

Aaron Waible\*

## Der Herausformwechsel – zugleich Besprechung von *OLG Frankfurt am Main*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15

### Abstract

Seit dem Urteil des *Europäischen Gerichtshofs* in der Rs. *Centros* befindet sich das europäische internationale Gesellschaftsrecht in Bewegung. Nachdem zunächst die Konstellation der Verwaltungssitzverlegung die Rechtsprechung beschäftigte, rücken nun vermehrt Fälle der Satzungssitzverlegung in den Fokus. Das *OLG Frankfurt am Main* hatte Anfang 2017 als erstes deutsches Obergericht über einen Herausformwechsel zu entscheiden. Der Beitrag untersucht die Thematik des Herausformwechsels vor allem im Hinblick auf den europarechtlichen Rahmen und die konkrete Durchführbarkeit im deutschen Recht. Besondere Berücksichtigung erfährt hierbei der Beschluss des *OLG Frankfurt am Main*. Hingewiesen sei darauf, dass der Beitrag in seiner ursprünglichen Fassung vor der Entscheidung des *Europäischen Gerichtshofs* in der Rs. *Polbud* entstand. Zum Zweck der Veröffentlichung wurde das Urteil jedoch nachträglich berücksichtigt.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im siebten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt „Internationales Privat- und Verfahrensrecht“. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die von Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard) im Wintersemester 2017/18 gestellt wurde.

## A. Einleitung – Der Herausformwechsel als Ausdruck europäischer Unternehmensmobilität

Wesentlicher Bestandteil des freien Binnenmarktes innerhalb der Europäischen Union<sup>1</sup> ist die Gewährleistung grenzüberschreitender Mobilität von Unternehmen.<sup>2</sup> Insbesondere im Zuge einer zunehmenden Liberalisierung und der damit einhergehenden Globalisierung des Wirtschaftsverkehrs ist ein stetig wachsendes Bedürfnis festzustellen, Unternehmen auch international neu- oder umzustrukturieren.<sup>3</sup> Allerdings stehen einer dem Binnenmarktideal entsprechenden Unternehmensmobilität mannigfaltige Hindernisse tatsächlicher und rechtlicher Art entgegen.<sup>4</sup>

Besonderes Augenmerk gebührt aufgrund der komplexen kollisions- und sachrechtlichen Anwendungsfragen dem Herausformwechsel. Im Rahmen dessen stellen sich im Wesentlichen drei Fragen:

Inwiefern untersteht der Herausformwechsel dem Schutz der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV?

Welche Rechtsvorschriften sind auf den Vorgang anwendbar?

Zu welchen Schutzmaßnahmen sind die beteiligten Mitgliedstaaten berechtigt?<sup>5</sup>

Der Beschluss des *OLG Frankfurt a. M.* v. 3.1.2017<sup>6</sup> widmet sich dem Herausformwechsel als – soweit ersichtlich<sup>7</sup> – erste obergerichtliche Entscheidung, welche die neuere *EuGH*-Rechtsprechung berücksichtigt. Es wird sich zeigen, dass der Beschluss im Ausgangspunkt zwar richtigerweise von der Zulässigkeit des Herausformwechsels ausgeht. Bei der Anwendung des nationalen Rechts gelangt das *Gericht* jedoch zu einem Ergebnis, welches europarechtlich weder gefordert noch gewünscht ist.

---

<sup>1</sup> Zur wirtschaftlichen Grundlage des Binnenmarkts in der Theorie der komparativen Kosten siehe *Frenz*, EU-Recht, 2. Aufl. 2012, Rn. 4 ff.; *Teichmann*, Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit, ZGR 2011, 639 (646).

<sup>2</sup> *Mörsdorf*, Beschränkung der Mobilität von EU-Gesellschaften im Binnenmarkt – eine Zwischenbilanz, EuZW 2009, 97 (97); allg. zur wirtschaftlichen Funktion der Niederlassungsfreiheit *Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje I, 7. Aufl. 2015, Vorb. Art. 49-55 AEUV Rn. 4 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Weller*, Internationales Unternehmensrecht 2010, ZGR 2010, 679 (685 f.).

<sup>4</sup> *Grohmann*, Das Informationsmodell im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2006, S. 8.

<sup>5</sup> Ähnliche Fragen zum grenzüberschreitenden Formwechsel stellt auch *Schön*, Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach VALE, ZGR 2013, 333 (356 f.).

<sup>6</sup> Az. 20 W 88/15, ZIP 2017, 611.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu *Stiegler*, Anm. zur Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. vom 3.1.2017, GmbHR 2017, 392 (392).

Ziel dieses Beitrags ist es, exemplarisch anhand des Beschlusses des *OLG Frankfurt a. M.* die im Zuge eines Herausformwechsels aufgeworfenen Rechtsfragen zu untersuchen. Im Vordergrund steht die Beantwortung der beiden oben erstgenannten Fragen, auf die dritte Frage wird dagegen nur cursorisch eingegangen.

Nach einer einleitenden Einführung in die Thematik (**B.**) sollen zunächst die relevanten Parameter herausgearbeitet werden, die sich aus der europäischen Rechtsprechung für das deutsche Recht ergeben (**C.**). Im Anschluss wird anhand der Darstellung und Analyse des angesprochenen Beschlusses die bis *dato* ungeklärte deutsche Rechtslage in kollisions- und materiell-rechtlicher Hinsicht beleuchtet (**D.**). Schließlich soll gemeinsam mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse ein rechtspolitischer Ausblick gewagt werden (**E.**).

## **B. Begriffsbestimmung, Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes und wirtschaftlicher Hintergrund der Problematik**

### **I. Strukturmaßnahme, grenzüberschreitender Formwechsel und Herausformwechsel**

Unternehmensmobilität äußert sich in Maßnahmen, die die Niederlassung selbst betreffen. Als Oberbegriff derartiger Maßnahmen soll angesichts des international ambivalenten Verständnisses anderer in diesem Kontext verwendeter Ausdrücke<sup>8</sup> die Bezeichnung *Strukturmaßnahme* dienen.<sup>9</sup> Zu unterscheiden ist aufgrund der europarechtlichen Dimension zwischen der nationalen und grenzüberschreitenden Variante. Ausschließlich letztere bildet den Gegenstand dieses Beitrags.

Ein *grenzüberschreitender Formwechsel* bezeichnet eine Strukturmaßnahme, bei der eine Gesellschaft<sup>10</sup> nach dem Gesellschaftsstatut eines Mitgliedstaates identitätswahrend einen Wechsel in eine Rechtsform nach dem Gesellschaftsstatut

---

<sup>8</sup> V.a. der für das deutsche Recht geläufige Begriff der *Umwandlung* (die wörtlichen Übersetzungen *transformation* im Französischen und *trasformazione* im Italienischen bezeichnen nämlich jeweils allein den Formwechsel) soll im europarechtlichen Kontext vermieden werden, vgl. *Bayer/Schmidt*, Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als „Formwechselfreiheit“, ZIP 2012, 1481 (1485); *Kindler*, Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH, EuZW 2012, 888 (889).

<sup>9</sup> Begriff gebraucht von *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 754.

<sup>10</sup> Allg. zum Begriff der Gesellschaft im IPR *Wedemann*, Der Begriff der Gesellschaft im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 75 (2011), 541 ff.

eines anderen Mitgliedstaates vollzieht.<sup>11</sup> Wesenseigen ist dabei die Wahrung der Identität, d.h. die Strukturmaßnahme erfolgt weder durch Auflösung und Neugründung noch durch Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolge.<sup>12</sup> Vielmehr herrscht wirtschaftliche Kontinuität: Der Rechtsträger wechselt zwar sein „Rechtskleid“, bleibt als solcher aber erhalten.<sup>13</sup> Dies bildet zugleich den maßgeblichen Unterschied zur grenzüberschreitenden Verschmelzung.<sup>14</sup>

Vielfach wird der Vorgang auch mit der Satzungssitzverlegung gleichgesetzt.<sup>15</sup> An dieser Stelle ist die analytische Scheidung der kollisions- von der sachrechtlichen Ebene von fundamentaler Bedeutung.<sup>16</sup> Der *per definitionem* vorausgesetzte Statutenwechsel bestimmt sich mangels Vereinheitlichung nach der von den Mitgliedstaaten gewählten Anknüpfung. Das jeweilige Sachrecht wiederum legt fest, welche Rechtsfolgen ein Zu- oder Wegzug zeitigt.<sup>17</sup> Es wird sich zeigen, dass ein Statutenwechsel nach gegenwärtiger Rechtslage zwar i.d.R. mit einer Satzungssitzverlegung zusammenfällt. Ein notwendiger Zusammenhang besteht allerdings nicht.<sup>18</sup>

Unter einem *Herausformwechsel* ist schließlich aus deutscher Perspektive der grenzüberschreitende Formwechsel eines Rechtsträgers mit der Rechtsform einer deutschen Gesellschaft in eine Gesellschaft mit Rechtsform eines anderen EU-/EWR-Staates zu verstehen.<sup>19</sup> Allgemein gesprochen wird in dieser Konstellation also die Perspektive des Wegzugsstaates eingenommen.

---

<sup>11</sup> *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 2010, S. 541; *Kals/Klampfl*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 126; *Drygala*, in: Lutter, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 1 UmwG Rn. 21.

<sup>12</sup> *Stiegler*, Grenzüberschreitende Sitzverlegungen nach deutschem und europäischem Recht, 2017, S. 41; *Weller*, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, in: FS Blaurock, 2013, S. 497 (511 f.); vgl. auch die Regierungsbegründung zum Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwBerG), BT-Drucks. 12/6699, S. 136.

<sup>13</sup> *Verse*, Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung – Zwischenbilanz nach „National Grid Indus“ und „Vale“, ZEuP 2013, 458 (476).

<sup>14</sup> Diese ist im deutschen Recht in den §§ 122a ff. UmwG geregelt.

<sup>15</sup> Vgl. z.B. *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG, Überschrift zu Rn. 21.

<sup>16</sup> So auch *Behrens*, Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (Art. 52 und 58 EWGV), ZGR 1994, 1 (7); *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 770, 796.

<sup>17</sup> *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 770; *Kindler*, in: MüKo-BGB XI, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 819.

<sup>18</sup> Näheres siehe unten **C. I. 1.** und **C. II. 1. d).**

<sup>19</sup> *Seibold*, Der grenzüberschreitende Herein-Formwechsel in eine deutsche GmbH – Geht doch!, ZIP 2017, 456 (456).

## II. Ausschluss genuin-europäischer Gesellschaften

Von der folgenden Untersuchung ausgeschlossen sind die genuin-europäischen Rechtsformen der Europäischen Gesellschaft (SE), der Europäischen Genossenschaft (SCE) und der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV). Im Unterschied zu nationalen Gesellschaften bestehen insoweit einheitliche europäische Vorschriften zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung.<sup>20</sup> Die nachfolgend erörterte Problematik stellt sich daher regelmäßig nicht in dieser Weise. Aus diesem Grund werden Strukturmaßnahmen bei genuin-europäischen Gesellschaften nicht eigens dargestellt, sondern sind lediglich insoweit Teil der Ausführungen, wie sie für den Herausformwechsel nationaler Gesellschaften von Bedeutung sind.

## III. Makroökonomischer und betriebswirtschaftlicher Hintergrund

Die Triebfeder der grenzüberschreitenden Mobilität stellen wirtschaftliche Erwägungen dar.<sup>21</sup>

Makroökonomisch dienen Strukturmaßnahmen der Neu- und Umorientierung grenzüberschreitender wirtschaftlicher Einheiten und damit zugleich der im Binnenmarktprogramm angestrebten optimalen Allokation wirtschaftlicher Ressourcen auf dem Gebiet der EU.<sup>22</sup> Als Argument für die Ermöglichung von Unternehmensmobilität wird zudem häufig der „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ angeführt, der einen Prozess ständiger Modernisierung in Gang setzen und das Gesellschaftsrecht an den wirtschaftlichen Wandel anpassen soll.<sup>23</sup>

Die Beweggründe einzelner Unternehmen, grenzüberschreitende Strukturmaßnahmen vorzunehmen, sind vor allem wirtschaftlicher oder steuerlicher Natur.<sup>24</sup> Zu nennen ist der Wechsel des anwendbaren Rechts, der Wechsel zu besseren sonstigen Standortbedingungen sowie das interne und externe Wachstum des Unternehmens.<sup>25</sup> Namentlich grenzüberschreitende Formwechsel haben auch den ihnen eigenen Vorzug der Identitätswahrung, durch die Unter-

<sup>20</sup> Siehe Art. 8 SE-VO, Art. 7 SCE-VO und Art. 13 f. EWIV-VO.

<sup>21</sup> *Frank*, Formwechsel im Binnenmarkt, 2016, S. 43.

<sup>22</sup> *Schön* (Fn. 5), S. 344.

<sup>23</sup> *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 726 f.; ausführlich den „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ als Alternative zur Rechtsangleichung diskutiert *Schön*, Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, ZHR 1996, 221 (233 ff.); zu den ökonomischen Grundlagen siehe *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, S. 45 ff.

<sup>24</sup> *Hushahn*, Grenzüberschreitende Formwechsel im EU/EWR-Raum, RNotZ 2014, 137 (139); *Seibold* (Fn. 19), S. 458 bringt infolge des *Brexit*s auch politische Motive ins Spiel.

<sup>25</sup> *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 765.

nehmen die genannten Vorteile ohne anderweitige Rechtsnachteile erhalten. Beispielsweise bleiben dem Rechtsträger anders als bei der Gesamtrechtsnachfolge auch öffentlich-rechtliche Genehmigungen und Konzessionen erhalten.<sup>26</sup>

### C. Europarechtlicher Rahmen

Die Art. 49, 54 AEUV<sup>27</sup> zeigen sich verantwortlich für wesentliche Umwälzungen im Bereich des Gesellschaftsrechts. Das Kollisions- und Sachrecht der Mitgliedstaaten ist daher in seiner konkreten Auswirkung durch das Europarecht überformt.<sup>28</sup> Zunächst wird in gebotener Kürze aufgezeigt, wie die europäische Rechtsprechung zur Verlegung des Verwaltungssitzes das internationale Gesellschaftsrecht beeinflusst hat. Anschließend folgt eine Untersuchung, inwiefern grenzüberschreitende Formwechsel durch die Niederlassungsfreiheit geschützt sind.

#### I. Einfluss der *EuGH*-Rechtsprechung zur Verwaltungssitzverlegung

Traditionell stehen sich im internationalen Gesellschaftsrecht zwei Lager gegenüber: Grob unterscheiden lassen sich zum einen die im anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreitete Gründungstheorie<sup>29</sup>, nach der an den Satzungssitz angeknüpft wird; demgegenüber steht zum anderen die mehrheitlich in Kontinentaleuropa und auch in Deutschland verfolgte Sitztheorie<sup>30</sup>, nach der das Recht des tatsächlichen Sitzes anzuwenden ist.

---

<sup>26</sup> *Hushahn* (Fn. 24), S. 139; *Wicke*, Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels, DStR 2012, 1756 (1759); zu möglichen Problemen in diesem Zusammenhang: *Piehler*, in: Eckhardt/Herrmanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 665.

