

Fusion von Genossenschaftsbanken – Hinweise zur Vermeidung von Fehlerquellen: Erfahrungen und Lösungsansätze aus der anwaltlichen Praxis

Stephan J. Bultmann*

Zusammenfassung

Im Beitrag werden praktische Erfahrungen und Lösungsansätze aus der anwaltlichen Begleitung mehrerer Fusionen von Genossenschaftsbanken dargestellt, wobei das Hauptaugenmerk der Vorbereitung des Fusionsvorgangs und der Gestaltung und Kommunikation der Inhalte des Verschmelzungsvertrags gilt. Der Verfasser weist auf „Fallstricke“ hin, die zu vermeidbaren – Fehlern führen können und gibt praxiserprobte Tipps zur Gestaltung einzelner Fusionsvorgänge.

Summary

This article discusses practical experience and problem-solving approaches regarding mergers of cooperative banks from a lawyer's viewpoint. The main focus hereby is on the preparation of the process of a merger and the proper communication of the contents of the fusion contract. Regarding the merger process, the author points out potential problems and presents practical solutions.

Résumé

La présente contribution étudie des résolutions concrètes de problèmes posés par des fusions de banques coopératives, sous l'angle des cabinets d'avocat qui ont accompagné ces processus, de l'amont à la réorganisation jusqu'à la communication des documents finaux. L'auteur pointe des « pièges » qui peuvent conduire à des erreurs et, fort de ces expériences, propose des pistes pour mener à bien ces processus de fusion.

* Der Autor ist Partner der überörtlichen Sozietät SNP Schlawien Naab Partnerschaft, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Büro Berlin, und auf Bank- und Immobilienrecht sowie auf Genossenschaftsrecht spezialisiert (stephan.bultmann@snp-online.de; www.snp-online.de). RA Bultmann war von 1996–1998 als Synkursanwalt einer Genossenschaftsbank im Bereich Riskmanagement/Kreditsanierungen tätig und hat in dieser Funktion sowie als Rechtsanwalt bei SNP seit 1999 mehrere Bankfusionen in der VR- und Sparda-Banken-Gruppe begleitet. Er ist Mitglied im Kompetenzteam „Banken & Finanzen“ bei SNP.

passt, dass nach dem „Nominalwertprinzip“ ein Geschäftsanteil der Bank A einem Geschäftsanteil der Bank B entspricht. Entsprechendes gilt für die Haftsummen.

Werden nicht bereits vor der Fusion satzungsmäßige Vorkehrungen für ein Umtauschverhältnis 1:1 getroffen, sondern unterscheiden sich die Beträge für Geschäftsanteile und Haftsummen zwischen den beteiligten Instituten, kann auch im Verschmelzungsvertrag eine Regelung dahingehend getroffen werden, dass jedes Mitglieder der übertragenden Genossenschaft mit mindestens einem und im Übrigen mit so vielen Geschäftsanteilen an der übernehmenden Genossenschaft beteiligt ist, wie durch Anrechnung seines Geschäftsguthabens bei der übertragenden Genossenschaft als voll eingezahlt anzusehen sind. Dabei ist für die Feststellung des Geschäftsguthabens die Schlussbilanz der übertragenden Genossenschaft maßgebend. Infolge der Verschmelzung kann dann auch im Nachgang eine Zerlegung der Geschäftsanteile erfolgen.

Im Allgemeinen ist es so, dass der „wahre“ oder „innere“ Wert der Beteiligungen der Mitglieder bei der Fusion von Genossenschaftsbanken keine Rolle spielt, weder für die Mitglieder der übertragenden Genossenschaft noch für die Mitglieder der übernehmenden Genossenschaft. Namentlich findet keine Aufdeckung der „stillen Reserven“ der beteiligten Banken statt. Es wird hier die Auffassung vertreten, dass das in der Praxis der Bankfusionen beim Umtausch von genossenschaftlichen Geschäftsanteilen durchgeführte „Nominalwertprinzip“ (vgl. § 85 Abs. 1 UmwG)⁵ berechtigterweise zur Anwendung kommt, weil es einerseits der Eigenkapitalerhaltung und somit dem Bestandsschutz der Genossenschaft diene⁶ und andererseits im Hinblick auf die in der Regel geringfügige Höhe der Geschäftsanteile der Mitglieder eine Beteiligung an den „stillen Reserven“ sich auch nur entsprechend gering auswirken würde. Den Kritikern des „Nominalwertprinzips“ ist auch entgegen zu halten, dass die „stillen Reserven“ bewertet werden müssten, was wegen des damit verbundenen Aufwands völlig außer Verhältnis zu den im Regelfall erzielbaren Wirkungen stehen würde. Ein Ausgleich durch Zuzahlung zur Verbesserung des Umtauschverhältnisses für den Fall zu niedrig bemessener Anteile, wie es die allgemeine umwandlungsrechtliche Vorschrift des § 15 UmwG vorsieht, findet aufgrund der Spezialvorschrift des § 85 UmwG bei der Verschmelzung von (Kredit-)Genossenschaften grundsätzlich nicht statt.

