

# Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) Band I: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)

Band I: Systematische Darstellungen §§ 1-34 GmbHG

Bearbeitet von

Dr. Andreas Heidinger, Prof. Dr. Stefan Leible, Prof. Dr. Jessica Schmidt, Prof. Dr. Lutz Michalski, Dr. Simon Blath, Michael Dahl, Gerhard Dannecker, PD Dr. habil. Frank Ebbing, Prof. Dr. Holger Fleischer, Dr. Jan C. Giedinghagen, Dr. Marc Hermanns, Prof. Dr. Jochen Hoffmann, Dr. Doreen Kirmse, Dr. Mario Leitzen, Prof. Dr. Tobias Lenz, Prof. Dr. Jan Lieder, Frank Linnenbrink, PD Dr. Sebastian Mock, Nadja Müller, Dr. Jörg Nerlich, Volker Römermann, Prof. Dr. Wolfgang Servatius, Prof. Dr. Jochen Sigloch, Prof. Dr. Olaf Sosnitza, Dr. Joachim Tebben, Dr. Matthias Terlau, Dr. Wolfram Waldner, Dr. Hildegard Ziemons

3., neu bearbeitete Auflage 2017. Buch. 2032 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 69681 7

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > GmbH-Recht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

zugunsten ihres satzungsmäßigen Sitzes aufgestellte widerlegliche Vermutung nur entkräften, wenn objektive und für Dritte feststellbare Elemente belegen, dass in Wirklichkeit die Lage nicht derjenigen entspricht, die die Verortung am genannten satzungsmäßigen Sitz widerspiegeln soll. Dies könnte insbesondere bei einer „Briefkastenfirma“ der Fall sein, die im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem sich ihr satzungsmäßiger Sitz befindet, keine Tätigkeit ausübt. Wenn jedoch eine Gesellschaft ihrer Tätigkeit im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nachgeht, so reicht die Tatsache allein, dass ihre wirtschaftlichen Entscheidungen von einer Muttergesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat kontrolliert werden oder kontrolliert werden können, nicht aus, um die mit der Verordnung aufgestellte Vermutung zu entkräften.<sup>670</sup>

Die Regelung der **örtlichen Zuständigkeit** bleibt den mitgliedstaatlichen Rechten überlassen. Gem. § 3 Abs. 1 InsO ist dasjenige Insolvenzgericht ausschließlich örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 3 Abs. 1 S. 1 InsO). Maßgeblich sind die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Antragstellung.<sup>671</sup> Liegt der Mittelpunkt einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners an einem anderen Ort, so ist das für diesen Ort zuständige Insolvenzgericht ausschließlich zuständig (§ 3 Abs. 1 S. 2 InsO). Da die Anknüpfungen des § 3 Abs. 1 InsO von derjenigen des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO abweichen, ist denkbar, dass das deutsche Recht keine örtliche Zuständigkeit vorhält, obwohl nach der EuInsVO die deutschen Insolvenzgerichte zuständig sind. Für diesen Fall sieht Art. 102 § 1 Abs. 1 EGInsO die örtliche Zuständigkeit am Ort des Mittelpunktes der wirtschaftlichen Interessen des Schuldners vor.

Der nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO begründeten internationalen Zuständigkeit für die Durchführung eines Insolvenzverfahrens unterfallen auch **Insolvenzanfechtungsklagen** gegen einen Anfechtungsgegner, der seinen satzungsmäßigen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat; denn eine Bündelung sämtlicher sich unmittelbar aus der Insolvenz eines Unternehmens ergebender Klagen vor den Gerichten des für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zuständigen Mitgliedstaats dient der Verwirklichung der mit der EuInsVO angestrebten Ziele der Verbesserung der Effizienz und der Beschleunigung von Insolvenzverfahren.<sup>672</sup> Sind die deutschen Gerichte danach für eine Insolvenzanfechtungsklage europarechtlich international zuständig, ohne dass nach den allgemeinen deutschen Gerichtsstandsbestimmungen eine örtliche Zuständigkeit begründet wäre, ist das sachlich zuständige Streitgericht für den Sitz des eröffnenden Insolvenzgerichts ausschließlich örtlich zuständig.<sup>673</sup>

Vorbehaltlich abweichender Sonderregelungen gilt für das gesamte Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht desjenigen Mitgliedsstaates, in dem das Verfahren eröffnet wird (Art. 4 Abs. 1 EuInsVO, künftig Art. 7 Abs. 1 EuInsVO). Insolvenzstatut ist also grundsätzlich die **lex fori concursus**. Die Anknüpfung des Insolvenzstatus an das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung führt zu einem Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht.<sup>674</sup> Damit wird die schwer durchführbare Unterscheidung zwischen materiellem Insolvenzrecht und Verfahrensrecht vermieden.<sup>675</sup> Bei der

<sup>670</sup> EuGH Slg. 2006, I-3813 Rn 33 ff. – Eurofood = NZG 2006, 633 = NZI 2006, 360. Vgl. dazu zB die Bspr. von *Bachner*, ECFLR 2006, 310; *Berends*, NIPR 2006, 331; *Freitag/Leible*, RIW 2006, 641; *Hess/Laukemann*, IPRax 2007, 89; *Knof/Mock*, ZIP 2006, 911; *Mankowski*, BB 2006, 1753; *Rémery*, Rev. Soc. 2006, 371; *Saenger/Klockenbrink*, EuZW 2006, 363; *Thole*, ZEuP 2007, 1140.

