

BESCHLUSS

Das Oberlandesgericht Innsbruck hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Kohlegger als Vorsitzenden und die Richterin des Oberlandesgerichts Dr. Pirchmoser sowie den Richter des Oberlandesgerichts MMag. Dr. Dobler als weitere Mitglieder des Senats in der Firmenbuchsache der im Firmenbuch zu FN 3 eingetragenen **P M E E - und V GmbH** über den Rekurs der Gesellschaft (ON 5) gegen den Beschluss des Landes- als Handelsgerichts Innsbruck vom 9.8.2024, 64 Fr 1 /24k-4, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

Dem Rekurs wird **k e i n e** Folge gegeben.

Der (ordentliche) Revisionsrekurs ist **n i c h t** zulässig.

BEGRÜNDUNG:

Im Firmenbuch des Landesgerichts Innsbruck ist zu FN 3 die **P M E E und V GmbH** mit dem Sitz in O eingetragen.

Alleingesellschafterin mit einer zur Gänze geleisteten Stammeinlage von € 35.000,-- ist die beim Amtsgericht M zu HRA 1 eingetragene **A GmbH & Co. KG** mit dem Sitz in M (Deutschland).

Jeweils selbständig vertretungsbefugte Geschäftsführer der Gesellschaft sind O W , geb. , und A S , geb. .

Mit ihrem Antrag vom 12.6.2024 (Einlangen beim Landesgericht Innsbruck) meldeten die beiden Geschäftsführer namens der Gesellschaft folgende Tatsachen zur Eintragung im Firmenbuch an:

Umwandlungsplan gem § 10 EU-UmgrG vom 17.01.2024
Beabsichtigte grenzüberschreitende Hinaus-Umwandlung
dieser Gesellschaft nach Deutschland
Geplanter Sitz in M
Register: Amtsgericht M
Vorabbescheinigung über die Ordnungsmäßigkeit
der grenzüberschreitenden Umwandlung
vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten
wurde ausgestellt.

Die Geschäftsführung habe am 17.1.2024 einen Umwandlungsplan gemäß den Bestimmungen des EU-UmgrG aufgestellt, wonach die Gesellschaft ihren Verwaltungs- und Satzungssitz grenzüberschreitend und identitätswahrend unter Änderung des anwendbaren nationalen Gesellschaftsrechts und unter Umwandlung in eine dem Zuzugsstaat unterliegende Gesellschaftsform von O nach M (Deutschland) verlegt.

Dieser Umwandlungsplan sei beim Firmenbuchgericht am 29.1.2024 eingereicht worden, die entsprechenden Eintragungen im Firmenbuch seien am 30.1.2024 erfolgt.

Mit Generalversammlungsbeschluss vom 13.3.2024 sei der grenzüberschreitende Sitzverlegungsvorgang entsprechend dem Umwandlungsplan genehmigt und gleichzeitig der Gesellschaftsvertrag unter Anpassung an die in Deutschland geltende Rechtsordnung neu gefasst worden.

Die beiden Geschäftsführer erklärten in der Anmeldung, dass

- der Nachweis der Offenlegung des Umwandlungsplans vorliegt
- die Vorlage eines Umwandlungsberichts mangels Arbeitnehmer bzw. infolge Verzichts durch die Alleingesellschafterin nicht erforderlich ist

- kein Umstand iSd § 3 EU-UmgrG vorliegt
- die Sitzverlegung keiner behördlichen Genehmigung bedarf
- sämtliche Maßnahmen zum Schutz der Gläubiger im Zuge der Durchführung der Sitzverlegung eingehalten wurden
- sich unter Hinweis auf § 20 EU-UmgrG keine Gläubiger nach Veröffentlichung des Umwandlungsplans bis heute gemeldet haben
- von keinem Gläubiger innerhalb der Frist des § 20 Abs 1 EU-UmgrG eine Klage auf Sicherheitsleistung erhoben wurde
- keine Mitgesellschafter vorhanden sind, welche von ihrem Recht auf Barabfindung Gebrauch machen können
- gegen die Gesellschaft kein Verfahren wegen Insolvenz, Auflösung, Liquidation, Zahlungsunfähigkeit, vorläufige Zahlungseinstellung oder ein ähnliches Verfahren eröffnet worden ist oder zu eröffnen wäre
- bei der Gesellschaft kein Aufsichtsrat besteht und damit eine Prüfung durch den Aufsichtsrat nicht erforderlich ist
- die Gesellschaft künftig ihren Verwaltungssitz vollständig in der Bundesrepublik Deutschland hat und dort tatsächlich eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben wird.

Die Geschäftsführer teilten zudem mit, dass

- die Gesellschaft zum Zeitpunkt des Verlegungsstichtags, der Erstellung des Umwandlungsplans und zum heutigen Tag keine Arbeitnehmer beschäftigt
- die Gesellschaft keine Tochtergesellschaften hat
- keine Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber der öffentlichen Hand bestehen.

Schließlich erklärten die Geschäftsführer, dass die Alleingesellschafterin in der Generalversammlung auf die Erhebung einer Klage auf Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses verzichtet hat.

Mit Zwischenerledigung (Beschluss) vom 10.7.2024, 64 Fr 1324/24k-2 teilte das Erstgericht der Gesellschaft mit, der Eintragung der angemeldeten Tatsachen stünden folgende Hindernisse entgegen:

„Laut Punkt II. Abs 6 des Umwandlungsplans wird der Gesellschaftsvertrag zur Durchführung der Sitzverlegung inhaltlich an die Voraussetzungen der Bundesrepublik Deutschland angepasst, und zwar auch hinsichtlich der Höhe des Stammkapitals und der Beteiligung der bisherigen und verbleibenden Alleingesellschafterin.

In der Generalversammlung am 13.3.2024 wurde dem Umwandlungsplan zugestimmt und der Gesellschaftsvertrag – unter Anpassung an das deutsche Recht – neu gefasst. Ohne jegliche begleitende Kapitalmaßnahme wurde im Zuge der Neufassung das Stammkapital der Gesellschaft mit EUR 25.000 festgelegt, was evident unzulässig ist, womit der Ausstellung der Vorabbescheinigung ein nicht behebbares Hindernis entgegensteht.

Dieser Vorgang steht in offenem Widerspruch zur Regelung in Punkt V. des Umwandlungsplans, wonach die grenzüberschreitende Sitzverlegung keinen kapitalentsperrenden Effekt bewirke und das Stammkapital auch nach der Durchführung der Satzungssitzverlegung ident bleibe.

Beides ist nicht der Fall. Es kommt einerseits zu einem kapitalherabsetzenden Effekt in Höhe von EUR 10.000, ohne dass die Kapitalherabsetzungsvorschriften nach österreichischem Recht eingehalten wurden. Diese wären aber im Zeitpunkt der Beschlussfassung - und auch jetzt noch - zu beachten gewesen. Außerdem ist es offensichtlich, dass das Stammkapital nicht ident bleibt, sondern – wenn auch in unwirksamer Form – herabgesetzt wurde.“

Mit ihrer „Stellungnahme“ vom 15.7.2024, ON 3, hielt die Gesellschaft ihr Eintragungsgesuch aufrecht. Sie vertrat dabei folgende Ansicht:

- Im Hinblick auf die in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union geltenden Bestimmungen über die Höhe des Mindeststammkapitals würde die Durchführung einer Hinaus-Umwandlung von vornherein dadurch erschwert oder sogar unmöglich gemacht werden, wenn eine vorausgehende förmliche Kapitalherabsetzung erforderlich wäre; eine Herabsetzung des Stammkapitals auf den jeweiligen

Mindestbetrag des Zuzugsstaates wäre teilweise rechtlich nicht durchführbar, da die gesetzlichen Mindestanforderungen nach österreichischer Rechtslage in den meisten Mitgliedstaaten bei weitem unterschritten würden.

