



DEUTSCHES AKTIENINSTITUT



Berlin/Frankfurt am Main, 30. Januar 2004

Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten

- KOM(2003) 703 v. 18. November 2003 -

Allgemeine Bemerkungen

Die Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft begrüßen, dass die EU-Kommission nach jahrzehntelangem Zögern endlich die notwendigen gesetzgeberischen Schritte eingeleitet hat, um die vertragswidrigen Mobilitätshindernisse im europäischen Binnenmarkt zu beseitigen. Das mit dem Vorhaben verfolgte Ziel, den Unternehmen das rechtliche Instrumentarium für grenzüberschreitende Verschmelzungen zur Verfügung zu stellen, wird nachdrücklich unterstützt. Damit werden komplizierte gesellschaftsrechtliche Hilfskonstruktionen und unnötige Transaktionskosten vermieden. Die Kommission weist zu Recht darauf hin, dass solche Umwege häufig zu einem riskanten Unterfangen werden und nicht immer mit der gebotenen Transparenz und Rechtssicherheit verlaufen. Mit der geplanten Richtlinie werden den europäischen Unternehmen nun neue Möglichkeiten für bessere rechtliche Gestaltungsvarianten und für notwendige konzernrechtliche Restrukturierungen eröffnet.

Gesellschaftsrecht

Die jetzt vorgeschlagene Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf alle Kapitalgesellschaften wird unterstützt. Die noch in der Vorfassung enthaltene Beschränkung auf die Rechtsform der Aktiengesellschaften hätte den Nutzen der Richtlinie angesichts der großen Zahl von mehr als 300.000 GmbHs gerade aus deutscher Sicht erheblich gemindert. Dass Perso-



nengesellschaften der Zugang nicht eröffnet werden soll, erscheint in Anbetracht der beträchtlichen Unterschiede in den Mitgliedstaaten verständlich. Langfristig sollte dieses Ziel aber weiter verfolgt werden.

Nach Art. 4 c) des Entwurfs muss für jede der verschmelzenden Gesellschaften ein Hinweis auf die Modalitäten für die Ausübung der Rechte der Gläubiger und gegebenenfalls der Minderheitsgesellschafter der sich verschmelzenden Gesellschaften erteilt werden. Die damit verbundene „erschöpfende“ Auskunft und damit eine umfassende und unbeschränkte Rechtsberatung über diese Modalitäten geht zu weit. Dies widerspricht auch dem grundsätzlichen Konzept der Richtlinie, den Gläubigerschutz dem innerstaatlichen Recht zu überlassen, vgl. Begründung zu 3.2. Zudem birgt ein so umfassender Auskunftsanspruch auch ein hohes Missbrauchsrisiko und kann die Verschmelzung verzögern. Das Wort „erschöpfend“ sollte gestrichen werden.

Art. 13 des Richtlinienentwurfs bezweckt eine Vereinfachung des Verfahrens im Falle einer Fusion zweier Gesellschaften, von denen die übernehmende Gesellschaft bei der übertragenden Gesellschaft bereits über sämtliche oder einen Großteil der Stimmrechte verfügt. Zusätzlich zu den in solchen Fällen bereits vorgesehenen Verzicht auf gewisse Verfahrensschritte sollte auch auf eine Zustimmung der Hauptversammlung der aufnehmenden Gesellschaft verzichtet oder den Mitgliedstaaten zumindest eine entsprechende Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt werden. Erreicht werden könnte dies dadurch, dass Art. 13 Abs. 1 um folgenden Satz ergänzt wird: "Eine Zustimmung der Hauptversammlung der aufnehmenden Gesellschaft zu dem Verschmelzungsplan gem. Art. 6 ist nicht erforderlich.". Außerdem könnten in Art. 13 Abs. 2 in Zeile 3 nach dem Wort "so" die Worte "eine Zustimmung der Hauptversammlung der aufnehmenden Gesellschaft zu dem Verschmelzungsplan und" eingefügt werden.

Steuerrecht

Die EU-Kommission hat im Oktober 2003 den Entwurf zur Überarbeitung der steuerlichen Fusionsrichtlinie (90/434/EWG des Rates vom 23. Juli 1990) vorgelegt. Der hier in Rede stehende Richtlinienvorschlag über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften und der Änderungsvorschlag der Fusionsrichtlinie nehmen keinerlei Bezug aufeinander. Zwar folgt der Richtlinienvorschlag über die Verschmelzung bei der Definition der Verschmelzung durch



Aufnahme sowie durch Gründung einer neuen Gesellschaft der steuerlichen Fusionsrichtlinie. Das bedeutet aber nicht, dass die gesellschafts- und steuerlichen Vorschläge im Einzelnen miteinander konform gehen. Daher erachten wir es für wichtig, dass die Vorschläge nicht parallel, sondern inhaltlich abgestimmt diskutiert und zeitgleich verabschiedet werden.

