

A. Grundlagen

Die fortschreitende wirtschaftliche Globalisierung ist besonders deutlich an der zunehmenden Anzahl internationaler Unternehmenszusammenschlüsse zu erkennen.¹ Die grenzüberschreitende Verschmelzung stellt dabei einen Weg dar, einen solchen internationalen Unternehmenszusammenschluß zu erreichen. Durch den Erlaß der Verschmelzungsrichtlinie² hat der europäische Gesetzgeber für die grenzüberschreitende Verschmelzung mitgliedstaatlicher Kapitalgesellschaften feste Regeln aufgestellt. Hierdurch soll die grenzüberschreitende Verschmelzung in der EU erleichtert werden.³

I. Die Entstehung der Verschmelzungsrichtlinie

Vor Erlaß der Verschmelzungsrichtlinie gab es bereits europäische Regelungsansätze, die sich mit Verschmelzungen befaßt haben.

1. Die Fusionsrichtlinie von 1978

Die Fusionsrichtlinie von 1978⁴ befaßt sich mit der Verschmelzung von Aktiengesellschaften auf nationaler Ebene. Sie dient zur Rechtsangleichung der nationalen Verschmelzungsregelungen. Durch sie sollte zum einen das Institut der Verschmelzung auch in das Recht derjenigen Mitgliedstaaten eingeführt werden, die dieses Institut noch nicht kannten. Die Verschmelzung war bis zu diesem Zeitpunkt z.B. in den Niederlanden noch völlig unbekannt. Auch in Großbritannien war und ist der Anteilskauf geläufiger als die Verschmelzung.⁵ Zum anderen sollte die Fusionsrichtlinie von 1978 durch die Einführung des Instituts der Verschmelzung eine künftige Regelung über die grenzüberschreitende Ver-

¹ *Horn*, *liber amicorum Buxbaum*, 315; hierzu auch *Frischhut*, *EWS* 2006, 55.

² RL 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, *ABl. L* 310 vom 25.11.2005, S. 1 ff.

³ So die Begründung der Kommission zu ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, Kommissionsdokument KOM (2003) 703 endg., vom 18.11.03, S. 2, zu finden im Internet in der Registerdatenbank der Kommission. Diese ist unter folgender Adresse abrufbar: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/regdoc/recherche.cfm?CL=de.

⁴ RL 78/855/EWG betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, *ABl. L* 295 vom 20.10.1978, S. 36 ff.

⁵ *Riesenhuber*, *NZG* 2004, 15, 16 sowie dort insbesondere Fn. 3.

schmelzung vorbereiten.⁶ Der Erlaß der Fusionsrichtlinie stand damit im Zusammenhang mit Art. 293 EGV, der u. a. den Abschluß eines Abkommens über die grenzüberschreitende Verschmelzung vorsieht. Die Richtlinie sollte einen Beitrag leisten, diese Aufgabe, an der schon zum damaligen Zeitpunkt mehrere Jahre gearbeitet worden war,⁷ zu erleichtern.⁸

2. Erster Vorschlag für eine Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung

Nachdem jedoch keine Einigung über den Abschluß eines solchen Abkommens erzielt werden konnte, schlug die Kommission im Jahr 1985 eine Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften vor.⁹ Andere Kapitalgesellschaften, wie z.B. die GmbH, waren in diesem Richtlinienvorschlag nicht berücksichtigt. Letztlich scheiterte der Richtlinienvorschlag aber, weil die Frage nach einer Behandlung unterschiedlicher Unternehmensmitbestimmungsregelungen bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht gelöst werden konnte.¹⁰ Wie eine kritische Stimme in der Literatur hierzu anmerkte, zeigte der europäische Einigungsprozeß, daß es für die Mitgliedstaaten einfacher war, sich von ihren Währungen zu trennen als von ihrer Mitbestimmung oder Nichtmitbestimmung abzuweichen.¹¹

3. Die Fusionsbesteuerungsrichtlinie

Die Fusionsbesteuerungsrichtlinie¹² aus dem Jahr 1990 regelt die einheitlichen steuerrechtlichen Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende Verschmel-

⁶ *Riesenhuber*, NZG 2004, 15, 16.

⁷ Vgl. Entwurf der Kommission zu einem europäischen Abkommen über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften vom 27.9.1972, EG-Bull. Beilage 13/73, 3 ff.; *Reik*, Grenzüberschreitende Restrukturierungen, S. 251 ff.; *Leutner/Wagner*, GPR 2006, 32.

⁸ *Priester*, NJW 1983, 1459.

⁹ Vorschlag für eine Zehnte Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. C 23 vom 25.1.1985, S. 11 ff.

