



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Betrachtung der europäischen Mobilitätsrichtlinie 2019
im Hinblick auf die Positivierung bisheriger EuGH-
Rechtsprechung“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Maximilian Wallergraber

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 548

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht /
European and International Business Law

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. DDr. Thomas Ratka LL.M, LL.M.

1 Inhaltsverzeichnis

2	Eidesstattliche Erklärung.....	4
3	Einleitung.....	5
4	Sitztheorie vs. Gründungstheorie unter Berücksichtigung der bisherigen EuGH-Judikatur.....	6
4.1	Allgemeines.....	6
4.2	Rechtsfolgen bei Zuzug und Wegzug.....	8
4.2.1	Sitztheorie.....	8
4.2.2	Gründungstheorie.....	9
4.2.3	Exkurs: Geschäftstätigkeit von Gesellschaften aus Drittländern ohne Verwaltungssitz in einem Land mit Sitztheorie.....	10
4.3	Frühe EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit im Gesellschaftsrecht.....	11
4.4	Kurzüberblick der EuGH-Rechtsprechung ab den 2000er Jahren.....	13
4.4.1	Überseering.....	13
4.4.2	Inspire Art.....	14
4.4.3	Cadbury Schweppes.....	14
4.4.4	Sevic.....	14
4.4.5	Cartesio.....	15
4.4.6	Vale.....	15
4.4.7	Polbud.....	16
4.5	Zusammenfassung der EuGH-Rechtsprechung zu den Artikeln 49 und 54 AEUV.....	17
5	Status quo bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.....	19
5.1	Praxisbeispiel: Grenzüberschreitende Verschmelzungen.....	19
5.2	Praxisbeispiel: Grenzüberschreitende Spaltungen.....	20
5.3	Praxisbeispiel: Grenzüberschreitende Formwechsel.....	22
6	Der Weg zur neuen „Mobilitätsrichtlinie“: Richtlinie (EU) 2019/2121.....	24
6.1	Einleitung und Hintergrund.....	24
6.2	Überblick: Wesentliche Neuerungen in der „Mobilitätsrichtlinie 2019“.....	25
7	Die EU-Mobilitätsrichtlinie 2019.....	27
7.1	Allgemeines und Aufbau der MobilRL.....	27
7.2	Teil 1 – Grenzüberschreitende Umwandlungen (auch bezeichnet als “Formwechsel“)......	27
7.2.1	Anwendungsbereich.....	27
7.3	Teil 2 – Grenzüberschreitende Spaltungen.....	29
7.3.1	Anwendungsbereich.....	29
7.4	Durchführungsverfahren bei grenzüberschreitenden Umgründungen.....	30
7.4.1	ad Plan.....	31
7.4.2	ad Offenlegung.....	31
7.4.3	ad Bericht.....	32
7.4.4	ad Prüfung des Plans.....	33
7.4.5	ad Beschluss/Zustimmung der Gesellschafterversammlung.....	33
7.4.6	ad Rechtmäßigkeitskontrolle.....	34
7.5	Schutz der Anteilseigner/Gesellschafter.....	35
7.5.1	ad Austrittsrecht gegen Barabfindung.....	35
7.5.2	ad Anfechtungsrecht des Umtauschverhältnisses samt Verlangen der Zuzahlung.....	36

7.5.3	ad Ausschluss der Anfechtung wegen Bewertungsmängeln	37
7.6	<i>Schutz der Gläubiger</i>	37
7.7	<i>Schutz der Arbeitnehmer</i>	38
7.8	<i>Gültigkeit und Rechtswirkung</i>	39
7.10	<i>Besonderheit: Side-Step-Merger (grenzüberschreitende Verschmelzungen im Konzern)</i>	40
8	Über die Bedeutung bisheriger EuGH-Judikatur in Bezug auf die Schutzbestimmungen der Mobilitätsrichtlinie 2019	41
8.1	<i>Centros (Wahl des Gesellschaftsstatuts in Missbrauchsabsicht)</i>	41
8.2	<i>Polbud (Schutz der Gläubiger, Minderheitengesellschafter sowie der Arbeitnehmer)</i>	43
9	Gesamtwürdigung und Fazit.....	45
10	Literaturverzeichnis.....	47
11	Deutschsprachiges Abstract	51
12	English Abstract	53

2 Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe.

Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht.

Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht.

Wien, Juli 2020

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Wallergraber', written over a faint horizontal line.

Mag. iur. Maximilian Wallergraber

3 Einleitung

Mit der neuen Richtlinie (EU) 2019/2121 zu grenzüberschreitenden Umgründungen, Verschmelzungen und Spaltungen gibt es zahlreiche bedeutende Neuerungen im europäischen Gesellschaftsrecht. Wegen ihres Regelungsinhalts wird sie auch als „Mobilitätsrichtlinie 2019“ bzw. „MobilRL“ bezeichnet.

Zu Beginn der Arbeit soll ein kurzer Rückblick über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) im Spannungsverhältnis zwischen der Niederlassungsfreiheit nach Artikel 49 AEUV und der Mobilität von Gesellschaften im EU-Raum gegeben werden.

Anschließend wird der Status Quo bei grenzüberschreitenden Umgründungen überblicksmäßig dargestellt werden. Es soll gezeigt werden, dass es bisher doch erhebliche Unterschiede in den einzelnen Regelungsregimen der verschiedenen Umgründungsformen (Umwandlung, Verschmelzung, Spaltung) gibt.

Weiter bietet die Arbeit - unter Heranziehung entsprechender EuGH-Judikatur - einen kurzen historischen Überblick über die Entstehung der neuen „Mobilitätsrichtlinie 2019“. Hierbei werden insbesondere die Erwägungsgründe der Richtlinie herangezogen.

Anschließend wird auf die Mobilitätsrichtlinie 2019 im Detail eingegangen. Es werden die unterschiedlichen Anwendungsbereiche, das (beinahe einheitliche) Durchführungsverfahren und die wichtigen Mindestharmonisierungen im Bereich des Arbeitnehmer-, Gläubiger- und Minderheitengesellschafterschutzes dargestellt.

Im Weiteren wird auf die einzelnen Neuerungen der Richtlinie in Bezug auf den Missbrauchsschutz eingegangen, wobei hier im Besonderen auf die *Centros*- Entscheidung und die *Polbud*-Entscheidung Bezug genommen wird.

Abschließend zieht die Arbeit ein Fazit der neuen MobilRL 2019 im europäischen Gesellschaftsrecht, hält Verbesserungen fest und auch einzelne praxisrelevant Verbesserungsvorschläge.

4 Sitztheorie vs. Gründungstheorie unter Berücksichtigung der bisherigen EuGH-Judikatur

4.1 Allgemeines

Für das Verständnis über Sitz- und Gründungstheorie ist es unerlässlich zu erkennen, dass es grundlegende Unterschiede in den einzelnen Rechtssystemen im Unionsgebiet gibt. Auf der einen Seite steht das kontinentaleuropäische (vor allem das deutsche) System mit seiner starren Sitztheorie, auf der anderen Seite das angelsächsische „Common Law“ System¹ geprägt vom Zeitalter des Kolonialismus mit der Gründungstheorie.² Diese Theorien des Gesellschaftsrechts beschäftigen sich – in Anlehnung an den Lebenszyklus eines Menschen – mit der Geburt bzw. Entstehung der Gesellschaft.³

Nach der in Österreich geltenden Sitztheorie⁴ beurteilen sich Fragen zur Rechts- und Handlungsfähigkeit nach dem Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Sitz hat, insbesondere wo sich die Hauptverwaltung der Gesellschaft befindet. Dies ergibt sich aus dem Zusammenspiel des § 12 IPRG, wonach die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person nach deren Personalstatut zu beurteilen sind, sowie aus § 10 IPRG.⁵

Gemäß § 10 IPRG bestimmt sich das Personalstatut einer juristischen Person nach dem Recht des Staates, in dem der Rechtsträger den tatsächlichen Sitz seiner Hauptverwaltung hat.⁶ Dies ist jener Ort, an dem üblicherweise die leitenden Entscheidungen des laufenden Geschäfts- und Verwaltungsbetriebes gefasst und in Geschäftsführungsakte umgesetzt werden und an dem sich diese Leitungstätigkeit in einer nach außen sichtbaren Organisation (Büro, Sekretariat, Faxgerät etc.) manifestiert.⁷

Steht das Personalstatut fest, finden die jeweiligen nationalen Bestimmungen, nämlich die nationalen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, Anwendung. Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass nach der Sitztheorie immer das Recht jenes Staates auf eine juristische Person anwendbar ist, in dem sie ihren Verwaltungssitz hat.

¹ Grossfeld, Einige Grundfragen des Internationalen Unternehmensrechts, 11.

² Kahnert, Rechtsetzung im Europäischen Gesellschaftsrecht: Harmonisierung, Wettbewerb, Modellgesetze, 140-141.

³ Verschraegen in Rummel ABGB³ § 10 IPRG Rz 2 (Stand 1.1.2004, rdb.at)

⁴ Verschraegen in Rummel ABGB³ § 10 IPRG Rz 2 (Stand 1.1.2004, rdb.at)

⁵ Bergmann/Kalss, Rechtsformwahl, 95 Rz 4/36.

⁶ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht², Rz 1/19 (Stand 1.6.2017, rdb.at)

⁷ Verschraegen in Rummel ABGB³ § 10 IPRG Rz 3 (Stand 1.1.2004, rdb.at)

Der (vorwiegend) in Kontinentaleuropa verbreiteten Sitztheorie steht die Gründungstheorie gegenüber, die vor allem durch den Kolonialismus geprägte wurde. Vornehmlich Länder mit starkem kolonialistischem Hintergrund, darunter vor allem Großbritannien, wandten und wenden diese auch heute noch an. Gerade der weltweite Handel mit Handelsstützpunkten verteilt über den gesamten Globus machte es unabdingbar für diese Länder sich auf ihr „Heimatrecht“ zu stützen, zumal es in Übersee oft keinerlei kodifizierte Recht gab.

Die Gründungstheorie stellt somit nicht auf den Verwaltungssitz einer Gesellschaft ab, sondern auf jenes Recht, nach dem die juristische Person gegründet wurde. Dies ist unabhängig vom Sitz. Wurde eine Gesellschaft rechtskonform nach dem Recht des Gründungsstaates gegründet und mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet, gilt dies auch in allen anderen Ländern der Welt.

In der Europäischen Union kam es in der Vergangenheit⁸ aufgrund dieser doch erheblichen Rechtsunterschiede sehr oft zu Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die grenzüberschreitende Tätigkeit von Gesellschaften im EU-Raum. Vor allem die europäische Niederlassungsfreiheit ist mit der ursprünglichen kontinentaleuropäischen Sitztheorie unvereinbar. Um den europäischen Binnenmarkt zu ermöglichen, muss es natürlichen und juristischen Personen möglich sein sich auch in anderen Mitgliedstaaten niederzulassen.

Somit kam es – vor allem durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes – zu einer Aufweichung der Sitztheorie. Jedoch bestehen nach wie vor beide Systeme in der EU weiter parallel nebeneinander.⁹

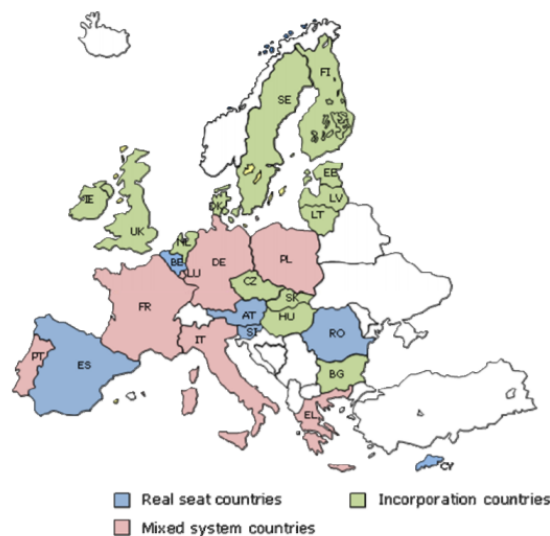
In der *Atresie*-Entscheidung wurde klargestellt, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, ob sie ihr Regelungssystem im Gesellschaftsrecht auf die Sitztheorie oder auf die Gründungstheorie stützen wollen.¹⁰ Dies führte letztlich zu einer Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung im gesamten Unionsgebiet.

⁸ Siehe unten im Kapitel „Frühe EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit im Gesellschaftsrecht“.

⁹ Bewertung des europäischen Mehrwerts: 14. Gesellschaftsrechtlichtrichlinie, Seite 13-14, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET\(2013\)494460_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET(2013)494460_DE.pdf) (abgerufen am 26.05.2020).

¹⁰ Schlussanträge des Generalanwaltes Poirares Maduro vom 22. Mai 2008 in der Rs *Cartesio*, C-210/06.

Die nachstehende Grafik¹¹ verdeutlicht diese Rechtszersplitterung in anschaulicher Weise. In Grün eingezeichnet sind die Länder, die der Gründungstheorie folgen. In Blau jene Länder, die der Sitztheorie folgen. In Rot sind jene Länder gefasst, die einem Mischsystem beider Systeme folgen. Deutlich erkennbar, ist dass die skandinavischen und angloamerikanischen Rechtssysteme alle der Gründungstheorie folgen, wohingegen die meisten kontinentaleuropäischen System der strengen Sitztheorie bzw. einem Mischsystem folgen.



Grafik: Verbreitung der Sitz- und Gründungstheorie (sowie Mischsysteme) im EU-Raum

4.2 Rechtsfolgen bei Zuzug und Wegzug

4.2.1 Sitztheorie

Bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach Österreich, einem sogenannten „Zuzugsfall“, stellt sich die Situation nach der (strengen) Sitztheorie wie folgt dar: Eine im Ausland gegründete Gesellschaft, die nach Österreich - durch Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Österreich - zuzieht, wird aufgrund der Sitztheorie nicht als rechtsfähige juristische Person anerkannt.¹² Die Sitztheorie verlangt nämlich, dass die Gesellschaft im Inland gegründet wurde und auch im Inland den Verwaltungssitz hat.¹³ Dies

¹¹ Bewertung des europäischen Mehrwerts: 14. Gesellschaftsrechttrichtlinie, Seite 14, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET\(2013\)494460_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET(2013)494460_DE.pdf) (abgerufen am 26.05.2020).

¹² Zehetner, Vorabentscheidungsverfahren: Verstößt die Sitztheorie gegen die Niederlassungsfreiheit?, eolex 2001, 449.

¹³ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht², Rz 1/19 (Stand 1.6.2017, rdb.at)

entspricht der in Österreich herrschenden Lehre und Rechtsprechung.¹⁴ Eine Mindermeinung sieht in dieser Konstellation die Notwendigkeit einer Umdeutung der ausländischen Gesellschaft in eine inländische Gesellschaft in Liquidation.¹⁵

Somit ist es – im Sinne der (strengen) Sitztheorie - einer ausländischen Gesellschaft nur möglich ihre Rechtsfähigkeit zu erhalten, wenn sie sich im Zuzugsstaat neu gründet.¹⁶ Durch die Neugründung liegt allerdings eine neue juristische Person vor. Es kommt somit zu keiner Gesamtrechtsnachfolge, weshalb Teile der ausländischen Gesellschaft gegebenenfalls einzeln auf die neu gegründete inländische Gesellschaft übertragen werden müssen.

Bei den sogenannten „Wegzugsfällen“ im Gesellschaftsrecht zieht eine – nach den Regeln der Sitztheorie gegründete - rechtsfähige inländische Gesellschaft ins Ausland. Dies geschieht durch Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland. Weil die Sitztheorie aber einen inländischen Verwaltungssitz verlangt, verliert die wegziehende Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit. Dadurch gilt sie als aufgelöst, was zahlreiche rechtliche Probleme mit sich bringt. Neben der grenzüberschreitenden Sitzverlegung gibt es noch zahlreiche andere Möglichkeiten von grenzüberschreitenden Umgründungen. So zum Beispiel grenzüberschreitende Spaltungen, grenzüberschreitende Verschmelzungen etc. Weil hier Sachverhalte mit grenzüberschreitenden Anknüpfungspunkten in der EU vorliegen, ist hier auch grundsätzlich europäisches Recht anzuwenden.

