Privatrecht – Wirtschaftsrecht – Verfahrensrecht 8

Kronke | Mansel | Weller (Hrsg.)

Liber amicorum Giuseppe B. Portale

Nomos

Privatrecht – Wirtschaftsrecht – Verfahrensrecht

herausgegeben vom

Institut für ausländisches und internationales
Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg

Prof. Dr. Christoph Kern
Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer
Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Band 8

Herbert Kronke | Heinz-Peter Mansel
Marc-Philippe Weller (Hrsg.)

Liber amicorum Giuseppe B. Portale

Nomos

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

ISBN 978-3-8487-6265-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-0371-0 (ePDF)

1. Auflage 2019
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Marc-Philippe Weller[*]

Als „Tedesco di Sicilia“ (den „Deutschen aus Sizilien“) bezeichnen Kollegen/innen und andere Weggefährten *Giuseppe Portale* in freundschaftlich-anerkennender Weise.[1] Geboren am 16. Mai 1938 in Biancavilla (Catania), zog es *G. Portale* bereits im Oktober 1963, nach erfolgreichem Abschluss des Studiums der Rechtswissenschaften in Mailand, mit einem DAAD-Stipendium an das Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Dies sollte der Beginn einer intensiven akademischen und engen partnerschaftlichen Verbundenheit zwischen Heidelberg und *G. Portale* werden.

G. Portale prägte in den vergangenen sechs Dekaden (!) das Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht in unvergleichbarer Weise. Die Anerkennung hierfür äußerte sich unter anderem in der Verleihung der Ehrendoktorwürde der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg im Jahre 2007 angesichts seiner wissenschaftlichen Verdienste auf dem Gebiet des Handels- und Gesellschaftsrechts und der Ausrichtung eines *Symposium Amicorum* im Mai 2018 anlässlich seines 80. Geburtstages. Die Manuskripte der auf dem Symposium gehaltenen Beiträge sind in diesem Band gesammelt veröffentlicht.

Dabei kam *G. Portale* ursprünglich nach Heidelberg, um mit *Gerardo Broggini*, einem renommierten italienischen Professor für Römisches Recht, IPR und Wirtschaftsrecht und damaligen Direktor des Heidelberger IPR-Instituts[2], zu arbeiten. Jedoch weckten gesellschaftsrechtliche Fragen schon damals die wissenschaftliche Neugier von *G. Portale*: In ganz Italien diskutierte man seinerzeit über einen Gesellschafter-Streit in einer traditionsreichen Bank und *G. Portale* wollte die Forschungen *G. Brogginis* da-

---

* *Prof. Dr. Marc-Philippe Weller*, Licencié en droit (Montpellier) ist seit 2014 Direktor am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

1 *Kronke*, in: Liber Amicorum Portale, Person und Werk – Versuch einer Würdigung in Stichworten, infra S. 11 ff., 18.

2 Vgl. zu Broggini insbesondere *Baldus*, In memoriam Gerardo Broggini (16.11.1926-29.10.2018), in: Interpretatio Prudentium III, 2018.1 (im Erscheinen); *ders*, Das arbitrium boni viri bei Cervidius Scaevola, in: SZ 133 (2016), 239-264.

zu aufgreifen. Überdies inspiriert von *Marcus Lutters* Habilitationsschrift zur Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien und GmbH-Rechten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft[3], verfasste *G. Portale* in der Folge gleich fünf Standardwerke[4] und avancierte damit zum bekanntesten Gesellschaftsrechtler der Italienischen Republik.

Die Kapitalaufbringung und -erhaltung sollte nach der Lufttaxi-Entscheidung[5] des Bundesgerichtshofs zum „Mega-Thema" des Gesellschaftsrechts der 70er/80er und 90er Jahre werden – hunderte Dissertationen wurden seither dazu geschrieben, ganze Teilrechtsgebiete wurden regelrecht richterrechtlich neu erfunden: Die Vorgesellschaft[6], verdeckte Sacheinlagen[7], Hin- und Herzahlen[8], die Mantelgründung[9], Cash-Pooling[10], Eigenkapitalersatz[11]. *G. Portale* „exportierte" diese Figuren alle nach Italien.

Er beeinflusste jedoch nicht nur Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, sondern auch die Rechtsvergleichung und das Bankrecht. Besonders hervorzuheben ist hier neben seinen regelmäßigen Vorlesungen in der Privat- und Handelsrechtsvergleichung,[12] sein Lehrbuch *Lezioni di diritto privato comparato* und seine Schriften über Bankgarantie [13].

G. Portale prägt damit das deutsch-italienische Verhältnis seit nunmehr fast sechs Jahrzehnten. Unter seiner Betreuung habilitierten vierzehn Schü-

---

3 *Lutter,* Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe 1964.

4 *Portale,* Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni, 1-70, Milano, 1967; I conferimenti in natura nella società per azioni, 1-207, Milano, 1970; I conferimenti in natura "atipici" nella s.p.a., 1-76, Milano, 1974; I bilanci straordinari delle società per azioni, 1-107, Milano, 1978; Capitale sociale e mancata attuazione dei conferimenti in natura nella s.p.a., 1-270, Torino, 2004.

5 BGH II ZR 187/57 v. 14.12.1959, BGHZ 31, 258, 266 f.; BGH II ZR 225/91 v. 14.4. 1992, BGHZ 118, 107, 111 ff.

6 *Weller/Prütting,* Handels- und Gesellschaftsrecht, 2016, S. 234; MükoGmbHG/ *Merkt,* 2018, § 11
Rn. 4 ff.

7 *Weller/Prütting*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2016, S. 228; MükoGmbHG/*Lieder,* § 56 Rn. 57 ff.

8 *Weller/Prütting*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 2016, S. 229; MükoGmbHG/ *Schwandtner,* § 19 Rn. 314 ff.

9 *Schmidt*, Handelsrecht, 2013, S. 353; MükoGmbHG/*Wicke,* § 3 Rn. 24 ff.

10 *Lutter/ Hommelhoff,* GmbH-Gesetz, 2016, Anh zu § 13 Rn. 18; *Baumbach/Hueck,* GmbH-Gesetz, 2017, § 19 Rn. 84a.

11 MükoGmbHG/*Schwandtner,* § 5 Rn. 131 ff.

12 *Kronke*, in: Liber Amicorum Portale, Person und Werk – Versuch einer Würdigung in Stichworten, S. 11, 14.