- Zwar würde die Möglichkeit bestehen, das Mindeststammkapital in der in Österreich geforderten Mindesthöhe zu belassen und erst nach erfolgter Sitzverlegung in den Zuzugsstaat anzupassen, diese Vorgangsweise würde allerdings mit Sicherheit den geltenden Bestimmungen des EU-Rechts widersprechen, zumal im Zuge der Hinaus-Umwandlung vom österreichischen Gesetzgeber lediglich gefordert werden könne, die Satzung an die jeweiligen nationalen gesetzlichen Mindestanforderungen anzupassen.
- Im Zusammenhang mit der Bindungsintensität sei nämlich eine Überbindung des geltenden inländischen Rechts auf eine ausländische Gesellschaft nach der EuGH-Rechtsprechung unzulässig.
- Für die Gläubiger seien Schutzbestimmungen ex ante in § 20 EU-UmgrG zur Vermeidung einer Gläubigerbeeinträchtigung vorgesehen. Sonstige Maßnahmen im Zusammenhang mit der Kapitalausstattung der Gesellschaft würden sich nicht finden.
- Zentrale Gläubigerschutzbestimmung bei einer Export-Verschmelzung sei § 13 EU-VerschG gewesen. Im dortigen Geltungsbereich sei eine Verschmelzung für zulässig angesehen worden, auch wenn diese für die Gläubiger mit kapitalentsperrenden Auswirkungen verbunden gewesen ist. Dieser Umstand sei zweifelsfrei dahingehend zu begründen, als dass die Niederlassungsfreiheit im Einzelfall dem strengen österreichischen Kapitalerhaltungsgebot immer vorgehe.
- Eine grenzüberschreitende Exportverschmelzung mit einem kapitalherabsetzenden Effekt sei daher bei Einhaltung des § 13 EU-VerschG ohne weitere ausgleichende Maßnahmen bereits bisher zulässig gewesen.
- Im grenzüberschreitenden Kontext sei auch ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zulässig, sofern entsprechend § 20 EU-UmgrG ein vorgelagertes Gläubiger-Aufgebotsverfahren durchgeführt werde und den Gläubigern die Möglichkeit eingeräumt werde, vom geplanten Umwandlungsvorgang Kenntnis zu erhalten, um die

- für sie vorgesehenen Rechte ausüben zu können. Weitere „Sicherungsmaßnahmen“ würden nach dem EU-UmgrG nicht gefordert.
- Die Forderung des inländischen Gerichts nach solchen Maßnahmen – wie hier konkret die Forderung auf Durchführung eines Kapitalherabsetzungsverfahrens – sei überschießend, da nicht EU-rechtskonform.
 - Hinzuweisen sei auch darauf, dass im Kontext mit § 20 EU-UmgrG den Gläubigern ein reduziertes Beweismaß auferlegt werde, weil eine Gefährdung dann von vornherein angenommen werden könne, wenn die Gesellschaft nach der Umwandlung in das Ausland über ein geringeres gebundenes Kapital verfügt.
 - Bereits ein Rechtsvergleich zwischen einer österreichischen und einer deutschen GmbH zeige, dass die weitere Kapitalbindung nach der Hinaus-Umgründung keinesfalls für die Gläubiger der Gesellschaft sichergestellt werden könne, weil gebundenen Rücklagen bei der deutschen GmbH jederzeit aufgelöst werden könnten; überdies komme es bei der deutschen GmbH darauf an, dass das Stammkapital durch tatsächlich vorhandenes Vermögen gedeckt sei. Es würde in Summe zu keiner zusätzlichen Sicherheit für die Gläubiger führen, selbst wenn man ein Kapitalherabsetzungsverfahren durchführen würde. Auch wenn man das bisherige Stammkapital unverändert in der neuen Satzung des Zuzugsstaates belassen würde und erst anschließend eine kapitalentsperrende Maßnahme im neuen Staat vorgenommen werde, könne die Beibehaltung der bisherigen Höhe des Stammkapitals durch das österreichische Gericht nicht gefordert werden.
 - Der Schutz der Gläubiger und die Prüfung durch das Gericht des Wegzugstaates dürfe sich somit lediglich auf die Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen nach § 20 EU-UmgrG beschränken.
 - Eine grenzüberschreitende Hinaus-Umwandlung sei daher auch dann zulässig, wenn ein kapitalherabsetzender Effekt verwirklicht werde.
 - Die beabsichtigte Verminderung des Stammkapitals sei den betroffenen Gläubigern im Aufgebotsverfahren entsprechend angekündigt worden, im vorliegenden Fall hätten

sich keine Gläubiger gemeldet, womit der Ausstellung der beantragten Vorabbescheinigung kein Hindernis entgegensteht.

Mit dem bekämpften Beschluss vom 9.8.2024, ON 4, wies das Erstgericht den Antrag ab. Dabei ging es von folgendem Sachverhalt aus:

„In der Generalversammlung vom 13.3.2024 fasste die Alleingesellschafterin u.a. folgende Beschlüsse:

Erstens:

Die Schlussbilanz der Gesellschaft zum 30.9.2023 wird genehmigt und der gegenständlichen Sitzverlegung zugrunde gelegt.

[...]

Drittens:

Dem von der Geschäftsführung der Gesellschaft am 17.1.2024 errichteten Umwandlungsplan wird ausdrücklich zugestimmt und wird dieser genehmigt, sodass der Umwandlungsplan dem gegenständlichen Umwandlungsvorgang zugrunde zu legen ist und folglich der Gesellschaftsvertrag dahingehend angepasst wird, als dass dieser dem Recht des Zuzugsstaates (Bundesrepublik Deutschland) entspricht und diesbezüglich gleichzeitig auf diese Neufassung entsprechend der Anlage (Beilage ./3) hingewiesen wird.

Die P M E E und V GmbH wird in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt, die dem Gesellschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland unterliegt, im Besonderen in eine dem deutschen Gesellschaftsrecht unterliegende GmbH als Rechtsträger neuer Rechtsform unter der Firma P M E E und V GmbH mit Verwaltungssitz in M und Satzungssitz in M . Somit wird der Verwaltungs- und Satzungssitz der Gesellschaft grenzüberschreitend und unter Änderung des anwendbaren nationalen Gesellschaftsrechts und unter Umwandlung in eine dem Zuzugsstaat unterliegende

Gesellschaftsform verlegt. Dadurch nimmt die Gesellschaft die Rechtsform einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung an.

Zur Durchführung der Sitzverlegung nach M wird der Gesellschaftsvertrag neu gefasst und erhält den in der Anlage (Beilage ./3) ersichtlichen Wortlaut, auf diesen Gesellschaftsvertrag wird verwiesen, wobei dieser hiermit durch die Alleingesellschafterin ausdrücklich vollinhaltlich genehmigt wird und dieser somit dem zukünftigen Gesellschaftsvertrag entspricht.

Die neue Firma der Gesellschaft lautet:

P M E E und V GmbH.

Das Stammkapital der P M E E und V GmbH beträgt € 25.000,00.

Das gesamte Stammkapital der P M E E und V GmbH wird von dem bisherigen Gesellschafter wie folgt gehalten:

A GmbH & Co. KG ist Inhaberin von 25.000 Geschäftsanteilen zu je € 1,00 insgesamt im Nennbetrag von € 25.000,00.

[...]

Die in der Generalversammlung beschlossene Neufassung des Gesellschaftsvertrags regelt in

§ 3

Stammkapital; Geschäftsanteile

- (1) Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 25.000,00.
- (2) Das Stammkapital der Gesellschaft ist eingeteilt in 25.000 Geschäftsanteile mit den laufenden Nummern 1 bis 25 000 im Nennbetrag von jeweils € 1,00.

- (3) Das gesamte Stammkapital wird wie folgt gehalten:
25.000 Geschäftsanteile zu je 1,00 EUR, insgesamt 25.000 EUR von A
GmbH & Co. KG, Amtsgericht M HRA 1 .
- (4) Das Stammkapital der Gesellschaft wurde nach österreichischem
Gesellschaftsrecht in voller Höhe in bar geleistet.
- (5) Das Stammkapital ist durch identitätswahrenden Formwechsel der P M
E E und V GmbH mit dem Sitz in O
(Österreich) in die Rechtsform einer deutschen GmbH vollständig
erbracht.
- (6) Nachschüsse sind nicht zu erbringen.

Im Umwandlungsplan gemäß § 10 EU-UmgrG vom 17.1.2024 sind u.a. folgende
Regelungen enthalten:

II. Verlegung des Satzungs- und Verwaltungssitzes, Stichtag der Sitzverlegung und Bilanz

[...]

Zur Durchführung der Sitzverlegung der Gesellschaft von Österreich in die
Bundesrepublik Deutschland wird der Gesellschaftsvertrag inhaltlich an die
gesetzlichen Voraussetzungen der Bundesrepublik Deutschland – auch hinsichtlich
der Höhe des Stammkapitals und der Beteiligung der bisherigen und verbleibenden
Alleingesellschafterin – im Zuge der Sitzverlegung angepasst und insgesamt neu
gefasst; er enthält den in der Beilage zwei (. /2) ersichtlichen Wortlaut.

[...]

V. Unterbleiben eines kapitalherabsetzenden Effektes und Gläubigerschutz, besondere Vorteile an Beteiligte, Förderungen und Beihilfen

Da es im Rahmen dieser Sitzverlegung zu keiner Übertragung von Vermögen auf
einen anderen Rechtsträger kommt, bewirkt die gegenständliche
grenzüberschreitende Sitzverlegung keinen Kapital entsperrenden Effekt.

Das Stammkapital sowie die allenfalls gebundenen Rücklagen der Gesellschaft bleiben auch nach Durchführung der Satzungssitzverlegung ident.

