



Dr. Florian Möslin, Dipl.-Kfm., LL.M.

Unternehmensumwandlungen und Wahlfreiheit im Europäischen Gesellschaftsrecht

Das Recht der Unternehmensumwandlungen bildet ein Herzstück des Europäischen Gesellschaftsrechts. Dass Unternehmensumwandlungen im europäischen Kontext eine größere Rolle spielen als im nationalen Gesellschaftsrecht, ist mit der Zielsetzung des europäischen Binnenmarktes zu erklären: U.a. beinhaltet das Binnenmarktziel nämlich auch die Maßgabe, dass innergemeinschaftliche Grenzen Unternehmen nicht daran hindern dürfen, eine effiziente Unternehmensstruktur zu wählen. Größere Mobilität beinhaltet zugleich mehr Wahlfreiheit, wenn Unternehmen ihren Regelungsrahmen nicht mehr nur innerhalb der eigenen Rechtsordnung, sondern aus der gesamten Palette aller Mitgliedstaatenrechte auswählen können. Nationale Besonderheiten im Gesellschaftsrecht – nicht zuletzt die deutsche Mitbestimmung – sorgten gleichwohl lange Zeit für Einschränkungen der Unternehmensmobilität und damit auch der Wahlfreiheit in Europa. Erst im letzten Jahrfünft sorgten Europäischer Gerichtshof und Gesetzgeber für eine Vielzahl neuer Möglichkeiten der Unternehmensumwandlungen. Nach einer kurzen Darstellung der begrifflichen und funktionalen Grundlagen werden der Regelungsbestand für Unternehmensumwandlungen im Europäischen Gesellschaftsrecht auf Ebene des Primär- und Sekundärrechts erörtert, bevor abschließend die Frage erörtert wird, ob und in welchem Umfang diese rechtlichen Grundlagen dem Regelungsziel dienen, die Wahlfreiheit von Unternehmern zu erhöhen.

S. 147

- HFR 15/2007 S. 1 -

- 1 Das Recht der Unternehmensumwandlungen und allgemeiner der Strukturmaßnahmen bildet ein Herzstück des Europäischen Gesellschaftsrechts.¹ Dass Unternehmensumwandlungen im europäischen Kontext eine größere Rolle spielen als im nationalen Gesellschaftsrecht, ist mit der Zielsetzung des europäischen Binnenmarktes zu erklären: Neben der Erleichterung des grenzüberschreitenden Verkehrs von Waren, Dienstleistungen und Arbeitskraft beinhaltet das Binnenmarktziel nämlich auch die Maßgabe, dass innergemeinschaftliche Grenzen Unternehmen nicht daran hindern dürfen, eine effiziente Unternehmensstruktur zu wählen: Standorte müssen beispielsweise ausschließlich nach ökonomischen Kriterien gewählt werden können; Fusionen und andere Formen von Unternehmensverbindungen müssen auch transnational möglich sein.² Größere Mobilität beinhaltet zugleich mehr Wahlfreiheit, wenn Unternehmen ihren Regelungsrahmen nicht mehr nur innerhalb der eigenen Rechtsordnung, sondern aus der gesamten Palette aller Mitgliedstaatenrechte auswählen können.³
- 2 Nationale Besonderheiten im Gesellschaftsrecht – nicht zuletzt die deutsche Mitbestimmung – sorgten gleichwohl lange Zeit für Einschränkungen der Unternehmensmobilität und damit auch der Wahlfreiheit in Europa.⁴ Erst im letzten Jahrfünft sorgten eu-

1 Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdn. 35; Hopt, ZIP 2005, 461 (464 f.); Möslin, Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im marktoffenen Verband (2007), S. 303 f.; vgl. außerdem Riesenhuber, NZG 2004, 15 (16).

2 Näher: Grundmann/Möslin, Europäisierung, in: Habersack/Bayer (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. 2 (im Erscheinen), Rdn. 1 f.; Möslin (Fn. 1), S. 192-194.

3 Als Folge ergibt sich ein „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte“, dazu vor allem: Grundmann, ZGR 2001, 783; Kieninger, Wettbewerb der Rechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 105-273; Merkt, RabelsZ 59 (1995) 545.

4 Zu den bis vor kurzem bestehenden Einschränkungen: Grundmann (Fn. 1), Rdn. 51-55; Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht (2. Aufl. 2003), Rdn. 60-65.

ropäischer Gerichtshof und Gesetzgeber für eine Vielzahl neuer Möglichkeiten der Unternehmensumwandlungen.⁵ Nach einer kurzen Darstellung der begrifflichen und funktionalen Grundlagen (unter I.) werden der Regelungsbestand für Unternehmensumwandlungen im Europäischen Gesellschaftsrecht auf Ebene des Primär- (unter II.) und Sekundärrechts (unter III.) erörtert, bevor abschließend die Frage erörtert wird, ob und in welchem Umfang diese rechtlichen Grundlagen dem Regelungsziel dienen, die Wahlfreiheit von Unternehme(r)n zu erhöhen (unter IV.).

S. 148

- HFR 15/2007 S. 2 -

3 I. Grundlagen

Der Begriff der Unternehmensumwandlung findet sich im europäischen Gesellschaftsrecht nicht explizit, anders als etwa im deutschen Gesellschaftsrecht, das gleich einen ganzen Kodex als „Umwandlungsgesetz“ betitelt.⁶ Umso wichtiger ist deshalb, Begriff und Funktionen zunächst zu umreißen und aufzufächern (unter 1.), bevor anschließend kurz die wichtigsten Formen von Unternehmensumwandlungen skizziert werden (unter 2.)

4 1. Begriff und Funktion

Unter einem Unternehmen versteht man gemeinhin eine Gesamtheit von Sachen, Personen, Kapital, menschlicher Arbeitskraft und Know-How zur Erzielung wirtschaftlicher Werte.⁷ Die (nationalen) Rechtsordnungen sehen verschiedene rechtliche Rahmenordnungen für Unternehmen vor, nämlich die verschiedenen Gesellschaftsformen, in Deutschland beispielsweise AG und GmbH, oHG, KG und GbR. Rechtliche Unterschiede bestehen nicht nur zwischen den verschiedenen Rechtsformen, die innerhalb der einzelnen Rechtsordnungen angeboten werden, sondern (trotz einiger Parallelen und Harmonisierungsmaßnahmen) auch zwischen diesen Rechtsformen und ihren jeweiligen ausländischen Pendanten.⁸ Nicht zuletzt beeinflusst nicht nur die Wahl der Rechtsform, sondern ggf. auch die Ausnutzung von Gestaltungsspielräumen in der Satzung das „rechtliche Kleid“ eines Unternehmens, das Spielregeln und Struktur innerhalb der Unternehmensorganisation vorgibt und damit Zusammenspiel und Verteilung der zusammengefassten unternehmerischen Ressourcen festlegt.

