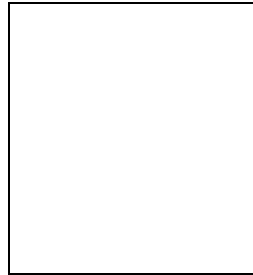


**6 Wx 4/04 Brandenburgisches Oberlandesgericht**

6 T 6/04 Landgericht Neuruppin

66 HRB 6732 Amtsgericht Neuruppin

(Geschäftsnummer der Vorinstanz)



# **Brandenburgisches Oberlandesgericht**

## **Beschluss**

**In der Handelsregistersache**

betreffend die Eintragung einer Satzungsänderung

an der beteiligt ist:

W. GmbH,

**Antragstellerin und Beschwerdeführerin,**

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt und Notar B.,

hat der 6. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts unter Mitwirkung

...

am **30. November 2004**

**b e s c h l o s s e n :**

Die weitere Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Neuruppin vom 1. Juni 2004 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens der weiteren Beschwerde zu tragen.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die 1991 in W. gegründete Antragstellerin ist nach wiederholter Sitzverlegung seit dem 13. Oktober 2003 mit Sitz in Bötzow im Handelsregister des Amtsgerichts Neuruppin eingetragen.

Durch Abtretung erwarb der italienische Staatsangehörige S. M. sämtliche Geschäftsanteile an der Antragstellerin. Mit notarieller Urkunde vom 4. Dezember 2003 bestellte sich der Alleingesellschafter unter Abberufung des bisherigen Geschäftsführers zum neuen alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer und beschloss, den Sitz der Gesellschaft unter Änderung der Satzung nach P. (Italien) zu verlegen. Durch weitere Urkunde vom gleichen Tage meldete er die Änderungen bei dem Handelsregister an und beantragte, die Eintragungen auch getrennt vorzunehmen.

Das Registergericht hat den Geschäftsführerwechsel im März 2004 eingetragen. Die Anmeldung der Sitzverlegung hat das Gericht durch Beschluss vom 11. Mai 2004 zurückgewiesen, weil die Verlegung des Sitzes ins Ausland nicht eintragungsfähig sei. Nach deutschem Gesellschaftsrecht könne die in Deutschland errichtete GmbH ihren Sitz nicht identitätswahrend in das Ausland, auch nicht in einen anderen EU-Mitgliedstaat, verlegen. Der Beschluss über die Verlegung des Sitzungssitzes nach Italien habe die Auflösung der GmbH zur Folge.

Die Versagung der Eintragung der Sitzverlegung hat die Antragstellerin mit der Beschwerde angefochten. Die Beschwerde ist erfolglos geblieben. Das Landgericht hat sich der Beurteilung des Registergerichts angeschlossen. Gegen die landgerichtliche Beschwerdeentscheidung vom 1. Juli 2004 wendet sich die Antragstellerin mit der weiteren Beschwerde. Sie rügt einen

Verstoß gegen das Verbot der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EG. Nach der neueren Rechtsprechung des EuGH könne an der von den Vorinstanzen vertretenen Auffassung nicht länger festgehalten werden.

## II.

Die weitere Beschwerde ist statthaft und auch sonst zulässig, insbesondere formgerecht eingelegt (§§ 27 Abs. 1, 29 Abs. 1 FGG). Das Rechtsmittel ist aber unbegründet, denn die angefochtene Beschwerdeentscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

1.

Amts- und Landgericht als Tatsacheninstanzen sind erkennbar davon ausgegangen, dass der Gesellschafterbeschluss vom 4. Dezember 2003 darauf gerichtet ist, sowohl den Sitzungssitz als auch den effektiven Verwaltungssitz nach Italien zu verlegen und die Geschäfte künftig von der im Beschluss angegebenen italienischen Geschäftsadresse aus zu führen. Die weitere Beschwerde gibt keinen Anlass, einen anderen Sachverhalt anzunehmen. Die Antragstellerin stützt ihr Rechtsmittel auf die Rüge, die nach dem Gemeinschaftsrecht der EU zu gewährleistende Niederlassungsfreiheit verbiete es, eine Gesellschaft eines Mitgliedstaats darin zu behindern, ihre Tätigkeit in einem anderem Mitgliedstaat auszuüben.

