

UMWANDLUNG**DER GRENZÜBERSCHREITENDE FORMWECHSEL IN DER PRAXIS UND DIE AUSSICHT AUF DIE UMSETZUNG DER EU-MOBILITÄTSRICHTLINIE**

Die Niederlassungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union (EU) ermöglicht Unternehmen einen Formwechsel in die Rechtsform eines anderen Mitgliedsstaats unter Wahrung der rechtlichen Identität. Die praktische Durchführung dieser Umwandlung und die neue EU-Richtlinie hierzu sollen im folgenden Beitrag dargestellt werden.

► Einer der Grundpfeiler der EU ist die Niederlassungsfreiheit. In der Praxis findet sie für Unternehmen insbesondere durch die freie Sitzwahl ihre Ausprägung. Während das Auseinanderfallen von Verwaltungs- und Sitzungssitz in Deutschland inzwischen zumindest für Kapitalgesellschaften gesetzlich anerkannt ist (§ 5 AktG, § 4a GmbHG), ist die Verlegung des Sitzungssitzes der Gesellschaft, also ihr Wegzug in das EU-Ausland, durchaus komplexer. Nach deutschem Recht geht mit der Verlegung des Sitzungssitzes einer Gesellschaft ins Ausland ein Formwechsel in eine Gesellschaftsform des Zuzugsstaates einher (Herausformwechsel), genauso im Falle der Verlegung des Sitzungssitzes einer ausländischen Gesellschaft ins Inland (Hineinformwechsel).

Die Motive für die Durchführung einer solchen Maßnahme sind dabei so vielfältig wie das Unternehmertum an sich. Sie reichen von einer Vereinheitlichung der Konzernstruktur, dem Rückzug aus einem Markt bzw. dessen Neu-Erschließung über strategische Entscheidungen wie einen ausländischen Börsengang hin zu strukturellen Maßnahmen vor oder im Nachgang einer M&A-Transaktion. Natürlich sind aber auch Mitbestimmungsstrukturen Motiv eines Wegzugs oder steuerliche Gestaltungen.

Die Rechtslage nach der EuGH-Rechtsprechung und die neue EU-Richtlinie

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) folgt aus der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV), dass ein grenzüberschreitender, identitätswahrender Formwechsel zwingend zuzulassen ist, wenn und soweit ein solcher Formwechsel auch bei rein inländischen Sachverhalten von der jeweiligen Rechtsordnung anerkannt ist (vgl. EuGH Vale, Urteil v. 12. Juli 2012 – Az. C-378/10; EuGH Polbud, Urteil v. 25. Oktober 2017 – Az. C-106/16). Direkt erfasst sind von der EuGH-Rechtsprechung Kapitalgesellschaften, angesichts der Begründung ist in Deutschland

die Möglichkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels aber auch für Personengesellschaften anerkannt. Nachdem sich in den letzten Jahren auf Basis dieser Rechtsprechung eine Praxis zur Durchführung grenzüberschreitender Formwechsel herausgebildet hat, wurde zur Schaffung harmonisierter Standards und Verfahrensvereinfachungen Ende 2019 von der EU die (bislang noch nicht in Deutschland umgesetzte) Richtlinie (EU) 2019/2121 zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen („EuRL“) erlassen. Ihre Regelungen finden bereits jetzt bei Handelsregistern und Rechtsprechung, einer Richtlinie eigentlich widersprechend, vorwiegend Beachtung.

Die aktuelle deutsche Praxis

Für den grenzüberschreitenden Formwechsel in Deutschland gilt, dass die umwandlungsrechtlichen Regelungen zum (inländischen) Formwechsel (§§ 190 ff. UmwG) analog für Heraus- oder Hineinformwechsel im grenzüberschreitenden (EU-) Kontext Anwendung finden. Registerrechtliche Praxis, Literatur und Rechtsprechung bedienen sich ergänzend einer analogen Anwendung der Vorschriften für die grenzüberschreitende Verschmelzung (§§ 122a ff. UmwG) sowie der Regelungen zur Sitzverlegung der SE (Art. 8 SE-VO). Dies führt – bei aller Einigkeit über die grundsätzliche Zulässigkeit und das gewünschte Ergebnis – zu einer unterschiedlichen Handhabung der registerrechtlichen Vorgaben im Detail. Hinzukommt die Beachtung und Anwendung der Rechtsordnung des betreffenden anderen Mitgliedsstaats, wo es auch meist noch an kodifizierten Regelungen fehlt. In der Praxis besteht daher aktuell noch eine erhebliche Rechts- und Verfahrensunsicherheit. Ein hohes Maß an Abstimmung im Weg- und Zuzugsstaat sowie eine gewisse zeitliche Ungewissheit sind die Folge.

Die Handelsregisterrichter beim Amtsgericht Berlin-Charlottenburg haben bereits 2014 eine in der Praxis viel beach-

tete „Checkliste“ herausgearbeitet (Melchior, in GmbHR 2014, R311 ff.), die kürzlich eine Neu-Auflage – ebenfalls aus Berlin-Charlottenburg – unter Berücksichtigung der EuRL erfahren hat (Schulte, in GmbHR 2020, 139 ff.). Manche Handelsregister haben zudem ihre „hauseigenen“ Checklisten erarbeitet; anderenorts dagegen divergieren die formellen Anforderungen bereits abhängig vom einzelnen Registerrichter, da auf unterschiedliche Vorschriften und Analogien zurückgegriffen wird.

