hierzu Klein, RNotZ 2007, 565, 577 f.

9) EuGH v. 25. 10. 2017 – Rs C-106/16, ZIP 2017, 2145 (m. Bespr. Bayer/Schmidt, S. 2225 u. Mörsdorf, S. 2381), Rz. 52 ff. zum Erfordernis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei entsprechenden Maßnahmen, dazu EWIR 2018, 7 (de Raet).

10) Dies ergibt sich indirekt aus der Regelungsermächtigung für die Mitgliedstaaten, vgl. nur die Ausführungen von Klein, RNotZ 2007, 565, 598 ff.

11) Hierbei ging es vor allem um die unternehmerische Mitbestimmung, Engert, in: Langenbacher, Europ. Privat- und Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., 2017, § 5 Rz. 100; s. auch Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 22.2.

12) Dieses findet sich neben der Fusions-RL auch in der Spaltungs-RL sowie in den SE- und SCE-VOen, hierzu m. w. N. Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 22.138.

13) Engert (Fußn. 11), § 5 Rz. 93 ff.

14) Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 22.138.

15) Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 20.29.

16) Engert (Fußn. 11), § 5 Rz. 95; Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 22.140.

17) Hierbei wurde jedoch überwiegend eine teleologische Reduktion der Norm vertreten, sodass schon eine Ablehnung der Verschmelzung mit diesem Umtauschverhältnis ausreicht, vgl. Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 22.144.

18) Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 22.145.

19) Ausführlich hierzu Drinhausen, in: Semler/Stengel, UmwG, 4. Aufl., 2017, § 122h.

20) Das Umtauschverhältnis kann durch das Verfahren nur nach oben, nicht aber nach unten angepasst werden, hierzu Bayer/J. Schmidt, NZG 2006, 841 (844).

21) Ausführlich hierzu Klein, RNotZ 2007, 565, 598.

22) BegrRegE zu § 122h, BT-Drucks. 16/2919, S. 16. Nach deutschem Recht hindert gem. § 122k Abs. 2 UmwG eine anhängige Klage das Registergericht daran, eine Verschmelzungsbescheinigung auszustellen, sodass auch die Verschmelzung als solche zunächst nicht eingetragen werden kann, Klein, RNotZ 2007, 565, 598.

23) Bayer, in: Lutter, UmwG, 5. Aufl., 2014, § 122h Rz. 3; Polley, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2016, § 122h UmwG Rz. 1.

sung des Umtauschverhältnisses und haben keine vergleichbaren Regelungen getroffen.²⁴⁾ Die Gesellschafter müssen sich dann schlicht mit dem beschlossenen Umtauschverhältnis abfinden, wenn sie sich nicht auf eine Barabfindung oder eine Veräußerung an Dritte (sofern dies nach dem Gesellschaftsvertrag möglich ist) einlassen wollen.

Somit ergibt sich ein uneinheitliches Bild: Für Konfliktfälle bestimmt zwar die kollisionsrechtliche Vereinigungstheorie, dass im Zweifel das Recht mit dem stärksten Schutzniveau Anwendung findet.²⁵⁾ So ermöglicht die gegenwärtige Regelung durch ihre Flexibilität in Bezug auf den Gesellschafterschutz ein hohes Niveau, dies jedoch angesichts des „Flickenteppichs“ nationaler Schutzstandards²⁶⁾ möglicherweise um den Preis einer klaren und rechtssicheren Verfahrensregelung.²⁷⁾ Nicht zuletzt darf man der gegenwärtigen Regelung auch eine gewisse Zufälligkeit des Gesellschafterschutzes unterstellen – abhängig davon, welche Schutzstandards die beteiligten Rechtsordnungen kennen. Darin zeigt sich ein erheblicher Harmonisierungsbedarf.²⁸⁾ Die oben angesprochene fehlende Harmonisierung des Verfahrensablaufs hat zu so gravierenden Komplikationen geführt, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen nur selten überhaupt durchgeführt werden konnten. Es ist daher zu begrüßen, dass der neue Richtlinienvorschlag diesen Zustand durch eine intensivere Verfahrensregulierung und damit -harmonisierung verbessern möchte.

2.2 Neuer Richtlinienvorschlag: Abstimmungserleichterung durch Verfahrensregulierung

Die Neuregelung der Verschmelzungsrichtlinie steht unter dem Zeichen einer verbesserten Abstimmung zwischen den Mitgliedstaaten. Im Kontext der Digitalisierung und der Einführung eines digitalen grenzüberschreitenden Registers überrascht es daher nicht, dass neben dem dringend notwendigen Rechtsrahmen für sämtliche Umstrukturierungsmaßnahmen auch die grenzüberschreitende Verschmelzung detaillierter geregelt wurde.²⁹⁾

Auch und gerade den Gesellschafterschutz hat der europäische Gesetzgeber dabei ins Visier genommen: Art. 126a RL-E unterscheidet zwischen austretenden Gesellschaftern und solchen, die lediglich mit dem Umtauschverhältnis nicht einverstanden sind (hierzu im Einzelnen unter III). Während austretende Gesellschafter im Wegzugsstaat und nach dessen Sachrecht die Höhe ihrer Barabfindung gerichtlich angreifen können, sind verbleibende Gesellschafter für Klagen gegen das Umtauschverhältnis jedenfalls auf das Sachrecht des Zuzugsstaats verwiesen. Ob in den Regelungen über das Umtauschverhältnis auch eine Regelung der internationalen Zuständigkeit zu sehen ist, lässt jedenfalls der Wortlaut der Richtlinie offen.³⁰⁾

