

CASPAR BEHME

Rechtsformwahrende
Sitzverlegung und
Formwechsel von Gesellschaften
über die Grenze

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

336

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

336

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:
Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Caspar Behme

Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze

Ein Beitrag zum Prinzip
der gegenseitigen Anerkennung
im europäischen Gesellschaftsrecht

Mohr Siebeck

Caspar Behme, geboren 1986, Studium der Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und an der Goethe-Universität Frankfurt a.M., 2009 Erste Juristische Staatsprüfung in Frankfurt a.M., 2012 Zweite Juristische Staatsprüfung in Frankfurt a.M., 2014 Promotion an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

e-ISBN PDF 978-3-16-153899-5

ISBN 978-3-16-153462-1

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Kirchheim/Teck gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung des Vereins zur Förderung des Deutschen, Europäischen und Vergleichenden Wirtschaftsrechts e.V.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Dezember 2014 berücksichtigt. Besonderen Dank schulde ich Herrn Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, der die Rolle eines „Doktorvaters“ in jeder Hinsicht so ausgefüllt hat, wie man sich das als Doktorand nur wünschen kann. Sein Stil und seine Methode, juristische Probleme wissenschaftlich und praktisch zu bearbeiten, haben mich stark geprägt. Danken möchte ich ferner Herrn Prof. Dr. Dres. h. c. Werner F. Ebke, LL.M. (U. C. Berkeley), für die Erstattung des Zweitgutachtens und die darin enthaltenen vielfältigen Anregungen.

Die Arbeit ist in wesentlichen Teilen in den Räumlichkeiten der Sozietät Hengeler Mueller entstanden, der ich für die intensive Beanspruchung ihrer Ressourcen ebenso zu Dank verpflichtet bin wie dem Heidelberger Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht und seinem Direktor, Herrn Prof. Dr. Armin von Bogdandy, für die Möglichkeit, Teile der Arbeit dort zu verfassen und im Rahmen der Kolloquien des Instituts zu diskutieren. Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard University), Herrn Prof. Dr. Holger Fleischer, LL.M. (Univ. of Michigan), und Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Reinhard Zimmermann danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die von ihnen herausgegebene Reihe „Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht“. Für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses danke ich dem Verein zur Förderung des Deutschen, Europäischen und Vergleichenden Wirtschaftsrechts e. V.

Es war mir ferner eine große Hilfe und zugleich ein großes Vergnügen, zentrale Gedanken der Arbeit mit meinen Freunden Dr. Nicolas Nohlen, LL.M. (Yale), und Till Wansleben zu diskutieren. Meinen Eltern bin ich schließlich sehr dankbar dafür, dass sie mir mein Studium ermöglicht und mich in meinem Bestreben, eine wissenschaftliche Laufbahn einzuschlagen, stets unterstützt haben. Da ich davon ausgehe, dass sie zwar nicht das gesamte Buch, zumindest aber doch das Vorwort lesen werden, möchte ich ihnen die Arbeit widmen.

München, im März 2015

Caspar Behme

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
<i>Erstes Kapitel: Einführung</i>	1
A. Cartesio als gedanklicher Ausgangspunkt	3
B. Gang der Untersuchung	5
<i>Zweites Kapitel: Die rechtsformwahrende Sitzverlegung aus der Perspektive des Unionsrechts</i>	6
A. Begriff und Auswirkungen einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung	6
B. Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) als Prüfungsmaßstab für Beschränkungen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung	26
C. Die Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung	42
D. Die Differenzierung zwischen rechtsformwahrendem Wegzug und rechtsformwahrendem Zuzug und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (Herkunftslandprinzip) im Gesellschaftsrecht	65
E. Konsequenzen für den rechtsformwahrenden Wegzug	100
F. Konsequenzen für den rechtsformwahrenden Zuzug	111
G. Ergebnis	128
<i>Drittes Kapitel: Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften aus der Perspektive des Unionsrechts</i>	130
A. Terminologie: Die „Umwandlung“ als grenzüberschreitender Formwechsel von Gesellschaften	133

B. Der Schutz des rechtsformwechselnden Wegzugs durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV)	136
C. Der Schutz des rechtsformwechselnden Zuzugs durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV)	202
D. Ergebnis	224

Viertes Kapitel/Zwischenfazit:

<i>Die Niederlassungsfreiheit – eine versteckte Kollisionsnorm?</i>	227
---	-----

Fünftes Kapitel: Bewertung der EuGH-Judikatur zur

<i>Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften</i>	232
--	-----

A. Kohärenz der EuGH-Judikatur	234
B. Keine Begünstigung von Diskriminierungen durch die EuGH-Judikatur	253
C. Der Schutz des grenzüberschreitenden Formwechsels durch die Niederlassungsfreiheit: <i>Cartesio</i> Rn. 111 ff. als <i>ultra vires</i> -Akt?	258
D. Rechtspolitischer Ausblick: Sekundärrechtliche Harmonisierung der rechtsformwahrenden Sitzverlegung und des grenzüberschreitenden Formwechsels	262

<i>Entscheidungsverzeichnis</i>	305
---------------------------------------	-----

<i>Literaturverzeichnis</i>	311
-----------------------------------	-----

<i>Sachregister</i>	345
---------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
<i>Erstes Kapitel: Einführung</i>	1
A. Cartesio als gedanklicher Ausgangspunkt	3
B. Gang der Untersuchung	5
<i>Zweites Kapitel: Die rechtsformwahrende Sitzverlegung aus der Perspektive des Unionsrechts</i>	6
A. Begriff und Auswirkungen einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung	6
I. Semantische Klarstellungen	7
1. Satzungssitz und Verwaltungssitz	7
2. Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitender Formwechsel	8
II. Mögliche Auswirkungen einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten	10
1. Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus der Perspektive des Herkunftsstaates der Gesellschaft	10
a) Kollisionsrechtliche Ebene	10
aa) Herkunftsstaat folgt der Sitztheorie	12
(1) Aufnahmestaat folgt ebenfalls der Sitztheorie	13
(2) Aufnahmestaat folgt der Gründungstheorie	13
bb) Herkunftsstaat folgt der Gründungstheorie	14
cc) Beschränkter Aussagegehalt und Modifikationen von Sitztheorie und Gründungstheorie in Wegzugsfällen	16
b) Sachrechtliche Ebene	20
2. Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus der Perspektive des Aufnahmestaates	22
a) Kollisionsrechtliche Ebene	22
aa) Aufnahmestaat folgt der Sitztheorie	22

bb) Aufnahmestaat folgt der Gründungstheorie	22
(1) Herkunftsstaat folgt ebenfalls der Gründungstheorie . . .	22
(2) Herkunftsstaat folgt der Sitztheorie	22
b) Sachrechtliche Ebene	23
B. Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) als Prüfungsmaßstab für Beschränkungen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung	26
I. Die Niederlassungsfreiheit im System der Grundfreiheiten	26
II. Gesellschaften als Begünstigte der Niederlassungsfreiheit	28
III. Die Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot	29
1. Diskriminierungsverbot	29
2. Beschränkungsverbot	30
3. Eingrenzung des Anwendungsbereichs	30
IV. Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit	32
1. Geschriebene Rechtfertigungsgründe des Primärrechts: Art. 52 AEUV	33
2. Missbrauch der Niederlassungsfreiheit als Rechtfertigungsgrund . .	33
3. Rechtfertigung von Beschränkungen durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses	35
a) Definition und Anerkennung zwingender Erfordernisse des Allgemeininteresses	35
b) Keine Rechtfertigung diskriminierender Maßnahmen	39
c) Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit und Erforderlichkeit)	41
C. Die Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung	42
I. Zum rechtsformwahrenden Wegzug: Daily Mail, Cartesio und National Grid Indus	42
1. Daily Mail	43
a) Sachverhalt und Vorlagefrage	43
aa) Kollisionsrechtliche Ebene	43
bb) Sachrechtliche Ebene	44
b) Würdigung durch den EuGH	44
2. Cartesio	45
a) Sachverhalt und Vorlagefrage	46
aa) Kollisionsrechtliche Ebene	47
bb) Sachrechtliche Ebene	48
b) Würdigung durch den EuGH – Cartesio als Präzisierung und Fortentwicklung von Daily Mail	51
3. National Grid Indus	52
a) Sachverhalt und Vorlagefrage	52
aa) Kollisionsrechtliche Ebene	53
bb) Sachrechtliche Ebene	53

b) Würdigung durch den EuGH	54
II. Zum rechtsformwahrenden Zuzug: Centros, Überseering und Inspire Art	56
1. Centros	56
a) Sachverhalt und Vorlagefrage	56
aa) Kollisionsrechtliche Ebene	57
bb) Sachrechtliche Ebene	57
b) Würdigung durch den EuGH	57
2. Überseering	58
a) Sachverhalt und Vorlagefrage	58
aa) Kollisionsrechtliche Ebene	59
bb) Sachrechtliche Ebene	59
b) Würdigung durch den EuGH	60
3. Inspire Art	62
a) Sachverhalt und Vorlagefrage	62
aa) Kollisionsrechtliche Ebene	63
bb) Sachrechtliche Ebene	63
b) Würdigung durch den EuGH	64
D. Die Differenzierung zwischen rechtsformwahrendem Wegzug und rechtsformwahrendem Zuzug und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (Herkunftslandprinzip) im Gesellschaftsrecht	65
I. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Bereich der Warenverkehrsfreiheit: Produktqualifikation als Bezugspunkt der Anerkennungspflicht	68
II. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im Bereich der grenzüberschreitenden Erwerbstätigkeit natürlicher Personen: Berufsqualifikation als Bezugspunkt der Anerkennungspflicht	75
III. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung als horizontale Kompetenzzuweisung an den Herkunftsstaat	80
IV. Gegenseitige Anerkennung als unionsrechtliche Zielvorgabe und Möglichkeiten ihrer Umsetzung	86
V. Übertragung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften	87
1. Die Qualifikation als Gesellschaft als Bezugspunkt der Anerkennungspflicht	89
2. Umsetzung der Anerkennungspflicht im Gesellschaftsrecht	93
a) Verfahrensrechtliche Anerkennung	94
b) Sachrechtliche Anerkennung	95
c) Kollisionsrechtliche Anerkennung	97
3. Exkurs: Diskriminierende Wirkung kollisionsrechtlicher Anerkennung?	98
E. Konsequenzen für den rechtsformwahrenden Wegzug	100

