JURISTISCHE FAKULTÄT

UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Die Beschlussfassung zum grenzüberschreitenden Wegzug im Binnenmarkt: Anforderungen der Niederlassungsfreiheit an die innergesellschaftliche Entscheidungsfindung“

Dissertation vorgelegt von Christoph Allmendinger

Erstgutachter: Prof Dr. Christoph Teichmann
Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

A. Thematischer Ansatz

Ist die Freizügigkeit natürlicher Personen in Europa heute gelebte Realität und begegnet sie uns in alltäglichen Entscheidungen in Studium und Beruf, so ist der Umzug von Unternehmen innerhalb der EU im Allgemeinen schwerer greifbar und gehört nach wie vor zu den Ausnahmeerscheinungen. Dennoch hat die Mobilität von Gesellschaften in den letzten beiden Jahrzehnten erheblich zugenommen. So war es kurzzeitig Mode, eine englische Limited zu gründen, um damit in Deutschland tätig zu werden.[1] Aber auch größere Dienstleistungsunternehmen[2] wählen zunehmend vor allem englische Gesellschaftsformen, um überwiegend in Deutschland geschäftstätig zu sein. Einige der größten deutschen Unternehmen[3] haben sich dazu entschlossen, die Umwandlung in eine europäische Aktiengesellschaft, die Societas Europaea, zu vollziehen und haben damit eine europäische Rechtsform angenommen. Betraf diese Mobilität der Gesellschaften zunächst nur das Gründungsstadium, so eröffnete im Jahre 2007 die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung den Gesellschaften Wege eine Rechtsform eines anderen Mitgliedsstaats anzunehmen. Die jüngste Entwicklung betrifft den grenzüberschreitenden Wechsel der Rechtsform durch umwandelnden Formwechsel. Trotz weiterhin bestehender erheblicher Rechtsunsicherheiten ist es in den vergangen Jahren mehreren Gesellschaften gelungen, einen umwandelnden Formwechsel in eine Rechtsform einer Rechtsordnung eines anderen Mitgliedsstaats zu vollziehen.[4]

Diese Entwicklungen sind von den EU-Verträgen, trotz mancher Gefahren für das Gemeinwohl, ausdrücklich intendiert. Gesellschaften sollen im europäischen Binnenmarkt ebenso mobil sein wie natürliche Personen. Dementsprechend bezieht Art. 54 Abs. 1 AEUV die Gesellschaften in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ein, indem Gesellschaften den natürlichen Personen gleichgestellt werden.

Diese Gleichstellung natürlicher Personen und Gesellschaften in Art. 54 Abs. 1 AEUV lässt jedoch zahlreiche Fragen offen und muss sogar Widerspruch erregen. Gesellschaften

[1] Hierzu *Roth,* Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht (2010), 35; *Teichmann* in: Müller-Graff/Teichmann, Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen (2010), 43, 45.
[2] Vgl. etwa die AirBerlin PLC & Co Luftverkehrs KG oder aber internationale Anwaltskanzleien in der Rechtsform der Limited Liability Partnership.
[3] Vgl. die Gründung der Allianz SE, der BASF SE und der Porsche SE.
[4] Vgl. OLG Nürnberg, Beschl. v. 19.6.2013 – 12 W 520/13, NZG 2014, 349; *Pöllath/Fischer*, IStR 2015, 778, 779.

unterscheiden sich in wesentlichen Aspekten von natürlichen Personen.[5] Der wohl augenfälligste Unterschied liegt darin, dass natürliche Personen kraft faktischer Existenz in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fallen. Gesellschaften werden jedoch erst durch einen staatlichen Anerkennungsakt zum Leben erweckt. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) formuliert, dass Gesellschaften im Gegensatz zu natürlichen Personen aufgrund einer nationalen Rechtsordnung gegründet werden und sie dieser Rechtsordnung ihre Existenz verdanken.[6] Noch stärker wird dies in der englischen Fassung der Entscheidung zum Ausdruck gebracht: „It should be borne in mind that, unlike natural persons, companies are creatures of the law".[7] Art. 54 Abs. 1 AEUV muss daher auf die nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten gegründeten Gesellschaften Bezug nehmen. Die Existenz einer Gesellschaft ist damit normgeprägt, da sie auf Normen angewiesen ist. Es handelt sich bei der Niederlassungsfreiheit damit um eine normgeprägte Grundfreiheit.