<sup>671</sup> BGH ZInsO 2008, 1382.

<sup>672</sup> EuGH NJW 2009, 2189 – Seagon/Deko Marty = LMK 2009, 278572 m. Anm. *Stürmer/Kern* und Bspr. *Gundlach/Frenzel/Strandmann*, DStR 2009, 697.

<sup>673</sup> BGH NJW 2009, 2215.

<sup>674</sup> Mankowski/Müller/J. Schmidt/Müller, EuInsVO, 2016, Art. 7 Rn 3.

<sup>675</sup> Mankowski/Müller/J. Schmidt/Müller, EuInsVO, 2016, Art. 7 Rn 4; Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff/Haß/Herweg, Art. 4 EuInsVO Rn 1; *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533, 550.

von Art. 4 Abs. 1 EuInsVO ausgesprochenen Verweisung handelt es sich um eine Sachnorm- und keine Gesamtverweisung, dh Rück- oder Weiterverweisungen scheiden aus.<sup>676</sup> Dies gilt sowohl für Hauptinsolvenz- als auch für Partikularverfahren.<sup>677</sup>

189 Art. 4 Abs. 2 EuInsVO (künftig Art. 7 Abs. 2 EuInsVO) verdeutlicht den **Umfang der Verweisung** durch eine beispielhafte Aufzählung von Materien, die nach dem Recht des Eröffnungsstaates zu behandeln sind: Definition der Masse, Befugnisse des Schuldners und seines Verwalters, Auswirkungen der Verfahrenseröffnung auf laufende Verträge des Schuldners, Anmeldung, Prüfung und Feststellung der Forderungen, Verteilung von Erlösen aus der Vermögensverwertung und die Rechte der Gläubiger nach der Verfahrensbeendigung. Die einzelnen Regelungen der EuInsVO sind hier nicht darzustellen.<sup>678</sup>

190 **b) Autonomes deutsches Internationales Insolvenzrecht.** Das autonome deutsche internationale Insolvenzrecht ist in den §§ 335 bis 358 InsO geregelt. Diese wurden als neuer elfter Teil durch das „Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts“,<sup>679</sup> das am 20. März 2003 in Kraft getreten ist, in die InsO eingefügt.<sup>680</sup> Die Vorschriften ersetzen Art. 102 EGINsO aF, der das Internationale Insolvenzrecht nur sehr lückenhaft regelte.<sup>681</sup> Art. 102 §§ 1 bis 11 EGINsO enthält nunmehr Ausführungs- und Ergänzungsvorschriften zur EuInsVO.<sup>682</sup> Der Anwendungsbereich des autonomen deutschen internationalen Insolvenzrechts ist allerdings durch den Vorrang der EuInsVO stark eingeschränkt. Denn die §§ 335 ff InsO werden durch die EuInsVO verdrängt, soweit diese Sachnormen enthält, die in grenzüberschreitenden Sachverhalten abschließende Regelungen treffen.<sup>683</sup> Insoweit gilt das autonome Recht nur für grenzüberschreitende Insolvenzsachverhalte mit Bezug zu Drittstaaten und Dänemark. Zudem sind die §§ 335 ff InsO anwendbar, wenn die EuInsVO eine Regelungslücke enthält, sofern diese nicht im Zusammenhang mit den Vorschriften der Verordnung ausgefüllt werden kann.<sup>684</sup> In der Sache lehnen sich die Regelungen des autonomen deutschen Internationalen Insolvenzrechts eng an die Vorgaben der EuInsVO an. Abweichungen ergeben sich da, wo dies die gegenüber dem von den Mitgliedstaaten erfassten Regelungsbereich weniger enge Verbundenheit gebietet.<sup>685</sup>

<sup>676</sup> Virgós/Schmit, Erläuternder Bericht, Rn 87; Mankowski/Müller/J. Schmidt/Müller, EuInsVO, 2016, Art. 7 Rn 102; Huber, EuZW 2002, 490, 492; Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff/Haß/Heweg, Art. 4 EuInsVO Rn 2.

<sup>677</sup> Virgós/Schmit, Erläuternder Bericht, Rn 89; Egrd. 23; Fritz/Bähr, DZWIR 2001, 221, 226.

<sup>678</sup> Vgl. etwa die Kommentierungen von Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, Europäische Insolvenzverordnung, 2002; Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EU-Insolvenzverordnung. Kommentar zur Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO), 2005; Pannen, Europäische Insolvenzverordnung, 2007; Paulus, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl., 2013; Leonhardt/Smid/Zeuner, Internationales Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2012. Zur Neufassung Mankowski/Müller/J. Schmidt, EuInsVO, 2016.

<sup>679</sup> Gesetz vom 14. März 2003 (BGBl. 2003 I, 345).

<sup>680</sup> Dazu etwa Liersch, NZI 2003, 302; Paulus, DStR 2005, 334, 339.

<sup>681</sup> Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des internationalen Insolvenzrechts, BT-Drucks. 715/02, S. 14.

<sup>682</sup> Vgl. dazu ausführlich Ludwig, Neuregelungen des deutschen Internationalen Insolvenzverfahrensrechts, 2004, S. 23 ff.

<sup>683</sup> Mankowski/Müller/J. Schmidt/Müller, EuInsVO, 2016, Einleitung Rn 39; Braun/Tashiro, Vor §§ 335–358 Rn 17 ff; MünchKommInsO/Reinhart, Vor §§ 335 ff Rn 84; MünchKommBGB/Kindler, IntInsR, Vor §§ 335 ff InsO Rn 2.

