

Sitz und Sitzverlegung im europäischen Gesellschaftsrecht

Prof. Dr. Günter H. Roth, Innsbruck

Das Projekt der Europäischen Privatgesellschaft (SPE) wurde unter der schwedischen Ratspräsidentschaft, also im zweiten Halbjahr 2009, mit Vorrang betrieben, mit dem Ziel, noch vor Jahresende ein konsensfähiges Konzept auf den Weg zu bringen. Dieses ehrgeizige Vorhaben ist zunächst einmal gescheitert, und zwar hauptsächlich am Problem der Sitzregelung, Art. 7 des VO-Entwurfs. Schon darin beweist sich der hohe Stellenwert der Sitzfrage im europäischen Gesellschaftsrecht – einer Problematik, die ihre Brisanz aus gegensätzlichen Auffassungen in den nationalen Gesellschaftsrechten bezieht und seit 1999 durch die Judikatur des EuGH noch verschärft wurde.

Mit der Sitzfrage wiederum hängt diejenige der Sitzverlegung zusammen, womit eine Verlegung über die nationalstaatlichen Grenzen hinweg gemeint ist, und diese Sitzverlegung gewinnt ihre wachsende Bedeutung vor dem Hintergrund einer europaweiten oder sogar globalen Wirtschaft und Unternehmenstätigkeit einerseits, dem Wunsch der Unternehmer nach Optimierung der rechtlichen Rahmenbedingungen andererseits.

Warum ist der Sitz der Gesellschaft so wichtig? Nun, jede Gesellschaft bezieht ihre rechtliche Existenz aus einer nationalen Rechtsordnung und gehört dieser an, ebenso wie der Mensch Angehöriger eines bestimmten Staates ist. Eine Ausnahme hiervon wäre lediglich die Gesellschaft, die allein nach internationalem oder europäischem Recht verfasst ist; aber selbst die bislang existierenden oder diskutierten europäischen Gesellschaftsformen, von der EWIV und Europäischen Aktiengesellschaft (SE) bis zur SPE, können noch immer nicht ohne eine nationale Anknüpfung auskommen, wenngleich hier die meisten wichtigeren gesellschaftsrechtlichen Vorgaben durch Einheitsrecht geregelt und damit aus der nationalen Gesetzgebungsautonomie herausgenommen sind.

Die nationale Anknüpfung richtet sich nach dem Sitz, und mit der Verlegung des Sitzes in ein anderes Land verändert man die rechtliche Zuordnung. Diese Zusammenhänge werden nun aber dadurch kompliziert, dass es zwei Arten des Sitzes zu unterscheiden gilt, und zum Verhältnis dieser beiden Sitze zueinander zwei divergierende Konzeptionen oder sog. „Theorien“:

1. Jede Gesellschaft hat einen Verwaltungssitz oder tatsächlichen Sitz, Hauptverwaltung, wirtschaftlichen Schwerpunkt.
2. Jede Kapitalgesellschaft muss in ihrer Satzung einen Sitz statutarisch festlegen (= Satzungssitz), und zwar als Ort in dem Land, dem sie angehören will, nach dessen Recht sie also gegründet und in dessen Register sie mit diesem Sitz (= registered office) eingetragen werden soll.
3. Dementsprechend ist bei der Sitzverlegung zu unterscheiden zwischen der Verlegung des tatsächlichen und derjenigen des statutarischen Sitzes; die letztere ist gleichbedeutend mit einer Umwandlung in die ausländische Rechtsform.
4. Die Quelle aller Meinungsverschiedenheiten ist, ob der Satzungssitz unabhängig vom Verwaltungssitz gewählt und aufrechterhalten werden kann oder ob seine Festlegung von jenem abhängt.

I. Die Sitzwahl

Es gibt auf der einen Seite die Länder der Sitztheorie, die wie Österreich und Deutschland verlangen, dass Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz in ihrem Hoheitsgebiet sich auch ihrer Rechtsordnung unterwerfen,¹ und es gibt auf der anderen Seite die Länder der Gründungstheorie, die es einheimischen Unternehmen freistellen, sich als Gesellschaft ausländischen Rechts zu gründen, und umgekehrt Gesellschaften mit ausländischem Verwaltungssitz in ihr Recht aufnehmen, oder die in einer gemäßigten Variante zum Staat der Wahl nur, aber doch immerhin irgendeine tatsächliche Beziehung, ein genuine link, verlangen.² Das darf ich als bekannt voraussetzen, daher nur ein paar Stichworte: Hinter der Dichotomie stehen Rechtsschutzüberlegungen: Die Länder der Sitztheorie sehen das Bedürfnis nach einem stärkeren rechtlichen Interessenschutz, z.B. Schutz der Gläubigerinteressen bei Haftungsbeschränkung, der Arbeitnehmerinteressen durch gesetzlich verordnete Mitbestimmung; sie haben sich daher ein stärker durchreguliertes Gesellschaftsrecht gegeben – beispielsweise mit notarieller Form – und wollen nun diesen Interessenschutz zumindest bei den Gesellschaften gewährleisten, die schwerpunktmäßig im Inland agieren. Die Länder der Gründungstheorie vertrauen von vornherein stärker auf die

¹ S. für Österreich § 10 IPRG, für Deutschland BGHZ 97, 269; BGH JZ 1992, 579; ZIP 2000, 967; 2002, 1763; BGHZ 153, 353 = ZIP 2003, 720; ZIP 2008, 2411; OLG Hamburg, ZIP 2007, 1108 = NZG 2007, 597; BayObLG DB 1992, 1400; 1998, 2318.

