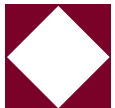


Thomas Hornberger

# Rechtsformwahrende Sitzverlegung, Verschmelzungen und Formwechsel von Personengesellschaften innerhalb der EU

Eine Analyse de lege lata und de lege ferenda



**Nomos**

**Studien zum Gesellschaftsrecht**

herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Haas

Prof. Dr. Detlef Kleindiek

Prof. Dr. Christoph Teichmann

**Band 17**

Thomas Hornberger

Rechtsformwahrende Sitzverlegung,  
Verschmelzungen und Formwechsel von  
Personengesellschaften innerhalb der EU

Eine Analyse de lege lata und de lege ferenda



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6622-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-0701-5 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende, von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg angenommene Dissertation beendet einen weiteren Lebensabschnitt. Diesen und sämtliche anderen Lebensabschnitte ermöglicht hat meine Familie, deren Unterstützung mit nichts aufgewogen werden kann. Auch auf diesem Wege möchte ich euch sagen: Herzlichen Dank.

Speziell der Lebensabschnitt Doktorarbeit wäre in qualitativer und zeitlicher Hinsicht ohne meinen Doktorvater Martin Löhnig so nicht möglich gewesen. Für die herausragende Betreuung und die jahrelange Zusammenarbeit am Lehrstuhl bedanke ich mich ebenso herzlich. Herr Löhnig, Sie sind ein Förderer und ich bin dankbar, die Möglichkeit erhalten zu haben, mich bei Ihnen entwickeln zu können.

Ein Dankeschön geht auch an Alexander Hellgardt für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Lebensabschnitt Doktorarbeit hat mir sehr viel Spaß gemacht. Ebenso so viel Spaß und Erkenntnis wünsche ich allen Leserinnen und Lesern bei der Lektüre. Wissenschaft und Praxis stehen nicht nebeneinander, sondern sind untrennbar miteinander verwoben - auf dieser Erkenntnis beruht der Ansatz der vorliegenden Dissertation, die in ihrer Tiefe wissenschaftlichen Ansprüchen genügen, aber verwertbare und konkrete Ergebnisse für die Praxis präsentieren möchte.

Die vorliegende Arbeit wurde für die Veröffentlichung nochmals aktualisiert und ist auf dem Stand von Februar 2020. Die anlässlich des Brexits ergangenen Änderungen des UmwG hinsichtlich der Hereinverschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine deutsche Personenhandelsgesellschaft sowie das mittlerweile in Kraft getretene *EU Company Law Package* sind berücksichtigt.



## Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
Erstes Kapitel: Der Kanon deutscher Personengesellschaften	19
A. Rechtsformzwang	19
B. Von der Untersuchung auszuklammernde Personengesellschaften	20
Zweites Kapitel: Relevanz und Realtypen: Personengesellschaften und das internationale Gesellschaftsrecht	22
A. Vorteile der rechtsformwahrenden Verwaltungssitzverlegung	22
B. Vorteile der grenzüberschreitenden Umwandlungen	26
C. Besondere Relevanz für realtypische Ausgestaltungen von Personengesellschaften	28
I. Realtypische Hybridform der Publikumpersonengesellschaft	29
II. Realtypische Hybridform der Kapitalgesellschaft & Co. KG	31
D. Befund	34
Drittes Kapitel: Der Sitz von Personengesellschaften im deutschen Recht de lege lata	35
A. Semantische Klarstellungen zu den verschiedenen Sitzbegriffen	35
B. Kollisionsrechtlicher Ausgangspunkt	36
a) Sitztheorie	37
b) Gründungstheorie	40
c) Das Gesellschaftsstatut als Einheitsstatut	41
d) Abweichende Konzepte	42
(1) Rechtsformunabhängige Konzepte	42
(2) Spezifisch personengesellschaftsrechtliche Konzepte	43
e) Der Begriff der Sonderanknüpfung	44