Eindeutig geregelt ist indessen, dass eine Anfechtung des Umtauschverhältnisses erst nach der Eintragung im Zuzugsstaat möglich ist. Somit wird der oben erwähnte Konflikt zwischen dem Rechtsschutzinteresse der Gesellschafter und dem Rechtssicherheitsinteresse der Gesellschaften nunmehr klar aufgelöst: Zwar verbleibt den Gesellschaftern die Möglichkeit, ihre Rechte durchzusetzen. Jedoch hat dieses Verfahren nun keinen Einfluss mehr auf die Eintragung und damit die Wirksamkeit der Verschmelzung (Art. 126 Abs. 4 RL-E). Eine sol-

che Lösung ähnelt insofern dem deutschen Spruchverfahren. Dies überrascht vor dem Hintergrund, dass das Spruchverfahren trotz seiner mit dem aktuellen Richtlinienentwurf vergleichbaren Zielrichtung und Funktion³¹⁾ seinerzeit nur wenig Unterstützung gefunden hatte.

Der Richtlinienentwurf verhindert durch die weiterreichende Harmonisierung nationale Alleingänge, was schon für sich genommen begrüßenswert ist. Die weitreichende Delegation des Gesellschafterschutzes an die Regelungshoheit der Mitgliedstaaten hat sich jedenfalls offenbar nicht bewährt.

III. Das Gesellschafterschutzmodell des Art. 126a RL-Vorschlag

Neben den bisherigen Informations- und Partizipationsrechten besteht der Harmonisierungsvorschlag zum Schutz der Gesellschafter aus drei Elementen:

- Einem Austrittsrecht für alle Gesellschafter, die der Verschmelzung nicht zugestimmt haben, sowie deren Recht auf eine Barabfindung (Art. 126a Abs. 1-6 RL-E).
- Einem Nachbesserungsanspruch von verbleibenden Gesellschaftern bezüglich des Umtauschverhältnisses der Anteile in der alten Gesellschaft gegenüber denjenigen in der neuen Gesellschaft (Art. 126a Abs. 7-10 RL-E).
- Einem Anfechtungsausschluss im Hinblick auf den Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zur Verschmelzung (Art. 126 Abs. 4 RL-E).

Darüber hinaus enthält Art. 133a RL-E eine Vorschrift, die den Mitgliedstaaten vorschreibt, Regelungen für die Haftung des unabhängigen Sachverständigen, dem die Kontrolle der Angemessenheit der Barabfindung obliegt, zu erlassen. Damit wird ein zusätzlicher Ex-post-Schutz zugunsten der Gesellschafter vorgesehen, der den Schutz durch zutreffende Information absichern soll.³²⁾

1. Grundlegende Differenzierung in ausscheidende und bleibende Gesellschafter

Eine zentrale Unterscheidung in Art. 126a RL-E ist diejenige zwischen ausscheidenden und verbleibenden Gesellschaftern.

2. Die Barabfindung ausscheidender Gesellschafter

2.1 Schutzmechanismus

Gem. § 122i UmwG ist eine Barabfindung nur für die Gesellschafter der übertragenden deutschen Gesellschaft, nicht aber

24) Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 22.150 m. w. N.

25) Hierzu allgemein MünchKomm-Kindler, BGB, 7. Aufl., 2018, IntGesRz. 799 ff.

26) Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 22.150.

27) Vgl. zur Rechtslage bei Personengesellschaften Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 7.104: „(...) das Zusammentreffen der betreffenden Rechtsordnungen [führt] indes häufig zu Friktionen“; umfassender Noack/Kraft, DB 2018, 1577: „kein befriedigender Zustand“.

28) Kurtulan, (2017) 18 EBOR, 101, 113 ff.

29) Vgl. hierzu den Überblick bei J. Schmidt, Der Konzern 2018, 229; Noack/Kraft, DB 2018, 1577.

30) Für eine internationale Zuständigkeit des Wegzugsstaats J. Schmidt, Der Konzern 2018, 229, 238.

31) Ähnlich Noack/Kraft, DB 2018, 1577, 1581: „vergleichbar der Regelung in § 122h UmwG“.

32) Vgl. Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2011, § 8 Rz. 19.

für die Gesellschafter aller betroffenen Gesellschaften vorgesehen. Diese Diskrepanz überwindet Art. 126a Abs. 1 RL-E und harmonisiert diese Frage, indem der RL-E den Gesellschaftern aller Gesellschaften einen Anspruch einräumt. Damit können auch die Gesellschafter übernehmender Gesellschaften austreten.

Gem. Art. 126a Abs. 2 RL-E können die Mitgliedstaaten – in eingeschränktem Umfang – den Schuldner des Anspruchs festlegen. Gegenüber der bisherigen Rechtslage werden aber die potentiellen Anspruchsgegner durchaus erweitert, da die Mitgliedstaaten als Schuldner a) die betroffenen sich verschmelzenden Gesellschaften, b) die verbleibenden Gesellschafter der betroffenen sich verschmelzenden Gesellschaften und c) Dritte, im Einvernehmen mit den betroffenen sich verschmelzenden Gesellschaften vorsehen können.³³⁾ Allerdings ist nach dem Wortlaut etwas unklar, ob diese Anspruchsgegner kumulativ oder alternativ vorgesehen werden können. Jedenfalls scheint es undenkbar, dass nur Dritte (lit. c) in Betracht kommen, da dies dem Regelungszweck der Vermehrung der Möglichkeiten der austretenden Gesellschafter und damit dem Gesellschafterschutz zuwiderliefe. Der europäische Gesetzgeber sollte erwägen, die Buchstaben a und b mit einem „und“ sowie die Buchstaben b und c mit einem „und zusätzlich“ zu verbinden. Streben die Mitgliedstaaten einen umfassenden Gesellschafterschutz an, empfiehlt es sich, den Gesellschaftern alle in Art. 126a Abs. 2 RL-E genannten Möglichkeiten zu eröffnen.