Dieses gewährleistet – zur Sicherung und Stärkung des europäischen Binnenmarktes – auch das Recht der Niederlassungsfreiheit im Unionsgebiet. Weil dieses vor allem mit der Sitztheorie im Widerspruch stand, kam es hierdurch zu vielfältiger EuGH-Rechtsprechung und letztlich auch zu zahlreichen kodifizierten Regelungen im europäischen Gesellschaftsrecht, was letztlich nunmehr auch in der neuen „europäischen Mobilitätsrichtlinie 2019“ Ausdruck findet.

4.2.2 Gründungstheorie

Nach der Gründungstheorie kann eine im Gründungsstaat rechtskonform gegründete Gesellschaft problemlos ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen. Die Rechtsfähigkeit

¹⁴ *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, 77.

¹⁵ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht 529 ff.; *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, 77.

¹⁶ *Ratka* in *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl, 161 Rz 6/54.

bleibt davon unberührt.¹⁷ Wurde eine Gesellschaft einmal rechtskonform gegründet, wird sie überall anerkannt. Dies führt dazu, dass Gesellschaften durch gezielte Sitzverlegung frei wählen können, welches nationale Gesellschaftsrecht anwendbar sein soll.

Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom sogenannten „Delaware“-Effekt. Der US-Bundesstaat Delaware – in dem die Gründungstheorie Anwendung findet - ist für sein sehr einfaches (und deshalb auch kostengünstiges) Gesellschaftsrecht bekannt. Dies führt dazu, dass ein Großteil der amerikanischen Kapitalgesellschaften Delaware gezielt für die Gesellschaftsgründung auswählen, wobei die geschäftliche Tätigkeit dann in einem anderen US-Bundesstaat ausgeübt wird. Durch die Gründung in Delaware können die Gesellschafter so das für sie günstige „Delaware-Gesellschaftsrechts“ wählen.

In der Kritik steht diese „Rechtswahl“ vor allem, weil damit strengere (Schutz)Bestimmungen umgangen werden sollen. Dies vor allem im Hinblick auf den Arbeitnehmer-, Gläubiger- und Minderheitengesellschafterschutz. Weil mit der Gründung von „Briefkastengesellschaften“ eben jene Schutzbestimmungen umgangen werden sollen, verlangen viele Staaten ein gewisses Naheverhältnis bzw. einen Anknüpfungspunkt zum jeweiligen Staat („genuine link“). Soweit der Verwaltungssitz einer in Österreich gegründeten Gesellschaft in einem Land liegt, welches der Gründungstheorie folgt, ist österreichisches Gesellschaftsrecht anzuwenden.¹⁸

4.2.3 Exkurs: Geschäftstätigkeit von Gesellschaften aus Drittländern ohne Verwaltungssitz in einem Land mit Sitztheorie

Die Sitztheorie verlangt sowohl die Gründung im Inland als auch einen Verwaltungssitz im Inland. Ist eine nach „Delaware“-Recht gegründete Gesellschaft in einem Land, in dem die Sitztheorie herrscht (z.B. Deutschland) tätig, aber ohne Verwaltungssitz, so bleibt deren Rechtsfähigkeit davon unberührt.¹⁹ § 5 IPRG bestimmt nämlich, dass Rück- oder Weiterverweisungen beachtlich sind.²⁰

¹⁷ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht², Rz 1/19 (Stand 1.6.2017, rdb.at)

¹⁸ Bergmann/Kalss, Rechtsformwahl, 95 Rz 4/36.

¹⁹ Adensamer/Eckert/Hristov in Bergmann/Kalss, Rechtsformwahl, 77 Rz 4/1.

²⁰ Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, 78.

4.3 Frühe EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit im Gesellschaftsrecht

Die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften in der Europäischen Union ist in den Artikeln 49 und 54 Abs 1 AEUV festgelegt. Demnach „stehen die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.“ Somit muss jede in der Union rechtskonform gegründete Gesellschaft in jedem anderen Mitgliedstaat auch anerkannt werden.²¹

Betrachtet man diese europarechtliche Bestimmung scheint die Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit auf den ersten Blick unvereinbar.²² Nach dem Europarecht müssen Mitgliedstaaten alle Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten anerkennen, wobei nationales Recht dem nicht entgegenstehen darf. Somit wäre die Sitztheorie – aufgrund des Europarechts - innerhalb der Union nicht anwendbar. Lediglich in Bezug auf Drittstaaten wäre eine Anwendbarkeit der Sitztheorie gegeben. Weil aber lange Zeit nicht klar war, ob Gesellschaften in vollem Umfang unter die Niederlassungsfreiheit fallen²³, führte dies schon früh zu erheblicher Rechtsprechung des EuGH.

Bereits sehr früh, nämlich im Jahr 1988, stellte der EuGH mit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Daily Mail*²⁴ fest, dass bei einer „Wegzugs“-Konstellation der Wegzugsstaat selbst darüber entscheiden kann, ob er die wegziehende Gesellschaft (bei Verlegung ihres satzungsmäßigen Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat) weiterhin als rechtliche Identität zugesteht oder ob es dadurch zum Verlust derselben kommen soll.

Die Anhänger der Sitztheorie sahen sich durch diese EuGH-Rechtsprechung in ihrer Position bestärkt, denn es war den Wegzugsstaaten somit erlaubt sich ihr eigenes nationales Gesellschaftsrecht – ohne Rücksicht auf die Niederlassungsfreiheit – anzuwenden. Dies änderte sich aber schlagartig mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Centros*²⁵, die der Sitztheorie scheinbar eine klare Absage erteilte und zu enormer (rechtlicher) Verunsicherung führte.²⁶

²¹ Adensamer/Eckert/Hristov in Bergmann/Kalss, Rechtsformwahl, 78 Rz 4/2.

²² Bergmann/Kalss, Rechtsformwahl, 16 Rz 1/37.

²³ Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht³, 78.

²⁴ Rs C-81/87 *Daily Mail*.

²⁵ EuGH 09.03.1999, C-212/97 *Centros*.

²⁶ Kallab in Praxisschrift für Zankl, Sitztheorie vs Gründungstheorie unter Berücksichtigung der EuGH-Judikatur, 350.

Anders als bei der früheren *Daily Mail* Entscheidung lag bei der Rechtssache *Centros*²⁷ eine „Zuzugs“-Konstellation vor. Ein dänisches Ehepaar machte in Großbritannien Urlaub und entschied dort (kostengünstig und unbürokratisch) eine reine „Briefkastengesellschaft“ in Form einer PLC (Private Limited Company) mit einem Stammkapital von 100 Britischen Pfund zu gründen.²⁸ Anschließend sollte die Gesellschaft eine Zweigniederlassung in Dänemark gründen und von dort aus jegliche Geschäftstätigkeit entfalten. Der dänische Staat wollte diese Umgehung der dänischen Mindesteinlagekapitalbestimmungen durch Verweigerung der Eintragung der Zweigniederlassung in Dänemark verhindern. „Die Verweigerung der Eintragung ist außerdem erforderlich, um die öffentlichen und privaten Gläubiger und die Vertragspartner zu schützen und den betrügerischen Bankrott zu bekämpfen“, wurde argumentiert.²⁹ Mit Berufung auf die Niederlassungsfreiheit rief das dänische Ehepaar nun den EuGH an. Dieser stellte fest, dass ein Mitgliedstaat, der die Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, welche in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, rechtmäßig errichtet wurde, dort jedoch keine tatsächliche Geschäftstätigkeit entfaltet, gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, wenn die Zweigniederlassung errichtet wird, ohne im Zuzugsstaat die Gesellschaft neu zu errichten.³⁰ „Damit kann es für sich allein keine mißbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstellen, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschafts- rechtliche Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet.“³¹ Auch das Argument, dass damit Gläubigerschutzbestimmungen verletzt würden, ließ der EuGH nicht gelten. Er stellte klar, dass die dänischen Behörden auch mildere Maßnahmen hätten treffen können, um die Gläubiger sicherzustellen. Solche würden die Grundfreiheiten weniger beeinträchtigen würden und denselben Effekt haben. So könnten den Gläubigern etwa - als Voraussetzung für die Eintragung - Sicherheiten etc. eingeräumt werden.³²

Ein wichtiger Grundsatz des EuGH ergibt sich aus dem Urteil vom 30. 11. 1995 in der Rechtssache *Gebhard*³³ wonach ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit unter bestimmten

²⁷ EuGH 09.03.1999, C-212/97 *Centros*

²⁸ EuGH 09.03.1999, C-212/97 *Centros*, Rn 13.

²⁹ EuGH 09.03.1999, C-212/97 *Centros*, Rn 12.

³⁰ EuGH 09.03.1999, C-212/97 *Centros*, Rn 39.

³¹ EuGH 09.03.1999, C-212/97 *Centros*, Rn 27.

³² EuGH 09.03.1999, C-212/97 *Centros*, Rn 37.

³³ EuGH 30.11.1995 C-55/94, *Gebhard*.

Umständen doch zulässig sein kann. Demnach ist die Niederlassungsfreiheit als allgemeines Beschränkungsverbot zu verstehen. Nationale Maßnahmen, die die „grundlegenden Freiheiten behindern oder wenig attraktiv machen“, müssen vier Voraussetzungen („Gebhard-Formel“) erfüllen.³⁴

Sie müssen:

1. in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden,
2. aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein,
3. geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten,
4. sowie verhältnismäßig sein.

Die „Gebhard-Formel“ entspricht der heute ständigen Judikatur des Europäischen Gerichtshofes.³⁵

4.4 Kurzüberblick der EuGH-Rechtsprechung ab den 2000er Jahren

4.4.1 Überseering

Zu Beginn der 2000er Jahre erfolgte die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Überseering*³⁶. Hier ging es um eine niederländische B.V. (eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung) die ihre Hauptverwaltung von den Niederlanden nach Deutschland verlegte. Die niederländische B.V. machte in Deutschland einen gerichtlichen Schadenersatzanspruch geltend, wobei die deutschen Gerichte die Rechtsfähigkeit der vormals niederländischen Gesellschaft verneinten. Es lag somit - genau wie bei der Rs *Centros* - eine „Zuzugskonstellation“ vor. Daher war die Entscheidung des EuGH in dieser Sache bereits durchaus vorhersehbar, zumal es um das primärrechtlich verankerte Grundrecht auf Niederlassungsfreiheit ging. Der EuGH stellte klar, dass der Zuzugsstaat eine tatsächlich zuziehende Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates anerkennen muss.³⁷ Dies betrifft gerade auch die Prozessfähigkeit als ausländische juristische Person. Es wurde somit noch einmal klargestellt, dass ein Auseinanderfallen des Satzungs- und des Verwaltungssitzes zulässig ist.³⁸

³⁴ *Enzinger in Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 49 AEUV Rz 19 (Stand 1.1.2016, rdb.at)

³⁵ z.B. EuGH 15. 5. 1997, C-250/95, *Futura*, Slg 1997, I-2471

³⁶ EuGH 05.11.2002, C-208/00 *Überseering*.

³⁷ *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, 79.

³⁸ *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, 79.

4.4.2 Inspire Art

In der Entscheidung *Inspire Art*-Entscheidung³⁹ im Jahre 2003 beschäftigte sich der EuGH mit der Frage, ob es eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt, wenn die Ausübung der Freiheit zur Errichtung einer Zweigniederlassung im Zuzugsstaat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften vorgesehen sind.⁴⁰

Der EuGH sah, im Lichte der früheren Rs *Centros*, durch bestimmte Gründungsvoraussetzungen im Zuzugsstaat – vor allem Mindeststandards hinsichtlich Publizität, Mindestkapitalausstattung, Buchführungspflichten und Jahresabschluss – die Niederlassungsfreiheit als verletzt an.⁴¹ Bereits in der *Centros*-Entscheidung machte der EuGH deutlich, dass die Wahl eines günstigeren Gesellschaftsrechts durch gezielte Gründung in einem bestimmten Staat möglich ist.⁴² Die einzige Ausnahme davon ist eine missbräuchliche und betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht.⁴³ Vereinfacht gesagt, dürfen in einer „Zuzugskonstellation“ keinerlei Anpassungen des Zuzugsstaates an das dort geltende Gesellschaftsrecht verlangt werden. Dies stellt eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Unionsgebiet dar.

4.4.3 Cadbury Schweppes

Dennoch wurde diese ursprüngliche schrankenlose Auslegung der Niederlassungsfreiheit im Hinblick auf „Zuzugskonstellationen“ etwas durch die nachfolgende Judikatur eingeschränkt.⁴⁴ So machte der EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes*⁴⁵ deutlich, dass rein künstliche „Briefkastengesellschaften“ - ohne betriebswirtschaftliche Rechtfertigung die allein zur Umgehung von steuerrechtlichen Bestimmungen dienen – unzulässig sind.

4.4.4 Sevic

Im Jahre 2005 folgte die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Sevic*.⁴⁶ Dabei ging es um eine grenzüberschreitende Verschmelzung im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit.

³⁹ EuGH 30.09.2003, C-167/01 *Inspire Art*.

⁴⁰ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht², Rz 1/20 (Stand 1.6.2017, rdb.at)

⁴¹ *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, 79.

⁴² EuGH 09.03.1999, C-212/97 *Centros*, Rn 29.

⁴³ EuGH 09.03.1999, C-212/97 *Centros*, Rn 24.

⁴⁴ *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, 79-80.

⁴⁵ EuGH C-197/04, *Cadbury Schweppes*.

⁴⁶ EuGH 13.12.2005, C-411/03 *Sevic*.

Der EuGH führte seine Entscheidungslinie zugunsten der Niederlassungsfreiheit fort.⁴⁷ Im Wesentlichen entschied der EuGH, dass eine Hereinverschmelzung keinesfalls diskriminierend verweigert werden darf.⁴⁸

Nicht nur in der *Centros*-Entscheidung, sondern auch in den Rechtssachen *Inspire Art* und *Überseering* statuierte der EuGH somit, dass das Heimatstatut einer Gesellschaft vom Zuzugsstaat grundsätzlich umfassend anzuerkennen ist, und nationale Eingriffsnormen nur in den engen Grenzen der Ausnahmetatbestände zur Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt wären.⁴⁹

4.4.5 Cartesio

Teilweise Klarheit in das Verhältnis zwischen Wegzugs- und Zuzugsschranken⁵⁰ brachte das Urteil in der Rechtssache *Cartesio*⁵¹ im Jahre 2008. Es handelt sich um eine „Wegzugskonstellation“, die als solche an die *Daily Mail*-Entscheidung anknüpft. In *Cartesio* ging es um eine ungarische Gesellschaft, die ihren Sitz von Ungarn nach Italien verlegen wollte, wobei sie weiterhin als ungarische Gesellschaft im italienischen Handelsregister eingetragen werden und somit ungarischem Recht unterliegen wollte. Weil Ungarn das ungarische Personalstatut aufgrund der Sitzverlegung als nicht mehr gegeben betrachtete, löste Ungarn die wegziehende Gesellschaft auf. Der EuGH hielt diese „Zwangsauflösung“⁵² – anders als der Generalanwalt⁵³ – für rechtlich zulässig. Wäre die ungarische Gesellschaft allerdings bereit gewesen ihr Personalstatut – durch (grenzüberschreitende) Umwandlung in eine italienische Gesellschaft - auf jenes des Zuzugsstaates zu ändern, so hätte der Wegzugsstaat nicht einfach die ungarische Gesellschaft auflösen dürfen.⁵⁴

4.4.6 Vale

Eine jüngere Entscheidung war das Urteil in der Rechtssache *Vale*⁵⁵ im Jahre 2012. Spiegelbildlich zur Entscheidung *Cartesio*, wollte eine italienische Gesellschaft sich

⁴⁷ Kallab in Praxisschrift für Zankl, Sitztheorie vs Gründungstheorie unter Berücksichtigung der EuGH-Judikatur, 350.

