

„Marks & Spencer“ und die Zukunft der deutschen Organschaft

wird zurzeit energisch vorangetrieben, und zwar unter Beteiligung aller, auch der harmonisierungsskeptischen Mitgliedstaaten. Ob man sich jedoch dereinst wirklich auf ein gemeinsames Gewinnermittlungssystem und – wohl noch schwieriger – einen Aufteilungsschlüssel für das Konzernergebnis wird einigen können¹¹⁵, ist sehr fraglich¹¹⁶. Es wäre eine geradezu paradoxe Reaktion, wenn die Mitgliedstaaten nun, nachdem der EuGH den Druck lockert, aus eigener Kraft die bisher vermisste Integrationsbereitschaft zeigten¹¹⁷.

F. Fazit und Ausblick

Über den konkreten Anlass hinaus wird es lange dauern, bis die Rechtssache Marks & Spencer verarbeitet ist. Die Antwort auf die Vorlagefrage des britischen High Courts schien vor dem Hintergrund der bisherigen EuGH-Rechtsprechung so eindeutig. Umso größer wird jetzt die Enttäuschung ausfallen. Aber ist diese berechtigt? Aus der

Sicht der Steuerpflichtigen war die Rechtsprechung des EuGH durchweg positiv, auch wenn der Schuss gelegentlich nach hinten losging, weil die Mitgliedstaaten die Rechtsprechung zu einer Schlechterstellung des reinen Inlandssachverhalts nutzten. Dennoch musste sich der EuGH vorhalten lassen, dass er den Mitgliedstaaten ein steuerliches Binnenmarktbild aufzuzwingen versuchte, das weder der Realität noch dem Wunsch der Mitgliedstaaten entspricht. Nationalstaatliche Haushaltsverantwortung gepaart mit dem Fehlen eigenständiger Finanzausgleichsmechanismen haben Zugeständnisse der Mitgliedstaaten aus verständlichem Grund verhindert. Und die Hoffnung des EuGH, er könne die Mitgliedstaaten zu Einigungen zwingen, war wohl doch allzu optimistisch.

Es wird einer ganzen Reihe von Folgeentscheidungen bedürfen, um beurteilen zu können, wohin die Rechtsprechung des EuGH langfristig gehen wird. Die Kürze des Urteils, die Wahl offener Formulierungen und die Kreation neuer Rechtfertigungsgründe, ohne das Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung zu klären, mag ein Zeichen dafür sein, dass die Urteilsfindung sehr kontrovers verlaufen ist. Den der EuGH-Rechtsprechung Unterworfenen mutet die Technik des Weglassens von Begründungen erhebliche Rechtsunsicherheit zu. Anders als in der Vergangenheit dürfte es in Zukunft sehr viel schwieriger sein, die Erfolgsaussichten von Vorabentscheidungsersuchen zu taxieren.

¹¹⁵ Skeptisch auch Schön, in Herzig (Hrsg.), Organschaft, 2003, S. 612 (619 f.).

¹¹⁶ Denkbar wäre es, die einigungsbereiten Mitgliedstaaten im Wege verstärkter Zusammenarbeit (Art. 43 EUV) zusammenzuführen.

¹¹⁷ Skeptisch auch Anzinger, StuW 2002, 261 (263); Laule, IStR 2002, 297 (306); Beiser/Pütz, SWI 2004, 596 (609 ff.).

Dr. Wienand Meilicke, LL.M. taxation / Dr. Dieter E. Rabback*

Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Sevic und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht nach Handels- und Steuerrecht

Die Autoren legen dar, dass als Konsequenz der Sevic-Entscheidung des EuGH v. 13.12.2005 (GmbHR 2006, 140 m. Komm. Haritz – in diesem Heft) Verschmelzungen nach Deutschland hinein diskriminierungsfrei zulässig sind und dass infolgedessen an die Hineinverschmelzung auch steuerlich keine nachteiligeren Rechtsfolgen als an eine Verschmelzung zwischen inländischen Rechtsträgern

geknüpft werden können. Außerdem verlangt der EuGH ganz allgemein Diskriminierungsfreiheit bei Umwandlungen über die Grenze, so dass ungeachtet jeder Harmonisierungs-Richtlinie Verschmelzungen und Spaltungen auch zwischen ausländischen Unternehmen und aus Deutschland heraus handels- und steuerrechtlich diskriminierungsfrei zulässig sind.

