

ANSGAR FRANK

# Formwechsel im Binnenmarkt

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

*Studien zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

347

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

347

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





Ansgar Frank

# Formwechsel im Binnenmarkt

Die grenzüberschreitende Umwandlung von  
Gesellschaften in Europa

Mohr Siebeck

*Ansgar Frank*, geboren 1983; Studium der Politikwissenschaften und der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München; 2010 Erste Juristische Prüfung; Rechtsreferendariat in Freiburg; 2012 Zweite Juristische Staatsprüfung; 2015 Promotion; seit 2014 Rechtsanwalt in Berlin.

e-ISBN PDF 978-3-16-154487-3

ISBN 978-3-16-154333-3

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.

© 2016 Mohr Siebeck, Tübingen. [www.mohr.de](http://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 Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2015 von der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie ist für die Drucklegung punktuell überarbeitet und aktualisiert worden. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 30. November 2014 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Peter Kindler für seinen Zuspruch, seine wertvollen Hinweise und seine stetige Unterstützung und Betreuung während aller Phasen meiner Promotionszeit. Darüber hinaus danke ich Herrn Professor Dr. Mathias Habersack für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dem Direktorium des Hamburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe des Instituts.

Viele Freunde und Verwandte haben mich während meiner Promotionszeit begleitet und in vielfältiger Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ihnen allen bin ich zu Dank verpflichtet. Mein besonderer Dank gilt meinem Bruder Benedikt für seine wertvollen Hinweise sowie die mühevollen Durchsicht und kritische Korrektur des Manuskripts.

Nicht zuletzt gebührt mein Dank meinen Eltern für ihre vorbehaltlose Unterstützung und Fürsorge in jeder Hinsicht. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

*Berlin, im November 2015*

*Ansgar Frank*



# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XX
Einleitung .....	1
Kapitel 1: Gesellschaftsmobilität im europäischen Binnenmarkt .....	3
§ 1 Rechtliche Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Mobilität .....	3
§ 2 Motivation grenzüberschreitender Mobilität .....	43
Kapitel 2: Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften .....	60
§ 3 Der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit.....	60
§ 4 Ausprägungen grenzüberschreitender Mobilität von Gesellschaften .....	91
Kapitel 3: Der grenzüberschreitende Formwechsel nach deutschem Recht ....	156
§ 5 Ermittlung des maßgeblichen materiellen Rechts .....	156
§ 6 Herausformwechsel deutscher Gesellschaften .....	174
§ 7 Hereinformwechsel EU-ausländischer Gesellschaften.....	258
Kapitel 4: Rechtsvergleich und Ausblick .....	297
§ 8 Grenzüberschreitende Formwechsel nach englischem Recht.....	297
§ 9 Grenzüberschreitende Formwechsel de lege ferenda .....	328
Zusammenfassung in Thesen .....	340
Literaturverzeichnis.....	343
Sachregister .....	353



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XX
Einleitung .....	1
<b>Kapitel 1: Gesellschaftsmobilität im europäischen Binnenmarkt.....</b>	<b>3</b>
§ 1 Rechtliche Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Mobilität .....	3
I. Einführung .....	3
II. Grundlagen des Internationalen Gesellschaftsrechts .....	4
1. Begriff und Gegenstand .....	5
2. Sitztheorie .....	5
a) Anknüpfungspunkte .....	6
b) Rechtspolitische Motive und Kritik .....	7
c) Möglichkeit eines Statutenwechsels.....	8
3. Gründungstheorie .....	10
a) Anknüpfungspunkte .....	11
b) Rechtspolitische Motive und Kritik .....	11
c) Möglichkeit eines Statutenwechsels.....	12
III. Entwicklungsstand unionsrechtlicher Harmonisierung .....	14
1. Übereinkommen auf der Basis von Art. 220 EWGV / Art. 293 EGV .....	14
2. Vorentwurf einer Sitzverlegungsrichtlinie .....	15
IV. Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften.....	17
1. Daily Mail – Bereichsausnahme für das Gesellschaftskollisionsrecht? .....	17
a) Kernaussage der Entscheidung.....	18
b) Rechtliche Einordnung.....	18

2. Centros – Niederlassungsfreiheit für Briefkastengesellschaften? .....	19
a) Kernaussage der Entscheidung.....	19
b) Rechtliche Einordnung.....	20
3. Überseering – Ende der Sitzanknüpfung im Gesellschaftskollisionsrecht? .....	20
a) Kernaussage der Entscheidung.....	21
b) Rechtliche Einordnung.....	22
4. Inspire Art – Durchbruch für die europäische Gründungstheorie? .....	22
a) Kernaussage der Entscheidung.....	23
b) Rechtliche Einordnung.....	23
5. SEVIC Systems – Grenzüberschreitende Umwandlungen qua Niederlassungsfreiheit.....	25
a) Kernaussage der Entscheidung.....	25
b) Rechtliche Einordnung.....	26
6. Cadbury Schweppes – Einschränkung der Zulässigkeit von „Briefkastengründungen“? .....	27
a) Kernaussage der Entscheidung.....	28
b) Rechtliche Einordnung.....	29
7. Cartesio – Partielle Wegzugsfreiheit von Gesellschaften .....	30
a) Kernaussage der Entscheidung.....	30
b) Rechtliche Einordnung.....	32
8. National Grid Indus – Abkehr des EuGH von Daily Mail? .....	32
a) Kernaussage der Entscheidung.....	33
b) Rechtliche Einordnung.....	34
9. VALE Építési – Niederlassungsfreiheit als Formwechselfreiheit.....	34
a) Kernaussage der Entscheidung.....	35
b) Rechtliche Einordnung.....	38
V. Judikatur deutscher Gerichte zu grenzüberschreitenden Formwechseln .....	39
1. Herausformwechsel deutscher Gesellschaften.....	40
2. Hereinformwechsel EU-ausländischer Gesellschaften .....	41
VI. Zwischenergebnis .....	42
§ 2 Motivation grenzüberschreitender Mobilität .....	43
I. Einführung .....	43
II. Standortwahl im Binnenmarkt.....	43
1. Unternehmensstrategische Erwägungen .....	44
2. Steuerrechtliche Erwägungen .....	45
3. Insolvenzrechtliche Erwägungen.....	46
III. Beweggründe grenzüberschreitender Formwechsel .....	50
1. Wechsel des Gesellschaftsstatuts.....	50
2. Identität des Rechtsträgers .....	53
3. Sonstige Erwägungen .....	54

IV. Alternative Restrukturierungsmöglichkeiten .....	55
1. Grenzüberschreitende Verschmelzung .....	55
a) Vorzüge .....	55
b) Nachteile .....	56
2. Grenzüberschreitende Neugründung .....	56
a) Vorzüge .....	57
b) Nachteile .....	57
3. Grenzüberschreitende Anwachsung.....	58
a) Vorzüge .....	58
b) Nachteile .....	58
V. Zwischenergebnis .....	59

