

**Dokumentnummer:** 12w520\_13  
**letzte Aktualisierung:** 5.12.2013

**OLG Nürnberg**, 19.6.2013 - 12 W 520/13

Int. Gesellschaftsrecht; UmwG § 191; AEUV Artt. 49, 54

### **Grenzüberschreitende Sitzverlegung einer luxemburgischen S. à r. l. nach Deutschland**

Aus der Niederlassungsfreiheit nach Artt. 49, 54 AEUV (vgl. Entscheidung des EuGH in der Rechtssache VALE) folgt die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer luxemburgischen S. à r. l. nach Deutschland unter identitätswahrender Umwandlung in die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft nach deutschem Recht. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

## **Tenor**

1. Der Beschluss des Amtsgerichts Fürth – Registergericht – vom 27.02.2013, Gz. 61 AR 442/12, wird abgeändert.
2. Das Amtsgericht wird angewiesen, für die Entscheidung über die Registereintragung der Beteiligten zu 2) aufgrund grenzüberschreitender formwechselnder Umwandlung in der Rechtsform einer GmbH von dem dort geäußerten Bedenken, ein umwandlungsfähiger Rechtsträger habe nicht vorgelegen und die nach deutschem Recht vorgeschriebene Eintragungsreihenfolge sei nicht eingehalten worden, Abstand zu nehmen.
3. Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 3.000,00 EUR festgesetzt.
4. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## **Gründe**

### **I.**

Die Beteiligte zu 2) "C..." (im Folgenden: "C..."), eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach luxemburgischen Recht, war eingetragen im Registre de Commerce et des Sociétés (Handels- und Gesellschaftsregister) von Luxemburg, Sektion ..., Nummer .... Letzter Sitz der Gesellschaft war Luxemburg.

Gesellschafter der Beteiligten zu 2) sind die Gesellschaft mit beschränkter Haftung slowakischen Rechts "E..." – Beteiligte zu 4) – mit einem Anteil von 90 % sowie die Gesellschaft mit beschränkter Haftung tschechischen Rechts "F..." – Beteiligte zu 5) – mit einem Anteil von 10 %.

Der Beschwerdeführer – Beteiligter zu 1) – ist jeweils allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beteiligten zu 2), zu 4) und zu 5).

Zur Urkunde des Notars S... mit dem Amtssitz in J... vom 20.05.2011 beschlossen die beiden Gesellschafterinnen der Beteiligten zu 2) in einer außerordentlichen Generalversammlung der C...,

"im Einklang mit Artikel 67-1 (1) über die Handelsgesellschaften, den Gesellschafts- und Verwaltungssitz von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland zu verlegen und das deutsche Recht seitens der Gesellschaft anzunehmen."

Die Generalversammlung stellte hierzu fest,

"dass die Verlegung des Gesellschaftssitzes in die Bundesrepublik Deutschland keine Gründung einer neuen Gesellschaft darstellt."

Weiterhin beschloss die Generalversammlung, die Form einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung anzunehmen und unter der Bezeichnung "D..." (im Folgenden: "D...") ihre Aktivitäten am neuen Gesellschaftssitz in Erlangen fortzusetzen.

Im Übrigen beschloss sie die Abänderung des Gesellschaftszwecks und eine Satzung für die künftige D... deutschen Rechts.

Am 24.02.2012 wurde die Beteiligte zu 2) im Registre de Commerce et des Sociétés in Luxemburg mit der Begründung gelöscht, dass der Sitz der Gesellschaft ins Ausland verlegt wurde ("transfert du siège à l'étranger").

Am 16.10.2012 hielten die Beteiligten zu 4) und zu 5), jeweils vertreten durch den Beschwerdeführer, nach deutschem Recht eine Gesellschafterversammlung der C... ab. Hierbei bestätigten bzw. wiederholten sie die Beschlüsse aus der vorgenannten Urkunde des Notars S... zur Urkunde des verfahrensbeteiligten Notar B... (UR-Nr....). Insbesondere beschlossen sie nochmals die Satzung der "D..." deutschen Rechts und die Bestellung des Beschwerdeführers zu deren allein vertretungsberechtigtem Geschäftsführer. Weiter beschlossen sie, dass die "C..." zum Stichtag 01.10.2012 formwechselnd analog den §§ 190 ff. UmwG in eine GmbH nach deutschem Recht umgewandelt wird.

