

Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts

IPRax

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h. c. mult.
Dieter Henrich
Prof. Dr. Bernd von Hoffmann
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme
Prof. Dr. Dr. h. c. Herbert Kronke
Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel
Prof. Dr. Karsten Thorn

Schriftleitung:

Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel
Institut für internationales und
ausländisches Privatrecht
der Universität zu Köln
Gottfried-Keller-Straße 2
D-50931 Köln

Beirat:

Dr. Thomas Försterling
Rechtsanwalt
Prof. Dr. Reinhold Geimer
Notar
Dr. Rainer Hübtege
Vors. Richter am OLG
Prof. Dr. Jörg Pirrung
Richter am Europ. Gericht
1. Instanz
Dr. Dietrich Schefold
Rechtsanwalt

Abhandlungen

E. Jayme/C. Kohler: Europäisches
Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus
ohne Kodifikationsidee? 537

H. Dörner: Vorschlag für eine Unter-
haltspflichtenverordnung – Vorsicht
bei Gebrauch der deutschen
Fassung! 550

O. L. Knöfel: Ausländische Schein-
selbständige, Grundfreiheiten und
Qualifikation 552

Entscheidungsrezensionen

C. Althammer: Die Anforderungen
an die „Ankerklage“ am forum
connexitatis (Art. 6 Nr. 1 EuGVVO)
(EuGH, S. 589) 558

C. Thole: Die internationale Zustän-
digkeit nach Art. 22 Nr. 1 EuGVVO
für Immissionsabwehrklagen
(EuGH, S. 591) 564

S. Leible/E. Sommer: Tücken bei der
Bestimmung der internationalen
Zuständigkeit nach der EuGVVO:
Rügelose Einlassung, Gerichtsstands-
und Erfüllungsortvereinbarungen,
Vertragsgerichtsstand (BGH, S. 594) 568

M. Doralt: Sevic: Traum und Wirklich-
keit – die grenzüberschreitende
Verschmelzung ist Realität (EuGH,
S. 596) 572

M. Stürner: Internationalprivat- und
-verfahrenrechtliche Fragen bei
Klage auf Herausgabe einer Bürg-
schaftsurkunde aus der Insolvenz-
masse (LG Aachen, S. 599) 579

R. Jordans: Zur rechtlichen Ein-
ordnung von Gewinnzusagen
(BGH, S. 602) 582

M. Tamm/E. Gaedtke: Rechtsdurch-
setzungschancen bei Ansprüchen
aus Gewinnzusagen (AG Waren
[Müritz], S. 606) 584

E. Jayme: Verwertung eines gericht-
lich eingeholten Sachverständigen-
gutachtens zum ausländischen
Recht in einem anderen Verfahren –
Zur Verfassungswidrigkeit des
§ 411 a ZPO (AG Hohenschön-
hausen, S. 607) 587

Rezensierte Entscheidungen
(s. Seite III) 589

Rechtsprechungsübersicht
(s. Seite III) 611

Blick in das Ausland

B. Heiderhoff: Nationaler Ver-
brauchergerichtsstand nach der
Brüssel I-VO? (OGH, S. 607) 612

F. Kienle: Der Maklervertrag im
europäischen Zuständigkeitsrecht
(OGH, S. 608) 614

J. Dilger: Stille Wasser gründen tief
– die Cour de cassation zur
EheGVO a.F. (Cour de cassation,
S. 611) 617

A. Kampf: Neuregelung des inter-
nationalen Insolvenzrechts in
Belgien 620

Mitteilungen (s. Seite III) 624

Internationale Abkommen 626

Schrifttumshinweise 627

Neueste Informationen II, VII ff.

Kaufverträgen der Lieferort bestimmt werden, wenn eine Lieferung überhaupt nicht stattgefunden hat; wie, wenn es mehrere Lieferorte gibt?⁵²

Für den Praktiker gilt: Will er ungewisse Ergebnisse vermeiden, sollte er seine Erfüllungsortvereinbarung tunlichst an den Anforderungen von Art. 23 EuGVVO ausrichten und bei seiner

Zuständigkeitsrüge ausdrücklich auf die internationale Zuständigkeit abstellen, um sich und dem Gericht eine Auslegung mit oft nur schwer vorhersehbarem Ausgang zu ersparen.

52 Vgl. Rauscher/Leible (Fn. 4), Art. 5 Brüssel I-VO Rn. 51 ff.; Mayr/Czernich (Fn. 42), Rn. 123.

Sevic: Traum und Wirklichkeit – die grenzüberschreitende Verschmelzung ist Realität*

(zu EuGH, 13. 12. 2005 – Rs. C-411/03 – SEVIC Systems AG, unten S. 596, Nr. 41)

von Dr. Maria Doralt, Wien

I. Einleitung

Am Anfang stand der Traum der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit: Das europäische Gesellschaftsrecht sollte harmonisiert werden, grenzüberschreitende Verschmelzungen und Sitzverlegungen sollten möglich werden. Jahrzehntlang arbeiteten Experten in ganz Europa auf die Verwirklichung dieses Traums hin. Währenddessen arbeiteten Praktiker an ausgetüftelten Lösungen, um internationale Transaktionen, für die an sich die Rechtsgrundlage noch fehlte, zumindest annäherungsweise zu ermöglichen. Oft waren diese Lösungen mit hohen Kosten und großer Rechtsunsicherheit behaftet.

In den letzten Jahren überschlugen sich plötzlich die Ereignisse im europäischen Gesellschaftsrecht. Die europäische Gesetzgebung war von einer bisher nie da gewesenen Intensität: SE-VO,¹ SCE-VO,² Übernahme-RL,³ internationale Verschmelzungs-RL.⁴ Zugleich übertraf sich der Integrationsmotor EuGH selbst: Die Entscheidungen der vergangenen Jahre waren Meilensteine zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit im europäischen Gesellschaftsrecht. Fragen, die seit der viel beachteten Daily-Mail-Entscheidung⁵ in Europa heftig diskutiert wurden, sind heute in weiten Bereichen geklärt.⁶

Mit Sevic wendet der EuGH die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit erstmals auf grenzüberschreitende Verschmelzungen an.⁷ Die grenzüberschreitende Verschmelzung dürfte damit endgültig Realität sein. Die Entscheidung ist weit über den Einzelfall hinaus von grundlegender Bedeutung für grenzüberschreitende Umwandlungen.

II. Das Sevic-Urteil des EuGH

Aus deutscher Sicht ist Sevic vielleicht die spektakulärste Entscheidung des EuGH im internationalen Gesellschaftsrecht:⁸ Der EuGH geht damit weit über Centros, Überseering und Inspire Art hinaus und wendet die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit erstmals auf grenzüberschreitende Verschmelzungen an.

Der Sachverhalt von Sevic betrifft die Hineinverschmelzung (der Luxemburgischen Security Vision Concept SA mit Sitz in Luxemburg auf die Deutsche SEVIC Systems Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland). Mit dem Urteil erklärt der EuGH das generelle Verbot der Hineinverschmelzung für unzulässig: Nach der Entscheidung stehen die „Artikel 43 EG und 48 EG ... dem entgegen, dass in einem Mitgliedstaat die Eintragung einer Verschmelzung ... in das nationale Handelsregister generell verweigert wird, wenn eine der beiden Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, während eine solche Eintra-

* Meinem Kollegen Herrn Dr. Nikolaus Adensamer danke ich herzlich für die kritische Diskussion.

1 VO 2157/2001 vom 8. 10. 2001.

2 VO 1435/2003 vom 22. 7. 2003.

3 RL 2004/25/EG vom 21. 4. 2004 (13. gesellschaftsrechtliche Richtlinie).

4 RL 2005/56/EG vom 26. 10. 2005 (10. gesellschaftsrechtliche Richtlinie).

5 EuGH Rs. 81/87 vom 27. 9. 1988 (Daily Mail), IPRax 1989, 381, m. Anm. Behrens, 354.

6 Hervorzuheben sind insb. folgende Entscheidungen: EuGH Rs. C-212/97 vom 9. 3. 1999 (Centros), IPRax 1999, 360, m. Anm. Behrens, 323; EuGH Rs. C-208/00 vom 5. 11. 2002 (Überseering), IPRax 2003, 65, m. Anm. W.-H. Roth, 117 und Behrens, 193; EuGH Rs. C-167/01 vom 30. 9. 2003 (Inspire Art), IPRax 2004, 46, m. Anm. Behrens, 20. Zu beachten sind auch die diversen Entscheidungen über sog. Golden Shares, s. dazu nur den Überblick bei Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht (2004) Randnr. 770, 791, 928 und 969. Zur Niederlassungsfreiheit von natürlichen Personen vgl. auch EuGH Rs. C-9/02 vom 11. 3. 2004 (De Lasteyrie du Saillant); EuGH C-251/98 vom 13. 4. 2000 (Baars); sowie zur Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH C-415/93 vom 15. 12. 1995 (Bosmann) und EuGH C-190/98 vom 27. 1. 2000 (Graf).