⁴⁸ Ratka, EU Gesellschaftsrecht, Vortrag vom 17.01.2020 im Rahmen des LL.M. Programmes „Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht“, Seite 13

(https://moodle.univie.ac.at/pluginfile.php/9272967/mod_resource/content/1/Pr%C3%A4sentation.pdf)

⁴⁹ Ratka/Rauter, *Cartesio* und das ius vitae necisque des Wegzugsstaates wbl 2009, 62.

⁵⁰ Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, 80.

⁵¹ EuGH 16.12.2008, C-210/06 *Cartesio*.

⁵² Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, 80.

⁵³ Schlussanträge des Generalanwaltes Poiares Maduro, vom 22. Mai 2008 zur Rs *Cartesio*, Rs C-210/06

⁵⁴ Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, 80.

⁵⁵ EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, *VALE*.

grenzüberschreitend in eine ungarische Gesellschaft umwandeln. Es lag somit eine „Zuzugskonstellation“ vor. Ungarn ließ den Zuzug nicht zu, weshalb der EuGH schlussendlich die Frage zu klären hatte. Der EuGH entschied, dass Ungarn als Zuzugsstaat eine solche grenzüberschreitende Umwandlung zulassen muss, wenn auch entsprechende innerstaatliche Umwandlungen gestattet sind.⁵⁶

4.4.7 Polbud

Die jüngste Entscheidung in der Rechtssache *Polbud*⁵⁷ im Jahre 2017 war wesentlicher Faktor für das aktuelle „Company Law Package“ bzw. die „Mobilitätsrichtlinie 2019“⁵⁸ mit zahlreichen Änderungen im europäischen Gesellschaftsrecht.

Die polnische Gesellschaft „Polbud“ verlegte lediglich ihren Sitzungssitz, nicht aber ihren Verwaltungssitz, nach Luxembourg und firmierte dort unter neuem Namen. In Polen wollte sich Polbud aus dem polnischen Handelsregister löschen lassen, was das polnische Registergericht allerdings, mangels Vorlage von Nachweisen über Auflösung und Liquidation der Gesellschaft in Polen, verweigerte. Polbud meinte, dass sie durch die Sitzverlegung ihren Status als polnische Gesellschaft verloren habe und daher die Durchführung eines Liquidationsverfahrens in Polen weder erforderlich noch möglich sei.⁵⁹ Letztlich hatte der EuGH auch diesen Sachverhalt zu klären und fand in seinem Urteil sehr klare Worte: „Die Verlegung des tatsächlichen Sitzes ist für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit nicht erforderlich.“⁶⁰ Selbst wenn eine Gesellschaft im Aufnahmemitgliedstaat überhaupt keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, ist ein grenzüberschreitender Rechtsformwechsel von der Niederlassungsfreiheit geschützt.“⁶¹ Wie *Kerbler* in der Notariatszeitung ausführt⁶², war es höchst überraschend, dass der EuGH den Einwand der Notwendigkeit einer tatsächlichen Ansiedlung und Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Zuzugsstaat als Anwendungsvoraussetzung der Niederlassungsfreiheit nicht anerkennt, zumal er unlängst – in der Rs. *Vale*⁶³ – selbst in diese Richtung tendierte. Letztlich kann als Fazit der Entscheidung

⁵⁶ *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, 80.

⁵⁷ EuGH 25.10.2017, C-106/16 *Polbud*.

⁵⁸ EU Kommission, Factsheet IP/18/3508 “Häufig gestellte Fragen: Neue Regeln zum Gesellschaftsrecht”, file:///D:/Downloads%20D/H_ufig_gestellte_Fragen_Neue_Regeln_zum_Gesellschaftsrecht.pdf, Seite 1 abgerufen am 10.03.2020.

⁵⁹ *Planitzer*, Niederlassungsfreiheit schützt auch isolierte Sitzungssitzverlegungen, *ecolex* 2018/115, 255.

⁶⁰ EuGH 25.10.2017, C-106/16 *Polbud* Rz 41.

⁶¹ EuGH 25.10.2017, C-106/16 *Polbud* Rz 38.

⁶² *Kerbler*, Anknüpfungspunkte der Niederlassungsfreiheit im Zuzugsstaat und Wegzugsbeschränkungen bei grenzüberschreitender Umwandlung, *Notariatszeitung* NZ 2018/7, Heft 1, 30.

⁶³ EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, *VALE*, Rn 34.

Polbud festgehalten werden, dass nunmehr auch ein lediglich „formaler Wegzug“ durch Umwandlung in eine ausländische „Briefkastengesellschaft“⁶⁴ ermöglicht werden muss.

Die Rechtssache *Polbud* bildet den Höhepunkt einer Entscheidungsreihe, die EU-weit zu einer merklichen Liberalisierung des Gesellschaftsrechts beigetragen hat.⁶⁵

4.5 Zusammenfassung der EuGH-Rechtsprechung zu den Artikeln 49 und 54 AEUV

Die Auslegung der europäischen Niederlassungsfreiheit gemäß den Artikeln 49 und 54 AEUV im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften im Unionsgebiet konnte der EuGH mit zahlreicher u.a. oben angeführter Judikatur konkretisieren.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im ersten Schritt zu prüfen ist, ob eine „Zuzugs-“ oder „Wegzugskonstellation“ vorliegt. Während bei „Zuzugskonstellationen“ die Niederlassungsfreiheit voll zu tragen kommt, kann der „Wegzugsstaat“ den Wegzug weiterhin an bestimmte Voraussetzungen knüpfen. Somit ist beim Wegzug die Niederlassungsfreiheit nicht in vollem Umfang gegeben.

Dies rührt daher, dass – sofern es keine einheitliche unionsrechtliche Regelung gibt – weiterhin das jeweilige nationale Recht auf eine „Wegzugskonstellation“ anzuwenden ist.⁶⁶ Umso notwendiger war die Schaffung einer einheitlichen EU-„Umgründungsrichtlinie“⁶⁷ im Sekundärrecht um diese erhebliche Rechtsunsicherheit zu beseitigen.⁶⁸ Nach geltendem Recht muss eine Gesellschaft bei einigen grenzüberschreitenden Umgründungsformen sowohl sämtliche Bestimmungen des Wegzugs- und auch des Zuzugsstaates berücksichtigen. Dies führt dazu, dass man in jedem EU-Mitgliedstaat auf einen eigenen ortsansässigen Rechtsberater (sog. „local council“) zurückgreifen muss. Wäre das gesamte EU-Gesellschaftsrecht durch eine Richtlinie harmonisiert, fiel dieser enorme finanzielle, zeitliche und organisatorische Aufwand weg. Grenzüberschreitende Umgründungen wären somit auch für KMUs einfacher durchführbar, da die Auflösung der Gesellschaft im Wegzugsstaat wegfällt und die Gründung im Zuzugsstaat erleichtert wäre.⁶⁹ Gerade im Hinblick auf die Verbesserung der

⁶⁴ Ratka, EU-Gesellschaftsrecht, Powerpoint-Präsentation im Rahmen des LL.M. Lehrganges „Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht“ an der Universität Wien, Jänner 2020.

⁶⁵ Planitzer, Niederlassungsfreiheit schützt auch isolierte Satzungssitzverlegungen, *ecolex* 2018/115, 256.

⁶⁶ Kallab in *Praxisschrift für Zankl*, Sitztheorie vs Gründungstheorie unter Berücksichtigung der EuGH-Judikatur, Wien, 352.

⁶⁷ Richtlinie (EU) 2017/1132 vom 14.06.2017.

⁶⁸ u.a. Erwägungsgrund 4 der neuen „EU-Mobilitätsrichtlinie“ 2019/2121.

⁶⁹ *Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss*, Stellungnahme vom 15.02.2019 zu a) Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick

Funktionsweise des Binnenmarkts für die Gesellschaften und die Ausübung der Niederlassungsfreiheit leistet eine Harmonisierung einen erheblichen Beitrag.⁷⁰

Die Tatsache, dass bei grenzüberschreitenden Umgründungen nunmehr nicht mehr die Sitztheorie gelten soll, bringt insofern Nachteile mit sich als die Gründungstheorie – erkennbar am Beispiel des „Delaware“-Effekts in den USA – dazu führt, dass sich Gesellschaften das für sie günstigste Gesellschaftsrecht aussuchen. In der Praxis führt dies meistens zu einem „race to the bottom“⁷¹, bei dem die Rechte der Minderheitengesellschafter, der Arbeitnehmer und der Gläubiger auf der Strecke bleiben. Letztlich führt dies zu Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt.⁷²

Die Sitztheorie hat heute nur mehr Gültigkeit im Verhältnis zu Drittstaaten, jedoch nicht mehr zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht und zu b) Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 betreffend grenzübergreifende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, Erwägungsgrund 1.8 der Schlussfolgerungen und Empfehlungen, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018AE1917&from=RO> (abgerufen am 07.05.2020).

⁷⁰ Erwägungsgrund 1 der neuen „EU-Mobilitätsrichtlinie“ 2019/2121.

⁷¹ Kallab in Praxisschrift für Zankl, Sitztheorie vs Gründungstheorie unter Berücksichtigung der EuGH-Judikatur, Wien, 352.

⁷² Kallab in Praxisschrift für Zankl, Sitztheorie vs Gründungstheorie unter Berücksichtigung der EuGH-Judikatur, Wien, 353.

5 Status quo bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen

5.1 Praxisbeispiel: Grenzüberschreitende Verschmelzungen

Bereits im Jahr 2005 wurde die Möglichkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen im Unionsgebiet mit der „Verschmelzungsrichtlinie“ (RL 2005/56/EG) geschaffen. Umgesetzt wurde diese in Österreich mit dem EU-Verschmelzungsgesetz⁷³ (kurz „EU-VerschG“). Aufgrund der Neuregelung des europäischen Gesellschaftsrechts im Jahr 2017 mit der „Gesellschaftsrechtsrichtlinie“, kurz „GesRRL“, (RL 2017/1132) wurden eigene Kapitel zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen aus der früheren „Verschmelzungsrichtlinie“ übernommen. Diese finden sich in den Artikeln 87 bis 134 GesRRL. Die Regelungen beziehen sich jedoch lediglich auf Kapitalgesellschaften (AG, GmbH und SE).

Wie ist vorzugehen, wenn eine GmbH eines Mitgliedstaates (z.B. Deutschland) sich auf eine österreichische GmbH verschmelzen will? Grundsätzlich findet das jeweilige nationale Recht Anwendung, was bedeutet, dass das (österreichische) EU-VerschG anzuwenden ist. Zusätzlich bestehen besondere Schutzvorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer, der Gläubiger sowie der Minderheitsgesellschafter. Jedoch wurde lediglich für Arbeitnehmerschutzbestimmungen eine Vollharmonisierung geschaffen. Betreffend Schutzbestimmungen zugunsten von Gläubigern und Minderheitsgesellschafter besteht keine vollständige Harmonisierung. Es herrschen in jedem Mitgliedstaat unterschiedliche Voraussetzungen und Verfahren. Dies führt zu erheblichen Zusatzkosten für eine Transaktion im Hinblick auf den Zeitaufwand sowie die Rechtsberatungs- und Durchführungskosten.

Gemäß § 14 Abs 3 EU-VerschG hat das Gericht zu prüfen, ob die der Verschmelzung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten ordnungsgemäß durchgeführt wurden und die Forderungen der Gläubiger und sonstigen schuldrechtlich Beteiligten sowie die Abfindung der austrittswilligen Gesellschafter sichergestellt sind. Ist dies der Fall, so hat es die Eintragung durchzuführen und eine Bescheinigung hierüber auszustellen. Man spricht hierbei auch vom „System der Vorabbescheinigung“, wo es zu einer Kooperation der Registergerichte kommt. Der Vorteil liegt darin, dass das Registergericht des Zuzugsstaates nicht mehr überprüfen muss,

⁷³ Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union (EU-Verschmelzungsgesetz – EU-VerschG) StF: BGBl. I Nr. 72/2007 (NR: GP XXIII RV 171 AB 218 S. 31. BR: 7758 AB 7766 S. 748.) [CELEX-Nr.: 32005L0056]

ob die Wegzugs-Voraussetzungen im Wegzugsstaat erfüllt wurden. Die Vorabbescheinigung des Wegzugsstaates ist anzuerkennen.

5.2 Praxisbeispiel: Grenzüberschreitende Spaltungen

Einheitliche Regeln zu Spaltungen gab es erstmals mit der „Spaltungsrichtlinie“ (RL 82/891/EWG). Diese finden sich nunmehr in den Artikeln 135-160 MobilRL, wobei diese gemäß Artikel 135 MobilRL nur anwendbar sind, sofern die Mitgliedstaaten für die ihrem nationalen Recht unterliegenden Gesellschaften überhaupt die Möglichkeit einer Spaltung (durch Übernahme) vorsehen.

Die Regeln über Spaltungen mit reinem Binnensachverhalt sind im österreichischen Spaltungsgesetz, kurz „SpaltungsG“⁷⁴, festgelegt. Dies wirft natürlich die Frage auf ob selbige auch in gewisser Form auf grenzüberschreitende Sachverhalte (analog) anwendbar sind. Einige Stimmen in der Lehre verlangen hingegen, dass solche Verfahren sich an Vorschriften zur grenzüberschreitenden Verschmelzung orientieren müssen. In Österreich wäre dies, wie oben beschrieben, das EU-VerschG. Der überwiegende Teil der Lehre⁷⁵ löst diese Frage jedoch mithilfe der EuGH-Rechtsprechung⁷⁶, vor allem im Hinblick auf die europäische Niederlassungsfreiheit bei grenzüberschreitenden Umgründungen.

In der richtungsweisenden Entscheidung *Daily Mail*⁷⁷ befasste sich der EuGH erstmals mit der Niederlassungsfreiheit im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften. Eine in Großbritannien gegründete „Daily Mail and Generals Trust PLC“ wollte ihren Sitz in die Niederlande verlegen. Grund dafür waren die dortigen steuerlichen Vorteile im Hinblick auf Umschichtungen von Betriebsvermögen in eigene Aktien. Im Großbritannien war bei Wegzug einer britischen Gesellschaft (mit dortigem Sitz) zuvor eine Genehmigung des zuständigen Ministeriums einzuholen. Verständlicherweise wollten die britischen Steuerbehörden derartige steuerliche Umgehungen nicht zulassen und verweigerten die Genehmigung zur Sitzverlegung. Der EuGH hatte diese Frage im Zusammenhang mit der

⁷⁴ Bundesgesetz über die Spaltung von Kapitalgesellschaften (SpaltG) StF: BGBl. Nr. 304/1996 idF BGBl. Nr. 680/1996 (DFB) (NR: GP XX RV 32 AB 133 S. 25. BR: AB 5177 S. 614.)

⁷⁵ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 4525.

⁷⁶ Siehe ua *Kleba*, Die grenzüberschreitende Spaltung von Kapitalgesellschaften aus deutscher Sicht, RNotZ 2016, 273; *Noack/Kraft*, Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität - der Richtlinienentwurf im Company Law Package, Der Betrieb 26/2018, 1577; *Stegmaier*, Grenzüberschreitende Hinaus-Abspaltung einer Betriebsstätte (2017) 24 ff; *Prinz/Hütig*, Beck'sches Handbuch der GmbH (2014) § 19 Rn

76; *Sagasser* in *Sagasser/Bula/Brünger*, Umwandlungen⁵(2017) § 18 Rz 201; *Bergmann*, Niederlassungsfreiheit: Wegzug und Zuzug von Gesellschaften in der EU, ZEuS 2/2012, 233; *Prüm*, Die grenzüberschreitende Spaltung (2007) 158; *Drygala/von Bressendorf*, Gegenwart und Zukunft grenzüberschreitender Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2016, 1161.

⁷⁷ EuGH 27. 9. 1988, C-81/87, *Daily Mail*.

