

Münchener Juristische Beiträge · Band 67

David Beutel

**Der neue rechtliche Rahmen
grenzüberschreitender Verschmelzungen
in der EU**

Einflüsse des Gemeinschaftsrechts
auf die Schaffung nationaler
Rechtsgrundlagen grenzüberschreitender
Verschmelzungen unter Beteiligung
deutscher Kapitalgesellschaften



Herbert Utz Verlag · München

Münchner Juristische Beiträge

Herausgeber der Reihe:
Dr. jur. Thomas Küffner



„Dieses Softcover wurde auf FSC-zertifiziertem Papier gedruckt. FSC (Forest Stewardship Council) ist eine nichtstaatliche, gemeinnützige Organisation, die sich für eine ökologische und sozialverantwortliche Nutzung der Wälder unserer Erde einsetzt.“

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese
Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugleich: Dissertation, Augsburg, Univ., 2008

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwendung, vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH 2008

ISBN 978-3-8316-0763-1

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
Tel.: 089-277791-00 · www.utz.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Literatur, Rechtsprechung und aktuelle Gesetzesvorhaben konnten überwiegend noch bis Januar 2008 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt natürlich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas M.J. Möllers, der nicht nur die Betreuung dieser Arbeit übernommen, sondern mich darüber hinaus in vielfältiger Weise während der vielen Jahre meiner Mitarbeit an seinem Lehrstuhl gefördert hat. Danken möchte ich ferner Herrn Prof. Dr. Herbert Buchner für die rasche Fertigstellung des Zweitgutachtens.

Ein herzliches Dankeschön sei außerdem an Herrn Dr. Christian Sistermann LL.M. sowie Frau Anette Maier LL.M. für die Anregung des Themas gerichtet. Für fruchtbare Diskussionen im Verlauf der Arbeit danke ich den Herren Dr. Tilman Weichert, Dr. Thomas Kilian sowie Jacques Großkreuz LL.M., der außerdem bei der Durchsicht des Manuskripts hervorragende Arbeit geleistet hat. Der Universität Bayern e.V. bin ich für die großzügige finanzielle Unterstützung im Rahmen eines Promotionsstipendiums nach dem Bayerischen Eliteförderungsprogramm zu Dank verpflichtet.

Ganz besonders danken möchte ich meinen Eltern Silvia und Bernd Beutel für jegliche Unterstützung und Hilfe, vor allem während meiner Ausbildung, sowie meiner Freundin Steffi Höllein und ihrer Familie für die stetige Aufmunterung, Geduld und Hilfe.

Augsburg/München, Anfang Februar 2008

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	1
A. Das Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung im Wandel	1
B. Begriffsbestimmungen und Schwerpunktsetzung	4
I. Begriff der Verschmelzung und Abgrenzung	4
II. Begriff der Grenzüberschreitung und Abgrenzung	7
III. Begriff der Kapitalgesellschaft und Abgrenzung	8
IV. Schwerpunktsetzung: EU-Verschmelzungen	9
C. Gang der Darstellung	10
§ 2 Der bisherige Status grenzüberschreitender Verschmelzungen in Deutschland	13
A. Die bisherigen rechtlichen Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Gesellschaften	13
I. Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen	13
II. Kollisionsrechtliche Behandlung der grenzüberschreitenden Verschmelzung	16
III. Steuerrechtliche Rahmenbedingungen	20
B. Die bisherige Rechtspraxis in Deutschland	21
I. Praktische Schwierigkeiten bei der Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen.....	21
II. Von der Praxis entwickelte Alternativgestaltungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung.....	24
§ 3 Der neue gesellschaftsrechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen von EU-Kapitalgesellschaften	34
A. Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das nationale Umwandlungsrecht	34
I. Weiterer Gang der Darstellung.....	34
II. Sachverhalt und Inhalt der <i>SEVIC</i> -Entscheidung des EuGH.....	35
III. Analyse der <i>SEVIC</i> -Entscheidung: Bedeutung der Grundfreiheiten für grenzüberschreitende Hineinverschmelzungen zur Aufnahme	38
IV. Folgerungen aus der <i>SEVIC</i> -Entscheidung für den Schutz anderer Umwandlungsarten durch Art. 43, 48 EG.....	79

V.	Die Durchführung grenzüberschreitender Umwandlungen auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit	95
VI.	Ergebnis zu Teil A	104
B.	Die Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG und ihre Umsetzung in deutsches Recht	106
I.	Weiterer Gang der Darstellung	106
II.	Der lange Weg zur VRL 2005/56/EG	106
III.	Die Bedeutung der Niederlassungsfreiheit für die VRL 2005/56/EG und deren Umsetzung in nationales Recht	111
IV.	Einführung in die Regelungen der VRL 2005/56/EG und deren Umsetzung in deutsches Recht	118
V.	Inhalt der VRL 2005/56/EG und deren Umsetzung in deutsches Recht	132
VI.	Nicht umfassend in der VRL 2005/56/EG geregelte Materien: Ausgestaltung im deutschen Recht	256
VII.	Ergebnis zu Teil B	277
§ 4	Der neue steuerrechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen: Ausgewählte Aspekte	288
A.	Einleitung	288
I.	Weiterer Gang der Darstellung und Schwerpunktsetzung	288
II.	Grundlagen	289
B.	Gemeinschaftsrechtskonforme Ausgestaltung der verschmelzungsbedingten Entstrickungsbesteuerung	310
I.	Gemeinschaftsrechtskonformität der deutschen <i>lex lata</i> : Sofortbesteuerung von im Rahmen der Hinausverschmelzung entstrickten stillen Reserven	310
II.	Grundlagen der Ausgestaltung der verschmelzungsbedingten Entstrickungsbesteuerung <i>de lege ferenda</i>	322
C.	Ergebnis zu § 4	327
§ 5	Fazit und Ausblick	328
A.	Die Errungenschaften der neuen Umwandlungsfreiheit	328
B.	Das künftige Einsatzfeld der neuen Gestaltungsoptionen	330
I.	Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften	330
II.	Sonstige grenzüberschreitende Umwandlungen	333
C.	Ausblick	333