I. Einführung

Obwohl die Literatur seit Jahren auf die diskriminierende Wirkung des deutschen Umwandlungsgesetzes und Umwandlungssteuergesetzes hinweist¹, haben die deutschen Gerichte unter Verstoß gegen die Grundsätze des C.I.L.F.I.T.-Urteils des EuGH² die Vorlage einschlägiger Rechtsfragen abgelehnt³. Dankenswerterweise hat das LG Koblenz⁴ sich über die deutsche Phalanx der Vorlageverweigerer hinweggesetzt und dadurch das Ur. der großen

Kammer des EuGH v. 13.12.2005⁵ bewirkt, mit welchem die Niederlassungsfreiheit auch für grenzüberschreitende Verschmelzungen durchgesetzt wird. Die Entscheidung hat weit über den Vorlagefall hinaus grundsätzliche Bedeutung.

II. Verschmelzung nach Deutschland hinein

Vorgelegt war ein Fall der Verschmelzung nach Deutschland hinein: die deutsche Sevic Systems AG hatte mit ei-

* Dr. Wienand Meilicke, licencié en droit français, LL.M. taxation (N.Y.U.) ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht in Bonn; Dr. Dieter E. Rabback ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater in Köln.

¹ S. schon die Arbeiten und Referate des Bonner Zentrums über grenzüberschreitende Umstrukturierung, Kronke, ZGR 1994, 26 (34 f., 37 f.); W.Meilicke, GmbHR 2004, 511; W.Meilicke, GmbHR 2003, 793 (802 f.); Drygala, ZIP 2005, 1995; Lutter/

Drygala in Lutter, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 1 Rz. 6; Roth, IPRax 2003, 117 (121 ff.); Wiesner, DB 2005, 91 (93).

² EuGH v. 6.10.1982 – Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 (3430).

³ OLG Brandenburg v. 30.11.2004 – 6 Wx 4/04, GmbHR 2005, 484 m. zust. Komm. Ringe, GmbHR 2005, 487 (488 f.).

⁴ LG Koblenz v. 16.9.2003 – 4 HK.T 1/03, GmbHR 2003, 1213.

⁵ EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – Sevic, GmbHR 2006, 140 m. Komm. Haritz – in diesem Heft.

„Sevic“ und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht

ner luxemburgischen Société Anonyme einen Verschmelzungsvertrag geschlossen, durch den die luxemburgische Gesellschaft ohne Abwicklung durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf die Sevic Systems AG verschmolzen werden sollte. Nachdem das Handelsregister Neuwied die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister der übernehmenden Sevic Systems AG abgelehnt hatte, legte das LG Koblenz dem Gerichtshof die Frage vor, ob einer Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat die Eintragung ihrer angestrebten Verschmelzung mit einer deutschen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister versagt werden kann, ohne gegen die Niederlassungsfreiheit der Ersteren zu verstoßen.

1. Handelsrechtliche Zulässigkeit der Hineinverschmelzung

Erstaunlich ist, dass die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister der übernehmenden deutschen AG überhaupt für erforderlich gehalten wurde. Die Erforderlichkeit wäre nur dann zu bejahen, wenn das deutsche internationale Privatrecht den Rechtsübergang dem deutschen Recht zuordnet. Dass das deutsche Recht hier überhaupt ein Wörtchen mitzureden hat, scheint aber zweifelhaft und ist u.E. zu verneinen⁶. Das sieht man schon daran, dass nach §§ 120–122 UmwG sich eine Verschmelzung einer deutschen Kapitalgesellschaft auf einen Alleingesellschafter ausschließlich nach inländischem Recht richtet, auch wenn der Alleingesellschafter eine ausländische natürliche Person ist. Noch niemand ist auf die Idee gekommen, das Wirksamwerden der Übertragung des Vermögens einer deutschen Kapitalgesellschaft auf eine ausländische natürliche Person als Alleingesellschafter davon abhängig zu machen, ob das auf die ausländische natürliche Person anwendbare Recht, also ihr Wohnsitzrecht oder das Recht ihrer Staatsangehörigkeit, den Rechtserwerb zulässt.