I.	Präzisierung des Umfangs der Anknüpfungsautonomie des Herkunftsstaates	100
1.	Keine Beschränkung auf die kollisionsrechtliche Anknüpfung	100
2.	Die Anknüpfungsautonomie als Autonomie zur Definition gesellschaftsrechtlicher Qualifikationsstandards	102
3.	„Modalitäten“ der Sitzverlegung	106
II.	Die Befugnis des Herkunftsstaates zur Untersagung des rechtsformwahrenden Wegzugs im Einzelnen	107
1.	Befugnis zur Untersagung der rechtsformwahrenden Hinausverlegung des Verwaltungssitzes	108
a)	Kollisionsrechtliche Ebene	108
b)	Sachrechtliche Ebene	109
2.	Befugnis zur Untersagung der rechtsformwahrenden Hinausverlegung des Satzungssitzes	109
a)	Kollisionsrechtliche Ebene	109
b)	Sachrechtliche Ebene	110
3.	Befugnis zur Untersagung der rechtsformwahrenden Hinausverlegung beider Sitze	110
a)	Kollisionsrechtliche Ebene	111
b)	Sachrechtliche Ebene	111
F.	Konsequenzen für den rechtsformwahrenden Zuzug	111
I.	Präzisierung des Umfangs der Anerkennungspflicht des Aufnahmestaates	112
II.	Die Verpflichtung des Aufnahmestaates zur Anerkennung des rechtsformwahrenden Zuzugs im Einzelnen	113
1.	Unionsrechtlicher Schutz der rechtsformwahrenden Hereinverlegung des Verwaltungssitzes	113
a)	Kollisionsrechtliche Ebene	113
aa)	Herkunftsstaat folgt der Gründungstheorie	114
bb)	Herkunftsstaat folgt der Sitztheorie	115
b)	Sachrechtliche Ebene	118
aa)	Herkunftsstaat folgt der Gründungstheorie	118
bb)	Herkunftsstaat folgt der Sitztheorie	123
2.	Unionsrechtlicher Schutz der rechtsformwahrenden Hereinverlegung des Satzungssitzes	124
a)	Kollisionsrechtliche Ebene	125
b)	Sachrechtliche Ebene	126
3.	Unionsrechtlicher Schutz der rechtsformwahrenden Hereinverlegung beider Sitze	127
a)	Kollisionsrechtliche Ebene	127
b)	Sachrechtliche Ebene	128
G.	Ergebnis	128

<i>Drittes Kapitel: Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften aus der Perspektive des Unionsrechts</i>	130
A. Terminologie: Die „Umwandlung“ als grenzüberschreitender Formwechsel von Gesellschaften	133
I. Der Begriff der Umwandlung im deutschen Recht	134
II. Der Begriff der Umwandlung im Unionsrecht	134
B. Der Schutz des rechtsformwechselnden Wegzugs durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV)	136
I. Der rechtsformwechselnde Wegzug und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung	136
II. Der Vorbehalt der Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels nach dem nationalen Recht des Aufnahmestaates	141
1. Verpflichtung des Aufnahmestaates zur Ermöglichung der Hereinverschmelzung – Die SEVIC-Entscheidung	143
a) Sachverhalt und Vorlagefrage	143
b) Würdigung durch den EuGH	143
2. Übertragbarkeit auf den rechtsformwechselnden Zuzug: Der Fall Vale	144
a) Sachverhalt und Vorlagefrage	145
b) Würdigung durch den EuGH	148
III. Verlegung des Verwaltungssitzes als Voraussetzung des grenzüberschreitenden Formwechsels? – Zur erforderlichen tatsächlichen Mobilitätskomponente	151
IV. Voraussetzungen, Verfahren und Wirkungen des rechtsformwechselnden Wegzugs – Unionsrechtliche Vorgaben	161
1. Voraussetzungen	162
a) Kollisionsrechtliche Ebene	163
b) Sachrechtliche Ebene	165
2. Verfahren	166
a) Maßgeblichkeit des Rechts des Aufnahmestaates	168
b) Acquis communautaire für Strukturmaßnahmen	169
3. Wirkungen	172
a) Zentrale Wesenselemente des Formwechsels	172
b) Rechtskonstruktive Bewältigung des Formwechsels	174
aa) Einzelübertragung der Vermögensgegenstände auf eine Gesellschaft anderer Rechtsform	174
bb) Mechanismen zur Vereinfachung des Formwechsels – Gesamtrechtsnachfolge und Rechtsträgeridentität	175
cc) Keine unmittelbaren sekundärrechtlichen Vorgaben	177
dd) Neutralität der Niederlassungsfreiheit gegenüber Gesamtrechtsnachfolge und Rechtsträgeridentität	179

V. Einzelne Aspekte der Rechtfertigung von Beschränkungen des rechtsformwechselnden Wegzugs	186
1. Bedeutung der Anknüpfungsautonomie des Herkunftsstaates für die Rechtfertigung	186
2. Der rechtsformwechselnde Wegzug als rechtsmissbräuchliche Gestaltung	187
3. Zur Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses	189
a) Schutzinteressen des Herkunftsstaates der Gesellschaft beim grenzüberschreitenden Formwechsel	189
aa) Schutz von Gläubigern	189
bb) Schutz von (Minderheits-)Gesellschaftern	190
cc) Schutz von Arbeitnehmern	191
dd) Insbesondere die Erhaltung der unternehmerischen Mitbestimmung	192
b) Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit	198
aa) Insbesondere die Erforderlichkeit der Beschränkung	198
(1) Die Bedeutung des Rechts des Aufnahmestaates	198
(2) Das Informationsmodell des EuGH	199
bb) Milderer Abwägungsmaßstab bei Wegzugsfällen?	200
C. Der Schutz des rechtsformwechselnden Zuzugs durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV)	202
I. Voraussetzungen, Verfahren und Wirkungen des rechtsformwechselnden Zuzugs – Unionsrechtliche Vorgaben	203
1. Voraussetzungen	203
a) Kollisionsrechtliche Ebene	203
b) Sachrechtliche Ebene	204
2. Verfahren	206
3. Wirkungen	206
II. Der identitätswahrende statutenwechselnde Zuzug unter der Sitztheorie – ein grenzüberschreitender Formwechsel?	207
1. Identitätswahrender Zuzug unter Anpassung der Satzung an das Recht des Aufnahmestaates	208
2. Das deutsche Modell: Umqualifizierung in deutsche Personengesellschaft	210
a) Die Umqualifizierung als Mechanismus des deutschen materiellen Gesellschaftsrechts	211
b) Insbesondere die Frage der rechtlichen Identität	213
3. Unterschiede zwischen identitätswahrendem Statutenwechsel und grenzüberschreitendem Formwechsel	219
4. Der identitätswahrende statutenwechselnde Zuzug und die Niederlassungsfreiheit	223
D. Ergebnis	224

Viertes Kapitel/Zwischenfazit:

<i>Die Niederlassungsfreiheit – eine versteckte Kollisionsnorm?</i>	227
---	-----

Fünftes Kapitel: Bewertung der EuGH-Judikatur zur

<i>Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften</i>	232
--	-----

A. Kohärenz der EuGH-Judikatur	234
I. Kohärenz der Entscheidungen zur Wegzugsfreiheit	235
1. <i>Cartesio</i> und <i>Daily Mail</i>	235
2. <i>Cartesio</i> und <i>de Lasteyrie du Saillant/National Grid Indus</i>	238
II. Kohärenz der Entscheidungen zur mitgliedstaatlichen Definitionsautonomie	240
1. <i>Cartesio</i> und <i>Rottmann</i>	240
2. Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit: Zum Spannungsverhältnis von <i>Daily Mail/Cartesio</i> und der <i>Golden Shares-Rechtsprechung</i>	246
B. Keine Begünstigung von Diskriminierungen durch die EuGH-Judikatur	253
I. Ungleichbehandlung von rechtsformwahrendem Wegzug und innerstaatlicher Sitzverlegung	254
II. Ungleichbehandlung von rechtsformwahrendem Wegzug und rechtsformwahrendem Zuzug	255
III. Ungleichbehandlung von rechtsformwahrendem Wegzug und rechtsformwechselndem Wegzug	258
C. Der Schutz des grenzüberschreitenden Formwechsels durch die Niederlassungsfreiheit: <i>Cartesio</i> Rn. 111 ff. als <i>ultra vires</i> -Akt?	258
D. Rechtspolitischer Ausblick: Sekundärrechtliche Harmonisierung der rechtsformwahrenden Sitzverlegung und des grenzüberschreitenden Formwechsels	262
I. Vorbemerkung: Kompetenzrechtliche Grundlagen sekundärrechtlicher Harmonisierung im Bereich des Gesellschaftsrechts	264
1. Harmonisierung der rechtsformwahrenden Sitzverlegung – Begrenzt <i>Cartesio</i> unionale Harmonisierungskompetenzen?	265
2. Harmonisierung des grenzüberschreitenden Formwechsels	274
II. Harmonisierung der rechtsformwahrenden Sitzverlegung	275
1. Regelungsbedarf aus unternehmerischer Sicht	275
2. Chancen und Risiken aus Sicht der betroffenen Mitgliedstaaten . . .	278
3. Fazit	283
III. Harmonisierung des grenzüberschreitenden Formwechsels	285
1. Regelungsbedarf aus unternehmerischer Sicht	285
2. Chancen und Risiken aus Sicht der betroffenen Mitgliedstaaten . . .	289