<sup>27</sup> Art. 31, 34 EWR-Vertrag enthalten eine inhaltlich kongruente Regelung für den Europäischen Wirtschaftsraum, st. Rspr.: *EuGH*, Urt. v. 23.2.2006 – Rs. C-471/04 – *Keller Holding* ././ *Finanzamt Offenbach a. M.*, Rn. 49; Urt. v. 26.10.2006 – Rs. C-345/05 – *Kommission* ././ *Portugal*, Rn. 41; Urt. v. 18.1.2007 – Rs. C-104/06 – *Kommission* ././ *Schweden*, Rn. 32. Die folgenden Ausführungen gelten daher grundsätzlich entsprechend auch für EWR-Sachverhalte.

<sup>28</sup> *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 772.

<sup>29</sup> U.a. Großbritannien (vgl. etwa *Court of Appeals (England and Wales), Janred v. ENIT* (1989), 2 All ER 444) USA (vgl. etwa *Supreme Court of the United States, Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624, 645 (1982)), aber auch Niederlande (Art. 118 Buch 10 NBW, deutsche Fassung in IPRax 2013, 585) und Schweiz (Art. 154 schweizerisches IPR-Gesetz).

<sup>30</sup> Neben Deutschland (z.B. *BGH*, NZG 2000, 926 f.) u.a. Belgien (Art. 110 f. belg. IPR-Gesetz), Frankreich (Art. L210-3 Code de Commerce) und Österreich (§ 10 österr. IPR-Gesetz).

## 1. Perspektive des Aufnahmemitgliedstaates

In der berühmten Entscheidungstrias *Centros*<sup>31</sup> – *Überseering*<sup>32</sup> – *Inspire Art*<sup>33</sup> ordnete der *EuGH* die Verwaltungssitzverlegung als Gebrauch der Niederlassungsfreiheit ein. Für den Aufnahmemitgliedstaat folgt hieraus der Grundsatz, dass eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem sie ihren Satzungssitz hat, ordnungsgemäß gegründet wurde und die ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, auf Grund der Art. 49, 54 AEUV als rechts- und parteifähig anzuerkennen ist.<sup>34</sup>

Probleme können sich etwa dann ergeben, wenn eine in einem Gründungstheoriestaat inkorporierte Gesellschaft den Verwaltungssitz in einen Sitztheoriestaat verlegt. So wurden Gesellschaften daraufhin zum Teil als rechtliches *nullum* behandelt<sup>35</sup> oder in eine Gesellschaftsform nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaates umqualifiziert<sup>36</sup>.

## 2. Perspektive des Herkunftsmitgliedstaates

Einen anderen – für viele Stimmen in der Literatur überraschenden<sup>37</sup> – Weg ging der *EuGH* in *Cartesio* hinsichtlich Wegzugskonstellationen: In Anknüpfung an das Urteil in der Rs. *Daily Mail*<sup>38</sup> kann eine Gesellschaft sich gegenüber ihrem Herkunftsmitgliedstaat nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen, sodass derartige Beeinträchtigungen aus dem Anwendungsbereich der Art. 49, 54 AEUV fallen.<sup>39</sup> Der Grund hierfür liege darin, dass Gesellschaften jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, keine Realität hätten.<sup>40</sup> Ob eine Gesellschaft vorliege, sei daher eine nach nationalem

<sup>31</sup> *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – *Centros* ./ *Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*.

<sup>32</sup> *EuGH*, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – *Überseering* ./ *Nordic Construction Company Baumanagement*.

<sup>33</sup> *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* ./ *Inspire Art*.

<sup>34</sup> *EuGH*, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – *Überseering* ./ *Nordic Construction Company Baumanagement*, Rn. 80 ff.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 46.

<sup>35</sup> So noch z.B. *OLG München*, NJW-RR 1995, 703 (704).

<sup>36</sup> Vgl. *BGH*, NJW 2009, 289 (291) – *Trabrennbahn*; *BGH*, EWiR 2010, 117 f. – *Singapur*; näher zu dieser „Wechselbalgtheorie“ *Weller*, Die „Wechselbalgtheorie“, in: FS Goette, 2011, S. 583 ff.

<sup>37</sup> Siehe nur die Nachweise bei *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 40, Fn. 142.

<sup>38</sup> *EuGH*, Urt. v. 27.9.1988 – Rs. C-81/87 – *The Queen* ./ *Daily Mail*.

<sup>39</sup> *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 110; a.A.: GA *Maduro*, Schlussanträge v. 22.5.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 27.

<sup>40</sup> *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 104; von Teilen der Literatur spöttisch als „Geschöpftheorie“ bezeichnet, vgl. *Rehm*, in: Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2014, § 2 Rn. 61 f.

Recht zu beantwortende „Vorfrage“.<sup>41</sup>

Die Befugnisse der Herkunftsmitgliedstaaten wurden mithin wie folgt konkretisiert: Die Mitgliedstaaten bestimmen nicht nur darüber, wann eine Gesellschaft als gegründet anzusehen ist und damit in den Genuss der Niederlassungsfreiheit kommt, sondern auch über den Fortbestand dieser Eigenschaft. Sie sind also im Grundsatz frei, „ihre“ Gesellschaften dadurch „einzumauern“, dass sie den Versuch des Wegzugs mit der Auflösung sanktionieren.<sup>42</sup>

### 3. Konsequenzen für das internationale Gesellschaftsrecht und grenzüberschreitende Formwechsel

Festzuhalten ist mithin eine Zweispurigkeit der *EuGH*-Rechtsprechung, die aufgrund der Rückbindung einer Gesellschaft an ein bestimmtes nationales Recht zwischen Zuzugs- und Wegzugsfreiheit unterscheidet.

In der Anwendung der Sitztheorie gegenüber Gesellschaften aus dem europäischen Ausland liegt ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Überwiegend werden die Art. 49, 54 AEUV daher als versteckte Kollisionsnorm verstanden, die eine europarechtliche Gründungstheorie vorschreibt.<sup>43</sup> Dem wird entgegengehalten, dass der *EuGH* nicht die Anwendung der Sitztheorie schlechthin, sondern nur die dort enthaltenen Rechtsfolgen als unionswidrig einstufte.<sup>44</sup> Diese Kritik verdient zwar insoweit Zustimmung, als dass der *Gerichtshof* Beeinträchtigungen ungeachtet ihres kollisions- oder sachrechtlichen Ursprungs verbietet.<sup>45</sup> Dennoch folgt aus der zwingenden Anerkennung der ausländischen Gesellschaft jedenfalls für Fragen der Gründung die Anwendung des jeweiligen

<sup>41</sup> *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 109.

<sup>42</sup> *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 54; *GA Maduro* spricht plastisch von „Todesstrafe“, Schlussanträge v. 22.5.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 31. Eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Regelung sah der *EuGH* indes in einer Wegzugsbesteuerung, *EuGH*, Urt. v. 29.11.2011 – Rs. C-371/10 – *National Grid Indus* ./ *Inspecteur van de Belastingdienst*; die Lehre schließt hieraus, dass nicht-gesellschaftsrechtliche Wegzugsbeschränkungen, nicht aber gesellschaftsrechtliche in den Anwendungsbereich der Art. 49, 54 AEUV fallen, vgl. *Weller*, in: *MüKo-GmbHG I*, 2010, Einl. Rn. 364a.

<sup>43</sup> *Behrens*, Gemeinschaftsrechtliche Grenze der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art, *IPRax* 2004, 20 (25); *Eidenmüller*, Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, *ZIP* 2002, 2233 (2241 f.); *Leible/Hoffmann*, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, *RIW* 2002, 925 (928).

<sup>44</sup> *Kindler*, in: *MüKo-BGB XI* (Fn. 17), Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 143.

<sup>45</sup> *Teichmann* (Fn. 1), S. 678; *Zwirlein*, Grenzüberschreitender Formwechsel – europarechtlich veranlasste Substitution im UmwG, *ZGR* 2017, 114 (120).



ausländischen Gesellschaftsrechts.<sup>46</sup> Geht man darüber hinaus von der Prämisse eines einheitlichen Gesellschaftsstatuts aus,<sup>47</sup> so ist das Verständnis als versteckte Kollisionsnorm vorzugswürdig.

Für grenzüberschreitende Formwechsel hat dies zur Konsequenz, dass die bloße Verwaltungssitzverlegung aus Sicht des Aufnahmemitgliedstaates keinen Statutenwechsel bewirkt. Durch die Gründungstheorie ist vielmehr die Verlegung des Satzungssitzes erforderlich. Ein logischer Konnex zwischen Satzungssitzverlegung und einem Statutenwechsel besteht allerdings nicht.<sup>48</sup> So wäre es denkbar, dass ein Mitgliedstaat einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft die Möglichkeit eines Satzungssitzes im Ausland gewährt.<sup>49</sup> Gegenwärtig ist es allerdings so, dass sämtliche Mitgliedstaaten auf Ebene des Sachrechts ihre eigenen Rechtsformen an das Erfordernis eines inländischen Satzungssitzes koppeln.<sup>50</sup> Praktisch fällt aufgrund dieses Zusammenspiels von Kollisions- und Sachrecht ein grenzüberschreitender Formwechsel regelmäßig mit einer Satzungssitzverlegung zusammen.

## II. Schutz des grenzüberschreitenden Formwechsels durch die Niederlassungsfreiheit

### 1. Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit

Zum Zweck der Verwirklichung des Binnenmarktes gewährt die Niederlassungsfreiheit verschiedene Möglichkeiten, die Struktur einer Gesellschaft grenzüberschreitend zu verändern.<sup>51</sup> Nach der *EuGH*-Rechtsprechung unterscheidet sich aber das Maß garantierter Mobilität je nach konkreter Strukturmaßnahme. Zur genaueren Analyse des grenzüberschreitenden Formwechsels sollte man zwischen Wegzugs- und Zuzugskonstellationen trennen. Zwar handelt es sich nur bei der Wegzugskonstellation um einen Herausformwechsel. Doch spielt die Zuzugskonstellation auch beim Herausformwechsel insoweit eine Rolle, als es zu einem Zusammenspiel der Rechtsordnungen des Wegzugs- und des Zuzugsstaates kommt.<sup>52</sup> Daher sollen hier beide Perspektiven beleuchtet werden.

Namentlich grenzüberschreitende Formwechsel haben zudem den ihnen eigenen Vorzug der Identitätswahrung, durch die Unternehmen die genannten Vor-

---

<sup>46</sup> *Teichmann* (Fn. 1), S. 679; durch ein bloßes Anerkennungsstatut auf Sachrechtsebene würde die Gesellschaft nicht *als solche* respektiert, vgl. *Weller* (Fn. 36), S. 588.

<sup>47</sup> *Weller* (Fn. 36), S. 588; *Zwirlein* (Fn. 45), S. 121.

<sup>48</sup> *Schön* (Fn. 5), S. 355 f.

<sup>49</sup> Zu denken wäre in dem Fall allenfalls an völkerrechtliche Implikationen.

<sup>50</sup> *Weller* (Fn. 12), S. 510; für das deutsche Recht siehe §§ 4a GmbHG, 5 AktG.

<sup>51</sup> Überblick zu den einzelnen Möglichkeiten bei: *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 51 ff.

<sup>52</sup> Näher siehe unten **D. II. 2.**

teile ohne anderweitige Rechtsnachteile erhalten. Vorweggeschickt sei zudem, dass europäisches Sekundärrecht keine Vorbedingung für die Niederlassungsfreiheit ist.<sup>53</sup> Folglich kann die nur fragmentarische Harmonisierung im Bereich der Unternehmensmobilität der Durchführung grenzüberschreitender Formwechsel nicht entgegengehalten werden.

a) *Wegzugskonstellation*

Lange war es in Rechtsprechung und Literatur streitig, ob grenzüberschreitende Formwechsel einen Gebrauch der Niederlassungsfreiheit darstellen.<sup>54</sup> Schließlich bestätigte der *EuGH obiter dicens* in *Cartesio*, dass der Wegzugsstaat jedenfalls bei einer statutenwechselnden Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat die Art. 49, 54 AEUV zu beachten habe.<sup>55</sup> Insofern knüpfte der *Gerichtshof* an die allgemein gehaltene Argumentation aus *SEVIC* an, nach der grenzüberschreitende Verschmelzungen aufgrund naheliegender „Kooperations- und Umgestaltungsbedürfnisse von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten“ unter Art. 49, 54 AEUV fallen.<sup>56</sup>

Auffallend ist an der Entscheidung vor allem, dass der *EuGH* lediglich von der „Verlegung des Sitzes“ spricht, wohingegen er in anderen Fällen präzise zwischen dem „satzungsmäßigen Sitz“ und dem „tatsächlichen Sitz“ trennt.<sup>57</sup> Hieran wird deutlich, dass nicht die Satzungssitzverlegung, sondern auf einer abstrakteren Ebene der grenzüberschreitende Formwechsel unabhängig von der jeweiligen Anknüpfung in den nationalen Kollisionsrechten geschützt ist.<sup>58</sup>

Endgültige Klarheit brachte insofern schließlich das Urteil zu *Polbud*<sup>59</sup>, das den Fall eines Herausformwechsels zum Gegenstand hatte. Sowohl Generalanwältin

---

<sup>53</sup> *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – *SEVIC*, Rn. 26; Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 38.

<sup>54</sup> Für Nachweise zu den jeweiligen Ansichten siehe *Bayer/Schmidt*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, *Cartesio* und Trabrennbahn, *ZHR* 2009, 735 (753 f., Fn. 133 u. 136 f.).

<sup>55</sup> *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 111.

<sup>56</sup> So sieht auch *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 786 f. die Argumentation in *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – *SEVIC*, Rn. 19 als übertragbar an; vgl. auch *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 64.

<sup>57</sup> *Teichmann*, *Cartesio*: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug, *ZIP* 2009, 393 (394).

<sup>58</sup> *Ebd.*, S. 394; *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 790; vgl. bspw. *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 47.

<sup>59</sup> *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*.

*Kokott* als auch die zuständige *Große Kammer*<sup>60</sup> befürworteten in Übereinstimmung mit dem zuvor Erörterten für diese Konstellation die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Art. 49, 54 AEUV.<sup>61</sup>

*b) Zuzugskonstellation*

In der Zuzugskonstellation ist das Urteil zu *VALE* maßgeblich. Danach kann sich eine Gesellschaft gegenüber dem Zuzugsstaat auf die Niederlassungsfreiheit berufen (Fall des *Hereinformwechsels*).<sup>62</sup> Voraussetzung sei dabei, dass der Mitgliedstaat inländischen Gesellschaften einen Formwechsel erlaubt.<sup>63</sup> Mittlerweile besteht jedoch in allen Mitgliedstaaten für inländische Gesellschaften die Möglichkeit eines Formwechsels.<sup>64</sup> Das Kriterium ist mithin gegenwärtig nur von theoretischer Bedeutung.