## Kapitel 2: Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften ..... 60

### § 3 Der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit..... 60

I. Einführung .....	60
II. Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.....	60
1. Sachlicher Anwendungsbereich.....	61
a) Ökonomische Zielsetzung.....	62
b) Begriff der Niederlassung .....	65
aa) Abgrenzungskriterien.....	66
(1) Qualitatives Element.....	66
(2) Zeitliches Element .....	67
(3) Tatsächliches Element .....	67
bb) Tatbestandsmerkmal oder Rechtfertigungskriterium?.....	69
(1) Entwicklung der Rechtsprechung .....	69
(2) Stellungnahme .....	71
2. Personeller Anwendungsbereich.....	73
a) Niederlassungsfreiheit der Gesellschaftsgründer .....	73
b) Gleichstellung der Gesellschaften.....	74
aa) Zweck und Art der Gleichstellung .....	74
bb) Voraussetzungen .....	75
(1) Gründungsverbindung .....	75
(2) Institutionelle Verbindung .....	76
III. Gewährleistungsinhalt der Niederlassungsfreiheit .....	77
1. Adressaten der Niederlassungsfreiheit.....	77
2. Diskriminierungsverbot .....	79
3. Beschränkungsverbot.....	80
4. Rechtfertigung niederlassungsbeschränkender Maßnahmen .....	84
a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe .....	85

b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe .....	85
aa) Diskriminierungsfreie Beschränkung .....	86
bb) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses.....	87
cc) Geeignetheit .....	88
dd) Erforderlichkeit .....	89
IV. Zwischenergebnis .....	90
§ 4 Ausprägungen grenzüberschreitender Mobilität von Gesellschaften .....	91
I. Einführung .....	91
II. Grenzüberschreitende Gesellschaftsgründung.....	92
1. Perspektive des Gründungsstaates .....	93
a) Bereichsausnahme vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit?.....	94
b) Stellungnahme .....	96
2. Perspektive des Herkunftsstaates.....	98
a) Unionsrechtliche Verpflichtung zur Anerkennung von Briefkastengesellschaften? .....	98
b) Stellungnahme .....	102
aa) Erfordernis einer effektiven Bindung .....	105
bb) Kriterien einer effektiven Bindung .....	109
III. Grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes.....	111
1. Perspektive des Herkunftsstaates.....	112
a) Unionsrechtliche Zulässigkeit des Verwaltungssitzerfordernisses im Inland? .....	112
b) Stellungnahme .....	115
2. Perspektive des Aufnahmestaates .....	118
a) Kollisionsrechtlicher Gehalt der Niederlassungsfreiheit? .....	118
b) Stellungnahme .....	122
IV. Grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes .....	127
1. Rechtsformwahrende Satzungssitzverlegung .....	128
2. Grenzüberschreitender Formwechsel.....	129
a) Perspektive des Herkunftsstaates .....	130
aa) Unionsrechtlich verbürgtes Recht auf formwechselnden Wegzug?.....	130
bb) Stellungnahme .....	134
b) Perspektive des Aufnahmestaates .....	135
aa) Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot als Kontrollmaßstab? .....	136
bb) Stellungnahme .....	140
c) Isolierter Formwechsel? .....	143
aa) Erfordernis einer tatsächlichen Ansiedlung der Gesellschaft im Aufnahmestaat?.....	143

bb) Stellungnahme ..... 146  
 V. Zwischenergebnis ..... 152

**Kapitel 3: Der grenzüberschreitende Formwechsel nach  
 deutschem Recht ..... 156**

§ 5 Ermittlung des maßgeblichen materiellen Rechts ..... 156

I. Einführung ..... 156  
 II. Kollisionsrechtliche Vereinigungstheorie..... 158  
     1. Grundsätze ..... 160  
     2. Normwidersprüche und Normenmangel..... 162  
         a) Anpassung ..... 162  
         b) Substitution ..... 164  
         c) Intertemporales Recht ..... 165  
 III. Anwendungsvorbehalt des Umwandlungsgesetzes ..... 166  
     1. Unionsrechtliche Vorgaben ..... 166  
     2. Analoge Anwendung umwandlungsrechtlicher Vorschriften ..... 168  
         a) Planwidrige Gesetzeslücke..... 170  
         b) Vergleichbare Interessenlage ..... 172  
 IV. Zwischenergebnis ..... 173

§ 6 Herausformwechsel deutscher Gesellschaften ..... 174

I. Einführung ..... 174  
 II. Risiken von Herausformwechseln ..... 176  
     1. Risiken für Gesellschaftsgläubiger ..... 176  
         a) Wegfall der persönlichen Gesellschafterhaftung..... 178  
         b) Verringerung der Kapitalziffer..... 178  
         c) Wegfall der Kapitalbindung ..... 179  
         d) Lockerung der Kapitalbindung ..... 179  
         e) Verschlechterung der zivilverfahrensrechtlichen Rechtsposition?..... 180  
         f) Verzögerung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens?..... 181  
     2. Risiken für Anteilsinhaber ..... 183  
         a) Beeinträchtigung des Bestandes der Rechtsposition als  
             Anteilsinhaber..... 183  
         b) Beeinträchtigung des Inhalts der Rechtsposition als  
             Anteilsinhaber..... 184  
             aa) Allgemeine mitgliedschaftliche Rechtspositionen ..... 185  
             bb) Besondere mitgliedschaftliche Rechtspositionen ..... 187  
 III. Umwandlungsrechtliche Schutzinstrumente ..... 187

1. Unionsrechtliche Vorgaben .....	188
2. Maßnahmen zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger .....	192
a) Persönliche Gesellschafterhaftung für Altverbindlichkeiten.....	192
aa) Herausformwechsel von Personengesellschaften.....	193
bb) Herausformwechsel von Kapitalgesellschaften .....	194
b) Anspruch auf Sicherheitsleistung.....	195
aa) Anzuwendendes Regelungsregime .....	196
bb) Tatbestandliche Voraussetzungen .....	198
c) Haftung der Verwaltungsträger.....	201
d) Perpetuierung eines allgemeinen Gerichtsstands im Inland? .....	202
e) Unionsrechtliche Bedenken?.....	204
aa) Geeignetheit .....	205
bb) Erforderlichkeit .....	207
3. Maßnahmen zum Schutz der Anteilsinhaber .....	209
a) Umwandlungsrechtliche Zustimmungserfordernisse .....	210
aa) Anzuwendendes Regelungsregime .....	211
bb) Herausformwechsel von Personengesellschaften .....	212
cc) Herausformwechsel von Kapitalgesellschaften .....	212
b) Anspruch auf Barabfindung .....	215
aa) Tatbestandliche Voraussetzungen.....	216
bb) Potentielle Konflikte mit Gläubigerschutzvorschriften .....	218
c) Sonderrechtsschutz.....	218
d) Anspruch auf bare Zuzahlung .....	220
e) Haftung der Verwaltungsträger .....	221
f) Beschlusskontrolle und Gesellschafterklage .....	223
aa) Beschlussmängelklage .....	223
(1) Materielle Beschlusskontrolle?.....	224
(2) Individuelle Rechtsmissbrauchskontrolle .....	226
bb) Spruchverfahren .....	228
g) Unionsrechtliche Bedenken? .....	228
aa) Geeignetheit .....	229
bb) Erforderlichkeit .....	231
IV. Praktische Durchführung von Herausformwechseln.....	232
1. Zulässige Formwechselkonstellationen .....	233
a) Formwechselfähige Rechtsträger .....	233
b) Zulässige Zielrechtsformen.....	235
2. Umwandlungsverfahren.....	236
a) Vorbereitungsphase.....	236
b) Beschlussphase .....	239
aa) Vorbereitung der Beschlussfassung .....	240
bb) Umwandlungsbeschluss .....	241
(1) Niederschrift über den Umwandlungsbeschluss.....	243
(2) Unbekannte Aktionäre .....	244

c) Durchführungsphase .....	244
aa) Registerverfahren in Deutschland .....	245
(1) Anmeldung des Formwechsels .....	247
(2) Eintragung mit Wirksamkeitsvorbehalt .....	250
(3) Löschung der Eintragung der Ausgangsrechtsform.....	251
(4) Bekanntmachung des Formwechsels .....	253
bb) Registerverfahren im Aufnahmestaat .....	254
d) Sonderfall: Beteiligung nicht registerpflichtiger Rechtsformen .....	254
aa) Herausformwechsel der GbR .....	255
bb) Nicht registerpflichtige EU-ausländische Zielrechtsform .....	256
V. Zwischenergebnis .....	257
§ 7 Hereinformwechsel EU-ausländischer Gesellschaften.....	258
I. Einführung .....	258
II. Risiken von Hereinformwechseln.....	259
III. Umwandlungsrechtliche Schutzinstrumente .....	260
1. Unionsrechtliche Vorgaben .....	260
2. Maßnahmen zum Schutz des Rechtsverkehrs .....	262
a) Verweisung auf das Gründungsrecht .....	263
aa) Hereinformwechsel in die Rechtsform einer Personengesellschaft .....	264
bb) Hereinformwechsel in die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft .....	265
(1) GmbH .....	266
(2) AG .....	268
(3) KGaA.....	269
b) Einschränkung der Kontinuität der Firma.....	270
c) Unionsrechtliche Bedenken?.....	270
3. Maßnahmen zum Schutz sonstiger Interessen? .....	271
IV. Praktische Durchführung von Hereinformwechseln .....	273
1. Zulässige Formwechselkonstellationen .....	273
a) Formwechselfähige Rechtsträger .....	274
b) Zulässige Zielrechtsformen.....	276
c) Rechtsformkongruente Formwechsel.....	276
2. Umwandlungsverfahren.....	277
a) Vorbereitungsphase.....	277
aa) Voraussetzungen des Herkunftsstaates .....	277
bb) (Sach-)Gründungsbericht .....	278
b) Beschlussphase .....	279
aa) Inhalt des Umwandlungsbeschlusses .....	280
(1) Hereinformwechsel in die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft.....	280