² *Ebenroth/Bippus* DB 1988, 842; Münchener Kommentar/*Kindler*, IntGesR Rn 322ff; OLG Düsseldorf ZIP 1995, 1009; *Kersting*, Brook. J. Int. Law 28 [2002], 1, 25 ff; *Tsouganatos*, Vanderbilt J. of Transnational L. 19 [1986], 477, 489; *Roth*, in: Anerkennungs-/Herkunftslandsprinzip in Europa (WiR, Hsg, 2009), 111, 119; *Roth/Wasserer*, in: Legal Narratives (Grabher/Gamper, Hsg, 2009), 195, 205.

Privatautonomie bzw die unsichtbare Hand des Marktes, des Wettbewerbs, und das nicht nur in der sachrechtlichen Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses, sondern auch in der Wahl der anwendbaren Rechtsordnung. Damit untergraben die Staaten der Gründungstheorie den Regelungsanspruch der Sitztheoriestaaten, was die letzteren im Geltungsbereich ihres Rechts nicht hingenommen haben.

Die Europäische Gemeinschaft hat sich seit den 60er Jahren erfolglos um eine Lösung dieses Konflikts bemüht, bis schließlich der EuGH seit 1999, seit dem Urteil Centros, seine eigene Rspr-Linie entwickelte, gestützt auf die Niederlassungsfreiheit: „Wenn also ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und anschließend in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet, so übt er damit seine Niederlassungsfreiheit aus“ (Inspire Art).³ Wobei dann diese zuletzt apostrophierten „Zweigniederlassungen“ das eigentliche oder einzige Unternehmen der Gesellschaft darstellen, wenn diese im Gründungsstaat keinerlei unternehmerische Aktivitäten entfaltet. Damit überlässt der EuGH es zwar weiterhin den Mitgliedstaaten, welche tatsächlichen Anknüpfungsmerkmale bis hin zum inländischen Verwaltungssitz sie von der Gesellschaft für eine Zuordnung zu ihrer Rechtsordnung verlangen, und verhält sich damit scheinbar neutral im Theorienkonflikt. Doch die auf dieser Grundlage einmal hergestellte Zuordnung zu einem bestimmten Staat muss dann von allen anderen Staaten anerkannt werden, auch die Zuordnung zu einem Mitgliedstaat, der gemäß der Gründungstheorie unterschiedslos Gesellschaften mit ausländischem Verwaltungssitz bei sich aufnimmt, und damit schlägt der EuGH sich im Ergebnis auf die Seite der Gründungstheorie. Der deutsche Gesetzgeber bereitet sich übrigens schon darauf vor, es ihm gleichzutun und mit ausdrücklicher Regelung im nationalen IPR (EGBGB Art 10 – 10b) zur Gründungstheorie überzugehen.⁴

Der EuGH hat auch nicht wirklich zu begründen versucht, warum das Interesse der Gründer, sich das komfortabelste Recht auszusuchen, schutzwürdig sein sollte, oder schutzwürdiger als das Regulierungsinteresse des meistbetroffenen Staates (das bspw im europäischen Bankrecht

³ Urteil v 30.9.2003, Rs C-167/01, Slg 2003 I-10155; ähnlich vorher schon Centros, Urteil v 9.3.1999, Rs C-212/97, Slg 1999 I-1459.

⁴ Deutscher Ref.-Entwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht v. 7.1.2008, dazu abl Roth, FS Westermann (2008) 1345.

problemlos anerkannt und festgeschrieben wurde).⁵ Sofern sich hier nicht überhaupt ein marktliberales Vorverständnis unreflektiert Bahn gebrochen hat,⁶ scheinen den EuGH eher Erwägungen der Rechtssicherheit einerseits, der „comity“ unter den Mitgliedstaaten andererseits bewogen zu haben, etwa in dem Sinn: Die in einem Staat hergestellte Rechtslage gilt einheitlich in allen anderen und wird dort respektiert.