Damit ist jedoch nicht gesagt, dass die insbesondere in der Betriebs- und Sozialwissenschaft geführte Diskussion um den „wahren“ oder „inneren“ Wert der

⁵ Siehe dazu Lang, J./Weidmüller, L./Lehnhoff, D.: GenG, 36. Aufl., Berlin 2008, zu § 85 UmwG Rn. 1, entsprechend die Kommentierung von Schaffland, H.-J. in der 33. Aufl. des Kommentars, Anh. 1 (§ 85 UmwG) und zu § 7 GenG, Rn. 19.

⁶ Vgl. dazu Beuthien, V.: Genossenschaftsgesetz, 14. Aufl., München 2004, UmwG §§ 2 ff. Rn. 44–47, insbesondere Rn. 45 unter Hinweis auf die Begründung im Regierungsentwurf zum UmwG (BT-Drucks. 12/6699, S. 108).

Genossenschaftsbeteiligung⁷ im Einzelfall nicht durchaus berechtigt sein kann. Dies gilt vor allem dort, wo Genossenschaftsmitglieder z. B. bei Produktivgenossenschaften persönlich eng und dauerhaft zusammenarbeiten, so dass ein Geschäftsguthaben des einzelnen Mitglieds kaum widerspiegeln dürfte. Aus juristischer Sicht ist darauf hinzuweisen, dass § 85 UmwG die Generalklausel des § 15 UmwG nicht schlechthin verdrängt, sondern nur modifiziert. In Fällen, in denen ein „innerer“ Wert (Firmenwert, good will, „stille Reserven“ etc.) durch besonderes persönliches Engagement geschaffen worden ist und daher ein Missverhältnis der Werte umzutauschender Geschäftsanteile entsteht, erscheint ein Ausgleich durch Zuzahlung gemäß § 15 UmwG oder durch Zuschreibung auf das Geschäftsguthaben i. S. v. § 85 Abs. 2 UmwG als durchaus sachgerecht und mit dem Gesetz vereinbar.

c) Arbeitnehmervertretung einbinden

Die Arbeitnehmerinteressen werden im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung durch den Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) und im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung durch die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wahrgenommen. Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat hängt von der Anzahl der in einem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer ab: Bei einer Beschäftigtenzahl von mehr als 500 Arbeitnehmern findet Mitbestimmung in dem drittelparitätisch besetzten Aufsichtsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz von 1956 (BetrVG 1956) statt, während ab einer Beschäftigtenzahl von mehr als 2.000 Arbeitnehmern die Mitbestimmung in dem paritätisch besetzten Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 wahrzunehmen ist.

1. Betriebsübergang (§ 613a BGB)

In den Verschmelzungsverträgen finden sich regelmäßig Regelungen über die Fusionsfolgen für die Arbeitnehmer und den Betriebsrat insbesondere der übertragenden Genossenschaft. Da die Arbeitsverhältnisse der übertragenden Genossenschaft auf den übernehmenden Rechtssträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen (Betriebsübergang i. S. v. § 613a BGB), besteht individualarbeitsrechtlich Vertragskontinuität und besonderer Kündigungsschutz wegen Umständen, die auf dem Betriebsübergang beruhen. Die Kündigungsrechte aus anderen Gründen (z. B. aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB)

⁷ Vgl. dazu die empirische Untersuchung von Fink, S./Hanisch, M./Peemöller, V. H.: Unternehmensbewertung zur Unterstützung von Entscheidungen bei der Verschmelzung von Genossenschaften, in: Berliner Beiträge zum Genossenschaftswesen Bd. 66, Berlin 2007, S. 12 ff.

bleiben dagegen auch beim Betriebsübergang unberührt (vgl. § 613a Abs. 4 S. 2 BGB).⁸

2. Stellenabbau

In seltenen Fällen werden im Verschmelzungsvertrag sogar Regelungen über einen – sozialverträglich zu gestaltenden – Stellenabbau vorgesehen, wie dies z. B. bei der Berliner Volksbank (BVB) der Fall war. Hier war ein Abbau von 300 bis 430 Stellen vertraglich geregelt worden, der überwiegend durch natürliche Fluktuation erfolgen sollte. Eine solche eher „programmatische“ Regelung im Verschmelzungsvertrag ist zulässig und verstößt insbesondere nicht gegen das aus § 613a Abs. 4 S. 1 BGB folgende Kündigungsverbot. Denn die Möglichkeit zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch betriebsbedingte Kündigungen soll mit dieser Regelung gerade nicht zum Ausdruck gebracht werden.