¹⁰ Vgl. die Kommissionsbegründung zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über eine Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vom 18.11.2003, KOM(2003) 703 endg., S. 2; *Pluskat*, EWS 2004. 1. 4 f.; *Neye/Timm*, DB 2006, 488.

¹¹ So *Hanau*, RdA 1998, 231.

¹² RL 90/434/EWG über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. L 225 vom 20.8.1990, S. 1 ff.

zung. Gesellschaftsrechtliche Regelungen für einen solchen Vorgang finden sich in der Richtlinie aber nicht.

4. Die SE-VO

Die Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft¹³ (SE-VO) brachte die ersten Regelungen für eine grenzüberschreitende Verschmelzung europäischer Gesellschaften. Nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 SE-VO können sich Aktiengesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten grenzüberschreitend zu einer Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea, nachfolgend „SE“) verschmelzen. Möglich wurde dieser erste Durchbruch für eine europäische Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung nur, weil sich die Mitgliedstaaten auf einen Kompromiß in der Mitbestimmungsfrage geeinigt hatten. Allein die Tatsache, daß hierüber nach jahrelangen Verhandlungen eine Einigung erzielt werden konnte, wurde von vielen als „*Sensation*“¹⁴ und „*Meilenstein in der Geschichte des europäischen Gesellschafts- und Arbeitsrechts*“¹⁵ empfunden.

5. Die Verschmelzungsrichtlinie

Hierdurch ermutigt schlug die Europäische Kommission gestützt auf Art. 44 EGV am 18.11.2003 die Verschmelzungsrichtlinie vor. Der Richtlinienvorschlag war die erste Maßnahme, die die Kommission auf der Grundlage ihres im Mai 2003 angenommenen Aktionsplans¹⁶ zum Gesellschaftsrecht und zur Corporate Governance in der Europäischen Union vorgelegt hat.

Über den Richtlinienvorschlag berieten der EU-Ministerrat und das Europäische Parlament im sogenannten Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV, in dem der Rat mit qualifizierter Mehrheit entscheidet. Nachdem sich der Rat am 25.11.2004 über den Richtlinienvorschlag geeinigt hatte, nahm das Europä-

¹³ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294 vom 10.11.2001, S. 1 ff.; vgl. zur rechtshistorischen Entwicklung die Ausführungen bei *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 21 ff.

¹⁴ *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424.

¹⁵ *Kleinsorge*, RdA 2002, 343.

¹⁶ Ausführlich zum Aktionsplan: *Hopt*, ZIP 2005, 461 ff.

ische Parlament am 10.05.2005 hierzu Stellung und schlug einige Änderungen vor.¹⁷ Auf Grundlage dieser Änderungsvorschläge wurde die Verschmelzungsrichtlinie am 19.09.2005 vom Rat verabschiedet. Die Richtlinie wurde am 25.11.2005 im Amtsblatt der EG veröffentlicht. Nach Art. 20 der Verschmelzungsrichtlinie (im folgenden auch „VRL“ genannt) trat die Richtlinie am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung, also am 15.12.2005, in Kraft. Zwei Tage zuvor, am 13.12.2005, „überholte“¹⁸ der EuGH die Verschmelzungsrichtlinie, als er in der Rechtsache „Sevic“ entschied, daß eine grenzüberschreitende (Herein-)Verschmelzung in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EGV fällt.¹⁹ Im Gegensatz zur Verschmelzungsrichtlinie begrenzte der EuGH dabei dieses Recht nicht auf Kapitalgesellschaften.²⁰ Da sich somit jedenfalls das Recht auf Durchführung einer grenzüberschreitenden Hereinverschmelzung bereits aus der unmittelbar wirkenden Grundfreiheit der Niederlassungsfreiheit ergibt,²¹ schien mit dem Richterspruch einer der Gründe für den Erlaß der Verschmelzungsrichtlinie noch vor ihrem Inkrafttreten zu entfallen. Die Europäische Kommission ließ sich nämlich beim Vorschlag der Verschmelzungsrichtlinie noch von der Überzeugung leiten, daß der bisherige Stand des Gemeinschaftsrechts es einigen Mitgliedstaaten ermögliche, grenzüberschreitende Verschmelzungen nicht zuzulassen.²² Die Verschmelzungsrichtlinie sollte daher dazu dienen, komplizierte und kostspielige juristische Hilfskonstruktionen entbehrlich zu machen, mit denen in der Praxis bislang grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse erreicht wurden.²³ Gesellschaften, die sich grenzüberschreitend zusammenschließen wollten, denen

¹⁷ Dokument des Europäischen Parlaments, P6_TA-PROV(2005)0166, vom 10.5.2005, zu finden im Internet unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?objRefId=96033&language=DE>.

