

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

144. JAHRGANG

11  
2012

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN



Aus dem Inhalt:

---

## BEITRAG

---

*Alexander Schopper und Florian Skarics:*

Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der Entscheidung  
des EuGH in der Rs VALE

Seite 321

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Löschung von Reallast und Bringungsrecht zugunsten von Waldgrundstücken;  
keine Befugnis der Österreichischen Bundesforste zur Abgabe von  
Aufsandungserklärungen *Hans Hoyer*

Seite 332

---

Überlassung an Zahlungs statt

Seite 337

---

Einmaligkeit des Rechtsmittels *Peter G. Mayr*

Seite 343

---

Keine Mediation gegen den Willen der Eltern *Peter G. Mayr*

Seite 347

---

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer, Waldemar Jud, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl,  
Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2012/123

## Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der Entscheidung des EuGH in der Rs VALE

Zunehmend ist auch das österreichische Notariat mit grenzüberschreitenden Sachverhalten im Gesellschaftsrecht befasst. In diesen Bereich fällt die aktuelle Entscheidung des EuGH in der Rs Vale zur grenzüberschreitenden Umwandlung. Der Beitrag stellt die Entscheidung dar und berücksichtigt ihr Verhältnis zur bisherigen Rsp des EuGH im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften. Im Anschluss daran werden offene Fragen und praktische Folgen der neuen Entscheidung aus der Sicht des Europarechts und des österreichischen Rechts behandelt.

Von Alexander Schopper und Florian Skarics

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Vorgeschichte
  - 1. Fehlende Rechtsgrundlage
  - 2. Sachverhalt und Ausgangsverfahren in der Rs VALE
  - 3. Vorlagefragen
- C. Entscheidung des EuGH
  - 1. Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens
  - 2. Anwendungsbereich
  - 3. Diskriminierung
  - 4. Rechtfertigung
  - 5. Anwendung des nationalen Rechts
  - 6. Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz
- D. Würdigung aus europäischer Perspektive
  - 1. Grenzüberschreitende Umwandlung muss zugelassen werden
    - a) Zuzug
    - b) Wegzug
  - 2. Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten
  - 3. Niederlassung und Niederlassungsfreiheit
- E. Würdigung aus österreichischer Perspektive
  - 1. Niederlassungsproblematik
  - 2. Mögliche Umwandlungskonstellationen bei Zuzug
  - 3. Wegzug einer österreichischen Privatstiftung
  - 4. Verfahren und anzuwendende Rechtsvorschriften
    - a) Überblick
    - b) Österreich als Zielstaat
    - c) Österreich als Wegzugsstaat
- F. Harmonisierungsbedarf und Ausblick
- G. Fazit

### A. Einleitung

In der Rs VALE<sup>1</sup> war der EuGH jüngst mit der Frage der Zulässigkeit von Maßnahmen in einem Mitgliedstaat be-

fasst, die eine „grenzüberschreitende Umwandlung“<sup>2</sup> beschränken. Bei der grenzüberschreitenden Umwandlung verlegt eine Gesellschaft unter Änderung des anwendbaren Gesellschaftsrechts und somit auch der Gesellschaftsform ihren Sitz ins Ausland. Es kommt zur Löschung der Gesellschaft im Wegzugsstaat und zur Neueintragung im Zuzugsstaat. Hierbei bleibt jedoch die Identität des Rechtsträgers erhalten, weshalb – im Gegensatz zur grenzüberschreitenden Verschmelzung – keine Vermögensübertragungen vonnöten sind.<sup>3</sup>

In ihrer Kernaussage bot die mit Spannung erwartete Entscheidung des EuGH in der Rs VALE keine Überraschung. Wie bereits in der Rs *Cartesio*<sup>4</sup> angedeutet, sieht der EuGH auch die grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit gem Art 49 ff AEUV mitumfasst. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Auswirkungen dieser Entscheidung unter Berücksichtigung der bisherigen Rsp des EuGH zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften.

2012, 1744; *Behme*, Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach *Cartesio* und *Vale*, NZG 2012, 936; *Böttcher/Kraft*, Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung VALE des EuGH, NJW 2012, 2701; *Teichmann*, Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des EuGH in der Rs Vale, DB 2012, 2085; *Wicke*, Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels – Rechtssache „Vale“ des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit, DStR 2012, 1756; *Weller*, Grenzüberschreitende Umwandlung einer Gesellschaft – VALE, LMK 2012, 336133; *Klett*, EuGH: Gleichbehandlung inländischer und grenzüberschreitender Umwandlungen, GWR 2012, 319; zu den Schlussanträgen des GA s *Ruiner*, Fortentwicklung des EuGH-Urteils in der Rs *Cartesio* durch die Schlussanträge des GA *Jääskinen* in der Rs *Vale Építési kft*, IStR 2012, 257.

<sup>2</sup> Auch „grenzüberschreitende (Satzungs-)Sitzverlegung“, „identitätswahrende Sitzverlegung“, „grenzüberschreitender Formwechsel“, „grenzüberschreitende Neugründung“; zur Terminologie s bspw *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 541.

<sup>3</sup> Siehe *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 541 f.

<sup>4</sup> EuGH 16. 12. 2008, C-210/06, *Cartesio*, Rz 111 f.

<sup>1</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, ZIP 2012, 1394 (mit Anm *Mörsdorf/Jopen*) = EuZW 2012, 621 (mit Anm *Behrens*) = BB 2012, 2069 (mit Anm *Messenzehl/Schwarzfischer*); s hierzu auch *Bayer/Schmidt*, Das Vale-Urteil des EuGH, ZIP 2012, 1481; *Roth*, Das Ende der Briefkastengründung? – Vale contra Centros, ZIP

## B. Vorgeschichte

### 1. Fehlende Rechtsgrundlage

Auch aufgrund mangelnder Rechtsgrundlagen im nationalen Recht wurde die Zulässigkeit der Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland bisher<sup>5</sup> in Österreich und Deutschland überwiegend verneint.<sup>6</sup> Wegzugswillige Gesellschaften mussten sich für den Statutenwechsel einer Behelfskonstruktion bedienen, etwa durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine neu gegründete Gesellschaft im EU-Ausland oder durch Umwandlung in eine SE und anschließende Sitzverlegung gem Art 8 SE-VO.<sup>7</sup> Diese Konstruktionen bringen aber (va steuerliche) Nachteile mit sich, die durch eine identitätswahrende Umwandlung verhindert werden könnten.

In seinen Entscheidungen *Sevic Systems*<sup>8</sup> sowie *Cartesio*<sup>9</sup> ließ der EuGH aber bereits erkennen, dass diese, die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Umwandlung verneinende, Haltung nicht mit der Niederlassungsfreiheit in Einklang zu bringen ist. So hielt er fest, dass grenzüberschreitende Umwandlungen vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit umfasst sind und dass der Wegzug einer Gesellschaft in Kombination mit einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts zugelassen werden muss.

Da die grenzüberschreitende Umwandlung auch auf europäischer Ebene bisher noch nicht geregelt ist<sup>10</sup>, standen und stehen die nationalen Behörden somit vor dem Problem, dass sie einerseits primärrechtlich verpflichtet sind, grenzüberschreitende Umwandlungen zuzulassen, und andererseits keinerlei verfahrensrechtliche Vorschriften für die rechtssichere Durchführung dieser komplexen Vorgänge bestehen. Bereits vor der Klarstellung durch die Entscheidung in der Rs VALE bestand in diesem Bereich ein eklatanter Regelungsbedarf auf unionsrechtlicher Ebene.

### 2. Sachverhalt und Ausgangsverfahren in der Rs VALE

Die im Handelsregister von Rom eingetragene VALE Costruzioni Srl (eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung italienischen Rechts) beantragte, unter Hinweis auf die Absicht, ihren Sitz und ihre Tätigkeit nach Ungarn zu verlegen, im Februar 2006 die Löschung aus dem italienischen Handelsregister. Diesem Antrag wurde Folge geleistet. Im Januar 2007 beantragte ein Vertreter der

inzwischen durch die Geschäftsführer der VALE Costruzioni Srl und einer weiteren natürlichen Person errichteten VALE Építési kft (eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ungarischen Rechts) deren Eintragung im ungarischen Handelsregister unter Angabe der VALE Costruzioni Srl als Rechtsvorgängerin.

Die VALE Costruzioni Srl wollte also ihren Satzungs- und auch ihren Verwaltungssitz von Italien nach Ungarn verlegen und sich unter Wechsel des anwendbaren Rechts in die ungarische VALE Építési kft umwandeln.

Die Eintragung im ungarischen Handelsregister wurde sowohl in erster als auch in zweiter Instanz verweigert, weil nach Ansicht der Gerichte nur die in den §§ 24–29 des Gesetzes Nr V von 2006 abschließend angeführten Angaben eingetragen werden könnten. Eine nicht ungarische Gesellschaft könne demnach nicht als Rechtsvorgängerin im Handelsregister eingetragen werden.

Auch der ungarische Oberste Gerichtshof lehnte die Eintragung mit der Begründung ab, eine grenzüberschreitende Verlegung des Gesellschaftssitzes könne nach ungarischem Recht nicht als Umwandlung vorgenommen werden, da die nationalen Vorschriften über Umwandlungen nur auf innerstaatliche Sachverhalte anwendbar seien.

### 3. Vorlagefragen

Der ungarische Oberste Gerichtshof hegte – wie sich herausstellen sollte zu Recht – Bedenken an der Vereinbarkeit derartiger Rechtsvorschriften mit der Niederlassungsfreiheit und legte dem EuGH vier Fragen zur Vorabentscheidung vor.