Exkurs: Cartesio als Impuls für den „Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen“?	290
3. Fazit	301
 <i>Entscheidungsverzeichnis</i>	 305
 <i>Literaturverzeichnis</i>	 311
 <i>Sachregister</i>	 345

Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Acp	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	Alte Fassung
AG	Amtsgericht
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Anh.	Anhang
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BBl	Bundesblatt (der Schweiz)
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BV	Besloten vennootschap (niederländische GmbH)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CML Rev.	Common Market Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGVR	Deutsche Gesellschaft für Internationales Recht
d. h.	Das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBf	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review

Ed.	Edition
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EJLS	European Journal of Legal Studies
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Endg.	Endgültig
EU	Europäische Union/European Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EulnsVO	Europäische Insolvenzordnung
EuLF	The European Legal Forum
EuR	Europarecht
Eur. L. Rev.	European Law Review
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
f.	Folgende Seite
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Finanzgericht
FS	Festschrift
Fußn.	Fußnote
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GeS	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesRZ	Der Gesellschafter
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
Harvard Int. L. J.	Harvard International Law Journal
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
Hrs.	Herausgeber
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
Int. Rev. L. Econ	International Review of Law and Economics
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Gesetz über das Internationale Privatrecht
IStR	Internationales Steuerrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Mitteilungen der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament
Komm.	Kommentar
krit.	kritisch

KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LG	Landgericht
lit.	litera
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung (Fortführung der Kommentierten BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	Mit weiteren Nachweisen
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NvWZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PLC	Public Limited Company
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RCJB	Revue critique de jurisprudence belge
RdA	Recht der Arbeit
Rev.	Review
RGZ	Entscheidungssammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rnrn.	Randnummern
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SCE	Societas Cooperativa Europaea (Europäische Genossenschaft)
Scil.	scilicet
SE	Societas Europaea (Europäische Gesellschaft)
SE-VO	Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung
SPE	Societas Privata Europaea
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg
Syst.	Systematisch
UmwG	Umwandlungsgesetz
Verf.	Verfasser
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
Wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WFBV	Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen – WFBV
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WTO	World Trade Organization

Yale J. Int. L.	Yale Journal of International Law
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Erstes Kapitel

Einführung

Die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV, ex-Art. 43, 48 EG) gehört zu den großen Themen der Jurisprudenz unserer Zeit; sie beschäftigt Autoren aus Wissenschaft und Praxis gleichermaßen. Eine Anfrage des Verfassers beim Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, das unter anderem die Datenbank EUR-Lex betreibt, ergab, dass sich die Entscheidungen *Überseering*¹, *Inspire Art*², *SEVIC*³ und *Cartesio*⁴ unter den 25 am häufigsten kommentierten Entscheidungen des EuGH seit dem 1. Januar 2000 befinden; sechs weitere Entscheidungen unter den „Top 25“ betrafen ebenfalls die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit.⁵ Zugleich betraf keine der 25 meistkommentierten Entscheidungen die Warenverkehrsfreiheit – jene Grundfreiheit, anhand derer der EuGH im 20. Jahrhundert die heutige Grundfreiheitsdogmatik mit den Entscheidungen *Dassonville*⁶, *Cassis de Dijon*⁷ und *Keck*⁸ maßgeblich entwickelt hat. Diese Zahlen lassen sich als Hinweis darauf deuten, dass die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit im 21. Jahrhundert die Warenverkehrsfreiheit als paradigmatische Grundfreiheit abgelöst haben. Diese Entwicklung ist umso bemerkenswerter, als das den Grundfreiheiten immanente Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (Herkunftslandprinzip) in diesem Bereich eine weitaus

¹ EuGH, Urteil vom 5. 11. 2002, Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I – 9919.

² EuGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I – 10155.

³ EuGH, Urteil vom 13. 12. 2005, Rs. C-411/03 (*SEVIC*), Slg. 2005, I – 10805.

⁴ EuGH, Urteil vom 16. 12. 2008, Rs. C-210/06 (*Cartesio*), Slg. 2008, I – 9641.

⁵ Ebenfalls unter den meistkommentierten Entscheidungen finden sich die Entscheidungen EuGH, Urteil vom 13. 12. 2005, Rs. C-446/03 (*Marks & Spencer*), Slg. 2005, I – 10866; EuGH, Urteil vom 11. 3. 2004, Rs. C-9/02 (*de Lasteyrie du Saillant*), Slg. 2004, I – 2409; EuGH, Urteil vom 11. 12. 2007, Rs. C-438/05 (*Viking Line*), Slg. 2007, I – 10779; EuGH, Urteil vom 18. 12. 2007, Rs. C-341/05 (*Laval*), Slg. 2007, I – 1176; EuGH, Urteil vom 3. 4. 2008, Rs. C-346/06 (*Rüffert*), Slg. 2008, I – 1989 und EuGH, Urteil vom 8. 9. 2009, Rs. C-42/07 (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional u. a./Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*), Slg. 2009, I – 7698.

⁶ EuGH, Urteil vom 11. 7. 1974, Rs. 8/74 (*Dassonville*), Slg. 1974, 837.

⁷ EuGH, Urteil vom 20. 2. 1979, Rs. 120/78 (*Cassis de Dijon*), Slg. 1979, 649.

⁸ EuGH, Urteil vom 24. 11. 1993, Rs. C-268/91 (*Keck*), Slg. 1993, I – 6097.

größere soziale Sprengkraft entfaltet.⁹ Ohne die Warenverkehrsfreiheit in ihrer Bedeutung für den europäischen Binnenmarkt gering schätzen zu wollen, ist offensichtlich, dass die kraft unionalen Verfassungsrechts¹⁰ begründete Pflicht zur Anerkennung ausländischer Gesellschaften und Dienstleister die Rechts-, Sozial- und Wirtschaftsordnung eines Mitgliedstaates in deutlich stärkerem Maße berührt als beispielsweise die Pflicht zur Anerkennung ausländischen Likörweins (Cassis de Dijon).

Diese Bedeutungsverschiebung mag neben der beträchtlichen Relevanz der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften für die wirtschaftsberatende Praxis ein Grund für die Popularität des Themas sein. Gleichwohl ist es erklärungsbedürftig, wenn der Verfasser mit dieser Arbeit der vorhandenen Fülle einschlägiger Publikationen eine weitere Abhandlung hinzufügt. Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften wird in der deutschen Literatur bislang vorwiegend aus einem international-privatrechtlichen und aus einem gesellschaftsrechtlichen, nicht aber aus einem unionsrechtlichen¹¹ Blickwinkel betrachtet. Im Vordergrund des Interesses steht dabei die Auslotung des praktischen Gestaltungsspielraums von Gesellschaften. Die Diskussion kreist im Wesentlichen um zwei Fragen: zum einen um die Frage, welches Maß an grenzüberschreitender Mobilität die Mitgliedstaaten den nach ihrem nationalen Recht gegründeten Gesellschaften zugestehen müssen; zum anderen um die Frage, inwieweit die Mitgliedstaaten zuziehende ausländische Gesellschaften zur Beachtung ihres eigenen nationalen Gesellschaftsrechts zwingen können. Die vorgeschlagenen Antworten hängen regelmäßig stark von dem jeweiligen rechtspolitischen Standort des Autors und seiner Gewichtung der von einer Sitzverlegung betroffenen Interessen ab. So wird teilweise das Bemühen sichtbar, den Schutzwall um das jeweilige nationale Gesellschaftsrecht so hoch aufzuschichten, wie es vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung gerade noch zulässig erscheint. Andere Autoren versuchen offenbar, die EuGH-Rechtsprechung dahingehend zu instrumentalisieren, sämtliche Hindernisse für eine grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften einzuebnen. Beide Argumentationsansätze greifen auf dieselbe Technik zurück: Überwiegend wird

⁹ Siehe dazu insbesondere *S. Schmidt*, Der moderne Staat 2010, 455 (467 ff.).

¹⁰ Der bewusste Verzicht des Vertrags von Lissabon auf den Verfassungsbegriff (*Pechstein*, in: Streinz [Hrsg.], 2. Aufl. 2012, Art. 1 EUV Rn. 2) ändert nichts daran, dass es sich bei zahlreichen Inhalten der europäischen Verträge und insbesondere bei den europäischen Grundfreiheiten um Verfassungsrecht im materiellen Sinne handelt; vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, 4. Aufl. 2011, Art. 1 EUV Rn. 54 ff.; siehe weiterführend von *Bogdandy/Bast*, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009.