Beachtung verdient schließlich auch die Bemerkung des *EuGH* zu den fehlenden Harmonisierungsvorschriften. Angesichts dessen seien die Mitgliedstaaten berechtigt, das den Vorgang regelnde Sachrecht festzulegen. In Ermangelung spezieller Vorschriften seien *mutatis mutandis* die Bestimmungen über „*innerstaatliche Umwandlungen*“ anzuwenden<sup>65,66</sup>

*c) Erfordernis einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit*

Lange Zeit war umstritten, ob die formwechselnde Gesellschaft in dem Zuzugsstaat eine „*wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit*“ ausüben müsse.<sup>67</sup> Konkret geht es um die Frage, ob eine isolierte Satzungsverlegung überhaupt einen Gebrauch der Niederlassungsfreiheit darstellt.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht sei die Frage einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Aufnahmestaat lediglich auf Rechtfertigungsebene zu be-

---

<sup>60</sup> Dass der Fall einer großen Kammer zugewiesen wurde, zeigt auch die Bedeutung der Entscheidung, vgl. *Stiegler*, Anm. zu den Schlussanträgen v. GA'in *Kokott* in der Rs. *Polbud* (C-106/16), GmbHR 2017, 650 (651).

<sup>61</sup> GA'in *Kokott*, Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 43; *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 32 ff.

<sup>62</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 30 ff.

<sup>63</sup> *Ebd.*, Rn. 33.

<sup>64</sup> *Szydło*, The Right of Companies to Cross-Border Conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment, ECFR 2010, 414 (437); zu einzelnen Regelungen siehe die Nachweise bei *Stiegler* (Fn. 12), S. 39, Fn. 199.

<sup>65</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 43-52.

<sup>66</sup> Freilich unterliegt auch das nationale Umwandlungsrecht niederlassungsrechtlicher Kontrolle, näher siehe unten **C. II. 2. b)**.

<sup>67</sup> So die Bemerkung des *EuGH* in *VALE*, siehe *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 34; anknüpfend an *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04 – *Cadbury Schweppes* ./ . *Commissioners of Inland Revenue*, Rn. 54.

rücksichtigen.<sup>68</sup> Viele andere hielten dies dagegen bereits im Rahmen des Anwendungsbereichs der Art. 49, 54 AEUV für relevant.<sup>69</sup>

Bedeutung erlangt dieser Streitpunkt für den Wegzugsstaat, wenn der Zuzugsstaat über die niederlassungsrechtlich gebotenen Anforderungen hinaus<sup>70</sup> eine Gesellschaft ohne Niederlassung im eigenen Staatsgebiet zulässt. Dann kann der Wegzugsstaat den Herausformwechsel nur verweigern, wenn der Gesellschaft die Berufung auf Art. 49, 54 AEUV von vornherein verwehrt ist.

In Anlehnung an die *Centros*-Rechtsprechung zur Rechtswahlfreiheit bei Unternehmensgründungen beantwortete der *EuGH* die Streitfrage in *Polbud* dahingehend, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit im Aufnahmestaat nicht erforderlich sei.<sup>71</sup> Ebenso wenig stelle es für sich genommen einen Missbrauch dar, wenn eine Gesellschaft ihren Satzungssitz nur deshalb verlegt, um in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften zu kommen.<sup>72</sup> Mit der Entscheidung lehnte der *Gerichtshof* zugleich die Ansicht der Generalanwältin *Kokott* ab, die zumindest die Absicht der Aufnahme geschäftlicher Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat verlangt hatte.<sup>73</sup>

Gegen die Argumentation des *EuGH* könnte man einwenden, dass sich eine derartige Auslegung allzu weit vom Wortlaut der Art. 49, 54 AEUV entfernt. Dieser stellt auf den faktischen Vorgang einer Niederlassung ab.<sup>74</sup> Fasste man nun die isolierte Satzungssitzverlegung unter den Gewährleistungsgehalt der Art. 49, 54 AEUV, so wird auf dieses Moment gänzlich verzichtet.

Folgende Überlegung spricht indes gegen ein solches Verständnis: Demnach dürfte der Gesellschaft zwar die isolierte Satzungssitzverlegung versagt werden; sie hätte aber nach der Rechtsprechung zur Verwaltungssitzverlegung das Recht, nach der Verlegung des Verwaltungs- und Satzungssitzes sofort wieder

---

<sup>68</sup> *Bayer/Schmidt* (Fn. 8), S. 1486; *Behme*, Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach *Cartesio* und *Vale*, NZG 2012, 936 (939); *Schön* (Fn. 5), S. 360.

<sup>69</sup> *Böttcher/Kraft*, Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung, NJW 2012, 2701 (2703); *Kindler* (Fn. 8), S. 891; *Verse* (Fn. 13), S. 478.

<sup>70</sup> Vgl. die Ausführungen zu *Daily Mail* und *Cartesio* oben unter **C. I. 2.**

<sup>71</sup> *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 37.

<sup>72</sup> *Ebd.*, Rn. 40, 62.

<sup>73</sup> GA in *Kokott*, Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 36.

<sup>74</sup> In diese Richtung *Kindler*, Unternehmensmobilität nach „*Polbud*“: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik, NZG 2018, 1 (3); *Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes, EuZW 2017, 890 (893); vgl. auch *Roth*, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel nach *VALE*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 965 (989).

ihre wirtschaftliche Tätigkeit in den Herkunftsstaat zu verlagern.<sup>75</sup>

Für beide Seiten sprechen daher gewichtige Argumente. Letztlich wird man aber um die klaren Worte des *Gerichtshofs* nicht umhinkommen und künftig einen Anspruch auf eine isolierte Satzungssitzverlegung aus Art. 49, 54 AEUV ableiten können.<sup>76</sup>

Konsequenz dieser Entscheidung ist es, dass auch die nachträgliche Rechtswahl unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit fällt.<sup>77</sup> So wird auch bereits bestehenden Gesellschaften ermöglicht, ohne größere Umstände eine Reinkorporation durchzuführen. Durch diese Wahlfreiheit hat der Herausformwechsel also das Potenzial, den Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen weiter zu entfachen.<sup>78</sup>

*d) Sonderfall des grenzüberschreitenden Formwechsels einer Personengesellschaft*

Aus dem Urteil *Cartesio*, in dem der *EuGH* wie selbstverständlich die zuvor aufgestellten Grundsätze auf eine Kommanditgesellschaft übertrug<sup>79</sup>, ergibt sich, dass die einschlägige Rechtsprechung auch für Personengesellschaften gilt.<sup>80</sup> Ohne näher auf das komplizierte Feld der Personengesellschaften im internationalen Gesellschaftsrecht einzugehen<sup>81</sup>, können diese als Beispiel für grenzüberschreitende Formwechsel ohne Satzungssitzverlegung dienen. Verweigert das Kollisionsrecht eines Mitgliedstaates bei Verlegung des Verwaltungssitzes einer nicht registrierten Personengesellschaft die Beibehaltung der Rechtsform, so ist dies nach *Cartesio* und *VALE* zwar als außerhalb des grundfreiheitlichen Schutzes zu akzeptieren.<sup>82</sup> Bezweckt die Gesellschaft jedoch damit zugleich einen Rechtsformwechsel, so muss der Mitgliedstaat dies durch einen Statuten-

<sup>75</sup> *Behme* (Fn. 68), S. 939; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 59.

<sup>76</sup> So auch *Kieninger*, Internationales Gesellschaftsrecht zwischen Polbud, Panama und Paradise, *EuZW* 2018, 309 (313), a.A. wohl *Stiegler*, Grenzüberschreitender Formwechsel: Zulässigkeit eines Herausformwechsels, *AG* 2017, 846 (849 f.).

<sup>77</sup> *Kieninger* (Fn. 76), S. 313.

<sup>78</sup> *Ebd.*, S. 315 f.; *Kieninger*, Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl, *NJW* 2017, 3624 (3627).

<sup>79</sup> *Cartesio* war eine Gesellschaft mit Rechtsform einer Kommanditgesellschaft ungarischen Rechts (*betéti társaság*), siehe *EuGH*, *Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – Cartesio*, Rn. 21.

<sup>80</sup> A.A. *Leible/Hoffmann*, *Cartesio* – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, *BB* 2009, 58 (59), die eine KG nach autonomer europarechtlicher Qualifikation als Körperschaft einordnen.

<sup>81</sup> Ausführlich zu Personengesellschaften im internationalen Gesellschaftsrecht *Roth*, Internationalprivatrechtliche Aspekte der Personengesellschaften, *ZGR* 2014, 168 ff.

<sup>82</sup> *EuGH*, *Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – Cartesio*, Rn. 110; *Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – VALE*, Rn. 29.

wechsel ermöglichen.<sup>83</sup>

*e) Zwischenergebnis*

Anders als die formwahrende Verwaltungssitzverlegung<sup>84</sup> ist der grenzüberschreitende Formwechsel sowohl gegenüber dem Zuzugs- als auch dem Wegzugsstaat ein niederlassungsrechtlich relevanter Vorgang. Insofern findet die alleinige Definitionsautonomie der Mitgliedstaaten über die nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften dann eine Grenze, wenn die Gesellschaft sich dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterwerfen möchte. Dass darüber hinaus auch keine wirtschaftliche Tätigkeit im Aufnahmestaat gefordert wird, führt zu einem Verständnis der Niederlassungsfreiheit als umfassende Rechtsformfreiheit.

## 2. Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit

Nach allgemeiner Grundfreiheiten-Dogmatik und so auch grundsätzlich bei der Niederlassungsfreiheit lassen sich die Eingriffstatbestände der Diskriminierung sowie der sonstigen Beschränkung unterscheiden.<sup>85</sup> Diskriminierungen stellen jegliche Schlechterstellungen aufgrund der Staatsangehörigkeit dar.<sup>86</sup> Als Beschränkungen sind diejenigen Maßnahmen anzusehen, die die Ausübung dieser Freiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.<sup>87</sup>

*a) Abgrenzung des Eingriffstatbestandes zwischen Diskriminierung und Beschränkung*

Weniger eindeutig ist die Rechtslage im Bereich von grenzüberschreitenden Formwechseln.

Vor dem Hintergrund der Ausführungen in *VALE*, dass ein Formwechsel nur davon abhängt, ob der Zuzugsstaat seinen inländischen Gesellschaften Form-

---

<sup>83</sup> Roth (Fn. 81), S. 204; vgl. auch Stiegler, Grenzüberschreitende Mobilität von Personengesellschaften, ZGR 2017, 312 (333).

<sup>84</sup> Siehe oben C. I.

<sup>85</sup> Ursprünglich erfasste die Niederlassungsfreiheit nur Diskriminierungen, zur Entwicklungsgeschichte siehe Teichmann, (Fn. 57), S. 394 ff.

<sup>86</sup> Tiedje, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje I (Fn. 2), Art. 49 AEUV Rn. 72; im Fall von Gesellschaften: Schlechterstellungen aufgrund ihres Sitzes, vgl. Korte, in: Callies/-Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 49 AEUV Rn. 47.

<sup>87</sup> St. Rspr.: *EuGH*, Urt. v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 – *Gebhard* ./ *Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*; Urt. v. 17.10.2002 – Rs. C-79/01 – *Payroll*; Urt. v. 5.10.2004 – Rs. C-442/02 – *CaixaBank France* ./ *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*; Urt. v. 29.11.2011 – Rs. C-371/10 – *National Grid Indus* ./ *Inspecteur van de Belastingdienst*; Urt. v. 21.12.2016 – Rs. C-201/15 – *AGET Iraklis* ./ *Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis* (Nachweise betreffend die Niederlassungsfreiheit).

wechsel erlaubt<sup>88</sup>, kann jedenfalls für den Herausformwechsel als gesichert gelten, dass dem Wegzugsstaat ein Beschränkungsverbot auferlegt ist.<sup>89</sup>

Unklar ist dagegen die Situation des Zuzugsstaates, bezüglich dessen Maßnahmen es in *VALE* heißt: „Diese unterschiedliche Behandlung [...] stellt somit eine Beschränkung [...] dar.“<sup>90</sup> Insbesondere das eben genannte, in *VALE* aufgestellte Erfordernis legt hier den Schluss eines bloßen Diskriminierungsverbots nahe.<sup>91</sup> Indes ist zu prüfen, ob ein Diskriminierungsverbot den in diesem Zusammenhang aufkommenden Sachverhalten gerecht werden kann. Denn typischerweise strebt eine Gesellschaft grenzüberschreitend einen rechtsformkongruenten Formwechsel an, beispielsweise von einer deutschen zu einer österreichischen GmbH. Für diese Konstellation weisen die nationalen Rechtsordnungen jedoch keine Regeln auf, da ein rechtsformkongruenter Wechsel bei inländischen Sachverhalten kaum vorstellbar ist.<sup>92</sup> Ein Diskriminierungsverbot würde somit der Andersartigkeit und Internationalität grenzüberschreitender Formwechsel nicht hinreichend Rechnung tragen.<sup>93</sup> Insofern ist es nicht angezeigt, im Fall des Zuzugsstaates von der allgemeinen Dogmatik und den an den Wegzugsstaat angelegten Maßstäben abzuweichen.<sup>94</sup>

Die besseren Gründe sprechen daher dafür, auch bei grenzüberschreitenden Formwechseln Beschränkungen umfassend Eingriffsqualität zuzusprechen.<sup>95</sup>

#### *b) Beeinträchtigung durch die Ausgestaltung des Formwechsels*

In Anbetracht dessen, dass auf grenzüberschreitende Formwechsel mitgliedstaatliches Sachrecht anzuwenden ist,<sup>96</sup> greift der *EuGH* auf die u.a. auf Art. 197 AEUV gestützten allgemeinen unionsrechtlichen Vollzugsmaßstäbe

<sup>88</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 33; vgl. Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 112.

<sup>89</sup> *Teichmann* (Fn. 1), S. 686.

<sup>90</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 36 (eig. Hervorhebung); *Weller/Rentsch* schreiben, dass die Maßstäbe des Diskriminierungs- und Beschränkungsverbotes verschwämmen, siehe *Weller/Rentsch*, Die Kombinationslehre beim grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel, IPRax 2013, 530 (531, Fn. 31).

<sup>91</sup> Für ein Diskriminierungsverbot z.B. *Ego*, in: MüKo-AktG VII, 3. Aufl. 2012, Überblick über die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften, Rn. 74; *Bayer/Schmidt* (Fn. 8), S. 1488 f.; *Behme* (Fn. 68), S. 938.

<sup>92</sup> *Biermeyer*, Shaping the space of cross-border conversions in the EU, CMLR 50 (2013), 571 (579 f.); *Schön* (Fn. 5), S. 345.

<sup>93</sup> *Biermeyer* (Fn. 92), S. 585; *Roth* (Fn. 81), S. 211.

<sup>94</sup> Vgl. auch *Schön* (Fn. 5), S. 346.

<sup>95</sup> Hiervon geht – ohne dies zu problematisieren – offenbar auch die Kammer und GA in *Kokott* in *Polbud* aus, siehe *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 46 und Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 44 ff.

