

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

---

Band 89

# Interdependenz von Primär- und Kollisionsrecht im europäischen Gesellschaftsrecht

Rechtsrahmen für im Inland ansässige  
EU-Auslandsgesellschaften

Von

Olaf Berner



Duncker & Humblot · Berlin

OLAF BERNER

Interdependenz von Primär- und Kollisionsrecht  
im europäischen Gesellschaftsrecht

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 89

# Interdependenz von Primär- und Kollisionsrecht im europäischen Gesellschaftsrecht

Rechtsrahmen für im Inland ansässige  
EU-Auslandsgesellschaften

Von

Olaf Berner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen hat diese Arbeit  
im Sommersemester 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 1614-7626  
ISBN 978-3-428-14669-7 (Print)  
ISBN 978-3-428-54669-5 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-84669-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur fanden bis Herbst 2014 Berücksichtigung.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler, der meine juristische Ausbildung wesentlich gefördert und geprägt hat. Während der Erstellung der gesamten Arbeit hat er mich mit zahlreichen Denkanstößen wohlwollend begleitet und mir vertrauensvoll alle akademischen Freiheiten gelassen. Großer Dank gebührt auch Herrn PD Dr. Alexander Thiele für dessen zügige Erstellung des Zweitgutachtens, Herrn PD Dr. Marcus Schladebach für den Vorsitz in der Prüfungskommission sowie Herrn Prof. Dr. Holger Fleischer und Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt für die Aufnahme der Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe.

Danken möchte ich zudem den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Lehrstuhl von Prof. Dr. Spindler, insbesondere Frau Ingrid Floerke, Herrn Dr. Guido Brinkel, Herrn Dr. Jörn Heckmann und Herrn Prof. Dr. Lars Klöhn, die stets mit Rat und Tat zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Ebenso bin ich der Sozietät Hengeler Mueller, insbesondere Herrn Dr. Oliver Rieckers, sehr verbunden für den notwendigen Freiraum, um die Arbeit voranzutreiben.

Besonders hervorheben möchte ich zudem Herrn Dr. Thilo Fleck und Herrn Dr. Carsten Wettich, die mir mit unschätzbarem Wohlwollen und Großzügigkeit den Rücken für die Fertigstellung dieser Arbeit freigehalten haben. Ihnen schulde ich größten Dank.

Mein herzlicher Dank gebührt nicht zuletzt meinen Eltern und meiner Schwester, die mich stets gefördert und auch in schwierigsten Zeiten ermutigt haben. Ohne sie wäre die Erstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen. Schließlich möchte ich meiner Frau für ihre unendliche Geduld, die einfühlsame Motivation und moralische Unterstützung danken. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im Frühjahr 2015

*Olaf Berner*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	11
<b>Einführung in die Problemstellung und Gang der Untersuchung</b> .....	14
<i>1. Teil</i>	
<b>Grundfreiheiten und Kollisionsrecht</b> .....	17
§ 1 Funktion der Grundfreiheiten im Binnenmarkt .....	17
I. Der europäische Binnenmarkt .....	18
1. Ökonomische Ausrichtung .....	19
2. Begrenzung durch nicht-ökonomische Erwägungen .....	20
II. Grundfreiheiten als Instrumente zur Verwirklichung des Binnenmarkts .....	21
1. Das Herkunftslandprinzip als Motor der Integration .....	25
2. Die begrenzte Funktion des Herkunftslandprinzips .....	27
III. Der unvollkommene Binnenmarkt als Regelungsziel der Grundfreiheiten .....	30
§ 2 Interdependenz von Grundfreiheiten und mitgliedstaatlichem Kollisionsrecht .....	32
I. Kollisionsrecht als grundfreiheitenresistente Materie .....	34
1. Kollisionsrecht als ergebnisneutrales Verweisungsrecht .....	34
2. Besonderheiten im internationalen Gesellschaftsrecht .....	38
a) Art. 54 AEUV – Primat des internationalen Gesellschaftsrechts? .....	39
b) Marktzersplitterung als Folge einer Gesamtnormverweisung .....	42
c) Kein Vorrang des internationalen Gesellschaftsrechts (Überseering) .....	46
3. Zwischenergebnis .....	48
II. Grundfreiheiten als versteckte Kollisionsnormen .....	49
1. Parallelen zwischen Grundfreiheiten und Kollisionsrecht .....	51
a) Grenzüberschreitender Sachverhalt .....	51
b) Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen .....	52
2. Primärrechtliches Herkunftslandprinzip als Ansatzpunkt der Kollisionsnorm ..	53
3. Stellungnahme .....	55
a) Unterschiedliche Zielsetzung von Kollisionsrecht und Grundfreiheiten ...	56
aa) Beschränkungswirkung von ausländischem Recht .....	58
bb) Legitimation unterschiedlicher Rechtsordnungen durch die Struktur des Binnenmarkts .....	62