Denn ohne ein begleitendes steuerliches Instrumentarium, wie die gesetzliche Entstehungsgeschichte der künftigen Etablierung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) zeigt, werden gesellschaftsrechtliche Neuerungen in der Praxis bedeutungslos bleiben und die gewünschten positiven Auswirkungen auf den Binnenmarkt nicht entfalten können. Insofern sollten sich sowohl die zuständigen Fachabteilungen Steuern und Recht innerhalb der Generaldirektion Binnenmarkt als auch die Ministerien für Finanzen und Justiz auf nationaler Ebene abstimmen.

Unternehmensmitbestimmung

Im eklatanten Widerspruch zu der Zielsetzung des Richtlinienvorschlags steht die vorgesehene Mitbestimmungslösung. Art. 14 sieht vor, dass hinsichtlich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Fusion immer dann eine Verhandlungslösung angestrebt werden muss, wenn in dem Zielland der Fusion kein Mitbestimmungssystem existiert. Bei Übernahme des Mitbestimmungsmodells aus der Richtlinie über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft wird ein Auffangmodell vorgesehen für den Fall, dass die Verhandlungen zu keinem Ergebnis führen. Dann greift – wiederum unter der Voraussetzung, dass im Zielland kein Mitbestimmungssystem existiert – das am weitesten gehende Mitbestimmungsregime der beteiligten Gesellschaften. Dies führt faktisch zu folgenden Ergebnissen:

- Möchte ein deutsches mit einem britischen Unternehmen fusionieren mit Sitz der fusionierten Gesellschaft in London und scheitert die Verhandlungslösung, so zieht in das Londoner Unternehmen bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen die deutsche paritätische Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 ein.
- Im Gegensatz dazu greift die in Österreich geltende Drittelmitbestimmung ein, wenn ein deutsches mitbestimmtes Unternehmen mit einem österreichischen Unternehmen fusioniert und der Sitz des fusionierten Unternehmens in Wien sein soll.



Die Europäische Kommission verfolgt mit dem Richtlinien-Entwurf das Ziel, bestehende Mitbestimmungsrechte in den Mitgliedstaaten zu erhalten, geht aber im Ergebnis weit über diesen Ansatz hinaus. Es wird nämlich nicht nur Mitbestimmung erhalten, sondern es wird Mitbestimmung in Länder exportiert, in denen ein solches Mitbestimmungssystem nicht besteht. Die faktische Folge wiederum wird sein, dass Unternehmen in bestimmten Konstellationen fusionsunfähig und gegenüber anderen Unternehmen stark benachteiligt werden. Es scheint unwahrscheinlich, dass ein britisches Unternehmen, das mit einem deutschen möglicherweise fusionieren möchte, die hälftige Besetzung seines einstufigen Board mit Arbeitnehmervertretern akzeptiert. Sollte dies trotzdem der Fall sein, so besteht für das aus der Fusion hervorgegangene Unternehmen die Gefahr, dass es möglicherweise ständig Änderungen von Gesetzen eines anderen Mitgliedstaates nachvollziehen müsste, sofern die Mitbestimmung sich nach der Auffanglösung richtet. Ebenso müsste jeder Mitgliedstaat bereits im Vorfeld die gesetzlichen Grundlagen für die Anwendbarkeit aller anderen Mitbestimmungssysteme der übrigen Mitgliedstaaten schaffen, um Widersprüche mit dem eigenem Rechtssystem zu vermeiden. Diese drohende Überfrachtung des eigenen Rechts mit fremden Mitbestimmungsregeln aus vielen EU-Mitgliedstaaten halten wir für inakzeptabel.

Durch die Auffanglösung werden nicht nur deutsche, sondern alle Unternehmen aus Ländern mit Mitbestimmungssystemen diskriminiert. Das Gleiche gilt für solche, die in einem Land ohne Mitbestimmungssystem ansässig sind und aus wirtschaftlichen Gründen eine Fusion mit einem mitbestimmten Unternehmen anstreben. Die dadurch entstehenden Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt sind nicht tolerabel.

Von einem freien Kapitalverkehr und einem freien Verkehr der Unternehmen in Europa kann daher keine Rede sein. Der Richtlinienvorschlag steht damit auch im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, der es kaum mit der Niederlassungsfreiheit für vereinbar halten dürfte, wenn als Folge des Fusionsvorgangs die Arbeitnehmervertreter aus einem EU-Land die Unternehmenspolitik in anderen Ländern maßgeblich mitbestimmen würden, die im Widerspruch zu den dortigen Traditionen stehen. Hinzu kommt, dass durch die Ungleichbehandlung von Unternehmen aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten die negativen Auswirkungen und Mängel weitgehender Mitbestimmungssysteme potenziert werden und Mitbestimmung dadurch zunehmend zum Investitionshindernis wird. Verschärft wird die Problematik dadurch, dass die Arbeitnehmervertreter in deutschen Aufsichtsräten fast ausnahmslos Gewerkschaftsmitglieder sind, die nicht die Mehrheit der Arbeitnehmer vertreten. In global agierenden Unternehmen kommt hinzu, dass die im Ausland Beschäftigten den



Anteil der deutschen Arbeitnehmer oft übersteigen, jedoch nur die deutschen Arbeitnehmer im Aufsichtsrat repräsentiert und damit nur partiell legitimiert sind.