Zusammengefasst ist Gegenstand der ersten beiden Vorlagefragen, ob ein Aufnahmemitgliedstaat im Falle einer grenzüberschreitenden Umwandlung an die Art 49 und 54 AEUV gebunden ist und bejahendenfalls, ob diese Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit einer Regelung oder Praxis entgegenstehen, die eine derartige Satzungssitzverlegung verhindern.

Mit den Vorlagefragen drei und vier möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Aufnahmemitgliedstaat befugt ist, auf grenzüberschreitende Umwandlungen das nationale Umwandlungsrecht anzuwenden. Insbesondere wirft das vorlegende Gericht die Fragen auf, ob der Aufnahmemitgliedstaat die Angabe des Rechtsvorgängers verweigern darf, obwohl dessen Eintragung bei innerstaatlichen Umwandlungen vorgesehen ist, und inwieweit den von den Behörden des Herkunftsmitgliedstaats ausgestellten Dokumenten im Eintragungsverfahren Rechnung zu tragen ist.

## C. Entscheidung des EuGH

### 1. Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens

Bevor sich der EuGH inhaltlich mit den aufgeworfenen Fragestellungen beschäftigen konnte, sah er sich mit

<sup>5</sup> Dh insbesondere nach der Rechtslage vor EuGH 16. 12. 2008, C-210/06, *Cartesio*.

<sup>6</sup> Siehe bspw *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 4 Rz 4 a; *M. Doralt*, Zur Sitzverlegung ins Ausland im Lichte von *Cartesio*, RdW 2009, 255 (256); vgl auch *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> (2012) § 5 Rz 17 mwN; für Deutschland s etwa *Altmeyden/Ego* in Münchener Kommentar zum AktG VII<sup>3</sup> (2012) Europäische Niederlassungsfreiheit Rz 334 mwN.

<sup>7</sup> Art 8 VO (EG) 2001/2157.

<sup>8</sup> EuGH 13. 12. 2005, C-411/03, *Sevic Systems*, Rz 19.

<sup>9</sup> EuGH 16. 12. 2008, C-210/06, *Cartesio*, Rz 111 f.

<sup>10</sup> Siehe hierzu unten F.

Zweifeln an der Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens konfrontiert. Bspw wandte die Regierung des Vereinigten Königreichs ein, die Vorlagefragen zur grenzüberschreitenden Umwandlung hätten bloß hypothetischen Charakter. Dies mit der Begründung, der geschilderte Sachverhalt stelle gar keine Umwandlung dar.

Vor dem Hintergrund, dass zwischen Löschung im italienischen Register und der Beantragung der Eintragung im ungarischen Register elf Monate lagen, bestanden in der Tat Bedenken gegen die Einstufung dieses Vorganges als Umwandlung, weil die charakteristische Kontinuität der Gesellschaft nicht gegeben war.<sup>11</sup>

Der EuGH bejaht die Zulässigkeit der Vorlagefragen mit der Begründung, die Einstufung des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vorgangs durch das vorliegende Gericht als grenzüberschreitende Umwandlung sei „nicht völlig fernliegend“.<sup>12</sup>

## 2. Anwendungsbereich

Unter Verweis auf seine Ausführungen in der Rs *Sevic Systems*<sup>13</sup> stellt der Gerichtshof erneut klar, dass grenzüberschreitende Umwandlungen grundsätzlich zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten gehören, hinsichtlich derer die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit beachten müssten.<sup>14</sup>

Eine nationale Regelung, die inländischen Gesellschaften die Möglichkeit einer Umwandlung einräumt, (EU-)ausländischen Gesellschaften eine solche jedoch verwehrt, fällt somit in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.<sup>15</sup>

## 3. Diskriminierung

Obwohl sich aus dem Sachverhalt keine gegenteiligen Anhaltspunkte ergaben<sup>16</sup>, betont der EuGH in VALE unter Verweis auf die Entscheidung *Cadbury Schweppes*<sup>17</sup> ausdrücklich, dass der Niederlassungsbegriff iSd Art 49 AEUV eine „tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“ impliziere.<sup>18</sup> Die Bedeutung dieser Aussage, die möglicherweise weit über den konkret betroffenen Fall einer grenzüberschreitenden Umwandlung hinausgeht, wird unter D.3. näher behandelt.

<sup>11</sup> Vgl. Behrens, Kommt der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften? EuZW 2012, 121 (122); ders, Anmerkung zu VALE, EuZW 2012, 621 (625); Mörsdorf/Jopen, Anmerkung zu VALE, ZIP 2012, 1398.

<sup>12</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 19.

<sup>13</sup> EuGH 13. 12. 2005, C-411/03, *Sevic Systems*, Rz 19.

<sup>14</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 24.

<sup>15</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 33.

<sup>16</sup> Die VALE Costruzioni wollte sowohl ihren Satzungs- als auch ihren Verwaltungssitz nach Ungarn verlegen; s. EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 35.

<sup>17</sup> EuGH 12. 9. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas*, Rz 54.

<sup>18</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 34.

Unter Bezugnahme auf die Rs *Sevic Systems*<sup>19</sup> hebt der EuGH hervor, dass die ungarische Regelung eine unterschiedliche Behandlung von Gesellschaften darstelle, je nachdem, ob es sich um eine innerstaatliche oder eine grenzüberschreitende Umwandlung handelt. Diese unterschiedliche Behandlung sei geeignet, Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten davon abzuhalten, von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen und stelle somit eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der im AEUV garantierten Niederlassungsfreiheit dar.<sup>20</sup>

## 4. Rechtfertigung

Bei der Prüfung einer etwaigen Rechtfertigung dieser beschränkenden Maßnahme stellt der EuGH zunächst klar, dass diese nicht durch das Fehlen von Vorschriften im Sekundärrecht gerechtfertigt werden könne. Die Existenz solcher Vorschriften wäre zwar „gewiss hilfreich“, könne aber keine Vorbedingung für die Umsetzung der Niederlassungsfreiheit sein.<sup>21</sup>

Die beschränkende Maßnahme könne aber durch zwingende Gründe im Allgemeininteresse (der EuGH zählt hier bspw den Schutz von Gläubigerinteressen, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern auf) gerechtfertigt sein. Unter Anwendung der „Gebhard-Formel“, wonach solche Gründe eine beschränkende Maßnahme nur dann rechtfertigen können, wenn die Maßnahme zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was zu ihrer Erreichung erforderlich ist<sup>22</sup>, kommt der EuGH sodann zum Ergebnis, dass die Beschränkungen nicht gerechtfertigt seien. Eine Regelung, welche grenzüberschreitende Umwandlungen generell ausschließt, ginge jedenfalls über das hinaus, was zur Erreichung der Ziele im Allgemeininteresse erforderlich ist.<sup>23</sup>

Zur Beantwortung der ersten beiden Vorlagefragen führt der EuGH sodann aus, dass die Niederlassungsfreiheit einer nationalen Regelung entgegenstehe, welche nur für inländische Gesellschaften die Möglichkeit einer Umwandlung vorsieht.<sup>24</sup>

## 5. Anwendung des nationalen Rechts

Aus diesen Ausführungen folgt uE, dass die Mitgliedstaaten (zumindest in der hier interessierenden Zuzugskonstellation) grenzüberschreitende Umwandlungen von Gesellschaften zulassen müssen, wenn innerstaatlich die Möglichkeit einer Umwandlung besteht. Mangels konkretisierender Bestimmungen im Sekundärrecht müssen die grenzüberschreitenden Umwandlungen auf

<sup>19</sup> EuGH 13. 12. 2005, C-411/03, *Sevic Systems*, Rz 22f.

<sup>20</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 36.

<sup>21</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 38; s. hierzu auch EuGH 13. 12. 2005, C-411/03 *Sevic Systems* Rz 26 und die dort zitierte Rsp.

<sup>22</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 39.

<sup>23</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 40.

<sup>24</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 41.

Grundlage des nationalen Rechts – sowohl des Herkunfts- als auch des Aufnahmemitgliedstaats – ermöglicht werden.<sup>25</sup> Hierbei haben die beteiligten Mitgliedstaaten unter Beachtung der Niederlassungsfreiheit zwei nationale Rechtsordnungen „sukzessive anzuwenden“.<sup>26</sup>

## 6. Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz

Der EuGH betont, dass bei der Anwendung nationalen Rechts auf grenzüberschreitende Umwandlungen – wie auch in anderen Fällen, in denen ein durch das Unionsrecht verliehenes Recht durch ein nationales Verfahren gewährleistet wird<sup>27</sup> – der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz Beachtung finden müssten.<sup>28</sup>

Um dem Äquivalenzgrundsatz zu entsprechen, dürfen die Verfahrensmodalitäten, die dem Rechtsuchenden aus dem Unionsrecht erwachsende Rechte gewährleisten sollen, nicht ungünstiger ausgestaltet sein, als diejenigen, die vergleichbare innerstaatliche Sachverhalte regeln.<sup>29</sup> Im Fall VALE bedeutet dies, dass die Weigerung der ungarischen Behörden, die VALE Costruzioni Srl als Rechtsvorgängerin der VALE Építési kft im Handelsregister einzutragen, nicht mit dem Äquivalenzgrundsatz vereinbar ist, weil bei innerstaatlichen Umwandlungen eine solche Eintragung vorgenommen wird.<sup>30</sup> Der Effektivitätsgrundsatz erfordert, dass durch die nationalen Verfahrensmodalitäten die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird.<sup>31</sup> Bei der Prüfung des Eintragungsantrages haben die Behörden des Aufnahmestaats daher den von den Behörden des Herkunftsstaats ausgestellten Dokumenten „gebührend Rechnung zu tragen“. Ansonsten könnte der Nachweis, dass die Gesellschaft alle Voraussetzungen zur Loslösung vom Recht des Wegzugsstaats eingehalten hat, unmöglich gemacht und somit die grenzüberschreitende Umwandlung vereitelt werden.<sup>32</sup>

## D. Würdigung aus europäischer Perspektive

### 1. Grenzüberschreitende Umwandlung muss zugelassen werden

#### a) Zuzug

Aufgrund der Ausführungen des EuGH in der Rs *Sevic Systems*, wonach (1.) Umwandlungen grundsätzlich zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten gehören, hinsichtlich

derer die Niederlassungsfreiheit zu beachten sei,<sup>33</sup> und (2.) grenzüberschreitende Verschmelzungen vom Zuzugsstaat zugelassen werden müssten, wenn dieser innerstaatliche Verschmelzungen erlaubt<sup>34</sup>, lag schon vor VALE der Schluss nahe<sup>35</sup>, dass diese Rsp auch auf grenzüberschreitende Umwandlungen umzulegen ist. Dies hat der EuGH nun ausdrücklich bestätigt und insoweit die Mobilität der Kapitalgesellschaften im Binnenmarkt gestärkt.

