

Marco Lamandini

**Eine „Außensicht“ auf die Fragen der Sitzverlegung nach dem neuen RL Entwurf  
der Europäischen Kommission vom 25 April 2018.**

1.- In diesem kurzen Vortrag möchte ich die folgenden Thesen erörtern:

(a) Beim gegenwärtigen Stand der Union – in dem die kurzfristige Verteidigung der nationalen Wirtschaft (statt der langfristigen Bewertung der Vorteile eines stärkeren und voll integrierten Europas) dominiert – sind EU Prinzipien noch wichtiger als Regeln; das gilt auch bei Sitzverlegung. Das Primärrecht und die Prinzip-inspirierte Rechtsprechung des EU Gerichtshofes für die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit in der Schutzbereich der Art. 49, 54 AEUV sind noch heute bedeutsamer als die „halbherzig angestrebten“ sekundärrechtliche Regelungen für Formwechsel, die das Mobilitätspaket (das am 25 April 2018 vorgelegte „Company Law Package“) schafft.

(b) Die Vorteile des neuen Paketes liegen jedoch in der *materiellrechtliche* Harmonisierung (statt der aktuellen Anwendung des Kollisionsrechts), die mehr Klarheit, Rechtsicherheit der Verfahrensverwaltung, und die Abschaffung von vielen der bestehenden, praktischen Hindernisse der Sitzverlegung (die das *Bech-Brunn/Lexidale* von 2013 dargestellt hatte) sowohl in den Herkunfts- als auch in den Aufnahme- Mitgliedstaaten anbietet. Wie Mathias Habersack in den letzten Band der ZHR (ZHR 182(2018) 495-503) geschrieben hat, „das Mobilitätspaket soll einen klaren, berechenbaren und geeigneten Rechtsrahmen“ schaffen. Die RL hat jedoch, aus einer italienischen Perspektive, auch den Vorteil, zu einem besseren ‚level playing field‘ in Europa beizutragen. Das italienische Gesellschaftsrecht ist schon seit langem sehr liberal in der Sitzverlegung, während in anderen Mitgliedstaaten restriktivere Vorschriften noch angewendet werden. Mehr Harmonisierung bringt Umwandlungsgleichberechtigung mit sich.

(c) Es gibt jedoch auch einen potentiellen Nachteil des Paketes. Es (Artikel 86 c) enthält eine sekundärrechtliche Vorschrift gegen den Missbrauch der Sitzverlegung. Kann diese Vorschrift in der Zukunft als ein Blankoscheck für die nationale Politik werden? Das Problem liegt darin, dass auf diese Weise das Sekundärrecht eine Ausnahme der Niederlassungsfreiheit – eine Ausnahme, die bis heute eng in den Händen des Europäischen Gerichtshofes liegt und ganz restriktive und verhältnismäßige Anwendung gefunden hat – in eine „offene“ („open-textured“) Regel umwandelt, die in den Händen der Mitgliedstaaten liegen wird. Das ist gefährlich, weil oft die staatliche Politik

wichtige aber unerwünschte Sitzverlegungen verbieten könnte. Das Paket könnte deshalb dasselbe Schicksal der Übernahme RL leiden: die Hoffnung durch EU Regeln den Markt liberaler zu machen (mit der Übernahme RL ‚the market for corporate control‘; mit dieser RL ‚the market for corporate mobility‘) könnte deswegen zu entgegengesetzten Ergebnissen führen.

Ich werde bereits, und ganz kurz, jeden dieser drei Punkte, und deren Folgen, beschreiben.