2.

Die mit der weiteren Beschwerde erhobene Rüge verfängt nicht. Die von der Antragstellerin angemeldete Sitzverlegung nach Italien ist zu Recht abgelehnt worden. Die satzungsändernde Verlegung des Sitzes einer nach deutschem Recht gegründeten GmbH in das Ausland kann nicht in das deutsche Handelsregister eingetragen werden. Das gilt auch für die Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat der EU. Das Gemeinschaftsrecht ist nicht verletzt.

a.

Eine Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz in das Ausland führte nach deutschem internationalen Gesellschaftsrecht - welches von der Sitzanknüpfung ausgeht - zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts, gleichviel ob der Zuzugstaat seinerseits der Sitz- oder aber der Gründungstheorie folgt (vgl. OLG Hamm, NJW 2001, 2183 f; OLG Hamm, NJW-RR 1998, 615; BayObLG, NJW-RR 1993, 43 ff; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Aufl. 1998, Rn. 606, 656; MünchKomm/Kindler, Bd. 11, IntGesR, 3. Aufl., Rn. 400; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl., § 4 a Rn. 22; Michalski/Leible, GmbHG, Bd. 1, Syst. Darst. 2 Rn. 134; Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., Einl. Rn. 335; Horn, NJW 2004, 893, 897; Weller, DStR 2004, 1218 f; Behrens, IPRax 2000, 384, 388). Sachlich-rechtlich ist das Recht des Wegzug- und das des Zuzugstaates zu beachten. Ein Fortbestehen der Gesellschaft hat zur Voraussetzung, dass beide Rechtsordnungen den grenzüberschreitenden Fortbestand ermöglichen. Das am bisherigen (Gründungs-) Sitz geltende Recht müsste die Sitzverlegung in das Ausland zulassen, die Gesellschaft müsste ferner diejenigen Bedingungen erfüllen, von denen das Recht des neuen Sitzstaates die Fortexistenz der Gesellschaft abhängig macht (vgl. BayObLG, NJW-RR 2004, 836 f; Staudinger/Großfeld a.a.O. Rn. 606; MünchKomm/Kindler a.a.O. Rn. 400; Michalski/Leible a.a.O. Rn. 134; MüHdBGesR, Bd. 3/D. Jasper, 2. Aufl., § 75 Rn. 118).

Da - wie noch auszuführen ist - das deutsche Gesellschaftsrecht als das Recht des Gründungs- und bisherigen Sitzstaates eine die Identität der Gesellschaft wahrende Sitzverlegung in das Ausland nicht zulässt, kommt es für die hier zu entscheidende Frage der Eintragung der Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes in das deutsche Register nicht darauf an, ob die Rechtsordnung des Zuzugstaats Italien eine nach Sitzverlegung fortbestehende Gesellschaft anerkennt oder die Neugründung verlangt (vgl. BayObLG NJW-RR 2004 a.a.O.; Staudinger/Großfeld a.a.O. Rn. 606; Michalski/Leible a.a.O. Rn 134).

b.

Nach gegenwärtigem Recht ist eine Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz einer in Deutschland errichteten GmbH in das Ausland - auch wenn es um den Wegzug in einen anderen Mitgliedstaat der EU geht - nicht möglich und deshalb die Registereintragung der Sitzverlegung abzulehnen (vgl. BayObLG, NJW-RR 2004 a.a.O.; OLG Hamm, NJW 2001 a.a.O.; OLG Düsseldorf, NJW 2001, 2184 f; OLG Hamm, NJW-RR 1998 a.a.O.; BayObLG, NJW-