Veränderungen der ökonomischen Rahmenbedingungen haben mitunter zur Folge, dass die rechtliche Struktur, die bei Gründung des Unternehmens gewählt wurde, nicht mehr mit den aktuellen Anforderungen zusammenpasst oder dass den Entscheidungsträgern im Unternehmen zumindest eine andere Gestaltung besser geeignet erscheint: Das rechtliche Kleid, das sich die Gründer ursprünglich ausgesucht hatten, passt schlicht nicht mehr.⁹ Ein Beispiel sind Unternehmen, deren Gesellschafterzahl aufgrund von Erbfällen oder wegen erhöhten Kapitalbedarfs so stark gewachsen ist, dass für Personengesellschaften geltende Entscheidungsregeln das Unternehmen lähmen würden. Änderung oder Wechsel der Organisationsform, die in diesen Fällen erforderlich werden, bezeichnet man als Unternehmensumwandlung.¹⁰ Neben diesen Umwandlungen von Einzelunternehmen gibt es noch eine zweite Form von Umwandlungen, bei der

5 Nicht zuletzt deshalb ist jetzt wieder von einem „Boom“ des europäischen Gesellschaftsrechts die Rede: Grundmann, ZIP 2004, 2401 („Die Struktur des Europäischen Gesellschaftsrechts - von der Krise zum Boom“); ders./Möslein (Fn. 2), Rdn. 113 f.; vgl. außerdem, teils zurückhaltender: Baums, AG 2007, 57 (62 f.); Drygala, ZEuP 2004, 337 (345-355); Habersack, ZIP 2006, 445 (448); Hopt, ZIP 2005, 461 (471 f.).

6 Umwandlungsgesetz vom 28.10.1994, BGBl I 1994, 3210, letzte Änderung: BGBl. I 2006, 2553.

7 Sinngemäß Grundmann (Fn. 1), Rdn. 35; Lutter, in ders. (Hrsg.), UmwG (3. Aufl. 2004), Einl., Rdn. 1; ausführlich zum handelsrechtlichen Begriff des Unternehmens: K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 4.

8 Überblicksweise zu den Parallelförmigkeiten: Grundmann (Fn. 1), Rdn. 13.

9 Vgl. Lutter, in ders. (Hrsg.), UmwG, Einl., Rdn. 2.

10 Näher zum Begriff: Hirte, in: Bonner Europa-Symposium - Rechtsfragen der grenzüberschreitenden Umstrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt (1993), S. 51 (54); für das deutsche Recht: Schwedhelm, Die Unternehmensumwandlung (5. Aufl. 2006), S. 1-4; Schnorbus, Gestaltungsfreiheit im Umwandlungsrecht (2001), S. 30-39; Kallmeyer, in Kallmeyer (Hrsg.), UmwG (3. Aufl. 2006), Einl., Rdn. 1-9.

mehrere Unternehmen beteiligt sind oder entstehen.¹¹ Die Rede ist von Verschmelzungen und umgekehrt von Spaltungen, die ihrerseits wiederum durch vielerlei unternehmerische Gründe motiviert sein können, etwa durch das Streben nach einer optimalen Unternehmensgröße, durch die Suche nach einer optimalen Organisationsstruktur (Holding) oder auch durch steuerliche und regulatorische Erfordernisse.¹²

S. 149

- HFR 15/2007 S. 3 -

5 2. Formen

Die Formen von Unternehmensumwandlungen lassen sich entsprechend danach unterscheiden, ob lediglich ein Einzelunternehmen oder mehrere Unternehmen beteiligt sind. In der ersten Fallgruppe könnte man schon die Satzungsänderung als Grundform der Unternehmensumwandlung begreifen, weil sie den rechtlichen Rahmen des Unternehmens und dessen Spielregeln verändert. Viele Strukturprinzipien, die für Unternehmensumwandlungen typisch sind, finden sich in den nationalen Gesellschaftsrechten bereits bei dieser Grundform, beispielsweise die Regel, dass die Gesellschafter selbst über die Veränderung zu entscheiden haben.¹³ Weil Satzungsänderungen allerdings auch nur spezifische Einzelfragen wie die Höhe des Gesellschaftskapitals betreffen können, rechnet man sie üblicherweise nicht zu den Unternehmensumwandlungen. Erst der Wechsel des gesamten rechtlichen Kleides, der Formwechsel, wird als Unternehmensumwandlung begriffen (so etwa im deutschen Umwandlungsgesetz).¹⁴ Gleiches gilt für die Sitzverlegung eines Unternehmens – zumindest, wenn diese Sitzverlegung den Wechsel in eine andere (ausländische) Rechtsform zur Folge hat.¹⁵

6 Weitere Formen von Unternehmensumwandlungen finden sich, wenn (vor bzw. nach der Umwandlung) mehrere Unternehmen beteiligt sind. Die wichtigsten Grundformen sind Verschmelzung und umgekehrt Spaltung, jeweils in verschiedenen Spielarten. Einige nationale Rechtsordnungen kennen darüber hinaus weitere Umwandlungsformen, das deutsche Recht beispielsweise die Vermögensübertragung und die Ausgliederung.¹⁶ Wichtiger ist andererseits die Abgrenzung zu einer – wirtschaftlich durchaus ähnlichen – Unternehmensverbindung, die jedoch nicht als Umwandlung gilt, weil sie die rechtliche Organisation der einzelnen Gesellschaften unverändert lässt. Die Rede ist von Unternehmensübernahmen, also Transaktionen, bei denen eine Gesellschaft Anteile an einer anderen Gesellschaft übernimmt und letztlich deren Kontrolle erwirbt. Dadurch entsteht zwar ein wirtschaftlicher Unternehmensverbund („Konzern“), in dem die einzelnen Gesellschaften jedoch rechtlich unverändert fortbestehen: Es verändern sich lediglich die Beteiligungsverhältnisse, nicht aber die Rechtsformen der beteiligten Gesellschaften.¹⁷ Deshalb zählen Übernahmen nicht zu den Unternehmensumwandlungen.¹⁸

S. 150

- HFR 15/2007 S. 4 -

7 II. Primärrechtliches Gebot (grenzüberschreitender) Umwandlungen

Wie das Gesellschaftsrecht werden auch Unternehmensumwandlungen grundsätzlich von den Mitgliedstaaten, also auf nationaler Ebene, geregelt. Gleichwohl ist das Rechtsgebiet stark europäisch geprägt. Das hat zweierlei Ursachen: Auf der einen Seite

11 Insoweit ist teils von „materiellen“ Umstrukturierungen die Rede, vgl. Lutter, in ders. (Hrsg.), UmwG, Einl., Rdn. 3.

12 Ausführlich zu den vielfältigen unternehmerischen Gründen (insbesondere externes Wachstum): Picot, Wirtschaftliche und wirtschaftsrechtliche Aspekte bei der Planung von Mergers & Acquisitions, in: ders. (Hrsg.), Handbuch Mergers & Acquisitions (2. Aufl. 2002), S. 3 (21 f.).