¹⁸ *Oechsler*, NZG 2006, 161.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, „Sevic“, BB 2006, 11, 12, Rn. 19.

²⁰ *Kappes*, NZG 2006, 101, 102.

²¹ Zur Frage, ob die Niederlassungsfreiheit auch das Recht umfaßt, eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat auf eine Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat zu verschmelzen (Herausverschmelzung) s.u. Abschnitt C II 1 b.

²² Kommissionsbegründung zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über eine Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vom 18.11.2003, KOM(2003) 703 endg., S. 2.

²³ Vgl. die Kommissionsbegründung zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über eine Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vom 18.11.2003, KOM(2003) 703 endg., S. 2.

aber eine grenzüberschreitende Verschmelzung rechtlich nicht möglich zu sein schien, wählten z.B. als Ausweg die Liquidation der einen Gesellschaft, nachdem diese zuvor ihr Unternehmen in die andere Gesellschaft eingebracht hatte.²⁴ Jedoch ist die Verschmelzungsrichtlinie trotz der Entscheidung „Sevic“ selbst dann nicht überflüssig geworden, wenn man der Auffassung ist, die Niederlassungsfreiheit gewährleiste sowohl die Herein- als auch die Herausverschmelzung. Die Entscheidung des EuGH läßt nämlich offen, welche Verfahrensbedingungen die Mitgliedstaaten an eine grenzüberschreitende Verschmelzung stellen dürfen.²⁵ Die Bedeutung der Richtlinie liegt daher vor allem darin, daß sie für die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften ein einheitliches Verfahren vorgibt.²⁶ Dies erleichtert nicht nur die grenzüberschreitende Verschmelzung innerhalb der EU, sondern senkt auch die Transaktionskosten.

Die Mitgliedstaaten müssen die Verschmelzungsrichtlinie bis Dezember 2007 in nationales Recht umsetzen (Art. 19 Abs. 1 VRL). In Deutschland ist dies bereits geschehen. Am 29.12.2006 trat das „*Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG)*“ in Kraft.²⁷ Dieses dient der Umsetzung der Richtlinienvorschriften über die Unternehmensmitbestimmung. Für die Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen der Verschmelzungsrichtlinie folgte das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes²⁸, das am 25.4.2007 in Kraft trat. Aufgrund dieses Gesetzes wurde im Zweiten Teil des Zweiten Buches des Umwandlungsgesetzes nach dem Neunten Abschnitt ein neuer Zehnter Abschnitt mit dem Titel „*Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften*“ angefügt. Der Zehnte Abschnitt enthält 12 Paragraphen (§§ 122 a – 122 l UmwG), in denen die Besonderheiten der grenzüberschreitenden Verschmelzung geregelt werden. Im übrigen finden die allgemeinen Verschmelzungsregelungen des Umwandlungsgesetzes Anwendung finden (§ 122 a Abs. 2 UmwG).

²⁴ Vgl. *Leisle*, ELF 2004, 153; *Philipp*, EuZW 2005, 355.

²⁵ *Leible/Hoffmann*, RIW 2006, 161, 164; *Oechsler*, NJW 2006, 812.

²⁶ *Grohmann/Gruschinske*, GmbHR 2006, 191, 194.

²⁷ BGBl. Teil I, Nr. 65 vom 28.12.2006, S. 3332 ff. (im folgenden auch „Mitbestimmungsumsetzungsgesetz“ genannt).

²⁸ BGBl. Teil I, Nr. 15 vom 24.4.2007, S. 542 ff.

Auf die Umsetzungsregelungen im Mitbestimmungsumsetzungsgesetz und Umwandlungsgesetz wird im weiteren Verlauf der Untersuchung nur insoweit eingegangen, wie diese von den Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie abweichen, von einer in der Richtlinie enthaltenen Ermächtigung Gebrauch machen oder aus einem sonstigen Grund für die Untersuchung der Richtlinie von besonderem Interesse sind.

