

GESELLSCHAFTSRECHT, EUROPA

*Grenzüberschreitende Verschmelzung**Art. 43 EG, Art. 48 EG*

Neue Entwicklungen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen in der EU

DR. MICHAEL STRAUB LL.M.

A. EINFÜHRUNG

Der wirtschaftliche Hintergrund für die innerstaatliche Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unterscheidet sich grundsätzlich nicht von grenzüberschreitenden Fusionen. Die Motivation ist in beiden Fällen dieselbe und zielt etwa auf die Strukturbereinigung von Konzerngesellschaften, Steigerung der Wirtschaftlichkeit sowie besserer marktorientierter Positionierung ab. Die Österreichische Rechtsordnung bietet dafür trotz Bedarfs nach einer Regelung bisher noch keine ausreichende Grundlage und wurde von der herrschenden Ansicht bisher auch abgelehnt. Dies dürfte sich allerdings mit der am 15. Dezember 2005 in Kraft getretenen Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen EU-Mitgliedstaaten sowie aufgrund des Urteils des EuGH vom 13. Dezember 2005 in der Sache der Deutschen SEVIC Systems AG ändern. Die folgende Darstellung erörtert daher anhand der neuen Richtlinie und der jüngsten EuGH-Judikatur zu diesem Thema die geänderten Rahmenbedingungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen.

B. BISHERIGE RECHTSLAGE

Trotz Befürwortung einzelner Autoren¹ hat die herrschende Ansicht² grenzüberschreitende Verschmelzungen auf Grundlage österreichischen Rechts bisher für undurchführbar erklärt. Begründet wurde dies einerseits damit, dass die maßgeblichen Bestimmungen – wie das Aktiengesetz – dies nicht vorsehen und andererseits, dass dies nach dem IPRG nicht möglich sei. Insbesondere sei bei einer „Hinausverschmelzung“ die Interessenslage bestimmter Personen zu berücksichtigen. Inländische Gesellschafter, Gläubiger oder Arbeitnehmer wären in einem solchen Fall einer ausländischen Rechtsordnung ausgesetzt und damit inländischen Schutzbestimmungen entzogen. Dafür wurden insbesondere folgende Argumente ins Treffen geführt:

- Da die Beschlussfassung über die Verschmelzung mit qualifizierter Mehrheit (und nicht Einstimmigkeit) erfolgt, wären die überstimmten Gesellschafter gezwungen, ihr Vermögen an der Gesellschaft trotz ihrer Gegenstimme einem ausländischen Gesellschafter zu übertragen.
- Die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft müssten ihre Ansprüche künftig im Ausland geltend machen.
- Die Verschmelzung könnte zum Verlust von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft führen.

1

2

C. RICHTLINIE 2005/56/EG

Die neue Richtlinie trägt nun sowohl diesen Vorbehalten als auch dem Bedarf an grenzüberschreitenden Verschmelzungen Rechnung und sagt dazu wörtlich: „Bei den europäischen Kapitalgesellschaften besteht ein Bedarf an Kooperation und Reorganisation. [...]. Daher ist eine gemeinschaftsrechtliche Regelung erforderlich, die eine Verschmelzung von Kapitalgesellschaften unterschiedlicher Rechtsform, die dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen, erleichtert, um auf diese Weise zur Vollendung und zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen.³ [...]. Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten müssen die grenzüberschreitende Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft aus einem Mitgliedstaat mit einer Kapitalgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat gestatten, wenn das innerstaatliche Recht der betreffenden Mitgliedstaaten Verschmelzungen zwischen Unternehmen solcher Rechtsformen erlaubt.“⁴ Darüber hinaus legt die Richtlinie u.a. folgende Grundsätze fest:

- Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind nur zwischen Gesellschaften solcher Rechtsformen möglich, die sich nach dem innerstaatlichen Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten verschmelzen dürfen.
- Für jede an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligte Gesellschaft und jeden beteiligten Dritten sollen weiterhin die *Vorschriften und Formalitäten des innerstaatlichen Rechts* gelten, das im Falle einer innerstaatlichen Verschmelzung anwendbar wäre.
- Die innerstaatlichen Vorschriften sollten *keine Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit oder des freien Kapitalverkehrs* einführen, es sei denn, derartige Beschränkungen lassen sich im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs und insbesondere durch die Erfordernisse des Gemeinwohls rechtfertigen und sind zur Erfüllung solcher vorrangigen Erfordernisse erforderlich und angemessen. (siehe dazu ausführlicher zum Urteil des EuGH vom 13. Dezember 2005 unten)
- Die Rechte der Arbeitnehmer sollen weiterhin den *Vorschriften der Mitgliedstaaten*, insbesondere betreffend Massenentlassungen, Wahrung von Ansprüchen beim Betriebsübergang, Unterrichtung und Anhörung, Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen, unterliegen. Hinsichtlich *Mitbestimmungsrechten für Arbeitnehmer* legt die Richtlinie eigene Regelungen fest.⁵ Insbesondere gilt, dass die Mitbestimmung bei der aufnehmenden Gesellschaft neu geregelt werden muss, falls die Rechtsordnung des Sitzstaates der aufnehmenden Gesellschaft nicht den gleichen Umfang an Mitbestimmung vorsieht wie dies in den Sitzstaaten der übrigen beteiligten Gesellschaften der Fall ist.

Zum Verfahrensablauf bestimmt die Richtlinie folgende Grundsätze:

- *Verschmelzungsplan*: Die Verschmelzung erfordert die *Erstellung eines Verschmelzungsplans* durch die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften. Der Inhalt dieses Plans ist wesentlich umfassender geregelt, als der für mehrfache Umgründungen erforderliche Umgründungsplan gemäß § 39 UmgrStG. Er hat neben den Angaben zu den beteiligten Gesellschaften, den Stichtagen für die Gewinnberechtigung und Rechnungslegung vor allem das Umtauschverhältnis der Aktien bzw. der Geschäftsanteile, die Einzelheiten der Aktien- oder Anteilsübertragung, eine Bewertung des zu übertragenden Aktiv- und Passivvermögens sowie die voraussichtlichen Auswirkungen der Verschmelzung auf die Beschäftigung zu enthalten.⁶

³ Abs (1) der Erwägungen der RL 2005/56/EG.

⁴ Abs (2) der Erwägungen der RL 2005/56/EG.

⁵ Siehe dazu ausführlich Artikel 16 der RL 2005/56/EG.

⁶ Zum weiteren Inhalt siehe Artikel 5 lit. a) bis l) zur RL 2005/56/EG.

- *Bekanntmachung*: Der Verschmelzungsplan ist spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung, die über die Verschmelzung beschließt, in den Gesellschafts- oder Handelsregistern der Sitzstaaten der beteiligten Gesellschaften bekannt zu machen.
- *Bericht des Leitungs- oder Verwaltungsorgans*: Das Leitungs- oder Verwaltungsorgan jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften hat für die Gesellschafter einen Bericht zu erstellen, in dem die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte der Verschmelzung erläutert und begründet und die Auswirkungen der Verschmelzung auf die Gesellschafter, die Gläubiger und die Arbeitnehmer erläutert werden.
- *Bericht eines unabhängigen Sachverständigen*: Sofern nicht alle Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften darauf verzichten, erfordert die Verschmelzung außerdem die Erstellung eines Berichts eines unabhängigen Sachverständigen.
- *Zustimmung der Gesellschafter*: Nach Kenntnisnahme der genannten Berichte beschließt die Gesellschafterversammlung jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften über die Zustimmung zu dem gemeinsamen Verschmelzungsplan.
- *Vorabbescheinigung*: In jedem dieser Mitgliedstaaten hat die zuständige Stelle (Gericht, Notar oder sonstige zuständige Behörde) jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften, die dem Recht dieses Staates unterliegt, unverzüglich eine Bescheinigung auszustellen, aus der zweifelsfrei hervorgeht, dass die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten ordnungsgemäß vollzogen wurden. Die zuständigen Stellen haben darüber hinaus die Verfahrensabschnitte auf deren Rechtmäßigkeit zu kontrollieren.
- *Eintragung*: Die rechtswirksame Verschmelzung wird in jenem öffentlichen Register eingetragen, in dem die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft eingetragen ist. Darüber hinaus ist die Verschmelzung in jenen öffentlichen Registern offen zu legen, in denen die beteiligten Gesellschaften ihre Urkunden zu hinterlegen hatten.