3. Statusverfahren gemäß §§ 97–99 AktG

Sollte die Anzahl der bei der übernehmenden und der übertragenden Genossenschaft beschäftigten Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Verschmelzung 500 übersteigen, kann im Verschmelzungsvertrag geregelt werden, dass für die Bestimmung der Arbeitnehmervertreter in dem dann nach BetrVG von 1956 drittelparitätisch zu besetzenden Aufsichtsrat das Statusverfahren nach §§ 97–99 AktG analog anzuwenden ist. In einem solchen Fall kann z. B. bestimmt werden, dass der Aufsichtsrat höchstens 15 Mitglieder haben darf, wobei zehn Mitglieder Genossen (Anteilseignervertreter) sein müssen und von der Vertreterversammlung zu wählen sind, während fünf Arbeitnehmervertreter von der Belegschaft gewählt werden. Darüber hinaus kann im Verschmelzungsvertrag angeordnet werden, dass eine bestimmte Zahl der Anteilseignervertreter aus dem bisherigen Geschäftsbereich der übertragenden Genossenschaft kommen soll.

4. Mitbestimmung nach §§ 76, 77, 77a BetrVG von 1952

Die Vorstände der beteiligten Genossenschaften werden versuchen, die Anzahl der Arbeitnehmer vor dem Verschmelzungstag so abzusenken, dass sie unterhalb der Grenze von 500 Arbeitnehmern verbleibt. Es stellt sich insoweit die Frage, welche Arbeitnehmer nach §§ 76, 77 BetrVG von 1952 zu berücksichtigen sind und welche Instrumente im Übrigen zur Verfügung stehen, um die Zahl der zu berücksichtigenden Arbeitnehmer nach unten zu korrigieren. In Bezug auf Arbeitnehmer, die sich z. B. im Mutterschutz bzw. in Elternzeit befinden, kann es gelingen, ein vorzeitiges Ausscheiden durch Zahlung einer Abfindung zu erreichen. In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit dürfte dieses Ziel aber nur bei Arbeitnehmern erreicht werden, die ohnehin entlassen sind, vorübergehend oder

⁸ Vgl. dazu Palandt, O/Weidenkaff, W.: BGB, 68. Aufl., München 2009, § 613a Rn. 33–37 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

dauerhaft aus dem Beruf auszuscheiden, so dass meist nur „Mitnahmeeffekte“ realisiert werden.

Maßgebend für die Feststellung der im Rahmen der §§ 76, 77 Abs. 3 BetrVG von 1956 relevanten Zahl von mehr als 500 Arbeitnehmern ist im Übrigen nicht ein bestimmter Stichtag oder eine Referenzperiode, sondern der „regelmäßige Beschäftigungsstand“.⁹ Das bedeutet, dass kurzfristige Korrekturen hinsichtlich der Beschäftigungszahl u. U. nicht helfen; es sollte vielmehr eine Reduzierung des Personalbestandes bezzeiten im Vorfeld und vor allem nachhaltig durchgeführt werden. Folgende Personen gehören nicht zu den Arbeitnehmern im Sinne der §§ 76, 77 BetrVG von 1952 i. V. m. § 5 Abs. 2 und 3 BetrVG von 1972 und werden daher bei der Bemessung des „regelmäßigen Beschäftigungsstandes“ nicht mitgerechnet:

- Organmitglieder (Vorstandsmitglieder),
 - leiende Angestellte (vgl. § 5 Abs. 3 BetrVG von 1972), insbesondere soweit sie zur selbstständigen Einstellung und Entlassung berechtigt sind, Generalbevollmächtigte und Prokuristen (mit nicht unbedeutenden Aufgaben im Unternehmen),
 - Handlungsbevollmächtigte, die für Bestand und Entwicklung des Unternehmens von Bedeutung sind (z. B. Leiter des Rechnungswesens, der Öffentlichkeitsarbeit, auch der Kommunikation/Datenverarbeitung etc.), soweit sie selbstständige Entscheidungen in wichtigen Bereichen des Unternehmens frei von Weisungen Dritter treffen oder zumindest Entscheidungen maßgeblich beeinflussen.
- Für Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften gilt folgendes: Soweit es sich um Tochtergesellschaften handelt, die i. S. v. §§ 17, 18, 291 und 319 AktG konzernabhängig sind, werden deren Mitarbeiter als Arbeitnehmer der Bank gezählt (§§ 76, 77 Abs. 3, 77a BetrVG von 1952). Allein der Status als Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft, die *nicht* durch die Bank in konzernrechtlicher Weise geleitet wird (z. B. Konzernierung durch Vertrag, Eingliederung oder durch Ausübung faktischer Leitungsmacht), reicht nicht aus, um auch als Arbeitnehmer der Bank zu gelten.