[...]

Weder im Vorfeld noch in der Generalversammlung vom 13.3.2024 wurde bei der Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung um € 10.000 auf € 25.000 beschlossen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt aktuell also nach wie vor € 35.000.“

Rechtlich vertrat das Firmenbuchgericht – nach ausführlicher Darlegung der neuen Rechtslage ua durch das EU-UmgrG – die Ansicht, die Gesellschaft habe die in der Zwischenerledigung aufgezeigten Bedenken nicht zerstreut sondern bestätigt, wonach in der Neufassung des Gesellschaftsvertrags das Stammkapital der Gesellschaft ohne begleitende Maßnahmen von EUR 35.000,-- auf EUR 25.000,-- herabgesetzt werde. Dies stehe der Hinaus-Umwandlung nicht grundsätzlich entgegen. Die naheliegende Abhilfe, im neu gefassten Gesellschaftsvertrag in § 3 das Stammkapital in der bisherigen Höhe mit € 35.000 festzuschreiben, sei nicht erfolgt, obwohl dies das deutsche Gesellschaftsrecht zulasse: Das dGmbHG untersage einer Kapitalgesellschaft gerade nicht, das Nennkapital mit einem höheren Betrag als dem gesetzlichen Mindestnennkapital-Erfordernis festzulegen. Das von der Gesellschaft argumentierte Anpassungserfordernis an das Mindest-Nennkapital von EUR 25.000,-- bestehe daher nicht. Auf die diesbezüglichen Argumente müsse nicht weiter eingegangen werden.

Zwar wären bei der Exportverschmelzung nach dem – mit dem in Umsetzung der RL (EU) 2019/2121 zur Änderung der GesrechtRL (EU) 2017/1132 geschaffenen GesMobG BGBl 78/2023 und zwar mit dessen Kern EU-UmgrG aufgehobenen - EU-VerschG Gläubigerschutzbestimmungen für den Fall vorgesehen gewesen, dass die Summe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft niedriger als die Summe des Nennkapitals und der gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft

gewesen war (§ 6 Abs 2, § 8 Abs 2 Z 3, § 13 EU-VerschG). Daher sei bei der Exportverschmelzung, wenn die Gläubigerschutzbestimmungen gem § 13 EU-VerschG eingehalten gewesen waren, die Verschmelzung mit kapitalentsperrendem Effekt ohne Einhaltung weiterer Ausgleichsmaßnahmen zulässig gewesen (*Eckert in Kalss*, VSU § 13 EU-VerschG Rz 11). Hier erfolge jedoch wegen der identitätswahrenden Umwandlung im Unterschied zur Hinaus-Verschmelzung keine Übertragung von Vermögen eines übertragenden Rechtsträgers auf einen übernehmenden Rechtsträger. Auf die Verschmelzungsregeln komme es daher hier ebenfalls nicht an.

Die Gesellschafter seien jedoch verpflichtet, die Anpassung der Satzung ihrer Gesellschaft an die Rechtsordnung des Zuzugsstaats vorzunehmen. Damit stehe es ihnen selbstverständlich frei, gesellschaftsvertragliche Regelungen zu treffen, die konkret nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland zulässig seien, auch wenn sie im Einzelnen österreichischem GmbH-Recht widersprechen würden. Sie seien allerdings bei der Anpassung des Vertrags an die Normen des Zuzugsstaats insoweit gebunden, als sie allfällige zwingende Bestimmungen bei der Änderung des Gesellschaftsvertrags nach deutschem Recht berücksichtigen müssten. Auch nach deutschem Recht sei jedoch eine „formlose“ Kapitalherabsetzung, wie sie hier vorgenommen werde, absolut unzulässig, zumal auch dort ein förmliches Kapitalherabsetzungsverfahren mit Beschlussfassung und Aufgebotsverfahren durchzuführen wäre (§§ 53 ff dGmbHG). Dies folge zwingend daraus, dass die Gesellschaft auch nach der Umwandlung der idente Rechtsträger wie vorher bleibe.

Gem § 20 Abs 1 EU-UmgrG könnten Gläubiger der Gesellschaft über die allenfalls gem § 10 Abs 1 Z 6 im Umwandlungsplan angebotenen Sicherheiten hinaus weitere Sicherheiten von der Gesellschaft verlangen. Werde diesem Verlangen nicht entsprochen, müsse die Leistung der Sicherheit innerhalb von drei Monaten nach der Offenlegung des Umwandlungsplans mit Klage gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden. Dabei müsse der Gläubiger bescheinigen, dass seine Forderung

entstanden sei, dass er keine Befriedigung verlangen könne und dass durch die Hinaus-Umwandlung die Erfüllung seiner Forderung gefährdet werde. Gemäß § 20 Abs 3 EU-UmgrG dürfe die Vorabbescheinigung erst ausgestellt werden, wenn allen Gläubigern, die nach Abs 1 Sicherheitsleistung verlangt und gegebenenfalls eingeklagt haben, eine angemessene Sicherheit geleistet wurde. Die Norm des § 20 Abs 1 EU-UmgrG stelle die Kernbestimmung des vorgelagerten Gläubigerschutzes des grenzüberschreitenden Umgründungsrechts dar. Die von der Antragstellerin zitierte Belegstelle (*Potyka* in *Rieder/Potyka* § 20 EU-UmgrG Rz 2, zur Gefährdungsbescheinigung des Gläubigers für die Forderungserfüllung, wonach „eine solche Gefährdung etwa dann zu bejahen sein wird, wenn die Gesellschaft nach der Umwandlung über ein geringeres gebundenes Kapital verfügt“) sei kein Beleg gegen die hier befürchtete Unzulässigkeit der formlosen Kapitalherabsetzungsmaßnahme. Die Gesellschaft hätte selbst darauf hingewiesen, dass nach deutschem Recht die Auflösung von gebundenen Rücklagen im Unterschied zu österreichischen Rechnungslegungsbestimmungen problemlos möglich sei, womit der von *Potyka* genannte Gefährdungstatbestand verwirklicht wäre.

Entgegen der Argumentation der Antragstellerin sei die beabsichtigte Verminderung des Stammkapitals den betroffenen Gläubigern im Aufgebotsverfahren nicht ausreichend angekündigt worden: In Punkt V. des Umwandlungsplans sei – wie in der Zwischenerledigung angesprochen – ausdrücklich geregelt, dass die grenzüberschreitende Sitzverlegung keinen kapitalentsperrenden Effekt bewirke und das Stammkapital auch nach der Durchführung der Satzungssitzverlegung ident bleibe. Genau dies treffe nicht zu. Es sei also für Gläubiger nicht ohne weiteres klar gewesen, dass die Umwandlung mit einer Verminderung des Stammkapitals einhergehe.

Die der Umwandlung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten seien daher nicht ordnungsgemäß durchgeführt, womit die Vorabbescheinigung nicht

ausgestellt werden könne; die Eintragung der beantragten Tatsachen sei daher abzuweisen.

Gegen diesen Beschluss wendet sich nunmehr der (rechtzeitige) **Rekurs** der Gesellschaft aus dem Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die bekämpfte Entscheidung aufzuheben und dem Erstgericht die neuerliche (bewilligende) Entscheidung unter Abstandnahme vom gebrauchten Abweisungsgrund aufzutragen (S 9 ON 5). Das Rechtsmittel ist aus nachstehenden Gründen unberechtigt:

1.: Vorauszuschicken ist allen weiteren Überlegungen, dass das Erstgericht seine abweisende Entscheidung ua auf das selbständig tragfähige Begründungsargument gestützt hat, die Gesellschaft lasse jede Erklärung für eine Hinaus-Umwandlung unter Herabsetzung des aktuellen Stammkapitals auf das Mindest-Kapitalerfordernis (von EUR 25.000,-- nach §§ 5 Abs 1, 58 Abs 2 Satz 1 dGmbHG) auch nach deutschem GmbH-Recht vermissen, zumal diese nach §§ 53 ff dGmbHG unzulässig sei. Dies trifft zu, weil jede (ordentliche oder vereinfachte) Kapitalherabsetzung nach den §§ 58 ff dGmbHG ua dem Gläubigerschutz dient (*Zöllner/Haas in Baumbach/Hueck GmbHG*²¹ § 58 Rz 2f mwH). Außerdem genießt die angestrebte Vorabbescheinigung des (hier) Firmenbuchgerichts in der zweiten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle der (hier) Hinaus-Umwandlung Richtigkeitsgewähr beim (hier) Handelsregistergericht AG M des Zuzugsstaats (Art 86a Abs 5 GesellschaftsrechtsRL [EU] 2017/1132 idF der MobilitätsRL [EU] 2019/2121 hier wie im Folgenden zitiert aus der konsolidierten Fassung des CELEX-Dok Nr 02017L1132), sodass ein Kontrolldefizit beim Firmenbuchgericht bei der Vorabbescheinigung nicht absehbare Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit und ua den Schutz der Altgläubiger des gesamten Umwandlungsvorgangs hätte. Auf diesen vom Firmenbuchgericht herangezogenen Abweisungsgrund geht das Rechtsmittel mit keinem Wort inhaltlich ein. Die Begründung des Firmenbuchgerichts für die Antragsabweisung wird daher nicht in gesetzmäßiger Weise bekämpft (6 Ob 93/20z ErwGr 3.3.2. iVm 3.1.; vgl RIS-Justiz

RS0043654 [T6, T14]). Schon aus diesem formalen Grund muss dem Rekurs der Erfolg versagt bleiben.