*Inhaltsverzeichnis*

C. Sachrechtliche Bestimmung des Sitzes von Personengesellschaften	45
I. Bisherige Kodifikationsbemühungen in Deutschland	45
1. Deutsche Rechtslage für die Sitzbestimmung bei Kapitalgesellschaften	46
2. Bisherige Kodifizierungsbestrebungen im Recht der Personengesellschaften	47
II. Zulässigkeit eines Vertragssitzes deutscher Personengesellschaften de lege lata	48
1. Ausgangslage vor dem MoMiG	48
2. Aktueller Stand der Diskussion	49
a) Literatur	50
(1) Vertragssitz bereits de lege lata zulässig	50
(2) Allein Verwaltungssitz de lege lata zulässig	51
b) Rechtsprechung	52
(1) Kein fiktiver Vertragssitz de lege lata möglich	52
(2) Entscheidungen des LG Frankfurt	53
(3) Entscheidung des LG Köln	54
3. Bewertung der Änderungen durch das MoMiG	55
a) Wortlaut des § 106 Abs. 1 HGB	56
b) Wortlaut des § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB	56
c) Systematik	58
d) Teleologische Auslegung	60
e) Keine Gesamtanalogie und Einzelanalogie zu § 4a GmbHG und § 5 AktG	63
f) Zwischenergebnis	64
4. Die Regelung des § 17 Abs. 1 ZPO	64
5. Gesichtspunkte des Rechtsverkehrsschutzes	65
a) Erstmalige Anmeldung zum Register	66
b) Nachträgliche Änderungen	66
6. Die Regelungen im PartGG	67
7. Das materiellrechtliche Erfordernis eines inländischen Verwaltungssitzes	69
D. Zusammenfassung	70
 Viertes Kapitel: Niederlassungsfreiheit und Personengesellschaften – unionsrechtliche Grundlagen grenzüberschreitender Mobilität	 72
A. Freier Binnenmarkt als oberste Leitlinie	72



B. Die Rolle des EuGH	73
C. Personengesellschaften im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit	76
I. Schutzgehalt der Niederlassungsfreiheit	76
1. Persönlicher Schutzbereich: Personengesellschaften als Träger der Niederlassungsfreiheit	76
a) Der Begriff der „Gesellschaft“ in Art. 54 AEUV	77
(1) Primärrechtlich autonome Auslegung	77
(2) Die Übertragbarkeit der EuGH-Rechtsprechung auf Personengesellschaften	79
b) Rechtsfähigkeit	81
c) Erwerbszweck	83
2. Sachliche Schutzbereichsausprägungen	83
II. Die Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot	84
1. Diskriminierungsverbot als Ausgangspunkt	85
2. Übergang zum Beschränkungsverbot	86
3. Intensität der Beschränkung	87
4. Eigene Bewertung	88
III. Rechtfertigung von Beeinträchtigungen	90
1. Geschriebene Rechtfertigungsgründe nach Art. 52 Abs. 1 AEUV	90
2. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	91
a) Missbrauchsklausel	92
b) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	94
(1) Einzelne anerkannte zwingende Gründe des Allgemeininteresses	94
(2) Geeignetheit und Erforderlichkeit	95
3. Darlegungs- und Beweislast	96
 Fünftes Kapitel: Grenzüberschreitende rechtsformwahrende Sitzverlegung von Personengesellschaften de lege lata	 97
A. Rechtsformwahrender Wegzug	97
I. Die Entscheidung <i>Daily Mail</i>	98
1. Konstellation und Problemstellung	98
2. Rechtliche Bewertung durch den EuGH	98
II. Die Entscheidung <i>Cartesio</i>	100
1. Konstellation und Problemstellung	100