¹¹ Die Differenzierung zwischen „Gemeinschaft“ und „Union“ ist hinfällig, seitdem durch den Vertrag von Lissabon Union und Gemeinschaft unter dem Organisationsnamen „Europäische Union“ verschmolzen wurden. Daher soll das bislang als primäres und sekundäres „Gemeinschaftsrecht“ bezeichnete Recht im Folgenden als „Unionsrecht“ bezeichnet werden. Krit. zu diesem terminologischen Wandel *Müller-Graff*, GPR 2008, 105.

versucht, die Antwort auf konkrete Rechtsfragen – die Anwendbarkeit einer bestimmten inländischen Rechtsnorm auf ausländische Gesellschaften, die rechtliche Zulässigkeit einer Sitzverlegung – im Wege der Subsumtion unter die in den Entscheidungen *Daily Mail* bis *Cartesio* getroffenen Aussagen des EuGH zu finden. Eher in den Hintergrund rückt dabei das Bestreben, das hinter diesen Entscheidungen stehende Prinzip freizulegen und die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in ein übergreifendes System der Grundfreiheitsdogmatik einzuordnen. Eine solche theoretische Aufarbeitung aus dem Blickwinkel des Unionsrechts, die Voraussetzung für die Beantwortung praktischer Fragen ist, will die vorliegende Untersuchung leisten.

A. *Cartesio* als gedanklicher Ausgangspunkt

Den gedanklichen Ausgangspunkt bildet dabei die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Cartesio* vom 16. Dezember 2008, mit der die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften ihren vorläufigen Kulminationspunkt erreicht hat. Abweichend von den Schlussanträgen des Generalanwalts *Poiares Maduro*¹² hat der EuGH entschieden, dass die Verlegung des Sitzes einer ungarischen Kommanditgesellschaft nach Italien unter Wahrung ihrer rechtlichen Identität als Gesellschaft ungarischen Rechts nicht von der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV geschützt ist. Von einer solchen Sitzverlegung ohne Änderung des für die Gesellschaft maßgeblichen Rechts zu unterscheiden sei hingegen der Fall, in dem – so die Formulierung des EuGH in *Cartesio* Rn. 111 – eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat unter Änderung des anwendbaren nationalen Rechts verlegt und dabei in eine dem nationalen Recht des zweiten Mitgliedstaates unterliegende Gesellschaftsform umgewandelt wird. Sanktioniere das nationale Recht des Mitgliedstaates, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde, einen derartigen rechtsformwechselnden Wegzug in einen anderen Mitgliedstaat mit der Auflösung und Liquidation der Gesellschaft, sodass im Aufnahmestaat eine Neugründung erforderlich ist, so liege darin eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die der unionsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.

In der *Cartesio*-Entscheidung ist damit eine grundlegende Differenzierung zwischen zwei Fallgruppen angelegt:¹³ Die erste Fallgruppe betrifft den Wegzug einer Gesellschaft durch Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat unter Wahrung der Rechtsform, die ihr Herkunftsstaat ihr verliehen hat

¹² Schlussanträge des Generalanwalts *Poiares Maduro* vom 22.5.2008, Rs. C-210/06 (*Cartesio*), NZG 2008, 498; dazu ausführlich *Behme/Nohlen*, NZG 2008, 496.

¹³ So schon *Behme/Nohlen*, BB 2009, 13 (14); zustimmend *Hellwig*, in: von Westphalen (Hrsg.), Deutsches Recht im Wettbewerb, 2009, S. 154 (155); *Knop*, DZWIR 2009, 147 (151); *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (394).

(rechtsformwahrender Wegzug). Die zweite Fallgruppe betrifft den Wegzug durch Verlegung einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat bei gleichzeitiger Umwandlung in eine dessen nationalem Recht unterliegende Gesellschaftsform (rechtsformwechselnder Wegzug). Jeder Wegzug, gleich ob unter Wahrung oder mit Wechsel der Rechtsform, stellt sich aus der Perspektive des Aufnahmestaates als Zuzug dar. Wegzug und Zuzug sind also wechselseitig bedingte Ausprägungen eines einheitlichen Vorgangs: der Ausübung grenzüberschreitender Mobilität.¹⁴ Insofern setzt sich die durch den EuGH vorgenommene Differenzierung aus dem Blickwinkel des Aufnahmestaates fort: Hier ist zu unterscheiden zwischen rechtsformwahrendem und rechtsformwechselndem Zuzug von Gesellschaften.

Die obige Formulierung, dass in *Cartesio* eine Differenzierung zwischen rechtsformwahrendem und rechtsformwechselndem Wegzug von Gesellschaften angelegt ist, ist bewusst allgemein gehalten. Sie lenkt den Fokus auf das wesentliche Differenzierungskriterium, nämlich die Frage, ob sich in Folge des Wegzugs die Rechtsform der Gesellschaft ändert oder nicht. Der rechtsformwahrende Wegzug soll – so der EuGH – nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen, der rechtsformwechselnde Wegzug dagegen schon. In der Literatur wird diese Differenzierung häufig mit einer Differenzierung zwischen Verlegung des Verwaltungssitzes und Verlegung des Satzungssitzes gleichgesetzt.¹⁵ Die Wortwahl des EuGH ist dagegen eine andere: Er unterscheidet zwischen der Verlegung des „Sitzes“ der Gesellschaft und der Verlegung der „Gesellschaft“¹⁶ bei gleichzeitiger Umwandlung in eine dem nationalen Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Gesellschaftsform. Das wirft in beiden Konstellationen die Frage auf, was genau jeweils verlegt wird – mit anderen Worten: worin der „Wegzug“ der Gesellschaft besteht. Ändert sich die Rechtsform der Gesellschaft nicht, kann der Wegzug nur in einer Verlegung des Sitzes bestehen. Der rechtsformwahrende Wegzug ist also ohne eine Sitzverlegung nicht denkbar. Gleiches gilt für den rechtsformwahrenden Zuzug. Der rechtsformwahrende Wegzug und der rechtsformwahrende Zuzug sollen daher im Folgenden mit dem Oberbegriff „Rechtsformwahrende Sitzverlegung“ bezeichnet werden. Der Begriff „Sitzverlegung“ meint im Rahmen der vorliegenden Arbeit stets die grenzüberschreitende Verlegung des Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat. Dabei bleibt zunächst offen, welcher Sitz verlegt wird – Satzungssitz oder Verwaltungssitz. Beim rechtsformwechselnden Weg-

¹⁴ Siehe nur *Kämmerer*, EuR 2008, 45 (48).

¹⁵ *Grohmann*, DZWIR 2009, 322 (325); *Kindler*, NZG 2009, 30 (31); *Knof/Mock*, ZIP 2009, 30 (32); *Kobelt*, GmbHR 2009, 809 (812 f.); *Schulz/Schröder*, EWIR 2009, 141 (142).

¹⁶ *Bayer/Schmidt*, ZHR 173 (2009), 735 (755) weisen zutreffend auf die identische Terminologie in den anderen Sprachfassungen der *Cartesio*-Entscheidung hin: englisch: „a company ... moves“; französisch: „déplacement d'une société“; italienisch: „trasferimento di una società“; spanisch: „traslado de una sociedad“.

zug bzw. Zuzug kommt es dagegen nicht auf eine Verlegung des Sitzes an, sondern auf den Wechsel der Rechtsform: Der Wegzug besteht in der vom EuGH angesprochenen „Umwandlung“ in eine dem nationalen Recht des Aufnahme- staates unterliegende Rechtsform.¹⁷ Diese Umwandlung soll im Folgenden im Einklang mit der Terminologie des deutschen Umwandlungsrechts als „grenzüberschreitender Formwechsel“ bezeichnet werden.¹⁸

B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit untersucht, welche Vorgaben der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit für die Regelung des Wegzugs und des Zuzugs von Gesellschaften durch das nationale Recht der Mitgliedstaaten zu entnehmen sind, und greift zu diesem Zwecke die in *Cartesio* angelegte Differenzierung zwischen grenzüberschreitender rechtsformwahrender Sitzverlegung (zweites Kapitel) und grenzüberschreitendem Formwechsel (drittes Kapitel) auf. Dabei sind mit Blick auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten stets zwei Ebenen zu unterscheiden: die Ebene des Internationalen Gesellschaftsrechts (Kollisionsrecht) einerseits und die Ebene des materiellen Gesellschafts- bzw. Umwandlungsrechts (Sachrecht) andererseits.¹⁹ Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften. Es wird sich zeigen, dass sich alle einschlägigen Judikate auf eine einheitliche Prämisse zurückführen lassen: die Auslegung der Grundfreiheiten im Sinne eines Prinzips der gegenseitigen Anerkennung (Herkunftslandprinzip). Die Übertragung dieses ursprünglich für den freien Warenverkehr entwickelten Prinzips auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften liefert den Maßstab für die Beurteilung der Primärrechtskonformität mitgliedstaatlicher Kollisions- und Sachnormen und lässt die Rechtsprechung des EuGH als dogmatisch konsistent erscheinen. Dogmatisch zwingend ist eine solche Übertragung freilich nicht; sie führt zudem teilweise zu rechtspolitisch unbefriedigenden Ergebnissen und ist daher – im Anschluss an ein kurzes Zwischenfazit zum kollisionsrechtlichen Gehalt der Niederlassungsfreiheit (viertes Kapitel) – im fünften Kapitel kritisch zu hinterfragen. Dieses Kapitel bildet damit die Grundlage einiger rechtspolitischer Empfehlungen, deren Adressat der Unionsgesetzgeber ist.

¹⁷ Zu der Frage, ob der Verwaltungssitz der Gesellschaft beim rechtsformwechselnden Wegzug mit verlegt werden muss, siehe unten S. 151 ff.

¹⁸ Siehe zur Terminologie noch ausführlich unten S. 133 ff.

¹⁹ Kollisionsnormen bestimmen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten die Anwendbarkeit der Rechtsordnung; Sachnormen entscheiden dagegen in der Sache selbst; siehe v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht I, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 16 f.