2: Das Rechtsmittel würdigt auch nicht ausreichend die vom vorinstanzlichen Firmenbuchgericht für die Abweisung des Eintragungsbegehrens weiter herangezogenen Bedenken an der (kombinierten) Kapitalherabsetzung:

2.1: Gegenständlich ist eine grenzüberschreitende (hier statuten- oder rechtsformwahrende) Umwandlung, bei der eine Kapitalgesellschaft ihren satzungsmäßigen Sitz von einem EU-Mitgliedstaat (nach § 2 Abs 2 EU-UmgrG auch EWR-Vertragsstaaten wie zB), nämlich Österreich in einen anderen verlegt, wodurch sich das auf sie anwendbare Gesellschaftsstatut ändert (*Hechenblaickner* Grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes von Kapitalgesellschaften, NZ 2023, 388; *Winner* Die Sitzverlegung, GesRZ 2023, 284 [287]). In Österreich wurde diese grenzüberschreitende Umwandlung meist als grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes bezeichnet (zB 6 Ob 224/13d, insb ErwGr 1.1.: "*grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung*"; *Hechenblaickner* aaO; *Fiala/Potyka*, Das neue EU-Umgründungsgesetz, RWZ 2023/8, 35; *Winner* zB 284) und darauf hingewiesen, dass sich aus dem Statutenwechsel (Art 19 Abs 3 iVm Abs 1 Uabs 1 Rom I-VO [EG] Nr. 593/2008) eine Änderung des gesamten rechtlichen Umfelds der Gesellschaft ergibt, was sich – ua durch Änderung der Gläubigerschutzvorschriften und (bei gleichzeitiger Verlegung des Satzungssitzes wie hier) des allgemeinen Gerichtsstands (Art 4, 63 EuGVVO 2012 [EU] Nr. 1215/2012) – auf die (Alt)Gläubiger der Gesellschaft vor der Umwandlung auswirkt (6 Ob 224/13d ErwGr 1.1. und 6. ff; *Ebner/Hayden* Die Bedeutung des Umwandlungsstichtags für grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem EU-UmgrG RWZ 2024, 136 [137]; *Hirschler* Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen GesRZ 2023, 299 [300ff]; *Winner* 284, 287)

2.2.: Aufgrund der Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Niederlassungsfreiheit (zB EuGH 25.10.2017, C-106/16, *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.* [Große Kammer], ECLI:EU:C:2017:804 Rz 33, 35, 38, 42: Hinausumwandlung von Polen nach Luxemburg, die wegzugstaatliche Beschränkungen behinderten; 12.10.2012, C-378/10, *VALE Építési kft.*, ECLI:EU:C:2012:440 Rz 24, 30, 33, 51: Hinausumwandlung einer italienischen GmbH nach Ungarn, die zuzugstaatliche Regelungsdefizite beschränkten; 16.12.2008, C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*, ECLI:EU:C:2008:723, Rn 109 bis 113: Hinausumwandlung von Ungarn nach Italien, die von wegzugstaatlichen Normen verhindert wurde) war eine solche grenzüberschreitende Umwandlung bereits vor der im Rekurs angesprochenen Regelungen des EU-UmgrG zulässig, und zwar ohne Unterschied, ob die Gesellschaft „im neuen Kleid“ ihre Geschäftstätigkeit (weiterhin) im Wesentlichen oder ausschließlich im Herkunftsmitgliedstaat ausübt (EuGH Rs *Polbud* Rz 38 aE; vgl jetzt auch ErwGr 2 MobilitätsRL [EU] 2019/2121). Sie zielt – wie die umsetzende MobilitätsRL (ErwGr 2) – auf eine **Liberalisierung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung/-wahl** und **nicht** die Liberalisierung des **Gesellschaftsrechts** – hier die Kapitalherabsetzung – an sich, wie der Rekurs glaubt. Die grenzüberschreitende Umwandlung wurde von den Firmenbuchgerichten auch laufend durchgeführt (siehe zB 6 Ob 224/13d, der eine „Hinaus-Umwandlung“ einer italienischen Personengesellschaft mit Sitz in Neapel betraf, die ihren Sitz nach Kaprun verlegen wollte, letztlich aber an zuzugstaatlichen Regeln scheiterte, weil der Gesellschaftsvertrag nicht dem österreichischen Ziel-Gesellschaftsstatut entsprach und der Nachweis nicht erbracht wurde, dass italienisches Recht die grenzüberschreitende Umwandlung ohne Liquidation erlaubt; vgl auch die E OLG Innsbruck 15.7.2008, 3 R 93/08p, mit der dem Firmenbuchgericht die Ausstellung einer Amtsbestätigung – inhaltlich eine nun so bezeichnete Vorabbescheinigung – für die Sitzverlegung aufgetragen und aus der EuGH-Rspr zur Niederlassungsfreiheit und der Mitwirkungs-/Loyalitätspflicht der Judikative – damals des Art 10 EGV, jetzt Art 4 Abs 3

EUV - abgeleitet wurde). Es mag sein, dass diese Judikatur – im hier relevanten Teil der Grundfreiheit sogar zurückgehend auf die Judikatur zur Verschmelzung (vgl zB EuGH 13.12.2005, Rs C-41/03, *SEVIC Systems* Rn 23, 28ff für § 1 dUmwG) – aus der Zeit vor der MobilitätsRL (EU) 2019/2121 datiert. Ihr kommt jedoch aus folgenden Gründen (immer noch) maßgebende Bedeutung zu: Auch die grundfreiheitswidrige Entscheidung eines nationalen Gerichts kann selbst einen Eingriff in eine Grundfreiheit darstellen (EuGH 30.9.2003, C-224/01, *Gerhard Köbler/Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2003:513 Rn 77f, 82) und ist daher zu vermeiden. Vorschriften des abgeleiteten Unionsrechts, wie Richtlinien, sind wenn sie mehr als eine Auslegung zulassen, so zu interpretieren, dass sie **möglichst primärrechtskonform zu verstehen** sind (EuGH 16.4.2015, C-540/13, *Parlament/Rat*, ECLI:EU:C:2015:224 Rn 38 f; 26.7.2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone ua* [Große Kammer], ECLI:EU:C:2007:383 Rn 28). Auch die Mitgliedstaaten sowie ua ihre Gerichte haben nicht nur ihr nationales Recht unionsrechtskonform auszulegen, sondern auch darauf zu achten, dass sie sich nicht auf eine Auslegung einer Vorschrift des abgeleiteten Rechts stützen, die mit den durch die Unionsrechtsordnung geschützten Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts kollidiert (EuGH Rs *Ordre des barreaux francophones et germanophone ua* Rn 28; 6.11.2003, C-101/01, *Brodil Lindqvist*, ECLI:EU:C:2003:596 Rn 87). Nationale Vorschriften zur ua grenzüberschreitenden Umwandlung sind daher nicht nur anhand der GesellschaftsrechtsRL [EU] 2017/1132 idF MobilitätsRL [EU] 2019/2121, sondern auch der Niederlassungsfreiheit iS Art 49, 54 AEUV und der Judikatur des EuGH dazu auszulegen (zum Mechanismus anhand der Regelungen zur grenzüberschreitenden Krankenbehandlung und der Judikatur zur Dienstleistungsfreiheit etwa EuGH 5.10.2010, C-173/09, *Georgi Ivanov Elchinov*, ECLI:EU:C:2010:581 Rn 50). Unmittelbar wirkendem Unionsrecht einschließlich der bezüglichen Auslegungsentscheidungen des EuGH (Art 267 AEUV; EuGH zB 22.2.2022, C-430/21, *RS*, ECLI:EU:C:2022:99 [Große Kammer] Rn 52, 72, 77) – hier