(2) Hereinformwechsel in die Rechtsform einer Personengesellschaft.....	282
bb) Form des Umwandlungsbeschlusses .....	282
(1) Hereinformwechsel in die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft.....	283
(2) Hereinformwechsel in die Rechtsform einer Personengesellschaft.....	283
c) Durchführungsphase .....	284
aa) Registerverfahren im Herkunftsstaat .....	284
bb) Registerverfahren in Deutschland .....	285
(1) Anmeldung des Formwechsels .....	285
(2) Prüfungsumfang des Registergerichts .....	287
(3) Eintragung der Zielrechtsform.....	291
(4) Bekanntmachung des Formwechsels .....	293
d) Sonderfall: Beteiligung nicht registerpflichtiger Rechtsformen .....	294
aa) Nicht registerpflichtige EU-ausländische Ausgangsrechtsform... 294	
bb) Hereinformwechsel in die Rechtsform der GbR.....	294
V. Zwischenergebnis.....	295
 Kapitel 4: Rechtsvergleich und Ausblick.....	297
 § 8 Grenzüberschreitende Formwechsel nach englischem Recht.....	297
I. Einführung .....	297
II. Grundlagen des englischen Gesellschaftsrechts .....	298
1. Internationales Gesellschaftsrecht .....	299
2. Verbreitete Rechtsformen .....	302
a) Kapitalgesellschaften ( <i>companies</i> ).....	303
b) Personengesellschaften ( <i>partnerships</i> ) .....	305
3. Umwandlungsrecht .....	306
a) Neueintragung von Kapitalgesellschaften ( <i>re-registration</i> ).....	307
b) Grenzüberschreitende Umwandlungen .....	307
III. Herausformwechsel englischer Gesellschaften .....	308
1. Umwandlungsrechtliche Schutzinstrumente.....	309
a) Maßnahmen zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger.....	309
b) Maßnahmen zum Schutz der Anteilshaber .....	311
2. Praktische Durchführung von Herausformwechseln .....	314
a) Vorbereitungsphase.....	315
b) Beschlussphase .....	316
c) Durchführungsphase .....	317
IV. Hereinformwechsel EU-ausländischer Gesellschaften.....	320

1. Umwandlungsrechtliche Schutzinstrumente.....	320
a) Hereinformwechsel in die Rechtsform der <i>Plc.</i> ....	320
b) Hereinformwechsel in die Rechtsform der <i>Ltd.</i> ....	321
c) Hereinformwechsel in die Rechtsform der <i>private unlimited company</i> .....	322
2. Praktische Durchführung von Hereinformwechseln.....	322
a) Vorbereitungsphase.....	322
b) Beschlussphase .....	323
c) Durchführungsphase .....	324
V. Zwischenergebnis.....	326
§ 9 Grenzüberschreitende Formwechsel de lege ferenda .....	328
I. Einführung .....	328
II. Rechtssetzung auf europäischer Ebene.....	328
1. Regelungsbedürfnis auf europäischer Ebene .....	329
2. Reichweite der Regelungskompetenz des Unionsgesetzgebers .....	330
III. Rechtssetzung auf nationaler Ebene?.....	332
1. Sinnhaftigkeit einer Regelung durch die Mitgliedstaaten? .....	332
2. Regelungsbedarf im deutschen Recht? .....	335
a) Reform Internationalen Gesellschaftsrechts?.....	335
b) Novelle des Umwandlungsgesetzes .....	336
IV. Zwischenergebnis .....	339
Zusammenfassung in Thesen .....	340
Literaturverzeichnis.....	343
Sachregister.....	353

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft (auch Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel(n)
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
Bt	Betéti társaság
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BV	Besloten Vennootschap
CA 2006	Companies Act 2006
CCBMR 2007	Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007
Ch.	Chapter; Law Reports Chancery Division
CMLR	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DK	Der Konzern
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EBLR	European Business Law Review
ECBMR	European Cross-Border Mergers and Reorganizations
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECL	European Company Law

EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung einer Europäischen Gemeinschaft i.d.F. vor dem 1.5.1999
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ELR	European Law Review
EPLLCR 2004	European Public Limited-Liability Company Regulations 2004
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/ des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren
EuLF	European Legal Forum
Europ.	Europäisch(es)
EUV	Vertrag über die Europäische Union i.d.F. nach dem 1.5.1999
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FamFG	Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
f.	folgende
ff.	folgende (Plural)
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesR	Gesellschaftsrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GroßKomm	Großkommentar
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Fundstelle in beck-online)
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
ICJR	International Court of Justice Reports
i.d.F.	in der Fassung
IA 1986	Insolvency Act 1986
IGH	Internationaler Gerichtshof
InsO	Insolvenzordnung

Int.	International
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Schweizer Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
IStR	Internationales Steuerrecht
i. V. m.	in Verbindung mit
JBL	Journal of Business Law
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KB	Law Reports King's Bench Division
Kft	Korlátolt felelősségű társaság
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KölnKomm	Kölner Kommentar
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
lit.	Buchstabe
LLP	Limited liability partnership
LLPA 2000	Limited Liability Partnerships Act 2000
LPA 1907	Limited Partnerships Act 1907
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (Fundstelle in beck-online)
Ls.	Leitsatz
Ltd.	Private company limited by shares (Limited)
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MünchHdb	Münchener Handbuch
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
No.	Number
notar	Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer(n)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PA 1890	Partnership Act 1890
Plc.	Public company limited by shares
Pt.	Part
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
Rn.	Randnummer(n)

RefE	Referentenentwurf
reg(s).	regulation(s)
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des RG in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
S.	Seite(n); Satz (bei Rechtsnormen)
SA	Société anonyme
S.à.r.l.	Société à responsabilité limitée
SCE	Societas Cooperativa Europaea, Europäische Genossenschaft
SE	Societas Europaea, Europäische Gesellschaft
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
sec(s).	section(s)
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
sog.	sogenannte
Srl	Società a responsabilità limitata
SUP	Societas Unius Personae, Europäische Einpersonengesellschaft
TJICL	Tulane Journal of International & Comparative Law
u.a.	und andere
UG	Unternehmergeinschaft
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwR	Umwandlungsrecht
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
WFBV	Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRW	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft



# Einleitung

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften im europäischen Binnenmarkt. Bei einem Formwechsel handelt es sich um einen Vorgang, durch welchen eine Gesellschaft unter Beibehaltung ihrer rechtlichen Identität ihre Rechtsform ändert. Grenzüberschreitende Formwechsel zeichnen sich dadurch aus, dass die Umwandlung zwischen Rechtsformen unterschiedlicher Jurisdiktionen stattfindet, also mit einem Wechsel der auf den formwechselnden Rechtsträger anwendbaren Rechtsordnung verbunden ist. Solche Umwandlungen sollen nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union durch die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit grundsätzlich gewährleistet sein. Eine einheitliche normative Rechtsgrundlage hierfür besteht in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten jedoch nicht. Dementsprechend sind grenzüberschreitende Formwechsel derzeit mit einem erheblichen Maß an Rechtsunsicherheit verbunden.