D. URTEIL DES EUGH VOM 13.12.2005

Im Sinne der Vermeidung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit oder des freien Kapitalverkehr in den Mitgliedstaaten fällt der EuGH auch sein Urteil vom 13. Dezember 2005 in der Sache SEVIC Systems AG. In diesem Vorabentscheidungsverfahren befasste sich der EuGH mit der Frage, ob die Verweigerung der Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in das deutsche Handelsregister gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 34 und 48 EGV verstoße. Zwischen der *SEVIC Systems AG* mit Sitz in Deutschland als aufnehmender Gesellschaft und der in Luxemburg ansässigen Gesellschaft *Security Vision Concept SA* als übertragender Gesellschaft war zuvor ein Verschmelzungsvertrag abgeschlossen worden. Das Amtsgericht in Neuwied, Deutschland lehnte die Eintragung dieser Verschmelzung in das Handelsregister mit der Begründung ab, dass § 1 Abs. 1 Nr. 1 dUmwG nur die Verschmelzung von Rechtsträgern mit Sitz in Deutschland vorsehe. Dagegen erhob die *SEVIC Systems AG* Beschwerde. Der EuGH kam im Wesentlichen zu folgendem Ergebnis⁷:

- *Zur Anwendbarkeit*: Entgegen dem Vorbringen der deutschen und der niederländischen Regierung sind die Artikel 43 EG und 48 EG auf eine Verschmelzung, wie sie sich im Ausgangsverfahren darstellt, anwendbar. Denn nach Artikel 43 Absatz 2 EG in Verbindung mit Artikel 48 EG umfasst die Niederlassungsfreiheit für die in der letztgenannten Bestimmung genannten Gesellschaften u. a. das Recht auf Gründung und Leitung dieser Gesellschaften nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats, die für dessen eigene Angehörige gelten. Grenzüberschreitende Verschmelzungen entsprechen wie andere Gesellschaftsumwandlungen

⁷ Siehe dazu ausführlich Urteil des EuGH vom 13. 12.2005 zu C-411/03

den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten. Sie stellen besondere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar und gehören damit zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit nach Artikel 43 EG beachten müssen.

- *Zur Beschränkung:* Da nach deutschem Recht keine Regelung für grenzüberschreitende Verschmelzungen zur Verfügung steht, wenn eine der Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland hat, begründet dieses Recht eine unterschiedliche Behandlung von Gesellschaften nach Maßgabe dessen, ob es sich um eine innerstaatliche oder um eine grenzüberschreitende Verschmelzung handelt; diese unterschiedliche Behandlung ist geeignet, Gesellschaften davon abzuhalten, von der im EG-Vertrag verankerten Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen. Eine solche unterschiedliche Behandlung stellt eine Beschränkung im Sinne der Artikel 43 EG und 48 EG dar, die im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit steht und nur zulässig sein kann, wenn mit ihr ein legitimes mit dem EG-Vertrag vereinbares Ziel verfolgt wird und wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.
- *Erkenntnis:* Die Artikel 43 EG und 48 EG stehen dem entgegen, dass in einem Mitgliedstaat die Eintragung einer Verschmelzung durch Auflösung ohne Abwicklung einer Gesellschaft und durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf eine andere Gesellschaft in das nationale Handelsregister *generell* verweigert wird, wenn eine der beiden Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, während eine solche Eintragung, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, möglich ist, wenn beide an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz im erstgenannten Mitgliedstaat haben.

E. AUSBLICK

Die Mitgliedstaaten haben die am 15. Dezember 2005 in Kraft getretene Richtlinie nun binnen zwei Jahren, also bis Dezember 2007, in ihren nationalen Rechtsordnungen umzusetzen. Eine direkte Anwendbarkeit der Richtlinie vor nationalen Gerichten und Behörden ist nach herrschender Judikatur des EuGH vor Ablauf der Umsetzungsfrist nicht möglich. Angesichts des selbst in der Richtlinie attestierten Bedarfs wäre daher eine Umsetzung vor diesem Zeitpunkt zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten jedenfalls wünschenswert. Bis zum Ablauf der Frist könnten sich Unternehmen in gleich gelagerten Fällen allenfalls auf die direkte Anwendbarkeit des Urteils vom 13. Dezember 2005 berufen.

© Zum Autor: Dr. *Michael Straub* ist Rechtsanwalt bei der Kanzlei Kerres & Diwok Rechtsanwälte GmbH in Wien.