

Münchner 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

Münchener Juristische Beiträge

Herausgeber der Reihe:
Dr. jur. Thomas Küffner



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

Abkürzungsverzeichnis

2. UmwGÄG	Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, BGBl. I 2007, 542 v. 24. April 2007
a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
A/S	<i>Aktieselskaber</i> (dänische Gesellschaftsform)
AB	<i>Aktiebolag</i> (schwedische Gesellschaftsform)
ABL.	Amtsblatt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht <i>oder</i> Aktiengesellschaft (Rechtsform) <i>oder</i> Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein(e)
Alt.	Alternative
Amtshilferichtlinie 77/799/EWG	Richtlinie des Rates v. 19. Dezember 1977 über die Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern und der Steuern auf Versicherungsprämien, ABL. EG Nr. L 336/15 v. 27. Dezember 1977 in der aktuellen Fassung
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art. (Artt.)	Artikel (Plural)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Fachzeitschrift)
Ausschuss-Drs.	Ausschuss-Drucksache
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Beitreibungsrichtlinie 76/308/EWG	Richtlinie des Rates v. 15. März 1976 über die gegenseitige Unterstützung bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Abgaben, Zölle, Steuern und sonstige Maßnahmen, ABL. EG Nr. L 73/18 v. 19. März 1976 in der aktuellen Fassung
Betriebsstättenerlass	BMF, Schreiben v. 24. Dezember 1999 betr. Grundsätze der Verwaltung für die Prüfung der Aufteilung der Einkünfte bei Betriebsstätten international tätiger Unternehmen – IV B 4 – S 1300 - 111/99, BStBl. I 1999, 1096 in der aktuellen Fassung
BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksachen
BReg.	Bundesregierung
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksachen
Bull.	Bulletin
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bVg	Besonderes Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CJEL	Columbia Journal of European Law
D.d.	<i>Delniska Druzba</i> (slowenische Gesellschaftsform)
d.h.	das heißt
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb – Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Dritte Richtlinie 78/855/EWG	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
DrittelpG	Gesetz über die Drittelpartizipation der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (Drittelpartizipationsgesetz)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Fachzeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitschrift
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entwurf
EBRG	Gesetz über Europäische Betriebsräte
ECFR	European Company and Financial Law Review
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Fachzeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft; EG-Vertrag in der Fassung des Vertrages von Amsterdam v. 2. Oktober 1997 (ABl. EG Nr. C 340 v. 10.11.1997, S. 1.)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGV	EG-Vertrag, im Zusammenhang mit einzelnen Artikeln in der Fassung vor dem Vertrag vom Amsterdam, im Übrigen ohne Beschränkung
endg.	endgültig
EP	Europäisches Parlament
EStG	Einkommensteuergesetz
et seq.	et sequentes
etc.	et cetera

EU	Europäische Union, EU-Vertrag in der Fassung des Vertrages von Amsterdam v. 2. Oktober 1997 (Abl. EG Nr. C 340 v. 10.11.1997, S. 1.)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27. September 1968, Abl. EG Nr. L 1972, 299/32
EuGVVO	Verordnung Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 22. Dezember 2000, Abl. EG Nr. L 2001,12/1
EuR	Europarecht (Fachzeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtL.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Fachzeitschrift)
f.	folgende (Seite)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende (Seite)
FG	Finanzgericht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
FRL 90/434/EWG	Richtlinie 90/434/EWG des Rates v. 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, Abspaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, sowie für die Verlegung des Sitzes einer Europäischen Gesellschaft oder einer Europäischen Genossenschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat, Abl. EG Nr. L 225/1 v. 20. August 1990 in der aktuellen Fassung
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter (Fachzeitschrift Österreich)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRURInt	Gewerbliche Rechtschutz und Urheberrecht: Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hdb.	Handbuch
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
ICTA 1970	Income and Corporation Taxes Act 1970 (Vereinigtes Königreich)
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
IFRS	International Financial Reporting Standards
insb.	insbesondere
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
InvG	Investmentsgesetz
InvZulG	Investitionszulagengesetz
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IStR	Internationales Steuerrecht (Fachzeitschrift)
IWB	Internationale Wirtschaftsbriebe (Fachzeitschrift)
JBl.	Juristische Blätter
jurisPR-SteuerR	juris PraxisReport Steuerrecht
JuS	Juristische Schulung – Zeitschrift für Studium und Referendariat
JZ	Juristenzeitung
Kapitalrichtlinie 77/91/EWG	Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates v. 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EG Nr. L 26/1 v. 31. Januar 1977 in der aktuellen Fassung
KK	Kölner Kommentar
KOM	Mitteilung der Kommission (Mitteilungsblatt)
KStG	Körperschaftsteuergesetz
LG	Landgericht
lit.	litera
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
Ltd.	Private company limited by shares (britische Gesellschaftsform)

M&A	Mergers & Acquisitions
m.	mit
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MgVG	Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, BGBl. I 2006, 3332 v. 28. Dezember 2006
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz 1976)
MüHa	Münchener Handbuch
MüKo	Münchener Kommentar
Nachw.	Nachweise
NewCo	Neu gegründete bzw. zu gründende Gesellschaft
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NotBZ	Zeitschrift für notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.	oben
öAktG	Aktiengesetz (Österreich)
öBGBI.	Bundesgesetzblatt (Österreich)
OECD	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development;</i> Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OECD-MA 2005	OECD-Musterabkommen 2005 zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen
öEU-VerschG	Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union (Österreich), verkündet als Art. 1 des Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2007 (Österreich)
OGAW	Organismus/Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
öGesRÄG 2007	Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union erlassen wird sowie das Firmenbuchgesetz, das Gerichtskostengesetz, das Rechtspflegergesetz, das GmbH-Gesetz, das Aktiengesetz 1965, das Umwandlungsgebot, das Unternehmensgesetzbuch und das Übernahmegesetz geändert werden (Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007) (Österreich)
öGmbHG	GmbH-Gesetz (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
öOGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖStZ	Österreichische Steuer-Zeitung

öUmgrStG	Umgürungssteuergesetz (Österreich)
öUmwG	Umwandlungsgesetz (Österreich)
Plc	Public company limited by shares (britische Gesellschaftsform)
Plenardok.	Offizielles Dokument des Europäischen Parlaments
PRES	Pressemitteilung des Rats der Europäischen Union
Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG	Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates v. 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften i.S.d. Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um die Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EG Nr. L 065 S. 8 v. 14. März 1968 in der aktuellen Fassung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
Ratsdok.	Offizielles Dokument des Rats der Europäischen Union
RdA	Recht der Arbeit (Fachzeitschrift)
Rdnr.	Randnummer
RdW	Recht der Wirtschaft (Fachzeitschrift Österreich)
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Fachzeitschrift)
RPflG	Rechtflegergesetz
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/Seite
s.	Siehe
S.p.A.	Società per Azioni
S.r.l.	Società a responsabilità limitata
SA	Société anonyme
SE	Europäische Aktiengesellschaft (<i>Societas Europaea</i>)
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), BGBl. I 2004, 3675
SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE) v. 28. Dezember 2004, BGBl. I 2004, 3686
sec.	section
SEG	Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Österreich), öBGBl. I 2004, Nr. 67 v. 24. Juni 2004
SE-Richtlinie 2001/86/EG	Richtlinie 2001/86/EG des Rates v. 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. EG Nr. L 294 v. 10. November 2001
SEStEG	Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften v. 7. Dezember 2006, BGBl. I 2006, 2782
SE-VO 2157/2001	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8. Oktober 2001

	über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294 v. 10. November 2001
Slg.	Sammlung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
sog.	so genannte(r)
SpruchG	Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
StÄndG 1992	Gesetz zur Entlastung der Familien und zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Investitionen und Arbeitsplätze (Steueränderungsgesetz 1992) v. 25. Februar 1992, BGBl. I 1992, 297
SteuerStud	Steuer und Studium (Fachzeitschrift)
StJb	Steuerberater-Jahrbuch
StuW	Steuer und Wirtschaft (Fachzeitschrift)
Tz.	Textziffer
u.	unten <i>oder</i> und
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UA	Unterabsatz
Umwandlungssteuererlass	BMF, Schreiben v. 25. März 1998 – IV B 7 – S 1978 – 21/98, BStBl. II 1998, 268 in der aktuellen Fassung
UmwBerG	Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, BGBl. I 1994, 3210
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
USA	United States of America
usw.	und so weiter
v.	von <i>bzw.</i> vom
Vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VRL 2005/56/EG	Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments 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
VRL-E 1985	Vorschlag für eine 10. Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates nach Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften, KOM (1984) 727 endg.
VRL-E 2003	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, KOM (2003) 703 endg.
vs.	versus
VÜ-E 1972	Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften, Bull. EG 1973, Beilage 13 = RabelsZ 1975, 539
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Fachzeitschrift)
WuB	Kommentierende Entscheidungssammlung zum Wirtschafts-

	und Bankrecht
WuS	Wirtschaft und Statistik (Fachzeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

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 Artt. 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. Anteiltausch (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 Satzungssitzes 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 SEVIC-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 Daily Mail (1988)	82
(3)	Erkenntnisse aus der weiteren Rechtsprechung des EuGH	84
(4)	Fazit: Das Bild in Wegzugsfällen.....	85
bb)	Würdigung der Aussagen der SEVIC-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 Richtlinievorschlags 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	135
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 Artt. 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 Verschmelzungsbesccheinigung (§ 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;	258
	Kollisionsrecht	
aa)	Erlass von Sondervorschriften betreffend den Schutz von Minderheitsgesellschaften (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 Beteiligungsrichtlinie 76/308/EWG	306
b)	Grundfreiheiten und Ertragsteuerrecht	308
B.	Gemeinschaftsrechtkonforme 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 – obwohl 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 Obwohl ein praktisches Bedürfnis für die Ermöglichung solcher grenzüber-

¹ Kammergericht, Beschluss v. 18. Februar 1901 – I 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, GmbHR 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 Jahrzehntelang 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 = DStR 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.

§ 2 Der bisherige Status grenzüberschreitender Verschmelzungen in Deutschland

Nachfolgend ist darzulegen, wie sich die Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Verschmelzung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften bisher, d.h. bis zum Ergehen der SEVIC-Entscheidung des EuGH, darstellten. Dabei sollen zunächst die insoweit interessierenden Rechtsfragen dargestellt werden, bevor auf weitere, aus Sicht der Praxis wesentliche Aspekte – namentlich bisherige Schwierigkeiten betreffend die Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen in einem unharmonisierten Rechtsrahmen sowie von der Praxis entwickelte Alternative Gestaltungen zu solchen Verschmelzungen – einzugehen sein wird.

A. Die bisherigen rechtlichen Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Gesellschaften

I. Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen

1. § 1 UmwG als Hemmnis grenzüberschreitender Verschmelzungen

Die Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Gesellschaften war bisher, d.h. bis zum Erlass der SEVIC-Entscheidung des EuGH, umstritten⁶⁰, da § 1 Abs. 1 UmwG bestimmt, dass (nur?) Rechtsträger „mit Sitz im Inland“ umgewandelt werden können; die Regelung wird flankiert durch das allein durch höherrangiges Recht überwindbare⁶¹ Analogieverbot des § 1 Abs. 2 UmwG.

Zwar hielt eine im Vordringen befindliche Auffassung grenzüberschreitende Verschmelzung schon bisher gerade vor dem Hintergrund des primären Gemeinschaftsrechts für zulässig: § 1 UmwG bringe lediglich die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, dass der deutsche Gesetzgeber nicht beanspruche, auch Regelungen für Rechtsträger mit Sitz im Ausland treffen zu wollen; hiermit sei es jedoch

⁶⁰ Vgl. ausführlich zur Rechtslage vor der SEVIC-Entscheidung etwa Sonntag, Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen, S. 8 ff.; Lennerz, Internationale Verschmelzung, S. 39 ff.

⁶¹ Hierzu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 13 I S. 364, der jedoch die Möglichkeit der Überwindung des „Rechtsfortbildungsverbots“ durch primäres Gemeinschaftsrecht übersieht. Vgl. hierzu auch unten § 3 A. V. 1. S. 96 ff.

durchaus vereinbar, dass an einer Umwandlung neben inländischen auch ausländische Rechtsträger beteiligt sein können.⁶²

Die wohl bis zuletzt h.M. ging indes davon aus, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften unzulässig sei.⁶³ Dabei wurde überwiegend angenommen, dass § 1 Abs. 1 UmwG Verschmelzungen unter Beteiligung auch von ausländischen Rechtsträgern zwar nicht generell verbiete, diese jedoch schlichtweg nicht erfasse. Da auch im Übrigen keine Kodifikation der grenzüberschreitenden Umwandlung nach deutschem Recht vorliege und § 1 Abs. 2 UmwG die privatautonome Schaffung von Umwandlungen im Wege der Universalsukzession untersage⁶⁴, seien grenzüberschreitende Verschmelzungen *de lege lata* unzulässig⁶⁵, weil die Gesamtrechtsnachfolge eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung voraussetzt, die es insoweit nicht gebe⁶⁶. Zumeist ausschlaggebend für eine solche Interpretation war der historische Wille des Gesetzgebers.⁶⁷

Auch die Praxis der Registergerichte war auf dieser Grundlage überwiegend restriktiv: Die Eintragung der Hineinverschmelzung, also der Verschmelzung einer oder mehrerer ausländischer Überträgerin(nen) auf eine deutsche Gesellschaft, wurde überwiegend abgelehnt, die Herausverschmelzung, also die Verschmelzung einer oder mehrerer deutscher Überträgerin(nen) auf eine ausländische Gesellschaft, als Auflösungsbeschluss gewertet.⁶⁸ Obschon vereinzelt grenzüberschreitender Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Gesellschaften durchgeführt

⁶² So etwa *Kallmeyer*, in: ders., 2. Aufl., § 1 UmwG Rdnr. 12; ders., ZIP 1996, 535; *Drygala*, ZEuP 2004, 337 (353); *Lawall*, IStR 1998, 345 (347) jeweils m.w.Nachw.