5. „Steuerungsinstrument“ der Aufsichtsratsvergütung

Die Vergütungsregelung für Aufsichtsratsmitglieder von Genossenschaftsbanken ist gelegentlich ein „Zankapfel“, weil die Höhe der Vergütung oft recht erheblich ist. Auch lässt sich die Vergütungsregelung oder deren Abänderung als „Steuerungsinstrument“ im Fusionsprozess einsetzen. Die Vergütungsregelung für Aufsichtsräte ist an folgende Voraussetzungen gebunden:

⁹ Vgl. Fitting, K/Engels, G/Schmidt, I/Trebinger, Y.: Betriebsverfassungsgesetz, 23. Aufl., München 2006, BetrVG 52 § 76, Rn. 12 f. m. w. N.

- Satzungsrechtliche Grundlage,
- Beschluss der General-/Vertreterversammlung (z. B. im Rahmen der Bestellung) oder
- Vereinbarung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat (wenn der Vorstand hierzu nach der Satzung ermächtigt ist).

Die Vergütungsregelung unterliegt dem genossenschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot; Differenzierungen dürfen nur nach sachlichen Kriterien erfolgen, z. B. kann dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats eine besondere Vergütung gewährt werden.¹⁰ Sitzungsgelder, Aufwandsentschädigungen und sonstige Auslagen sind von der Vergütung zu unterscheiden¹¹ und können auf satzungsrechtlicher Grundlage darüber hinaus gewährt werden. Auch diese Gelder unterliegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz.¹²

Soweit in der Praxis erwogen wird, die Aufsichtsratsmitglieder mit einer „dynamischen“ Vergütung auszustatten, sind solchen Wünschen enge gesetzliche Grenzen gesetzt. § 36 Abs. 2 GenG untersagt eine dynamische Vergütung nach dem Geschäftsergebnis (z. B. in Form einer Umsatzbeteiligung, Tantieme und dgl.).¹³

Nicht ausgeschlossen ist jedoch eine Regelung, wonach eine feste Besoldung der Aufsichtsratsmitglieder nach Maßgabe des erzielten Gewinns nachträglich erhöht wird.¹⁴ Damit ist aber keine planmäßig dynamisierte Anpassung, sondern eine nachträgliche Anpassung von Fall zu Fall gemeint. Eine planmäßige Anpassungsregelung, die sich aus der Satzung unmittelbar ableiten lässt, ist nach dem Gesetz mithin nicht zulässig. Wirksam soll dagegen die Gewährung einer Gesamtvergütung für den Aufsichtsrat sein, wobei in der Satzung bzw. in dem Beschluss der General-/Vertreterversammlung bereits eine Quotelung (unter sachgerechten Kriterien) vorgenommen werden kann; allerdings kann die Verteilung auch den Mitgliedern des Aufsichtsrats selber (nach sachgerechten Gesichtspunkten) überlassen bleiben.¹⁵ Eine ergebnisabhängige Anpassung der Vergütung für alle Aufsichtsratsmitglieder dürfte auf diese Weise aber auch nicht zu realisieren sein.

Im Aktienrecht sind die Gestaltungsmöglichkeiten dagegen flexibler: Es wird hier für zulässig gehalten, die Aufsichtsratsvergütung z. B. nach Zeitaufwand zu staffeln und auf 10 Prozent des Vorstandsgehalts zu begrenzen.¹⁶ Auch werden im Bereich des Aktienrechts die Beteiligung der Aufsichtsratsmitglieder an Ak-

¹⁰ Vgl. Lang, J./Weidmüller, L./Schaffland, H.-J.: GenG, 1997, § 36 Rn. 38.

¹¹ Siehe Lang, J./Weidmüller, L./Schaffland, H.-J. (Fn. 10), § 36 Rn. 36, 38 und 40.

¹² Vgl. Hillebrand, K.-P./Kebler, J.: GenG, 1. Aufl., Hamburg 2001, §§ 36, 37 Rn. 29.

¹³ Vgl. Lang, J./Weidmüller, L./Schaffland, H.-J. (Fn. 10), § 36 Rn. 35; Hillebrand, K.-P./Kebler, J. (Fn. 12), §§ 36, 37 Rn. 30.

¹⁴ Siehe Lang, J./Weidmüller, L./Schaffland, H.-J. (Fn. 10), § 36 Rn. 35.

¹⁵ Vgl. Lang, J./Weidmüller, L./Schaffland, H.-J. (Fn. 10), § 36 Rn. 39.

¹⁶ Siehe Lutter, M./Krieger, G.: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Köln 2002, Rn. 712–732 m. w. N.

tionenprogrammen teilweise für zulässig erachtet, wobei im Aktienrecht eine einschränkende, in § 36 Abs. 2 GenG getroffene vergleichbare Regelung fehlt. Im Gegenteil: Nach § 113 Abs. 3 AktG ist es sogar möglich, dass den Aufsichtsratsmitgliedern als Vergütung ein Anteil am Jahresgewinn der Gesellschaft gewährt wird (im Rahmen satzungsrechtlicher Regelung bzw. durch Beschluss der Hauptversammlung).