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
A. Das Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung im Wandel	1
B. Begriffsbestimmungen und Schwerpunktsetzung	4
I. Begriff der Verschmelzung und Abgrenzung	4
II. Begriff der Grenzüberschreitung und Abgrenzung	7
III. Begriff der Kapitalgesellschaft und Abgrenzung	8
IV. Schwerpunktsetzung: EU-Verschmelzungen	9
C. Gang der Darstellung	10
§ 2 Der bisherige Status grenzüberschreitender Verschmelzungen in Deutschland	13
A. Die bisherigen rechtlichen Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Gesellschaften	13
I. Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen	13
1. § 1 UmwG als Hemmnis grenzüberschreitender Verschmelzungen.....	13
2. Begriff des Sitzes in § 1 Abs. 1 UmwG	15
II. Kollisionsrechtliche Behandlung der grenzüberschreitenden Verschmelzung	16
1. Ablehnung der Einzeltheorien	16
2. Kernaussagen der Vereinigungstheorie	17
III. Steuerrechtliche Rahmenbedingungen	20
B. Die bisherige Rechtspraxis in Deutschland	21
I. Praktische Schwierigkeiten bei der Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen.....	21
II. Von der Praxis entwickelte Alternativgestaltungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung.....	24
1. Asset-Einbringung	25
2. Anteilstausch (Share-Einbringung) mit anschließender Konzernbereinigung.....	27
3. Zusammenfassung	29

§ 3 Der neue gesellschaftsrechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen von EU-Kapitalgesellschaften.....	34
A. Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das nationale Umwandlungsrecht.....	34
I. Weiterer Gang der Darstellung.....	34
II. Sachverhalt und Inhalt der <i>SEVIC</i> -Entscheidung des EuGH.....	35
1. Sachverhalt.....	35
2. Vorlagebeschluss des LG Koblenz v. 16. September 2003.....	36
3. Die Schlussanträge des Generalanwalt Tizzano v. 7. Juli 2005.....	36
4. Entscheidung des EuGH v. 13. Dezember 2005	37
III. Analyse der <i>SEVIC</i> -Entscheidung: Bedeutung der Grundfreiheiten für grenzüberschreitende Hineinverschmelzungen zur Aufnahme	38
1. Stellung, Bedeutung und Struktur der Niederlassungsfreiheit	38
2. Unmittelbare Anwendbarkeit der Artt. 43, 48 EG.....	39
a) Grundlagen; Verhältnis von Grundfreiheiten und sekundärrechtlicher Harmonisierung.....	40
b) Einfluss der Artt. 44, 293 EG auf die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit im Allgemeinen	41
c) Besondere Konstellationen	43
d) Würdigung der Aussagen der <i>SEVIC</i> -Entscheidung	44
3. Persönlicher und sachlicher Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit	45
a) Träger der Niederlassungsfreiheit (persönlicher Schutzbereich)	45
aa) Gleichstellung der Gesellschaften (Art. 48 Abs.1 EG).....	45
bb) Kreis der potenziell Berechtigten bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung	46
b) Sachlicher Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften.....	47
aa) Die inbound-Verwaltungssitzverlegung als geschützte Maßnahme	48
(1) Grundlagen: Mögliche Behinderungen in Zuzugs-Konstellationen.....	48
(2) Von Segers (1986).....	50
(3) ... über Centros (1999)	51
(4) ... und Überseering (2002)	52
(5) ... bis zu Inspire Art (2003)	53
(6) Fazit: Das Bild in Zuzugsfällen.....	54

bb)	Die Verlegung des Sitzungssitzes als von Artt. 43, 48 EG geschützte Maßnahme?	55
c)	Würdigung der Aussagen der SEVIC-Entscheidung: Die grenzüberschreitende Hineinverschmelzung zur Aufnahme als in den Schutzbereich fallende Maßnahme	56
aa)	Niederlassungsfreiheit des übertragenden Rechtsträgers	56
bb)	Niederlassungsfreiheit des übernehmenden Rechtsträgers	58
cc)	Niederlassungsfreiheit der Anteilseigner	60
dd)	Fazit: Eröffnung des Schutzbereichs	61
4.	Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	61
a)	Artt. 43, 48 EG als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot	61
b)	Einschränkungen des Beschränkungsbegriffs	63
aa)	Einschränkung auf marktzugangsrelevante Maßnahmen	63
bb)	Keine Institutsgarantie der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf Grundlage von Artt. 43, 48 EG	65
(1)	Beschränkung der Artt. 43, 48 EG durch zivilrechtliche Normen	65
(2)	Übertragung auf Verschmelzungen	66
c)	Würdigung der Aussagen der SEVIC-Entscheidung	67
5.	Rechtfertigung der Beschränkung	67
a)	Geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	67
b)	Die Art der Beschränkung als maßgebliches Kriterium für die Bestimmung des Rechtfertigungsmaßstabs	69
aa)	Offene Diskriminierungen	69
bb)	Sonstige Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit	71
c)	Würdigung der Aussagen der SEVIC-Entscheidung	71
aa)	Aussagen des Generalanwalts und des EuGH	71
bb)	Stellungnahme	72
(1)	Keine Änderung der Rechtfertigungsdogmatik	72
(2)	Eigene Auffassung	73
(a)	Diskriminierung der Überträgerin	73
(b)	Diskriminierung der Übernehmerin	74
(c)	Keine Rechtfertigung der Diskriminierung	74
6.	Exkurs: Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG) für grenzüberschreitende Verschmelzungen mit Drittlandsbezug	76
7.	Bewertung der SEVIC-Entscheidung	78