Als ein zentrales materielles Problem dürften sich die unterschiedlichen Bewertungsstandards in den Mitgliedstaaten erweisen. Gem. Art. 126a Abs. 5 RL-E legt der Sachverständige, der zur Prüfung der Abfindung bestellt wurde, zwei Parameter für die Höhe der Barabfindung zugrunde: den Marktpreis vor Ankündigung der Verschmelzung und den nach anerkannten Bewertungsmethoden ermittelten Wert der Gesellschaft unter Ausklammerung der anstehenden Verschmelzung. Dass sich die Definition der *anerkannten* Methoden zwischen den Mitgliedstaaten deutlich unterscheidet, könnte im Fall grenzüberschreitender Verschmelzungen zu Problemen führen. Plant beispielsweise ein deutscher Rechtsträger die Verschmelzung mit einem italienischen Rechtsträger, so würde der deutsche Sachverständige die üblichen deutschen Bewertungsmethoden zugrunde legen, wobei schon bei einem rein deutschen Sachverhalt über diese erheblicher Streit besteht. Ein italienischer Sachverständiger würde hingegen die üblichen italienischen Bewertungsmethoden anwenden. Idealerweise sollte daher im Gesetzgebungsverfahren festgeschrieben werden, dass sich die Gesellschaften auf eine einheitliche Beurteilungsmethode einigen müssen, die über den Verschmelzungsplan kommuniziert und festgelegt wird.

2.2 Anwendbares Recht und internationale Zuständigkeit im Fall des Ausscheidens

Eine wesentliche Neuerung betrifft die Regelungen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit im Fall des Ausscheidens. Die in Art. 126a Abs. 7 RL-E enthaltenen Klarstellungen sind aus Sicht des IZVR und des IPR positiv zu bewerten. Danach sind die Gerichte des jeweiligen Rechtsträgers international zuständig; auch das Recht dieses Staats ist zur Anwendung berufen.

Die Anwendbarkeit des Rechts des Wegzugsstaats in diesen Fällen ist plausibel. Es handelt sich um eine Frage des Binnenrechts³⁴⁾ des übertragenden Rechtsträgers, denn sie betrifft das Verhältnis der Minderheitsgesellschafter zu ihrer Gesellschaft. Diesem Gesellschaftsstatut darf sich die Mehrheit der Gesellschafter nicht durch die grenzüberschreitende Verschmelzung entziehen.

Im Rahmen der internationalen Zuständigkeit ist die Regelung zugunsten der Gerichte des Wegzugsstaats sinnvoll. Die Streitigkeit resultiert aus dem Gesellschaftsbinnenverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern im Wegzugsstaat. Dementsprechend sollten auch die Gerichte dieses Staats zuständig sein, um den Gleichlauf von *forum* und *ius* zu gewährleisten.³⁵⁾ Handelt es sich z. B. bei der übertragenden Gesellschaft um eine deutsche Gesellschaft, wären also deutsche Gerichte zuständig und deutsches Recht anwendbar.

Allerdings scheint das Verhältnis der Neuregelung zu der Regelung der ausschließlichen Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten in Art. 24 Nr. 2 EuGVVO klärungsbedürftig. Danach sind insbesondere Beschlussmängelstreitigkeiten allein „am Sitz der Gesellschaft“³⁶⁾ zu führen. Das Verfahren gem. Art. 126a Abs. 6 RL-E bezieht sich jedoch allein auf die Neuberechnung der Barabfindung. Der Beschluss über die grenzüberschreitende Verschmelzung ist damit nicht unmittelbar erfasst. Jedoch hat der EuGH im März 2018 in der Rechtssache E.ON Czech Holding³⁷⁾ entschieden, dass für die Entscheidung über einen Barabfindungsanspruch im Rahmen eines Squeeze out Art. 24 Nr. 2 EuGVVO anzuwenden ist. Die Gesellschaft hatte ihren Sitz in Tschechien, der Mehrheitsaktionär war hingegen in Deutschland ansässig. Auch in diesem Fall war zwar nur über die Barabfindung zu befinden, das Gericht müsse aber, so der EuGH, zumindest die teilweise Gültigkeit des Beschlusses eines Organs der Gesellschaft (Gesellschafterversammlung) überprüfen und ggf. abändern, da in dem Beschluss die Höhe der Abfindung festgelegt sei.³⁸⁾

Auch wenn es in diesem Zusammenhang um die Verschmelzung und nicht um den Squeeze out geht, könnte man dieselben Überlegungen auch für die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zum Verschmelzungsplan (Art. 122 lit. m RL-E) zugrunde legen. Bei Neuberechnung der Barabfindung wäre der Zustimmungsbeschluss abzuändern. Ein konstruktiver Unterschied zu dem vom EuGH entschiedenen Fall ist nicht erkennbar. Würde man also Art. 24 Nr. 2 EuGVVO auf einen übertragenden deutschen Rechtsträger anwenden, wären ebenfalls deutsche Gerichte zuständig. Dennoch erscheint die Überschneidung gesetzessystematisch unschön. Insbesondere um der Frage nach der Übertragbarkeit der EuGH-Entschei-

33) J. Schmidt, Der Konzern 2018, 229, 237.

34) Vgl. MünchKomm-Kindler (Fußn. 25), IntGesR Rz. 522.

35) J. Schmidt, Der Konzern 2018, 229, 238.

36) Vgl. MünchKomm-Gottwald, ZPO, 5. Aufl., 2016, Art. 24 EuGVVO Rz. 23 ff., 30.