Mit § 36 Abs. 2 GenG vereinbar wäre m. E. jedoch eine Satzungsklausel, wonach die Aufsichtsratsvergütung großabhängig (z. B. eigenkapitalabhängig, nicht aber umsatz- oder gewinnabhängig) gestaltet würde, etwa wenn man sie an die Anzahl der Mitglieder oder der Mitarbeiter knüpft.

6. Beendigung des Mandats des Betriebsrats der übertragenden Genossenschaft

Die Betriebsräte der beteiligten Genossenschaften sind in den Fusionsvorgang auch insoweit involviert, als der Verschmelzungsvertrag bzw. dessen Entwurf spätestens einen Monat vor dem Tag der Vertreterversammlung, die hierüber Beschluss fassen soll, zuzuleiten ist (vgl. § 5 Abs. 3 UmwG).¹⁷ Wann namentlich die Interessenwahrnehmung durch den Betriebsrat der übertragenden Genossenschaft endet, unterliegt der vertraglichen Vereinbarung im Verschmelzungsvertrag. Selbst wenn für das Wirksamwerden des Verschmelzungsvertrags keine förmliche Zustimmung des Betriebsrats erforderlich ist, so ist er doch durch Zuleitung des ganzen Vertragstextes zu beteiligen und kann Verbesserungsvorschläge einbringen. Der fehlende Nachweis rechtzeitiger Zuleitung des Verschmelzungsvertrags ist sanktioniert dadurch, dass er die Eintragung der Verschmelzung im Genossenschaftsregister hindert (vgl. § 17 Abs. 1 UmwG).

In Bezug auf die Mandate der Betriebsräte der beteiligten Genossenschaften kann vertraglich geregelt werden, dass die Arbeitnehmervertretungen jeweils solange weiter bestehen sollen, bis der Betrieb der übertragenden Genossenschaft in den Betrieb der übernehmenden Genossenschaft eingegliedert ist und sodann erlöschen soll. Darüber hinaus kann geregelt werden, dass nach vollzogener Eingliederung des Betriebs der übertragenden Genossenschaft eine angemessene Interessenvertretung ihrer Arbeitnehmer „gewährleistet“ bleiben soll.

7. Vertragsbegleitende Absprachen

Gegenstand vertragsbegleitender Absprachen können zum einen künftige Funktionen einzelner Akteure aus Vorstand und/oder Aufsichtsrat der übertragenden Genossenschaft sein, die auch schon vorvertraglich geregelt werden können und in dem Verschmelzungsvertrag wieder aufgegriffen werden.

¹⁷ Vgl. im Einzelnen dazu Willemsen, H. J., in: Kallmeyer, H. et al.: Umwandlungsgesetz, 3. Aufl., Köln 2006, § 5 Rn. 74–78 m. w. N.

Zum anderen kommt in Betracht, dass die übernehmende Genossenschaft bei massiven wirtschaftlichen Schwierigkeiten der übertragenden Genossenschaft finanziell unterstützend „unter die Arme greift“, indem eine *Sicherungsvereinbarung* zwischen den Genosschaften geschlossen wird. Zweck dieser Vereinbarung ist es, z. B. durch eine zeitlich begrenzte Zahlungsgarantie der übertragenden Genossenschaft zu helfen, entweder so mit liquiden Mitteln ausgestattet zu werden, dass sie jederzeit ihren Verpflichtungen nachkommen kann, oder aber in einem bestimmten Umfang durch sonstige Sicherheiten „Bilanzierungshilfen“ zu gewähren. In einer Sicherungsvereinbarung sollten zugleich die Bedingungen für die Rückzahlung bzw. Rückgewährung von Sicherheiten vereinbart werden, wenn und soweit die übertragende Genossenschaft mit liquiden Mitteln ausgestattet wird oder Sicherheiten gewährt werden. Um den Rückzahlungsanspruch der übernehmenden Genossenschaft hinreichend zu sichern, könnte die Abgabe eines notariellen Schuldanerkenntnisses der übertragenden Genossenschaft erwogen werden. Sofern nur Sicherheiten als „Bilanzierungshilfen“ gewährt werden, muss in der Vereinbarung deren Freigabe an die übernehmende Genossenschaft geregelt werden. Eine solche Sicherungsvereinbarung zwischen den an der Fusion beteiligten Genosschaften kommt aber nur in besonderen Fällen in Betracht.

