

Unternehmensmobilität im Binnenmarkt*

Marc-Philippe Weller

I. Einführung

Uwe Blaurock ist ein Universalist des Unternehmensrechts. Seine Publikationen reichen nicht nur vom Personen-¹ über das Kapitalgesellschafts-² und Kapitalmarktrecht³, das Steuer-⁴ und das Kartellrecht⁵ bis hin zur Wirtschaftsregulierung in der Finanzkrise.⁶ Er gehört in Tradition seines akademischen Lehrers *Ernst v. Caemmerer* sowie als Mitbegründer der Archivzeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) zugleich zu den Pionieren des rechtsvergleichenden, europäischen, und internationalen Unternehmensrechts.⁷ Offenheit und Neugier für ausländische Rechtsordnungen zeichnen ihn aus. Mobilität lebt er in Person, nicht zuletzt als bis heute vielgefragter Redner im In- und

* Der Beitrag geht auf einen Vortrag an der Universität Bonn zurück; vgl. die Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht, Nr. 198 (2012).

¹ Vgl. z. B. *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, 7. Aufl. 2010; *ders.*, Unterbeteiligung an Gesellschaftsverhältnissen – Formen mittelbarer Teilhabe an Gesellschaftsverhältnissen, 1981.

² *Blaurock*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH, FS Raiser, 2005, S. 3–22; *ders.*, Kommentierung der §§ 278–290 AktG (Kommanditgesellschaft auf Aktien), in: Wachter (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, 2011.

³ Etwa *Blaurock*, Der Vorvertrag zur Zeichnung von Aktien, in: Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, FS Rittner, 1991, S. 33–53.

⁴ *Blaurock/Berninger*, Kapitalkonto und Sonderbetriebsvermögen des Kommanditisten bei der Anwendung von § 15 a EStG, JZ 1992, 614–621; *Blaurock*, Die GmbH & Still im Steuerrecht, BB 1992, 1969–1977; *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft, 7. Auflage 2010.

⁵ *Blaurock*, Kartellrechtliche Grenzen von Franchise-Systemen, FS Werner, 1984, S. 23–39; *ders.*, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, in: Schwarze (Hrsg.), Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, 1999, S. 71–78; *Blaurock/Blasek*, Reform des europäischen und deutschen Kartellrechts – vom Erlaubnisvorbehalt zur Legalausnahme, in: Würtenberger (Hrsg.), Rechtsreform in Deutschland und Korea im Vergleich, 2006, S. 27–54.

⁶ *Blaurock*, Regelbildung und Grenzen des Rechts – das Beispiel der Finanzkrise, JZ 2012, 226–234.

⁷ *Blaurock*, Auf dem Wege zu einem einheitlichen Gesellschaftsrecht in Europa, in: Lücke (Hrsg.), Europäische Wirtschaft der 90er Jahre, 1990, S. 31–50; *ders.*, Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht – Bilanz und Perspektiven eines Anpassungsprozesses, ZEuP 1998, 460–483; *ders.* (Hrsg.), Das Recht der Unternehmen in Europa, 1993; *ders.*, Bemerkungen zu einem europäischen Recht der Unternehmensgruppe, FS Sandrock, 2000, S. 79–93; *ders.*, Die neue „Corporate Governance“ im chinesischen Gesellschaftsrecht, in: Bu (Hrsg.), Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht aus deutscher Sicht, 2008, S. 205–215.

Ausland. Seinem Nachfolger ist er ein großes Vorbild; einen besseren Emeritus kann man sich nicht wünschen. In diesem Sinne seien ihm die nachfolgenden Überlegungen zur „Unternehmensmobilität in Europa“ von Herzen gewidmet.

1. Unternehmensmobilität als Essenz des Binnenmarktes

„Corporate mobility is the very essence of the internal market. We should do everything to promote it for the sake of entrepreneurial freedom as well as for the healthy effects of competition.“⁸ Dieses Diktum von *Klaus Hopt* umreißt prägnant die Bedeutung der Sitzverlegung von Gesellschaften in Europa.⁹ Das Thema könnte aktueller kaum sein, hat doch der EuGH erst vor Kurzem in Fortführung von *Cartesio*¹⁰ und *Eurofood*¹¹ mit mehreren Leitentscheidungen – *Interedil*¹², *Rastelli*¹³ *National Grid Indus*¹⁴ und *Vale*¹⁵ – die Debatte neu angefacht.

⁸ *Hopt*, in: Geens/Hopt (Hrsg.), *The European Company Law Action Plan Revisited*, 2010, S. 9, 18.

⁹ Ausführlich hierzu jüngst *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, *EuropUR*, 5. Aufl. 2012, § 6.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06 – *Cartesio*, *NJW* 2009, 569; hierzu u. a. *Zimmer/Naeandrup*, *Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?*, *NJW* 2009, 545 ff.

¹¹ EuGH, Urt. v. 02. 05. 2006, Rs. C-341/04 – *Eurofood*, *Slg.* 2006, I-3813.

¹² EuGH, Urt. v. 20. 10. 2011, Rs. C-396/09 – *Interedil*, *ZIP* 2011, 2153; hierzu *Mankowski*, *NZI* 2011, 994 f.; *Paulus*, *EWiR* 2011, 745 f.; *Piekenbrock*, *LMK* 2012, 327375.

¹³ EuGH, Urt. v. 15. 12. 2011, Rs. C-191/10 – *Rastelli*, *ZIP* 2012, 183; hierzu *Mankowski*, *NZI* 2012, 150 f.; *Paulus*, *EWiR* 2012, 87 f.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 29. 11. 2011, Rs. C-371/10 – *National Grid Indus BV*, *ZIP* 2012, 169 ff.; hierzu *Brinkmann/Reiter*, *National Grid Indus: Auswirkungen auf die deutsche Entstrickungsbesteuerung*, *DB* 2012, 16 ff.; *Lenz*, *Wegzugsbesteuerung bei Kapitalgesellschaften – EuGH zwingt Gesetzgeber zum Handeln*, *DB* 2011, Heft 51/52, M1; *Kessler/Philipp*, *Rechtsache National Grid Indus BV – Ende oder Bestätigung der Entstrickungsbesteuerung?*, *DStR* 2012, 267 ff.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 12. 07. 2012, Rs. C-378/10 – *Vale*, *NZG* 2012, 871; hierzu *Bayer/J. Schmidt*, *Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als „Formwechselfreiheit“*, *ZIP* 2012, 1481; *Mörsdorf/Jopen*, *ZIP* 2012, 1389; *G. H. Roth*, *Das Ende der Briefkastengründung? – Vale contra Centros*, *ZIP* 2012, 1744; *Weller*, *LMK* 2012, 336113. In diesem Fall beantragte eine auf ihren Wunsch aus dem italienischen Handelsregister wegen Sitz- und Tätigkeitsverlegung nach Ungarn gelöschte italienische Srl (*VALE Costruzioni*) die Eintragung als entsprechende ungarische Gesellschaft mit beschränkter Haftung im ungarischen Handelsregister mit dem Zusatz, dass sie Gesamtrechtsnachfolgerin der italienischen Srl sei. Das ungarische Registergericht wies den Antrag mit der Begründung zurück, dass sich der Anwendungsbereich des ungarischen Umwandlungsgesetzes auf inländische Gesellschaften beschränke. Diese neben der Verwaltungssitzverlegung enthaltene Satzungssitzverlegung über Landesgrenzen hinweg wird auch als *grenzüberschreitender Rechtsformwechsel* bezeichnet (näher *Weller*, *Sitzverlegungen von Gesellschaften in Europa*, 2012, S. 13 ff.).

Der *EuGH* sieht in der Beschränkung des ungarischen Umwandlungsrechts auf ungarische Gesellschaften zu Recht einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit in Form einer unzulässigen Ausländer-Diskriminierung. Die Kernaussage (vgl. Leitsatz 1) lautet: Ein mitgliedstaatliches Umwandlungsregime, das *inländischen* Gesellschaften den Rechtsformwechsel

Mobilität realisiert sich bei natürlichen Personen typischerweise durch eine Verlegung des Wohnsitzes.¹⁶ Ähnlich ist es bei Gesellschaften.¹⁷ Deren Mobilität äußert sich durch Sitzverlegungen.¹⁸ Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Verwaltungssitzverlegung und der Satzungssitzverlegung.¹⁹ In praxi fallen Satzungs- und Verwaltungssitz zwar meistens zusammen; seit den EuGH-Entscheidungen Centros²⁰, Überseering²¹ und Inspire Art²² gibt es jedoch zunehmend Unternehmen, deren statutarischer und deren tatsächlicher Sitz in verschiedenen Staaten lokalisiert sind. Ein prominentes Beispiel ist die Fluggesellschaft Air Berlin, eine *Public Limited Company* (PLC) englischen Rechts, deren *registered office* in England liegt, die jedoch ihre Tätigkeit von ihrem Verwaltungssitz in Berlin aus führt. Ein anderes Beispiel ist die Münchener Traditionskanzlei Noerr Stiefenhofer Lutz, die neuerdings in der Rechtsform einer englischen *Limited Liability Partnership* (LLP) organisiert ist, obwohl sie

ermöglicht, muss auf Grund der Niederlassungsfreiheit auch zu Gunsten zuziehender *EU-Auslandsgesellschaften* geöffnet werden (Äquivalenzgrundsatz). Methodisch kann dies durch europarechtskonforme Auslegung oder analoge Anwendung des nationalen Umwandlungsgesetzes geschehen (Weller, LMK 2012, 336113).

Die Anwendung des auf innerstaatliche Fälle zugeschnittenen Umwandlungsrechts muss nun ggf. im Hinblick auf grenzüberschreitende Sachverhalte modifiziert werden, welches über die kollisionsrechtlichen Figuren der *Anpassung* (Adaption des Inlandsrechts an die Auslandserscheinung) und der *Substitution* (Ersetzung der Inlandsrechtsform im Tatbestand der Umwandlungsnormen durch die funktional vergleichbare EU-Auslandsgesellschaft) erfolgen kann (näher Weller, ZGR 2010, 679 ff.).

Zu Gunsten betroffener Bezugsgruppen der Gesellschaft (Gläubiger, Arbeitnehmer, Minderheitsgesellschafter) ist es – wie der *EuGH* betont (vgl. Leitsatz 2) – allerdings zulässig, die im nationalen Umwandlungsregime für den innerstaatlichen Rechtsformwechsel vorgesehenen Schutzmechanismen (z. B. Umwandlungsbericht) auf die sich „hereinwandernde“ Auslandsgesellschaft entsprechend anzuwenden, welches jedoch nicht dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz widersprechen und die Ausübung der Niederlassungsfreiheit übermäßig erschweren darf.

¹⁶ Vgl. § 7 BGB. Im Unionsrecht ist weitgehend funktionsäquivalent vom gewöhnlichen Aufenthalt die Rede, vgl. insbesondere Art. 20, 21, 45 Abs. 2, 49 AEUV sowie Art. 19 Rom I-VO. Mitunter äußert sich die Mobilität natürlicher Personen auch durch einen *zusätzlichen* Wechsel der Staatsangehörigkeit. Über die Voraussetzungen der Verleihung der Staatsangehörigkeit entscheiden die Staaten autonom, vgl. Art. 9 EUV, Art. 20 Abs. 1 S. 2 und 3 AEUV. Der *EuGH* bezeichnet die Verleihung der Staatsangehörigkeit als dem EU-Recht nicht unterliegende „Vorfrage“, *EuGH*, Urt. v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06, NJW 2009, 569 ff. – *Cartesio*, Rz. 109 (obiter dictum).

¹⁷ Zum Begriff der „Gesellschaft“ im IPR *Wedemann*, *RabelsZ* 75 (2011), 541 ff.

¹⁸ Arbeitskreis Europ. Unternehmensrecht, Thesen zum Erlass einer Sitzverlegungsrichtlinie, NZG 2011, 98 ff.; *Grundmann*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl. 2011, Rn. 51 ff.

¹⁹ *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, *EuropUR*, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 45 ff.; *Weller*, *Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften*, *DStR* 2004, 1218 ff.

²⁰ *EuGH*, Urt. v. 09. 03. 1999, Rs. C-212/97 – *Centros*, *IPRax* 1999, 360.

²¹ *EuGH*, Urt. v. 05. 11. 2002, Rs. C-208/00 – *Überseering*, *IPRax* 2003, 65; hierzu *W.-H. Roth*, *Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering*, *IPRax* 2003, 117 ff.

