

---

# Niederlassungsfreiheit: Wegzug und Zuzug von Gesellschaften in der EU

Nina Bergmann\*

## Inhalt

A. Einleitung	234
B. Sitzverlegung	235
I. Zuzug	235
1. „Überseering“	235
2. „Centros“	237
3. „Inspire Art“	238
II. Wegzug	239
1. „Daily Mail“	239
2. „Überseering“	240
3. „Cartesio“	240
4. „National Grid“	243
III. Auswirkungen auf das deutsche Gesellschaftsrecht: MoMiG	244
IV. Folgen für das Internationale Gesellschaftsrecht	245
C. Umwandlung	247
I. Anwendbares Recht	247
II. Zuzug	247
1. (Hinein-)Verschmelzung	247
2. (Hinein-)Spaltung	249
3. (Hinein-)Rechtsformwechsel	249
III. Wegzug	250
1. (Hinaus-)Verschmelzung	250

---

\* Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Völkerrecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Passau.

2. (Hinaus-)Spaltung	251
3. (Hinaus-)Rechtsformwechsel	251
D. Die Rechtssache „VALE“	252
E. Ausblick	255
I. Folgen für das deutsche Gesellschaftsrecht	255
II. Reform des Internationalen Privatrechts	255
III. Fazit	256

## A. Einleitung

Die Niederlassungsfreiheit erfasst die „Möglichkeit für einen Gemeinschaftsangehörigen, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Gemeinschaft im Bereich der selbstständigen Tätigkeiten gefördert wird“.<sup>1</sup> Gesellschaften als Unternehmensträger sind im europäischen Binnenmarkt von zentraler Bedeutung. Doch im Gegensatz zu natürlichen Personen sind sie nur Produkte ihrer nationalen Rechtsordnungen und mangels eines einheitlichen Gesellschaftsrechts ergeben sich auf europäischer Ebene gerade bei der Verlegung der Hauptniederlassung und der Umwandlung daraus zahlreiche Probleme.

Auslöser waren die unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten, nach welchen Kriterien eine Gesellschaft einer nationalen Rechtsordnung unterliegt.<sup>2</sup> Vertreter der Gründungstheorie knüpfen an den Satzungssitz an, d.h. die Gesellschaft wird nach dem Recht des Staates beurteilt, in dem sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat. Dies wird vor allem damit begründet, dass dies ein sehr einfach festzustellendes Merkmal ist, das nur mit großem Aufwand verändert werden kann. Die Sitztheorie hingegen knüpft an den Verwaltungssitz an. Eine Gesellschaft unterliegt dem Recht des Staates, in dem sie hauptsächlich tätig ist. Dadurch werden fremde Gesellschaftsformen

<sup>1</sup> EuGH, Rs. C-451/05, *ELISA*, Slg. 2007, I-8251, Rdnr. 63.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu Art. 22 Nr. 2 EuGVO: „Ohne Rücksicht auf den Wohnsitz sind ausschließlich zuständig [...] für Klagen, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft oder einer juristischen Person oder die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand haben, die Gerichte des Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft oder juristische Person ihren Sitz hat. Bei der Entscheidung darüber, wo der Sitz sich befindet, wendet das Gericht die Vorschriften seines Internationalen Privatrechts an.“

im Inland vermieden und die Gläubiger können sich auf die Anwendung inländischer Schutzvorschriften verlassen.

Das anwendbare Recht kann sich ändern, wenn der für die Anknüpfung bedeutsame Sitz in einen anderen Staat verlegt wird. Sowohl der Wegzugs- als auch der Zuzugsstaat können für diesen Vorgang unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen. Innerhalb des Binnenmarktes müssen diese Rechtsfolgen europarechtskonform sein. Die Niederlassungsfreiheit kann die Anwendung des Internationalen Privatrechts und des jeweiligen Sachrechts durch die Mitgliedstaaten beschränken und verdrängen.<sup>3</sup>

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in den vergangenen Jahrzehnten zu verschiedenen Konstellationen Stellung bezogen. Anlässlich der neuen Rechtssache *VALE* sollen diese Entscheidungen im Rahmen dieses Aufsatzes beleuchtet und eingeordnet werden.

## B. Sitzverlegung

### I. Zuzug

Verlegt eine ausländische Kapitalgesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen Staat, der die Sitztheorie vertritt, so wendet dieser Staat sein eigenes Gesellschaftsrecht an, um die rechtliche Existenz der Gesellschaft zu beurteilen. Erfüllt die ausländische Gesellschaft die im Inland erforderlichen Vorschriften nicht, so wird sie von dem Zuzugsstaat nicht anerkannt.<sup>4</sup>

#### 1. „Überseering“

Diese Konstellation hatte der BGH im Fall *Überseering*<sup>5</sup> zu beurteilen. Eine niederländische Kapitalgesellschaft hatte ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt und wollte dort ein deutsches Bauunternehmen verklagen. Nach der in Deutschland herrschenden Sitztheorie wurde deutsches Recht angewandt und der niederländischen Kapitalgesellschaft mangels Neugründung und Eintragung in das deutsche Handelsregister die Rechts- und Parteifähigkeit versagt. Der BGH legte den Fall dem EuGH nach Art. 234 Abs. 1 lit. a EGV (heute: Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV) vor.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Art. 3 Nr. 2 EGBGB; *Sonnenberger*, in: Münchner Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, Bd. 10, Art. 3 EGBGB, Rdnr. 2; vgl. noch zur alten Fassung *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 1, Rdnrn. 83, 110 f.

<sup>4</sup> *Kruse*, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG, 1997, S. 58; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2000, S. 37.

<sup>5</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919.

<sup>6</sup> BGH, Beschluss v. 30.3.2000 – VII ZR 370/98, EuZW 2000, 412.

Dieses Vorabersuchen wurde kritisiert, da die ausländische Kapitalgesellschaft in Deutschland rechts- und parteifähig gewesen wäre – allerdings als deutsche Personengesellschaft.<sup>7</sup> Betreibt die Kapitalgesellschaft ein Handelsgewerbe, so kann sie nach § 124 HGB als OHG anerkannt werden, für sonstige Fälle hatte der BGH zwischenzeitlich auch die Rechtsfähigkeit einer GbR anerkannt.<sup>8</sup> Mit dem nachfolgenden Urteil hinsichtlich einer nach dem Recht der Kanalinsel Jersey gegründeten Gesellschaft machte der BGH schließlich deutlich, dass er der Auffassung einer eingeschränkten Sitztheorie mit Anerkennung als Personengesellschaft folge.<sup>9</sup> Obwohl die ausländische Gesellschaft nun im Inland existierte, wurde ihr die Identität als Kapitalgesellschaft und die damit verbundene Haftungsbeschränkung versagt.<sup>10</sup>

In seiner Entscheidung im Fall *Überseering* bezog sich der EuGH nur auf die Vorlage des BGH, wonach die Rechtsfähigkeit insgesamt versagt wurde. Er machte deutlich, dass in dem Zwang zur Neugründung im Inland ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit zu sehen sei.<sup>11</sup> Die fehlende Rechtsfähigkeit sei eine Beschränkung der Rechte der Gesellschaft selbst. Das Nichtanerkennen könne nicht durch die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe der Rechtssicherheit, des Gläubigerschutzes, der fehlenden Harmonisierung auf EU-Ebene, dem Erfordernis für gleiche Rahmenbedingungen für Gesellschaften in Deutschland, der Sicherung der Vertragspartner und Gläubiger durch Mindestkapital sowie Vermeidung der Wettbewerbsverzerrung gerechtfertigt werden.<sup>12</sup> Der EuGH macht deutlich, dass die ausländische Kapitalgesellschaft ihre Existenz von ihrer Heimatrechtsordnung ableitet.<sup>13</sup> Die Niederlande als Vertreter der Gründungstheorie sehen in der Verlegung des Verwaltungssitzes keinerlei Auswirkung auf das Gesellschaftsstatut und gestehen ihrer Gesellschaft weiterhin Rechtspersönlichkeit zu, so dass die *Überseering* BV als Kapitalgesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland fortexistiert.<sup>14</sup>

Damit wurde der eingeschränkten Sitztheorie eine Absage erteilt. Die Rechtsfähigkeit und Rechtsform einer ausländischen Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutsch-

<sup>7</sup> *Altmeppen*, Parteifähigkeit, Sitztheorie und „Centros“, DStR 2000, S. 1063; *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit: Das Rätsel vor der Lösung?, BB 2000, S. 1363.

<sup>8</sup> BGH, Urteil v. 29.1.2001 – II ZR 331/00.

<sup>9</sup> BGH, Urteil v. 1.7.2002 – II ZR 380/00, NJW 2002, 3539.

<sup>10</sup> *Gronstedt*, Kommentar zu BGH-Urteil vom 1.7.2002 – II ZR 380/00, BB 2002, S. 2033; *Stoller*, Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften – EuGH, NJW 2002, 3614, JuS 2003, S. 848; *Wilhelm*, Parteifähigkeit und Rechtsexistenz der nach der Sitztheorie nicht existenten Gesellschaft, LMK 2003, S. 47; *Altmeppen*, (Fn. 7), S. 1063.

<sup>11</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rdnr. 81; *Stoller*, (Fn. 10), S. 846; *Micheler*, Recognition of Companies Incorporated in Other EU Member States, ICLQ 52 (2003), S. 524.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rdnr. 82 ff.

<sup>13</sup> Siehe dazu auch *Stoller*, (Fn. 10), S. 846.