*Inhaltsverzeichnis*

2. Rechtliche Bewertung durch den EuGH	100
III. Die Entscheidung <i>National Grid Indus</i>	102
1. Konstellation und Problemstellung	102
2. Rechtliche Bewertung durch den EuGH	103
IV. Bewertung der EuGH-Rechtsprechung	104
1. Der <i>creatures of law</i> -Gedanke	104
2. Das zweistufige Konzept in Wegzugskonstellationen	106
3. Kohärenz der Rechtsprechung in Wegzugsfällen	107
V. Konsequenzen für den rechtsformwahrenden Wegzug von Personengesellschaften	109
1. Ausgangspunkte <i>de lege lata</i>	110
a) Kollisionsrechtliche Ebene: Fortgeltung der Sitztheorie	110
b) Sachrechtlich nur ein Verwaltungssitz möglich	110
2. Zuzugsstaat folgt der Gründungstheorie	111
a) Kollisionsrechtliche Ebene	111
(1) Ausgangslage	111
(2) Auswirkungen des Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB	112
b) Sachrechtliche Ebene	113
3. Zuzugsstaat folgt der Sitztheorie	114
a) Kollisionsrechtlich mögliche Konstellation	114
b) Kollisionsrechtliche Ebene	114
c) Sachrechtliche Ebene	115
4. Keine Implikationen der Niederlassungsfreiheit	115
5. Konsequenzen für die Personengesellschaft bei unzulässigem rechtsformwahren-den Wegzug	115
a) Auflösung und Liquidation	115
b) Ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG	117
c) Rechtsscheinshaftung	118
B. Rechtsformwahrender Zuzug	118
I. Die Entscheidung <i>Centros</i>	119
1. Konstellation und Problemstellung	119
2. Rechtliche Bewertung durch den EuGH	120
II. Die Entscheidung <i>Überseering</i>	121
1. Konstellation und Problemstellung	121
2. Rechtliche Bewertung durch den EuGH	122
III. Die Entscheidung <i>Inspire Art</i>	125
1. Konstellation und Problemstellung	125
2. Rechtliche Bewertung durch den EuGH	126
IV. Bewertung der EuGH-Rechtsprechung	127
(1) Differenzierung in Weg- und Zuzugskonstellation	127

(2) Keine generelle Missbrauchsvermutung	130
(3) Ergebnis	130
V. Konsequenzen für den Zuzug von ausländischen Personengesellschaften	131
1. Kollisionsrechtliche Ebene: Pflicht zur Anwendung der Gründungstheorie	132
2. Sachrechtliche Ebene	132
VI. Zusammenfassung der Ergebnisse des fünften Kapitels	133
 Sechstes Kapitel: Grenzüberschreitende Verschmelzung und grenzüberschreitender Formwechsel von Personengesellschaften	 134
A. Innerstaatliche Verschmelzungen und Formwechsel von Personengesellschaften	134
I. Verschmelzung	136
II. Formwechsel	138
1. „Formwechsel“ außerhalb des UmwG	138
2. Formwechsel nach dem UmwG	140
a) Identitätsgrundsatz und Normengefüge der §§ 190 ff. UmwG	140
b) Personengesellschaftsrechtliche Sonderprobleme	142
III. Anderweitige Gestaltungsmöglichkeiten	144
B. Semantische Klarstellung zum Begriff der Umwandlung	146
I. Die „Umwandlung“ im deutschen Recht	146
II. Die „Umwandlung“ im Unionsrecht	147
1. Verschmelzungen	147
2. Formwechsel	148
a) „Umwandlung“ als grenzüberschreitender Formwechsel	148
b) Verhältnis von grenzüberschreitendem Formwechsel und (Satzungs-)Sitzverlegung	149
III. In der vorliegenden Untersuchung verwendete Terminologie	150
C. Primärrechtliche Rahmenbedingungen für grenzüberschreitende Umwandlungen	151
I. EuGH-Rechtsprechung zur Hereinumwandlung	152
1. Die Entscheidung <i>Sevic</i>	152
a) Konstellation und Problemstellung	152
b) Rechtliche Bewertung durch den EuGH	153

