

Guido A.Jestädt

# **Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht**



**Nomos**

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>19</b>
<b>Einleitung</b>	<b>25</b>
<b>Ziel und Gang der Untersuchung</b>	<b>29</b>
<b>Erstes Kapitel: Gesellschaftskollisionsrecht und EU-Recht</b>	<b>31</b>
<b>§ 1: Gesellschaftsstatut</b>	<b>31</b>
<b>§ 2: Gesellschaftskollisionsrecht in Deutschland</b>	<b>32</b>
A. Entwicklungsgeschichte und gesellschaftspolitischer Hintergrund	33
B. Bestimmung der Rechts- und Parteifähigkeit	35
C. Kritik an der Sitztheorie	36
I. Mobilitätsfeindlichkeit (Zuzugsfälle)	37
1. Auslandsgesellschaft als nationale Kapitalgesellschaft	37
2. Auslandsgesellschaft als nationale Personengesellschaft	39
II. Mobilitätsfeindlichkeit (Wegzugsfälle)	41
III. Weitere Kritikpunkte	42
D. Bewertung	<b>44</b>
<b>§ 3: Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das Gesellschaftskollisionsrecht</b>	<b>45</b>
A. Kollisionsrechtliche Vorgaben des Primärrechts	46
B. Kollisionsrechtliche Vorgaben des Sekundärrechts	48
<b>Zweites Kapitel: Die Bedeutung des <i>Überseering</i>-Urteils</b>	<b>51</b>
<b>§ 4: Die <i>Überseering</i>-Entscheidung des EuGH</b>	<b>51</b>
A. Vorlagebeschluss und Tenor	52
B. Wesentliche Aussagen der <i>Überseering</i> -Entscheidung	52
I. Personeller Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit	53
II. Sachlicher Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit	54
1. Art. 293 und 44 Abs. 2 lit. g EG kein Rechtssetzungsvorbehalt	56
2. Differenzierung in Zu- und Wegzugsfälle	57
III. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	58

<b>§ 5: Zuzugsfälle (Anerkennung)</b>	59
A. Bewertung der Aussagen des EuGH	60
I. Reichweite der Niederlassungsfreiheit	60
1. <i>Daily Mail</i>	61
2. Verwaltungssitzverlegung und Anerkennung	63
II. Niederlassungsfreiheit setzt Anerkennung von Gesellschaften voraus	64
1. Personeller Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit	64
2. Anerkennung als Voraussetzung von Niederlassungsfreiheit	65
3. Revolution oder Altbekanntes?	66
a) <i>Kommission/Frankreich</i>	66
b) <i>Segers</i>	67
c) <i>Daily Mail</i>	68
d) <i>Centros</i>	69
e) Stellungnahme	69
III. Art. 293 Spiegelstr. 3 1. Fall EG kein Rechtssetzungsvorbehalt	71
1. Meinungsstand in der Literatur	71
2. Bedeutung von Art. 293 EG in der Rechtsprechung des EuGH	73
B. Folge: Das nationale IPR ist nicht „niederlassungsfreiheitsresistent“	75
I. Art. 48 Abs. 1 EG (erste Voraussetzung)	75
1. Gesamtnormverweisung	76
a) Rangkollisionsrechtliche Verweisung	76
b) International-privatrechtliche Gesamtnormverweisung	78
2. Sachnormverweisung	79
3. <i>Überseering</i>	80
4. Bewertung: Art. 48 Abs. 1 EG (erste Voraussetzung)	81
a) Gesamtnormverweisung auf das Recht im Forumstaat	81
b) Gesamtnormverweisung auf das Recht des Gründungsstaats	81
c) Sachnormverweisung auf das Recht des Gründungsstaats	83
d) Europarecht und mitgliedstaatliches IPR	83
II. Art. 48 Abs. 1 EG (zweite Voraussetzung)	85
C. Nichtanerkennung bedeutet Negierung der Niederlassungsfreiheit	88
I. Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot	88
II. Rechtfertigung von Niederlassungsfreiheitsbeschränkungen	90
D. Gemeinschaftsrechtliches Verständnis von „Anerkennung“	92
I. Identitätsverlust führt zum Existenzverlust einer Gesellschaft	93
1. Duplizierung der Rechtspersönlichkeit	94
2. Zusammenfassung	95
3. Identität und Gesellschaftsstatut	96
a) Meinungsstand in der Literatur	96
b) Stellungnahme	98
II. Identitätsverständnis des EuGH	100
III. Bewertung	102
IV. Beurteilung im Schrifttum	103