IV.	Folgerungen aus der <i>SEVIC</i> -Entscheidung für den Schutz anderer Umwandlungsarten durch Artt. 43, 48 EG.....	79
1.	Die Hinausverschmelzung	79
a)	Eröffnung des Schutzbereichs der Artt. 43, 48 EG	79
aa)	Die Niederlassungsfreiheit in Wegzugsfällen.....	80
(1)	Grundlagen	80
(2)	Die Rechtssache <i>Daily Mail</i> (1988)	82
(3)	Erkenntnisse aus der weiteren Rechtsprechung des EuGH	84
(4)	Fazit: Das Bild in Wegzugsfällen.....	85
bb)	Würdigung der Aussagen der <i>SEVIC</i> -Entscheidung	86
cc)	Eigene Auffassung	86
b)	Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und Rechtfertigung	87
2.	Die Verschmelzung zur Neugründung	89
3.	Exkurs: Schutz anderer Umwandlungsarten durch Artt. 43, 48 EG: Spaltung, Formwechsel, Beteiligung von Personengesellschaften	90
a)	Grenzüberschreitende Spaltung.....	90
b)	Grenzüberschreitender Formwechsel	92
c)	Umwandlungen unter Beteiligung von Personengesellschaften	94
V.	Die Durchführung grenzüberschreitender Umwandlungen auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit	95
1.	Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des UmwG auch auf grenzüberschreitende Umwandlungen.....	96
2.	Behandlung des Schutzes der Minderheitsgesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer	98
3.	Kollisionsrecht; Verfahrenskoordination	101
4.	Praktische Umsetzung und Relevanz.....	102
VI.	Ergebnis zu Teil A.....	104
B.	Die Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG und ihre Umsetzung in deutsches Recht	106
I.	Weiterer Gang der Darstellung.....	106
II.	Der lange Weg zur VRL 2005/56/EG	106
1.	Das Scheitern des Entwurfs eines Übereinkommens von 1972.....	107
2.	Das Scheitern des Richtlinienvorschlags von 1984.....	108
3.	Der Kommissionsvorschlag von 2003 und die Verabschiedung der VRL 2005/56/EG.....	109
III.	Die Bedeutung der Niederlassungsfreiheit für die VRL 2005/56/EG und deren Umsetzung in nationales Recht.....	111

1.	Die Niederlassungsfreiheit als Prüfungsmaßstab gemeinschaftsrechtlichen Sekundärrechts	112
a)	Grundsätzliche Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten	112
b)	Versuch einer Konkretisierung	113
c)	Primärrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts	115
2.	Die Niederlassungsfreiheit als Prüfungsmaßstab transformierenden nationalen Rechts	116
a)	Entbindung des nationalen Gesetzgebers von den Grundfreiheiten bei materiellen sekundärrechtlichen Vorgaben und deren ordnungsgemäßer Umsetzung	116
b)	Volle Bindung des nationalen Gesetzgebers an die Grundfreiheiten bei bloßen sekundärrechtlichen Zuweisungsnormen	117
IV.	Einführung in die Regelungen der VRL 2005/56/EG und deren Umsetzung in deutsches Recht	118
1.	VRL 2005/56/EG	118
a)	Überblick über den Richtlinieninhalt	118
b)	Kompetenzrechtliche Grundlagen (Art. 44 EG)	119
c)	Regelungstechnik: Sach-, Zuweisungs- und Kollisionsnormen	121
aa)	Zuweisungsnormen	122
(1)	Art. 4 VRL 2005/56/EG	122
(2)	Weitere Zuweisungsnormen	124
bb)	Kollisionsnormen; Gemeinsamkeiten und Unterschiede zur Vereinigungstheorie	125
(1)	Kollisionsrechtliche Aussagen des Art. 4 Abs. 1 VRL 2005/56/EG	125
(2)	Behandlung besonderer Schutzinstrumente: Art. 4 Abs. 2 VRL 2005/56/EG	126
(3)	Weitere kollisionsrechtliche Regelungen	127
(4)	Kumulative Rechtsanwendung?	128
(5)	Zusammenfassender Überblick	129
2.	Die Umsetzung der VRL 2005/56/EG in Deutschland	130
a)	Zweites Gesetz zur Änderung des UmwG (2. UmwGÄG)	130
b)	MgVG	131
V.	Inhalt der VRL 2005/56/EG und deren Umsetzung in deutsches Recht	132
1.	Subjektiver Anwendungsbereich der Richtlinie	132
a)	Regelungen der VRL 2005/56/EG	132
aa)	Art. 1 i.V.m. Art. 2 Nr. 1 VRL 2005/56/EG	133