<sup>96</sup> Hierzu bereits oben **C. II. 1. b)**.

der Äquivalenz und der Effektivität als Schranken der mitgliedstaatlichen Regelungsjautonomie zurücl.<sup>97</sup>

Nach dem Äquivalenzgrundsatz darf das anzuwendende mitgliedstaatliche Sachrecht nicht ungünstiger sein als dasjenige Recht, welches gleichartige innerstaatliche Sachverhalte regelt.<sup>98</sup> Im Gegenzug ist der Mitgliedstaat allerdings nicht dazu verpflichtet, grenzüberschreitende Vorgänge günstiger als innerstaatliche Vorgänge zu behandeln.<sup>99</sup> Der Effektivitätsgrundsatz wiederum gewährleistet, dass die Ausübung der Niederlassungsfreiheit nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird.<sup>100</sup>

Zwar nahm der *Gerichtshof* in seinen Entscheidungen keine ausdrückliche Einordnung der Figur in die allgemeine Grundfreiheiten-Dogmatik vor, doch da der *EuGH* Verstöße gegen die genannten Grundsätze als der Rechtfertigung zugänglich anerkennt<sup>101</sup>, ist von einer Beeinträchtigung der Art. 49, 54 AEUV auszugehen.<sup>102</sup>

### 3. Rechtfertigung

Ausgenommen der ausdrücklichen, i.d.R. aber nicht einschlägigen Rechtfertigungsgründe in Art. 51, 52 AEUV sind nach ständiger Rechtsprechung Beeinträchtigungen nur statthaft, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind.<sup>103</sup> Hierzu muss eine Beeinträchtigung geeignet sein, das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen, und darf nicht über das dafür Erforderliche hinausgehen.

Auf eine detaillierte Auseinandersetzung verzichtete der *EuGH*, dem bislang lediglich pauschale Verbote vorgelegt wurden, bis zum jetzigen Zeitpunkt. Stattdessen verwies der *Gerichtshof* darauf, dass jedenfalls die Liquidation nicht

---

<sup>97</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 47 f.; zur Herleitung der Grundsätze siehe *Weller/Rentsch* (Fn. 90), S. 534.

<sup>98</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 48.

<sup>99</sup> *Ebd.*, Rn. 54.

<sup>100</sup> *Ebd.*, Rn. 48.

<sup>101</sup> Siehe *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 56; vgl. auch *Teichmann*, in: Gebauer/Teichmann, Enzyklopädie Europarecht VI, 2016, § 6 Rn. 57.

<sup>102</sup> Dieselbe Einordnung nimmt *Verse* (Fn. 13), S. 481 vor.

<sup>103</sup> Grundlegend: *EuGH*, Urt. v. 20.2.1979 – C-120/78, *Rewe-Zentral AG ./.* *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon); für alle Grundfreiheiten verallgemeinert: *EuGH*, Urt. v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 – *Gebhard ./.* *Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*; für Art. 49, 54 AEUV bestätigt: *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ./.* *Inspire Art.*



das mildeste Mittel zur Wahrung schutzwürdiger Interessen darstelle.<sup>104</sup>

a) *Wegzugskonstellation*

Aus Sicht des Wegzugsstaates scheinen berechnigte Schutzinteressen nahelegend. Vor allem ist an den Schutz der *Stakeholder* (Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer) zu denken.<sup>105</sup> Auch legitime Interessen des Fiskus sind nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>106</sup>

Im Kontext von Unternehmensmobilität als zumindest grundsätzlich einschlägig nennt der *EuGH* speziell den Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern<sup>107</sup> sowie die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterkeit des Handelsverkehrs.<sup>108</sup> Hinsichtlich der Schutzintensität wird in der Literatur die Orientierung an dem insoweit bestehenden *acquis communautaire* zu grenzüberschreitenden Strukturmaßnahmen vorgeschlagen.<sup>109</sup> Einen solchen Weg schlägt auch Generalanwältin *Kokott* in *Polbud* ein, wenn sie Regelungen analog vergleichbarer Vorschriften in bestehenden europäischen Richtlinien vorschlägt.<sup>110</sup>

b) *Zuzugskonstellation*

Aus Sicht des Zuzugsstaates ist es dagegen kaum vorstellbar, dass einem zuziehenden Rechtsträger, der sämtliche Gründungsvorschriften und somit in vollem Umfang die Sachnormen des Zuzugsstaates erfüllt, auf eine einer Recht-

---

<sup>104</sup> So in *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 40; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 56 ff.

<sup>105</sup> *Hübner*, Der grenzüberschreitende Formwechsel nach Vale – zur Satzungssitzverlegung von Luxemburg nach Deutschland, IPRax 2015, 134 (138).

<sup>106</sup> *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 790; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 60; vgl. zur Tauglichkeit v. Fiskalinteressen als zwingende Gründe des Allgemeinwohls auch *EuGH*, Urt. v. 29.3.2007 – Rs. C-347/04 – *Reve Zentralfinanz eG ./. Finanzamt Köln-Mitte*.

<sup>107</sup> Str. ob der Schutz von Arbeitnehmerinteressen die unternehmerische Mitbestimmung umfasst; richtigerweise ist dies zu bejahen, vgl. *Eidenmüller/Rehm*, Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs, ZGR 2004, 159 (184 f.); hiervon geht ohne nähere Diskussion auch GA'in *Kokott* aus, vgl. Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 64.

<sup>108</sup> *EuGH*, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – *Überseering ./. Nordic Construction Company Baumanagement*, Rn. 92; Urt. v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – *SEVIC*, Rn. 28.; Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 39.

<sup>109</sup> *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 799.

<sup>110</sup> GA'in *Kokott*, Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 60, 62, 65; Art. 13 Abs. 2 Unterabs. 2 der RL 2011/35/EU bzgl. Ansprüche auf Sicherheitsleistungen für Forderungen der Gläubiger; Art. 16 Abs. 2 der RL 2004/25/EG bzgl. einer Abfindungsmöglichkeit für Minderheitsgesellschafter; Art. 16 der RL 2005/56/EG bzgl. Arbeitnehmermitbestimmung.

fertigung zugänglichen Weise darüberhinausgehende Anforderungen gestellt werden können.<sup>111</sup>

### III. Ergebnis

Die Mitgliedstaaten haben Gesellschaften die freie Standortwahl innerhalb des Binnenmarktes zu gewähren. Zu respektieren ist jedoch die kollisionsrechtliche Entscheidung der Mitgliedstaaten über das Ende einer Gesellschaft unter ihrem Recht. In diesem Fall wird die freie Standortwahl durch grenzüberschreitende Formwechsel ermöglicht. Den Mitgliedstaaten verbleibt dabei nur insoweit die Regelungshoheit, wie es schützenswerte Interessen rechtfertigen.

### D. Deutsche Rechtslage im Lichte der europarechtlichen Vorgaben

Nachdem der europarechtliche Hintergrund abgesteckt ist, bleibt darzulegen, wie die supranationalen Vorgaben im deutschem Recht umgesetzt werden. In Ermangelung positiven Rechts oder nationaler Rechtsprechung zum Ablauf des Herausformwechsels erfolgen die weiteren Ausführungen auf der Grundlage des Beschlusses des *OLG Frankfurt a. M.*

#### I. Darstellung von *OLG Frankfurt a. M.*, Beschluss vom 3.1.2017 – 20 W 88/15<sup>112</sup>

##### 1. Zugrunde liegender Sachverhalt<sup>113</sup>

Die Beschwerdeführerin ist eine in Frankfurt a. M. im Handelsregister eingetragene GmbH. Am 15.9.2014 meldete sie bei dem zuständigen deutschen Registergericht die Eintragung der Verlegung ihres Satzungssitzes nach Italien unter Formwechsel in eine italienische *società a responsabilità limitata*<sup>114</sup> (im Folgenden: *s.r.l.*) an.

Am selben Tag hatte die Gesellschafterversammlung der Beschwerdeführerin zuvor eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrags beschlossen. Das Registergericht verweigerte aus verschiedenen Gründen die begehrte Eintra-

---

<sup>111</sup> So auch *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 790.

<sup>112</sup> Nachfolgend wird für eine exakte Zitierung auf die Veröffentlichung in der juris-Datenbank (*OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15 (juris) verwiesen, da die Abdrucke in Zeitschriften entweder gekürzt oder die Absätze nicht mit Randziffern versehen sind.

<sup>113</sup> Zum Sachverhalt siehe *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 1-24 (juris).

<sup>114</sup> I.e. die italienische „Parallelform“ zur deutschen GmbH, siehe hierzu: *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 11 Rn. 6.

gung.<sup>115</sup> Am 3.11.2014 erfolgte dessen ungeachtet die Eintragung der Gesellschaft als *s.r.l.* im Handelsregister in Italien.

Per Versagungsbeschluss vom 2.2.2015 lehnte das Registergericht indes eine Eintragung in das deutsche Handelsregister ab: Die Anmeldung vom 15.9.2014 ebenso wie der Gesellschafterbeschluss desselben Tages seien lediglich auf eine unzulässige grenzüberschreitende formwahrende Sitzverlegung gerichtet. weiterhin unterliege ein Formwechsel den Vorschriften der §§ 190 ff. UmwG, die auf einen grenzüberschreitenden Formwechsel nicht anwendbar seien. Eine abweichende Bewertung ergebe sich schließlich auch nicht unter Berücksichtigung der *EuGH*-Rechtsprechung.

## 2. Entscheidung des OLG Frankfurt a. M.

Das *OLG Frankfurt a. M.* hob den Beschluss des Registergerichts auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück.<sup>116</sup>

Entgegen der Auffassung des Registergerichts habe die Anmeldung – wie aus den Unterlagen der Gesellschaft erkennbar werde – keine rechtsformwahrende Sitzverlegung, sondern vielmehr einen mit der Sitzverlegung verbundenen Rechtsformwechsel zum Gegenstand. In gleicher Weise sei auch der inhaltlich der Anmeldung entsprechende Gesellschafterbeschluss zu interpretieren. Mithin könne der Gesellschafterbeschluss vom 15.9.2014 auch nicht i.S.d. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG als Auflösungsbeschluss ausgelegt werden.<sup>117</sup>

In der Folge stellte das *Gericht* nach ausführlicher Auseinandersetzung mit den *EuGH*-Urteilen *SEVIC*, *Cartesio* und *VALE* fest, dass ein Herausformwechsel aufgrund der Vorgaben der Niederlassungsfreiheit zulässig sei. Mithin sei das deutsche Recht entsprechend unionsrechtskonform auszulegen. Aus diesem

---

<sup>115</sup> Aus dem Beschluss des *OLG Frankfurt a. M.* ergibt sich, dass der Gesellschafterbeschluss nicht die Angaben des § 194 Abs. 1 UmwG enthielt; weiterhin war u.U. die vorgelegte Gesellschaftervollmacht unzureichend und ein Umwandlungsbericht bzw. ein entsprechender Verzicht (§ 192 UmwG) fehlten, vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 52 (juris).

<sup>116</sup> Zum Folgenden: *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 25-56 (juris).

<sup>117</sup> So nach bislang h.M. die Rechtsfolge eines auf eine rechtsformwahrende Sitzverlegung gerichteten Gesellschafterbeschlusses, vgl. *Roth/Altmeyden*, 8. Aufl. 2015, § 4a GmbHG Rn. 23 m.w.N. Die Abgrenzung zwischen einer rechtsformwahrenden Sitzverlegung und einem grenzüberschreitenden Formwechsel erfolgt nach einer entsprechenden Wechselabsicht, vgl. *Stiegler* (Fn. 12), S. 247 f.; *Krajka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 1211b; *Simon u.a.*, in: Vermeulen/Vande Velde, European Cross-Border Mergers and Reorganization Rn. 8.157; *Schluck-Amend*, in: Ziemons/Binnewies, Handbuch der Aktiengesellschaft, 2017, Rn. 4.114, 4.117.

Grund stünden weder der *numerus clausus* der umwandlungsfähigen Rechtsträger in § 1 Abs. 1 Nr. 4 bzw. § 191 Abs. 2 UmwG noch das Analogieverbot gemäß § 1 Abs. 2 UmwG einem grenzüberschreitenden Formwechsel entgegen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht für einen rechtsformkongruenten Herausformwechsel.

Mit Verweis auf die Vereinigungstheorie erklärt das *Gericht* deutsches Recht für anwendbar. Die maßgeblichen Vorschriften seien die §§ 190 ff. UmwG. Insbesondere sei angesichts des unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatzes auch die Heilungsvorschrift des § 202 Abs. 1 Nr. 1 u. 3, Abs. 2 u. 3 UmwG<sup>118</sup> analog anzuwenden. Denn anderenfalls würde der Herausformwechsel gegenüber einem innerstaatlichen Formwechsel benachteiligt.

Das *Gericht* kommt daher zu dem Ergebnis, dass etwaige Mängel bei der Anmeldung durch die Eintragung als *s.r.l.* in das italienische Handelsregister geheilt seien. Das Registergericht habe daher die Eintragung des Herausformwechsels aus den von ihm genannten Gründen nicht zurückweisen dürfen. Abschließend weist es darauf hin, dass nach der Aktenlage die Beschwerdeführerin auch eine wirtschaftliche Tätigkeit in Italien aufnahm und daher die Streitfrage, ob die Anwendung der Niederlassungsfreiheit die Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit voraussetzt, offenbleiben konnte.<sup>119</sup>

## II. Analyse der Argumentation

### 1. Zulässigkeit des Herausformwechsels ins EU-Ausland

Eingangs ist festzustellen, dass das *OLG Frankfurt a. M.* in ausführlicher Auseinandersetzung mit der *EuGH*-Rechtsprechung zutreffend von der Zulässigkeit des Herausformwechsels ins EU-Ausland ausgeht. Damit weicht es von der herkömmlichen Rechtsprechungslinie deutscher Gerichte<sup>120</sup> ab.

### 2. Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung

Auf Ebene des Kollisionsrechts begnügt sich das *OLG Frankfurt a. M.* mit dem Hinweis, dass nach dem *EuGH* wie auch der herrschenden Lehre auf die Vereinigungstheorie (oder auch Kombinationslehre)<sup>121</sup> abzustellen sei. Danach

---

<sup>118</sup> Im Folgenden wird um der Darstellung willen pauschal auf § 202 UmwG verwiesen.

<sup>119</sup> Zur Diskussion siehe oben **C. II. 1. c)**.

<sup>120</sup> Vgl. z.B. *OLG Hamm*, NJW 2001, 2183 f.; *OLG Düsseldorf*, NJW 2001, 2184 f.; *BayObLG*, NJW-RR 2004, 836 ff.; *OLG Brandenburg*, FGPrax 2005, 78 ff.; *OLG München*, NZG 2007, 915 f.