Ausübung der Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 49 AEUV zu klären. Diese steht nicht nur den Staatsangehörigen natürlichen Personen zu, sondern ebenso allen nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten juristischen Personen, somit Gesellschaften, zu. Demnach darf der Wegzugsstaat den Zuzug in einen anderen Mitgliedstaat nicht behindern. Eine Genehmigung bei Sitzverlegung verstößt gegen die europäische Niederlassungsfreiheit. Auf dieser Entscheidung aufbauend, folgten weitere prominente Entscheidungen des EuGH⁷⁸ zur Frage der Mobilität von Gesellschaften und der Niederlassungsfreiheit. Diese Entscheidungspraxis mündete schließlich im *SEVIC Systems*-Urteil, in dem der EuGH feststellte, dass *"Gesellschaftsumwandlungen den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedsstaaten entsprechen"* und *"für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit darstellen"*⁷⁹.

Daraus folgert der EuGH, dass Mitgliedstaaten Umgründungsmaßnahmen im Rahmen der Niederlassungsfreiheit beachten müssen und Beschränkungen grundsätzlich nur zulässig sind, wenn sie zur Verfolgung eines nach den EU-Verträgen legitimen Zieles erforderlich und durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Diese Judikatur-Linie wurde auch in den Rs *VALE*⁸⁰ und *Polbud*⁸¹ aufrechterhalten und weiter konkretisiert.

Zwar kann daraus nicht direkt abgeleitet werden, dass grenzüberschreitende Spaltungen jedenfalls zuzulassen sind. Lassen einzelne Mitgliedstaaten aber solche Spaltungen im nationalen Recht für Binnensachverhalte zu, so muss dies auch für grenzüberschreitende Spaltungen gelten. In Österreich sind inländische Spaltungen aufgrund des SpaltungsG zulässig, somit müssen auch grenzüberschreitende Spaltungen möglich sein.

Nun stellt sich jedoch die entscheidende Frage nach dem anzuwendenden Recht bei der Durchführung in der Praxis. Die EuGH-Rechtsprechung legt fest, dass im Falle einer grenzüberschreitenden Spaltung jeweils das nationale (Spaltungs)Recht anzuwenden ist.⁸²

Insofern wären in Österreich die Bestimmungen des SpaltungsG anzuwenden, im anderen Mitgliedstaat die entsprechenden nationalen Vorschriften.

⁷⁸ EuGH 9. 3. 1999, C-212/97, *Centros*; 5. 11. 2002, C-208/00, *Überseering*; 30. 9. 2003, C-167/01, *Inspire Art*.

⁷⁹ EuGH 13. 12. 2005, C-411/03, *SEVIC Systems*, Rz 19.

⁸⁰ EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, *VALE*.

⁸¹ EuGH 25. 10. 2017, C-106/16, *Polbud*.

⁸² Siehe insb EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, *VALE*, Rz 37 u. 44.

Dies bringt natürlich – da sich die nationalen Rechtsordnungen in der EU doch erheblich unterscheiden – zahlreiche Probleme mit sich und ist häufig auch ein gravierender Kostenfaktor einer solchen Transaktion. Naturgemäß ist der Unterschied zwischen deutschem und österreichischen Gesellschaftsrecht eher gering, weshalb bei einer Transaktion zwischen diesen Ländern kaum schwer lösbare Rechtsfragen aufgeworfen werden. Nicht alle Rechtsordnungen der EU folgen aber dem kontinentaleuropäischen Rechtssystem und so stellen vor allem Transaktionen mit Bezug zu „Common Law“ Rechtsordnungen die Wirtschaftsjuristen vor zahlreiche Rechtsfragen.

Um dieses Problem in der Praxis zu lösen, bedient man sich zweier Verfahrensschritte um doch eine „rechtssichere“ grenzüberschreitende Spaltung vollziehen zu können: Im ersten Schritt wird eine österreichische Gesellschaft nach der nationalen Bestimmung des SpaltungsG (ab)gespalten. Somit liegen zwei eigenständige Gesellschaften vor. Im zweiten Schritt, wird dann die jeweilige (ab)gespaltene - jedoch eigenständige - Gesellschaft mit einer Zielgesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat verschmolzen. Hierauf sind dann die (harmonisierten) Bestimmungen über grenzüberschreitende Verschmelzungen anzuwenden. In Österreich ist dies das EU-VerschG.

5.3 Praxisbeispiel: Grenzüberschreitende Formwechsel

In der Rechtssache *Vale*⁸³ wurde klargestellt, dass der Zuzugsstaat bei der konkreten Durchführung des grenzüberschreitenden Formwechsels verpflichtet ist, dieselben Normen des nationalen Rechts anzuwenden, welche auch bei rein innerstaatlichen Formwechseln Anwendung finden (Äquivalenzgrundsatz). Er darf somit für grenzüberschreitende Hereinformwechsel keine strengeren Durchführungsvorschriften anwenden, als jene des nationalen Umwandlungsrechts, um im Ergebnis den grenzüberschreitenden Formwechsel praktisch nicht möglich zu machen oder übermäßig zu erschweren (Effektivitätsgrundsatz).⁸⁴ Sämtliche bislang hierzu ergangenen Gerichtsentscheidungen hielten sich zutreffenderweise auch an die Vorgaben des EuGH, dass wegen des Äquivalenzgrundsatzes nur das nationale Formwechselrecht des Zuzugsstaats analog angewendet werden darf.⁸⁵

⁸³ EuGH 12. 7. 2012, C-378/10, *VALE*, Rz 48.

⁸⁴ *Deck*, Isolierter grenzüberschreitender Formwechsel von Niederlassungsfreiheit umfasst - neue Gestaltungsmöglichkeiten für deutsche Gesellschaften (oder solche, die es werden wollen) trotz fortbestehenden Reformbedarfs im Gesellschaftskollisionsrecht, GPR 2018, 8 (9)

⁸⁵ OGH, 6 Ob 224/13d, *ecolex* 2014, 714 (716); OLG Nürnberg, NZG 2014, 349 (350); KG, 21. 3. 2016 - 22 W 64/15 NZG 2016, 834 (835) mit Besprechung *Nentwig*; OLG Frankfurt a. M., NZG 2017, 423 (427); OLG Düsseldorf, GWR 2017, 399 (399) mit Besprechung *Nentwig*.

Gegen solche Analogiebestrebungen wendete sich der EuGH in *Polbud* erneut. Denn durch seinen neuerlichen Hinweis darauf, dass der grenzüberschreitende Formwechsel keinen strengeren Anforderungen als der innerstaatliche Formwechsel unterworfen werden dürfe (Äquivalenzgrundsatz), wiederholt er seine bereits in *Vale* gemachten klaren Vorgaben zur rein analogen Anwendung des auf nationale Formwechsel anwendbaren Rechts unter Ausschluss irgendwelcher Sonderanforderungen aufgrund seines grenzüberschreitenden Charakters.⁸⁶

⁸⁶ *Deck*, Isolierter grenzüberschreitender Formwechsel von Niederlassungsfreiheit umfasst - neue Gestaltungsmöglichkeiten für deutsche Gesellschaften (oder solche, die es werden wollen) trotz fortbestehenden Reformbedarfs im Gesellschaftskollisionsrecht, GPR 2018, 8 (13).

6 Der Weg zur neuen „Mobilitätsrichtlinie“: Richtlinie (EU) 2019/2121

6.1 Einleitung und Hintergrund

Im ersten Erwägungsgrund der neuen EU-Richtlinie 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zu Änderung der Richtlinie 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen werden die Regelungen zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen als „entscheidender Beitrag zur Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarktes für Gesellschaften und ihrer Ausübung der Niederlassungsfreiheit“ beschrieben.⁸⁷ Schon seit dem Jahr 2005 existiert eine Richtlinie für grenzüberschreitende Verschmelzungen innerhalb des Unionsgebiets. Obwohl es auch bei der Ausgestaltung dieser Richtlinie einige Kritikpunkte gibt, gelang es Rechtssicherheit zu schaffen und „Fahrplan“ für die Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen festzulegen.

Für grenzüberschreitende Formwechsel und Spaltungen existierte hingegen bislang keine vergleichbare Richtlinie. Die zu den Grundprinzipien des Unionsrechts zählende Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 49 Absatz 2 AEUV gewährt juristischen Personen die Freiheit auf ein „Recht auf Gründung und Leitung von Gesellschaften nach Bestimmungen des Niederlassungsstaates“.⁸⁸

Als Konsequenz daraus, interpretierte der EuGH in drei viel diskutierten Grundsatzurteilen, nämlich *Cartesio*, *VALE* und *Polbud*⁸⁹ so, dass die Niederlassungsfreiheit auch grenzüberschreitende Formwechsel schützt und somit grenzüberschreitende Umwandlungen im Unionsgebiet zulässig sein müssen. Einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft muss bei Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Gesellschaft ein Rechtsanspruch gegeben sein, vorbehaltlich der Einhaltung der Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaates.⁹⁰

Mangels Vereinheitlichung im Unionsrecht fällt die Definition der Anknüpfung des anwendbaren Rechts gemäß Artikel 54 AEUV in die Zuständigkeit jedes einzelnen Mitgliedstaates.⁹¹ Das Fehlen eines Rechtsrahmens für grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen führt zu Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit. Dies stellt somit ein

⁸⁷ Erwägungsgrund 1 der RL 2019/2121.

⁸⁸ Erwägungsgrund 2 der RL 2019/2121.

⁸⁹ siehe oben Kapitel „Kurzüberblick der EuGH-Rechtsprechung ab den 2000er Jahren“.

⁹⁰ Erwägungsgrund 2 der RL 2019/2121.

⁹¹ Erwägungsgrund 3 der RL 2019/2121.

Hindernis für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit sowie einen nur schwer zu gewährleistenden Schutz der Arbeitnehmer, Gläubiger und Minderheitengesellschafter dar.⁹²

Möchte man dennoch eine grenzüberschreitende Umgründung vornehmen, so birgt dies zahlreiche Problemfelder, die es zu überwinden gilt.

Mit der am neu geschaffenen „Mobilitätsrichtlinie“, kurz „MobilRL“ (RL (EU) 2019/2121), die am 1. Januar 2020 in Kraft trat, soll eine Rechtsvereinheitlichung und damit verbundene Rechtssicherheit bei grenzüberschreitenden Umgründungen geschaffen werden. Die Umsetzungsfrist wurde bis 31. Januar 2023 festgelegt. Jedoch gilt es kritisch anzumerken, dass die MobilRL nur auf Kapitalgesellschaften, nicht aber auf Personengesellschaften anwendbar ist.

Der Weg zu einheitlichen Regeln im europäischen Gesellschaftsrecht war steinig. Vor allem der Widerspruch der Sitztheorie zu Unionsrecht, bereite in der Vergangenheit Probleme. Durch eine sehr ausgeprägte Rechtsprechung des EuGH konnten allerdings einige wichtige Rechtsprobleme geklärt werden. Dennoch kam die (rasche) Schaffung der neuen MobilRL auch für viele langjährige Experten überraschen. Trotz ihres Umfangs von knapp 100 Seiten und zahlreicher (Neu)Regelungen konnte in einer Rekordzeit von 19 Monaten verabschiedet werden. So bietet die Mobilitätsrichtlinie nicht nur eine Überarbeitung der bereits bestehenden „Gesellschaftsrechtsrichtlinie“ (kurz „GesRRL“ (RL (EU) 2017/1132), sondern sie erweitert diese um zwei gänzlich neue Kapitel zu grenzüberschreitenden Formwechseln und Spaltungen.

6.2 Überblick: Wesentliche Neuerungen in der „Mobilitätsrichtlinie 2019“

Die neue MobilRL bietet für grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften erhebliche Vorteile. Zum einen wird durch die unionsweit einheitlichen Rechtsrahmen eine enorme (bisher fehlende) Rechtssicherheit bei grenzüberschreitenden Umgründungen geschaffen. Zum anderen bietet sie nunmehr nicht nur die Möglichkeit für Gesellschaften sich grenzüberschreitend miteinander zu verschmelzen, sondern auch grenzüberschreitende Aufspaltungen⁹³, Abspaltungen⁹⁴ und Ausgliederungen zur Neugründung⁹⁵ durchzuführen oder sich formwechselnd in eine Kapitalgesellschaftsform eines anderen Mitgliedstaats

⁹² Erwägungsgrund 4 der RL 2019/2121.

⁹³ siehe Artikel 160b Z 4 lit a MobilRL.

⁹⁴ siehe Artikel 160b Z 4 lit b MobilRL.

⁹⁵ siehe Artikel 160b Z 4 lit c MobilRL.

umzuwandeln⁹⁶. Sämtliche nachfolgende Ausführungen gelten im Wesentlichen sowohl für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen als auch für Formwechsel. Zusammen werden sie als Umgründungen bezeichnet.

Eine bedeutsame Errungenschaft der MobilRL sind die harmonisierten Mindestschutzstandards für Arbeitnehmer, Minderheitsgesellschafter und Gläubiger.

Das System der Vorabbescheinigung, welches bereits bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen angewendet wird, wird nunmehr auch auf die „neuen“ Umgründungsformen erweitert. Zusätzlich ist nunmehr nicht nur die Rechtskonformität zu prüfen, sondern auch der Zweck der Umgründung. Erfolgt eine solche zu missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken, die dazu führen sollen, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen, darf der Mitgliedstaat eine solche Vorabbescheinigung nicht ausstellen.⁹⁷

Als weitere wichtige Neuerung besteht nunmehr eine speziell verankerte Missbrauchskontrolle. Die EuGH-Rechtsprechung deutete hier zwar den Weg, brachte aber mit der Rs *Polbud* wieder einige Interpretationsschwierigkeiten⁹⁸ mit sich. Nunmehr gilt: Erfolgt die Umwandlung zu missbräuchlichen, betrügerischen oder kriminellen Zwecken, darf der Wegzugsstaat keine Vorabbescheinigung erteilen, was zum Scheitern der grenzüberschreitenden Umwandlung führt.⁹⁹ Ein früherer Kommissionsentwurf¹⁰⁰ sah noch den Wortlaut „künstliche Gestaltungen“ vor, der aber erhebliche Schwierigkeiten bei der Deutung mit sich brachte. Somit erscheint die letztlich gewählte Ausgestaltung der Missbrauchskontrolle deutlich besser geeignet etwaigen Rechtsmissbrauch zu deuten, wobei dies auch die Gefahr von Verzögerungen birgt.

Auch bleibt dem einzelnen Mitgliedstaat weiterhin ein erheblicher Interpretationsspielraum, was als „missbräuchlichen, betrügerischen oder kriminellen Zwecken“ anzusehen ist. Im Hinblick auf die Rechtssicherheit wirft dies erneut durchaus kritische Fragen und Auslegungsunterschiede der einzelnen Mitgliedstaaten auf.

⁹⁶ siehe Artikel 86b Z 2 MobilRL.

⁹⁷ siehe Artikel 86m Abs 8 MobilRL.

⁹⁸ EuGH 25. 10. 2017, C-106/16, *Polbud*, Rz 60-63.

⁹⁹ Schmidt, Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität 2.0: Die MobilRL eröffnet ab 2023 neue Wege, <https://betriebs-berater.ruw.de/bb-standpunkte/standpunkte/Grenzueberschreitende-Unternehmensmobilitaet-2.0-Die-MobilRL-eroeffnet-ab-2023-neue-Wege-40024> (abgerufen am 10.06.2020).

¹⁰⁰ Bayer/J.Schmidt, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport 2018/19 -Teil I: Company Law Package, Betriebsberater BB 34/2019, 1930.

7 Die EU-Mobilitätsrichtlinie 2019

7.1 Allgemeines und Aufbau der MobilRL

Der Aufbau der neuen MobilRL weist deutliche Ähnlichkeiten zur bisherigen Gesellschaftsrechtsrichtlinie 2017/1132 auf. Angesichts der Tatsache, dass die neue MobilRL die bestehende Gesellschaftsrechtsrichtlinie 2017/1132 lediglich abändert bzw. ergänzt, erscheint eine an diese angelehnte Strukturierung nicht überraschend.