bb)	Keine Erweiterung der nach nationalem Recht bestehenden Verschmelzungsmöglichkeiten, Art. 4 Abs. 1 lit. a VRL 2005/56/EG	136
cc)	Grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung von Europäischen Aktiengesellschaften....	136
	(1) Keine abschließendes Regelung im SE-Statut	137
	(2) Eröffnung des Anwendungsbereichs der VRL 2005/56/EG für SEs.....	139
	(3) Abgrenzung des Anwendungsbereichs von SE-VO 2157/2001 und VRL 2005/56/EG	139
	(4) Zulässige Gesellschaftspaarungen unter Beteiligung einer SE.....	141
	(5) Anwendung der Zweijahresfrist des Art. 66 Abs. 1 Satz 2 SE-VO 2157/2001	142
	(6) Zusammenfassung.....	143
dd)	Sonderregelungen zum persönlichen Anwendungsbereich, Art. 3 Abs. 2 und 3 VRL 2005/56/EG	143
b)	Umsetzung ins deutsche Recht	145
2.	Objektiver Anwendungsbereich der Richtlinie	147
a)	Regelungen der VRL 2005/56/EG	147
aa)	Begriff der Verschmelzung (Art. 1 i.V.m. Art. 2 Nr. 2 VRL 2005/56/EG)	147
bb)	Die Behandlung barer Zuzahlungen (Art. 3 Abs. 1 VRL 2005/56/EG).....	149
cc)	Das Erfordernis der Grenzüberschreitung (Art. 1 VRL 2005/56/EG).....	151
	(1) Verschmelzung zur Aufnahme; Möglichkeit eines „Quasi-Formwechsels“	151
	(2) Verschmelzung zur Neugründung.....	152
b)	Umsetzung ins deutsche Recht	153
3.	Das Verschmelzungsverfahren	154
a)	Verschmelzungsplan.....	155
aa)	Vorgaben von Artt. 5, 6 VRL 2005/56/EG	155
	(1) Rechtsnatur des Verschmelzungsplans	156
(a)	Abschließende Regelung bezüglich der Rechtsnatur.....	156
(b)	Bestimmung der Rechtsnatur	158
	(2) Form des Verschmelzungsplans.....	159
(a)	Schriftform vs. strengere Formerfordernisse	159
(b)	Kumulative Rechtsanwendung.....	161
	(3) Inhalt des Verschmelzungsplans	162
(a)	Abschließende Regelung.....	162
(b)	Ausgewählte Pflichtangaben im Einzelnen.....	163

(aa) Voraussichtliche Auswirkungen auf die Beschäftigung (lit. d)	163
(bb) Satzung der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft (lit. i)	165
(cc) Bewertung des übergehenden Vermögens (lit. k); Bilanzstichtage (lit. l)	166
(4) Bekanntmachung des Verschmelzungsplans, Art. 6 VRL 2005/56/EG	168
bb) Umsetzung ins deutsche Recht (§§ 122c, 122d UmwG)	170
(1) Regelungsansatz	170
(2) Form des Verschmelzungsplans; Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen	170
(3) Zuleitung an den Betriebsrat?	175
(4) Umsetzungsdefizite	175
(a) Aufstellungszuständigkeit	175
(b) Bekanntmachung des Verschmelzungsplans	176
b) Verschmelzungsbericht	177
aa) Vorgaben von Art. 7 VRL 2005/56/EG	177
(1) Zweck des Verschmelzungsberichts	178
(2) Inhalt des Verschmelzungsberichts	180
(3) Gemeinsame Berichterstattung	181
(4) Verzicht auf den Verschmelzungsbericht	182
(5) Zugänglichmachen des Verschmelzungsberichts (Art. 7 Satz 2 VRL 2005/56/EG)	185
bb) Umsetzung ins deutsche Recht (§ 122e UmwG)	186
c) Verschmelzungsprüfung und Prüfungsbericht	187
aa) Vorgaben von Art. 8, 15 VRL 2005/56/EG	187
(1) Zweck von Prüfung und Bericht; Inhalt des Sachverständigenberichts	188
(2) Gemeinsame Verschmelzungsprüfung; Stellung, Bestellung und Rechte der Prüfer	189
(3) Verzicht auf Verschmelzungsprüfung und Prüfungsbericht (Art. 8 Abs. 4 VRL 2005/56/EG)	190
(4) Monatsfrist des Art. 8 Abs. 1 Satz 1 VRL 2005/56/EG	191
bb) Umsetzung ins deutsche Recht (§ 122f UmwG)	192
d) Zustimmung der Gesellschafterversammlung	193
aa) Vorgaben der Artt. 9, 15 VRL 2005/56/EG sowie der Artt. 43, 48 EG	193
(1) Grundlagen	193