Wir haben es auch häufig praktisch erlebt und durchgeführt, dass ausländische Gesellschaften nach ausländischem Recht auf inländische Gesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach dem Recht des übertragenden Rechtsträgers verschmolzen wurden. Das deutsche Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft wurde darüber gar nicht informiert. Für die aufnehmende deutsche Gesellschaft ist die Rechtslage nicht anders, als wenn sie aus einem anderen, sich nach ausländischem Recht richtenden Rechtsgrund ausländisches Vermögen erwirbt oder ausländische Verbindlichkeiten übernimmt. An der zivilrechtlichen Wirksamkeit einer nach ausländischem Recht zulässigen Gesamtrechtsnachfolge auf eine inländische Gesellschaft besteht u.E. überhaupt kein ernstzunehmender Zweifel⁷. Darum hätte das LG Koblenz sich wohl richtigerweise auf den Standpunkt stellen müssen, dass eine Diskriminierung schon deshalb nicht vorliegt, weil die Eintragung in das deutsche Handelsregister für das Wirksamwerden des Vermögensübergangs von der luxemburgischen S.A. auf eine deutsche AG nicht erforderlich ist.

Der EuGH war aber an die Auslegung des deutschen internationalen Privatrechts durch das LG Koblenz gebunden, so dass es „glücklicherweise“ zu der Grundsatzentscheidung kommen konnte.

Sind an der übertragenden Gesellschaft neben der übernehmenden Gesellschaft weitere Personen beteiligt, so sind ihnen Anteile am Gesellschaftskapital der übernehmenden Gesellschaft zu gewähren. Die Verschmelzung durch Aufnahme setzt keine Kapitalerhöhung voraus

(§§ 54, 68 UmwG). Erhöht die übernehmende Gesellschaft zur Durchführung der Umwandlung ihr Kapital – das ist in der Praxis regelmäßig der Fall –, so bedarf es der Mitwirkung des Handelsregisters der übernehmenden Kapitalgesellschaft, denn die durchzuführende Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Kapitalgesellschaft bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung ins Handelsregister (§ 54 Abs. 3 GmbHG, § 189 AktG). Der Eintragung vorgehalten ist ein Prüfungsverfahren, das im Wesentlichen der registergerichtlichen Sachkapitalerhöhungsprüfung entspricht. Die Gefahr, dass die übernehmende Gesellschaft das Vermögen der übertragenden Gesellschaft überbewertet, besteht bei jeder Verschmelzung und ist bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht höher als bei einer rein nationalen Verschmelzung, zumal auch einer inländischen übertragenden Gesellschaft ausländisches Vermögen gehören kann, das gleichfalls zu bewerten ist. Werden die Regeln über die Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft eingehalten, so kann die Eintragung der Kapitalerhöhung durch Einbringung der Sacheinlage nicht deswegen verweigert werden, weil die Einbringung der Sacheinlage nach ausländischem Recht erfolgt. Maßgeblich ist für die Einbringung der Sacheinlage nur, dass sie wirksam ist. Werden ausländische Vermögensgegenstände eingebracht, so müssen sie nach ausländischem Recht wirksam eingebracht werden. Ist die Gesamtrechtsnachfolge nach ausländischem Recht wirksam, so ist die Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage wirksam erfolgt.

Die von der deutschen und niederländischen Regierung vorgetragene Gründe aus Sicht des Zuzugstaats gegen die Hineinverschmelzung hat der EuGH zutreffend verworfen. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie der Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsaktionären und Arbeitnehmern oder die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterbarkeit des Handelsverkehrs stehen der Hineinverschmelzung nicht entgegen. Weil die übernehmende inländische Gesellschaft ihre Rechtsform und Struktur behält, ergeben sich aus der Sicht des Zuzugstaats weder für die Gläubiger, die Minderheit der Gesellschafter noch die Arbeitnehmer entscheidende Veränderungen⁸. Denn erhalten bleiben das Niveau des Kapital- und sonstigen Gläubigerschutzes, die Minderheitenrechte in der Gesellschaft ebenso wie die (strengen und u.E. nicht mehr zeitgemäßen⁹) deutschen

⁶ Zur Meinung, das Recht der aufnehmenden Gesellschaft könne den Rechtserwerb durch übertragende Verschmelzung verhindern *Bungert*, BB 2006, 53 (55), m.w.N.