Unter dem 16.10.2012 meldete der Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten zu 1), Notar B..., beim Amtsgericht – Registergericht – Fürth die seiner Ansicht nach durch Sitzverlegung der Beteiligten zu 2) "C..." von Luxemburg nach Deutschland unter Annahme des deutschen Rechts entstandene "D..." zur Eintragung in das Handelsregister an. In Vorlage gebracht wurden eine beglaubigte Abschrift der Gesellschafterversammlung mit beschlossener neuer Satzung vom 16.10.2012 (UR-Nr. ...), eine beglaubigte Abschrift der vorgenannten Urkunde des Notars S..., Luxemburg, vom 20.05.2011 über die nach luxemburgischem Recht abgehaltene Generalversammlung der Beteiligten zu 2) "C...", ein Sachgründungsbericht sowie eine Gesellschafterliste.

Diese Urkunden wurden am 19.10.2012 in Form eines elektronisch übermittelten Dokuments beim Amtsgericht – Registergericht – Fürth eingereicht.

Das Registergericht erholte bei der Industrie- und Handelskammer (IHK) Nürnberg für Mittelfranken eine gutachterliche Stellungnahme über die Eintragungsfähigkeit eines solchen Formwechsels.

Mit Beschluss vom 27.02.2013 wies das Amtsgericht – Registergericht – Fürth den Eintragungsantrag vom 16.10.2012 zurück.

Hiergegen legte der den Eintragungsantrag stellende Notar mit Schreiben vom 06.03.2013, beim Amtsgericht Fürth eingegangen am 12.03.2013, Beschwerde namens des Beteiligten zu 1) ein.

Darin vertritt er die Ansicht, aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 12.07.2012, Az. C-378/10 ("VALE") müsse das deutsche Recht die grenzüberschreitende Verlegung des Sitzes einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland unter damit einhergehendem Formwechsel in eine entsprechende Gesellschaft deutschen Rechts

anerkennen. Ein Mitgliedstaat der EU, der für inländische Gesellschaften die Möglichkeit einer Umwandlung (Formwechsel) vorsehe, sei verpflichtet, dieselbe Möglichkeit auch Gesellschaften zu geben, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegen und sich in eine Gesellschaft nach dem Recht des aufnehmenden Mitgliedstaates (hier: Bundesrepublik Deutschland) umwandeln möchten.

Mit Beschluss vom 13.03.2013 half das Amtsgericht der Beschwerde nicht ab.

## II.

Die zulässige Beschwerde führt in der Sache zu der Anweisung an das Registergericht, für das Verfahren von seinen im angefochtenen Beschluss geäußerten Bedenken Abstand zu nehmen.

1. Die Beschwerde ist zulässig.

- a) Sie ist statthaft gemäß § 59 Abs. 2 FamFG, da es sich bei der angefochtenen Entscheidung um einen den Eintragungsantrag ablehnenden Beschluss des Registergerichts gemäß § 382 Abs. 3 FamFG handelt.
- b) Die Beschwerde wurde frist- (§ 63 Abs. 1 FamFG) und formgerecht (§ 64 Abs. 1 und 2 FamFG) eingelegt.
- c) Der Beschwerdeführer ist als Geschäftsführer der Gesellschaft, deren Rechtsverhältnisse durch die beantragte Registereintragung betroffen werden, anmeldeberechtigt und damit auch gemäß § 59 Abs. 1 FamFG beschwerdeberechtigt.

2. Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Die Auffassung des Registergerichts, dass die angemeldete Registereintragung wegen Nichtvorliegens eines umwandlungsfähigen Rechtsträgers und wegen Nichteinhaltung der nach deutschem Recht vorgeschriebenen Eintragungsreihenfolge nicht erfolgen könne, trifft nicht zu. Das Amtsgericht wird angewiesen, für die weitere Entscheidung von diesem Bedenken Abstand zu nehmen.

a) Der Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beteiligten zu 2) "C..." vom 20.05.2011 ist gerichtet auf die Verlegung des Satzungs- und des tatsächlichen Verwaltungssitzes dieser Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach luxemburgischen Recht von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland unter Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht.

b) Zutreffend weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass das deutsche Recht aufgrund der "Vale-Entscheidung" des EuGH (Urteil vom 12.07.2012 – C-378/10, NJW 2012, 2715) die grenzüberschreitende Verlegung des Sitzes einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland unter damit einhergehendem Formwechsel in eine entsprechende Gesellschaft deutschen Rechts grundsätzlich anerkennen muss.