Für einen Herausformwechsel gelten dabei im Wesentlichen die folgenden Schritte: Bei dem für die formwechselnde Gesellschaft zuständigen Handelsregister ist ein notariell beurkundeter Umwandlungsplan einzureichen. Inhaltlich sind darin im Wesentlichen Angaben zur formwechselnden Gesellschaft, ihrer Gesellschafter und den Beteiligungsverhältnissen, den Auswirkungen des Formwechsels auf die Arbeitnehmer, Angaben zur künftigen Ausgestaltung der Gesellschaft mit ihrem Wegzug sowie die Rechte der Gläubiger der Gesellschaft abzudecken (§§ 194 Abs. 1, 122c Abs. 2 UmwG). Der Umwandlungsplan wird sodann vom Handelsregister bekanntgemacht und stellt den Beginn einer – nach herrschender Ansicht einmonatigen – Frist dar, nach deren Ablauf die Gesellschafterversammlung der formwechselnden Gesellschaft den Umwandlungsbeschluss fassen kann (§ 122d S. 1 UmwG). Umstritten ist die Erforderlichkeit der Erstellung eines – im Wesentlichen inhaltlich dem Umwandlungsplan ähnlichen – Umwandlungsberichts. Richtigerweise muss auf ihn verzichtet werden können. Um die Prüfung der formellen Vorgaben beim Handelsregister frühzeitig anzustoßen, kann die Anmeldung des Formwechsels zum Handelsregister bereits nach Fassen des Formwechselbeschlusses ratsam sein. Die für die Anmeldung erforderliche Versicherung der Geschäftsführer über die Befriedigung etwaiger Gläubigerverlangen nach zusätzlicher Sicherheit kann dann nach Ablauf der zweimonatigen Gläubigerfrist (§§ 122k Abs. 1 S. 3, 122j Abs. 1 S. 2 UmwG) nachgereicht werden. Die weitere Prüfung und Ausstellung der Vorabbescheinigung, das heißt, die Eintragung des Formwechsels nach deutschem Recht im Handelsregister, kann dann zeitnah nach Abgabe der letzten Versicherung ausgestellt werden und stellt den vorläufigen Schlusspunkt des deutschen Registerprozesses dar.

Das anschließende Verfahren im Zuzugsstaat richtet sich sodann nach den jeweiligen nationalen Vorschriften; eine Prüfung der Voraussetzungen des Wegzugstaats soll dabei angesichts der umfassenden Bindungswirkung der Vorabbescheinigung nicht stattfinden. Wirksamkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels tritt dann ebenfalls nach dem jeweiligen Recht des Zuzugsstaates, üblicherweise mit dortiger Registereintragung, ein. Eine Rückwirkung entfaltet der grenzüberschreitende Formwechsel dabei weder rechtlich noch steuerlich (zumindest beim kongruenten Formwechsel).

Der Hineinformwechsel richtet sich entsprechend primär nach den Voraussetzungen des jeweiligen ausländischen

Rechts. Für den Zuzug erfolgt nach deutschem Recht eine Gründungsprüfung durch das deutsche Register, wobei der Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft als Sachgründung qualifiziert. Als Nachweis über die Aufbringung des Stammkapitals dient etwa eine Werthaltigkeitsbescheinigung; um das nach deutschem Recht erforderliche Mindestkapital zu erreichen, kann eine vorherige Kapitalerhöhung im Wegzugstaat notwendig sein.

Was ändert sich durch die EU-Richtlinie?

Wesentliche Verfahrenserleichterungen für Umwandlungsmaßnahmen bringt die EuRL wohl nicht. Grundlegend neu und potentiell Verfahrenshindernis dürfte die eingeführte Missbrauchskontrolle sein, wonach die Ausstellung der Vorabbescheinigung zu versagen ist, wenn die grenzüberschreitende Umwandlung „missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken“ dienen soll (Art. 86m Abs. 8/9 EuRL), was etwa bei der Umgehung von Arbeitnehmerrechten, Sozialversicherungszahlungen und Steuerpflichten angenommen werden kann (Erwägungsgrd. 35 EuRL). Unklar bleibt dabei bisher, wie und auf welcher Basis die Prüfung durch die Register erfolgen soll. Misslich ist auch, dass die EuRL Personengesellschaften außen vorlässt. Hier bleibt auf den deutschen Gesetzgeber zu hoffen, diese bei der Umsetzung miteinzubeziehen, wie es bereits in der Praxis anerkannt ist, wenn und soweit das nationale Recht einen Formwechsel für Personengesellschaften zulässt. Im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Formwechsel ist die EuRL insgesamt dennoch sehr zu begrüßen, da sie jedenfalls zu einer EU-weiten vereinheitlichten Kodifizierung führt. Sie schafft damit Klarheit und stärkt die für den Binnenmarkt wesentliche Niederlassungsfreiheit.

DIE AUTOREN

Renate Prinz ist Counsel im Bereich Gesellschaftsrecht und M&A bei McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP in Düsseldorf/Köln. Neben dem allgemeinen Gesellschaftsrecht & M&A berät sie insbesondere auch im Bereich (internationaler) konzerninterner Strukturmaßnahmen, im Umwandlungsrecht und in Corporate Governance Themen.

Dr. Frederic Peine ist Associate im Bereich Gesellschaftsrecht und M&A bei McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP in Düsseldorf/Köln.

www.mwe.com