²² *EuGH*, Urt. v. 30. 09. 2003, Rs. C-167/01 – *Inspire Art*, *Slg.* 2003, I-10155; hierzu *Weller*, „*Inspire Art*“: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften, *DStR* 2003, 1800.

schwerpunktmäßig in Deutschland tätig ist. Die Beispiele nehmen täglich zu, seit Kurzem firmieren die in Deutschland operierenden Vertriebsgesellschaften der Modeketten H&M und Zara in der Rechtsform einer niederländischen GmbH.²³ Anknüpfend an einen Aufsatztitel von *Wulf-Henning Roth* kann man pointiert konstatieren: „Das Wandern ist des Müllers Lust ...“: Zur Auswanderungsfreiheit für Gesellschaften in Europa“.²⁴

2. Gang der Untersuchung

In einem ersten Schritt ist nach den Motiven für eine Satzungs- oder Verwaltungsverlegung zu fragen. Sie werden deutlich, wenn man sich die Funktion der beiden Sitze auf Kollisions- und Sachrechtsebene vergegenwärtigt (unter III.). Die Motive erhellen, dass Sitzverlegungen nicht nur die Interessen der Gesellschaften als solche, sondern auch Drittinteressen – insbesondere von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern, Arbeitnehmern – berühren. Daher ist zweitens nach Schutzmechanismen für diese Bezugsgruppen zu fragen (unter IV.). In einem dritten Schritt soll schließlich geprüft werden, ob Sitzverlegungen auf Basis der *lex lata* möglich sind und inwiefern noch Mobilitätshindernisse bestehen. Sekundärrechtliche Regelungen und damit Rechtssicherheit gibt es bislang nur im Hinblick auf die *Societas Europaea* (SE)²⁵ und die grenzüberschreitende Verschmelzung²⁶; demgegenüber ist die schon lange in der Diskussion befindliche Sitzverlegungsrichtlinie²⁷ bis heute nicht verabschiedet²⁸ (unter V.). Zunächst aber soll der rechtliche Rahmen skizziert werden, der für die Unternehmensmobilität maßgeblich ist (unter II.).

II. Rechtlicher Rahmen der Unternehmensmobilität

Sitzverlegung bedeutet: Grenzüberschreitung eines Rechtsprodukts, der Gesellschaft. Sie setzt voraus, dass der Wegzugsstaat die Abwanderung toleriert

²³ *Sick*, Unternehmensmitbestimmung für ausländische Gesellschaften – Inkonsistenzen beheben!, GmbHR 2011, 1196, 1197.

²⁴ *W.-H. Roth*, „Das Wandern ist des Müllers Lust ...“: Zur Auswanderungsfreiheit für Gesellschaften in Europa, FS Heldrich, 2005, S. 973 ff.

²⁵ Art. 7, 8 SE-VO. Hierzu *Ringe*, Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft, 2006; *Schwarze/Jung*, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 54 AEUUV, Rn. 63.

²⁶ RL 2005/56/EG.

²⁷ Ausführlich hierzu *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 835 ff.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 11; *Schwarze/Jung*, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 50 AEUUV, Rn. 48.

²⁸ Vgl. zur Notwendigkeit der Sitzverlegungsrichtlinie die Erhebung der EU-Kommission: Consultation on the future of European Company Law, 20.02.–14.05. 2012.

und der Zuzugsstaat das fremde Rechtsgebilde akzeptiert. Beides ist in der historischen Perspektive alles andere als selbstverständlich.

1. Der Nationalstaat: Territorialitätsprinzip

Im Zuge der Nationalstaatenbildung galt bis ins 18. Jahrhundert anknüpfend an den vom französischen Staatsphilosophen *Jean Bodin* entwickelten Souveränitätsbegriff²⁹ primär das *Territorialitätsprinzip*.³⁰ Als einseitige Kollisionsregel führt es zur Abblockung ausländischen Rechts an der Staatsgrenze. Der einflussreiche niederländische Jurist *Ulricus Huber* formulierte als axiomata: „(1.) Die Gesetze eines jeden Reiches wirken *innerhalb* der Grenzen des nämlichen und binden *alle* seine Untertanen, nicht darüber hinaus. (2.) Als Untertanen eines Reiches sind anzusehen *alle*, die innerhalb seiner Grenzen angetroffen werden, gleich, ob sie *ständig* oder nur *auf Zeit* dort verweilen.“³¹ Unter Geltung des Territorialitätsprinzips wird der zuziehende Fremde wie ein „Untertan“ behandelt und somit den inländischen Gesetzen unterworfen. Ein Zuzug unter Beibehaltung der ausländischen Heimatrechtsform wäre hiernach nicht möglich.

Im Internationalen Gesellschaftsrecht ist die Sitztheorie eine moderne Spielart des Territorialitätsprinzips.³² Sie blockt als Schutz- und Abwehrtheorie ausländische Rechtsformen an der Grenze ab; ziehen diese gleichwohl zu, werden sie inländischem Recht unterworfen. Eine Durchmischung der *inländischen* Rechtsform-Population mit *ausländischen* Rechtsformen kann nicht stattfinden. Würde die Sitztheorie heute noch uneingeschränkt gelten, wären eine Air Berlin PLC, eine Noerr LLP oder eine Zara B.V. undenkbar. In Deutschland gilt die Sitztheorie immerhin noch für Gesellschaften aus *nicht* unions- oder völkerrechtlich privilegierten Drittstaaten, etwa der Schweiz. Verlegen solche Drittstaatengesellschaften ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, werden sie als inländische Personengesellschaft, etwa als OHG, behandelt – mit der abschreckenden Konsequenz einer persönlichen Gesellschafterhaftung für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten.³³

²⁹ *Bodin*, Six livres de la République, 1576.

³⁰ Hierzu *Gutzwiller*, Le développement historique du droit international privé, Recueil des Cours, 1929; *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl. 2004, S. 173 ff.

³¹ *Huber*, De conflictu legum, in: Praelectiones juris, abgedruckt bei *Meli*, ZIR 8 (1898), 192; Übersetzung zitiert nach *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl. 2004, S. 176 (Hervorhebung durch Verf.).

³² *Weller*, Internationales Unternehmensrecht 2010, ZGR 2010, 679, 679, 688.

³³ Näher *Weller*, Die Wechselbalgtheorie, FS Goette, 2011, S. 583 ff.

2. Die Völkergemeinschaft: *comitas*

Ab dem 19. Jahrhundert setzte eine Trendwende ein: Das Territorialitätsprinzip wurde peu à peu aufgelockert – freilich noch nicht im Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Tragender Gedanke der Auflockerung war die völkerrechtliche *comitas*³⁴, mithin das freiwillige Entgegenkommen souveräner Staaten, fremdes Recht im Inland zu akzeptieren. Insbesondere *Friedrich Carl v. Savigny* hat sich in seinem 8. Band des „System des heutigen Römischen Rechts“ (1849) gegen eine strikte Anwendung des Territorialitätsprinzips ausgesprochen. Zwar könne ein Staat, so *Savigny*, die Anwendung ausländischen Rechts im Inland streng verbieten. Dagegen spreche jedoch „die Gleichheit in der Beurtheilung der Einheimischen und Fremden, die im Ganzen und Großen durch den gemeinsamen Vortheil der Völker und der Einzelnen geboten wird. ... Diese Gleichheit muss dahin führen, dass nicht bloß in jedem einzelnen Staate der Fremde gegen den Einheimischen nicht zurückgesetzt werde (worin die gleiche Behandlung der Personen besteht), sondern dass auch die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde.“³⁵ Diese für die damaligen Verhältnisse revolutionäre Toleranz gegenüber *fremden* Rechtsinstituten, die sich kollisionsrechtlich in den Anknüpfungsmaximen der Neutralität und Allseitigkeit niederschlug, machte *Savigny* zum Begründer des modernen IPR.³⁶

Aufgelockert wurde das Territorialitätsprinzip zunächst aber nur für *natürliche* Personen im Familien- und Erbrecht.³⁷ Zum Anknüpfungspunkt erwuchs hier im Anschluss an den italienischen Staatsmann und Rechtsgelehrten *Pasquale Stanislao Mancini* (1817–1888) die Staatsangehörigkeit.³⁸ Das Abstellen auf die Staatsangehörigkeit ist Ausdruck kultureller Toleranz.³⁹ Sie hat zur Folge, dass ein Ausländer bei der Einreise nach Deutschland sein Heimatrecht „mitbringen“ kann. Ganz anders bei juristischen Personen. Deren Heimatrecht wurde von den Sitztheorie-Staaten nicht anerkannt.⁴⁰ Zum Umschwenken brachte die Sitztheorie-Staaten 150 Jahre nach *Savigny* und *Mancini* erst das Gemeinschaftsrecht.

³⁴ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band 8, 1849, S. 28 ff.

³⁵ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band 8, 1849, S. 26 f.

³⁶ *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl. 2004, S. 184 f.; *Weller*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der klassischen IPR-Dogmatik?, IPRax 2011, 429, 430 ff.

³⁷ *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988, S. 5 ff.

³⁸ *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988, S. 15 ff., 28 ff.

³⁹ *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988, S. 64 ff.

⁴⁰ Auch im Internationalen Insolvenzrecht dominierte das Territorialitätsprinzip bis zum Ende des 20. Jahrhunderts. Erst eine Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 1985 (Urt. v. 11. 07. 1985, X ZR 178/84, BGHZ 95, 256) und die EuInsVO (1999) haben es aufgelockert.

3. Die Europäische Union

Zwei Eckpfeiler der Europäischen Union fördern die Unternehmensmobilität: Erstens der „Binnenmarkt“ (Art. 2 Abs. 3 EUV) und zweitens der „Raum des Rechts“ (Art. 3 Abs. 2 AEUV).

a) Binnenmarkt

Der Binnenmarkt ist das „wirtschaftliche Herzstück der Integration“.⁴¹ Er lässt schon *per definitionem* das Territorialitätsprinzip hinter sich, handelt es sich doch um einen Raum *ohne* Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen⁴², Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist (Art. 26 Abs. 2 AEUV).

b) „Raum des Rechts“

Seit dem Vertrag von Lissabon nimmt auch der „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Art. 3 Abs. 2 EUV) eine prominente Stellung ein; er erlaubt in weitem Umfang eine Harmonisierung des IPR.⁴³ Dem „Raum des Rechts“ liegt das wechselseitige Vertrauen in die jeweils anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zugrunde, d. h. auch das Vertrauen in die Sinnhaftigkeit der Ausgestaltung *fremder* Rechtsinstitute.⁴⁴ Dieses Vertrauen äußert sich im Verfahrensrecht in der europaweiten Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen und Insolvenzverfahren⁴⁵, und im Sachrecht in der zunehmenden Akzeptanz fremder Rechtsinstitute im Inland. Diese Akzeptanz wird rechtstechnisch entweder über die Methode der Anerkennung⁴⁶ von Statusfragen und Rechtslagen erreicht, wie das EuGH-Urteil Grunkin Paul⁴⁷ im Namensrecht erhellt, oder kollisionsrechtlich auf Basis der Zwei-Stufen-Theorie⁴⁸

⁴¹ Streinz/*Pechstein*, EUV, 2. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 7.

⁴² Nach Art. 54 AEUV profitieren auch Gesellschaften als Berechtigte der Niederlassungsfreiheit vom Binnenmarkt.

⁴³ Art. 81 AEUV; hierzu W.-H. Roth, Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung, EWS 2011, 314, 316 ff.

⁴⁴ Vgl. z. B. die Erwägungsgründe 16 und 17 der EuGVO.

⁴⁵ Vgl. Art. 33 EuGVO und Art. 16 EuInsVO.

⁴⁶ Hierzu Coester-Waltjen, Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht, IPRax 2006, 392; Lagarde, Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification, RabelsZ 68 (2004), 225; Mansel, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums, RabelsZ 70 (2006), 651 ff.; Sonnenberger, Anerkennung statt Verweisung?, FS Spellenberg, 2010, S. 371 ff.

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 14. 10. 2008, Rs. C-353/06 – Grunkin Paul, Slg. 2008, I-7639.

⁴⁸ Hierzu Jayme, Rechtsvergleichung – Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne, 2000, S. 137, 143 f.; ders., Internationales Familienrecht, FS Müller-Freienfels, 1986, S. 341, 367 ff.; E. Lorenz, Die Grundsätze des deutschen internationalen Betriebsverfassungsrechts, FS Werner Lorenz, 1991, S. 441, 464 ff.

über allseitige Verweisungsnormen⁴⁹ auf erster und über die Datumtheorie⁵⁰ oder das Institut der Substitution auf zweiter Stufe.⁵¹

c) Herkunftslandprinzip

Mit dem Binnenmarkt und dem „Raum des Rechts“ werden Territorialität und *comitas* überwunden; die Akzeptanz fremden Rechts ist heute weit mehr als ein „freundliches Entgegenkommen“ unter Staaten, es ist ein *devoir strict*. Vorge-spurt wurde dieser Wandel vom EuGH in den „Jahrhundertentscheidungen“ *Dassonville*⁵² und *Cassis de Dijon*⁵³ über das aus der Warenverkehrsfreiheit abgeleitete Herkunftslandprinzip⁵⁴, welches 1995 in der *Gebhard*-Entscheidung zu einer allgemeinen Grundfreiheitendogmatik ausgebaut wurde.⁵⁵

d) Die Akzeptanz fremder Rechtsprodukte im Inland: Von der Autonomie zur Heteronomie der EU-Mitgliedstaaten

Die EU-Mitgliedstaaten haben ihre ursprüngliche Autonomie, „die Anwendung ausländischen Rechts im Inland streng [zu] verbieten“ (*Savigny*), im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten weitgehend eingebüßt.⁵⁶ An ihre Stelle ist eine Akzeptanzvorgabe durch das Unionsrecht getreten. Diese Heteronomie bedingt, dass Rechtsprodukte aus *anderen* EU-Mitgliedstaaten – bei entsprechendem kollisionsrechtlichem Anwendungsbefehl (z.B. auf Grundlage der Rom-Verordnungen oder aber der Niederlassungsfreiheit als versteckter Kollisionsnorm⁵⁷) – prinzipiell im Inland anzuerkennen sind. Ausnahmen sind lediglich aus „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ unter den Schranken-Schranken der Diskriminierungsfreiheit, Geeignetheit und Erforderlichkeit erlaubt.⁵⁸ Für *eigene* Rechtsprodukte verbleibt den Mitgliedstaaten (in den

⁴⁹ Zur IPR-Maxime der Allseitigkeit *W.-H. Roth*, Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung, EWS 2011, 314, 320f.; *Weller*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der klassischen IPR-Dogmatik?, IPRax 2011, 429, 430ff.