Die vorliegende Untersuchung soll zur Linderung dieses Missstandes beitragen. Im Anschluss an die Einführung in die Thematik grenzüberschreitender Gesellschaftsmobilität im europäischen Binnenmarkt unter Darstellung ihrer rechtlichen Rahmenbedingungen und Triebfedern (Kapitel 1) wird der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften analysiert und es werden die verschiedenen Ausprägungsformen grenzüberschreitender Gesellschaftsmobilität auf ihre Gewährleistung durch die Niederlassungsfreiheit hin untersucht (Kapitel 2). Anschließend wird der grenzüberschreitende Formwechsel in den Fokus genommen und der Frage nachgegangen, ob das deutsche Recht diese Umwandlung unter Rückgriff auf bestehende umwandlungsrechtliche Regelungen bewältigen kann (Kapitel 3). Fragen des Steuerrechts sowie der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer werden insoweit allenfalls am Rande berührt. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Fragen würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen. Das Hauptaugenmerk wird vielmehr auf die originär umwandlungsrechtlichen Fragen des Schutzes der Gesellschaftsgläubiger und Anteilsinhaber sowie des Rechtsverkehrs vor umwandlungsspezifischen Gefahren gelegt. Da der Formwechsel einen Wechsel der gesetzlichen Verbandsverfassung des formwechselnden Rechtsträgers bewirkt, besteht für Gesellschaftsgläubiger und Anteilsinhaber die Gefahr, dass sich ihre jeweili-

gen Rechtspositionen durch die Umwandlung verschlechtern. Der Rechtsverkehr bedarf des Schutzes davor, dass die Gründungsvoraussetzungen der Zielrechtsform durch den Formwechsel umgangen werden. Zudem soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, wie die Umwandlung praktisch durchzuführen ist. Abschließend wird rechtsvergleichend untersucht, ob das englische Recht die Durchführung grenzüberschreitender Formwechsel gestattet, und dargestellt, wie der Umwandlungsvorgang *de lege ferenda* geregelt werden sollte (Kapitel 4).

## Kapitel 1

# Gesellschaftsmobilität im europäischen Binnenmarkt

## § 1 Rechtliche Rahmenbedingungen grenzüberschreitender Mobilität

### *I. Einführung*

Die Mobilität von Gesellschaften im europäischen Binnenmarkt ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung. Unter Mobilität ist die Fähigkeit einer Gesellschaft zu verstehen, ihre rechtlichen sowie tatsächlichen Verhältnisse frei von beschränkenden Maßnahmen seitens der Mitgliedstaaten zu organisieren. Wird ein hohes Maß an Mobilität gewährleistet, erleichtert dies einer Gesellschaft, sich an veränderte politische, wirtschaftliche oder rechtliche Rahmenbedingungen in einem Mitgliedstaat anzupassen. Das Mobilitätsniveau in der Europäischen Union stellt für international tätige Gesellschaften einen wichtigen Wettbewerbsfaktor dar. Die Mobilität von Gesellschaften entfaltet sich einerseits durch Gründung von Tochtergesellschaften oder Errichtung von Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten sowie andererseits durch grenzüberschreitende Sitzverlegungen und Umwandlungen. Während erstgenannte Ausprägungen grenzüberschreitender Mobilität rechtlich vergleichsweise unproblematisch sind, werfen grenzüberschreitende Sitzverlegungen und Umwandlungen komplexe Rechtsfragen auf. Die rechtlichen Rahmenbedingungen dieser Vorgänge werden zum einen durch die Rechtssetzung des Unionsgesetzgebers und die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit sowie zum anderen durch das nationale Recht der betroffenen Mitgliedstaaten bestimmt. Zwar sind weite Teile des Gesellschaftsrechts der Mitgliedstaaten in den vergangenen Jahrzehnten durch Erlass sekundärrechtlicher Rechtsakte seitens des Unionsgesetzgebers und deren Umsetzung in die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vereinheitlicht worden. Nach wie vor bestehen jedoch bedeutende Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, welche erhebliche Mobilitäts Hindernisse für Gesellschaften verursachen können.

Bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen wirkt insbesondere der Umstand mobilitätshemmend, dass das Internationale Gesellschaftsrecht (Gesellschaftskollisionsrecht) der Mitgliedstaaten bislang nicht harmonisiert wurde. Die Mitgliedstaaten ermitteln das auf gesellschaftsrechtliche Fragen anwendbare Recht (Gesellschaftsstatut) traditionell nach verschiedenen Anknüp-

fungspunkten (vgl. § 1 II.). Zudem wurden grenzüberschreitende Umwandlungen – mit Ausnahme der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – bislang durch den Unionsgesetzgeber nicht einheitlich geregelt (vgl. § 1 III.). Die Unterschiede in den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten werfen komplexe Rechtsfragen auf und bereiten bei der praktischen Durchführung von grenzüberschreitenden Umwandlungen erhebliche Probleme. In Abwesenheit einheitlicher Regelungen kommt der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit entscheidende Bedeutung zu (vgl. § 1 IV.). Oftmals gerät die herkömmliche Rechtspraxis der Mitgliedstaaten mit der Judikatur des Gerichtshofs in Konflikt. Dies lässt sich anhand von Entscheidungen deutscher Gerichte zu grenzüberschreitenden Formwechseln verdeutlichen (vgl. § 1 V.).

## II. Grundlagen des Internationalen Gesellschaftsrechts

Bei Lebenssachverhalten mit Bezug zu einem anderen Staat stellt sich stets die Frage, wessen Staates Recht zur Anwendung gelangt. Aufgrund des Auslandsbezugs konkurrieren in aller Regel mehrere Rechtsordnungen um ihre Anwendbarkeit auf den zugrundeliegenden Sachverhalt; es kommt zu einer „Kollision der Rechtsordnungen“.<sup>1</sup> Welche Rechtsordnung zur Anwendung gelangt, ist gemäß Art. 3 EGBGB anhand der Regelungen des Internationalen Privatrechts, auch Kollisionsrecht genannt, zu beurteilen. Deren Aufgabe besteht darin, das maßgebliche Recht für den zugrundeliegenden Sachverhalt zu bestimmen.<sup>2</sup> Ziel des IPR ist es, diejenige Rechtsordnung zu benennen, mit der der Sachverhalt die sachnächste, engste Verbindung hat.<sup>3</sup> Ob eine solche Verbindung zur Rechtsordnung eines Staates besteht, wird im Interesse der Rechtssicherheit anhand von typisierten Kriterien bestimmt, welche als Anknüpfungspunkte oder Anknüpfungsmomente bezeichnet werden.<sup>4</sup> Sobald ein Lebenssachverhalt im Wege der Qualifikation dem Anwendungsbereich einer bestimmten Kollisionsnorm zugeordnet wurde, bestimmt der in der Kollisionsnorm genannte Anknüpfungspunkt das zur Anwendung berufene Recht.<sup>5</sup> Die auf diesem Wege ermittelten, auf den Lebenssachverhalt anzuwendenden Sachnormen bezeichnet man als Sachstatut.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Weller, FS Goette, 2011, 583 (585).

<sup>2</sup> Vgl. Mansel, FS W. Lorenz, 1991, 689 (703); Trautrim, ZHR 176 (2012), 435 (436).

<sup>3</sup> Vgl. OLG Hamm, NZG 2014, 703 (704); Thorn, in: Palandt, BGB, Einl. Art. 3 EGBGB, Rn. 1; Weller, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 315.

<sup>4</sup> Vgl. Kindler, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 1; v. Bar/Mankowski, IPR, Bd. I, § 7, Rn. 3 ff.; Weller, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 316.

<sup>5</sup> Weller, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 316.