Ein weiterer Unterschied zwischen natürlichen Personen und Gesellschaften liegt darin, dass die Entscheidung, ob die Niederlassungsfreiheit ausgeübt wird, bei natürlichen Personen Ergebnis eines autonomen Willensentschlusses ist, der regelmäßig nicht Gegenstand der rechtlichen Überprüfung sein kann. Das Bewusstsein natürlicher Personen ist der Ausgangspunkt des gewillkürten Entschlusses, sich in einem anderen Land niederzulassen. Der Einblick in das Bewusstsein einer natürlichen Person bleibt jedoch der Rechtsordnung verwehrt. Die Entscheidung einer natürlichen Person geht damit allein auf ihren willkürlichen, in manchen Fällen sogar impulsiven Entschluss zurück. Die Rechtsordnung muss diesen Entschluss als Faktum hinnehmen und kann hierauf allenfalls mit Sanktionen reagieren. Ganz anders verhält sich dies beim gesellschaftsrechtlichen Normalfall, der Mehrpersonengesellschaft.[8] Gesellschaften sind als Vereinigungen von Personen auf ein Reglement der Entschlussfassung und Beschlussfassung angewiesen. Dieses Reglement hat selbst in seiner einfachsten Ausgestaltung Rechtscharakter. Die Vereinbarung der Gesellschafter, sich nach einer bestimmten Methode auf eine Handlungsoption zu einigen, ist rechtlicher Natur. Hierdurch besteht die Möglichkeit der Rechtsordnung, auf diese Methode Einfluss zu nehmen. Die Rechtsordnung kann eine bestimmte Methode für zulässig und wirksam, eine andere Methode als unzulässig und unwirksam erklären. Sie bestimmt aber

[5] Dies herausstellend auch *Edwards,* EC Company Law (1999), 333; *Roth,* Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht (2010), 3 f.; *Teichmann,* ZIP 2006, 355, 358.
[6] EuGH, C-81/87, Slg. 1988, 5483, *Daily Mail,* Rn. 19.
[7] EuGH, C-81/87, Slg. 1988, 5483, *Daily Mail,* Rn. 19; EuGH, C-210/06, Slg. 2008, I-09641, *Cartesio,* Rn. 104.
[8] Anders im Fall der Einpersonengesellschaft.

damit nicht nur, in welcher Art und Weise eine Gesellschaft zu einem Handlungsentschluss kommen darf, sondern kann vielmehr darauf Einfluss nehmen, ob eine Gesellschaft überhaupt zu einem Handlungsentschluss kommen kann. Indem die Rechtsordnung auf die Modalitäten der Entschlussfassung Einfluss nimmt, kann sie deren Entschlussfassung zugleich erschweren. Damit können diejenigen Normen, die das Wesen der Gesellschaft, insbesondere ihre interne Willensbildung und Entschlussfähigkeit, bestimmen, die nach dem Binnenmarktgedanken angestrebte Mobilität der Gesellschaften ebenso behindern wie sonstige Wegzugsbeschränkungen.[9] Diese Regelungen der innergesellschaftlichen Entscheidungsfindung und Beschlussfassung besitzen somit die Eigenart, dass sie gleichzeitig ermöglichende und beschränkende Wirkung entfalten. Sie stellen damit weder eine Beschränkung der Wegzugsfreiheit dar noch sind sie generell von jeglicher Kontrolle durch die Wegzugsfreiheit freizusprechen. Die Regelungen füllen vielmehr erst den Schutzbereich der normgeprägten Grundfreiheit aus. Sie betreffen zudem spezifisch die Wegzugsfreiheit, da der nationale Gesetzgeber seinen Gesellschaften Regelungen zur Willensbildung und Entschlussfassung auferlegen kann, die den Wegzug faktisch unmöglich machen können. Betroffen ist damit die Beziehung zwischen einer Gesellschaft und dem Mitgliedstaat, nach dessen Recht sie gegründet wurde.[10] Die Reglementierbarkeit der innergesellschaftlichen Entscheidungsfindung steht im Zusammenhang mit dem Wesen der Gesellschaft als Geschöpf einer Rechtsordnung. Die Gesellschaft ist mit ihrer inneren Verfassung Kreatur des Rechts.