13 *Portale*, Diritto privato comparato, 1-305, Torino 2007; Le garanzie bancarie internazionali, 1-146, Milano, 1989.

ler und er führte eine noch viel größere Anzahl an Nachwuchswissenschaftlern durch ihre Dissertationen.

Es ist jedoch nicht nur sein akademischer Ruf, der Generationen von italienischen Gastwissenschaftlern jedes Jahr nach Heidelberg lockt. Vielmehr hat *G. Portale* dem Institut auch ein sehr persönliches, herzliches Gesicht gegeben.

Im Jahre 1963 war es noch *G. Broggini*, der Gastwissenschaftler aus ganz Italien nach Heidelberg anzog; seither ist es *G. Portale*.

Die Beiträge einiger langjähriger Heidelberger Freunde und akademischer Weggefährten des Jubilars sind in diesem Liber Amicorum versammelt. Sie gehen auf Vorträge im Rahmen eines Symposiums zurück, das im Mai 2018 an der Universität Heidelberg zu Ehren von *G. Portale* ausgerichtet wurde. Initiiert und organisiert wurde das Symposium federführend von *Herbert Kronke*, *Heinz-Peter Mansel* und dem *Verfasser* dieser Zeilen. *Christoph Kern*, *Erik Jayme* und *Thomas Pfeiffer* schließen sich als Co-Direktoren des Heidelberger Instituts den Glückwünschen an den Jubilar in besonderer Weise an. Ein herzlicher Dank gebührt Frau cand. iur. *Vanessa Grifo*, Heidelberg/MAILAND, für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Liber Amicorum.

Inhalt

Person und Werk – Versuch einer Würdigung in Stichworten 11
Herbert Kronke

Die Anwendung italienischen Zivilrechts durch deutsche Gerichte – ein kollisionsrechtliches Kaleidoskop 19
Peter Kindler

Kollisionsrecht der Bankauskunftsverträge und Bankauskunftshaftung 55
Heinz-Peter Mansel

Territorialitätsprinzip oder delokalisierter Ansatz? Zur Frage der Anerkennung und Vollstreckung im Sitzstaat aufgehobener Schiedssprüche 87
Athanassios Kaissis

Die Rechtskategorie «Juristische Person» als Schöpfung von Doktrin und Gesetzgebung im 19.-20. Jahrhundert. Zugleich ein Kapitel aus der neueren Geschichte des kontinentalen Zivil- und Handelsrechts 109
Filippo Ranieri

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – gestern, heute und morgen 213
Mathias Habersack

Brauchen wir einen Kodex für Proxy-Advisors – oder ist ein solcher Kodex eine Mogelpackung? 223
Uwe H. Schneider

Deutsches und italienisches Gesellschaftsrecht im Dialog 233
Giuseppe Portale

Autorenverzeichnis 253

Person und Werk – Versuch einer Würdigung in Stichworten

Herbert Kronke

Inhalt

Hohe Schule 11
Schüler 12
Einige Daten 13
Werk 14
Transnationaler Wissenschaftsdialog 16
Förderung der Jüngsten 17
Giuseppe B. Portale und Heidelberg: 1961-2018 18

Hohe Schule

Es gibt Festschriften zu Ehren bedeutender Rechtsgelehrter mit Titeln wie „Hamburg – Deutschland – Europa“ oder auch „Verfassungsrecht –Bürgerliches Recht – Prozessrecht“. Das klingt nicht viel anders als „Äpfel, Birnen und Spargel“. Wir wissen oder erahnen, was Herausgeber, Autoren und vielleicht manchmal die Gelehrten selbst mit derartigen Titeln bezwecken. In dieser literarischen Landschaft fällt ein Titel wie *„s.r.l.-commentario“*[1] auf wie ein stolzer Zwölfender Rothirsch in der südsudanesischen Steppe. Auch ein zweiter Blick auf das Layout von Einband und Frontispiz lohnt sich. Zuoberst, dort wo wir bei großvolumigen Vertretern dieser Spezies etwa „Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch“ zu lesen gewohnt sind, steht auf der genannten Festschrift „Dedicato a Giuseppe B. Portale“. das sagt etwas über Portale aus. Wie alle in der hier versammelten Freundes- und Festtagsgemeinde wissen, nicht etwa, dass sein Leben der srl[2] – oder gar nur ihr – gewidmet wäre. Mit der gleichen sachlichen Berechtigung hätte man ihm eine Festschrift *„SpA*[3]*-commentario“* oder *„Diritto bancario“*

1 s.r.l. – commentario, a cura di Aldo A. Dolmetta, Gaetano Presti (Milano 2011).
2 Società a responsabilità limitata, entspricht der deutschen GmbH.
3 Società per azioni, entspricht der deutschen AG.

widmen können. Was die Wahl des Titels aussagt, ist, dass Herausgeber und Autoren sich an dem verehrten Meister in diesem ein Beispiel nahmen: Absolute Konzentration, Fokussierung. Nicht „kurz belichtet, schnell berichtet", sondern „dicke Bretter bohren", vollständig Durchdachtes vorlegen. Hohe Schule.

Schüler

Herausgeber sind 14 Schüler, die heute Ordinarien sind, davon *sicher* drei (vielleicht vier oder fünf) jener Kategorie, die man bei uns mit ehrfürchtigem Beben in der Stimme Großordinarien zu nennen pflegt. Unter den 96 Autoren entdeckt man 11 „Heidelberger", will sagen solche, die als junge Forscher von Giuseppe Portale gelegentlich seiner Forschungsaufenthalte an unserem Institut im Schlepptau geführt wurden oder aber – manchmal als wissenschaftliche Waisen – im Sommer nach Heidelberg pilgerten, um hier – Eignung vorausgesetzt – vom Meister wissenschaftlich adoptiert zu werden. Auch aus dieser Elf spielen einige in der höchsten Klasse. Das Produkt ist etwas fürwahr Originelles – ein präzedenzloser „*Commentario dedicato*".