RR 1993, a.a.O.; Staudinger/Großfeld a.a.O. Rn. 652, 655; MünchKomm/Kindler a.a.O. Rn. 399, 400; Lutter/Hommelhoff a.a.O. Rn. 20, 22; Michalski/Leible a.a.O. Rn. 133, 134; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl., § 4 a Rn. 10; Triebel/von Hase, BB 2003, 2409, 2414). Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass das Bestehen einer Kapitalgesellschaft nach deutschem Gesellschaftsrecht - für die GmbH ergibt sich das aus § 4 a GmbHG - zwingend einen in der Satzung bestimmten inländischen Geschäftssitz erfordert (vgl. BGHZ 25, 134, 144; BGHZ 29, 320, 328; BayObLG, NJW-RR 2004 a.a.O., OLG Hamm, NJW 2001 a.a.O. jeweils m.w.N.). Aus diesem Grund würde die Gesellschaft bei grenzüberschreitender Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz ihre Rechtsfähigkeit auf der Grundlage ihres bisherigen Personalstatuts verlieren. Eine identitätswahrende Auswanderung einer deutschen Gesellschaft lässt das geltende Recht nicht zu.

Weil die in den Mitgliedstaaten der EU unterschiedlichen nationalen Regelungen des Gesellschaftsrechts in kollisions- wie sachlich-rechtlicher Hinsicht bislang nicht harmonisiert sind, gilt für die Sitzverlegung innerhalb des Gemeinschaftsgebiets nichts anderes. Es erscheint allerdings absehbar, dass der von der EU-Kommission unter Abänderung des früheren Vorentwurfs (abgedruckt ZIP 1997, 1721 ff) derzeit erarbeitete neue Vorschlag einer 14. Richtlinie zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vorsehen wird, die identitätswahrende Sitzverlegung unter Änderung des Gesellschaftsstatuts zu ermöglichen (vgl. dazu Leible, ZGR 2004, 531, 538 ff). Inwieweit die künftige europäische Rechtsetzung die Rechtslage ändern wird, ist für die Beurteilung des Streitfalls aber ohne Belang, weil sich der Senat nach dem im Zeitpunkt seiner Entscheidung geltenden Recht zu richten hat.

c.

Der umstrittenen Frage, ob der Beschluss, der die unzulässige Sitzverlegung in das Ausland bestimmt, als Auflösungsbeschluss anzusehen ist (so die noch herrschende Meinung, u.a. OLG Hamm, NJW 2001 a.a.O.; BayObLG, NJW-RR 1993 a.a.O.; Staudinger/Großfeld a.a.O. Rn. 651 ff; Baumbach/Hueck/Fastrich a.a.O. Rn 10; offen lassend: BayObLG, NJW-RR 2004 a.a.O.), oder ob entsprechend § 241 Nr. 3 AktG von dessen Nichtigkeit auszugehen ist (so die

Gegenmeinung, u.a. MünchKomm/Kindler a.a.O. Rn. 399; Michalski/Leible a.a.O. Rn. 133; Triebel/von Hase a.a.O.), muss nicht nachgegangen werden. Nach beiden Sichtweisen ist die Eintragung der Sitzverlegung in das Handelsregister ausgeschlossen.

d.

Die Sachbeurteilung steht nicht im Widerspruch zum Recht der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere gebietet das nach Art. 43 und 48 EG (früher Art. 52 und 58 EGV) geltende Verbot der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit keine andere Bewertung.