Anders als die Empfehlungen aus Literatur und Praxis¹⁰¹ entschied sich der europäische Gesetzgeber gegen einen „Allgemeinen Teil“ der Richtlinie. Es fällt bei Durchsicht der nunmehrigen Gesellschaftsrechtsrichtlinie 2017/1132 mit den Änderungen durch die MobilRL deutlich auf, dass der gesamte Gesetzestext stark ausufernd die rechtlichen Bestimmungen zu jeder einzelnen Umgründungsart darlegt und sich oft wiederholt. Es wäre – da doch ein erheblicher Teil der Bestimmungen nahezu ident sind – diese Teile in Form eines „Allgemeinen Teils“ zusammenzufassen. Bei kleineren Abweichungen hätte man diese ganz einfach im jeweiligen Teil eigens regeln können.

Dieser Kritikpunkt besteht und es bleibt zu hoffen, dass bei der Umsetzung der Richtlinie in die jeweiligen nationalen Gesetze dieser Aspekt Berücksichtigung findet. Gerade im Hinblick auf die „Anwenderfreundlichkeit“ der Richtlinie wäre dieser Schritt wünschenswert und notwendig.

7.2 Teil 1 – Grenzüberschreitende Umwandlungen (auch bezeichnet als „Formwechsel“)

7.2.1 Anwendungsbereich

Mit den neu eingefügten Artikeln 86a ff MobilRL wurde der grenzüberschreitende Formwechsel im EU-Raum erstmals unter den Mitgliedsstaaten harmonisiert. Auch legt Artikel 86b Z 2 MobilRL fest, was unter einer „grenzüberschreitenden Umwandlung“ zu verstehen ist. Hier gilt es zu betonen, dass im deutschen Wortlaut der Richtlinie das Wort „Umwandlung“ verwendet wird. Richtigerweise – und etwas genauer – meint die Richtlinie „Formwechsel“.

¹⁰¹ Schmidt, Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?, PE 556.960, 37; Bayer/Schmidt, BB 2018, 2562, 2569; Schmidt, DK 2018, 273; dies., ECFR 2019, 222, 232.

Diese sprachliche Differenz ist rechtlich unerheblich. Artikel 86b Z 2 MobilRL definiert eine „grenzüberschreitende Umwandlung“ wie folgt:

„einen Vorgang, durch den eine Gesellschaft ohne Auflösung, Abwicklung oder Liquidation die Rechtsform in der sie im Wegzugsmitgliedstaat eingetragen ist in eine in Anhang II genannte Rechtsform des Zuzugsmitgliedstaates umwandelt und mindestens ihren satzungsmäßigen Sitz unter Beibehaltung ihrer Rechtspersönlichkeit in den Zuzugsmitgliedstaat verlegt.“

Der Wortlaut erfasst hier explizit, dass es auch nur genügt den satzungsmäßigen Sitz zu verlegen. Somit genügt eine rein „formelle“ Sitzverlegung. Anlass dafür war das aktuelle (Grundsatz)Urteil in der Rechtssache *Polbud*.¹⁰² Darin stellte der EuGH – wie oben ausgeführt – fest, dass es im Rahmen der Niederlassungsfreiheit möglich sein muss auch nur den Satzungssitz zu verlegen ohne den tatsächlichen Verwaltungssitz bzw. „genuine link“ auch in einen anderen Mitgliedsstaat zu verlegen. Im Hinblick auf die *Polbud*-Entscheidung wäre aber eine solche Beschränkung auf einen „genuine link“ – also eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit – im Zuzugsstaat unzulässig. Die nunmehr vorliegende Rechtslage in der neuen MobilRL entspricht somit in diesem Punkt voll der bisher ergangenen EuGH-Rechtsprechung. Es besteht somit kein Widerspruch gegen die primärrechtlich verankerte Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV.

Anzumerken ist hierbei außerdem, dass gemäß Artikel 86a Abs 3 MobilRL einige Fällen nicht vom Anwendungsbereich erfasst sind. So zum Beispiel, wenn die Gesellschaft sich in Liquidation befindet und bereits mit der Verteilung des Vermögens an die Gesellschafter begonnen wurde (lit a leg cit) sowie wenn eine Gesellschaft sich bereits in der Abwicklungsphase befindet (lit b leg cit). Darüber wird mit Artikel 86a Abs 4 MobilRL den Mitgliedstaaten freigestellt zusätzliche Fälle vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen: so zum Beispiel bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder präventiver Restrukturierung (lit a leg cit), eines sonstigen Liquidationsverfahrens (lit b leg cit) oder Krisenpräventionsmaßnahmen (lit c leg cit). *Bayer/Schmidt*¹⁰³ merken an, dass ein gänzlicher Ausschluss von grenzüberschreitenden Umstrukturierungsmaßnahmen ökonomisch nicht

¹⁰² EuGH 25. 10. 2017, C-106/16, *Polbud*.

¹⁰³ *Bayer/Schmidt*, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1927.

sinnvoll ist, da sie ein wichtiges Sanierungsinstrument¹⁰⁴ sein können. Letztlich wurde die Möglichkeit von grenzüberschreitenden Umstrukturierungsmaßnahmen in Form einer (freiwilligen) Mitgliedstaatoption beibehalten.

7.3 Teil 2 – Grenzüberschreitende Spaltungen

7.3.1 Anwendungsbereich

Mit den Artikeln 160a ff MobilRL werden nunmehr auch Regelungen zu „grenzüberschreitenden Spaltungen von Kapitalgesellschaften“ geschaffen. Spaltungen stellen das Gegenteil von Verschmelzungen dar.

Bereits in der Überschrift wird klar, dass diese Regelungen lediglich auf Kapitalgesellschaften – nicht aber Personengesellschaften – Anwendung finden. Wie dem sachkundigen Leser bekannt ist, bestehen drei Möglichkeiten von Spaltungen.

Im Wesentlichen unterscheidet man zwischen

1. Spaltung zur Neugründung (auch bezeichnet als „Aufspaltung“),
2. Spaltung zur Aufnahme (auch bezeichnet als „Abspaltung“)
3. und Spaltung durch Trennung (auch bezeichnet als „Ausgliederung“).

Ebenso wie im nationalen (österreichischen) Recht finden sich dieselben drei Möglichkeiten der Spaltung auch in der neuen MobilRL. Artikel 160b Z 4 lit a bis lit c MobilRL definieren die „Spaltung“ als einen „*Vorgang durch den eine Gesellschaft entweder*

- a) *durch den eine Gesellschaft, die eine Spaltung vornimmt, zum Zeitpunkt ihrer Auflösung ohne Abwicklung ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf zwei oder mehr begünstigte Gesellschaften gegen Gewährung von Aktien oder sonstigen Anteilen der begünstigten Gesellschaften an die Gesellschafter der Gesellschaft, die die Spaltung vornimmt, und gegebenenfalls einer baren Zuzahlung überträgt; die Zuzahlung darf 10 % des Nennwerts oder — bei Fehlen eines solchen — des rechnerischen Werts dieser Aktien oder sonstigen Anteile nicht überschreiten (im Folgenden ‚Aufspaltung‘); oder*
- b) *durch den eine Gesellschaft, die eine Spaltung vornimmt, einen Teil ihres Aktiv- und Passivvermögens auf eine oder mehrere begünstigte Gesellschaften überträgt, und zwar gegen Gewährung von Aktien oder sonstigen Anteilen der begünstigten Gesellschaften*

¹⁰⁴ Vgl. Stellungnahme ECON, PE625.345v03-00, S. 35, 37, 91 f.; Bormann/Stelmaszczyk, ZIP 2019, 300, 301f.; Garcimartín/Gandía, ECFR 2019, 15, 22f.; J. Schmidt, ECFR 2019, 222, 236.

oder der Gesellschaft, die die Spaltung vornimmt, oder beiden, d. h. sowohl der begünstigten Gesellschaften als auch der Gesellschaft, die die Spaltung vornimmt, an die Gesellschafter der Gesellschaft, die die Spaltung vornimmt, und gegebenenfalls einer baren Zuzahlung; die Zuzahlung darf 10 % des Nennwerts oder — bei Fehlen eines solchen — des rechnerischen Werts dieser Aktien oder sonstigen Anteile nicht überschreiten (im Folgenden ‚Abspaltung‘); oder

- c) durch den eine Gesellschaft, die eine Spaltung vornimmt, einen Teil ihres Aktiv- und Passivvermögens auf eine oder mehrere begünstigte Gesellschaften gegen Gewährung von Aktien oder sonstigen Anteilen der begünstigten Gesellschaften an die Gesellschaft, die die Spaltung vornimmt, überträgt (im Folgenden ‚Ausgliederung‘).“*

Die Ausnahmen vom Anwendungsbereich von grenzüberschreitenden Spaltungen gemäß Artikel 160a Abs 4 und 5 MobilRL sind identisch geregelt wie bei grenzüberschreitenden Umwandlungen. Es wird daher nicht näher darauf eingegangen und auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen.

7.4 Durchführungsverfahren bei grenzüberschreitenden Umgründungen

Bei grenzüberschreitenden Umgründungen ist – um eine unionsweite Gleichheit und Rechtssicherheit zu gewährleisten – ein strenges Durchführungsverfahren durchzuführen. Was auffällt ist, dass Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen alle einem ähnlichen Durchführungsverfahren unterliegen. Dieses orientiert sich im Wesentlichen an dem bereits bestehenden Regime der bereits vorliegenden Richtlinie 2017/1132 („GesRRL“), enthält aber auch einige Neuerungen.

Nunmehr ist folgender Ablauf einzuhalten:

1. Zuerst ist ein Plan für die grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen oder Spaltungen zu erstellen. Einige Änderungen gibt es aber zum Beispiel beim Inhalt des Plans, die im Zusammenhang mit den neu geschaffenen Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer, Gläubiger und Minderheitsgesellschafter stehen.
2. Anschließend erfolgt ein Bericht des Verwaltungs- oder Leitungsorgans für Gesellschafter und Arbeitnehmer. Auch die Vorgaben zur Ausgestaltung des Berichts wurden neu konzipiert. Dieser enthält nun separate Abschnitte für Gesellschafter und Arbeitnehmer.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Artikel 86e Abs 2, 124 Abs 2, 160e Abs 2 MobilRL.

3. Darauf folgt eine Prüfung des Plans und des Berichts durch einen unabhängigen Sachverständigen¹⁰⁶,
4. sowie durch die Gesellschafterversammlung, die der Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung zustimmen muss¹⁰⁷.
5. Als letzter Schritt erfolgt eine Vorabbescheinigung¹⁰⁸ sowie eine Rechtmäßigkeitskontrolle durch die zuständigen nationalen Stellen¹⁰⁹.

7.4.1 ad Plan

Grenzüberschreitende Verschmelzungen wurden schon bisher nach einem genauen Plan durchgeführt. Die (Mindest)Inhalte eines solchen sind in Artikel 122 GesRRL taxativ gelistet. Die MobilRL brachte hier kaum Änderungen. Der bisherige Richtlinienentwurf wurde lediglich um die lit m und lit n ergänzt. Diese nunmehr angefügten Bestimmungen verlangen Angaben über Einzelheiten zum Angebot einer Barabfindung für Gesellschafter, die gegen den Plan gestimmt haben (lit m leg cit) sowie Angaben über etwaige Sicherheiten, die den Gläubigern angeboten werden, wie Garantien oder Zusagen (lit n leg cit). Anders als bei grenzüberschreitenden Umwandlungen und Spaltungen gemäß Artikel 86d lit d und 160d lit d MobilRL, sieht die MobilRL für grenzüberschreitende Verschmelzungen weiterhin keinen indikativen Zeitplan vor. Trotz verbreiteter Kritik¹¹⁰ ist eine solche Information über den geplanten zeitlichen Ablauf für die Anteilsinhaber eine durchaus wichtige Informationsquelle.¹¹¹ Warum die MobilRL hier diese Differenzierung zwischen Verschmelzung auf der einen Seite und Spaltung bzw. Umwandlung auf der anderen Seite vornimmt, ist nicht nachvollziehbar, zumal dadurch die Interessen der Stakeholder in gleicher Weise geschützt werden könnten.

7.4.2 ad Offenlegung

Die neuen Bestimmungen zur Offenlegung (Artikel 86g, 123, 160g MobilRL) unterscheiden sich nur in wenigen Punkten vom bisherigen Artikel 123 GesRRL. Die einmonatige Frist (vor dem Tag der Gesellschafterversammlung) für die Bekanntmachung der Umgründung bleibt

¹⁰⁶ Artikel 86f, 125, 160f MobilRL.

¹⁰⁷ Artikel 86h, 126, 160h MobilRL.

¹⁰⁸ Artikel 86m, 127, 160m MobilRL.

¹⁰⁹ Artikel 86o, 128, 160o MobilRL.

¹¹⁰ Bormann/Stelmaszczyk, ZIP 2019, 353, 356; Bungert/Becker, DB 2019, 1609, 1610; Bungert/Wansleben, DB 2018, 2094, 2096; Wicke, DStR 2018, 2642, 2644.

¹¹¹ Bayer/Schmidt, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1927.

weiterhin bestehen und wird nunmehr auch bei grenzüberschreitenden Umwandlungen und Spaltungen vorausgesetzt. Die MobilRL beschreibt nunmehr ausdrücklich auch die Inhalte der Offenlegung. In Zukunft muss neben dem gemeinsamen Plan für die Umgründung auch eine Bekanntmachung zugänglich gemacht werden, in der

- den Gesellschaftern,
- den Gläubigern,
- und Arbeitnehmervertretern der sich umgründenden Gesellschaft,
- (oder falls es Letztere nicht gibt) den Arbeitnehmern,

mitgeteilt wird, dass sie spätestens bis zu fünf Arbeitstagen vor der Gesellschafterversammlung Bemerkungen zu dem gemeinsamen Plan übermitteln können.

7.4.3 ad Bericht

Die Bestimmungen zur Erstellung eines Berichts des Verwaltungs- oder Leitungsorgans für Gesellschafter und Arbeitnehmer werden nunmehr – neben grenzüberschreitenden Verschmelzungen - auch in den Artikeln 86e und 160e MobilRL auf grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen erweitert. In diesem Bericht sollen insbesondere die Auswirkungen der grenzüberschreitenden Umwandlung auf die künftige Geschäftstätigkeit der Gesellschaft erläutert werden.

Die MobilRL stellt es der Gesellschaft frei, ob sie einen einzigen Bericht erstellt oder gesonderte Berichte für Gesellschafter und Arbeitnehmer. Diese flexible Ausgestaltung ist erfreulich, zumal den Gesellschaften selbst offen steht die Art und Weise des Berichts zu wählen. Der Bericht muss gemäß Artikel 86e Abs 3, 124 Abs 3 und 160e Abs 3 MobilRL inhaltlich sowohl Ausführungen über

- Barabfindung,
- Umtauschverhältnis der Geschäftsanteile,
- sowie Auswirkungen auf die Gesellschafter enthalten.

Auch ist gemäß Artikel 86e Abs 5, 124 Abs 5 und 160e Abs 5 MobilRL ein Abschnitt des Berichts über

- die Auswirkungen auf die Arbeitnehmer bzw. Arbeitsverhältnisse,
- wesentliche Änderungen der anwendbaren Beschäftigungsbedingungen,
- sowie wesentliche Änderungen der Standorte der Niederlassungen vorgesehen.

7.4.4 ad Prüfung des Plans

Der Plan für die grenzüberschreitende Umgründung ist alleiniger Prüfungsgegenstand. Durchgeführt wird die Prüfung - gemäß Artikel 86f, 125 und 160f MobilRL - von einem unabhängigen Sachverständigen.

Was unter einem „unabhängigen Sachverständigen“ zu verstehen ist, wird in Artikel 86s, 133a und 160t MobilRL klargestellt. Demnach muss es sowohl Vorschriften über zivilrechtliche Haftung der Sachverständigen geben (Abs 1 leg cit), als auch muss sichergestellt sein, dass die Sachverständigen unabhängig sind und keinen Interessenkonflikt mit der Gesellschaft bestehen, was eine unparteiische und objektive Stellungnahme des Sachverständigen zur Folge hat (Abs 2 leg cit).