⁵⁰ Hierzu *Jayme*, Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen – Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie, GS Ehrenzweig, 1976, S. 35ff.

⁵¹ Vgl. zu weiteren Methoden, die der Internationalität des Sachverhalts Rechnung tragen, v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band 1, 2. Aufl. 2003, § 4, Rn. 17–27.

⁵² EuGH, Urt. v. 11.07.1974, Rs. 8–74 – *Dassonville*, Slg. 1974, 837.

⁵³ EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120–78 – *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649.

⁵⁴ Zu dessen Bedeutung für das Kollisionsrecht *W.-H. Roth*, Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung, EWS 2011, 314, 323ff.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 – *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165.

⁵⁶ Vgl. auch *W.-H. Roth*, Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung, EWS 2011, 314, 323ff.

⁵⁷ *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 53ff., 93ff.; *Thomale*, Die Gründungstheorie als versteckte Kollisionsnorm, NZG 2011, 1290ff.

⁵⁸ Auch die *kollisionsrechtlichen* Institute des *ordre public* und der Sonderanknüpfung unterliegen dieser *europarechtlichen* Schranke, EuGH, Urt. v. 23.11.1999, Rs. C-369/96 u. C-376/96 – *Arblade*, Slg. 1999, I-8453.

nicht materiell-rechtlich harmonisierten Bereichen) dagegen noch eine Regelaufhebung. Diese Abgrenzung äußert sich in Bezug auf die Unternehmensmobilität in der Differenzierung zwischen Zuzugs- und Wegzugskonstellationen⁵⁹, auf die *infra* zurückzukommen ist (unter V.2. und V.3.).

III. Motive der Sitzverlegung

1. Relokalisierung und Statutenwechsel

Eine grenzüberschreitende Sitzverlegung kann mehrere wohlfahrtssteigernde Vorteile haben: Mit ihr lässt sich nicht nur ein Unternehmensstandort angesichts sich wandelnder ökonomischer und gesellschaftspolitischer Rahmenbedingungen relokalisieren.⁶⁰ Sie ermöglicht zudem auch (mittelbar) die Wahl eines attraktiveren anwendbaren Sachrechts⁶¹, weswegen auch von „seat and law shopping“ die Rede ist.⁶² Denn Satzungs- und Verwaltungssitz sind faktensensitive und damit wandelbare Anknüpfungspunkte. Der Satzungssitz ist auf kollisions- und auf sachrechtlicher Ebene für das Gesellschaftsstatut von Bedeutung, der Verwaltungssitz für das Insolvenzstatut.⁶³

2. Verwaltungssitzverlegung

a) Rechtsformwahrung und Identitätswahrung

Im Regelfall intendieren die Parteien mit einer *isolierten* Verwaltungssitzverlegung keinen Wechsel der Rechtsform; sie wollen vielmehr die Gesellschaftsform des Heimatstaates beibehalten.⁶⁴ Man spricht daher von einer *rechtsformwährenden* Sitzverlegung. Da es sich vor und nach der Sitzverlegung um ein und dieselbe Gesellschaftsform handelt, ist die Sitzverlegung zugleich auch *identitätswährend*, was für die Fortgeltung von Vertragsverhältnissen wesentlich ist.

Die Verwaltungssitzverlegung bei gleichzeitiger Rechtsformwahrung ermöglicht die Bildung eines *europaweit agierenden Konzerns*, dessen Konzerngesell-

⁵⁹ Einen Überblick über die Rechtslage bis zur Rs. *Cartesio* gibt Schwarze/Jung, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 54 AEUV, Rn. 34 ff.

⁶⁰ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 837.

⁶¹ Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 837.

⁶² Kleiner, Le transfert du siège social en droit international privé, Revue trimestrielle de JurisClasseur 2010, 315, 339 ff.

⁶³ Der Verwaltungssitz ist ferner Anknüpfungspunkt für das objektive Vertragsstatut gemäß Art. 4 i. V. m. 19 Abs. 1 Rom I-VO.

⁶⁴ Einen Rechtsformwechsel dürften auch Drittstaatengesellschaften nicht beabsichtigen, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegen (mit der automatischen Konsequenz eines Wechsels der ausländischen in die inländische Rechtsform).

schaften ihren *Verwaltungssitz* jeweils „vor Ort“ im Staat ihrer operativen Tätigkeit einnehmen, die jedoch – und hierin liegt der „Clou“ – alle einheitlich nach *ein und demselben* Gesellschaftsstatut organisiert sind.⁶⁵ Erreicht wird diese Einheitlichkeit durch Konzentration der statutarischen Sitze aller Konzerngesellschaften an einem Ort (in der Regel dem der Konzernspitze), sinnvollerweise bei einem Registergericht mit Kompetenz und Offenheit für „internationale Gestaltungen“.

b) *Wechsel des Insolvenzstatuts*⁶⁶

(1) *Der Verwaltungssitz als Anknüpfungspunkt in der EuInsVO*

Die rechtliche Brisanz der Verwaltungssitzverlegung liegt nicht in einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts, sondern in einem Insolvenzstatutenwechsel. Nach Art. 3 und 4 EuInsVO ist der insolvenzrechtliche Anknüpfungspunkt zwar formell der Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen (sog. *centre of main interest*, COMI). Allerdings hat der EuGH in Fortführung von Eurofood⁶⁷ in den jüngst ergangenen Entscheidungen Interdil und Rastelli zum Ausdruck gebracht, dass sich der *centre of main interest* mit dem „Ort der Hauptverwaltung“ deckt.⁶⁸ Nachrangig ist dagegen der (statische) Ort der *business activity*⁶⁹, d.h. die Belegenheit der Betriebs- oder Vertriebsstätten.⁷⁰ Die mit dem Gleichlauf von COMI und Verwaltungssitz einhergehende Flexibilität nutzen viele in der Krise befindliche Gesellschaften zum *forum shopping*. Verlegt werden muss de facto nur die Geschäftsleitung, um einen Insolvenzstatutenwechsel zu bewirken.⁷¹ Die Insolvenzrechtsarbitrage⁷² wird zudem noch dadurch er-

⁶⁵ Casper/Weller, Mobilität und grenzüberschreitende Umstrukturierung der SE, NZG 2009, 681, 683.

⁶⁶ Vgl. zum Internationalen Insolvenzrecht den Überblick bei Weller, Brennpunkte des Insolvenz kollisionsrechts, FS Bernd v. Hoffmann, 2012, S. 513 ff.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 02.05.2006, Rs. C-341/04 – Eurofood, Slg. 2006, I-3813.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 20.10.2011, Rs. C-396/09 – Interdil, ZIP 2011, 2153 ff., Leitsatz 3: „Bei der Bestimmung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen einer Schuldnergesellschaft ist dem Ort der Hauptverwaltung dieser Gesellschaft, wie er anhand von objektiven und durch Dritte feststellbaren Faktoren ermittelt werden kann, der Vorzug zu geben. (...)“; EuGH, Urt. v. 15.12.2011, Rs. C-191/10 – Rastelli, ZIP 2012, 183, Rz. 32: Es sei dem „Ort der Hauptverwaltung der Gesellschaft als Zuständigkeitskriterium den Vorzug zu geben.“

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 20.10.2011, Rs. C-396/09 – Interdil, ZIP 2011, 2153 ff., Rz. 48, 51 ff.

⁷⁰ In Interdil ging es um in Italien belegene Immobilien, einen Mietvertrag über zwei Hotelkomplexe und einen Vertrag mit einem Geldinstitut (Rz. 16); diese Vermögenswerte reichten aber nicht aus, um gegenüber dem in England befindlichen Verwaltungssitz den COMI in Italien zu begründen (Rz. 48, 52 f.).

⁷¹ Weller, Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England, ZGR 2008, 835, 860 ff.

⁷² Das Streben nach dem für seine Benutzer optimalen Rechtsrahmen kann man als Rechtsarbitrage bezeichnen, V. Fleischer, Regulatory Arbitrage, University of Colorado Legal Studies Research Paper No. 10–11, 2010.

leichtert, dass es in zeitlicher Hinsicht nicht auf eine gewisse Mindestbelegensdauer des COMI in einem Staat ankommt (sog. *période suspecte*), sondern nach dem EuGH-Judikat Staubitz-Schreiber allein auf den Moment der Insolvenzantragstellung.⁷³ In Interdil stellt der EuGH nun klar, dass damit auch kurz vor Insolvenzantragstellung erfolgte Sitzverlegungen zulässig sind.⁷⁴

(2) *Motive der Insolvenzrechtsarbitrage*

Die Verwaltungssitzverlegung zum Zweck der Insolvenzrechtsarbitrage ist in Europa schon vielfach gelebte Realität. Phänomenologisch lassen sich folgende Fallgruppen ausmachen:

(a) *Firmenbestattungen im Ausland*

Für Firmenbestattungen im Ausland wird insbesondere Spanien als Destination bevorzugt.⁷⁵ Den Gesellschaftern kommt es dabei neben der faktischen Verschleierung der Vermögensverhältnisse auf die Erschwerung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung durch den Insolvenzstatutenwechsel an. Problematisch sind etwa die Auswirkungen des Insolvenzstatutenwechsels auf insolvenzrechtliche Haftungsansprüche, z. B. aus Insolvenzverschleppung, die bereits *vor* der COMI-Verlegung im Wegzugsstaat begründet wurden.⁷⁶ Prozessual können Anfechtungsklagen in Bezug auf gläubigerbenachteiligende Vermögensverschiebungen nach der EuGH-Entscheidung Seagon *.l. Deko Marty Belgium*⁷⁷ grundsätzlich nicht mehr im Heimatstaat, wo die Vermögensverschiebung stattgefunden hat, geltend gemacht werden, sondern müssen in Konsequenz der *vis attractiva concursus*⁷⁸ im Zuzugsstaat erhoben werden, was de facto und de iure den Gesellschaftern zugute kommt.⁷⁹ Entsprechendes gilt

⁷³ EuGH, Urt. v. 17.01.2006, Rs. C-1/04, Slg. 2006, I-701 – Staubitz-Schreiber, Rz. 29.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 20.10.2011, Rs. C-396/09 – Interdil, ZIP 2011, 2153ff., Rz. 54: Es sei „auf den letzten Ort abzustellen (...), an dem sich dieser Mittelpunkt befindet.“ Rz. 55: „(...) für die Bestimmung des zuständigen Gerichts [kommt] es grundsätzlich darauf an (...), wo sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens befunden hat.“ Rz. 56: „Wird (...) der satzungsmäßige Sitz verlegt, bevor ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt wird, wird daher nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO vermutet, dass sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen am neuen satzungsmäßigen Sitz befindet (...).“ (Hervorhebung durch Verf.).

⁷⁵ Hierzu Oelschlegel, Die transnationale GmbH-Bestattung, 2010; Weller, GmbH-Bestattung im Ausland, ZIP 2009, 2029ff.

⁷⁶ Vgl. Weller, Die intertemporale Behandlung der Insolvenzverschleppungshaftung beim Insolvenzstatutenwechsel, FS Ganter, 2010, S. 439ff.

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 12.02.2009, C-339/07, NJW 2009, 2189 – Seagon *.l. Deko Marty Belgium*.

⁷⁸ Näher Willemer, *Vis attractiva concursus* und die EuInsVO, 2006, S. 9ff.

⁷⁹ Der COMI/Verwaltungssitz ist nicht nur als Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit des Insolvenzgerichts von Bedeutung; er bildet vielmehr auch den Anknüp-

für Klagen auf Rückerstattung eigenkapitalersetzender Darlehen gemäß § 32b GmbHG a.F.⁸⁰, sowie für Klagen gegen den Geschäftsführer aus § 64 S. 1 GmbHG auf Ersatz von Zahlungen, die der Geschäftsführer im Insolvenzstadium geleistet hat⁸¹, schließlich auch für Klagen aus Existenzvernichtungshaftung⁸².