Die SPE-VO sollte nach dem Vorschlag der Kommission in Art 7 die ungeschmälernte Gründungstheorie übernehmen: Die Gesellschaft soll Sitz (gemeint: Satzungssitz) und Hauptverwaltung in verschiedenen Mitgliedstaaten haben können. Das konnten die Staaten der Sitztheorie nicht akzeptieren, die noch kurz zuvor bei der SE-VO den Gleichlauf von Satzungs- und Verwaltungssitz im Kern durchzusetzen vermochten. Eine erste Kompromissvariante wollte sich angesichts dessen nicht explizit festlegen, sondern auf „das innerstaatliche Recht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht“ verweisen, womit wohl die Niederlassungsfreiheit in ihrer Interpretation durch den EuGH gemeint war und seine Centros-Judikatur durch die Hintertür hereingelassen werden sollte. Die letzte Kompromissvariante vom November 2009 hätte demgegenüber den Gleichlauf von Satzungs- und Verwaltungssitz immerhin für die Dauer von zwei Jahren festgeschrieben.

Von grundsätzlicher Bedeutung ist der erwähnte erste Kompromissvorschlag, weil hier unmittelbar die Brücke zur primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit geschlagen wird. Beachtung verlangt diese aber in jedem Fall, unabhängig von einer ausdrücklichen Bezugnahme, weil ja auch das Sekundärrecht der Gemeinschaft, und nicht nur das nationale Recht der Mitgliedstaaten, prinzipiell unter dem Vorrang des Primärrechts steht und der EuGH daher das Recht für sich in Anspruch nimmt, seine Interpretation der Grundfreiheiten selbst über den gemeinschaftlichen Willen der Mitgliedstaaten zu stellen, den diese im Rat als Sekundärgesetzgeber artikulieren.⁷ Deshalb wurde das Bekenntnis zur Gründungstheorie in der Urfassung des Art 7 von vielen als schlichter und notwendiger Vollzug der einschlägigen EuGH-Rspr außer Diskussion gestellt, und ebenso liest man zur Sitzverlegung in der jüngsten Entschließung des Europäischen Parlaments (vom 10.3.2009), „dass eine Regel, wonach eine Gesellschaft ihre Hauptniederlassung und ihren eingetragenen Sitz in demselben Mitgliedstaat

⁵ Dazu *Roth*, Europäische Niederlassungsfreiheit und nationaler Risikoschutz: Bankrecht und Gesellschaftsrecht, in: FS Koziol (2010), 1095.

⁶ Vgl *Klamert*, in: Anerkennungs-/Herkunftslandsprinzip in Europa (WiR, Hsg, 2009), 47, 56: das in der Rspr des EuGH entwickelte allgemeine Beschränkungsverbot als Deregulierungsmodell sui generis.

⁷ *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf* EGV vor Art 39 Rn 49; *Forsthoff* IStR 2006, 222; aus der Rspr des EuGH zB Rs C-169/99 - Schwarzkopf.

haben muss, der Rspr des Gerichtshofs über die Niederlassungsfreiheit zuwiderlaufen würde“. Aus dieser Sicht müsste man dann umgekehrt fragen, wie eine Festschreibung des Gleichlaufs von Satzungs- und Verwaltungssitz in dem letzten Vorschlag zu Art 7 ebenso wie in der SE-VO überhaupt noch mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sein soll.

Doch ein solches Verständnis von der EuGH-Rspr ist falsch; denn der Gerichtshof lässt ja seit Daily Mail,⁸ bekräftigt zuletzt 2008 in Cartesio,⁹ dem Mitgliedstaat die Freiheit, für eine Gründung nach seinem Recht den Gleichlauf von Satzungs- und Verwaltungssitz vorzuschreiben. Dasselbe gilt konsequenterweise für eine Gesellschaftsgründung, die alle Mitgliedstaaten gemeinsam im Gemeinschaftsrecht verankern. Wenn eine Rechtsordnung diesen Gleichlauf nicht verlangt, ist das zwar von anderen Mitgliedstaaten zu akzeptieren; das heißt aber nicht, dass alle Mitgliedstaaten ein solches liberales Regime bei sich oder im Gemeinschaftsrecht einführen müssten. Vielmehr ist die Gemeinschaft darin ebenso frei wie der einzelne Mitgliedstaat, soweit es eine Gründung nach seinem Recht betrifft.

Noch nicht berücksichtigt ist dabei eine Modifikation, die der EuGH selbst kürzlich an versteckter Stelle angedeutet hat und deren Tragweite völlig ungeklärt ist. Er hat nämlich in seinem Cadbury-Schweppes-Urteil¹⁰ 2006 die Niederlassungsfreiheit urplötzlich wesentlich enger interpretiert und die willkürliche Wahl eines Sitzungssitzes, ohne tatsächliche Beziehungen zum Land der Wahl, nicht mehr geschützt. Eine durch die Niederlassungsfreiheit geschützte Gesellschaftsgründung müsse „mit einer tatsächlichen Ansiedlung zusammenhängen, deren Zweck darin besteht, wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeiten im Aufnahmemitgliedstaat nachzugehen“, die „objektiv nachprüfbar“ sein müssten, u.a. durch „das greifbare Vorhandensein der ausländischen Gesellschaft in Form von Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen.“ Verwirrend ist hierbei zwar, dass die fragliche Gesellschaft zuletzt als „ausländische“ bezeichnet wird; denn nach dem Sinnzusammenhang ist eindeutig, dass mit dem „Aufnahmemitgliedstaat“ der Gründungsstaat gemeint ist, in dem sie zur inländischen Gesellschaft wird. Aber klar wird jedenfalls, dass die Gesellschaft dort nicht als bloße „Briefkastenfirma“ (so im Originaltext), „bar jeder wirtschaftlichen Realität“, gegründet werden darf. Verdeutlicht wird das noch durch die Schlussanträge des Generalanwalts (Léger). Ich meine daher mit dem Generalanwalt Poiares

⁸ Urteil v 27.9.1988, Rs 81/87, Slg 1988, 5483.