b) Primärrechtliches Herkunftslandprinzip als untauglicher Ansatzpunkt für versteckte Kollisionsnorm	64
aa) Begrenzte Bedeutung des Herkunftslandprinzips	65
bb) Systematische Friktionen einer primärrechtlichen Kollisionsnorm	68
c) Zwischenergebnis: Grundfreiheiten ohne kollisionsrechtliche Aussage	70
4. Sonderstellung des internationalen Gesellschaftsrechts aufgrund der EuGH-Rechtsprechung?	70
a) Die begrenzte Funktion von Art. 54 AEUV	71
b) Die Überseering-Rechtsprechung des EuGH	72
aa) Identifikation des Grundfreiheitenberechtigten	74
bb) Kollisionsrechtliche Dimension der Vorlagefragen	80
c) Zwischenergebnis	88
III. Die Grundfreiheiten als Ergebniskontrolle ( <i>obligation de résultat</i> )	92
§ 3 Rückschlüsse für das internationale Gesellschaftsrecht	96
I. Vor- und Nachteile von Sitz- und Gründungstheorie	96
1. Gewährleistung eines austarierten Systems gesellschaftsrechtlicher Rechtsätze	99
2. Rechtssicherheit und -kosten	101
3. Unionsrechtliche Absicherung	103
a) Diskriminierende Wirkung der Gründungstheorie?	104
b) Anerkennung der Identität statt Diskriminierung	107
II. Vorzug der Gründungstheorie	109

## 2. Teil

### **Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit** 111

§ 4 Weiter Beschränkungsgehalt als Ausgangspunkt	111
I. Primäre und sekundäre Niederlassungsfreiheit	111
II. Der Beschränkungsgehalt des EuGH	113
1. Keine Begrenzung auf spezielle Rechtsgebiete	115
2. Notwendigkeit der Eingrenzung	118
§ 5 Ansätze zur Begrenzung des Beschränkungsverbots der Art. 49, 54 AEUV	122
I. Missbrauch der Niederlassungsfreiheit	122
1. Erscheinungsformen des Missbrauchs	125
2. Missbrauch im Sinne einer Normumgehung	128
a) Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements	129
b) Urteil Leclerc als Musterbeispiel einer künstlichen Grenzüberschreitung	130
c) Vergleichbarkeit mit im Inland ansässigen Auslandsgesellschaften	131
aa) Gesellschaft als solche Träger der Niederlassungsfreiheit	132