(b) *Unternehmenssanierung im Ausland*

Für Sanierungen im Ausland erscheint insbesondere das englische Insolvenzrecht attraktiv.⁸³ Dieses hält mit dem *Scheme of Arrangement*⁸⁴ ein Instrument zur kollektiven Kürzung von Forderungen vor, welches neuerdings insbesondere zur Restrukturierung großer syndizierter Kreditfinanzierungen genutzt wird, wie die aktuellen Fälle Rodenstock und Telecolumbus zeigen. Richtigerweise unterfällt das *Scheme of Arrangement* wegen seines Gesamtverfahrenscharakters nicht der durch den Zwei-Parteien-Prozess gekennzeichneten Brüssel I-VO⁸⁵, sondern der EuInsVO (str.). Will ein Unternehmen von einem *Scheme of Arrangement* profitieren, sind daher englische Rechtswahl- und Gerichtsstandvereinbarungen in den Kreditverträgen nicht ausreichend⁸⁶; vielmehr muss das Unternehmen seinen Verwaltungssitz nach England verlegen.

fungspunkt für die internationale Zuständigkeit gewisser insolvenzbezogener Erkenntnisverfahren (sog. Annexverfahren). Über die *vis attractiva concursus* werden auf diese Weise einige insolvenzbezogene Einzelverfahren in die EuInsVO mit einbezogen, für die ansonsten die EuGVO (Brüssel I-VO) gelten würde, ausführlich *Haubold*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl. 2010, Kapitel 32 (EuInsVO), Rn. 81 ff.

⁸⁰ Der BGH hat die Eigenkapitalersatzvorschriften der §§ 32a/b GmbHG jüngst insolvenzrechtlich qualifiziert, BGH, Urt. v. 21. 07. 2011, IX ZR 185/10, NJW 2011, 3784 – PIN.

⁸¹ *Haas*, Die internationale und örtliche Zuständigkeit für Klagen nach § 64 II GmbHG a. F. (bzw. § 64 S. 1 GmbHG n. F.), NZG 2010, 495, 496; a. A. OLG Karlsruhe, NZG 2010, 509.

⁸² BGH, Urt. v. 16. 07. 2007, II ZR 3/04 – Trihotel, ZIP 2007, 1552; hierzu *Weller*, Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH (Trihotel-Entscheidung), ZIP 2007, 1681 ff. Näher zur Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung MünchKommGmbHG/Weller, 2010, Einl. Int. GesR., Rn. 403 ff., 415 ff.

⁸³ *Weller*, Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England, ZGR 2008, 835 ff.

⁸⁴ Hierzu *Eidenmüller/Frobenius*, Die internationale Reichweite eines englischen Scheme of Arrangement, WM 2011, 1210; *Paulus*, Das englische Scheme of Arrangement – ein neues Angebot auf dem europäischen Markt für außergerichtliche Restrukturierungen, ZIP 2011, 1077.

⁸⁵ *A. A. Eidenmüller/Frobenius*, Die internationale Reichweite eines englischen Scheme of Arrangement, WM 2011, 1210, 1213 ff.; *Mankowski*, Anerkennung englischer Solvent Schemes of Arrangement in Deutschland, WM 2011, 1201, 1202 f.

⁸⁶ So aber konsequent *Eidenmüller/Frobenius*, Die internationale Reichweite eines englischen Scheme of Arrangement, WM 2011, 1210, 1215.

(c) Koordination bei Konzerninsolvenzen

Bei Konzerninsolvenzen erhöhen sich die Sanierungs- bzw. Befriedigungsaussichten, wenn die gesamte Gruppe einheitlich saniert wird, weil dann Verbundvorteile (z. B. ein internationales Vertriebsnetz über konzernzugehörige Tochtergesellschaften) realisiert werden können.⁸⁷ Zwar hat sich die EuInsVO gegen einen einheitlichen Konzerninsolvenzgerichtsstand entschieden, so dass pro Konzerngesellschaft ein gesondertes Insolvenzverfahren zu eröffnen ist.⁸⁸ Allerdings versucht die Praxis, alle Einzelverfahren in einem Staat zu konzentrieren.⁸⁹ Zu diesem Zweck wurde etwa im Fall der Insolvenz der PIN-Gruppe der Verwaltungssitz der PIN-Muttergesellschaft, einer in Luxemburg inkorporierten Société Anonyme (S. A.), noch vor Insolvenzantragstellung nach Köln verlegt, um die PIN-Mutter und die deutschen PIN-Tochtergesellschaften einheitlich nach inländischem Insolvenzrecht abwickeln zu können.⁹⁰ Der EuGH bringt in der Rastelli-Entscheidung zum Ausdruck, dass er diese Praxis toleriert, sofern sich der Verwaltungssitz der Tochtergesellschaft tatsächlich im selben Staat befindet wie derjenige der Muttergesellschaft.⁹¹

1. Satzungssitzverlegung

a) Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel

Anders als im Fall einer Verwaltungssitzverlegung geht mit einer Satzungssitzverlegung zwingend ein Wechsel des Gesellschaftsstatuts und damit der Rechtsform einher⁹², weshalb sie auch als grenzüberschreitender Rechtsformwechsel bezeichnet wird.

⁸⁷ K. Schmidt, Ein gesetzlicher „Konzerngerichtsstand“ im Insolvenzrecht, FS Ganter, 2010, 351 ff.

⁸⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 15. 12. 2011, Rs. C-191/10 – Rastelli, ZIP 2012, 183, Rz. 14, 25: Für jeden Schuldner, der eine rechtlich selbständige Einheit darstellt, ist ein gesondertes Insolvenzverfahren zu eröffnen.

⁸⁹ Zur Problematik der Konzerninsolvenzen im Rahmen der EuInsVO Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 9, Rn. 30 ff.

⁹⁰ AG Köln, Beschluss v. 19. 02. 2008, 73 IE 1/08 – PIN.

⁹¹ EuGH, Urt. v. 15. 12. 2011, Rs. C-191/10 – Rastelli, ZIP 2012, 183, Rz. 29 und 39. Auf Grundlage von Rz. 39 kann man den Eindruck gewinnen, der EuGH toleriere in Durchbrechung des Grundsatzes eines Insolvenzverfahrens pro selbständigem Schuldner (Rz. 14, 25) auch ein einheitliches Konzerninsolvenzverfahren über mehrere Schuldner, sofern deren Verwaltungssitz jeweils im selben Mitgliedstaat liegt. In der Tat regelt die EuInsVO als Kollisionsnorm nur das auf jeden Schuldner anwendbare nationale Recht. Wenn hiernach mehrere Schuldner demselben mitgliedstaatlichen Sachrecht unterliegen, kann dieses auch die (verfahrensrechtliche und materiellrechtliche) Zusammenfassung mehrerer Schuldner in einem Insolvenzverfahren vorsehen.

⁹² Kleiner, Le transfert du siège social en droit international privé, Revue trimestrielle JurisClasseur 2010, 315, 339 ff.; ähnlich Teichmann/Ptak, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus deutsch-polnischer Perspektive, RIW 2010, 817, 818: Die Satzungssitzverlegung

(1) *Sachrechtliche Bedeutung des Satzungssitzes*

Der durch die Satzungssitzverlegung bedingte Gesellschaftsstatutenwechsel hat indes nichts mit dem Streit um den richtigen Anknüpfungspunkt zwischen Gründungs- und Sitztheorie zu tun, sondern findet seine Erklärung auf Ebene des Sachrechts.⁹³ So koppeln die Rechtsordnungen aller EU-Mitgliedstaaten die Entstehung ihrer eigenen Rechtsformen an die Voraussetzung eines inländischen Satzungssitzes.⁹⁴ Wer eine GmbH nach deutschem Recht gründen will, hat nach § 4a GmbHG im Gesellschaftsvertrag zwingend einen Satzungssitz im Inland zu wählen.⁹⁵ Dieser determiniert nicht nur die für die Registertragung notwendige Handelsregisterzuständigkeit (§ 7 Abs. 1 GmbHG)⁹⁶, sondern sichert nach Art. 22 Nr. 2 EuGVO auch die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte in gesellschaftsrechtlichen Binnenstreitigkeiten, etwa in Beschlussmängelverfahren.⁹⁷ Vergleichbar verlangen Art. 123–1 Code de commerce⁹⁸ sowie der UK Companies Act 2006⁹⁹, dass französische und britische Gesellschaften ihren „siège“ bzw. „registered office“ in Frankreich respektive dem Vereinigten Königreich haben. Eine deutsche GmbH mit Satzungssitz in London ist hiernach genauso ausgeschlossen wie eine englische Limited mit registered office in Berlin. Der Satzungssitz ist mithin die notwendige Brücke

führe in allen ersichtlichen Rechtsordnungen zum Ende der Anwendbarkeit des eigenen Gesellschaftsrechts.

⁹³ *Kleiner*, Le transfert du siège social en droit international privé, *Revue trimestrielle JurisClasseur* 2010, 315, 320.

⁹⁴ *Kleiner*, Le transfert du siège social en droit international privé, *Revue trimestrielle JurisClasseur* 2010, 315, 320 ff.; vgl. auch Art. 60 Abs. 2 EuGVO: „Im Falle des Vereinigten Königreichs und Irlands ist unter dem Ausdruck ‚satzungsmäßiger Sitz‘ das registered office oder, wenn ein solches nirgendwo besteht, der place of incorporation (Ort der Erlangung der Rechtsfähigkeit) oder, wenn ein solcher nirgendwo besteht, der Ort, nach dessen Recht die formation (Gründung) erfolgt ist, zu verstehen.“

⁹⁵ So auch die Rechtslage vor der Änderung des § 4a GmbHG durch das MoMiG im Jahr 2008, vgl. BayObLG v. 11. 02. 2004, 3Z BR 175/03, DStR 2004, 1224.

⁹⁶ Vgl. auch BayObLG v. 11. 02. 2004, 3Z BR 175/03, DStR 2004, 1224.

⁹⁷ Zwar spricht Art. 22 Nr. 2 EuGVO nur vom „Sitz“ und verweist zur Konkretisierung auf das autonome IPR des Forums; allerdings wird dieses im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit für zugezogene EU-Gesellschaften durch die ihr entspringende Gründungstheorie verdrängt, vgl. BGH, Urt. v. 12. 07. 2011, II ZR 28/10, NJW 2011, 3372; *Thomale*, Die Gründungstheorie als versteckte Kollisionsnorm, NZG 2011, 1290 ff.

⁹⁸ Hierzu *Kleiner*, Le transfert du siège social en droit international privé, *Revue trimestrielle JurisClasseur* 2010, 315, 324; ausführlich *Menjucq*, Les évolutions du rattachement des sociétés en droit français, in: *Menjuc/Fages* (Hrsg.), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, 2010, S. 121 ff.

⁹⁹ Section 9 Companies Act 2006 [Registration documents]: (1) The memorandum of association must be delivered to the registrar together with an application for registration of the company, the documents required by this section and a statement of compliance. (2) The application for registration must state – (a) the company’s proposed name, (b) whether the company’s registered office is to be situated in England and Wales (or in Wales), in Scotland or in Northern Ireland (...).

zwischen dem materiellen Gesellschaftsrecht und seiner registerrechtlichen und prozessualen Realisierung durch Gerichte *derselben* Jurisdiktion.¹⁰⁰

(2) Motive der Gesellschaftsrechtsarbitrage

Den Akteuren einer Satzungssitzverlegung geht es um Vorteile, die das Gesellschaftsstatut des Ziellandes verspricht. Solche Vorteile mögen attraktivere Corporate Governance-Strukturen sein, etwa ein monistisches Führungssystem, welches Gesellschaftern als nicht-geschäftsführende board-directors einen größeren Einfluss verschafft als in einem Aufsichtsrat. Vorteile kann auch die Haftungsstruktur versprechen, die etwa in einer englischen Limited Liability Partnership (LLP) umfassender ist als in einer deutschen Partnerschaftsgesellschaft.¹⁰¹ Schließlich kann eine Satzungssitzverlegung momentan *de facto* zur Umgehung der *deutschen* Unternehmensmitbestimmung genutzt werden¹⁰², ist jene doch gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren mit der Konsequenz, dass sie auf Gesellschaften mit *ausländischem* Gesellschaftsstatut keine Anwendung findet.¹⁰³ So sagt man den Unternehmen Air Berlin, Zara und H&M nach, die Anwendung des MitbestG 1976 bzw. des Drittelbeteiligungsgesetzes durch Wahl einer ausländischen Rechtsform aushebeln zu wollen.¹⁰⁴

a) Identitätswahrung

(1) Kontinuitätsprinzip

Der Charme eines grenzüberschreitenden Rechtsformwechsels qua Satzungssitzverlegung ist seine identitätswahrende Wirkung.¹⁰⁵ Vergleichbar einem rein innerstaatlichen Rechtsformwechsel handelt es sich vor und nach der Transaktion jeweils um denselben Rechtsträger; nur dessen Rechtskleid, die Gesellschaftsform, ändert sich.¹⁰⁶ Identitätswahrung zeichnet sich laut EuGH dadurch aus, dass es gerade *nicht* zu einer „Auflösung der ursprünglichen juristischen

¹⁰⁰ Näher ausdifferenzierend *Kleiner*, Le transfert du siège social en droit international privé, Revue trimestrielle JurisClasseur 2010, 315, 327 ff.

¹⁰¹ Näher *Weller/Kienle*, Die Anwalts-LLP in Deutschland, DStR 2005, 1060 ff. (Teil 1) und 1102 ff. (Teil 2). In Deutschland sollen die Haftungsrisiken *de lege ferenda* zugunsten der Freien Berufe nun ebenfalls weiter verringert werden, vgl. den Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums v. 03.02. 2012 zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB).