<sup>6</sup> Vgl. Thorn, in: Palandt, BGB, Einl. Art. 3 EGBGB, Rn. 2; Weller, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 316.

### 1. Begriff und Gegenstand

Das für die gesellschaftsrechtlichen Innen- und Außenbeziehungen eines Personenverbandes maßgebliche Sachrecht wird als Gesellschaftsstatut oder *lex societatis* bezeichnet.<sup>7</sup> Bei Sachverhalten mit Auslandsbezug befasst sich das Internationale Gesellschaftsrecht als Teilbereich des IPR mit der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts von juristischen Personen und sonstigen Personenverbänden. Ein Auslandsbezug liegt etwa vor, wenn eine ausländische Gesellschaft als Trägerin eines im Inland tätigen Unternehmens eingesetzt wird.<sup>8</sup> Die Aufgabe des Gesellschaftskollisionsrechts besteht dann darin, die sachrechtlichen Regelungen zu bestimmen, nach denen sich die Rechtsstellung der Gesellschafter sowie die internen und externen Rechtsverhältnisse der Gesellschaft richten.<sup>9</sup>

In Deutschland ist das Internationale Gesellschaftsrecht bislang gesetzlich nicht geregelt.<sup>10</sup> Es oblag daher Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, geeignete Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des sach nächsten Rechts zu definieren.<sup>11</sup> Im Wesentlichen werden heute noch zwei Anknüpfungspunkte für das Gesellschaftsstatut diskutiert: der Ort des effektiven Verwaltungssitzes einer Gesellschaft (Sitztheorie) sowie der Ort der Gründung beziehungsweise Registereintragung einer Gesellschaft (Gründungstheorie).<sup>12</sup> Der effektive Verwaltungssitz ist in vielen Fällen mit dem Ort der Gründung beziehungsweise Registereintragung einer Gesellschaft identisch. Bei Sachverhalten mit Auslandsbezug ist dies jedoch oftmals gerade nicht der Fall. Rechtlich problematisch sind insbesondere Fälle, in denen die Gesellschaftskollisionsrechte der betroffenen Staaten die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts anhand unterschiedlicher Anknüpfungspunkte vornehmen.

### 2. Sitztheorie

Die Sitztheorie ist in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Frankreich entstanden.<sup>13</sup> Zu dieser Zeit war es dort gebräuchlich, Aktiengesellschaften nach dem vergleichsweise liberalen englischen Gesellschaftsrecht zu gründen, um das von vielen als überreguliert empfundene französische Recht zu

---

<sup>7</sup> Vgl. *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 1; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 316.

<sup>8</sup> Vgl. *Weller*, FS Goette, 2011, 583 (585).

<sup>9</sup> Vgl. *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2234).

<sup>10</sup> Vgl. *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 3; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 319.

<sup>11</sup> Vgl. *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 3; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 319.

<sup>12</sup> Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 351; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 319.

<sup>13</sup> Vgl. *Trautrim*s, ZHR 176 (2012), 435 (440); *Wymeersch*, CMLR 2003, 661 (668).

umgehen.<sup>14</sup> Durch Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts an den Sitz der Hauptverwaltung der Gesellschaft wollten französische Gerichte dieser Entwicklung entgegenwirken.<sup>15</sup> Heute folgen die meisten kontinentaleuropäischen Staaten der Sitztheorie.<sup>16</sup> Hierzulande ist die Sitztheorie zwar gesetzlich nicht festgeschrieben. Die Rechtsprechung<sup>17</sup> und der überwiegende Teil des Schrifttums<sup>18</sup> bestimmen das Gesellschaftsstatut jedoch gewohnheitsrechtlich nach Maßgabe der Sitztheorie.<sup>19</sup>

### a) Anknüpfungspunkte

Der Sitztheorie zufolge ist der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung Anknüpfungspunkt für das Gesellschaftsstatut einer Gesellschaft.<sup>20</sup> Demgegenüber ist der von den Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung festgelegte statuarische Sitz nicht von Belang.<sup>21</sup> Die Hauptverwaltung befindet sich am Tätigkeitsort des Geschäftsführungs- und Vertretungsorgans der Gesellschaft, beziehungsweise dort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.<sup>22</sup> Bei grenzüberschreitend tätigen Gesellschaften, welche in zahlreichen Staaten Verwaltungszentren gebildet haben, kann die Bestimmung des effektiven Verwaltungssitzes Probleme bereiten.<sup>23</sup> Durch die heutzutage bestehenden elektronischen Kommunikationsmöglichkeiten kann die

<sup>14</sup> *Trautrimis*, ZHR 176 (2012), 435 (440).

<sup>15</sup> Vgl. *Trautrimis*, ZHR 176 (2012), 435 (440).

<sup>16</sup> Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 511; *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 4.

<sup>17</sup> Vgl. BGH, NJW 1957, 1433 (1434); BGH, NJW 1970, 998 (999); BGH, NJW 1981, 522 (525); BGH, NZG 2000, 926 (926); BGH, NJW 2002, 3539 (3539 f.); BGH, NJW 2009, 289, (290); OLG Hamburg, NZG 2007, 597 (598).

<sup>18</sup> Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 5 m.w.N.; *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 4 m.w.N.

<sup>19</sup> Vgl. *Trautrimis*, ZHR 176 (2012), 435 (437 ff.) zur historischen Entwicklung des Internationalen Gesellschaftsrechts in Deutschland.

<sup>20</sup> Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 420; *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 4; *Thorn*, in: Palandt, BGB, Anh. Art. 12 EGBGB, Rn. 10; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 320; *Trautrimis*, ZHR 176 (2012), 435 (437); v. *Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I, § 3, Rn. 43.

<sup>21</sup> Vgl. *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 4; *Thorn*, in: Palandt, BGB, Anh. Art. 12 EGBGB, Rn. 11; v. *Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I, § 3, Rn. 43.

<sup>22</sup> Vgl. BGH, NJW 1986, 2194 (2195); BayObLG, DNotZ 1986, 174 (175 f.); *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 456; *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 72; *Thorn*, in: Palandt, BGB, Anh. Art. 12 EGBGB, Rn. 11; v. *Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I, § 7, Rn. 31; *Weller*, FS Goette, 2011, 583 (590).

<sup>23</sup> Vgl. *W.-H. Roth*, IPRax 2003, 117 (123); *Vermeylen/Vande Velde*, ECBMR, Kap. 2, Rn. 2.26.

Sitzbestimmung auf eine harte Probe gestellt werden.<sup>24</sup> Bisweilen hat die Rechtsprechung eine Vermutung dahingehend angenommen, dass der effektive Verwaltungssitz einer Gesellschaft mit deren statuarischem Sitz identisch ist.<sup>25</sup>

#### b) Rechtspolitische Motive und Kritik

Rechtspolitisch lässt sich zugunsten der Sitztheorie anführen, dass sich die Hauptverwaltung in aller Regel in dem Staat befindet, in welchem eine Gesellschaft ihre wesentlichen wirtschaftlichen Aktivitäten entfaltet. Infolge der objektiven, subjektiver Parteiautonomie entzogenen Anknüpfung kommt somit die Rechtsordnung des Staates zur Anwendung, in welchem sich der Interessenmittelpunkt der Gesellschaft befindet.<sup>26</sup> Damit unterliegt eine Gesellschaft stets dem Recht desjenigen Staates, der durch die Tätigkeit der Gesellschaft am stärksten betroffen ist.<sup>27</sup> Die Sitztheorie ermöglicht diesem Staat durch den kollisionsrechtlichen Verweis auf dessen sachrechtliche Bestimmungen eine wirksame Kontrolle der in seinem Hoheitsgebiet beheimateten Gesellschaften.<sup>28</sup> Eine Umgehung der gesellschafts- und ordnungspolitischen Wertentscheidungen durch Wahl eines ausländischen Gesellschaftsstatuts wird dadurch verhindert.<sup>29</sup> Hinzu kommt, dass im sekundärrechtlich geprägten gesellschaftsnahen Aufsichtsrecht sowie im europäischen Insolvenz- und Zivilprozessrecht in aller Regel tatsächlich an den effektiven Verwaltungssitz der Gesellschaft angeknüpft wird.<sup>30</sup> Der (Unions-)Gesetzgeber geht ersichtlich davon aus, dass eine Gesellschaft vor allem und im Regelfall am

---

<sup>24</sup> v. *Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I, § 7, Rn. 32.