Umgründungen, bei denen eine Gesellschaft ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat unter Beibehaltung ihrer Identität (keine Liquidation, kein Vermögensübergang etc), aber unter Änderung des anwendbaren Rechts verlegt (grenzüberschreitende formwechselnde Umwandlungen), müssen durch die Mitgliedstaaten zugelassen werden, sofern auf nationaler Ebene des Zuzugsstaats Umwandlungen möglich sind. Es fällt in die Kompetenz des Zuzugsstaats, die rechtlichen Voraussetzungen dafür festzulegen, dass sich die hereinumwandelnde Gesellschaft nach seinem Recht organisiert. Allerdings ist diese Regelungskompetenz des Zuzugsstaats dadurch beschränkt, dass grenzüberschreitende Sachverhalte nicht diskriminiert werden dürfen. Etwaige Beschränkungen sind nur zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe im Allgemeininteresse gerechtfertigt sind.<sup>36</sup> Als solche zwingende Gründe im Allgemeininteresse werden bspw der Schutz der Interessen der Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer sowie die Wahrung der Wirksamkeit steuerlicher Kontrollen und die Lauterkeit des Handelsverkehrs angeführt.<sup>37</sup> Wiederum müssen diese Beschränkungen aber der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach der „Gebhard-Formel“ standhalten.

#### b) Wegzug

Da es der EuGH in der Rs VALE mit einer sog Zuzugskonstellation zu tun hatte (zu prüfen war, ob aus Sicht des Aufnahmestaats Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit vorliegen), wurden die Anforderungen, welche die Niederlassungsfreiheit an den Wegzugsstaat stellt, nur in Randbereichen thematisiert. Bereits aus dem obiter dictum in der Rs *Cartesio*<sup>38</sup>, die eine Wegzugskonstellation betraf, geht jedoch hervor, dass im Gegensatz zu einer isolierten Verwaltungssitzverlegung, welche nach der „Geschöpftheorie“<sup>39</sup> verboten werden

<sup>25</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 43.

<sup>26</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 44 ff.

<sup>27</sup> Siehe hierzu die in EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 48 angeführte Rsp.

<sup>28</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 48 f.

<sup>29</sup> Siehe bspw W. Schröder, Grundkurs Europarecht<sup>2</sup> (2011) 136 f; Frenz, Handbuch Europarecht (2010) V Rz 1791.

<sup>30</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 56 f.

<sup>31</sup> Siehe bspw W. Schröder, Grundkurs Europarecht<sup>2</sup> (2011) 136 f; Frenz, Handbuch Europarecht (2010) V Rz 1791.

<sup>32</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 60 f.

<sup>33</sup> EuGH 13. 12. 2005, C-411/03, *Sevic Systems*, Rz 19.

<sup>34</sup> EuGH 13. 12. 2005, C-411/03, *Sevic Systems*, Rz 31.

<sup>35</sup> Siehe bspw Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2011) Rz 790; Wicke, DStR 2012, 1756 (1757) und die dort in Fn 9 zitierte Lit; Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht (2004) § 4 Rz 126; Kallab/Ratka, EuGH Rs C-378/10 ante portas: Wie wird der EuGH „Cartesio“ fort-schreiben? GesRZ 2011, 304 (305); vgl Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 558 f, 650 f.

<sup>36</sup> Vgl dazu allgemein bspw Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht (2004) § 4 Rz 89.

<sup>37</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 39.

<sup>38</sup> EuGH 16. 12. 2008, C-210/06, *Cartesio*, Rz 111 f.

<sup>39</sup> Siehe dazu sogleich D.2.

kann<sup>40</sup>, eine grenzüberschreitende Umwandlung auch vom Wegzugsstaat zugelassen werden muss.<sup>41</sup> Will eine Gesellschaft ihren Sitz unter Wechsel des anwendbaren Rechts (und nur dann)<sup>42</sup> in einen anderen Mitgliedstaat verlegen, so muss der Wegzugsstaat das hinnehmen und darf dies nicht mit der Liquidation oder Auflösung der Gesellschaft sanktionieren.<sup>43</sup> In diesem Fall endet nämlich seine Befugnis, die Regeln für die Gründung, Funktionsweise und den Fortbestand einer Gesellschaft seines Rechts festzulegen<sup>44</sup>, weil sodann die umwandelnde Gesellschaft „zwangsläufig allein dem innerstaatlichen Recht des Aufnahmemitgliedstaats“ unterliegt.<sup>45</sup>

## 2. Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten

Neben der Klarstellung, dass die Mitgliedstaaten in einer Zuzugskonstellation grenzüberschreitende Umwandlungen zuzulassen hätten – sofern innerstaatliche Umwandlungen möglich sind –, beschäftigte sich der EuGH auch mit der Frage, inwieweit hierbei nationale Umwandlungs- und Gründungsvorschriften zur Anwendung gelangen dürfen.

Weil (und soweit) die Umwandlung zur Gründung einer neuen Gesellschaft nach dem Recht des Zuzugsstaats führt, können bzw müssen die nationalen Umwandlungs- und Gründungsvorschriften des Zuzugsstaats auf solche Vorgänge (analog) angewendet werden.<sup>46</sup> Dies ergibt sich aus der Pflicht, die Umwandlung trotz mangelnden Sekundärrechts zuzulassen einerseits und der sog „Geschöpftheorie“ andererseits. Diese Theorie besagt, dass die nationalen Gesellschaften Geschöpfe ihrer nationalen Rechtsordnung sind und jenseits dieser Rechtsordnung keine Realität haben.<sup>47</sup> Deshalb kann der Gründungsstaat die Anknüpfung bestimmen, die eine Gesellschaft aufweisen muss, um als nach seinem Recht

gegründet und auch als fortbestehend angesehen zu werden.<sup>48</sup>

Bei einer Hereinumwandlung einer ausländischen Gesellschaft nach Österreich kann also die Einhaltung der österr Umwandlungs- und Gründungsvorschriften (bspw Erstellung einer Umwandlungsbilanz, Formvorschriften bezüglich der Satzung, Einhaltung der aktien- oder GmbH-rechtlichen Vorschriften über das Mindestkapital) verlangt werden.<sup>49</sup> Auch die inländischen Verfahrensvorschriften sind sinngemäß auf grenzüberschreitende Umwandlungen anzuwenden. Als Schranken der Anwendung nationalen Rechts gelten aber stets der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz.<sup>50</sup> Grenzüberschreitende Umwandlungen dürfen also weder ungünstiger behandelt werden als innerstaatliche Umwandlungen<sup>51</sup>, noch dürfen sie praktisch unmöglich gemacht werden.<sup>52</sup> Vielmehr sind an sie im Ergebnis die gleichen Anforderungen zu stellen wie an äquivalente innerstaatliche Umwandlungen. Dies folgt aus den Art 49 und 54 AEUV, die den Zuzugsstaat verpflichten, bei der Anwendung der nationalen Vorschriften auf die Hereinumwandlung die Niederlassungsfreiheit nicht ungerechtfertigt<sup>53</sup> zu beschränken.

## 3. Niederlassung und Niederlassungsfreiheit

Unter Verweis auf die Entscheidung *Cadbury Schweppes*<sup>54</sup> hat der EuGH in VALE neuerlich festgehalten, dass der „Niederlassungsbegriff [...] die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat auf unbestimmte Zeit impliziert“.<sup>55</sup> Dadurch wurde die Diskussion über die Bedeutung des *Cadbury Schweppes*-Urteils im System der Niederlassungsfreiheit vor allem im Zusammenhang mit Briefkastengesellschaften erneut entfacht. Obwohl der EuGH die Gelegenheit, sich zu diesem Thema zu äußern, quasi künstlich aufgegriffen hat<sup>56</sup>, konnte er diesbezüglich leider keine endgültige Klarheit schaffen.<sup>57</sup>

<sup>40</sup> Siehe bspw *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481 (1482) mwN; *Mörsdorf/Jopen*, ZIP 2012, 1398.

<sup>41</sup> Siehe bspw *Roth*, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht (2010) 14f; *Leible*, Warten auf die Sitzverlegungsrichtlinie, in FS Roth (2011) 451; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2011) § 3 Rz 21; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 559ff.