37) EuGH v. 7. 3. 2018 – Rs C-560/16, ECLI:EU:C:2018:167 = ZIP 2018, 683 – E.ON Czech Holding, m. Anm. Mankowski, LMK 2018, 405156 und Meilicke/Lochner, EWIR 2018, 389; der Prozess lag im zeitlichen Anwendungsbereich der EuGVVO a. F.

38) EuGH ECLI:EU:C:2018:167 = ZIP 2018, 683, Rz. 37 – E.ON Czech Holding.

dung auf die grenzüberschreitende Verschmelzung vorzugreifen, könnte sich eine Klarstellung in der RL als sinnvoll erweisen. Schließlich wäre noch eine Klarstellung dahingehend zu erwägen, dass Art. 126a Abs. 7 RL-E eine *ausschließliche* Zuständigkeitsregelung (wie Art. 24 Nr. 2 EuGVVO) enthält. Andernfalls könnte die Anordnung durch die allgemeine Zuständigkeitsregelung des Art. 4 EuGVVO nach dem allgemeinen Prinzip *actor sequitur forum rei* ausgehöhlt werden. Denn nach der Neuregelung kommen als Schuldner des Barabfindungsanspruchs verschiedene Personen in Betracht, die nicht alle zwingend am Sitz der Gesellschaft ansässig sind. Dass es sich bei der Neuregelung um eine ausschließliche Zuständigkeit handelt, erscheint bei teleologischer Betrachtung schon wegen der Umgehungsgefahr und zur Vermeidung widersprechender Entscheidungen offensichtlich. Trotzdem wäre zur Vermeidung von Missverständnissen eine entsprechende Klarstellung in Art. 126a Abs. 7 RL-E geboten.

3. Der Schutz verbleibender Gesellschafter vor ungünstigen Umtauschverhältnissen

3.1 Schutzmechanismus – Unterschiede zum geltenden Recht

Zum Schutz der verbleibenden Gesellschafter ist ein Schutzmechanismus in den Art. 126a Abs. 8 – 10 RL-E vorgesehen, welcher der bisherigen Lösung durch ein Spruchverfahren ähnelt, aber nicht vollständig gleicht: Die Gesellschafter, die die Verschmelzung nicht abgelehnt haben, können gem. Art. 126a Abs. 8 RL-E binnen eines Monats nach Wirksamwerden der Verschmelzung bei einem nationalen Gericht³⁹⁾ die Überprüfung des Umtauschverhältnisses verlangen. Schuldner des Anspruchs ist der *übernehmende* Rechtsträger. Falls die Gesellschafter nach Ansicht des Gerichts überteuert wurden, spricht dieses ihnen eine Abfindung zu. Die Abfindung bestand bisher zwingend nur in einer Barzahlung gem. § 122h UmwG, was häufig kritisiert wurde, da damit die Liquidität der Gesellschaft beansprucht wurde und insbesondere Gesellschaften mit wenig liquiden Mitteln sehr belastet wurden.⁴⁰⁾ Daher sieht die Neuregelung zwar weiterhin die bare Zuzahlung als Regelfall vor, auf Antrag der Gesellschaft oder der Gesellschafter kann das Gericht aber auch die Bereitstellung von weiteren Anteilen anordnen.

Das harmonisierte Verfahren weist gegenüber dem Spruchverfahren Unterschiede auf. Zunächst können die Gesellschafter aller beteiligten Rechtsträger ein solches Verfahren einleiten, vgl. Art. 126a Abs. 8 RL-E; gem. § 122h UmwG können hingegen nur Gesellschafter einer übertragenden Gesellschaft – unter den dortigen engen Voraussetzungen – einen solchen Anspruch geltend machen. Zudem können die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft bisher den Prozess durch Erhebung einer Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss blockieren oder zumindest hemmen, weil § 15 UmwG mangels Zustimmung der Gesellschafter der anderen beteiligten Rechtsträger nicht eingreift.⁴¹⁾

Eine weitere wesentliche Neuerung und Abweichung vom Spruchverfahren betrifft die Möglichkeit, dass ein Antrag auf Neubewertung des Umtauschverhältnisses auch zu einer Verschlechterung des Umtauschverhältnisses führen kann. Eine solche *reformatio in peius* war im Spruchverfahren nicht mög-

lich. Dies folgt aus der bereits erwähnten Änderung, dass – anders als im Spruchverfahren – die „Gesellschafter der sich verschmelzenden Gesellschaften“ sich gegen ihr jeweiliges, als unangemessen empfundenen Umtauschverhältnis wehren können. Damit wird also den Gesellschaftern aller beteiligten Rechtsträger ermöglicht, die zu hohen Umtauschverhältnissen der Gesellschafter anderer Rechtsträger zu rügen. Eine solche Verfahrensgestaltung entspricht nicht mehr dem Charakter des bisherigen Spruchverfahrens.

Schließlich entfaltet ein Verfahren zur Neuberechnung des Umtauschverhältnisses auch nur Wirkung zwischen den „Gesellschaftern, die das Verhältnis erfolgreich angefochten haben“ und dem übernehmenden Rechtsträger, Art. 126a Abs. 9 RL-E. Diese *inter-partes*-Wirkung entspricht ebenfalls nicht der *erga-omnes*-Wirkung des Spruchverfahrens gem. § 13 SpruchG. Diese Entwicklung durch den RL-E wird kritisch gesehen; beispielsweise fordert J. Schmidt unter Hinweis auf die Gleichbehandlung der Gesellschafter die Ausdehnung der Wirkung auf alle Gesellschafter.⁴²⁾ Ob jedoch die Ratio der *erga-omnes*-Wirkung im Spruchverfahren übertragbar ist, erscheint unklar, da sich die Verfahrensgestaltung zum Schutz der Gesellschafter zwar am deutschen Recht orientiert, aber keine deckungsgleiche Kopie darstellt. Die Abweichungen des RL-E vom bisherigen Spruchverfahren dürften damit auch den richtlinienumsetzenden Gesetzgeber vor die schwierige Frage stellen, ob sich die Neuerungen im SpruchG umsetzen lassen.