Der EuGH hat in der genannten Entscheidung ausgeführt, dass eine nationale Regelung, die zwar für inländische Gesellschaften die Möglichkeiten einer Umwandlung vorsieht, aber die

Umwandlung einer dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegenden Gesellschaft nicht erlaubt, in den Anwendungsbereich der Art. 49 AEUV und 54 AEUV falle.

Weiter hat der EuGH darauf hingewiesen, dass wenn eine nationale Regelung nur die Umwandlung einer Gesellschaft vorsehe, die ihren Sitz schon in dem betreffenden Mitgliedstaat hat, diese Regelung eine unterschiedliche Behandlung von Gesellschaften in Abhängigkeit davon begründe, ob es sich um eine innerstaatliche oder um eine grenzüberschreitende Umwandlung handeln würde. Diese unterschiedliche Behandlung sei geeignet, Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten davon abzuhalten, von der im AEU-Vertrag verankerten Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen und stelle somit eine Beschränkung im Sinne der Art. 49 AEUV und 54 AEUV dar.

Der EuGH hat weiter festgestellt, dass die Art. 49 AEUV und 54 AEUV einen Mitgliedstaat, der für inländische Gesellschaften die Möglichkeit einer Umwandlung vorsehe, verpflichten würde, die selbe Möglichkeit auch Gesellschaften zu geben, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegen würden und sich in Gesellschaften nach dem Recht des erstgenannten Mitgliedstaates umwandeln wollten. Daher seien die nationalen Vorschriften unter Beachtung dieser Pflicht aus den Art. 49 AEUV und 54 AEUV anzuwenden.

Die Modalitäten, die den Schutz der den Rechtssuchenden aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollten, dürften nicht ungünstiger sein als diejenigen, die gleichartige innerstaatliche Sachverhalte regeln (Äquivalenzprinzip), und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).

Nach dem Äquivalenzgrundsatz sei ein Mitgliedstaat aber nicht verpflichtet, grenzüberschreitende Vorgänge günstiger zu behandeln als innerstaatliche Vorgänge. Dieser Grundsatz besage nur, dass die Modalitäten des nationalen Rechts, die den Schutz der den Rechtssuchenden aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollten, nicht ungünstiger sein dürfen als diejenigen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln würden.

Der Zuzugsstaat müsse hinsichtlich des damit verbundenen Erwerbs der Rechtsfähigkeit ausländische und inländische Gesellschaften gleich behandeln.

c) Daraus ergibt sich für das deutsche Recht zunächst einmal, dass eine solche Gründung im Rahmen des numerus clausus der bestehenden Gesellschaftsformen erfolgen muss; die ihren grenzüberschreitenden Formwechsel betreibende Gesellschaft muss eine Form des deutschen Rechts annehmen. Neben der Gründung einer solchen Gesellschaft besteht im deutschen Recht als weitere Modalität zur Erlangung einer deutschen Rechtsform der Formwechsel i. S. d. §§ 190 ff. UmwG (vgl. Hahn, jurisPR-SteuerR, 39/2012 Anm. 6).

Wird der Satzungssitz einer Gesellschaft unter gleichzeitigem Wechsel in eine Rechtsform deutschen Rechts verlegt, ist dieser Sachverhalt – sofern das Recht des Wegzugsstaates den Formwechsel gestattet – unter europarechtskonformer Anwendung der §§ 190 ff. UmwG zu behandeln (vgl. Kafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl., Rn. 1211e).

§ 1 Abs. 1 UmwG spricht zwar von Rechtsträgern "mit Sitz im Inland" und eröffnet damit die Möglichkeit hierzu nur inländischen Gesellschaften; die Entscheidung des EuGH (Urteil vom 12.07.2012 – C-378/10, NJW 2012, 2715 – "VALE"), zwingt aber insoweit zu einer unionskonformen Auslegung der Vorschrift (vgl. Hahn, jurisPR-SteuerR, 39/2012 Anm. 6).

d) Somit sind die Voraussetzungen einer "inländischen" Umwandlung einzuhalten.

aa) In entsprechender Anwendung von § 191 Abs. 1 UmwG kann formwechselnder Rechtsträger nur ein ausländischer Rechtsträger sein, der den dort genannten Rechtsformen ("Kapitalgesellschaften") entspricht (vgl. Kafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl., Rn. 1211e). Dies ist bei der Société à responsabilité limitée nach luxemburgischem Recht der Fall (vgl. Art. 1 der Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlament und des Rates zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, sog. Publizitätsrichtlinie, ABl. L 258, S. 11).