¹⁰² Ausführlich *Weller*, Unternehmensmitbestimmung für Auslandsgesellschaften, FS Hommelhoff, 2012, 1275 ff.

¹⁰³ Entgegen der h. M. wäre m. E. bereits *de lege lata* eine Sonderanknüpfung denkbar; allerdings wird diese in der Praxis aus unterschiedlichen Gründen momentan nicht durchgesetzt, MünchKommGmbHG/*Weller*, 2010, Einleitung Int. GesR., Rn. 426 ff., 474 ff.

¹⁰⁴ *Sick*, Unternehmensmitbestimmung für ausländische Gesellschaften – Inkonsistenzen beheben! GmbHR 2011, 1196 ff.

¹⁰⁵ *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 835.

¹⁰⁶ Vgl. § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG.

Person und zur Schaffung einer neuen juristischen Person“ kommt.¹⁰⁷ In der Literatur ist vom Kontinuitätsprinzip die Rede.¹⁰⁸ Aufgrund der Identitätswahrung bedarf es keiner Überleitung von Vertragsverhältnissen durch aufwendige (dreiseitige) Vertragsübernahmen (vgl. §§ 414 ff. BGB). Im Grundsatz bedarf es ferner – vorbehaltlich strengerer Vorschriften des Gesellschaftsstatuts des Ziellandes – auch keiner erneuten Kapitalaufbringung, keiner Neubestellung der Organe (Amtskontinuität¹⁰⁹) und keiner neuen Satzung.¹¹⁰

(2) Abgrenzung zur grenzüberschreitenden Verschmelzung

In der Identitätswahrung liegt auch der Unterschied zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, die seit 2005 auf Grundlage der Verschmelzungsrichtlinie¹¹¹ möglich ist, §§ 122a ff. UmwG. Wird eine inländische auf eine ausländische Gesellschaft verschmolzen, erreicht man damit zwar auch eine ausländische Rechtsform als Endergebnis; allerdings handelt es sich bei ihr nicht um denselben ursprünglichen, sondern um einen neuen Rechtsträger. Auch wenn man mit der Technik der Gesamtrechtsnachfolge¹¹² zu weitgehend funktionsäquivalenten Resultaten wie mit dem Identitätsprinzip gelangt, so gibt es doch Ausnahmen, in denen an den Rechtsträgerwechsel nachteilige Konsequenzen geknüpft werden.¹¹³ Nicht erfasst von der Gesamtrechtsnachfolge werden beispielsweise nach deutschem Sachrecht unternehmensbezogene öffentlich-rechtliche Konzessionen, etwa eine Rundfunklizenz oder gewisse Betriebs- und Gewerbe genehmigungen.¹¹⁴ Vertragspartnern kann bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung mit dem neuen Partner ein Kündigungsrecht erwachsen; ferner können rechtsträgerwechselbedingte Kündigungsrechte in Anlehnung an *change of control*-Klauseln vereinbart werden. Schließlich gibt es Fälle, in denen das Steuerrecht den verschmelzungsbedingten Rechtsträgerwechsel anders behandelt als den identitätswahrenden Rechtsformwechsel durch Satzungssitzverlegung: Einer Verschmelzung kann etwa die Grunderwerbssteuer entgegenstehen, die anfällt, wenn zum Vermögen der übertragenden Gesellschaft Immobilien gehören; vermeiden ließe sich die Grunderwerbssteuer dagegen durch einen identitätswahrenden Rechtsformwechsel.¹¹⁵

¹⁰⁷ EuGH, Urt. v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06, NJW 2009, 569 ff. – Cartesio, Rz. 117 (obiter dictum). Vgl. auch Ringe, Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft, 2006, S. 147.

¹⁰⁸ Spindler/Stilz/Casper, AktG, 2007, Art. 8 SE-VO, Rn. 23.

¹⁰⁹ Vgl. § 203 UmwG.

¹¹⁰ Spindler/Stilz/Casper, AktG, 2007, Art. 8 SE-VO, Rn. 23.

¹¹¹ RL 2005/56/EG.

¹¹² Vgl. Art. 14 Abs. 1 (a) RL 2005/56/EG sowie § 122a Abs. 2 i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG.

¹¹³ Näher Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 20, Rn. 12 ff.

¹¹⁴ Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 20, Rn. 71.

¹¹⁵ Gem. § 1 Abs. 1 Nr. 3 Grunderwerbsteuergesetz fällt beim Eigentumsübergang an

Kurzum: Trotz der *de lege lata* schon bestehenden Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung (§§ 122a ff. UmwG) ist aus Sicht vieler Wirtschaftsakteure eine weitere Mobilitätsoption in Gestalt der Satzungssitzverlegung ein Desiderat.¹¹⁶

IV. Schutzmechanismen zugunsten der stakeholder

Sitzverlegungen gehen, wie gesehen, mit einem Statutenwechsel einher. Bei einer Satzungssitzverlegung kommt es zu einem Wechsel des anwendbaren Gesellschaftsrechts, bei einer Verwaltungssitzverlegung zu einem Wechsel des Insolvenzrechts. Aus Sicht der *stakeholder* eines Unternehmens – Gläubiger, Arbeitnehmer, die Öffentliche Hand, aber auch Minderheitsgesellschafter – können Sitzverlegungen also mit negativen Externalitäten verbunden sein. Vor diesem Hintergrund ist nach potentiellen Schutzmechanismen zu fragen.¹¹⁷

1. Minderheitsgesellschafter

a) Satzungssitzverlegung

Da die Satzungssitzverlegung mit einem Gesellschaftsstatutenwechsel einhergeht, sollte ein Instrument des Vermögensschutzes zugunsten der Minderheitsgesellschafter vorgesehen werden, die nicht in der neuen Auslandsrechtsform

einem Grundstück Grunderwerbssteuer an. Ist eine Gesellschaft Eigentümerin eines Grundstücks, wird daher bei einem Rechtsträgerwechsel auf Grund des Eigentumsübergangs vom alten zum neuen Rechtsträger Grunderwerbssteuer fällig, vgl. Boruttau/Fischer, GrEStG, 17. Aufl. 2011, § 1 Rn. 11. Die Steuerpflicht tritt bei einem identitätswahrenden Formwechsel nicht ein, da kein in § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG vorausgesetzter Rechtsträgerwechsel erfolgt, Boruttau/Fischer, a.a.O., Rn. 60. Die Unterscheidung bzgl. der Besteuerung zwischen einem Rechtsträgerwechsel (bei einer übertragenden Umwandlung) und einem identitätswahrenden Formwechsel war eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, die von der h.M. für zulässig erachtet wird, Boruttau/Fischer, GrEStG, a.a.O., Rn. 546 f.

¹¹⁶ Arbeitskreis Europ. Unternehmensrecht, Thesen zum Erlass einer Sitzverlegungsrichtlinie, NZG 2011, 98 (Thesen 1 und 2); Teichmann/Ptak, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus deutsch-polnischer Sicht, RIW 2010, 817, 819; Wicke, Mobilität europäischer Kapitalgesellschaften am Vorabend der 14. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie über die grenzüberschreitende Sitzverlegung, GPR 2010, 238, 240 ff.; Zimmer/Naendrup, Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, 545, 549; Frobenius, „Cartesio“: Partielle Wegzugsfreiheit für Gesellschaften in Europa, DStR 2009, 487, 491 (letzterer hält indes ein einheitliches Gesellschaftskollisionsrecht und eine europäische geschlossene Kapitalgesellschaft für noch dringlicher).

¹¹⁷ Vgl. auch Arbeitskreis Europ. Unternehmensrecht, Thesen zum Erlass einer Sitzverlegungsrichtlinie, NZG 2011, 98 (Thesen 3 und 12); Lutter/Bayer/J. Schmidt, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 60 ff.; Wicke, Mobilität europäischer Kapitalgesellschaften am Vorabend der 14. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie über die grenzüberschreitende Sitzverlegung, GPR 2010, 238, 240.

verbleiben wollen. Man kann sich dabei an der Regelung zum Barabfindungsangebot in der SE orientieren (Art. 8 Abs. 5 SE-VO i. V. m. § 12 SEAG).¹¹⁸

b) Verwaltungssitzverlegung

Demgegenüber kommt es bei einer bloßen Verwaltungssitzverlegung weder zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts, noch zu einem Wechsel des Gerichtsstands der Gesellschaft, besteht dieser doch am unveränderten Satzungssitz fort, Art. 22 Nr. 2, 60 EuGVO; insofern sind die Minderheitsgesellschafter nicht schutzbedürftig.

2. Gläubiger

a) Satzungssitzverlegung

In Bezug auf Gläubiger kann eine Satzungssitzverlegung zu einem weniger strengen Kapitalschutz- und Organhaftungsregime führen. Dies rechtfertigt eine Regelung, wonach die Gläubiger Sicherheit verlangen können, wenn durch die Sitzverlegung ihre Forderungen gefährdet werden.¹¹⁹ Des Weiteren sollte man für Altforderungen den ursprünglichen Inlandsgerichtsstand über eine Sitzfiktion entsprechend Art. 8 Abs. 16 SE-VO¹²⁰ konservieren.

b) Verwaltungssitzverlegung

Bei einer bloßen Verwaltungssitzverlegung sollten die Gläubiger allerdings keine Sicherheit verlangen können.¹²¹ Zwar geht diese mit einem Wechsel des Insolvenzstatuts sowie mit einer Verlagerung des Gesellschaftsvermögens ins Ausland einher, was zu einer faktischen Erschwerung der Forderungsdurchsetzung führen kann.¹²² Allerdings kennt die EuInsVO eine Reihe von Schutzmechanismen, um dies auszugleichen, neben Sonderanknüpfungen (Art. 5–15 EuInsVO) insbesondere Sekundärinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 2 und Art. 28 ff. EuInsVO) im Wegzugsstaat.¹²³

Im Hinblick auf die materiellrechtliche Ausformung und prozessuale Durchsetzung der Gläubigerforderungen ändert sich durch die Verwaltungssitzverle-

¹¹⁸ Ringe, Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft, 2006, S. 117 ff.; Teichmann/Ptak, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus deutsch-polnischer Perspektive, RIW 2010, 817, 820: § 122a ff. UmwG analog anzuwenden.

¹¹⁹ Vgl. z. B. Art. 8 Abs. 7 SE-VO i. V. m. § 13 SEAG; Spindler/Stilz/Casper, AktG, 2007, Art. 8 SE-VO, Rn. 14 ff.

¹²⁰ Hierzu Spindler/Stilz/Casper, AktG, 2007, Art. 8 SE-VO, Rn. 15.

¹²¹ Vgl. bereits Casper/Weller, Mobilität und grenzüberschreitende Umstrukturierung der SE, NZG 2009, 681, 686.

¹²² Ringe, Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft, 2006, S. 122 ff., 129 ff.; Manz/Mayer/Schröder/Schröder, SE-Kommentar, 2005, Art. 8 SE-VO, Rn. 78.

¹²³ Weller, GmbH-Bestattung im Ausland, ZIP 2009, 2029, 2034 ff.

gung nichts.¹²⁴ Sie führt weder zu einem Wechsel des Forderungsstatuts¹²⁵, noch zu einem Wechsel des Gerichtsstands; die Gesellschaft kann nach wie vor im Inland verklagt werden, denn als ihr Wohnsitz gilt nach Art. 60 Abs. 1 (a) EuGVO auch der Ort ihres satzungsmäßigen Sitzes.

Einen Inlandsgerichtsstand gibt es auch für die Zwangsvollstreckung¹²⁶, da sich in der Zwangsvollstreckung die internationale Zuständigkeit regelmäßig nach dem Wohnsitz des Schuldners (= Satzungssitz der Gesellschaft) richtet, Art. 39 Abs. 2 EuGVO. Freilich steht eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung im Inland unter dem *praktischen* Vorbehalt, dass sich noch Vermögenswerte im Inland befinden. In Ermangelung dessen muss der Gläubiger im Ausland vollstrecken, was für ihn de facto mit einem höheren Aufwand verbunden ist.¹²⁷ Dieser höhere Aufwand findet indes *normativ* im europäischen „Raum des Rechts“¹²⁸ keinen Widerhall, so dass auch insofern keine Schutzmechanismen angezeigt sind.¹²⁹ Der EuGH betrachtet die EU-Mitgliedstaaten in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht aufgrund der Art. 32 ff., 38 ff. EuGVO als „ein einheitliches Ganzes“ und wendet sich dementsprechend gegen das Argument, eine Vollstreckung sei im europäischen Ausland schwieriger zu realisieren als im Inland.¹³⁰

3. Unternehmensmitbestimmung

Eine *Satzungssitzverlegung* (aus Deutschland hinaus) kann wegen des damit einhergehenden Wechsels des Gesellschaftsstatuts die (deutsche) Unternehmensmitbestimmung aushebeln. Auf *europäischer* Ebene bietet sich für die geplante Sitzverlegungsrichtlinie die Übernahme des der Societas Europaea (SE) oder der Verschmelzungsrichtlinie zugrunde liegenden Zweiklangs aus Verhandlungs- und Auffanglösung an.¹³¹

¹²⁴ Ringe, Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft, 2006, S. 122.

