



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Grenzüberschreitender Formwechsel – Register- und
Verfahrensrecht im Lichte des Company Law Package und die
praktische Umsetzung“**

Dissertation vorgelegt von Mike Karl Schmidt

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dirk Verse

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Ziel dieser Dissertation ist es, anhand der Analyse der europäischen und deutschen Rechtsprechung sowie einer Bestandsaufnahme der (noch) geltenden Rechtslage zum grenzüberschreitenden Formwechsel das Company Law Package ausführlich zu beleuchten.

Die Dissertation erscheint im Nomos-Verlag in der Schriftenreihe „Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht.“

Ausgangspunkt

In der globalisierten und digitalisierten Welt kommt der EU als globales Gegengewicht zu den USA, China und Russland zentrale Bedeutung zu. Innerhalb der EU sollen nicht nur die europäischen Grundwerte wie der Frieden und die Freiheit gewährleistet werden. Ein Grundpfeiler der EU war und ist die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes.

Der EU-Binnenmarkt ist einer der größten Märkte weltweit und ein essentielles Element stellt die Unternehmensmobilität dar, die sich in Sitzverlegungen von Gesellschaften realisiert. Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) soll es Unternehmen ermöglichen, ihren Standort innerhalb der EU – ohne unverhältnismäßige Beschränkungen – frei nach ökonomischen Kriterien auszuwählen. Die Vielfalt der Rechtsordnungen führte jedoch zwangsweise zu unterschiedlichen Beurteilungen der Reichweite der Niederlassungsfreiheit.

Daher überrascht es nicht, dass kaum ein anderes Thema die Welt des europäischen Gesellschaftsrechts in den vergangenen drei Jahrzehnten derart polarisierte wie die Reichweite der Niederlassungsfreiheit. Grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge innerhalb der EU haben den EuGH in den letzten drei Jahrzehnten in diversen Verfahren beschäftigt:

Am Anfang steht die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Daily Mail* aus dem Jahre 1988. Danach folgte in den Jahren 1999 bis 2003 die Entscheidungstris *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*. Diese richtungsweisenden Entscheidungen des EuGH zementierten das Fundament der Unternehmensmobilität im Binnenmarkt. Über *Cartesio* im Jahre 2009 und *VALE* im Jahre 2012 gipfelte die Entwicklung im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Formwechsel im Jahre 2017 in der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Polbud*. Diese Entscheidung löste einen regelrechten Sturm der Entrüstung aus. Dabei erweist sich die Diskussion um einen grenzüberschreitenden Formwechsel in Form einer isolierten Satzungssitzverlegung als zentraler Konfliktpunkt.

Politisch lässt sich dies mit einem Statement Barack Obamas untermauern, der sich wie folgt über ein Gebäude auf den Caymaninseln, das für ca. 12.000 Unternehmen als Unternehmenssitz diente, äußerte: „*That’s either the biggest building or the biggest tax scam on record.*“ Doch können solche pauschalen Behauptungen wirklich durchgreifen? Ist das deutsche Gesellschaftsrecht mittels eines ausländischen Briefkastens schlicht abwählbar?

Dogmatische Grundlagen des grenzüberschreitenden Formwechsels

Der grenzüberschreitender Formwechsel bezeichnet einen Vorgang, bei dem eine nach dem Recht des Wegzugsstaats gegründete Gesellschaft eine Rechtsform unter gleichzeitiger Verlegung des Satzungssitzes annimmt, die dem Recht des Zuzugsstaats entspricht. Die Gesellschaft streift also ihr Rechtskleid unter Beibehaltung der rechtlichen Identität ab und erhält ein Neues. Dies ist in zwei Richtungen denkbar: als Herein- und als Heraus-Formwechsel.

Die Charakteristika verdeutlichen zugleich die Motivation, warum ein solcher grenzüberschreitender Formwechsel durchgeführt wird. Gerade im Vergleich zu anderen Umwandlungsoptionen werden dadurch unter anderem weder *change of control*-Klauseln ausgelöst noch müssen sämtliche Verträge übertragen werden und schließlich bleiben öffentlich-rechtliche Genehmigungen bestehen. Damit bietet der grenzüberschreitende Formwechsel die idealen Rahmenbedingungen vor dem Hintergrund einer flexiblen wirtschaftlichen Betätigung innerhalb des Binnenmarktes.