⁶³ Statt vieler *Lutter*, in: ders., 2. Aufl., § 1 UmwG Rdnr. 6; *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, § 1 UmwG Rdnr. 108; *Dehner*, § 1 UmwG Rdnr. 3; *Semler*, in ders./*Stengel*, § 1 UmwG Rdnr. 41; *Kindler*, in: MüKo-BGB, IntGesR Rdnr. 869 ff.; *Lennerz*, Internationale Verschmelzung, S. 49, jeweils m.w.Nachw.

⁶⁴ Vgl. etwa *Lutter/Drygala*, in: Lutter, § 1 UmwG Rdnr. 38.

⁶⁵ Vgl. *Bron*, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 16.

⁶⁶ Dies ist unstreitig, vgl. unten § 3 A. III. 4. b) bb) (1) S. 65.

⁶⁷ So wird im RegE des StÄndG 1992, das die (teilweise) Umsetzung der FRL 90/434/EWG für Einbringungsvorgänge zum Gegenstand hatte, ausgeführt: „Soweit die Richtlinie die Fusion [...] von Gesellschaften betrifft, kann sie derzeit nicht umgesetzt werden, weil es EG-weit an den dazu erforderlichen zivilrechtlichen Grundlagen fehlt. Die grenzüberschreitende Fusion [...] ist gegenwärtig handelsrechtlich [sic!] nicht möglich.“ (BT-Drs. 12/1108 v. 3. September 1991 S. 80). Im Entwurf des UmwBerG heißt es: „Die Beschränkung der Umwandlungsmöglichkeiten auf Rechtsträger mit Sitz im Inland entspricht in fast allen Fällen geltendem Recht. Angesichts der Bemühungen der Europäischen Gemeinschaften um eine Regelung [...] der internationalen Fusion, sollte eine Regelung dieses Komplexes zurückgestellt werden. Überdies würde die Ausdehnung des Geschehens auf internationale Fälle politisch wie rechtstechnisch erhebliche Probleme aufweisen.“ (BT-Drs. 12/6699 v. 1. Februar 1994 S. 79).

⁶⁸ Vgl. *Lutter*, in: Lutter, 2. Aufl., § 1 UmwG Rdnr. 5 m.w.Nachw. So für die *outbound*-Verwaltungssitzverlegung etwa OLG Hamm, Beschluss v. 30. April 1997 - 15 W 91/97, ZIP 1997, 1696 = DB 1997, 1865 = NJW-RR 1998, 615.

werden konnten⁶⁹, wurde eine solche Strukturmaßnahme in der Beratungspraxis wegen der beträchtlichen Rechtsunsicherheit als Gestaltungsalternative i.d.R. nicht ernsthaft in Betracht gezogen.⁷⁰

2. Begriff des Sitzes in § 1 Abs. 1 UmwG

Ebenfalls umstritten und weiterhin (d.h. auch nach Einfügung der § 122a ff. UmwG durch das 2. UmwGÄG) relevant ist die Frage, ob sich § 1 Abs. 1 UmwG auf den Satzungssitz oder den effektiven Verwaltungssitz bezieht. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Umwandlungsgesetzes hatte die Frage *de facto* keine praktische Bedeutung. Im Zusammenhang mit der neueren EuGH-Rechtsprechung jedoch, die das Auftreten sog. Scheinauslandsgesellschaften (*pseudo foreign companies*), deren Satzungs- und Verwaltungssitz in verschiedenen Staaten belegen sind, ermöglicht⁷¹, hat die Thematik durchaus Relevanz erlangt. Die ganz h.M. geht zurecht davon aus, dass § 1 Abs. 1 UmwG auf den Satzungssitz der verschmelzungsbeteiligten Gesellschaften Bezug nimmt.⁷² Zum einen sprechen hierfür systematische Argumente, da das UmwG auch im Übrigen mit dem Begriff „Sitz“ auf den statutarischen Sitz Bezug nimmt (etwa §§ 16, 19 UmwG); auch stellen sich bei der Verschmelzung von deutschen Rechtsträgern und Scheinauslandsgesellschaften aufgrund des Eingreifen verschiedener Gesellschaftsstatuta die gleichen Probleme wie bei anderen grenzüberschreitenden Verschmelzungen, die für den historischen Gesetzgeber ursprünglich gerade Anlass waren, solche grenzüberschreitenden Sachverhalte aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes auszuklamern.⁷³ Dieses Ergebnis bestätigt schließlich nunmehr auch § 122a Abs. 1 UmwG.

⁶⁹ S. bereits oben Fn. 2.

⁷⁰ Auch in vielen anderen EU-Mitgliedstaaten war die bisherige Rechtslage zumindest unklar. Teilweise wurden jedoch grenzüberschreitende Verschmelzungen auch bislang bereits explizit für zulässig erachtet, so etwa in Frankreich, Italien (*Dorr/Stukenborg*, DB 2003, 647 (650)) sowie Spanien (*Thömmes/Eicker/Crespo Vazquez/Verdera Rodriguez*, in: Widmann/Mayer, Anh. 3 Spanien Rdnr. 117). Zu einem rechtsvergleichenden Überblick vgl. *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, § 1 UmwG Rdnr. 296 ff.

⁷¹ S. hierzu unten § 3 A. III. 3. b) aa) (2) S. 50.

⁷² Vgl. statt vieler *Lutter/Drygala*, in: Lutter, § 1 UmwG Rdnr. 7; *Kallmeyer*, in: ders., § 1 UmwG Rdnr. 11; *Semler*, in: ders./Stengel, § 1 UmwG Rdnr. 50; *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, § 1 UmwG Rdnr. 106; *Kindler*, in: MüKo-BGB, IntGesR Rdnr. 685; *Engert*, in: Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 4 Rdnr. 76 S. 111, jeweils m.w.Nachw. A.A. *Lennerz*, Internationale Verschmelzung, S. 58 sowie J. *Hoffmann*, EuR Beiheft 3 2004, 127 (132 f.), dort als h.M. bezeichnet.

⁷³ Vgl. oben Fn. 67.

II. Kollisionsrechtliche Behandlung der grenzüberschreitenden Verschmelzung

Obschon grenzüberschreitenden Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Gesellschaften bisher von den Registergerichten aus sachrechtlichen Gründen wie dargelegt ganz überwiegend die Anerkennung verweigert wurde, hat es in der Literatur nicht an Ansätzen gefehlt, ein System für deren kollisionsrechtliche Behandlung herauszuarbeiten.⁷⁴ Im Ausgangspunkt ist insoweit unstreitig, dass der gesamte Vorgang der grenzüberschreitende Verschmelzung einheitlich dem Gesellschaftsstatut untersteht, da mit der Verschmelzung eine Änderung der Unternehmensstruktur einhergeht.⁷⁵

1. Ablehnung der Einzeltheorien

Da die allgemeine Gesellschaftskollisionsnorm die Frage nach dem anwendbaren Recht nur insofern löst, als eine Gesellschaft *allein* im Raum steht⁷⁶, ist noch nicht geklärt, welches Gesellschaftsstatut *in concreto* berufen ist. Insoweit vertritt die ganz h.M. in der deutschen Literatur, dass weder die alleinige Berufung des Rechts des aufnehmenden (sog. *Aufnahmetheorie*), noch das des übertragenden Rechtsträgers (sog. *Übertragungstheorie*) ausreichend den Belangen der jeweils anderen Gesellschaft und den mit dieser in Beziehung stehenden Gläubigern, Gesellschaftern und Arbeitnehmern (den sog. *stakeholders*) Rechnung trägt.⁷⁷ Demgegenüber hat der öOOGH in Wien zu einer übertragenden Umwandlung (§§ 2 ff. öUmwG) einer österreichischen GmbH auf deren deutsche alleinige

⁷⁴ Auch der VRL 2005/56/EG lassen sich kollisionsrechtliche Aussagen entnehmen. Die folgende Darstellung dient daher primär dazu, einen Grundstein für die Frage der Vereinbarkeit der bisher vertretenen Auffassungen mit den in der VRL 2005/56/EG getroffenen Aussagen zu legen. Vgl hierzu ausführlich unten § 3 B. IV. 1. c) bb) S. 125 ff.

⁷⁵ Insofern ist kollisionsrechtlich zwischen Geschäftsführungsmaßnahmen (die primär dem für das konkrete Geschäft geltenden Recht unterliegen) und Organisationsakten zu unterscheiden, bei denen in die Struktur der Gesellschaft eingegriffen wird, vgl. Engert, in: Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 4 Rdnr. 70 S. 190. Dabei wird in den meisten Abhandlungen die Einschlägigkeit des Gesellschaftsstatuts stillschweigend vorausgesetzt, vgl. Beitzke, FS Hallstein (1966), S. 20; Lennerz, Internationale Verschmelzung, S. 135 m.w.Nachw. Eine Berufung etwa der *lex rei sitae* bzw. des Forderungsstatuts bezüglich des Vermögensübergangs oder des Vertragsstatuts bezüglich des Verschmelzungsvertrags scheiden damit aus.

⁷⁶ Lennerz, Internationale Verschmelzung, S. 138.

⁷⁷ Vgl. Engert, in: Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 4 Rdnr. 68 S. 108 m.w.Nachw.; Kindler, in: MüKo-BGB, IntGesR Rdnr. 843 ff. Die Aufnahmetheorie wird soweit ersichtlich heute nicht mehr vertreten; sie hätte insbesondere zur Folge, dass das Erlöschen der Überträgerin entgegen allgemeiner Prinzipien des IPR von einer fremden Rechtsordnung angeordnet würde.

die Kernaussagen der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG) in diesem Zusammenhang eingegangen.

Nach Darstellung der *SEVIC*-Entscheidung und der Einordnung des Judikats in seinen rechtlichen Kontext ist zunächst zu untersuchen, inwieweit andere Typen der Verschmelzung als die in der Entscheidung explizit behandelte Hineinverschmelzung zur Aufnahme (*in concreto* die Hinausverschmelzung¹⁵¹ sowie die Verschmelzung zur Neugründung¹⁵²) den Schutz der Grundfreiheiten genießen. Außerdem wird in kompakter Form zur grundfreiheitsrechtlichen Relevanz anderer Umwandlungsarten (*in concreto* Spaltung¹⁵³, Formwechsel¹⁵⁴ und Umwandlung von Personengesellschaften¹⁵⁵) Stellung genommen. Im Anschluss hieran wird darzulegen sein, wie die vom EuGH in *SEVIC* aufgestellten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (außerhalb des Anwendungsbereichs der VRL 2005/56/EG) im deutschen Recht *de lege lata* umzusetzen sind¹⁵⁶.

II. Sachverhalt und Inhalt der *SEVIC*-Entscheidung des EuGH

1. Sachverhalt

Der der *SEVIC*-Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt ist verhältnismäßig einfach: Die *SEVIC Systems AG* (im Folgenden *SEVIC AG*) mit Sitz in Neuwied und eine ihrer Tochtergesellschaften¹⁵⁷, die *Security Vision Concept SA*¹⁵⁸ (im Folgenden *SV SA*) mit Sitz in Luxemburg, schlossen im Jahr 2002 einen Verschmelzungsvertrag mit dem Inhalt, dass das gesamte Vermögen der *SV SA* als Ganzes unter deren Auflösung ohne Abwicklung auf die *SEVIC AG* übergehen solle (Hineinverschmelzung zur Aufnahme). Das AG Neuwied lehnte die Eintragung der Verschmelzung nach §§ 19, 20 UmwG unter Hinweis auf § 1 Abs.1 Nr. 1 UmwG und die dort aufgestellte Beschränkung auf Rechtsträger

Vorgängen mit Bezug zu Nicht-EU-Staaten zukommen; diese sind jedoch nicht unmittelbar Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Der EuGH geht in der *SEVIC*-Entscheidung (s. oben Fn. 147) – im Gegensatz zu den Schlussanträgen des *Generalanwalts Tizzano* (v. 7. Juli 2005, Sig. 2005, I-10805 Tz. 71-78 = ZIP 2005, 1227) – auf die Kapitalverkehrsfreiheit mit keinem Wort ein.

¹⁵¹ S. unten § 3 A. IV. 1. S. 79 ff.

¹⁵² S. unten § 3 A. IV. 2. S. 89 ff.