2.- Sekundärrechtliche Regeln für die Sitzverlegung wären leichter zu schaffen, wenn es eine starke wissenschaftliche Konvergenz in der Union gäbe. Leider gibt es diese nicht. Die deutsche (aber auch niederländische) Mitbestimmung auf der einen Seite, Ängste vor Mißbrauch der Sitzverlegung auf der anderen Seite, verhindern eine echte liberale und „maximale“ Harmonisierung. Somit ist es keine Überraschung, daß in diesem Paket, in dem zum ersten Mal *materielle* Regeln der Minderheitsverteidigung und der Gläubigerverteidigung geschaffen werden, *die Vorschriften gegen „goldplating“, die die Harmonisierung maximal machten, zum Abschluss des Entwurfs verschwunden sind.* Das weist darauf hin, welche gefährlichen Kompromisse mit Sekundärrecht verbunden sind. Wenn ‚goldplating‘ erlaubt ist, gibt es leider das Potenzial, Mitgliedstaaten alte und neue Hindernisse zur Sitzverlegung aufheben können. Deshalb ist es sehr wahrscheinlich, dass auch in der Zukunft die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit eine wichtige Rolle spielen wird. Für diese Rechtsprechung, und am meisten für *Polbud* (EuGH, 25 Oktober 2017, *Polbud Wykonawstwo*, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804) könnte man die Dworkins Metapher anwenden, die Rechtsprechung (über Formwechsel) ist wie „ein Fortsetzungsroman, zu dem mehrere Schriftsteller nacheinander jeweils ein Kapitel beisteuern“. *In schwierigen Fällen zeigen Prinzipien, anstelle von Regeln, den Weg.*

„Ein Richter, der schwierige Fälle („hard cases“) zu entscheiden hat, also solche, in denen das Ergebnis nicht durch Regeln vorgegeben ist, darf sich nicht wie ein Gesetzgeber von politischen Erwägungen leiten lassen. Vielmehr soll er nach Prinzipien suchen, die eine kohärente Rechtfertigung für sämtliche bisher entschiedenen Fälle vermitteln“ (Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, p. 116 und 292; für eine breite Behandlung in der deutschen Literatur, siehe M. Flohr, *Rechtsdogmatik in England*, MPI Dissertation, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, p. 258 ff.).

Wie Mathias Habersack geschrieben hat (ZHR 182(2018), 496), „die Große Kammer hat doch in *Polbud* ausdrücklich betont, dass es *sub specie* der Niederlassungsfreiheit, für sich allein keinen Missbrauch darstellt, wenn eine Gesellschaft ihren – satzungsmäßigen oder tatsächlichen – Sitz nach dem Recht eines Mitgliedstaats begründet, um in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften zu kommen“. *Polbud*, wie schon vorher *Vale* (Urteil 12. Juli 2012, C-378/10, EU:C:2012:440) und

*Cartesio* (Urteil 16. Dezember 2008, C-210/06, EU:C:2008:723), stellt angemessene ‚konstruktive Ambiguität‘ und Flexibilität dar. Die Große Kammer hat in *Polbud* (in Rn. 43, 44, 55 und 56, 63) klar gemacht, dass:

a) „jeder Mitgliedstaat die Anknüpfung festlegen kann, die von einer Gesellschaft verlangt wird“; das gilt auch für die Sitzverlegung für den Aufnahme Mitgliedstaat;

b) Der Gründungsmitgliedstaat darf die Umwandlung nicht Voraussetzungen unterwerfen, die strenger als diejenige sind, die in diesem Mitgliedstaat für innerstaatliche Umwandlungen gelten;

c) Dennoch, die Art. 49 und 54 AEUV stehen grundsätzlich den Maßnahmen eines Mitgliedstaats nicht entgegen, mit denen verhindert werden soll, dass die Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmer durch die Sitzverlegung übermäßig beeinträchtigt werden. Gemäß des *National Grid Indus* Urteils (29. November 2011, C-371/10, EU:C:2011:785) ist jedoch zu prüfen ob die im Ausgangsverfahren stehende Beschränkung geeignet ist, die Erreichung des Ziels zu gewährleisten, ohne dabei über das hinauszugehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist.

d) Kann allein der Umstand der Sitzverlegung nicht die allgemeine Vermutung der Steuerhinterziehung begründen und es stellt für sich allein keinen Missbrauch, wenn eine Gesellschaft ihren – satzungsmäßigen oder tatsächlichen - Sitz nach dem Recht eines Mitgliedstaats begründet, um in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften zu kommen.