⁷ So auch OGH Wien v. 20.3.2003 – 6 Ob 283/02i, ZIP 2003, 1086, der für die Zulässigkeit der Verschmelzung einer österreichischen GmbH auf den deutschen Alleingesellschafter zutreffend allein die österreichische Rechtsordnung als maßgeblich erachtet.

⁸ So auch *Bungert*, BB 2006, 53 (54); *Drygala*, ZIP 2005, 1995 (1996); *Lutter/Drygala* in *Lutter*, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 2 Rz. 35; *Behrens*, ZGR 1994, 1 (11); *Kronke*, ZGR 1994, 26 (28 ff.); *Rixen/Böttcher*, GmbHR 1993, 572.

⁹ Kritisch äußern sich zu der rechtlichen und ökonomischen Sinnhaftigkeit der deutschen Mitbestimmungsregeln u.a. auch *Baums/Frick* in *Blair/Roe* (Hrsg.), *Employees and Corporate Governance*, 1999, S. 206 ff.; *Hopt*, FS Wiedemann, S. 1013 (1022); *Sadowski/Junkes/Lindenthal*, ZGR 2001, 110; *Paefgen*, DB 2003, 487 (492); *Veit/Wichert*, AG 2004, 14 (17); v. *Werder*, *Modernisierung der Mitbestimmung*, Diskussionspapier des Berlin Center of Corporate Governance, 2003, S. 9 ff., 26 ff.; *Ulmer*, ZGR 166 (2002), 271 ff., kritisch auch schon *Meilicke/Meilicke*, *MitbestG* 1976, 1976, Einl. Rz. 1 f.

„Sevic“ und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht

Arbeits- und Mitbestimmungsrechte. Pointiert ist damit Auswirkung der Hineinverschmelzung für die deutsche Gesellschaft der Erwerb einer zusätzlichen Betriebsstätte im Ausland; ein Verbot des Erwerbs von Auslandsvermögen durch Hineinverschmelzungen aus Gründen des Allgemeininteresses rechtfertigen zu wollen, ist u.E. absurd.

Was das gegen transnationale Verschmelzungen vorgebrachte Argument der praktischen Undurchführbarkeit¹⁰ angeht, so ist zwar zutreffend, dass – auch wenn nunmehr die Richtlinie 2005/56/EG v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten erlassen ist, mangels nationaler Umsetzung – (noch) keine Harmonisierung transnationaler Verschmelzungen besteht. Mit dem EuGH¹¹ ist aber einzuwenden, dass das Bestehen von europäischem Sekundärrecht keine Voraussetzung für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit ist. Beschränkungen europäischen Primärrechts durch nationale Rechtsordnungen, wie durch § 1 Abs. 1 UmwG können nicht aus Gründen praktischer Hindernisse und (momentaner) Schwierigkeiten in der Umsetzung und zur Vermeidung von möglichen Rechtsunsicherheiten gerechtfertigt werden.

2. Steuerliche Auswirkung von Sevic für die Hineinverschmelzung

Während aus den vorstehend dargestellten Gründen Sevic für die handelsrechtliche Zulässigkeit der Hineinverschmelzung u.E. unerheblich war, ist die steuerrechtliche Bedeutung für die Hineinverschmelzung umso größer: nach Rz. 17 der Entscheidungsgründe umfasst die Niederlassungsfreiheit auch im Fall der Hineinverschmelzung für die ausländische Gesellschaft das Recht, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats behandelt zu werden, die für dessen eigene Angehörige gelten. Deutschland muss also auch im Bereich des Steuerrechts die Verschmelzung einer luxemburgischen auf eine deutsche Gesellschaft so behandeln, wie Deutschland eine Verschmelzung zwischen zwei deutschen Gesellschaften behandelt. Das schließt vor allem das Recht auf Buchwertfortführung nach § 11 UmwStG, aber auch das Recht der Fortführung der Anschaffungskosten für im Rahmen der Verschmelzung ge-

tauschte Gesellschaftsanteile nach §§ 13 UmwStG ein¹². Andernfalls wäre der Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat ungleich erschwert. Durch die Nichtanwendung der Privilegierungen rein nationaler Verschmelzungen des deutschen Umwandlungssteuerrechts auf die Hineinverschmelzung würden die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) wie auch die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 48 EG) verletzt.