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rdnr. 80 f.

land wird nicht durch das deutsche Recht gewährt.<sup>15</sup> Gesteht das Gründungsrecht der Kapitalgesellschaft bei Grenzübertritt weiterhin Rechtspersönlichkeit zu, so müssen die Mitgliedstaaten dies anerkennen, ohne eigene Rechtsfolgen daran zu knüpfen. Dies bedeutet hinsichtlich der Rechtsfähigkeit von Kapitalgesellschaften den Übergang zur Gründungstheorie.<sup>16</sup>

In *Überseering* wurde der Verwaltungssitz nachträglich ins Ausland verlegt. Es stellt sich die Frage, ob er auch von Anfang an im Ausland begründet werden kann.

Der EuGH prüft diesen Vorgang unter der sekundären Niederlassungsfreiheit, da nicht offiziell der Verwaltungssitz verlegt, sondern eine Zweigniederlassung errichtet wird. Da jedoch im Herkunftsstaat niemals eine Hauptniederlassung bestand, ist faktisch die primäre Niederlassungsfreiheit betroffen.<sup>17</sup> Es handelt sich um das Problem der sogenannten „anfängliche[n] Scheinauslandsgesellschaft“<sup>18</sup> bzw. „Briefkastengesellschaft“.

## 2. „Centros“

Über dieses Problem entschied der EuGH im Fall *Centros*.<sup>19</sup> Eine englische Gesellschaft beantragte die Eintragung einer Zweigniederlassung in Dänemark. Dies wurde mit der Begründung verweigert, dass in England keinerlei Geschäftstätigkeit ausgeübt wurde und somit faktisch eine Hauptniederlassung in Dänemark errichtet werden sollte. Die Gesellschaft wurde nur in England gegründet, um die dänischen Mindestkapitalanforderungen zu umgehen.

Der EuGH stellte fest, dass einer EU-ausländischen Gesellschaft ein Recht auf Gründung einer Zweigniederlassung zusteht, auch wenn dies deren einzige tatsächliche

<sup>15</sup> In diesem Sinne *Zimmer*, Wie es Euch gefällt?, Offene Fragen nach dem *Überseering*-Urteil des EuGH, BB 2003, S. 5: „Der niederländischen Gesellschaft muss in Deutschland Rechts- und Parteifähigkeit ‚als Gesellschaft niederländischen Rechts‘ zukommen, und das heißt, dass ihr das Recht zugestanden werden muss, im Rechtsverkehr als solche aufzutreten, ohne Sanktionen gewärtigen zu müssen.“ Anders dagegen *Kindler*, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? – Die „Überseering“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, NJW 2003, S. 1076: „Die Gesellschaft behält vielmehr die Rechts- und Parteifähigkeit, wenngleich diese Fähigkeiten ab Sitzverlegung aus dem deutschen Recht [...] folgen.“

<sup>16</sup> So selbst Verfechter der Sitztheorie *Altmeyden*, Schutz vor europäischen Kapitalgesellschaften, NJW 2004, S. 100: „Alle aus einer etwaigen ‚Sitztheorie‘ abgeleiteten Ergebnisse dürfen nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen, insoweit ist die ‚Sitztheorie‘ zu Gunsten der ‚Gründungstheorie‘ aufzugeben.“

<sup>17</sup> *Looijestijn-Clearie*, Centros Ltd – A Complete U-Turn in the Right of Establishment for Companies, ICLQ 49 (2000), S. 625.

<sup>18</sup> *Altmeyden/Ego*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2012, Bd. 7, B. Europäische Niederlassungsfreiheit, Rdnr. 20.

<sup>19</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459.

Niederlassung ist.<sup>20</sup> Die Ablehnung könne nicht mit dem Gläubigerschutz gerechtfertigt werden. Bestünde eine Hauptniederlassung in England, so hätte für die Gesellschaft ebenfalls kein nennenswertes Mindestkapital aufgebracht werden müssen. Die Gläubiger sind ebenso gefährdet, wenn es sich um eine tatsächliche Zweigniederlassung handelt.<sup>21</sup> Zur Gefahrvermeidung in solchen Situationen sind zahlreiche Richtlinien erlassen worden, die die Publizität von Registern und Geschäftsbriefen bei Zweigniederlassungen regeln.<sup>22</sup> Den Mitgliedstaaten stehe es frei, Schutzregelungen zur Vorbeugung von Missbräuchen zu treffen.<sup>23</sup> Die Umgehung der Mindestkapitalanforderungen sei jedoch kein solcher Missbrauch, sondern vielmehr die Ausnutzung der europarechtlichen Möglichkeiten.<sup>24</sup>

### 3. „Inspire Art“

Diese Auffassung wurde im Urteil *Inspire Art*<sup>25</sup> bestätigt. In diesem Fall war die Errichtung einer Zweigniederlassung durch eine englische „Briefkastengesellschaft“ in den Niederlanden grundsätzlich erlaubt, jedoch von der Erfüllung bestimmter Sondervorschriften abhängig. Diese sahen unter anderem die Aufbringung eines bestimmten Mindestkapitals zum Zeitpunkt der Eintragung vor. Bei einem Verstoß gegen die Vorschriften war die persönliche Haftung des Geschäftsführers vorgesehen.<sup>26</sup>

Der EuGH sah in der Auferlegung zusätzlicher Voraussetzungen eine Beschränkung. Es handle sich nicht um zusätzliche administrative Verpflichtungen, sondern vielmehr um die gleichen Voraussetzungen, die für eine Neugründung erforderlich sind.<sup>27</sup> Eine Rechtfertigung aus Gründen des Gläubigerschutzes aufgrund der miss-

<sup>20</sup> Ibid., Rdnr. 30.

<sup>21</sup> Ibid., Rdnr. 36.

<sup>22</sup> Vgl. insbesondere die Elfte Richtlinie 89/666/EWG vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen (Zweigniederlassungsrichtlinie), ABl. L 395 v. 30.12.1989, S. 36.

<sup>23</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rdnr. 38.

<sup>24</sup> Ibid., Rdnr. 27; *Looijestijn-Clearie*, (Fn. 17), S. 639; *Kersting/Schindler*, The ECJ's *Inspire Art* Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice, German Law Journal 4 (2003), S. 1288; *Angelette*, The revolution that never came and the revolution coming – De Lasteyrie du Salliant, Marks & Spencer, Sevic Systems and the changing corporate law in Europe, VALR 92 (2006), S. 1202.

<sup>25</sup> EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155.

<sup>26</sup> Ibid., Rdnr. 73.

<sup>27</sup> Ibid., Rdnrn. 99, 101; *Looijestijn-Clearie*, Have the dikes collapsed?, *Inspire Art* a further break-through in the freedom of establishment of companies?, EBOR 5 (2004), S. 401; *Kersting/Schindler*, (Fn. 24), S. 1281.

bräuchlichen Umgehung der Gründungsvorschriften kam nicht in Betracht. Der EuGH sah selbst in der vorsätzlichen Umgehung keinen konkreten Missbrauch.<sup>28</sup>

## II. Wegzug

Während der Zuzug von Kapitalgesellschaften in andere Mitgliedstaaten der Niederlassungsfreiheit unterfällt und eine Beschränkung in der Regel nicht zu rechtfertigen ist, stellt sich die Frage, ob dies auch für den Wegzug aus dem Gründungsstaat gilt.

### 1. „Daily Mail“

In *Daily Mail*<sup>29</sup> wollte eine nach englischem Recht gegründete Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in die Niederlande verlegen. Die britische Regierung untersagte diesen Wegzug, da mit diesem der steuerrechtlich relevante Anknüpfungspunkt verloren ging.

Sie wandte ein, dass der EWG-Vertrag ein Recht zur Verlegung des Verwaltungssitzes nicht gewährt. Die englische Gesellschaft hingegen bestand darauf, dass ihr aus Art. 48 EGV (heute: Art. 54 AEUV) das gleiche Recht wie natürlichen Personen zustünde, die auch nicht am Wegzug gehindert würden.

Der EuGH betonte, dass die in Art. 43 EGV (heute: Art. 49 AEUV) „gewährten Rechte sinnentleert wären, wenn der Herkunftsstaat Unternehmen verbieten könnte, auszuwandern, um sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen“.<sup>30</sup> Doch er stellte ebenso fest, dass die Gesellschaften gegenüber ihren Heimatrechtsordnungen keinen Anspruch auf Verlegung ihres Verwaltungssitzes geltend machen könnten.<sup>31</sup>

Der EuGH geht grundsätzlich von einer Eröffnung des Anwendungsbereichs aus, stellt dann hinsichtlich der Untersagung der Verlegung des Verwaltungssitzes aber keine Beschränkung fest.<sup>32</sup> Er begründet dies damit, dass Gesellschaften als juristische Personen nur Produkte einer nationalen Rechtsordnung sind und daher hinsichtlich ihres Fortbestandes der Rechtsordnung des Staates unterliegen, nach der sie gegründet wurden.<sup>33</sup> Sie können sich nicht auf die Richtlinie berufen, die natürlichen

<sup>28</sup> EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rdnrn. 96, 98, 105; *Ulmer*, Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften – Zum Verhältnis zwischen gläubigerschützendem nationalem Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrecht und der EG-Niederlassungsfreiheit, NJW 2004, S. 1203; *Looijestijn-Clearie*, (Fn. 27), S. 402.

<sup>29</sup> EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483.

<sup>30</sup> *Ibid.*, Rdnr. 16.

<sup>31</sup> *Ibid.*, Rdnr. 24; *Angelette*, (Fn. 24), S. 1196.