7 EuGH Rs. C-411/03 vom 13. 12. 2005, IPRax 2006, 596 (in diesem Heft); Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano vom 7. 7. 2005, Urteil und Schlussanträge wurden in der Lit. ausführlich kommentiert. Zum Urteil beachte insb. Lutter/Drygala, JZ 2006, 770 ff.; Bayer/Schmidt, ZIP 2006, 210 ff.; Behrens, EuZW 2006, 65; Teichmann, ZIP 2006, 355 ff.; Kieninger, EWS 2006, 49 ff.; Siems, EuZW 2006, 135 ff.; Gottschalk, EuZW 2006, 83 f.; Kraft/Bron, IStR 2006, 26 ff.; Drygala, EWiR 2006, 25 f.; Schmidt/Maul, BB 2006, 13 f.; Kappes, NZG 2006, 101 ff.; Bungert, BB 2006, 53 ff.; Kallmeyer/Kappes, AG 2006, 224 ff.; Meilicke/Rabback, GmbHR 3/2006, 123 ff.; vgl. auch Huemer, in: Keiler/Grumböck: EuGH-Judikatur aktuell (2006), 182 f.; Huemer, RWZ 2006/11, 33 ff. und 2006/21, 65 ff.; Rieder, GeS 2006, 4 ff.; Mader, RWZ 2006/12, 37 ff. und 2006/22, 71 ff.; Haunold/Tümpel/Widhalm, SWI 2006, 48 ff.; Straub, ecolex 2006, 219 ff.; Ratka, GeS 2006, 52 ff. Zu den Schlussanträgen siehe insb. Kuntz, EuZW 2005, 524 ff.; Wächter, EWiR 2005, 581 f.; Geyhalter/Weber, NZG 2005, 837 f. Zur internationalen Verschmelzung allg. Eidenmüller/Engert, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht (2004) § 4 Randnr. 55 ff.; Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht Randnr. 781 ff., 785, 895 ff.; Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung (1997) § 219 Randnr. 5; Koppensteiner, GesRZ 2006, 111 ff.; Koppensteiner, Der Konzern 2006, 40 ff.; Kraft/Bron, RIW 2005, 641 ff.; zur grenzüberschreitenden Umwandlung Kronke/Mazza, in: Kronke/Melis/Schnyder, HdB Internationales Wirtschaftsrecht (2005), Teil K Randnr. 225 ff. Zur Niederlassungsfreiheit im europäischen Gesellschaftsrecht statt aller Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht Randnr. 145 ff., 175 ff., 741 ff. m. w. N.; N. Adensamer, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften (2006) 97 ff.

8 S. Fn. 7. Beachte seither die Entscheidung EuGH Rs. C-453/04 vom 1. 6. 2006, EuZW 2006, 537 (imoventif Limited), die aber in ihrer Bedeutung deutlich hinter Sevic zurückbleibt: Danach stehen Art. 43 EG und 48 EG der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegen, nach der die Eintragung der Zweigniederlassung einer GmbH mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat von der Zahlung eines Vorschusses auf die zu erwartenden Kosten der Veröffentlichung des Geschäftsgegenstands der GmbH, wie in ihrem Errichtungsakt niedergelegt, abhängig gemacht wird. (Keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, auf eine Rechtfertigung kommt es daher nicht an.) Beachte jüngst die Vorlage des Regionalgerichts Szeged, Ungarn, vom 20. 4. 2006 zur Wegzugsfreiheit (Cartesio, EuGH Rs. C-210/06).

gung, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, möglich ist, wenn beide . . . beteiligten Gesellschaften ihren Sitz im erstgenannten Mitgliedstaat haben“.⁹

Die Entscheidung stellt im Wesentlichen drei Punkte klar:

- Erstens, die grenzüberschreitende Hineinverschmelzung fällt in die Niederlassungsfreiheit.¹⁰ Gemeinschaftliche Harmonisierungsvorschriften zur Erleichterung grenzüberschreitender Verschmelzungen sind keine Vorbedingung für die Durchführung der Niederlassungsfreiheit.¹¹ Dies dürfte nicht nur für die Verschmelzung, sondern allgemein auch für andere Gesellschaftsumwandlungen gelten.¹²
- Zweitens, eine unterschiedliche Behandlung von innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen stellt jedenfalls eine Beschränkung gemäß Art. 43 EG und 48 EG dar, die im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit steht.¹³
- Drittens, eine solche Beschränkung ist nur zulässig, wenn mit ihr ein legitimes Ziel verfolgt wird, sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist und sie zur Erreichung des damit verfolgten Zieles geeignet und erforderlich ist.¹⁴ Eine generelle Verweigerung der Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung ist jedenfalls unzulässig (Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip).¹⁵

III. Konsequenzen für grenzüberschreitende Umwandlungen

1) Allgemeine Zulässigkeit von grenzüberschreitenden Umwandlungen; Rechtfertigung von Beschränkungen

a) Zu Zulässigkeit und Rechtfertigung im Allgemeinen

Nach *Sevic* gilt die Niederlassungsfreiheit jedenfalls für die Hineinverschmelzung. Darüber hinaus dürfte die Niederlassungsfreiheit aber auch für andere Umwandlungen gelten.¹⁶ In der Begründung geht der EuGH von einer grundsätzlichen Gleichstellung von grenzüberschreitenden Verschmelzungen und „andere[n] Gesellschaftsumwandlungen“ aus.¹⁷ Dies überzeugt.

Im Einzelfall kann die Niederlassungsfreiheit freilich auch bei grenzüberschreitenden Umwandlungen beschränkt werden. In diesem Zusammenhang ist Folgendes hervorzuheben:

Der Generalanwalt ordnet § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG als unzulässige diskriminierende Rechtsvorschrift ein.¹⁸ Er ergänzt aber, dass selbst eine Einordnung der Rechtsvorschrift als „nicht diskriminierend“ an der Unzulässigkeit der Vorschrift nichts ändern würde. Denn eine Rechtfertigung der Beschränkung liege jedenfalls nicht vor – insb. die notwendige Verhältnismäßigkeit fehle.¹⁹

Der EuGH folgt also in *Sevic* nicht „der in seiner Rechtsprechung üblichen Linie“,²⁰ nach welcher (direkte) Diskriminierungen nur nach Maßgabe des Art. 46 EG gerechtfertigt werden können. Vielmehr verzichtet er darauf, die deutsche Regelung ausdrücklich als „Diskriminierung“ zu qualifizieren, (behandelt sie wie eine bloße „Beschränkung“) und dehnt – ohne nähere Erläuterung dazu – die denkbaren Rechtfertigungsgründe auf alle „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ aus.²¹ *Teichmann* weist zu Recht darauf hin, dass der EuGH den Mitgliedstaaten damit i. E. einen deutlich größeren Spielraum eröffnet (Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses anstatt Rechtfertigung nur nach Art. 46 EG).²²

Nach *Sevic* können selbst zwingende Gründe des Allgemeininteresses kein absolutes Verbot der (Hinein-)Verschmelzung rechtfertigen. Konkrete Gefährdungen könnten

aber im Einzelfall Beschränkungen rechtfertigen. Insb. könnte der Schutz von Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern „unter bestimmten Umständen und bei Beachtung bestimmter Voraussetzungen“ eine Beschränkung rechtfertigen.²³ Näheres lässt sich der EuGH-Entscheidung leider nicht entnehmen.²⁴

⁹ Randnr. 31, Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁰ Randnr. 16–19, unter Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts: In den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen „alle Maßnahmen, die den Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat . . . und die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in jenem Staat dadurch ermöglichen oder auch nur erleichtern, dass sie die tatsächliche Teilnahme der betroffenen Wirtschaftsbeteiligten am Wirtschaftsleben des letztgenannten Mitgliedstaats unter denselben Bedingungen gestatten, die für die inländischen Wirtschaftsbeteiligten gelten“ (Randnr. 18, Hervorhebung hinzugefügt). Die vor der EuGH-Entscheidung geführte Diskussion, ob selbst beim sog. corporate suicide die Niederlassungsfreiheit greift, ist damit – zu Recht – mit einem klaren „Ja“ beantwortet, vgl. zur Diskussion *Kuntz*, EuZW 2005, 526; *Gottschalk*, EuZW 2006, 84.

¹¹ Randnr. 26 m. w. N. Zust. *Behrens*, EuZW 2006, 65, mit Hinweis, dass „der EuGH die Anwendung der primärrechtlichen Grundfreiheiten prinzipiell nicht vom Erlass von Richtlinien abhängig macht, die nicht der Ermöglichung, sondern lediglich der Erleichterung der Wahrnehmung der Grundfreiheiten dienen“.