der Niederlassungsfreiheit und der oben zitierten EuGH-Rechtsprechung dazu – widersprechendes nationales Recht, egal ob es früher oder später erlassen ist, muss jedes – insoweit als Unionsgericht fungierende – nationale Gericht (wenn es keine unionsrechtskonforme Auslegung vornehmen kann) entsprechend dem Mitwirkungsgrundsatz („loyale Zusammenarbeit“) des Art 4 Abs 3 EUV **unangewendet** lassen, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser nationalen Regelung oder Praxis auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (Art 19 Abs 1 EUV; EuGH zB Rs RS Rn 53, 55, 57, insb 62 iVm Rn 49; Erklärung Nr. 17 zum Vorrang, die der Schlussakte der Regierungskonferenz, die den Vertrag von Lissabon angenommen hat, beigefügt ist [ABIEU 2012, C 326, S. 346]). Schließlich betont die MobilitätsRL [EU] 2019/2121 in ihrem ErwGr 2 ohnehin, dass mit ihr ua die oben dargestellte Rechtsprechung des EuGH zur ua grenzüberschreitenden Umwandlung/Sitzverlegung umgesetzt werden soll. In Umsetzung von Art 86a Abs 1 und 86b Z 2 GesellschaftsrechtsRL (EU) 2017/1132 definiert demgemäß § 8 Z 1 EU-UmgrG die grenzüberschreitende Umwandlung als die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats (des sog Wegzugmitgliedstaats) gegründet worden ist (oder – hier nicht relevant – dessen Recht unterliegt) und ihren satzungsmäßigen Sitz (hier nicht relevant: ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung) in einem Mitgliedstaat hat, unter Beibehaltung ihrer Rechtspersönlichkeit – also identitätswahrend – in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats (des sog Zuzugmitgliedstaats: Art 86b Z 3 GesellschaftsrechtsRL [EU] 2017/1132) unterliegende Kapitalgesellschaft, wobei die Gesellschaft ihren satzungsmäßigen Sitz in den Zuzugmitgliedstaat (Zielmitgliedstaat) verlegt. § 8 Z 2 EU-UmgrG definiert die hier relevante „Hinaus-Umwandlung“ als eine solche, bei der eine Kapitalgesellschaft, die österreichischem Recht (Sitzstatut) unterliegt, in eine Kapitalgesellschaft umwandelt, die dem Gesellschaftsrecht (Sitzstatut) eines anderen Mitgliedstaats unterliegt. Bei einer

grenzüberschreitenden Umwandlung ist also nur **eine einzige Gesellschaft** beteiligt, die lediglich ihr „Rechtskleid wechselt“. Dieser Vorgang ist weniger komplex als eine Verschmelzung oder Spaltung, bei der es zu einer – zumindest partiellen – Gesamtrechtsnachfolge kommt (allgemein dazu zB 6 Ob 224/13d ErwGr 1.1. und 6. ff; *Fiala/Potyka* aaO; *Winner* Die Sitzverlegung, GesRZ 2023, 284 [285f]). Soweit der Rekurs Grundsätze oder Regeln über die **grenzüberschreitende Verschmelzung** heranziehen will – richtigerweise wären dies die Rs *SEVIC Systems*, die Art 118 bis 134 GesellschaftsrechtsRL (EU) 2017/1132 und die §§ 26 bis 45 EU-UmgrG und nicht die im Rechtsmittel erwähnten Normen des mit Ablauf 31.7.2023 außer Kraft getretenen EU-VerschG (§ 70 Abs 2 EU-UmgrG) – scheidet dies daran, dass mit diesen ein anderer als hier gegenständlicher Sachverhalt geregelt wird. Auf diese Ausführungen der Gesellschaft einzugehen erübrigt sich daher.

2.3.: Dieser Überblick zeigt, dass die Rekurswerberin hier **zwei verschiedene Vorgänge**, die – wie gleich noch zu zeigen sein wird – auch **unterschiedlich zu betrachten** sind, ohne Notwendigkeit in einen einzigen Eintragungsantrag aufgenommen hat. Denn eine von der EuGH-Judikatur seit langem zugelassene und von österreichischen Gerichten auch so vollzogene grenzüberschreitende Umwandlung setzt – wie das Erstgericht bereits erwähnte und dem der Rekurs nichts Überzeugendes entgegenhalten kann – keineswegs die von der Gesellschaft intendierte Kapitalherabsetzung um EUR 10.000,-- von EUR 35.000,-- auf EUR 25.000,-- (das gesetzliche deutsche Mindestnennkapital-Erfordernis nach §§ 5 Abs 1, 58 Abs 2 Satz 1 dGmbHG) voraus. Der Sachverhalt „**grenzüberschreitende Hinaus-Umwandlung**“ darf mit dem Sachverhalt „**Kapitalherabsetzung**“, den die Gesellschaft hier uno actu anstrebt, weder vermengt noch verwechselt werden. Wie im Rekurs selbst erwähnt enthalten die – nach hA nicht abschließenden (für die MobilitätsRL [EU] 2019/2121 etwa deren ErwGr 85 und 86 sowie die Textierung in Art 86m Abs 9 GesellschaftsrechtsRL [EU] 2017/1132 „zu missbräuchlichen ... Zwecken, die dazu führen oder führen sollen, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu

entziehen oder es zu umgehen“ und „so berücksichtigt [das Firmenbuchgericht] ... relevante Tatsachen und Umstände, wie etwa – sofern relevant und nicht isoliert betrachtet – Anhaltspunkte, die [es] im Verlaufe der Prüfung nach [Art 86m] Abs 1 ... bemerkt hat“, sowie in Abs 10 „notwendig, zusätzliche Informationen zu berücksichtigen oder zusätzliche Untersuchungstätigkeiten durchzuführen“; für die nationale Umsetzung zB *Herzog* Die Umsetzung der EU-Mobilitätsrichtlinie – Wesentliche Neuerungen, Streitfragen und Kritikpunkte GES 2023, 3 [8]; *Winner* Die Sitzverlegung, GesRZ 2023, 284 [291]) – Regeln über den **Gläubigerschutz** in Art 86j der GesellschaftsrechtsRL (EU) 2017/1132 oder § 20 EU-UmgrG (vgl auch: Umwandlungsplan: Art 86d lit f RL und § 10 Abs 1 Z 6 EU-UmgrG; Offenlegung: Art 86g Abs 1 lit b, Abs 2 RL und § 15 Abs 1 Z 2 sowie Abs 2 EU-UmgrG; Vorabbescheinigung: Art 86m Abs 1 UAbs 2, Abs 2 lit b, Abs 6 lit a und Abs 7 lit b, Abs 8 bis Abs 10 und § 21 Abs 2 Z 9, Abs 6 bis Abs 8 EU-UmgrG sowie § 37 Abs 3 FBG; Wirksamwerden: Art 86q RL und § 12 Abs 12 EU-UmgrG) **nichts** über eine zugleich mit der grenzüberschreitenden statuten-/rechtsformwahrenden Umwandlung (Sitzverlegung) verbundene Kapitalherabsetzung. Darin stimmen die Rekursausführungen mit den Überlegungen des Erstgerichts überein. Daher müssen nationale Maßnahmen (letztlich der bekämpfte Beschluss iS Art 86m Abs 7 lit b GesellschaftsrechtsRL [EU] 2017/1132 und § 21 Abs 6 EU-UmgrG e contrario) – zumindest wenn man sie insgesamt als Teil eines grenzüberschreitenden Sachverhalts ansieht (wofür die etwa in Art 86m Abs 9 GesellschaftsrechtsRL [EU] 2017/1132 vorgesehene Gesamtbetrachtung spricht) und sich nicht auf einen davon unabhängigen, isolierten Teil (Kapitalherabsetzung) fokussiert – zusätzlich aus diesem Grund am Maßstab der grundlegenden Niederlassungsfreiheit gemessen werden.