<sup>32</sup> EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483, Rdnr. 18.

<sup>33</sup> *Ibid.*, Rdnr. 19.

Personen das Recht gibt, aus dem Mitgliedstaat, der ihnen ihre Staatsangehörigkeit verleiht, auszureisen.<sup>34</sup> Die Mitgliedstaaten haben unterschiedliche Auffassungen darüber, welche Voraussetzungen eine Gesellschaft erfüllen muss, um ihre von der Gründungsrechtsordnung verliehene Rechtspersönlichkeit beizubehalten. Während einige die Verlegung des Verwaltungssitzes frei gestatten, ordnen andere dabei die Auflösung der Gesellschaft oder einen Zustimmungsvorbehalt an.<sup>35</sup> Diese unterschiedlichen Anknüpfungen werden vom EWG-Vertrag respektiert, so dass eine Gesellschaft ein Recht auf Wegzug aus der Niederlassungsfreiheit nicht herleiten kann.<sup>36</sup> Damit ist der Anwendungsbereich *de facto* doch nicht eröffnet.

## 2. „Überseering“

Obwohl *Überseering* eine Zuzugskonstellation betraf, hat der EuGH die Überlegungen zu *Daily Mail* aufgegriffen und nochmals klargestellt, dass eine Gesellschaft sich nur auf die Niederlassungsfreiheit berufen könne, sofern sie nach ihrer Heimatrechtsordnung fortexistiere.<sup>37</sup>

Der Zugang zur Niederlassungsfreiheit hängt somit davon ab, wie die Heimatrechtsordnung die Grenzüberschreitung bewertet.<sup>38</sup> Nur wenn der Gründungsstaat ihre Identität als Kapitalgesellschaft über die Grenze hinweg bestehen lässt, kann sich die Gesellschaft als solche in dem Zuzugsstaat niederlassen.

## 3. „Cartesio“

Im Jahr 2008 wurde in *Cartesio*<sup>39</sup> einer ungarischen Gesellschaft durch ihren Heimatstaat untersagt, den Verwaltungssitz nach Italien zu verlegen. Da nach ungarischem Recht nur die Eintragung eines inländischen Verwaltungssitzes im Handelsregister möglich ist, würde bei der Verlegung ins Ausland die Auflösung der Gesellschaft angeordnet werden.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Ibid., Rdnr. 28, der EuGH bezieht sich hier auf die Richtlinie 73/148/EWG des Rates vom 21.5.1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs.

<sup>35</sup> Ibid., Rdnr. 20.

<sup>36</sup> Ibid., Rdnrn. 21, 23, 24.

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rdnr. 67: „eine auf Grund einer nationalen Rechtsordnung gegründete Gesellschaft [hat] jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität“.

<sup>38</sup> *Sethe/Winzer*, Der Umzug von Gesellschaften in Europa nach dem Cartesio-Urteil, WM 2009, S. 538; *Zimmer/Nændrup*, Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, S. 546; *Kersting/Schindler*, (Fn. 24), S. 1282.

<sup>39</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641.

<sup>40</sup> Ibid., Rdnr. 102 f.

Es wurde davon ausgegangen, dass nach den zahlreichen Urteilen, die in der Zwischenzeit zur Zuzugsproblematik ergangen waren, die Auffassung aus *Daily Mail* aufgegeben würde und die Wegzugsfälle an die liberale Haltung der Zuzugsfälle angepasst werden würden.<sup>41</sup>

Doch der EuGH bestätigte wider Erwarten und entgegen dem Schlussantrag des Generalanwalts den Standpunkt aus *Daily Mail*.<sup>42</sup> Der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit sei erst dann eröffnet, wenn eine Gesellschaft nach ihrer Gründungsrechtsordnung über die Grenze hinaus existieren könne.<sup>43</sup> Welche Anforderungen eine Gesellschaft erfüllen muss, um die Rechtspersönlichkeit und Rechtsform nach dem Gründungsrecht zu behalten, kann jeder Gründungsstaat selbst bestimmen.<sup>44</sup> Obwohl der EuGH in *Überseering* noch davon sprach, dass ein „Mitgliedstaat die Möglichkeit hat, einer nach seiner Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft Beschränkungen hinsichtlich der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes aus seinem Hoheitsgebiet aufzuerlegen, damit sie die ihr nach dem Recht dieses Staates zuerkannte Rechtspersönlichkeit beibehalten kann“,<sup>45</sup> stellte der EuGH in *Cartesio* eindeutig fest, dass die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf eine Gesellschaft eine Vorfrage ist, die sich nach nationalem Recht richtet, und dass sich eine Gesellschaft nur nach Bejahung dieser Vorfrage auf die Niederlassungsfreiheit berufen und etwaige Beschränkungen rügen kann.<sup>46</sup>

Dies begründet der EuGH – wie schon in *Daily Mail* – damit, dass die Mitgliedstaaten unterschiedliche Anknüpfungspunkte vorsehen: Während einige Mitgliedstaaten nur auf das Vorhandensein eines Satzungssitzes im Gründungsstaat abstellen, muss in anderen Mitgliedstaaten auch der Verwaltungssitz im Gründungsstaat verbleiben.<sup>47</sup> Allerdings wurde die Zuzugsproblematik in *Überseering* ebenfalls durch eine Anknüpfung an den Verwaltungssitz ausgelöst und hier hatte der EuGH kein Problem, die Mitgliedstaaten in ihrer freien Entscheidung über die Handhabung zu begrenzen.

<sup>41</sup> Schlussanträge GA Maduro zu EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Nr. 27; *Leible/Hoffmann*, *Cartesio* – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, BB 2009, S. 58.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnr. 106 ff.; vgl. dazu auch die Schlussanträge GA Maduro.

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnr. 109; *Sethe/Winzer*, (Fn. 38), S. 538; *Leible/Hoffmann*, (Fn. 41), S. 59.

<sup>44</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnr. 110; *Korom/Metzinger*, Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06, ECFR 2009, S. 148.

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rdnr. 70.

<sup>46</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnr. 109; *Mörsdorf*, Beschränkung der Mobilität von EU-Gesellschaften im Binnenmarkt – eine Zwischenbilanz, EuZW 2009, S. 99; *Korom/Metzinger*, (Fn. 44), S. 151.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnr. 105.

Der EuGH untermauert seine Argumentation außerdem mit einem Vergleich zu der Situation natürlicher Personen. Auch sie können sich nur auf die Grundfreiheiten berufen, wenn sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind.<sup>48</sup> Insoweit ist der Vergleich des EuGH auch noch nachvollziehbar, da auch Gesellschaften gemäß Art. 54 Abs. 1 AEUV nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet, d.h. einem Mitgliedstaat zugehörig sein müssen. Hinsichtlich natürlicher Personen hat der EuGH jedoch in *de Lasteyrie du Saillant* ein Ausreiserecht direkt aus der Niederlassungsfreiheit abgeleitet und bereits in der sofortigen Besteuerung bei Wegzug eine Beschränkung angenommen.<sup>49</sup> Der Entzug der Staatsangehörigkeit im Falle des Wegzuges wäre daher erst recht ein Verstoß gegen Art. 49 Abs. 1 AEUV. Bei juristischen Personen hingegen gesteht der EuGH den Mitgliedstaaten das Recht zu, die Verlegung des Verwaltungssitzes mit dem Entzug der Rechtspersönlichkeit zu sanktionieren.<sup>50</sup> Dem Vergleich mangelt es an konsequenter Betrachtungsweise. Bei natürlichen Personen stellt der EuGH auf die Staatsangehörigkeit ab, bei juristischen Personen auf die Rechtsfähigkeit. Dies mag daran liegen, dass die Rechtsfähigkeit natürlicher Personen unabhängig von der Staatsangehörigkeit stets bestehen bleibt und sie somit immer auch über die Grenze hinaus existieren.<sup>51</sup> Bei juristischen Personen als Konstrukte einer nationalen Rechtsordnung können Rechtsfähigkeit und Staatszugehörigkeit nicht getrennt werden. Für die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ist jedoch die Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat erforderlich – diese muss natürlichen wie juristischen Personen zunächst von einem Staat verliehen werden. Ist dieser Schritt einmal erfolgt, so sollten die Mitgliedstaaten ihn nicht mehr rückgängig machen können, nur weil die Personen ihre damit erhaltenen Rechte in Anspruch nehmen möchten.<sup>52</sup> Dies hat der EuGH für natürliche Personen anerkannt – und dies sollte er auch für juristische Personen so sehen.

Somit ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund Wegzugsfälle nicht der Niederlassungsfreiheit zu unterstellen sind. Jede Wegzugsbeschränkung ist eine nationale Maßnahme, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit behindert. Gesellschaften, die solchen Beschränkungen ausgesetzt sind, haben einen deutlichen Wettbewerbsnachteil gegenüber anderen, denen die Sitzverlegung gestattet wird.

<sup>48</sup> Ibid., Rdnr. 109; *Paefgen*, „Cartesio“: Niederlassungsfreiheit minderer Güte – Zum Urteil des EuGH vom 16.12.2008 („Cartesio“), WM 2009, S. 533.

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-2409, Rdnrn. 42, 46, 51; *Leible/Hoffmann*, (Fn. 41), S. 60; *Zimmer/Nændrup*, (Fn. 38), S. 546.

<sup>50</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnr. 110; *Herrler*, Gewährleistung des Wegzugs von Gesellschaften durch Art. 43, 48 EG nur in Form der Herausumwandlung, DNotZ 2009, S. 487.