<sup>684</sup> Mankowski/Müller/J. Schmidt/Müller, EuInsVO, 2016, Einleitung Rn 39; Hirte/Bücker/Mock/Schildt, § 17 Rn 16; MünchKommInsO/Reinhart, Vor §§ 335 ff Rn 84 f; MünchKommBGB/Kindler, IntInsR, Vor §§ 335 ff InsO Rn 2 f.

<sup>685</sup> Paulus, DStR 2005, 334, 339; vgl. dazu auch die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des internationalen Insolvenzrechts, BT-Drucks. 715/02, S. 14 f.

### E. Sitzverlegung

**Schrifttum: I. Monographien:** *Allmendinger*, Die Beschlussfassung zum grenzüberschreitenden Wegzug im Binnenmarkt, 2016; *Bechtel*, Umzug von Kapitalgesellschaften unter der Sitztheorie, 1999; *Campos Nave*, Die ertragsteuernerneutrale und identitätswahrende Sitzverlegung der GmbH in Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2009; *Chromek*, Wegzugsfreiheit von Kapitalgesellschaften im europäischen Binnenmarkt, 2009; *Dinkhoff*, Internationale Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Gesellschafts- und Steuerrechts, 2001; *Fritz*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in der EG: nach dem Überseering-Urteil des EuGH, 2004; *Frowein*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, 2001; *Jaeger*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften im MERCOSUR und im EU-Recht, 2003; *Kruse*, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG, 1997; *Lachmann*, Haftungs- und Vermögensfolgen bei Sitzverlegung ausländischer Kapitalgesellschaften ins Inland, 2000; *Mittrecker*, Grenzüberschreitende Sitzverlegungen, 2015; *Ratka*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften. Rechtslage, Judikatur, Gestaltungsmöglichkeiten, 2002; *Rhode*, Europäische Integration und Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften von und in Deutschland, 2002; *W.-H. Roth*, „Das Wandern ist des Müllers Lust ...“: Zur Auswanderungsfreiheit für Gesellschaften in Europa, FS Heldrich, 2005, S. 973; *Schlenker*, Gestaltungsmodelle einer identitätswahrenden Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften über die Grenze, 1998; *Trost*, Faktische Sitzverlegung unter Sitz- und Gründungstheorie im Vergleich. Unter besonderer Berücksichtigung ihrer gesellschafts- und zivilrechtlichen Folgewirkungen, 2003.

**II. Aufsätze:** *Bechtel*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung de lege lata, IPRax 1998, 348; *ders.*, Parteifähigkeit trotz Verlegung des Gesellschaftssitzes nach Deutschland, NZG 2001, 21; *Debatin*, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, GmbHR 1991, 164; *Dreissig*, Verlegung der Geschäftsleitung einer deutschen Kapitalgesellschaft ins Ausland, DB 2000, 893; *Heckschen*, Grenzüberschreitender Formwechsel, ZIP 2015, 2049; *Knof/Mock*, Identitätswahrender Umzug deutscher Kapitalgesellschaften in Europa, GPR 2008, 134; *Leitzen*, Die GmbH mit Verwaltungssitz im Ausland, NZG 2009, 728; *Peters*, Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes der GmbH ins Ausland, GmbHR 2008, 245; *Thömmes*, Identitätswahrende Sitzverlegung in Europa, DB 1993, 1021.

Die Verlegung des Sitzes einer GmbH bzw. vergleichbaren Gesellschaft **innerhalb eines** 191  
**Staates** bereitet aus der Sicht des IPR keine Probleme, da die Sitzverlegung zu keiner Änderung des Personalstatuts der Gesellschaft führt. Das Recht des Sitzstaates entscheidet darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen der Sitz verlegt werden darf und welche Folgen mit einer Sitzverlegung verbunden sind.

Problematisch ist hingegen eine **grenzüberschreitende Verlegung** des tatsächlichen 192  
Verwaltungssitzes einer Gesellschaft, da mit ihr unter Geltung der Sitztheorie regelmäßig ein Statutenwechsel verbunden ist. Zum gleichen Ergebnis gelangt man auf Basis der Gründungstheorie, sofern der Satzungssitz in einen anderen Staat verlegt wird und ein Wechsel dieses Anknüpfungskriteriums nicht aufgrund eines statischen Verständnisses unbeachtlich ist.<sup>686</sup> Ausnahmen auf Grund eines Renvois (→ Rn 76f) sind allerdings möglich. Das neue Sitzrecht entscheidet in derartigen Fällen über den Bestand und die Kontinuität der Gesellschaft, während das alte Sitzrecht die Voraussetzungen für einen Wegzug formuliert. In der Sache führt dies mitunter zu einem äußerst komplizierten Zusammenwirken von altem und neuem Kollisions- und Sachrecht. Nur wenn das alte und neue Personalstatut der Gesellschaft bei einem Weg- bzw. Zuzug die Identität und Rechtsfähigkeit der Gesellschaft als gewahrt ansehen, ist eine **identitätswahrende Sitzverlegung** möglich. Auf Einflüsse des Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsfolgen einer Sitzverlegung innerhalb der EU wurde andernorts bereits hingewiesen (→ Rn 44ff). Das ist hier nicht zu wiederholen.