¹⁵³ S. unten § 3 A. IV. 3. a) S. 90 ff.

¹⁵⁴ S. unten § 3 A. IV. 3. b) S. 92 ff.

¹⁵⁵ S. unten § 3 A. IV. 3. c) S. 94 ff.

¹⁵⁶ S. unten § 3 A. V. S. 95 ff.

¹⁵⁷ S. *Gesell/Krömker*, DB 2006, 2558. Die beiden Gesellschaften gehörten zu einer internationalen Unternehmensgruppe für Sicherheits-, Navigations- und Unterhaltungssysteme, vgl. *Siems*, EuZW 2006, 135 (136).

¹⁵⁸ *Société anonyme luxemburgischen Rechts*, funktionell mit der deutschen AG vergleichbar.

mit „*Sitz im Inland*“, ab.¹⁵⁹ Hiergegen legte die *SEVIC AG* Beschwerde nach § 19 FGG zum LG Koblenz ein.

2. Vorlagebeschluss des LG Koblenz v. 16. September 2003

Das LG Koblenz setzte das Verfahren mit Vorlagebeschluss v. 16. September 2003¹⁶⁰ aus und legte dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG die Frage vor¹⁶¹, ob die Artt. 43, 48 EG dahin auszulegen sind, dass es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn einer ausländischen EU-Gesellschaft die Eintragung ihrer angestrebten Verschmelzung mit einer deutschen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister versagt wird, weil § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nur eine Umwandlung von Rechtsträgern mit Sitz im Inland vorsieht.¹⁶²

3. Die Schlussanträge des Generalanwalt Tizzano v. 7. Juli 2005

Generalanwalt *Tizzano* sah in seinen Schlussanträgen¹⁶³ die Niederlassungsfreiheit als verletzt an.¹⁶⁴ Harmonisierungsmaßnahmen seien keine Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Grundfreiheit.¹⁶⁵ Der Generalanwalt bejahte die Eröffnung des *Schutzbereichs* der Artt. 43, 48 EG sowohl für den übertragenden¹⁶⁶ als auch für den übernehmenden Rechtsträger¹⁶⁷. Die Niederlassungsfreiheit schütze

¹⁵⁹ Zu dieser Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG bereits oben § 2 A. I. 1. S. 13 f.

¹⁶⁰ LG Koblenz, Beschluss v. 16. September 2003 – 4 HK T 1/03, ZIP 2003, 2210 = NZG 2003, 1124.

¹⁶¹ Vorliegend bestand keine Vorlageverpflichtung nach Art. 243 Abs. 3 EG, da eine solche Pflicht bei Auslegungsfragen nur letztinstanzliche Gerichte trifft. Vorliegend wäre indes eine weitere Beschwerde zum OLG Zweibrücken nach §§ 27 ff. FGO (i.V.m. § 4 Abs. 3 Gerichtsorganisationsgesetz Rheinland-Pfalz) möglich gewesen.

¹⁶² Nicht weiter erörtert wurde indes, ob § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nach Auffassung des Gerichts den effektiven Verwaltungssitz oder den statutarischen Sitz meint; zu dieser Frage bereits oben § 2 A. I. 2. S. 15. Wie sich zeigen wird, wäre die Klärung dieser Frage im Rahmen der Vorlage durchaus geboten gewesen, da hiervon maßgeblich der Maßstab der Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit abhängt, hierzu unten § 3 A. III. 5. c) bb) (2) S. 73.

¹⁶³ S. oben Fn. 150.

¹⁶⁴ Die Schlussanträge des Generalanwalts erhalten deswegen eine besondere Bedeutung, da *Tizzano* nunmehr zum Richter am EuGH ernannt wurde, vgl. AbI. EG Nr. L 104, S. 37 v. 13. April 2006.

¹⁶⁵ *Generalanwalt Tizzano*, Schlussanträge Rs. C-411/03 - *SEVIC* (Fn. 150), Tz. 67-68. Der Generalanwalt geht auf diese Problematik – m.E. unzutreffend, s. unten Fn. 199 – im Rahmen der Rechtfertigung ein.

¹⁶⁶ *Generalanwalt Tizzano*, Schlussanträge Rs. C-411/03 - *SEVIC* (Fn. 150), Tz. 20-33.

¹⁶⁷ *Generalanwalt Tizzano*, Schlussanträge Rs. C-411/03 - *SEVIC* (Fn. 150), Tz. 34-41.

nicht nur den Zugang zu anderen Mitgliedstaaten¹⁶⁸, sondern alle Aspekte, die mit der Niederlassung „komplementär und funktionell zusammenhängen“¹⁶⁹, mithin auch den Weggang aus dem Gebiet eines Mitgliedstaates¹⁷⁰. Die nationale Regelung stelle eine *Beschränkung* der Niederlassungsfreiheit dar¹⁷¹, die als *diskriminierende Maßnahme* allein nach Art. 46 EG gerechtfertigt werden könne¹⁷². Selbst wenn man dies anders sähe und eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses zulassen würde, wäre indes ein „absolutes und automatisches Verbot“¹⁷³ grenzüberschreitender Verschmelzungen nicht als verhältnismäßig anzusehen¹⁷⁴. Auch einen Verstoß gegen den *freien Kapitalverkehr* (Art. 56 EG) sah der Generalanwalt als gegeben an.¹⁷⁵

4. Entscheidung des EuGH v. 13. Dezember 2005

Der EuGH bejahte in seiner Entscheidung v. 13. Dezember 2005¹⁷⁶ zunächst die *Anwendbarkeit* der Niederlassungsfreiheit.¹⁷⁷ Insbesondere seien gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen nicht Vorbedingung für die Anwendbarkeit der Artt. 43, 48 EG¹⁷⁸. Die grenzüberschreitende Verschmelzung falle in den *sachlichen Anwendungsbereich* der Niederlassungsfreiheit, da sie eine für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalität darstelle.

Die unterschiedliche Behandlung von Gesellschaften nach dem UmwG nach Maßgabe dessen, ob es sich um eine innerstaatliche oder um eine grenzüberschrei-

¹⁶⁸ Generalanwalt Tizzano, Schlussanträge Rs. C-411/03 - SEVIC (Fn. 150), Tz. 30.

¹⁶⁹ Generalanwalt Tizzano, Schlussanträge Rs. C-411/03 - SEVIC (Fn. 150), Tz. 32

¹⁷⁰ Generalanwalt Tizzano, Schlussanträge Rs. C-411/03 - SEVIC (Fn. 150), Tz. 45.

¹⁷¹ Generalanwalt Tizzano, Schlussanträge Rs. C-411/03 - SEVIC (Fn. 150), Tz. 50.

¹⁷² Generalanwalt Tizzano, Schlussanträge Rs. C-411/03 - SEVIC (Fn. 150), Tz. 56-57.

¹⁷³ Generalanwalt Tizzano, Schlussanträge Rs. C-411/03 - SEVIC (Fn. 150), Tz. 64.

¹⁷⁴ Generalanwalt Tizzano, Schlussanträge Rs. C-411/03 - SEVIC (Fn. 150), Tz. 65.

¹⁷⁵ Generalanwalt Tizzano, Schlussanträge Rs. C-411/03 - SEVIC (Fn. 150), Tz. 71-78.

¹⁷⁶ Vgl. zur Entscheidung die zahlreichen Stellungnahmen in der Literatur, Bayer/J. Schmidt, ZIP 2006, 210; Behrens, EuZW 2006, 65; Beul, IStR 2006, 34; Bungert, BB 2006, 53; Forsthoff, DStR 2006, 613; Geyrhalter/Weber, DStR 2006, 146; Gottschalk, EuZW 2006, 83; Haar, GPR 2007, 27; Kappes, NZG 2006, 101; Kleinert, GmbHR 2006, R45; Kraft/Bron, IStR 2006, 26; Kuntz, IStR 2006, 224; Leible/J. Hoffmann, RIW 2006, 161; Limmer, ZNotP 2007, 242 (244 f.); Louven/Dettmeier/Pöschke/Weng, BB-Special 3/2006, 1; Lutter/Drygala, JZ 2006, 770; Melicke/Raback, GmbHR 2006, 123; Oechsler, NJW 2006, 812; Paal, RIW 2006, 142; Ringe, DB 2005, 2806; Schindler, ECFR 2006, 109; Schmidt/Maul, BB 2006, 13; Sedemund, BB 2006, 519; Siems, EuZW 2006, 135; Simon/Leuering, NJW-Spezial 2006, 75; Teichmann, ZIP 2006, 355; Thömmes, IWB 2006, Fach 11a, 945.

¹⁷⁷ EuGH, C-411/03 – SEVIC (Fn. 147) Tz. 16-19.

¹⁷⁸ EuGH, C-411/03 – SEVIC (Fn. 147) Tz. 24-27. Auch der EuGH spricht diese Problematik – m.E. unzutreffend – im Rahmen der Rechtfertigung der Beschränkung an (s. oben Fn. 165 sowie unten Fn. 199).

tende Verschmelzung handelt, stelle eine *Beschränkung* der Artt. 43, 48 EG dar.¹⁷⁹ Zwar könne diese Beschränkung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses *gerechtfertigt* werden, wenn sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und nicht über das hinausgehe, was hierzu erforderlich ist.¹⁸⁰ Als solche zwingenden Gründe des Allgemeininteresses kämen grundsätzlich der Schutz der Gesellschaftsgläubiger, der Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer sowie die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterkeit des Handelsverkehrs in Betracht.¹⁸¹ Würden grenzüberschreitende Verschmelzung indes generell verweigert wären diese Voraussetzungen nicht erfüllt, da das Verbot auch eingreife, wenn die genannten schützenswerten Interessen gar nicht berührt seien¹⁸². Die generelle Behandlung grenzüberschreitender Verschmelzungen als unzulässig sei unverhältnismäßig und damit mit den Artt. 43, 48 EG nicht vereinbar.

III. Analyse der *SEVIC*-Entscheidung: Bedeutung der Grundfreiheiten für grenzüberschreitende Hineinverschmelzungen zur Aufnahme

Nachfolgend wird die *SEVIC*-Entscheidung einer kritischen Analyse unterzogen; dies geschieht im Rahmen einer Darstellung der Entwicklung der Grundfreiheiten für Gesellschaften in der Rechtsprechung des EuGH unter Berücksichtigung der einschlägigen Literatur.

1. Stellung, Bedeutung und Struktur der Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit gehört systematisch neben der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu den Personenverkehrsfreiheiten (Art. 3 Abs. 1 lit. c Alt. 2 EG). Sie wird durch Art. 43 EG für natürliche Personen konstituiert und umfasst die Ausübung einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit.¹⁸³ Auf Grundlage der Verweisungsnorm des Art. 48 EG können sich auch Gesellschaften i.S.d. Art. 48 Abs. 2 EG unter den in Art. 48 Abs. 1 EG genannten Voraussetzungen auf sie berufen. Der EuGH hat wiederholt die Bedeutung der Freiheit als „fundamentalen Grundsatz des Vertrages“¹⁸⁴ betont und ihr – ebenso wie den anderen Grund-

¹⁷⁹ EuGH, C-411/03 – *SEVIC* (Fn. 147) Tz. 22 f.

¹⁸⁰ EuGH, C-411/03 – *SEVIC* (Fn. 147) Tz. 23.

¹⁸¹ EuGH, C-411/03 – *SEVIC* (Fn. 147) Tz. 28.

¹⁸² EuGH, C-411/03 – *SEVIC* (Fn. 147) Tz. 30.

¹⁸³ Etwa EuGH, Urteil v. 25. Juli 1991 – C-221/89 = Slg. 1991, I-3905 Tz. 20 = EuZW 1991, 764 – *Factortame*.

¹⁸⁴ EuGH, Urteil v. 7. Juli 1976 – 118/75, Slg. 1976, 1176, Tz. 16 = NJW 1976, 2067 – *Watson & Belmann*; EuGH, Urteil v. 7. Juli 1992 – C-370/90, Slg. 1992, I-4265 Tz. 15 = NJW 1993, 2093 – *Singh*; EuGH, Urteil v. 31. März 1993 – C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Tz. 29 = EuZW 1993, 322 – *Kraus*.

freiheiten auch¹⁸⁵ – eine über das völkerrechtlich tradierte, statische Gebot einer *Inländergleichbehandlung*¹⁸⁶ weit hinausgehende, an der Vollendung des Binnenmarktes (Art. 3 Abs. 1 lit. c, 14 Abs. 2 EG) ausgerichtete Funktion zugewiesen: Artt. 43, 48 EG sollen grundsätzlich die freie Standortwahl¹⁸⁷ für Unternehmen gewährleisten¹⁸⁸. Gerade im Bereich von Strukturmaßnahmen von Kapitalgesellschaften hat die Rechtsprechung des EuGH der Niederlassungsfreiheit in jüngerer Vergangenheit eine überragende ordnungspolitische Bedeutung verliehen und den Gerichtshof insoweit zum „Integrationsmotor der Gemeinschaft“¹⁸⁹ werden lassen.