Aus dieser Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberscheitenden Umwandlung ergibt sich, dass die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften Rechtswahlfreiheit ist. Der EuGH sieht Umwandlungen als Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit. Nicht nur bei der Gründung einer Gesellschaft, sondern auch im Hinblick auf bestehende Gesellschaften können die Gesellschaften das für sie günstigste Recht wählen. Der Wegzugsstaat darf somit eine wegzugswillige Gesellschaft nicht daran hindern, eine andere mitgliedstaatliche Rechtsform anzunehmen. Die Ausprägung der Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit ist vor dem Hintergrund der Normprägung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften

[9] Hierzu *Jaeger,* Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften im MERCOSUR und im EU-Recht (2003), 156; *Kruse,* Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG – Vereinbarkeit der einschlägigen Regelungen des deutschen Sach- und Kollisionsrechts mit dem EG-Vertrag (1997), 181; für eine Kontrolle des innergesellschaftlichen Entscheidungsverfahrens spricht sich auch *Müller-Graff* in: Müller-Graff/Teichmann, Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen (2010), 1, 26 aus.

[10] So auch die Definition der Wegzugsfreiheit nach EuGH, C-167/01, Slg. 2003, I-10155, *Inspire Art,* Rn. 103.

konsequent. Ist der Gegenstand der Niederlassungsfreiheit auf rechtliche Ausformung angewiesen und rechtlich determiniert, so muss der maßgebliche Mobilitätsakt im Wechsel des anwendbaren Rechts liegen.

Nachdem jahrzehntelang die Anerkennung der Wegzugsfreiheit von Gesellschaften aufgrund der Normprägung umstritten war, kann nach den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Sevic*[11], *Cartesio*[12] und *Vale*[13] als gesichert gelten, dass ein Wegzug ohne Liquidation und Auflösung der Gesellschaft unter gleichzeitigem Wechsel des Gesellschaftsstatuts von der Niederlassungsfreiheit geschützt wird. Hierbei ist es gleichgültig, ob dies durch grenzüberschreitende Verschmelzung, durch Spaltung oder durch formwechselnden Wegzug vollzogen wird. Die Gesellschaft nimmt bei diesem Vorgang der grenzüberschreitenden Umwandlung eine Rechtsform des Zuzugsstaates an und muss sich somit den mitgliedstaatlichen Regeln unterwerfen. Dies gilt auch im Hinblick auf das internationale Gesellschaftsrecht. Der Zuzugsstaat kann daher sowohl die Verlegung des Registersitzes als auch des Verwaltungssitzes ins Inland verlangen.

Fragwürdig ist in diesem Zusammenhang die vom EuGH zuletzt in der Rechtssache *Vale*[14] angedachte Gleichstellung innerstaatlicher Umwandlungen mit grenzüberschreitenden Umwandlungsmaßnahmen. Die Verwehrung grenzüberschreitender Umwandlungs-maßnahmen stellt sich daher als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und nicht als mittelbare Diskriminierung dar. Der Ansatz des EuGH könnte den Schluss zulassen, dass die Regelungen zum Formwechsel innerhalb einer Rechtsordnung ebenso für den grenzüberschreitenden umwandelnden Formwechsel gelten sollen. Dies würde eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem darstellen. Eine entsprechende Anwendung der Regelungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung oder der entsprechenden Regelungen in der SE-Verordnung erscheint bereits daher naheliegender, da ein Formwechsel ebenso durch Verschmelzung der Gesellschaft auf eine neugegründete Vehikel-Gesellschaft möglich ist.