<sup>51</sup> *Sethe/Winzer*, (Fn. 38), S. 538; *Zimmer/Nændrup*, (Fn. 38), S. 546.

<sup>52</sup> In diesem Sinne auch *Schall/Barth*, Stirbt Daily Mail langsam?, Zu den Folgen von EuGH C-371/10 (*National Grid Indus*) für Kollisionsrecht und Wegzugsbesteuerung, NZG 2012, S. 418.

#### 4. „National Grid“

In *National Grid*<sup>53</sup> hatte der EuGH die Gelegenheit, deutlich klarzustellen, in wie weit Wegzugsfälle nun dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit entzogen sind.

Die niederländische Kapitalgesellschaft National Grid Indus BV erzielte infolge einer Wechselkurssteigerung einen hohen Kursgewinn und verlegte daraufhin ihren Verwaltungssitz nach Großbritannien, um der Besteuerung durch den niederländischen Fiskus zu entgehen. Die Niederlande verlangten jedoch anlässlich der Sitzverlegung die sofortige Versteuerung der bisher unrealisierten Gewinne.

Der EuGH sah für National Grid Indus BV den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit als eröffnet an und stellte fest, dass es sich bei der Sofortbesteuerung um eine Beschränkung handelt, die mangels Verhältnismäßigkeit nicht gerechtfertigt werden kann.<sup>54</sup>

Der EuGH bestätigt dabei nochmals seine Aussage aus *Cartesio*, dass die Frage nach der Rechtspersönlichkeit bei einem Wegzug allein der Beurteilung der Mitgliedstaaten obliegt, hier aber eine andere Fallkonstellation betroffen sei.<sup>55</sup> Da die Niederlande der Gründungstheorie folgen, wird die Rechtspersönlichkeit von National Grid Indus nicht berührt.<sup>56</sup> Eine trotz Wegzug fortexistierende Gesellschaft kann sich daher auf die Niederlassungsfreiheit berufen und Beschränkungen wie eine sofortige Steuerpflicht geltend machen.<sup>57</sup>

Der EuGH geht jedoch mit keinem Wort auf die Ähnlichkeit der Fallkonstellation zu *Daily Mail* ein.<sup>58</sup> Dort hatte der EuGH die Untersagung des Wegzuges hingenommen, ohne danach zu differenzieren, welche Auswirkungen dies auf die Gesellschaft hatte. Da Großbritannien ebenfalls der Gründungstheorie folgt, hätte die britische Gesellschaft Daily Mail and General Trust PLC – genau wie National Grid Indus BV – ihre Rechtspersönlichkeit behalten. Somit hätte die Wegzugsuntersagung bei Daily Mail als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einer wegzugsfähigen Gesellschaft eingestuft werden müssen, die der Rechtfertigung bedurft hätte.<sup>59</sup>

Aus *National Grid* folgt daher eine differenzierte Entscheidung hinsichtlich der Wegzugsfälle: Die Frage nach der Fortexistenz einer Gesellschaft bei Sitzverlegung unterliegt ausschließlich nationalem Recht. Behält sie jedoch ihre Rechtspersönlich-

<sup>53</sup> EuGH, Rs. C-371/10, *National Grid*, Slg. 2011.

<sup>54</sup> Ibid., Rdnrn. 32, 41, 85.

<sup>55</sup> Ibid., Rdnrn. 26, 31; *Kessler*, Rechtssache National Grid Indus BV – Ende oder Bestätigung der Entstrickungsbesteuerung?, DStR 2012, S. 269.

<sup>56</sup> EuGH, Rs. C-371/10, *National Grid*, Slg. 2011, Rdnr. 28.

<sup>57</sup> Ibid., Rdnr. 32.

<sup>58</sup> *Mörsdorf*, Was von Daily Mail übrig blieb – Die Wegzugsbesteuerung von EU-Gesellschaften nach dem EuGH-Urteil National Grid Indus, EuZW 2012, S. 297.

<sup>59</sup> *Schall/Barth*, (Fn. 52), S. 418.

keit, so kann sie sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen.<sup>60</sup> Damit wird die Haltung aus *Daily Mail*, wonach die Mitgliedstaaten den Wegzug auch bei Fortbestand der Rechtsfähigkeit frei beschränken konnten, aufgegeben.<sup>61</sup>

Dies führt jedoch zu dem widersinnigen Ergebnis, dass Mitgliedstaaten, die der Gründungstheorie folgen, jede Beschränkung des Wegzuges rechtfertigen müssen, während Vertreter der Sitztheorie an den Wegzug einer Gesellschaft weiterhin den Entzug der Rechtspersönlichkeit knüpfen können, da dies nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt.<sup>62</sup> Der EuGH hätte aus seinem eigenen Vergleich zu natürlichen Personen die logische Schlussfolgerung ziehen müssen, dass der Erwerb der Staatsangehörigkeit wie der Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft nach nationalem Recht erfolgen muss und darf, aber nach Erhalt dieser Eigenschaft sowohl die natürliche als auch die juristische Person zum Rechtsträger der Niederlassungsfreiheit wird und sich darauf berufen kann.<sup>63</sup> Jede Beschränkung des Wegzuges sollte an der Niederlassungsfreiheit zu messen sein. Dass der EuGH dieser Überlegung folgen und seine erst soeben in *National Grid* bestätigte Rechtsprechung aus *Cartesio* aufgeben wird, ist jedoch in nächster Zeit nicht zu erwarten.

### III. Auswirkungen auf das deutsche Gesellschaftsrecht: MoMiG

Die Rechtssache *Cartesio* hätte auch eine deutsche Gesellschaft betreffen können. Verlegte früher eine deutsche Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen Staat, der die Sitztheorie vertritt, fand ein Statutenwechsel statt. Das deutsche Recht knüpfte an diesen Vorgang ebenfalls die automatische Auflösung der Gesellschaft.<sup>64</sup> Wird der Verwaltungssitz stattdessen in einen Gründungstheorie-Staat verlegt, so kommt es zu einer Rückverweisung nach Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB auf deutsches Recht.<sup>65</sup> § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. und § 5 Abs. 2 AktG a.F. erforderten jedoch einen inländischen Verwaltungssitz, so dass das deutsche Recht den Wegzug nicht gestattete.

Durch die zwingende Auflösung bzw. die Nichtigkeit des Wegzugsbeschlusses konnte eine deutsche Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nicht ins Ausland verlegen. Dies stellte einen erheblichen Wettbewerbsnachteil für deutsche Gesellschaften dar, den

<sup>60</sup> Körner, Europarechtliches Verbot der Sofortbesteuerung stiller Reserven beim Transfer ins EU-Ausland, IStR 2012, S. 2.

<sup>61</sup> Mörsdorf, (Fn. 58), S. 298; Schall/Barth, (Fn. 52), S. 418.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Ibid.; anders dagegen wohl Zimmer/Naendrup, (Fn. 38), S. 547 und Sethe/Winzer, (Fn. 38), S. 538.

<sup>64</sup> OLG Hamm, Urteil v. 30.4.1997, EuZW 1998, 31: Verlegung des Verwaltungssitzes nach Luxemburg; Triebel/von Hase, Wegzug und grenzüberschreitende Umwandlungen deutscher Gesellschaften nach „Überseering“ und „Inspire Art“, BB 2003, S. 2412.

<sup>65</sup> OLG Hamm, Urteil v. 1.2.2001, NJW 2001, 2183: Verlegung des Verwaltungssitzes nach England; Triebel/von Hase, (Fn. 64), S. 2411.

auch der deutsche Gesetzgeber erkannt hatte.<sup>66</sup> Noch vor der Verkündung des „Cartesio“-Urteils wurden § 4a GmbHG und § 5 AktG geändert, um deutschen Kapitalgesellschaften unter der Voraussetzung der Beibehaltung eines inländischen Satzungssitzes die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland zu ermöglichen.<sup>67</sup> Dies wäre – wie sich später mit dem „Cartesio“-Urteil herausgestellt hat – europarechtlich nicht einmal erforderlich gewesen.<sup>68</sup>

Durch die Änderung sollte nicht nur die nachträgliche Verlegung des Verwaltungssitzes, sondern auch die Aufnahme eines ausländischen Verwaltungssitzes bei Gesellschaftsgründung möglich sein. Mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)<sup>69</sup> wurden deutsche „Briefkastengesellschaften“ eingeführt.<sup>70</sup>

#### IV. Folgen für das Internationale Gesellschaftsrecht

Die EuGH-Urteile haben deutlich gemacht, dass das Personalstatut einer EU-ausländischen Kapitalgesellschaft nach ihrem Gründungsrecht zu beurteilen ist.<sup>71</sup> Nationale Gesetzesänderungen haben sich dieser Auffassung angepasst. So ging zum Beispiel der deutsche Gesetzgeber bei der Änderung durch das MoMiG davon aus, dass deutsche Gesellschaften auch bei der Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland weiterhin deutschem Recht unterstellt bleiben. Er sieht in der Änderung durch das MoMiG eine versteckte Kollisionsnorm zugunsten der Gründungstheorie.<sup>72</sup>

Grundsätzlich besteht bei Befürwortern wie Gegnern der Sitztheorie Einigkeit darüber, dass sich das Innenverhältnis einer EU-ausländischen Kapitalgesellschaft nach

<sup>66</sup> Bundesministerium der Justiz, Schwerpunkte des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 26.6.2008, S. 4.

<sup>67</sup> Vgl. Zusatz „im Inland“; *Franz/Laeger*, Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht, BB 2008, S. 679; *Knof/Mock*, Anmerkung zum Urteil „Cartesio“, ZIP 2009, S. 33; *Korom/Metzinger*, (Fn. 44), S. 159.