1. Falsche Prämisse des EuGH unbeachtlich	103
2. Identitätsverständnis im Schrifttum	105
3. Stellungnahme	106
a) Gesamtbetrachtung des Urteils	107
b) Statutenwechsel löst Negierung der Niederlassungsfreiheit aus	108
V. Die C/terreen'ng-Entscheidung des BGH	109
1. Keine Vorlagepflicht	110
2. Entscheidungsgründe	111
VI. Anerkennungspflicht unter dem Vorbehalt der „Ansässigkeit“?	112
1. Ansässigkeitserfordernis im „Allgemeinen Programm“	114
2. Ansässigkeitserfordernis (Art. 43 Abs. 1 S. 2 EG)	115
VII. Anerkennung setzt Existenz voraus	116
E. Etablierung des Herkunftslandprinzips	117

### **Drittes Kapitel: Mögliche weitere Anwendungsfälle von *Überseering*** 118

<b>§ 6: Wegzugsfälle (Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit)</b>	118
A. Ohne Wegzug kein Zuzug	119
I. Einleitende Überlegungen	119
II. Sinn und Zweck der Niederlassungsfreiheit	120
B. Wegzugsfälle sind nicht „niederlassungsfreiheitsresistent“	122
I. Anwendbarkeit der Art. 43, 48 EG auf inländische Gesellschaften	123
II. Grenzüberschreitendes Element	124
1. Kein Abstellen auf die Nationalität der Gesellschaft	125
2. Verwaltungssitzverlegung ist grenzüberschreitend	126
III. Verständnis von Art. 48 Abs. 1 EG als Kollisionsnorm	128
1. Verweisung hinsichtlich Gründung und Fortexistenz	128
2. Dogmatischer Hintergrund	129
IV. Auswertung der EuGH Rechtsprechung	130
1. <i>Daily Mail</i>	130
a) Entscheidende Aussage	131
b) Fehler im Detail	131
c) Richtige Schlussfolgerung des EuGH	133
2. <i>Überseering</i>	133
a) Schleichender Rückzug	134
b) Zurück im Fahrwasser	135
V. Reichweite der Niederlassungsfreiheit	136
1. Kollisionsrechtliche Beschränkungen	137
2. Sachrechtliche Beschränkungen	138
a) Wegzugsbesteuerung de lege lata	139
b) Wegzugsbesteuerung de lege ferenda	140
VI. Schrifttum	141
VII. Reaktion der deutschen Rechtsprechung nach <i>Centros</i> und <i>Überseering</i>	143

<b>§ 7: Auswirkungen auf die 14. Sitzverlegungs-RL und die SE-VO</b>	145
A. Sitzverlegungs-RL	145
B. SE-VO	146
<b>§ 8: Anfängliche Divergenz von Verwaltungs- und Satzungssitz</b>	147
A. Anerkennung durch den Niederlassungsstaat (Zuzug)	147
I. Primäre und sekundäre Niederlassungsfreiheit	149
II. Deutsche Rechtsprechung nach <i>Überseering</i>	149
B. Gewährleistung durch den Gründungsstaat (Wegzug)	151
C. Stellungnahme	152
I. Kollisionsnorm nach Gründung europarechtswidrig	153
II. §§ 4 a GmbHG und 5 Abs. 2 AktG	153
<b>§ 9: Grenzüberschreitende Umwandlungen</b>	154
A. Rechtsformwahrende Satzungssitzverlegung	154
B. Rechtsformwechselnde Satzungssitzverlegung	156
C. Grenzüberschreitende Verschmelzung	157
<b>§ 10: Auswirkungen von <i>Überseering</i> auf die Bestimmung der lex societatis</b>	160
A. Anknüpfung der Rechtsfähigkeit	160
B. Anknüpfung der Parteifähigkeit	161
I. Kollisionsrechtlicher Blickwinkel	161
II. Europäischer Blickwinkel	162
<b>Viertes Kapitel: <i>Inspire Art</i>: Weitere Vorgaben an das Kollisionsrecht</b>	164
C. <i>Inspire Art</i> : Die Anknüpfung der lex societatis „im Übrigen“	164
I. Bestimmung der Reichweite des Gesellschaftsstatuts	165
II. Zusammenspiel gesellschaftsrechtlicher Regelungen schafft Identität	166
1. Haftungsverfassung	167
2. Durchgriffshaftung	167
III. Niederlassungsfreiheit verbietet Spaltung des Gesellschaftsstatuts	168
1. <i>Überseering</i>	169
2. <i>Inspire Art</i>	170
a) Einführung in das niederländische Recht	170
b) Sachverhalt	172
c) Vorlagefragen des Kantonengerecht Amsterdam	172
d) Die <i>Inspire Art</i> -Entscheidung des EuGH	173
aa) Anwendbarkeit der ZweigN-RL	173
bb) Nationales und europarechtliches ZweigN-Verständnis	174