13 Rechtsvergleichend: Grundmann (Fn. 1), Rdn. 393; Möslein (Fn. 1), S. 109 f.; zum Fehlen einer entsprechenden europäischen Regel: ebda., § 7.II.

14 Vgl. §§ 190-304 UmwG; näher: Bärwaldt/Schabacker, ZIP 1998, 1293 (1294-1297); Wiedemann, ZGR 1999, 568 (571-575); Zöllner, FS Clausen (1997), S. 423 (424-438).

15 Zu dieser Unterscheidung noch ausführlich unter II.1.b).

16 Überblicksweise Lutter, in ders. (Hrsg.), UmwG, Einl., Rdn. 39 f.

17 Ausführlich zu (wirtschaftlichen) Parallelen und (rechtlichen) Unterschieden: Grundmann (Fn. 1), Rdn. 743-746 und 919-921.

18 Vgl. Weber-Rey, AG 2001, 325 (328-330) sowie Nachweise Fn. 10.

sorgen auf primärrechtlicher Ebene die Grundfreiheiten des EG-Vertrages grundsätzlich dafür, dass nationale Regelungen (grenzüberschreitende) Umwandlungen nicht behindern dürfen (näher hier unter II.), auf der anderen Seite hat der europäische Gesetzgeber spezifische sekundärrechtliche Regelungen erlassen, um Umwandlungsregeln europaweit anzugleichen (nachfolgend unter III.).

- 8 Die Grundfreiheiten bilden die eigentliche „Verfassung“ auch im Gesellschafts- und Umwandlungsrecht. Der EuGH hat auf ihrer Grundlage tief greifende Umwälzungen angestoßen. Vor allem die Niederlassungsfreiheit sorgt für die grenzüberschreitende Mobilität von Unternehmen und beinhaltet die Vorgabe, dass Unternehmensumwandlungen auch grenzüberschreitend möglich sein müssen (unter 1.). Weil und soweit Kapitalbeteiligungen an anderen Unternehmen den Ausgangspunkt von Unternehmensumwandlungen bilden, ist außerdem die Kapitalverkehrsfreiheit zu bedenken (unter 2.).

9 1. Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 Abs. 1 EG, die gemäß Art. 48 EG auch für Gesellschaften gilt, schützt in erster Linie die Standortwahl von Unternehm(e)r:n: Private Marktteilnehmer sollen in dem Mitgliedstaat tätig werden dürfen, in dem ihnen die ökonomischen Rahmenbedingungen günstig erscheinen.¹⁹ Diese Form der Wahlfreiheit ist als Grundlage zumindest kurz zu skizzieren, auch wenn die Standortverlegung mangels Wechsel des „rechtlichen Kleides“ keine echte Umwandlungsmaßnahme darstellt. Mittelbar ergeben sich indes Spielräume für die (originäre) Rechtswahl von Unternehmen (unter a). Hieraus ergibt sich die umwandlungsrechtliche Relevanz der Niederlassungsfreiheit, und zwar für Verschmelzungen, die nach der neuesten EuGH-Rechtsprechung grenzüberschreitend möglich sein müssen, aber auch für Formwechsel (unter b). Zuletzt ist zu überlegen, ob auch das materielle Umwandlungsrecht von der Niederlassungsfreiheit beeinflusst wird (unter c).

S. 151

- HFR 15/2007 S. 5 -

10 a) Standort- und (originäre) Rechtswahl

Die Niederlassungsfreiheit verbietet grundsätzlich Behinderungen des grenzüberschreitenden „Umzugs“ von Unternehmen oder Betriebsteilen.²⁰ Trotz der Formulierung von Art. 43 Abs. 2 EG erschöpft sich die Niederlassungsfreiheit nicht in einem bloßen Diskriminierungsverbot, sondern wird seit den Urteilen *Kraus* und *Gebhard* als umfassendes Beschränkungsverbot verstanden.²¹ An dieser Grundfreiheit sind deshalb alle Regeln zu messen, die grenzüberschreitende Niederlassungen behindern oder weniger attraktiv machen, selbst wenn sie inländische Unternehmer gleichermaßen treffen. Gesellschaften, die ihre Geschäftstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ausüben wollen, nach dessen Recht sie gegründet wurden, bilden denn auch den gemeinsamen Nenner der vier Leitentscheidungen, die im Gesellschafts(kollisions)recht europaweit Beachtung fanden: *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*.²² Gesellschaften dürfen demnach nicht an der Wahl des ökonomisch vorteilhaften Standorts (durch Umzug) gehindert werden.²³ Die in Kontinentaleuropa lange herrschende Sitz-

19 Dazu allgemein: Lackhoff, Die Niederlassungsfreiheit des EGV (2000), S. 28-31; Pannier, Harmonisierung der Aktionärsrechte in Europa (2003), S. 35 und schon Everling, Das Niederlassungsrecht im gemeinsamen Markt (1963), S. 2 f.

20 Prägnant der Titel von Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325 („Umzug von Gesellschaften in Europa“); besonders klar zuletzt EuGH 13.12.2005 - Rs. C-411/03, SEVIC, Slg. 2005, I-10805.

21 EuGH 31.3.1993 - Rs. C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663, Rdn. 32 und EuGH 30.11.1995 - Rs. C-55/94, Gebhardt, Slg. 1995, I-4165, Rdn. 37; in diesem Sinne etwa Behrens, RabelsZ 52 (1988), 498, 508; Everling, Das Niederlassungsrecht in der EG als Beschränkungsverbot - Tragweite und Grenzen, GS Knobbe-Keuk (1997), S. 607 (610-613); Knobbe-Keuk, DB 1990, 2573; und ausführlich Lackhoff (Fn. 19), bes. S. 243-358.

22 EuGH 27.9.1988 - Rs. 81/87, Daily Mail, Slg. 1988, 5483; 9.3.1999 - Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459; 5.11.2002 - Rs. C-208/00, Überseering, Slg. 2002, I-9919; 30.9.2003 - Rs. C-167/01, Inspire Art, Slg. 2003, I-10155.

23 So vor allem EuGH 5.11.2002 - Rs. C-208/00, Überseering, Slg. 2002, I-9919, Rdn. 78-82; vgl. dazu etwa Behrens, IPrax 2003, 193 (202 f.); Ebke, JZ 2003, 927; Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2237 f.); Jüttner/Schanze, AG 2003, 30; Kern, Überseering - Rechtsangleichung und gegenseitige Anerkennung (2004), bes. S. 159-162.

theorie versagte Gesellschaften ausländischen Rechts, die ausschließlich ihren Verwaltungssitz ins Inland verlegen, jede Anerkennung als Rechtssubjekt: Die ausländische Gesellschaft wird bei Grenzüberschreitung buchstäblich ihrer Existenz beraubt.²⁴ Seit *Überseering* lässt sich die Sitztheorie zumindest für den Zuzug von Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten nicht mehr aufrechterhalten,²⁵ die Mobilität ist damit zumindest auf Seiten des Zielstaates abgesichert. In welchem Umfang umgekehrt Wegzugshindernisse des Ursprungsstaates an der Niederlassungsfreiheit zu messen sind, hat der EuGH noch nicht endgültig klargestellt. Aus den bisherigen Entscheidungen kann man jedoch schließen, dass im Gegensatz zum Zuzugsfall zwar nicht pauschal die Entziehung der Rechtspersönlichkeit an der Grundfreiheit zu messen ist, aber immerhin punktuell jede einzelne materielle Rechtsfolge (faktische Wegzugshindernisse).²⁶