Auch nach Umsetzung der VRL 2005/56/EG wird die Bedeutung der Grundfreiheiten für transnationale Umwandlungen nicht obsolet. Zum einen regelt die VRL 2005/56/EG nur einen Teilbereich der Thematik grenzüberschreitender Umwandlungen. Auch im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften hält die Richtlinie keine erschöpfende sachrechtliche Regelung bereit und macht insbesondere keine abschließenden sachlichen Vorgaben für den Minderheiten- bzw. Gläubigerschutz (vgl. Art. 4 Abs. 2 VRL 2005/56/EG).¹⁹⁰ Zum anderen ist die Richtlinie im Lichte der Grundfreiheiten auszulegen und an diesen zu messen.¹⁹¹ Schließlich sind die Grundfreiheiten bei der Ausgestaltung des steuerlichen Regelungsregimes der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu beachten.¹⁹²

2. Unmittelbare Anwendbarkeit der Artt. 43, 48 EG

Der EuGH bejahte wie dargelegt in der *SEVIC*-Entscheidung zunächst die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit.

¹⁸⁵ Zur sog. „Konvergenz“, „Symmetrie“ oder „Parallelität“ der Grundfreiheiten vgl. etwa Bleckmann, GS Sasse Bd. II (1981), S. 665 (672); Cordewener, Grundfreiheiten und Steuerrecht, S. 104 ff.

¹⁸⁶ Vgl. zu der Beschränkung des Wortlauts des Art. 43 Abs. 2 EG auf das Prinzip der Inländergleichbehandlung und die erfolgte Weiterentwicklung etwa Everling, GS Knobbe-Keuk (1997), S. 607 (608 ff.).

¹⁸⁷ Aufgrund der die Niederlassungsfreiheit grundsätzlich extensiv interpretierenden Rechtsprechung des EuGH schließt diese Standortwahlfreiheit in weitem Umfang eine Rechtsformwahlfreiheit ein, die zu einem Wettbewerb der Rechtsordnungen führt, vgl. unten § 3 A. III. 3. b) aa) (6) S. 54.

¹⁸⁸ Scheuer, in: Lenz/Borchardt, Art. 48 EG Rdnr. 1; Tietje, in: Ehlers, Europäische Grundfreiheiten, § 10 Rdnr. 2 S. 285.

¹⁸⁹ Vgl. Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, Art. 220 EG Rdnr. 31; Möllers, in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 18 Rdnr. 16 S. 635.

¹⁹⁰ S. unten § 3 B. VI. 2. S. 258 ff.

¹⁹¹ S. zum möglichen Verstoß von Sekundär- gegen Primärrecht ausführlich unten § 3 B. III. S. 111 ff.

¹⁹² Hierzu ausführlich unten § 4 S. 288 ff.

a) *Grundlagen; Verhältnis von Grundfreiheiten und sekundärrechtlicher Harmonisierung*

Normen des EGV können nicht nur den Mitgliedstaaten, sondern auch Individuen Rechte verleihen (*unmittelbare Anwendbarkeit*¹⁹³). Die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten im Allgemeinen und *in concreto* der Niederlassungsfreiheit ist im Grundsatz seit langem anerkannt.¹⁹⁴ Aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gehen die Grundfreiheiten primärrechtlich unvereinbarem nationalen Recht vor: Dieses ist zwar nicht wichtig (*Geltungsvorrang*), im konkreten Einzelfall jedoch unanwendbar (*derogatorische Wirkung*¹⁹⁵ *des Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts*).¹⁹⁶

Ausnahmsweise können im Einzelfall Zweifel an der unmittelbaren Anwendbarkeit bestehen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die bloß derogatorische Wirkung der Grundfreiheiten – d.h. die Nichtanwendung von mit den Grundfreiheiten in Widerspruch stehendem nationalem Recht – nicht ausreicht, um einen primärrechtskonformen Zustand herzustellen, sondern hierfür vielmehr ein weitergehender „Rechtsschaffungsakt“ erforderlich wäre:¹⁹⁷ Insbesondere Verschmelzungen sind nicht bereits auf Grundlage der Gewährleistung der Privatautonomie zulässig, sondern bedürfen einer speziellen gesetzlichen Grundlage.¹⁹⁸ Die Problematik verdichtet sich weiter, wenn in dem genannten Bereich (bislang) keine sekundärrechtliche Rechtsvereinheitlichung erfolgt ist, die geeignet wäre, die insofern bestehende „Rechtssetzungslücke“ zu beseitigen.¹⁹⁹

¹⁹³ Teilweise ist synonym auch von unmittelbarer Wirkung (vgl. u.a. *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 407) oder unmittelbarer Wirksamkeit (vgl. u.a. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 43 EG Rdnr. 67) die Rede.

¹⁹⁴ Vgl. zuerst EuGH, Urteil v. 21. Juni 1976 – 2/74, Slg. 1974, 631 Tz. 32 = EuR 1975, 129 – *Reyners*.

¹⁹⁵ So *Behrens*, IPRax 1999, 323 (329).

¹⁹⁶ Zur Begründung des Vorrangs aus Sicht des EuGH (Vorrang kraft Eigenständigkeit der Rechtsordnung) vgl. EuGH, Urteil v. 15. Juli 1964 – 6/64, Slg. 1964, 1251 = NJW 1964, 2371 – *Costa/ENEL*. Zum (grundsätzlichen) Vorrang des Gemeinschaftsrechts aus Sicht des BVerfG (Vorrang kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung) vgl. BVerfG, Beschluss v. 22. Oktober 1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 = NJW 1987, 577 – *Solange II* sowie BVerfG, Urteil v. 12. Oktober 1993 – 2 BvR 2134/92/2 BvR 2159/92, BVerfGE 89, 155 = NJW 1993, 3047 – *Maastricht*. Vgl. hierzu z.B. *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 216 ff.

¹⁹⁷ *Randelzhofer/Forsthoff* (in: *Grabitz/Hilf*, Art. 43 EG Rdnr. 67) beschreiben die Problematik dahingehend, dass Konstellationen denkbar seien, bei denen u.U. der konkrete aus der Niederlassungsfreiheit folgende Pflichteninhalt nicht hinreichend genau und bestimmt ist.

¹⁹⁸ Hierzu unten § 3 A. III. 4. b) bb) (1) S. 65.

¹⁹⁹ Der EuGH prüft die genannte Problematik teilweise im Rahmen der unmittelbaren Anwendbarkeit (so etwa in EuGH, Urteil v. 5. November 2002 – C-208/00, Slg. 2002, I-9919, Tz. 52 ff. = NJW 2002, 3614 – *Überseering*), teilweise im Rahmen der Rechtfertigung (so etwa in EuGH, C-411/03 – *SEVIC* (Fn. 147) Tz. 26). M.E. ist das Problem der Frage der un-

B. Die Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG und ihre Umsetzung in deutsches Recht

I. Weiterer Gang der Darstellung

Nachfolgend soll auf die Genese und den Inhalt der VRL 2005/56/EG eingegangen werden. Die Darstellung der Umsetzung der Richtlinie durch das 2. UmwGÄG sowie das MgVG erfolgt (abgesehen von einer kurzen allgemeinen Einführung) jeweils anschließend zur Darstellung der jeweiligen Richtlinienregelung. Der Schwerpunkt liegt bezüglich des Inhalts der Richtlinie insbesondere auf solchen Regelungen, die signifikante Unterschiede zum innerstaatlichen Verschmelzungsrecht bzw. zu den Vorschriften der SE-VO 2157/2001 aufweisen sowie auf den Bezügen zum Gemeinschaftsprimärrecht. Dabei soll nach der Genese der VRL 2005/56/EG⁵⁴⁹ zunächst in allgemeiner Form die fortbestehende Bedeutung der Niederlassungsfreiheit für die Richtlinie und deren Umsetzung dargestellt werden⁵⁵⁰ bevor nach einer allgemeinen Einführung⁵⁵¹ im Einzelnen auf den Richtlinieninhalt einzugehen sein wird⁵⁵². Abschließend sind die in der VRL 2005/56/EG nicht erschöpfend geregelten Komplexe, die im grenzüberschreitenden Kontext Besonderheiten aufweisen – insbesondere der Minderheiten- und Gläubigerschutz – und deren Ausgestaltung im deutschen Recht zu behandeln.⁵⁵³

II. Der lange Weg zur VRL 2005/56/EG

Mit der Annahme der VRL 2005/56/EG durch den Rat am 19. September 2005 wurde ein Vorhaben realisiert, für welches bereits zur Anfangszeit der Gemeinschaft ein dringendes Bedürfnis erkannt wurde, das jedoch nach einer wechselvollen Geschichte, durch die sich der neuralgische Punkt der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer⁵⁵⁴ – wie auch bei anderen rechtsintegrativen Vorhaben wie insbesondere dem SE-Statut – wie ein roter Faden zog, erst 40 Jahre nach den ersten Bemühungen zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht werden konnte.

⁵⁴⁹ Sogleich unter II.

⁵⁵⁰ Hierzu unten III. S. 111 ff.

⁵⁵¹ Hierzu unten IV. S. 118 ff.

⁵⁵² Hierzu unten V. S. 132 ff.

⁵⁵³ Hierzu unten VI. S. 256 ff.

⁵⁵⁴ Hierzu allgemein etwa *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdnr. 43 f. S. 35 f.

1. Das Scheitern des Entwurfs eines Übereinkommens von 1972

Bereits Art. 220 3. Spiegelstrich EGV in der Fassung der Verträge von Rom v. 25. März 1957 enthielt eine Art. 293 EG wortgleich entsprechende Regelung, nach der die Mitgliedstaaten, soweit erforderlich, Verhandlungen bezüglich eines völkerrechtlichen Übereinkommens einleiten, um die Möglichkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen sicherzustellen.⁵⁵⁵ Die Mitgliedstaaten kamen 1965 zu dem Ergebnis, dass derartige Verhandlungen tatsächlich erforderlich seien⁵⁵⁶, und setzten eine Expertengruppe unter Vorsitz des französischen Gesellschaftsrechtlers *Berthold Goldmann* ein, die (nach Veröffentlichung zweier Vorentwürfe) im Herbst 1972 einen abschließenden Entwurf⁵⁵⁷ (*VÜ-E 1972*) samt Begleitbericht vorlegte^{558 559}. Dieser Entwurf enthielt in insgesamt 69 Artikeln überwiegend materiell-rechtliche Regelungen und beschränkte sich seinem persönlichen Anwendungsbereich nach auf Aktiengesellschaften (Art. 2 *VÜ-E 1972*). Bestimmungen bezüglich der Folgen der grenzüberschreitenden Verschmelzung für in den Ausgangsgesellschaften existierende Mitbestimmungssysteme enthielt der Vorschlag nicht⁵⁶⁰, da die Expertengruppe insofern keinen mehrheitsfähigen Konsens erzielen konnte.⁵⁶¹ Nachdem die Verhandlungen über das Übereinkommen nach dem Beitritt des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks 1973 zunächst fortgeführt wurden, auch auf politischer Ebene jedoch ein Mitbestimmungskompromiss nicht erreicht werden konnte, scheiterte das Vorhaben endgültig im Jahr 1980.⁵⁶² Insbesondere aufgrund der für den Abschluss eines Verschmelzungübereinkommens erforderlichen Einstimmigkeit⁵⁶³ der Mitgliedstaaten, wurde diesem Projekt keine realistischen Chancen mehr eingeräumt.

⁵⁵⁵ Vgl. bereits oben § 3 A. III. 2. b) S.41.

⁵⁵⁶ Bull. EG 1973, Beilage 13/73, S. 3.

⁵⁵⁷ Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften, Bull. EG 1973, Beilage 13 = *RabelsZ* 1975, 539.

⁵⁵⁸ Vgl. *Goldman*, Bericht über den Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften, Bull. EG 1973, Beilage 13/73, 31.

⁵⁵⁹ Vgl. zum Übereinkommen und dessen Genese etwa *Koppensteiner*, *RabelsZ* 1975, 405 (ff.); *Pluskat*, *EWS* 2004, 1 (2); *Neye*, *ZIP* 2005, 1893.

⁵⁶⁰ Vgl. Abschnitt 5 des Entwurfs.

⁵⁶¹ *Goldman*, Bull. EG, Beilage 13/73, 68; im Einzelnen zu den Diskussionen in diesem Zusammenhang *Goldman*, Bull. EG, Beilage 13/73, Anlage 2, 120 ff.

⁵⁶² Vgl. *Pluskat*, *EWS* 2006, 1 (2); *Neye*, *ZIP* 2005, 1893; *Ganske*, *DB* 1985, 581.

⁵⁶³ So zumindest die h.M., vgl. etwa *Zimmerling*, in: *Lenz/Borchardt*, Art. 293 EG Rdnr. 5; speziell in Bezug auf das Verschmelzungübereinkommen *Lennerz*, Internationale Verschmelzung, S. 21 Fn. 73; *Koppensteiner*, *RabelsZ* 1975, 405 (408); *Frischhut*, *EWS* 2006, 55 (56); a.A. *Bröhmer*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 293 EG Rdnr. 5.