Das Auffangmodell und die damit verbundene Festschreibung von Mitbestimmungssystemen steht zudem in deutlichem Widerspruch zur aktuellen Corporate Governance-Entwicklung. Ein wesentliches Element dessen ist die Durchsetzung der sich immer weiter angleichenden internationalen Standards, nach denen im Interesse einer effizienten Unternehmenskontrolle u.a. die Unabhängigkeit der Mitglieder von Aufsichtsgremien zur Kontrolle der Unternehmensleitung gefordert wird. Die Arbeitnehmervertreter als Mitglieder des Aufsichtsrats erfüllen diese Bedingungen insoweit nicht, als sie als Belegschaftsvertreter abhängig beschäftigt und als Gewerkschaftsvertreter in einem ständigen Interessenkonflikt stehen.

Daher müsste in der Richtlinie entweder von einer Mitbestimmungsregelung gänzlich abgesehen werden oder es müsste allein den Verhandlungen der an der Fusion beteiligten Parteien überlassen bleiben, welches Mitbestimmungssystem passend für das jeweilige Unternehmen ist. Zumindest muss der Schwellenwert von 25 % der betroffenen Arbeitnehmer des Unternehmens mit dem weitestgehenden Mitbestimmungsregime für die Anwendbarkeit des Auffangmodells auf 50 % erhöht werden und die Zustimmung der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter im besonderen Verhandlungsgremium zu einem ausgehandelten Mitbestimmungsmodell ausreichen. Nur so lässt sich vermeiden, dass eine Minderheit der Arbeitnehmer der Mehrheit eine Lösung aufzwingt, die diese gar nicht akzeptiert. Außerdem muss in der Richtlinie deutlich klargestellt werden, dass nach dem Auffangmodell nationale Mitbestimmungsmodelle nur dann zur Anwendung kommen, wenn die konkret betroffenen Unternehmen diesen tatsächlich unterliegen, d.h. die nationalen Schwellenwerte müssen ihre Geltung behalten. Andernfalls würden bei grenzüberschreitenden Fusionsvorgängen Mitbestimmungstatbestände entstehen, die es vorher selbst nach nationalem Recht nicht gegeben hatte.

Wirksamkeit der Verschmelzung

Die Möglichkeit der Hauptversammlung, nach Artikel 6 der Richtlinie die Wirksamkeit der Verschmelzung von ihrer Zustimmung zu den Modalitäten für die Beteiligung der Arbeitnehmer abhängig zu machen, stellt ein unnötiges Verzögerungspotential dar. Aufgrund der detaillierten Regelung der Beteiligung der Arbeitnehmer im Art. 14 der Richtlinie ist eine solche



Möglichkeit der Schaffung eines Zustimmungserfordernisses überflüssig und sollte gestrichen werden.

Die Abhängigkeit der Wirksamkeit der Verschmelzung von dem Abschluss der Kontrollen seitens der Behörden kann zu einer gravierenden Rechtsunsicherheit der Unternehmen führen. Es muss für die Unternehmen absehbar sein, in welchem Zeitraum die Verschmelzung abgewickelt werden kann. Eine nach Ablauf einer noch zu diskutierenden Frist eintretende Wirksamkeit der Verschmelzung kann diese Unsicherheit der Unternehmen beseitigen und zur Planungssicherheit führen. In jedem Fall sollte aber eine vergleichbare Konstruktion zur vorgeschlagenen Änderung von § 25 Abs. 1 der Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters in Art. 9 der Richtlinie eingefügt werden. Durch Bestimmung einer Frist, zu welcher - soweit alle Unterlagen vorliegen - spätestens die Kontrollen nach Art. 8 abgeschlossen sein müssen, wird einerseits Planungssicherheit, andererseits i.V.m. Art. 34 GG für das Unternehmen eine Möglichkeit, Schadenersatz zu fordern, geschaffen. Liegen nicht alle notwendigen Unterlagen bei der Behörde vor, um die Verfahrensabschnitte der Verschmelzung zu kontrollieren, so muss die zuständige Behörde spätestens nach vier Wochen das Unternehmen auffordern, die fehlenden Unterlagen einzureichen.

Überprüfung der Richtlinienvorschriften

Schließlich sollte die Europäische Kommission verpflichtet werden, die Richtlinie im Hinblick auf Ihre Auswirkungen – insbesondere hinsichtlich der Auswirkungen auf die mitbestimmungsrechtlichen Konsequenzen und eine etwaige Erstreckung auf Nichtkapitalgesellschaften – nach Ablauf von fünf Jahren zu überprüfen.

Berlin, Frankfurt am Main, 30. Januar 2004