2.4.: Es entspricht nun ständiger Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union, dass zwischen der nationalen (auch Umfeld-)Regelung und ihrer die Ausübung der Grundfreiheit beschränkenden Wirkung eine **adäquate Kausalitätsbeziehung** bestehen müsste, weil Einwirkungen, die objektiv „zu ungewiss und zu indirekt“ sind,

um noch als Behinderung eingestuft zu werden, nicht dem Beschränkungsverbot zuwiderlaufen oder genauer betrachtet unterfallen (EuGH 20.6.1996, C-418/93, *Semeraro Casa Uno u.a. / Sindaco del Comune di Erbusco u.a.*, ECLI:EU:C:1996:242 Rn 32 für die Niederlassungsfreiheit; SA GA *Antonio Tizzano* vom 25.3.2004 in der Rs C-442/02, *CaixaBank France*, ECLI:EU:C:2004:187 Rn 56ff insb 63, 65, der in concreto zum selben Ergebnis gelangte wie der EuGH in seiner E vom 5.10.2004, ECLI:EU:C:2004:586, das französische Verbot für Zweigniederlassungen anderer EU-Banken, die auf Euro lautenden Sichteinlagenkonten zu verzinsen, verstoße gegen die Niederlassungsfreiheit; 24.11.2022, C-638/20, *MCM (Aides financières pour études à l'étranger)*, ECLI:EU:C:2022:916 Rn 35 für die Arbeitnehmerfreizügigkeit; 18.6.1998, C-266/96, *Corsica Ferries France SA / Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova u.a.*, ECLI:EU:C:1998:306 Rn 31 für die Warenverkehrsfreiheit oder 27.1.2000, C-190/98, *Volker Graf*, ECLI:EU:C:2000:49 Rn 24f für die Freizügigkeit). In Anwendung dieses Grundsatzes gelangt man zum Ergebnis, dass die Verweigerung der Vorabgenehmigung wegen der **fehlenden Maßnahmen gegen die** mit dem Antrag – wie die fehlende sekundärrechtliche Grundlage zeigt (oben ErwGr 2.3.) gerade nicht verfahrensbedingt notwendig – verbundene **Kapitalherabsetzung** aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit hinausfällt und der auf fehlenden Maßnahmen gegen die Kapitalherabsetzung fußenden Entscheidung des Erstgerichts nicht mit dem Hinweis auf die Niederlassungsfreiheit entgegengetreten werden kann. Die Hinausumwandlung nach Deutschland wäre hier ohne die Veränderung des Stammkapitals problemlos möglich. Die Kapitalherabsetzung könnte auch nach der Sitzverlegung nach deutschem Recht abgewickelt werden. Dies bestreitet das Rechtsmittel inhaltlich mit keinem Wort. Wie sich aus der Begründung des Erstgerichts ergibt, bestünden – auch nach Auffassung des Rekursgerichts – gegen eine bloße grenzüberschreitende Umwandlung, also hier rechtsform-/statutenwahrende Umwandlung von einer österreichischen GmbH in eine deutsche GmbH auch keine Bedenken. Die Bedenken des Erstgerichts – und des

Rekursgerichts – wenden sich ausschließlich gegen die ohne Notwendigkeit in denselben Firmenbuchantrag aufgenommene Kapitalherabsetzung ohne kapitalsichernde Begleitmaßnahmen (Vorsorge) oder erst nach Kapitalherabsetzung (vorgeschaltetem Aufgebotsverfahren). Abgesehen davon stünden der Gesellschaft zahlreiche zumutbare Möglichkeiten offen, vor der angestrebten Vorabbescheinigung (Art 86m Abs 6 bis 10 GesellschaftsrechtsRL [EU] 2017/1132 und § 20 Abs 3 EU-UmgrG) und vor dem Statutenwechsel (Art 86b Z 2 GesellschaftsrechtsRL [EU] 2017/1132), also noch unter der Herrschaft österreichischen Gesellschaftsrechts, Maßnahmen zu treffen, die ihre Kapitalherabsetzung um EUR 10.000,-- vom kapitalerhaltungsrechtlichen Standpunkt unbedenklich machen würden (siehe dazu näher unten ErwGr 2.7.). Schon diese Betrachtung führt daher zu der vom Erstgericht verfügten Antragsabweisung: Stehen die einzelnen Eintragungstatbestände in einem untrennbaren Zusammenhang, ist nach dem Grundsatz der „Einheitlichkeit des Firmenbuchgesuchs“ nur eine einheitliche Eintragung möglich und das Firmenbuchgesuch insgesamt abzuweisen, wenn auch nur einem Begehren ein – nicht behebbares beziehungsweise trotz Aufforderung nicht verbessertes – Hindernis entgegensteht (RIS-Justiz RS0109198; 6 Ob 187/17v ErwGr 4.1.; OLG Wien 26.5.2008, 28 R 34/08p; *Jennewein* FBG [2020] § 16 Rz 5 und Rz 12 für einzelne mit dem zwingenden Recht unvereinbare Regeln im Gesellschaftsvertrag; *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer* FBG [2005] § 16 FBG Rz 18 ff).

2.5.: Auch wenn man im System der Niederlassungsfreiheit bleibt, ergibt sich für den Rekurs kein günstigeres Ergebnis: Jede andere Betrachtung würde es der Gesellschaft in die Hand legen, die von der Niederlassungsfreiheit getragene und geschützte Sitzverlegung **für andere gesellschaftsrechtliche** – etwa satzungsändernde – **Begleitmaßnahmen** – hier Kapitalherabsetzung – zu **benützen** und damit den **dafür** – hier Kapitalherabsetzung – im nationalen Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen zu entziehen und sie gegen diese zu immunisieren. Dies widerspräche dem unionsrechtlich anerkannten

Missbrauchsverbot: Die Frage nach der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit nach Art 49 und 54 AEUV ist von der Frage zu unterscheiden, ob ein Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen kann, um zu verhindern, dass sich einige seiner Staatsangehörigen unter Missbrauch der durch den AEUV geschaffenen Erleichterungen der Anwendung des nationalen Rechts entziehen; dass ein Mitgliedstaat solche Maßnahmen treffen kann, ist ständige Rechtsprechung (EuGH Rs *Polbud* Rn 39; 30.9.2003, Rs C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512 Rn 98; 9.3.1999, Rs C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126 Rn 18 und 24). Eine solche Missbrauchskontrolle durch das Firmenbuchgericht im Wegzugstaat Österreich sieht zB auch Art 86m Abs 9 und Abs 10 der GesellschaftsrechtsRL (EU) 2017/1132; ebenso die österreichische Umsetzung in § 21 Abs 7 und Abs 8 EU-UmgrG vor. Beide Regelungen sind wie oben zu ErwGr 2.3. dargestellt nicht abschließend. Sie können folglich auch auf den vorliegenden Fall angewendet werden.

2.6.: Wie das Erstgericht zutreffend erwähnt hat, wurde eine solche Kapitalherabsetzung weder in der Generalversammlung vom 13.3.2024 noch bei einer anderen Gelegenheit beschlossen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt daher nach wie vor EUR 35.000,-- (ON 4 S 5). Dem hält auch der Rekurs nichts Inhaltliches entgegen. Die Bewilligung des Antrags führte ohne Notwendigkeit oder Begründung zu einer Kapitalherabsetzung auf EUR 25.000,--. Unbeachtet bleibt in der bisherigen Version des Gesellschaftsvertrags und der anderen Beilagen auch, wie die dem Papier nach beabsichtigte Kapitalherabsetzung um EUR 10.000,-- nach dem vorabgenehmigten Sitz- und Statutenwechsel nach Deutschland vom deutschen **Handelsregistergericht bilanztechnisch** erfasst werden soll: Es wird weder im Antrag noch in der Stellungnahme oder im Rechtsmittel nachvollziehbar dargestellt, ob dieser „Umwandlungsverlust“ zB durch Einzahlung in eine gebundene Rücklage ausgeglichen, als „Umwandlungsgewinn“ bilanziert, oder wie mit ihm sonst verfahren werden soll. Diese Unklarheit erweckt im Hinblick auf die anzustrebende Richtigkeitsgewähr (oben ErwGr 1.) zusätzliche in der Stellungnahme oder im Rekurs

(soweit keine Neuerung) nicht aufgelöste und zerstreute Bedenken, die der Bewilligung der Vorabgenehmigung entgegenstehen.

2.7.: Auch wenn man – anders als das Rekursgericht und implizit das eingangsinstanzielle Firmenbuchgericht – von der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit ausgeht und die Missbrauchkontrolle (Art 86m Abs 9 GesellschaftsrechtsRL (EU) 2017/1132 idF MobilitätsRL (EU) 2019/2121, und § 21 Abs 7 und Abs 8 EU-UmgrG) nicht eingreifen lässt, ist ein Erfolg des Rekurses aus nachstehenden Erwägungen auf der **Rechtfertigungsebene** nicht zu begründen:

2.7.1.: Auch eine Sitzverlegung in Österreich unter **gleichzeitiger** Kapitalherabsetzung, ohne dass die für Kapitalherabsetzungen – von hier EUR 35.000,-- auf EUR 25.000,-- Stammkapital – nach vom Erstgericht anzuwendenden österreichischem Gesellschaftsrecht aufgestellten Erfordernisse erfüllt sind, wäre – wie nach der zu ErwGr 1. erwähnten deutschen Rechtslage – unzulässig. Eine **Diskriminierung** liegt daher **nicht** vor. Die Niederlassungsfreiheit der Art 49 und 54 AEUV verhindert insoweit nur, dass der Herkunfts(= Gründungs)mitgliedstaat die betroffene Gesellschaft etwa daran hindert oder davon abhält, eine solche grenzüberschreitende Umwandlung vorzunehmen, indem er diese Umwandlung strengeren Voraussetzungen unterwirft, als sie für innerstaatliche Umwandlungen gelten (EuGH Rs *Polbud* Rn 43 aE; Rs C-378/10, *VALE* Rn 32, 36, 38; 16.12.2008, Rs *CARTESIO* Rn 109 bis 113; 27.9.1988, Rs 81/87, *Daily Mail and General Trust*, ECLI:EU:C:1988:456, Rn. 19 bis 21). In der Sache *CARTESIO* schrieb das ungarische Recht des Herkunftsstaats bei Umwandlungen/Sitzverlegungen in das Ausland eine vorgeschaltete Liquidation vor, die der Gerichtshof der Europäischen Union als Ungleichbehandlung gegenüber inländischen Vorgängen qualifizierte und die Rechtfertigung dafür prüfte (EuGH Rs *CARTESIO* Rn 113, 123f). In der Rs *VALE* regulierte das ungarische Recht des Herkunftsstaats überhaupt nur die inländische Umwandlung/Sitzverlegung (EuGH Rs *VALE* Rz 2-7 und 36), sodass der EuGH dort die Rechtfertigungsmöglichkeiten für diese unterschiedliche Behandlung abprüfte (und

wegen des generellen Ausschlusses verneinte: Rs *VALE* Rn 40). Im Fall *Polbud* machte das polnische Recht des Herkunftsstaats die grenzüberschreitende Sitzverlegung anders als die Umwandlung im Inland von der Durchführung einer Liquidation abhängig (EuGH Rs *Polbud* Rn 3-7, 51), weshalb die große Kammer des EuGH dort die Rechtfertigung der Beschränkung prüfte. Dies ist hier mangels unterschiedlicher Behandlung der innerstaatlichen mit der EU-weiten Umgründung/Sitzverlegung nicht erforderlich.

2.7.2.: Auch nach dem Maßstab des **Beschränkungsverbots** ist für den Standpunkt des Rekurses nichts zu gewinnen:

2.7.2.1.: Eine nationale Maßnahme, welche die Ausübung der Niederlassungsfreiheit unterbindet, behindert oder weniger attraktiv gestaltet verstößt (abstrakt) gegen das (auch) dieser Grundfreiheit immanente absolute Beschränkungsverbot und ist nur dann unionsrechtlich zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Sie muss außerdem geeignet sein, die Erreichung des fraglichen Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (EuGH 25. 4.2024, C-276/22, *Edil Work 2 Srl und S.T. Srl/STE Sàrl*, ECLI:EU:C:2024:348 Rn 30, 36, 41; Rs *Polbud* Rn 52; Rs *VALE* Rz 39f; 29.11.2011, Rs C-371/10, *National Grid Indus*, ECLI:EU:C:2011:785 Rn 42 mwH; Formel der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit; für Wegzugsbeschränkungen zB *Müller-Graff* in *Streinz EUV/AEUV*³ [2018] Art 54 AEUV Rz 17 mzwH). Der Schutz der Gläubiger und der Minderheitsgesellschafter (EuGH Rs *Edil Work 2 und S.T.* Rn 39; 13.12.2005, C-411/03, *SEVIC Systems*, ECLI:EU:C:2005:762 Rn 28f mwH), der Schutz der Arbeitnehmer (EuGH Rs *Edil Work 2 und S.T.* Rn 39; 21.12.2016, C-201/15, *AGET Iraklis*, ECLI:EU:C:2016:972 Rn 73 mwH), der Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs (EuGH Rs *VALE* Rn 39) oder die Gewährleistung einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse (EuGH 27.2.2019, C-563/17, *Associação Peço a Palavra u.a.*, ECLI:EU:C:2019:144 Rn 72) zählen zu den vom Gerichtshof der

Europäischen Union auch bei der Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften anerkannten **zwingenden Gründen des Allgemeininteresses** (EuGH Rs *Polbud* Rn 54 und Rs *VALE* Rn 39). Unbestritten stellen die Kapitalerhaltungsvorschriften den Kernbereich des Gläubigerschutzes im österreichischen Gesellschaftsrecht dar. Auch in der referierten Rechtsprechung des EuGH genießt er einen hohen Stellenwert. Somit stehen die Art 49 und 54 AEUV grundsätzlich Maßnahmen eines Mitgliedstaats nicht entgegen, mit denen verhindert werden soll, dass die Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter oder der Arbeitnehmer einer Gesellschaft, die nach dem Recht dieses Mitgliedstaats gegründet wurde und dort weiterhin tätig ist, durch die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes dieser Gesellschaft und ihre Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft übermäßig beeinträchtigt werden (EuGH Rs *Polbud* Rz 55; vgl Rs *Edil Work 2 und S.T.* Rn 40). Dass es an solchen (Alt)Gläubigern fehlen würde hat die Rekurswerberin nie behauptet oder bescheinigt. Ebenso wenig hat die Gesellschaft behauptet oder bescheinigt, dass sie mit ihren (Alt)Gläubigern ein vorgeschaltetes Aufgebotsverfahren iS der §§ 55ff GmbHG (§ 58 dGmbHG) durchgeführt hätte, das eine **geeignete** Maßnahme zum (Alt)Gläubigerschutz darstellt (näher ErwGr 1. und 2.7.2.3.). Ob die Gesellschaft österreichischem oder deutschem Gesellschaftsstatut unterliegt macht für die betroffenen (Alt)Gläubiger allerdings einen wesentlichen Unterschied, wenn sie zB auf strengeren österreichische Vorschriften zur Kapitalerhaltung vertraut haben, deswegen einen Kredit gewährt, eine Dienstleistung erbracht oder eine Ware geliefert haben und nun durch den Wechsel des Gesellschaftsrechts befürchten müssen, dass es leichter zu Ausschüttungen an die Gesellschafter kommen kann, die das Gesellschaftsvermögen zu ihrem Nachteil verringern: Während § 82 GmbHG so wie bei der AG das gesamte Vermögen der Gesellschaft schützt (zB *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht², Rz 4/407), beschränkt sich die deutsche Rechtsordnung in § 30 dGmbHG auf den Schutz des Stammkapitals der GmbH (zB *Altmeyden*, GmbHG¹¹ [2023] § 30 Rz 8 ff). Durch die Umwandlung über die

Grenze von Österreich nach Deutschland werden daher Ausschüttungen erleichtert, was den Altgläubigern zum entscheidenden Nachteil gereichen kann. Der Wechsel des Gerichtsstands von BG Kitzbühel/LG Innsbruck zum AG M macht die Rechtsverfolgung für (Alt)Gläubiger mit (Wohn)Sitz zB in Tirol erheblich beschwerlicher. Maßnahmen dagegen sind somit **erforderlich**. Es stellt sich daher bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung (EuGH Rs VALE Rn 39 f) nur mehr die Frage, ob **gelindere Mittel** als die Versagung der Vorabbescheinigung möglich wären (EuGH Rs Polbud Rn 56, 58). Sachlich in Betracht kämen also neben Sicherstellungen durch Bankgarantien und vergleichbaren Maßnahmen (EuGH Rs Polbud Rn 58) vor allem die vom Erstgericht angesprochenen Kapitalerhaltungsmaßnahmen:

2.7.2.2.: Zur Vermeidung einer im Rekurs angesprochenen **umgründungsbedingten Entsperrung von Stammkapital** wird verbreitet bei der übertragenden GmbH vorsorglich eine **ordentliche Kapitalherabsetzung** befürwortet. Diese verwandelt gebundenes Eigenkapital in freies Kapital, das ausgeschüttet werden kann (Eckert GeS 2006, 436 [438]; Völkl in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 55 (Stand 1.11.2015, rdb.at) § 54 Rz 1). In deren Verlauf sind die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen oder sicherzustellen. Der Gläubigerschutz wird dabei im Weg der Durchführung eines Aufgebotsverfahrens verwirklicht, welches auch den Kern des Kapitalherabsetzungsverfahrens bildet (Völkl in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 55 (Stand 1.11.2015, rdb.at) § 55 Rz 12). Dabei sind nicht etwa analog § 178 AktG, sondern sinngemäß die Bestimmungen des GmbHG über die Kapitalherabsetzung heranzuziehen: Denn § 96 Abs 2 GmbHG übernimmt nur die aktienrechtlichen Verschmelzungs- und nicht auch die Kapitalherabsetzungsregeln (6 Ob 4/99b; RIS-Justiz RS0112745) und die Kapitalherabsetzungsregeln des GmbHG sind strenger als jene im AktG, zumal das GmbH-rechtliche Aufgebotsverfahren der Eintragung der Kapitalherabsetzung vorgeschaltet ist und zweier Firmenbucheintragungen bedarf: Der Herabsetzungsbeschluss wird angemeldet und im Firmenbuch eingetragen (§ 55 Abs 1 GmbHG). Die Eintragung der durch die Herabsetzung des Stammkapitals