Zweites Kapitel

Die rechtsformwahrende Sitzverlegung aus der Perspektive des Unionsrechts

Für die Analyse der unionsrechtlichen Vorgaben für die rechtsformwahrende Sitzverlegung ist zunächst zu klären, was unter einer Sitzverlegung zu verstehen ist und welche Auswirkungen eine Sitzverlegung nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten haben kann (unter A.). Aus dem Blickwinkel des Unionsrechts stellt sich die Frage, ob diese Auswirkungen mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) vereinbar sind. Daher soll im Anschluss an die Darstellung der möglichen Auswirkungen einer Sitzverlegung nach nationalem Recht der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit erläutert werden (unter B.). Sodann ist die Rechtsprechung des EuGH zur rechtsformwahrenden Sitzverlegung von Gesellschaften zu analysieren, wobei zu unterscheiden ist zwischen Entscheidungen, die den rechtsformwahrenden Wegzug betreffen, und Entscheidungen, die den rechtsformwahrenden Zuzug betreffen (unter C.). Dieser Rechtsprechung liegt eine Auslegung der Niederlassungsfreiheit im Sinne eines Prinzips der gegenseitigen Anerkennung zugrunde, dessen Ursprung und Wirkungsweise ausführlich zu behandeln sind (unter D.), bevor daraus konkrete Schlussfolgerungen im Hinblick auf das nationale Kollisions- und Sachrecht der Mitgliedstaaten gezogen werden können, die einerseits den rechtsformwahrenden Wegzug (unter E.) und andererseits den rechtsformwahrenden Zuzug (unter F.) von Gesellschaften betreffen.

A. Begriff und Auswirkungen einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Da die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften bislang nicht unionsrechtlich harmonisiert wurde, richten sich ihre Voraussetzungen und Auswirkungen allein nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten. Die Wahrung der Rechtsform bei einer Sitzverlegung setzt die Mitwirkung der Rechtsordnungen zweier Mitgliedstaaten voraus. Zum einen ist erforderlich, dass die Rechtsordnung des Mitgliedstaates, dessen Recht die Gesellschaft im Zeitpunkt der Sitzverlegung unterliegt und der damit der Gesellschaft ihre ak-

tuelle Rechtsform verleiht, den rechtsformwahrenden Wegzug gestattet. Dieser Staat soll im weiteren Text als Herkunftsstaat der Gesellschaft bezeichnet werden. Der Herkunftsstaat wird regelmäßig der Mitgliedstaat sein, nach dessen nationalem Recht die Gesellschaft ursprünglich gegründet wurde. Zwingend ist dies allerdings nicht: Die Gesellschaft kann auch in einem anderen Staat als ihrem aktuellen Herkunftsstaat gegründet worden sein und im Wege eines grenzüberschreitenden Formwechsels eine Rechtsform ihres aktuellen Herkunftsstaates angenommen haben. Zum anderen ist erforderlich, dass der Staat, in den die Gesellschaft ihren Sitz verlegt, einen rechtsformwahrenden Zuzug gestattet, mit anderen Worten: die ausländische Rechtsform anerkennt. Dieser Staat soll im weiteren Text als Aufnahmestaat bezeichnet werden.

I. Semantische Klarstellungen

Bisher war lediglich von der rechtsformwahrenden Sitzverlegung in Abgrenzung zum grenzüberschreitenden Formwechsel die Rede. Der Begriff der „Sitzverlegung“ ist jedoch unscharf und bedarf in zweierlei Hinsicht der Präzisierung. Zum einen ist in den Rechtsordnungen zahlreicher Mitgliedstaaten zwischen dem Verwaltungssitz und dem Sitzungssitz zu differenzieren (unter 1.). Zum anderen wird die Verlegung des Sitzungssitzes häufig mit dem grenzüberschreitenden Formwechsel gleichgesetzt. Diese Gleichsetzung ist jedoch unzutreffend (unter 2.).

1. Sitzungssitz und Verwaltungssitz

Die Differenzierung zwischen dem Sitzungssitz und dem Verwaltungssitz von Gesellschaften ist jedenfalls im Bereich der Kapitalgesellschaften den Rechtsordnungen vieler Mitgliedstaaten geläufig.¹ Der Sitzungssitz ist der in der Satzung angegebene Sitz der Gesellschaft. Der Verwaltungssitz ist – vereinfacht formuliert² – der Ort, am dem sich die tatsächliche Hauptverwaltung der Gesellschaft befindet. Der Sitzungssitz und der Verwaltungssitz von Gesellschaften können sowohl auf der Ebene des Gesellschaftskollisionsrechts als auch auf der Ebene des materiellen Gesellschaftsrechts eine Rolle spielen.³ Auf der Ebene des Kollisionsrechts können sie das maßgebliche Anknüpfungsmoment der Kollisionsnorm sein, nach der sich das auf die Gesellschaft anwendbare

¹ Siehe zum Ganzen rechtsvergleichend *Gesell/Flaßhoff/Krömker*, in: van Hulle/Gesell (Hrsg.), *European Corporate Law*, I. Aufl. 2006, S. 25 f.

² Zur präzisen Definition des Verwaltungssitzes siehe unten S. 12 sowie S. 155 f.

³ Es sei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass der Sitzungssitz und der Verwaltungssitz auch für das Prozessrecht eine Rolle spielen können (vgl. für das deutsche Recht § 17 Abs. 1 ZPO); dies ist freilich für die vorliegende Untersuchung nicht von näherer Bedeutung.

materielle Gesellschaftsrecht bestimmt. Auf der Ebene des materiellen Gesellschaftsrechts spielt insbesondere der Satzungssitz eine Rolle, da seine Angabe zu den Kernbestandteilen einer Satzung zählt⁴ und er in der Regel die örtliche Zuständigkeit des Registers begründet, in dem die Gesellschaft einzutragen ist. In manchen Rechtsordnungen muss der Verwaltungssitz mit dem Satzungssitz identisch sein; die Unterscheidung von Satzungssitz und Verwaltungssitz ist dann lediglich begrifflicher Natur und hat keine praktische Bedeutung. Andere Rechtsordnungen gestatten zumindest innerhalb ihres Territoriums ein Auseinanderfallen beider Sitze. Manche Mitgliedstaaten gestatten den nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften sogar, dass sich der Verwaltungssitz und der Satzungssitz in unterschiedlichen Staaten befinden.

2. Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitender Formwechsel

Verbreitet wird die grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes mit einem grenzüberschreitenden Wechsel der Rechtsform gleichgesetzt.⁵ Auch dem Vorentwurf eines Vorschlags der Kommission für eine Vierzehnte Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU⁶ liegt das Verständnis zugrunde, dass die Satzungssitzverlegung mit einem identitätswahrenden Rechtsformwechsel gleichzusetzen ist, ebenso der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2009 mit Empfehlungen an die Kommission zur grenzüberschreitenden Verlegung von

⁴ Vgl. für Gesellschaften im Anwendungsbereich der Kapitalrichtlinie (Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten) deren Art. 3 lit. a.

⁵ *Eckert*, GesRZ 2009, 47 (49); *Grohmann*, DZWIR 2009, 322 (325); *Hushahn*, RNotZ 2014, 137 (138); *Kallmeyer*, AG 1998, 88 (89); *Kindler*, NZG 2009, 30 (31); *Knof/Mock*, ZIP 2009, 30 (32); *dies.*, GPR 2008, 134 (139); *Kobelt*, GmbHR 2009, 809 (812 f.); *Neye*, EWiR 2007, 715 (716); *ders.*; EWiR 2010, 625 (626); *Schaumburg*, GmbHR 1996, 585 (591); *Schulz/Schröder*, EWiR 2009, 141 (142); *Weller*, IPRax 2013, 530; vgl. auch *Spahlinger/Wegen*, NZG 2006, 721 (725), wonach der grenzüberschreitende Formwechsel „funktionell“ einer Sitzverlegung entspricht; ferner *Kronke*, ZGR 1994, 26 (30).

⁶ Abgedruckt in ZIP 1997, 1721; siehe dazu *Eidenmüller*, JZ 2004, 24 (31 f.); *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 4 Rn. 30 f.; *Heinze*, ZGR 1999, 55; *Hoffmann*, ZHR 164 (2000), 43; *Hügel*, ZGR 1999, 71; *Koppensteiner*, FS Lutter, S. 141; *Leible*, ZGR 2004, 531; *di Marco*, ZGR 1999, 3; *Meilicke*, GmbHR 1998, 1053; *Neye*, ZGR 1999, 13; *Panayi*, Yearbook of European Law 2009, 123 (139 ff.); *Priester*, ZGR 1999, 36; *Rajak*, ZGR 1999, 111; *K. Schmidt*, ZGR 1999, 20; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2000, Rn. 806 ff.; *Timmerman*, ZGR 1999, 147; *Wymeersch*, ZGR 1999, 126.

eingetragenen Gesellschaftssitzen⁷ sowie der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2. Februar 2012 mit Empfehlungen an die Kommission zu einer 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verlegung von Unternehmenssitzen.⁸