<sup>42</sup> Vgl *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2011) § 3 Rz 21; *Bayer/Schmidt*, Grenzüberschreitende Sitzverlegungen und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, *Cartesio* und Trabrennbahn, ZHR 2009, 735 (756).

<sup>43</sup> EuGH 16. 12. 2008, C-210/06, *Cartesio*, Rz 112; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2011) Rz 790.

<sup>44</sup> *Bayer/Schmidt*, ZHR 2009, 735 (756 f); *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2011) Rz 789.

<sup>45</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 30f; vgl *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481 (1485).

<sup>46</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 51 f.

<sup>47</sup> EuGH 27. 9. 1988, 81/87, *Daily Mail*, Rz 19; 16. 12. 2008, C-210/06, *Cartesio*, Rz 99ff, 104; 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 27; *Heidinger/Schneider* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I<sup>5</sup> (2011) § 5 Rz 41; *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481 (1485); *Kindler*, Ende der Diskussion über die so genannte Wegzugsfreiheit, NZG 2009, 130 (131); *Rehm* in *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht (2004) § 2 Rz 61 ff.

<sup>48</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 29; 16. 12. 2008, C-210/06, *Cartesio*, Rz 110; *Heidinger/Schneider* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I<sup>5</sup> (2011) § 5 Rz 39.

<sup>49</sup> Für Deutschland vgl *Mörsdorf/Jopen*, ZIP 2012, 1398 (1400); *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481 (1488).

<sup>50</sup> *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481 (1487 f); *Teichmann*, DB 2012, 2085 (2088).

<sup>51</sup> Siehe hierzu EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 55.

<sup>52</sup> Siehe bereits oben C.6.

<sup>53</sup> Nur bei Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes darf von diesem Grundsatz der Gleichbehandlung der Hereinumwandlung mit einer innerstaatlichen Umwandlung abgewichen werden.

<sup>54</sup> EuGH 12. 9. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas*, Rz 54.

<sup>55</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 34.

<sup>56</sup> Siehe hierzu oben Fn 16.

<sup>57</sup> Dies ergibt sich schon aus den erneut konträren Ausführungen von *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481 (1486) und *Roth*, ZIP 2012, 1744.

Aus der *Cadbury Schweppes*-Entscheidung geht hervor, dass eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahme gerechtfertigt sein kann, „wenn sie sich speziell auf rein künstliche Gestaltungen bezieht, die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu entgehen“.<sup>58</sup> Als „Prototyp“ einer solchen rein künstlichen Gestaltung wird die Gründung von Briefkastengesellschaften angeführt.<sup>59</sup>

Entgegen einer Vermutung in der Lehre<sup>60</sup> hat der EuGH in der Rs VALE die Grundsätze aus der steuerrechtlichen *Cadbury Schweppes*-Entscheidung nun erstmals auf einen genuin gesellschaftsrechtlichen Fall übertragen.<sup>61</sup>

Die Tragweite der Entscheidungen VALE und *Cadbury Schweppes*, vor allem vor dem Hintergrund der Judikatur in Sachen *Centros* und *Inspire Art*, wonach es keine unzulässige Form der Ausübung der Niederlassungsfreiheit darstellt, wenn eine Gesellschaft in ihrem Gründungsstaat keine wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet<sup>62</sup>, sondern ausschließlich in einem anderen Mitgliedstaat, wird in der Lit unterschiedlich eingestuft.

Ein Teil der Lehre<sup>63</sup> sowie Generalanwalt *Maduro*<sup>64</sup> sehen in der neuen Rsp eine Einschränkung des Anwendungsbereiches der Niederlassungsfreiheit im Vergleich zur *Centros* und *Inspire Art* Rsp. Den Gesellschaften käme nun im Ergebnis keine uneingeschränkte Rechtswahlfreiheit mehr zu, weil die Gesellschaft nicht mehr ihren Verwaltungssitz im „Wegzugsstaat“ belassen und – bspw durch Gründung einer Briefkastengesellschaft – eine isolierte Satzungssitzverlegung (mit Änderung des auf die Gesellschaft anzuwendenden Rechts)<sup>65</sup> durchführen könne. Nach dieser Ansicht fällt also die bloße Satzungssitzverlegung nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.

Andere hingegen sehen die Möglichkeit einer isolierten Satzungssitzverlegung sehr wohl als primärrechtlich ge-

boten an.<sup>66</sup> Der EuGH stelle in *Cadbury Schweppes* erst auf Rechtfertigungsebene das Erfordernis einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit in diesem Staat auf, weshalb andere Gestaltungen nicht etwa vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen sein sollen.<sup>67</sup> Bezüglich solcher künstlichen Gestaltungen seien lediglich beschränkende Maßnahmen leichter einer Rechtfertigung zugänglich.

Teilweise wird aber auch ein Mittelweg vertreten, wonach zwar der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nicht (ausdrücklich) eingeschränkt sei<sup>68</sup>, isolierte Satzungssitzverlegungen aber auch nicht als eine von der Niederlassungsfreiheit geschützte wirtschaftliche Tätigkeit anerkannt werden.<sup>69</sup>

Nach der Entscheidung VALE sprechen uE die besseren Argumente für eine Einschränkung des Anwendungsbereiches der Niederlassungsfreiheit durch das Erfordernis einer „tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit [...]“. Das bestätigt der Wortlaut der Entscheidung, wenn der EuGH ausführt, „dass der Niederlassungsbegriff im Sinne der Bestimmungen des Vertrages über die Niederlassung die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat impliziert“.<sup>70</sup> Das Erfordernis einer „tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit [...]“ ist nach VALE bereits auf Tatbestands- und nicht erst auf Rechtfertigungsebene zu prüfen. Aus den Entscheidungen *Cadbury Schweppes* und VALE lässt sich somit zumindest als Tendenz ableiten, dass der EuGH künstliche Gestaltungen in Zukunft nicht mehr vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften umfasst sehen will.

Die Ausführungen des EuGH zum Erfordernis der Niederlassung in der Entscheidung VALE haben daher uE auch Bedeutung für jene Fälle, in denen eine Gesellschaft bloß den Verwaltungssitz verlegt und keinen anderen Bezugspunkt zum Gründungsstaat hat als die bloße Briefkastengründung. Es handelt sich dabei um Fallgestaltungen, die nach den Entscheidungen *Centros*, *Inspire Art* und *Überseering*<sup>71</sup> in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fielen. Nach den Ausführungen des EuGH in VALE muss ein Mitgliedstaat nunmehr

<sup>58</sup> EuGH 12. 9. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas*, Rz 51.

<sup>59</sup> Roth, Die Bedeutung von *Cadbury-Schweppes* für die *Centros*-Judikatur des EuGH, EuZW 2010, 607 (608); EuGH 12. 9. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas*, Rz 68.

<sup>60</sup> Siehe Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 71.

<sup>61</sup> Dieser Aspekt der Entscheidung wurde als „bahnbrechend“ bezeichnet von Böttcher/Kraft, NJW 2012, 2701 (2703).

<sup>62</sup> EuGH 9. 3. 1999, C-212/97, *Centros*, Rz 29; 30. 9. 2003, C-167/01, *Inspire Art*, Rz 139; vgl Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 70.

<sup>63</sup> Siehe bspw Roth, ZIP 2012, 1744; ders, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht (2010) 12 ff, 19; Kändler in Münchener Kommentar zum BGB XI<sup>5</sup> (2010) Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rz 129; Böttcher/Kraft, NJW 2012, 2701 (2703).

<sup>64</sup> GA *Poires Maduro*, Schlussanträge 22. 5. 2008, C-210/06, *Cartesio*, Rz 29.

<sup>65</sup> Siehe Weller, LMK 2012, 336113, der mit der Satzungssitzverlegung zwangsläufig eine Änderung des Gesellschaftsstatuts verknüpft; aA wohl Ratka in *Straube*, GmbHG (2008) § 5 Rz 82; zum Kollisionsrecht s unten E.1.

<sup>66</sup> Bayer/Schmidt, ZIP 2012, 1481 (1486f); Lutter/Bayer/Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht<sup>5</sup> (2012) § 6 Rz 59; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2011) Rz 799; Altmeyen/Ego in Münchener Kommentar zum AktG VII<sup>3</sup> (2012) Europäische Niederlassungsfreiheit Rz 338.

<sup>67</sup> Teichmann, Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit, ZGR 2011, 639 (672 Fn 182).

<sup>68</sup> Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 70.

<sup>69</sup> Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 559; s auch Eckert, Sitzverlegung von Gesellschaften nach der *Cartesio*-Entscheidung des EuGH, GesRZ 2009, 139 (147); Teichmann, DB 2012, 2085 (2088); Mörsdorf/Jopen, ZIP 2012, 1398 (1399); Leible in FS Roth (2011) 454f; ders in Michalski, GmbHG<sup>12</sup> (2010) Internationales Gesellschaftsrecht Rz 35.

<sup>70</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 34.