S. 152

- HFR 15/2007 S. 6 -

11 Die Niederlassungsfreiheit schützt auch vor Behinderungen der originären Rechtswahl. Nach *Überseering* sind Gesellschaften im Zuzugsfall nicht nur als Rechtssubjekt, sondern als Gesellschaft ausländischen Rechts anzuerkennen.²⁷ Selbst die punktuelle Anwendung gesellschaftsrechtlicher Normen des Niederlassungsstaates kann die Niederlassungsfreiheit ausländischer Gesellschaften behindern.²⁸ Jede Sonderanknüpfung gesellschaftsrechtlicher Normen bedarf deshalb der Rechtfertigung.²⁹ Umgekehrt darf der Gründungsstaat nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung der Gesellschaft beim Wegzug die Rechtspersönlichkeit sogar entziehen, soweit dies die Verlagerung der unternehmerischen Tätigkeit nicht faktisch unmöglich macht. Gesellschaften haben es allerdings immerhin bei Gründung in der Hand, ein Gesellschaftsrecht zu wählen, das ihnen die Freiheit zum Wegzug lässt. Wegzugsbeschränkungen können die Gründer also durch „Abwahl“ begegnen.³⁰

12 **b) Grenzüberschreitende Verschmelzung und Formwechsel**

Der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ist nicht auf die Gründung und Errichtung von Unternehmen und Niederlassungen beschränkt, sondern erstreckt sich auf spätere Umwandlungen.³¹ Das stellte der EuGH mit der *SEVIC*-Entscheidung endgültig

24 Pointiert Lutter, BB 2003, 7 (10: „an der Grenze totgeschlagen“); ähnlich bereits: Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325 (350). Ausführlicher zur Sitztheorie etwa Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdn. 12; GroßkommAktG/Assmann, Einl., Rdn. 541 f.; 626-633.

25 So etwa Leible/Hofmann, ZIP 2003, 925 (928); Kersting, NZG 2003, 9 (9 f.); Merkt, RIW 2003, 458 (459); Paefgen, WM 2003, 561 (567); selbst wenn keine Tätigkeit im Gründungsstaat entfaltet: OLG Frankfurt IPrax 2004, 56; auch Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2243 f.); Leible/Hoffmann, EuZW 2003, 677 (682); noch immer zurückhaltender: Kindler, NJW 2003, 1073 (1077 f.); Großerichter, DStR 2003, 159 (166).

26 Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rdn. 778; ähnlich: Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2242 f.); Roth, W.-H., IPrax 2003, 117 (121 f.). Bereits in Daily Mail war ausgeführt worden, dass die Niederlassungsfreiheit zwar keinen Anspruch auf Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit einräumt, dass aber die tatsächliche Verlegung der unternehmerischen Tätigkeit durchaus durch die Niederlassungsfreiheit geschützt sei: EuGH 27.9.1988 – Rs. 81/87, Daily Mail, Slg. 1988, 5483, Rdn. 16. Diese Differenzierung wird vom EuGH immer wieder aufgegriffen, vgl. etwa EuGH 11.3.2004 – Rs. C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Slg. 2004, I-2409, Rdn. 49-68; auf gesellschaftsrechtlicher Ebene: EuGH 5.11.2002 – Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rdn. 62 und 65; 30.9.2003 – Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rdn. 102 f.

27 EuGH 5.11.2002 – Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rdn. 80 f. („Überseering, die in den Niederlanden wirksam gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, genießt aufgrund der Artikel 43 EG und 47 EG das Recht, als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen“). Der Zuzugsstaat darf die ausländische Gesellschaft also nicht einfach nur als Gesellschaft einer beliebigen (aber rechtsfähigen) Rechtsform inländischen Rechts anerkennen, so jedoch zwischenzeitlich BGHZ 151, 204.

28 EuGH 30.9.2003 – Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rdn. 104 (nicht nur für Gründungsvorschriften, sondern auch für Regeln zum laufenden Geschäft).

29 Näher etwa Bayer, BB 2003, 2357 (2364); Behrens, IPrax 2004, 20 (24 f.); Leible/Hoffmann, EuZW 2003, 677 (681); Spindler/Berner, RIW 2003, 949 (951-953); Ulmer, NJW 2004, 1201 (1205-1207); Ziemons, ZIP 2003, 1913 (1917 f.); Zimmer, NJW 2003, 3585 (3588); a.A. auch nach *Inspire Art*: Altmeyden, NJW 2004, 97 (100); ders./Wilhelm, DB 2004, 1083 (1085 f.); Kindler, NZG 2003, 1086 (1088-1090).

30 Möslein (Fn. 1), S. 216. Rechtspolitisch wird denn auch betont, dass nationale Wegzugsschranken einen Standortnachteil im Wettbewerb der Gesellschaftsrechte darstellen: Bayer, BB 2003, 2357 (2363); Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2243); Lutter, BB 2003, 7 (10); Zimmer, ZHR 168 (2004), 355 (368) sowie die sog. Group of German Experts on Corporate Law, ZIP 2003, 863 (877).

31 Das steht im Einklang mit der *Dassonville*-Formel des EuGH, weil Behinderungen des laufenden Geschäfts bereits die Errichtung einer Niederlassung weniger attraktiv machen können; vgl. etwa Grundmann (Fn. 1), Rdn. 188 f.; Roth, W.-H., in: Dausers (Hrsg.), Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, E.I.,

klar: Umwandlungen sind demnach Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit, weil sie den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften entsprechen und für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtig sind.³² In der Entscheidung ging es um die Verschmelzung einer in Luxemburg ansässigen Kapitalgesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Deutschland, deren Eintragung vom deutschen Registergericht abgelehnt wurde, weil das deutsche Recht ausschließlich Verschmelzungen zwischen Rechtsträgern mit Sitz im Inland vorsieht (vgl. § 1 UmwG).³³ Darin liegt eine unzulässige Diskriminierung, die nach Ansicht des EuGH selbst durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses (z.B. Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern) nicht gerechtfertigt werden kann, weil jedenfalls mildere Mittel als ein Totalverbot denkbar sind.³⁴ Grenzüberschreitende Verschmelzungen müssen deshalb grundsätzlich zugelassen werden, besondere Schutzvorkehrungen können allerdings ausnahmsweise (insbesondere bei Herausverschmelzungen) zulässig sein.