¹² „Grenzüberschreitende Verschmelzungen entsprechen wie andere Gesellschaftsumwandlungen den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten. Sie stellen besondere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar und gehören damit zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten, hinsichtlich deren die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit nach Artikel 43 EG beachten müssen (Randnr. 19, Hervorhebungen hinzugefügt).“

¹³ Randnr. 20–23.

¹⁴ Randnr. 23 m. w. N., insb. Verweis auf *De Lasteyrie du Saillant*, Fn. 6, Randnr. 49. Zum sog. Vier-Kriterien-Test (iZm nicht diskriminierenden Beschränkungen) s. auch EuGH Rs. C-55/94 vom 30. 11. 1995 (*Gebhard*) Randnr. 37; EuGH Rs. C-19/92 vom 31. 3. 1993 (*Kraus*) Randnr. 32. Nach *Sevic* könnten der Schutz von Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern sowie die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterkeit des Handelsverkehrs „unter bestimmten Umständen und bei Beachtung bestimmter Voraussetzungen“ beschränkende Maßnahmen rechtfertigen (Randnr. 28 f. mit Verweis auf *Überseering* und *Inspire Art*; Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁵ Randnr. 30.

¹⁶ Arg. „andere Gesellschaftsumwandlungen“ und Wiedergabe von § 1 UmwG (Randnr. 19 und 3). Vgl. schon *Lutter*, in: *Lutter, UmwG²* § 1 Randnr. 9 f. (und Fn. 32 zum Verhältnis zu *Daily Mail*); *Lutter/Drygala*, in: *Lutter, UmwG³* § 1 Randnr. 14 ff.; *Kronke/Mazza*, in: *HdB Internationales Wirtschaftsrecht*, Teil K Randnr. 225 ff., 230 f., s. a. 235 f.

¹⁷ Randnr. 19. S. schon Fn. 12.

¹⁸ Schlussanträge, Fn. 7, Randnr. 56 ff. Deshalb käme nur die in Art. 46 EG vorgesehene Rechtfertigung in Betracht (öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit). Im Übrigen enthalte Art. 46 EG eine Ausnahme von einem tragenden Grundsatz des Vertrages und sei daher eng auszulegen. Ganz offenkundig liege im Fall *Sevic* keine tatsächliche und hinreichende schwere Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre, vor. Art. 46 EG greife daher nicht. Zust. zur Einordnung als diskriminierende Rechtsvorschrift *Behrens*, EuZW 2006, 65; *Teichmann*, ZIP 2006, 356.

¹⁹ „Eine Maßnahme, die ein so absolutes und automatisches Verbot aufstellt, kann sicher nicht als verhältnismäßig angesehen werden.“ (Schlussanträge, Fn. 7, Randnr. 66; zur Argumentation im Einzelnen Randnr. 59 ff.).

²⁰ *Behrens*, EuZW 2006, 65.

²¹ *Behrens*, EuZW 2006, 65. Vgl. schon *Wachter*, EWIR 2005, 582 mit Verweis auf vergangene Rspr. des EuGH, wonach selbst bei offener Diskriminierung eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich sei (dazu verweist *Wachter* auf EuGH Rs. C-336/96 vom 12. 5. 1998 (*Gilly*) Randnr. 30). Allg., insb. zur Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Diskriminierung, *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf I* Art. 43 Randnr. 38 ff.

²² ZIP 2006, 356 f. m. w. N. Anm.: Dem entgegen geht der sog. Vier-Kriterien-Test davon aus, dass eine „nicht diskriminierende“ Beschränkung vorliegt, vgl. insb. die Urteile *Gebhard* und *Kraus*, Fn. 14, *De Lasteyrie du Saillant*, Fn. 6.

²³ S. schon Fn. 14.

²⁴ Ebenso *Bayer/Schmidt*, ZIP 2006, 212. Ausführlich zu Gläubigerschutz, Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern *Kieninger*, EWS 2006, 52 f. m. w. N.

b) Zum Gläubigerschutz im Licht der Niederlassungsfreiheit

Im Licht der europäischen Diskussion über den Kapitalschutz ist die Frage, inwieweit der Gläubigerschutz eine Beschränkung rechtfertigen kann, von besonderem Interesse.²⁵ In vielen Jurisdiktionen, so etwa in Deutschland und in Österreich, normiert das Gesetz einen deutlich über die Richtlinie hinausgehenden Kapitalschutz. Zum Teil gibt es auch Judikatur über die Grenzen der Zulässigkeit von Transaktionen im Hinblick auf den Kapitalschutz (insb. § 57 AktG).

So gibt es etwa Entscheidungen des ö. OGH, die für den Gläubigerschutz bei Verschmelzungen von Bedeutung sind:²⁶

Ein down stream Merger ist danach nur unter Einhaltung der Regeln über die Kapitalerhaltung zulässig. Die Verschmelzung der (übertragenden) Mutter- auf die (übernehmende) Tochtergesellschaft ist nur zulässig, wenn (nach Abzug des Werts der Beteiligung an der Tochter, aber unter Berücksichtigung von stillen Reserven und Firmenwert, sofern dieser nicht nur auf die Beteiligung zurückzuführen ist) ein positiver Verkehrswert übertragen wird. Denn der nachgelagerte Gläubigerschutz bei der Verschmelzung²⁷ bietet keinen der Kapitalerhaltung gleichwertigen Schutz.²⁸

Weiterhin ist auch die Verschmelzung mit sog. kapitalherabsetzendem Effekt²⁹ nur innerhalb enger Grenzen zulässig.³⁰ Der österreichische OGH hat sich bisher von diesem Grundsatz nicht klar distanziert. Folglich werden österreichische Firmenbuchrichter Verschmelzungen mit kapitalherabsetzendem Effekt wohl vorerst nur eintragen, wenn die Voraussetzungen der OGH-Entscheidung vom 11. 11. 1999 erfüllt sind.³¹

Es ist davon auszugehen, dass die von der österreichischen Judikatur aufgestellten Grundsätze bis auf weiteres sowohl für den down stream Merger als auch für den up stream Merger, die Spaltung oder sonstige gleich gelagerte Fälle gelten.³²

Angesichts derartiger nationaler Beschränkungen ist mit Spannung zu erwarten, wo der EuGH die Grenze zwischen Niederlassungsfreiheit und Gläubigerschutz ziehen wird.³³

2) Wegzugsfreiheit?

a) Bisheriger Stand

Die Frage der Wegzugsfreiheit ist in der gesellschaftsrechtlichen Lit. umstritten.³⁴ Die letzte unmittelbar einschlägige Entscheidung war Daily Mail im Jahr 1988.³⁵ In Daily Mail sprach der EuGH aus, dass eine Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet ist und in diesem ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nicht das Recht hat, den Sitz ihrer Geschäftsleitung (unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedstaats ihrer Gründung) in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Der EuGH begründete dies einerseits mit dem besonderen Charakter von Kapitalgesellschaften als „Creatures of the Law“ und andererseits mit der Systematik des EG-Vertrags.³⁶

Bisher ist der EuGH im Bereich des internationalen Gesellschaftsrechts nicht ausdrücklich von Daily Mail abgerückt. Vielmehr hat er sich sowohl in Überseering³⁷ als auch in Inspire Art³⁸ ausdrücklich mit Daily Mail befasst, ohne eine Distanzierung von den zentralen Aussagen der Entscheidung erkennen zu lassen. Er hielt sie einfach nicht für einschlägig, da den Entschei-

Regierung teilt diese Auffassung. In Deutschland hingegen sprechen sich bedeutende Stimmen für die Aufrechterhaltung des bestehenden Systems aus, s. nur Lutter, Kapital in Europa (2006). Für einen Überblick zur rechtspolitischen Diskussion s. Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005), 321 ff. Krit. auch Armour, EBOR 2006, 5 ff.; Enriques/Amacey, Cornell Law Review 2001, 1165 ff.; Davis, AG 1998, 346 ff. (für Gesellschaften, die nicht von der 2. RL erfasst sind). Vgl. auch Micheler, ZGR 2004, 325 ff. und Oelkers, GesRZ 2004, 360 ff. und GesRZ 2005, 27 ff.