2. Das Scheitern des Richtlinienvorschlags von 1984

Im Herbst 1978 wurde nach etwa zehnjähriger Arbeitszeit die Dritte Richtlinie 78/855/EWG verabschiedet, die das Rechtsinstitut der Verschmelzung für innerstaatliche Sachverhalte⁵⁶⁴ gemeinschaftsweit einführte und für die homogene Verschmelzung von Aktiengesellschaften eine Mindestharmonisierung bezüglich des Anteilseigner- und Gläubigerschutzes bewirkte.⁵⁶⁵ In diesem Zusammenhang setzte sich auch in Bezug auf grenzüberschreitende Verschmelzungen die Überzeugung durch, dass allein eine Lösung im Wege der Richtlinie Erfolg versprechend sein konnte.⁵⁶⁶

Aufbauend auf der Dritten Richtlinie 78/855/EWG und den Vorarbeiten der *Goldman*-Gruppe legte die Kommission – unerwartet und ohne vorherige Einschaltung des Parlaments oder des Wirtschafts- und Sozialausschusses⁵⁶⁷ – im Januar 1985 einen Richtlinienvorschlag zur grenzüberschreitenden Verschmelzung vor („*VRL-E 1985*“).⁵⁶⁸ Der Vorschlag kam mit insgesamt 17 Artikeln aus, beschränkte sich wiederum auf die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (Art. 1 Abs. 1 *VRL-E 1985*) und bediente sich regelungstechnisch überwiegend der Verweisung auf die Sachnormen der Dritten Richtlinie 78/855/EWG.⁵⁶⁹

Bezüglich der Mitbestimmungsfrage enthielt der Vorschlag wiederum keine Lösung, sondern in Art. 1 Abs. 3 *VRL-E 1985* einen schlichten Nichtanwendungsvorbehalt: Nach diesem hätten die Mitgliedstaaten bis zu einer Koordinierung der Mitbestimmungssysteme⁵⁷⁰ die Richtlinie nicht anzuwenden brauchen, wenn die grenzüberschreitende Verschmelzung zu einem Wegfall der unternehmerischen Mitbestimmung geführt hätte. Unternehmen aus Mitgliedstaaten, die eine Art der Unternehmensmitbestimmung kennen und von dieser *opt-out*-Lösung Gebrauch

⁵⁶⁴ Hierzu *Lösekrug*, Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie, S. 217.

⁵⁶⁵ Vgl. aus jüngerer Zeit ausführlich zur Dritten Richtlinie 78/855/EWG etwa *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 397 ff.; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 207 ff.; *Lösekrug*, Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie, S. 211 ff.; *Riesenhuber*, NZG 2004, 15.

⁵⁶⁶ Etwa *Siems*, 11 CJEL (2004/2005), 167 (168).

⁵⁶⁷ *Kolvenbach*, DB 1986, 1973 (1975).

⁵⁶⁸ KOM (1984) 727 endg.

⁵⁶⁹ Zur Kritik an dieser, der Verständlichkeit des Vorschlags nicht zuträglichen Regelungstechnik etwa *Ganske*, DB 1985, 581 (582).

⁵⁷⁰ Bezug genommen wurde hiermit auf die Bemühungen um eine Fünfte Richtlinie zur Koordinierung der Struktur der Aktiengesellschaft (*Strukturrichtlinie*); diesbezüglich hatte die Kommission 1972 einen Vorschlag vorgelegt (ABl. EG Nr. C 131 S. 49), der 1983 (ABl. EG Nr. C 240 S. 2), 1990 (ABl. EG Nr. C 7 S. 4) und 1991 (ABl. EG Nr. C 321, S. 9) geändert wurde, vgl. hierzu etwa *Kolvenbach*, DB 1983, 2235; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 47 f.; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdnr. 705 ff. S. 443 ff. Da die Strukturrichtlinie bis heute nicht verabschiedet ist (und eine Verabschiedung auch nicht mehr zu erwarten ist), wäre der Nichtanwendungsvorbehalt von Dauer gewesen.

machen, wären hiernach von der Hinausverschmelzung ausgeschlossen worden, wohingegen diese Option Unternehmen aus „mitbestimmungsfreien“ Staaten offen gestanden hätte.⁵⁷¹ Insbesondere aus deutscher Sicht war die Regelung daher nicht akzeptabel, da eine unmittelbare Verschlechterung der Wettbewerbsposition deutscher Unternehmen befürchtet wurde, andererseits auch der Verzicht auf einen mitbestimmungsrechtlichen Bestandsschutz jedoch nicht hingenommen werden sollte.⁵⁷² Aufgrund der insoweit bestehenden Differenzen wurden Beratungen im Rat erst gar nicht aufgenommen, da sich schon bei der Vorbereitung der Stellungnahme des Parlaments erhebliche Schwierigkeiten ergaben und die Abgabe einer solchen schließlich verweigert wurde.⁵⁷³ Nachdem bis Ende der neunziger Jahre auch die Suche nach möglichen Kompromisslösungen erfolglos verlief⁵⁷⁴, wurde der Vorschlag schließlich auch formal von der Kommission im Dezember 2001 zurückgezogen⁵⁷⁵, um den Weg für einen späteren neuen Anlauf frei zu machen.

3. Der Kommissionsvorschlag von 2003 und die Verabschiedung der VRL 2005/56/EG

Das älteste Projekt der Gemeinschaft, die *Societas Europaea*, war seit dem ersten Verordnungsvorschlag der Kommission von 1970⁵⁷⁶ lange Zeit von dem gleichen (erfolglosen) Ringen um eine Lösung des Mitbestimmungsproblems geprägt gewesen.⁵⁷⁷ Die diesbezüglichen Bemühungen erhielten neuen Antrieb durch Vorschläge der 1996 eingesetzten Expertengruppe „European Systems of Worker Involvement“ um den ehemaligen Kommissionsvizepräsidenten Étienne Davignon⁵⁷⁸, vor allem aber durch den Erfolg der Richtlinie über die Europäischen Betriebsräte⁵⁷⁹. Durch Letztere wurde der sog. Primat der Verhandlungslösung aus

⁵⁷¹ Rechtsvergleichend zu den Mitbestimmungsregelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten vgl. unten § 3 B. V. 5. b) cc) (2) S.226 ff.

⁵⁷² Vgl. etwa *Kolvenbach*, DB 1986, 1973 (1975 f). Vgl. auch die Kritik des Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 26. September 1985, ABl EG Nr. C 303/27.

⁵⁷³ *Neye*, ZIP 2005, 1893; *Koberski*, FS Wißmann (2005), S. 476.

⁵⁷⁴ *Pluskat*, EWS 2004, 1 (3). Vgl. zu angedachten Kompromissen *Eyles*, Niederlassungsrecht, S. 221 f.; *Däubler*, DB 1988, 1853 (f.).

⁵⁷⁵ KOM (2001) 763 endg.; ABl. EG Nr. C 47 S. 20. 1998 hatte die Kommission noch eine Änderung des Vorschlags auf Grundlage des Art. 95 EG (Art. 100a EGV) angekündigt, zu der es jedoch nicht mehr kam, *Pluskat*, EWS 2004, 1 (3); *Boucourechliev*, RIW 1999, 1 (5); *Wiesner*, EuZW 1998, 619 (621).

⁵⁷⁶ ABl. EG Nr. C 124 S. 1.

⁵⁷⁷ Ausführlich zur Genese der SE etwa *Lutter*, BB 2002, 1.

⁵⁷⁸ S. den Abschlussbericht, Plenardok. C4-0455/1997 = BR-Drs. 572/97; online abrufbar unter http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/davignonreport_de.pdf (Abruf: 11. Februar 2008).

⁵⁷⁹ Richtlinie 94/45/EG des Rates über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrates etc. v. 22. September 1994, ABl. EG Nr. L 254. In Deutschland wurde die Richtlinie durch das

der Taufe gehoben, also die erste Zuständigkeit der Sozialpartner, die Frage von Art, Weise und Umfang der Mitbestimmung durch Vereinbarung zu lösen⁵⁸⁰ und die lediglich subsidiäre Geltung einer gesetzlichen *default rule*. Jedoch war auch vor diesem Hintergrund der endgültige politische Durchbruch betreffend die Mitbestimmungslösung in der SE im Europäischen Rat am 20. Dezember 2000 („Wunder von Nizza“⁵⁸¹) nicht zu erwarten gewesen.

Durch diesen Durchbruch bei den Verhandlungen über das SE-Statut war auch die Grundlage für die Wiederaufnahme der Arbeiten an einem Entwurf für eine Richtlinie betreffend die grenzüberschreitende Verschmelzung gelegt. Nachdem die Kommission im Mai 2003 im Rahmen ihres Aktionsplans „*Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der EU*“⁵⁸² – den Empfehlungen der Hochrangigen Expertengruppe (*High Level Group of Company Law Experts*) um den Niederländer *Jaap Winter* v. November 2002 folgend⁵⁸³ – die Wiederaufnahme des Projekts angekündigt hatte, legte sie im November 2003 einen neuen, insgesamt 16 Artikel umfassenden Richtlinienentwurf vor („*VRL-E 2003*“)⁵⁸⁴. Die wesentlichen Unterschiede zum VRL-E 1985 bestanden in Folgendem: *Erstens* war der subjektive Anwendungsbereich nicht auf Aktiengesellschaften beschränkt, sondern erfasste Kapitalgesellschaften im Allgemeinen (Art. 1 VRL-E 2003). *Zweitens* wurde (auch in Folge des erweiterten subjektiven Anwendungsbereichs) in den nicht selbst materiell geregelten Bereichen subsidiär nicht auf die Regelungen der Dritten Richtlinie 78/855/EWG, sondern unmittelbar auf die bestehenden nationalen Regelungen verwiesen (Art. 2 VRL-E 2003). Bezuglich der Frage der Mitbestimmung sah der Entwurf in Art. 14 die simple Regelung vor, dass die SE-Verhandlungslösung (nur) dann Anwendung fände, wenn zumindest eine der beteiligten Gesellschaften einem Mitbestimmungsregime unterliegt, der Sitzstaat der Zielgesellschaften jedoch gar keine unternehmerische Mitbestimmung kennt; eine bloße Absenkung des Mitbestimmungsniveaus ohne gänzlichen Entfall der Mitbestimmung wäre mithin hingenommen worden.

Über den Vorschlag konnte bereits am 25. November 2004 unter niederländischem Vorsitz im Rat für Wettbewerbsfähigkeit (gegen die Stimme Italiens und bei

EBRG umgesetzt (BGBI. I 1996, 1548). Vgl. zum Europäischen Betriebsrat etwa *Birk*, in: MüHa-ArbR, Rdnr. 455 ff.; *Kolvenbach*, NZA 2000, 518.

⁵⁸⁰ *Lutter*, BB 2002, 1 (3).

⁵⁸¹ *Oechsler*, in: MüKo-AktG, vor Art. 1 SE-VO Rdnr. 4.

⁵⁸² KOM (2003) 284.

⁵⁸³ Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa v. 4. November 2002, online unter http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf, S. 110 f. (Abruf: 11. Februar 2008).

⁵⁸⁴ KOM (2003) 703 endg. Vgl. zu dem Entwurf *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 421 ff.; *Maul/Teichmann/Wenz*, BB 2003, 2633; *H.-F. Müller*, ZIP 2004, 1790; *Pluskat*, EWS 2004, 1; *Siems*, 11 CJEL (2004/2005), 167.

§ 4 Der neue steuerrechtliche Rahmen grenzüberschreitender Verschmelzungen: Ausgewählte Aspekte

A. Einleitung

I. Weiterer Gang der Darstellung und Schwerpunktsetzung

Rechtssichere und für die Praxis handhabbare gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen sind nur ein Teil der Faktoren, die Unternehmen und Berater bei der Auswahl der geeigneten Gestaltungsstruktur ins Kalkül ziehen werden. Neben der Frage des mitbestimmungsrechtlichen Bestandsschutzes, die indes allein bei einem Teilbereich der konzernübergreifenden Transaktionen Bedeutung erlangt, werden gerade die steuerlichen Implikationen der grenzüberschreitenden Strukturmaßnahme darüber entscheiden, ob und inwieweit die neu geschaffenen gesellschaftsrechtlichen Optionen tatsächlich praktische Bedeutung erlangen werden: Zeitigen diese prohibitorisch wirkende steuerliche Belastungen für die involvierten Akteure, wird der grenzüberschreitenden Verschmelzung insoweit nur ein Schattendasein vorherzusagen sein. Daher wäre eine Darstellung des neuen Rahmens grenzüberschreitender Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Gesellschaften höchst unvollkommen, würde sie die grundlegenden steuerlichen Eckdaten gänzlich ausgebendet lassen.

Der folgende Teil soll dazu dienen, diese steuerlichen Eckdaten in kompakter Form darzulegen. Indes muss sich die vorliegende Untersuchung auf die Darstellung der diesbezüglichen Grundlagen¹⁴⁶⁹ sowie auf die Fokussierung auf bestimmte Aspekte beschränken. Dabei erfolgt insbesondere eine Begrenzung auf die ertragsteuerliche Behandlung¹⁴⁷⁰, die in der Praxis neben den grunderwerbsteuerlichen Folgen – die im grenzüberschreitenden Kontext indes grundsätzlich keine Spezifika aufweisen – regelmäßig im Vordergrund steht. Diesbezüglich wird weiter die Thematik der Aufdeckung stiller Reserven bei der Hinausverschmelzung näher beleuchtet.¹⁴⁷¹ Dieses Problemfeld weist sowohl eine besondere Praxisrelevanz als auch einen spezifischen Bezug zum primären Gemeinschaftsrecht auf, welcher

¹⁴⁶⁹ S. sogleich § 4 A. II.