¹²⁵ Das IPR stellt im Hinblick auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts auf den Zeitpunkt der Forderungsbegründung ab, Manz/Mayer/Schröder/Schröder, SE-Kommentar, 2005, Art. 8 SE-VO, Rn. 22, 77.

¹²⁶ Manz/Mayer/Schröder/Schröder, SE-Kommentar, 2005, Art. 8 SE-VO, Rn. 135 ff.

¹²⁷ Z.B. aufgrund sprachlicher und geografischer Barrieren sowie unterschiedlicher Verfahrensrechte.

¹²⁸ In Bezug auf Drittstaaten kann eine grenzüberschreitende Vermögensverlagerung indes einen Arrestgrund und damit eine Gefährdung der Forderungsrealisierung darstellen, vgl. § 917 Abs. 2 ZPO.

¹²⁹ Vgl. zu einer ähnlichen Überlegung in Bezug auf die SE-Sitzverlegung bereits Casper/Weller, Mobilität und grenzüberschreitende Umstrukturierung der SE, NZG 2009, 681, 685.

¹³⁰ EuGH, Urt. v. 10. 02. 1994, C-398/92 – Mund & Fester, NJW 1994, 1271, Rz. 18 f.

¹³¹ Arbeitskreis Europ. Unternehmensrecht, Thesen zum Erlass einer Sitzverlegungsrichtlinie, NZG 2011, 98 (These 12). Nach Teichmann/Ptak, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus deutsch-polnischer Perspektive, RIW 2010, 817, 820 wären Verhandlungen nach dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) zu führen.

Solange keine europaweit harmonisierte Lösung gefunden ist, könnte auf nationaler Ebene ein Mitbestimmungserstreckungsgesetz verabschiedet werden, das das MitbestG 1976 und das DrittelbeteiligungsG via Sonderanknüpfung auf Auslandsgesellschaften mit *Verwaltungssitz* in Deutschland erstreckt.¹³²

V. Möglichkeiten der Sitzverlegung de lege lata

Abschließend sollen die Sitzverlegungsoptionen auf Basis der *lex lata* ausgelotet werden.¹³³

1. Kumulative Prüfung gemäß Wegzugs- und Zuzugsstatut

a) Kombinationslehre

Für grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge gilt im Anschluss an *Beitzke* eine besondere Kollisionsregel in Gestalt der sog. Kombinationslehre¹³⁴: Die beiden von dem Umwandlungsvorgang involvierten Gesellschaftsstatute sind kumulativ bezüglich Zulässigkeit, Voraussetzungen und Verfahren zu befragen.¹³⁵ Eine Sitzverlegung als Sonderform der Umwandlung in Gestalt eines grenzüberschreitenden Rechtsformwechsels setzt hiernach die Akzeptanz der Grenzüberschreitung sowohl durch den Wegzugs- als auch durch den Zuzugsstaat voraus.¹³⁶ Dieses Kumulationsprinzip ist international verbreitet¹³⁷ und beispielsweise in der Schweiz¹³⁸, Belgien¹³⁹, Italien¹⁴⁰ und Polen¹⁴¹ sogar ausdrücklich kodifiziert. Konsequenterweise wurde auch im europäischen Sekundärrecht die Kombinationslehre aufgegriffen; sie liegt etwa der grenzüberschreitenden Verschmelzungsrichtlinie¹⁴², den Bestimmungen über die Sitzverlegung

¹³² Zu den kollisions- und europarechtlichen Implikationen *Weller*, Unternehmensmitbestimmung für Auslandsgesellschaften, FS Hommelhoff, 2012, 1275 ff.

¹³³ Siehe hierzu auch *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 45 ff.

¹³⁴ *Beitzke*, Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion, FS Hallstein, 1966, S. 14 ff.

¹³⁵ *NomosKommBGB/Hoffmann*, 2. Aufl. 2012, Anhang Art. 12 EGBGB, Rn. 187.

¹³⁶ *Kleiner*, Le transfert du siège social en droit international privé, *Revue trimestrielle JurisClasseur* 2010, 315, 323 ff.

¹³⁷ Für Frankreich siehe *Kleiner*, Le transfert du siège social en droit international privé, *Revue trimestrielle JurisClasseur* 2010, 315, 324.

¹³⁸ Art. 161 schw. IPRG: „Eine ausländische Gesellschaft kann sich *ohne Liquidation und Neugründung* dem schweizerischen Recht unterstellen, wenn das *ausländische Recht* es gestattet, die Gesellschaft die Voraussetzungen des ausländischen Rechts erfüllt *und* die Anpassung an eine *schweizerische Rechtsform* möglich ist.“ (Hervorhebung durch Verf.).

¹³⁹ Art. 112 Code belge de droit international privé.

¹⁴⁰ Art. 25 Abs. 3 ital. IPRG.

¹⁴¹ Art. 19.1. poln. IPRG, übersetzt von *Wowerka*, IPRax 2011, 609 ff.

¹⁴² RL 2005/56/EG v. 25. 11. 2005, Erwägungsgrund Nr. 3: „Um grenzüberschreitende

in der SE¹⁴³ sowie dem bislang nicht verabschiedeten Vorentwurf einer Sitzverlegungsrichtlinie¹⁴⁴ zugrunde.

Illustrieren lässt sich die Kombinationslehre an einer Entscheidung des BayObLG aus dem Jahr 2004¹⁴⁵: Die Gesellschafterversammlung einer GmbH hatte die Verlegung sowohl ihres Satzungs- als auch ihres Verwaltungssitzes von Deutschland nach Portugal beschlossen. Das portugiesische Recht erlaubte den Zuzug. Nach dem Kumulationsprinzip reichte dies jedoch nicht; vielmehr hätte auch das deutsche Recht den Wegzug gestatten müssen. Dies war jedoch nicht der Fall. Das UmwG kennt bislang nur einen innerstaatlichen, jedoch keinen grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel; daher hat das BayObLG die Eintragung des Verlegungsbeschlusses in das deutsche Handelsregister abgelehnt; stattdessen hat es den Verlegungsbeschluss als Auflösungsbeschluss gewertet.

b) Legitimation der Kombinationslehre: *lex temporis actus*

Die kumulative Prüfung der Sitzverlegungsvoraussetzungen auf Grundlage des Wegzugs- und des Zuzugsstatuts lässt sich legitimieren, wenn man sich den iterativen Tatbestand der Sitzverlegung und die dafür geltenden Prinzipien des Intertemporalen Rechts¹⁴⁶ vergegenwärtigt. Das Intertemporale Recht löst Konflikte, die aus dem zeitlichen *Nacheinander* von Rechtsnormen resultieren¹⁴⁷, insbesondere auch das Verhältnis von in- und ausländischen Normen im Fall eines Statutenwechsels.¹⁴⁸ Sein Leitprinzip ist das der *lex temporis actus*.¹⁴⁹ Es fordert die Gleichzeitigkeit von zu beurteilendem Vorgang und anwendbarem Recht als Bewertungsmaßstab. Dies führt im Fall eines Statutenwechsels zu einer zeitlich gespaltenen Anknüpfung: Das neue Recht gilt *ex nunc* ab Eintritt der Wechselvoraussetzungen.¹⁵⁰ Der vorherige Zeitraum untersteht weiterhin dem alten Statut.¹⁵¹ Rechte, die nach dem alten Statut erworben wurden,

Verschmelzungen zu erleichtern, sollte vorgesehen werden, dass *für jede* an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligte Gesellschaft und jeden beteiligten Dritten weiterhin die Vorschriften und Formalitäten des innerstaatlichen Rechts gelten, das im Falle einer innerstaatlichen Verschmelzung anwendbar wäre, sofern diese Richtlinie nichts anderes bestimmt.“ Siehe ferner Art. 4 Abs. 1 (b) sowie Art. 7 ff. der RL.

¹⁴³ Art. 8 SE-VO.

¹⁴⁴ Hierzu *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 835 ff., 849 ff.

¹⁴⁵ BayObLG v. 11.02. 2004, 3Z BR 175/03, DStR 2004, 1224; hierzu *Weller*, Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften, DStR 2004, 1218 ff.

¹⁴⁶ Grundlegend *Hess*, Intertemporales Privatrecht, 1998.

¹⁴⁷ v. *Bar/Mankowski*, IPR, Band 1, 2. Aufl. 2003, § 4, Rn. 171.

¹⁴⁸ v. *Bar/Mankowski*, IPR, Band 1, 2. Aufl. 2003, § 4, Rn. 171.

¹⁴⁹ *Hess*, Intertemporales Privatrecht, 1998, S. 366 f.

¹⁵⁰ MünchKommBGB/*Sonnenberger*, 5. Aufl. 2010, Einl. Rn. 678, 680; v. *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 5, Rn. 102.

¹⁵¹ v. *Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 5, Rn. 102.

werden durch das neue Statut nicht rückwirkend genommen.¹⁵² Aus den intertemporalen Prinzipien folgt, dass das Wegzugsstatut nicht nur die Voraussetzungen bestimmt, unter denen einer Gesellschaft die Rechtsfähigkeit verliehen wird; es bestimmt umgekehrt auch die Voraussetzungen, unter denen die Gesellschaft wieder aus ihrem Einflussbereich „entlassen“ wird. Dies soll nachfolgend für die Verwaltungs- und für die Satzungssitzverlegung näher beleuchtet werden.

2. Verwaltungssitzverlegung

a) Zuzugsperspektive: Akzeptanz fremder Gesellschaften (Überseering)

Die Vorgaben des Unionsrechts in Zuzugskonstellationen sind relativ klar: Nach Centros, Überseering und Inspire Art sind ausländische Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz verlegen, im Zuzugsstaat *als solche* anzuerkennen. Dies entspricht nicht nur dem Binnenmarktgedanken der „Barrierefreiheit“, sondern auch dem „Raum des Rechts“-Gedanken des Vertrauens in die fremden Rechtsprodukte der anderen Mitgliedstaaten. Die Entscheidungstrilogie lässt sich rechtskonstruktiv insofern „übersetzen“, als man die Niederlassungsfreiheit als versteckte primärrechtliche Kollisionsregel in Gestalt der Gründungstheorie interpretiert.¹⁵³

b) Wegzugsperspektive

(1) Gesellschaftsrechtliche Wegzugsbeschränkungen (Cartesio)

Offene Fragen bestehen dagegen noch für Wegzugskonstellationen. Dies liegt zum einen an der europarechtlichen Zulässigkeit der sog. Inländerdiskriminierung¹⁵⁴, vor allem aber am ambivalenten Charakter von Gesellschaften, die bis heute zwischen rechtlicher Fiktion und realem Verband oszillieren.¹⁵⁵ Der EuGH folgt in *Daily Mail* und *Cartesio* offenbar der Fiktionstheorie, wenn er meint, dass jeder Mitgliedstaat autonom über die Existenzbedingungen seiner eigenen Gesellschaften entscheiden könne.¹⁵⁶ Aus Sicht des Unionsrechts sei es

¹⁵² v. Bar/Mankowski, IPR, Band 1, § 4, Rn. 171 ff., 175.

¹⁵³ Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 53 ff., 93 ff.; Thomale, Die Gründungstheorie als versteckte Kollisionsnorm, NZG 2011, 1290 ff.; in diese Richtung tendierend auch W.-H. Roth, Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung, EWS 2011, 314, 324; a. A. MünchKommBGB/Kindler, 5. Aufl. 2010, Int. Handels- und GesR, Rn. 119 ff., 136 ff.

¹⁵⁴ Hierzu Streinz, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 810 f., 813.

¹⁵⁵ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 II 2.-4., S. 187 ff.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 1104.

¹⁵⁶ EuGH, Urt. v. 27.09.1988, Rs. 81/87 – *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483; EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, NJW 2009, 569 ff. – *Cartesio*, Rz. 104, 110; von MünchKommBGB/Kindler, 5. Aufl. 2010, Int. Handels- und GesR, Rn. 131 sind die IPR-Unterschiede und unter-

nach Art. 54 AEUV¹⁵⁷ (Art. 48 EGV a.F.) eine dem nationalen Recht überantwortete „Vorfrage“, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gesellschaft existiere¹⁵⁸, also ob überhaupt der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist.¹⁵⁹ Daher sei ein Staat befugt, „einer nach seiner Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft Beschränkungen hinsichtlich der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes aus seinem Hoheitsgebiet aufzuerlegen (...)“.¹⁶⁰ Ein Mitgliedstaat kann hiernach beispielsweise für seine eigenen Gesellschaften eine Koppelung von Verwaltungs- und Satzungssitz anordnen¹⁶¹, wie es etwa in Ungarn oder nach Art. 7 SE-VO der Fall ist.

Eine solche Sitzkoppelung wurde in Deutschland durch das MoMiG 2008 aufgegeben. Nunmehr gestatten die § 4a GmbHG und § 5 AktG deutschen GmbHs und Aktiengesellschaften die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland.¹⁶² Für deutsche Gesellschaften ist damit die Möglichkeit der rechtsformwahren Verwaltungssitzverlegung in Europa als wesentliches Element der Unternehmensmobilität gesichert.