cc)	Kein Zwang zur Eintragung	175
dd)	Entscheidung zur Anerkennung	176
ee)	Reichweite der Anerkennung	177
ff)	Versuch der Reichweitenbegrenzung von <i>Inspire Art</i>	179
3.	Die <i>Überseering</i> -Entscheidung des BGH	180
4.	AG Hamburg	182
IV.	Schrifttum nach <i>Überseering</i>	183
1.	Allgemeine Tendenzen im Zuge von <i>Überseering</i>	183
2.	Unterscheidung zwischen Errichtungs- und Tätigkeitsphase	185
3.	Stellungnahme	186
a)	Keine Trennbarkeit möglich	187
b)	Niederlassungsfreiheit gebietet Identitätswahrung	188
c)	Beispiel Existenzvernichtungshaftung	188
4.	Zusammenfassung	189
V.	Schrifttum nach <i>Inspire Art</i>	189
1.	Differenzierung zwischen Errichtungs- und Tätigkeitsphase	191
2.	Kritik an der Entscheidung <i>Inspire Art</i>	191
a)	Rechtsformzusatz und Gesellschaftsstatut	192
b)	Reichweite der Zweign-RL	193
VI.	Stellungnahme zur Reichweite der Anerkennungspflicht	194
1.	Kritik an der Überlagerungstheorie	195
2.	Sitztheorie erreicht konsequente Lösung	196
3.	Einfluss der Niederlassungsfreiheit	196
a)	Bedeutung für das Gesellschaftskollisionsrecht	197
b)	Stellungnahme	198
4.	Nicht-gesellschaftsrechtliche Normen	198
a)	Umgehung des Beschränkungsverbots durch „Umqualifizierung“?	198
b)	Reichweite des Beschränkungsverbots	202
c)	Übertragbarkeit der <i>üTecfc</i> -Rechtsprechung?	204
VII.	Kein Abschied vom Statutsdenken	206
1.	Vertragsstatut	206
2.	Deliktsstatut	208
a)	Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	209
b)	Deliktische Haftung und Durchgriffshaftung	210
3.	c.i.c.-Statut	211
4.	Stellungnahme	212
VIII.	Bewältigung international-privatrechtlich ausgelöster Schutzlücken	212
1.	Anwendbarkeit ausländischer Gläubigerschutzinstitute	213
2.	Rechtstatsächliche Hürden	215
3.	Bewältigung kollisionsrechtlicher Hürden	216
a)	Auftreten eines Normenmangels	217
aa)	Rechtliche Behandlung eines Normenmangels	218
bb)	Lösungsansätze in der Literatur	219
cc)	Niederlassungsrechtlich verträgliche „Angleichung“	219
dd)	Zeitpunkt der Pflichtverletzung	221
ee)	Wrongful trading	221
ff)	Insolvenzverschleppungshaftung	222