Eine solche Gleichsetzung von Wechsel der Rechtsform und Satzungssitzverlegung liegt schon deshalb nahe, weil – soweit ersichtlich – kein Mitgliedstaat einer nach seinem nationalen Recht gegründeten Gesellschaft die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland unter Wahrung der Rechtsform gestattet.⁹ Ein praktisches Bedürfnis für eine rechtsformwahrende Verlegung des Satzungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat ist auf den ersten Blick auch nur schwer erkennbar. Es ist allerdings durchaus möglich, dass der Aufnahmezustaat an einen inländischen Satzungssitz rechtliche Vorteile knüpft, die eine rechtsformwahrende Verlegung des Satzungssitzes für Gesellschaften interessant machen können, oder dass etwaige mit einem Satzungssitz im Herkunftsstaat verbundene rechtliche Nachteile – beispielsweise hohe Registergebühren¹⁰ – vermieden werden sollen. Ist dies nicht der Fall, lässt sich ein praktisches Bedürfnis für eine rechtsformwahrende Verlegung des Satzungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat jedenfalls dann begründen, wenn zugleich der tatsächliche Verwaltungssitz verlegt wird, da die Gesellschaft durch eine rechtsformwahrende Satzungssitzverlegung dann die rechtliche Sitzlage mit der tatsächlichen Sitzlage in Einklang bringen könnte.¹¹ Unabhängig von ihrer praktischen Bedeutung ist eine rechtsformwahrende Verlegung des Satzungssitzes (rechtskonstruktiv) gleichwohl denkbar, und zwar auch ohne gleichzeitige Verlegung des Verwaltungssitzes. Eine Satzungssitzverlegung geht also (rechtskonstruktiv) nicht zwingend mit einem Wechsel der Rechtsform einher.¹² Umgekehrt ist freilich ein grenzüberschreitender Wechsel der Rechts-

⁷ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2009 mit Empfehlungen an die Kommission zur grenzüberschreitenden Verlegung von eingetragenen Gesellschaftssitzen, online abrufbar unter <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2009-0086&language=DE>>; siehe auch *Lehne*, KSzW 2010, 3 (4).

⁸ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2. Februar 2012 mit Empfehlungen an die Kommission zu einer 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verlegung von Unternehmenssitzen, online abrufbar unter <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0019+0+DOC+XML+V0//DE>>.

⁹ Ebenso *Braun*, Die Wegzugsfreiheit als Teil der Niederlassungsfreiheit, 2010, S. 222; *Drinhausen/Gesell*, BB-Special 8/2006, 3 (6); *Kruchen*, Europäische Niederlassungsfreiheit und „inländische“ Kapitalgesellschaften im Sinne von Art. 19 Abs. 3 GG, 2009, S. 176.

¹⁰ *Mörsdorf*, EuZW 2009, 97 (101); die Vereinbarkeit derartiger Rechtsnachteile mit der Niederlassungsfreiheit ist allerdings zweifelhaft.

¹¹ *Eidenmüller*, JZ 2004, 24 (32); dagegen *Leible*, ZGR 2004, 531 (553 f.); ein praktisches Bedürfnis nach statutenwahrender Satzungssitzverlegung verneint auch *Koppensteiner*, FS Lutter, S. 141 (147).

¹² Ebenso *Eidenmüller*, JZ 2004, 24 (32); *Leible*, ZGR 2004, 531 (553 f.); *Mörsdorf*, EuZW 2009, 97 (101); *Müller-Graff*, EWS 2009, 489 (494); *Rehm*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 2 Rn. 74; *Schön*, ZGR 2013,

form ohne gleichzeitige Verlegung des Satzungssitzes schon deshalb praktisch nur schwer vorstellbar, weil die Gesellschaft infolge des Formwechsels in der Regel zwingend im Aufnahmestaat einzutragen sein wird.¹³

II. Mögliche Auswirkungen einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten

Für die Analyse der unionsrechtlichen Vorgaben für die grenzüberschreitende Sitzverlegung ist es entscheidend, sich zunächst der möglichen Auswirkungen einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung auf der Ebene des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten zu vergewissern. Diese Auswirkungen sind im Folgenden zunächst aus der Perspektive des Herkunftsstaates der Gesellschaft und sodann aus der Perspektive des Aufnahmestaates darzustellen. Dabei ist sorgfältig zwischen kollisionsrechtlicher und sachrechtlicher Ebene zu unterscheiden. Diese Unterscheidung kommt in Rechtsprechung und Literatur oftmals zu kurz.¹⁴

1. Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus der Perspektive des Herkunftsstaates der Gesellschaft

a) Kollisionsrechtliche Ebene

Verlegt eine Gesellschaft ihren Sitz in einen anderen Staat, so sind von diesem Vorgang zwei Rechtsordnungen betroffen: Die Rechtsordnung des Herkunftsstaates und die Rechtsordnung des Aufnahmestaates. Beide Rechtsordnungen sehen sich mit einem Bündel von Fragen konfrontiert, auf die sie der betroffenen Gesellschaft, aber auch deren Gesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern adäquate Antworten geben müssen, unter anderem: Welche Konsequenzen hat die Sitzverlegung für die rechtliche Existenz der Gesellschaft? Welche Rechte haben die Gläubiger aus beiden betroffenen Staaten? Muss die Gesellschaft einen – womöglich paritätisch – mitbestimmten Aufsichtsrat bilden? Diese Fragen stellen sich allesamt auf der Ebene des nationalen materiellen Gesellschaftsrechts. Ihrer Beantwortung logisch vorgelagert ist die Frage, welches nationale materielle Gesellschaftsrecht auf die Gesellschaft Anwendung findet

333 (355 f.); *Wilhelmi*, JZ 2009, 411 (413); vgl. auch *Bayer/Schmidt*, ZHR 173 (2009), 735 (756); *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 545 (549).

¹³ *Szydło*, CML Rev. 46 (2009), 703 (720); *Jaensch*, EWS 2007, 97; vgl. auch *Engert*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 4 Rn. 130; *Grundmann*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl. 2011, Rn. 790; *Schwarz*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2000, Rn. 817.

¹⁴ Die Bedeutung dieser Unterscheidung betont auch *Behrens*, RIW 1986, 590 f.; *ders.*, ZGR 1994, 1 (24); vgl. ferner *Behme*, BB 2010, 1679 (1680 f.); *Grundmann*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl. 2011, Rn. 770; *Hoffmann*, ZHR 164 (2000), 43 (46); *K. Schmidt*, ZGR 1999, 20 (23).

und damit auch über die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Sitzverlegung entscheidet. Dies richtet sich nach dem Kollisionsrecht der jeweils betroffenen Rechtsordnung, d. h. der Rechtsordnung, deren Gerichte oder Behörden im konkreten Fall mit den Angelegenheiten der Gesellschaft befasst sind (*lex fori*).

Dabei bestehen im Wesentlichen¹⁵ zwei Möglichkeiten der Anknüpfung: die sog. (Verwaltungs-)Sitztheorie und die Gründungstheorie. Beide „Theorien“ – Sitztheorie und Gründungstheorie – können im Internationalen Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten als Sachnormverweisung oder als Gesamtnormverweisung ausgestaltet sein.¹⁶ Bei einer Gesamtnormverweisung schließt die Verweisung auf eine Rechtsordnung deren Internationales Privatrecht mit ein. Die Sachnormen dieser Rechtsordnung sind daher nur unter der Bedingung anzuwenden, dass ihr Kollisionsrecht die Verweisung annimmt, also keine Rückverweisung (*renvoi*) oder Weiterverweisung ausspricht. Dagegen handelt es sich bei der Sachnormverweisung um eine unbedingte Verweisung auf das Sachrecht eines Staates; dessen Kollisionsrecht wird nicht berücksichtigt.¹⁷ Rechtspolitisch sprechen gute Gründe für das Konzept der Gesamtnormverweisung und damit die Beachtung von Rückverweisungen. Diese Gründe sind hier nicht näher zu erläutern.¹⁸ Auch wenn das Konzept der Gesamtnormverweisung in den nationalen Kollisionsrechten der europäischen Mitgliedstaaten¹⁹ weit verbreitet

¹⁵ Alternativen zu Sitztheorie und Gründungstheorie als Kollisionsnormen haben vor allem entwickelt: *Grasmann*, System des internationalen Gesellschaftsrechts, 1970 („Differenzierungslehre“); *Sandrock*, in: Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen, Berichte DGVR Heft 18, 1978, S. 169 (200 ff.) („Überlagerungstheorie“); einschränkend aber *ders.*, ZVglRWiss 102 (2003), 447; *ders.*, BB 2003, 2588; ferner *Beitzke*, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen und internationalen Personen- und Sachenrechts, S. 116 ff.; *Behrens*, in: Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl. 1975, Einl. Rn. 87; *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 231 (239) („Kombinationstheorie“). Auf diese alternativen Ansätze soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht näher eingegangen werden.

¹⁶ Zur Bedeutung der Regeln über Rück- und Weiterverweisung im Internationalen Gesellschaftsrecht siehe *Ferid*, FS Hueck, S. 343 (346 ff.); *Hausmann*, in: Staudinger, Art. 4 EGBGB Rn. 179 ff.; *Wisniewski/Opalski*, EBOR 10 (2009), 595 (622).

¹⁷ Zu den verschiedenen Verweisungsmöglichkeiten ausführlich v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 214 ff.; v. *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 74 ff.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 24 I.

¹⁸ Vgl. *Hausmann*, in: Staudinger, Art. 4 EGBGB Rn. 12 ff.; v. *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 87 ff.