Allerdings bedeutet die Beurteilung des Senats in der Sache ein Hindernis für die von der Antragstellerin erstrebte Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat und ist deshalb an der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 und 48 EG zu messen. Die Niederlassungsfreiheit nach dem heutigen Stand des Gemeinschaftsrechts führt aber nicht dazu, die in Rede stehende Beschränkung einer identitätswahrenden grenzüberschreitenden Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes einer Gesellschaft als gemeinschaftsrechtswidrig anzusehen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (Daily Mail-Entscheidung vom 27.09.1988, NJW 1989, 2186 ff) gewährt die Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft, die nach der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates gegründet ist und in diesem ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nicht das Recht, den Sitz der Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedstaates in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Der EuGH stellt in seiner Entscheidung, welche die Folgen einer Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer englischen private limited company in die Niederlande behandelt, maßgebend darauf ab, dass für natürliche Personen einerseits und Gesellschaften andererseits eine differenzierende Beurteilung geboten ist. Im Gegensatz zu natürlichen Personen werden Gesellschaften aufgrund einer Rechtsordnung, und zwar beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts, aufgrund einer nationalen Rechtsordnung gegründet. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, haben die Gesellschaften keine Realität. Ihre Niederlassungsfreiheit realisieren die Gesellschaften im allgemeinen durch die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften, wie es das Gemeinschaftsrecht ausdrücklich vorsieht. Die Unterschiede, die die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsicht-

lich der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung sowie hinsichtlich der Möglichkeit und gegebenenfalls der Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes aufweisen, stellen Fragen dar, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragschlusses bedürfen (EuGH a.a.O.).

Zwischenzeitlich hat der EuGH (Centros-Entscheidung vom 09.03.1999 = NJW 99, 2027 ff; Überseering-Entscheidung vom 05.11.2002 = NJW 2002, 3614 ff; Inspire Art-Entscheidung vom 30.09.2003 = NJW 2003, 3331 ff) Beschränkungen des Zuzugstaates gegenüber nach dem Recht anderer Mitgliedstaaten gegründeten Gesellschaften für unvereinbar mit der nach Art. 43 und 48 EG zu gewährenden Niederlassungsfreiheit erklärt. Die Entscheidungen bedeuten nicht eine Abkehr von den Aussagen der Daily Mail-Entscheidung des Jahres 1988. Der EuGH hat sich in der Überseering-Entscheidung und in der Inspire Art-Entscheidung auf die Daily Mail-Entscheidung ausdrücklich bezogen. Insbesondere hat der Gerichtshof mit der Inspire Art-Entscheidung die Unterscheidung zwischen Zuzug- und Wegzugbeschränkungen für Gesellschaften betont (NJW 2003, 3333). Der EuGH hat demnach bestätigt, dass gesellschaftsrechtliche Bestimmungen des Wegzugstaates, nach denen ein grenzüberschreitender Sitzwechsel zum Verlust der Eigenschaft als Gesellschaft des Wegzugstaates führt, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind (vgl. dazu: BayObLG, NJW-RR 2004 a.a.O.; OLG Hamm NJW 2001 a.a.O.; OLG Düsseldorf, NJW 2001, a.a.O.; Lutter/Hommelhoff a.a.O. Rn. 22; Behrens, IPRax 2000, 384, 389; Lutter, BB 2003, 7, 10; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3592; Triebel/von Hase, BB 2003, 2409 f, 2414; Drygala, EWiR 2003, 1029 f; Leible, ZGR 2004, 531, 536; Horn, NJW 2004, 893, 897; kritisch: Probst/Kleinert, MDR 2003, 1265, 1267; Bayer, BB 2003, 2357, 2363; Eidenmüller, JZ 2004, 24, 29; anderer Ansicht: AG Heidelberg, NZG 2000, 927, 929 in dem aus formellen Gründen unzulässigen Vorlagebeschluss - EuGH, NZG 2001, 1027 f; Wertebruch, NZG 2003, 618, 620).

Anlass, die Daily Mail-Beurteilung als überholt anzusehen, geben auch nicht die jüngsten Entscheidungen des EuGH vom 11.03.2004 (de Lasteyrie du Saillant-Entscheidung, NJW 2004, 2439 ff) und vom 05.10.2004 (Caixa-Bank-Entscheidung, EuZW 2004, 701 ff). Die de Lasteyrie du Saillant-Entscheidung behandelt die Verlegung des Wohnsitzes einer natürlichen

