

Heidelberger Schriften
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

95

Mike Karl Schmidt

Grenzüberschreitender Formwechsel

Verfahrens- und Registerrecht im Lichte des
Company Law Package und die praktische Umsetzung



Nomos

Heidelberger Schriften
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Prof. Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford)

Band 95

Mike Karl Schmidt

Grenzüberschreitender Formwechsel

Verfahrens- und Registerrecht im Lichte des
Company Law Package und die praktische Umsetzung



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.: Heidelberg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7813-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-2216-2 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Ehefrau

*Meinem wunderschönen, lebenslangen Schicksalsschatz, Yasmin,
danke ich von ganzen Herzen für Ihre fortwährende Unterstützung,
Geduld und Liebe. Ihr, die mich jeden Tag motiviert und das Positive
in jedem Schatten erblickt, ist dieses Werk gewidmet.*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität in Heidelberg als Dissertation angenommen. Die Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Hogan Lovells International LLP in Frankfurt am Main. Rechtsprechung und Neuerscheinungen in der Literatur konnten bis Ende Juli 2020 berücksichtigt werden.

Mein größter und tief empfundener Dank gilt meinem hochverehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff. Jederzeit konnte ich mir seiner uneingeschränkten Unterstützung und hervorragenden Betreuung sicher sein. Mir wurde die große Ehre zu teil, bei ihm promovieren zu dürfen.

Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford) für die nützlichen fachspezifischen Anregungen und die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ganz besonders herzlich möchte ich mich bei Herrn Dr. Tim Oliver Brandi LL.M. (Columbia) bedanken, der mir die Möglichkeit einräumte, promotionsbegleitend für Hogan Lovells tätig zu sein. Auf seine uneingeschränkte Unterstützung konnte ich ebenfalls jederzeit vertrauen.

Für die große Mühe und die zahlreichen substantiierten redaktionellen Hinweise gebühren Frau Britta Trzaska, Frau Rechtsanwältin Jessica Gericke und Herrn Rechtsanwalt Di Wu größte Dankbarkeit.

Spezieller Dank gebühren Frau Eva Reuss, Herrn Ref. iur. Niklas C. Gradinaroff, Herrn Jannick Nagel und Herrn Cem Karalalek für ihre unerschöpfliche Hilfe im Rahmen der Literaturrecherche.

Meinen Eltern, denen mein ganz besonderer Dank zu Teil wird, ist das Schlusswort gewidmet. Sie haben mich während meiner Promotion sowie auf dem Weg dorthin in jeder Hinsicht unterstützend und aufopferungsvoll begleitet. Auf sie konnte ich mein ganzes Leben vertrauen und sie haben mir fortwährend geholfen, meine Ziele, Wünsche und Träume zu verwirklichen.

Frankfurt am Main, im Juli 2020

Mike Karl Schmidt

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Kapitel 1 Einleitung	23
A. Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt	23
B. Reichweite der Niederlassungsfreiheit – Rechtsprechung des EuGH	24
C. Grenzüberschreitender Formwechsel de lege lata	26
D. EU-Company Law Package	27
E. Gang der Darstellung	28
Kapitel 2 Grundlagen des grenzüberschreitenden Formwechsels	30
A. Begriff des grenzüberschreitenden Formwechsels	30
B. Motive für grenzüberschreitende Formwechsel	32
I. Neues Rechtskleid	33
1. Heraus-Formwechsel	33
2. Herein-Formwechsel	36
II. Identitätswahrung des Rechtsträgers	37
III. Motive für einen innerstaatlichen Formwechsel	39
C. Vergleich zu anderen Umstrukturierungsoptionen	39
I. Grenzüberschreitende Verschmelzung	40
II. Grenzüberschreitende Anwachsungsmodelle	41
III. Asset Deal	44
IV. Zwischenergebnis	44
Kapitel 3 Ausgangspunkt: Rechtsprechung zum grenzüberschreitenden Formwechsel	46
A. Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit	47
I. Daily Mail – Wegzug und sog. Geschöpftheorie	48
II. Centros, Überseering, Inspire Art – Übergang zur Gründungstheorie für Zuzugsfälle	50
1. Centros	50