Das Verhältnis der innergesellschaftlichen Beschlussfassung und Entscheidungsfindung zur Wegzugsfreiheit von Gesellschaften ist eine der zahlreichen Fragen, die sich im Anschluss an

[11] EuGH, C-411/03, Slg. 2005, I-10805, *Sevic.*
[12] EuGH, C-210/06, Slg. 2008, I-09641, *Cartesio.*
[13] EuGH, C-378/10, *Vale*.
[14] EuGH, C-378/10, *Vale*.

die umfassende Anerkennung der Wegzugsfreiheit stellen. Die *Vale*-Entscheidung[15] des EuGH hat dabei dafür gesorgt, dass nunmehr auch der grenzüberschreitende umwandelnde Formwechsel durch Sitzverlegung in der Praxis vollzogen wird. Dabei ebnen aktuell Verlautbarungen und Entscheidungen der Registergerichte den Weg.[16] Die bestehenden Rechtsunsicherheiten im Rahmen des Formwechsels durch Registersitzverlegung werden bislang dadurch überwunden, dass die Gesellschafter einstimmig und unter Verzicht auf alle Erfordernisse aus Satzung und Gesetz den Formwechsel beschließen. Wenn der grenzüberschreitende umwandelnde Formwechsel aktuell in Einstimmigkeit möglich ist, wird sich bald die Frage stellen, unter welchen Voraussetzungen ein Mehrheitsgesellschafter unter der Niederlassungsfreiheit das Recht haben soll, diesen Formwechsel auch gegen den Widerstand einer Minderheit durchzusetzen.

Die Mitgliedstaaten sind aufgerufen, durch entsprechende Gesetzgebungsakte zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung hierauf Antworten zu finden und die Entscheidungsfindung zum Wegzug auszugestalten. Dabei ist es nur eine Frage der Zeit, bis die grenzüberschreitende Spaltung ebenfalls mehr und mehr in das Blickfeld gerät. Bei dieser Ausgestaltung der Regelungen zur Entscheidungsfindung und Beschlussfassung bei grenzüberschreitenden Umwandlungen gebührt einerseits den Mitgliedstaaten im Vergleich zu anderen Regelungsbereichen ein weit größerer Spielraum. Andererseits dürfen sie die Mobilität der Gesellschaften nicht faktisch verhindern.

Betroffen ist nicht weniger als die europäische Dimension dessen, was gemeinhin als Corporate Governance bezeichnet wird. Es geht um den fairen Ausgleich der Interessen von Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern und die optimale Ausgestaltung der Unternehmensverfassung unter dem Einfluss der europäischen Grundfreiheiten. Hier entscheidet sich zugleich die Richtung eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen. Denn derjenige Akteur in einem Unternehmen, der über den Wechsel des anwendbaren Rechts in einer Gesellschaft entscheidet, wird diese Entscheidung zugunsten einer Rechtsordnung treffen, die ihm selbst möglichst weitreichende Rechte verleiht.

[15] EuGH, C-378/10, *Vale*.
[16] OLG Nürnberg, Beschl. v. 19.6.2013 – 12 W 520/13, NZG 2014, 349; Vergleiche dazu auch die „Checkliste" der Richterinnen und Richter des Amtsgerichts Charlottenburg – Handelsregister – betreffend die anzuwenden Rechtsnormen bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen – Stand August 2014, GmbHR 2014, R 311.

B. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Die Dissertation untersucht die Regelungen der Entscheidungsfindung innerhalb einer Gesellschaft in Bezug auf die Wegzugsfreiheit der Gesellschaften im Binnenmarkt. Dabei soll ein Beitrag dazu geleistet werden, Maßstäbe für die primärrechtliche Zulässigkeit dieser die Niederlassungsfreiheit ausfüllenden Regelungen der Entscheidungsfindung und Beschlussfassung zu finden. Zugleich werden die konkreten Regelungen der Entscheidungsfindung von Gesellschaften, unabhängig davon, ob diese auf Sekundärrecht beruhen,[17] anhand des erarbeiteten Konzepts auf ihre Vereinbarkeit mit der Wegzugsfreiheit überprüft.