Entsprechend § 226 UmwG kann somit eine ausländische Kapitalgesellschaft auf Grund eines Umwandlungsbeschlusses in eine (andere) Kapitalgesellschaft deutschen Rechts umgewandelt werden.

bb) Die bereits am 24.02.2012 erfolgte Löschung der Beteiligten zu 2) im luxemburgischen Handels- und Gesellschaftsregister führt entgegen der Ansicht des Amtsgerichts nicht dazu, dass zum Zeitpunkt des Umwandlungsbeschlusses ein umwandlungsfähiger Rechtsträger nicht (mehr) bestanden habe. Zwar erhält die Société à responsabilité limitée nach luxemburgischem Recht ihre volle Handlungsfähigkeit erst mit der Eintragung in das Handels- und Gesellschaftsregister; ihre Löschung in diesem Register kann deshalb wieder zum Verlust dieser Fähigkeit führen. Im Rahmen europarechtskonformer Auslegung der entsprechenden Vorschriften gemäß Art. 49 und 54 AEUV darf dieser Umstand indes dann im Rahmen einer grenzüberschreitenden formwechselnden Umwandlung der Annahme eines umwandlungsfähigen Rechtsträgers nicht entgegenstehen, wenn – wie hier – eine Registerlöschung lediglich wegen der beim Register angemeldeten (vgl. § 198 Abs. 2 Satz 3 UmwG) Sitzverlegung in das Ausland erfolgt. Andernfalls wäre eine formwechselnde grenzüberschreitende Umwandlung in Fallkonstellationen wie im Streitfall überhaupt nicht möglich.

cc) Weiterhin sind die für den Formwechsel vorgesehenen Verfahrensschritte sowie die für eine Gründung des neuen Rechtsträgers nach deutschem Recht einzuhaltenden Regeln auch bei der grenzüberschreitenden Umwandlung entsprechend § 197 UmwG zu beachten.

(1) Die Anmeldung zum Register erfolgt entsprechend § 198 Abs. 1 und Abs. 2 UmwG. Dabei sind auch die zur Gründung des neuen Rechtsträgers zu beachtenden Vorgaben einzuhalten.

Dabei konnte vorliegend auf einen schriftlichen Umwandlungsbericht entsprechend § 192 UmwG nach § 192 Abs. 2 UmwG verzichtet werden.

Entsprechend § 193 UmwG ist ein notariell zu beurkundender Umwandlungsbeschluss durch die Gesellschafterversammlung zu fassen. Der notwendige Inhalt ergibt sich in entsprechender Anwendung von § 194 UmwG. Überdies hat der erforderliche Umwandlungsbeschluss den Anforderungen des § 240 UmwG sinngemäß zu entsprechen.

Der durch die Gesellschafterversammlung der Beteiligten zu 2) gefasste Umwandlungsbeschluss wird diesen, wie auch den entsprechend §§ 217, 218, 243 UmwG normierten Voraussetzungen gerecht.

(2) Die Bestimmung eines konkreten Umwandlungstichtages ist dabei für sich betrachtet unproblematisch. § 194 Abs. 1 UmwG regelt die Gegenstände, die durch den Umwandlungsbeschluss "mindestens" bestimmt werden müssen. Dies schließt aber weitergehende Regelungen nicht aus. So wird im Hinblick auf die wirtschaftlichen und steuerlichen Folgen empfohlen, den Umwandlungstichtag im Umwandlungsbeschluss zu bestimmen (vgl. Hohenstatt/Schramm in: KK-UmwG, 2009, § 194 Rn. 32).

(3) Dass die Umwandlung zum Stichtag 01.10.2012 – also bezogen auf den Eintragungsantrag vom 16.10.2012 rückwirkend – erfolgen sollte, erscheint zwar vordergründig problematisch; denn die Gesellschaft mit beschränkter Haftung entsteht erst mit ihrer Registereintragung, § 11 Abs. 1 GmbHG.