III. Verschmelzung zwischen ausländischen Gesellschaften

Sevic ist auch relevant für die Frage, wie die Verschmelzung zwischen ausländischen Gesellschaften in Deutschland behandelt wird. Das deutsche Handelsrecht ist zwar hierfür von vornherein nicht zuständig; das deutsche Steuerrecht knüpft an Vermögensübertragungen zwischen ausländischen Gesellschaften aber die Rechtsfolge der steuerpflichtigen Gewinnrealisierung, während nur deutsche Gesellschaften in den Genuss der Buchwertfortführung nach § 11 ff. UmwStG gelangen. In Rz. 18 seiner Entscheidungsgründe führt der Gerichtshof aus, dass ganz generell in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit alle Maßnahmen fallen, die den Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzmitgliedstaat und die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in jenem Staat dadurch ermöglichen oder auch nur erleichtern, dass sie die tatsächliche Teilnahme der betroffenen Wirtschaftsbeteiligten am Wirtschaftsleben des Aufnahmestaats unter denselben Bedingungen gestatten, die für die inländischen Wirtschaftsbeteiligten gelten. Nach Rz. 19 gilt dies generell für grenzüberschreitende Verschmelzungen und Gesellschaftsumwandlungen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten. Deutschland kann hier also keine diskriminierende Besteuerung nur deshalb anwenden, weil an der Verschmelzung zwei ausländische Gesellschaften beteiligt sind. Die Verschmelzung einer ausländischen Gesellschaft mit deutscher Betriebsstätte auf eine andere ausländische Gesellschaft führt somit nicht zur Gewinnrealisierung¹³, sondern kann wahlweise nach § 11 UmwStG zum Buchwert fortgeführt werden, und die Fortführung der Anschaffungskosten an den getauschten Gesellschaftsanteilen nach § 13 UmwG ist ebenfalls anwendbar.

IV. Herausverschmelzung

Die Aussagen des Gerichtshofs sind auch nicht auf die Beteiligung einer ausländischen Gesellschaft als übertragende Gesellschaft beschränkt¹⁴. Einen Unterschied zwischen dem Zuzug und dem Wegzug macht der Gerichtshof nicht. Vielmehr eröffnet die Niederlassungsfreiheit nach Rz. 19 der Entscheidungsgründe generell die Inländerbehandlung für grenzüberschreitende Verschmelzungen und andere Gesellschaftsumwandlungen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten. Wenn also Deutschland einer deutschen Gesellschaft die übertragende Verschmelzung einer inländischen Gesellschaft auf eine andere inländische Gesellschaft gestattet, so muss Deutschland mit denselben Vergünstigungen auch die übertragende Umwandlung einer inländischen Gesellschaft auf eine Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich gestatten¹⁵. Das gilt handelsrechtlich; die entgegenstehenden Entscheidungen der Gerichte¹⁶ sind damit obsolet. Das gilt aber auch steuerrechtlich: das Umwandlungssteuergesetz mit Buchwertfortführung ohne Gewinnrealisie-

¹⁰ Vgl. *Geyrhalter/Weber*, NZG 2005, 837 f.

¹¹ So deutlich bereits auch in „Überseering“, EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 = GmbHR 2002, 1137.

¹² So *W. Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (802) u. FR 1995, 297 (301); *Kronke*, ZGR 1994, 26 (34 f., 37 f.); *Lutter/Drygala* in *Lutter, UmwG*, 3. Aufl. 2004, § 1 Rz. 9 ff.; *Roth*, IPRax 2003, 117 (121 ff.).

¹³ Eine deutsche Hinzurechnungsbesteuerung kommt nur in dem Fall der übertragenden Umwandlungen von Gesellschaften in Betracht, die Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielen. Ausführlich hierzu *Sedemund/Sternner*, BB 2005, 2777 ff. m. w. N.

¹⁴ Anders *Schmidt/Maul*, BB 2006, 13 (14) und *Bungert*, BB 2006, 53 (56), die in Hinblick auf Herausverschmelzungen keine Stellungnahme des Gerichtshofs sehen.

¹⁵ So auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Tizzano* v. 7.7.2005, Rz. 45, 49; *Dorr/Stuckenborg*, DB 2003, 647; *Drygala*, ZIP 2005, 1995 (1997 ff.); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2244; *Roth*, IPRax 2003, 122.

¹⁶ BGH v. 1.7.2002 – II ZR 380/00, GmbHR 2002, 1021; v. 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269 (271) = GmbHR 1986, 351; OLG München v. 6.5.1986 – 5 U 2562/85, NJW 1986, 2197 (2198) = GmbHR 1986, 351 (LS); OLG Brandenburg, v. 30.11.2004 – 6 Wx 4/04, GmbHR 2005, 484 m. Komm. *Ringe*.

„Sevic“ und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht

rung gilt auch für die übertragende Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft auf eine ausländische Gesellschaft¹⁷.

Gegen die Anwendung von Sevic auf die Herausverschmelzung kann insbesondere nicht eingewendet werden, dass nach Daily Mail¹⁸ der Wegzugsstaat den Wegzug inländischer Gesellschaften verbieten kann¹⁹. U.E. ist auch der Wegzug von Gesellschaften von Art. 43, 48 EG gedeckt²⁰. Aber selbst wenn dies nicht der Fall wäre, so dürfte der Wegzug nur in nicht diskriminierender Weise verboten werden. Ist der Wegzug oder die Vollbeendigung einer deutschen Gesellschaft ohne Abwicklung durch Gesamtrechtsnachfolge aber erlaubt, wenn die aufnehmende Gesellschaft eine deutsche Gesellschaft oder eine natürliche Person ist, so liegt darin eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit ausländischer Gesellschaften, die bei ihren Investitionen in deutsche Beteiligungen ungünstiger behandelt werden als inländische Gesellschaften oder natürliche Personen unter sonst gleichen Umständen. Gerade weil mit einem Verbot der Herausverschmelzung nicht alleine die rechtlichen Belange der nationalen Gesellschaft sondern zugleich die Grundfreiheiten des anderen verschmelzungswilligen ausländischen Rechtsträgers eingeschränkt werden, darf die Zulässigkeit der Verschmelzung nicht allein dem Wegzugsstaat überlassen werden. Doch muss dem Wegzugsstaat das Recht verbleiben, seine eigenen Interessen, zu nennen sind hier insbesondere solche fiskalischer Natur, im Rahmen des Geeigneten und Erforderlichen zu schützen. Eine zulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit verlangt, dass die betreffenden Regelungsziele im Gemeinschaftsrecht zum Ausdruck kommen, dass sie nicht schon durch Gesetze des anderen betroffenen Staats hinreichend geschützt sind und dass weniger einschneidende Maßnahmen nicht in Betracht kommen²¹. Ein Verbot der Herausverschmelzung wäre wegen der Diskriminierung der betroffenen ausländischen Gesellschaft unzulässig.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis in Rz. 26 der Entscheidungsgründe: gemeinschaftsrechtliche Harmonisierungsvorschriften zur Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzungen sind keine Vorbedingung für die Durchführung der Niederlassungsfreiheit. Darum brauchen Inkrafttreten und Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie, welche kürzlich vom Rat verabschiedet worden ist²², nicht abgewartet zu werden.

Vor allem aber stellt sich die Frage, ob die neue Verschmelzungsrichtlinie nicht selbst gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, weil sie neue Barrieren für die Verschmelzung über die Grenze aufstellt, welche im Inland nicht gelten. Tatsächlich erschweren die Regelungen der Art. 16 Abs. 6 und Abs. 7 RL über die Arbeitnehmermitbestimmung die grenzüberschreitende Verschmelzung signifikant gegenüber der rein nationalen Verschmelzung. So begrenzt Art. 16 Abs. 6 RL die Wahl der Rechtsform der übernehmenden Gesellschaft, um in den in Abs. 2 der Vorschrift beschriebenen Fällen dem (strengerem) Arbeitnehmermitbestimmungsrecht der übertragenden Gesellschaft den Fortbestand zu sichern. Und Art. 16 Abs. 7 RL statuiert die Verpflichtung für die übernehmende Gesellschaft, für die ein System der Arbeitnehmermitbestimmung gilt, sicherzustellen, dass auch in den folgenden drei Jahren durch nachfolgende innerstaatliche Verschmelzungen die einmal bestehenden Arbeitnehmermitbestimmungsrechte nicht beschnitten werden. Wird also die Mitbestimmung in den Sitzstaat der übernehmenden Gesellschaft transfe-