<sup>68</sup> *Körner*, (Fn. 60), S. 2: „ohne europarechtliche Verpflichtung“.

<sup>69</sup> In Kraft seit dem 1.11.2008, BGBl. 2008 I, 2026.

<sup>70</sup> Vgl. § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG und § 37 Abs. 3 Nr. 1 AktG.

<sup>71</sup> *Bayer*, Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, BB 2003, S. 2363: Sitztheorie „den Boden entzogen“; *Sandrock*, Sitzrecht contra Savigny?, BB 2004, S. 900: „für die lex societatis EU-angehöriger GmbH [kommt] allein deren Gründungsstatut in Betracht“; *Ulmer*, (Fn. 28), S. 1209: „inländische Behandlung derartiger Gesellschaften nach dem Recht ihres Herkunftsstaats, das heißt die Geltung der Gründungstheorie“.

<sup>72</sup> *Paefgen*, (Fn. 48), S. 531; *Däubler/Henschmid*, Cartesio und MoMiG – Sitzverlagerung ins Ausland und Unternehmensmitbestimmung, NZG 2009, S. 494; *Körner*, (Fn. 60), S. 2.

dem Gründungsrecht richtet.<sup>73</sup> Differenzen bestehen lediglich hinsichtlich der Beurteilung des Gläubigerschutzrechtes. Eine zwingende Anwendung inländischer Gläubigerschutzvorschriften ist nur zulässig, soweit dies nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.<sup>74</sup> Der EuGH hat den Gläubigerschutz grundsätzlich als Rechtfertigungsgrund anerkannt.<sup>75</sup> Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die europäischen Zivilrechtsordnungen als gleichwertig erachtet werden, so dass die Anwendung der Schutzregelungen des Verwaltungssitzstaates in der Regel nicht erforderlich ist.<sup>76</sup>

Die Anwendung ausländischen Gläubigerschutzrechtes mag befremdlich erscheinen, jedoch muss dies nicht zwangsläufig nachteilig sein. Das ausländische Gesellschaftsrecht ist nicht unbedingt schlechter, sondern meist nur anders ausgestaltet.<sup>77</sup> Möglicherweise bestehen Schwierigkeiten, ausländisches Gläubigerschutzrecht im Inland durchzusetzen, vor allem wenn die im Ausland benutzten Institute wie eine Staatsaufsicht der inländischen Rechtsordnung fremd sind.<sup>78</sup> Das Problem kann jedoch im Rahmen der Anpassung gelöst werden, wie dies im Internationalen Privatrecht üblich ist.<sup>79</sup> Weiterhin muss gesehen werden, dass der europäische Gesetzgeber durch gesellschaftsrechtliche Richtlinien die Angleichung der Schutzvorschriften in den Mitgliedstaaten fördert.<sup>80</sup>

Dieser Auffassung hat sich auch der BGH angeschlossen und die Haftung einer englischen Gesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz nach ihrer Heimatrechtsordnung beurteilt.<sup>81</sup>

Der Referentenentwurf zum Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen<sup>82</sup> sieht die Einführung eines neuen

<sup>73</sup> So auch Vertreter der Sitztheorie: *Altmeppen*, (Fn. 16), S. 100: „Derartige Fragen hängen auf das Engste mit der Gründung der Kapitalgesellschaften im Sinne ihrer Entstehung und ihres Bestandes zusammen, richten sich deshalb [...] nach dem Recht des Gründungsstaates [...]“.

<sup>74</sup> *Ibid.*, S. 100; *Eidenmüller*, Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslands-gesellschaften mit tatsächlichem Inlandssitz, NJW 2005, S. 1618: „in jeder Nicht-Anwendung dieses Gründungsrechtes [...] liegt eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung“.

<sup>75</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rdnr. 92; EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rdnr. 35; EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rdnr. 135.

<sup>76</sup> *Eidenmüller*, (Fn. 74), S. 1619; *Sandrock*, (Fn. 71), S. 898; vgl. *ordre public* Art. 6 EGBGB: Anwendung nur bei offensichtlicher Unvereinbarkeit mit deutschem Recht; dies ist innerhalb der Wertegemeinschaft EU selten der Fall.

<sup>77</sup> *Bayer*, (Fn. 71), S. 2364.

<sup>78</sup> *Altmeppen*, (Fn. 16), S. 99.

<sup>79</sup> *Sandrock*, (Fn. 71), S. 900.

<sup>80</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rdnr. 36; EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rdnr. 135.

<sup>81</sup> BGH, Urteil v. 14.3.2005 – II ZR 5/03, NJW 2005, 1648.

<sup>82</sup> Vorgelegt durch das Bundesjustizministerium am 7.1.2008, <http://gesetzgebung.beck.de/news/internationales-privatrecht-der-gesellschaften> (12.6.2012).

Art. 10 vor, der an das Recht des Staates anknüpft, in dem die Gesellschaft eingetragen ist. Damit wäre die Gründungstheorie im deutschen Kollisionsrecht kodifiziert.

## C. Umwandlung

Auf nationaler Ebene können Unternehmen fusionieren, Unternehmensteile abspalten oder ausgliedern sowie sich in andere Rechtsformen umwandeln. Um in einem liberalen Binnenmarkt konkurrenzfähig zu bleiben, müssen auch diese Vorgänge europarechtlich ermöglicht werden.

### I. Anwendbares Recht

Für die Zulässigkeit, das Verfahren und die Wirkungen einer Umwandlung wird an das Gesellschaftsstatut angeknüpft. Sind mehrere Gesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten von einem Vorgang betroffen, zum Beispiel bei einer Fusion oder Spaltung, so sind nach der Vereinigungstheorie alle Rechtsordnungen, denen die beteiligten Rechtsträger unterliegen, zu berücksichtigen.<sup>83</sup>

### II. Zuzug

#### 1. (Hinein-)Verschmelzung

Im Urteil *SEVIC* beantragte die deutsche Gesellschaft SEVIC Systems AG die Eintragung ihrer Verschmelzung mit der luxemburgischen Security Vision Concept SA in das deutsche Handelsregister. Dabei wäre die Security Vision von der SEVIC AG aufgenommen worden. Die Eintragung wurde abgelehnt, weil § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG<sup>84</sup> nur eine Verschmelzung von Rechtsträgern mit Satzungssitz<sup>85</sup> in Deutschland vorsieht. Grenzüberschreitende Verschmelzungen seien nicht möglich.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> *Schulz/Schröder*, Niederlassungsfreiheit, Sitzverlegung, Wegzugsbeschränkungen, „Cartesio“, EWiR 1/09, S. 142; *Spahlinger/Wegen*, Deutsche Gesellschaften in grenzüberschreitenden Umwandlungen nach „SEVIC“ und der Verschmelzungsrichtlinie in der Praxis, NZG 2006, S. 722; *Gottschalk*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Ablehnung ihrer Eintragung in nationales Handelsregister (Anmerkung zu „SEVIC“), EuZW 2006, S. 83; *Siems*, SEVIC: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU?, EuZW 2006, S. 137.

<sup>84</sup> Umwandlungsgesetz v. 28.10.1994, BGBl. 1994 I, 3210.

<sup>85</sup> *Drinhausen*, in: Semler/Stengel (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 3. Aufl. 2012, Einl. C, Rdnr. 20.

<sup>86</sup> Vgl. § 1 Abs. 1 UmwG: „Rechtsträger mit Sitz im Inland“; vgl. auch Regierungsentwurf, Drs. 548/06 v. 9.8.2006, S. 19: „[Grenzüberschreitende] Verschmelzung war im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union bisher entweder gar nicht möglich oder mit zahlreichen rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten behaftet.“

Der EuGH stellte fest, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen. Durch eine grenzüberschreitende Fusion können Gesellschaften aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten ihr wirtschaftliches Potenzial besser ausschöpfen. Mit der Übertragung von Vermögensgegenständen auf eine neu gegründete Gesellschaft im Aufnahmestaat könne ein Verbot der grenzüberschreitenden Verschmelzung zwar umgangen werden, doch ist dies aufgrund der hohen Kosten und dem Zeitaufwand keine rentable Alternative.<sup>87</sup>

Für die unterschiedliche Behandlung von ausländischen und inländischen Gesellschaften werden der Gläubigerschutz und die Lauterkeit des Handelsverkehrs als Rechtfertigungsgründe vorgebracht. Obwohl aufgrund der „spezifischen Probleme“,<sup>88</sup> die eine grenzüberschreitende Verschmelzung mit sich bringt, eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich ist, geht eine generelle Verweigerung der Eintragung einer Verschmelzung von Gesellschaften mit Verwaltungssitz in unterschiedlichen Mitgliedstaaten jedoch über die Erforderlichkeit hinaus.<sup>89</sup> Insbesondere werden nach der Vereinigungstheorie alle beteiligten Rechtsordnungen berücksichtigt, so dass nationale Schutzregelungen beachtet werden.<sup>90</sup> Der „Aufnahmestaat“ hat daher grundsätzlich grenzüberschreitende Verschmelzungen in gleichem Maße wie innerstaatliche Verschmelzungen zuzulassen.