<sup>121</sup> Grundlegend *Beitzke*, Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion, in: FS Hallstein, 1966, S. 14 (20 ff.). Zur kaum vertretenen Einheitslehre vgl. *OGH* (Österreich),

sei das Recht des Wegzugs- und des Zuzugsstaates sukzessive anzuwenden.<sup>122</sup> In der Tat entspricht dies auch in Deutschland ständiger Rechtsprechung.<sup>123</sup>

Dennoch bedarf der genaue Inhalt der Vereinigungstheorie für die Behandlung des Herausformwechsels weiterer Klärung. Insbesondere ist die kumulative Anwendung der Rechtsordnungen nicht in dem Sinne zu verstehen, dass sämtliche Rechtsvorschriften beider Staaten stets zu beachten sind.<sup>124</sup> So sind mit der Umwandlung zusammenhängende Vorgänge, die einen Mitgliedstaat alleine betreffen, ausschließlich nach dessen Rechtsordnung zu beurteilen.<sup>125</sup> Dagegen kommt es dort zu einer Vereinigung der Rechtsordnungen, wo eine Regelungsmaterie beide Staaten gleichermaßen betrifft und die Regelung nur einheitlich erfolgen kann.<sup>126</sup> In diesen Fällen gilt – sofern identifizierbar – die jeweils strengere der möglichen Regelungen.<sup>127</sup> Problematisch sind dagegen Fälle, in denen sich eine strengere Regelung nicht ermitteln lässt.<sup>128</sup> Insofern haben die Mitgliedstaaten die Rechtsfolgen ihrer jeweiligen Rechtsvorschriften aufeinander abzustimmen.<sup>129</sup>

Sachrechtliche Modifikationen können insbesondere anhand der vom *EuGH* aufgestellten Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität vorgenommen werden.<sup>130</sup> Kollisionsrechtlich kann Unstimmigkeiten zwischen den Rechtsordnungen auch im Wege der Anpassung und der Substitution begegnet werden.<sup>131</sup>

---

IPRax 2004, 128 (130) bzgl. der grenzüberschreitenden Verschmelzung einer österr. GmbH.

<sup>122</sup> *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 36 (juris); die Lehre spricht z.T. von konsekutiver Anwendung, siehe *Kindler*, in: MüKo-BGB XI (Fn. 17), Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 819; *Sonnenberger*, *Etat de droit, construction européenne et droit des sociétés*, *Rev. crit.* 2013, 101 (110 f., Fn. 19).

<sup>123</sup> Siehe z.B. BGHZ 97, 269 (271 f.).

<sup>124</sup> *Beitzke* (Fn. 121), S. 20; *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 44; *Kindler*, in: MüKo-BGB XI (Fn. 17), Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 799.

<sup>125</sup> *Geyhalter/Weber*, *Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen SEVIC Systems und der Verschmelzungsrichtlinie*, *DStR* 2006, 146 (147); *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 33.

<sup>126</sup> *Frank* (Fn. 21), S. 161; *Geyhalter/Weber* (Fn. 125), S. 147.

<sup>127</sup> *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 45; vgl. auch *Beitzke* (Fn. 121), S. 23.

<sup>128</sup> Z.B. das Verfahren zur Bewertung des Unternehmens, siehe *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 46.

<sup>129</sup> *Frank* (Fn. 21), S. 162.

<sup>130</sup> Siehe oben **C. II. 2. b)**; vgl. auch *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 47.

<sup>131</sup> *Hübner*, (Fn. 105), S. 136; *Schönhaus/Müller*, *Grenzüberschreitender Formwechsel aus gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht*, *ISr* 2013, 174 (177); *Weller*, *Grenzüberschreitende Umwandlung einer Gesellschaft – VALE*, *LMK* 2012, 336113.

### 3. Bestimmung des anwendbaren Sachrechts

Das deutsche Recht sieht für den Herausformwechsel keine ausdrücklichen Regelungen vor.<sup>132</sup> Das Unionsrecht beansprucht jedoch für sich Anwendungsvorrang<sup>133</sup> und ist aufgrund des *effet utile*-Grundsatzes<sup>134</sup> zu praktischer Wirksamkeit zu bringen. Es gibt daher zwingend vor, einen Herausformwechsel unter Anwendung von nationalem Verfahrensrecht zu ermöglichen. Die Gerichte sind daher genötigt, die Lücke durch eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung zu füllen.

#### a) Sachnächstes Verfahrensrecht

Als sachnächstes Regelungsregime kommen Vorschriften des europäischen Sekundärrechts sowie des nationalen Umwandlungsrechts in Betracht.

#### aa) Vorbemerkung zur Methodik

Die fehlende Regelung des grenzüberschreitenden Formwechsels, bei der nicht nur eine einzelne Vorschrift fehlt, sondern die rechtliche Behandlung einer Strukturmaßnahme vollständig unberücksichtigt blieb, stellt eine Bereichslücke<sup>135</sup> dar. Methodisch soll so vorgegangen werden, dass der grenzüberschreitende Formwechsel typologisch dem sachnächsten Regime zugeordnet wird. Zu beachten ist jedoch, dass hierbei nicht die singuläre Anwendung eines einzelnen Regimes geboten ist. Vielmehr ist jede einzelne Vorschrift im Hinblick darauf zu untersuchen, ob die *ratio legis* eine Analogie zulässt.

Weiterhin sei darauf hingewiesen, dass das Abstellen des *OLG Frankfurt a. M.* auf eine unionsrechtskonforme Auslegung<sup>136</sup> methodisch ungenau ist. Sowohl in der deutschen als auch der europäischen Methodenlehre bildet die Grenze des möglichen Wortsinns das maßgebliche Abgrenzungskriterium zur Rechtsfortbildung.<sup>137</sup> Richtigerweise ist daher von einer unionsrechtskonformen

---

<sup>132</sup> Rechtsvergleichend sei angemerkt, dass andere EU-Mitgliedstaaten teils Vorschriften zu grenzüberschreitenden Formwechseln vorsehen, zu Portugal, Spanien und Luxemburg siehe *Stöber*, Grenzüberschreitende Umwandlungen und ihre Besteuerung im Lichte der Niederlassungsfreiheit, ZIP 2012, 1273 (1276); zu Italien siehe *Kindler*, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 7 Rn. 45.

<sup>133</sup> *EuGH*, Urt. v. 15.7.1964 – Rs. C-6/64 – *Costa ./. E.N.E.L.*

<sup>134</sup> Vgl. z.B. *EuGH*, Urt. v. 19.6.1990 – Rs. C-213/89 – *The Queen ./. Factortame I*.

<sup>135</sup> Zur Terminologie siehe *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, § 129.

<sup>136</sup> *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15 Rn. 33, 37, 40, 46, 47 (juris). Aus der Literatur stellt hierauf auch ab: *Weller* (Fn. 131).

<sup>137</sup> Zur deutschen Methodenlehre statt vieler *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 344; zur europäischen Methodenlehre vgl. *Neuner*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 12 Rn. 17.

Rechtsfortbildung im Wege einer Analogie auszugehen.<sup>138</sup>

bb) Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum

Vor dem Beschluss des *OLG Frankfurt a. M.* wurde in der deutschen Rechtsprechung bislang lediglich die Konstellation des Hereinformwechsels zugunsten der Anwendbarkeit der §§ 190 ff. UmwG entschieden.<sup>139</sup> Dem hat sich das *Gericht* nun auch hinsichtlich des Herausformwechsels angeschlossen.

Auch in der Literatur finden sich Unterstützer einer Lösung über die §§ 190 ff. UmwG.<sup>140</sup> Hervorgehoben wird dabei vor allem, dass es sich im Sinne des deutschen Umwandlungsverständnisses um dieselbe Umwandlungsform handelt. Darüber hinaus werden auch Analogien zu Art. 8 SE-VO<sup>141</sup> sowie zu §§ 122a ff. UmwG<sup>142</sup> vorgeschlagen. Insofern wird vor allem auf das gemeinsame grenzüberschreitende Element abgestellt.

cc) Stellungnahme

Vorab ist darauf hinzuweisen, die Streitfrage nicht überzubewerten. Die Festlegung auf ein Regime ist – wie zuvor schon angedeutet – nur eine Richtungsweisung, der sich die Prüfung der Einzelvorschrift auf ihre Analogiefähigkeit anzuschließen hat. Nicht zuletzt ergeben sich zwischen den diskutierten Ansätzen in vielen Einzelheiten keine oder nur unwesentliche Unterschiede.<sup>143</sup>

Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen sollte ein Vergleich der strukturellen Eigenschaften der jeweils geregelten Verfahren sein. Einen wesentlichen Unterschied zum grenzüberschreitenden Formwechsel weist die Verschmelzung gemäß §§ 122a ff. UmwG auf: Denn diese regelt die Verbindung mehrerer

---

<sup>138</sup> So auch *Knaier*, Anm. zur Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. vom 3.1.2017, DNotZ 2017, 390 (390); *Stiegler* (Fn. 7), S. 393, Fn. 7; zu Gute zu halten ist dem *OLG Frankfurt a. M.* allerdings, dass in der europäischen Methodenlehre zumeist keine trennscharfe Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung vorgenommen wird, vgl. *Neuner* (Fn. 137), § 12 Rn. 2.

<sup>139</sup> *OLG Nürnberg*, ZIP 2014, 128 ff.; bestätigt durch *KG*, DSStR 2016, 1427 ff.

<sup>140</sup> *Henrichs/Pöschke/v. d. Laage/Klavina*, Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften in Europa – Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH und ein Plädoyer für eine Neuorientierung, WM 2009, 2009 (2015); *Kindler* (Fn. 8), S. 890; *Verse* (Fn. 13), S. 484.

<sup>141</sup> *Behme* (Fn. 68), S. 939; i.E. auch das *AG Charlottenburg*, vgl. *Melchior*, „Checkliste“ der Richterinnen und Richter des Amtsgerichts Charlottenburg, GmbHR 2014, R311 (R311).

<sup>142</sup> *Herrler*, Gewährleistung des Wegzugs von Gesellschaften durch Art. 43, 48 EG nur in Form der Herausumwandlung, DNotZ 2009, 484 (491); so offenbar auch das *AG Freiburg*, siehe *Stiegler* (Fn. 12), S. 252, Fn. 1354.

<sup>143</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen von *Hushahn* (Fn. 24), S. 141.

Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.<sup>144</sup> Der grenzüberschreitende Formwechsel kennt dagegen nur einen Rechtsträger. Zudem soll es wegen des Grundsatzes der Identitätswahrung gerade zu keiner Gesamtrechtsnachfolge kommen.<sup>145</sup> Eine Rechtsfortbildung über die analoge Anwendung einzelner Vorschriften hinaus scheint daher kein gangbarer Weg zu sein.

Dagegen weist Art. 8 SE-VO durchaus strukturelle Ähnlichkeiten zum grenzüberschreitenden Formwechsel auf. Zwar regelt dieser eine bloße Sitzverlegung unter Beibehaltung der Rechtsform einer SE. Doch ändert sich aufgrund des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO auch teilweise das auf die Gesellschaft anzuwendende Recht.<sup>146</sup> Somit kann eine Bereichsanalogie nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

Für eine Analogie zu Art. 8 SE-VO spricht neben dem Aspekt des sich ändernden anzuwendenden Rechts, dass die Vorschrift auch Normen zur Koordination zweier nationaler Registerverfahren vorhält, wohingegen die §§ 190 ff. UmwG hierfür keine Lösungen bereithalten.<sup>147</sup> Insbesondere könnte durch die Anwendung des Art. 8 SE-VO eine einheitliche Mindestqualität des Schutzes von *Stakeholdern* erreicht werden.<sup>148</sup>

Dagegen sprechen indes die Ausführungen des *EuGH*, dass die Rechtsordnungen der beteiligten Mitgliedstaaten sukzessive anzuwenden seien und die Mitgliedstaaten hierzu das Recht über innerstaatliche Umwandlungen anwenden dürften.<sup>149</sup> In der Tat weist die Vereinigungstheorie insofern auch sachrechtliche Bezüge auf:<sup>150</sup> Die *EuGH*-Rechtsprechung zeichnet sich im internationalen Gesellschaftsrecht dadurch aus, grenzüberschreitende Mobilität zu ermöglichen, dabei aber zugleich die mitgliedstaatliche Autonomie weitestgehend zu erhalten.<sup>151</sup> In *Cartesio* z.B. befürwortete die Kommission ausdrücklich

---

<sup>144</sup> *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 2 UmwG Rn. 38.

<sup>145</sup> *Decher/Hoger*, in: Lutter (Fn. 11), § 190 UmwG Rn. 1.

<sup>146</sup> *Oechsler/Mibaylova*, in: MüKo-AktG VII (Fn. 91), Art. 8 SE-VO Rn. 3: „praktisch wie ein Rechtsformwechsel“; siehe auch *Hushahn* (Fn. 24), S. 140; *Thoma/Leuering*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, NJW 2002, 1449 (1453).

<sup>147</sup> Diesen Aspekt v.a. betonend *Hushahn* (Fn. 24), S. 140.

<sup>148</sup> *Ebd.*; allg. zum Zweck des Art. 8 SE-VO, *Stakeholder* zu schützen: *Oechsler/Mibaylova*, in: MüKo-AktG VII (Fn. 92), Art. 8 SE-VO Rn. 3a f.

<sup>149</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 44, 52.

<sup>150</sup> Auch *Weller/Rentsch* (Fn. 90), S. 533 sprechen von einem „sachrechtlichen Gehalt“.

<sup>151</sup> Vgl. hierzu nur *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio* und Urt. v. 27.9.1988 – Rs. C-81/87 – *The Queen ./.* *Daily Mail*, allg. zu diesem Spannungsverhältnis *Barthel*, Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften nach *EuGH* „*Cartesio*“ – die Suche nach dem Gleichgewicht zwischen Wettbewerb im Binnenmarkt und nationalstaatlicher Regelungsautonomie, EWS 2010, 316 ff.



Analogien zu den Verordnungen über genuin-europäische Gesellschaften.<sup>152</sup> Dennoch ließ der *EuGH* diese Vorschläge in seiner Argumentation unberücksichtigt. Dementsprechend würde eine Bereichsanalogie zu Art. 8 SE-VO die durch den *EuGH* gewährte Autonomie konterkarieren. Den Mitgliedstaaten soll es vorbehaltlich des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes offenstehen, welchen Schutz sie *Stakeholdern* gewähren.

Diese Bedenken spiegeln sich auch auf Ebene der Methodik wider. So kann zumindest nicht ohne Weiteres bejaht werden, ob der nationale Richter dazu befugt ist, eine Lücke des nationalen Rechts durch Unionsrecht zu füllen, indem eine Verordnung entgegen dem Willen des Verordnungsgebers auf weitere Sachverhalte angewendet wird.<sup>153</sup>

Schließlich gilt es aus sachrechtlicher Warte auch zu bedenken, dass die Rechtsform der SE auf Großunternehmen zugeschnitten ist.<sup>154</sup> Die Verfahrensvorschriften der SE-VO sind daher auch dementsprechend ausgerichtet.<sup>155</sup> Eine Anwendung der SE-VO könnte daher zu einer Benachteiligung gegenüber vergleichbaren innerstaatlichen Formwechseln führen.<sup>156</sup> Deshalb ist auch bei Analogien zu Einzelschriften der SE-VO stets Vorsicht geboten.

Offen bliebe indes bei den §§ 190 ff. UmwG, inwiefern die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen koordiniert und verbunden werden können. Diesem Problem kann jedoch durch eine Einzelanalogie zu § 122k UmwG begegnet werden: Als Scharnier fungiert somit eine Bescheinigung des Wegzugsstaates.

dd) Zwischenergebnis: §§ 190 ff. UmwG als Ausgangspunkt

Dem *OLG Frankfurt a. M.* ist somit zuzustimmen, dass im Ausgangspunkt auch für den Herausformwechsel auf die §§ 190 ff. UmwG zurückzugreifen ist. Im Einzelfall kann allerdings eine Teilanalogie zu den §§ 122a ff. UmwG oder – subsidiär – zu Art. 8 SE-VO angezeigt sein.