<sup>71</sup> EuGH 5. 11. 2002, C-208/00, *Überseering*.

wohl auch in diesen Konstellationen ein fremdes Gesellschaftsstatut nur hinnehmen, wenn die Gesellschaft in ihrem Gründungsstaat den Niederlassungsbegriff erfüllt.<sup>72</sup> Dagegen spricht uE auch nicht der Umstand, dass die Ausübung der Niederlassungsfreiheit in diesen Fällen „bloß“ in der faktischen Begründung des Verwaltungssitzes im Zuzugsstaat besteht, während VALE die Frage behandelt, unter welchen Voraussetzungen ein Mitgliedstaat einer hereinumwandelnden Gesellschaft ermöglichen muss, sich nach seinem Recht zu gründen bzw zu organisieren. In beiden Fällen beruft sich die Gesellschaft auf dieselbe Niederlassungsfreiheit, deren Tatbestandsvoraussetzungen nunmehr in VALE festgelegt wurden.<sup>73</sup> Im Lichte der Niederlassungsfreiheit besteht kein Grund, künstliche Gestaltungen bei Briefkasten-gründung und bloßer Verwaltungssitzverlegung anders zu behandeln als grenzüberschreitende Umwandlungen.

## E. Würdigung aus österreichischer Perspektive

### 1. Niederlassungsproblematik

Die isolierte grenzüberschreitende Umwandlung ist noch kein Vorgang der Niederlassung. Vielmehr implizieren der vom EuGH nunmehr präzierte Begriff der Niederlassung und damit die Berufung auf die primärrechtliche Niederlassungsfreiheit die Ausübung einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Aufnahmestaat. Eine grenzüberschreitend umwandlungswillige Gesellschaft muss sich daher mittels einer festen Einrichtung im Aufnahmestaat auf unbestimmte Zeit ansiedeln und dort wirtschaftlich tätig werden.<sup>74</sup> Die vom EuGH geforderte Intensität dieser wirtschaftlichen Tätigkeit im Aufnahmestaat ist auch nach der Entscheidung VALE weiterhin konkretisierungsbedürftig.<sup>75</sup> In der *Cadbury Schweppes*-Entscheidung<sup>76</sup> forderte der EuGH objektive und von dritter Seite nachvollziehbare Anhaltspunkte, „die sich ua auf das Ausmaß des greifbaren Vorhandenseins [...] in Form von Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen beziehen“. Um den Anforderungen der Niederlassungsfreiheit zu entsprechen, wird aber die Verlegung eines Teils der wirtschaftlichen Tätigkeit auf unbestimmte Zeit ausreichen. Die Verlegung des Verwaltungssitzes oder gar die Beendigung jeglicher Geschäftstätigkeit im Wegzugsstaat ist wohl nicht erforderlich, um den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit zu eröff-

nen.<sup>77</sup> Nähere Voraussetzungen ergeben sich dann aus den anzuwendenden Umwandlungs- bzw Gründungs-vorschriften des Aufnahmestaats.

Will sich eine ausländische Gesellschaft in eine österr umwandeln, so muss sie hierfür grundsätzlich auch ihren Verwaltungssitz nach Österreich verlegen.<sup>78</sup> Wie der EuGH in der Rs VALE klarstellt, unterliegen die aus einer grenzüberschreitenden Umwandlung hervorgehenden Gesellschaften zwangsläufig dem Recht des Aufnahme-mitgliedstaats. Dieser kann aufgrund seiner Regelungs-autonomie (im Rahmen der *Geschöpftheorie*)<sup>79</sup> unter anderem auch die erforderliche Anknüpfung bestimmen.<sup>80</sup> Der Sitztheorie folgend, knüpft der österr § 10 IPRG an den Sitz der tatsächlichen Hauptverwaltung von Gesellschaften an.<sup>81</sup> Eine hereinumwandelnde Gesellschaft muss also grundsätzlich auch ihren Verwaltungssitz nach Österreich verlegen.<sup>82</sup> Der vom OGH angewendeten „Sandrock-Formel“ zufolge gilt als Hauptverwaltung jener Ort, an dem die Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.<sup>83</sup> Liegt dieser Ort im Ausland, so verweist § 10 IPRG (als Gesamtverweis) auf ausländisches Recht. Dieses könnte aber uU wieder auf österr Recht rückverweisen, weshalb sodann trotz des ausländischen Hauptverwaltungssitzes österr Recht zur Anwendung gelangen würde (§ 5 Abs 2 IPRG).<sup>84</sup> Aus diesen, aus-Platzgründen lediglich überblicksmäßigen, Ausführungen zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Gesellschaften lässt sich jedoch uE noch nicht die Zulässigkeit einer isolierten Satzungssitzverlegung ableiten.

### 2. Mögliche Umwandlungskonstellationen bei Zuzug

Bei der Erörterung der Frage, welche Umwandlungskonstellationen bei Zuzug bzw Hereinumwandlung einer ausländischen Gesellschaft nach Österreich möglich sind, ist zu beachten, dass aus der Rs VALE keine gene-

<sup>72</sup> Ebenso Roth, ZIP 2012, 1744 (1745): die neue Rsp des EuGH in VALE ist eine mögliche „Absage an die ‚künstliche‘ Briefkasten-gründung“.

<sup>73</sup> Vgl auch Roth, ZIP 2012, 1744 (1745).

<sup>74</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 34; s auch oben D.3.

<sup>75</sup> Siehe bspw Roth, ZIP 2012, 1744 (1745); ders, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht (2010) 47 ff; Wicke, DStR 2012, 1756 (1758); Mörsdorf/Jopen, ZIP 2012, 1398 (1399).

<sup>76</sup> EuGH 12. 9. 2006, C-196/04 *Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas* Rz 67.

<sup>77</sup> Ähnlich Roth, ZIP 2012, 1744 (1745), der einerseits auf die Ähnlichkeit zum völkerrechtlichen Kriterium des „genuine link“ verweist und andererseits das darüber hinausgehende Erfordernis einer „manifesten Verwurzelung im Staat der Wahl“ hervorhebt; s auch Mörsdorf/Jopen, ZIP 2012, 1398 (1399).

<sup>78</sup> Ebenso Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 651; aA bezüglich AG Heidinger/Schneider in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> (2011) § 5 Rz 41: Vorliegen eines inländischen Betriebs im Inland bzw Planung eines solchen reicht aus.

<sup>79</sup> Siehe dazu oben D.2.

<sup>80</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 31.

<sup>81</sup> Siehe hierzu bspw Adensamer, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften (2006) 35 ff; Ratka, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften (2002) 75 f.

<sup>82</sup> Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 651.

<sup>83</sup> RIS-Justiz RS0108520; Verschraegen in Rummeß, IPRG § 10 Rz 3 mwN; Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 30 f mwN; Adensamer, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften (2006) 37.

<sup>84</sup> Siehe hierzu ausführlich Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2009) 42.



relle Verpflichtung der Mitgliedstaaten, grenzüberschreitende Umwandlungen zuzulassen, resultiert. Vielmehr müssen solche nur insoweit zugelassen werden, als sie auch auf nationaler Ebene möglich sind.<sup>85</sup>

Da das österr Umgründungsrecht bekanntlich formwechselnde Umwandlungen nicht generell in verschiedensten Konstellationen erlaubt, sondern nur spezifische (sogleich zu erörternde) Umwandlungskombinationen zulässt, müssen zur Verhinderung von Diskriminierungen lediglich den äquivalenten<sup>86</sup> ausländischen Rechtsträgern Umwandlungen ermöglicht werden.

Aus den §§ 239 ff AktG ergibt sich daher, dass sich eine ausländische AG bzw deren Äquivalent in eine österr GmbH umwandeln kann. Selbiges gilt natürlich auch für den Weg von der GmbH zur AG gem §§ 245 ff AktG. Zusätzlich müssen, wie sich aus der Rs VALE ergibt, auch rechtsformkongruente Umwandlungen zugelassen werden, die im nationalen Recht natürlich nicht vorgesehen sind.<sup>87</sup> VALE lag nämlich das Bestreben einer italienischen Srl zugrunde, sich in ihr ungarisches Äquivalent – eine kft – umzuwandeln. Dies gilt uE jedoch nur insoweit, als die betroffene Gesellschaftsform Zielrechtsträger einer nationalen Umwandlung sein kann.<sup>88</sup> Folglich müssten in Österreich (zumindest) rechtsformkongruente grenzüberschreitende Umwandlungen ausländischer AG sowie GmbH (bzw deren Äquivalente) zugelassen werden.<sup>89</sup>

Außerdem ermöglicht das österr Umgründungsrecht auch die formwechselnde Umwandlung eines großen Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (VVG) in eine AG (§ 61 VAG<sup>90</sup>) oder eine Privatstiftung (§ 61 e VAG) sowie einer Sparkasse in eine Privatstiftung (§ 27 a SpG<sup>91</sup>).<sup>92</sup> Konsequenterweise muss auch diesen, im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit, die Möglichkeit der Umwandlung eingeräumt werden. Etwaige Beschränkungen bedürften einer Rechtfertigung. ZT wird auch die Änderung der Haftungsart einer Genossenschaft gem § 33 a GenG<sup>93</sup> als Umwandlung gedeutet.<sup>94</sup>

Folgt man dieser Auffassung, wäre auch den Äquivalenten österr Genossenschaften eine Änderung der Haftungsart (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) zuzugestehen. Für andere gesetzlich geregelte Fälle der formwechselnden Umwandlung (zB § 38 PSG<sup>95</sup>) besteht grenzüberschreitend wohl kein Anwendungsbereich.