riert, so ist nach Art. 16 Abs. 7 RL das übernehmende Unternehmen erst nach drei Jahren frei, sich umzustrukturieren. Derartige beschränkende Regelungen kennt das deutsche Umwandlungsrecht nicht. Wird nämlich z.B. eine deutsche Kapitalgesellschaft mit Mitbestimmung auf eine deutsche Personengesellschaft umgewandelt, bei der nur natürliche Personen persönlich haftende Gesellschafter sind, so entfällt die Mitbestimmung. Eine Zementierung des Status Quo der Arbeitnehmermitbestimmungsrechte durch Einschränkung der Rechtsformwahl oder durch Versagung diese Mitbestimmungsrechte berührende Verschmelzungen für einen Dreijahreszeitraum (Perpetuierung) sind dem innerstaatlichen Recht fremd. Die grenzüberschreitende Verschmelzung muss unter den gleichen Voraussetzungen möglich sein, wie sie für entsprechende innerstaatliche Vorgänge gelten; objektive Unterschiede, die eine Andersbehandlung rechtfertigen, bestehen nicht. Mithin liegt in Art. 16 Abs. 6 und Abs. 7 RL eine Diskriminierung, so dass die neue Verschmelzungsrichtlinie ihrerseits insoweit gegen die im europäischen Primärrecht verankerte Niederlassungsfreiheit verstößt.

V. Spaltungen

Nach Rz. 19 der Entscheidungsgründe gilt das aus der Niederlassungsfreiheit abgeleitete Diskriminierungsverbot nicht nur für grenzüberschreitende Verschmelzungen, sondern auch für andere Gesellschaftsumwandlungen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten. Somit muss auch die Spaltung in ihren verschiedenen Varianten des § 123 UmwG unter Beteiligung von Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten oder dem Europäischen Wirtschaftsraum handelsrechtlich zugelassen werden. Und auch steuerlich darf die Spaltung nicht ungünstiger behandelt werden als die Spaltung unter Beteiligung von nur inländischen Rechtsformen. Auch § 15 UmwStG ist auf solche Transaktionen, z.B. die Abspaltung auf eine liechtensteinische Aktiengesellschaft, steuerneutral anwendbar. Auch sind aus einer Abspaltung empfangene Gesellschaftsanteile in Deutschland nicht steuerpflichtig, wenn sie unter sonst gleichen Umständen

17 *Kronke*, ZGR 1994, 26 (34 f., 37 f.); *W. Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (802) u. FR 1995, 297 (301); *Lutter/Drygala* in *Lutter*, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 1 Rz. 9 ff.; *Roth*, IPRax 2003, 117 (121 ff.); OGH Wien v. 20.3.2003 – 6 Ob 283/02i, ZIP 2003, 1086.

18 EuGH v. 27.9.1988 – Rs. C-81/87, Slg. 1988, 5483 = IPRax 1989, 381.

19 So aber *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 (930); *Kallmeyer*, DB 2002, 2521 (2522); *Binz/Meyer*, GmbHR 2003, 249 (255); a.A. *Behrens*, IPRax 2003, 30 (32); *W. Meilicke*, GmbHR 2003, 793 (803); *Zimmer*, BB 2003, 183; *Roth*, FS Heldrich, 2005 S. 974 (993).

20 *Bungert*, BB 2006, 53 (56); *Drygala*, ZIP 2005, 1995 (1997 ff.); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2244; *Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano v. 7.7.2005*, Rz. 45, 49; *Dorr/Stuckenberg*, DB 2003, 647; *Roth*, IPRax 2003, 122; a.A. OLG Brandenburg v. 30.11.2004 – 6 Wx 4/04, GmbHR 2005, 484 m. zust. Komm. *Ringe*, GmbHR 2005, 487 (488 f.).