Inhaltsverzeichnis

2. Überseering	51
3. Inspire Art	51
4. Zwischenbilanz – „Europäische Gründungstheorie“	52
III. Cartesio, National Grid Indus – Wiederaufleben von Daily Mail für Wegzugsfälle	53
IV. VALE – Endgültiger Durchbruch des grenzüberschreitenden Formwechsels	55
1. Sachverhalt	56
2. Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels	56
3. Durchführung des grenzüberschreitenden Formwechsels	57
4. Mobilitätskomponente	59
V. Polbud – Niederlassungsfreiheit als (nachträgliche) Rechtswahlfreiheit	59
1. Sachverhalt	60
2. Schlussanträge der Generalanwältin	60
3. Entscheidungsgründe des EuGH	61
4. Die Mobilitätskomponente – Sitzspaltung vs. Sitzeinheit	63
a) Sitzeinheit	65
(1) Steueroptimierung	66
(2) Sonderanknüpfung zur Sicherung der Mitbestimmung	66
(3) Sitzspaltungsverbot	67
b) Sitzspaltung	68
(1) Steueroptimierung – nachgelagerter Schutz	69
(2) Keine Sonderanknüpfung nach derzeitiger Rechtslage	70
(3) Sitzspaltungsverbot als reines Spezifikum der SE	71
(4) „Europäische Sitztheorie“	72
(5) „Kassieren“ der Polbud-Entscheidung durch Sekundärrecht?	72
(6) Nachgelagerte Missbrauchskontrolle und <i>stakeholder</i> -Schutz	73
5. Zwischenergebnis	74
VI. Unionsrechtliche Vorgaben im Kontext der EuGH-Rechtsprechung	74
1. Wegzug	75
a) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit	75
b) Beschränkung	75
c) Rechtfertigung	76
2. Zuzug	77

3. Drittstaaten	78
VII. Zwischenergebnis	78
B. Obergerichtliche Rechtsprechung in Deutschland	79
I. OLG Nürnberg – Herein-Formwechsel einer luxemburgischen S.à r.l.	79
1. Sachverhalt	79
2. Entscheidungsgründe	80
3. Würdigung – Löschung der Gesellschaft vor Neueintragung	81
II. KG Berlin – Herein-Formwechsel einer französischen S.à r.l.	82
1. Sachverhalt	82
2. Entscheidungsgründe	83
3. Würdigung – Art. 8 SE-VO als Rechtsgrundlage?	84
III. OLG Frankfurt a.M. – Heraus-Formwechsel einer GmbH	85
1. Sachverhalt	85
2. Entscheidungsgründe	86
3. Grenzüberschreitender Formwechsel kraft Eintragung?	87
IV. OLG Düsseldorf – Herein-Formwechsel einer niederländischen B.V.	90
V. Zwischenergebnis	91
Kapitel 4 Grenzüberschreitender Formwechsel de lege lata	93
A. Anwendbares Recht	93
I. Primärschutz durch die Niederlassungsfreiheit	93
II. Kollisionsrechtliche Vereinigungstheorie	94
III. Anzuwendendes deutsches Recht	97
1. Analogieverbot nach § 1 Abs. 2 UmwG	99
2. Planwidrige Regelungslücke	100
3. Vergleichbare Interessenlage	101
a) §§ 122a ff. UmwG analog	102
b) Art. 8 SE-VO analog und „Checkliste“ des AG Charlottenburg	103
c) §§ 190 ff. UmwG analog als primäre Grundlage der Analogie	105
(1) Alternative Verweisung auf Art. 8 SE-VO oder §§ 122a ff UmwG	106
(2) Aktuelle Registerpraxis, §§ 190 ff. UmwG analog	108
IV. Zwischenergebnis	110

Inhaltsverzeichnis

B. Verfahrensablauf des grenzüberschreitenden Formwechsels	111
I. Grenzüberschreitender Heraus-Formwechsel	111
1. Rechtsträger	111
a) Ausgangsrechtsträger, § 191 Abs. 1 UmwG analog	111
b) Zielrechtsträger	112
c) Insolvenzarbitrage, Art. 8 Abs. 15 SE-VO analog?	112
2. Umwandlungsplan	113
3. Umwandlungsbericht	115
4. Umwandlungsbeschluss	117
5. Verfahrensrechtliche Schutzmechanismen zugunsten der <i>stakeholder</i> ?	119
a) Schutz der (Minderheits-)Gesellschafter	120
b) Vorverlagerung des Gläubigerschutzes?	121
c) Unternehmerische Mitbestimmung	122
6. Vollzugsphase	124
a) Handelsregisteranmeldung	124
b) Abzugebende Versicherungen	125
c) „Verlegungsbescheinigung“	126
7. Verfahren im Zuzugsstaat, Löschung im deutschen Handelsregister	128
II. Grenzüberschreitender Herein-Formwechsel	129
1. Verlegungsbescheinigung	129
2. Anzuwendendes Recht – de facto (Sach-)Gründung	131
3. Rechtsträger	131
a) Ausgangsrechtsträger	131
b) Zielrechtsträger	132
4. Umwandlungsbeschluss	133
5. Weitere Gründungsunterlagen	135
6. Umwandlungsbericht	137
7. Vollzugsphase	138
a) Handelsregisteranmeldung	138
b) Abzugebende Versicherungen	138
c) Eintragung	139
III. Zwischenergebnis	140
 Kapitel 5 Registervernetzung und handelsrechtliche Publizität in der EU	 142
A. System zur Vernetzung der Register – BRIS	142
I. Rechtsgrundlagen	143
II. Anwendungsbereich	144