Der EuGH bezieht sich hierbei jedoch stets auf die unterschiedliche Behandlung von in- und ausländischen Gesellschaften.<sup>91</sup> Während für inländische Gesellschaften die Möglichkeit der Verschmelzung nach nationalem Recht vorgesehen ist, fehlt eine solche Bestimmung für grenzüberschreitende Verschmelzungen.<sup>92</sup> Der EuGH bemängelt dabei nicht die fehlende Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, sondern die vorliegende Diskriminierung. Es gibt keine europarechtliche Vorschrift, wonach die Möglichkeit der Verschmelzung generell im nationalen Recht existieren muss. Die Richtlinie 78/855/EWG,<sup>93</sup> die mittlerweile aufgehoben und durch die Richtlinie 2011/35/EU zur Klarstellung der Änderungen ersetzt wurde,<sup>94</sup> bezog sich nur auf Aktiengesellschaften, nicht auf andere Kapitalgesellschaften.<sup>95</sup>

<sup>87</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *SEVTC*, Slg. 2005, I-10805, Rdnrn. 19, 21.

<sup>88</sup> *Ibid.*, Rdnr. 27.

<sup>89</sup> *Ibid.*, Rdnr. 30; *Angelette*, (Fn. 24), S. 1213.

<sup>90</sup> *Gottschalk*, (Fn. 83), S. 84.

<sup>91</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *SEVTC*, Slg. 2005, I-10805, Rdnr. 22.

<sup>92</sup> *Ibid.*, Rdnr. 13.

<sup>93</sup> Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9.10.1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. L 295 v. 20.10.1978.

<sup>94</sup> RL 2011/35/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. L 110 v. 29.4.2011, Erwägungsgrund 1, Art. 32.

<sup>95</sup> *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 46. EL 2011, Art. 54 AEUV, Rdnr. 30.

Mit der Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG<sup>96</sup> werden jedoch grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften allgemein erfasst und in Deutschland durch die Einführung von § 122a ff. UmwG umgesetzt. Die Hineinverschmelzung ist daher nun zweifelsfrei möglich.

## 2. (Hinein-)Spaltung

Zur Spaltungsproblematik liegt weder ein Urteil noch eine Richtlinie bezüglich Kapitalgesellschaften im Allgemeinen<sup>97</sup> vor. Im deutschen Recht verweist auch § 125 UmwG für Spaltungen explizit nicht auf eine entsprechende Anwendung der Vorschriften für grenzüberschreitende Verschmelzungen.

Da die Spaltung jedoch als Umkehrfall der Verschmelzung angesehen wird,<sup>98</sup> dürfte der EuGH hierbei zum selben Ergebnis kommen. Dies gilt auch deshalb, weil der EuGH sich in seinen Überlegungen zu *SEVIC* nicht auf die Verschmelzung beschränkte, sondern betont hatte, dass auch „andere Gesellschaftsumwandlungen den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten“ entsprechen und „besondere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit“ darstellen.<sup>99</sup>

## 3. (Hinein-)Rechtsformwechsel

Der Ansatz aus *SEVIC* kann auch auf den (Hinein-)Rechtsformwechsel übertragen werden, da auch dieser eine „andere Gesellschaftsumwandlung“ ist.

Unerwartet hatte sich der EuGH in *Cartesio obiter dictum* dazu geäußert, dass – im Gegensatz zu einer Sitzverlegung – bei einer Umwandlung der Wegzug grundsätzlich gestattet werden muss, soweit eine solche Umwandlung nach dem Recht des Zu-

<sup>96</sup> RL 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten. ABl. L 310 v. 25.11.2005; Umsetzung in Deutschland durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, am 25.4.2007 in Kraft getreten, BGBl. 2007 I, 542.

<sup>97</sup> Es existiert ebenfalls nur eine Richtlinie bezüglich Aktiengesellschaften, siehe Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17.12.1982 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften, ABl. L 378 v. 31.12.1982, S. 47.

<sup>98</sup> *Drinhausen*, (Fn. 85), Einl. C, Rdnr. 28; *Gottschalk*, (Fn. 83), S. 84.

<sup>99</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *SEVIC*, Slg. 2005, I-10805, Rdnr. 19.

zugsstaates möglich ist.<sup>100</sup> Die Hinein-Umwandlung steht somit unter dem Vorbehalt, dass diese nach dem nationalen Recht des Zuzugsstaates „möglich“ ist. Bisher ist noch nicht geklärt, was es genau bedeutet, dass eine Umwandlung „möglich“ sein muss. Genügt es, dass das nationale Recht Vorschriften für innerstaatliche Umwandlungen vorsieht? Muss der Mitgliedstaat entsprechende Vorschriften für grenzüberschreitende Umwandlungen vorsehen? Können Regelungen über die Europäische Gesellschaft oder die Europäische Genossenschaft gar entsprechend angewendet werden?<sup>101</sup> Der EuGH wird in der derzeit anhängigen Rechtssache *VALE*<sup>102</sup> Gelegenheit haben, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen.

### III. Wegzug

#### 1. (Hinaus-)Verschmelzung

In *SEVIC* wurden keine direkten Ausführungen dazu gemacht, ob Luxemburg als „übertragender“ Staat die Hinaus-Verschmelzung ihrer Gesellschaft erlauben muss. Während die Wegzugsproblematik bei der Sitzverlegung recht umstritten ist, besteht bei der Hinaus-Verschmelzung aufgrund der Beteiligung eines weiteren ausländischen Rechtsträgers Einigkeit über deren Zulässigkeit. Die Untersagung einer Hinaus-Verschmelzung wäre stets auch eine Beschränkung der sekundären Niederlassungsfreiheit des aufnehmenden Rechtsträgers.<sup>103</sup> Weiterhin betont der EuGH in *SEVIC* die Bedeutung von grenzüberschreitenden Verschmelzungen für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit, ohne zwischen Weg- und Zuzugsfällen zu differenzieren.<sup>104</sup> Schließlich hat der EuGH in *Cartesio obiter dictum* festgestellt, dass die Hinaus-Umwandlung, welche die Hinaus-Verschmelzung einschließt, der Niederlassungsfreiheit unterfällt.<sup>105</sup>

<sup>100</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnr. 112: „soweit dies nach diesem Recht möglich ist“. Nach h.A. bedeutet „nach diesem Recht“ das Recht des Zuzugsstaates, vgl. u.a. Schlussanträge GA *Jääskinen* v. 15.12.2011 zu EuGH, Rs. C-378/10, *VALE*, Nr. 70; *Mörsdorf*, (Fn. 46), S. 100; *Campos Nave*, Das Ende der gegenwärtigen Wegzugsbesteuerung – Der zweite Blick auf *Cartesio*, BB 2009, S. 871; *Thiermann*, „Grenzüberschreitende Neugründung einer Gesellschaft“ – ein neues Rechtsinstitut innerhalb der Europäischen Union?, EuZW 2012, S. 209; *Altmeppen/Ego*, (Fn. 18), B. Europäische Niederlassungsfreiheit, Rdnr. 74.

<sup>101</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnr. 115 f.

<sup>102</sup> EuGH, Rs. C-378/10, *VALE*; siehe sogleich unter D.

<sup>103</sup> *Spablinger/Wegen*, (Fn. 83), S. 724; *Geyhalter/Weber*, Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen SEVIC Systems und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, S. 150.

<sup>104</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *SEVIC*, Slg. 2005, I-10805, Rdnrn. 19, 21; *Spablinger/Wegen*, (Fn. 83), S. 724; *Geyhalter/Weber*, (Fn. 103), S. 150; *Siems*, (Fn. 83), S. 138.

<sup>105</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnr. 111 f.

Mit der Verschmelzungsrichtlinie<sup>106</sup> wurde eine Rechtsgrundlage geschaffen, aufgrund derer die Hinein- und Hinausverschmelzung nun zweifelsfrei möglich ist.<sup>107</sup> Die Mitgliedstaaten müssen die grenzüberschreitende Verschmelzung für übertragende und aufnehmende Gesellschaften ihrer Rechtsordnung zulassen. Die Richtlinie sieht insbesondere auch Vorschriften für die Vereinbarkeit der unterschiedlichen Verfahrensvorschriften in den Mitgliedstaaten vor.<sup>108</sup>

Die Richtlinie gilt nur für Verschmelzungen, bei denen mindestens eine Kapitalgesellschaft dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegt. Damit scheiden solche Verschmelzungen aus, bei denen sich zwei inländische Gesellschaften auf eine in einem anderen Mitgliedstaat neu zu gründende Gesellschaft verschmelzen.<sup>109</sup>

## 2. (Hinaus-)Spaltung

Zur Wegzugproblematik bei grenzüberschreitenden Spaltungen gibt es bisher noch keine Entscheidung. Da *Cartesio* generell von der Zulässigkeit von Hinaus-Umwandlungen ausgeht, dürften auch Hinaus-Spaltungen dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit unterfallen.<sup>110</sup>

## 3. (Hinaus-)Rechtsformwechsel

Der EuGH hat in *Cartesio obiter dictum* eindeutig den Wegzug anlässlich einer grenzüberschreitenden Umwandlung in eine Rechtsform des Zuzugsstaates – im Gegensatz zur rechtsformwahrenden Verlegung des Verwaltungssitzes – zugelassen. Diese Schlussfolgerung war nach den Urteilen *Daily Mail* und *Überseering*, die eine Fortexistenz der Gesellschaft bei Grenzübertritt als Bedingung für die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ohne genaue Unterscheidung nach dem weiteren Vorgang im Zuzugsstaat forderten, nicht unbedingt zu erwarten. Die Untersagung des Wegzuges bei Verlegung des Verwaltungssitzes und Umwandlung in eine Rechtsform des Zuzugsstaates stelle eine Beschränkung dar, die nur aus zwingenden Gründen des

<sup>106</sup> RL 2005/56/EG vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten; Umsetzung in Deutschland durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, am 25.4.2007 in Kraft getreten, BGBl. 2007 I, 542.