*Inhaltsverzeichnis*

2. Die Entscheidung <i>Vale</i>	154
a) Konstellation und Problemstellung	154
b) Rechtliche Bewertung durch den EuGH	155
II. EuGH-Rechtsprechung zur Herausumwandlung	160
1. Die Entscheidung <i>Cartesio</i>	160
2. Die Entscheidung <i>Polbud</i>	161
a) Konstellation und Problemstellung	161
b) Rechtliche Bewertung durch den EuGH	163
III. Bewertung der EuGH-Rechtsprechung	165
1. Umfassender Anspruch auf Herausumwandlung	165
a) Herausverschmelzung	165
b) Herausformwechsel	167
(1) Erwartungshaltung vor der <i>Polbud</i> -Entscheidung	167
(2) Entbehrlichkeit einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Zuzugsstaat	169
(3) Keine unbegrenzte isolierte Satzungssitzverlegung: Vorbehalt des Rechts des Zuzugsstaates	173
2. Umfassender Anspruch auf Hereinumwandlung	174
a) Hereinverschmelzung	174
b) Hereinformwechsel	174
IV. Personengesellschaften als Gegenstand des europäischen Umwandlungsrechts	175
V. Kollisionsrechtliche Ebene: Die Vereinigungstheorie und das Instrument der Anpassung	176
1. Vereinigungstheorie	176
2. Das Instrument der Anpassung	178
a) Das problematische Kriterium der „Strenge“ einer Norm	178
b) Die Anpassung aufgrund Sachnähe	179
c) Zusammenfassung	180
VI. Sachrechtliche Ebene: Kein genereller Ausschluss	181
D. Durchführung grenzüberschreitender Umwandlungen im Einzelnen	184
I. Grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften	184
1. Kollisionsrechtliche Aspekte	184
2. Hereinverschmelzung	186
a) Verschmelzungsfähige Rechtsträger	186
(1) Ausländischer übertragender Rechtsträger	186
(2) Deutsche übernehmende Personengesellschaft	189

b) Kollisionsrecht	189
(1) Ausländischer übertragender Rechtsträger	190
(2) Deutsche übernehmende Personengesellschaft	190
c) Sachrecht	190
(1) Analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG	191
(2) Anwendung der §§ 2 ff., 39 ff. UmwG	192
(3) Kombinierte Anwendung der §§ 2 ff., 39 ff., 122a ff. UmwG	192
(4) Analoge Anwendung der Vorschriften des SEAG	193
(5) Eigene Bewertung: Analoge Anwendung der §§ 2 ff., 39 ff., 122a ff. UmwG	193
d) Ablauf der grenzüberschreitenden Hereinverschmelzung im Einzelnen	198
(1) Verschmelzungsvertrag/Verschmelzungsplan	199
(2) Verschmelzungsbericht	201
(3) Verschmelzungsprüfung	203
(4) Verschmelzungsbeschluss	204
(5) Anmeldung zum Handels- oder Partnerschaftsregister	205
(6) Wirkungen der Verschmelzung	208
(7) Gesellschafterschutz	209
(8) Gläubigerschutz	209
(9) Arbeitnehmerschutz	210
3. Herausverschmelzung	212
a) Verschmelzungsfähige Rechtsträger	212
(1) Deutsche übertragende Personengesellschaft	212
(2) Ausländische übernehmende Personen-/ Kapitalgesellschaft	214
b) Kollisionsrecht	214
c) Sachrecht	214
d) Besonderheiten der grenzüberschreitenden Herausverschmelzung	215
(1) Verschmelzungsbeschluss	215
(2) Anmeldung zum Handels- oder Partnerschaftsregister	216
(3) Wirkungen der Verschmelzung	216
(4) Gesellschafterschutz	216
(5) Spezieller Schutz von Minderheitsgesellschaftern	218
(6) Gläubigerschutz	220
(7) Arbeitnehmerschutz	221

*Inhaltsverzeichnis*

II. Grenzüberschreitender Formwechsel unter Beteiligung von Personengesellschaften	222
1. Hereinformwechsel	224
a) Formwechselfähige Rechtsträger	224
(1) Ausländischer formwechselnder Rechtsträger	224
(2) Deutscher Rechtsträger neuer Rechtsform	225
b) Kollisionsrecht	226
c) Sachrecht	227
(1) §§ 190 ff. UmwG analog	228
(2) §§ 122a ff. UmwG analog	228
(3) Analoge Anwendung der Art. 8 SE-VO, §§ 12-14 SEAG	229
(4) Eigene Bewertung: Analoge Anwendung der §§ 190 ff. UmwG, Art. 8 SE-VO, §§ 12-14 SEAG	230
(5) Zwischenergebnis	236
d) Ablauf des grenzüberschreitenden Hereinformwechsels im Einzelnen	236
(1) Grundsätzliche Anwendung des Formwechselrechts des Wegzugsstaates	236
(2) § 197 UmwG analog	238
(3) Anmeldung, Eintragung und Bekanntmachung der Eintragung	239
2. Herausformwechsel	242
a) Formwechselfähige Rechtsträger	242
(1) Deutsche formwechselnde Personengesellschaft	242
(2) Ausländischer Rechtsträger neuer Rechtsform	243
b) Kollisionsrecht	243
c) Sachrecht	244
d) Besonderheiten des grenzüberschreitenden Herausformwechsels	244
(1) Umwandlungsplan	244
(2) Umwandlungsbericht	246
(3) Formwechselprüfung	248
(4) Umwandlungsbeschluss	248
(5) Gesellschafterschutz	250
(6) Gläubigerschutz	250
(7) Arbeitnehmerschutz	252
(8) Anwendung der ausländischen Gründungsvorschriften	252