(2) Genehmigungsvorbehalt bezüglich der Modalitäten der Mitbestimmung (Art. 9 Abs. 2 VRL 2005/56/EG).....	194
(3) Besonderheiten bei reinen up-stream-Verschmelzungen	196
bb) Umsetzung ins deutsche Recht	197
e) Rechtmäßigkeitskontrolle; Offenlegung der Verschmelzung	199
aa) Vorgaben der Artt. 10, 11 VRL 2005/56/EG.....	199
(1) Zweistufige Rechtmäßigkeitsprüfung (Artt. 10, 11 VRL 2005/56/EG)	199
(2) Abgrenzung der Prüfungsgegenstände der ersten und zweiten Stufe.....	201
(3) Zuständigkeit	204
(4) Die erste Stufe der Rechtmäßigkeitsprüfung (Art. 10 VRL 2005/56/EG)	204
(a) Prüfungsumfang	204
(b) Vorabbescheinigung (Art. 10 Abs. 2 VRL 2005/56/EG)	205
(5) Die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitsprüfung (Art. 11 VRL 2005/56/EG)	206
(a) Vorlage der Vorabbescheinigung (Art. 10 Abs. 2 VRL 2005/56/EG)	206
(b) Prüfungsumfang	207
(aa) Zustimmung zu einem gleich lautenden Verschmelzungsplan (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 VRL 2005/56/EG)	208
(bb) Ausgestaltung der Mitbestimmung (Art. 11 Abs. 1 Satz 2 VRL 2005/56/EG)	209
(cc) Gründungsanforderungen bei der Verschmelzung zur Neugründung (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 VRL 2005/56/EG)	209
(dd) Sonstige Prüfungspunkte (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 VRL 2005/56/EG)	209
bb) Eintragung und Bekanntmachung der Verschmelzung (Art. 13 VRL 2005/56/EG).....	210
cc) Umsetzung ins deutsche Recht (§§ 122k, 122l UmwG).....	211
(1) Verfahren nach deutschem Recht.....	211
(a) Erste Stufe der Rechtmäßigkeitsprüfung (§ 122k UmwG).....	211
(b) Zweite Stufe der Rechtmäßigkeitsprüfung (§ 122l UmwG).....	214
(2) Mögliche Umsetzungsdefizite.....	215

(a)	Einstufige Rechtmäßigkeitsprüfung bei der Übernehmerin.....	215
(b)	Eintragungsnachricht als Verschmelzungsbescheinigung (§ 122k Abs. 2 Satz 2 UmwG).....	217
4.	Zeitpunkt des Wirksamwerdens und Wirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung.....	218
a)	Vorgaben der VRL 2005/56/EG.....	218
aa)	Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung (Art. 12 VRL 2005/56/EG).....	218
bb)	Wirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung.....	218
(1)	Allgemeine Verschmelzungswirkungen (Art. 14 VRL 2005/56/EG).....	218
(2)	Bestandsschutz (Art. 17 VRL 2005/56/EG).....	219
b)	Umsetzung ins deutsche Recht.....	220
5.	Der Schutz der unternehmerischen Mitbestimmung im Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen.....	221
a)	Weiterer Gang der Darstellung.....	221
b)	Grundlagen.....	222
aa)	Einführung.....	222
bb)	Begriff der unternehmerischen Mitbestimmung.....	223
cc)	Mitbestimmungssysteme in der EU.....	224
(1)	Rechtslage in Deutschland.....	225
(2)	Mitbestimmung in den EU-25-Staaten.....	226
(a)	Überblick.....	226
(b)	Mindestzahl der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern.....	226
(c)	Anteil der Arbeitnehmervertreter in den Unternehmensorganen.....	227
c)	Inhalt des Art. 16 VRL 2005/56/EG.....	228
aa)	Regelungstechnik.....	228
bb)	Grundregel: Anwendung des allgemeinen Mitbestimmungsregimes des Sitzstaats der aufnehmenden bzw. neuen Gesellschaft (Art. 16 Abs. 1 VRL 2005/56/EG).....	229
cc)	Ausnahmetatbestände (Art. 16 Abs. 2 VRL 2005/56/EG).....	231
(1)	Grundlagen.....	231
(2)	Vorher-Nachher-Betrachtung (Art. 16 Abs. 2 lit. a VRL 2005/56/EG).....	232

(3) Keine vollwertigen Mitbestimmungsrechte ausländischer Arbeitnehmer (Art. 16 Abs. 2 lit. b VRL 2005/56/EG).....	234
(a) Problematik der grenzüberschreitenden Mitbestimmung	234
(b) Inhalt von Art. 16 Abs. 2 lit. b VRL 2005/56/EG im Einzelnen	236
(4) Die 500-Arbeitnehmer-Schwelle (Art. 16 Abs. 2 VRL 2005/56/EG).....	237
(5) Zusammenfassung.....	239
dd) Anwendung der SE-Richtlinie 2001/86/EG.....	239
(1) Verweisung auf SE-Richtlinie 2001/86/EG	239
(2) Überblick über das Verhandlungsverfahren.....	240
(3) Inhalt der Mitbestimmungsvereinbarung; Parteiautonomie	241
(4) Nichtaufnahme und Abbruch der Verhandlungen	242
(5) Anwendung der Auffanglösung	243
(a) Grundsatz: Schutz des Status quo ante.....	243
(b) Einschränkungen	244
(c) Mängel der Verweisung auf Anh. Teil 2 lit. b SE- Richtlinie 2001/86/EG.....	246
ee) Sonderregelungen zum Schutz der Mitbestimmung (Art. 16 Abs. 6 und 7 VRL 2005/56/EG).....	247
(1) Einschränkung der Rechtsformwahlfreiheit (Art. 16 Abs. 6 VRL 2005/56/EG).....	247
(2) Perpetuierung der Mitbestimmung (Art. 16 Abs. 7 VRL 2005/56/EG).....	248
d) Verhältnis des Art. 16 VRL 2005/56/EG zur Niederlassungsfreiheit	249
aa) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.....	249
bb) Rechtfertigung der Beschränkung.....	250
(1) Der Schutz der Mitbestimmung als zwingender Grund des Allgemeininteresses.....	250
(2) Erforderlich- und Verhältnismäßigkeit	252
e) Umsetzung durch das MgvG	253
aa) Allgemeiner Überblick.....	253
bb) Umsetzungsdefizite	255
VI. Nicht umfassend in der VRL 2005/56/EG geregelte Materien: Ausgestaltung im deutschen Recht.....	256
1. Allgemeines Umwandlungs- und Gesellschaftsrecht.....	257
2. Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern	258