<sup>25</sup> Vgl. OLG München, NJW 1986, 2197 (2198); OLG Oldenburg, NJW 1990, 1422 (1422); OLG Hamm, NJW-RR 1995, 469 (471); *Eidenmüller*, in: *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, § 1, Rn. 7; *Thorn*, in: *Palandt*, *BGB*, Anh. Art. 12 EGBGB, Rn. 11; v. *Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I, § 7, Rn. 35; zu Recht kritisch *Kindler*, in: *MünchKomm-BGB*, Bd. 11, IntGesR, Rn. 471.

<sup>26</sup> Vgl. *Leible*, in: *Michalski*, *GmbHG*, Bd. 1, IntGesR, Rn. 4; *Thorn*, in: *Palandt*, *BGB*, Anh. Art. 12 EGBGB, Rn. 1; *Weller*, in: *MünchKomm-GmbHG*, Bd. 1, IntGesR, Rn. 320; *Weller*, FS Goette, 2011, 583 (590).

<sup>27</sup> Vgl. *Kindler*, NJW 2003, 1073 (1074); *Kindler*, in: *MünchKomm-BGB*, Bd. 11, IntGesR, Rn. 421; *Leible*, in: *Michalski*, *GmbHG*, Bd. 1, IntGesR, Rn. 4; *Leuering*, ZRP 2008, 73 (74); *W.-H. Roth*, FS Heldrich, 2005, 973 (975); *Teichmann*, ZGR 2011, 639 (675).

<sup>28</sup> Vgl. *Thorn*, in: *Palandt*, *BGB*, Anh. Art. 12 EGBGB, Rn. 1; *Weller*, FS Blaurock, 2013, 497 (501); *Weller*, in: *MünchKomm-GmbHG*, Bd. 1, IntGesR, Rn. 320.

<sup>29</sup> Vgl. *Kindler*, in: *MünchKomm-BGB*, Bd. 11, IntGesR, Rn. 423; *Leible*, in: *Michalski*, *GmbHG*, Bd. 1, IntGesR, Rn. 5; *Leuering*, ZRP 2008, 73 (74); *Weller*, in: *MünchKomm-GmbHG*, Bd. 1, IntGesR, Rn. 320.

<sup>30</sup> Vgl. *Kindler*, in: *MünchKomm-BGB*, Bd. 11, IntGesR, Rn. 422.

Ort ihres effektiven Verwaltungssitzes tätig ist und deshalb dort die relevanten Schutzinteressen zu lokalisieren sind.<sup>31</sup>

Der Sitztheorie wird zum Teil vorgehalten, sie schieße über das Ziel des Schutzes berechtigter Interessen hinaus, indem sie sich nicht auf die Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher Schutzanliegen im Wege der Sonderanknüpfung nationaler Schutzvorschriften beschränke.<sup>32</sup> Bei der Sonderanknüpfung handelt es sich um ein internationalprivatrechtliches Rechtsinstitut, welches einem Staat ermöglicht, nationale Rechtsnormen unabhängig von der kollisionsrechtlichen Verweisung auf das Recht eines anderen Staates doch zur Anwendung zu bringen.<sup>33</sup> Hierauf wird im Laufe der vorliegenden Untersuchung noch zurückzukommen sein (vgl. § 4 III. 2. b)).

### c) Möglichkeit eines Statutenwechsels

Infolge der Anknüpfung an den effektiven Verwaltungssitz einer Gesellschaft ist das Gesellschaftsstatut nach der Sitztheorie wandelbar (Statutenwechsel). Die Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes in einen anderen Staat führt jedenfalls dann zur Anwendung des Gesellschaftsrechts des neuen Sitzstaates und damit zu einem Statutenwechsel, wenn das Internationale Gesellschaftsrecht des neuen Sitzstaates die kollisionsrechtliche Verweisung durch die Sitztheorie annimmt und nicht auf das Recht des ursprünglichen Sitzstaates zurückverweist.<sup>34</sup> Die Gesellschaft besteht allerdings nur dann als Rechtssubjekt fort, wenn das ursprüngliche Gesellschaftsstatut den identitätswahrenden Wegzug erlaubt und das neue Gesellschaftsstatut den identitätswahrenden Zuzug anerkennt.<sup>35</sup> Es ist zu unterscheiden zwischen der kollisionsrechtlichen Frage, ob ein Wechsel des Gesellschaftsstatuts möglich ist, und der materiellrechtlichen Frage der Auswirkungen des Statutenwechsels auf die Wahrung der Identität und Rechtsfähigkeit der Gesellschaft.<sup>36</sup>

Verlegt eine ausländische Gesellschaft ihren effektiven Verwaltungssitz nach Deutschland, findet nach Maßgabe der Sitztheorie das materielle deutsche Gesellschaftsrecht Anwendung. Ursprünglich wurde ihr aufgrund des

<sup>31</sup> Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 422.

<sup>32</sup> Vgl. *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 10; *Paefgen*, DZWir 2003, 441 (446 f.); *W.-H. Roth*, IPRax 2003, 117 (124).

<sup>33</sup> Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 389; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 448.

<sup>34</sup> Vgl. *Behrens/Hoffmann*, in: GroßKomm-GmbHG, Bd. I, IntGesR, Rn. B147; *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 465; *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 4; *W.-H. Roth*, FS Heldrich, 2005, 973 (974); *Thorn*, in: Palandt, BGB, Anh. Art. 12 EGBGB, Rn. 13; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 324.

<sup>35</sup> Vgl. OLG Frankfurt, NJW 1990, 2204 (2206); BayObLG, NJW-RR 1992, 43 (44); *Thorn*, in: Palandt, BGB, Anh. Art. 12 EGBGB, Rn. 13; *Weller*, FS Blaurock, 2013, 497 (501); *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 324.

<sup>36</sup> Vgl. *Behrens/Hoffmann*, in: GroßKomm-GmbHG, Bd. I, IntGesR, Rn. B146.

*numerus clausus* der Gesellschaftsformen die rechtliche „Anerkennung“<sup>37</sup> per se verweigert.<sup>38</sup> Die Rechtsprechung sprach einer ausländischen Gesellschaft im Falle der Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes ins Inland schlicht die Rechtsfähigkeit und damit die Prozessfähigkeit ab.<sup>39</sup> Von der Gesellschaft abgeschlossene Rechtsgeschäfte waren unwirksam.<sup>40</sup> Die Teilnahme am Rechtsverkehr war ihr faktisch verwehrt.<sup>41</sup> Vereinzelt hat die Rechtsprechung die für die Gesellschaft Handelnden darüber hinaus einer persönlichen Haftung analog §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 2 S. 1 AktG unterworfen.<sup>42</sup>

Vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Entwicklungen hat die Rechtsprechung die Rechtsfolgen der Sitztheorie zuletzt jedoch deutlich entschärft. Einer ausländischen Gesellschaft wird im Falle der Verlegung ihres effektiven Verwaltungssitzes nach Deutschland die Rechtsfähigkeit nicht länger per se versagt. Die Gesellschaft wird stattdessen als rechtsfähige Personengesellschaft anerkannt.<sup>43</sup> Die Gründung einer Personengesellschaft setzt im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften weder einen formbedürftigen Gründungsakt noch eine konstitutive Registereintragung voraus.<sup>44</sup> Abhängig von ihrem objektiven Verbandszweck ist die Gesellschaft entweder als OHG oder als GbR zu qualifizieren.<sup>45</sup> Als solche gilt sie in Deutschland als rechts- und parteifähig.<sup>46</sup> Der mit der Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes verbundene Statutenwechsel zieht nach der modifizierten Sitztheorie folglich eine „Metamorphose“ der ausländischen in eine inländische Rechtsform nach sich.<sup>47</sup> Dementsprechend wird die modifizierte Sitztheorie auch als *Wechselbalgtheorie* bezeichnet.<sup>48</sup>

Die praktischen Konsequenzen der modifizierten Sitztheorie werfen jedoch Fragen auf. Die Umqualifikation der ausländischen Gesellschaft in eine deutsche Personengesellschaft hat etwa zur Folge, dass ein nach dem bisherigen

---

<sup>37</sup> Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 316 ff. zum Begriff der „Anerkennung“.