---

<sup>152</sup> *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 115; vgl. auch *Winter/Marx/De Decker*, Von Frankfurt nach Rom – zur Praxis grenzüberschreitender „Hinausformwechsel“, DStR 2017, 1664 (1666).

<sup>153</sup> Kritisch wg. der Methodik auch *Stiegler* (Fn. 12), S. 254 ff.; zu ähnlichen Fragen in diesem unklaren, bisher wenig diskutierten Bereich der Methodik im europäischen Mehrebenensystem vgl. *Schön*, Die Analogie im Europäischen (Privat-)Recht, in: FS Canaris, 2017, S. 147 ff.

<sup>154</sup> *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 13 Rn. 4.

<sup>155</sup> Das *KG*, DStR 2016, 1427 ff. nennt z.B. Art. 1 Abs. 4, 12 Abs. 2 SE-VO.

<sup>156</sup> So *KG*, DStR 2016, 1427, Rn. 7 zum Hereinformwechsel; auch *Winter/Marx/De Decker* (Fn. 152), S. 1666 sehen die Argumentation des *KG* als auf den Herausformwechsel übertragbar an.

b) Analogieverbot gemäß § 1 Abs. 2 UmwG

Richtigerweise verwarf das *OLG Frankfurt a. M.* das Argument, dass einer Rechtsfortbildung der als Analogieverbot verstandene § 1 Abs. 2 UmwG entgegenstehe.<sup>157</sup> So ist dem *Gericht* im Ergebnis zuzustimmen, dass eine Beschränkung des nationalen Gesetzgebers angesichts des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts den grundfreiheitlich gewährleisteten Herausformwechsel nicht faktisch ins Leere laufen lassen kann.<sup>158</sup>

Allerdings bereitet der Wille des Gesetzgebers, die Vorschriften auf nationale Sachverhalte zu beschränken, erhebliche methodische Schwierigkeiten: Es bedarf nicht nur einer suspendierenden, sondern einer vom Norminhalt abweichenden Anwendung.<sup>159</sup> Einen Ansatzpunkt bietet indes die Tatsache, dass das Umwandlungsgesetz in seiner heutigen Form noch vor der Rechtsprechung zu *Cartesio* und *VALE* erlassen wurde. So ging der Gesetzgeber davon aus, dass Umwandlungen unter Beteiligung von EU-Auslandsgesellschaften nicht von den Art. 49, 54 AEUV geschützt seien.<sup>160</sup>

Im Zusammenhang mit europäischem Sekundärrecht betrachtete der *BGH* bereits den Willen des Gesetzgebers, ein richtlinienkonformes Umsetzungsgesetz zu schaffen, als ausreichenden Umstand zu einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.<sup>161</sup> *A fortiori* muss daher eine primärrechtskonforme Rechtsfortbildung kraft hypothetischen Gesetzgeberwillens möglich sein.<sup>162</sup>

Das Analogieverbot aus § 1 Abs. 2 UmwG steht somit einer Rechtsfortbildung nicht entgegen.<sup>163</sup>

c) Erstreckung der §§ 190 ff. UmwG auf rechtsformkongruente Wechsel

Hinsichtlich der Frage, ob rechtsformkongruente Formwechsel eine zulässige Formwechselkonstellation darstellen, bemüht das *OLG Frankfurt a. M.* eine

<sup>157</sup> *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 42 (juris).

<sup>158</sup> *Ebd.*, Rn. 43 (juris).

<sup>159</sup> *Zwirlein* (Fn. 45), S. 124.

<sup>160</sup> BR-Drucks. 548/06 S. 20; vgl. auch BT-Drucks. 75/94 S. 80; *Henrichs/Pöschke/v. d. Laage/Klavina* (Fn. 140), S. 2015.

<sup>161</sup> BGHZ 179, 27 ff. – *Quelle*.

<sup>162</sup> Zu einer ausführlichen Diskussion der Analogiefähigkeit der §§ 190 ff. UmwG angesichts des § 1 Abs. 2 UmwG siehe *Zwirlein* (Fn. 46), S. 123 ff.

<sup>163</sup> Ein in der Sache ähnliches Problem stellt sich bei §§ 4a GmbHG, 5 AktG, die einen Sitzungssitz im Inland vorschreiben. Da der Beschluss hierauf nicht eingeht und die Argumentation derjenigen zu § 1 Abs. 2 UmwG ähnelt, nur soviel: §§ 4a GmbHG, 5 AktG sind so auszulegen, dass ein Sitzungssitz im Inland solange erforderlich ist, als die Gesellschaft eine solche deutschen Rechts bleiben will, siehe *Bayer/Schmidt* (Fn. 54), S. 762; *Frank* (Fn. 21), S. 174.

Argumentation *a maiore ad minus*: Wenn die §§ 190 ff. UmwG schon einen rechtsforminkongruenten Formwechsel zuließen, müssten diese erst recht für einen rechtsformkongruenten Formwechsel gelten.<sup>164</sup>

Bei richtigem Verständnis der europarechtlichen Vorgaben sowie der Vereinigungstheorie kommt es hierauf indes gar nicht an. Nach dem Urteil zu *VALE* hängt die Zulässigkeit eines Herausformwechsels nur davon ab, ob der Zuzugsstaat inländischen Gesellschaften den Formwechsel erlaubt.<sup>165</sup> Die Frage betrifft daher allein den Zuzugsstaat. Nach der Vereinigungstheorie findet folglich auch ausschließlich dessen Recht Anwendung.<sup>166</sup>

Hier nur angedeutet sei schließlich, dass auch für Italien als Zuzugsstaat die Lösung niederlassungsrechtlich zwingend vorgegeben ist. Denn die richtigerweise als Beschränkungsverbot auszulegende Pflicht des Zuzugsstaates<sup>167</sup> befiehlt diesem die Ermöglichung des rechtsformkongruenten Formwechsels.<sup>168</sup>

#### d) Anwendung von § 202 UmwG im Speziellen

Streitentscheidend für den Beschluss wirkte sich aus, dass das *OLG Frankfurt a. M.* die formellen Mängel der Anmeldung infolge der Eintragung in das italienische Register gemäß § 202 UmwG für geheilt hielt.<sup>169</sup> Ziel dieses Abschnitts ist es zunächst, zu untersuchen, inwieweit der europarechtliche Begründungsansatz des *Gerichts* tragfähig ist. Daraufhin wird beleuchtet, ob die Entscheidung alternativ jedenfalls im Ergebnis aufgrund internationalprivatrechtlicher oder intertemporalrechtlicher Grundsätze zu begrüßen ist.

aa) Verpflichtung zur Anerkennung der italienischen Registereintragung nach dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz

Eine unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung zugunsten der Anerkennung der italienischen Registereintragung gemäß § 202 UmwG ist nur geboten, wenn die Nicht-Berücksichtigung nach dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz eine

<sup>164</sup> *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 38 (juris).

<sup>165</sup> Siehe oben **C. II. 1. b**).

<sup>166</sup> Vgl. oben **D. II. 2.**; i.E. gleich: *Hushahn* (Fn. 24), S. 144; *Melchior* (Fn. 141), R311; a.A.: *Krafka/Kühn* (Fn. 117), Rn. 1211b, wobei diese den Unterschied zwischen Heraus- und Hereinformwechsel zu verkennen scheinen. Konsequenterweise wird die Frage vom Schrifttum im Rahmen des Hereinformwechsels thematisiert, vgl. z.B. *Kindler* (Fn. 8), S. 890; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 64.

<sup>167</sup> Zur Diskussion siehe oben **C. II. 2. a**).

<sup>168</sup> So auch *Roth* (Fn. 74), S. 983, Fn. 104; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, in dem der *EuGH* einen rechtsformkongruenten Wechsel für zulässig hielt.

<sup>169</sup> *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 46 (juris).

Beeinträchtigung darstellt, die grundfreiheitlich nicht zu rechtfertigen ist.

(1) Vorliegen einer Beeinträchtigung

Das *OLG Frankfurt a. M.* begründet eine Beeinträchtigung dadurch, dass im Fall der Nichtanwendung des § 202 UmwG die dort normierten Rechtsfolgen nur deswegen nicht zum Tragen kämen, weil es sich bei dem Handelsregister in Italien nicht um ein Handelsregister eines deutschen Registergerichts handle.<sup>170</sup> Dieser Argumentation stehen Einwände von zweierlei Art entgegen.

Zum einen ist zu bezweifeln, dass die Anwendung des § 202 UmwG nur am Tatbestandsmerkmal der deutschen Registereintragung scheitert. § 202 Abs. 2 UmwG verweist auf § 198 Abs. 2 UmwG, nach dem ein Formwechsel, der auch mit einer Sitzverlegung einhergeht, zunächst einer Eintragung in das bisherige Register bedarf.<sup>171</sup> Geht man von einer umfassenden Anwendung des § 202 UmwG aus, fehlt es im Fall des *OLG Frankfurt a. M.* gerade an der Eintragung im deutschen Register. Ein Verstoß gegen den Äquivalenzgrundsatz scheidet daher bei der Nichtanwendung im konkreten Fall aus. Lässt man hingegen die Verweisung in § 202 Abs. 2 UmwG außen vor, so läge in dieser selektiven Anwendung der deutschen Regelungen eine europarechtlich nicht geforderte Besserstellung des grenzüberschreitenden Formwechsels.<sup>172</sup> Diese legitimiert aber auch keine unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung.

Zum anderen interpretiert das *Gericht* die Anforderungen des Äquivalenzgrundsatzes in einer Weise, die der kollisionsrechtlichen Vereinigungstheorie auf sachrechtlicher Ebene zuwiderläuft. Abstrakt gesprochen liegt der Entscheidung die Überlegung zugrunde, dass etwaige Mängel bei dem Verfahren mit der Wegzugsstelle durch eine Eintragung bei der Zuzugsstelle geheilt werden. Diese Schlussfolgerung ignoriert indes die normative Grundlage des § 202 UmwG. Denn die Heilungswirkung des § 202 UmwG legitimiert sich dadurch, dass eine Eintragung im Register erst nach Prüfung der Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens erfolgt.<sup>173</sup> Ein wesentlicher Unterschied bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel ist allerdings, dass die Zuzugsstelle aufgrund der Kollisionsregel der Vereinigungstheorie eine Prüfung anderer Verfahrensregeln durchführt. Das hätte zur Folge, dass es nur noch auf die Eintragung bei der

<sup>170</sup> *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 46 (juris).

<sup>171</sup> So auch *Hushahn*, Anm. zur Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. vom 3.1.2017, RNotZ 2017, 263 (264); *Stiegler* (Fn. 7), S. 395; *Teichmann*, Grenzüberschreitender Formwechsel kraft vorauseilender Eintragung im Aufnahmestaat?, ZIP 2017, 1190 (1192).

<sup>172</sup> Vgl. oben **C. II. 2. b**).

<sup>173</sup> *Hushahn* (Fn. 171), S. 264; *Decher/Hoger*, in: Lutter (Fn. 11), § 202 UmwG Rn. 52; *Teichmann* (Fn. 171), S. 1192.

Zuzugsstelle ankäme und folglich nur noch deren Verfahrensvorschriften geprüft würden.<sup>174</sup> Dies widerspricht jedoch der Vereinigungstheorie, die sich dadurch auszeichnet, dass beide Rechtsordnungen Anwendung finden sollen.<sup>175</sup>

Lediglich auf Grundlage des Effektivitätsgrundsatzes ist mithin ein Eingriff denkbar. Hierzu müsste die Erfüllung formaler Voraussetzungen im Rahmen des Formwechsels eine übermäßige Erschwerung darstellen. Auch der *EuGH* spricht indessen davon, dass der Zuzugsstaat Dokumente des Wegzugsstaates zu prüfen hat<sup>176</sup>. Er geht also auch implizit von formellen Voraussetzungen aus, die die Gesellschaft gegenüber dem Wegzugsstaat zu erfüllen hat. Auch der Effektivitätsgrundsatz ist somit nicht missachtet.

Im Ergebnis kann die Annahme einer Beeinträchtigung also nicht überzeugen.

#### (2) Hilfsweise: Rechtfertigungsmöglichkeit

Folgt man dem *OLG Frankfurt a. M.* hinsichtlich des Vorliegens einer Beeinträchtigung, so ist diesem auch bei seinen Ausführungen zur Frage der Rechtfertigung nicht zuzustimmen.

Das *Gericht* schließt eine Rechtfertigungsmöglichkeit von vornherein aus, indem es eine Differenzierung vornimmt zwischen Normen, die grundfreiheitlich schützenswerte Interessen wahren, und solchen, welche anderen Zwecken dienen.<sup>177</sup> Nur erstere könnten einer Rechtfertigung zugänglich sein. § 202 UmwG regelt die Frage der Rechtsfolgen, die mit der Eintragung im neuen Register der formwechselnden Gesellschaft verbunden sind. Somit ordnet das *Gericht* sie der letztgenannten Kategorie zu.

Auch hier nimmt das *OLG Frankfurt a. M.* durch eine allzu formalistische Betrachtung eine wenig überzeugende Position ein. Aus der Tatsache, dass eine Norm einem bestimmten Interesse dient, kann nicht gefolgert werden, dass mit ihrer (Nicht-)Anwendung nicht auch andere Interessen geschützt oder beeinträchtigt werden können.<sup>178</sup> Maßgeblich ist für die Frage der Rechtfertigung vielmehr die *tatsächliche* Wirkung einer Rechtsnorm. So auch in diesem Fall: Die

<sup>174</sup> *Hushabn* (Fn. 171), S. 264 spricht davon, dass in Wahrheit nur noch die Rechtsordnung des Zuzugsstaates relevant wäre.

<sup>175</sup> So auch *Winter/Marx/De Decker* (Fn. 152), S. 1667; vgl. auch die Argumentation von GA in *Kokott* in Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 42.

<sup>176</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 58-61.

<sup>177</sup> *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 48 (juris).

<sup>178</sup> Beispiel: Das Verjährungsrecht dient dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit; unterwirft man allerdings deliktische Ansprüche, welche eine Ausgleichsfunktion aufweisen, einer allzu kurzen Verjährungsfrist, so beeinträchtigt die Anwendung der jeweiligen Verjährungsvorschriften dennoch die Ausgleichsfunktion.

Heilungswirkung der § 202 UmwG mag zwar dem Bestandsschutz des Formwechsels dienen.<sup>179</sup> Doch wirkt die Vorschrift auch dergestalt, dass andere Vorschriften, die verschiedenen Schutzinteressen dienen<sup>180</sup>, nicht mehr zum Tragen kommen.<sup>181</sup> Im Ausnahmefall könnten demnach sämtliche Schutznormen, die das deutsche Recht zugunsten von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern vorsieht, umgangen werden.<sup>182</sup>

Schließlich stützt sich das *OLG Frankfurt a. M.* hilfsweise darauf, dass nach *SEVIC* und *VALE* jedenfalls eine generelle Verweigerung der Strukturmaßnahme über das zum Schutz berechtigter Interessen Erforderliche hinausginge.<sup>183</sup> Auch hier verkennt das *Gericht* die *EuGH*-Rechtsprechung: Denn unter einer generellen Verweigerung versteht dieser nicht, dass ein Mitgliedstaat im Einzelfall eine Strukturmaßnahme verweigert, sondern dass er die Möglichkeit zu einer Strukturmaßnahme erst gar nicht eröffnet.<sup>184</sup> Ein Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben liegt daher nicht schon vor, wenn mangels der Erfüllung der Schutzvorschriften die Strukturmaßnahme abgelehnt wird.