a) Zuweisung der Materien an die nationalen Gesetzgeber; Kollisionsrecht.....	258
aa) Erlass von Sondervorschriften betreffend den Schutz von Minderheitsgesellschaftern (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 VRL 2005/56/EG).....	259
bb) Koordinierung der involvierten Rechtsordnungen.....	260
b) Minderheitenschutz (§§ 122h, 122i UmwG).....	262
aa) Grundlagen des deutschen Schutzsystems.....	262
bb) Verbesserung des Umtauschverhältnisses durch bare Zuzahlung (§ 122h UmwG, Art. 10 Abs. 3 VRL 2005/56/EG).....	264
(1) Art. 10 Abs. 3 VRL 2005/56/EG.....	265
(a) Begriff des Vorsehens in Art. 10 Abs. 3 Satz 1 VRL 2005/56/EG (Alt. 1).....	265
(b) Zustimmung zur Durchführung des Kontrollverfahrens (Alt. 2).....	266
(2) Hinausverschmelzung (§ 122h Abs. 1 VRL 2005/56/EG); internationale Zuständigkeit.....	267
(3) Hineinverschmelzung (§ 122h Abs. 2); internationale Zuständigkeit.....	269
cc) Barabfindungsanspruch (§ 122i UmwG).....	270
(1) Generelles Abfindungsangebot bei Hinausverschmelzungen.....	270
(2) Abfindungsangebot der Überträgerin im Verschmelzungsplan	271
(3) Anwendung der Vorschriften über eigene Anteile (§ 122i Abs. 1 Satz 2 UmwG)	273
c) Gläubigerschutz (§ 122j UmwG)	274
aa) Grundlagen des deutschen Schutzsystems.....	274
bb) A-Priori-Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft	275
VII. Ergebnis zu Teil B.....	277

§ 4 Der neue steuerrechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen: Ausgewählte Aspekte 288

A. Einleitung	288
I. Weiterer Gang der Darstellung und Schwerpunktsetzung.....	288
II. Grundlagen	289
1. Eckpfeiler der ertragsteuerlichen Behandlung von (innerstaatlichen) Verschmelzungen	289
a) Grundsätzliche Ertragsteuerneutralität	289
b) Übergang von Verlustvorträgen bzw. laufenden Verlusten.....	291

2.	Entstrickung und Ersatzrealisationstatbestände.....	293
3.	Neuregelung durch das SEStEG.....	296
4.	Die Aufteilung der Besteuerungsrechte auf Veräußerungsgewinne, insbesondere: Das Betriebsstättenprinzip der Doppelbesteuerungsabkommen	298
5.	Einflüsse des Gemeinschaftsrechts auf die Ertragsbesteuerung von grenzüberschreitenden Verschmelzungen.....	302
a)	Die Richtlinien des Sekundärrechts.....	303
aa)	FRL 90/434/EWG	303
bb)	Amtshilferichtlinie 77/799/EWG und Beitreibungsrichtlinie 76/308/EWG	306
b)	Grundfreiheiten und Ertragsteuerrecht	308
B.	Gemeinschaftsrechtskonforme Ausgestaltung der verschmelzungsbedingten Entstrickungsbesteuerung	310
I.	Gemeinschaftsrechtskonformität der deutschen <i>lex lata</i> : Sofortbesteuerung von im Rahmen der Hinausverschmelzung entstrickten stillen Reserven.....	310
1.	Die Rechtsprechung des EuGH zu steuerlichen Wegzugsbeschränkungen	311
a)	Eröffnung des Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit... ..	311
b)	Die Rechtssachen de Lasteyrie du Saillant (2004) und „N“ (2006)	312
aa)	Sachverhalt der Entscheidungen	312
bb)	Steuerliche Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufgrund des Wegzugs.....	313
cc)	Rechtfertigungspotenzial der Mitgliedstaaten	316
(1)	Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	316
(2)	Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit.....	318
2.	Vereinbarkeit von § 11 Abs. 2 Nr. 2 UmwStG mit der Niederlassungsfreiheit	319
II.	Grundlagen der Ausgestaltung der verschmelzungsbedingten Entstrickungsbesteuerung <i>de lege ferenda</i>	322
1.	Unilaterale Einführung einer Stundungslösung.....	322
2.	Harmonisierungserfordernisse und -bemühungen auf Gemeinschaftsebene	325
C.	Ergebnis zu § 4.....	327
§ 5	Fazit und Ausblick	328
A.	Die Errungenschaften der neuen Umwandlungsfreiheit	328
B.	Das künftige Einsatzfeld der neuen Gestaltungsoptionen	330