<sup>38</sup> Vgl. *Leuring*, ZRP 2008, 73 (74); *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 325; *Weller*, FS Goette, 2011, 583 (591).

<sup>39</sup> Vgl. BGH, NJW 1986, 2194 (2195); BayObLG, DNotZ 1986, 174 (176); OLG München, NJW-RR 1995, 703 (704).

<sup>40</sup> Vgl. BGH, NJW 1970, 998 (999); *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 326.

<sup>41</sup> *Weller*, FS Goette, 2011, 583 (591).

<sup>42</sup> Vgl. KG, NJW 1989, 3100 (3101); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1124 (1126).

<sup>43</sup> Vgl. BGH, NJW 2002, 3539 (3540); BGH, NJW 2009, 289 (291).

<sup>44</sup> *Weller*, FS Goette, 2011, 583 (592).

<sup>45</sup> Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 491 ff.; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 330.

<sup>46</sup> Vgl. BGH, NJW 2002, 3539 (3540); BGH, NJW 2009, 289 (289).

<sup>47</sup> *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 328.

<sup>48</sup> Vgl. *Bartels*, ZHR 176 (2012), 412 (417); *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 328; *Weller*, FS Goette, 2011, 583 (592).

Gesellschaftsstatut bestehendes Haftungsprivileg der Gesellschafter erlischt und diese fortan persönlich und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften.<sup>49</sup> Zudem bestimmt sich die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft fortan nach den Grundsätzen des Personengesellschaftsrechts.<sup>50</sup> Fremdgeschäftsführung ist demnach nicht möglich. Vor diesem Hintergrund erscheint insbesondere die Umqualifikation einer ausländischen Publikumsgesellschaft in eine deutsche Personengesellschaft nicht sachgerecht.<sup>51</sup> Zudem tritt aus der Perspektive des Herkunftsstaates kein Statutenwechsel ein, falls dieser der Gründungstheorie folgt. Während die modifizierte Sitztheorie eine Umqualifikation in eine deutsche Personengesellschaft vornimmt, behandelt der Herkunftsstaat die Gesellschaft weiterhin als Gesellschaft seines Rechts.<sup>52</sup> In der Folge kommt es zu einer Statutenverdoppelung, welche eine Vielzahl praktisch kaum zu lösender Fragen und Probleme aufwirft.<sup>53</sup>

### 3. Gründungstheorie

Die Gründungstheorie geht auf den Vater des modernen europäischen Kollisionsrechts, *Friedrich Carl von Savigny*, zurück, der sich bereits Mitte des 19. Jahrhunderts mit der Frage des richtigen kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkts auseinandersetzte.<sup>54</sup> Aus historischen Gründen ist die Gründungstheorie heute vor allem im angloamerikanischen Rechtskreis verbreitet.<sup>55</sup> Um Rechtssicherheit und diplomatischen Schutz in Übersee zu gewährleisten, sollte den Gründern von Kapitalgesellschaften in den nordamerikanischen Kolonien die Wahl des englischen Rechts als Gesellschaftsstatut eröffnet werden.<sup>56</sup> In Kontinentaleuropa werden die Schweiz, die Niederlande,

---

<sup>49</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, 289 (291); *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 494; *Weller*, FS Blaurock, 2013, 497 (501); *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 329; *Wymeersch*, CMLR 2003, 661 (685).

<sup>50</sup> Vgl. BGH, NJW 2009, 289 (291).

<sup>51</sup> Vgl. v. *Bar/Mankowski*, IPR, Bd. I, § 3, Rn. 44; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 331.

<sup>52</sup> Vgl. *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 331.

<sup>53</sup> Vgl. *Bayer/J. Schmidt*, ZHR 173 (2009), 735 (741); *W.-H. Roth*, IPRax 2003, 117 (124); *W.-H. Roth*, ZGR 2014, 168 (202); *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 331; *Weller*, FS Goette, 2011, 583 (593).

<sup>54</sup> Vgl. *Trautrimis*, ZHR 176 (2012), 435 (437 ff.); *Weller*, FS Blaurock, 2013, 497 (502).

<sup>55</sup> Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 359 f.; *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 7; *Thorn*, in: Palandt, BGB, Anh. Art. 12 EGBGB, Rn. 1; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 336.

<sup>56</sup> Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 359; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 336.

Dänemark, Liechtenstein sowie einige osteuropäische Staaten der Gründungstheorie zugeordnet.<sup>57</sup>

#### a) Anknüpfungspunkte

Die Gründungstheorie unterstellt eine Gesellschaft derjenigen Rechtsordnung, nach welcher sie gegründet wurde.<sup>58</sup> Um das anwendbare Recht zu ermitteln, wird eine Vielzahl verschiedener Anknüpfungspunkte diskutiert: der Ort des Gründungsgeschäfts, der Ort des statuarischen Sitzes, der Ort der Registereintragung, der von den Gesellschaftsgründern gewählte Ort, der Ort, nach dessen Recht die Gesellschaft organisiert ist, und schließlich der Ort, durch dessen Recht der Gesellschaft die Rechtsfähigkeit verliehen wurde.<sup>59</sup> Dementsprechend existieren verschiedene Varianten der Gründungstheorie, welche unter anderem als Inkorporationstheorie, Registrierungstheorie sowie Organisationstheorie bezeichnet werden.<sup>60</sup> Sie haben gemein, dass die Lokalisation des effektiven Verwaltungssitzes für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts unerheblich ist.<sup>61</sup>

#### b) Rechtspolitische Motive und Kritik

Die Gründungstheorie stellt den Willen und die Interessen der Gesellschaftsgründer in den Mittelpunkt und eröffnet diesen bei der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts einen weiten Spielraum.<sup>62</sup> Den Gesellschaftsgründern wird weitgehend Rechtswahlfreiheit eingeräumt.<sup>63</sup> Da die Anknüpfungspunkte der

<sup>57</sup> Vgl. Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2234); Hoffmann, ZVglRW 101 (2002), 283 (300 ff.); Kindler, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 509; Leible, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 7; Weller, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 336.

<sup>58</sup> Vgl. Leible, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 7; Weller, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 333.

<sup>59</sup> Vgl. Eidenmüller, in: Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 1, Rn. 3; Hoffmann, ZVglRW 101 (2002), 283 (283 ff.); Wasmeier, Umstrukturierung, 2014, S. 38 ff.; Weller, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 333.

<sup>60</sup> Vgl. Hoffmann, ZVglRW 101 (2002), 283 (287 ff.); Weller, FS Goette, 2011, 583 (591).

<sup>61</sup> Vgl. Borg-Barthet, ICLQ 2013, 503 (504); Mucciarelli, TJICL 2012, 421 (427); G.H. Roth, Niederlassungsfreiheit, 2010, S. 7; Weller, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 335.

<sup>62</sup> Vgl. BGH, NZG 2000, 926 (927); Leible, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 7; Kußmaul/Richter/Ruiner, ECL 2009, 246 (247); Leuering, ZRP 2008, 73 (74); Thorn, in: Palandt, BGB, Anh. Art. 12 EGBGB, Rn. 1; Vermeylen/Vande Velde, ECBMR, Kap. 2, Rn. 2.17; Weller, FS Blaurock, 2013, 497 (502); Weller, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 335; Wymeersch, CMLR 2003, 661 (662).