Ist damit das zweite Stichwort, das zweite Charakteristikum unseres hochverehrten Freundes, „Schüler", angesprochen, so gehören viele – viel mehr als die soeben genannten 14 – objektiv in diese Kategorie und werden auch subjektiv hierher gehören wollen, obwohl nach dem äußeren Anschein (nahegelegt etwa durch den Namen der Universität, an der sie sich die akademischen Sporen verdient haben) eher Äpfel von einem anderen Stamm. Es sind dies solche Kolleginnen und Kollegen – viele Italiener, aber auch Deutsche und andere – die das große Glück hatten, dass Giuseppe Portale aus echtem Interesse an der Sache mit sizilianischer Großzügigkeit und gelehrter Geduld (übrigens gelegentlich auch Ungeduld) aufmerksam und kritisch Themenvorschläge, Gliederungen, Exposés, Gedankenskizzen, Rohfassungen oder gar Korrekturfahnen las, kommentierte und diskutierte, und zwar im Detail, inklusive des Apparats, und dem hoffnungsvollen Jungforscher mit Vorschlägen zurückgab, in welche Richtung solch ein Rohling entwickelt oder in welcher Weise er feingeschliffen werden konnte. Da ich den einen oder anderen Stamm, von dem die genannten Äpfel nominell stammen, recht gut kenne, kann ich sagen, dass ohne die Operation *innesto portaliano* (d: portalische Okulation) die Ernte weniger üppig gewesen, vielleicht sogar ausgefallen wäre. Woher weiß man das in Heidelberg? Weil diese Exerzitien zwar von November bis Juni

in Mailand stattfinden, von Juli bis Oktober aber seit unvordenklichen Zeiten hier bei uns am Heidelberger Institut.

Einige Daten

Giuseppe Benedetto Portale wurde am 16. Mai 1938 in Biancavilla (Catania), gelegen am Südhang des Ätna und Zentrum 2500jähriger Weinbau-Kultur, geboren. Das Studium der Rechtswissenschaft an der Juristischen Fakultät der Università Cattolica del Sacro Cuore schloss er im Frühjahr 1961 mit der Spitzennote ab. Thema der Dissertation: „*Natura dei contratti di credito*". Der erste Auslandsaufenthalt nach erworbener akademischer Freiheit führte ihn mit einem DAAD-Stipendium – erstmals im darauf folgenden Wintersemester – für ein Jahr nach Heidelberg. Es schließt sich an die Assistentenzeit am Lehrstuhl für Handelsrecht seiner Mailänder *alma mater.* Und damit beginnt nicht nur fruchtbares Forschen und damit einhergehendes Publizieren, sondern auch die – damals wie heute – für Italien typische akademische Ochsentour. Nach den legendären Zwischenstufen *(incarichi, professore stabilizzato)* in Mailand und Parma und der Privatdozentur schließlich 1979 das Ordinariat und der Lehrstuhl für Handelsrecht, den Portale über 32 Jahre innehatte. Seit 2011 ist er Emeritus, in Italien ein eigens (und keineswegs immer und automatisch) verliehener Titel. Der beamtenrechtliche Zustand heißt, wie bei uns, *collocato a riposo* – in den Ruhestand versetzt. Dass dies angesichts ungebremster Forschungs-, anwaltlicher und schiedsrichterlicher Tätigkeit eine glatte *falsa demonstratio* ist, liegt auf der Hand – indes: *non nocet,* weil der Blick in die jüngsten Ausgaben der wichtigen Zeitschriften, die Berichterstattung der Presse zu den großen Transaktionen oder – von Juli bis Oktober – in Raum 13 des Instituts eines Besseren belehrt.

Portales akademische Lehrer sind, um an die eingangs verwendete Kategorie der Großordinarien anzuknüpfen, drei Größtordinarien: Luigi Mengoni im bürgerlichen Recht und Arturo Dalmartello und Giuseppe Auletta im Handelsrecht. Damit ist er wissenschaftsgenealogisch (auch) Enkel eines der beiden bedeutendsten Handelsrechtler des 20. Jahrhunderts, Tullio Ascarelli, Leuchtturm des akademischen Widerstands gegen den Faschismus und unter dessen Rassegesetzgebung zur Emigration nach Brasilien gezwungen, Vater des modernen Handelsrechts nicht nur dort, sondern in zahlreichen lateinamerikanischen Ländern.

Werk

In dieser Beziehung mag auch der Ursprung (besser: einer der Ursprünge) für den rechtsvergleichenden Zweig im Strauß der Portaleschen Interessen liegen. Häufig hat er – durchaus untypisch für den italienischen Lehrbetrieb – schon in jungen Jahren und bis zur Emeritierung die Vorlesungen „Privatrechtsvergleichung" und „Handelsrechtsvergleichung" gehalten und auch die in mehreren Auflagen erschienenen „*Lezioni di diritto privato comparato*" vorgelegt[4]. In Heidelberg und auf Einladung unseres Instituts und Heinz-Peter Mansels sprechend, mag man mir gestatten, den ersten, kurzen, dem Werk geltenden Blick diesem Lehrbuch zu widmen. Ein Allgemeiner Teil ist Geschichte und Methoden der Rechtsvergleichung gewidmet, der *Zweigert/Kötzschen* Rechtskreislehre und der Klassifizierung *René Davids*. Ferner der Europäisierung des Privatrechts. Es schließen sich Überblicke über drei in dogmatischer Struktur, Stil und Entwicklung ausstrahlende oder gar Rezeption erlaubende „Modelle" an: Das *common law* und seine Außenwirkung, die französische Kodifizierung und ihre Außenwirkung, die deutsche Kodifizierung und deren Außenwirkung. Der Allgemeine Teil schließt mit einer kritischen Einführung in die Welt der *law and economics* Bewegung. Der Besondere Teil ist originell. Kapitel I „Der Arglisteinwand"; II „Der Durchgriff durch die juristische Person"; III „Die Theorie des ‚*nexus of contracts*' als strukturbildend im Gesellschaftsrecht"; IV „Die ungeschriebenen Verwaltungszuständigkeiten der Hauptversammlung in der Aktiengesellschaft"; V „*Corporate governance* der börsennotierten AG und dualistisches System"; VI „Die Ungültigkeit von Beschlüssen der Hauptversammlung zwischen Aktionärsschutz durch Beseitigung und Schadensersatz".