Fraglich ist, ob auch österr Personengesellschaften Zielrechtsträger einer grenzüberschreitenden Umwandlung sein können. Auf nationaler Ebene kann sich eine österr Kapitalgesellschaft nach dem UmwG auf eine Personengesellschaft „umwandeln“.<sup>96</sup> Hierbei handelt es sich jedoch nicht wie in den Fällen der §§ 239 ff, 245 ff AktG um eine formwechselnde Umwandlung, bei der die Identität des Rechtsträgers erhalten bleibt, vielmehr regelt das UmwG die sog übertragenden Umwandlungen, bei welchen das Vermögen der Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf einen bestehenden (§ 2 UmwG) oder neu gegründeten (§ 5 UmwG) Rechtsträger übergeht und der ursprüngliche Rechtsträger erlischt. Fallen nun auch die übertragenden grenzüberschreitenden Umwandlungen in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit, so würde diese – konkret das Diskriminierungsverbot – einer österr Praxis, welche derartige Umwandlungen grenzüberschreitend unterbindet, im inländischen Kontext aber zulässt, entgegenstehen. Wie der EuGH in der Rs VALE erneut hervorhebt, sind Umwandlungen grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit umfasst.<sup>97</sup> Dieser Entscheidung lag zwar eine formwechselnde Umwandlung zugrunde, da aber der EuGH den Umwandlungsbegriff weit auslegt<sup>98</sup>, muss die Niederlassungsfreiheit wohl auch bei übertragenden grenzüberschreitenden Umwandlungen beachtet werden. Die Ausführungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit in der Rs VALE gelten wohl für alle Vorgänge, deren Einstufung als grenzüberschreitende Umwandlung „nicht völlig fernliegend“ ist.<sup>99</sup> Aus österr Sicht muss uE auch ausländischen Kapitalgesellschaften, wobei wiederum die strukturelle Äquivalenz maßgebend ist, die Möglichkeit einer übertragenden Umwandlung auf eine österr Personengesellschaft eingeräumt werden. In analoger Anwendung des § 2 UmwG könnte somit eine ausländische Kapitalgesellschaft (das Äquivalent einer österr AG, GmbH oder eine SE) ihr gesamtes Vermögen uno actu auf ihren österr Hauptgesellschafter (etwa natürliche

<sup>85</sup> AA wohl Teichmann, DB 2012, 2085 (2089).

<sup>86</sup> Siehe zur strukturellen Äquivalenz von Gesellschaften Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 652 ff; Adensamer/Eckert, Das Kollisionsrecht der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Teil I), GeS 2007, 95 (97 f); Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht (2004) § 4 Rz 103.

<sup>87</sup> Bayer/Schmidt, ZIP 2012, 1481 (1489); so bereits vor der Entscheidung in der Rs VALE Lutter/Bayer/Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht<sup>5</sup> (2012) § 6 Rz 64.

<sup>88</sup> Ebenso Bayer/Schmidt, ZIP 2012, 1481 (1489).

<sup>89</sup> Für die Zulässigkeit einer rechtsformkongruenten Umwandlung ausländischer Personengesellschaften oder Sachgesamtheiten vgl Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 653.

<sup>90</sup> Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), BGBl 1978/569 idF BGBl I 2012/342.

<sup>91</sup> Sparkassengesetz (SpG), BGBl 1979/64 idF BGBl I 2009/152.

<sup>92</sup> Siehe hierzu Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> (2010) Vor § 1 UmwG Rz 4; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> (2010) § 239 Rz 3; Arnold, PSG-Kommentar<sup>2</sup> (2007) § 61 e VAG Rz 8, § 27 a SpG Rz 4.

<sup>93</sup> Genossenschaftsgesetz (GenG), RGBl 1873/70 idF BGBl I 2008/70.

<sup>94</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup> (1990) 331; s auch Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> (2010) § 239 Rz 3; Zollner in Doralt/Nowotny/Kals, AktG<sup>2</sup> (2012) Vor §§ 239–253 Rz 18.

<sup>95</sup> Privatstiftungsgesetz (PSG), BGBl 1993/694 idF BGBl I 2010/111.

<sup>96</sup> Zum Begriff der Kapitalgesellschaft iSd UmwG s Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> (2010) § 1 UmwG Rz 7.

<sup>97</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 24; 13. 12. 2005, C-411/03, Sevic Systems, Rz 19.

<sup>98</sup> Siehe hierzu oben C.1.

<sup>99</sup> Behrens, Anmerkung zu VALE, EuZW 2012, 621 (625).

Personen, Vereine, Stiftungen, rechtsfähige Personengesellschaften) übertragen.<sup>100</sup> Genauso könnte auch gem § 5 UmwG analog das Vermögen einer ausländischen Kapitalgesellschaft auf eine neu zu errichtende OG oder KG im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen. Die praktische Relevanz derartiger grenzüberschreitender Umwandlungen dürfte sich jedoch, vor allem in Anbetracht der (meist) unbeschränkten Haftung und der steuerlichen Nachteile, in Grenzen halten.

### 3. Wegzug einer österreichischen Privatstiftung

Welchen österr Gesellschaften ein Wegzug ins EU-Ausland ermöglicht werden muss, ergibt sich grundsätzlich aus dem Recht des jeweiligen Aufnahmemitgliedstaats. Dieses gibt vor, welche Umwandlungskonstellationen möglich sind. Grundvoraussetzung ist freilich, dass der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist. So könnte sich die Frage stellen, ob sich auch eine wegzugswillige österr Privatstiftung auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann. Da der persönliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit weit ausgelegt wird und auch das Erfordernis eines Erwerbzzweckes den Schutzbereich nicht drastisch einschränkt, fällt auch die österr Privatstiftung in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit.<sup>101</sup> Ermöglicht also eine fremde Rechtsordnung bspw die formwechselnde Umwandlung einer Privatstiftung, so könnte sich auch eine österr Privatstiftung, die eine Erwerbstätigkeit iSd Art 49 AEUV ausübt und sich tatsächlich im Aufnahmemitgliedstaat ansiedelt,<sup>102</sup> dieser Rechtsordnung unterwerfen, indem eine grenzüberschreitende Umwandlung in den betreffenden Mitgliedstaat vollzogen wird.<sup>103</sup>

### 4. Verfahren und anzuwendende Rechtsvorschriften

#### a) Überblick

Da das Sekundärrecht keinerlei Vorschriften zur Durchführung einer grenzüberschreitenden Umwandlung liefert, ist diese durch Anwendung der nationalen Rechtsordnungen zu ermöglichen. Hierbei kommt es zu einer sukzessiven Anwendung nationaler Gesellschaftsrechtsordnungen<sup>104</sup>, wobei sicherzustellen ist, dass die Gesellschaft nicht dauerhaft zwei verschiedenen Rechtsord-

nungen unterliegt.<sup>105</sup> Im hier interessierenden Zusammenhang sollen überblicksweise das Verfahren und die anzuwendenden Rechtsvorschriften aus österr Perspektive dargestellt werden. Aus Platzgründen können die in diesem Rahmen thematisierten Umwandlungsmodalitäten nicht abschließend erörtert werden. Auch auf die Darstellung der Besonderheiten, die sich bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung einer mitbestimmten Gesellschaft ergäben, muss verzichtet werden.

#### b) Österreich als Zielstaat

Grundvoraussetzung für eine Hereinumwandlung nach Österreich ist, dass die Gesellschaft alle Voraussetzungen erfüllt hat, um sich vom Recht ihres Wegzugsstaats zu lösen (etwa die Einhaltung von Gläubigerschutzbestimmungen oder die Willensbildung zur Sitzverlegung). Ob dies der Fall ist, richtet sich allein nach dem Recht dieses Wegzugsstaats.<sup>106</sup>

Ebenfalls noch nach ausländischem Recht hat eine Satzungsänderung zu erfolgen, sodass die Satzung den formellen sowie materiellen Mindestanforderungen des österr Rechts entspricht. Neben der Verlegung des Satzungssitzes<sup>107</sup> könnte etwa eine Kapitalerhöhung, die Abfassung der Satzung in deutscher Sprache oder eine Änderung der Organisationsstruktur erforderlich sein, wobei insbesondere § 4 GmbHG sowie §§ 16 f AktG zu beachten sind.<sup>108</sup> Eine neuerliche Festsetzung der Satzung (inkl Notariatsakt) ist wohl nicht erforderlich, weil und sofern die Umwandlung nicht zu einer Neugründung der Gesellschaft führt.<sup>109</sup> Gem § 16 Abs 4 Z 1 SEG analog und auch vor dem Hintergrund, dass nicht in allen Mitgliedstaaten bei der Gründung einer Gesellschaft die Mitwirkung eines Notars vorgesehen ist<sup>110</sup>, ist uE jedenfalls dann eine notarielle Beurkundung bei der Anmeldung zur Eintragung ins Firmenbuch erforderlich, wenn der Zielrechtsträger eine GmbH oder eine AG ist. Sinn und Zweck der österr Formvorschriften bei der GmbH-Gründung ist ja nach der hA nicht zuletzt auch die Sicherung des zukünftigen Geschäftsverkehrs sowie die Erleichterung der firmenbuchgerichtlichen Prüfung.<sup>111</sup> Aus den strukturellen Unterschieden der Gesellschaften können sich durch die Umwandlung auch neue Schutzinteressen ergeben, welche im Herkunfts-

<sup>100</sup> Eine verschmelzende Umwandlung in die umgekehrte Richtung, also auf einen ausländischen Gesellschafter, hat der OGH 20. 3. 2003, 6 Ob 283/02i bereits für zulässig erklärt.

<sup>101</sup> Forsthoff in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union I (47. ErgLfg 2012) Art 54 AEUV Rz 3; *Frenz*, Handbuch Europarecht I<sup>2</sup> (2010) Rz 2290f; EuGH 14. 9. 2006, C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, Rz 17 ff.

<sup>102</sup> EuGH 14. 9. 2006, C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, Rz 19; § 1 Abs 2 Z 1 PSG schließt eine Erwerbstätigkeit iSd Art 49 AEUV nicht gänzlich aus.