<sup>686</sup> Unbeachtlich ist der Wechsel des Satzungssitzes, wenn auf den Ort der ursprünglichen Registrierung abzustellen ist („Registrierungstheorie“), vgl. dazu mwN *J. Hoffmann*, ZVglRWiss 101 (2002), 283. Zu möglichen Anknüpfungsmomenten unter der Gründungstheorie vgl. auch *Kaulen*, IPRax 2008, 389.

## I. Sitzverlegung von Deutschland ins Ausland

### 1. Verlegung des Verwaltungssitzes

- 193 Verlegt eine nach deutschem Recht gegründete Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen anderen Staat, der ebenfalls der **Sitztheorie** folgt, kommt es zu einem **Statutenwechsel**. Ob dies auch für die GmbH gilt, hängt davon ab, welche Bedeutung dem durch das MoMiG geänderten **§ 4a GmbHG**<sup>687</sup> zukommt.
- 194 Nach überzeugender Ansicht hat die Vorschrift nicht nur einen materiell-, sondern zugleich einen **kollisionsrechtlichen Gehalt** zu; denn anders lässt sich das vom Gesetzgeber mit der Norm verfolgte Ziel nicht erreichen (→ Rn 8). Es handelt sich um eine **versteckte einseitige Kollisionsnorm**, die für die deutsche GmbH eine Gründungsanknüpfung vorschreibt.<sup>688</sup> Daher bleibt es bei der Verlegung des Verwaltungssitzes einer deutschen GmbH in das Ausland bei der Anwendung deutschen Rechts.
- 195 Den mit der Neufassung von § 4a GmbHG verfolgten Zweck missachtet die Gegenauffassung, die aus dem Wegfall von § 4a Abs. 2 GmbHG lediglich die **materiellrechtliche Aussage** herleitet, dass Satzungs- und Verwaltungssitz künftig auch auseinanderfallen dürfen.<sup>689</sup> Folgt man dem, so kommt es aufgrund der Geltung der Sitztheorie zu einem Statutenwechsel. Das Recht am neuen Verwaltungssitz entscheidet nunmehr darüber, ob es – was oft der Fall sein wird – eine Neugründung verlangt oder aber eine identitätswahrende Sitzverlegung bzw. eine Umwandlung in eine Gesellschaftsform des heimischen Rechts erlaubt. Die beiden letztgenannten Möglichkeiten kommen freilich – wenn überhaupt<sup>690</sup> – nur in Betracht, sofern der Wegzug nicht bereits nach dem alten Personalstatut zur Auflösung der Gesellschaft geführt hat. Davon aber wurde im deutschen Recht bisher regelmäßig ausgegangen, soll doch bereits der Beschluss über die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer Gesellschaft in das Ausland zwingend als Auflösungsbeschluss zu interpretieren sein und zu ihrem Eintritt in das Abwicklungsverfahren führen; selbst ein entgegenstehender Wille der Gesellschafter oder eine anders lautende Satzungsbestimmung vermöge daran nichts zu ändern.<sup>691</sup> Richtigerweise konnte man auch bisher dem Sitzverle-

<sup>687</sup> Vgl. Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBl. 2008 I, 2026.

<sup>688</sup> Ebenso DAV, NZG 2007, 211, 212; *Fingerhuth/Rumpf*, IPRax 2008, 90, 92; *J. Hoffmann*, ZIP 2007, 1581, 1585 ff; *Knof/Mock*, GPR 2008, 134, 138; *Koch*, GmbHR 2009, 808, 811; *Körber/Kliebisch*, JuS 2008, 1041, 1044; *Leitzen*, NZG 2009, 728; *Paefgen*, WM 2009, 529, 530 f; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 447; implizit auch OLG Düsseldorf, GmbHR 2009, 776 und *Teichmann*, ZIP 2009, 393, 401.

<sup>689</sup> So *Brakalova/Barth*, DB 2009, 213, 216; *Franz*, BB 2009, 1250, 1251; *Franz/Laeger*, BB 2008, 678, 682; *Hirte*, NZG 2008, 761, 766; *Kindler*, IPRax 2009, 199, 202; *ders.*, NJW 2008, 3249, 3251; *ders.*, AG 2007, 721, 722; *König/Bormann*, DNotZ 2008, 652, 659 f; *Lieder/Kliebisch*, BB 2009, 338, 343; *Lips/Wandel/Werwigk*, DStR 2008, 2220, 2223; *Peters*, GmbHR 2008, 245, 249; *Preuß*, GmbHR 2007, 57, 62; *Weng*, EWS 2008, 264, 267; wohl auch *Otte*, BB 2009, 344.

<sup>690</sup> Übersicht zum Recht einiger EG-Staaten, die zwar der Sitztheorie folgen, jedoch sachrechtlich unter Einhaltung bestimmter Kautelen eine identitätswahrende transnationale Sitzverlegung ermöglichen, bei *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn 170 f.