<sup>63</sup> Vgl. Borg-Barthet, ICLQ 2013, 503 (504); Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2235); Lach/Schill, MittBayNot 2005, 243 (243); Leible, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 7; Teichmann, ZGR 2011, 639 (675).

Gründungstheorie in aller Regel leicht festzustellen sind, garantiert die Gründungstheorie eine rechtssichere Ermittlung des Gesellschaftsstatuts.<sup>64</sup> Da es auf die mitunter schwierige Bestimmung des Orts der Hauptverwaltung nicht ankommt, wird die Rechtsanwendung erleichtert.<sup>65</sup>

Die Gründungstheorie birgt aufgrund der ihr innewohnenden Rechtswahlfreiheit allerdings die Gefahr von Manipulationen, weil sie die Gründung ausländischer Briefkastengesellschaften<sup>66</sup> unter Umgehung inländischer Normativbestimmungen gestattet.<sup>67</sup> Die potentielle Gefährdung schutzwürdiger Interessen Dritter ist – neben der Befürchtung, auf Dauer werde sich die Rechtsordnung mit dem schwächsten Schutz von Drittinteressen durchsetzen (*race to the bottom*) – der hauptsächliche Kritikpunkt an der Gründungstheorie.<sup>68</sup> Zudem führt sie zu einer nicht unerheblichen Belastung der Prozess- und Beratungspraxis, weil sie die Kenntnis und Handhabung ausländischen materiellen Gesellschaftsrecht erfordert.<sup>69</sup>

### c) Möglichkeit eines Statutenwechsels

Eine Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes führt aus der Perspektive der Gründungstheorie nicht zur Änderung des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts und beeinträchtigt nicht den Fortbestand der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft.<sup>70</sup> Ist eine Gesellschaft nach dem Recht eines Staates wirksam gegründet worden, so ist sie nach der Vorstellung der Gründungstheorie in jedem Staat bis zur Grenze des *ordre public* als rechtsfähig zu akzeptieren.<sup>71</sup> Die Gründungstheorie erlaubt nicht nur, dass eine Gesellschaft nach Geschäftsaufnahme im Gründungsstaat in der Folgezeit ihren effektiven Verwaltungssitz in einen anderen Staat verlegt, sondern auch, dass die Ge-

---

<sup>64</sup> Vgl. *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, UmwR, 103. EL (2008), § 1 UmwG, Rn. 101; *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 9; *Vermeulen/Vande Velde*, ECBMR, Kap. 2, Rn. 2.20.

<sup>65</sup> Vgl. *Kobelt*, GmbHR 2009, 808 (810).

<sup>66</sup> Vgl. *Herrler*, DNotZ 2009, 484 (484); *Leuring*, ZRP 2008, 73 (73); *Teichmann*, ZGR 2011, 639 (642) zum Begriff der Briefkastengesellschaft.

<sup>67</sup> Vgl. *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 368; *Thorn*, in: Palandt, BGB, Anh. Art. 12 EGBGB, Rn. 1; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 337.

<sup>68</sup> Vgl. BGH, NZG 2000, 926 (927); *Gower/Davies*, Company Law, Pt. 1, Rn. 6-26; *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 364; *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 337; *Wymeersch*, CMLR 2003, 661 (662).

<sup>69</sup> Vgl. *Kindler*, IPRax 2009, 189 (190); *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, IntGesR, Rn. 364.

<sup>70</sup> Vgl. *Behrens/Hoffmann*, in: GroßKomm-GmbHG, Bd. I, IntGesR, Rn. B147; *Gower/Davies*, Company Law, Pt. 1, Rn. 6-2; *Leuring*, ZRP 2008, 73 (74); *Wymeersch*, CMLR 2003, 661 (666).

<sup>71</sup> *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 335.

sellschaft von Anfang an mit divergierendem Satzungs- und Verwaltungssitz errichtet wird.<sup>72</sup>

Verlegt eine Gesellschaft ihren statuarischen Sitz ins Ausland, kommt es nur dann zu einem Statutenwechsel, wenn nach der konkreten Ausgestaltung der Gründungstheorie die Satzungssitzverlegung kollisionsrechtlich beachtlich ist.<sup>73</sup> Grundsätzlich ist und bleibt aus Sicht der Gründungstheorie als Gesellschaftsstatut diejenige Rechtsordnung maßgeblich, nach welcher die Gesellschaft gegründet wurde.<sup>74</sup> Die Vorstellung eines Statutenwechsels ist der Gründungstheorie im Grunde fremd.<sup>75</sup> Der effektive Verwaltungssitz der Gesellschaft mag ins Ausland verlegt werden, die Gesellschaft bleibt jedoch stets Rechtssubjekt derjenigen Rechtsordnung, nach welcher sie ursprünglich gegründet wurde.<sup>76</sup> Sofern der Herkunftsstaat – wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis üblich – an den Inkorporationsakt anknüpft, findet aus dessen Perspektive das Gründungsrecht auch dann weiterhin Anwendung, wenn die Gesellschaft ihren statuarischen Sitz ins Ausland verlegt.<sup>77</sup> In den Vereinigten Staaten wird die *reincorporation* einer Gesellschaft nach dem Recht eines anderen Bundesstaates etwa durch Gründung einer Gesellschaft in besagtem Bundesstaat in Verbindung mit einer anschließenden Verschmelzung auf diese Gesellschaft durchgeführt; die Möglichkeit eines Statutenwechsels durch Verlegung des statuarischen Sitzes der Gesellschaft besteht hingegen nicht.<sup>78</sup>

Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht gleichermaßen für sämtliche Staaten, deren Internationales Gesellschaftsrecht gemeinhin der Gründungstheorie zugeordnet wird. Das niederländische Gesellschaftskollisionsrecht eröffnet etwa in Art. 4 *Wet conflictenrecht corporaties* die Möglichkeit eines identitätswahrenden Statutenwechsels, sofern der andere von der Satzungssitzverlegung betroffene Staat den Fortbestand der Gesellschaft als Rechtssubjekt

---

<sup>72</sup> Weller, in: MünchKomm-GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 335.

<sup>73</sup> Vgl. Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, 103. EL (2008), § 1 UmwG, Rn. 203; Hoffmann, ZVglRW 101 (2002), 283 (301 und 306 f.); Leible, in: Michalski, GmbHG, Bd. 1, IntGesR, Rn. 186; Wasmeier, Umstrukturierung, 2014, S. 41 und 68 f.; unzutreffend insoweit Stiegler, Rechtsformwechsel, 2013, S. 14 und 41.

<sup>74</sup> Vgl. Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Einl., Rn. 62; Mucciarelli, ECFR 2005, 512 (518); Vermeylen/Vande Velde, ECBMR, Kap. 2, Rn. 2.19 und 2.104; Wasmeier, Umstrukturierung, 2014, S. 69; Wymeersch, CMLR 2003, 661 (667).

<sup>75</sup> Vgl. Leible/Hoffmann, BB 2009, 58 (61); Wasmeier, Umstrukturierung, 2014, S. 41; Wymeersch, CMLR 2003, 661 (667); a.A. V. Braun, Wegzugsfreiheit, 2010, S. 223 f.

<sup>76</sup> Wymeersch, CMLR 2003, 661 (678); a.A. V. Braun, Wegzugsfreiheit, 2010, S. 223 f. bei gleichzeitiger Verlegung des statuarischen Sitzes der Gesellschaft.

<sup>77</sup> Vgl. Heckschen, in: Widmann/Mayer, UmwR, 103. EL (2008), § 1 UmwG, Rn. 203; Mucciarelli, ECFR 2005, 512 (518); Wasmeier, Umstrukturierung, 2014, S. 68.

<sup>78</sup> Vgl. V. Braun, Wegzugsfreiheit, 2010, S. 246; Gower/Davies, Company Law, Pt. 1, Rn. 6-24; Mucciarelli, TJICL 2012, 421 (427); Wasmeier, Umstrukturierung, 2014, S. 14.