bewirkten Änderungen des Gesellschaftskapitals kann nach Ablauf von mindestens drei Monaten nach Befriedigung oder Sicherstellung aller sich rechtzeitig meldender Gläubiger erfolgen (§§ 55 Abs 2 und 56 Abs 1 GmbHG). Damit wird die Kapitalherabsetzung wirksam und die sich daraus ergebenden Zahlungen an die GmbH-Gesellschafter können geleistet werden (§ 57 GmbHG). Dieses der Eintragung der Umgründung **vorgeschaltete Aufgebotsverfahren** nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (näher dazu *Habsburg-Lothringen*, Gläubigerschutz bei Umwandlungen [2013], 155 Pkt 4.4.4.2.1.3.) als Kern der ordentlichen Kapitalherabsetzung hätte - infolge der Vorbereitungsfristen bis zum Umwandlungsbeschluss (§ 16 Abs 2 Z 3 und Abs 3 Z 1 EU-UmgrG) von zB sechs Wochen für die Gesellschafter- und Arbeitnehmervertreter (§ 14 Abs 1 und Abs 6 EU-UmgrG) oder einem Monat für die Offenlegung (§ 15 EU-UmgrG) – jeweils vor der Generalversammlung mit dem Umwandlungsbeschluss (hier vom 13.3.2024) – und der maximal dreimonatigen (bei erforderlichen Erhebungen aus Anlass der Missbrauchskontrolle iS § 20 Abs 7 EU-UmgrG maximal zusätzliche drei Monate: § 21 Abs 9 EU-UmgrG) Entscheidungsfrist für das Firmenbuch bei formrichtiger und vollständiger Anmeldung (*Hubner*, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Umgründungen nach dem EU-Umgründungsgesetz, GES 2023, 115 [117f]; *Schörghofer/Zwick*, Das neue EU-Umgründungsgesetz – Eine Einführung in alle Umgründungsarten I, GES 2023, 238 [335f mwH bei FN 50, 51]) keine Verzögerung zum von der Gesellschaft bisher eingehaltenen *Procedere* ergeben. Diese Lösung ist daher auch hier in Betracht zu ziehen, weil sie in jeder Hinsicht **verhältnismäßig** ist.

2.7.2.3.: Auf die anderen zur Hintanhaltung kapitalentsperrender Wirkungen diskutierten Lösungen, etwa eine Erhöhung von – durch die übernehmende Gesellschaft analog § 3 Abs 1 Satz 2 iVm Abs 2 SpaltG fortgeführten – **gebundenen Rücklagen** (so wohl *Habsburg-Lothringen* 158 Pkt 4.4.4.2.1.4.) oder eine – analog herangezogene – **vereinfachte Kapitalherabsetzung** (*Ch. Nowotny* RWZ 2000, 97 [99]) muss daher nicht näher eingegangen werden: Zu bemerken bleibt nur: Die

erstgenannte Variante wird wohl durch das Fehlen einer zweiten Gesellschaft (zB wie bei Verschmelzungen und Spaltungen) wohl ausgeschlossen. Bei zweiterer Maßnahme wird der Unterschiedsbetrag zwischen dem höheren Stammkapital hier der österreichischen Gesellschaft und dem niedrigeren Stammkapital der deutschen Gesellschaft (also der frei werdende Eigenkapitalbetrag von hier EUR 10.000,--) analog § 229 Abs 2 Z 4 UGB in eine Kapitalrücklage eingestellt; dies erscheint hier schwer argumentierbar, weil es sowohl an zwei beteiligten Gesellschaften als auch einem sonst auszuweisenden Kapitalverlust gebricht und die Zehnprozentgrenze der §§ 59 Abs 1 GmbHG, 186 AktG überschritten wird (*G. Nowotny*, Verschmelzungen nach der "Down-Stream-Merger-E" [Teil II], *ecolex* 2000, 800 [802]). Gerechtfertigt werden könnte eine vereinfachte Kapitalherabsetzung allenfalls mit der Gleichheit des Rechtsgrunds und des Schutzbedürfnisses, der das Fehlen eines auszuweisenden Bilanzverlusts überspielen könnte (*Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung [2004] 261f; *Habsburg-Lothringen* 158 Pkt 4.4.4.2.1.4. mzwH). Diese Alternative böte zugegebenermaßen auch eine rechtliche Grundlage für den ersten nach der Hinaus-Umwandlung beim deutschen Handelsregistergericht AG M einzureichenden Jahresabschluss, in dem der „Umwandlungsverlust“ von EUR 10.000,-- an Stammkapital bilanztechnisch nachvollziehbar abgebildet werden müsste: Mit diesem letztgenannten Aspekt setzt sich die Gesellschaft übrigens weder im Antrag noch der Stellungnahme oder im Rekurs auseinander, was der Nachvollziehbarkeit ihrer Argumentation ebenso wie einem Rechtsmittelerfolg entgegensteht.

2.7.2.4.: Solche Vorkehrungen gegen die bisher angestrebte kapitalentsperrende Wirkung des begehrten Gesamtvorgangs enthalten die von der Gesellschaft gestellten Anträge und vorgelegten Beschlüsse/Beilagen jedoch nicht. Im Rekurs wird weiter vertreten, sie seien entbehrlich und/oder unzulässig. Dass die im Antrag bescheinigte Offenlegung für die Gesellschaftsgläubiger einem vorgeschalteten Aufgebotsverfahren oder auch nur einem vereinfachten Kapitalherabsetzungsverfahren entspräche, wird

im Rekurs – wie in den vorinstanzlichen Eingaben – nicht thematisiert oder behauptet. Der Rekurs steht weiterhin auf dem Standpunkt, die Forderung nach solchen Begleitmaßnahmen sei bei der hier beantragten grenzüberschreitenden Umwandlung entbehrlich und/oder unzulässig. Das Rechtsmittel argumentiert auch nicht damit, es gebe keine (Alt)Gläubiger der Gesellschaft, die betroffen sein könnten.

2.7.3.: Die Beantwortung der Frage nach der sachlich gelindesten in Betracht kommenden Maßnahme kann hier jedoch dahinstehen, weil die Gesellschaft trotz des ihr übermittelten Verbesserungsauftrags ON 2 (Zwischenerledigung ua iS § 17 FBG und Art 86m Abs 7 lit b GesellschaftsrechtsRL [EU] 2017/1132 idF MobilitätsRL [EU] 2019/2121) in ihrer Eingabe ON 4 dazu keine einzige vorgeschlagen hat, sondern auf der Bewilligung des unverbesserten Eintragungsgesuchs bestand. Auch im Rekurs werden solche Alternativvarianten gar nicht erst angesprochen. Das Rechtsmittel beschränkt sich im Kern auf die Berufung auf die Grundfreiheit (Niederlassungsfreiheit) und die fehlenden Regeln über einen - die Kapitalherabsetzung *uno actu* betreffenden - speziellen Gläubigerschutz im Sekundärrecht und in § 20 EU-UmgrG, also Argumente, die in ihrer Allgemeinheit wie oben dargelegt hier zu kurz greifen. Wie dargestellt würde die Niederlassungsfreiheit der Rekurswerberin – auch wenn man sie hier eingreifen lässt – mangels erkennbarer Diskriminierung und mangels schlüssig argumentierter Unverhältnismäßigkeit anderer Kapitalerhaltungs- oder Sicherungsmaßnahmen auch dann nicht zum Erfolg verhelfen, wenn man die Verbindung der beiden inhaltlich zu trennenden Vorgänge grenzüberschreitender Hinaus-Umwandlung und Kapitalherabsetzung ausblenden und die Kapitalherabsetzung um EUR 10.000,-- keiner getrennten Regelung nötig/fähig betrachten würde.

3.: Eine **Kosten**entscheidung konnte entfallen, weil solcher Aufwand des Rekurses - unter Bedachtnahme auf die §§ 15 FBG, 78 AußStrG, die einen Kostenersatz allenfalls im zweiseitigen Rekursverfahren vorsehen (*Kodek* in

Kodek/Nowotny/Umfahrer FBG [2005] § 15 Rz 162 f) - zutreffend nicht angesprochen wurde.

4.: Da sich das Rekursgericht in allen erheblichen Rechtsfragen auf eine einheitliche Rechtslage stützen konnte, von der es nicht abgewichen ist, erweist sich eine erhebliche Rechtsfrage in der von § 62 Abs 1 AußStrG angesprochenen Qualität als nicht entscheidungswesentlich. Der **weitere Rechtszug** nach dieser Gesetzesstelle iVm § 15 FBG erweist sich daher als nicht zulässig, worüber gemäß den §§ 15 FBG, 59 Abs 1 Z 2 AußStrG ein eigener Ausspruch in den Tenor der Rekursentscheidung aufzunehmen war.

Oberlandesgericht Innsbruck, Abteilung 3
Innsbruck, am 5.9.2024
Dr. Gerhard Kohlegger, Senatspräsident

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG