

Kommt der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften?

Prof. Dr. Peter Behrens, Universität Hamburg / Europa-Kolleg Hamburg

Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften im Hinblick auf die Verlegung des rechtlichen Sitzes einer Gesellschaft aus dem Gründungsstaat in einen anderen Mitgliedstaat der EU bzw. des EWR, ist noch immer ungeklärt. Der EuGH hatte im *Cartesio*-Urteil (Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641 = EuZW 2009, 75) in einem *obiter dictum* immerhin festgestellt, dass der Gründungsstaat eine internationale formwechselnde Umwandlung nicht durch die Auflösung der Gesellschaft behindern darf, wenn sie nach dem Recht des Aufnahmestaats möglich ist. Ob umgekehrt der Aufnahmestaat den grenzüberschreitenden Formwechsel dadurch behindern darf, dass er die Neugründung einer im Gründungsstaat trotz Sitzverlegung (zunächst) fortbestehenden Gesellschaft verlangt, ist nicht geklärt. Die Klärung dieser Frage könnte nun möglicherweise eine Vorabentscheidung im Fall *VALE* (Rs. C-378/10) herbeiführen, um die der Oberste Gerichtshof Ungarns den EuGH ersucht hat. Eine italienische GmbH hatte ihren rechtlichen Sitz (zusammen mit dem Unternehmen) nach Ungarn verlegt und ist demgemäß im italienischen Handelsregister gelöscht worden. Geraume Zeit später gründeten die Gesellschafter eine GmbH ungarischen Rechts und beantragten deren Eintragung im ungarischen Register mit einem Hinweis auf die italienische GmbH als „Rechtsvorgängerin“. Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil nach ungarischem Recht die mit einer Sitzverlegung aus dem Ausland verbundene Neugründung der Gesellschaft nicht als Umwandlung angesehen werden könne. Der Oberste Gerichtshof Ungarns hat Zweifel, ob dies mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist.

Der vorliegende Gerichtshof stellt zwei im Kern ganz unterschiedliche Fragen. Zunächst geht es ihm um die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf den Fall der Gründung einer ungarischen Gesellschaft durch die Gesellschafter einer ausländischen Gesellschaft, die im Gründungsstaat im Handelsregister gelöscht worden ist. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 43 EG [jetzt: Art. 49 AEUV]. Er garantiert ausdrücklich das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, in anderen Mitgliedstaaten Gesellschaften zu gründen. Und da die Löschung der italienischen Gesellschaft nach den Darlegungen der italienischen Regierung im Vorabentscheidungsverfahren ihre Auflösung zur Folge gehabt hat, kann es sich im Ausgangsfall auch nur um einen solchen Fall der (Neu-)Gründung einer ungarischen Gesellschaft handeln. Für die Annahme einer „Rechtsnachfolge“ fehlt insoweit jegliche Grundlage.

Die zweite Vorlagefrage zielt auf die Auslegung der Niederlassungsfreiheit im Hinblick auf die Verlegung des Gesellschaftssitzes aus dem Gründungsstaat in einen anderen Mitgliedstaat zum Zweck der Fortsetzung ihrer Tätigkeit nach dem dortigen Recht. Damit ist nun in der Tat die grenzüberschreitende formwechselnde Umwandlung unter Wahrung der Identität der Gesellschaft angesprochen. Nach den Darlegungen der italienischen Regierung ist die Verlegung des rechtlichen Sitzes einer italienischen Gesellschaft ins Ausland ohne vorherige Auflösung möglich, wenn sie vor der Löschung im italienischen Register in das ausländische Register eingetragen wird. Dann behält die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit nach italienischem Recht bis zur Löschung. Das ungarische Recht kennt aber bisher nur Regeln für den innerstaatlichen Formwechsel. Daran scheitert die Eintragung eines grenzüberschreitenden Formwechsels in Ungarn. Ob das mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, mag fraglich sein. Im Ausgangsfall stellt sich dieses Problem aber gar nicht, weil die Gesellschaft vor der Eintragung in Ungarn in Italien mit Auflösungswirkung gelöscht worden ist. Allerdings kann nach den Darlegungen der italienischen Regierung die (vorzeitige) Löschung einer italienischen Gesellschaft u.U. wegen Rechtswidrigkeit rückwirkend wieder aufgehoben werden, um die Löschung dann *nach* Eintragung der

Gesellschaft im ausländischen Register in Italien zu erneuern. So ließe sich evtl. wohl noch nachträglich ein identitätswahrender Formwechsel konstruieren, wenn denn das ungarische Recht „mitspielte“. Auch dann ginge es aber eigentlich nicht um den Fall einer „Rechtsnachfolge“. Im Ausgangsrechtsstreit, der den Vorlagefragen zugrundeliegt, ist eine solche Fallgestaltung aber offensichtlich rein hypothetischer Natur.

Seit dem 15. Dezember 2011 liegen nun die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen vor, die leider eine klare Differenzierung der beiden mit den Vorlagefragen angesprochenen Fallkonstellationen vermissen lassen. Schon in den Begrifflichkeiten werden unvereinbare gesellschaftsrechtliche Vorgänge miteinander vermengt (siehe etwa Tz. 69). (Der Generalanwalt legt nach eigenem Bekunden mehr Gewicht auf die „Realitäten des praktischen Wirtschaftslebens“ als auf die „theoretischen Aspekte des Rechts der juristischen Person“!). Daher sind die Entscheidungsvorschläge nicht ohne weiteres rechtlich nachvollziehbar. Der Vorschlag, die Niederlassungsfreiheit auf den Fall einer „grenzüberschreitenden Neugründung einer Gesellschaft“ für anwendbar zu erklären, bestätigt nur das ohnehin Offensichtliche. Der Vorschlag aber, die Verlegung des Gesellschaftssitzes aus dem Gründungsstaat in einen anderen Mitgliedstaat unter Fortsetzung ihrer Tätigkeit als Gesellschaft des Aufnahmestaates (d.h. im Ergebnis: die grenzüberschreitende formwechselnde Umwandlung) niederlassungsrechtlich zu garantieren, wird durch die Erörterungen in den Schlussanträgen nicht wirklich argumentativ vorbereitet. Es fehlt vor allem die Erkenntnis, dass es sich im Kontext des Ausgangsfalls insoweit um die Beantwortung einer rein hypothetischen Frage handelt, die das Richterkollegium möglicherweise zurückweisen wird. Ob der grenzüberschreitende Formwechsel mit der Vorabentscheidung des EuGH in diesem Fall kommt, ist also sehr fraglich.

Erschienen als Editorial in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht EuZW 4/2012, Seite 121.