I.	Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften.....	330
II.	Sonstige grenzüberschreitende Umwandlungen	333
C.	Ausblick	333

§ 1 Einleitung

A. Das Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung im Wandel

Die Idee, Gesellschaften über die nationalen Grenzen hinweg zu verschmelzen, ist keineswegs neu. Bereits im Jahr 1901 hatte das Kammergericht zu Berlin über die Verschmelzung einer deutschen auf eine luxemburgische Aktiengesellschaft zu entscheiden und sah diese als unzulässig an.¹ An dieser Abschottung des deutschen Verschmelzungsrechts gegenüber ausländischen Gesellschaftsformen sollte sich – obschon zwischenzeitlich von einigen geglückten grenzüberschreitenden Verschmelzungen berichtet wurde² – im Grundsatz für einen Zeitraum von mehr als 100 Jahren nichts ändern.

Im Hinblick auf die fortschreitende Globalisierung³ der Märkte, die auch den deutschen Mittelstand zunehmend unter Internationalisierungsdruck setzt⁴, die weiter zunehmende Verflechtung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen sowie die – nach dem Platzen der sog. „Dotcom-Blase“ wieder – anhaltende Konjunktur transnationaler Unternehmensakquisitionen und -zusammenschlüsse erschien diese Abschirmung deutscher Unternehmen indes immer weniger zeitgemäß.⁵ Obschon ein praktisches Bedürfnis für die Ermöglichung solcher grenzüber-

¹ Kammergericht, Beschluss v. 18. Februar 1901 – 1 Y 61/01, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen 1901, A294. Das Kammergericht war zu jener Zeit oberstes Landesgericht Preußens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Fall betraf eine sog. Hinausverschmelzung, also die Verschmelzung einer deutschen auf eine ausländische Gesellschaft. Die Möglichkeit der Verschmelzung von Aktiengesellschaften kraft Gesamtrechtsnachfolge war seinerzeit in den Artt. 215, 247 ADHGB geregelt. Das Kammergericht befand, dass „[d]ie Fusion zweier Aktiengesellschaften mit den Wirkungen der Gesamtrechtsnachfolge der aufnehmenden Gesellschaft in das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gemäß den Art. 215, 247 HGB [...] voraus[setzt], daß die aufnehmende Gesellschaft ihren Sitz im Inlande hat. [...] Diese Vorschriften [...] lassen klar erkennen, daß das Gesetz unter der übernehmenden Gesellschaft nicht wohl auch eine ausländische, sondern nur eine inländische, d.h. eine Aktiengesellschaft mit dem Sitze innerhalb des Deutschen Reiches, verstanden haben kann.“ I.E. ebenso (für die Verschmelzung einer luxemburgischen und einer deutschen Gesellschaft) Bay-ObLG, Beschluss v. 20. Oktober 1906 – I Zs, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Band 14 (1907), 357.

² Vgl. die Erfahrungsberichte v. *Rixen/Böttcher*, GmbH 1993, 572; *Dorr/Stukenborg*, DB 2003, 647 und *Wenglorz*, BB 2004, 1061.

³ Der Terminus beschreibt die Entwicklung und Herausbildung eines Weltmarktes bzw. den Abbau von Marktsegmentierungen im Weltmaßstab, vgl. *Schäfer*, in: Berg, Globalisierung, S. 9; *Zachert*, AG 2002, 35.

⁴ Vgl. etwa *Lenz*, FAZ v. 18. Juli 2002 S. 19; *Samson/Flindt*, NZG 2006, 290.

⁵ S. hierzu etwa *Voss*, M&A Review 2006, 1; *dies.*, M&A Review 2007, 49; *Tschöke/Hofacker*, M&A Review 2007, 69; Das Gesamtvolumen von Mergers & Acquisitions betrug in Europa

schreitender Strukturmaßnahmen kaum bezweifelt werden konnte, erschien die Einbeziehung ausländischer Gesellschaften in den Anwendungsbereich des deutschen Umwandlungsrechts im Allgemeinen und des deutschen Verschmelzungsrechts im Speziellen noch bis vor kurzem als Zukunftsmusik⁶.

Ein solches praktisches Bedürfnis für grenzüberschreitende Verschmelzungen wurde auch und gerade auf europäischer Ebene frühzeitig erkannt. Bereits in den Römischen Verträgen zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957 wird die Schaffung von Möglichkeiten grenzüberschreitender Verschmelzungen im Wege eines multilateralen Abkommens angemahnt.⁷ Jahrzehntlang verliefen jedoch diesbezügliche Bemühungen auf politischer Ebene insbesondere aufgrund erheblicher Divergenzen in der Mitbestimmungsfrage fruchtlos. Die Dritte Richtlinie 78/855/EWG v. 9. Oktober 1978⁸ verpflichtete die Mitgliedstaaten schließlich lediglich zur Einführung der Möglichkeit homogener Verschmelzungen von Aktiengesellschaften im rein nationalen Kontext und stellte insoweit Mindeststandards auf.⁹