Im ursprünglichen Kommissionsentwurf war, zusätzlich neben der Prüfung des Plans, eine Prüfung einer etwaigen Betrugs/Missbrauchsabsicht etc. vorgesehen.¹¹² Dies wurde letztlich - und erfreulicherweise - nicht in die MobilRL übernommen, da man sich auf den eigentlichen Zweck der Tätigkeit eines Sachverständigen Prüfers besann.¹¹³ Der Prüfbericht des Sachverständigen hat sich insbesondere mit der Frage zu beschäftigen, ob die Barabfindung und das Umtauschverhältnis der Geschäftsanteile angemessen sind.¹¹⁴

Eine Prüfung des Plans durch einen unabhängigen Sachverständigen ist nur bei Widerspruch eines Gesellschafters erforderlich. In der Richtlinie wird den Mitgliedstaaten außerdem freigestellt, ob sie „Gesellschaften mit einem einzigen Gesellschafter“ (Anm. Ein-Personen-Gesellschaften) vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausnehmen.¹¹⁵

7.4.5 ad Beschluss/Zustimmung der Gesellschafterversammlung

Nachdem die MobilRL sowohl Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen regelt und die Regeln beinahe ident sind, verwundert es bei Durchsicht der neuen MobilRL, dass die Zustimmungserfordernisse von grenzüberschreitenden Umwandlungen und Spaltungen auf der einen Seite und grenzüberschreitenden Verschmelzungen auf der anderen Seite unterschiedlich behandelt werden. Die Zustimmungserfordernisse für grenzüberschreitende Umwandlungen

¹¹² Vgl. 86g Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 3 lit. b, Art. 160i Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 3 lit. f GesRRL-E-KOM

¹¹³ *Bayer/Schmidt*, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1929.

¹¹⁴ Artikel 86f Abs 2, 125 Abs 2 und 160f Abs 2 MobilRL.

¹¹⁵ Artikel 86f Abs 3 UAbs 2, 125 Abs 4 UAbs 2 und 160f Abs 3 UAbs 2 MobilRL.

und Spaltungen werden (neu) in den Artikeln 86h Abs 3 und 160h Abs 3 MobilRL geregelt und erfordern, dass „eine Mehrheit von nicht weniger als zwei Dritteln, aber nicht mehr als 90 % der Stimmen der in der Gesellschafterversammlung vertretenen Anteile oder des in der Gesellschafterversammlung vertretenen gezeichneten Kapitals“ die Zustimmung zum Plan erteilt.

Das Zustimmungserfordernis für grenzüberschreitende Verschmelzungen gemäß Artikel 126 GesRRL wird durch die MobilRL nicht verändert. Es bleibt weiterhin der Artikel 93 GesRRL anwendbar, der „mindestens eine Mehrheit von nicht weniger als zwei Dritteln der Stimmen der vertretenen Wertpapiere oder des vertretenen gezeichneten Kapitals“ für die Zustimmung in der Hauptversammlung (einer Aktiengesellschaft) jeder sich zu verschmelzenden Gesellschaften erfordert.

7.4.6 ad Rechtmäßigkeitskontrolle

Kernstücke der Rechtmäßigkeitskontrolle sind die Bestimmungen zum „Schutz der Gesellschafter“ (Artikel 86i, 126a, 160i MobilRL), die Bestimmungen zum „Schutz der Gläubiger“ (Artikel 86j, 126b, 160j MobilRL) sowie die Bestimmungen zu „Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer“ (Artikel 86k, 126c, 160k MobilRL) und „Mitbestimmung der Arbeitnehmer“ (Artikel 86l, 160l MobilRL).

Sind sämtliche Voraussetzungen, Verfahren und Formalitäten erfüllt, ist vom Wegzugsstaat eine „Vorabbescheinigung“ (Artikel 86m, 127, 160m MobilRL) auszustellen. Eine solche kann entweder ein Gericht, ein Notar oder eine sonstige Behörde ausstellen. Hier kommt es auf die jeweilige Ausgestaltung in den einzelnen Mitgliedstaaten an.

Im Gegensatz zu der aktuellen Rechtslage ist die Tatsache, dass eine ausgestellte Vorabbescheinigung des Wegzugsstaates vom Zuzugsstaat jedenfalls anzuerkennen ist ein wesentlicher Vorteil. Außerdem muss somit kein Gericht/Notar/Behörde eines Mitgliedstaates ausländisches Recht anwenden, um nachvollziehen zu können, ob die Bestimmungen des Wegzugsstaates erfüllt wurden. War dieses System der „Vorabbescheinigung“ bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen bereits vorhanden¹¹⁶, so wird dieses durch die MobilRL nunmehr auch auf grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen ausgedehnt.

¹¹⁶ Artikel 127 GesRRL.

7.5 Schutz der Anteilseigner/Gesellschafter

Die MobilRL schafft nunmehr für sämtliche Umgründungsarten einen einheitlichen EU-Mindestschutzstandard. Dies wird im Wesentlichen mittels dreier Instrumente erreicht. Dies sind (1) ein Austrittsrecht des Gesellschafters gegen eine Barabfindung,¹¹⁷ (2) bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen und Spaltungen ein Anfechtungsrecht des Umtauschverhältnisses samt Verlangen der Zuzahlung¹¹⁸ sowie (3) ein Ausschluss der Anfechtung wegen Bewertungsmängeln.¹¹⁹

7.5.1 ad Austrittsrecht gegen Barabfindung

Die Artikel 86i Abs 1, 126a Abs 1 und 160i Abs 1 MobilRL legen nunmehr ein Austrittsrecht (zumindest) der Gesellschafter fest, die gegen den Plan gestimmt haben. Artikel 126a MobilRL betreffend grenzüberschreitende Verschmelzungen ist besonders hervorzuheben, zumal bisher in der GesRRL diese Bestimmung gänzlich fehlte. Demnach war es früher möglich, auch gegen den Willen einiger Gesellschafter, eine grenzüberschreitende Verschmelzung vorzunehmen. Es genügte gemäß Artikel 126 GesRRL die Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Nunmehr beseitigt Artikel 126a MobilRL diesen Zustand und gleicht sämtliche Umgründungsformen einander an. Somit gilt in Zukunft für Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen das gleiche Regime, nämlich ein Austrittsrecht der Gesellschafter gegen Barabfindung. Jedoch ist kritisch zu bemerken, dass dieses Recht nur unter zwei Voraussetzungen zusteht: Zum einen muss der jeweilige Gesellschafter dem Plan widersprochen habe. Zum anderen ist dies nur zulässig, wenn infolge der Umgründung der jeweilige Gesellschafter Anteile an einer Gesellschaft, die dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates unterliegt, erwerben würde. Obwohl die Mitgliedstaaten auch anderen Gesellschaftern dieses Recht einräumen können, ist mMn die Möglichkeit der Ausübung des Austrittsrecht gegen Barabfindung dennoch sehr eingeschränkt. Gerade für Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft kann eine solche Umgründung ebenfalls finanzielle Nachteile mit sich bringen, weshalb die Mitgliedsstaaten jedenfalls von der Option Gebrauch machen sollten sämtliche Gesellschafter miteinzubeziehen.¹²⁰

¹¹⁷ Artikel 86i, 126a und 160i Abs 2 MobilRL.

¹¹⁸ Artikel 126a Abs 6 und 160i Abs 6 MobilRL.

¹¹⁹ Artikel 86i Abs 5, 126 Abs 4 und 160i Abs 5 MobilRL.

¹²⁰ *Bayer/Schmidt*, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1931.

Ergibt sich nach Ansicht der betroffenen Gesellschafter, dass die Barabfindung nicht angemessen ist, so sind sie berechtigt bei der zuständigen Behörde oder Stelle eine zusätzliche Barabfindung zu beantragen.¹²¹

Auch enthält die MobilRL das praxisrelevante (internationale) Kollisionsrecht. Maßgeblich ist demnach das Recht (und die Gerichte) des Wegzugsstaates; somit dem Recht, dem die sich umgründende Gesellschaft unterliegt.¹²²

7.5.2 ad Anfechtungsrecht des Umtauschverhältnisses samt Verlangen der Zuzahlung

Die Artikel 126a Abs 6 und 160i Abs 6 MobilRL legen für Gesellschafter, die die Zustimmung zum Verschmelzungs- oder Spaltungsplan erteilt und somit kein Recht auf Austritt haben, ein Recht auf Anfechtung des Umtauschverhältnisses fest. Sollte das sich ergebende festgelegte Umtauschverhältnis der Gesellschaftsanteile nicht angemessen sein, so können sie eine bare Zuzahlung verlangen. Auf Formwechsel ist diese Bestimmung nicht anzuwenden. Auch hier regelt die MobilRL, bereits wie oben beim Barabfindungsgebot (Abs 4 leg cit) das (internationale) Kollisionsrecht. Zuständig ist die Behörde oder Stelle, die die Verschmelzung oder Spaltung vornimmt. Die Entscheidung ist - gemäß Artikel 126a Abs 6 vorletzter Satz und 160i Abs 6 letzter Satz MobilRL - für die Gesellschaft bindend.

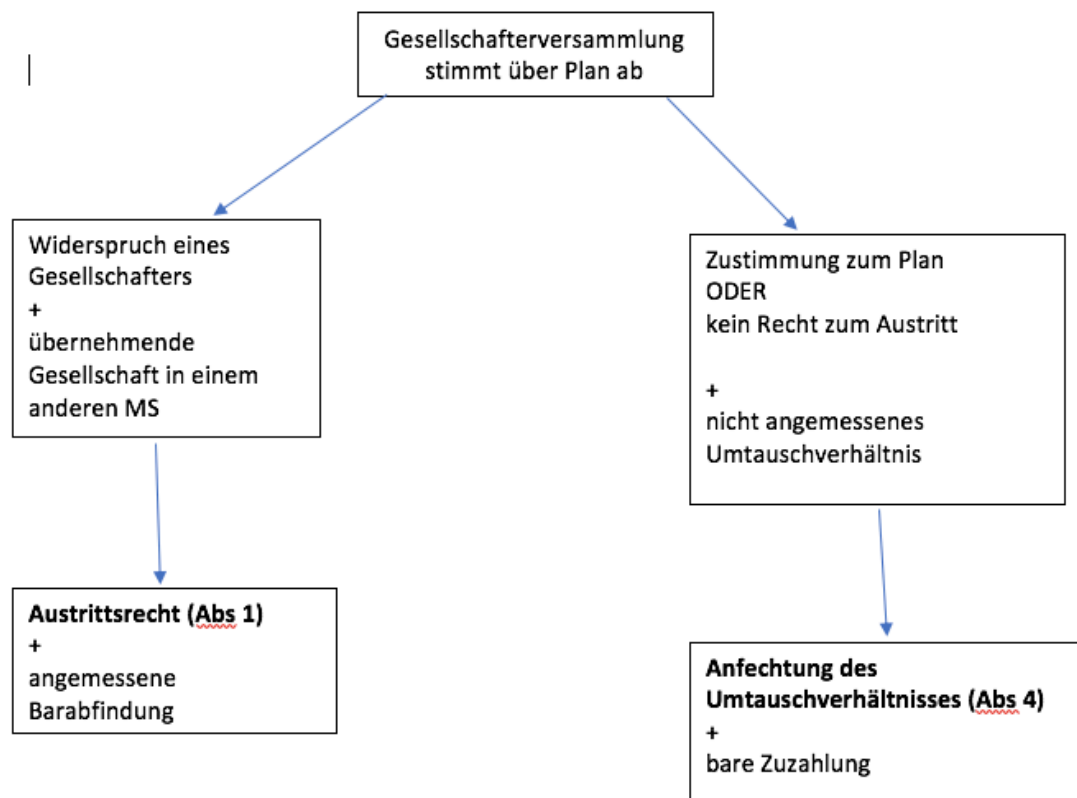
Erstaunlicherweise entschied sich der europäische Gesetzgeber dazu, eine Mitgliedsstaaten-Option betreffend grenzüberschreitende Verschmelzungen einzuführen, jedoch nicht für grenzüberschreitende Spaltungen.¹²³ Demnach können die Mitgliedstaaten vorsehen (Option), „dass das festgelegte Umtauschverhältnis der Gesellschaftsanteile für etwaige Gesellschafter der betreffenden sich verschmelzenden Gesellschaft gültig ist, die über kein Recht zur Veräußerung ihrer Anteile verfügten oder dieses nicht ausgeübt haben.“¹²⁴

¹²¹ Artikel 86i Abs 4, 126a Abs 4 und 160i Abs 4 MobilRL.

¹²² Artikel 86i Abs 5, 126a Abs 5 und 160i Abs 5 MobilRL.

¹²³ Vgl. Artikel 126a Abs 6 Unterabsatz MobilRL (grenzüberschreitende Verschmelzungen) mit Artikel 160i Abs 6 MobilRL (grenzüberschreitende Spaltungen).

¹²⁴ Artikel 126a Abs 6 Unterabsatz MobilRL.



7.5.3 ad Ausschluss der Anfechtung wegen Bewertungsmängeln

Der Zustimmungsbeschluss kann nicht alleine mit der Begründung angefochten werden, dass das Umtauschverhältnis oder die Barabfindung nicht angemessen sind oder die hierzu erteilten Informationen nicht die rechtlichen Anforderungen erfüllen.¹²⁵ Neu eingefügt wurde deshalb Artikel 126 Abs 4 MobilRL für grenzüberschreitende Verschmelzungen. Für Umwandlungen und Spaltungen ist gemäß Artikel 86i Abs 4 und 160i Abs 4 MobilRL die Anrufung einer Behörde oder Stelle vorgesehen. Sinn dieser Regelung ist es, dass Bewertungsmängel nicht den gesamten Transaktionsprozess verschleppen bzw. verhindern.

7.6 Schutz der Gläubiger

Als Instrument des Gläubigerschutzes dient eine weitere Mindestharmonisierung in der MobilRL. Gemäß Artikel 86j Abs 2, 126b Abs 2 und 160j Abs 2 MobilRL können Gläubiger, die die im gemeinsamen Plan für die Umgründung angebotenen Sicherheiten nicht als

¹²⁵ Bayer/J. Schmidt, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1933.

zufriedenstellend erachten, innerhalb von 3 Monaten nach Offenlegung des Plans, bei der zuständigen Behörde angemessene Sicherheiten beantragen. Sie müssen darlegen, dass die Befriedigung ihrer Forderungen durch die grenzüberschreitende Verschmelzung gefährdet ist und sie von den sich verschmelzenden Gesellschaften keine angemessenen Sicherheiten erhalten haben.

7.7 Schutz der Arbeitnehmer

Wesentliche Neuerungen im Bereich des Arbeitnehmerschutzes finden sich in den neuen Bestimmungen der Artikel 86k, 86l, 126c, 160k und 160l MobilRL bezüglich Verständigung und Anhörung sowie Mitbestimmung der von der Umgründung betroffenen Arbeitnehmer im Rahmen von Umgründungen. Die MobilRL orientiert sich stark an dem bereits in der SE-Verordnung¹²⁶ und VerschmelzungsRL¹²⁷ bekannten Modell aus Grundkonzept und Auffanglösung, jedoch mit einigen signifikanten Neuerungen.¹²⁸ Insbesondere die Regelung, die zu Verhandlungen mit der Arbeitnehmerschaft verpflichtet („Verhandlungspflicht“), sofern nicht ein Schwellenwert von 4/5 des im nationalen Recht vorgesehenen Schwellenwerts für die Mitbestimmung erreicht wird, ist hier hervorzuheben. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der „4/5 Lösung“. Sie soll verhindern, dass Gesellschaften ihren mitbestimmungsfreien Zustand „einfrieren“, indem sie unmittelbar vor Erreichen des im nationalen Recht vorgesehenen Schwellenwerts eine grenzüberschreitende Umstrukturierung vornehmen oder die Verhandlungspflicht durch eine kurzzeitige Reduktion der Arbeitnehmerzahl im Vorfeld umgehen.¹²⁹ Die Verhandlungspflicht wird somit extrem weit ausgedehnt und führt letztlich zu langen und kostenintensiven Verhandlungen, die aber paradoxerweise bei Scheitern der Verhandlungen durch die sog. „Auffangregel“ ohnehin unbeachtlich sind.¹³⁰

Deshalb merkt Schmidt¹³¹ richtig an, dass es sich deshalb bei der „4/5 Lösung“ letztlich um ein „stumpfes Schwert“ handelt, das Zeit frisst und Kosten generiert; denn, wenn keine Einigung

¹²⁶ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)

¹²⁷ Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten

¹²⁸ Bayer/Schmidt, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1933.