- 26 Beachte insb. OGH 25. 6. 1996 i. d. F. des Berichtigungsbeschlusses vom 17. 9. 1996, 4Ob 2078/96h, JBl 1997, 108 ff. (Anm. Hügel) = ÖBA 1997, 193 = ecolex 1997, 437 zur Bestellung von Sicherheiten zugunsten eines Gesellschafters beim sog. LBO; OGH 11. 11. 1999, 6Ob 4/99b, JBl. 2000, 188 ff. = GesRZ 2000, 25 = RWZ 2000, 47 (Anm. Th. Wenger) = ecolex 2000, 121, zur Zulässigkeit des down stream Mergers nach Aktienrecht (Kapitalerhaltung); der Volltext dieser Entscheidung ist abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at/jus/>. Beide Entscheidungen wurden in der ö. Lit. umfassend diskutiert, für einen kurzen Überblick s. nur Doralt/Winner, MünchKomm AktG² § 57 Randnr. 248 ff. bei Fn. 579 und 588. Zur Verunsicherung bei den ö. Firmenbuchgerichten nach der Entscheidung vom 11. 11. 1999 s. G. Nowotny, ecolex 2000, 116 ff. („Der Hilferuf eines Firmenbuchrichters“); s. auch G. Nowotny, ecolex 2000, 722 ff. und 800 ff.
- 27 § 226 öAktG, entspricht § 22 UmwG.
- 28 OGH 11. 11. 1999, Fn. 26 JBl 2000, 191 f. In der ö. Lit. wird auch die Übertragung eines Verkehrswertes von plus/minus Null für – im Hinblick auf die Kapitalerhaltung – zulässig gehalten, M. Doralt, Management Buyout (2001), 231 f. Weiters wird vertreten, dass bei betrieblicher Rechtfertigung (ausnahmsweise) auch eine Übertragung eines für sich betrachtet negativen Verkehrswertes zulässig sei (arg.: die betriebliche Rechtfertigung ist nichts anderes als ein vermögenswertes Interesse im weiteren Sinn), M. Doralt, MBO, 62; Koppensteiner, GmbHG² § 82 Randnr. 16; OLG Wien 15. 11. 2004, 28 R 111/04f, 28 R 112/04b, GeS 2005, 276; jüngst OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d, Volltext abrufbar wie in Fn. 26, alle m. w. N. auch zu a. A.
- 29 Etwa Verschmelzung einer AG mit gebundenem Kapital von EUR 10 Mio. auf eine AG mit gebundenem Kapital von nur EUR 1 Mio.
- 30 Eine Verschmelzung mit kapitalherabsetzendem Effekt ist nach dem OGH (11. 11. 1999, Fn. 26) etwa ausnahmsweise zulässig bei (i) Bilanzierung der übernommenen Aktiva als gebundene Rücklage, (ii) nachprüfbarem Nachweis über Befriedigung oder Sicherstellung aller Gläubiger. Vgl. Koppensteiner, wbl 1999, 333 ff.
- 31 Zur Frage, ob man aus der Entscheidung des OGH vom 20. 3. 2003, Fn. 70, (welche auf das Problem des kapitalherabsetzenden Effekts nicht näher eingeht) ableiten kann, dass der OGH an diesem Grundsatz nicht länger festhält vgl. G. Nowotny, ecolex 2003, 691; M. Doralt, GesRZ 2004, 34 bei Fn. 54.
- 32 Zur Gleichbehandlung von up stream Merger M. Doralt, MBO, 255 ff. m. w. N.; ihr folgend Doralt/Winner, MünchKomm AktG² § 57 Randnr. 251; a. A. Sauer, Leveraged Management Buy-Out (1995) 322 f., 337; s. a. Sauer, in: Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 52 Randnr. 88 ff. Allg. sowie zur Gleichbehandlung von Spaltung M. Doralt, MBO, 199 ff.
- 33 Auf den ersten Blick sprechen gute Gründe dafür, grenzüberschreitende Transaktionen – im Einklang mit der Vereinigungstheorie – nur unter Einhaltung sämtlicher Schutzmechanismen der nationalen Rechtsordnung zuzulassen und Regelungen über den Gläubigerschutz, welche die Niederlassungsfreiheit beschränken, für zulässig zu erachten (vgl. dazu die Anhaltspunkte in der 10. RL und in der SE-VO, s. schon Bayer/Schmidt, ZIP 2006, 213). In der Vergangenheit hat sich der EuGH allerdings im Einzelnen eher restriktiv zur Rechtfertigung aus Gläubigerschutzermägungen gezeigt, vgl. etwa in der jüngeren Vergangenheit Inspire Art, Fn. 6, Randnr. 135 ff. S. a. Fn. 57.
- 34 Vgl. etwa Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht Randnr. 778; Randelzhofer/Forsthoef, in: Grabitz/Hilf I Art. 48 Randnr. 57 ff. und Art. 43 Randnr. 61; Hirte, in: Hopt/Tzouganatos, Europäisierung des Handels- und Wirtschaftsrechts (2006), 11 ff., alle m. w. N.
- 35 S. Fn. 5.
- 36 „Im Gegensatz zu natürlichen Personen werden Gesellschaften aufgrund einer Rechtsordnung, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts aufgrund einer nationalen Rechtsordnung, gegründet. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, haben sie keine Realität“ (Randnr. 19, sog. „Creatures of the Law-“ bzw. „Geschöpf-“Theorie). Darüber hinaus seien nach Art. 293 EG (222 EWG) Übereinkommen erst abzuschließen, „um . . . die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes . . . in einen anderen [Mitgliedstaat] sicherzustellen“ (Randnr. 21); Möglichkeit und Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes einer Gesellschaft (in einem anderen Mitgliedstaat) seien Probleme, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses bedürften (Randnr. 23 f.). Siehe jüngst N. Adensamer, Kollisionsrecht 121 f. m. w. N.
- 37 Siehe Fn. 6 (insb. Randnr. 61 ff.).
- 38 Siehe Fn. 6 (Randnr. 102 f.).

25 Die Kapital-RL (RL 77/91/EWG vom 13. 12. 1976, 2. gesellschaftsrechtliche Richtlinie) mit ihrem „Mindeststandard“ zum Kapitalschutz bei AGs ist in Europa umstritten. Das System war insb. dem englischen Recht fremd und wird dort weiterhin in Frage gestellt. Eine britische Arbeitsgruppe empfiehlt die Abschaffung der 2. RL, da das System teuer und überflüssig sei, s. J. Rickford, EBLR 2004, 919 ff.; die britische

dungen jeweils Zuzugsfälle zugrunde lagen (Technik des sog. *distinguishings*).³⁹

b) Die Wegzugsfreiheit im Licht von *Sevic*

Der *Sevic*-Entscheidung liegt ein Fall der Hineinverschmelzung zugrunde. Nur an zwei Stellen werden aber die Ausführungen auch tatsächlich auf die Hineinverschmelzung eingeschränkt:

(i) Bei den Ausführungen zur Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit wird auf eine „Verschmelzung, wie sie sich im Ausgabungsverfahren darstellt“ Bezug genommen.⁴⁰

(ii) Bei der Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit wird auf alle Maßnahmen, die den „Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat“ ermöglichen oder erleichtern, Bezug genommen.⁴¹

Daraus lässt sich jedenfalls nicht ableiten, dass der EuGH die Herausverschmelzung anders als die Hineinverschmelzung behandeln möchte. Vielmehr nimmt der EuGH zur Frage der Wegzugsfreiheit bloß nicht ausdrücklich Stellung.⁴² Trotz *Daily Mail* (und der wiederholten Bezugnahme des EuGH auf *Daily Mail* in anderen Entscheidungen) sprechen gewisse Indizien in *Sevic*, v. a. aber schwerwiegende allgemeine Überlegungen dafür, Hinein- und Herausverschmelzung (und damit Zuzug und Wegzug) grundsätzlich gleich zu behandeln.⁴³

(i) Im Spruch von *Sevic* wird lediglich allgemein auf die Verschmelzung Bezug genommen (ohne Einschränkung auf die Hineinverschmelzung); auch in der Begründung ist dies ganz überwiegend der Fall.⁴⁴

(ii) Nach Art. 48 EG gilt die Niederlassungsfreiheit grundsätzlich für Gesellschaften wie für natürliche Personen (Gleichstellung).⁴⁵ Schon die jüngere Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von natürlichen Personen legt nahe, dass der EuGH Zu- und Wegzugsbeschränkungen generell gleich behandeln würde.⁴⁶ In der Begründung von *Sevic* verweist der EuGH nun ausdrücklich auf diese Judikatur (*De Lasteyrie du Saillant* zur Wegzugsfreiheit für natürliche Personen).⁴⁷