bb) Zurechnung der Gründer auf Rechtfertigungsebene? .....	136
(1) Das Urteil TV 10 .....	138
(2) Wahl der Gesellschaftsrechtsordnung als Ausfluss der Niederlassungsfreiheit .....	139
d) Zwischenergebnis .....	141
3. Fehlender Rechtswidrigkeitszusammenhang bei Missbrauch nationalen Rechts	143
4. Zusammenfassung .....	149
II. Begrenzung auf Gründungsvorschriften .....	149
III. Kollisionsrechtliche Verengung des Gesellschaftsrechts .....	152
1. Die kollisionsrechtliche Qualifikation als Entscheidungskriterium .....	154
a) Prominente Beispiele .....	155
aa) Insolvenzverschleppungshaftung .....	155
(1) Art. 4 EuInsVO als sicherer Hafen? .....	157
(2) Bestärkung durch den Gesetzgeber .....	160
bb) Existenzvernichtungshaftung .....	162
b) Gemeinsamkeiten der Ansätze .....	165
2. Die Schwächen einer kollisionsrechtlich vermittelten Einschränkung .....	166
a) Alleinige Fokussierung auf das Gesellschaftsrecht .....	166
b) Entgegenstehende Rechtsquellenhierarchie .....	170
aa) Mangelnde Relevanz mitgliedstaatlicher Qualifikation .....	170
bb) Keine Legalisierung durch Sekundärrecht .....	174
cc) Zwischenergebnis .....	178
c) Methodische Kritik .....	182
aa) Nationale Ebene .....	182
(1) Insolvenzverschleppungshaftung .....	183
(2) Existenzvernichtungshaftung .....	185
bb) Unionsrechtliche Ebene .....	186
(1) Der Verfahrensbezug des Art. 4 EuInsVO .....	188
(2) Konstruktive Schwierigkeiten .....	189
(3) Die EuGH-Entscheidung <i>Gourdain/Nadler</i> .....	190
d) Unerwünschte Konsequenzen .....	192
3. Zwischenergebnis .....	195
IV. Die <i>Keck</i> -Rechtsprechung und das Marktzugangskriterium .....	196
1. Die <i>Keck</i> -Entscheidung .....	196
2. Übertragung auf die Niederlassungsfreiheit .....	198
a) Indifferenz des EuGH .....	198
b) Begriffsjuristische Übertragung .....	201
aa) Geringe Aussagekraft der Begriffskategorien .....	204
bb) Unschärfe der Begrifflichkeiten .....	207
cc) Fehlende dogmatische Rückbegründung .....	208

dd) Zwischenergebnis .....	210
3. Das Kriterium des Marktzugangs .....	212
a) Übertragbarkeit auf die Niederlassungsfreiheit .....	215
b) Bedeutung für das Gesellschaftsrecht .....	218
aa) Temporales Verständnis des Marktzugangs .....	219
bb) Art. 54 AEUV – nationales Gesellschaftsrecht und subjektive Grundfreiheitenberechtigung .....	227
V. Mitgliedstaatliches Gesellschaftsrecht: Vorfrage und zugleich Subjekt der Niederlassungsfreiheit .....	239

### *3. Teil*

<b>Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit</b>	242
§ 6 Art. 52 AEUV als Rechtfertigungsgrund .....	242
§ 7 Zwingende Gründe des Allgemeininteresses .....	243
I. Geeignetheit und Kohärenz der Rechtsanwendung .....	245
II. Erforderlichkeit .....	254
1. Informationsmodell .....	254
2. Vorschriften des Gründungsrechts .....	258
III. Zwischenergebnis – wenig Raum für die Rechtfertigung .....	261

### *4. Teil*

<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	263
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	270
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	305

## Einleitung

„Corporate mobility is the very essence of the internal market.“<sup>1</sup>

Diese Worte beschreiben prägnant die Bedeutung der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften in Europa. Für die Verwirklichung des europäischen Binnenmarkts ist es unabdingbar, neben Waren und Produkten auch Gesellschaften einen transnationalen Freiverkehr zu gewährleisten und ihnen mittels einer an ökonomischen Kriterien ausgerichteten freien Standortwahl in der Union<sup>2</sup> eine über den Warenimport hinausgehende Durchdringung der mitgliedstaatlichen Märkte und eine regionale Stärkung ihrer Wettbewerbsposition zu ermöglichen.<sup>3</sup> Das Unionsrecht trägt diesem Anliegen durch die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV Rechnung, die neben natürlichen Personen über Art. 54 AEUV auch Gesellschaften zugutekommt.

Dem Bedürfnis einer freien Standortwahl steht jedoch das Anliegen der Mitgliedstaaten gegenüber, ihre nationalen Märkte mit Hilfe des eigenen, nationalen Rechts zu regulieren und die Marktteilnehmer auf die Einhaltung entsprechender Normativbestimmungen und ordnungspolitischer Wertentscheidungen zu verpflichten. Zu den Adressaten der mitgliedstaatlichen Wirtschaftsregulierung gehören insbesondere auch die aus anderen Mitgliedstaaten zuziehenden Auslandsgesellschaften. Bei der Ausübung grenzüberschreitender Mobilität bewegen sich Gesellschaften daher zwischen zwei Polen: Dem grundfreiheitlich abgesichertem Freiverkehr einerseits und dem nationalen Regelungsanspruch andererseits. In diesem Spannungsfeld stellen sich eine ganze Reihe konfliktträchtiger Fragen, beispielsweise nach der Anerkennung der Gesellschaft im Aufnahmestaat, dem auf die Gesellschaft anzuwendenden Recht oder dem Umfang der Regelungskompetenz des Aufnahmestaats.