¹²⁹ Bayer/Schmidt, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1934.

¹³⁰ Bayer/Schmidt, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1934.

¹³¹ Schmidt, Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität 2.0: Die MobilRL eröffnet ab 2023 neue Wege, <https://betriebs-berater.ruw.de/bb-standpunkte/standpunkte/Grenzueberschreitende-Unternehmensmobilitaet-2.0-Die-MobilRL-eroeffnet-ab-2023-neue-Wege-40024> (abgerufen am 10.06.2020).

erzielt wird, führt sie zur Mitbestimmungsfreiheit.“ Nur bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen haben die Organe der Gesellschaft gemäß Artikel 133 Abs 4 lit a MobilRL die Möglichkeit, unter Nichtanwendung des Grundkonzepts (Anm. „Verhandlungspflicht“), direkt die „Auffangregelung“ anzuwenden. Bei grenzüberschreitenden Formwechseln und Spaltungen, gibt es keine solche Sonderbestimmung, weshalb hierbei mit erheblichen Verzögerungen eines Transaktionsprozesses zu rechnen sein kann.

7.8 Gültigkeit und Rechtswirkung

Eine grenzüberschreitende Umgründung, die im Einklang mit den Verfahren zur Umsetzung dieser Richtlinie (Spaltungen und Umwandlungen) bzw. im Einklang mit Artikel 129 GesRRL (Verschmelzung) wirksam geworden ist, kann nicht für nichtig erklärt werden.¹³² Es wurde somit ein „absoluter Bestandschutz“ für grenzüberschreitende Spaltungen und Umwandlungen etabliert.¹³³

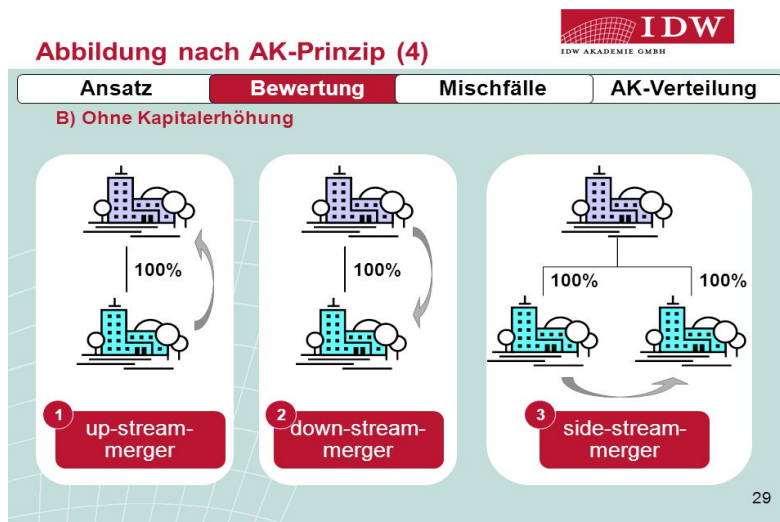
Die in Artikel 86r und 160r MobilRL bzw. Artikel 131 GesRRL ausdrückliche Regelung der Rechtswirkung einer Umgründung, wonach das gesamte Aktiv- und Passivvermögen der Gesellschaft bei der umgewandelten Gesellschaft verbleibt, auf die übernehmende Gesellschaft bzw. auf die bei einer Spaltung begünstigte Gesellschaft übergeht, ist de facto überflüssig und hätte nicht einer gesonderten Regelung bedurft. Trotzdem trägt sich sicherlich zu einem gewissen Grad zur besseren Klarheit der Bedeutung einer „Universalsukzession“ bei.

¹³² Artikel 86t, 134 und 160u MobilRL.

¹³³ *Bayer/Schmidt*, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1934.

7.10 Besonderheit: Side-Step-Merger (grenzüberschreitende Verschmelzungen im Konzern)

Eine Besonderheit der neuen MobilRL 2019 ist die Einbeziehung von „Side-Step Merger“ bzw. „Side-Stream Merger“ Konstellationen (Grafik¹³⁴, Variante 3), die Verschmelzung von Schwestergesellschaften innerhalb eines Konzerns, in die Begriffsdefinition einer „Verschmelzung“ iSd GesRRL.



Grafik: IDW Akademie GmbH, Powerpoint Präsentation

Dies ergibt sich aus Artikel 119 Z 2 lit d MobilRL; dieser beschreibt „Verschmelzung“ als den Vorgang, durch den:

„eine oder mehrere Gesellschaften zum Zeitpunkt ihrer Auflösung ohne Abwicklung ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf eine bereits bestehende Gesellschaft — ‚übernehmende Gesellschaft‘ — übertragen, ohne dass die übernehmende Gesellschaft neue Anteile ausgibt, sofern eine Person unmittelbar oder mittelbar alle Anteile an den sich verschmelzenden Gesellschaften besitzt oder die Aktien und sonstigen Anteile der Gesellschafter der sich verschmelzenden Gesellschaften bei allen sich verschmelzenden Gesellschaften dasselbe Verhältnis haben.“

Diese Klarstellung ist sehr zu begrüßen, da die GesRRL in dieser Frage zu heftigen Kontroversen geführt hat.¹³⁵

¹³⁴ IDW Akademie GmbH, Grafik aus Powerpoint-Präsentation <https://images.app.goo.gl/RwPyxZbLjK3Niz6L9> (abgerufen am 05.06.2020).

¹³⁵ Bayer/Schmidt, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1935.

8 Über die Bedeutung bisheriger EuGH-Judikatur in Bezug auf die Schutzbestimmungen der Mobilitätsrichtlinie 2019

Durch eine Vielzahl wegweisender EuGH-Urteile¹³⁶ wurde deutlich, dass die sekundärrechtlich nicht geregelten Umwandlungsvorgänge auf Grundlage der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) zulässig und möglich sein müssen. Mangels sekundärrechtlicher Umsetzung bestanden aber in der Praxis erhebliche Umsetzungsunsicherheiten. Hier setzt die Mobilitätsrichtlinie an, indem sie für klare Vorgaben sorgt und erhebliche (wenngleich nicht alle) Regelungslücken schließt.

Gerade auch im Bereich der Rechtmäßigkeits- und Missbrauchskontrolle spielt die bisher ergangene EuGH-Judikatur eine bedeutende Rolle. Viele Erwägungsgründe sowie Bestimmungen selbst lassen erkennen, dass die EuGH-Rechtsprechung hier maßgeblichen Einfluss auf die finale Ausgestaltung der MobilRL hatte.

8.1 Centros (Wahl des Gesellschaftsstatuts in Missbrauchsabsicht)

Aus der *Centros*-Entscheidung¹³⁷ ging erstmals eindeutig hervor, dass die Wahl eines für die Gesellschaft günstigen Gesellschaftsstatuts – um strengere Bestimmungen eines Mitgliedsstaates zu umgehen - per se noch keinen Missbrauch darstellt.

Der Wortlaut in *Centros* lautet wie folgt: „Damit kann es für sich allein keine mißbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstellen, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die grösste Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet. Das Recht, eine Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaats zu errichten und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen zu gründen, folgt nämlich im Binnenmarkt unmittelbar aus der vom EG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit.“

Gerade im Hinblick auf diese Grundsatzentscheidung des EuGH, sollte der europäische Gesetzgeber es hinnehmen, dass es jedem Unionsbürger freisteht, wo und nach welchem Recht er eine Gesellschaft gründet. Dass damit gegebenenfalls strengere Bestimmungen umgangen werden sollen, darf keine Rolle spielen. Deshalb überrascht gerade Erwägungsgrund 35 der

¹³⁶ etwa in den Rechtssachen „Centros“, „Überseering“, „Inspire Art“, „VALE“ und „Polbud“

¹³⁷ EuGH, 9.3.1999–C-212/97, *Centros*, Rn 27.

neuen MobilRL, der es als Ziel sieht speziell gegen „Strohfirmen“ und „Scheingesellschaften“, die nur zum Zweck der Umgehung nationaler Bestimmungen in einem anderen Mitgliedsstaat gegründet werden, vorzugehen. Dies widerspricht der *Centros*-Judikatur. Als einzige Ausnahme dabei davon werden missbräuchliche oder betrügerische Zwecke genannt, die dazu führen sollen, sich Unionsrecht zu entziehen. Dies stellt keine Neuerung im System des europäischen Gesellschaftsrechts dar¹³⁸, denn ein Missbrauchsvorbehalt wird zwar nunmehr kodifiziert, war aber bereits seit längerem ständige EuGH-Rechtsprechung¹³⁹.

Erwägungsgrund 36 der MobilRL nennt Anhaltspunkte, um eine missbräuchliche oder betrügerische Konstellation zu erkennen. Demnach *„sollten bei der Prüfung*

- 1. alle relevanten Tatsachen und Umstände*
- 2. sowie gegebenenfalls mindestens Anhaltspunkte berücksichtigt werden, die sich auf die Merkmale der Niederlassung in dem Mitgliedstaat, in dem die Gesellschaft bzw. die Gesellschaften nach dem grenzüberschreitenden Vorhaben registriert werden soll/sollen, beziehen, (a) einschließlich des Zwecks des Vorhabens, (b) der Branche, (c) der Investition, (d) des Nettoumsatzes und des Gewinns oder Verlusts, (e) der Zahl der Arbeitnehmer, (f) der Zusammensetzung der Bilanz, (g) des Steuersitzes, (h) der Vermögenswerte und ihrer Belegenheit, (i) der Anlagen, (j) der wirtschaftlichen Eigentümer der Gesellschaft, (k) der gewöhnlichen Arbeitsorte der Arbeitnehmer und besonderer Arbeitnehmergruppen, des Ortes, an dem die Sozialabgaben zu entrichten sind, (l) der Zahl der Arbeitnehmer, die ... entsandt wurden, (m) der Zahl der Arbeitnehmer, die gleichzeitig in mehr als einem Mitgliedstaat ... arbeiten, (n) sowie der Geschäftsrisiken, die die Gesellschaft bzw. die Gesellschaften vor und nach dem grenzüberschreitenden Vorhaben übernimmt/übernehmen.“*

Weiter heißt es: *„Falls das grenzüberschreitende Vorhaben dazu führen würde, dass die Gesellschaft den Ort ihrer tatsächlichen Verwaltung oder den Ort ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit in dem Mitgliedstaat hat, in dem die Gesellschaft bzw. die Gesellschaften nach dem grenzüberschreitenden Vorhaben registriert werden soll/sollen, so kann die zuständige Behörde dies als Anzeichen dafür ansehen, dass keine Umstände vorliegen, die zu einem Missbrauch oder Betrug führen.“*

¹³⁸ *Bayer/Schmidt*, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1930.

¹³⁹ Vgl. bereits *Schmidt*, Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package, *European Company and Financial Law Review* ECFR 2019, 222-272.

Diese Bestimmung muss richtigerweise so interpretiert werden, dass nicht per se schon ein Missbrauch vorliegt, wenn Verwaltungssitz und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit auseinanderfallen.¹⁴⁰ Das richtungsweisende *Centros*-Urteil ließ dies gerade im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit im EU-Raum zu. Wie Bayer/Schmidt¹⁴¹ treffend feststellen, würde eine falsche Interpretation dieser Bestimmung „die gesamte EuGH-Judikatur seit *Centros* konterkarieren und das europäische Gesellschaftsrecht quasi in die „Steinzeit“ zurückkatapultieren“.

8.2 Polbud (Schutz der Gläubiger, Minderheitengesellschafter sowie der Arbeitnehmer)

Die Rechtssache *Polbud* ist wie oben bereits dargestellt die jüngste Leitentscheidung im europäischen Gesellschaftsrecht. Im Wesentlichen stellte der EuGH fest, dass bei einem rein „formalen“ Wegzug einer Gesellschaft zwar Interessen der Minderheitengesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer berücksichtigt werden müssen, jedoch sei hier eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit bzw. „gelinderer Mittel“ durchzuführen. So könne man Gläubiger auch in Form einer Sicherheitsleistung, Bankgarantie etc. sicherstellen. Es sei daher – gerade im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit – nicht verhältnismäßig den Wegzug gänzlich zu untersagen. Ähnliches gilt beim Minderheiten- und Arbeitnehmerschutz. In den Erwägungsgründen 3 und 4 der MobilRL nimmt der europäische Gesetzgeber darauf Bezug. Zum einen stellte er nochmals fest, dass ein rein „formaler“ Wegzug die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit nach Artikel 49 AEUV nicht als solche ausschließt. Zum anderen legt er dar, dass gerade die „Entwicklung in der Rechtsprechung“ (Anm. vor allem die jüngste Entscheidung in der Rs *Polbud*) neue Möglichkeiten für die Mobilität von Gesellschaften im Unionsgebiet und Binnenmarkt schuf, der sich auch positiv auf das Wirtschaftswachstum etc. auswirkt. Aufgrund der Tatsache, dass grenzüberschreitende Umgründungen nun leichter möglich waren, erkannte der europäische Gesetzgeber¹⁴², dass „*die Rechte von Gesellschaften auf eine grenzüberschreitende Umwandlung, Verschmelzung oder Spaltung mit dem Schutz von Arbeitnehmern, Gläubigern und Gesellschaftern einhergehen sollten und damit in einem ausgeglichenen Verhältnis stehen.*“

¹⁴⁰ Bayer/Schmidt, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1930.

¹⁴¹ Bayer/Schmidt, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1930.

¹⁴² Erwägungsgrund 4 letzter Satz MobilRL.

Schlussendlich hält Erwägungsgrund 58 MobilRL fest: „*Da die Ziele dieser Richtlinie, nämlich die Erleichterung und Regelung von grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs und ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind, kann die Union im Einklang mit dem in Artikel 5 des AEUV verankerten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geht diese Richtlinie nicht über das für die Verwirklichung dieser Ziele erforderliche Maß hinaus.*“ Hierbei wird indirekt neuerlich auf die Polbud-Judikatur Bezug genommen, worin der EuGH u.a. ausdrückte, dass eine gänzliche Untersagung des Wegzugs unverhältnismäßig wäre und gelindere Mittel (Anm. Bankgarantie zugunsten der Gläubigersicherstellung) ebenso ausreichen würden.

9 Gesamtwürdigung und Fazit

In Anbetracht des Umfangs der MobilRL sowie der Umsetzung in Rekordzeit, kann durchaus von einer gelungenen Maßnahme im europäischen Gesellschaftsrecht zur Förderung der Niederlassungsfreiheit sowie zur Stärkung des Binnenmarktes gesprochen werden. Ungeachtet dessen, ist anzumerken, dass die Regelung nicht auf Personengesellschaften Anwendung findet. Meiner Ansicht nach, sind die Gründe dafür nicht nachvollziehbar.

Ich gehe davon aus, dass der europäische Gesetzgeber hier in Zukunft noch Nachschärfungen vornehmen wird müssen. Gleiches gilt für die Ausnahme der Spaltung zur Aufnahme. Eine solche ist – anders als die Spaltung zur Neugründung – grenzüberschreitend nach der derzeit vorliegenden MobilRL nicht möglich. Auch fehlt es weiterhin an einer Harmonisierung des Gesellschaftskollisionsrechts. Legistisch noch verbesserungswürdig erscheint auch die jeweils separaten Verfahrensbestimmungen. Es fällt auf, dass sich diese im Wesentlichen gleichen. Hier hätte ein Kapitel zu „Gemeinsamen Bestimmungen“ bzw. ein „Allgemeiner Teil“ zur leichteren Lesbarkeit beigetragen und wäre legistisch sicherlich wünschenswert gewesen.