(iii) Der Sinn und Zweck der Niederlassungsfreiheit erfordert es, dass sowohl *generelle* Zuzugs- als auch *generelle* Wegzugsbeschränkungen unzulässig sind. Eine freie Standortwahl muss notwendigerweise beide Aspekte eines Niederlassungsvorgangs – den Zuzug wie den Wegzug – ermöglichen.⁴⁸ Entsprechend erkennt auch der EuGH schon in *Daily Mail* an, dass ein generelles Wegzugsverbot nicht zulässig ist.⁴⁹ In Fortentwicklung dieser Argumentation begründet der Generalanwalt die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit in *Sevic* auch damit, dass (aus Sicht der deutschen Gesellschaft) auch ein Fall der Beschränkung bei der Errichtung einer Zweitniederlassung im Ausland vorliege. Er ordnet den Fall sowohl als Zuzugs- als auch als Wegzugsbeschränkung ein.⁵⁰

c) Schlussfolgerung

Es ist zu bezweifeln, dass eine *generelle* Ungleichbehandlung von Zuzug und Wegzug aufrechterhalten werden kann. Im Ergebnis überzeugt nur die grundsätzliche Gleichbehandlung von Zuzug und Wegzug und damit von Hinein- und Herausverschmelzung (d. h. in beiden Fällen kein *generelles* Verbot möglich).⁵¹ Im Einzelfall könnte sich allerdings eine Differenzierung im Hinblick auf die konkrete Gefährdung ergeben.⁵²

3) Einzelne Fallvarianten

a) Allgemeines zur Systematisierung

Um den Überblick über die unzähligen Fallvarianten zu bewahren empfiehlt es sich, die folgenden Einteilungskriterien zu nutzen:

- 39 Vgl. *Bayer/Schmidt*, ZIP 2006, 211; *Kieninger*, EWS 2006, 51 m. w. N.
- 40 Randnr. 16.
- 41 Randnr. 18. Dazu *Kieninger*, EWS 2006, 52 mit einer möglichen Erklärung für die Erwähnung der Perspektive des Zuzugsstaates: Es gehe hier darum, das Argument zu entkräften, die grenzüberschreitende Verschmelzung falle von vornherein nicht in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit (weil sich die übertragende Gesellschaft nicht niederlasse, sondern auflöse).
- 42 I. E. wie hier *Bayer/Schmidt*, ZIP 2006, 211; *Kieninger*, EWS 2006, 52. Deutlicher der Generalanwalt zur Gleichstellung von Zuzugs- und Wegzugsbeschränkungen: „Mit anderen Worten sind sowohl Beschränkungen des „Zugangs“ . . . als auch Beschränkungen des „Weggangs“ . . . verboten“ (Schlussanträge, Fn. 7, Randnr. 45). Dies impliziert, dass Hinein- und Herausverschmelzungen nicht unterschiedlich behandelt werden können.
- 43 Näher die folgenden Fn. Anders insb. *Schmidt/Maul*, BB 2006, 14; *Kappes*, NZG 2006, 101 f.: Beide halten auch nach *Sevic* die unterschiedliche Behandlung von Hinein- und Herausverschmelzung für (zumindest vorerst) zulässig.
- 44 Randnr. 26, 27, 30, 31, s. auch 20 ff., 12 ff. und 9.
- 45 S. nur *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf I* Art. 43 Randnr. 1 und 34 ff. m. w. N. zu den Besonderheiten im Gesellschaftsrecht.
- 46 Für natürliche Personen lehnt der EuGH eine Differenzierung von Zu- und Wegzug ab, s. nur die Nachweise in Fn. 6; vgl. a. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf I* Art. 43 Randnr. 60 ff., insb. 61; Die Niederlassungsfreiheit habe als Verpflichtungsadressaten nur den Aufnahmemitgliedstaat, der EuGH habe aber erkannt, dass der Verpflichtungsgehalt zu erweitern sei.
- 47 Randnr. 23: Verweis auf *De Lasteyrie du Saillant*, Fn. 6, Randnr. 49 (zu Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit i. Z. m. Wegzug einer natürlichen Person; Argumentation nach dem sog. Vier-Kriterien-Test, vgl. *Gebhard* Fn. 14 Randnr. 37). Zur Frage, ob damit die *Daily-Mail* Grundsätze heute überholt sind: I. d. S. etwa *Bayer/Schmidt*, ZIP 2006, 211 m. w. N. A. A. *Gottschalk*, EuZW 2006, 84: Die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Herausverschmelzung sei nicht notwendigerweise eine Abkehr von *Daily Mail* (arg. bei *Daily Mail* ging es um den Wegzug einer Gesellschaft, bei der Verschmelzung sind zwei Gesellschaften betroffen, die sich jeweils auf die Niederlassungsfreiheit berufen können). Anm.: Für die grenzüberschreitende Sitzverlegung greift diese Argumentation allerdings nicht.
- 48 Wie hier *Siems*, EuZW 2006, 138 bei Fn. 35; *Bungert*, BB 2006, 56; *N. Adensamer*, Kollisionsrecht, 146 f.; allg. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht Randnr. 180: „Außerdem gilt (auch) die Niederlassungsfreiheit für den Zu- wie den Wegzug“ (mit Verweis auf *Daily Mail* Randnr. 16; *Behrens*, JBl 2000, 347 ff.; *Mülbart/Schmolke*, ZvgLRW 100 (2001), 269 ff.; *Schön*, in: FS Lutter (2000), 702 f.) sowie Randnr. 778 zur Sitzverlegung (differenzierend) und Randnr. 781 und 785 zur Verschmelzung, s. unten Fn. 54. Allg. für die Gleichstellung von Zuzugs- und Wegzugsbeschränkungen bzw. Hinein- und Herausverschmelzung etwa auch *Bayer/Schmidt*, ZIP 2006, 211 m. w. N. Fn. 4 und 5; *Kronke/Mazza*, in: HdB Internationales Wirtschaftsrecht, Teil K Randnr. 231; *Kieninger*, EWS 2006, 51 f. (allerdings mit Hinweis, dass die Herausverschmelzung im Einzelnen größere Schutzprobleme aufwirft); *Meilicke/Rabback*, GmbH 3/2006, 125 f.; und i. E. *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG³ § 1 Randnr. 25, sowie jüngst *Lutter/Drygala*, JZ 2006, 771 (mit Hinweis auf die besonderen Beschränkungsmöglichkeiten bei Wegzugsfällen). Vgl. auch *Eidenmüller/Engert*, „Ausländische Kapitalgesellschaften“ § 4 Randnr. 82 und 92. Zu a. A. siehe Fn. 43.
- 49 „Zwar sollen diese Bestimmungen ihrer Fassung nach insbesondere die Inländerbehandlung im Aufnahmemitgliedstaat sicherstellen, sie verbieten es aber auch dem Herkunftsstaat, die Niederlassung seiner Staatsangehörigen oder einer nach seinem Recht gegründeten, der Definition des Artikels 58 genügenden Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat zu behindern. Wie die Kommission zu Recht ausgeführt hat, wären die in Artikel 52 ff. gewährten Rechte sinnentleert, wenn der Herkunftsstaat Unternehmen verbieten könnte, auszuwandern, um sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen“ (Fn. 5, Randnr. 16).
- 50 Schlussanträge, Fn. 7, Randnr. 35 ff. Zust. *Behrens*, EuZW 2006, 65. S. a. *Teichmann*, ZIP 2006, 358 m. w. N.: Nach *Teichmann* hat der EuGH durch die Eröffnung der Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses § 1 Abs. 1 UmwG letztlich als bloße Beschränkung (und nicht als Diskriminierung) eingeordnet. Dies passe zu den Ausführungen des Generalanwalts zur Zulässigkeit des Wegzugs: Ginge es allein um die Benachteiligung der ausländischen Gesellschaft, sich hineinzuverschmelzen, so hätte der EuGH die – vom Generalanwalt vorgeschlagene – Diskriminierung annehmen müssen. Hingegen ließe sich ein in der Zukunft zu entscheidender Fall der Herausverschmelzung nun widerspruchlos in das Schema der Argumentation des EuGH in *Sevic* einfügen.
- 51 Wie hier wohl insb. *Grundmann*, *Siems*, *Bungert*, *N. Adensamer*, *Bayer/Schmidt*, *Kronke/Mazza*, *Kieninger*, alle Fn. 48 m. w. N. auch zu a. A.
- 52 I. d. S. wohl insb. *Kieninger*, EWS 2006, 51 f.; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht Randnr. 781 und 785 (dazu Fn. 54). Beachte dazu die Vorlage im Fall *Cartesio*, s. Fn. 8.

(i) Richtung der Transaktion – Wegzug oder Zuzug: D. h. aus welcher Sicht wird die Maßnahme analysiert, aus Sicht des Wegzugs- oder aus Sicht des Zuzugsstaates?

(ii) Um welchen Transaktionstyp handelt es sich: D. h. insb. Sitzverlegung (mit oder ohne Aufgabe des Verwaltungs- und/oder Sitzungssitzes), Verschmelzung oder Spaltung?

(iii) a – Welche Art von Gesellschaft wird durch die Transaktion betroffen: Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft (und einzelne Varianten)?

(iii) b – Änderung der Rechtsform: Betrifft die Transaktion nur gleichartige oder auch ungleichartige Gesellschaften?