In der Praxis ist es in den vergangenen Jahren wiederholt vorgekommen, dass die Sicherungseinrichtung des BYR auf der Grundlage umfangreicher Sicherungsvereinbarungen mit den betroffenen Bankinstituten „eingesprungen“ ist, um mit erheblichen finanziellen Mitteln bzw. Sicherheiten Fusionsvorgänge in der genossenschaftlichen Bankengruppe zu begleiten und zu unterstützen.

III. Vorbereitung und Durchführung der Vertreterversammlung

a) Probeabstimmungen

In der Praxis hat es sich als sinnvoll erwiesen, die Vertreter der an der Fusion beteiligten Genossenschaftsbanken vor der förmlichen Beschlussfassung über die Verschmelzung in informellen Informationsveranstaltungen über den Fortgang des Fusionsprozesses zu unterrichten. In der Praxis empfiehlt es sich, unmittelbar vor der Vertreterversammlung, in der der Beschluss zur Genehmigung des Verschmelzungsvertrages gefasst werden soll, eine so genannte „Probeabstimmung“ durchzuführen. Im Rahmen einer der „Probeabstimmung“ vorausgehenden Diskussion können insbesondere die Kritiker der Fusion zu Wort kommen und gegebenenfalls noch überzeugt werden. Die Präsenz des Vorstandes in einer Versammlung, in der eine „Probeabstimmung“ erfolgen soll, ist ein „Muss“. Die „Probeabstimmung“ hat aber nur informellen Charakter und vermittelt den Beteiligten ein „Stimmungsbild“ in der Vertreterschaft, ist aber selber nicht rechtsverbindlich. Die Erfahrung zeigt, dass sich dann in der nachfolgenden

Vertreterversammlung, in der der Verschmelzungsbeschluss gefasst werden soll, die „Gemüter“ schon „abgekühlt“ haben, was zur Versachlichung der Debatte beiträgt. Dadurch lassen sich sachgerechtere Ergebnisse erzielen.

b) Fortlaufende Dokumentation der Stimmverhältnisse

Wichtig für die Durchführung der Vertreterversammlung ist es, dass fortlaufend die Zahl der anwesenden Vertreter festgehalten und in Bezug auf jeden Beschlussgegenstand protokolliert wird. Damit beugt man einer späteren Anfechtungsmöglichkeit durch einzelne Vertreter bzw. Mitglieder vor.

c) Geschäftsordnungsanträge zur geheimen Abstimmung

Stets fraglich ist, ob und wann eine geheime Abstimmung in Bezug auf Beschlüsse geboten ist, die im Zusammenhang mit Fusionen der Genosschaften stehen (Verschmelzungsbeschluss, fusionsbedingte Satzungsänderungen etc.).

Die Mustersatzung für Kreditgenossenschaften geht in § 33 Abs. 1 davon aus, dass eine geheime Abstimmung vom Vorstand, dem Aufsichtsrat oder dem vierten Teil der bei der Beschlussfassung hierüber gültig abgegebenen Stimmen auf Antrag eines anwesenden und stimmberechtigten Mitglieds verlangt werden kann.¹⁸ Insoweit gilt auch nach der GenG-Novelle von 2006 nichts anderes. Sofern also ein Geschäftsordnungsantrag zur geheimen Stimmabgabe gestellt wird, sollten Stimmkarten vorbereitet sein. Zunächst ist dann über den Geschäftsordnungsantrag abzustimmen. Kommt der Antrag aus der Mitte der Vertreterversammlung, genügen für die geheime Abstimmung 25 Prozent der gültig abgegebenen Stimmen. Bei der Abstimmung in der Vertreterversammlung zählen nur die Ja-/Nein-Stimmen, Enthaltungen und ungültige Stimmen zählen nicht mit (§ 33 Abs. 2 der Mustersatzung).¹⁹ Wird dagegen der Antrag aus der Mitte des Aufsichtsrats oder vom Vorstand (auf Grund eines entsprechenden Organbeschlusses) gestellt, so ist die geheime Abstimmung hierüber unmittelbar durchzuführen, ohne dass es einer Abstimmung über diesen Geschäftsordnungsantrag in der Vertreterversammlung bedarf.

¹⁸ Siehe Gräser, B./Hoppert, R.: Die Satzung der Kreditgenossenschaft, Kommentar, Wiesbaden 1995, S. 112.

¹⁹ Siehe Gräser, B./Hoppert, R. (Fn. 18), S. 113.

d) „Verlängerung“ der Amtszeit der Vertreter

In manchen Fällen stellt sich die Frage, ob die Amtsdauer der Vertreter der übertragenden Genossenschaft „verlängert“ werden kann, insbesondere dann, wenn die Amtsperiode eigentlich vor der Vertreterversammlung enden würde, die über die Verschmelzung Beschluss fassen soll. Ein solcher Fall zeigte sich z. B. bei der Verschmelzung der Sparda-Bank Frankfurt (Main) eG und der Sparda-Bank Kassel eG zur heutigen Sparda-Bank Hessen eG. Die Vorbereitung und Durchführung einer solchen als „unnötig“ oder geradezu „lästig“ empfundenen und nicht zuletzt teuren Wahl zur Vertreterversammlung kann vermieden werden, wenn man das Gesetz „konstruktiv“ anwendet.