<sup>691</sup> RGZ 7, 68, 70; 88, 53, 55; 104, 94, 97; BGHZ 25, 134, 144 = NJW 1957, 1433; BayObLGZ 1992, 113, 116 = NJW-RR 1993, 43; OLG Düsseldorf NZG 2001, 506; OLG Hamm NZG 2001, 562; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 4a Rn 11; *Beitzke*, Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht, S. 180 f; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, Einleitung, Rn 372; *Schwarz*, NZG 2001, 613; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn 634 ff; nach aA soll der Sitzverlegungsbeschluss hingegen nichtig sein, vgl. *Bechtel*, Umzug von Kapitalgesellschaften unter der Sitztheorie, 1999, S. 52; *Hüffer*, § 5 AktG Rn 12; kritisch auch *W.-H. Roth*, FS Heldrich, 2005, S. 973, 980 ff; MünchKommBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn 829 f differenziert danach, ob am neuen Verwaltungssitz die Gründungs- oder die Sitztheorie gilt.

gungsbeschluss jedoch eine nur interne Wirkung zusprechen (zu den Einzelheiten → § 53 Rn 118). Damit war der Auflösungszeitpunkt allerdings nur verschoben, denn zu einer Auflösung der Gesellschaft kam es spätestens im Moment der tatsächlichen Verlegung des Verwaltungssitzes. Ob hieran auch nach Aufhebung des § 4a Abs. 2 GmbHG durch das MoMiG festzuhalten ist, hängt mittelbar wiederum von der Stellungnahme zum kollisionsrechtlichen Gehalt des § 4a GmbHG ab (→ vorige Rn). Denn ohne Statutenwechsel fehlt es an der Notwendigkeit, den Beschluss über die Verlegung des Verwaltungssitzes bzw. die tatsächliche Verlegung des Verwaltungssitzes zur Auflösung führen zu lassen. Aus deutscher Sicht könnte daher die Gesellschaft fortbestehen. Dies führt auch allenfalls im Verhältnis zu Drittstaaten, die der Sitztheorie folgen, zu einer Störung des internationalen Entscheidungseinklangs, da alle übrigen Staaten aufgrund der Vorgaben des Unionsrechts, des EWR-Abkommens, von Assoziierungsabkommen oder von völkerrechtlichen Verträgen zur Gestattung des Zuzugs verpflichtet sind (→ Rn 80f), und ist daher hinnehmbar. Wer dagegen § 4a GmbHG als rein materiellrechtliche Regelung versteht, wird es auch sachrechtlich bei der bisherigen und äußerst unbefriedigenden Rechtslage belassen. Das ist freilich ein Ergebnis, das seine Grenze in der „Vale“-Rechtsprechung findet (→ Rn 39): Ist der Statutenwechsel (Formwechsel) von der Gesellschaft intendiert, so ist Deutschland als an die Niederlassungsfreiheit gebundener Wegzugstaat daran gehindert, an die Verwaltungssitzverlegung über den Entzug des deutschen Gesellschaftsstatuts hinaus materiellrechtlich die Auflösung zu knüpfen.

Ungeachtet dessen ist aber selbst bei letzterem Verständnis, dh einer rein materiellrechtlichen Einordnung von § 4a GmbHG, anders zu entscheiden, wenn der Verwaltungssitz in einen Staat verlegt wird, der der **Gründungstheorie** folgt. Da sich Satzungs- und Gründungssitz weiterhin in Deutschland befinden, verweist das ausländische (Kollisions-)Recht (Gesamtverweisung, Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB!) auf deutsches Recht zurück. Zu beachten ist bei der Verlegung in einen EU- bzw. EWR-Mitgliedstaat, dass die Niederlassungsfreiheit den Zuzugstaat nicht zu einer Gründungsrechtsanknüpfung und daher auch nicht zu einer Rückverweisung zwingt, da der Anwendungsbereich der europarechtlichen Gründungstheorie nicht eröffnet ist, solange in Deutschland im Grundsatz die Sitztheorie gilt (→ Rn 4).<sup>692</sup> Der Renvoi führt auch dann zur Geltung des deutschen materiellen Gesellschaftsrechts, wenn es sich um eine Gesamt-Rückverweisung handelt (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB). Indem der Zuzugstaat dadurch die deutsche Gesellschaft anerkennt, können sich aus seinem Sachrecht keine Hindernisse für die identitätswahrende Sitzverlegung ergeben. In diesem Fall bestehen auch aus deutscher Sicht gegen einen Fortbestand der Gesellschaft – und damit gegen ein dauerhaftes Auseinanderfallen vom Satzungs- und Verwaltungssitz – keine durchgreifenden Bedenken.<sup>693</sup> Dies folgte schon bisher daraus, dass mangels Statutenwechsel kein Anlass für eine Zwangsauflösung bestand. Nunmehr ergibt sich dies auch aus der Aufhebung des § 4a Abs. 2 GmbHG durch das MoMiG, da hierdurch klargestellt wird, dass Satzungs- und Verwaltungssitz auseinanderfallen und sich folg-

<sup>692</sup> Weng, EWS 2008, 264, 266; J. Hoffmann, ZIP 2007, 1581, 1583; MünchKommBGB/Kindler, IntGesR, Rn 820; Leible/Hoffmann, RIW 2002, 925, 931, 932f; Sandrock/Wetzler/Sandrock, S. 33, 94; aA Franz/Laeger, BB 2008, 68, 680; Preuß, GmbHR 2007, 57, 60f; Richter, IStR 2008, 719, 723; W.-H. Roth, in: Fleischer/Huber/Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 379, 382 (Fn 17); Schmidtbleicher, BB 2007, 613, 615f; Süß/Wachter/Süß, § 1 Rn 51.