⁹ Urteil v 16.12.2008, Rs C-210/06, in ZIP 2009, 24 veröffentlicht.

¹⁰ Urteil v 12.9.2006, Rs C-196/04, Slg 2006 I-7995.

Maduro (in seinen Schlussanträgen in *Cartesio* 2008),¹¹ dass das nur als eine erhebliche Einschränkung der Centros-Judikatur interpretiert werden kann.

Richtig ist freilich, dass *Cadbury-Schweppes* eine steuerrechtliche Fragestellung betrifft und gesellschaftsrechtliche Implikationen dieser Entscheidung bislang weitgehend¹² ignoriert wurden. Zugegebenermaßen gibt es noch weitere Unterschiede, die es dem EuGH ermöglichen würden, sich bei nächster Gelegenheit mittels der angloamerikanischen Kunst der *distinction* von seinen Aussagen wieder zu distanzieren,¹³ und so gilt es zunächst das klärende Wort des Gerichtshofs selbst hierzu abzuwarten.

2. Die Sitzverlegung

Bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung geht es zunächst einmal ebenso um das Verhältnis von Satzungssitz und Verwaltungssitz wie bei der Gründung der Gesellschaft. Will die deutsche Gesellschaft ihre Hauptverwaltung nach Österreich verlegen, so durchbricht sie damit den Gleichlauf mit dem Satzungssitz. Das mag aus der Wegzugsperspektive hingenommen werden, sofern das nationale Recht weiterhin angewandt wird; problematischer stellt es sich aus der Zuzugsperspektive dar. Will die Gesellschaft unter Beibehaltung ihres ursprünglichen Unternehmensschwerpunkts den Satzungssitz ins Ausland verlegen und damit zu einer ausländischen Gesellschaft werden, so gilt in kollisionsrechtlicher Hinsicht dasselbe; in seinen Regelungsinteressen hauptsächlich betroffen ist nunmehr der Wegzugsstaat. Außerdem kommt spätestens jetzt noch das gesellschaftsrechtliche Problem hinzu, dass das nationale Gesellschaftsrecht einen solchen Wechsel der Rechtsform unter Aufrechterhaltung der Identität der Gesellschaft nicht zulässt, sondern beim Wegzug als Auflösungsstatbestand behandelt, beim Zuzug eine Neugründung verlangt. Und das letztgenannte Hindernis stellt sich schließlich auch ein, wenn die Gesellschaft insgesamt ins Ausland übersiedeln, also Satzungs- und Verwaltungssitz zugleich dorthin verlegen will.

Die EuGH-Rsp zur freien Wahl des Registerstaats hatte die zwangsläufige Konsequenz, dass die nachträgliche Verlegung des Verwaltungssitzes aus dem Gründungsstaat heraus vom

¹¹ ZIP 2008, 1067 unter Tz 29.

¹² Ausnahmen: *Kindler* NZG 2009, 130; *Roth*, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht (2010) 12; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 4a Rn 43; auch die Entschließung des Europ. Parlaments v. 10.3.2009 zur Sitzverlegung.

¹³ Dazu *Roth*, Vorgaben (vorige Fn) 22; ausführlich *ders.*, Die Bedeutung von *Cadbury-Schweppes* für die Centros-Rspr des EuGH (im Erscheinen).

neuen Niederlassungsstaat ebenso akzeptiert werden muss (Überseering),¹⁴ wie er die ausländische Gründung akzeptieren muss, wenn der Verwaltungssitz sich von vornherein auf seinem Hoheitsgebiet befindet (Centros). Die Tragweite dieser Judikatur überschätzend, glaubte man aber weithin, dass mit Centros und Überseering die Sitzverlegung in all ihren Varianten entproblematisiert wäre, und man hielt damit insbes auch das alte Projekt einer Sitzverlegungs-RL für obsolet. Diese sollte nach dem Vorentwurf von 1997 die Verlegung des Satzungssitzes = den Wechsel der „Nationalität“ ermöglichen, und zwar zumindest die Verlegung des Satzungssitzes zusammen mit dem Verwaltungssitz. Denn die letztere Einschränkung zu treffen, sollte dem jeweiligen Aufnahmestaat vorbehalten bleiben.