Allerdings hat die Bestimmung eines "Stichtags" für den Formwechsel mit Gesellschafterbeschluss vom 16.10.2012 nicht die Bedeutung, dass zu diesem Zeitpunkt der entsprechende Formwechsel stattfinden bzw. wirksam werden sollte. Eine entsprechende Dispositionsbefugnis stünde den Gesellschaftern bereits nicht zu, da der Zeitpunkt des Wirksamwerdens allein von den insoweit bestehenden gesetzlichen Voraussetzungen (vgl. §§ 198, 202 UmwG) abhängt. Stichtagsregelungen im Umwandlungsbeschluss sind vielmehr regelmäßig aus wirtschaftlichen und steuerlichen Gesichtspunkten veranlasst, insbesondere wenn eine zeitliche Planung des Wirksamwerdens des Formwechsel – wie im Streitfall – mit Unwägbarkeiten behaftet ist (vgl. Hohenstatt/Schramm in: KK-UmwG, 2009, § 194 Rn. 32; Simon in: KK-UmwG a.a.O. § 5 Rn. 99ff., 102). Entsprechend trägt die Beschwerde vor, mit dem Gesellschafterbeschluss vom 16.10.2012 habe keine Rückwirkung des Formwechsels beschlossen werden sollen, sondern lediglich ein Bezug zu der auf den gleichen Zeitpunkt erstellten Umwandlungsbilanz.

Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich die Bestimmung eines Umwandlungstichtages für die Zulässigkeit des streitgegenständlichen Formwechsels als unschädlich dar.

(4) Das Amtsgericht hat in der Begründung seines Beschlusses zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass vorliegend die Eintragungsreihenfolge entsprechend § 198 Abs. 2 Sätze 2 bis 5 UmwG nicht eingehalten worden ist (insbesondere die Beteiligte zu 2) bereits zu einem Zeitpunkt im luxemburgischen Handels- und Gesellschaftsregister gelöscht wurde, zu dem die D... im deutschen Handelsregister noch nicht eingetragen war).

Dies steht indes einer Registereintragung nicht entgegen. Die Eintragungsreihenfolge gemäß § 198 Abs. 2 Sätze 2 bis 5 UmwG enthält insoweit eine registerverfahrensrechtliche Komponente, die bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen nicht einzuhalten ist. Auf die

Eintragungen (Löschen) im luxemburgischen Handels- und Gesellschaftsregister findet nicht das deutsche Registerrecht Anwendung, sondern nur das luxemburgische Recht als lex fori. Damit kann allenfalls die sinngemäße Anwendung von § 198 Abs. 2 Sätze 2 bis 5 UmwG in Betracht kommen. Insoweit erscheint dem Senat die bereits erfolgte Eintragung der "Sitzverlegung ins Ausland" hinsichtlich der Beteiligten zu 2) ausreichend.

e) Die vom Amtsgericht – Registergericht – im angefochtenen Beschluss aufgeführten Gesichtspunkte stehen demnach einer Registereintragung nicht entgegen.

3. Die Entscheidung über die Registereintragung hängt indes noch von weiteren Umständen – etwa dem Vorhandensein eines ausreichenden Stammkapitals – ab, über die das Amtsgericht noch nicht abschließend entschieden hat.

Weitere Eintragungsvoraussetzungen bzw. insoweit bestehende – ggf. behebbare – Eintragungshindernisse wie etwa die schlüssige Darlegung der Werthaltigkeit des Stammkapitals der einzutragenden GmbH sind nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Der Senat versteht den angefochtenen Beschluss dahin, dass insoweit vom Amtsgericht eine abschließende Entscheidung nicht getroffen werden sollte.

Ob die beantragte Registereintragung damit letztlich erfolgen kann, steht derzeit noch nicht fest.

### **III.**

Das Verfahren ist gebührenfrei, § 131 Abs. 3 KostO.

### **IV.**

Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wurde gemäß § 131 Abs. 4 i.V.m. § 30 KostO festgesetzt.

### **V.**

Die Rechtsbeschwerde war gemäß § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 FamFG zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Dies ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen zur Begründetheit der Beschwerde. Soweit ersichtlich, ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verlegung des Satzungs- und Verwaltungssitzes einer ausländischen Kapitalgesellschaft nach Deutschland unter identitätswährendem Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft deutschem Rechts zulässig ist, bislang nicht höchstrichterlich entschieden.