Hier sieht man die Handschrift und das Wissen des Gesellschaftsrechtlers um das dort verfügbare Anschauungsmaterial, mit Hilfe dessen sich Prinzipien und Funktionen des Privatrechts allgemein vermitteln lassen. Ich selbst habe das Buch seinerzeit schlicht als Ermutigung zum Aufbruch der Rechtsvergleichung aus den abgesteckten Gefilden des Bürgerlichen Rechts (Vertrags- und Deliktsrecht) gelesen. Und, aus Rom zurückgekehrt, hatte ich plötzlich wieder Lust, die Rechtsvergleichungs-Vorlesung anzubieten. Meine Auswahl der methoden- und funktionenillustrierenden Gegenstände fiel auf das Recht der Stellvertretung, die Mobiliarkreditsicherungsrechte, die De-materialisierung der Effekten und – als Anhang und

4 *Portale*, Lezioni di diritto privato comparato (2. Aufl. Torino 2007).

Extra für Studenten, die hinreichend Gesellschaftsrecht gehört hatten – die Verwaltungsordnung der börsennotierten Aktiengesellschaft.

Giuseppe Portales Werk hat seine Schwerpunkte im Kapitalgesellschaftsrecht (sowohl dem Recht der „kleinen" als auch dem der „großen" Kapitalgesellschaft, beide in allen entwickelten Rechnungsordnungen der Welt als solche ausgeprägt). Ferner im Bank-, Kapitalmarkt- und Finanzdienstleistungsrecht – national und international. Bezogen auf den erstgenannten Bereich mag der eine unter uns deutschen Kollegen – die italienischen haben natürlich sofort das gesamte weite Panorama vor Augen – zunächst an die Großkommentare bzw. Handbücher zum Aktienrecht denken[5], der andere an die Monographien zur Kapitalaufbringung und -erhaltung[6], seit Marcus Lutters epochaler Schrift[7] aus dem Jahre 1964 ein fast sakraler Gegenstand für uns Kontinentaleuropäer. Wiederum andere – nicht nur in unserem Institut, sondern auch in den internationalen Organisationen, die sich mit dem Handelsrecht befassen – an den eleganten Band zu den internationalen Bankgarantien[8].

Beiden genannten Bereichen ist auch eine Vielzahl von kleineren Monographien und Aufsätzen in einem Zeitraum von fast 50 Jahren gewidmet: Nicht nur haben Portales Forschungen zur Bankgarantie es – auch auf dem Umweg über die Augustinergasse – in die Konferenzräume in Wien, New York, Paris und Rom sowie die *Recueil des Cours* der Haager Akademie gebracht. Seine Befunde haben keinen Geringeren als *Claus-Wilhelm Canaris* zu der Bemerkung veranlasst, die Konfusion zum Thema des abstrakten und des kausalen Schuldvertrages in Deutschland sei total, gottlob habe einer, nämlich Portale, die Probleme verstanden[9].

Hier ist nicht der Ort, auf Einzelheiten des kolossalen Œuvres einzugehen. Nur dieses: Wer in Italien Gehaltvolles zum Handels-, Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Finanzdienstleistungsrecht veröffentlichen wollte, dessen Manuskripte waren in den letzten vier Jahrzehnten dem strengen Blick des Herausgebers, Mitherausgebers und Schriftleiters Portale ausgesetzt. Und das in so gut wie sämtlichen wichtigen Zeitschriften. Ich nenne nur

---

5 *Colombo/Portale* (Hrsg.), Trattato delle società per azioni, Bde. 1-10 (Torino 1988 ff.); *Abbadessa/Portale* (Hrsg.) Le società per azioni, Bde. 1-2 (Milano 2016).

6 *Portale,* I conferimenti in natura nella società per azioni (Milano 1970); *ders.,* I conferimenti in natura "atipici" nella s.p.a. (Milano 1974).

7 *Lutter,* Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG (Karlsruhe 1964).

8 *Portale,* Le garanzie bancarie internazionali (Milano 1989).

9 So in einem von mir eingesehenen Schreiben vom 4.1.1990.

„*Banca, borsa, titoli di credito*", gewiss sein Lieblingskind im Blätterwald der Archivzeitschriften.

Giuseppe Portale ist übrigens auch Sozialhistoriker und Literaturkenner. In einem Beitrag mit dem Titel „*Dalla Pietra del Vituperio al Bail-in*" geht er den Zusammenhängen zwischen historischen örtlichen Bräuchen zur Schuldnerdisziplinierung in verschiedenen Regionen Italiens und den EU-Regeln zur Bankenrettung und -abwicklung nach[10]. Ausgangspunkt ist ein Bericht aus einer sizilianischen Stadt: „Die zahlungsunfähigen oder -unwilligen Schuldner wurden der schmählichen Prozedur ausgesetzt, in aller Öffentlichkeit die Hosen herunterzulassen und mit dem entblößten Gesäß dreimal den Stein der Schande zu berühren und – sei es in der Amtsstube, sei es auf dem Marktplatz – in Anwesenheit aller Gläubiger und des neugierigen Volkes zu deklamieren: ‚Wer eine Forderung hat, trete vor und lasse sich bezahlen.'" Von dieser Regel des Ur-Insolvenzrechts über ein Shakespeare-Zitat aus dem „Kaufmann von Venedig" und Balzac'schen Einsichten zum Bankrott (nicht nur dem seiner Figuren, sondern auch dem eigenen) spannt Portale den Bogen zu den Insolvenzrechtsreformen der letzten Jahrzehnte und zur *Bank Recovery and Resolution Directive* der Europäischen Union. So aufbereitet, ließ sich die gelehrte Zuhörerschaft (wie in jeder Akademie, überwiegend Nichtjuristen) gern und höchst wirksam in eines der großen Themen heutiger italienischer und europäischer Wirtschafts- und Finanzpolitik einführen. Leichtfüßig und einprägsam in der Form und gleichzeitig messerscharf in Analyse und Kritik.