Mittlerweile hat der EuGH aber in *Cartesio* 2008 die Reichweite seiner auf die Niederlassungsfreiheit gestützten Liberalisierung dahingehend präzisiert, dass die Zulassung der Sitzverlegung in all ihren Varianten weiterhin Sache des anwendbaren nationalen Rechts ist. Die Pointe ist lediglich, dass in diesem Sinne maßgeblich die Rechtsordnung ist, der die Gesellschaft sich wirksam unterstellt hat oder der sie sich durch den Wechsel ihres Gesellschaftsstatuts unterstellen möchte, und dass andere betroffene Mitgliedstaaten das zu akzeptieren haben. Wenn also das für die Gesellschaft gültige Recht den Wegzug des Verwaltungssitzes unter Beibehaltung der alten Nationalität erlaubt – und nur dann! –, kann die Gesellschaft davon Gebrauch machen und hat der Zuzugsstaat das hinzunehmen. Wenn die Gesellschaft sich durch Verlegung des Satzungssitzes einer anderen Rechtsordnung unterstellen möchte und deren Staat aufnahmebereit ist – und nur dann! –, hat der Wegzugsstaat das ohne Auflösung der Gesellschaft hinzunehmen. Ob letzteres auch gilt, wenn der Aufnahmestaat auch ohne die gleichzeitige Übersiedelung des Verwaltungssitzes zur Aufnahme bereit ist, lässt sich aus *Cartesio* nicht entnehmen.¹⁵ Zwar wäre das nur die nachträgliche Herstellung des Zustands, den Centros bei der Gründung billigt, aber die oben zitierte Begründungsformel von der Ausübung der Niederlassungsfreiheit lässt (durch Gründung der Gesellschaft im Erststaat und anschließende Errichtung von Zweigniederlassungen in Zweitstaaten) sich trotzdem auf den Verlegungsfall nicht 1:1 übertragen.

¹⁴ Urteil v 5.11.2002, Rs C-208/00, Slg 2002 I-9919.

¹⁵ Von der hM bejaht, s *Bayer/Schmidt* ZHR 173 (2009), 735, 754; *Otte/Rietschel* GmbH 2009, 983; *Teichmann* ZIP 2009, 393.

Für die grenzüberschreitende Mobilität der Gesellschaften kann angesichts dessen weiterhin ein Regelungsbedarf gesehen werden¹⁶ – so auch die erwähnte EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 10.3.2009 –, und zwar in der Richtung, dass die Sitzverlegung als Ausübung der Niederlassungsfreiheit unabhängig von der Wegzugs- und/oder Aufnahmebereitschaft der beteiligten Staaten ermöglicht wird und dass zur Wahrung von deren Schutzinteressen einheitliche Anforderungen festgelegt werden. Diese staatlichen Schutzinteressen betreffen für den Wegzugsstaat das Ausscheiden aus dem eigenen gesellschaftsrechtlichen Ordnungsrahmen, für den Zuzugsstaat die Einhaltung der von ihm aufgestellten Bedingungen, also seiner Gründungsvorschriften, durch den Newcomer. Es geht dabei also immer um den Wechsel der rechtlichen Zugehörigkeit oder Nationalität, um die Verlegung des Satzungssitzes (identitätswahrend = ohne Auflösung und Neugründung).

Ebenso kann das schutzwürdige Mobilitätsinteresse einer Gesellschaft nur die gemeinsame Verlegung von Satzungssitz und Verwaltungssitz betreffen, wenn man einmal – anders als das Europäische Parlament in seiner erwähnten EntschlieÙung – erkannt hat, dass ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz unabhängig vom anwendbaren Gesellschaftsstatut durch die Niederlassungsfreiheit per se nicht gewährleistet wird.¹⁷

Weitergehende Liberalisierungen der Sitzverlegung sind nicht durch die Niederlassungsfreiheit geboten – auch nicht nach deren extensiver Interpretation durch den EuGH –, sondern abhängig vom Willen der Mitgliedstaaten. Selbst wenn man den EuGH so versteht,¹⁸ dass auch der bloÙe Wechsel des Gesellschaftsstatuts, wenn vom Aufnahmestaat so ermöglicht, vom Staat des Verwaltungssitzes hingenommen werden muss, brauchen die Mitgliedstaaten gemeinsam im Sekundärrecht das ebenso wenig vorzusehen, wie der Aufnahmestaat dazu gezwungen ist.

Will man es dabei, wie nach dem früheren RL-Entwurf, als Kompromisslösung dem einzelnen Mitgliedstaat vorbehalten, die Verlegung des Satzungssitzes nur zusammen mit dem Verwaltungssitz (oder ihm nachfolgend) zuzulassen, so darf man allerdings nicht nur, wie damals vorgesehen, an den Aufnahmestaat, sondern muss auch an den Wegzugsstaat denken, der das bloÙe „Ausflagen“ inländischer Gesellschaften nicht hinnehmen möchte.

¹⁶ Ebenso bspw. *Leible/Hoffmann* BB 2009, 63; *Zimmer/Naendrup* NJW 2009, 549; *Mörsdorf* EuZW 2009, 102.