Die zentralsten dieser Fragen hat der EuGH in seiner Entscheidungskette *Centros*,<sup>4</sup> *Überseering*<sup>5</sup> und *Inspire Art*<sup>6</sup> für die Praxis beantwortet: Gesellschaften sind in jedem Mitgliedstaat als Rechtssubjekt des Gründungsstaats anzuerkennen und

---

<sup>1</sup> Hopt, in: Geens/Hopt (Hrsg.), *The European Company Law Action Plan Revisited*, 2010, S. 9, 18.

<sup>2</sup> Zum Begriff vgl. Art. 1 Abs. 3 EUV („Die Union tritt an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, deren Rechtsnachfolgerin sie ist.“).

<sup>3</sup> Zur Bedeutung für den Binnenmarkt auch *Behrens*, *EuZW* 2013, 121 f.; *Müller-Graff*, *ZHR* 177 (2013), 563, 566.

<sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 9.3.1999 – Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459.

<sup>5</sup> EuGH, Urteil vom 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919.

<sup>6</sup> EuGH, Urteil vom 30.9.2003 – Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155.

können anlässlich des Zuzugs nicht erneut den im Aufnahmemitgliedstaat für die Gründung einer Gesellschaft geltenden Bestimmungen unterworfen werden. In *Cartesio*,<sup>7</sup> *National Grid Indus*<sup>8</sup> und *Vale*<sup>9</sup> hat der Gerichtshof dem von ihm verfochtenen Niederlassungsmodell weitere Konturen verliehen. Gleichwohl wäre es verfrüht, allein in diesen Urteilen einen adäquaten Rechtsrahmen für die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften zu erblicken. Ein solcher lässt sich nicht allein auf Grundlage der negativ integrativen Wirksamkeit des Primärrechts schaffen. Die für eine effiziente Ausübung der Mobilitätsgarantie erforderliche Rechtssicherheit kann vielmehr nur durch die Positivintegration des sekundären Unionsrechts erreicht werden.<sup>10</sup>

Entsprechende Maßnahmen der Legislativorgane der EU lassen jedoch trotz der Bedeutung der grenzüberschreitenden Mobilität auf sich warten. Zwar lag bereits 1968 ein Entwurf zur Anerkennung ausländischer Gesellschaften vor.<sup>11</sup> Im Jahr 1997 folgte der Entwurf der 14. Richtlinie zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung.<sup>12</sup> Beide sind jedoch nie über das Entwurfsstadium hinausgekommen. Erst nach der Entscheidungstrias *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* wandte sich die Kommission als Initiativorgan mit ihrem Aktionsplan 2003 erneut den Problemen der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften zu.<sup>13</sup> In der Folgezeit waren zwar einige Fortschritte, namentlich die Verschmelzungsrichtlinie<sup>14</sup> und die Einführung der *Societas Europaea*,<sup>15</sup> zu verzeichnen. Kernelemente eines europäischen Rechtsrahmens für die grenzüberschreitende Betätigung von Gesellschaften, die zuvor noch als zentrale Themen identifiziert worden waren,<sup>16</sup> hatten jedoch weiter

<sup>7</sup> EuGH, Urteil vom 16. 12. 2008 – Rs. C-210/06 (*Cartesio*), Slg. 2008, I-9641.

<sup>8</sup> EuGH, Urteil vom 29. 11. 2011 – Rs. C-371/10 (*National Grid Indus*), Slg. 2011, I-12273.

<sup>9</sup> EuGH, Urteil vom 12. 7. 2012 – Rs. C-378/10 (*Vale*), ZIP 2012, 1394.