Transnationaler Wissenschaftsdialog

Die Einladung zu unserem Symposium zeigt den verehrten Meister, wie wir ihn kennen – und wohl auch, wie er sich sieht: Den *Scholz* vor sich auf dem Tisch, daneben ein weiteres aufgeschlagenes Buch, vielleicht *Ulmer/Habersack/Winter*, vielleicht *Lutter/Hommelhoff?* Vielleicht in Vorbereitung eines Vortrags, vielleicht im Gespräch mit einem Mandanten? Denn Rechtsvergleichung und Praxis sind für Portale gleichermaßen die Lymphe seiner Wissenschaft. Wenige Banken betreffende gesellschaftsrechtliche Großereignisse gehen in Mailand über die Bühne, ohne dass er involviert wäre. Und ganz gewiss keines mit einem italienischen und einem deutschen Ende. Interessanterweise heben seine Schüler in der eingangs be-

10 *Lectio brevis*, tenuta all'Academia dei Lincei, 15.4.2015, in: Riv. dir. comm. 2017, 21-35.

schriebenen Festschrift hervor, dass es gewisse Termini, ja Institute des Gesellschaftsrechts vor Portale im Italienischen und in der italienischen Rechtsordnung nicht gab. Das Englische musste sich mit den bekannten Bereicherungen wie „Kindergarten", „Fräuleinwunder", allenfalls „Ostpolitik" begnügen. Feinstes Konzeptionelles wie „Vorgesellschaft" oder „kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen", heute fester Begriffsbestand des Juristen-Italienisch und der italienischen Dogmatik, sind ihm bisher entgangen.

Zum Dialog gehören schließlich Portales entscheidende persönliche Beiträge (oder solche eines der genannten Größtordinarien, deren Mitwirkung er vermittelte) zu den Aktivitäten der deutsch-italienischen Juristenvereinigung in den 1980er sowie in den 1990er Jahren. Ebenso eine Mailänder Seminarreihe mit Referenten aus den Reihen der jüngeren italienischen und transalpinen Professorengeneration zu aktuellen, oft rechtspolitischen Themen. Deren Horizonte waren weit, und sie umfassten die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ebenso wie jene des hispano- und des lusophonen Amerika. Auch Neues aus den Common-law-Ländern wurde kritisch zur Kenntnis genommen und gewogen.

Förderung der Jüngsten

Die Herausgeber der eingangs erwähnten Festschrift weisen im Vorwort darauf hin, dass sieben gerade erst Examinierte ihre Dankbarkeit und Zuneigung durch die Besorgung des Stichwortindex zum Ausdruck bringen wollten; sie waren zur Zeit der Konzipierung des Kommentars noch Studenten – *„sono gli ultimi allievi della scuola portaliana"*. Das ist bezeichnend. Meine Erinnerung schweift zurück in die erste Hälfte der 1990er Jahre, meine erste Heidelberger Zeit, vor dem römischen Intermezzo. Ich betrieb damals viel Gesellschaftsrecht. Und aus einem Seminar „Der Einfluss der gesellschaftsrechtlichen Richtlinien auf das Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten" wurde ein gemeinsames. Zunächst mit den *allievi portaliani*, dann auch mit jenen aus Pavia, Pisa und Neapel. Jens Haubold, heute wohlbestallter Anwalt in Stuttgart, und ich lösten uns am Steuer eines Kleinbusses, vollbesetzt mit Heidelberger Studenten und Mitarbeitern, ab. Ziele waren Pisa und die Villa Vigoni am Comer See. Die Jüngsten waren im 3. Semester. Ihre Referate und die Diskussionen flossen ein in zwei dicke Bände *„Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capi-*

tali". Die Veröffentlichung[11] war nicht gerade, wie man heute zu sagen sich angewöhnt hat, „zeitnah", sondern ließ bis zum Zweiten Staatsexamen oder gar zum Abschluss der Promotion der Referentinnen und Referenten[12] auf sich warten. Aber: Mitautoren waren auch die Großordinarien Abbadessa und Colombo. Wenn das keine Ermutigung zum Weitermachen war!

Giuseppe B. Portale und Heidelberg: 1961-2018

Als der Amtsvorgänger des Ältesten unter uns Heutigen im Institut, Detlef König, im Sommersemester 1980 nach Heidelberg kam, war Giuseppe Portale schon ganze 18 Jahre hier. Er kannte den Standort jedes Bandes in unserer Bibliothek. Noch hervorhebenswerter: Er kannte sogar Namen und versteckte Aufenthaltsorte hoch unter dem Dach gewisser Mitarbeiter von Herrn Jayme, deren letzterer erst geraume Zeit nach seiner Ankunft aus München und eher zufällig ansichtig wurde. Stets fanden alle, die Jüngsten wie die Ältesten, eine offene Tür, ein offenes Ohr und – wenn sie in den Portaleschen Arbeitsgebieten forschten – guten Rat bei unserem väterlichen Freund. Mit der Verleihung der Ehrendoktorwürde im Jahre 2007 anerkannte unsere Fakultät seine „wissenschaftlichen Verdienste auf dem Gebiete des Handels- und Gesellschaftsrechts und um die Förderung des wissenschaftlichen Austauschs zwischen Deutschland und Italien."

In seinem Heimatland sind die Ehrungen zahllos, gipfelnd in der Berufung in den Olymp der Wissenschaft, die Accademia dei Lincei.

Un gentiluomo sicilano – oder, in den Worten von *Giorgio Oppo, „siciliano tedesco". Uno studioso vecchio stile di fama mondiale con un grande cuore per i giovani, per la prossima generazione.* Wir fühlen uns geehrt, dass wir mit diesem kleinen Symposium zu den transalpinen Geburtstagsfeierlichkeiten beitragen dürfen.

---

11 *Campobasso* (Hrsg.), Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali (Milano 2003).

12 Referierende Heidelberger Studenten und Mitarbeiter waren *J.-W. Lüpkes, J. Haubold, Chr. Benicke, F. Mazza, E. Matyschok, S. Waib*el und *C. Mundinger*.

Die Anwendung italienischen Zivilrechts durch deutsche Gerichte – ein kollisionsrechtliches Kaleidoskop*

Peter Kindler

Inhalt

I. Italienisches Zivilrecht vor deutschen Gerichten 20

II. Ermittlung ausländischen Rechts – die italienische società semplice im deutschen Grundbuch 21

III. Substitution 22

1. Grundbegriffliches 22
2. „Herausformwechsel" einer deutschen GmbH nach Italien – ein Akt der Seeräuberei 23
   a) Gesetzeslage 23
   b) Die Substitutionsfrage 24
   c) Europäischer Herausformwechsel einer deutschen GmbH: rechtsformkongruent und identitätswahrend? 25
   d) Kritik und Ausblick 27
3. Beschränkte Erbenhaftung in der Zwangsvollstreckung 29
   a) Problemstellung 29
   b) Verfahrensrechtliche Qualifikation der Titulierung der Haftungsbeschränkung nach § 780 ZPO 30
   c) Substitution der Nachlassverwaltung deutschen Rechts (§ 1975 BGB) durch den italienischen Vorbehalt der Inventarerrichtung (Art. 470, 484 ff. c.c.) 31

IV. Hinnahme statt Transposition – ein Ferrari Testa Rossa auf Abwegen 32

1. Registerpfand vs. Faustpfand 32
2. Anwendbares Recht; Statutenwechsel 34
3. Übertragung der Autohypothek in das neue Sachstatut: die Sicherungsübereignung als Äquivalent zum besitzlosen Mobiliarpfand? 35
4. Exkurs zum Sachrecht: Kein Untergang des Sicherungseigentums durch gutgläubigen lastenfreien Erwerb 36
5. Fazit 36

---

* Der Beitrag beruht auf dem Vortrag des Verfassers auf dem Symposion an der Universität Heidelberg am 25.5.2018 aus Anlass des 80. Geburtstages von Giuseppe B. Portale.