Nach § 43a Abs. 4 S. 3 GenG, der nach der GenG-Novelle von 2006 unverändert geblieben ist, kann kein Vertreter für längere Zeit als bis zur Beendigung der Vertreterversammlung gewählt werden, die über die Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats für das vierte Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt. Nach Satz 4 der Bestimmung wird das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit des Vertreters beginnt, nicht mitgerechnet.

An einem Beispiel soll verdeutlicht werden, wie diese Vorschrift in der Praxis gehandhabt werden kann: Die Verschmelzung von zwei Genossenschaftsbanken soll zum 01. 01. 2004 erfolgen, die entsprechenden Verschmelzungsbeschlüsse sollen durch die Vertreterversammlungen im ersten Halbjahr 2004 gefasst werden. Turnusmäßig müsste eigentlich wegen der Beendigung der Amtszeit der Vertreter im Herbst 2003 eine Vertreterwahl stattfinden, die jedoch wegen des auf „Hochtouren“ laufenden Fusionsorgans teuer und aus Kapazitätsgründen „zur Unzeit“ käme. Wenn nun die Beschlussfassung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat für das Geschäftsjahr 2002 unterbliebe, würde eine Beendigung der Amtszeit der Vertreter im Herbst 2003 *nicht* eintreten.

Die Beschlussfassung der Vertreterversammlung, namentlich über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat, soll zwar grundsätzlich in den ersten sechs Monaten des (folgenden) Geschäftsjahres, hier also z. B. für das Geschäftsjahr 2002 bis Mitte 2003 erfolgen (vgl. § 48 Abs. 1 S. 2 GenG), allerdings ist die Fristenhaltung nicht sanktioniert und kann insbesondere nicht mit Zwangsmiteln des Registergerichts erzwungen werden. Das folgt aus § 160 GenG, der § 48 Abs. 1 GenG nicht in die Zwangsmittelandrohung einschließt.²⁰ Wird also in der Vertreterversammlung 2003 weder dem Vorstand noch dem Aufsichtsrat Entlastung erteilt, verlängert sich die Amtsperiode der Vertreter bis zu der nächsten Vertreterversammlung, in der über diese Beschlussgegenstände tatsächlich auch abgestimmt wird. Das könnte unter diesen Umständen auch die Vertreterversammlung im ersten Halbjahr 2004 sein, in der über die Verschmelzung der Genossenschaften zu beschließen ist. Man benötigt also bei der übertragenden Genossenschaft keine Vertreterwahl vor der Verschmelzung. Dem Prüfungsver-

²⁰ Vgl. so im Übrigen auch Lang, J./Weidmüller, L./Cario, D.: GenG, § 48 Rn. 2.

band und letztlich auch den Mitgliedern kann eine solche Vorgehensweise mit Rücksicht auf die Kosten sowie die bevorstehende Verschmelzung nachvollziehbar dargelegt werden, zumal die Vertreterversammlung in dem Beispielfall ja nur etwas mehr als ein halbes Jahr später stattfinden würde.

IV. Anfechtungsrechte der Organe und der Mitglieder

Beschlüsse der Generalversammlung können innerhalb der Monatsfrist gemäß § 51 Abs. 1 und Abs. 3 S. 3 GenG vor dem Landgericht angefochten werden (Anfechtungsklage). Entsprechendes gilt für Beschlüsse der Vertreterversammlung.

Fraglich ist, welche Organe bzw. Organmitglieder anfechtungsbefugt sind und ob bei Beschlussfassung durch die Vertreterversammlung das einzelne Genossenschaftsmitglied berechtigt ist, die Anfechtungsklage zu erheben. Hinsichtlich der Anfechtung eines Verschmelzungsbeschlusses ist grundsätzlich das „erschienene Mitglied“ (hier: Vertreter) oder das „nicht erschienene Mitglied“ (Vertreter) klageberechtigt, wenn es im letztgenannten Fall z. B. nicht zur Vertreterversammlung zugelassen wurde. Klagebefugt ist also *nicht* das Organ der Vertreterversammlung. Voraussetzung ist des Weiteren, dass der Vertreter Widerspruch zu Protokoll erklärt hat (vgl. § 51 Abs. 2 S. 1 GenG).