(2) Nicht-gesellschaftsrechtliche Wegzugsbeschränkungen (National Grid Indus)

Nicht alle Wegzugsbeschränkungen sind europarechtskonform, wie der EuGH in der Rechtssache „National Grid Indus BV“¹⁶³ hervorgehoben hat. Eine niederländische B. V. hatte ihren Verwaltungssitz von den Niederlanden nach England verlegt; dieser Sitztransfer war gesellschaftskollisions- und sachrechtlich nach niederländischem und englischem Recht wirksam.¹⁶⁴ Allerdings wollte der niederländische Fiskus anlässlich der Verwaltungssitzverlegung einen noch nicht realisierten Wertzuwachs im Vermögen der Gesellschaft besteuern, der aus der wechselkursbedingten Wertsteigerung einer bislang nicht eingezogenen

schiedlichen Regelung der Sitzverlegung in den Mitgliedstaaten in der *Cartesio*-Entscheidung als „niederlassungsfreiheitsresistent“ eingestuft worden.

¹⁵⁷ Vgl. den Wortlaut „die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften.“ (Hervorhebung durch Verf.).

¹⁵⁸ EuGH, Urt. v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06, NJW 2009, 569ff. – *Cartesio*, Rz. 109.

¹⁵⁹ *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 40; *Zimmer/Naendrup*, Das *Cartesio*-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, 545, 546.

¹⁶⁰ EuGH, Urt. v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06, NJW 2009, 569ff. – *Cartesio*, Rz. 107 sowie 110.

¹⁶¹ *Casper/Weller*, Mobilität und grenzüberschreitende Umstrukturierung der SE, NZG 2009, 681, 682f.; vgl. auch MünchKommBGB/*Kindler*, 5. Aufl. 2010, Int. Handels- und GesR, Rn. 133; nach *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 54 können die Mitgliedstaaten ihre Gesellschaften „einmauern“.

¹⁶² MünchKommGmbHG/*Weller*, 2010, Einl. Int. GesR, Rn. 379ff.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 56.

¹⁶³ EuGH, Urt. v. 29. 11. 2011, Rs. C-371/10 – National Grid Indus BV.

¹⁶⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 29. 11. 2011, Rs. C-371/10 – National Grid Indus BV, Rz. 28.

Forderung der Gesellschaft resultierte.¹⁶⁵ Der EuGH bekräftigt zunächst seine Aussagen aus *Cartesio* zur Zulässigkeit von Wegzugshindernissen¹⁶⁶, zugleich betont er jedoch im 1. Leitsatz, dass sich „eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, ohne dass die Verlegung des Sitzes ihre Eigenschaft als Gesellschaft nach dem Recht des ersten Mitgliedstaats berührt, (...) auf Art. 49 AEUV berufen [kann], um die Rechtmäßigkeit einer ihr von dem ersten Mitgliedstaat anlässlich dieser Sitzverlegung auferlegten Steuer in Frage zu stellen.“¹⁶⁷ Dieses Urteil ist bemerkenswert, hätte man doch die steuerliche Belastung als bloßes *Minus* zu einer *Cartesio*-konformen (!) Auflösung und Liquidation der Gesellschaft ansehen können mit der Folge, dass sie *erst recht* mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sein müsste.¹⁶⁸ Diese Argumentation lässt der EuGH jedoch nicht gelten, wohl konsequent aus Sicht des Art. 54 AEUV, dessen Wortlaut – „*die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften*“ – sich offenbar auf genuin gesellschaftsrechtliche Gründungsvoraussetzungen bezieht. Art. 54 AEUV hat mithin nur die Regelungsautonomie des Staates im Hinblick auf *gesellschaftsrechtliche* Entstehungsvoraussetzungen einer Rechtsperson zum Gegenstand, er immunisiert jedoch keine *außerhalb* des Gesellschaftsrechts herrührenden Beschränkungen, etwa aus dem Bereich des Steuer- oder Umweltrechts. Daraus kann man folgern, dass alle *nicht* gesellschaftsrechtlichen Wegzugsbeschränkungen an der Niederlassungsfreiheit zu messen sind mit der Konsequenz, dass sie den vierstufigen Rechtfertigungstest der *Cassis*-Formel bestehen müssen. Eine Wegzugssteuer ist damit nicht per se europarechtswidrig, wie der EuGH betont¹⁶⁹, muss aber die Schranken-Schranken der Geeignetheit und Erforderlichkeit passieren.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Näher zum Sachverhalt EuGH, Urt. v. 29. 11. 2011, Rs. C-371/10 – National Grid Indus BV, Rz. 10ff.

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 29. 11. 2011, Rs. C-371/10 – National Grid Indus BV, Rz. 26f.

¹⁶⁷ EuGH, Urt. v. 29. 11. 2011, Rs. C-371/10 – National Grid Indus BV, 1. Leitsatz sowie Rz. 33.

¹⁶⁸ Ähnlich der Prozessvortrag einiger EU-Mitgliedstaaten, vgl. EuGH, Urt. v. 29. 11. 2011, Rs. C-371/10 – National Grid Indus BV, Rz. 29.

¹⁶⁹ EuGH, Urt. v. 29. 11. 2011, Rs. C-371/10 – National Grid Indus BV, Rz. 62: „Insoweit ist zu beachten, dass der Vertrag einer unter Art. 54 AEUV fallenden Gesellschaft *nicht* garantiert, dass die Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat *steuerneutral* ist.“ (Hervorhebung durch Verf.).

¹⁷⁰ In *National Grid Indus* ließ sich die niederländische Wegzugssteuer nach der *Cassis*-Formel (nur) teilweise rechtfertigen, EuGH, Urt. v. 29. 11. 2011, Rs. C-371/10 – National Grid Indus BV, Rz. 42 ff., 64 (gerechtfertigt), 85 (unverhältnismäßig).

3. Satzungssitzverlegung

Zur Verlegung des Satzungssitzes hat sich der EuGH in jüngerer Zeit zunächst in seiner *Cartesio*-¹⁷¹ und in jüngster Zeit in seiner *Vale*-Entscheidung¹⁷² geäußert. *Obiter* meinte der EuGH im Urteil *Cartesio* (dessen Sachverhalt eine Verwaltungsverlegung betrifft) zunächst, es stelle eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn der Wegzugsstaat die von einer Gesellschaft intendierte Satzungssitzverlegung von deren vorheriger Auflösung und Liquidation abhängig mache.¹⁷³ Diese Beschränkung, so der EuGH weiter, sei verboten, es sei denn, sie entspreche zwingenden Gründen des Allgemeininteresses.¹⁷⁴ In der Rechtssache *Vale* bewertet der EuGH nun solche nationalen Regelungen, die Umwandlungen für nationale Rechtsformen, nicht aber für andere Unions-Gesellschaftsformen vorsehen, als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit auf Grund einer unzulässigen Ausländer-Diskriminierung.¹⁷⁵

a) Zuzugsperspektive

Eine Regelung für den grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel existiert bisher nur in Portugal (Art. 3 Código das Sociedades Comerciais).¹⁷⁶ Die im *obiter dictum* in *Cartesio* noch offen gelassene Frage, ob alle EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer „Hereinwandlung“ durch Rechtsformwechsel („Herein-formwechsel“¹⁷⁷) für zuziehende Auslandsgesellschaften vorsehen müssten, was z. B. in Frankreich und Deutschland nach dem geltenden Gesetzeswortlaut nicht der Fall ist, wurde in der Rechtssache *Vale* nun dahingehend entschieden, dass in Fällen, in denen das nationale Recht den Umwandlungstyp des Rechtsformwechsels für seine eigenen Gesellschaften vorsieht, dies auch für EU-Auslandsgesellschaften gelten muss.¹⁷⁸ Diese Lösung ist konsequent angesichts der

¹⁷¹ EuGH, Urt. v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06 – *Cartesio*, NJW 2009, 569.

¹⁷² EuGH, Urt. v. 12. 07. 2012, Rs. C-378/10 – *Vale*, NZG 2012, 871; s. schon oben Fn. 15.

¹⁷³ EuGH, Urt. v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06 – *Cartesio*, NJW 2009, 569, 572, Rz. 111 ff.

¹⁷⁴ EuGH, Urt. v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06 – *Cartesio*, NJW 2009, 569, 572, Rz. 113.

¹⁷⁵ EuGH, Urt. v. 12. 07. 2012, Rs. C-378/10 – *Vale*, NZG 2012, 871, vgl. Leitsatz 1; *Weller*, LMK 2012, 336113.

¹⁷⁶ Deutsche Übersetzung bei *Jayme*, IPrax 1987, 47: „Die Gesellschaft, welche ihren effektiven Sitz nach Portugal verlegt, behält ihre Rechtspersönlichkeit bei, wenn das Recht, das sie regelt, damit einverstanden ist; sie muss aber ihren jeweiligen Gesellschaftsvertrag dem portugiesischen Recht anpassen“. Auf das Einverständnis des Wegzugsstaats dürfte es nach der *Cartesio*-Entscheidung aber nicht mehr ankommen, *Leible/Hoffmann*, *Cartesio* – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, BB 2009, 58, 60. Art. 3 CSC ist ferner insofern missverständlich, als es für den grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel nur auf den Satzungssitz ankommt. *Zusätzlich* kann das portugiesische Recht gemäß der *Cartesio*-Entscheidung des EuGH für seine Gesellschaften verlangen, dass der Verwaltungssitz im Inland liegt.

¹⁷⁷ *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 69.

¹⁷⁸ EuGH, Urt. v. 12. 07. 2012, Rs. C-378/10 – *Vale*, NZG 2012, 871, vgl. Leitsatz 1; *Weller*, LMK 2012, 336113; in diesem Sinne auch schon vor dem Erlass dieses Urteils *Frobenius*, „Car-

Sevic-Entscheidung¹⁷⁹ zur „Hereinverschmelzung“, die bereits Entsprechendes besagte. Bis zu einer Neuregelung wird man in Deutschland die Vorschriften der §§ 190 ff. über den Rechtsformwechsel im UmwG¹⁸⁰ in europarechtskonformer Auslegung entsprechend auf zuziehende Auslandsgesellschaften anzuwenden haben.¹⁸¹

b) Wegzugsperspektive

In Bezug auf den Wegzugsstaat („Herausformwechsel“¹⁸²) wird man den EuGH dahin verstehen können, dass dieser die Beteiligung an einem grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel jedenfalls dann nicht untersagen darf, wenn der Aufnahmestaat eine formwechselnde „Hineinumwandlung“ vorsieht¹⁸³, welches nach *Vale* als grundsätzliche Zulassung eines Rechtsformwechsels, sei es auch nur für Inlandsfälle, in den Zuzugsmitgliedstaat zu legen ist. Vor diesem Hintergrund hätte die supra (unter V. 1.a) geschilderte Entscheidung des BayObLG (2004)¹⁸⁴ zur Satzungssitzverlegung von Deutschland nach Portugal in der Zeit nach *Cartesio* (2008) anders ausfallen müssen, da Portugal die Hineinumwandlung kennt.

tesio“: Partielle Wegzugsfreiheit für Gesellschaften in Europa, DStR 2009, 487, 490 f.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 64; *Teichmann/Ptak*, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus deutsch-polnischer Perspektive, RIW 2010, 817, 819: Bereits nach der damals aktuellen Rechtslage dürfe ein Zuzugsstaat, der innerstaatlich den Rechtsformwechsel seiner Gesellschaften zuließe, diese Möglichkeit ausländischen Gesellschaften nicht grundlos versagen.

¹⁷⁹ EuGH, Urt. v. 13. 12. 2005, Rs. C-411/03 *Sevic*, Slg. 2005, I-10805; hierzu *Schwarze/Jung*, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 54 AEUV, Rn. 49 f.; sowie kritisch *MünchKommBGB/Kindler*, 5. Aufl. 2010, Int. Handels- und GesR, Rn. 126 f.

¹⁸⁰ Vgl. hierzu *Zimmer/Naendrup*, Das *Cartesio*-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, 545, 549.

¹⁸¹ *Casper/Weller*, Mobilität und grenzüberschreitende Umstrukturierung der SE, NZG 2009, 681, 685 f.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 69: europarechtskonforme Auslegung des § 1 I UmwG, entsprechende Anwendung der §§ 190 ff. UmwG und partielle Analogie zu Art. 8 SE-VO, §§ 12 ff. SEAG, 122a ff. UmwG; *Zimmer/Naendrup*, Das *Cartesio*-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, 545, 549.

¹⁸² *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 66.

¹⁸³ *Frobenius*, „*Cartesio*“: Partielle Wegzugsfreiheit für Gesellschaften in Europa, DStR 2009, 487, 488; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 66; *Zimmer/Naendrup*, Das *Cartesio*-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, 545, 547 f. bejahen einen Anspruch auf identitätswahrenden Wegzug, auch wenn keine Vorschriften im Zielland bestehen, solange die Gesellschaft bereit ist, sich in eine Personengesellschaft des Ziellandes umzuwandeln; für eine Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft müsse nach dem nationalen Recht des Zielstaats jedoch eine Umwandlungsmöglichkeit eröffnet sein. Eine entsprechende Ergänzung des UmwG fordernd *Leible/Hoffmann*, *Cartesio* – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, BB 2009, 58, 62 f.