Die entscheidenden Impulse setzte schließlich einerseits der Europäische Gerichtshof in Luxemburg (EuGH), dessen Rechtsprechung insbesondere seit der Entscheidung in der Rechtssache *Centros Ltd.*¹⁰ im Jahr 1999 zu einer signifikanten Öffnung der nationalen Gesellschaftsrechte beitrug sowie andererseits der politische Durchbruch bei den Verhandlungen über die Ausgestaltung der unternehmerischen Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, SE) Ende des Jahres 2000 auf den Gipfel von Nizza – einem Projekt, dessen Schicksal seit jeher auf engste mit der Schaffung eines gemeinschaftssekundärrechtlichen Verschmelzungsregimes verknüpft war. Seit Inkrafttreten des SE-Statuts steht erstmals ein rechtssicherer Rahmen für die Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen zur Verfügung, der allerdings auf nationale Aktiengesellschaften als Verschmelzungspartner und die SE als „Endprodukt“ einer

im Jahr 2005 760 Mrd. US-Dollar, im Jahr 2006 1,59 Bio. US-Dollar. Die bisherigen Rekordjahre 1999 und 2000 (1,48 bzw. 1,42 Bio. US-Dollar) wurden damit erstmals wieder übertroffen. Der Anteil der internationalen Transaktionen unter Beteiligung deutscher Gesellschaften betrug im Jahr 2005 50%, im Jahr 2006 50,5%. Vgl. auch Handelsblatt v. 8. Februar 2007 S. 22; FAZ v. 17. Februar 2007 S. 19; *Bayer/J. Hoffmann*, AG 2006, R468; *Decher*, Konzern 2006, 805.

⁶ So noch *K. Schmidt*, ZGR 1999, 20 (32).

⁷ Art. 220 EGV v. 25. März 1957, jetzt Art. 293 EG.

⁸ Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates v. 9. Oktober 1978 gem. Art. 54 Abs. 3 lit. g des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. EG Nr. L 295/36 v. 20. Oktober 1978.

⁹ Zur Dritten Richtlinie 78/855/EWG allgemein unten § 3 B. II. 2. S. 108 f.

¹⁰ Zur diesbezüglichen Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH ausführlich unten § 3 A. III. 3. b) aa) S. 48 ff. sowie § 3 A. IV. 1. a) aa) S. 80 ff.

solchen Transaktion beschränkt ist.¹¹ Aufgrund dieser Beschränkung des Teilnehmerkreises und der Fixierung der Zielrechtsform, stellt die SE-Verschmelzung keine universell einsetzbare Gestaltungsoption dar. Insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (*KMU*) in der Rechtsform einer GmbH wird die SE als Gesellschaftsform (auch wenn die SE-Verschmelzung im Wege eines vorherigen Formwechsels in eine nationale Aktiengesellschaft nutzbar gemacht werden kann) i.d.R. zu schwerfällig und zu wenig flexibel sein.

Diese unterschiedlichen Entwicklungslinien auf primär- und sekundärrechtlicher Ebene kulminierten schließlich in Bezug auf die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union im Allgemeinen im Dezember 2005: Am 13. Dezember 2005 entschied zunächst der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *SEVIC Systems AG*, dass die Verschmelzung einer ausländischen (wie auch in der Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahre 1901 einer luxemburgischen) auf eine deutsche Gesellschaft von Seiten des Ansässigkeitsstaats der Übernehmerin nicht generell versagt werden könne.¹² Zwei Tage nach Erlass der Entscheidung trat schließlich nach jahrzehntelangem Ringen¹³ die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten in Kraft¹⁴, die erstmals einen gesicherten und in weiten Teilen harmonisierten Rechtsrahmen für Verschmelzungen über die nationalen Grenzen hinweg auch für andere Rechtsträger als nationale Aktiengesellschaften innerhalb der Europäischen Union bereitstellt. Dass einerseits ein praktisches Bedürfnis für eine (das nationale Verschmelzungssach- und Kollisionsrecht harmonisierende) Richtlinie durch die *SEVIC*-Entscheidung keinesfalls obsolet wird, andererseits jedoch auch die unmittelbaren und mittelbaren Implikationen der (den Grundfreiheitsschutz zumindest der Hineinverschmelzung ausdrücklich bestätigenden) EuGH-Entscheidung deutlich über die Vorgaben der VRL 2005/56/EG hinausgehen, wird im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zu zeigen sein.¹⁵

Der deutsche Gesetzgeber hat unter Einfluss dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben das deutsche Gesellschafts-, Mitbestimmungs- und Steuerrecht grundlegend umgestalten müssen. Im April 2007 erging das Zweite Gesetz zur Änderung

¹¹ Zur Abgrenzung des Anwendungsbereich der Artt. 17 ff. SE-VO 2157/2001 von der VRL 2005/56/EG unten § 3 B. V. 1. a) cc) (3) S. 139 ff.

¹² EuGH, Urteil v. 13. Dezember 2005 – C-411/03, Slg. 2005, I-10805 = NJW 2006, 425 = ZIP 2005, 2311 = DSStR 2006, 49 – *SEVIC Systems AG* (nachfolgend auch kurz „*SEVIC*“).

¹³ Zur Genese der Richtlinie ausführlich unten § 3 B. II. S. 106 ff.

¹⁴ Richtlinie 2005/36/EG des EP und des Rates v. 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABL. EG Nr. L 310 S. 1 v. 25. November 2005 – *Verschmelzungsrichtlinie* („*VRL 2005/56/EG*“); zu deren Inkrafttreten vgl. Art. 20 VRL 2005/56/EG.

¹⁵ Vgl. unten § 3 A. III. 2. a) S. 41; § 3 A. IV. 3. S. 90 ff.; ausführlich auch § 3 B. III. S. 111 ff.