#### bb) Modifikation durch internationalprivatrechtliche Instrumentarien

Dies führt zu der weiteren Frage, ob alternativ der Tatbestand des § 202 UmwG nach internationalprivatrechtlichen Grundsätzen durch die italienische Registereintragung als erfüllt angesehen werden kann.

##### (1) Substitution des Registerbegriffs in § 202 UmwG

Die Substitution als spezielle Form der Auslegung dient als Korrektiv zu dem Umstand, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung seines Sachrechts mögliche Sachverhalte mit Auslandsbezug nicht im Blick hat.<sup>185</sup>

Erforderlich zur Erfüllung eines normativen Tatbestandsmerkmals durch eine ausländische Gestaltung ist in erster Linie, dass der Auslandsvorgang dem

<sup>179</sup> Vgl. *Decher/Hoger*, in: Lutter (Fn. 11), § 202 UmwG Rn. 2.

<sup>180</sup> Zu denken ist etwa an den Umwandlungsbericht gemäß § 192 UmwG oder den Abschluss eines Umwandlungsbeschlusses gemäß §§ 193, 194 UmwG zum Schutz der Gesellschafter.

<sup>181</sup> Vgl. auch *Hushahn* (Fn. 171), S. 264, der von einem engen Zusammenhang des § 202 UmwG und den Schutzvorschriften spricht.

<sup>182</sup> Vgl. das fiktive Extrembeispiel von *Teichmann* (Fn. 171), S. 1193.

<sup>183</sup> *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 49 (juris) mit Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – *SEVIC*, Rn. 30, und Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 40.

<sup>184</sup> Vgl. *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 41.

<sup>185</sup> v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 239. Im Fall des § 202 UmwG ließ der Gesetzgeber auslandsbezogene Sachverhalte angesichts des § 1 Abs. 2 UmwG sogar bewusst unbeachtet.

Inlandsvorgang funktional gleichwertig ist.<sup>186</sup> Maßstab ist dabei die konkret normbezogene Vergleichbarkeit der sozialen und ökonomischen Bedeutung von System- und Substitutionsbegriff.<sup>187</sup>

Zu nennen ist zum einen die jeweilige Stellung und Vorbildung der Registerverantwortlichen. In Deutschland wird das Handelsregister von den Gerichten geführt,<sup>188</sup> während in Italien die lokalen Industrie- und Handelskammern zuständig sind und dabei lediglich der Aufsicht eines Richters und eines Registerführers unterstehen.<sup>189</sup> Dementsprechend haben die Bearbeiter des Handelsregisters in Italien eine geringere juristische Kompetenz. Tendenziell resultiert hieraus auch eine geringere Richtigkeitsgewähr der Prüfung.

Zum anderen spricht vielmehr noch gegen eine Gleichwertigkeit der Prüfungsmaßstab. Die italienische Registerbehörde führt nur eine Prüfung italienischen Rechts durch.<sup>190</sup> Einer italienischen Registereintragung fehlt somit gerade die Legitimation der vorherigen Prüfung deutscher Verfahrensvorschriften, auf die sich die Heilungswirkung des § 202 UmwG gründet.<sup>191</sup>

Eine Substitution der deutschen Registereintragung gemäß § 202 UmwG durch die italienische Registereintragung ist daher abzulehnen.

## (2) Anpassung des § 202 UmwG

Anders als die Substitution behandelt die Anpassung keine Fragen der Auslegung, sondern dient als Instrument für Korrekturen am Ergebnis des Rechtsanwendungsprozesses.<sup>192</sup> Ziel ist es, Verwerfungen zu begegnen, die sich aus der analytischen, zergliedernden Methode des Kollisionsrechts ergeben.<sup>193</sup>

Eine solche Verwerfung könnte darin bestehen, dass infolge der Eintragung im Zuzugsstaat ein Schwebezustand entsteht, in dem *derselbe* Rechtsträger gewissermaßen in *zwei* Rechtskleidern existiert. Als Anpassung auf sachrechtlicher

---

<sup>186</sup> v. Bar/Mankowski (Fn. 185), § 7 Rn. 243.

<sup>187</sup> Ebd., § 7 Rn. 243.

<sup>188</sup> Siehe § 8 HGB.

<sup>189</sup> Kindler (Fn. 132), § 2 Rn. 26; Fasciani, in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 3. Aufl. 2016, Länderbericht Italien Rn. 93; Teichmann (Fn. 171), S. 1191, Fn. 16.

<sup>190</sup> Vgl. Knauer/Pfleger, Der grenzüberschreitende Herausformwechsel einer deutschen GmbH, GmbHR 2017, 859 (865).

<sup>191</sup> Zur Legitimation der Heilungswirkung Decher, in: Lutter (Fn. 11), § 202 UmwG Rn. 52.

<sup>192</sup> v. Bar/Mankowski (Fn. 185), § 7 Rn. 250.

<sup>193</sup> Ebd., § 7 Rn. 251.

Ebene wäre es denkbar, § 202 UmwG dergestalt zu modifizieren, dass auch die italienische Registereintragung die Heilungswirkung auslöst.

Hierzu müsste indes die angesprochene Verwerfung ein logischer oder teleologischer Widerspruch sein.<sup>194</sup> Der in diesem Fall allein in Betracht kommende teleologische Widerspruch ist jedoch dann von vornherein ausgeschlossen, wenn diese Rechtsfolge in vergleichbaren Konstellationen vom Gesetzgeber explizit angeordnet wird. Gemäß Art. 8 Abs. 10 u. 11 SE-VO ist für die SE sogar zwingend vorgeschrieben, dass diese am früheren Sitz erst dann aus dem Register gelöscht wird, wenn das Register des neuen Sitzes die Eintragung bereits vorgenommen und dies dem Register des bisherigen Sitzes gemeldet hat.<sup>195</sup> Ein teleologischer Widerspruch kann somit nicht angenommen werden.

Auch für eine Anpassung des § 202 UmwG ist deswegen kein Raum.

#### cc) Berücksichtigung der Grundsätze des intertemporalen Privatrechts

Schließlich ist zu erwägen, ob die hier gegebene zeitliche Abfolge zwar nicht zur Anwendung des § 202 UmwG führt, möglicherweise aber dasselbe Ergebnis verlangt. Die Beantwortung derartiger Fragen richtet sich nach dem intertemporalen Privatrecht, welches Konflikte wegen des zeitlichen Nacheinanders von Rechtsnormen löst.<sup>196</sup> Auch die Vereinigungstheorie weist durch den iterativen Tatbestand des Formwechsels eine intertemporale Dimension auf.<sup>197</sup>

Im Fall des *OLG Frankfurt a. M.* stellen sich diesbezüglich zwei Fragen: Erstens, ob nach der Eintragung in Italien auf die Entscheidung über die Löschung noch immer deutsches Recht anwendbar ist; zweitens, ob die Eintragung in Italien die Entscheidung des deutschen Registergerichts ungeachtet der Heilungswirkung des § 202 UmwG in irgendeiner Weise prädeterniert.

Die erste aufgeworfene Frage richtet sich nach dem Prinzip der *lex temporis actus*, welches die Gleichzeitigkeit von zu beurteilendem Vorgang und Bewertungsmaßstab fordert.<sup>198</sup> Es gilt also anders als im internationalen Privatrecht nicht der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung eines Geschäfts.<sup>199</sup> Vielmehr beurteilt sich der jeweilige Einzelakt nach dem zum Zeitpunkt seiner Vornahme

---

<sup>194</sup> Vgl. hierzu *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 8 II.

<sup>195</sup> *Weller/Rentsch* (Fn. 90), S. 532 f.

<sup>196</sup> *v. Bar/Mankowski* (Fn. 185), § 4 Rn. 171.

<sup>197</sup> *Weller* (Fn. 12), S. 517; *Weller/Rentsch* (Fn. 90), S. 532.

<sup>198</sup> *Hess*, Intertemporales Privatrecht, 1998, S. 366.

<sup>199</sup> *Spellenberg*, in: MüKo-BGB X, 5. Aufl. 2010, Vorb. Art. 11 EGBGB Rn. 7; anschaulich *Kegel/Schurig* (Fn. 194), § 17 V: „von der Wiege bis zum Grabe“.



anwendbaren Recht.<sup>200</sup> Daraus folgt, dass für die Entscheidung über die Löschung, auch wenn man in der Eintragung in das italienische Register den Zeitpunkt des Statutenwechsels sieht,<sup>201</sup> deutsches Recht maßgeblich ist.

Den Parteiinteressen<sup>202</sup> wird intertemporalrechtlich insoweit Rechnung getragen, als dass einmal erworbene Rechte durch den Statutenwechsel nicht berührt werden.<sup>203</sup> In dem vorliegenden Fall einer vorausseilenden Eintragung im Zuzugsstaat folgt hieraus dennoch nicht, dass das deutsche Registergericht zur Löschung verpflichtet ist. Die Vereinigungstheorie setzt gerade das Zusammenspiel der beteiligten Rechtsordnungen voraus.<sup>204</sup> Der Erwerb einer Rechtsposition kann daher nicht unter Beteiligung nur einer Rechtsordnung erfolgen. Es fehlt somit bereits an einem erworbenen Recht. Aus diesem Grund ist die Eintragung in das italienische Register intertemporalrechtlich nicht bindend für die Entscheidung des deutschen Registergerichts.<sup>205</sup> Die zweite aufgeworfene Frage ist folglich negativ zu beantworten.

Auch aus der Berücksichtigung des intertemporalen Privatrechts ergibt sich somit kein der Rechtsfolge des § 202 UmwG äquivalentes Ergebnis.

#### 4. Zwischenergebnis

Dem *OLG Frankfurt a. M.* oblag es, ein Spannungsfeld sich widersprechender europäischer Vorgaben und nationaler Norminhalte aufzulösen. Es drängt sich der Eindruck auf, dass das *Gericht* dabei einen allzu ergebnisorientierten Ansatz wählte, um den Herausformwechsel ins EU-Ausland zu ermöglichen. Die Verwerfungen, die sich aus dem Zusammenwirken des deutschen und des italienischen Umwandlungsrechts<sup>206</sup> ergaben, vermochte es nicht überzeugend abzufedern. Sofern hinter der Argumentation des *Gerichts* die Furcht vor einer europarechtswidrigen Entscheidung stand, wäre eine Vorlage an den *EuGH* gemäß Art. 267 AEUV der vorzugswürdige Weg gewesen.

Für die deutsche Rechtslage bleibt festzuhalten, dass auf den Herausformwechsel kollisionsrechtlich die Vereinigungstheorie sowie materiellrechtlich die

---

<sup>200</sup> *Weller* (Fn. 12), S. 517 f.

<sup>201</sup> Näher zum Zeitpunkt des Statutenwechsels siehe unten **D. III. 1.**

<sup>202</sup> Allg. zu intertemporalrechtlichen Interessen *Hess* (Fn. 198), S. 363 ff.

<sup>203</sup> *v. Bar/Mankowski* (Fn. 185), § 4 Rn. 175; *Hess* (Fn. 198), S. 439.

<sup>204</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 37.

<sup>205</sup> In der Sache ähnlich, ohne jedoch auf den intertemporalrechtlichen Aspekt einzugehen, *Knaijer* (Fn. 138), S. 392.

<sup>206</sup> Der Umstand, dass Italien eine Regelung zu grenzüberschreitenden Formwechseln vorsieht (vgl. Fn. 132), ändert nichts an den auf deutscher Seite auftretenden Schwierigkeiten.

§§ 190 ff. UmwG vorbehaltlich grenzüberschreitender Besonderheiten Anwendung finden. Nicht zuzustimmen ist dem *OLG Frankfurt a. M.* jedoch in der Hinsicht, dass eine Eintragung in einem ausländischen Register jegliche Mängel des deutschen Registerverfahrens nach § 202 UmwG zu heilen vermag.

### III. Offene Rechtsfragen

*Curia locuta, causa non finita* – so ist man nach dem Beschluss des *OLG Frankfurt a. M.* geneigt zu sagen. Dies ist trotz der Kritik an der Entscheidung weniger dem *Gericht* anzulasten als vielmehr der Vielfalt an Einzelfragen im Rahmen eines Herausformwechsels geschuldet. In Anbetracht dessen wird hier nur auf ausgewählte Einzelheiten eingegangen, bezüglich derer der Fall Anlass zu weiteren Überlegungen gibt.

#### 1. Zeitpunkt des Statutenwechsels

Im Schrifttum kaum diskutiert<sup>207</sup> und auch im Beschluss nicht ausdrücklich thematisiert, aber im Einzelfall von großer Bedeutung kann das Wirksamwerden des Formwechsels und damit der Zeitpunkt des Statutenwechsels sein.

Nach den Grundsätzen der Vereinigungstheorie betrifft der Zeitpunkt des Statutenwechsels den Wegzugs- wie auch den Zuzugsstaat und bedarf daher der Koordinierung beider Rechtsordnungen. Deswegen kann auch keine allgemeingültige Aussage getroffen werden, ohne die Rechtsordnung des Zuzugsstaates einzubeziehen. Im Regelfall werden jedoch beide Rechtsordnungen die Einhaltung des jeweils eigenen Verfahrens voraussetzen, sodass der Statutenwechsel erst nach Abschluss des späteren Verfahrens vollzogen wird. Bei einem Herausformwechsel aus Deutschland käme es somit nicht vor Ausstellung der Bescheinigung analog § 122k Abs. 2 UmwG zum Statutenwechsel. Abzulehnen ist dagegen die in dem Beschluss durchscheinende Annahme, dass der Statutenwechsel mit der Eintragung im Zuzugsstaat eintrete.<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> *Behrens/Hoffmann*, in: *GmbHG-GroßKomm I*, 2. Aufl. 2013, Einl. B Rn. B163: Zeitpunkt des Wirksamwerdens sei grds. dem Recht des Zuzugsstaates zu entnehmen; a.A. *Rehm* (Fn. 40), § 4 Rn. 130: Wirksamkeit hänge von beiden beteiligten Gesellschaftsstatuten ab; siehe auch *Frank* (Fn. 21), S. 250, Fn. 433 m.w.N.

<sup>208</sup> *Teichmann* (Fn. 171), S. 1191 f. bildlich: „*Akt der Seeräuberei*“; i.Ü. würde auch das italienische Recht keinen Statutenwechsel annehmen, *ders.*, S. 1192, Fn. 17 mit Verweis auf Art. 25 Abs. 3 ital. IPR-Gesetz, wonach eine Sitzverlegung nur dann wirksam ist, wenn hierfür die Rechtsregeln der daran beteiligten Staaten eingehalten wurden.