¹⁴⁷⁰ D.h. die körperschafts- und gewerbesteuerlichen sowie ggf. die einkommensteuerrechtlichen Folgen (auf Gesellschafterebene); s. auch unten Fn. 1480.

¹⁴⁷¹ Hierzu unten § 4 B. I. S. 310 ff.

entsprechend der allgemeinen Ausrichtung der vorliegenden Untersuchung auch insoweit ins Zentrum des Interesses gerückt werden soll¹⁴⁷².

II. Grundlagen

1. Eckpfeiler der ertragsteuerlichen Behandlung von (innerstaatlichen) Verschmelzungen

a) Grundsätzliche Ertragsteuerneutralität

Das Wesen der Verschmelzung in steuersystematischer Hinsicht ist nicht abschließend geklärt. Insbesondere ist unklar, ob der Vermögensübergang auf Ebene der beteiligten Rechtsträger sowie der Anteilstausch auf Ebene der Anteilseigner der Überträgerin(nen) nach allgemeinen Grundsätzen einen steuerbilanziellen Realisationstatbestand darstellt (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB, § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG).¹⁴⁷³ Während eine Auffassung davon ausgeht, dass auf *beiden* Ebenen ein tauschähnliches Geschäft vorliegt, das grundsätzlich eine steuerliche Gewinnrealisierung bewirke¹⁴⁷⁴,¹⁴⁷⁵ gehen andere davon aus, dass Strukturmaßnahmen wie Verschmelzungen von ihrer Natur her zumindest auf Gesellschaftsebene nicht zu einer Aufdeckung stiller Reserven¹⁴⁷⁶ – also der Differenz zwischen Buchwert und dem „tatsächlichen“ (etwa aufgrund von Wertsteigerungen, Aktivierungsverboten oder Abschreibungen höheren) Wert (vgl. Art. 4 Abs. 1 FRL 90/434/EWG) des Wirtschaftsguts – führen können, da hierfür nur das am Markt realisierte Einkommen in Betracht komme.¹⁴⁷⁷ I.E. ist diese Kontroverse indes praktisch wenig fruchtbar: Zum einen steht es zumindest rechtspolitisch grundsätzlich außer Frage, dass steuerliche Belastungen allein durch den betriebswirtschaftlich i.d.R. erwünschten Verschmelzungsvorgang soweit die Besteuerung der stillen Reserven künftig sichergestellt ist, nicht angezeigt sind, da regelmäßig keinem beteiligten Akteur liquide Mittel zufließen, die diesen befähigen würden, die anfallende

¹⁴⁷² S. bereits oben § 1 B. IV. S. 9.

¹⁴⁷³ Vgl. ausführlich *Griemla*, Grenzüberschreitende Verschmelzung, S. 221 ff.

¹⁴⁷⁴ Handelsbilanziell wird bei Tauschgeschäften dagegen überwiegend von einem Wahlrecht zwischen der Aufdeckung der stillen Reserven und einer Buchwertfortführung ausgegangen, vgl. *Budde/Geißler*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 252 Rdnr. 49.

¹⁴⁷⁵ Vgl. nur *Widmann*, in: ders./Mayer, vor § 1 UmwStG Rdnr. 44 ff.

¹⁴⁷⁶ Instruktiv allgemein zur Gewinnrealisierung im Ertragsteuerrecht etwa *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, S. 244 ff.; *Costede*, StuW 1996, 19.

¹⁴⁷⁷ Etwa *Herzig/Dautzenberg/Heyeres*, DB Beilage 12/1991 S. 14; jüngst auch zur gesellschaftsrechtlichen Dogmatik *Beuthien/Helios*, NZG 2006, 369 (371), die zutreffend darauf hinweisen, dass weder zwischen den Verschmelzungsvertragsparteien noch deren Anteilseignern ein Leistungsaustausch stattfindet.

Steuerlast zu begleichen.¹⁴⁷⁸ Zum anderen enthält das UmwStG eine umfassende Normierung von Umwandlungsvorgängen, so dass ein Rückgriff auf allgemeine Grundsätze i.d.R. nicht erforderlich ist.¹⁴⁷⁹

Die §§ 11 ff. UmwStG erlauben bei innerstaatlichen Verschmelzungen regelmäßig deren ertragsteuerneutrale Durchführung auf Gesellschaftsebene durch die (nunmehr einen entsprechenden Antrag voraussetzende, § 11 Abs. 3 i.V.m. § 3 Abs. 2 Satz 2 UmwStG) Möglichkeit der Fortführung der Buchwerte auf Ebene der Überträgerin(nen) und die Bindung der Übernehmerin bzw. NewCo an diesen Bilanzansatz (§ 12 Abs. 1 Satz 1 UmwStG).¹⁴⁸⁰ Auch auf Ebene der Anteilseigner der Überträgerin(nen) stellt § 13 UmwStG insoweit die Steuerneutralität des Anteiltauschs grundsätzlich sicher. § 11 ff. UmwStG erfasst sämtliche Verschmelzungsarten, nunmehr ausdrücklich auch den *down-stream-merger* (vgl. § 11 Abs. 2 Satz 2 UmwStG).¹⁴⁸¹

Bei innerstaatlichen Verschmelzungen kommt nur in Sonderfällen der zwingende Anfall von Ertragsteuern auf Gesellschaftsebene in Betracht. Zu nennen sind insbesondere

- die Gewährung barer Zuzahlungen (§ 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 UmwStG);
- die Vornahme steuerwirksamer Teilwertabschreibungen¹⁴⁸² auf die Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger beim *down-stream-* (§ 11 Abs. 2 Sätze 2, 3 UmwStG) bzw. auf die Beteiligung am übertragenden Rechtsträger beim *up-stream-merger* (§§ 12 Abs. 1 Satz 2, 4 Abs. 1 Sätze 2, 3 UmwStG) vor der Verschmelzung;
- die Vornahme von Teilwertabschreibungen auf Forderungen gegen den Verschmelzungspartner vor der Verschmelzung (Konfusions- oder Übernahmefolgegewinn, vgl. § 12 Abs. 4 UmwStG) sowie
- Differenzen zwischen dem Wert der Beteiligung und dem übergehenden Vermögen beim *up-stream-merger*¹⁴⁸³.

¹⁴⁷⁸ Vgl. Begründung der BReg. zum Entwurf des UmwStG 1995, BT-Drs. 12/6885 S. 14; Herzig/Dautzenberg/Heyer, DB Beilage 12/1991 S. 3 f.

¹⁴⁷⁹ Ebenso Widmann, in: ders./Mayer, vor § 1 UmwStG Rdnr. 46.

¹⁴⁸⁰ §§ 11, 12 UmwStG regeln unmittelbar i.E. die Auswirkungen der Verschmelzung in Bezug auf die Körperschaftsteuer der beteiligten Rechtsträger, § 13 UmwStG je nach Rechtsform der Anteilseigner die einkommen- oder körperschaftsteuerliche Auswirkungen auf dieser Ebene. § 19 Abs. 1 UmwStG erklärt die §§ 11-13 UmwStG für die Ermittlung des Gewerbeertrags für entsprechend anwendbar.

¹⁴⁸¹ Die Finanzverwaltung ging dagegen bisher davon aus, dass die §§ 11 ff. UmwStG a.F. nur aus Billigkeitsgründen anzuwenden seien, s. BMF, Schreiben v. 25. März 1998 – IV B 7 – S 1978 – 21/98, BStBl. II 1998, 268 Tz. 11.22 („Umwandlungssteuererlass“).

¹⁴⁸² Dies betrifft Teilwertabschreibungen, die vor Inkrafttreten des StSenkG (BStBl. I 2000, 1428) zum 1. Januar 2001 vorgenommen wurden; vgl. nunmehr § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG.

¹⁴⁸³ Sog. Übernahmegewinn. Dieser ist nach dem SEStEG nach § 12 Abs. 2 Satz 2 UmwStG i.V.m. § 8b Abs. 2, 3 Satz 1 KStG i.E. zu 5 % steuerpflichtig, soweit er dem Anteil der über-

b) Übergang von Verlustvorträgen bzw. laufenden Verlusten

Ein weiterer Aspekt, dem bei der Einschätzung, ob die Verschmelzung steuerlich zu akzeptablen Bedingungen durchgeführt werden kann, erhebliche Bedeutung beizumessen ist, ist das Schicksal vorhandener steuerlicher Verlustvorträge bzw. laufender Verluste¹⁴⁸⁴ der übertragenden Rechtsträger^{1485 1486}. Steuersystematisch ist höchst umstritten, ob der Übergang steuerlicher Verluste im Rahmen einer Verschmelzung – also die Verlustübertragung zwischen verschiedenen Steuersubjekten – geboten ist oder eine Steuervergünstigung darstellt: Ersteres wird insbesondere unter Berufung auf die aus ökonomischer Sicht gebotene Einheitsbetrachtung von Anteilseigner- und Gesellschaftsebene, Letzteres insbesondere im Hinblick auf das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip vertreten, wobei von beiden Seiten letztlich im Ausgangspunkt auf das Leistungsfähigkeit rekurriert wird^{1487 1488}.

nehmenden an der übertragenden Kapitalgesellschaft entspricht. Vgl. hierzu im Einzelnen und auch zu einem möglichen Verstoß gegen Art. 7 FRL 90/434/EWG (ggf. auch im reinen Inlandsfall) Körner, IStR 2006, 109 (111); Hagemann/Jakob/ Ropohl/Viebrock, NWB Sonderheft 1/2007 26; Werra/Teiche, DB 2006, 1455 (1459); Thömmes/Schulz/Eismayr/ Müller, IWb 2006 Fach 11 Gruppe 2 747 (755); Schafitzl/Widmayer, BB-Special 8/2006, 36 (47).

¹⁴⁸⁴ Die Saldierung positiver und negativer Einkünfte innerhalb eines Veranlagungszeitraums wird als Verlustausgleich, die überperiodische Gewinn- und Verlustkonsolidierung als Verlustabzug bezeichnet, vgl. etwa Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 9 Rdnr. 61 f. S. 231.

¹⁴⁸⁵ Verschmelzungen können jedoch auch negative Implikationen auf die eigenen Verlustvorräte der übernehmenden (deutschen) Gesellschaft zeitigen. Bislang war dies nach § 8 Abs. 4 KStG insbesondere bei der Verschmelzung einer Gewinn- auf eine Verlustgesellschaft dann der Fall, wenn im Rahmen der Verschmelzung die Gesellschafter der Überträgerin(nen) zu mehr als 50 % des gezeichneten Kapitals Gesellschafter der Übernehmerin werden und das übergehende Aktivvermögen das vorhandene Aktivvermögen der Übernehmerin übersteigt, vgl. hierzu BMF, Schreiben v. 16. April 1999 – V C 6-S 2745-12/99, BStBl. I 1999, 455, insbesondere Tz. 11; Düll/Fuhrmann, DStR 2000, 1166. Vgl. nunmehr die deutliche Verschärfung dieser Rechtslage durch § 8c KStG i.d.F. Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008 (vgl. <http://dip.bundestag.de/gesta/16/D047.pdf> [Abruf: 11. Februar 2008]); vgl. auch Beschlussempfehlung der Ausschüsse, BR-Drs. 220/1/07 v. 30. April 2007 S. 30 ff.; Wiese, DStR 2007, 741.

¹⁴⁸⁶ Dies gilt umso mehr, als deutsche Körperschaften zum 31. Dezember 2001 über körperschaftsteuerliche Verlustvorträge i.H.v. 380 Mrd. Euro verfügten, vgl. Körperschaftsteuerstatistik 2001 etwa bei Gräßl, WuS 2006, 66 (67).

¹⁴⁸⁷ Hierzu ausführlich Maiterth/H. Müller, DStR 2006, 1861 (1862 f.) m.w.Nachw.