<sup>107</sup> *Spahlinger/Wegen*, (Fn. 83), S. 723.

<sup>108</sup> *Bayer/Schmidt*, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht (2004-2007), BB 2008, S. 456; *Geyrhalter/Weber*, (Fn. 103), S. 149; vgl. Art. 10, 11 der RL: Bescheinigung über Einhaltung der nationalen Vorschriften kann im Staat des übernehmenden Rechtsträgers für die Durchführung vorgelegt werden.

<sup>109</sup> *Spahlinger/Wegen*, (Fn. 83), S. 722.

<sup>110</sup> *Drinhausen*, (Fn. 85), Einl. C, Rdnr. 30; *Gottschalk*, (Fn. 83), S. 84; *Herrler*, (Fn. 50), S. 488; *Spahlinger/Wegen*, (Fn. 83), S. 725; *Geyrhalter/Weber*, (Fn. 103), S. 150.

Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann.<sup>111</sup> Als Begründung für die unterschiedliche Behandlung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung und des grenzüberschreitenden Formwechsels gab der EuGH an, dass sich bei einer Umwandlung in eine Rechtsform des Zuzugsstaates das anwendbare Recht ändert.<sup>112</sup> Die Gesellschaft verlässt die Rechtsordnung, die ihr bisher die Existenz verliehen hat, und will ihre Rechtsfähigkeit nun von einem anderen Mitgliedstaat ableiten. Der Gründungsstaat soll eine Gesellschaft nicht einfach durch ihre Auflösung oder Liquidation daran hindern können, sich in eine Gesellschaft nach dem nationalen Recht eines anderen Mitgliedstaates umzuwandeln. Zwar steht dies unter dem Vorbehalt, dass der Zuzugsstaat diese Umwandlung auch zulässt (siehe oben), aber wenn diese Voraussetzung gegeben ist, kann der Gründungsstaat den Wegzug nur in engen Grenzen verhindern.

## D. Die Rechtssache „VALE“

In der derzeit anhängigen Rechtssache *VALE*<sup>113</sup> geht es um eine Gesellschaft italienischen Rechts, die ihren Satzungs- und Verwaltungssitz nach Ungarn verlegen und sich in eine ungarische Gesellschaft umwandeln wollte. Nach ungarischem Recht ist ein Rechtsformwechsel nur durch innerstaatliche Sitzverlegung oder Gründung einer neuen juristischen Person als Gesamtrechtsnachfolgerin möglich.<sup>114</sup> Die italienische Gesellschaft VALE Costruzioni hat sich daher im italienischen Handelsregister löschen lassen und die Gesellschaft Vale Építési in Ungarn neu gegründet. Das ungarische Handelsregistergericht hat die Eintragung der VALE Costruzioni als Rechtsvorgängerin jedoch zurückgewiesen, da nach ungarischem Recht nur ungarische Gesellschaften als Rechtsvorgänger eingetragen werden können.

Der Generalanwalt *Jääskinen* führt aus, dass die Niederlassungsfreiheit auf diese Konstellation anwendbar ist, da sich mit der Sitzverlegung und der Neugründung das auf die Gesellschaft anwendbare Recht ändert.<sup>115</sup> Der Zuzugsstaat Ungarn hat daher die Eintragung einer Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaates als ihre Rechtsvorgängerin grundsätzlich zuzulassen.<sup>116</sup> Der Zuzugsstaat müsse die Umwandlung durch

<sup>111</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnrn. 111-113; möglicher zwingender Grund könnte insb. der Gläubigerschutz sein, vgl. dazu *Leible/Hoffmann*, (Fn. 41), S. 60; *Mörsdorf*, (Fn. 46), S. 99; *Kindler*, Ende der Diskussion über die so genannte Wegzugsfreiheit, NZG 2009, S. 131.

<sup>112</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnr. 111; *Korom/Metzinger*, (Fn. 44), S. 154.

<sup>113</sup> EuGH, Rs. C-378/10, Vorabentscheidungsersuchen des Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága (Republik Ungarn), eingereicht am 28.7.2010 – *VALE Építési Kft*.

<sup>114</sup> Schlussanträge GA *Jääskinen* v. 15.12.2011 zu EuGH, Rs. C-378/10, *VALE*, Nr. 30.

<sup>115</sup> *Ibid.*, Nr. 69.

<sup>116</sup> *Ibid.*, Nr. 77.

Eintragung der Gesamtrechtsnachfolge – wie dies im nationalen Recht für inländische Gesellschaften vorgesehen ist<sup>117</sup> – auch für ausländische Gesellschaften ermöglichen.<sup>118</sup> Wie bei *SEVIC* erfordere dies die Behebung der Diskriminierung und die Anwendung der nationalen Vorschriften auf ausländische Gesellschaften – mit Ausnahme der Vorschriften, die die Eintragung deshalb verhindern, weil das nationale Recht eine solche grenzüberschreitende Neugründung nicht vorsieht.<sup>119</sup> Dass das ungarische Recht eine Umwandlung von einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in dieselbe Rechtsform nicht zulasse,<sup>120</sup> bleibt daher unberücksichtigt. Jedoch kann von den zuziehenden Gesellschaften verlangt werden, dass sie die sonstigen Vorschriften beachten, die das nationale Recht bei innerstaatlichen Umwandlungen an ihre eigenen Gesellschaften stellt, beispielsweise bestimmte Anforderungen an das Gesellschaftskapital.<sup>121</sup>

Ebenso wie in *SEVIC* gesteht der Generalanwalt den Aufnahmestaaten darüber hinaus allerdings das Recht zu, aufgrund der „Besonderheit der Situation“, die die Grenzüberschreitung mit sich bringt, spezifische Regeln zu erlassen, soweit diese nicht diskriminierend und verhältnismäßig sind.<sup>122</sup>

Im vorliegenden Fall bestand jedoch zusätzlich das Problem, dass die VALE Costruzioni als Vorgängergesellschaft bereits vor Eintragung der Gesamtrechtsnachfolge gelöscht wurde und somit derzeit nicht mehr als juristische Person existiert. Jedoch besteht nach italienischem Recht die Möglichkeit der Aufhebung dieser Löschung.<sup>123</sup> Wird diese durchgeführt, so ist zu erwarten, dass der EuGH im Sinne seiner eigenen Rechtsprechung aus *SEVIC* und den Überlegungen des Generalanwalts folgt, und in der Verweigerung der Eintragung der Gesamtrechtsnachfolge im ungarischen Handelsregister einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit sieht.

<sup>117</sup> Ibid., Nr. 30, vgl. den Verweis in den erwähnten Fußnoten auf die ungarischen Vorschriften.

<sup>118</sup> Ibid., Nr. 80 (4).

<sup>119</sup> Ibid., Nrn. 72-75.

<sup>120</sup> Ibid., Nr. 32.

<sup>121</sup> Ibid., Nr. 75; vgl. hierzu OLG Nürnberg, Beschluss vom 13.2.2012 – 12 W 2361/11, NZG 2012, 471: „Denn selbst wenn aus Art. 49, 54 AEUV eine Verpflichtung folgen sollte, eine grenzüberschreitende Sitzverlegung unter entsprechender Anwendung der nationalen Umwandlungsvorschriften bzw. der entsprechenden Vorschriften über die europäischen Gesellschaftsformen zuzulassen, so wären jedenfalls deren Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt.“ *Ruiner*, Fortentwicklung des EuGH-Urteils in der Rs. *Cartesio* durch die Schlussanträge des GA Jääskinen in der Rs. *Vale Építési kft.*, IStR 2012, S. 259; *Schneider*, OLG Nürnberg: Keine grenzüberschreitende Verlegung des Satzungs- und Verwaltungssitzes unter identitätswahrendem Formwechsel, BB 2012, S. 992: „Gibt es dafür im Zuzugsstaat einen gesetzlichen Rahmen, ist dieser zu beachten.“

<sup>122</sup> Schlussanträge GA *Jääskinen* v. 15.12.2011 zu EuGH, Rs. C-378/10, *VALE*, Nr. 76; vgl. dazu EuGH, Rs. C-411/03, *SEVIC*, Slg. 2005, I-10805, Rdnr. 27, „spezifische Probleme“ bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen.

<sup>123</sup> Schlussanträge GA *Jääskinen* v. 15.12.2011 zu EuGH, Rs. C-378/10, *VALE*, Nr. 41.

Dabei stellt sich die Frage, ob die Neugründung der Gesellschaft überhaupt erforderlich war. Nach ungarischem Recht kann eine Gesellschaft ihre Rechtsform auch durch inländische Sitzverlegung ändern.<sup>124</sup> Dies stand im konkreten Fall nicht zur Entscheidung, da VALE Costruzioni bereits in Ungarn eine neue Gesellschaft gegründet hatte. Legt man jedoch die Ausführungen des Generalanwalts *Jääskinen* zugrunde, der unter Berücksichtigung von *SEVIC* eine nichtdiskriminierende Anwendung der nationalen Vorschriften fordert, so hätte auch der Rechtsformwechsel im Rahmen einer Sitzverlegung für die italienische Gesellschaft VALE Costruzioni möglich sein müssen.<sup>125</sup>

Interessant ist außerdem die Frage, wie der Fall zu behandeln wäre, wenn Ungarn entsprechende nationale Vorschriften für die Umwandlung gar nicht vorgesehen hätte. *Cartesio* hat diese Frage offen gelassen.<sup>126</sup> Geht man davon aus, dass der Zugangsstaat seine nationalen Vorschriften nur diskriminierungsfrei anzuwenden hat, folgt daraus noch keine Verpflichtung, Umwandlungen nach nationalem Recht zu ermöglichen.<sup>127</sup> Der EuGH hat jedoch in *Cartesio* angedeutet, dass möglicherweise die Vorschriften über die Europäische Gesellschaft oder Europäische Genossenschaft entsprechende Anwendung finden könnten, falls nationale Vorschriften fehlen.<sup>128</sup> In *Cartesio* wurde die Anwendung der Unionsvorschriften mit der Begründung abgelehnt, dass sich das auf die Gesellschaft anwendbare Recht bei einer bloßen Verwaltungssitzverlegung nicht ändert.<sup>129</sup> Ob eine solche Anwendung bei einem grenzüberschreitendem Rechtsformwechsel in Betracht kommt, ist bisher ungeklärt.