## 2. Anwendbarkeit des § 202 UmwG auf Herausformwechsel

Lehnt man richtigerweise die Anwendung des § 202 UmwG im Fall des *OLG Frankfurt a. M.* ab, stellt sich die Frage, ob und inwiefern die Vorschrift allgemein auf den Herausformwechsel anwendbar sein kann.

Im Schrifttum wird eine Analogie zu § 202 UmwG bejaht, wenn der Formwechsel in das Register des Zuzugsstaates und in das deutsche Register eingetragen ist.<sup>209</sup> Grundsätzlich ist die Analogie zu begrüßen: Verneint man jegliche Heilungsmöglichkeit, so würde der Herausformwechsel ungünstiger als inländische Formwechsel behandelt und damit der Äquivalenzgrundsatz verletzt.

Fraglich ist jedoch, welcher Zeitpunkt maßgeblich für den Eintritt der Heilung ist. Die Legitimation der Heilungswirkung gründet sich auf die vorherige Prüfung durch das Registergericht.<sup>210</sup> Die Prüfung des deutschen Verfahrens ist indes analog § 122k Abs. 2 UmwG schon mit Erteilung der Bescheinigung für die Registerbehörde des Zuzugsstaates abgeschlossen, welche entsprechend Art. 8 Abs. 8 SE-VO auch Bindungswirkung entfaltet.<sup>211</sup> Durch die Form einer Registereintragung kommt der Bescheinigung zudem dieselbe Publizitätswirkung wie der Eintragung des Formwechsels zu.<sup>212</sup> Eine zur Konstellation des § 202 UmwG vergleichbare Interessenlage liegt somit schon mit Erteilung der Bescheinigung vor. Dass beim Herausformwechsel die Prüfung des Verfahrens und der Abschluss des Formwechsels auseinanderfallen, darf wegen des Äquivalenzgrundsatzes nicht zulasten des Herausformwechsels gehen.

Mithin ist § 202 UmwG schon dann analog anwendbar, wenn das deutsche Registergericht die Bescheinigung analog § 122k Abs. 2 UmwG ausstellt.<sup>213</sup>

## 3. Schutz von *Stakeholdern*

Auch wenn sich im konkreten Fall Fragen des Drittschutzes offenbar nicht stellen,<sup>214</sup> droht allgemein durch einen Herausformwechsel – ggf. verschärft

---

<sup>209</sup> *Husbahn* (Fn. 171), S. 263 f.; *Krafka/Kühn* (Fn. 117), Rn. 1211d.

<sup>210</sup> Zur Legitimationswirkung siehe oben **D. II. 3. d)** aa) (1).

<sup>211</sup> Vgl. *Husbahn* (Fn. 24), S. 148; *Knaier/Pfleger* (Fn. 190), S. 865 f.

<sup>212</sup> Vgl. zur Form *Polley*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 122k UmwG Rn. 14.

<sup>213</sup> So auch *Teichmann* (Fn. 171), S. 1194.

<sup>214</sup> So jedenfalls der Notar der Beschwerdeführerin, *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 23 (juris).

durch die vom *OLG Frankfurt a. M.* propagierte extensive Anwendung des § 202 UmwG – eine erhebliche Gefährdung von Drittinteressen.<sup>215</sup>

Gewiss ist lediglich zweierlei: erstens ist die generelle Verweigerung des Herausformwechsels grundfreiheitlich nicht zu rechtfertigen;<sup>216</sup> zweitens sind nach der Vereinigungstheorie Lösungen allein im deutschen Recht zu suchen.<sup>217</sup> Aus Platzgründen kann keine ausführliche Auseinandersetzung mit *de lege lata* möglichen Schutzmechanismen erfolgen.<sup>218</sup> Deshalb begnügt sich dieser Beitrag mit einem groben Überblick an Ansätzen, welche mit dem *acquis communautaire* als Richtwert grundfreiheitenkonform sein könnten.<sup>219</sup>

#### a) Gesellschaftsgläubiger

Ein Statutenwechsel kann zu einem weniger strengen Kapitalschutz- und Organhaftungsregime zu Lasten der Gläubiger führen.<sup>220</sup> Für innerstaatliche Formwechsel sieht zwar § 204 i.V.m. § 22 UmwG vor, dass Altgläubiger binnen sechs Monaten nach Eintragung des Formwechsels unter Umständen eine Sicherheitsleistung verlangen können. Allerdings wird der nachträgliche Schutz beim Herausformwechsel als unzureichend empfunden, denn so wäre der Anspruch erst gegenüber der „neuen“ Rechtsform mit ggf. liberalerem Kapitalschutzregime geltend zu machen.<sup>221</sup> Befürwortet wird daher mehrheitlich eine zeitliche Vorverlagerung analog § 122j UmwG.<sup>222</sup>

Aus verfahrensrechtlicher Sicht kann weiterhin analog Art. 8 Abs. 16 SE-VO eine Gerichtsstandsfiktion erwogen werden.<sup>223</sup>

#### b) Minderheitsgesellschafter

Auch für Anteilseigner kann sich mit dem Herausformwechsel die mitglied-schaftliche Rechtsstellung signifikant verändern.<sup>224</sup> Denjenigen, die nicht in der neuen Rechtsform verbleiben wollen, sollte daher der Austritt gegen Barab-

---

<sup>215</sup> Monographisch zu den Auswirkungen des Formwechsels auf die Rechtsbeziehungen zu Gläubigern und Gesellschaftern *Hoger*, Kontinuität beim Formwechsel, 2008.

<sup>216</sup> Zur europarechtlichen Zulässigkeit siehe oben **C. II. 1. c).**

<sup>217</sup> Vgl. oben **D. II. 2.**

<sup>218</sup> Ausführlich *Frank* (Fn. 21), S. 187 ff.; *Stiegler* (Fn. 21), S. 312 ff.

<sup>219</sup> Zur unionsrechtlichen Perspektive siehe oben **C. II. 3. a).**

<sup>220</sup> *Frank* (Fn. 21), S. 177; *Weller* (Fn. 12), S. 514.

<sup>221</sup> *Hübner* (Fn. 105), S. 138.

<sup>222</sup> *Ebd.*; *Teichmann/Ptak*, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus deutsch-polnischer Perspektive, RIW 2010, 817 (820); str. jedoch, ob § 122j UmwG unionsrechtskonform ist, vgl. *Bayer/Schmidt*, Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, NJW 2006, 401 (405).

<sup>223</sup> *Hushahn* (Fn. 24), S. 143; *Weller* (Fn. 12), S. 514; kritisch: *Frank* (Fn. 21), S. 202 ff.

<sup>224</sup> *Frank* (Fn. 21), S. 183 m.w.N.

findung offenstehen. Parallel zur Problematik bei den Gläubigern sollte indes nicht die Gesellschaft des Zuzugsstaates (§ 207 UmwG analog), sondern diejenige des Wegzugsstaates (§ 122i UmwG analog) ein entsprechendes Angebot machen.<sup>225</sup>

#### c) *Arbeitnehmermitbestimmung*

Am schwierigsten gestaltet sich die Lage bei der Arbeitnehmermitbestimmung. Verlangt der Wegzugsstaat generell die Beibehaltung des Mitbestimmungssystems, so würde der Herausformwechsel oftmals faktisch unmöglich.<sup>226</sup> Dies scheint kaum mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar. In Betracht kommen könnte aber die Verhandlungs- und Auffanglösung, die Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie<sup>227</sup> für Verschmelzungen vorsieht.<sup>228</sup> Problematisch ist jedoch, dass die Vorschrift von entsprechenden Regelungen auch im Zuzugsstaat ausgeht.<sup>229</sup> Eine gesetzliche Regelung wäre daher wünschenswert.

#### 4. Identitätswahrung bei vorheriger Löschung im Wegzugsstaat

Schließlich soll kurz Erwähnung finden, dass sich bei umgekehrter Eintragungsreihenfolge ebenfalls bislang ungelöste Rechtsfragen stellen können. Streng genommen handelt es sich dabei um eine Frage des Hereinformwechsels. Doch da die Eintragungsreihenfolge auch vom Wegzugsstaat zu wahren ist, soll die Problematik auch im Rahmen einer Untersuchung des Herausformwechsels angedeutet werden. Offen ist insbesondere, ob die Kontinuität des Rechtsträgers von einer zeitlichen Komponente abhängt. So steht nicht fest, wie lange eine Identitätswahrung angenommen werden kann (und ab welchem Zeitpunkt von einer Neugründung auszugehen ist), wenn die Löschung im Wegzugsstaat vor der Eintragung im Zuzugsstaat erfolgt.<sup>230</sup>

---

<sup>225</sup> *Bungert/de Raet*, Grenzüberschreitender Formwechsel in der EU, DB 2014, 761 (765); a.A. *Hushahn* (Fn. 24), S. 143; Art. 8 V SE-VO i.V.m. § 12 SEAG.

<sup>226</sup> *Bayer/Schmidt* (Fn. 54), S. 758 mit näheren Ausführungen.

<sup>227</sup> In Deutschland wurde Art. 16 der Richtlinie in den §§ 4 f. des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) umgesetzt.

<sup>228</sup> *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 39; *Schön* (Fn. 5), S. 364; auch GA'in *Kokott* in Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 65; a.A.: *Hübner* (Fn. 105), S. 138 u. *Verse* (Fn. 13), S. 485, die die Frage dem Zuzugsstaat überlassen wollen, da das MgVG nur die Zuzugskonstellation regelt.

<sup>229</sup> *Bayer/Schmidt* (Fn. 54), S. 759.

<sup>230</sup> Diese Situation lag sowohl in *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE* als auch beim *OLG Nürnberg*, ZIP 2014, 128 ff. vor; näher zur Problematik *Stiegler* (Fn. 12), S. 47 ff.

## E. Zusammenfassung und Ausblick

Für den Herausformwechsel ergeben sich folgende Schlüsse:

Ungeachtet der Aufnahme einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit ist der Herausformwechsel gegenüber dem Wegzugs- wie auch gegenüber dem Zuzugsstaat durch Art. 49, 54 AEUV geschützt. Eine Beeinträchtigung misst sich in diesem Fall vor allem nach dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz. Spielräume ergeben sich für den Wegzugsstaat jedoch insoweit, als es schützenswerte Interessen rechtfertigen.

Das *OLG Frankfurt a. M.* hat daraus den richtigen Schluss gezogen, dass der Herausformwechsel ins EU-Ausland im deutschen Recht zulässig ist. Kollisionsrechtlich gilt insoweit die Vereinigungstheorie. Sachrechtlich ist das Verfahren auf deutscher Seite grundsätzlich dem Regime der §§ 190 ff. UmwG unterworfen. Entgegen der Ansicht des *Gerichts* verlangt jedoch das Unionsrecht nicht die Anwendung des § 202 UmwG bei einer Eintragung im Register des Zuzugsstaates. Dieses Resultat bestätigt auch die Prüfung nach internationalprivatrechtlichen und intertemporalen Grundsätzen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass ein Herausformwechsel ins EU-Ausland zwar möglich und durchführbar ist.<sup>231</sup> Die Frage der Anwendbarkeit des § 202 UmwG zeigt allerdings *pars pro toto* die komplexen Fragen, die sich aus der komplizierten Gemengelage von europäischem und nationalem Recht ergeben. Die *EuGH*-Rechtsprechung kann hierbei allein kein rechtssicheres Fundament für die Durchführung eines Herausformwechsels bieten.<sup>232</sup>

Gegenwärtig weicht die Praxis daher in vielen Fällen auf Ersatzgestaltungen aus, die mehr Transaktionssicherheit versprechen.<sup>233</sup> Teilweise wird im Schrifttum die aktuelle Gesetzeslage sogar als unionsrechtswidrig eingestuft.<sup>234</sup> Jedenfalls stellt die Bereitstellung eines rechtssicheren Verfahrens ein zentrales rechtspolitisches Desiderat dar.

---

<sup>231</sup> Von einem gelingenden Herausformwechsel berichtet *Jennwein*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung einer deutschen GmbH nach Österreich, *GesRZ* 2016, 277 ff.

<sup>232</sup> Im konkreten Fall hatte dies den unerwünschten Zustand zur Folge, dass der Rechtsträger der Beschwerdeführerin mehr als zwei Jahre in zwei Gesellschaften existierte.

<sup>233</sup> Zu nennen sind v.a. grenzüberschreitende Verschmelzungen auf eine Zweckgesellschaft oder eine Anwachsung, freilich unter Einbuße des Vorzugs der Identitätswahrung, siehe *Verse* (Fn. 13), S. 477; vgl. *Seibold* (Fn. 19), S. 457, die gegenwärtig von einem Herausformwechsel abrät.

<sup>234</sup> *Herrler* (Fn. 142), S. 491; *Roth* (Fn. 74), S. 979; *Teichmann*, Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif, *DB* 2012, 2085 (2091); *Verse* (Fn. 13), S. 480.

Denn zum Zweck der Vollendung des Binnenmarktes ist es mit der bloßen Möglichkeit des Herausformwechsels nicht getan. Eine gesetzliche Regelung könnte den Schutz der betroffenen Interessen koordinieren und ein Mindestniveau verbindlich festsetzen.<sup>235</sup> Wichtiger noch aber ist es hinsichtlich der Durchführung einen verlässlichen Rechtsrahmen zu schaffen. Nur wenn Rechtssicherheit verbürgt ist, können das wirtschaftliche Potenzial ausgeschöpft und damit Wohlfahrtsgewinne ermöglicht werden.<sup>236</sup> Anders gewendet: Rechtlich ist der Herausformwechsel bereits möglich, nun muss er zu einer Option für die Praxis ausgestaltet werden.

Demgemäß ist es durchaus berechtigt, in den bereits vielstimmigen Chor derer einzustimmen, die eine gesetzliche Regelung fordern.<sup>237</sup> Angesichts der momentan ungewissen europäischen Ambitionen<sup>238</sup> sollte sich auch der deutsche Gesetzgeber aufgerufen fühlen, sich des Problems anzunehmen und nationale Verfahrensregeln für den Herausformwechsel zu schaffen.

---

<sup>235</sup> Grundmann (Fn. 9), Rn. 867.

<sup>236</sup> Bayer/Schmidt (Fn. 8), S. 1491; Grundmann (Fn. 9), Rn. 835.

<sup>237</sup> Lau Hansen, The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies, ECFR 2013, 1 (15 f.); Mörsdorf, The Legal Mobility of Companies within the European Union through Cross-Border Conversion, CMLR 49 (2012), 629 (656 ff.); Schmidt, Study on Cross-border mergers and divisions, transfers of seat S. 12 ff., 15, 32 ff.; Lutter/Bayer/Schmidt (Fn. 34), § 32; vgl. auch die Bemerkung des EuGH im Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – VALE, Rn. 38, wonach „solche Vorschriften zur Erleichterung grenzüberschreitender Umwandlungen gewiss hilfreich wären“.

<sup>238</sup> Zwar kündigte die Europäische Kommission Ende 2017 eine Legislativinitiative zur grenzüberschreitenden Unternehmensmobilität an, im offiziellen Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission für 2018 ist eine solche jedoch nicht enthalten, vgl. COM(2017) 650 final v. 24.10.2017.