<sup>103</sup> Siehe auch *Arnold*, PSG-Kommentar<sup>2</sup> (2007) § 1 PSG Rz 23, der bereits vor VALE und *Cartesio* eine grenzüberschreitende Umwandlung einer Privatstiftung für „argumentierbar“ hielt.

<sup>104</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 37.

<sup>105</sup> *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 664.

<sup>106</sup> *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 652.

<sup>107</sup> Ein inländischer Satzungssitz wird von der hM sowohl bei der AG als auch bei der GmbH gefordert; s bspw *Heidinger/Schneider* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I<sup>5</sup> (2011) § 5 Rz 9, 16; *Koppenssteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 4 Rz 4 a.

<sup>108</sup> *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften (2006) 76; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 654 f.

<sup>109</sup> Siehe dazu und zum Folgenden *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 655.

<sup>110</sup> Siehe bezüglich der GmbH (und deren Äquivalente) die Aufstellung bei *Ch. Nowotny*, Zweck und Sinnhaftigkeit des Notariatsakts bei der GmbH-Gründung, AnwBl 2002, 255.

<sup>111</sup> *Fitz/Roth*, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, JBl 2004, 205 (208); *Krejci*, Formgebote im Gesellschaftsrecht, in *Rechberger*, Formpflicht und Gestaltungsfreiheit (2002) 47 ff.

staat noch nicht beachtet werden mussten. Bei Fehlen jeglicher objektiver Vorkontrollen, läge die Wahrnehmung dieser Interessen allein beim Firmenbuchgericht, was wiederum die Verfahrensökonomie und -dauer beeinträchtigen würde.

Da wie erwähnt keine Neugründung der Gesellschaft erfolgt, sind auch die Gründungsvorschriften zumindest nicht unmittelbar anwendbar. Aufgrund analoger Anwendung des § 247 AktG sind jedoch die Gründungsvorschriften (zumindest bei einer Umwandlung in eine österr AG)<sup>112</sup> sinngemäß anzuwenden und es hat eine Kapitalaufbringungskontrolle stattzufinden.<sup>113</sup> Bei der Sitzverlegung einer SE wird eine solche zwar zT als unzulässig angesehen<sup>114</sup>, doch unterscheidet sich die Ausgangslage bei der SE aufgrund der einheitlichen Gründungsvorschriften doch deutlich von den hier interessierenden Fällen. Die Prüfung hat einerseits durch die Gründer und andererseits auch durch einen gerichtlich bestellten Gründungsprüfer zu erfolgen. Inhalt dieser Prüfpflicht ist insbesondere, ob ausreichend Vermögen zur Deckung des Grundkapitals vorhanden ist.<sup>115</sup> Unter Umständen hat auch eine Neubestellung von Organen zu erfolgen, wobei satzungsmäßig bestellte sowie geschäftsführende Organe wohl keiner Neubestellung bedürfen.<sup>116</sup>

Aufgrund des Verweises im analog anzuwendenden § 247 AktG ist auch § 31 AktG bei Hereinumwandlung in eine AG zu beachten. Nach der Anmeldung zur Eintragung des Rechtsformwechsels ins Firmenbuch hat dieses gem § 31 AktG zu prüfen, ob alle Voraussetzungen zur Eintragung der grenzüberschreitenden Umwandlung erfüllt wurden. Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes ist im Eintragungsverfahren den von den ausländischen Behörden ausgefertigten Dokumenten „gebührend Rechnung zu tragen“.<sup>117</sup> Mit Eintragung der Gesellschaft durch das Firmenbuchgericht ist die grenzüberschreitende Umwandlung abgeschlossen.<sup>118</sup>

Das soeben zur Hereinumwandlung in eine AG und eine GmbH Gesagte gilt uE auch für die rechtsformkongruente Hereinumwandlung einer ausländischen AG oder GmbH (bzw deren Äquivalenten) in eine kongruente Gesellschaft österr Rechts. Dies folgt unmittelbar aus den Ausführungen des EuGH in der Rs VALE, die ja wie bereits erwähnt eine rechtsformkongruente Fallgestaltung betraf.

### c) Österreich als Wegzugsstaat

Bei der Hinausumwandlung einer österr AG ins EU-Ausland (Wegzug) bietet sich, soweit das nationale Recht keine Regelungen bereithält oder den Beteiligten nicht genügend Schutz gewährt, eine analoge Anwendung des SEG<sup>119</sup> und des EU-VerschG<sup>120</sup> an.<sup>121</sup> Teilweise wird auch eine analoge Anwendung der SE-VO und der 10. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie<sup>122</sup> vorgeschlagen.<sup>123</sup>

Daraus ergibt sich – noch bevor die grenzüberschreitende Umwandlung beschlossen werden kann – die Notwendigkeit der Erstellung eines Verlegungsplans.<sup>124</sup> Dieser enthält ua den geplanten Ablauf der grenzüberschreitenden Umwandlung, die neue geplante Satzung sowie ein Barabfindungsangebot für austretende Gesellschafter und dient der Vorabinformation der Gesellschafter. Der Verlegungsplan ist mindestens zwei Monate vor Beschlussfassung in der Hauptversammlung zum Firmenbuchgericht einzureichen.<sup>125</sup>

Parallel haben sowohl Vorstand als auch Aufsichtsrat einen Verlegungsbericht zu erstellen, worin die wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen der Umwandlung sowie die Angemessenheit der Barabfindung für austretende Gesellschafter dargetan werden.<sup>126</sup>

Auf Grundlage dieser Verlegungsberichte können sodann in der Gesellschafterversammlung der Verlegungsplan und die damit verbundenen Satzungsänderungen beschlossen werden.<sup>127</sup>

<sup>112</sup> Die nationalen Vorschriften zur Umwandlung einer AG in eine GmbH (§§ 239ff AktG) statuieren keine entsprechende Prüfpflicht, weshalb eine solche wohl auch bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung in eine GmbH grundsätzlich nicht gefordert werden darf.

<sup>113</sup> Siehe ausführlich *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 656 ff; *Eckert in Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> (2010) Vor § 1 EU-VerschG Rz 71; ebenso zur deutschen Rechtslage *Priester*, EU-Sitzverlegung – Verfahrensablauf, ZGR 1999, 36 (48).

<sup>114</sup> Siehe bspw *Oechsler* in Münchener Kommentar zum AktG VII<sup>3</sup> (2012) Art 8 SE-VO Rz 51.

<sup>115</sup> *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> (2010) § 247 Rz 7 ff; *Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> (2012) § 247 Rz 18 ff; s auch *Eckert*, GesRZ 2009, 139 (154).

<sup>116</sup> *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 663.

<sup>117</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 60f; zur genaueren Determinierung dieser Wendung s *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481 (1489f).

<sup>118</sup> *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften (2006) 76; *Eckert in Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> (2010) Vor § 1 EU-VerschG Rz 73; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 664.

<sup>119</sup> Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SEG), BGBl I 2004/67 idF BGBl I 2011/53.

<sup>120</sup> Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union (EU-VerschG), BGBl I 2007/72 idF BGBl I 2011/53.

<sup>121</sup> *Heidinger/Schneider in Jabornegg/Strasser*, AktG I<sup>5</sup> (2011) § 5 Rz 40; *Eckert in Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> (2010) Vor § 1 EU-VerschG Rz 58; aA *Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften (2006) 81; für die deutsche Rechtslage s *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481 (1491).

<sup>122</sup> Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 10. 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABI L 310/1.

<sup>123</sup> *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 568; zur Zulässigkeit der analogen Anwendung von Richtlinien s *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 100 ff.

<sup>124</sup> § 6 SEG analog.

<sup>125</sup> *Kalss in Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft – SE-Kommentar (2004) § 6 SEG Rz 2 ff.

<sup>126</sup> *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 569 ff; *Kalss in Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft – SE-Kommentar (2004) § 6 SEG Rz 15 ff.

<sup>127</sup> *Eckert in Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> (2010) Vor § 1 EU-VerschG Rz 64; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 586 ff.

Da der Gesetzgeber mit § 12 SEG von der Ermächtigung des Art 8 SE-VO Gebrauch gemacht hat und den der Umwandlung widersprechenden Gesellschaftern ein Austrittsrecht mit Barabfindung eingeräumt hat, ist davon auszugehen, dass dieses Recht auch in den hier interessierenden Fällen der grenzüberschreitenden Umwandlung besteht. Genauso steht auch den Gläubigern der Gesellschaft ein Sicherstellungsrecht zu, sofern sie nicht bereits Befriedigung erlangen können und sie eine Gefährdung ihres Anspruchs bescheinigen können.<sup>128</sup>

Zur Sicherung der Interessen der Beteiligten hat anschließend die zweistufige Rechtmäßigkeitskontrolle analog § 15 SEG (§ 14 EU-VerschG) stattzufinden.<sup>129</sup> Hierbei haben die Vorstandsmitglieder zuerst die beabsichtigte grenzüberschreitende Umwandlung zum Firmenbuch anzumelden. Bei Vorliegen aller Voraussetzungen trägt das Firmenbuchgericht sodann die beabsichtigte Umwandlung ein und stellt eine Rechtmäßigkeitsbescheinigung aus. Mit dieser Bescheinigung kann die Gesellschaft im Zuzugsstaat nachweisen, dass die Voraussetzungen zur Loslösung vom österr Recht erfüllt sind, und dort die Eintragung im Handelsregister beantragen. Ist die Eintragung im Zuzugsstaat erfolgt, kann die Löschung der Gesellschaft im österr Firmenbuch angemeldet werden. Die Eintragung der Umwandlung (Löschung) im österr Register hat bloß deklarative Wirkung – der Zeitpunkt des Wirksamwerdens richtet sich nach dem Recht des Zuzugsstaats.<sup>130</sup>

Der Wegzug einer österr GmbH könnte nach einem ähnlichen Verfahren ablaufen, jedoch müssten hierbei die GmbH-rechtlichen Besonderheiten Berücksichtigung finden. So könnten bspw aufgrund eines fehlenden Aufsichtsrates oder unterschiedlicher Formvorschriften gewisse Adaptionen erforderlich sein.