Es ist daher abzuwarten, ob der EuGH in seinem Urteil zu diesen Fragen Stellung nehmen wird. Wie bereits in *Cartesio* gesehen, macht der EuGH gelegentlich auch Ausführungen zu Konstellationen, die für die Beantwortung der Vorlagefrage nicht maßgeblich sind, aber doch damit in Zusammenhang stehen.

<sup>124</sup> Ibid., Nr. 30.

<sup>125</sup> Dieser Auffassung folgt auch das OLG Nürnberg, (Fn. 121), S. 470 hinsichtlich einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung und Rechtsformwechsel einer luxemburgischen Gesellschaft in eine deutsche GmbH: „In seinen in diesem Verfahren gestellten Schlussanträgen vom 15.12.2011 vertritt der Generalanwalt die Ansicht, die Art. 49 und 54 AEUV seien auf den Fall der grenzüberschreitenden Sitzverlegung unter Änderung des anwendbaren Rechts und unter entsprechendem Formwechsel anwendbar.“ *Thiermann*, (Fn. 100), S. 212.

<sup>126</sup> Vgl. hierzu schon die Ausführungen zum (Hinein-)Rechtsformwechsel unter C.II.3. zur Frage, wie die Formulierung „nach diesem Recht möglich“ zu verstehen ist.

<sup>127</sup> *Ruiner*, (Fn. 121), S. 258; *Zimmer/Naendrup*, (Fn. 38), S. 548; *Thiermann*, (Fn. 100), S. 210.

<sup>128</sup> EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rdnrn. 115-120.

<sup>129</sup> Ibid., Rdnrn. 117-119.

## E. Ausblick

### I. Folgen für das deutsche Gesellschaftsrecht

Während für grenzüberschreitende Verschmelzungen bereits die entsprechenden Vorschriften im UmwG geschaffen wurden, gilt dies für die grenzüberschreitende Spaltung und den grenzüberschreitenden Formwechsel noch nicht. Erst jüngst hat das OLG Nürnberg einen Hinein-Rechtsformwechsel einer luxemburgischen Gesellschaft in eine deutsche GmbH mit dem Hinweis auf § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwG in Verbindung mit § 190 ff. UmwG abgelehnt, da diese Vorschriften nur für Rechtsträger mit Sitz im Inland gelten.<sup>130</sup> Aus *SEVIC* und den Schlussanträgen des Generalanwalts in *VALE* lässt sich jedoch schließen, dass die Hinein-Umwandlung grundsätzlich zuzulassen ist und § 1 Abs. 1 UmwG daher ohne die Worte „im Inland“ zu lesen ist.<sup>131</sup> Das deutsche Gesellschaftsrecht muss Hinein-Umwandlungen von im EU-Ausland gegründeten Gesellschaften diskriminierungsfrei zulassen.<sup>132</sup> Beschränkungen für ausländische Gesellschaften, die aus den Besonderheiten einer grenzüberschreitenden Umwandlung folgen, können nur durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein.<sup>133</sup>

Anpassungsbedarf gibt es auch bei Hinaus-Umwandlungen. Das OLG München hatte in 2007 einer deutschen GmbH den Hinaus-Rechtsformwechsel im Rahmen einer Satzungs- und Verwaltungssitzverlegung nach Portugal noch untersagt, da sie dadurch ihren inländischen Satzungssitz verliert und somit als aufgelöst gilt.<sup>134</sup> Infolge von *Cartesio* ist diese Auffassung jedoch nicht mehr zu halten. § 4a GmbHG und § 5 AktG müssten erneut überarbeitet und entsprechend angepasst werden, dass das Erfordernis eines inländischen Satzungssitzes zumindest einer Hinaus-Umwandlung nicht entgegensteht.<sup>135</sup>

### II. Reform des Internationalen Privatrechts

Durch zahlreiche Rechtsformen der Mitgliedstaaten ergeben sich diverse Kombinationsmöglichkeiten für Umwandlungen. Um diese Vorgänge rechtssicher regeln zu können, ist eine Änderung des Kollisionsrechts notwendig.<sup>136</sup>

<sup>130</sup> OLG Nürnberg, (Fn. 121), S. 469.

<sup>131</sup> *Zimmer/Nændrup*, (Fn. 38), S. 549; Mörsdorf, (Fn. 46), S. 100; *Leible/Hoffmann*, (Fn. 41), S. 63; in diesem Sinne auch *Schneider*, (Fn. 121), S. 992.

<sup>132</sup> *Drinhausen*, (Fn. 85), Einl. C, Rdnr. 33.

<sup>133</sup> *Ibid.*, Rdnr. 34.

<sup>134</sup> OLG München, Beschluss vom 4.10.2007 – 31 Wx 36/07, NZG 2007, 915.

<sup>135</sup> *Zimmer/Nændrup*, (Fn. 38), S. 549.

<sup>136</sup> Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, das der Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG dient, Drs. 16/2919 v. 12.10.2006, S. 11.

Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums zum Internationalen Gesellschaftsrecht sieht in einem neuen Art. 10a für grenzüberschreitende Umwandlungen durch Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung eine kumulative Erfüllung der Gründungsrechte der beteiligten Gesellschaften vor. Damit wäre die Vereinigungstheorie kodifiziert.<sup>137</sup>

Ein grenzüberschreitender Rechtsformwechsel mit Änderung des anwendbaren Rechts ist nach dem neuen Art. 10b nur dann zulässig, wenn die sachrechtlichen Vorschriften des Zuzugs- und Wegzugsstaates dies gestatten.<sup>138</sup> Infolge von *Cartesio* müssen jedoch Vorschriften, die den Wegzug im Rahmen eines grenzüberschreitenden Rechtsformwechsels beschränken, gerechtfertigt sein. Im Zuzugsstaat gebietet *SEVIC* die diskriminierungsfreie Anwendung der nationalen Vorschriften auf grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel.

### III. Fazit

Mit der Liberalisierung des Zuzuges bei Sitzverlegungen hat die Anzahl der Briefkastengesellschaften, insbesondere englischer Limiteds, deutlich zugenommen.<sup>139</sup> Nationale Gesetzgeber reagieren auf diesen Vorgang, indem sie flexiblere Gesellschaftsformen für Existenzgründer schaffen, wie zum Beispiel die haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft in Deutschland. Hinsichtlich des Wegzuges bei Sitzverlegungen lässt der EuGH den Mitgliedstaaten mehr Entscheidungsfreiheit, was jedoch Gesellschaften aus einem Sitztheorie-Staat deutlich benachteiligt. Es wäre zu begrüßen, wenn der EuGH seine Rechtsprechung aus *Cartesio* endlich aufgibt und die Wegzugsfälle in allen Konstellationen der Niederlassungsfreiheit unterstellt.

Bei den Umwandlungen ist eine solche Tendenz bereits erkennbar. Die Rechtssache *VALE* wird hoffentlich einige offene Fragen klären – insbesondere könnte der EuGH die Gelegenheit nutzen, die Rechtslage zum Hinein-Rechtsformwechsel grundlegend zu klären. Dabei ist zu erwarten, dass der EuGH seine Rechtsprechung aus *SEVIC* bestätigen und die diskriminierungsfreie Anwendung der nationalen Umwandlungsvorschriften fordern wird.

Auch die Problematik hinsichtlich des Hinaus-Rechtsformwechsels, die bisher nur beiläufig in *Cartesio* angesprochen wurde, könnte der EuGH aufgreifen. Da der Herkunftsstaat Italien in *VALE* die Verlegung des Satzungssitzes und Umwandlung

<sup>137</sup> Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, (Fn. 82), S. 13; *Schulz/Schröder*, (Fn. 83), S. 142.

<sup>138</sup> Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, (Fn. 82), S. 13 f.; *Rothheimer*, Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2008, S. 181.

<sup>139</sup> *Weber*, Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt), BB 2009, S. 842.

in eine Rechtsform des Zuzugsstaates grundsätzlich zulässt,<sup>140</sup> muss sich der EuGH dazu aber nicht unbedingt äußern.

Offen bleiben wird möglicherweise weiterhin die Frage, was passiert, wenn der Zuzugsstaat im nationalen Recht keine Umwandlungsvorschriften vorsieht. Solange diese Konstellation dem EuGH nicht vorgelegt wird und er nicht zufällig dazu Stellung nimmt, wird dies weiterhin die wissenschaftliche Diskussion beleben.

---

<sup>140</sup> Schlussanträge GA Jääskinen v. 15.12.2011 zu EuGH, Rs. C-378/10, *VALE*, Nr. 40.