(iv) Liegt zu der Fallvariante bereits eine europäische Rechtsquelle oder ein EuGH-Urteil vor?⁵³

Eine Untersuchung nach diesem System würde den Rahmen dieses Beitrags bei weitem sprengen. Im Folgenden werden daher nur einzelne Varianten angerissen. Insb. die Untersuchung im Hinblick auf europäische Rechtsquellen (10. RL, SE-VO) bleibt ausgeklammert.

b) Herausverschmelzung?

Wie oben ausgeführt sollten Hinein- und Herausverschmelzung grundsätzlich gleich behandelt werden. Das *generelle Verbot* von Hinein- und Herausverschmelzung ist daher aus Perspektive der Niederlassungsfreiheit gleichermaßen unzulässig. Im Einzelfall könnte sich allerdings eine Differenzierung im Hinblick auf die konkrete Gefährdung ergeben.⁵⁴

c) Spaltung und Vermögensübertragung

Die Sevic-Entscheidung lässt sich auch auf die grenzüberschreitende Hinein- und Heraus-Spaltung und Vermögensübertragung umlegen.⁵⁵ Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG), Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG), Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG) und Vermögensübertragung (§ 174 UmwG) sind von der allgemeinen Aussage von Sevic gleichermaßen umfasst. Eine generelle Verweigerung dieser grenzüberschreitenden Umwandlungen lässt sich nach Sevic wohl nicht aufrechterhalten. Allerdings könnten sich im Einzelfall besondere Schwierigkeiten ergeben.⁵⁶

d) AGs, GmbHs und Personengesellschaften

Sevic betraf eine Hineinverschmelzung auf eine AG. Die generelle „Verschmelzungsfreiheit“ gilt aber unzweifelhaft auch für GmbHs und Personengesellschaften. Nach der Umsetzung der 10. RL werden für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften Sonderregeln bestehen, welche die Niederlassungsfreiheit (auf den ersten Blick in durchaus zulässiger Weise) konkretisieren.⁵⁷ Für Personengesellschaften hingegen wird Sevic weiterhin von grundlegender Bedeutung sein.⁵⁸

e) Grenzüberschreitende Sitzungssitzverlegung bzw. grenzüberschreitender Formwechsel

Letztlich dürfte die Sevic-Entscheidung auch – in gewisser Abweichung von Daily Mail – auf die grenzüberschreitende Sitzungssitzverlegung bzw. den grenzüberschreitenden Formwechsel übertragbar sein. Denn: Im Ergebnis erreicht eine grenzüberschreitende Verschmelzung nach Sevic dasselbe Ziel wie eine grenzüberschreitende Sitzungssitzverlegung unter Anpassung an das neue Gesellschaftsstatut. Daher erscheint es naheliegend, die grenzüberschreitende Sitzungssitzverlegung mit Wechsel des Gesellschaftsstatuts auch ohne diesen Umweg *generell* zuzulassen.⁵⁹

IV. Anwendbares Recht und Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen nach Sevic

1) Allgemeines

Nach überwiegender Lehre waren grenzüberschreitende Verschmelzungen bereits vor Sevic *kollisionsrechtlich* grundsätzlich möglich. Die h. M. folgte im Grundsatz der Vereinigungstheorie. Die drei Bausteine einer jeden Verschmelzung (*Voraussetzungen, Verfahren* und *Wirkungen*) sind danach für jede der beteiligten Gesellschaften nach ihrem Gesellschaftsstatut zu beurteilen.⁶⁰

Daher müssen alle betroffenen Rechtsordnungen die Verschmelzung grundsätzlich zulassen.⁶¹ Im Einzelnen sind kumuliert die Schutzvorschriften nach dem Recht der übertragenden und nach dem Recht der übernehmenden Gesellschaft anzuwenden. Damit kommt es jedenfalls zu keinem Anwendungsdefizit nationaler Schutzvorschriften.⁶² Unterschiedliche Regeln über die *Wirkung* von Verschmelzungen können aber zu scheinbar unlösbaren Widersprüchen führen.⁶³ Damit würden materielle rechtliche Divergenzen zum entscheidenden Hindernis einer grenzüberschreitenden Fusion. Um dies zu vermeiden muss bei

⁵³ Vgl. das von *Siems*, EuZW 2006, 135 f. entwickelte System, das um die Systematisierung des vorhandenen EuGH-Fallmaterials und der europarechtlichen Rechtsquellen bemüht ist.

⁵⁴ Vgl. überzeugend *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht Randnr. 781 und 785: „[D]ie Diskriminierung grenzüberschreitender Fusionen [. . .] [ist] nicht zu rechtfertigen. [Die Harmonisierung der Schutzstandards durch die 3. RL] [. . .] schließt eine Berufung auf (inländische) zwingende Gründe des Allgemeininteresses a limine aus. Die einzig denkbare Ausnahme bildet (bei der Herausverschmelzung) der Verlust der Mitbestimmung.“ Für die generelle Zulässigkeit der Herausverschmelzung mit Verweis auf die 3. RL bereits *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung (1997) § 219 Randnr. 5; s. auch *Kieninger*, EWS 2006, 51 f. Vgl. auch die 10. RL, die für Kapitalgesellschaften Rechtsklarheit schafft.

⁵⁵ *Siems*, EuZW 2006, 139 m. w. N.; *Gottschalk*, EuZW 2006, 84 m. w. N. (arg. die Spaltung ist nichts anderes als die Umkehr der Verschmelzung).

⁵⁶ Näher etwa *Siems*, EuZW 2006, 139 m. w. N. zur Herausspaltung. Doch auch dies kann wohl nicht zur generellen Unzulässigkeit der Herausspaltung führen.

⁵⁷ Wie hier *Bayer/Schmidt*, ZIP 2006, 212. Anders *Meilicke/Rabback*, GmbHR 3/2006, 216, welche in Art. 16 (6) und (7) 10. RL (Mitbestimmung) eine neue Barriere und damit einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit sehen.

⁵⁸ Wie hier *Bayer/Schmidt*, ZIP 2006, 212.

⁵⁹ Ausführlich *N. Adensamer*, Kollisionsrecht, §§ 81 ff.; diese Konsequenz offenlassend (aber mit Hinweis zur Umwegmöglichkeit unter Verweis auf *Lutter/Drygala*, in: *Lutter, UmwG³ § 1* Randnr. 26) *Gottschalk*, EuZW 2006, 84; ähnlich *Kieninger*, EWS 2006, 54; a. A. *Siems*, EuZW 2006, 139 f. Allg. für eine generelle Zulässigkeit von grenzüberschreitendem Formwechsel, sowohl in die deutsche Rechtsordnung hinein als auch heraus *Eidenmüller/Engert*, Ausländische Kapitalgesellschaften Randnr. 124 ff. Anm.: Für den sog. rechtsüberschreitenden Formwechsel müsste dies ebenso gelten. Beachte die EuGH-Vorlage im Fall *Cartesio*, s. Fn. 8.

⁶⁰ *Behrens*, JBl 2001, 352; *Eidenmüller/Engert*, Ausländische Kapitalgesellschaften § 4 Randnr. 68, 100 ff. und 116; *Lutter/Drygala*, in: *Lutter, UmwG³ § 1* Randnr. 27 ff.; *Teichmann*, ZIP 2006, 360 f.; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 219 Randnr. 5, alle m. w. N. S. auch die von *Sandrock* entwickelte Überlagerungstheorie, *Sandrock*, RabelsZ 1978, 227 ff.; *Sandrock*, in: *Beitzke-FS* (1979) 669 ff. Früher wurde z. T. vertreten, dass die gesamte Umwandlung nur einer der beteiligten Rechtsordnungen unterstellt wird (Einheitstheorie). Für einen Überblick zu den kollisionsrechtlichen Theorien bei grenzüberschreitender Verschmelzung s. nur *MünchKommBGB⁴/Kindler* IntGesR Randnr. 840 ff., zur sachrechtlichen Unzulässigkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung (vor Sevic) s. Randnr. 867 ff.

⁶¹ *Lutter/Drygala*, in: *Lutter, UmwG³ § 1* Randnr. 27; *Gottschalk*, EuZW 2006, 83; s. auch *Eidenmüller/Engert*, Ausländische Kapitalgesellschaften § 4 Randnr. 103 zur Substitution. Vgl. auch Art. 4 (1) lit. a 10. RL.

⁶² Wie hier *Gottschalk*, EuZW 2006, 84. Anm.: Soweit vermeidbar sollte es dadurch allerdings auch nicht mehr zu einem „Mehr“ an Schutz kommen. Im Zweifel setzen sich aber jeweils die strengeren Vorschriften durch. Vgl. auch Art. 4 (1) lit. b 10. RL.

⁶³ S. nur *Behrens*, JBl 2001, 352 (mit Hinweis auf Lösungsmöglichkeiten).

einem (scheinbar) unlöslichen Widerspruch der Rechtsordnungen, welcher die grenzüberschreitende Fusion verhindern würde, eine Anpassung erfolgen.⁶⁴

Aus deutscher Sicht sind auf die grenzüberschreitende Verschmelzung jedenfalls jene Schutzinstrumente anzuwenden, die bereits durch die 3. RL⁶⁵ vorgegeben sind. Dies kann unterschiedlich begründet werden und auch im Einzelnen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Argumentierbar sind insb. folgende Varianten: (i) Analogie zum UmwG,⁶⁶ (ii) Anwendung allgemeiner Grundsätze,⁶⁷ (iii) Berücksichtigung der Regelungen und Verweisungen in 10. RL und SE-VO.⁶⁸

Im Einzelnen dürfte sowohl die Bestimmung der jeweils anwendbaren nationalen Regelungen, als auch die Kumulierung der einzelnen Regelungen der betroffenen Mitgliedstaaten zu diffizilen Rechtsfragen führen. Wie diese europarechtskonform zu lösen sind und wo die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Beschränkung der Niederlassungsfreiheit liegt, ist derzeit noch unklar.⁶⁹

2) Beispiele aus der Praxis

a) Grenzüberschreitende verschmelzende Umwandlung nach öUmwG – Beispiel: „Touristik-Entscheidung“ des österreichischen OGH vom 20. März 2003

Mit Entscheidung vom 20. März 2003 erklärte der österreichische OGH die grenzüberschreitende verschmelzende Umwandlung einer österreichischen GmbH auf ihre 100%ige deutsche Mutter-GmbH für zulässig und trug sie im österreichischen Firmenbuch ein – die Ermöglichung der Umwandlung erfolgte, wie Sevic zeigt, zu Recht.⁷⁰

Dies geschah aber unter völliger Außerachtlassung des deutschen Rechts. Entgegen aller kollisionsrechtlicher Grundsätze beurteilte der OGH die Umwandlung ausschließlich nach öUmwG – zu Unrecht.

Die Entscheidung wurde daher im Ergebnis begrüßt, aber in der Begründung stark kritisiert.⁷¹ Fraglich schien insb., ob angesichts der Außerachtlassung deutschen Rechts überhaupt Gesamtrechtsnachfolge in Deutschland eingetreten war.⁷²

Richtigerweise hätte – unter Zugrundelegung der Vereinigungstheorie – österreichisches und deutsches Recht zur Anwendung kommen müssen. Im konkreten Fall hätte bei analoger Anwendung des UmwG folgender Umstand gewisse Schwierigkeiten bereitet: Das ö. UmwG knüpft die Gesamtrechtsnachfolge an die Eintragung bei der übertragenden, das deutsche an die Eintragung bei der übernehmenden Gesellschaft (§ 2 Abs. 2 Z 1 öUmwG; § 20 Abs. 1 Z 1 UmwG) an – die Regelungen widersprechen einander. Kollisionsrechtlich handelt es sich um ein Problem der sog. Anpassung oder Angleichung. Dieses Problem ist im Einzelfall zu lösen.⁷³

Im vorliegenden Fall hätte sich das Problem insb. mit Hilfe einer bedingten Eintragung in Österreich lösen lassen, welche nach Eintragung in Deutschland auf eine unbedingte Eintragung umzuändern gewesen wäre. Dass eine bedingte Eintragung nach österreichischem Registerrecht nicht vorgesehen ist und dem Typenzwang widerspricht, kann nicht ausschlaggebend sein. Denn einerseits ist die Anpassung nur geringfügig und andererseits ist eine solche Vorgangsweise auch sonst nach IPR zulässig und geboten. Ohne Anpassung würde die grenzüberschreitende Umwandlung aus letztlich formalen und demgemäß nicht rechtfertigbaren Gründen scheitern.⁷⁴

b) Rechtsüberschreitende Verschmelzung –

Beispiel: Beschluss des OLG München vom 2. Mai 2006

Am 2. Mai 2006 hat das OLG München folgenden Beschluss gefasst: Die Eintragung der Verschmelzung einer GmbH mit Sitz in Deutschland (als übertragende Gesellschaft) auf eine Private Limited Company mit statutarischem Sitz in England und Zweigniederlassung in Deutschland (als aufnehmende Gesellschaft) kann nicht erstmalig konstitutiv im Register der Zweigniederlassung vorgenommen werden.⁷⁵

Der Entscheidung lagen im Wesentlichen drei Erwägungen zugrunde:

– Erstens: Sevic habe zwar klargestellt, dass die Hineinverschmelzung nach Deutschland nicht generell untersagt wer-

64 Vgl. Eidenmüller/Engert, *Ausländische Kapitalgesellschaften* § 4 Randnr. 111 ff. mit Beispiel zur Anpassung des deutschen Rechts. S. auch Ruffler, Fn. 73 f.

65 RL 48/855/EWG vom 9. 10. 1978 (3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Verschmelzungs-RL).

66 Dafür Gottschalk, *EuZW* 2006, 84; Eidenmüller/Engert, *Ausländische Kapitalgesellschaften* § 4 Randnr. 95. Dafür bei Hineinverschmelzung Stems, *EuZW* 2006, 137 f. (welcher zur Herausverschmelzung die Regeln über die SE analog anwenden will).

67 S. noch Lutter/Drygala, in: Lutter, *UmwG*³ § 1 Randnr. 28 ff.: für einen Rückgriff auf die allg. Grundsätze für Strukturentscheidungen sowie die Grundsätze und Regeln der 3. und 6. RL (vor Sevic und vor Verabschiedung der 10. RL). Anders nach Verabschiedung der Wahl Lutter/Drygala, *JZ* 2006, 772 ff.

68 Vgl. Siems, Fn. 66. Anm.: Die 10. RL verweist zwar auf die 3. RL, berücksichtigt aber den grenzüberschreitenden Charakter der Verschmelzung. (I. Z. m. Minderheitsgesellschaften wird es den Mitgliedstaaten z. B. gestattet, spezielle – abweichende – angemessene Schutzvorschriften zu erlassen, s. Art. 4 (2) 10. RL.) Die unmittelbare Berücksichtigung der 10. RL bereits jetzt erinnert an die Frage, ob eine RL-konforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist zulässig ist, siehe nur Streinz, *Europarecht*⁷ (2005) Randnr. 458, s. auch Randnr. 444 zur unmittelbaren Wirkung von RL (diese dürfte schon am fehlenden Ablauf der Umsetzungsfrist scheitern).

69 Ähnlich Bayer/Schmidt, *ZIP* 2006, 213. Beachte Kieninger, *EWS* 2006, 53 bei Fn. 42: Im Lichte von Sevic ist denkbar, dass – vor Umsetzung der 10. RL – praktisch ein Zeitfenster für die Flucht aus der deutschen Mitbestimmung besteht (arg. generelle Verweigerung der Verschmelzung wäre unverhältnismäßig). Grundlegend jüngst Lutter/Drygala, *JZ* 2006, 772 ff.

70 6 Ob 283/02i, *GesRZ* 2003, 161 (Anm. Bittner) = *RdW* 2003, 378 = *wbl* 2003, 390 = *ecolex* 2003, 689 (Anm. G. Nowotny) = *GeS* 2003, 246 (Anm. Birkner) = *ZIP* 2003, 1086 = *EWiR* 2003, 595 (Anm. Hirte/Mock) = *ZfRV* 2003, 194. Dazu M. Doralt, *GesRZ* 2004, 26 ff.; Ruffler, *GesRZ* 2004, 3 ff.; Paefgen, *IPRax* 2004, 132 ff.; Hasenauer, *RdW* 2003, 357 ff.; Zehetner/Größ, *ecolex* 2003, 683 ff.; Wengler, *RWZ* 2003/57. Volltext der Entscheidung abrufbar wie in Fn. 26. Anm.: Die Sevic-Entscheidung lässt sich ohne weiteres auf die grenzüberschreitende verschmelzende Umwandlung nach österreichischem Recht (welche sich materiell nicht von der Verschmelzung unterscheidet) übertragen. Die Transaktion wurde daher im Ergebnis zu Recht ermöglicht.

71 In Österreich ausführlich M. Doralt und Ruffler, Fn. 70 (beide zust. zum Ergebnis, krit. zur Begründung und Außerachtlassung deutschen Rechts); in Deutschland insb.: M. Doralt, *NZG* 2004, 396 ff.; Paefgen, Fn. 70; Eidenmüller/Engert, *Ausländische Kapitalgesellschaften* § 4 Randnr. 69 f.; Gottschalk, *EuZW* 2006, 83 alle m. w. N. Zust. Kronke/Mazza, in: *HdB Internationales Wirtschaftsrecht*, Teil K Randnr. 234 f., 237 und 231.