III. Status quo	145
1. Europäisches Justizportal	146
a) Suchfunktion	146
b) Unternehmensinformationen	147
c) Dokumente und Urkunden	148
2. Zweigniederlassungen	150
3. Zentrale Europäische Plattform	150
IV. Zwischenergebnis	152
B. Handelsrechtliche Publizität	153
I. Publizitätsmittel	153
1. Register	153
2. Bekanntmachung	154
3. Amtssprache und sekundäre Publizitätsmittel	155
II. Publizitätsgegenstände	155
III. Publizitätswirkungen	157
1. Negative Publizität	157
2. Positive Publizität	158
IV. „Publizität der Publizitätswirkungen“ – Schnittstelle zu BRIS	160
1. Reichweite der Publizität der Publizitätswirkungen	160
2. Unterschiedlicher Informationsgehalt	161
3. Kontrolle durch die EU-Kommission?	162
V. Harmonisierung der handelsrechtlichen Publizität?	162
C. Generalbefund	164
I. Anwendungsbereich für grenzüberschreitenden Formwechsel?	164
II. Zwischenergebnis	164
Kapitel 6 EU-Company Law Package	166
A. Überblick und Konzeption	169
I. Rechtsgrundlage	169
II. Gesetzgebungsverfahren	171
B. Digitalisierungsrichtlinie	173
I. Online-Verfahren (Gründung, Eintragung, Einreichung)	174
1. Anwendungsbereich	174
a) Erfasste Rechtsformen, Bargründung/Sachgründung	174
b) Mehrpersonengründungen und juristische Personen	175
2. Physische Anwesenheit zwecks Identitätsfeststellung	176

Inhaltsverzeichnis

3. Mustervorlagen – templates	177
a) Vergleich zum Musterprotokoll – Gestaltungsfreiheit im GmbHG	178
b) Vorbeugende Rechtspflege – Rolle der Notare	179
c) Sprachenregelung	181
II. Inhabilität von Geschäftsführern	181
III. Handelsrechtliche Publizität	182
1. Wegfall des Bekanntmachungserfordernisses – register-only-Prinzip	182
2. Publizitätswirkungen	183
IV. Ausweitung BRIS	186
1. Zusätzliche kostenlose Basisinformationen	186
2. Erweiterung auf Personengesellschaften	187
3. Ermächtigung der Kommission für optionale Zugangspunkte	187
V. Ergebnis	188
C. Mobilitätsrichtlinie	190
I. Überblick	190
1. Gründe und Ziele: Drei Säulen grenzüberschreitender Mobilität	190
2. Polbud als zentraler Ausgangspunkt	192
3. Begriff des grenzüberschreitenden Formwechsels auf EU-Ebene	192
4. Anwendungsbereich	193
a) Beschränkung auf Kapitalgesellschaften	193
b) Sonderregeln zum Anwendungsbereich	195
II. Zweistufiges Verfahren	196
1. Verfahren im Wegzugsstaat als erste Stufe	196
a) Formwechselplan	196
(1) Modifikationen im Vergleich zur Verschmelzung	197
(2) Sprachenregelung	198
b) Formwechselbericht	198
(1) Ursprünglich: Zwei separate Berichte	199
(2) Dreifaltigkeit des Formwechselberichts	200
(3) Allgemeiner Teil	202
(4) Abschnitt für Gesellschafter und Verzichtsmöglichkeit	203
(5) Abschnitt für Arbeitnehmer und „Nicht-Erforderlichkeit“	205
(6) Rechtsfolge bei Fehlern des Berichts	206