(9) Anmeldung, Unbedenklichkeitsbescheinigung, Eintragung und Bekanntmachung der Eintragung	253
E. Zusammenfassung der Ergebnisse des sechsten Kapitels	255
 Siebtes Kapitel: Die Umsetzung personengesellschaftsrechtlicher Mobilitätsaspekte im deutschen Recht de lege ferenda	 257
A. Reformbedarf	257
B. Kollisionsrechtliche Ebene: Einführung der Gründungstheorie	259
I. Umsetzung im EGBGB	259
II. Erläuterung	260
1. Begrifflichkeiten	261
2. Inhalt	261
C. Rechtsformwahrender Wegzug: Ermöglichung eines Vertragssitzes auf sachrechtlicher Ebene	263
I. Personenhandelsgesellschaften	263
1. Änderung des § 106 Abs. 1 HGB	263
2. Änderung des 107 HGB	266
II. GbR	266
1. Änderung im BGB	266
2. Weitere Reformüberlegungen	268
III. PartG	269
IV. Materiellrechtliche, registerrechtliche und weitere Auswirkungen	270
D. Grenzüberschreitende Verschmelzung und grenzüberschreitender Formwechsel	271
I. Änderung des § 1 Abs. 1 UmwG	271
II. Grenzüberschreitende Verschmelzung	272
1. Kollisionsrechtliche Ebene: Kodifizierung der Vereinigungstheorie	272
2. Sachrechtliche Ebene	274
a) Umsetzung im UmwG	274
b) Erläuterung	275
III. Grenzüberschreitender Formwechsel	278
1. Kollisionsrechtliche Ebene: Kodifizierung der Vereinigungstheorie	278
2. Sachrechtliche Ebene	280
a) Umsetzung im UmwG	280

*Inhaltsverzeichnis*

b) Erläuterung	283
(1) Struktur und Regelungstechnik	283
(2) Verwendete Terminologie	283
(3) Einführung des Umwandlungsplans	284
(4) Umwandlungsbericht	285
(5) Umwandlungsbeschluss	286
(6) Einführung der Umwandlungsbescheinigung und das Registerverfahren	286
(7) Gesellschafter-, Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz	287
 Achstes Kapitel: Die Umsetzung personengesellschaftsrechtlicher Mobilitätsaspekte im Unionsrecht <i>de lege ferenda</i>	 288
A. Grundprinzipien und Leitlinien	288
B. Rechtsgrundlagen der Rechtsangleichung	291
C. Bisherige Kodifizierungsbestrebungen auf europäischer Ebene	292
D. Rechtsformwahrende Sitzverlegung	295
I. Nochmals: Ausgangssituation <i>de lege lata</i>	295
II. Methodische Zulässigkeit	295
III. Rechtspolitisches Bedürfnis und Konsequenzen	297
1. Kollisions- und sachrechtliche Zulässigkeit	297
2. Aufhebung der Unterscheidung in Wegzug und Zuzug	298
E. Grenzüberschreitende Verschmelzung	299
F. Grenzüberschreitender Formwechsel	300
I. Rechtspolitischer Regelungsbedarf	300
II. EU Company Law Package (Richtlinie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen)	301
III. Zu beachtende Grundsätze	302
1. Isolierte Vertragssitzverlegung	302
2. Weitere Aspekte	303
 Literaturverzeichnis	 305