Die Dissertation gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil wird die Wegzugsfreiheit von Gesellschaften als Bestandteil der Niederlassungsfreiheit dargestellt. Dieser erste Teil gliedert sich wiederum in zwei Kapitel. Im ersten Kapitel werden grundsätzliche Fragen der Niederlassungsfreiheit behandelt, während im zweiten Kapitel dargestellt wird, dass nicht nur die Zuzugsfreiheit, sondern auch die Wegzugsfreiheit von Gesellschaften von der Niederlassungsfreiheit umfasst ist. Dabei wird auf die Besonderheiten, die sich daraus ergeben, dass Gesellschaften sich in vielerlei Hinsicht von natürlichen Personen unterscheiden, eingegangen.

Der zweite Teil der Arbeit betrifft die Ebene des europäischen Privatrechts und behandelt damit das Verhältnis von Gesellschaftsrecht zum Europarecht. Dabei wird ausgehend von der These, dass es sich bei den Grundfreiheiten um besondere Vertragsfreiheiten im grenzüberschreitenden Kontext handelt, die Überprüfbarkeit von Vertragsrecht und des durch Vertragsschluss geschaffenen Rechts an den Grundfreiheiten diskutiert. Sodann werden die gesellschaftsrechtlichen Beschlussfassungsregeln dem Vertragsrecht zugeordnet. Der dritte Teil der Arbeit geht der Frage nach, inwiefern sich die Regelungen zur innergesellschaftlichen Beschlussfassung an der Wegzugsfreiheit messen lassen. Dabei werden zunächst die Regelungen zur Entscheidungsfindung zu einem Wegzugsbeschluss dargestellt und zum

[17] Im Ergebnis muss ein zumindest vergleichbarer Prüfungsmaßstab gelten, da Sekundärrecht ebenso wie nationales Recht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen kann; dazu *Forsthoff*, IStR 2006, 698, 700; *Lüdicke/Hummel*, IStR 2006, 694, 695; ausführlich zu dem Streitstand *Altmeppen/Ego* in: Goette/Habersack/Kalss, Münchener Kommentar Aktiengesetz, Band 7, Europäisches Aktienrecht, B., Rn. 123 f.; *Jarass,* Europarecht 2000, 705, 715; *Jarass,* Europarecht 1995, 202, 211; *Kahl* in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 Rn. 29; *Kingreen/Strömer,* Europarecht 1998, 263, 277 f.; *Schön/Schindler*, IStR 2004, 571, 576; *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 650 und 655; *Teichmann,* Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht (2006), 156 ff.; a. A. *Roth,* Europarecht 1987, 7, 9, der aber daraus umgekehrt auch keine Irrelevanz für den Unionsgesetzgeber herleiten will; *Möstl*, Europarecht 2002, 318, 332, der die Funktion der Grundfreiheiten von den europäischen Grundrechten abgedeckt sieht. Vgl. auch aus der Rechtsprechung nur EuGH, Rs. 240/83, Slg. 1985, 531, Rn. 9 – *Association de défense*; EuGH, Rs. C-51/93, Slg. 1994, I-3879, Rn. 10 – *Meyhui*.

reinen Minderheitenschutz abgegrenzt. Sodann wird der Frage nachgegangen, ob diese Regelungen überhaupt der Kontrolle der Niederlassungsfreiheit unterliegen. Sowohl zeitlich als auch funktional ermöglichen die Beschlussfassungsregeln den Wegzug ebenso wie sie ihn beschränken. Als den Schutzbereich der Wegzugsfreiheit ausfüllende Normen unterliegen sie dennoch der Kontrolle der Grundfreiheit. Daher wird anschließend unter Heranziehung der Dogmatik anderer normgeprägter Freiheitsrechte ein eigener Prüfungsmaßstab entwickelt und dieser beispielhaft auf Regelungen zur Entscheidungsfindung und Beschlussfassung angewandt.

Die Arbeit wird in der Reihe Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht des Nomos Verlags veröffentlicht.