Wäre beispielsweise ein Gesellschafter des italienischen Rechtsträgers mit den Umtauschverhältnissen der deutschen Gesellschaft nicht einverstanden, könnte er sich aufgrund der Neuregelung des Art. 126a Abs. 8 RL-E gegen die Verteilung der Gesellschaftsanteile in dem übernehmenden Rechtsträger wehren. Allerdings bliebe unklar, welche Methode dann der Bewertung zugrunde zu legen wäre. Für diesen Fall enthält Art. 126a RL-E gar keine Regelung, weil diejenige des Abs. 5 auf die Barabfindung zugeschnitten ist und deshalb nicht ohne Weiteres übertragbar sein dürfte. Anders als bei der Barabfindung erfordert die Bestimmung eines angemessenen Umtauschverhältnisses nämlich eine *vergleichende* Bewertung zwischen den Anteilen an den übertragenden und den Anteilen am übernehmenden Rechtsträger. Um diesem Problem zu begegnen, wäre es sinnvoll, in dem RL-E vorzuschreiben, dass für die gesamte Transaktion einer einheitlichen Bewertungsmethode gefolgt wird. Dies sollte in den Verschmelzungsplänen sämtlicher beteiligter Rechtsträger in Art. 122 lit. b oder c GesRRL verankert werden.

3.2 Anwendbares Recht und zuständige Gerichte im Fall des Verbleibens

3.2.1 Anwendbarkeit des Zuzugsstaatsrechts

Auf die Pflicht zur Leistung einer zusätzlichen Barabfindung und zusätzlicher Anteile ist gem. Art. 126a Abs. 10 RL-E das

39) Vgl. dazu den folgenden Abschnitt, III 3.2.1.

40) Bayer (Fußn. 23), § 122h Rz. 4; J. Vetter, ZHR 168 (2004), 8, 42 ff.; M. Winter, in: Festschrift Happ, 2006, S. 363, 379 ff.

41) Bayer (Fußn. 23), § 122h Rz. 3; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 8. Aufl., 2018, § 122h UmwG Rz. 1.

42) J. Schmidt, Der Konzern 2018, 229, 238.

Recht des Zuzugsstaats anwendbar. Ob und in welchem Umfang also den verbleibenden Gesellschaftern, die nur mit dem Umtauschverhältnis unzufrieden sind, weitere Anteile oder Zahlungen zustehen, entscheidet das Gesellschaftsstatut des übernehmenden Rechtsträgers.⁴³⁾

Neben dieser Kollisionsnorm gestaltet der RL-E selbst den Inhalt des sachrechtlichen Anspruchs von Umtauschverhältnisläugigern weitgehend aus. So heißt es in Art. 126a Abs. 9 RL-E, dass die Gerichte zur Grundlage der Bemessung der zusätzlichen Barabfindung oder der zusätzlichen Anteile ein angemessenes Umtauschverhältnis zugrunde zu legen haben. Im Rahmen des Begriffs der Angemessenheit dürfte wenig Raum für mitgliedstaatliche Konkretisierungen bestehen, weil sich über ein angemessenes Umtauschverhältnis kaum allgemeingültige Normen aufstellen lassen und der Begriff der Angemessenheit durch den EuGH letztentscheidend ausgelegt wird.⁴⁴⁾ Relevant wird die Kollisionsnorm deshalb insbesondere dann, wenn es um *zusätzliche* Schutzstandards geht, welche die Mitgliedstaaten neben der Richtlinie erlassen können.⁴⁵⁾

3.2.2 Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit ist im RL-E nicht ausdrücklich geregelt, Art. 126a Abs. 8 RL-E spricht nur von den „nationalen“ Gerichten. Das wirft zwei Fragen auf: *Erstens* ist damit unklar, ob der RL-E überhaupt eine Zuständigkeitsregelung aufstellen will. Bejahendenfalls ist *zweitens* zu klären, die Gerichte welches Staats zuständig sind. Gerade die Frage der internationalen Zuständigkeit war bei der alten Spruchverfahrensregelung (§ 122h UmwG) ungeklärt und umstritten.⁴⁶⁾

3.2.2.1 Regelung der internationalen Zuständigkeit durch die Richtlinie

Dass der RL-E eine Zuständigkeitsregelung für die Verfahren gegen das Umtauschverhältnis von Anteilen festlegen will, legt der systematische Vergleich innerhalb des Art. 126a nahe. In Art. 126a Abs. 7 ist für das Verfahren über die Höhe der Barabfindung für ausscheidende Gesellschafter geregelt, dass die Gerichte desjenigen Staats zuständig sind, dem die sich verschmelzende Gesellschaft unterliegt. Die Norm begründet also eine Zuständigkeit der Gerichte des Wegzugsstaats. Weil aber für die Verfahren gegen das Umtauschverhältnis ein vergleichbar hohes Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsvereinheitlichung besteht, ist davon auszugehen, dass auch Art. 126a Abs. 8 RL-E zumindest implizit eine internationale Zuständigkeitsregelung enthält.⁴⁷⁾ Da das internationale Zivilprozessrecht in besonderem Maße von dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit zur rechtssicheren Ermittlung des Gerichtsstands geprägt ist, entspräche eine deutliche Zuordnung der internationalen Zuständigkeit auch der Zielsetzung des RL-E.