¹⁸⁴ BayObLG, Beschl. v. 11. 02. 2004, 3Z BR 175/03, DStR 2004, 1224.

Problematisch ist freilich, dass die deutsche GmbH im Fall einer Umwandlung in eine Auslandsrechtsform im deutschen Handelsregister „ausgetragen“ werden müsste, schon allein aus Verkehrsschutzgründen, vertraut doch der Rechtsverkehr auf die Existenz der (noch) im Handelsregister eingetragenen deutschen Rechtsform, vgl. § 15 HGB. Das Wegzugsstatut, das die Voraussetzungen bestimmt, unter denen einer Gesellschaft die Rechtsfähigkeit verliehen wird, muss umgekehrt auch die Voraussetzungen regeln, unter denen die Gesellschaft wieder aus seinem Einflussbereich „entlassen“ und daher im Register „gelöscht“ wird. Wenn eine Gesellschaft erst durch Handelsregistereintragung entsteht (vgl. z. B. §§ 11 Abs. 2, 13 GmbHG), bedarf es für ihr Ausscheiden aus der Rechtsordnung gleichsam eines „*actus contrarius*“, dessen Voraussetzungen – etwa eine vorrangige Gläubigerbefriedigung (vgl. §§ 70, 72 f. GmbHG) – das Wegzugsstatut bestimmen kann. Das deutsche Recht kennt als *actus contrarius* momentan die Löschung nach einem Liquidationsverfahren (§ 74 Abs. 1 GmbHG) sowie im Fall einer masselosen Insolvenz (§ 394 Abs. 1 S. 2 FamFG), ferner die Eintragung eines Umwandlungstatbestandes auf Grundlage des UmwG, aus dem „das Ende“ einer Rechtsform (zugunsten einer neuen Rechtsform) hervorgeht. Das UmwG kennt *de lege lata* zwar eine „Austragung“ der deutschen Gesellschaft aus dem Handelsregister im Fall einer Verschmelzung auf eine Auslandsgesellschaft (§ 122 k UmwG), nicht jedoch in Bezug auf die Satzungssitzverlegung.

Im Lichte des Beschränkungs- und Diskriminierungsverbotes der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) wird man indes die §§ 201 f. UmwG zum nationalen Rechtsformwechsel auf die grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung analog anzuwenden haben.¹⁸⁵ Dabei ist dem Registergericht zuzubilligen, die Eintragung der Satzungssitzverlegung analog §§ 192 ff., 204, 22 UmwG von einer vorherigen Bescheinigung über die Sicherung der Gläubiger und der Minderheitsgesellschafter abhängig zu machen, da anderenfalls nicht unerhebliche Schutzlücken drohen.¹⁸⁶ Diese Sicherungsmaßnahmen würden zwar erneut Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit darstellen; sie ließen sich jedoch im Einklang mit *Cartesio* aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses rechtfertigen.¹⁸⁷

¹⁸⁵ In diese Richtung auch *Frobenius*, „*Cartesio*“: Partielle Wegzugsfreiheit für Gesellschaften in Europa, DStR 2009, 487, 489. *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 67, schlagen eine gesetzliche Regelung orientiert am spanischen Gesetz über strukturelle Änderungen von Handelsgesellschaften, Ley 3/2009 de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, BOE 82 v. 04. 04. 2009, vor. Bis dahin – so *Lutter/Bayer/J. Schmidt* – sollten die §§ 1 I, 190 ff. UmwG entsprechend angewandt werden, wobei die transnationalen Besonderheiten durch eine partielle Analogie zu Art. 8 SE-VO, §§ 12 ff. SEAG und §§ 122 a ff. UmwG berücksichtigt werden sollten.

¹⁸⁶ *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, EuropUR, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 67.

¹⁸⁷ EuGH, Urt. v. 16. 12. 2008, Rs. C-210/06 – *Cartesio*, NJW 2009, 569, Rz. 113.

VI. Zusammenfassung in Thesen

(1.) Die Mobilität von Gesellschaften gilt als Essenz des Binnenmarktes. Sie äußert sich durch Sitzverlegungen. Dabei ist zwischen Verwaltungs- und Satzungssitzverlegungen zu unterscheiden.

(2.) Selbstverständlich ist die Unternehmensmobilität nicht. Unter dem bis zum 18. Jahrhundert vorherrschenden Territorialitätsprinzip wird fremdes Recht im Inland nicht anerkannt. Einen Paradigmenwechsel bringt erst *Savigny* mit den allseitigen Kollisionsnormen. Den Staaten steht es nach *Savigny* allerdings frei, ihr jeweiliges IPR autonom auszugestalten; lediglich die völkerrechtliche *comitas* streitet dafür, ausländisches und inländisches Recht als gleichwertig zu erachten und damit das IPR neutral zu konzipieren.

(3.) Im Anschluss an *Mancini* bildet sich auf Basis der *comitas* für natürliche Personen die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungspunkt im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht heraus mit der Folge, dass eine Person ihr Heimatrecht bei Überschreiten der Staatsgrenze „mit sich trägt“.

(4.) Für juristische Personen und Gesellschaften dominiert in Deutschland dagegen bis Ende des 20. Jahrhunderts die Sitztheorie als Spielart des Territorialitätsprinzips. Sie gilt heute immerhin noch für Gesellschaften aus *nicht* (unions- oder völkerrechtlich) privilegierten Drittstaaten. Sofern diese ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegen, werden sie im Inland nicht anerkannt, sondern als inländische Personengesellschaft behandelt (sog. Wechselbalgtheorie).

(5.) 150 Jahre nach *Savigny* und *Mancini* wird das Territorialitätsprinzip im Internationalen Gesellschaftsrecht schließlich durch das Gemeinschafts-/Unionsrecht mit seinen beiden Eckpfeilern Binnenmarkt und „Raum des Rechts“ überwunden. Die Mitgliedstaaten verlieren weitgehend ihre Regelungsautonomie im IPR, an die Stelle der *comitas* tritt ein *devoir strict*. Über den Binnenmarkt und seine Grundfreiheiten profitieren Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten vom Herkunftslandprinzip und vom Marktzugangsbeschränkungsverbot. Gleichwohl sind noch zahlreiche Fragen zur Sitzverlegung – insbesondere zu ihrem Verfahren und zum Schutz Dritter – ungeklärt.

(6.) Motive für Sitzverlegungen sind neben einer ökonomisch oder gesellschaftspolitisch sinnvollen Relokalisierung des Unternehmensstandorts häufig *rechtsarbiträre* Überlegungen mit Blick auf einen Wechsel des Gesellschafts- oder Insolvenzstatuts.

(7.) Eine *Verwaltungssitzverlegung* lässt die Rechtsform und die Identität der Gesellschaft unberührt. Mit ihr können die Parteien eine europaweit einheitliche gesellschaftsrechtliche Konzernstruktur etablieren. Darüber können sie ein insolvenzrechtliches forum shopping betreiben.

(8.) Eine *Verwaltungssitzverlegung* führt regelmäßig zu einem Insolvenzstatutenwechsel, deckt sich doch der Anknüpfungspunkt der EuInsVO, der Mit-

telpunkt der hauptsächlichen Interessen, normalerweise mit dem Verwaltungssitz (*Interedil*). Beobachten lässt sich eine Insolvenzrechtsarbitrage in so unterschiedlichen Fällen wie Firmenbestattungen, Unternehmenssanierungen oder Konzerninsolvenzen.

(9.) Eine *Satzungssitzverlegung* bewirkt zwingend einen Wechsel des Gesellschaftsstatuts (grenzüberschreitender Rechtsformwechsel), da der statutarische Sitz in allen EU-Mitgliedstaaten auf Sachrechtsebene die notwendige Brücke zwischen Gründungsrecht und dessen verfahrensmäßiger Realisierung ist. Motive der Gesellschaftsrechtsarbitrage können in der Umgehung der Unternehmensmitbestimmung oder attraktiveren Corporate Governance-Strukturen (monistisches System) liegen.

(10.) Die *Satzungssitzverlegung* erfolgt identitätswahrend; dies sichert die Fortgeltung aller bestehenden Rechtsverhältnisse. In der Identitätswahrung unterscheidet sich die *Satzungssitzverlegung* von der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Deren Technik der Gesamtrechtsnachfolge gelangt nicht immer zu funktionsäquivalenten Ergebnissen; namentlich wenn Immobilien zum Gesellschaftsvermögen gehören, kann eine Verschmelzung aufgrund der anfallenden Grunderwerbssteuer (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG) unattraktiv werden.

(11.) *Sitzverlegungen* gehen mit negativen Externalitäten einher, die Schutzmechanismen für *stakeholder* notwendig machen.

(a) Schutzwürdig sind die Minderheitsgesellschafter bei der *Satzungssitzverlegung*, nicht jedoch bei der *Verwaltungssitzverlegung*.

(b) Entsprechendes gilt für die Gläubiger. Dass die Forderungsrealisierung bei einer *Verwaltungssitzverlegung* aufgrund des mit ihr einhergehenden Vermögenstransfers ins Ausland mitunter erschwert sein kann, ist im europäischen „Raum des Rechts“ (Brüssel I-VO) normativ irrelevant (*Mund & Fester*).

(c) Die Unternehmensmitbestimmung könnte im Fall der *Satzungssitzverlegung* durch eine Verhandlungslösung oder eine Sonderanknüpfung sichergestellt werden.

(12.) *Sitzverlegungen* setzen nach der Kombinationslehre sowohl deren Akzeptanz durch den Wegzugs- als auch durch den Zuzugsstaat voraus. Diese kumulative Anknüpfung lässt sich angesichts des iterativen Charakters einer *Sitzverlegung* intertemporal mit der Maxime der *lex temporis actus* rechtfertigen.

(13.) Die rechtsformwahrende *Verwaltungssitzverlegung* ist *de lege lata* wie folgt zu beurteilen:

(a) Im Fall einer *Verwaltungssitzverlegung* sind EU-Auslandsgesellschaften im *Zuzugsstaat* als solche anzuerkennen (*Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*); die EuGH-Trilogie ist methodisch dahin zu interpretieren, dass die Niederlassungsfreiheit eine versteckte Kollisionsregel in Gestalt der Gründungstheorie enthält (str.).

(b) Der *Wegzugsstaat* ist dagegen frei darin, *gesellschaftsrechtliche* Wegzugs Hindernisse für seine Rechtsformen zu errichten, da Existenz und Fortgeltung

einer Gesellschaft dem autonomen nationalen Recht unterliegende Vorfragen sind (*Cartesio*). Legitimieren lassen sich die Wegzugshindernisse aufgrund der Besonderheit von juristischen Personen (Fiktionstheorie), die in Art. 54 AEUV normativ ihren Niederschlag gefunden haben. An der Niederlassungsfreiheit zu messen sind dagegen *nicht*-gesellschaftsrechtliche Wegzugshindernisse, etwa „Wegzugssteuern“ (*National Grid Indus*), da diese keine Vorfragen im Sinne des Art. 54 AEUV sind.

(c) Eine deutsche GmbH bzw. AG kann ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen; die §§ 4a GmbHG, 5 AktG sehen seit dem MoMiG (2008) nur noch vor, dass der Satzungssitz im Inland liegen muss. Für deutsche Kapitalgesellschaften ist damit die Möglichkeit der rechtsformwahrenden Verwaltungssitzverlegung in Europa als wesentliches Element der Unternehmensmobilität gesichert.

(14.) Weniger eindeutig präsentiert sich demgegenüber die Frage, ob *de lege lata* eine rechtsformwechselnde, aber identitätswahrende *Satzungssitzverlegung* möglich ist:

(a) Eine Satzungssitzverlegung kann vom *Wegzugsstaat* nicht durch Auflösung und Liquidation sanktioniert werden (*Cartesio* – obiter dictum). Die dem Wegzugsstaat über Art. 54 AEUV eingeräumte Vorfragenautonomie (Fiktionstheorie) endet, wenn es der Gesellschaft gerade darum geht, die Heimatrechtsform durch eine Auslandsrechtsform zu ersetzen. Allerdings wird der Wegzugsstaat die Satzungssitzverlegung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses davon abhängig machen können, dass zuvor dem Schutzbedürfnis der Minderheitsgesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer Rechnung getragen wurde (*Cassis, Gebhard, Cartesio*).

(b) Der *Zuzugsstaat* muss die Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Rechtsformwechsels schaffen, sofern er einen innerstaatlichen Rechtsformwechsel ermöglicht (*Vale*). Die diesbezüglichen Regeln sind europarechtskonform auszulegen und auf Auslandsgesellschaften zu erstrecken, da andernfalls eine Diskriminierung vorläge.

(c) In Deutschland sind daher die §§ 192 ff. UmwG europarechtskonform so auszulegen, dass eine Satzungssitzverlegung sowohl *aus* als auch *nach* Deutschland möglich ist. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit wäre *de lege ferenda* freilich eine Ergänzung des UmwG um die grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung wünschenswert.