Die Große Kammer hat, in Abweichung von den Schlussanträgen von Generalanwältin Kokott vom 4. Mai 2017 das Recht hergeleitet, die Gesellschaft auch unabhängig von einer Verlegung des tatsächlichen Sitzes ihren Satzungssitz verlegen kann (ohne dass die Niederlassungsfreiheit mit einer dauernden Präsenz im Aufnahmemitgliedstaat verknüpft werden müssen). Jedoch muss *Polbud* zusammen mit den Standpunkten der Generalanwältin Kokott zum Schutz der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmer (Rn. 59-65) gesehen werden, da das Paket von diesen Schlussanträgen klar inspiriert wurde und ähnliche Interessenabwägungen gezogen hat.

3.- Jedoch Mathias Habersack (ZHR 182(2018) 503) liegt richtig, wenn er schreibt, dass das Mobilitätspaket vom 25.4.2018 zu begrüßen ist. Die RL bietet, wie gesagt, Klarheit, Rechtssicherheit und eine wichtige Neuheit: zum ersten Mal haben wir Europäische *materielle* Vorschriften für Sitzverlegung und grenzüberschreitende Verschmelzung und Abspaltung (anstelle des aktuellen ‚cumulative conflict of laws approach‘). Christoph Teichmann schrieb einmal (ZIP, 25-26/2017, p. 1190), die gute Nachricht in Deutschland ist, der grenzüberschreitende Formwechsel schon mehrfach

Anerkennung in der deutschen Rechtsprechung gefunden hat, die schlechte Nachricht jedoch ist das Fehlen eines gesetzlichen Rahmens. Das ist eine Lücke, die das Paket schließen wird. Das Paket wird das grenzüberschreitende Formwechselverfahren mit zehn langen Vorschriften (Art. 86d), 86e), 86f), 86g), 86h), 86i), 86m), 86o), 86p), 86q) regeln. Der Schutz der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmer wird mit *materiellen* EU Vorschriften harmonisiert, die – wie schon gesagt - den Sorgen der Generalanwältin Kokott in *Polbud* eine angemessene Antwort bieten und zwar: a) eine überprüfte Abfindung für die Minderheitsgesellschafter, b) Sicherheiten zum Schutz der Gläubiger, auch auf der Ebene des Gerichtes bevor die Klagen gegen die Gesellschaft erheben können; c) Einhaltung der Mitbestimmungsrechte des Herkunft-Mitgliedstaates. Wie immer liegt der Teufel im Detail. Neben zahlreichen Einzelaspekten (über die ich nicht reden werde) möchte ich heute nur sagen daß aus einer italienischen Perspektive diese Vorschriften keine wesentliche Änderung im Schutz des Minderheitsgesellschafter unter dem geltenden italienischen Umwandlungsrechts mitbringen. Im Gegenteil dazu, ist der Schutz der Gläubiger in Italien jetzt anders geregelt, weil dieser Schutz, nach dem Paket, ähnlich wie heute in der Verschmelzung und in der Spaltung (und in dem heterogenen Formwechsel) geregelt sein wird. Die heutigen geltenden Regeln in Italien sind die folgenden:

a) Artikel 25(3) L. 31. Mai 1995 fordert, dass die Sitzverlegung die Regeln des Herkunft- und des Aufnahmemitgliedstaats respektieren muss;

b) jeder Gesellschafter einer italienischen Gesellschaft, der nicht für die Umstrukturierung gestimmt hat, ist an Ausschluss und Abfindung berechtigt;

c) die Sitzverlegung ist nur dann effektiv, wenn beim zuständigen Registergericht in dem Aufnahme Mitgliedstaat angemeldet ist (Artikel 2500(3) c.c.) und nur danach kann die Anmeldung an dem Amtsgericht des Herkunft Mitgliedstaates gestrichen werden.