¹⁴⁸⁸ Wie kaum eine andere Materie ist die steuerliche Verlustverrechnung gerade in jüngerer Vergangenheit stetigen Gesetzesänderungen unterworfen, die tendenziell zu deren immer weitergehender Beschränkung geführt haben. Zu nennen sind die Einschränkungen des Verlustrücktrags durch § 10d Abs. 1 EStG i.d.F. des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 (BGBl. I 1999, 402 v. 31. März 1999), die Einführung der Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG durch das sog. „Korb II“-Gesetz (BGBl. I 2003, 2840 v. 27. Dezember 2003), die Einführung des § 15b EStG bezüglich Verlusten im Zusammenhang mit Verlustzuweisungsgesellschaften durch das Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrech-

Während bis zum Inkrafttreten des UmwStG 1995 ein Übergang der von der Überträgerin erlittenen Verlusten¹⁴⁸⁹ nicht möglich war, wurde diese Möglichkeit durch § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG eingeführt, wobei die hierfür erforderlichen qualifizierten Voraussetzungen zwischenzeitlich verschärft wurden^{1490 1491}. § 12 Abs. 3 Hs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG in der Neufassung durch das SEStEG ordnet nunmehr den Untergang verbleibender Verlustvorträge sowie nicht ausgeglichener negativer Einkünfte von übertragenden Rechtsträgern an. Nach Bekunden des BMF soll hiermit der aufgrund der Internationalisierung des UmwStG befürchtete Import ausländischer Verluste unterbunden werden¹⁴⁹²; realiter dürften insoweit vor allem allgemeine fiskalpolitische Erwägungen eine Rolle gespielt haben¹⁴⁹³. Möglich bleibt nunmehr allein die Verlustnutzung durch Hebung stiller Reserven bei der Überträgerin im Wege eines Zwischenwertansatzes oder durch Vorwegveräußerung von Wirtschaftsgütern.¹⁴⁹⁴ Ob im grenzüberschreitenden Kontext der Ausschluss des Verlustübergangs mit der Niederlassungsfreiheit, insbesondere vor dem Hintergrund der vom EuGH entschiedenen Rechtssache

nung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen (BGBl. I 2005, 3683 v. 30. Dezember 2005) sowie die geplante Einführung des § 8c KStG (s. oben Fn. 1485).

¹⁴⁸⁹ Neben einem bestehenden Verlustvortrag nach § 10d EStG gingen auch die im Verschmelzungsjahr erlittenen (laufenden) Verluste der Überträgerin auf die Übernehmerin über. Streitig war insoweit, ob laufende Verluste als solche übergingen und den laufenden Gewinn unmittelbar minderten (so BFH, Urteil v. 31. Mai 2005 – I R 68/03, BStBl. II 2006, 380 = DB 2005, 1495) oder im Verschmelzungsjahr den verbleibenden Verlustvortrag erhöhten (so BMF, Erlass v. 7. April 2006 - IV B 7-S 1978b-1/06, BStBl I 2006, 344). Bedeutung hatte diese Unterscheidung insbesondere bezüglich der Möglichkeit eines Verlustrücktrags und für die Anrechnung ausländischer Steuern nach § 34c Abs. 1 Satz 2 EStG, vgl. *Heger, jurisPR-SteuerR* 31/2005 Anm. 5.

¹⁴⁹⁰ Erforderlich war für den Übergang nach der Neufassung durch das Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform (BGBl. I 1997, 2590 v. 31. Oktober 1997), dass der Betrieb oder Betriebsteil der Überträgerin, der den Verlust verursacht hat, über den Verschmelzungsstichtag (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG) hinaus in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang in den folgenden fünf Jahren fortgeführt wurde. Vor dieser Änderung war lediglich erforderlich gewesen, dass die übertragende Körperschaft ihren Geschäftsbetrieb im Zeitpunkt der Eintragung des Vermögensübergangs im Handelsregister noch nicht eingestellt hatte.

¹⁴⁹¹ Vgl. *Widmann*, in: Widmann/Mayer, § 12 UmwStG Rdnr. 515 ff.

¹⁴⁹² Vgl. BMF, Pressemitteilung Nr. 89/2006 v. 12. Juli 2006, online abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/cln_05/nn_86/DE/Aktuelles/Pressemitteilungen/2006/07/20060712_PM0089.html [Abruf: 11.02.2008].

¹⁴⁹³ Ebenso *Maiterth/H. Müller*, DStR 2006, 1861 (1866).

¹⁴⁹⁴ Hierzu *Dörfler/Wittkowski*, GmbHR 2007, 352. Auch auf diesem Weg lassen sich die Verlustvorträge der Überträgerin indes häufig nicht optimal nutzen, da erstens die Mindeststeuerung nach § 10d Abs. 2 EStG im Raum steht und zweitens häufig eine Divergenz von körperschafts- und gewerbesteuerlichen Verlustvorträgen gegeben sein wird; hierzu *Röder/Schumacher*, DStR 2006, 1525 (1533).

Literaturverzeichnis

- Achatz, Markus Internationale Umgründungen – Gesellschafts- und steuerrechtliche Grundlagen – Querschnittsfragen – Aktuelle Entwicklungen; Wien 2005
Aigner, Dietmar J.
Kofler, Georg W.
Tumpel, Michael
(Hrsg.)
Zit.: *Verfasser*, in: Achatz/Aigner/Kofler/Tumpel, Internationale Umgründungen
- Adams, Michael Das Ende der Mitbestimmung
ZIP 2006, 1561-1568
- Altmeppen, Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften
Holger NJW 2004, 97-104
- Arbeitskreis Vorschläge zum Referentenentwurf eines Umwandlungsgesetzes
Umwandlungs- ZGR 1993, 321-333
recht
- Axer, Georg Der Europäische Gerichtshof auf dem Weg zur "doppelten Kohärenz" -
Eine Zukunft der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem Cadbury Schwep-
pes-Urteil
IStR 2007, 162-169
- Bartenbach, Kurt Deutsche Unternehmensmitbestimmung und Auslandsbezug, in: Bauer
Eisenbeis, Ernst u.a., Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein,
Festschrift zum 25-jährigen Bestehen; Bonn 2006
Zit.: *Bartenbach/Eisenbeis*, FS ARGE Arbeitsrecht (2006)
- Bartsch, Johannes Mitbestimmung und Niederlassungsfreiheit; Diss. Berlin 2006
Michael
- Baumbach, Adolf Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und
Hopt, Klaus. J. Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht); 32. Aufl. München 2006
(Hrsg.) Zit.: *Verfasser*, in: Baumbach/Hopt
- Baumbach, Adolf GmbH-Gesetz – Kommentar; 18. Aufl. München 2006
Hueck, Alfred Zit.: *Verfasser*, in: Baumbach/Hueck
(Hrsg.)
- Baums, Theodor Verschmelzung mit Hilfe von Tochtergesellschaften, in: No-
ack/Westermann, Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag,
Bd. 1; Köln u.a. 1998
Zit.: *Baums*, FS Zöllner Bd. 1 (1998)
- Baums, Theodor Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-
Ulmer, Peter Mitgliedstaaten; Heidelberg 2004
(Hrsg.) Zit.: *Verfasser*, in: Baums/Ulmer, Unternehmens-Mitbestimmung

- Bayer, Walter Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit nach den EuGH-Entscheidungen Inspire Art und Überseering auf die deutsche Unternehmensmitbestimmung AG 2004, 534-538
- Bayer, Walter Der Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit – Zugleich Besprechung von EuGH v 13-12-2005 - Rs C-411/03, ZIP 2005, 2311 - *SEVIC* ZIP 2006, 210-213
- Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften - Inhalt und Anregungen zur Umsetzung in Deutschland NJW 2006, 401-406
- Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes - Eine kritische Stellungnahme NZG 2006, 841-846
- Behrens, Peter Der Anerkennungsbegriff des Internationalen Gesellschaftsrechts ZGR 1978, 499-514
- Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht RabelsZ 52 (1988), 498-525
- Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG - Zu EuGH, 27-09-1988 - Rs 81/87 - Daily Mail and General Trust PLC IPRax 1989, 354-361
- Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH IPRax 1999, 323-331
- Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art IPRax 2003, 193-207
- Die neue Lektion aus Luxemburg zur internationalen Mobilität von Gesellschaften: Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind möglich! EuZW 2006, 65
- Behrens, Peter Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH IPRax 1999, 323-331
- Beitzke, Günther Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion, in: Caemmerer/Schlochauer/Steindorff, Probleme des Europäischen Rechts – Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1966 Zit.: Beitzke, FS Hallstein (1966)

- Benecke, Andreas
Schnitger, Arne
Neuregelungen des UmwStG und der Entstrickungsnormen durch das SEStEG
IStR 2006, 765-779
- Letzte Änderungen der Neuregelungen des UmwStG und der Entstrickungsnormen durch das SEStEG - Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses
IStR 2007, 22-28
- Benecke, Martina
Auslandsbeurkundung im GmbH-Recht: Anknüpfung und Substitution
RIW 2002, 280-286
- Berg, Hartmut
(Hrsg.)
Globalisierung der Wirtschaft - Ursachen - Formen – Konsequenzen
Berlin 1999
Zit.: *Verfasser*, in: Berg, Globalisierung
- Bessenich,
Balthasar
Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und
des OR
Diss. Basel 1990
Zit.: *Bessenich*, Grenzüberschreitende Fusion
- Beul, René
Anmerkung zu SEVIC Systems AG
IStR 2006, 34-36
- Beuthien, Volker
Helios, Marcus
Die Umwandlung als transaktionslose Rechtsträgertransformation - Zur
Neuordnung des Umwandlungsrechts
NZG 2006, 369-374
- Blanquet,
Francoise
Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea SE) -
Ein Gemeinschaftsinstrument für die grenzübergreifende Zusammenarbeit
im Dienste der Unternehmen
ZGR 2002, 20-65
- Bleckmann,
Albert
Europarecht - Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen
Gemeinschaften; 6. Aufl. Köln u.a. 1997
Zit.: *Bleckmann*, Europarecht
- Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte, in: Bieber/Bleckmann/Capotorti u.a., Das Europa der zweiten Generation – Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, Bd. II; Kehl u.a. 1981
Zit.: *Bleckmann*, GS Sasse Bd. II
- Blumenberg, Jens
Lechner, Florian
Der Regierungsentwurf des SEStEG: Entstrickung und Sitzverlegung bei
Kapitalgesellschaften, Neuerungen beim Einlagekonto, Körperschaftsteuer-
erminderung und -erhöhung sowie sonstigen Änderungen im Körperschaftsteuerrecht
BB-Special 8/2006, 25-36

- Streinz, Rudolf EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (als Hrsg.); München 2003
Zit.: *Verfasser*, in: Streinz

Europarecht; 7. Aufl. Heidelberg 2005
- Tauchert-Nosko, Martina Verschmelzung und Spaltung von Kapitalgesellschaften in Deutschland und Frankreich; Diss. Frankfurt a.M. 1999
Zit.: *Tauchert-Nosko*, Verschmelzung in Deutschland und Frankreich
- Tebben, Joachim Der Weg aus der Limited: Die grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine GmbH
Tebben, Tobias DB 2007, 2355-2361
- Teichmann, Christoph Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht; Habil. Berlin 2006

Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft - Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen Gesetzgeber ZGR 2002, 383-464
- Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE ZGR 2003, 367-401

Binnenmarktmobilität von Gesellschaften nach "SEVIC" – Zugleich Besprechung von EuGH v 13-12-2005 - Rs C-411/03, ZIP 2005, 2311 ZIP 2006, 355-363
- Theisen, Manual Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung René Der Konzern 2007, 89-98

Wenz, Martin (Hrsg.) Die Europäische Aktiengesellschaft – Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE); Stuttgart 2002
Zit.: *Verfasser*, in: Theisen/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft
- Thömmes, Otmar Stand und Entwicklungstendenzen der EuGH-Rechtsprechung zu den direkten Steuern StJB 1998/99, 173-193

Zur EU-grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften IWB 2006 Fach 11a 945-946
- Thömmes, Otmar Kritische Anmerkungen zum SEStBeglG Schulz, Andreas IWB 2006 Fach 11 747-760
Eismayr, Rainer Müller, Stefanie

- Thüsing, Georg
Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit - Eine Skizze nach Centros, Überseering und Inspire Art
ZIP 2004, 381-388
- Tipke, Klaus
Lang, Joachim
(auch Hrsg.)
Stellungnahme zum Gesetzesentwurf des MgVG
Ausschuss-Drs. 16(11) 429 S. 26
- Tipke, Klaus
Kruse, Heinrich
W.
Steuerrecht; 18. Aufl. Köln 2005
Zit.: *Verfasser*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht
- Tipke, Klaus
Kruse, Heinrich
W.
Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung – Kommentar, Bd. 1, Loseblatt
112. Ergänzungslieferung Köln 2007
Zit.: *Verfasser*, in: Tipke/Kruse
- Trefil, Barbara
Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften in der Rechtsprechung des EuGH
und ihre Auswirkungen auf nationales Recht; Badia Fiesolana 2003
Zit.: *Trefil*, Niederlassungsfreiheit
- Trojan-Limmer,
Ursula
Die Geänderten Vorschläge für ein Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) - Gesellschaftsrechtliche Probleme
RIW 1991, 1010-1017
- Trossen, Nils
Aufgabe der Maßgeblichkeit bei Umwandlungsvorgängen – Erste Beratungsempfehlungen zur bevorstehenden Änderung der §§ 3 und 11
UmwStG durch das SEStBegI G
FR 2006, 617-622
- Tschöke, Kai
Hofacker, Karsten
Der globale M&A-Markt – Ausblick und Rückblick
M&A Review 2007, 69-75
- Ulmer, Peter
Das Centros-Urteil des EuGH und seine Relevanz für das deutsche
Internationale Gesellschaftsrecht – Schutzinstrumente gegen die Gefahren
aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von
Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz
JZ 1999, 662-665
- Ulmer, Peter
Hanau, Peter
Habersack,
Mathias
(Hrsg.)
Mitbestimmungsrecht Kommentierung des MitbestG, der DrittelpG und
der §§ 34 bis 38 SEBG; 2. Aufl. München 2006
Zit.: *Verfasser*, in: Ulmer/Hanau/Habersack
- Ulrich, Stephan
Böhle, Jens
Die Auslandsbeurkundung im M&A-Geschäft
GmbHR 2007, 566-573
- Veit, Martin
Wichert, Joachim
Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften
mit Verwaltungssitz in Deutschland nach "Überseering" und "Inspire Art"
AG 2004, 14-20