<sup>693</sup> OLG Hamm NZG 2001, 563, 564; Kieninger, NZG 2001, 610; Sandrock/Wetzler/Sandrock, S. 33, 92; Wenckstern, FS Drobniig, 1998, S. 465, 473ff; Weng, EWS 2008, 264, 266; etwas enger (nur bei Beibehaltung eines inländischen Betriebs oder sonstiger Geschäftstätigkeit im Inland) Bandehzadeh/Thoß, NZG 2002, 803, 806; Ebenroth/Auer, Beil. 1 zu RIW 1988, 1, 7; dies., DNotZ 1993, 190, 193; Ebenroth/Eyles, Beil. 2 zu DB 1988, 1, 7; dies., DB 1989, 363, 368; von Falkenhausen, RIW 1987, 818, 819; Franz/Laeger, BB 2008, 678, 683; MünchKommBGB/Kindler, IntGesR, Rn 823; Koch, ZHR 2009, 101, 114; Kösters, NZG 1998, 241, 243.

lich auch in verschiedenen Staaten befinden dürfen.<sup>694</sup> Für Personengesellschaften kann nichts anderes gelten.<sup>695</sup> Die bisher in der Literatur teilweise vertretene gegenteilige Ansicht<sup>696</sup> missachtet das mit Art. 4 Abs. 1 EGBGB verfolgte Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs und kann sich auch nicht auf Schutzinteressen Dritter berufen, da es schließlich bei der Geltung deutschen Gesellschaftsrechts bleibt.

## 2. Verlegung des Satzungssitzes

197 Die Verlegung allein des Satzungssitzes in das Ausland bereitet aus internationalprivatrechtlicher Sicht keine Probleme, da sie unter Geltung der Sitztheorie zu keiner Änderung der Anknüpfungsmomente und damit zu **keinem Statutenwechsel** führt. Bei der Sitztheorie und daher auch bei diesem Ergebnis bleibt es selbst dann, wenn man § 4a GmbHG richtigerweise als versteckte Kollisionsnorm deutet, durch die für die GmbH der Übergang zur Gründungstheorie angeordnet wird. Denn nach dem Wortlaut der Vorschrift soll jedenfalls nur eine Aussage über die kollisionsrechtliche Anwendbarkeit des GmbHG getroffen werden, sodass es sich um eine *einseitige* Kollisionsnorm handelt, die nicht einschlägig ist, wenn sich der Satzungssitz nicht im Inland befindet.<sup>697</sup> Auch durch eine gesetzliche Umsetzung von Art. 10 EGBGB-RefE würde sich daran unmittelbar nichts ändern. Zwar sieht der Vorschlag einen umfänglichen Übergang zur Gründungstheorie vor, doch ist die Anknüpfung an das Registrierungs- bzw. Organisationsrecht vorbehalten Art. 10b EGBGB-RefE statisch ausgestaltet (→ Rn 16). Es bleibt daher durchgängig bei der Geltung deutschen Rechts. Das deutsche Gesellschaftsrecht verlangt nach hM allerdings für die deutsche GmbH zwingend einen inländischen Gesellschaftssitz.<sup>698</sup> Dies stellt nun auch der durch das MoMiG geänderte § 4a GmbHG klar.<sup>699</sup> Welche Rechtsfolgen die Verlegung des Satzungssitzes im deutschen Sachrecht nach sich zieht, ist umstritten. Die hM betrachtet einen entsprechenden Beschluss – ebenso wie bei der Verlegung des Verwaltungssitzes (→ Rn 195) – als Auflösungsbeschluss.<sup>700</sup> Überzeugende Gründe für eine derart weit reichende Sanktion sind indes nicht ersichtlich, da die berührten Interessen bereits durch die Registerkontrolle hinreichend geschützt werden; denn der Beschluss über die Verlegung des Satzungssitzes ist gem. § 241 Nr. 3 AktG analog nichtig und damit auch nicht eintragungsfähig.<sup>701</sup> Wird er gleichwohl eingetragen, ändert dies nichts an seiner Nichtigkeit. Er kann nach § 398 FamFG gelöscht werden. An dieser Rechtslage wird sich auch dann nichts ändern, wenn Art. 10b EGBGB-RefE Ge-

<sup>694</sup> Bamberger/Roth/Mäsch, Anh. II Art. 12 EGBGB Rn 91; Drinhausen/Gesell, BB 2006, 3, 6; Franz/Laeger, BB 2008, 678, 685; Otte, BB 2009, 344.

<sup>695</sup> W.-H. Roth, ZGR 2014, 168, 206.

<sup>696</sup> Vgl. vor allem Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn 629; außerdem Behrens, ZGR 1994, 1, 8; Dötsch, DB 1989, 2296, 2297; Großfeld, IstR 1993, 236, 239f; Großfeld/König, RIW 1992, 433.

<sup>697</sup> J. Hoffmann, ZIP 2007, 1581, 1585.

<sup>698</sup> BayObLG ZNotP 2004, 239 = ZIP 2004, 806; OLG München, BB 2007, 2247, 2248; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn 652; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 4a Rn 3; außerdem → § 4a Rn 5.

<sup>699</sup> Während § 4a Abs. 1 GmbHG aF den Sitz der Gesellschaft als den Ort definierte, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt, bezieht sich § 4a Abs. 1 GmbHG nF nunmehr ausdrücklich auf den entsprechenden Ort *im Inland*.

<sup>700</sup> BayObLGZ 1992, 113, 116 = NJW-RR 1993, 43; OLG Hamm, NJW-RR 1997, 167; Bamberger/Roth/Mäsch, Anh. II Art. 12 EGBGB Rn 92; Ebenroth/Auer, Beil. 1 zu RIW 1992, 1, 7; dies., JZ 1993, 374, 375; dies., GmbHR 1994, 16, 18 Peters, GmbHR 2008, 245, 246; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn 655f; kritisch hierzu W.-H. Roth, FS Heldrich, 2005, S. 973, 980 ff.