¹⁷ Erst noch zu erweisen hätte sich dann allerdings, ob das vielfach artikulierte Bedürfnis nach einer geordneten Sitzverlegung wirklich so groß ist, wenn der willkürliche Statutenwechsel zwecks Erlangung größtmöglicher Freiheit, zB Freiheit von Mitbestimmung, nicht als legitimes Bedürfnis anerkannt wird.

¹⁸ Oben bei und in Fn 15.

Denn hauptsächlich in seinen Interessen betroffen ist nicht der erstere, der ja die Regelungshoheit gewinnt, sondern der letztere, der sie verlieren soll.

Die Interessen des Wegzugsstaats wurden bisher nur unter dem Gesichtspunkt der Absicherung von Altgläubigern einerseits, der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer andererseits gesehen. Für deren Schutz gibt es taugliche Regelungsmodelle sowohl in dem alten RL-Entwurf wie auch in der Verschmelzungs-RL von 2005,¹⁹ im Recht der Europäischen Aktiengesellschaft etc.

Bei den Interessen des Aufnahmestaats andererseits kommt in den bisherigen Überlegungen dessen Kapitalschutzinteresse zu kurz. Wenn ein Staat bestimmte Gründungsvorschriften aufstellt, braucht er nicht zuzulassen, dass diese durch einen Rechtsformwechsel aus dem Ausland unterlaufen werden. Insoweit ist die Situation für Österreich und Deutschland eine andere als im nationalen Umwandlungsrecht, wo um der Vereinfachung willen Abstriche gemacht werden und bei einer Umwandlung zwischen inländischen Kapitalgesellschaften diejenige auf die GmbH als weniger problematisch (als „Herabstufung“ der rechtlichen Anforderungen) gelten kann und demzufolge vereinfacht wird. Das passt nicht mehr, wenn sich bspw eine britische private company in eine GmbH umwandeln möchte; denn im Vergleich zu ihr unterliegt die GmbH von Haus aus strengeren Anforderungen. Die Verschmelzung einer ausländischen Gesellschaft auf eine inländische Neugründung andererseits kann auch nicht unbeschadet als Modellregelung übernommen werden (dazu mehr im Anhang).

Im Vorentwurf von 1997 hieß es dazu zwar: „Nach Verlegung des satzungsmäßigen oder tatsächlichen Sitzes unterliegt die Gesellschaft dem Recht des Zuzugsstaats wie jede andere Gesellschaft dieses Staats. Sie hat daher ihre Satzung dem neuen Recht anzupassen.“ Daraus folgt wohl, dass eine geforderte Mindestkapitalausstattung gewährleistet sein muss, aber noch nicht unbedingt, dass auch die effektive Kapitalaufbringung nach inländischem Recht nachgeprüft wird. Ebenso unscharf ist in dieser Hinsicht die EntschlieÙung des Europäischen Parlaments, wenn dort der Aufnahmestaat ermächtigt wird zu prüfen, „ob die inhaltlichen und formalen Bedingungen für die Verlegung des Sitzes erfüllt sind“.

¹⁹ Zum Gläubigerschutz Art 4 Abs 2; Art 6 Abs 2 lit c; umgesetzt in § 122j dUmwG, § 13 öEU-VerschmG. Zur Mitbestimmung Art. 16.

Etwas einfacher, zumindest auf den ersten Blick, liegt der Fall bei den Formerfordernissen des Gründungsrechts. Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung ist die Satzung der neuen Gesellschaft notwendiger Inhalt des Verschmelzungsplans, dieser nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung notariell zu beurkunden (§§ 122c Abs 4 dUmwG, 5 Abs 5 EU-VerschG). Sinnentsprechend sieht für die Sitzverlegung bereits der Vorentwurf von 1997 einen Verlegungsplan vor, er könnte derselben Formalisierung unterworfen werden. Allerdings ist die Ausgangssituation im nationalen Umwandlungsrecht insofern eine andere, als bei der Verschmelzung der nationale Gesetzgeber sich hier auf die Formbedürftigkeit des Verschmelzungsvertrags berufen konnte (§§ 6 dUmwG, 222 öAktG),²⁰ der als Institut des Verschmelzungsprozesses allen beteiligten Gesellschaften aus allen beteiligten Ländern zuzurechnen ist.²¹ Demgegenüber bezieht bei der formwechselnden Umwandlung das im nationalen Recht vorfindbare Formerfordernis sich auf den Umwandlungsbeschluss (§§ 193 Abs 3 dUmwG, 239, 245 öAktG), der seinerseits allein dem Recht der alten, bei der Hereinverlegung des Sitzes also der ausländischen, Gesellschaftsform unterliegt und dort möglicherweise nicht formgebunden ist.²² Ratsam ist es deshalb, für die Formbedürftigkeit des Verlegungsplans einen Vorbehalt in der RL selbst zu verankern.