- Vetter, Jochen Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG? - Einige Bemerkungen aus Sicht der Praxis AG 2006, 613-626
- von Bismarck, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in Europa
Wiebke Gestaltungsvorschläge für eine 14. gesellschaftsrechtliche Richtlinie; Diss. Frankfurt a.M. 2005
Zit.: v. Bismarck, Grenzüberschreitende Sitzverlegung
- von der Groeben, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung
Hans der Europäischen Gemeinschaft; Bd. 1: Art. 1 – 53 EUV, Art. 1- 80 EGV,
Schwarze, Jürgen 6. Aufl. Baden-Baden 2003; Bd. 4: Art. 189 – 314 EGV, 6. Aufl. Baden-
(Hrsg.) Baden 2004
Zit.: *Verfasser*, in: von der Groeben/Schwarze
- von Wilmowsky, EG-Freiheiten und Vertragsrecht
Peter JZ 1996, 590-596
EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit
RabelsZ 62 (1998), 1-37
- von Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht - Theoretische und dogmatische Grundzü-
Armin ge; Berlin 2003
(Hrsg.) Zit.: *Verfasser*, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht
- Voss, Inga M&A-Jahr 2005 in Deutschland: Deutlicher Aufschwung
M&A Review, 2006, 1-7
M&A-Rekordjahr 2006: Deutschland im weltweiten Trend
M&A Review 2007, 49-56
- Wachter, Thomas Zur Frage der Eintragungsfähigkeit der Verschmelzung einer inländischen
GmbH auf eine englische Limited in das Handelsregister von deren
inländischer Zweigniederlassung
GmbHR 2006, 601-603
Startschuss für grenzüberschreitende Verschmelzungen
GmbHR 2007, R161-R162
- Wassermeyer, Das Veranlassungsprinzip als Maßstab zur innerstaatlichen Betriebsstät-
Franz tengewinnermittlung
IStR 2005, 84-88
- Wassermeyer, Betriebsstätten Handbuch - Gewinnermittlung und Besteuerung in- und
Franz ausländischer Betriebsstätten; Köln 2006
Andresen, Ulf Zit.: *Verfasser*, in: Wassermeyer/Andresen/Ditz, Betriebsstätten Handbuch
Ditz, Xaver
(auch Hrsg.)

- Weber, Albrecht Vom Verfassungsvertrag zum Vertrag von Lissabon
EuZW 2008, 7-14
- Weiss, Susanne Die „SEVIC-Entscheidung“ des EuGH – „sudden death“ für Societas Europaea und Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und Wegbereiter für grenzüberschreitende Spaltungen
Weltwirtschaft 2007, 580
- Weller, Marc-Philippe Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften
DStR 2004, 1218-1220
- Weller, Marc-Philippe Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften nach "Überseering" und "Inspire Art"; Diss. Köln 2004
Zit.: Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit
- Wenglorz, Georg Die grenzüberschreitende Heraus-Verschmelzung einer deutschen Kapitalgesellschaft: Und es geht doch!
BB 2004, 1061-1066
- Werra, Matthias Das SEStBeglG aus der Sicht international tätiger Unternehmen
DB 2006, 1455-1462
- Widmann, Siegfried Umwandlungsrecht – Kommentar; Loseblatt, 92. Ergänzungslieferung
Bonn, Berlin 2007
Mayer, Dieter Zit.: Verfasser, in: Widmann/Mayer
(Hrsg.)
- Wiese, Götz T. Der Untergang des Verlust- und Zinsvortrages bei Körperschaften - Zu § 8c KStG i.d.F. des Regierungsentwurfs eines Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008
DStR 2007, 741-745
- Wiesner, Peter M. Überblick über den Stand des Europäischen Unternehmensrechts
EuZW 1998, 619-635

Die grenzüberschreitende Verschmelzung und der neue Mitbestimmungskompromiss
DB 2005, 91-94
- Willemse, Heinz Die Beteiligung des Betriebsrats im Umwandlungsverfahren
RdA 1998, 23-37
- Winter, Michael Planung und Vorbereitung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
Der Konzern 2007, 24-34

- Wissenschaftliche Beirat des Fachbereichs Steuern der Ernst & Young AG Thesen zur Wegzugsbesteuerung BB 2005, 2166-2169
- Wissenschaftlicher Beirat beim BMF Gutachten „Einheitliche Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer in der Europäischen Union“
[http://www.bundesfinanzministerium.de/cln_05/nn_4336/DE/Service/Dow nloads/Abt_I/0703231a3003,templateId=raw,property=publicationFile.pdf](http://www.bundesfinanzministerium.de/cln_05/nn_4336/DE/Service/Downloads/Abt_I/0703231a3003,templateId=raw,property=publicationFile.pdf)
- Wolf, Roland Zukunft der Mitbestimmung - Eine Skizze, in: Kothe/Dörner/Anzinger: Arbeitsrecht im sozialen Dialog - Festschrift für Hellmut Wißmann zum 65. Geburtstag; München 2005
Zit.: *R. Wolf*, FS Wißmann (2005)
- Wollburg, Ralph Banerjea, Nirmal Robert Die Reichweite der Mitbestimmung der Europäischen Gesellschaft ZIP 2005, 277-284
- Zachert, Ulrich Globalisierung und Arbeitswelt - Rechtliche Perspektiven AG 2002, 35-41
- Ziegler, Thomas Gesellschafts- und steuerrechtliche Probleme der Fusion zwischen deutschen und französischen Aktiengesellschaften; Diss. Tübingen 1997
Zit.: *Ziegler*, Fusion zwischen deutschen und französischen AGs
- Zimmer, Daniel Internationales Gesellschaftsrecht – Das Kollisionsrecht der Gesellschaften und sein Verhältnis zum Internationalen Kapitalmarktrecht und zum Internationalen Unternehmensrecht; Heidelberg 1996
Zit.: *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht
- Mysterium "Centros" – Von der schwierigen Suche nach der Bedeutung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes ZHR 164 (2000), 23-42
- Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH
BB 2003, 1-7
- Grenzüberschreitende Rechtspersönlichkeit ZHR (2004) 355-368
- Unternehmerische Mitbestimmung bei Auslandsgesellschaften mit Inlandssitz?, in: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken: Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze; München 2005

Zöllner, Wolfgang Kölner Kommentar zum Aktiengesetz; Band 5/1: §§ 179 – 240 AktG,
(Hrsg.) 2. Aufl. Köln u.a.1995
Zit.: *Verfasser*, in: KK-AktG

Soweit eine Online-Fundstelle angegeben ist, wurde diese letztmalig am 11. Februar 2008
überprüft.

Münchener Juristische Beiträge

Herausgegeben von

Dr. Thomas Küffner

Dr. Küffner & Partner, Landshut, München

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
2008 · 404 Seiten · ISBN 978-3-8316-0763-1

Band 66: Thomas Göppel: **Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse**
2008 · 176 Seiten · ISBN 978-3-8316-0757-0

Band 65: Sotirios Douklias: **Der börsenorientierte Anlegerschutz und seine strafrechtliche Absicherung**
2007 · 400 Seiten · ISBN 978-3-8316-0724-2

Band 64: Robert M. Schmidt: **Der aktienrechtliche Unternehmensvertrag als Gegenstand der Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz**
2007 · 316 Seiten · ISBN 978-3-8316-0704-4

Band 63: Christian Harald Maximilian Reiter: »**Nemo tenetur se ipsum prodere**« und **Steuererklärungspflicht** · Zur Strafbarkeit der wiederholenden Hinterziehung periodischer Veranlagungs- und Fälligkeitssteuern im anhängigen Steuerstrafverfahren
2007 · 412 Seiten · ISBN 978-3-8316-0692-4

Band 62: Uta Todenhöfer: **Haftung für Tarifunrecht**
2007 · 200 Seiten · ISBN 978-3-8316-0688-7

Band 61: Stefan Martin Schmitt: **Organhaftung und D&O-Versicherung** · Zu haftungs- und deckungsrechtlichen Problemen der Managementhaftung
2007 · 234 Seiten · ISBN 978-3-8316-0674-0

Band 60: Michael Heßlinger: **Die Regulierungsverantwortung des Bundes aus Art. 87f Abs. 1 GG für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutsche Post AG am Beispiel der AGB BRIEF NATIONAL**
2007 · 252 Seiten · ISBN 978-3-8316-0672-6

Band 59: Fabian Christoph Biller: **Die Eigenhaftung des Verrichtungsgehilfen** · Eine vergleichende Untersuchung der Entwicklung im französischen Deliktsrecht
2006 · 240 Seiten · ISBN 978-3-8316-0585-9

Band 58: Ho-Ki Kim: **Die Risikoschaffung und der untaugliche Versuch** · Zugleich ein Beitrag zur neuen Interpretation der funktionalen Strafrechtsdogmatik
2006 · 140 Seiten · ISBN 978-3-8316-0571-2

Band 57: Philia Georganti: **Die Zukunft des ordre public-Vorbehalts im Europäischen Zivilprozessrecht**
2006 · 280 Seiten · ISBN 978-3-8316-0582-8

Band 56: Georgios Dionysopoulos: **Werbung mittels elektronischer Post, Cookies und Location Based Services: Der neue Rechtsrahmen** · Eine komparative Betrachtung der elektronischen Werbung in der EU und eine Analyse der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG) am Beispiel Deutschland
2005 · 300 Seiten · ISBN 978-3-8316-0529-3

- Band 55: Philipp Hamann: **Gemeindegebietsreform in Bayern** · Entwicklungsgeschichte, Bilanz und Perspektiven
2005 · 310 Seiten · ISBN 978-3-8316-0528-6
- Band 54: Lijun Zhu: **Die Börsenprospekthaftung der börsennotierten Aktiengesellschaft** · Eine vergleichende Untersuchung zum Recht des Kapitalmarktes unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, des US-amerikanischen Rechts und des chinesischen Rechts
2005 · 320 Seiten · ISBN 978-3-8316-0491-3
- Band 53: Alexander Dietrich: **Mobilfunk-Sendeanlagen und ihre öffentlich-rechtlichen Grundlagen**
2005 · 324 Seiten · ISBN 978-3-8316-0494-4
- Band 52: Florian Baur: **Gemeinnützige Recht im Sinne der 6. EG-Richtlinie**
2005 · 152 Seiten · ISBN 978-3-8316-0480-7
- Band 51: Vasileios Petropoulos: **Die Berücksichtigung des Opferverhaltens beim Betrugstatbestand**
2005 · 250 Seiten · ISBN 978-3-8316-0473-9
- Band 50: Gudrun Koch: **Persönlichkeitsrechtsschutz bei der postmortalen Organentnahme zu Transplantationszwecken in Deutschland und Frankreich**
2004 · 453 Seiten · ISBN 978-3-8316-0438-8
- Band 49: Stefanie Mahl: **Der strafrechtliche Absichtsbegriff** · Versuch einer Inhaltsbestimmung mit Hilfe psychologischer Erkenntnisse
2004 · 164 Seiten · ISBN 978-3-8316-0436-4
- Band 48: Raimund Lange: **Dezentralisierte Produktion** · Räumliche, rechtliche und hierarchische Dezentralisierung und die Reform der Betriebsverfassung von 2001
2004 · 422 Seiten · ISBN 978-3-8316-0418-0
- Band 47: Martin Schrauf: **Körperschaftsteuersysteme im internationalen Rahmen unter Effizienzkriterien**
2004 · 235 Seiten · ISBN 978-3-8316-0388-6
- Band 46: Christoph Knapp: **Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften und Directors von Corporations** · Ein vergleichender Beitrag zur Begründung und Konkretisierung der Treuepflicht von Verwaltungsmitgliedern im deutschen und US-amerikanischen Aktienrecht
2004 · 450 Seiten · ISBN 978-3-8316-0373-2
- Band 45: Gabriele Haas: **Die energiewirtschaftliche und kartellrechtliche Aufsicht über die Elektrizitätswirtschaft** · am Beispiel der Durchleitungsaufsicht
2003 · 270 Seiten · ISBN 978-3-8316-0322-0
- Band 44: Tilmann M. Gütt: **Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und ihre Bedeutung für die Europäische Union** · Rechtspersönlichkeit und Rechtsnatur der EU
2003 · 270 Seiten · ISBN 978-3-8316-0286-5
- Band 43: Susanna Thielecke: **Möglichkeiten kollektiver Wahrnehmung des Urheberpersönlichkeitsrechts** · Ansätze zu einer europäischen Lösung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland und Großbritannien
2003 · 400 Seiten · ISBN 978-3-8316-0284-1

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · info@utz.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: www.utz.de