<sup>701</sup> BayObLGZ 1992, 113, 116 = NJW-RR 1993, 43; OLG Hamm, NZG 2001, 562; NJW-RR 1998, 615; OLG Brandenburg, GmbHR 2005, 484; wohl auch OLG München, NZG 2007, 915; Bechtel, Umzug von Kapitalgesellschaften unter der Sitztheorie, 1999, S. 52; Kindler, AG 2007, 721 ff; MünchKommBGB/Kindler, IntGesR, Rn 834; Scholz/Schmidt/Bitter, § 60 Rn 13a; aA Wiedemann/Frey, GesR, Fall 475; vgl. zur AG auch Hüffer/Koch, § 5 Rn 12.

setz werden sollte. Denn diese Vorschrift regelt zwar einen Fall der Satzungssitzverlegung – wenn auch nur eine solche mit Statutenwechsel –, entfaltet aber lediglich kollisionsrechtliche Wirkung und sieht gerade keine materiellrechtliche Gestattung einer Satzungssitzverlegung vor, sondern setzt diese vielmehr voraus.<sup>702</sup> Ob sich aus „Cartesio“ für den Fall einer Satzungssitzverlegung im EU- bzw. EWR-Kontext ergibt, dass der Wegzugstaat hieran keine Auflösung knüpfen darf, ist noch nicht abschließend geklärt und abzulehnen (→ Rn 50). Zu einer materiellrechtlichen Gestattung könnte es jedenfalls im Rahmen der Verabschiedung und Umsetzung der Sitzverlegungsrichtlinie kommen, da diese auch die Satzungssitzverlegung ermöglichen soll (→ Rn 64).

### 3. Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz

Werden sowohl Satzungs- als auch Verwaltungssitz in das Ausland verlegt, führt dies **kollisionsrechtlich** stets zu einem **Statutenwechsel**, und zwar unabhängig davon, ob der Zuzugstaat der Sitz- oder der Gründungstheorie folgt;<sup>703</sup> denn anders als bei der alleinigen Verlegung des Verwaltungssitzes kommt bei einem Umzug in Gründungstheoriestaaten auf Grund der gleichzeitigen Verlegung des Satzungssitzes ein Renvoi nunmehr nicht in Betracht.<sup>704</sup> Dies gilt auch für den Fall eines – wie hier vertretenen – kollisionsrechtlichen Verständnisses von § 4a GmbHG, da diese Vorschrift jedenfalls keine allseitige Kollisionsnorm ist (→ Rn 8) und es im Zuge (auch) einer Satzungssitzverlegung an der Anwendungsvoraussetzung des inländischen Satzungssitzes fehlt. Anders wäre die Rechtslage, wenn Art. 10 EGBGB-RefE Gesetz werden sollte. Die Verlegung des Verwaltungssitzes wäre kollisionsrechtlich irrelevant, die Verlegung des Satzungssitzes vorbehaltlich Art. 10b EGBGB-RefE ebenfalls, sodass es durchgängig bei der Anwendbarkeit deutschen Sachrechts bliebe.

Auf der Ebene des **Sachrechts** gelten die unter Rn 196 und Rn 197 gemachten Ausführungen entsprechend; ob der Statutenwechsel die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zur Folge hat, richtet sich nach deutschem Gesellschaftsrecht, während das ausländische materielle Recht darüber befindet, ob sie im Falle ihres Fortbestehens im Zuzugstaat gleichwohl neu gegründet werden muss oder eine identitätswahrende Sitzverlegung möglich ist. Bereits jetzt ergibt sich freilich aus „Cartesio“, dass für eine Satzungssitzverlegung bei gleichzeitiger Verwaltungssitzverlegung von einem EU- bzw. EWR-Mitgliedstaat in einen anderen und zugleich intendiertem Statutenwechsel (Formwechsel) das bisherige Recht nicht mehr die Auflösung anordnen darf (→ Rn 35). Ohne Statutenwechsel – so bei Geltung von Art. 10 EGBGB-RefE – käme es dagegen ausschließlich auf das deutsche Recht an, das nach derzeitigem Stand des Sachrechts für die deutsche GmbH gemäß § 4a Abs. 1 GmbHG zwingend einen inländischen Satzungssitz verlangt.

## II. Sitzverlegung vom Ausland nach Deutschland

### 1. Verlegung des Verwaltungssitzes

Verlegt eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft ihren Verwaltungssitz aus dem Gründungsstaat nach Deutschland, ist **kollisionsrechtlich** zu differenzieren: Die Anwendung der Sitztheorie führt auf Grund der Änderung des für sie maßgeblichen An-

<sup>702</sup> Vgl. auch *Campos Nave*, BB 2008, 1410, 1411; *Frenzel*, EWS 2008, 130, 134; *Kussmaul/Richter/Ruiner*, EWS 2009, 1, 10.

<sup>703</sup> *Ebenroth/Eyles*, Beil. 2 zu DB 1988, 1, 7; *dies.*, DB 1989, 363, 368; *Kruse*, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG, S. 49; *MünchKommBGB/Kindler*, IntGesR, Rn 835.