Auch im Bereich der Arbeitnehmerschutzbestimmungen gäbe es durchaus noch Verbesserungsmöglichkeiten. Obwohl der europäische Gesetzgeber ein angemessenes, einheitliches und stimmiges Konzept vor Augen hatte, gelang dies nicht in vollem Umfang. So erscheint die starre „4/5 Lösung“ und die nur bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen direkt anwendbare „Auffanglösung“ ein Hauptproblem. Gerade im Bereich von Schutzbestimmungen sollte man Einheitlichkeit schaffen, was durch die MobilRL nicht gelang. Solch divergierende Schutzregime sind per se problematisch.¹⁴³ Im Fall der MobilRL stellt sich auch die berechtigte Frage nach einem sachlichen Grund für diese Unterscheidungen zwischen Umwandlung, Verschmelzung und Spaltung.

Im Ergebnis bzw. in der Praxis werden gerade diese stark divergierenden Schutzregime dazu führen, dass (die einfacheren) grenzüberschreitende Verschmelzungen den grenzüberschreitenden Umwandlungen und Spaltungen vorgezogen werden. Bei Ersteren gibt es, zumindest auf Basis der MobilRL, erheblich weniger Schwierigkeiten bzw. Verzögerungen bei der Transaktion.

¹⁴³ *Bayer/Schmidt*, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, 1934.

Zusammenfassend bringt die neue MobilRL aber wichtige Neuerungen im europäischen Unternehmensrecht und stellt einen wichtigen Schritt für die Kodifizierung des EU-Gesellschaftsrechts dar. Es bleibt die jeweilige Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten abzuwarten und zu hoffen, dass die Mitgliedstaaten die ihnen offen stehenden Mitgliedstaatenoptionen auch sinnvoll nützen.

Jedoch lässt sich bereits zum heutigen Zeitpunkt sagen, dass für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel von Kapitalgesellschaften endlich ein voll funktionsfähiger Rechtsrahmen im Unionsgebiet geschaffen wurde, der sowohl für die Rechtsanwender als auch für die Rechtsunterworfenen die nötige Rechtssicherheit gewährleistet.

10 Literaturverzeichnis

Bayer/Schmidt, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport 2018/19 -Teil I: Company Law Package, Betriebsberater BB 34/2019 (2019)

Behrens, Anerkennung, internationale Sitzverlegung und grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften nach dem Centros-Urteil des EuGH, JBl 2001, 342, Heft 6 (20.6.2001)

Bergmann/Kalss, Rechtsformwahl, Verlag Österreich (2020)

Deck, Isolierter grenzüberschreitender Formwechsel von Niederlassungsfreiheit umfasst - neue Gestaltungsmöglichkeiten für deutsche Gesellschaften (oder solche, die es werden wollen) trotz fortbestehende Reformbedarfs im Gesellschaftskollisionsrecht, Zeitschrift für Privatrecht der Europäischen Union GDR 2018, 8, Heft 1 (2018)

De Raet/Von Rummel, In Vielfalt geeint: Das Gesellschaftsrecht wird noch europäischer, Deutscher Anwalts Spiegel, Ausgabe 2, Seiten 3-5 (2020)
<https://www.deutscheranwaltspiegel.de/anwaltspiegel/gesellschaftsrecht/in-vielfalt-geeint-das-gesellschaftsrecht-wird-noch-europaeischer/> (abgerufen am 15.05.2020)

Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007)

Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht: Das internationale Privatrecht grenzüberschreitend tätiger Gesellschaften, MANZ-Verlag Wien (2010)

Enzinger in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV Art 49 AEUV (Stand 1.1.2016, rdb.at)

EU-Kommission, Factsheet IP/18/3508 “Häufig gestellte Fragen: Neue Regeln zum Gesellschaftsrecht”,
file:///D:/Downloads%20D/H_ufig_gestellte_Fragen_Neue_Regeln_zum_Gesellschaftsrecht.pdf (abgerufen am 10.03.2020)

Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Stellungnahme vom 15.02.2019 zu a) Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der

Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht und zu b) Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 betreffend grenzübergreifende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, Erwägungsgrund 1.8 der Schlussfolgerungen und Empfehlungen, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018AE1917&from=RO> (abgerufen am 07.05.2020).

Grossfeld, Einige Grundfragen des Internationalen Unternehmensrechts, Westdeutscher Verlag (1987)

Haslinger/Mitterecker, Die Polbud-Entscheidung des EuGH und das neue Unternehmensrechtspaket der EU-Kommission: Aktuelles zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht GES 2018, 223, Heft 5 (1.7.2018)

Hayden/Varro, Möglichkeit einer isolierten Gesellschaftssitzverlegung (EuGH-Rs *Polbud*), Österreichisches Recht der Wirtschaft RdW 2018/101, RdW 2018, 120, Heft 2 (19.2.2018)

Hoflehner/Hahn, Grenzüberschreitende "Export"-Sitzverlegung durch Satzungsänderung, Österreichisches Recht der Wirtschaft RdW 2018/171, RdW 2018, 207, Heft 4 (24.4.2018)

Kahnert, Rechtsetzung im Europäischen Gesellschaftsrecht: Harmonisierung, Wettbewerb, Modellgesetze, Mohr Siebeck Verlag (2012)

Kallab in *Praxisschrift für Zankl*, Sitztheorie vs Gründungstheorie unter Berücksichtigung der EuGH-Judikatur, Seite 349-353 (2009)

Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (Stand 1.6.2017, rdb.at)

Kerbler, Anknüpfungspunkte der Niederlassungsfreiheit im Zuzugsstaat und Wegzugsbeschränkungen bei grenzüberschreitender Umwandlung, Notariatszeitung NZ 2018/7, Heft 1 (2018)

Kohl, Grenzüberschreitende Spaltungen: eine aktuelle Bestandsaufnahme, Österreichisches Recht der Wirtschaft RdW 2019/15, RdW 2019, 7, Heft 1 (28.1.2019)

Koppensteiner, Rechtsformwechselnde Satzungssitzverlegung und Niederlassungsfreiheit - Überlegungen zur Polbud- Entscheidung des EuGH, Wirtschaftsrechtliche Blätter wbl 2018/181, Heft 4 (1.4.2018)

Mucha/Ophustil, Redefining the Freedom of Establishment under EU Law as the Freedom to Choose the Applicable Company Law: A Discussion after the Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2017 in Case C-106/16 (Polbud), European Company and Financial Law Review ECFR 2018, Seiten 270–307 (2018)

Paefgen, "Polbud": Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit - Zum Urteil des EuGH vom 25.10.2017 in der Rechtssache "Polbud", Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht WM 2018, Heft 21, Seiten 982ff (2018)

Planitzer, Niederlassungsfreiheit schützt auch isolierte Satzungssitzverlegungen, ecolex 2018/115, Seite 255-257 (2018)

Rammeloo, Cross-Border Company Mobility and the Proposal for a 14th EC Company Law Directive: 'Daily Mail' Surmounted, Maastricht Journal of European and Comparative Law 6, Nr. 2, Seiten 105-110 (1999)

Ratka, EU-Gesellschaftsrecht, Powerpoint-Präsentation im Rahmen des LL.M. Lehrganges „Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht“ an der Universität Wien, Jänner 2020

Ratka, Europäisches Konzernrecht & grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften, Vortrag auf der Jahrestagung Konzernrecht am 14. November 2019, MANZ-Rechtsakademie, Powerpoint Folien

Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Band II: Gesellschaftsrecht³, MANZ-Verlag (2017)

Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht⁵, Facultas-Verlag (2019)

Schmidt, Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?, PE 556.960,

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU\(2016\)556960_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU(2016)556960_EN.pdf) (abgerufen am 10.05.2020)

Schmidt, Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package, European Company and Financial Law Review ECFR 2019, 222-272 (2019)

Schmidt, Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität 2.0: Die MobilRL eröffnet ab 2023 neue Wege, Betriebsberater, <https://betriebs-berater.ruw.de/bb-standpunkte/standpunkte/Grenzueberschreitende-Unternehmensmobilitaet-2.0-Die-MobilRL-eroeffnet-ab-2023-neue-Wege-40024> (abgerufen am 13.04.2020)

Schopper/Skarics, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der Entscheidung des EuGH in der Rs VALE, Notariatszeitung NZ 2012/123, Heft 11 (2012)

Verschraegen in *Rummel* ABGB³ § 10 IPRG: Personalstatut einer juristischen Person, MANZ-Verlag (2020)

Zehetner, Vorabentscheidungsverfahren: Verstößt die Sitztheorie gegen die Niederlassungsfreiheit?, eolex 2001, Heft 6, 449 (01.06.2001)

11 Deutschsprachiges Abstract

Ziel der Masterarbeit ist es zu beleuchten, inwiefern die bisherige EuGH-Rechtsprechung in die Erstellung der neuen „Mobilitätsrichtlinie 2019“ eingeflossen ist. Dazu wurde - unter Zugrundelegung der prominentesten Judikate des EuGH zur Niederlassungsfreiheit – eine Bestandsaufnahme zu grenzüberschreitenden Umgründungen im EU-Raum durchgeführt. Es soll gezeigt werden, dass bisher lediglich grenzüberschreitende Verschmelzungen nach einem standardisierten Verfahren und somit mit einer gewissen Rechtssicherheit durchgeführt werden können. Die neue Mobilitätsrichtlinie 2019 gleicht in Zukunft auch andere Umgründungskonstellationen, wie grenzüberschreitende Spaltungen und Umwandlungen, dem bisherigen Prozedere bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen an.

Bezugnehmen auf die Erwägungsgründe der Richtlinie sowie bisher vorhandene Fachliteratur (vorwiegend aus dem deutschen Sprachraum) wird auf die einzelnen Neuerungen in der „Mobilitätsrichtlinie 2019“ eingegangen. Es wird überprüft, ob das nunmehr bestehende EU-Gesellschaftsrecht in Bezug auf grenzüberschreitende Umgründungen der EuGH-Judikatur entspricht bzw. darüber hinaus geht.

Als Fazit der Arbeit ist festzuhalten, dass - Anbetracht des Umfangs der MobilRL sowie der Umsetzung in Rekordzeit - durchaus von gelungenen Maßnahmen im europäischen Gesellschaftsrecht zur Förderung der Niederlassungsfreiheit sowie zur Stärkung des Binnenmarktes gesprochen werden kann. Einige Kritikpunkte gibt es jedoch nach wie vor. So erscheinen bestimmte (unsachliche) Differenzierungen weiterhin nicht nachvollziehbar. So lässt der europäische Gesetzgeber nach wie vor nur grenzüberschreitenden Umgründungen für Kapitalgesellschaften, nicht aber für Personengesellschaften, zu. Auch sind grenzüberschreitende Spaltungen zur Aufnahme, anders als die Spaltung zur Neugründung, nicht möglich.

Hauptkritikpunkte an der MobilRL sind zudem die Legistik und der Aufbau des Gesetzestextes. So unterteilt der EU-Gesetzgeber die jeweiligen Umgründungsformen in eigenen Bereichen der Richtlinie, jedoch trägt dies nicht zu mehr Übersichtlichkeit bei. Ganz im Gegenteil, es erschwert den Vergleich zwischen den einzelnen Umgründungsarten. Auch fällt auf, dass sich die drei Arten von Umgründungen sehr ähnlich sind, weshalb hier ein Kapitel zu „Gemeinsamen Bestimmungen“ zur leichteren Lesbarkeit beigetragen hätte.

Auch die Schutzregime in Form von Mindestharmonisierungen gehen oft unterschiedlich weit. Obwohl der europäische Gesetzgeber ein angemessenes, einheitliches und stimmiges Konzept vor Augen hatte, gelang dies nicht in vollem Umfang. So erscheint die starre „4/5 Lösung“ bei der Mitbestimmung der Arbeitnehmer und die nur bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen direkt anwendbare „Auffanglösung“ ein Hauptproblem. Gerade im Bereich von Schutzbestimmungen sollte man Einheitlichkeit schaffen, was durch die MobilRL nicht gelang. Solch divergierende Schutzregime sind per se problematisch. Im Fall der MobilRL stellt sich auch die berechnete Frage nach einem sachlichen Grund für diese Unterscheidungen zwischen Umwandlung, Verschmelzung und Spaltung. Im Ergebnis bzw. in der Praxis werden gerade diese stark divergierenden Schutzregime dazu führen, dass (die einfacheren) grenzüberschreitende Verschmelzungen den grenzüberschreitenden Umwandlungen und Spaltungen vorgezogen werden. Bei Ersteren gibt es, zumindest auf Basis der MobilRL, erheblich weniger Schwierigkeiten bzw. Verzögerungen bei der Transaktion.

Zusammenfassend bringt die neue MobilRL aber wichtige Neuerungen im europäischen Unternehmensrecht und stellt einen wichtigen Schritt für die Kodifizierung des EU-Gesellschaftsrechts dar. Es bleibt die jeweilige Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten abzuwarten und zu hoffen, dass die Mitgliedsstaaten die ihnen offen stehenden Mitgliedstaatenoptionen auch sinnvoll nützen.

Jedoch lässt sich bereits zum heutigen Zeitpunkt sagen, dass für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel von Kapitalgesellschaften endlich ein voll funktionsfähiger Rechtsrahmen im Unionsgebiet geschaffen wurde, der sowohl für die Rechtsanwender als auch für die Rechtsunterworfenen die nötige Rechtssicherheit gewährleistet.

12 English Abstract

The aim of the Master Thesis is to shed light on the extent to which previous ECJ case law has been taken into account in the preparation of the new "Mobility Directive 2019". For this purpose, an overview of cross-border reorganizations in the EU area was carried out on the basis of the most prominent ECJ rulings on freedom of establishment. It is to be shown that so far only cross-border mergers can be carried out according to a standardized procedure and thus with a certain legal certainty. The new Mobility Directive 2019 will in future also align other restructuring constellations, such as cross-border divisions and transformations, to the previous procedure for cross-border mergers.

With reference to the recitals of the Directive and existing specialist literature (mainly from the German-speaking area), the individual innovations in the "Mobility Directive 2019" are discussed. It will be examined whether the now existing EU company law with regard to cross-border mergers corresponds to or goes beyond the jurisdiction of the European Court of Justice.

The conclusion of the work is that - in view of the scope of the Mobility Directive and its implementation in record time - one can certainly speak of successful measures in European company law to promote freedom of establishment and strengthen the internal market. However, there are still some points of criticism. For example, certain (unobjective) differentiations still seem incomprehensible. For example, the European legislator still only permits cross-border reorganizations for corporations, but not for partnerships. Cross-border demergers for absorption are also not possible, unlike demergers for new formation.

In addition, the main points of criticism of the Mobility Directive are the legal framework and the structure of the legal text. For example, the EU legislator divides the respective forms of reorganization into separate sections of the Directive, but this does not contribute to greater clarity. On the contrary, it makes it more difficult to compare the individual types of reorganization. It is also noticeable that the three types of restructuring are very similar, which is why a chapter on "Common Provisions" would have contributed to easier reading here.

The protection regimes in the form of minimum harmonization also often go to different extents. Although the European legislator had an appropriate, uniform and coherent concept in mind, this was not fully successful. Thus, the rigid "4/5 solution" for employee participation and the "fall-back solution", which is only directly applicable in cross-border mergers, appear

to be a major problem. It was precisely in the area of protective provisions that uniformity was to be created, which was not achieved by the Mobility Directive 2019. Such divergent protection regimes are problematic per se. In the case of the Mobile Directive, the justified question also arises as to a factual reason for these distinctions between transformation, merger and division. As a result, it is precisely these highly divergent protection regimes that will lead to (the simpler) cross-border mergers being preferred to cross-border transformations and divisions. In the case of the former, there are considerably fewer difficulties or delays in the transaction, at least on the basis of the Mobile Directive.

In summary, however, the new Mobility Directive 2019 brings important innovations in European company law and represents an important step towards the codification of EU company law. It remains to be seen how the Directive will be implemented in the Member States and it is to be hoped that the Member States will make good use of the options open to them.

However, it can already be said at this stage that a fully functional legal framework has finally been created within the territory of the Union for cross-border mergers, divisions and changes of form of limited liability companies, which guarantees the necessary legal certainty for both those applying the law and those subject to it.