¹⁹ In kollisionsrechtsvereinheitlichenden europäischen Verordnungen wird vielfach ein Ausschluss von Rück- und Weiterverweisungen angeordnet, um eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten; vgl. etwa Art. 20 Rom I-Verordnung (Verordnung [EG] Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht [Rom I]), Art. 24 Rom II-Verordnung (Verordnung [EG] Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht [Rom II]) sowie Art. 11 Rom III-Verordnung (Verordnung [EU] Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts).

ist,²⁰ gibt es nach wie vor Mitgliedstaaten, die eine Beachtung des ausländischen Kollisionsrechts ablehnen und deshalb dem Konzept der Sachnormverweisung folgen, namentlich die skandinavischen Staaten und Griechenland.²¹ Soweit im Folgenden von einer Verweisung auf das Recht eines anderen Staates die Rede ist, ist daher stets zu berücksichtigen, ob es sich um eine Gesamtnormverweisung oder um eine Sachnormverweisung handelt.

aa) Herkunftsstaat folgt der Sitztheorie

Die Sitztheorie war traditionell vor allem im kontinentaleuropäischen Rechtskreis verbreitet.²² Sie besagt, dass die Gesellschaft dem materiellen Gesellschaftsrecht des Staates unterliegt, in dem sich ihr effektiver Verwaltungssitz befindet. Als solcher gilt der Ort, an dem die grundlegenden Leitungsentscheidungen effektiv in laufende Geschäftsführungsmaßnahmen umgesetzt werden.²³ Die Rechtsordnung des Sitzstaates bestimmt, wie die Gesellschaft entsteht, lebt und vergeht;²⁴ sie regelt ihre Gründung, Rechtsfähigkeit, Binnenorganisation, Vertretung und schließlich ihre Auflösung, Abwicklung und Beendigung.²⁵ Auf diese Weise trägt die Sitztheorie dem Schutzinteresse des am meisten betroffenen Staates Rechnung, da in dem Staat, in dem sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft befindet, typischerweise auch die meisten Gläubiger, Anteilseigner und Arbeitnehmer der Gesellschaft leben werden.²⁶

Bei der Anwendung der Sitztheorie durch die Gerichte und Behörden des Herkunftsstaates der Gesellschaft ist zwischen zwei Konstellationen zu unter-

²⁰ Siehe für das deutsche Internationale Privatrecht den in Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB niedergelegten Grundsatz, wonach im Falle einer Verweisung auf das Recht eines anderen Staates auch dessen Internationales Privatrecht anzuwenden ist, sofern dies nicht dem Sinn der Verweisung widerspricht oder die Verweisung ausdrücklich als Sachnormverweisung (Art. 3a Abs. 1 EGBGB) gekennzeichnet ist.

²¹ Einen umfassenden rechtsvergleichenden Überblick bietet *Hausmann*, in: Staudinger, Anh. zu Art. 4 EGBGB.

²² Zur historischen Entwicklung der Sitztheorie *Großfeld*, FS Westermann, S. 199 (203 ff.); *Sandrock*, RIW 1989, 505 ff.; *Vásárhelyi-Nagy*, StudZR 2010, 219 (224 ff.); speziell zur kollisionsrechtlichen Entwicklung in Deutschland jüngst *Trautrim*, ZHR 176 (2012), 435 (437 ff.).

²³ Die Definition geht zurück auf *Sandrock*, in: Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen, Berichte DGVR Heft 18, 1978, S. 169 (238); *ders.*, FS Beitzke, S. 669 (683). Sie hat sich bis heute durchgesetzt; siehe BGH, Urteil vom 21.3.1986, V ZR 10/85, BGHZ 97, 269 (272); *Großfeld*, in: Staudinger, IntGesR Rn. 228; *Hoffmann*, ZVglRWiss 101 (2002), 283; zur näheren Bestimmung dieses Ortes siehe ausführlich *Vásárhelyi-Nagy*, StudZR 2010, 219 (222 f.) sowie rechtsvergleichend *Chromek*, Wegzugsfreiheit von Kapitalgesellschaften im europäischen Binnenmarkt, 2009, S. 22 ff.

²⁴ So plastisch *Großfeld*, in: Staudinger, IntGesR Rn. 1.

²⁵ Zum Umfang des Gesellschaftsstatuts *Kindler*, in: MüKo BGB, IntGesR Rn. 543; vgl. die Auflistung in RGZ 73, 366 (367).

²⁶ *Ebke*, EBLR 2005, 9 (13); *Großfeld*, RabelsZ 31 (1967), 1 (22 f.); *Kindler*, in: MüKo BGB, IntGesR Rn. 421; vgl. auch *Arenas García*, RIW 2000, 590 (591).

scheiden: zum einem dem Fall, dass das Kollisionsrecht des Aufnahmestaates ebenfalls der Sitztheorie folgt, zum anderen dem Fall, dass das Kollisionsrecht des Aufnahmestaates der Gründungstheorie folgt.²⁷

(1) *Aufnahmestaat folgt ebenfalls der Sitztheorie*

Folgt der Aufnahmestaat ebenfalls der Sitztheorie, führt die Verlegung des Verwaltungssitzes zu einem Wechsel des anwendbaren materiellen Gesellschaftsrechts (sog. Statutenwechsel)²⁸, und zwar unabhängig davon, ob dem Internationalen Privatrecht des Herkunftsstaates das Prinzip der Sachnorm- oder der Gesamtnormverweisung zugrunde liegt. Fortan gilt für die Gesellschaft das materielle Gesellschaftsrecht des Aufnahmestaates; eine Verlegung des Verwaltungssitzes unter Wahrung ihrer ursprünglichen Rechtsform nach dem Recht des Herkunftsstaates ist damit nicht möglich.

(2) *Aufnahmestaat folgt der Gründungstheorie*

Dasselbe gilt, wenn der Aufnahmestaat der Gründungstheorie folgt und die Verweisung der Sitztheorie auf das Recht des Aufnahmestaates auf dessen Sachrecht beschränkt ist (Sachnormverweisung). Schließt die Verweisung durch das Internationale Privatrecht des Herkunftsstaates dagegen das Kollisionsrecht des Aufnahmestaates mit ein (Gesamtnormverweisung) und folgt der Aufnahmestaat der Gründungstheorie, so erfolgt eine Rückverweisung durch das Kollisionsrecht des Aufnahmestaates auf das Recht des Herkunftsstaates. Liegt dem Internationalen Privatrecht des Aufnahmestaates das Prinzip der Sachnormverweisung zugrunde, kommt das materielle Gesellschaftsrecht des Herkunftsstaates zur Anwendung; ein Statutenwechsel findet mithin nicht statt. Liegt dem Internationalen Privatrecht des Aufnahmestaates hingegen ebenfalls das Prinzip der Gesamtnormverweisung zugrunde, kann es zu einem *circulus inextricabilis*²⁹ – einem unendlichen „Pingpongspiel“ – zwischen den beiden betroffenen Rechtsordnungen kommen. Um dies zu vermeiden, ist es international gebräuchlich, die Verweisungskette bei derjenigen Rechtsordnung zu unterbrechen, die als erste zum zweiten Mal in der Verweisungskette auftaucht,

²⁷ Vgl. *Adensamer/Eckert*, GeS 2004, 52 (54) aus österreichischer Sicht.

²⁸ Der Begriff des „Statutenwechsels“ beschreibt den Vorgang, dass sich infolge einer tatsächlichen Verlagerung des Anknüpfungsmoments von einem Staat in einen anderen das anwendbare Sachrecht ändert. Dabei wird teilweise begrifflich zwischen Eingangstatutenwechsel (aus der Perspektive des Aufnahmestaates: Wechsel vom ausländischen zum inländischen Recht) und Ausgangstatutenwechsel (aus der Perspektive des Herkunftsstaates: vom inländischen zum ausländischen Recht) unterschieden; vgl. v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht I, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 19; *Sonnenberger*, in: MüKo BGB, Einl. IPR Rn. 665.

²⁹ *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 24 I 2.

also bei der *lex fori*.³⁰ Dies hat zur Folge, dass im Falle einer Rückverweisung auf das Recht des Herkunftsstaates nur dessen Sachrecht angewendet wird. Das Sachrecht des Herkunftsstaates entscheidet also über die Zulässigkeit der Verlegung des Verwaltungssitzes unter Wahrung der ursprünglichen Rechtsform der Gesellschaft. Es mag einen im Ausland belegenen Verwaltungssitz zulassen oder auch nicht.

bb) Herkunftsstaat folgt der Gründungstheorie

Die Gründungstheorie ist demgegenüber vor allem in ehemaligen Kolonialstaaten wie Großbritannien verbreitet.³¹ Nach der Gründungstheorie wird das materielle Gesellschaftsrecht des Staates zur Anwendung berufen, in dem die Gesellschaft gegründet wurde. Unklar ist, wie der Ort der Gesellschaftsgründung bestimmt und damit das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie präzisiert werden kann. Verbreitet wird vertreten, dass der Satzungssitz das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie ist (Gründungstheorie als „Satzungssitztheorie“).³² Wäre dies richtig, könnte es auch nach der Gründungstheorie zu einem Statutenwechsel kommen, und zwar dann, wenn der Satzungssitz einer Gesellschaft verlegt wird und sowohl der Herkunftsstaat als auch der Aufnahmestaat der Gründungstheorie folgen.³³ Dieses Verständnis der Gründungstheorie als „Satzungssitztheorie“ ist jedoch nicht zwingend.³⁴ Vielmehr vollzieht sich die Gründung der Gesellschaft im Anschluss an die interne Willensbildung der Gesellschaftsgründer in mehreren formellen Akten, an die im Sinne der Gründungstheorie angeknüpft werden kann.³⁵ Etwa könnte

³⁰ v. Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 91; vgl. etwa Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB oder § 5 des österreichischen IPR-Gesetzes.

³¹ Zur historischen Entwicklung der Gründungstheorie *Großfeld*, FS Westermann, S. 199 (200 ff.).