III. Zusammenfassung

Gewährleistet werden muss in einer Sitzverlegungs-RL vor allem auch, dass

1. zumindest der Wegzugsstaat sich ebenfalls den Gleichlauf von Satzungs- und Verwaltungssitz vorbehalten kann, wenn dies nicht schon in der RL selbst so festgeschrieben ist,
2. der Aufnahmestaat seine im Kapital- bzw Rechtsschutzinteresse aufgestellten Gründungsvorschriften zur Anwendung bringen kann.

Anhang: Kapitalschutz nach Verschmelzungs- und Umwandlungsrecht

1. Gründungsrecht grundsätzlich anwendbar

Sowohl bei der Verschmelzung durch Neugründung wie beim Formwechsel ist nach dUmwG klar, dass grdsL die Gründungsvorschriften auf die neue Gesellschaft bzw Gesellschaftsform anzuwenden sind, §§ 36 Abs 2, 197 dUmwG. Für die AG ist das sogar europarechtlich vorgegeben: 2. RL Art 13. Dementspr auch § 247 öAktG für den Formwechsel in eine AG, für die Verschmelzung durch Neugründung auf eine AG § 233 Abs 3 öAktG, auf eine GmbH ebenso kraft Verweisung in § 96 Abs 2 öGmbHG.

²⁰ Deren Grundlage sich wiederum in der Verschmelzungs-RL von 1978 findet: Art. 16.

²¹ *Lutter/Bayer*, UmwG § 122c Rn 7.

²² Der österr Gesetzgeber hat sich darüber allerdings bei der Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) hinweggesetzt: § 16 Abs 4 Z 1 SEG.

Daraus folgt ua, dass das Mindeststamm- bzw –grundkapitalerfordernis in der neuen Satzung einzuhalten ist.²³ Die wertmäßige Kapitaldeckung durch das vorhandene Gesellschaftsvermögen ist beim Formwechsel in § 220 dUmwG vorgeschrieben, den dann § 245 teilweise in Verweisung nimmt. Maßgeblich ist dafür der Verkehrswert im Zeitpunkt des Formwechsels.²⁴ Dasselbe hat nach österreichischem Recht für den Formwechsel in die AG zu gelten.²⁵

Die grds. Anwendbarkeit des Gründungsrechts gilt auch für die grenzüberschreitende Hereinverschmelzung gemäß § 122a Abs 2 dUmwG,²⁶ § 3 Abs 2 EU-VerschG.²⁷

2. Einschränkung in qualifizierten Fällen

Aber bei der Verschmelzung Einschränkung durch §§ 58 Abs 2, 75 Abs 2 dUmwG, dh kein Sachgründungsbericht und keine Gründungsprüfung, soweit eine Kapitalgesellschaft übertragender Rechtsträger ist.²⁸ Ähnlich beim Formwechsel in § 245 dUmwG: beim Formwechsel von der AG auf die GmbH wird nicht auf § 220 verwiesen und kein Sachgründungsbericht verlangt.

Das österreichische Verschmelzungsrecht verzichtet ebenfalls auf eine Gründungsprüfung, sofern die Buchwerte aus den Bilanzen der übertragenden Gesellschaften fortgeführt werden und zur Kapitaldeckung ausreichen, § 233 Abs 3 S 5 öAktG.²⁹ Eine übertragende GmbH muss bei Verschmelzung auf eine AG prüfungspflichtig gewesen sein, § 234 Abs 4 öAktG.³⁰ Beim Formwechsel zwischen Kapitalgesellschaften ist derjenige von der AG auf die GmbH als „Herabstufung“ der rechtlichen Anforderungen von vornherein von den Gründungserfordernissen einschließlich einer Gründungsprüfung freigestellt, vgl § 239 ff mit § 247 öAktG.³¹

In Deutschland zieht die hM daraus für das Erfordernis der Kapitaldeckung bzw Werthaltigkeit als solches unterschiedliche Folgerungen. Bei der Verschmelzung wird dessen Geltung (hier aus § 36 Abs 2) trotzdem bejaht,³² Prüfungsgrundlage ist dann hauptsächlich die letzte Bilanz.³³ Hingegen wird für den Formwechsel aus der fehlenden Verweisung auf § 220 abgeleitet, dass beim Übergang in die GmbH die Kapitaldeckung nicht gegeben sein muß.³⁴

²³ Lutter/Winter, UmwG § 56 Rn 20; Lutter/Joost § 220 Rn 7; Semler/Bärwaldt, UmwG § 36 Rn 33; Jabornegg/Strasser/Szep, AktG § 233 Rn 9, § 247 Rn 2.

²⁴ Lutter/Joost § 220 Rn 10; Lutter/Happ/Göthel § 245 Rn 12.

²⁵ Jabornegg/Strasser/Szep, AktG § 247 Rn 2; Platzer, Sonderbilanzen 446; aA Doralt/Nowotny/Kalss/Zollner, AktG § 247 Rn 11 f.

²⁶ Lutter/Bayer § 1221 Rn 17 f; Semler/Drinhausen § 1221 Rn 12.

²⁷ Frotz/Kaufmann § 3 EU-VerschG Rn 11 f., § 15 Rn 22.