V. Qualifikation 37
1. Funktional-teleologische Qualifikation entgegen der äußeren Systematik 37
2. Aufrechnung im Prozess – „italienische Kaffeeprodukte“ 37
a) Aufrechnungsvoraussetzungen als Instrument der Prozessbeschleunigung 37
b) Qualifikation der gesetzlichen Aufrechnung 38
c) Qualifikation der gerichtlichen Aufrechnung 39
d) Die italienischen Aufrechnungsvoraussetzungen als „Prozessnormen mit materiellem Gehalt“? 40
e) Fazit 41
3. Konsensualprinzip: Vertragswirkung als dingliche Norm 41
a) Sachenrechtliche Prinzipien im Widerstreit 41
b) Funktional-teleologische Qualifikation des Übereignungstatbestandes 42
VI. Mutwillige Klageerhebung, „Italienischer Torpedo“ und *Ordre public* 43
1. Die verschärfte Haftung wegen mutwilliger Prozessführung („lite temeraria“) 43
2. Rechtsnatur der verschärften Haftung als Strafschadensersatz (danno punitivo) 45
3. Anerkennungsfähigkeit italienischer lite temeraria-Urteile? 48
a) Keine vergleichbaren Sanktionen im deutschen Recht 48
b) In casu keine Verurteilung zu Strafschadensersatz? 50
4. Fazit 51
VII. Schlussbetrachtung 52

I. Italienisches Zivilrecht vor deutschen Gerichten

Kaum eine ausländische Rechtsordnung ist in der deutschen Rechtspraxis derart präsent wie das italienische Recht. Das vor 30 Jahren in Heidelberg erstmals erschienene Jahrbuch für Italienisches Recht belegt dies eindrucksvoll.[1] Gelegentlich wurde das italienische Recht sogar als Auslegungshilfe im deutschen Recht herangezogen.[2] Bei näherer Betrachtung erweist sich die vorliegende deutsche Rechtsprechung zum italienischen Recht freilich vor allem als eine hoch instruktive Fallsammlung zu einigen IPR-Klassikern wie der Ermittlung ausländischen Rechts im inländischen

1 Beginnend mit Jahrbuch für Italienisches Recht 1 (1988), 143 ff.

2 BGH v. 13. 5. 1957 - II ZR 318/56, BGHZ 24, 218 = NJW 1957, 1029, 1030, mit Verweis auf Art. 1751 c.c. (Handelsvertreterausgleich); dazu *Moll*, RdA 1984, 223, 232; *Kindler*, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters im deutsch-italienischen Warenverkehr, 1987, S. 18, 103 ff., 111 ff.

Zivilprozess, der Substitution, der Transposition, der Qualifikation und dem *ordre public*. Entlang dieser Stichworte bewegt sich unsere kleine kollisionsrechtliche Rundschau zu neueren Entscheidungen.[3]

II. Ermittlung ausländischen Rechts – die italienische società semplice im deutschen Grundbuch

Der V. ZS des BGH hat jüngst die Stellung einer italienischen Einfachen Gesellschaft (*società semplice*, Art. 2251-2290 c.c.) im deutschen Grundstücksverkehr beleuchtet.[4] Danach ist für die Grundbuchfähigkeit einer Auslandsgesellschaft nicht entscheidend, ob nach dem ausländischen Gesellschaftsstatut eine umfassende Rechtsfähigkeit der betreffenden Gesellschaftsform besteht. Da das Gesetz auch eine auf bestimmte Bereiche (…) beschränkte Teilrechtsfähigkeit vorsehen kann, komme es vielmehr darauf an, ob die ausländische Gesellschaft selbst Trägerin von Rechten an Grundstücken sein kann.[5] Übersehen hat die Vorinstanz bei der Ermittlung des ausländischen Rechts (§ 293 ZPO) allerdings, dass die *società semplice* als Personengesellschaft sogar die volle Rechtsfähigkeit besitzt, so wie dies grundsätzlich auch für die deutschen Personengesellschaften aner-

---

3 Unberücksichtigt bleibt hier der schon andernorts behandelte Strickmaschinenfall – BGH v. 2.2.1966 - VIII ZR 153/64, BGHZ 45, 95; dazu *Kindler*, Der Eigentumsvorbehalt mit „sicherem Datum" – Ein typischer deutsch-italienischer Konflikt, in: Jayme (Hrsg.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, 2003, S. 81 ff. – sowie das dem Jubilar weniger nahestehende Familienrecht – Klassiker sind hier BGH v. 19.12.1958 - IV ZR 87/58, BGHZ 29, 137 (Handschuhehe); BGH v. 22.3.1967 - IV ZR 148/65, BGHZ 47, 324 sowie BGH v. 25. 10. 2006 - XII ZR 5/04, BGHZ 169, 328 (beide zur Trennung von Tisch und Bett), zu BGHZ 47, 324 s. *Jayme*, RabelsZ 32 (1968), 323 ff.; ferner *Kindler*, Einführung in das italienische Recht, 2. Aufl., 2008, § 12 Rn. 5 f., 28, 34; zum italienischen Familienrecht jüngst BGH v. 13.9.2017 - XII ZB 403/16 (Eintragung eines Kindes im Geburtenregister bei Vaterschaft alternativ berufener Rechtsordnungen), Jahrbuch für Italienisches Recht 30 (2018), 139 = NJW 2017, 3447; BGH v. 19.7.2017 - XII ZB 72/16 (Konkurrenz der Abstammungsstatute bei Geburt eines Kindes nach der Scheidung), NZ-Fam 2017, 907 m. Anm. *Löhnig* = NJW 2017, 2911 m. Anm. *Rauscher*.