- 13 Ein Anspruch auf Statutenwechsel, also auf einen reinen Wechsel des anwendbaren Gesellschaftsrechts (und damit die Grundform der Umwandlung), ergibt sich andererseits nicht (unmittelbar) aus der Niederlassungsfreiheit. Denn diese Grundfreiheit setzt grundsätzlich eine Verlagerung des wirtschaftlichen Tätigkeitsschwerpunktes voraus.³⁵ Mittelbar allerdings kann die Niederlassungsfreiheit Statutenwechsel durchaus ermöglichen.³⁶ Denn das Gesellschaftsstatut kann auch per Mantelverschmelzung gewechselt werden: Durch Verschmelzung der werbenden Gesellschaft auf eine ausländische Mantelgesellschaft erlischt die inländische Gesellschaft, so dass sich das Wirtschaftsunternehmen gewissermaßen den (ausländischen) Mantel überstreift und fortan unter ausländischem Gesellschaftsstatut agieren kann.³⁷ Da die Mantelverschmelzung für Aktiengesellschaften in allen Mitgliedstaaten auf Grund der Verschmelzungsrichtlinie innerstaatlich zulässig sein muss (dazu sogleich unter II.2.a), würde das Argument gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, der „Mantel“ sei nicht unternehmerisch tätig und könne sich daher nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen.³⁸ Das Gesellschaftsstatut kann deshalb zumindest bei Aktiengesellschaften nicht nur bei Gründung einmalig gewählt, sondern auf Grund der Niederlassungsfreiheit auch nachträglich durch Mantelverschmelzung umgewählt werden – (nur) insoweit ist der grenzüberschreitende Formwechsel grundfreiheitlich abgesichert.

S. 153

- HFR 15/2007 S. 7 -

Rdn. 43 f. und 94.

32 EuGH 13.12.2005 - Rs. C-411/03, SEVIC, Slg. 2005, I-10805, Rdn. 19.

33 Näher: Bayer/Schmidt, ZIP 2006, 210; Geyrhälter/Weber, DStR 2006, 146; Kallmeyer/Kappes, AG 2006, 224; Kappes, NZG 2006, 101; Kraft/Bron, IStR 2006, 26; Leible/Hoffmann, RIW 2006, 161; Lutter/Drygala, JZ 2006, 770; Schindler, ECFR 2006, 109; Teichmann, ZIP 2006, 355; zu den Schlussanträgen: Drygala, ZIP 2005, 1995; Geyrhälter/Weber, NZG 2005, 837; Kuntz, EuZW 2005, 524; zum Vorlagebeschluss LG Koblenz WM 2003, 1990; Kloster, GmbHHR 2003, 1413; Beul, IStR 2003, 736 (Anm.); vgl. außerdem Dorrr/Stukenborg, DB 2003, 647; Lennerz, Die internationale Verschmelzung und Spaltung (2001), S. 75-80; Gillessen, Europäische transnationale Sitzverlegung (2000), S. 139 f.; Kruse, Sitzverlegung der Kapitalgesellschaften innerhalb der EG (1997), S. 137 f., 141 f.

34 EuGH 13.12.2005 - Rs. C-411/03, SEVIC, Slg. 2005, I-10805, Rdn. 23-30. Als echte Diskriminierung kann das Verbot allerdings eigentlich nur mit den in Art. 46 EG ausdrücklich genannten Rechtfertigungsgründen gerechtfertigt werden; konsequenter deshalb: Schlussanträge GA Tizzano, 7.7.2005 - Rs. C-411/03, SEVIC, DB 2005, 1510, Rdn. 55 f., nur hilfsweise zur Ablehnung zwingender Allgemeininteressen: Rdn. 59-62.

35 In diesem Sinne Schlussanträge GA Darmon vom 7.6.1988 - Rs. 81/87, Daily Mail, Slg. 1988, 5483, Rdn. 5; vgl. außerdem Behrens, IPrax 1999, 323 (329-331); Kieninger (Fn. 3), S. 159 f.; Leible/Hoffmann, EuZW 2003, 677 (682); a.A. Kruse (Fn. 35), S. 184-186 und 192 (allerdings nur bei wirtschaftlicher Tätigkeit im Zielstaat, vgl. ebda., S. 67); Roth, W.-H., ZGR 2000, 311 (325 f.); Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325 (352-355).

36 So im Ergebnis OGH 20.3.2003, ZIP 2003, 1086.

37 Dazu ausführlich Romano, The Genius of American Corporate Law (1993), S. 34 f.; Conard, in: International Encyclopedia of Comparative Law XIII (Business and Private Organizations), Chapter 6, 14; Kieninger (Fn. 3), S. 114 f.

38 Näher Eidenmüller, JZ 2004, 24 (30 f.) (allerdings nur für die Hereinverschmelzung); Kallmeyer, ZIP 1996, 535 (537); Triebel/v. Hase, BB 2003, 2409 (2415) (nur für Herausverschmelzung). Umfassender Lennerz (Fn. 33), S. 80-87; Kloster, GmbHHR 2003, 1413 (1414 f.); Leisle, EuLF 2004, 153 (154-156) (jedoch unter Berufung auf Wegzugsfreiheit).

14 **c) Materielle Umwandlungsregeln**

Fraglich ist schließlich, ob die Niederlassungsfreiheit nicht nur die grenzüberschreitende Zulässigkeit von Umwandlungen (Umwandlungskollisionsrecht) fordert, sondern auch Vorgaben für das materielle Umwandlungsrecht der Mitgliedstaaten macht. Teils wird versucht, ein eigenständiges Gleichbehandlungsgebot für unterschiedliche Niederlassungsformen aus der gleichrangigen Aufzählung in Art. 43 Abs. 1 EG abzuleiten.³⁹ Unzulässig wäre demnach nicht nur, ausländische Gesellschaften in die Alternative Tochtergesellschaft (statt unselbständiger Zweigstelle) zu drängen,⁴⁰ sondern letztlich jede unterschiedliche Behandlung von Unternehmensstrukturen und Umwandlungsvorgängen.⁴¹ Allein unter Hinweis auf die parallele Nennung der Alternativen und auf eine bestimmte Fallgruppe in der EuGH-Rechtsprechung wird sich ein so weitreichendes Gleichbehandlungsgebot allerdings nicht begründen lassen.⁴² Ein entsprechendes Gebot wäre rechtspolitisch nicht einmal wünschenswert, weil sinnvolle, teils sogar europäisch determinierte Differenzierungen gerechtfertigt werden müssten und dadurch letztlich die Wahlfreiheit eingeschränkt statt erweitert würde.⁴³

S. 154

- HFR 15/2007 S. 8 -

15 **2. Kapitalverkehrsfreiheit**

Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt potentielle Investoren vor Behinderungen des Kapitalerwerbs.⁴⁴ Diese Grundfreiheit ist deshalb weniger für Umwandlungen, sondern vor allem für Unternehmensübernahmen relevant. Sie unterwirft Übernahmehindernisse und Sonderrechte einzelner Aktionäre nach der Golden-Shares-Rechtsprechung des EuGH erheblichem Rechtfertigungsdruck.⁴⁵ Die Rechtsprechung betrifft bisher zwar ausschließlich Sonderrechte zu Gunsten einzelner Mitgliedstaaten, die aber zumindest teilweise in privatrechtlichen Satzungen verankert waren. Insofern sind Sonderrechte zu Gunsten privater Aktionäre möglicherweise ebenfalls an der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen.⁴⁶ Für das Umwandlungsrecht ist die Kapitalverkehrsfreiheit gleichwohl nicht flächendeckend relevant, weil solche Transaktionen – im Gegensatz zu Übernahmen – nicht zwingend mit Kapitalerwerbsvorgängen einhergehen.⁴⁷ Immerhin macht die Kapi-