²⁸ Kritisch Lutter/Grünwald § 69 Rn 8; § 75 Rn 4.

²⁹ Jabornegg/Strasser/Szep, AktG § 233 Rn 11; Kalss, Verschmelzung § 233 Rn 5 f.

³⁰ Kalss, Verschmelzung § 234 Rn 8 ff; allerdings verlangt der OGH (6 Ob 4/99b = JBl 2000, 188) bei der kleinen GmbH für die Übertragung ohnehin zwingend die Prüfung der Schlussbilanz, dazu Jabornegg/Strasser/Szep, AktG § 234 Rn 10.

³¹ Jabornegg/Strasser/Szep, AktG § 240 Rn 12, 14; Doralt/Nowotny/Kalss/Zollner, AktG § 247 Rn 11 f.

³² Lutter/Winter § 58 Rn 7; Semler/Reichert § 58 Rn 12; auch die Differenzhaftung nach § 9 GmbHG bejahen Winter aaO Rn 25; Semler/Bärwaldt § 36 Rn 42.

³³ Lutter/Winter § 58 Rn 7; Reichert aaO. Die letzte Schlussbilanz ist freilich nur begrenzt aussagekräftig für den Zeitwert, dazu Kalss, Verschmelzung § 233 Rn 11.

³⁴ Lutter/Happ/Göthel § 245 Rn 53, 55; Limmer Rn 2661; Semler/Scheel § 245 Rn 45, hier mit zutr. Kritik.

In Österreich gilt für die Verschmelzung dasselbe,³⁵ und für den Formwechsel in die GmbH andererseits folgt die Unmaßgeblichkeit einer Kapitaldeckung bzw -unterdeckung noch deutlicher aus der beschriebenen Gesetzeslage.³⁶

3. Konsequenzen für die grenzüberschreitende Verschmelzung

Für die grenzüberschreitende Hereinverschmelzung kann sich aus der Einschränkung der §§ 58 Abs 2, 75 Abs 2 dUmwG eine Rechtsschutzlücke ergeben, wenn die übertragende ausländische Kapitalgesellschaft von der Art der GmbH ist, weil deren Kapitalschutzrecht noch nicht harmonisiert ist.³⁷ Allerdings verweist § 122a Abs 2 auch nur auf § 36 Abs 2, die §§ 58, 75 sind in den Wortlaut der Verweisung nicht mit einbezogen.³⁸ Doch die Mehrheitsmeinung will diese Vorschriften trotzdem mit einbezogen wissen, weil es ja bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von vornherein nur um Kapitalgesellschaften gehe.³⁹

Im österreichischen EU-VerschG verweist § 3 Abs 2 von vornherein nur auf die §§ 219 – 233 AktG, so dass die Abschwächung der Kapitalprüfung aus § 233 Abs 3 unmittelbar gilt und die Sonderregelung in § 234 Abs 4 nicht in die Verweisung mit einbezogen ist. Die hM macht allerdings die Einschränkung, dass die Schlussbilanz der ausländischen Gesellschaft mit einer inländischen gleichwertig sein und damit insbes auch nach denselben Bilanzierungsgrundsätzen erstellt worden sein muss.⁴⁰ Hingegen soll die Gleichwertigkeit der Abschlussprüfungen unterstellt werden können;⁴¹ Schlussfolgerungen hinsichtlich der Behandlung einer nicht prüfungspflichtigen ausländischen Gesellschaft werden hieraus aber anscheinend nicht gezogen.

4. Folgerungen für eine Sitzverlegungs-RL:

Vorweg gilt es klarzustellen, ob auch der Rechtsformwechsel durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, wie die Verschmelzung, nur Kapitalgesellschaften iSd Publizitäts-RL eröffnet wird. Im Verhältnis unter Kapitalgesellschaften ist sodann zu berücksichtigen, dass die Privilegierung des Wechsels in die GmbH, die im inländischen Recht allenfalls gerechtfertigt werden kann, im zwischenstaatlichen Verkehr ein ganz anderes Gesicht gewinnt, weil die hereinwechselnde ausländische Gesellschaft regelmäßig mit geringeren, nicht mit höherwertigen Kapitalschutzgarantien ausgestattet ist als die österreichische oder deutsche GmbH.

³⁵ Vgl etwa *Kalss*, Verschmelzung § 233 Rn 5, 11; Beurteilung auf Grundlage der Schlussbilanz.

³⁶ *Jabornegg/Strasser/Szep*, AktG § 240 Rn 12; *Doralt/Nowotny/Kalss/Zollner*, AktG § 247 Rn 12; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 1. A., S 752.

³⁷ Zutr Kritik bei *Lutter/Bayer* § 1221 Rn 18.

³⁸ *Semler/Drinhausen* § 1221 Rn 9.

³⁹ *Lutter/Bayer* aaO.

⁴⁰ *Frotz/Kaufmann* § 3 Rn 26; *Adensamer/Eckert*, GeS 2007, 95 (101 ff).

⁴¹ *Frotz/Kaufmann* aaO.