c)	Bericht des unabhängigen Sachverständigen	206
	(1) Umfassende Prüfung im ursprünglichen Kommissionsentwurf	207
	(2) Verzichtsmöglichkeit	208
	(3) Haftung und Unabhängigkeit des Sachverständigen	208
d)	Offenlegung	209
e)	Zustimmung der Gesellschafterversammlung	210
f)	<i>stakeholder</i> -Schutz	211
g)	Schutz der Gesellschafter	212
	(1) Austrittsrecht gegen Barabfindung	212
	(2) Ausübung des Austrittsrechts	213
	(3) Abfindungsergänzungsanspruch – prozessuale Durchsetzung	214
	(4) Ausschluss der Anfechtung	215
	(5) Befund	215
h)	Schutz der Gläubiger	216
	(1) Anspruch auf angemessene Sicherheiten	216
	(2) Bonitätserklärung	217
	(3) Besonderer internationaler Gerichtsstand	218
	(4) Befund	219
i)	Schutz der Arbeitnehmer – Unternehmerische Mitbestimmung	220
	(1) 4/5-Regelung	220
	(2) Umfang der Mitbestimmung	222
	(3) Betriebe in anderen Mitgliedstaaten	223
	(4) Verhandlungsprozedere und weitere Vorschriften	224
	(5) Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer	225
	(6) Befund	226
j)	Rechtmäßigkeitsprüfung und Vorabbescheinigung	227
	(1) Ursprünglich: Zweistufige Missbrauchsprüfung	227
	(2) Einstufige Rechtmäßigkeitsprüfung	229
	(3) Missbrauchsvorbehalt	229
	(4) Zweifel hinsichtlich missbräuchlicher Zwecke	231
	(5) Ausstellung und Übermittlung der Vorabbescheinigung	233
2.	Verfahren im Zuzugsstaat als zweite Stufe	233
a)	Rechtmäßigkeitsprüfung des Zuzugsstaats	233
b)	Eintragung im Register des Zuzugsstaats	234

Inhaltsverzeichnis

c) Wirksamwerden des grenzüberschreitenden Formwechsels	235
III. „Vorwirkung“ der Mobilitätsrichtlinie?	235
1. Vorwirkung einer Richtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist	236
a) Loyalitätsprinzip	236
b) Richtlinienkonforme Auslegung	238
2. OLG Saarbrücken – Heraus-Formwechsel einer GmbH	239
a) Sachverhalt	240
b) Entscheidungsgründe	240
c) Würdigung – „Vorwirkung“ der Mobilitätsrichtlinie für die Praxis?	242
3. Leitfaden für die Praxis	243
IV. Ausblick – Umsetzung im UmwG	244
V. Ergebnis	245
 Kapitel 7 Zusammenfassung in Thesen	 247
 Literaturverzeichnis	 251

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
AW-Prax	Zeitschrift für Außenwirtschaft in Recht und Praxis
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen
BB	Der Betriebsberater
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
COM/KOM/SWD	Legislativvorschläge und sonstige Mitteilungen der EU-Kommission an den Rat und/oder an die anderen Organe sowie die entsprechenden vorbereitenden Dokumente.
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe

Abkürzungsverzeichnis

dies.	dieselbe(n)
DigiRL	Digitalisierungsrichtlinie
DigiRL-E	Digitalisierungsrichtlinie-Entwurf
DK	Der Konzern
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECL	European Company Law
EU	Europäische Union
EuGesR	Europäisches Gesellschaftsrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-Kommission	Europäische Kommission
EU-Parlament	Europäisches Parlament
EuR	Europarecht
EuropUR	Europäisches Unternehmensrecht
EU-Rat	Europäischer Rat
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuWiR	Europäisches Wirtschaftsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f./ff.	folgende/fortfolgende
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesR-RL	„Gesellschaftsrechtsrichtlinie“, RL (EU) 2017/1132 des EU-Parlaments und des Rates v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. v. 30.6.2017, L 169/46.
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau

GmbHR-StB	GmbH-Steuerberater
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
Hdb	Handbuch
HR	Handelsregister
i.S.d.	im Sinne des
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IStR	Internationales Steuerrecht
IWB	Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
JR	Juristische Rundschau
jurisPR-HaGesR	juris Praxis Report Handels- und Gesellschaftsrecht
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KG	Kommanditgesellschaft
KMU	Kleinere und mittlere Unternehmen
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
lit.	litera
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
m.V.a.	mit Verweis auf
m.w.N.	mit weiteren Nennungen
Mio.	Millionen
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer in Bayern
MobilRL	Mobilitätsrichtlinie
MobilRL-E	Mobilitätsrichtlinie-Entwurf

Abkürzungsverzeichnis

MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue juristische Wochenschrift
notar	Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGAW	Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
OGK	Online-Großkommentar
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OK	Online-Kommentar
PIStB	Praxis Internationale Steuerberatung
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SE	Societas Europaea
SE-BetRL	Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der SE hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer
SE-VO	Verordnung über das Statut der SE
SEAG	Gesetz zur Ausführung der SE-VO
SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft
SMC	Single Member Company
sog.	sogenannte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz

UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
v.	von/vom
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrecht in der Diskussion - Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung
VO	Verordnung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für das Europäische Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