39 Vor allem Schön, EWS 2000, 281; ders., RabelsZ 64 (2000) 1 (10); ders., FS Lutter (2000), S. 685 (693: Wahlfreiheit der Rechtsformen „wesentliche[r] Inhalt der Niederlassungsfreiheit“); Cordewener, DStR 2004, 6 (8); Grundmann (Fn. 1), Rdn. 797; Grabitz/Hilf/Randelzhofer/Forsthoff, Art. 43, Rdn. 82; vorsichtiger: von der Groeben/Schwarze/Tiedje/Troberg, Art. 43, Rdn. 50 („Verfügbarkeit aller Formen“); Luttermann, NZG 1999, 706 (706 f.).

40 Schön, EWS 2000, 281 (283 f.); von der Groeben/Schwarze/Tiedje/Troberg, Art. 43, Rdn. 50.

41 Auf den Prüfstand kämen alle rechtlichen Unterschiede zwischen Konzern und Einheitsunternehmen. Deshalb stünden letztlich die Vorteile von Konzernstrukturen (vor allem Haftungssegmentierung und dezentrale Leitungsmacht) und Konzernierungsvorgängen (Übernahmen auch gegen den Willen des Leitungsorgans) in Frage, näher: Grundmann/Möslein (Fn. 2), Rdn. 13. Für weitere Beispiele hingegen Schön, EWS 2000, 281 (287); ders., RabelsZ 64 (2000), 1 (19-21).

42 Die EuGH-Entscheidungen, die für ein Gleichbehandlungsgebot angeführt werden, betreffen ausschließlich Schlechterstellungen der Alternative unselbständige Zweigstelle: vgl. etwa EuGH 28.1.1986 – Rs. 270/83, Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 273, bes. Rdn. 18 (Gewährung einer Steuergutschrift ausschließlich für inländische Tochtergesellschaften); 13.7.1993 – Rs. C-330/91, Commerzbank, Slg. 1993, I-4017, bes. Rdn. 13 (Zinsanspruch auf Steuerrückzahlung); 6.6.1996 – Rs. C-101/94, Kommission/Italien, Slg. 1996, I-2691, bes. Rdn. 12 (Zulassung als Wertpapiermakler); 29.4.1999 – Rs. C-311/97, Royal Bank of Scotland, Slg. 1999, I-2651, bes. Rdn. 22 f. (ermäßigter Steuersatz) und EuGH 21.9.1999 – Rs. C-307/97, Saint-Gobain, Slg. 1999, I-6161 (Gewährung des Schachtelprivilegs).

43 Näher: Grundmann/Möslein (Fn. 2), Rdn. 13.

44 Dazu monographisch: Lübke, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit (2006); Pießkalla, Goldene Aktien aus EG-rechtlicher Sicht (2006); vgl. auch: Kainer, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht (2004).

45 EuGH 4.6.2002 – Rs. C-503/99, Kommission/Belgien, Slg. 2002, I-4809; 4.6.2002 – Rs. C-483/99, Kommission/Frankreich, Slg. 2002, I-4781; 4.6.2002 – Rs. C-367/98, Kommission/Portugal, Slg. 2002, I-4731; 13.5.2003 – Rs. C-463/00, Kommission/Spanien, Slg. 2003, I-4581, 13.5.2003 – Rs. C-98/01, Kommission/Großbritannien, Slg. 2003, I-4641; 2.6.2005 – Rs. C-174/04, Kommission/Italien, Slg. 2005, I-4933 und 28.9.2006 – Rs. C-282 u. 283/04, Kommission/Niederlande, ZIP 2007, 221.

46 Vgl. Schlussanträge GA Poiarés Maduro vom 6.4.2006 – Rs. C-282 u. 283/04, Kommission/Niederlande, Rdn. 24 (noch nicht veröffentlicht, abrufbar unter www.curia.eu) und ausführlich: Möslein, ZIP 2007, 208 (213 f.).

47 In diesem Sinne Heckschen, NotBZ 2005, 315.

talverkehrsfreiheit jedoch Vorgaben zu der Frage, wie in den beteiligten Rechtsträgern über Umwandlungsmaßnahmen zu entscheiden ist. Sie verbietet nämlich Vetorechte und sogar (stark) überproportionalen Einfluss einzelner Aktionäre oder externer Stellen.⁴⁸ Insofern können beispielsweise umwandlungsrechtliche Vorschriften gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen, die bestimmte Aktiengattungen bei Verschmelzungen diskriminieren und dadurch potentielle Investoren vom Kapitalerwerb abschrecken. Insgesamt hat die Kapitalverkehrsfreiheit für Umwandlungen jedoch weitaus geringere Bedeutung als die Niederlassungsfreiheit.⁴⁹

S. 155

- HFR 15/2007 S. 9 -

16 III. Sekundärrechtliche Ausgestaltung spezifischer Umwandlungsformen

Neben die primärrechtliche Vorgabe, dass Umwandlungen grenzüberschreitend zulässig sein müssen, treten spezifischere Regelungen, die der europäische Gesetzgeber auf Grundlage des EG-Vertrages erlassen hat (Sekundärrecht). Diese Rechtsakte betreffen vor allem inhaltliche Einzelfragen des Ablaufs von Umwandlungsvorgängen: Sie regeln Verfahren und Schutzinteressen. Auf dieser Ebene geht es nicht nur um grenzüberschreitende Transaktionen: Bereits seit langem gelten die Richtlinien zur innerstaatlichen Verschmelzung und Spaltung, die erst neuerdings um Regeln zur grenzüberschreitenden Verschmelzung ergänzt wurden. Künftig kommen wahrscheinlich noch Regeln zur grenzüberschreitenden Verlegung des Satzungssitzes hinzu; spezifische Umwandlungsregeln geltend außerdem für eine supranationale Rechtsform, die Societas Europaea (SE). Trotz ihrer Vielfalt folgen diese Umwandlungsregelungen einem einheitlichen Grundmodell, das die Verschmelzungsrichtlinie statuiert (unter 1.) und die übrigen Rechtsakte (mit einzelnen Abweichungen) aufgreifen (unter 2.).