4.- Es gibt deshalb eine gute Nachricht: in der Zukunft wird die RL grenzüberschreitende Sitzverlegungen, die jetzt aus einigen Herkunft-Mitgliedstaaten nach Italien schwer sind, ermöglichen. Gibt es, aus einer italienischen Perspektive, auch eine schlechte Nachricht? Hat die RL das Potential, jetzt erlaubte grenzüberschreitende Sitzverlegungen aus Italien nach anderen Mitgliedstaaten in der Zukunft zu verhindern? Vielleicht, leider. Das Paket fordert von jedem Mitgliedstaat grundsätzlich Maßnahmen gegen Missbrauch der Sitzverlegung mitzutragen, um zu verhindern, dass die Sitzverlegung die Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmer übermäßig beeinträchtigt. Artikel 86c) (3) lautet:

„Member States shall ensure that the competent authority of the departure Member state shall not authorise the cross-border conversion where it determines, *after an examination of the specific case and having regard to all relevant facts and circumstances*, that it constitutes an artificial arrangement aimed at obtaining undue tax advantages or at unduly prejudicing the legal or contractual rights of employees, creditors or minority members”.

Zusätzlich erlaubt Artikel 86n) ein so genanntes „in depth assessment“, bei dem der Herkunft-Mitgliedstaat die „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ im Aufnahme-Mitgliedstaat in Betracht zieht. Diese Vorschriften sind, meiner Meinung nach, aus zwei Gründen gefährlich.

a) Erstens ist es logisch unklar, in welchen Fällen das Interesse der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmer durch die Sitzverlegung übermäßig beeinträchtigt werden können, nachdem die RL *materielle* Harmonisierung zu ihrem Schutz mitgebracht hat.

b) Zweitens wird auf diese Weise eine Ausnahme der Niederlassungsfreiheit in eine Regel für positive Harmonisierung umgewandelt. Wie schon Artikel 11 SE RL (2001/86/EG) diese Vorschrift „weist in dogmatischer Hinsicht einen doppelten Rechtscharakter auf. Zum einen erteilt der RL-geber den Mitgliedstaaten einen *Handlungsauftrag*, welcher die Bereitstellung formeller Verfahren zur Verhinderung von Missbräuchen (...), umfasst. Zum anderen ist das Artikel in materielle Hinsicht *eine europarechtliche Generalklausel* welche inhaltliche Ausfüllung bedarf und daher einen Prozess der Normkonkretisierung erfordert“ (Ramcke, *Die Konkretisierung des Missbrauchsverbots der SE*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, p. 531). Nach diesem Paket *sollen* Mitgliedstaaten nationale Hindernisse zur Sitzverlegung schaffen, die bis heute nur als außergewöhnliche Ausnahmen vom europäischen Gerichtshof akzeptiert werden *konnten*. Weil diese Hindernisse bei Sekundärrecht gerechtfertigt sind, nach der EuGH Rechtsprechung (wie Generalanwalt Jääskinen in seinen Schlussanträgen in *Essent* am 16 April 2013 schrieb: siehe dazu auch *Bauhuis*, Urteil 25. Januar 1977, C-46/76 und *Kommission/Deutschland*, Urteil 13. Mai 1997 C-233/94), wird es schwer für den Europäischen Gerichtshof, sie als Niederlassungsfreiheit widrig zu halten. Ist dies eine ‚vergiftete‘ Einladung für die populistische Politik, aus jedem Land, in dem sie regiert, ein Ghetto für seine strategischen Gesellschaften zu machen? Man könnte vielleicht daran verzweifeln, weil die neue Generalklausel gegen Missbrauch für die Verschmelzung, die Spaltung und die Europäische Gesellschaft nicht anwendbar ist. Aber auf diese Weise stellt das Sekundärrecht keine Kohärenz vor, und es ist sehr wahrscheinlich, dass die Mitgliedstaaten die Umgehung dieser Generalklausel durch Verschmelzungen und Spaltungen mit nationalen Vorschriften bekämpfen werden. Das Paket könnte deshalb – wie gesagt - dasselbe Schicksal der Übernahme RL erleiden: die Hoffnung durch EU Regeln den Markt liberaler zu machen, könnte deswegen, unter den heutigen schweren Umständen, die wir alle in Europa derzeit erleben, zu entgegengesetzten Ergebnissen führen.