72 M. Doralt, *GesRZ* 2004, 38 mit Hinweis, dass die Praxis daher gut beraten sei, in der Vertragsgestaltung subsidiär Einzelrechtsnachfolge vorzusehen.

73 Ruffler, *GesRZ* 2004, 9 m. w. N.: Da beide Normen berechnete Informationsinteressen des jeweils inländischen Rechtsverkehrs schützen, kommt eine Anpassung auf IPR-Ebene durch einheitliche Anknüpfung an eine der beiden Rechtsordnungen nicht in Betracht. Das Prinzip des geringsten Opfers verlangt vielmehr eine vorsichtige Anpassung eines der beiden berufenen Sachrechte; s. gleich im Text. Grundlegend zur Anpassung MünchKommBGB⁴/Sonnenberger, *EiNl. IPR* Randnr. 593 ff. Randnr. 606 mit Hinweis auf das Abstellen auf den Einzelfall und auf die zu beachtenden Schranken. S. auch bei Fn. 64.

74 Überzeugend Ruffler, *GesRZ* 2004, 9 m. w. N. Vgl. auch bei Fn. 82.

75 31Wx 9/06, *GmbH R L/2006*, 600 (Zust. Anm. Wächter).

den könne, zur Herausverschmelzung habe sich der EuGH aber nicht geäußert.

- Zweitens: Bei Zugrundelegung der Vereinigungstheorie sei zunächst für jede der betroffenen Gesellschaften nach dem für sie geltenden Recht zu prüfen, ob sie aktiv und passiv verschmelzungsfähig ist. Dies sei bei einer Private Limited Company zweifelhaft.
- Drittens – und entscheidend: Die Eintragung der Zweigniederlassung in Deutschland habe nur deklaratorische Bedeutung; die Eintragung der Verschmelzung sei bei der Zweigniederlassung jedenfalls nicht vorgesehen (Verweis auf § 13 ff. HGB, mit welchen die 11. RL⁷⁶ ins deutsche Recht umgesetzt wurde). Selbst wenn das Register am Satzungssitz der Gesellschaft die Eintragung der Verschmelzung nicht vorsehen sollte, führe dies nicht dazu, dass die Eintragung im Register der Zweigniederlassung vorzunehmen sei.⁷⁷ Eine solche Eintragung wäre systemwidrig und irreführend, da sie den unzutreffenden Eindruck erwecken würde, die Verschmelzung sei nicht auf die Gesellschaft selbst, sondern auf die Zweigniederlassung erfolgt (welche aber mangels eigenen Vermögens und eigener Rechtspersönlichkeit gar nicht verschmelzungsfähig ist). Daher sei die Eintragung jedenfalls abzulehnen.

Im Licht von *Sevic* überrascht das Ergebnis. Denn mit der Entscheidung dürfte das OLG München die Verschmelzung vorerst verhindert haben. Im Einzelnen ist Folgendes anzumerken:

Zu Erstens: Es ist davon auszugehen, dass der EuGH die Wegzugsfreiheit jedenfalls *generell* wie die Zuzugsfreiheit behandeln wird. Dieses Argument sollte daher der Verschmelzung nicht entgegenstehen.⁷⁸

Zu Zweitens: Es ist zutreffend, dass die aktive und passive Verschmelzungsfähigkeit der Gesellschaften jeweils nach nationalem Recht zu prüfen ist. Letztlich ist die Verschmelzungsfähigkeit der Private Limited Company daher nach englischem Recht eindeutig zu klären. Soweit ersichtlich dürfte aber – entgegen dem OLG München – auch die Private Limited Company grundsätzlich verschmelzungsfähig sein.⁷⁹

Zu Drittens: Die *Sevic*-Entscheidung dürfte durchaus auch auf den vorliegenden Fall der rein „rechtsüberschreitenden“ Verschmelzung übertragbar sein (d. h. Verschmelzung ohne jedes tatsächlich grenzüberschreitende Element – hier Verschmelzung einer in Deutschland ansässigen und registrierten GmbH mit einer englischen Private Limited Company, die ihren tatsächlichen Sitz in Deutschland hat).⁸⁰ Im Ergebnis überrascht daher die Entscheidung des OLG München, da sie die Verschmelzung vorerst verhindert.

Zutreffend ist, dass die Eintragung wohl grundsätzlich im Register der aufnehmenden Gesellschaft zu erfolgen hat.⁸¹ Die Argumentation über die Irreführung einer Eintragung bei der Zweigniederlassung überzeugt allerdings nicht. Vielmehr ist auch eine (allenfalls zusätzliche) Eintragung im Register der Zweigniederlassung – gerade im Hinblick auf den Verkehrsschutz – vorstellbar. Die Eintragungsfähigkeit kann ausnahmsweise durch Analogie und richterrechtliche Rechtsfortbildung begründet werden.⁸²

Sieht das Recht der übernehmenden Gesellschaft keine konstitutive Eintragung vor (d. h. ermöglicht es die Verschmelzung ohne konstitutive Eintragung), so scheint auf den ersten Blick

eine – deklarative – Eintragung bei der Zweigniederlassung vorstellbar.

Steht das Recht der übernehmenden Gesellschaft der Eintragung entgegen (bzw. weigert sich das zuständige Registergericht die Eintragung vorzunehmen), ist die Lage schwieriger. Einerseits ist eine völlige Außerachtlassung des Rechts der übernehmenden Gesellschaft abzulehnen.⁸³ Daher scheint eine konstitutive Eintragung im Register der Zweigniederlassung (zumindest wenn sie dem Recht der Übernehmenden widerspricht) nicht möglich. Andererseits ist den europarechtlichen Vorgaben (und damit der Verschmelzung) zum Durchbruch zu verhelfen. In der vorliegenden Konstellation ist es daher zumindest vorstellbar, dass der EuGH – bei Weigerung des Registergerichts der übernehmenden Gesellschaft – auch eine Vorlage des deutschen OLG München gem. Art. 234 EG zugelassen hätte, um dieses Ziel zu erreichen.⁸⁴

V. Ausblick

Mit *Sevic* ist der Traum der grenzüberschreitenden Verschmelzung endgültig Realität. Angesichts der vielfältigen nationalen Regelungen bleibt nun mit Spannung zu erwarten, wo der EuGH die Grenze zwischen Niederlassungsfreiheit einerseits und zulässigen nationalen Beschränkungen (insb. Gläubigerschutz, Arbeitnehmerschutz, Schutz von Minderheitsgesellschaftern) andererseits ziehen wird.

⁷⁶ RL 89/666/EWG vom 22. 12. 1989 (Zweigniederlassungs-RL).

⁷⁷ Arg.: Die Eintragungen für Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften stellen nur ein Spiegelbild des Registers der Hauptniederlassung dar. Dies entspreche der rechtlichen Stellung der Zweigniederlassung als unselbstständiger Teil des Gesamtunternehmens. Es wäre deshalb systemwidrig, die nach § 20 Abs. 1 UmwG konstitutiv wirkende Eintragung einer Verschmelzung im Register der Zweigniederlassung der aufnehmenden Gesellschaft vorzunehmen.

⁷⁸ Ähnlich wohl *Wachter*, Fn. 75.

⁷⁹ Die Verschmelzung ist zwar in der englischen Praxis nicht gängig und wurde erst durch die Umsetzung der 3. RL ins englische Recht eingeführt. Heute dürfte die Verschmelzung allerdings sowohl für Aktiengesellschaften als auch für GmbHs grundsätzlich zulässig sein; näher *Wachter*, Fn. 75; s. a. *Eidenmüller/Engert*, *Ausländische Kapitalgesellschaften* § 4 Rdnr. 103 zur Substitution. Anm.: Nach dem OLG München ist im Übrigen den Belangen des Allgemeininteresses, insb. dem Gläubigerschutz, Rechnung zu tragen. Doch auch der Gläubigerschutz kann die Verschmelzung nicht generell verhindern. Auch dieser Hinweis des OLG München dürfte daher der Verschmelzung nicht entgegenstehen.

⁸⁰ Überzeugend *Kieninger*, *EWS* 2006, 54, wobei diese auch eine Anwendung der Mitbestimmungsregeln in Betracht sieht.

⁸¹ Vgl. auch Art. 2 f. Publizitäts-RL (RL 68/151/EWG vom 9. 3. 1968, 1. gesellschaftsrechtliche Richtlinie).

⁸² *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck HGB Komm* § 8 Rdnr. 9. Anm.: Auch die 11. RL und die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit stehen einer solchen etwaigen Eintragung gerade nicht entgegen (arg. keine Erschwerung bzw. Beschränkung).

⁸³ Vgl. schon *M. Doralt*, *NZG* 2004, 400.

⁸⁴ Vgl. allg. *Streinz*, *Europarecht* 7 Rdnr. 631 ff., insb. Rdnr. 632 ff. zur Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Vorlagefragen.