4 Zur *società semplice Kindler*, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 2014, § 4 Rn. 35 ff.; zum italienischen Personengesellschaftsrecht neuestens *Fleischer/Agstner*, RabelsZ 81 (2017), 299 ff.

5 BGH v. 9.2.2017 – V ZB 166/15, Jahrbuch für Italienisches Recht 30 (2018), 131 = IPRax 2019, 185 mit Aufsatz *Kindler/Paulus*, 229 ff. = NZG 2017, 546 = IWRZ 2017, 177 m. Anm. *Häger* = FD-ZVR 2017, 388287 m. Anm. *Elzer*.

kannt ist (§ 124 Abs. 1 HGB bzw. Urteil „Weißes Ross“[6]). Die Aussage des BGH zur Teilrechtsfähigkeit als ausreichend für die Grundbucheintragung[7] trifft für das deutsche Grundbuchrecht zu, war aber durch das italienische Gesellschaftsrecht nicht veranlasst: Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Kassationshofes besitzen *alle Gesellschaftsformen* sogar die *allgemeine Rechtsfähigkeit*, soweit es nicht um Rechtshandlungen oder Rechtsverhältnisse geht, die die Existenz einer natürlichen Person voraussetzen.[8]

III. Substitution

1. Grundbegriffliches

Bei der Substitution geht es allgemein – im Anschluss an *Lewald*[9] – um die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein normatives Tatbestandsmerkmal einer inländischen Sachnorm auch durch ein ausländisches Rechtsinstitut erfüllt werden kann.[10] Klassische Beispiele einer Substitutionsfrage sind die Ersetzung des „Geschäftsführers“ in insolvenzrechtlichen Haftungstatbeständen durch den englischen *managing director*[11] oder die Ersetzung der „notariellen Beurkundung“ in § 311b Abs. 1 BGB durch einen ausländischen Vorgang. Dabei setzt die Substitution voraus, dass die Gleichwertigkeit des ausländischen Rechtsinstituts oder Vorgangs zu seinem inländischen Gegenstück besteht.[12] Es bedarf einer funktionalen

---

6 BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 (Weißes Ross).

7 BGH v. 4. 12. 2008 – V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 Rn. 10 ff. im Anschluss an BGHZ 146, 341 (Weißes Ross); MK-BGB/*Schäfer*, 7. Aufl., 2017, § 705 BGB Rn. 312 ff.

8 Dazu ausführlich *Kindler/Paulus*, IPRax 2019, 229 ff.

9 *Lewald*, Règles Générales des Conflits de Lois, 1941 (= Rec. des Cours 69 [1939-III], 1, 132 ff.; MK-BGB/*v. Hein* Einl. IPR Rn. 227 ff.

10 Auch „Ersetzung“: *Junker*, IPR, 2. Aufl., 2018, § 11 Rn. 46 ff.; grdl. *Mansel*, FS W. Lorenz, 1991, S. 689 ff.

11 So zu § 64 GmbHG im Fall „Kornhaas“ BGH v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, NJW 2016, 2660: „Auf den Direktor einer private company limited by shares, über deren Vermögen in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, kommt § 64 S. 1 GmbHG zur Anwendung.“, dazu MK-BGB/*Kindler*, Bd. 12, 7. Aufl., 2018, Art. 6 EuInsVO Rn. 16; Art. 7 EuInsVO Rn. 87 ff.; *ders.*, EuZW 2016, 136; zur Vorabentscheidung EuGH v. 10.12.2015 – C-594/14 (Kornhaas/Dithmar als Insolvenzverwalter), NJW 2016, 223 mit Anm. *Weller/Hübner*.

12 *Junker* (Fn. 10), § 11 Rn. 46 mit Verweis auf BGHZ 80, 76, 80 f.; BGH v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 = NJW 2014, 2026 Rn. 14.

Äquivalenz zwischen dem rechtlich geprägten Tatbestandsmerkmal in der inländischen Norm und der ausländischen Rechtserscheinung.[13]

2. „Herausformwechsel" einer deutschen GmbH nach Italien – ein Akt der Seeräuberei[14]

a) Gesetzeslage

Nach §§ 191 ff. UmwG kann eine im deutschen Handelsregister eingetragene Gesellschaft ihre Rechtsform wechseln. Zu den dabei zu beachtenden Formwechselerfordernissen gehört zunächst der Umwandlungsbericht: Nach § 192 Abs. 1 UmwG hat das Vertretungsorgan des formwechselnden Rechtsträgers zum Schutz von dessen Anteilsinhabern einen ausführlichen schriftlichen Bericht zu erstatten, in dem der Formwechsel rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet werden. Außerdem ist nach §§ 193, 194 UmwG ein förmlicher Gesellschafterbeschluss in notarieller Form zu fassen, dessen zwingender Mindestinhalt gesetzlich festgelegt ist. Zweck des Umwandlungsbeschlusses bzw. seines Entwurfs und der an ihn in § 194 Abs. 1 UmwG gestellten inhaltlichen Anforderungen ist es, einerseits die Anteilsinhaber über die wesentlichen Bedingungen des Formwechsels zu informieren, andererseits als schriftlich fixierter Organisationsakt zu fungieren, der die rechtlich-organisatorische Grundlage des Formwechsels bildet.[15]

Nach Anmeldung des Formwechsels (§ 198 UmwG) und registergerichtlicher Prüfung aller Voraussetzungen wird der Formwechsel im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht (§ 201 UmwG).

Die Wirkungen der Eintragung des Formwechsels bestehen nach § 202 Abs. 1 UmwG u. a. in der Identität des Rechtsträgers trotz Änderung der Rechtsform (Nr. 1) und in der Heilung von Beurkundungsmängeln (Nr. 3). Die weitgefasste Heilungsvorschrift erfasst Mängel bei der notariellen Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses oder erforderlicher Zustimmungs- und Verzichtserklärungen einzelner Anteilsinhaber. [16] Die Heilungswirkungen des § 202 UmwG stützen sich darauf, dass keine An-

---

13 Vgl. Staudinger/*Mansel*, 2015, Art. 43 EGBGB Rn. 1185.

14 So pointiert *Teichmann*, ZIP 2017, 1190, 1191.

15 *Drinhausen/Keinath*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2016, § 194 Rn. 2.