21 So EuGH v. 25.10.2001 – Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98, C-68/98 bis C-71/98 – Finalarte u.a., EuGHE 2001, I-7831.

22 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 310 v. 25/11/2005, 0001-0009.

„Sevic“ und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht

bei Beteiligung von deutschen Gesellschaften steuerfrei wären²³.

VI. Staatshaftung für Umwandlungsverweigerung

Obwohl seit Sevic für die vorstehenden Fragestellungen handelsrechtlich und steuerrechtlich Klarheit besteht, kann die Praxis eine grenzüberschreitende Umwandlung schon wegen der katastrophalen Steuerfolgen nicht riskieren, solange die deutsche Finanzverwaltung sich weigert, durch verbindliche Auskunft die Steuerfreiheit einer grenzüberschreitenden Umwandlung zuzusichern. Nach dem BMF-Schr. v. 29.12.2003²⁴ kann gegen die Versagung einer verbindlichen Auskunft zwar der Finanzrechtsweg beschrit-

ten werden; in der Praxis ist dies jedoch keine realistische Alternative, da die Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnisse von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten schnelllebiger sind als die Mühlen der Finanzjustiz. Hier hilft jedoch die Schadensersatzpflicht Deutschlands nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur Staatshaftung²⁵: Wenn ein Mitgliedstaat eine qualifizierte Vertragsverletzung begeht, indem er Gemeinschaftsrecht nicht anwendet, so ist er den Bürgern schadensersatzpflichtig²⁶. Eine qualifizierte Verletzung des Gemeinschaftsrechts liegt vor, wenn ein Mitgliedstaat eine bereits vorliegende Rechtsprechung des EuGH nicht beachtet. Seit dem 13.12.2005 liegt eine konkrete Rechtsprechung zur Unzulässigkeit der Behinderung grenzüberschreitender Verschmelzungen vor. Wenn also Deutschland eine verbindliche Auskunft für die steuerliche Neutralität einer grenzüberschreitenden Verschmelzung verweigert, so kann Deutschland auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Um den deutschen Haushalt nicht noch zusätzlich durch Schadensersatzpflichten zu belasten, ist Deutschland dringend zu empfehlen, die Regeln von Sevic schleunigst in das deutsche Umwandlungsgesetz und Umwandlungssteuergesetz zu übernehmen. Das Unternehmenssteuerrecht muss europafest gemacht werden. Unternehmen und Berater haben bei möglicher Diskriminierung unter Androhung von Schadensersatzansprüchen Rechtsbehelf einzulegen, wollen sie nicht tatenlos ihre eigene Benachteiligung hinnehmen und letztere sich selbst schadensersatzpflichtig machen.

²³ Vgl. Zulassung einer Revision durch den BFH zur Problematik des Spin-Offs als Vermögensumschichtung IStR 2005, 784.

²⁴ BMF v. 29.12.2003 – IV A 4 - S 0430 - 7/03, BStBl. I 2003, 742.

²⁵ Stellvertr. EuGH v. 5.3.1996 – Rs. C-46/93 u. C-48/93 – *Braserie du pecheur und Framatome*, Slg. 1996, I-1029, Rz. 31; v. 8.10.1996 – Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94 bis C-190/94 – *Dillenkofer u.a.*, Slg. 1996, I-4845, Rz. 20; v. 17.10.1996 – Rs. C-283/94, C-291/94 u. C-292/94 – *Denkavit u.a.*, Slg. 1996, I-5063, Rz. 47; v. 24.9.1998 – C-319/96 – *Brinkmann*, Slg. 1998, I-5255, Rz. 24; v. 18.1.2001 – Rs. C-150/99 – *Stockholm Lindöpark*, Slg. 2001, 493, Rz. 36; v. 30.9.2003 – Rs C-224/01 – *Köbler*, Slg. 2003, I-10239, Rz. 30, 31.

²⁶ Vgl. aber auch BGH v. 24.11.2005 – III ZR 4/05, GmbHR 2006, 151 – in diesem Heft.