Wird der Verschmelzungsbeschluss in der Vertreterversammlung gefasst, ist umstritten, ob neben den Vertretern auch das „einfache“ Mitglied klagebefugt ist. Die h. M. lehnt – bestärkt durch die GenG-Reform von 2006 – ein Anfechtungsrecht ab, und zwar unter Hinweis auf den Wortlaut des § 51 Abs. 2 GenG. Danach hat neben den Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats nur der Aufsichtsrat ein Anfechtungsrecht. Die Vertreter der h. M. verweisen das „einfache“ Mitglied mit Recht jedoch auf die Möglichkeit der Nichtigkeitsstielungsklage.²¹ Demgegenüber fehlt nach der Novelle von 2006 einer früher vertretenen Ansicht²², die dem „einfachen“ Mitglied ein Anfechtungsrecht dann zubilligte, wenn sachliche Gründe dies erforderten (z. B. bei Berührung grundlegender Interessen der Mitglieder oder der eG, was im Fall der Verschmelzung der Kreditgenossenschaften der Fall sein dürfte), nun wohl die Grundlage. Darüber hinaus sind Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats klagebefugt.

Ein „Verzichtsbefehl“ über die Nichtausübung des Anfechtungsrechts seitens der Mehrheit der Vertreterversammlung ist hingegen *nicht* zulässig, weil die

²¹ Siehe OLG Schleswig, Urteil v. 06.12.2007 – 5U 68/07 – (OLGR 2008, 202 ff.); Lang, J./Weidmüller, L./Cario, D. (Fn. 20), § 43a Rn. 74; siehe auch Olfen, M./Pannier, S.: Anfechtungsrechte einfacher Mitglieder der Kreditgenossenschaft, in: ZfGG 1/2009, S. 46 ff.

²² Siehe noch Lang, J./Weidmüller, L./Metz, E.: GenG, 33. Aufl., Berlin 1997, § 43a Rn. 104 unter Hinweis auf BGH, NJW 1982, 1075.

Anfechtungs- und Klageberechtigung in § 51 Abs. 2 GenG zwingendes Recht darstellt und dort erschöpfend – quasi als höchstpersönliches Recht des jeweiligen Rechtsinhabers – ausgestaltet ist. Sie kann weder durch Satzung noch durch Beschluss eingeschränkt oder erweitert werden.

Von der Beschlussanfechtung nach § 51 GenG zu unterscheiden ist das Ausschlagungsrecht des Mitglieds, welches der neuen Genossenschaft nach der Verschmelzung nicht angehören will. Die Rechtswirkungen der Ausschlagung ergeben sich aus §§ 90–94 UmwG.

V. Auswirkungen der Fusion auf Tochtergesellschaften

In *gesellschaftsrechtlicher Hinsicht* ist festzustellen, dass die Beteiligungen an Tochtergesellschaften der übertragenden Genossenschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes auf die übernehmende Genossenschaft übergehen (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Daraus folgt, dass die sonst bei der Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften (GmbH oder AG) durch Vertrag erforderliche notarielle Beurkundung nicht stattfindet. Allerdings bestehen bei dem fusionsbedingten Beteiligungsübergang Mitteilungspflichten gegenüber dem Registergericht (vgl. §§ 16, 40 GmbHG) bzw. der Gesellschaft, woraus sich im aktienrechtlichen Zusammenhang entsprechende Pflichten zur Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern ergeben können (vgl. §§ 20, 21 AktG).

In *steuerlicher Hinsicht* gilt grundsätzlich Folgendes: Zur Vermeidung doppelter Grunderwerbsteuer ist es z. B. ratsam, Versteigerungstermine auf den Tag nach Eintragung der Verschmelzung zu verschieben oder aber das Grundstück durch die übernehmende Genossenschaft ersteigern zu lassen. Auf diese Weise wird ein Erwerbsvorgang und somit ein steuerbarer Vorgang vermieden. Grundstücke dagegen, die sich bereits im Eigentum der übertragenden Genossenschaft befinden und im Wege der Verschmelzung auf die übernehmende Genossenschaft übertragen werden, führen i. d. R. unvermeidbar zur Grunderwerbsteuerpflicht. Auch sollte der Grundstückserwerb vor der Fusion mit dem Ziel einer alsbaldigen Veräußerung, z. B. bei so genanntem „Rettungserwerb“, vermieden werden, weil auch hierdurch eine doppelte Grunderwerbsteuerpflicht begründet werden kann. Es ist steuerlich vorteilhafter für die beteiligten Banken, wenn der „Rettungserwerb“ entweder nach der Fusion erfolgt oder die Veräußerung vor der Fusion stattfindet. Auch dadurch lässt sich doppelte Grunderwerbsteuer vermeiden.

Durch Abschluss von Ergebnisabführungsverträgen zwischen der Bank und den Tochtergesellschaften kann eine umsatzsteuerliche Organschaft begründet werden, die geeignet ist, umsatzsteuerfreie Lieferung und Leistungen zwischen Bank und Tochtergesellschaften zu generieren. Durch eine derartige Gestaltung kann ebenfalls eine sonst drohende doppelte Umsatzsteuerbelastung vermieden werden.