Rechtsprechung zum grenzüberschreitenden Formwechsel

Die Niederlassungsfreiheit wurde in konsequenter und stetiger Weiterentwicklung durch die *Polbud*-Entscheidung zur nachträglichen Rechtswahlfreiheit ausgedehnt. Danach ist auch die isolierte Satzungssitzverlegung ohne Verlegung des Verwaltungssitzes möglich, sofern dies vom Zuzugsstaat anerkannt wird.

Dies ist vor allem vor dem Hintergrund der *VALE*-Entscheidung bemerkenswert, die eine gewisse Mobilitätskomponente insofern forderte, als die Niederlassung die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung im Zuzugsstaat auf unbestimmte Zeit impliziert. Gerade diese Aussage wird vereinzelt aufgegriffen, um – trotz der *Polbud*-Entscheidung – eine Sitzeinheit zwischen Satzungs- und Verwaltungssitz herzustellen. *Polbud* hat jedoch gerade den europäischen Standpunkt verdeutlicht: die nachträgliche Rechtswahlfreiheit entspricht einem liberalen Verständnis im Sinne des freien Marktzugangs als ökonomisches Leitmotiv. Auf der Stufe der „Zulässigkeit“ werden demnach keine zu hohen Anforderungen gestellt. Präventiver *stakeholder*-Schutz durch eine Sitzeinheit soll gerade nicht gewährleistet werden. Gleichwohl darf dies nicht zu einer Bagatellisierung missbräuchlicher Zwecke führen, so dass eine umfassende nachgelagerte Missbrauchskontrolle durch verfahrensrechtliche Restriktionen vorgesehen werden muss und wird.

Nachdem auf europäischer Ebene die Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels vom EuGH postuliert wurde, zeigt jedoch gerade die obergerichtliche Rechtsprechung in Deutschland die Probleme im Rahmen der praktischen Umsetzung auf. Die vorliegende Dissertation geht dabei detailliert auf die Entscheidungen des OLG Nürnberg, KG Berlin und OLG Düsseldorf ein, die jeweils einen Herein-Formwechsel betrafen sowie auf den sog. Kaper-Beschluss des OLG Frankfurt und dem erst kürzlich ergangenen Beschluss des OLG Saarbrücken, die einen Heraus-Formwechsel betrafen.

Dabei zeigen sich zwei wichtige Befunde, die eine sekundärrechtliche Regelung unerlässlich machen:

1. Es manifestiert sich ein heterogenes Meinungsbild zur Anwendbarkeit des maßgeblichen Rechts, was den Formwechsel in der Praxis schwer handhabbar macht. Insoweit wird vertreten die Vorschriften über den innerstaatlichen Formwechsel (§§ 190 ff. UmwG), die Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung (§§ 122a ff. UmwG) oder die Vorschriften über die Sitzverlegung der SE (Art. 8 SE-VO) analog anzuwenden. Ferner ist umstritten, welcher Ansatz die Grundlage bildet oder welche Regelungen gegebenenfalls ergänzend herangezogen werden können.

2. Die mangelnde Abstimmung der beteiligten Register im Wegzugsstaat und im Zuzugsstaat tritt offenkundig zu Tage. Für die rechtspraktische Umsetzung eines grenzüberschreitenden Formwechsels ist somit ein „Brückenschlag“ zwischen den Registern essentiell.

Diese zwei Aspekte werden detailliert einerseits anhand der Änderungen der handelsrechtlichen Publizität und andererseits anhand des neuen Verfahrensregimes auch in der rechtspraktischen Umsetzung untersucht.