Person. Der EuGH hat eine französische Regelung, welche die Besteuerung bestimmter stiller Reserven anlässlich des Wegzugs einer natürlichen Person anordnet, als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Wegzugbeschränkung beanstandet. Die Entscheidungsgründe geben indes keinen Anhalt dafür, dass der EuGH von der nach der Daily Mail-Entscheidung gebotenen unterschiedlichen Beurteilung von natürlichen Personen einerseits und Gesellschaften andererseits abrücken wollte (vgl. Weller, DStR 2004, 1218 ff mit weiteren Anmerkungen zu BayObLG, NJW-RR 2004 a.a.O.; Körner, IStR 2004, 424, 430 f unter kritischer Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Interpretation von Kleinert/Probst, DB 2004, 673 ff, s.a. dieselben, NJW 2004, 2425 f). Gegenstand der Caixa-Bank-Entscheidung ist eine französische Regelung, die es einem Kreditinstitut, das Tochtergesellschaft einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaft ist, verbietet, Sichteinlagekonten zu verzinsen. Der Gerichtshof hat die Regelung als mit Art. 43 EG unvereinbar erklärt, weil sie für die Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten ein ernsthaftes, den Zugang zum Markt beeinträchtigendes Hindernis bei der Ausübung ihrer Tätigkeiten durch eine Tochtergesellschaft darstellt. Die Entscheidung betrifft die also Rechtsstellung der Tochtergesellschaft einer ausländischen Gesellschaft in Frankreich und zwar in Bezug auf die Möglichkeiten, auf dem Markt des Zuzugstaates wirksam in Wettbewerb zu treten. Beachtliches für die Frage der Wegzugbeschränkung im Falle der Sitzverlegung einer Gesellschaft gibt die Entscheidung nicht her.

Die Rechtslage des Gemeinschaftsrechts in der Frage der Behandlung des Wegzugs einer nach nationalem Recht gegründeten Gesellschaft durch Verlegung ihres satzungsmäßigen Sitzes in das Ausland hat eine Änderung bis heute nicht erfahren. Die Sitzverlegungsrichtlinie ist - wie ausgeführt - erst in der Vorbereitung. Die seit dem 14. Oktober 2004 im Gemeinschaftsgebiet geltende EG-Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Nr. 2157/2001 vom 08.10.2001, ABIEG L 294 S. 1) - der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 26.05.2004 (Text: [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de)) ist bislang nicht in Kraft getreten - betrifft die gemeinschaftsrechtliche Rechtsform der europäischen Gesellschaft (Sozietas Europaea) und ist deshalb für die Beurteilung der deutschen GmbH ohne Bedeutung.



Demnach stellt die im vorliegenden Fall zu beurteilende, auf nationalem Gesellschaftsrecht fußende Beschränkung des Wegzugs einer Gesellschaft nicht einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 und 48 EG dar (so BayObLG, NJW-RR 2004 a.a.O.; OLG Hamm, NJW 2001 a.a.O.; OLG Düsseldorf, NJW 2001 a.a.O.; OLG Hamm, NJW-RR 1998 a.a.O.; BayObLG NJW-RR 1993 a.a.O.; Staudinger/Großfeld a.a.O. Rn. 680; Lutter/Hommelhoff a.a.O. Rn. 22; Baumbach/Hueck/Fastrich a.a.O. Rn. 10; Körner, IStR 2004, 424, 430 f; Horn, NJW 2004, 893, 897). Der Senat folgt dem BayObLG (NJW-RR 2004 a.a.O.; NJW-RR 1993 a.a.O.) wie dem OLG Hamm (NJW 2001 a.a.O.; NJW-RR 1998 a.a.O.) und dem OLG Düsseldorf (NJW 2001 a.a.O.) auch darin, dass mit Rücksicht auf die Daily Mail-Entscheidung des EuGH kein Anlass besteht, in der hier zu entscheidenden Frage eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen (Art. 234 EG).

### **III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 13 Abs. 1 Satz 2 FGG.

Beschwerdewert: 3.000,- (§ 30 Abs. 2 Satz 1 KostO).

(Unterschriften)