3.2.2.2 Internationale Zuständigkeit der Zuzugsstaatsgerichte

Diese Regel für die internationale Zuständigkeit kann nun in zwei Richtungen weisen: in die des Zuzugs- oder in die des Wegzugsstaats. Teilweise befürworten erste Stellungnahmen im Schrifttum die Zuständigkeit des Wegzugsforums.⁴⁸⁾ Damit würde die Parallele zum Regelungsinhalt des Art. 126a Abs. 7

RL-E noch weiter vertieft: Die Gerichte des Wegzugsstaats wären dann sowohl für Erhöhungen der Barabfindung als auch für eine Anpassung des Umtauschverhältnisses zuständig.

Es spricht gleichwohl mehr dafür, dass die Gerichte des Zuzugsstaats über das Umtauschverhältnis zu befinden haben. Darin liegt eine Parallele nicht zum Regelungsinhalt, wohl aber zum Regelungskonzept des Art. 126a Abs. 7 RL-E: Dieser führt nämlich zu einem international-privatrechtlich wünschenswerten Gleichlauf von *forum* und *ius*.⁴⁹⁾ Ein ebensolcher ergibt sich im Kontext des Umtauschverhältnisses aber nur, wenn die Zuzugsstaatsgerichte zuständig sind, denn gem. Art. 126a Abs. 10 RL-E ist das anwendbare Recht das des Zuzugsstaats.

3.2.2.3 Gebotene Ungleichbehandlung von Barabfindungs- und Umtauschverhältnisklägern

Im Ergebnis werden dadurch Barabfindungskläger von den Wegzugsstaatsgerichten und nach dem Recht des Wegzugsstaats behandelt, während Umtauschverhältniskläger von den Zuzugsstaatsgerichten und nach dem Recht des Zuzugsstaats behandelt werden. Es findet also eine Ungleichbehandlung der beiden Klassen von Anspruchstellern auf Ebene von *forum* und *ius* statt. Ein rechtliches oder politisches⁵⁰⁾ Gleichbehandlungsgebot, das dem entgegenstehen könnte, greift aber nur dann ein, wenn die Lebenssachverhalte – also die der Barabfindungs- und der Umtauschverhältnisklage – einander in den wesentlichen Gesichtspunkten gleichen.⁵¹⁾ Eben dies ist aber nicht der Fall.

Die Barabfindung sollte es Gesellschaftern ermöglichen, vollständig von der Verschmelzung und ihren Folgen Abstand zu nehmen. Für sie ist es deshalb allein konsequent, sie weiterhin dem vor der Verschmelzung zuständigen Forum zu unterwerfen, also den Gerichten des Wegzugsstaats der sich verschmelzenden Gesellschaft,⁵²⁾ und das bisherige Gesellschaftsstatut anzuwenden, also das Recht des Wegzugsstaats.⁵³⁾ Dem trägt Art. 126a Abs. 7 RL-E in seiner Zuständigkeitsanordnung und seiner Kollisionsnorm Rechnung.

Diese Lage der Barabfindungsläugiger ist von derjenigen verbleibender Gesellschafter grundverschieden. Letztere sollten gerade so gestellt werden, dass sie an den Folgen der Verschmelzung teilhaben, denn sie haben sich auf die Verschmelzung und damit auf die neue Gesellschaft eingelassen. Wer nur das

43) MünchKomm-Weller, GmbHG, 3. Aufl., 2018, Einleitung I Rz. 355.

44) Gaitanides, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., 2015, Art. 267 AEUV Rz. 18.

45) J. Schmidt, Der Konzern 2018, 229, 237.

46) Für eine „mittelbare“ Lösung aus der RL Bayer (Fußn. 23), § 122h Rz. 21; Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fußn. 5), Rz. 22.149; für eine Lösung aus der EuGVVO Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwG, 2018, § 122h Rz. 62; Kiem, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, 2. Aufl., 2016, § 122h UmwG Rz. 9.

47) J. Schmidt, Der Konzern 2018, 229, 238.

48) So J. Schmidt, Der Konzern 2018, 229, 238: „Gemeint sein dürften hier – ebenso wie beim Abfindungsanspruch – jeweils die Gerichte des Mitgliedstaats der jeweiligen sich verschmelzenden Gesellschaft [...]“.

49) J. Schmidt, Der Konzern 2018, 229, 238.

50) Zur überrechtlichen Natur des Gleichheitssatzes Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 181 Rz. 2: „vielfach Inhalt der Gerechtigkeit schlechthin“.

51) Sie dazu Kischel, in: BeckOK GG, Stand: 15. 5. 2018, Art. 3 Rz. 17, allerdings mit Verortung auf Rechtfertigungsebene.

52) Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl., 2018, Art. 24 EuGVVO Rz. 7.

53) MünchKomm-Weller (Fußn. 43), Einleitung I Rz. 355.

Umtauschverhältnis angreift, hat sich bewusst dafür entschieden, mit der verschmelzenden Gesellschaft in den Zuzugsstaat überzusiedeln. Hätte er sich nicht darauf eingelassen, so stünde ihm eine Barabfindung samt Gerichtsstand im Wegzugsstaat offen. Wer sich aber auf den Wechsel der Gesellschaft einlässt, dem ist auch ein Gerichtsstand im Zuzugsstaat zumutbar. Es ist deshalb konsequenter, die verbleibenden Gesellschafter den Gerichten und dem Sachrecht der neuen Gesellschaft und damit forum und ius des Zuzugsstaats zu unterstellen.

Daneben ist auch zu berücksichtigen, dass der Schuldner bei gegen das Umtauschverhältnis gerichteten Ansprüchen ein anderer ist: Die Barabfindung kann von den in Art. 126a Abs. 2 lit. a – c RL-E Genannten verlangt werden, also insbesondere von den sich verschmelzenden Gesellschaften und ihren Gesellschaftern. Kläger und Beklagte verbindet hier also der Wegzugsstaat. Der Schuldner bei Klagen gegen das Umtauschverhältnis ist hingegen der übernehmende Rechtsträger, den auch der Kläger als den seinen gewählt hat. Kläger und Beklagter im Rahmen des Art. 126a Abs. 9 RL-E sind folglich durch den Zuzugsstaat verbunden.

Dass die Neuregelung Barabfindungs- und Umtauschverhältniskläger verschieden behandelt, ist deshalb zwar richtig. Jedoch greift hier dennoch nicht das Gebot, Gleiches gleich zu behandeln. Es gilt vielmehr der spiegelbildliche Ungleichheitssatz: Wesentlich Ungleiches soll nicht gleich behandelt werden.⁵⁴⁾

3.3 Verfassungsrechtlicher Rahmen

Der Umtausch in einem kollektiv bestimmten Verhältnis und die nicht vollständig freiwillige Aufgabe von Anteilen führen zu einer Beeinträchtigung der Rechte von Anteilshabern. Wenn diese Beeinträchtigungen gesetzlich vorgesehen sind, so ist damit das Verfassungsrecht zur Prüfung aufgerufen.

Das Anteilsrecht von Gesellschaftern gehört, verfassungsrechtlich gesprochen, zu deren Eigentum.⁵⁵⁾ Wird durch eine gesetzliche Regelung, etwa die Einschränkung von Rechten bei einer Verschmelzung, auf dieses Eigentum zugegriffen, so muss sich das Gesetz grundsätzlich an Art. 14 Abs. 1 GG messen lassen. Für den vorliegenden Fall ist das Grundgesetz allerdings nicht Prüfungsmaßstab: In Rede steht eine Richtlinienregelung und damit Unionsrecht. Dieses prüft das BVerfG seit seiner Solange-II-Entscheidung grundsätzlich nicht mehr am Maßstab der nationalen Verfassung.⁵⁶⁾ Obwohl eine Richtlinie noch der Umsetzung in nationales Recht bedarf, erfolgt konsequenterweise auch in Ansehung des Umsetzungsgesetzes keine Prüfung nach dem GG, soweit dessen Inhalt durch die Richtlinie determiniert ist.⁵⁷⁾ Damit ist die Regelung des Art. 126a RL-E nicht an Art. 14 Abs. 1 GG zu messen.

In Betracht kommt aber eine Kontrolle anhand der EMRK. In deren Rahmen gewährt Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls (nachfolgend: ZP-EMRK) auch Anteilshabern Schutz.⁵⁸⁾ Zwar ist die Europäische Union nicht Mitglied der EMRK. Der EGMR prüft jedoch, im Gegensatz zum BVerfG, die Umsetzung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten am Maßstab der Konvention.⁵⁹⁾ Daneben gilt Art. 17 EuGrCh, an den gem. Art. 6 EUV die Union selbst unmittelbar gebunden ist. Dieses Grundrecht ist wie die übrigen Gewährleistungen der Charta im Lichte

der EMRK auszulegen (Art. 52 Abs. 3 EuGrCh) und erfasst folglich ebenfalls die Rechte von Anteilshabern.⁶⁰⁾

Vorliegend liegt in der geplanten Regelung zwar keine Enteignung, weil der Staat nicht die unmittelbare Ursache für einen etwaigen Anteilsverlust setzt und die Regelung dem auch faktisch nicht gleichkommt.⁶¹⁾ Als Vergleichspunkt dient hier die EGMR-Rechtsprechung zur Anteilsabsenkung infolge einer Kapitalerhöhung, in der nur in einem Extremfall eine De-facto-Enteignung angenommen wurde (von 45 % zu 0,4 % bei vollständigem Wertverlust).⁶²⁾ Die Konvention und folglich auch die Charta schützen aber nicht nur den Anteilsbestand, sondern überdies auch den Gebrauch des eigenen Anteils.⁶³⁾ Die Regelung der Auswirkungen einer Verschmelzung auf die Anteile von Gesellschaftern greifen demnach in Art. 1 ZP-EMRK und Art. 17 EuGrCh ein.

Dieser Eingriff ist jedoch einer Rechtfertigung zugänglich. Neben einem Allgemeininteresse an der Regelung ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich.⁶⁴⁾ Dabei sind neben den Interessen der Barabfindungs- und Umtauschverhältniskläger auch die Interessen der übrigen Gesellschafter und der Gesellschaft an effektiver Durchführung der Verschmelzung zu berücksichtigen. Insbesondere die letztgenannte Ermöglichung rechtssicherer Verschmelzungen begründet ein Allgemeininteresse an der Regelung.⁶⁵⁾ Stellt man dies sowie die dargestellten, durchaus effektiven Schutzmechanismen zugunsten von ausscheidenden wie bleibenden Gesellschaftern in Rechnung, so ist die Regelung des Richtlinienvorschlages ein ausgewogener Kompromiss: Sie trägt sowohl dem Interesse der Gesellschafter am Wert- bzw. Einflussverlust als auch dem Gesellschaftsinteresse an ungehinderter Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung Rechnung. Folglich ist sie mit Art. 17 EuGrCh und Art. 1 ZP-EMRK vereinbar.

54) Siehe zum Ungleichbehandlungsgebot etwa *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 371 ff., insb. 372: „Wenn es einen zureichenden Grund für die Gebotenheit einer Ungleichbehandlung gibt, dann ist eine Ungleichbehandlung geboten.“

55) BVerfG ZIP 2007, 1055: „Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet das Eigentum. Hiervon umfasst wird auch das in der Aktie verkörperte Anteilseigentum, das im Rahmen seiner gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung durch Privatnützigkeit und Dispositionsbefugnis über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet ist [...]“

56) BVerfG NJW 1987, 577, LS 2.