³² *Behrens*, RIW 1986, 590 (591); *ders.*, EuZW 1992, 550; *Bitter*, in: Tietze/McGuire/Bendel u. a. (Hrsg.), Europäisches Privatrecht, 2005, S. 299 (301); *Bungert*, RIW 1999, 109 (112); *Frowein*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung, 2001, S. 20; *Kusserow/Prüm*, WM 2005, 633 (635); *Mülbert/Schmolke*, ZVglRWiss 100 (2001), 233 (263); *Neumayer*, ZVglRWiss 82 (1984), 129 (137); *Weller*, DStR 2004, 1218. Bemerkenswert ist, dass das Reichsgericht teilweise den Satzungssitz als maßgebliches Anknüpfungsmoment erachtet hat, siehe nur RGZ 99, 217 (218) für die gothaischen Kaufgewerkschaften sowie RGZ 117, 215 (217) für eine Delaware Corporation. Daraus wird in der Literatur gefolgert, das Reichsgericht sei insoweit der Gründungstheorie gefolgt, siehe *Dubovitskaya*, Der Konzern 2010, 205 (206); *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 325 (340).

³³ Folgt dagegen der Aufnahmestaat der Sitztheorie, käme es zu einer Rückverweisung auf das (Sach-)Recht des Herkunftsstaates.

³⁴ Vgl. *Hoffmann*, ZVglRWiss 101 (2002), 283; *Zimmer*, RabelsZ 67 (2003), 298 (299 f.); treffend *Eidenmüller*, in: Sonnenberger (Hrsg.), Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 469 (470, Fußn. 1): „...Die Gründungstheorie gibt es nicht.“

³⁵ So zutreffend *Vásárhelyi-Nagy*, StudZR 2010, 219 (227); vgl. auch *Kindler*, RabelsZ

das Anknüpfungsmoment subjektiv bestimmt und auf den Willen der Gründer zur Wahl der Gründungsrechtsordnung abgestellt werden.³⁶ Ebenfalls möglich wäre eine Anknüpfung an den Ort der ursprünglichen Inkorporation³⁷ oder das Recht des Staates, nach dem die Gesellschaft organisiert ist.³⁸ Teilweise werden diese denkbaren Anknüpfungsmomente auch miteinander vermengt.³⁹ Das englische Recht stellt traditionell auf das „domicile“ einer Gesellschaft ab, das wie folgt definiert wird: „The domicile of a corporation is in the country under whose law it is incorporated.“⁴⁰ Im Gegensatz zum Satzungssitz ist der Ort der ursprünglichen Inkorporation unwandelbar. Aus einer solchen Definition des kollisionsrechtlichen Anknüpfungsmoments der Gründungstheorie (Gründungstheorie als „Inkorporationstheorie“) folgt daher nicht nur, dass aus der Perspektive des Herkunftsstaates der Gesellschaft eine Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland keinen Statutenwechsel zur Folge hat, sondern dass ein Statutenwechsel generell ausgeschlossen ist.⁴¹

Nach allen Ausprägungen der Gründungstheorie ist es für die Bestimmung des auf eine Gesellschaft anwendbaren Rechts unerheblich, wo sich der Ver-

61 (1997), 227 (283) mit Blick auf Art. 25 Abs. 1 des italienischen IPR-Gesetzes, demzufolge Gesellschaften den Gesetzen des Staates unterliegen, in dessen Herrschaftsbereich das Verfahren ihrer Gründung beendet worden ist; Übersetzung der Vorschrift in IPRax 1996, 356 (360).

³⁶ OLG Hamburg, Zwischenurteil vom 30. 3. 2007, 11 U 231/04, ZIP 2007, 1108 (1109); *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 55 I 4 a); *Terlau*, Das Internationale Privatrecht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts 1999, S. 188 f.; widersprüchlich *Großfeld*, in: Staudinger, IntGesR, demzufolge es auf den „Willen der Gründer“ ankommen soll (Rn. 18), gleichzeitig aber eine „Verlegung des Satzungssitzes“ das Gesellschaftsstatut ändern soll (Rn. 650), andererseits der Satzungssitz aber für das Gesellschaftsstatut keine Rolle spielen soll (Rn. 241).

³⁷ Vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 20. 2. 1986, 6 U 147/85, NJW 1986, 2199; grundlegend *Hoffmann*, ZVglRWiss 101 (2002), 283.

³⁸ Vgl. Art. 154 des schweizerischen IPRG, dazu *Hoffmann*, ZVglRWiss 101 (2002), 283 (303 ff.). Der deutsche Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 7. 1. 2008 (online abrufbar unter <<http://www.der-betrieb.de/content/pdf/227,339197>>) sah eine zweistufige Anknüpfung vor: Gesellschaften sollen demnach dem Recht des Staates unterliegen, in dem sie in ein öffentliches Register eingetragen sind. Sind sie nicht oder noch nicht eingetragen, sollen sie dem Recht des Staates unterliegen, nach dem sie organisiert sind (Art. 10 EGBGB-E). Siehe dazu ausführlich *Franz/Laeger*, BB 2008, 678; *Kaulen*, IPRax 2008, 389; *Kußmaul/Richter/Ruiner*, DB 2008, 451 ff.; *Rotheimer*, NZG 2008, 181; *Schneider*, BB 2008, 566.

³⁹ Vgl. etwa *Schulz/Sester*, EWS 2002, 545 (546), denen zufolge die Gründungstheorie das Gesellschaftsstatut nach der Rechtsordnung bestimmt, die von den Gesellschaftsgründern als satzungsmäßiger Gründungsort gewählt wurde.

⁴⁰ *Dicey/Morris*, Conflict of Laws, 13th Ed., Rule 152 (1), zitiert nach *Hoffmann*, ZVglRWiss 101 (2002), 283 (289); *Dine*, The Governance of Corporate Groups, 2004, S. 94.

⁴¹ v. *Bar*, Internationales Privatrecht II, 1991, Rn. 623; *Chromek*, Wegzugsfreiheit von Kapitalgesellschaften im europäischen Binnenmarkt, 2009, S. 53; *Eckert*, GesRZ 2009, 138; *Hoffmann*, ZHR 164 (2000), 43 (45); *ders.*, ZVglRWiss 101 (2002), 283 (308); *Panayi*, Yearbook of European Law 2009, 123 (131).

waltungssitz der Gesellschaft befindet. Folgt der Herkunftsstaat der Gesellschaft der Gründungstheorie, führt die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland aus seiner Perspektive daher nicht zu einem Statutenwechsel. Ob das Internationale Gesellschaftsrecht des Aufnahme Staates der Sitztheorie oder der Gründungstheorie folgt, spielt keine Rolle. Es ist somit allein das materielle Gesellschaftsrecht des Herkunftsstaates, das bestimmt, ob einer Gesellschaft die Verlegung ihres Verwaltungssitzes ins Ausland unter Wahrung ihrer ursprünglichen Rechtsform möglich ist oder nicht; die Gründungstheorie legt ausschließlich fest, dass dieses zur Anwendung kommt.

cc) Beschränkter Aussagegehalt und Modifikationen von Sitztheorie und Gründungstheorie in Wegzugsfällen

Die vorstehenden Ausführungen zu den kollisionsrechtlichen Auswirkungen einer Verlegung des Verwaltungssitzes machen deutlich, dass es sich bei Sitztheorie und Gründungstheorie um Kollisionsnormen handelt, deren Regelungsgehalt sich darauf beschränkt, ein bestimmtes nationales Sachrecht zur Anwendung zu berufen. Aus der Tatsache, dass das Internationale Gesellschaftsrecht eines Staates der Sitztheorie oder der Gründungstheorie folgt, lassen sich *a priori* daher keine Rückschlüsse darauf ziehen, ob es den nach dem Recht dieses Staates gegründeten Gesellschaften möglich ist, ihren Verwaltungssitz unter Wahrung ihrer ursprünglichen Rechtsform in einen anderen Staat zu verlegen oder nicht. Über diese Frage entscheidet nicht das Kollisionsrecht, sondern das materielle Gesellschaftsrecht.⁴²

Dies wird vielfach verkannt, wenn aus der Tatsache, dass der Herkunftsstaat der Gesellschaft der Sitztheorie folgt, gefolgert wird, die Verlegung ihres Verwaltungssitzes ins Ausland führe zur Auflösung der Gesellschaft.⁴³ Die Auflösung einer Gesellschaft kann verschiedene Gründe haben, sie kann mit dem Willen und gegen den Willen der Gesellschafter erfolgen. Ein Untergang von Gesellschaften von einem Moment auf den anderen ist jedoch nicht möglich. Vor der Beendigung der Gesellschaft und ihrer Löschung im Register ist das Gesellschaftsvermögen zu versilbern, es sind noch ausstehende Verbindlichkeiten zu begleichen und ein etwaiger Überschuss muss verteilt werden. Die Beendigung von Gesellschaften ist daher ohne eine an die Auflösung

⁴² Darauf, dass die gegenteilige Auffassung auf einem Missverständnis der Sitztheorie beruht, hat zuerst *Behrens*, RIW 1986, 590 f.; *ders.*, ZGR 1994, 1 (24) hingewiesen; ebenso *Behme*, BB 2010, 1679 (1680 f.); *Knof/Mock*, GPR 2008, 134 (135); *Kruse*, EWS 1998, 444 (445); *K. Schmidt*, ZGR 1999, 20 (23).

⁴³ So OLG Hamm, Beschluss vom 30.4.1997, 15 W 91/97, ZIP 1997, 1696 mit Anm. *Neye*; OLG Hamm, Beschluss vom 1.2.2001, 15 W 390/00, NJW 2001, 2183; siehe aus der Literatur etwa *Hofmeister*, WM 2007, 868 (869); *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 3 Rn. 83; *Schall/Barth*, NZG 2012, 414.