gg) Existenzvernichtungshaftung und Eigenkapitalersatz	223
hh) Rechtliche Behandlung	223
ii) Vermeidung von „Exportgesellschaftsrechten“	224
jj) Kollisionsrechtlicher Weg	225
b) Konflikt mit dem Insolvenzstatut?	226
D. Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts nationaler Gesellschaften	228
E. Konkretisierung eines geeigneten Anknüpfungspunkts	229
F. Formulierung einer Gesellschaftskollisionsnorm	230
<b>Fünftes Kapitel: Behandlung von Nicht-EU-Staaten Gesellschaften</b>	<b>232</b>
<b>§ 11: Allgemeine Erwägungen</b>	<b>232</b>
A. Status Quo	232
B. Deutsches Verfassungsrecht	234
<b>§ 12: Anerkennungspflichtung aufgrund völkerrechtlicher Verträge</b>	<b>234</b>
A. Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts von EWR Gesellschaften	235
B. Europäische Menschenrechtskonvention	236
I. Die Entscheidung der Cour de Cassation	238
1. Diskussion in der Literatur	240
2. Stellungnahme	240
ü. Konformität der Sitztheorie	242
III. Hinwendung zur Gründungstheorie	243
IV. Spaltung von Rechtsfähigkeits- und Gesellschaftsstatut	244
C. Bilaterale Abkommen	245
I. Deutsch-amerikanischer Freundschaftsvertrag	246
II. Deutsch-spanischer Niederlassungsvertrag	249
<b>§ 13: Nicht privilegierte Staaten: Rechtssicherheit um jeden Preis?</b>	<b>249</b>
A. Gläubigerschutz durch Einräumung passiver Parteifähigkeit	251
I. Rechtsträgerschaft und Rechtsfähigkeit	251
II. Anwendung von Rechtsscheinsgrundsätzen	252
III. Stellungnahme	252
B. Rechtspolitische Erwägungen	253
I. Argumente für eine Hinwendung zur Gründungstheorie	253
II. Argumente für die Beibehaltung des Status quo	254
III. Plädoyer für die Sitztheorie	255
IV. Behandlung nationaler Gesellschaften	257

<b>§ 14: Gerechtfertigte Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit</b>	258
A. Rechtfertigungsgründe	258
I. Geschriebene Rechtfertigungsgründe (Art. 46 EG)	259
II. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	261
1. Zwingende Allgemeinwohlgründe	262
a) Gesellschaftsgläubigerschutz	263
b) Möglicher Wandel in der EuGH-Rechtsprechung	264
2. Missbrauch	265
a) Missbrauch des Gemeinschaftsrechts	265
b) Dogmatische Fragen	267
c) Dienstleistungsfreiheit	268
aa) <i>TV 10</i>	268
bb) Beurteilung der Entscheidung <i>TV 10</i>	270
d) Niederlassungsfreiheit	271
aa) Einschaltung einer Kapitalgesellschaft	273
bb) <i>TV 10</i> und <i>Inspire Art</i>	273
cc) <i>Segers</i>	275
dd) Beurteilung	275
ee) Fazit	276
e) Erörterung vermeintlicher Missbrauchskonstellationen	276
aa) Ausnutzen von Schutzlücken	277
bb) Umgehung von Berufsverboten	278
cc) Existenzvernichtungshaftung als Sanktion	280
DI. Nichtdiskriminierung, Geeignetheit und Erforderlichkeit	281
1. Diskriminierung	282
2. Geeignetheit	283
3. Erforderlichkeit	284
IV. Nationaler ordre public und Europarecht	285
1. Funktionsweise von Art. 6 EGBGB	286
2. Maßstab des nationalen ordre public	288
B. Überlagerung der Unternehmensmitbestimmung	289
I. Unternehmerische Mitbestimmung und Gesellschaftsstatut	291
II. Unmittelbare Anwendung	292
ID. Analoge Anwendung	294
IV. Anwendbarkeit des MitbestG de lege ferenda	295
1. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	295
2. Rechtfertigung des Eingriffs	297
a) Mitbestimmung Teil des nationalen ordre public?	298
aa) Fragmentarischer Charakter des MitbestG	298
bb) Bestehende Gestaltungsmöglichkeiten	299
cc) Schutz der Arbeitnehmerinteressen	300
dd) MitbestG und Corporate Governance	301
ee) Konsens der Sozialpartner	302



ff) Fazit	303
b) Mitbestimmung als Allgemeinwohlgrund	304
aa) <i>Überseering</i>	304
bb) Mitbestimmung in Europa	305
3. Diskriminierung	307
4. Geeignetheit	310
a) Verwaltungssitz als Anknüpfungskriterium	310
b) Fragmentarischer Charakter des MitbestG	312
c) Corporate Governance	312
5. Erforderlichkeit	313
Verwaltungssitzverlegung nationaler Gesellschaften ins Ausland	315
1. Kollisionsrechtliche Betrachtung	315
2. Sachrechtliche Betrachtung	315
3. Geltung bei Verwaltungssitz im Ausland	316
4. Unternehmerische Mitbestimmung im Wettbewerb	317
<b>Schlussbetrachtung</b>	320
A.  Frisst die Revolution ihre Kinder?	321
I   Nationale Zurückhaltung	321
II.  Europa in der Weltwirtschaft	324
B.  Ausblick	325
<b>Literaturverzeichnis</b>	328