Grenzüberschreitender Formwechsel *de lege lata*

Im Rahmen der Bestandsaufnahme des grenzüberschreitenden Formwechsels *de lege lata* werden detailliert die einzelnen Verfahrensschritte skizziert. Dadurch kann konstatiert werden, dass auch ohne eine „Sitzverlegungsrichtlinie“ bereits aktuell ein grenzüberschreitender Formwechsel effektiv durchgeführt werden kann. Aufgrund der heterogenen Rechtslage und insbesondere der Registerpraxis ist es jedoch unerlässlich, sich frühzeitig und eng mit den jeweils zuständigen Registern über die Durchführung des grenzüberschreitenden Formwechsels abzustimmen. Dies ist umso bedeutender, wenn verschiedene Register wie z.B. das Companies House in London jegliche Eintragungen von Formwechseln pauschal ablehnen. Vorliegende Defizite hinsichtlich des *stakeholder*-Schutzes – insbesondere der unternehmerischen Mitbestimmung – gilt es mittels einheitlicher Regelungen zu beheben.

Registervernetzung und handelsrechtliche Publizität in der EU

Zentral für den „Brückenschlag“ zwischen den Registern des Wegzugs- und Zuzugsstaats ist die Registervernetzung innerhalb der EU. Nur so kann unter anderem ein „Kapern“ von Gesellschaften verhindert und ein reibungsloser Ablauf gewährleistet werden.

Um den Zugang zu Handelsregisterinformationen zu erleichtern, wurde bereits ein „europäisches Unternehmensregister“ eingerichtet, das sog. Business Registers Interconnection System („BRIS“). BRIS ist – anders als die Bezeichnung es vermuten lässt – nur eine Plattform zur Vernetzung der nationalen Register und gerade kein Register im engeren Sinne. Die Einführung des BRIS kann künftig einen entscheidenden Entwicklungsschritt darstellen. Bislang ist das System jedoch noch nicht ausgereift. Dies liegt zum einen am System selbst, da noch nicht alle Bereiche reibungslos funktionieren. Zum anderen zieht BRIS seine Leistungskraft aus den zu veröffentlichenden Informationen. Es kommt also entscheidend auf die handelsrechtliche Publizität an. Gerade da zeigen sich unter anderem Mängel was die Verlässlichkeit der Informationen angeht. In diesem Kontext stehen sich angelsächsisch geprägte sog. Dokumentensammlungen und sog. Eintragsregister deutscher Prägung gegenüber, so dass der Informationsgehalt sehr unterschiedlich ausgestaltet ist.

Das Company Law Package

Mit dem Company Law Package hat der Unionsgesetzgeber ein sehr umfangreiches Maßnahmenpaket in Rekordzeit auf den Weg gebracht, bestehend einerseits aus der Digitalisierungsrichtlinie (RL (EU) 2019/1151 des EU-Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABl. L 186/80 v. 11.7.2019) und andererseits aus der Mobilitätsrichtlinie (RL (EU) 2019/2121 des EU-Parlaments und des Rates v. 27.11.2019 zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. L 321/1 v. 12.12.2019).

Vor dem Hintergrund der früher gescheiterten Harmonisierungsvorhaben der SPE und SUP ist vor allem Deutschland seiner „Bringschuld“ nachgekommen und die unternehmerische Mitbestimmung hat sich nicht als „Bremsklotz“ erwiesen. Dies ist jedoch auch der Grund, warum das Company Law Package überwiegend horizontale Regelungen vorsieht. Damit wird es in diversen Bereichen entscheidend auf die Umsetzung der Mitgliedstaaten in das nationale Recht ankommen.

Digitalisierungsrichtlinie

Hinsichtlich der Digitalisierungsrichtlinie sind vor allem zwei Aspekte hervorzuheben.

Die handelsrechtliche Publizität wird geändert. Zunächst ist eine Bekanntmachung in einem Amtsblatt nicht mehr obligatorisch. Dadurch wird das sog. *register-only* Prinzip implementiert. Dies zieht eine erstaunliche Folgeänderungen hinsichtlich der Publizitätswirkungen nach sich: die vermeintliche Abschaffung der positiven Publizität. Es existiert nun (vorher wurde dies über den Wortlaut des Art. 16 Abs. 7 UAbs. 2 GesR-RL a.F. „Bekanntmachung“ hinaus auch für die Eintragung angenommen) keine Regelung mehr bei unrichtigem Inhalt des Registers selbst. Vor dem Hintergrund der Verlässlichkeit des Registers, wäre diese Intention fatal, so dass im Ergebnis die neue Fassung erweiternd dahingehend auszulegen ist, dass sich ein gutgläubiger Dritter auf die unrichtiger Registereintragung berufen kann.