<sup>704</sup> OLG Hamm NZG 2001, 562, 563; AG Heidelberg NZG 2000, 927, 928 f; *Behrens*, IPRax 1999, 323, 330; *ders.*, IPRax 2000, 384, 388. Anders jedoch, wenn auf den Ort der ursprünglichen Registrierung abgestellt wird, vgl. Fn 686.

knüpfungsmoments zu einem **Statutenwechsel**. Dagegen verbliebe es beim bisher maßgeblichen Statut, sollte Art. 10 EGBGB-RefE Gesetz werden, da nach der dort vorgesehenen Gründungsanknüpfung der Verwaltungssitz irrelevant ist. Gleiches gilt bereits jetzt, soweit aufgrund europarechtlicher oder staatsvertraglicher Vorgaben in Deutschland die Gründungstheorie Anwendung findet (→ Rn 80f). Insofern kommt es zu **keinem Statutenwechsel**.

201 Diese Differenzierung wirkt sich unmittelbar auf die **materiellrechtliche** Behandlung der Gesellschaft aus: **Ohne einen Statutenwechsel** setzen sich nicht nur die einmal erworbene Rechtsfähigkeit und ihr Gesellschaftstypus in Deutschland fort, sondern die Gesellschaft bleibt aus deutscher Perspektive Auslandsgesellschaft und zwar in ihrer konkreten Gesellschaftsform. Das heißt aber auch, dass es hinzunehmen ist, wenn der Wegzugstaat an eine (aus seiner Perspektive) rechtsformwahrende Verlegung des Verwaltungssitzes materiellrechtlich die Auflösung knüpft.<sup>705</sup>

202 **Bei einem Statutenwechsel** geht per definitionem die konkrete ausländische Gesellschaftsform verloren. Inwieweit das auch für die Rechtsfähigkeit und den Gesellschaftstypus gilt, hängt davon ab, ob die Gesellschaft nach ihrem **alten Personalstatut** trotz der Sitzverlegung fortbesteht, d.h. bei ihrem Wegzug nicht aufgelöst wird, und ob sie nach **deutschem Recht** in ihrer ursprünglichen Identität aufgenommen wird; „denn mit einer solchen Änderung löst sich die Gesellschaft aus dem Rechtskreis, von dem sie ihre Rechtsfähigkeit ableitet, so dass nunmehr deutsches Recht darüber entscheidet, ob sie im Inland die Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichem Handeln hat“.<sup>706</sup> Für die Frage der Auflösung nach dem alten Personalstatut ist nach dem Wegzugstaat zu differenzieren: EU/EWR-Staaten ist sie durch die Niederlassungsfreiheit seit „Vale“ untersagt, indem dort ein Recht auf einen „Hinausformwechsel“ etabliert wird; Drittstaaten können nach ihrem autonomem Recht entscheiden. Bei Auflösung kommt nur eine Neugründung in Deutschland in Betracht.<sup>707</sup> Keinesfalls ist die Frage nach der materiellrechtlichen Auflösung mit der Frage nach dem kollisionsrechtlichen Entzug des Gründungsstatuts durch den Wegzugstaat zu vermengen; ein solcher kollisionsrechtlicher Vorbehalt ist auch bei der Verlegung aus einem EU- bzw. EWR-Mitgliedstaat denkbar. Die Niederlassungsfreiheit zwingt den Wegzugstaat nicht zu einer Gründungsrechtsanknüpfung, bezieht sich diese Verpflichtung doch nur auf nach dem Recht eines *anderen* Mitgliedstaates gegründete Gesellschaften (→ Rn 27).<sup>708</sup> Für die nachgelagerte Frage der (zwar formwechselnden, aber) identitätswahrenden und rechtsformkongruenten Aufnahme in Deutschland lässt sich etwas allgemeiner formuliert festhalten, dass grundsätzlich nur dem deutschen (Sach-)Recht entnommen werden kann, ob es die Gesellschaft fortbestehen lässt oder ihre Neugründung verlangt.

203 Einem unveränderten Fortbestand steht jedoch regelmäßig der *numerus clausus* der deutschen Gesellschaftsformen entgegen. Die früher hM forderte daher stets eine **Neugründung**, und zwar selbst dann, wenn das deutsche und ausländische Recht – wie etwa das österreichische GmbH-Recht – inhaltlich übereinstimmen und/oder die Kapitalausstattung der Gesellschaft an das deutsche Recht angepasst und die Gesellschaft in das deutsche Register eingetragen wurde.<sup>709</sup> Nicht einmal eine formwechselnde Umwandlung gem.

<sup>705</sup> W.-H. Roth, ZGR 2014, 168, 204.

<sup>706</sup> BGHZ 97, 269, 271 f = NJW 1986, 2194; OLG Frankfurt, NJW 1964, 2355; OLG Nürnberg WM 1985, 259; OLG München NJW 1986, 2197; OLG Zweibrücken NJW 1990, 392; LG Hamburg RIW 1990, 1020, 1021; Kegel/Schurig, IPR, § 17 II 2 (S. 581); Michalski, NZG 1998, 762, 764; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn 640 ff; Ulmer/Behrens/Hoffmann, Einl. B 154 f; vgl. auch Wiedemann/Frey, GesR, Fall 475.

<sup>707</sup> Vgl. OLG Celle NJW-RR 2012, 1065.

<sup>708</sup> AA Sandrock/Wetzler/Sandrock, S. 33, 83.

<sup>709</sup> Nachw. bei Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn 642 und 644; außerdem zB Baumbach/Hueck/Fastrich, § 4a Rn 14; vgl. auch Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 4a Rn 23.