S. 156

- HFR 15/2007 S. 10 -

17 1. Verschmelzungsregeln als Grundmodell

Die Verschmelzungsrichtlinie von 1978⁵⁰ regelt diejenige Umwandlungsmaßnahme, die seinerzeit als wichtigstes Mittel für externes Unternehmenswachstum galt. Übernahmen von Unternehmen am Kapitalmarkt waren in den damaligen Mitgliedstaaten (noch ohne Großbritannien) weitgehend unbekannt. Verschmelzungen erschienen deshalb für die Wettbewerbsfähigkeit auf den Weltmärkten unverzichtbar, so dass ihre gemeinschaftsweite Regelung für den entstehenden Binnenmarkt als vordringlich angesehen wurde.⁵¹ Die Harmonisierung der innerstaatlichen Verschmelzung war eigentlich nur als erster Schritt für die Regelung grenzüberschreitender Fusionen gedacht, die dann aber erst drei Jahrzehnte später gelang.⁵²

18 Inhaltlich dienen die Richtlinienregeln vor allem dem Aktionärsschutz, und zwar vor allem durch ausreichende und glaubwürdige Information und Entscheidungsteilhabe. Man spricht deshalb vom „Informationsmodell“ der Verschmelzungsrichtlinie, das für einen Grundfall (Verschmelzung durch Aufnahme) ausführlich, für die anderen Verschmelzungsformen per Verweisung weitgehend parallel geregelt ist.⁵³ Leitungs- bzw. Verwaltungsorgane müssen zwei schriftliche Informationsdokumente (Verschmelzungsplan und –bericht) vorbereiten,⁵⁴ die einander ergänzen: Der Plan informiert über die wich-

48 Zusammenfassend: Möslein, ZIP 2007, 208 (210 f.).

49 Erforderlich ist überdies die spürbare Verminderung der Anlageattraktivität, näher Möslein (Fn. 1), S. 251 f. Noch enger: Paefgen, GmbHHR 2004, 463 (472-474).

50 Dritte Richtlinie 78/855/EWG vom 9.10.1978 gemäß Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. 1978 L 295/36 (VerschmRL).

51 Näher: Grundmann (Fn. 1), Rdn. 845-851.

52 Historisch stand die grenzüberschreitende Fusion als Zielvorstellung sogar ganz am Beginn der Bemühungen: Beitzke, FS Hallstein, 1966, S. 14; Grundmann (Fn. 1), Rdn. 851 und 896.

53 Näher: Riesenhuber, NZG 2004, 15 (18).

54 Art. 5 bzw. 9 VerschmRL; vgl. dazu Ganske, DB 1981, 1551 (1552 f.); Sonnenberger, AG 1971, 76 (78); Pannier (Fn. 19), S. 104 f.; Grundmann (Fn. 1), Rdn. 866-869. Zur erforderlichen Detailgenauigkeit Henze, DB 2003, 2159 (2159 f.).

tigsten Eckdaten der Transaktion⁵⁵ und wird samt seiner Bewertungsgrundlagen vom Bericht rechtlich und wirtschaftlich erläutert. Flankierend sorgt die Richtlinie für Informationskontrolle und -zugang, denn beide Informationsunterlagen unterliegen vorheriger unabhängiger Prüfung und müssen den Aktionären zusammen mit Prüfungsbericht und weiteren Unterlagen der Pflichtpublizität am Gesellschaftssitz mindestens einen Monat lang zugänglich gemacht werden.⁵⁶ Als zentrale Einzelinformation wird das Umtauschverhältnis in den Prüfungs- und Offenlegungsregeln besonders betont,⁵⁷ weil sich Aktionäre darauf verlassen können sollen, auch ohne die Richtigkeitsgewähr der Preisbildung auf dem Kapitalmarkt eine adäquate Gegenleistung zu erhalten.⁵⁸ Soll die Umwandlung nicht verhältnismäßig erfolgreich sein, wird zumindest ein wertwahrendes Abfindungsrecht verbürgt. Auch für die Gläubiger relevant ist andererseits der Verschmelzungsplan, der deshalb im Wege der Registerpublizität der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden muss.⁵⁹

S. 157

- HFR 15/2007 S. 11 -

19 2. Parallelregeln für weitere Umwandlungsformen

Dieses Informationsmodell gilt in ähnlicher Form für die übrigen europäisch geregelten Umwandlungsmaßnahmen.⁶⁰ In Spaltungs- und internationaler Verschmelzungsrichtlinie werden die Vorschriften wiederholt, teils mit geringen Abweichungen und inhaltlichen Ergänzungen, die sich aus den Eigenheiten der jeweiligen Strukturmaßnahme ergeben (Angaben zur Vermögensaufteilung bzw. zum Rechtswechsel, insbesondere zu Änderungen beim Mitbestimmungsregime).⁶¹ Gewisse Abstriche werden jeweils für bestimmte konzerninterne Umwandlungsvorgänge zugelassen.⁶² Die vier Elemente des Informationsmodells finden außerdem bei drei (der vier) Gründungsformen der SE Anwendung, nämlich bei Gründung einer Holding-SE, Gründung durch Formwechsel und Gründung durch Verschmelzung (mit ähnlichen Inhaltsergänzungen wie bei der internationalen Verschmelzung).⁶³ Nur bei Gründung einer Tochter-SE sind entsprechende Informationen entbehrlich, weil diese Maßnahme für die Anteilseigner der Muttergesellschaft keine echte Strukturänderung bedeuten muss.⁶⁴ Anwendung findet das Informationsmodell schließlich auch bei Sitzverlegungen (von SEs⁶⁵ und voraussichtlich auch

55 Zu nennen sind vor allem: beteiligte Rechtsträger, Umtauschverhältnis, Übertragungszeitpunkt und Rechte der zu gewährenden Anteile an der übernehmenden Gesellschaft, etwaige Sondervorteile für Organmitglieder und Prüfer.

56 Art. 11 VerschmRL; vgl. Riesenhuber, NZG 2004, 15 (21); Hommelhoff/ders., in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung, 259 (272 f.); Grundmann (Fn. 1), Rdn. 873; Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht (3. Aufl. 2006), § 7 Rdn. 18.

57 Art. 10 VerschmRL; dazu: Barbato, J.B.L. 1984, 176 (179 f.); Ganske, DB 1981, 1551 (1553); Riesenhuber, NZG 2004, 15 (20); Grundmann (Fn. 1), Rdn. 870-872.

58 Näher (unter Bezugnahme auf die Lehre Schmidt-Rimplers zur Vertragsgerechtigkeit) Riesenhuber, NZG 2004, 15 (21); Hommelhoff/ders., in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung, 259 (274); ähnlich: Habersack (Fn. 58), § 7 Rdn. 16.

59 Art. 6 VerschmRL; vgl. Riesenhuber, NZG 2004, 15 (20 f.); Grundmann (Fn. 1), Rdn. 868.

60 Rechtsakte: Sechste Richtlinie 82/891/EWG vom 17.12.1982 gemäß Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften, ABl. 1982 L 378/47 (SpaltRL); Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. 2005 L 310/1 (IntVerschmRL); Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. 2001 L 294/1 (SE-VO); vgl. außerdem: Vorentwurf vom 20.4.1997 für eine vierzehnte Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts, abgedruckt in ZIP 1997, 1721; ZGR 1999, 157 (SitzverfRL-Entwurf).