II. Beweggründe für eine Verschmelzung

Als Beweggründe für eine Verschmelzung kommen im Zeitalter der Globalisierung verschiedene Motive in Betracht. Zunächst ist die Konzentration von Kräften zu nennen, die zu einem Ausbau der vorhandenen wirtschaftlichen Machtstellung führt. Personelle, sachliche, organisatorische und vertriebstechnische Ressourcen können nach einer Verschmelzung gebündelt und Synergieeffekte effektiv genutzt werden.²⁹ Hierzu zählen auch die gemeinsame Nutzung und Vermarktung von Patentrechten.³⁰ Konzerninterne Verschmelzungen sind oft der Abschluß einer stufenweisen Annäherung zweier Gesellschaften. Die Annäherung beginnt mit dem Erwerb einer Beteiligung, auf deren Grundlage ein sog. faktisches Konzernverhältnis begründet wird. Dieses Verhältnis wird dann häufig mit dem Abschluß eines Beherrschungsvertrages zu einem sog. Vertragskonzern erweitert. Die Annäherung wird schließlich durch die Verschmelzung vollendet.³¹ Hintergrund für das konzerninterne Verschmelzen einer Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft (sog. *upstream merger*) oder einer Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft (sog. *downstream merger*) ist das Bestreben, die Verwaltungskosten mehrstufiger Strukturen zu reduzieren (Management-, Jahresabschluß-, Prüfungskosten).³² Auch steuerliche Gründe können eine Rolle spielen. So kann z.B. die gemeinsame Nutzung von Verlustvorträgen zu einer steuerlichen Optimierung führen.³³ Schließlich kann das Motiv einer börsennotierten Gesellschaft für eine Verschmelzung auch darin liegen, sich von der Börse zurückziehen zu wollen (sog. *going private*). Dabei ist

²⁹ Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 6.107.

³⁰ Sagasser/Ködderritzsch, Umwandlungen, I Rn. 1.

³¹ Küting, BB 1994, 1383.

³² Sagasser/Ködderritzsch, Umwandlungen, I Rn. 2.

³³ Semler/Stengel, UmwG, § 2 Rn. 20.

die Verschmelzung einer börsennotierten auf eine nichtbörsennotierte Gesellschaft sogar die gebräuchlichste Rückzugstechnik.³⁴ Ein Rückzug von der Börse hat für das betroffene Unternehmen z.B. den Vorteil, daß nach dem Rückzug die mit der Börsennotierung verbundenen strengen Publizitätsvorschriften nicht mehr eingehalten werden müssen. Diese werden besonders deswegen als nachteilig empfunden, weil befürchtet wird, daß die zu veröffentlichenden Informationen konkurrierenden Unternehmen, die nicht börsennotiert sind, Wettbewerbsvorteile verschaffen können.³⁵ Daneben wird der Rückzug von der Börse auch als Möglichkeit geschätzt, einen (aus Sicht der Unternehmensleitung) feindlichen Übernahmeversuch abzuwehren.³⁶

Im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung können neben diese Erwägungen zusätzliche Motive treten. Die grenzüberschreitende Verschmelzung eröffnet einer Gesellschaft den Zugang zu einer anderen Rechtsordnung. Hieraus kann sich z.B. ein größerer gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsspielraum ergeben.³⁷ Durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung können die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften also beeinflussen, welcher Rechtsordnung die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft unterliegt.

III. Wirtschaftliche Alternativen

Unternehmenskonzentration läßt sich auch auf anderem Wege als durch Verschmelzung erreichen. In Betracht kommt der Unternehmenskauf im Wege des Vermögenskaufs. Alternativ zu einem solchen Barkauf kann ein Unternehmen als Sacheinlage gegen Anteilsgewährung eingebracht werden. Im Gegensatz zur Verschmelzung erfolgen derartige Eingliederungen im Wege der Einzelrechtsnachfolge. Der ursprüngliche Unternehmensträger bleibt in beiden Fällen erhalten. Das hat den Vorteil für die übernehmende Gesellschaft, daß sie im Gegensatz zur Verschmelzung (Gesamtrechtsnachfolge) nicht die Haftung für

³⁴ *Richard*, BB 1999, 1613, 1615; *Schwichtenberg*, DStR 2001, 2075, 2076.

³⁵ *Schwichtenberg*, DStR 2001, 2075.

³⁶ *Schwichtenberg*, DStR 2001, 2075.

³⁷ Vgl. *Hirtel/Bücker*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, § 3 Rn. 17 ff.

sämtliche Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft übernimmt. Auf der anderen Seite trägt die übernehmende Gesellschaft bei einer solchen Akquisition das wirtschaftliche Risiko einer Fehlinvestition allein, während bei einer Verschmelzung von gleichberechtigten Gesellschaften die Konsequenzen eines Mißerfolgs von allen Beteiligten gemeinsam getragen werden.³⁸ Die Verschmelzung mit ihrer Ausgestaltung als Gesamtrechtsnachfolge ist auch deswegen interessant, weil eine förmliche Liquidation der übertragenden Gesellschaft nicht erforderlich ist. Diese Vereinfachung ist gerade bei einer Unternehmenskonzentration innerhalb eines Konzerns von Vorteil.³⁹

³⁸ *Sagasser/Ködderritzsch*, Umwandlungen, I Rn. 11.

³⁹ *Sagasser/Ködderritzsch*, Umwandlungen, I Rn. 9.