<sup>10</sup> *Reflection Group on the Future of EU Company Law*, ECFR 2013, 304, 319; ebenso *Hopt*, EuZW 2013, 481, 482.

<sup>11</sup> EWG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften vom 29. 2. 1968; abgedruckt bei Staudinger/*Großfeld*, IntGesR Rn. 138; zum deutschen Zustimmungsgesetz siehe BGBl. II 1972 S. 370; siehe dazu *Beitzke*, AWD (RIW) 1968, 91; *Drobnig*, ZHR 129 (1967), 93.

<sup>12</sup> Entwurf für eine Vierzehnte Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts, Dok. XV/6002/97, abgedruckt in ZIP 1997, 1721 ff.; diese betrifft jedoch die hier nicht behandelte Verlegung des Satzungssitzes.

<sup>13</sup> Siehe Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 21. 5. 2003 – Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, KOM (2003) 284 endg.

<sup>14</sup> Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlament und des Rates vom 26. 10. 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310/1.

<sup>15</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294/1.

<sup>16</sup> Mit Mitteilung der Kommission vom 10. 6. 2009 hatte die Kommission noch angekündigt, im Rahmen des am 11. 12. 2009 beschlossenen Stockholmer Programms eine „Festlegung

einer Umsetzung. So sucht man im neuen Aktionsplan vom 12.12.2012<sup>17</sup> Maßnahmen zur Vereinheitlichung des Gesellschaftskollisionsrechts ebenso vergeblich wie konkrete Maßnahmen zur Wiederbelebung der Arbeiten an der Sitzverlegungsrichtlinie.<sup>18</sup>

Die Praxis hat diese langjährige Entwicklung inzwischen überholt. Kühne & Nagel, Air Berlin, Zara Deutschland, H&M, Esprit, ALBA, Oracle Deutschland und das Drogerieunternehmen Müller sind in Deutschland nur einige der prominenten Beispiele dafür, dass die inländischen Märkte längst im Schutz der EuGH-Rechtsprechung von Gesellschaften ausländischer Rechtsform durchdrungen werden. In Abwesenheit einschlägigen Sekundärrechts halten die EuGH-Urteile für sie alle nach wie vor die maßgeblichen Aussagen zum Umfang und zu den Grenzen der Unternehmensmobilität bereit. Ziel dieser Arbeit ist es daher, diesen sich aus der Niederlassungsfreiheit und der EuGH-Rechtsprechung ergebenden rechtlichen Rahmen für im Inland ansässige Auslandsgesellschaften zu konkretisieren. Im Vordergrund steht dabei die Frage, welche Möglichkeiten den Mitgliedstaaten verbleiben, Vorschriften des nationalen Gesellschaftsrecht, insbesondere solche des Gläubigerschutzes, auf im Inland ansässige Auslandsgesellschaften zu erstrecken.

---

gemeinsamer Kollisionsnormen zur Bestimmung des Rechts, das für Gesellschaften [...] maßgebend ist," vorzunehmen (Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Ein Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts im Dienste der Bürger, KOM (2009) 262, S. 15). Das Stockholmer Programm selbst nimmt hierauf jedoch keinen Bezug, siehe hierzu *Wagner*, IPRax 2010, 97, 98; zum Nachfolgeprogramm zu Stockholm siehe *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2014, 1, 2.

<sup>17</sup> Mitteilung der Kommission vom 12.12.2012, Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, KOM (2012) 740.

<sup>18</sup> Der Aktionsplan vom 12.12.2012 sieht lediglich eine Konsultation zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung vor (aaO unter 4.1; kritisch hierzu *Schön*, ZGR 2013, 333; *Reflection Group*, ECFR 2013, 304, 319f.; *Behrens*, EuZW 2013, 121, 122) und spart das Gesellschaftskollisionsrecht aus. Auch der im September 2013 vorgelegte Bericht der Kommission zu den Ergebnissen der Konsultation lässt das weitere Vorgehen offen; hierzu *Bayer/J. Schmidt*, BB 2014, 1219, 1225. Das Gesellschaftskollisionsrecht soll hingegen Gegenstand eines für 2014 angekündigten Grünbuchs sein; siehe Mitteilung der Kommission vom 5.12.2011, KOM (2011) 777 S. 42.