57) BVerfG NJW 2012, 45, LS 1: „Die Vorlage eines Gesetzes, das Recht der Europäischen Union umsetzt, nach Art. 100 I 1 GG an das BVerfG ist unzulässig, wenn das vorliegende Gericht nicht geklärt hat, ob das von ihm als verfassungswidrig beurteilte Gesetz in Umsetzung eines dem nationalen Gesetzgeber durch das Unionsrecht verbleibenden Gestaltungsspielraums ergangen ist.“ Siehe auch Rz. 46 der Entscheidung.

58) EGMR NJW-RR 2009, 141, 143: „[...] Aktien, die als „Eigentum i. S. von Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK“ anzusehen sind“.

59) Dazu, auch zu den Einschränkungen dieses Satzes s. *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, 4. Aufl., 2017, Art. 1 Rz. 13 f.

60) *Jarass*, in: *Jarass*, EuGrCh, 3. Aufl., 2016, Art. 52 Rz. 64: „höchst gewichtige Rechtserkenntnisquelle“.

61) Zum Maßstab s. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 6. Aufl., 2016, § 25 Rz. 10 f.

62) EGMR v. 7. 11. 2002 – Application no. 30417/96 – *Olczak* ./ *Polen*.

63) *Meyer-Ladewig/von Raumer*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, 4. Aufl., 2017, Art. 1 ZP Rz. 26.

64) *Jarass* (Fußn. 60), Art. 17 Rz. 27 f.

65) Zum Begriff s. *Grabenwarter/Pabel* (Fußn. 61), § 25 Rz. 19 mit Rz. 26: „Aufgrund der zahlreichen in diesem Gebiet zu beachtenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Fragestellungen darf der Gesetzgeber seinen Wertentscheidungen zum Durchbruch verhelfen, solange sie nicht einer vernünftigen Grundlage entbehren.“

IV. Zusammenfassung in Thesen

1. Der Gesellschafterschutz bei grenzüberschreitenden Umwandlungen wirft zahlreiche Probleme auf: Neben seiner genauen Ausgestaltung stellt sich vor allem die Frage danach, wie sich dessen Mechanismen zur Eintragung der Zielgesellschaft im Zuzugsstaat verhalten.
2. Die aktuelle Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung überantwortet sowohl den Gesellschafterschutz als auch seine Auswirkungen auf die Eintragung weitgehend den Mitgliedstaaten, wodurch eine Vielzahl divergierender Schutzstandards entstanden ist. Der Richtlinienentwurf sieht eine stärkere, für die Mitgliedstaaten verbindliche Verfahrensregulierung vor und ist damit Ausdruck eines höheren Harmonisierungsniveaus.
3. Der geplante Schutzmechanismus besteht aus einem Austrittsrecht und Recht auf Barabfindung für die ausscheidungswilligen Gesellschafter oder einem Nachbesserungsanspruch der verbleibenden Gesellschafter. Im Gegenzug ist die Anfechtung im Hinblick auf den Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zur Verschmelzung ausgeschlossen.
4. Als zentrales sachrechtliches Problem könnten sich die unterschiedlichen Bewertungsstandards erweisen. Sinnvoll wäre es daher, wenn die Richtlinie die beteiligten Gesellschaften zur Festlegung auf eine einzige Bewertungsmethode für alle beteiligten Gesellschaften zwingen würde.
5. Unklar ist das Verhältnis der Regelung der internationalen Zuständigkeit von Art. 24 Nr. 2 EuGVVO und Art. 126a Abs. 7 RL-E, gerade unter Berücksichtigung der neuen EuGH-Entscheidung in E.ON Czech Holding. In der Richtlinie sollte

eine ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des Wegzugsstaats für die Prüfung der Barabfindung festgelegt werden.

6. Auch wenn das neue Verfahren in dem Richtlinienentwurf dem Spruchverfahren mit dem Anfechtungsausschluss ähnelt, bestehen gewisse Unterschiede. Beispielsweise sollen die Gesellschafter aller beteiligten Gesellschaften klagen können. Zudem ist auch eine Verschlechterung der Umtauschverhältnisse möglich. Ferner wirkt das Verfahren nach dem RL-E nur *inter partes* und nicht *erga omnes*.
7. Für Entscheidungen über das Umtauschverhältnis sind, trotz des unklaren Wortlauts, nach vorzugswürdiger Ansicht die Gerichte des Zuzugsstaats zuständig. Auch das anwendbare Recht ist gem. Art. 126a Abs. 10 RL-E dasjenige des Zuzugsstaats, sodass es zu einem Gleichlauf von *forum* und *ius* kommt.
8. Die darin liegende Ungleichbehandlung im Vergleich zu Barabfindungsgläubigern rechtfertigt sich daraus, dass sich die Umtauschverhältnisläubiger bewusst entschieden haben, die Verschmelzung mitzutragen. Damit haben sie sich auch auf das neue Gesellschaftsstatut und den Gerichtsstand im Zuzugsstaat eingelassen. Barabfindungs- und Umtauschverhältnisläubiger stellen insofern wesensverschiedene Lebenssachverhalte dar, die sogar unterschiedlich behandelt werden *sollten*.
9. Die Regelungen des RL-E zum Schutz von Gesellschaftern in der Verschmelzung sind mit den einschlägigen Grundrechten, Art. 1 ZP-EMRK und Art. 17 EuGrCh, vereinbar. Sie schaffen einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den Interessen der Gesellschafter und dem wirtschaftlichen Allgemeininteresse an der effektiven Durchführbarkeit von Verschmelzungen.