BRIS wird durch die Digitalisierungsrichtlinie ausgeweitet und erfährt durch das Company Law Package insgesamt eine unterschwellige, aber deutliche Steigerung der Relevanz. Dies ist sehr zu begrüßen, gerade um den „Brückenschlag“ zwischen den Registern des Wegzugs- und Zuzugsstaats zu realisieren. Dennoch sollte das System weiter ausgebaut und die Publizitätsdivergenzen aufgelöst werden.

Mobilitätsrichtlinie

Die Mobilitätsrichtlinie statuiert erstmalig einen EU-Rechtsrahmen für den grenzüberschreitenden Formwechsel. Das Verfahren ist zweistufig ausgestaltet: auf der ersten Stufe werden die Verfahrensregelungen normiert, die den Wegzugsstaat betreffen, mündend in der Erteilung der Vorabbescheinigung. Auf der zweiten Stufe ist anschließend das Recht des Zuzugsstaats maßgeblich.

Im Vergleich zur aktuellen Rechtslage – noch vor Implementierung der Richtlinie im UmwG – sind nun ein Formwechselplan und ein Formwechselbericht aufzustellen. Gerade die komplexe und ausufernde Norm des Formwechselberichts wirft dabei hinsichtlich der Grundstruktur einige Fragen auf. Der Formwechselplan ist ferner durch einen unabhängigen Sachverständigen zu prüfen, bei dem die Angemessenheit der Barabfindung im Vordergrund steht. Gleichwohl ist diese Prüfung nicht erforderlich, wenn dem alle Gesellschafter zustimmen. Ein absolutes Novum stellt die Missbrauchsprüfung dar, die so bislang nicht vorgesehen war und je nach Zuständigkeit wohl das Handelsregister in Deutschland vor große Herausforderungen stellen wird. Darin enthalten ist ein Missbrauchsvorbehalt, nach dem keine Vorabbescheinigung erteilt werden darf, wenn der grenzüberschreitende Formwechsel missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken dient. Diese offene Wertungsklausel bietet die Möglichkeit – bei entsprechenden Zweifeln der Behörde – einen bunten Strauß verschiedener Motive eingehend zu prüfen. Dadurch stellt sich die Frage, inwiefern das mit dem gerade durch die *Polbud*-Entscheidung postulierten liberalen Verständnis der Niederlassungsfreiheit in Einklang gebracht werden kann.

Bereits die Harmonisierung eines Verfahrensregimes für den grenzüberschreitenden Formwechsels stellt jedoch eine essentielle Errungenschaft im grenzüberschreitenden Kontext und für die Niederlassungsfreiheit im Binnenmarkt dar.

Gleichwohl lassen einige neue Regelungen eine Überfrachtung des Verfahrens befürchten, was z.B. durch die komplexe Ausgestaltung der Rechtmäßigkeitsprüfung untermauert wird. Daher sollte im Rahmen der Umsetzung darauf geachtet werden, dass dem grenzüberschreitenden

Formwechsel nicht sämtliche exklusiven Vorteile genommen werden, die ihn bislang auch vor dem Hintergrund der Kosten- und Zeiteffizienz ausgezeichnet haben.

Obwohl eine unmittelbare Geltung der Mobilitätsrichtlinie auch im Wege der richtlinienkonformen Auslegung dogmatisch nicht begründet werden kann, so sind die Verfahrensregelungen aufgrund des Vorsichtsgebots – zumindest, wenn das Registergericht keine andere Auffassung erkennen lässt – bereits ab sofort als „grobe Richtschnur“ zu berücksichtigen.

Abschließend gilt es für das sehr umfangreiche EU-Company Law Package zu konstatieren: Die entscheidenden Eckpfeiler werden adressiert, was zu einer erheblichen Steigerung der Rechtssicherheit und damit der Unternehmensmobilität im Binnenmarkt führen wird.