16 *Drinhausen/Keinath*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2016, § 202 Rn. 16.

fechtungsklagen erhoben worden sind und – vor allem – dass das eintragende Register die Einhaltung des nach dem UmwG zu beachtenden Verfahrens geprüft hat.[17]

Auch das italienische Zivilgesetzbuch ermöglicht Gesellschaften den identitätswahrenden Wechsel der Rechtsform (*trasformazione delle società*, Art. 2498-2500-*nonies* c.c.).[18] Vorschriften über den grenzüberschreitenden identitätswahrenden Formwechsel enthält das italienische Umwandlungsrecht freilich ebensowenig wie das deutsche.

b) Die Substitutionsfrage

Die Heilung setzt „die Eintragung der neuen Rechtsform in das Register" voraus, und es fragt sich, ob damit – qua Substitution – auch die Eintragung in das italienische Unternehmensregister gemeint sein kann. Das OLG Frankfurt hat dies in einem umstrittenen Beschluss vom 3.1.2017 zu Unrecht bejaht:[19] Das italienische Eintragungsverfahrens beim Formwechsel ist nicht dem nach §§ 198 ff. UmwG gleichwertig. Eine Prüfung der Formwechselerfordernisse nach dem Recht des ausländischen Ausgangsrechtsträgers findet dort nämlich nicht statt.[20] Die Situation ist insoweit mit der allgemein abgelehnten Substitution des deutschen Notars bei der Auflassung (§§ 873, 925 BGB) vergleichbar.[21] Auch die jüngsten Vorschläge der EU-Kommission zur Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung sehen keine dem § 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG entsprechende Heilungsvorschrift vor, sondern verlangen die Einhaltung der Verfahrensbestimmungen im Wegzugs- und im Zuzugsstaat.[22]

---

17 *Teichmann*, ZIP 2017, 1190, 1192.

18 Dazu *M. Campobasso*, in G. F. Campobasso (Begr.), Diritto commerciale, Bd. 2, 8. Aufl., 2012, Nr. XX.1 ff. (S. 642 ff.).

19 OLG Frankfurt a.M. v. 3.1.2017 - 20 W 88/15, Jahrbuch für Italienisches Recht 30 (2018), 143 = NZG 2017, 423; ablehnend MK-BGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 834; *Teichmann*, ZIP 2017, 1190; *Knaier*, DNotZ 2017, 393; Knaier/Pfleger, GmbHR 2017, 859; *Stiegler*, GmbHR 2017, 394 f.; *Hushahn*, RNotZ 2017, 265: „grundlegend falsch"; ablehnend auch *v. Hein/Brunk*, IPRax 2018, 46 ff.

20 *Teichmann*, ZIP 2017, 1190, 1192.

21 Dazu Staudinger/*Mansel*, Art. 43 EGBGB Rn. 1113 f., 1184.

22 Vgl. Art. 86s, 86u der RL (EU) 2017/1132 idF des „Company Law Package" vom 25.4.2018, COM(2018) 241 final, 2018/0114(COD), Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE

c) Europäischer Herausformwechsel einer deutschen GmbH: rechtsformkongruent und identitätswahrend?

Die isolierte Satzungssitzverlegung ins Ausland beruht bei Gesellschaften meist auf wenig anerkennenswerten Absichten: Es geht regelmäßig darum, sich seinen Gläubigern zu entziehen oder um Rechtsmissbrauch, mag man dies auch beschönigend als „Rechtsarbitrage", „Sanierungsmigration", „Aufsichtsarbitrage", „Steueroptimierung", „Mitbestimmungsvermeidung", „Bilanzpolitik" usw. bezeichnen.[23] Statt der sekundärrechtlich geregelten Verschmelzung (§§ 122a ff. UmwG; Artt. 118 ff. GesR-RL [EU] 1132/2017 mit Erwgr. 55 ff.) ist die Sitzverlegung vor allem deshalb beliebt, weil sie eine Reihe von Nachteilen vermeidet, die mit der Rechtsnachfolge qua Verschmelzung verbunden sind.[24]

Beim Herausformwechsel[25] (Sitzverlegung ins Ausland) kommt es kollisionsrechtlich zu einem Statutenwechsel, wobei das deutsche Recht als Wegzugsstatut die Voraussetzungen bestimmt, unter denen die Gesellschaft aus dem deutschen Recht entlassen wird.[26] Zielrechtsform beim Herausformwechsel ist die funktionell gleichwertige EU-Auslandsgesellschaft, vgl. Anh. II der Konsolidierungs-RL (EU) 1132/2017.

In dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall wollte eine deutsche GmbH ihren Sitz von Deutschland nach Italien verlegen und sich in eine italienische *società a responsabilità limitata* (S.r.l.) umwandeln („rechtsformkongruenter grenzüberschreitender Formwechsel"). Das wurde zur Eintragung in das zuständige Handelsregister in Deutschland angemeldet, nachdem zuvor in Rom eine Gesellschafterversammlung abgehalten, eine Sat-

---

COUNCIL amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions; dazu *Knaier*, GmbHR 2018, 607 ff.; *J. Schmidt*, Der Konzern 2018, 229 ff.

23 MK-BGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 818; *ders*., NZG 2018, 1 ff.; *ders*., DNotZ-Sonderheft 2016, 75, 96 mwN.

24 Vgl. *Kiem*, ZHR 180 (2016), 289, 293; etwaige „Vorteile" im Vergleich zur Verschmelzung sind nicht gesellschaftsrechtlich begründet und bestärken eher den Eindruck, dass der Formwechsel der Rechtsumgehung dienen soll: *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 139, verweist hier zunächst darauf, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung grundsätzlich hinsichtlich in Deutschland belegener Grundstücke nicht grunderwerbsteuerneutral sei (vgl. § 6a GrEStG); ferner habe die mangelnde Identität zur Folge, dass öffentlich-rechtliche Genehmigungen und Konzessionen nicht mit übergehen, und schließlich könne es zur Auslösung von change-of-control-Klauseln und damit der Kündigung von Verträgen kommen.

25 MK-BGB/*Kindler*, Bd. 12, IntGesR, Rn. 819 ff.

26 *Weller*, FS Blaurock, 2013, S. 497, 518, 522 f.