61 Vgl. einerseits Art. 3 f. und 7-10 SpaltRL und dazu: Leisle, EuLF 2004, 153 (157 f.); Habersack (Fn. 56), § 7 Rdn. 42 f.; andererseits Art. 5-9 IntVerschmRL, und dazu Drinhausen/Keinath, RIW 2006, 81 (83 f.); Neye, ZIP 2005, 1893 (1895 f.); zum kursorischeren IntVerschmRL-Entwurf 2003: Pluskat, EWS 2004, 1 (5 f.); Maul/Teichmann/Wenz, BB 2003, 2633 (2636 f.); vgl. auch Wenglorz, BB 2004, 1061 (1064);

62 Vgl. Art. 27 VerschmRL; enger Art. 20 SpaltRL bzw. Art. 15 IntVerschmRL. Zu den Verfahrenserleichterungen vgl. etwa Grundmann (Fn. 1), Rdn. 849 bzw. 886.

63 Vgl. Art. 17 Abs. 2, 18, 20-22 bzw. Art. 32 Abs. 2-5 bzw. Art. 37 Abs. 4-6 SE-VO. Dazu etwa Teichmann, ZGR 2003, 367; Pannier (Fn. 19), S. 105; Grundmann (Fn. 1), Rdn. 1028, 1030 und 1033; Walden/Meyer-Landrut, DB 2005, 2119 (2121-2125).

64 Vgl. Art. 36 SE-VO. Zur Begründung Grundmann (Fn. 1), Rdn. 1031; Teichmann, ZGR 2003, 367 (396).

65 Art. 8 Abs. 2-5 SE-VO. Dazu: H.-K.Ress, FS Ress, S. 743; vgl. auch Grundmann (Fn. 1), Rdn. 1035 f.; Teichmann, ZGR 2003, 367 (398).

nach der geplanten Sitzverlegungsrichtlinie, zumindest wahlweise).⁶⁶ Weil die Einzelgesellschaft bei Sitzverlegung und Formwechsel nur ihr „rechtliches Gewand“ wechselt (zwingender Statutenwechsel bei Sitzverlegung nach SE-Statut),⁶⁷ aber ansonsten unverändert bestehen bleibt und auch der Anteilsbesitz der Gesellschafter formal erhalten bleibt, ist statt über das Umtauschverhältnis über die Änderung der anteilsverkörperten Rechte zu informieren (ähnlich wie schon bei der internationalen Verschmelzung).⁶⁸ Ein zusätzlicher Unterschied liegt allerdings darin, dass die unabhängige Überprüfung bei Sitzverlegung entfällt bzw. bei Formwechsel Einschränkungen erfährt.⁶⁹

S. 158

- HFR 15/2007 S. 12 -

20 IV. Wahlfreiheit als Regelungsziel?

Der europäische Einfluss auf das nationale Umwandlungsrecht hat die Wahlfreiheit für Unternehmensgestaltungen zweifelsohne erhöht. Einerseits sorgen die Grundfreiheiten dafür, dass Umwandlungen auch über die Grenze hinaus möglich sind. Sie eröffnen den Unternehmen damit mittelbar (per Mantelverschmelzung) die Möglichkeit, ausländische Rechtsformen auszuwählen. Andererseits harmonisieren die sekundärrechtlichen Rechtsakte Umwandlungsverfahren gemeinschaftsweit und folgen dabei durchweg einem Regelungsmodell, das inhaltliche Gestaltungen weitgehend den Beteiligten überlässt, aber deren ausreichende und glaubwürdige Information und Entscheidungsteilhabe sicherstellt.

21 Anders als diese Gestaltungsfreiheit, die der Richtliniengeber für die verschiedenen Umwandlungsvorgänge immer wieder dezidiert verbürgt, ist die Wahlfreiheit zwischen verschiedenen rechtlichen Gestaltungen bislang jedoch eher Nebeneffekt als primäres Regelungsziel des Europäischen Gesellschaftsrechts. Sie ergibt sich mittelbar, aber nicht umfänglich aus der Freiheit der Standortwahl, die mit der Niederlassungsfreiheit grundfreiheitlich abgesichert ist. Die geplante Richtlinie zur Verlegung des Sitzungssitzes soll demgegenüber nicht nur das Verfahren dieser Umwandlungsmaßnahme harmonisieren, sondern den Formwechsel in ausländische Rechtsformen erlauben (voraussichtlich auch ohne Standortwechsel)⁷⁰ und dadurch inhaltlich über den Schutzgehalt der Niederlassungsfreiheit hinausgehen.⁷¹ Diese Richtlinie würde deshalb im Gegensatz zur Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung echtes Neuland betreten und den Unternehmen ein tatsächliches Mehr an Wahlfreiheit gewähren. Ob und wann die Richtlinie verabschiedet werden wird, ist derzeit allerdings noch nicht absehbar.⁷² Sie wäre das letzte fehlende Mosaikstück im Europäischen Recht der Unternehmensumwandlungen.

Zitierempfehlung: Florian Möslein, HFR 2007, S. 147 ff.

66 Vgl. den Hinweis auf die Schutzmechanismen der VerschmRL, der SE-VO und des IntVerschmRL-Entwurf 2003 in Punkt 8 der Erläuterung zur Öffentlichen Konsultation für eine geplante 14. RL, abrufbar unter www.europa.eu.int/comm/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_de.htm; dazu Leible, ZGR 2004, 531 (555 f.). Ähnlich bereits das Modell in Art. 4 f. SitzverlRL-Entwurf 1997, dazu Priester, ZGR 1999, 36 (39-41); Pannier (Fn. 19), S. 105; Grundmann (Fn. 1), Rdn. 827 f.

67 Die Sitzverlegung ist deshalb auch Formwechsel, vgl. Schmidt, ZGR 1999, 20 (bes. 29); ebenso Priester, ZGR 1999, 36 (37); Kallmeyer, AG 1998, 88 (89).

68 Vgl. Art. 8 Abs. 3 SE-VO bzw. Art. 5 SitzverlRL-Entwurf 1997. Zur Begründung, für die SE: Hommelhoff, AG 1990, 422 (425); für das Richtlinien-vorhaben: Pannier (Fn. 19), S. 110; Grundmann (Fn. 1), Rdn. 827.

69 Vgl. nochmals die in der Vornote Genannten. Zur eingeschränkten Prüfung beim Formwechsel vgl. Art. 37 Abs. 6 SE-VO.

70 Für den Vorgängerentwurf war ebendies umstritten, vgl. einerseits Wymeersch, ZGR 1999, 126 (145), Koppensteiner, FS Lutter (2000), S. 141 (146); andererseits Drury, European Law Review 24 (1999), 354 (365).

71 Etwas vorsichtiger: Grundmann (Fn. 1), Rdn. 813.

72 Zum neuesten Stand: Baums, AG 2007, 57 (63).