## F. Harmonisierungsbedarf und Ausblick

Die praktische Durchführung einer grenzüberschreitenden Umwandlung alleine auf Grundlage der primärrechtlichen Verpflichtung hierzu verlangt von den Beteiligten ein erhebliches Maß an Risikobereitschaft und Flexibilität. Die sukzessive, analoge Anwendung nationalen Rechts auf solche Vorgänge bietet kaum ausreichend Rechtssicherheit, um den Anforderungen der Praxis gerecht zu werden.

<sup>128</sup> A. Schröder in Manz/Mayer/A. Schröder, SE-Kommentar<sup>2</sup> (2010) Art 8 SE-VO Rz 176, 187; Eckert in Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> (2010) Vor § 1 EU-VerschG Rz 61 f; Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 598 ff, 613 ff; s die Kommentierung der §§ 12, 14 SEG von Kalss in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft – SE-Kommentar (2004).

<sup>129</sup> Siehe hierzu ausführlich die Kommentierung des § 15 SEG von Kalss in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft – SE-Kommentar (2004); Eckert in Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> (2010) Vor § 1 EU-VerschG Rz 65; Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 630 ff; für die deutsche Rechtslage s bspw Sagasser/Link in Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen<sup>4</sup> (2011) § 32 Rz 11 ff.

<sup>130</sup> Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 639 ff.

Nur mittels der bereits seit Jahren geplanten Sitzverlegungsrichtlinie könnte den Gesellschaften ein rechtssicherer verfahrensrechtlicher Rahmen zur Durchführung einer grenzüberschreitenden Umwandlung geboten werden. Die hier zu besprechende EuGH-Entscheidung in der Rs VALE gibt Anlass, mit einem Überblick über den Entwicklungsstand und den geplanten Inhalt dieser 14. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie abzuschließen.

Der erste Vorentwurf zur Sitzverlegungsrichtlinie<sup>131</sup> wurde bereits 1997 von der Kommission vorgestellt. Das Vorhaben wurde damals jedoch nicht weitergeführt, weil man noch die Entwicklung der Rsp des EuGH<sup>132</sup> sowie die Verabschiedung des SE-Regimes abwarten wollte.<sup>133</sup> 2005 führte die Kommission eine öffentliche Konsultation durch, wobei die Mehrzahl der Teilnehmenden eine Sitzverlegungsrichtlinie für erforderlich hielt. Die Kommission wurde aber (unter Verweis auf die Möglichkeit einer Sitzverlegung nach der SE-VO) trotzdem nicht tätig und so wurden die Arbeiten an der Sitzverlegungsrichtlinie 2007 abermals eingestellt. Seither hat das Europäische Parlament bereits mehrmals die Kommission aufgefordert, eine Initiative für die 14. Richtlinie einzubringen.<sup>134</sup> Gem Art 225 AEUV müsste diese sodann entweder einen Vorschlag einbringen oder begründen, warum sie es nicht tut. Auch die Reflection Group hat sich in ihrem Bericht für die Sitzverlegungsrichtlinie ausgesprochen.<sup>135</sup> Anfang 2012 hat sodann die Kommission erneut eine öffentliche Konsultation durchgeführt.<sup>136</sup> Letztlich hat nun auch der EuGH erstmals Stellung bezogen und befunden, dass sekundärrechtliche Vorschriften zur grenzüberschreitenden Umwandlung „gewiss hilfreich wären“.<sup>137</sup> Aufgrund der beinahe einhelligen Meinung der verschiedensten Akteure auf europäischer Ebene sowie auch der weit überwiegenden Lehre<sup>138</sup> scheint ein Voranschreiten dieses Vorhabens in absehbarer Zeit zumindest nicht unrealistisch.<sup>139</sup>

<sup>131</sup> Vorentwurf für eine vierzehnte Richtlinie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgeblichen Rechts vom 22. 4. 1997, abgedruckt in ZIP 1997, 1721 sowie ZGR 1999, 157.

<sup>132</sup> Es war gerade die Rs Centros beim EuGH anhängig.

<sup>133</sup> Siehe Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2011) Rz 836 mwN.

<sup>134</sup> Zuletzt in der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14. 6. 2012 zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts, P7\_TA(2012)0259.

<sup>135</sup> Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law 5. 4. 2011, 20 ff, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf) (4. 10. 2012).

<sup>136</sup> Siehe [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2012/company\\_law\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/company_law_en.htm) (4. 10. 2012).

<sup>137</sup> EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, VALE, Rz 38.

<sup>138</sup> Siehe bspw Roth, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht (2010) 61 f; Leible in FS Roth (2011) 460; Mörsdorf/Jopen, ZIP 2012, 1398 (1401); Bayer/Schmidt, ZIP 2012, 1481 (1491 f); Böttcher/Kraft, NJW 2012, 2701 (2704); Behme, NGZ 2012, 936 (939).

<sup>139</sup> So auch Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2011) § 4 Rz 31.

Regelungsgegenstand der 14. Richtlinie wäre die identitätswahrende grenzüberschreitende Sitzverlegung<sup>140</sup> von Gesellschaften. Während zunächst alle Gesellschaften mit Sitz in der Gemeinschaft durch die Regelung begünstigt werden sollten<sup>141</sup>, wurde später vermehrt gefordert, den persönlichen Anwendungsbereich auf Kapitalgesellschaften zu beschränken.<sup>142</sup> Durch den Vorentwurf von 1999 sollte wohl lediglich die gemeinsame Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz gewährleistet werden<sup>143</sup>, aktuell tendiert die Kommission aber dazu, auch die Möglichkeit einer isolierten Satzungssitzverlegung in den Entwurf aufzunehmen.<sup>144</sup> Nach heutigem Stand würde das Verfahren der Sitzverlegung wohl etwa dem Verfahren der SE-Sitzverlegung entsprechen (Beschluss durch Generalversammlung, Erstellung und Veröffentlichung eines Verlegungsplans und -berichts, Sicherstellungsrecht etc).<sup>145</sup>

## G. Fazit

In Fortführung der bekannten Entscheidungen zur Niederlassungsfreiheit hat der EuGH mit seiner Entscheidung in der Rs VALE die Mobilität von Kapitalgesellschaften im Binnenmarkt weiter verbessert. Er hat nun

klargestellt, dass grenzüberschreitende Umwandlungen in der Regel sowohl vom Wegzugs- als auch vom Zugzugsstaat zugelassen werden müssen. Außerdem hat er in Grundzügen dargelegt, wie solche Umwandlungen ermöglicht werden müssen und inwieweit die Mitgliedstaaten das nationale Umwandlungsrecht anwenden dürfen bzw müssen.

Was der EuGH in der Entscheidung VALE den Gesellschaften mit der einen Hand an Mobilität gibt, dürfte er ihnen mit der anderen Hand bei künstlichen Konstruktionen nehmen, indem er in der Entscheidung VALE eine Einschränkung des Anwendungsbereiches der Niederlassungsfreiheit durch das Erfordernis der „tatsächliche[n] Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat“ andeutet. Da die einschlägigen Ausführungen des EuGH die Tatbestandsvoraussetzungen der Niederlassungsfreiheit ganz allgemein betreffen, dürften sie über den behandelten Fall einer grenzüberschreitenden Umwandlung auch Bedeutung für andere grenzüberschreitende Fallgestaltungen haben.

Die grenzüberschreitende formwechselnde Umwandlung muss bei Vorliegen der in der Rs VALE dargelegten Voraussetzungen aufgrund des Primärrechts zugelassen werden. Auf rechtssicheren Beinen steht sie damit bei Weitem noch nicht. Hierzu bedarf es – nach VALE mehr denn je – eines harmonisierenden Sekundärrechtsaktes. Nur so kann die primärrechtlich gewährleistete Mobilität von Gesellschaften auch in der Praxis rechtssicher in Anspruch genommen werden.

<sup>140</sup> Siehe Art 3 des Vorentwurfes.

<sup>141</sup> Art 1 des Vorentwurfes.

<sup>142</sup> Siehe bspw die Empfehlung 1 der Anlage zur Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2. 2. 2012 (P7\_TA(2012)0019); vgl auch Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2011) Rz 840 f mwN.

<sup>143</sup> Roth, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht (2010) 62.

<sup>144</sup> Siehe Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2011) Rz 846 ff; Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 672 f; vgl Leible in FS Roth (2011) 457, der diese Möglichkeit de lege ferenda in die Disposition der Mitgliedstaaten stellen möchte.

<sup>145</sup> Siehe ausführlich Leible in FS Roth (2011) 457 ff; Priester, EU-Sitzverlegung – Verfahrensablauf, ZGR 1999, 36 (39 ff); Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2011) Rz 849 ff; Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 672 f.

## Über die Autoren:

Univ.-Prof. Dr. **Alexander Schopper** ist Inhaber des Lehrstuhls für Unternehmensrecht an der Universität Innsbruck; Mag. **Florian Skarics** ist Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck.