

Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus "nicht-privilegierten" Drittstaaten

Leonhard Hübner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Hübner, Leonhard. 2011. *Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus "nicht-privilegierten" Drittstaaten*. Baden-Baden: Nomos.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



Leonhard Hübner

Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Drittstaaten



Nomos

**Deutsches, Europäisches und
Vergleichendes Wirtschaftsrecht**

herausgegeben von
Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. h.c. Werner F. Ebke, LL.M.

Band 67

Leonhard Hübner, M.Jur. (Oxon)

Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Drittstaaten



Nomos

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung des Vereins zur Förderung des Deutschen, Europäischen und Vergleichenden Wirtschaftsrechts e.V.

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., 2010

ISBN 978-3-8329-6298-2

1. Auflage 2011

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Geleitwort des Herausgebers

Eine der „großen Unbekannten“ des Internationalen Gesellschaftsrechts ist die Antwort auf die Frage, wie das Gesellschaftsstatut von Gesellschaften zu bestimmen ist, die nicht in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR und nicht in Ländern gegründet worden sind, die mit Deutschland einen völkerrechtlichen Vertrag über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften geschlossen haben (sog. „nicht-privilegierte Drittstaaten“). Der Verfasser hat mit seiner Arbeit diese zentrale und ungelöste Frage des Internationalen Gesellschaftsrechts aufgegriffen. Die Ungewissheit über die Zukunft des Referentenentwurfs des BMJ zum Internationalen Gesellschaftsrecht unterstreicht die rechtspolitischen Schwierigkeiten, denen sich eine Lösung dieser heftig umstrittenen Frage ausgesetzt sieht. Die rechtsdogmatischen Fragen sind mindestens ebenso schwierig, weil sie sich im Schnittfeld von nationalem Sach- und Kollisionsrecht, Europarecht und Völkerrecht bewegen und auch ökonomische Aspekte mit einzubeziehen haben. Lösungsvorschläge im Schrifttum betreffen Einzelfragen des Internationalen Gesellschaftsrechts. Eine Gesamtdarstellung und Gesamtuntersuchung der damit zusammenhängenden Fragen gibt es bis heute nicht.

Vor diesem Hintergrund ist der Gang der Untersuchung in der Sache vorgezeichnet: Zunächst leuchtet der Verfasser den Ist-Zustand des deutschen Rechts im Lichte der Rechtsprechung des EuGH und des BGH aus. Im Fokus stehen nicht nur die Urteile des EuGH und BGH gegenüber Gesellschaften aus dem Geltungsbereich des AEUV, sondern auch die Frage, inwiefern sich aus bi- oder multilateralen Staatsverträgen oder auch aus anderem höherrangigem Recht eine Pflicht zur Anerkennung ergibt. Abschließend wendet sich der Verfasser der Frage zu, wie der BGH und verschiedene Instanzgerichte Gesellschaften aus „nicht-privilegierten Drittstaaten“ kollisionsrechtlich behandelt haben. Mit den geltenden Rechtsgrundsätzen schafft er ein sicheres Fundament für den Fortgang der Untersuchung. Ein juristisches „Minenfeld“ betritt er im zweiten Teil seiner Arbeit, in dem es um die denkbaren Regelungsoptionen geht, die Rechtsprechung und Gesetzgeber im Internationalen Gesellschaftsrecht gegenüber Gesellschaften aus „nicht-privilegierten Drittstaaten“ haben. Sein Ziel ist es, die „bestmögliche Regelungsoption“ zu finden. Neben der Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage zählen zu den diskutierten Optionen der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht, die Einführung der Gründungstheorie verbunden mit Sonderanknüpfungen und das Sitzkopplungsmodell der Societas Europaea. Vor allem die intensive Auseinandersetzung mit der Frage, ob und inwieweit Regelungen des Gläubigerschutzes und des Arbeitnehmerschutzes im Wege einer Sonderanknüpfung gegenüber einem ausländischen Gesellschaftsstatut zur Anwendung gebracht werden können, stellt ein Alleinstellungsmerkmal dieser Arbeit dar.

Nach einer tief schürfenden und systematischen Bewertung der Regelungsoptionen kommt der Verfasser zu dem rechtspolitisch nicht unumstrittenen Ergebnis, dass angesichts der Globalisierung der Wirtschaft und der Rechtssysteme „ein Abschotten des deutschen Binnenmarktes mittels des Kollisionsrechts“ der „falsche Weg“ sei. Dabei sei aber zu berücksichtigen, dass beide Anknüpfungspunkte (Gründungs- oder Registrierungsort und effektiver Verwaltungssitz) ihre Schwächen und Stärken haben. Besser erscheint es ihm, auf Ebene des Sach- und des Kollisionsrechts Missbräuchen des Gesellschaftsrechts vorzubeugen. Allerdings warnt der Verfasser auch vor Hoffnungen, kollisionsrechtlich eingeräumte Liberalität (sprich: Gründungstheorie) mit Hilfe des *ordre public* wieder nach Belieben einschränken zu können.

Im Ergebnis entwickelt der Verfasser damit eine ausgewogene Antwort auf eine der zentralen Fragen des Internationalen Gesellschaftsrechts, die selbst denjenigen Autoren, die anderer Ansicht sind (wie der Herausgeber selbst), zu einem erneuten Nachdenken über ihre Position anregen.

Heidelberg, im Januar 2011

Werner F. Ebke

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2010/2011 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Das Rigorosum fand am 02.11.2010 statt.

Die Arbeit entstand zum überwiegenden Teil im Laufe meiner Zeit als Mitarbeiter an dem Lehrstuhl meines verehrten Doktorvaters, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Werner F. Ebke, LL.M. (UC Berkeley). Ihm gilt mein herzlicher Dank an erster Stelle. Er hat nicht nur das Dissertationsthema angeregt, sondern die Arbeit auch stets hilfsbereit und in vielfältiger Weise unterstützt und gefördert. Darüber hinaus bin ich ihm für die Aufnahme der Dissertation in die Schriftenreihe „Deutsches, Europäisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht“ dankbar. Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Der Graduiertenakademie der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg schulde ich Dank für die finanzielle und ideelle Förderung meiner Arbeit durch ein Abschlussstipendium.

Ferner danke ich den Mitarbeitern des Lehrstuhls von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Werner F. Ebke, LL.M. (UC Berkeley) für konstruktive Gespräche und Verbesserungsvorschläge im Laufe der Anfertigung der Dissertation, vor allem den Herren Professor Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxon) und Dr. Daniel Möritz, LL.M. (NYU). Besonderer Dank gebührt den Herren Dr. Martin Mekat, M.Jur. (Oxon) sowie Matthias J. Müller, LL.M. (Duke), die die Arbeit Korrektur gelesen haben. Ihre zahlreichen inhaltlichen und sprachlichen Anmerkungen waren mir eine große Hilfe. Gleichermaßen gilt auch für Herrn Bodo Schmidt-Schmiedebach, der mir bei der Formatierung der Arbeit sehr geholfen hat.

Schließlich möchte ich meinen Eltern und Frau Lisa Arndt herzlich dafür danken, dass Sie mich während der Arbeit an der Dissertation in jeglicher Hinsicht unterstützt haben. Ihr Verständnis, Ihre Rücksicht und Ihre Hilfe haben wesentlich zum Abschluss der Arbeit beigetragen.

Köln, im Dezember 2010

Leonhard Hübner

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	13
Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	33
Gang der Untersuchung	37
Erster Teil: Die Rechtslage im Internationalen Gesellschaftsrecht	39
§ 1: Die Theorien zu der Ermittlung des Gesellschaftsstatuts und ihre historische Entwicklung	39
A. Die Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht	39
B. Die verschiedenen Anknüpfungspunkte von Gründungs- und Sitztheorie	47
§ 2: Internationales Gesellschaftsrecht in dem Zusammenspiel mit europarechtlicher Niederlassungsfreiheit und Völkervertragsrecht	58
A. Einfluss der Niederlassungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH	58
B. Die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben durch den BGH	69
C. Behandlung von Gesellschaften aus EWR-Staaten	73
D. Behandlung von Gesellschaften aus EMRK-Staaten	75
E. Bi- und Multilaterale Staatsverträge	79
§ 3: Die Rechtslage in dem Verhältnis zu „nicht-privilegierten“ Drittstaaten	112
A. Vorgaben aus dem übrigen geschriebenen Recht	112
B. Gesellschaften aus Drittstaaten in der Rechtsprechung	126

§ 4: Zusammenfassung des Ersten Teils	150
Zweiter Teil: Regelungsoptionen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht gegenüber Drittstaaten	151
 § 1: Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage	151
 § 2: Skizzierung des Referentenentwurfs	152
A. Einpassung in die Konzeption des EGBGB	152
B. Anwendung der Gründungstheorie gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten	153
C. Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungsmomente des Referentenentwurfs	155
D. Die Verweisungsform in dem Referentenentwurf	162
E. Zusammenfassung	166
 § 3: Gründungstheorie unter Einführung von Sonderanknüpfungen	167
A. Die Sonderanknüpfung im Internationalen Privatrecht	167
B. Mögliche Sonderanknüpfungen als Ergänzung der Gründungstheorie	179
 § 4: Einführung des SE-Modells gemäß Art. 7, 8 SE-VO auf nationaler Ebene?	258
A. Regelungsinhalt des Sitzkopplungsmodells	258
B. Vorteile des Modells	260
C. Vereinbarkeit mit dem europäischen Primärrecht	261
D. Reformbedarf	262
E. Möglicher Einfluss des MoMiG auf die Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten	264
F. Bewertung und Ausblick	265
 § 5: Zusammenfassung des Zweiten Teils	267
Dritter Teil: Bewertung der Regelungsoptionen unter besonderer Berücksichtigung des Referentenentwurfs	269
 § 1: Staatsverträge als Alternative zum Referentenentwurf	269

A.	Staatsverträge als Regelung der gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften	270
B.	Bewertung der Lösung	270
§ 2: Unstimmigkeiten im Gläubigerschutzrecht und notwendige Folgerungen		274
A.	Rechtstechnische Lösung durch das Rechtsinstitut der Anpassung	275
B.	Rechtspolitische Lösung: Institutionelle Absicherung des Abstimmungsprozesses	282
§ 3: Ermittlung des anzuwendenden ausländischen Gesellschaftsrechts		284
A.	Herangehensweise bei der Ermittlung ausländischen Rechts	284
B.	Ermittlung und Anwendung ausländischen Gesellschaftsrechts vor deutschen Gerichten	287
C.	Probleme bei der Ermittlung ausländischen Rechts	290
D.	Ergebnis und Ausblick	296
§ 4: Der ordre public als Korrektiv im Internationalen Gesellschaftsrecht		298
A.	Sitztheorie und ordre public	298
B.	Gründungstheorie und ordre public	300
C.	Zusammenfassung	301
§ 5: Fehlende Harmonisierungsmöglichkeiten gegenüber Drittstaaten		302
A.	Formen der Harmonisierung	302
B.	Kritik an der Harmonisierung im Europäischen Gesellschaftsrecht	306
C.	Einfluss auf die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten	315
§ 6: Wegzug deutscher Gesellschaften in dem Vorfeld der Insolvenz		318
A.	Motive für einen Wegzug in dem Vorfeld der Insolvenz	319
B.	Der ordre public als Schranke für die Anerkennung drittstaatlicher Insolvenzverfahren	320
C.	Ergebnis und Ausblick	321
§ 7: Zusammenfassung des Dritten Teils		325

Schlussbetrachtung	326
Literaturverzeichnis	330

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	33
Gang der Untersuchung	37
Erster Teil: Die Rechtslage im Internationalen Gesellschaftsrecht	39
§ 1: Die Theorien zu der Ermittlung des Gesellschaftsstatus und ihre historische Entwicklung	39
A. Die Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht	39
I. Anerkennung als Begriff des Internationalen Gesellschaftsrechts	39
II. Bestimmung des Gesellschaftsstatus	43
III. Geschichtlicher Hintergrund	44
1. Gründungstheorie	44
2. Sitztheorie	46
B. Die verschiedenen Anknüpfungspunkte von Gründungs- und Sitztheorie	47
I. Die Gründungstheorie und ihre verschiedenen Ausprägungen	48
1. Weite Gründungstheorie	48
2. Eingeschränkte Gründungstheorie nach Beitzke	48
3. Eingeschränkte Gründungstheorie nach Behrens	49
4. Modifizierte, eingeschränkte Gründungstheorie nach von Halen	51
5. Überlagerungstheorie	52
6. Kombinationstheorie	53
7. Differenzierungstheorie	54
8. Europarechtliche Differenzierungstheorie	54
9. Eingeschränkte Gründungstheorie mit Sonderanknüpfungen	55
II. Die Sitztheorie	56
III. Die Kontrolltheorie	57

§ 2: Internationales Gesellschaftsrecht in dem Zusammenspiel mit europarechtlicher Niederlassungsfreiheit und Völkervertragsrecht	58
A. Einfluss der Niederlassungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH	58
I. Daily-Mail	59
II. Centros	60
III. Überseering	61
IV. Inspire Art	62
V. Sevic	63
VI. Cadbury Schweppes	65
VII. Cartesio	67
B. Die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben durch den BGH	69
I. Der Inhalt der Jersey-Entscheidung	69
II. Folgeprobleme der Jersey-Entscheidung	70
1. Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und die Korrektur durch den BGH	71
2. Kollisionsrechtliche und andere Bedenken gegen die modifizierte Sitztheorie	71
C. Behandlung von Gesellschaften aus EWR-Staaten	73
D. Behandlung von Gesellschaften aus EMRK-Staaten	75
I. Die Stellung der EMRK im deutschen Recht	75
II. Die Entscheidung des Kassationshofes	76
III. Die Auswirkungen des Urteils auf das Internationale Gesellschaftsrecht	77
E. Bi- und Multilaterale Staatsverträge	79
I. Deutsch-Amerikanischer FHSV	80
1. Fremdenrechtliches Verständnis	81
2. Kollisionsrechtliches Verständnis	83
3. Konsequenzen	85
a) Wegzug in die USA	85
b) Zuzug aus Sicht der USA	85
c) Einschränkungen	86
II. Weitere Niederlassungsabkommen Deutschlands innerhalb der EU	88
III. Weitere bilaterale Staatsverträge	88
1. Uneingeschränkte Gründungstheorie	89
2. „Halbseitige“ Gründungstheorie	89
3. Sitztheorie	90
4. Besondere Anknüpfungspunkte	90
5. Sonderfall Türkei	91
a) Bilaterale Abkommen mit Deutschland	92

b)	Assoziierungsabkommen mit der EU	93
(1)	Außenkompetenz der EU zu der Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts	93
(2)	Niederlassungsfreiheit von dem Assoziierungsabkommen erfasst?	94
(3)	Änderungen durch das Stockholmer Programm?	95
6.	Sonderfall Chile	97
7.	Auswirkungen der Meistbegünstigungsklausel in bilateralen Staatsverträgen	97
a)	Inhalt und Bedeutung von Meistbegünstigungsklauseln in bilateralen Staatsverträgen	98
b)	Anwendung im Gesellschaftsrecht	99
IV.	GATS und autonomes Internationales Gesellschaftsrecht	100
1.	Einleitung	100
2.	Anknüpfungspunkt: Anerkennung im Völkerrecht	101
a)	Begriff der Anerkennung im völkerrechtlichen Kontext	101
b)	Anerkennung hinsichtlich der Rechtsfähigkeit von Gesellschaften	102
c)	Anerkennung im Rahmen der WTO	103
(1)	Meistbegünstigung als allgemeines Prinzip der WTO	104
(2)	Meistbegünstigungsverpflichtung des Art. II:1 GATS	105
(a)	Auslegung nach dem Wortlaut	105
(b)	Systematische Auslegung	106
(c)	Teleologische Auslegung der Meistbegünstigung	107
(3)	Marktzugang als Regelung der Anerkennung	109
(4)	Inländergleichbehandlung	110
3.	Urteil des BGH	111
4.	Fazit	111

§ 3: Die Rechtslage in dem Verhältnis zu „nicht-privilegierten“ Drittstaaten

A.	Vorgaben aus dem übrigen geschriebenen Recht	112
I.	Völkerrechtliche Vorgaben	113
1.	Völkerrechtliche Verträge	113
2.	Völkerrechtliche Grundsätze und Völkergewohnheitsrecht	114
II.	Vorgaben aus dem europäischen Sekundärrecht	114
1.	Standpunkt von Kindler	115
2.	Stellungnahme	116
III.	Verfassungsrechtliche Vorgaben	118
IV.	Kollisionsrechtliche Vorgaben	119
V.	Gesetzespolitische Überlegungen über den besten Regelungsgeber	120
1.	Zwingende Vorgaben für ein Handeln des Gesetzgebers?	121
a)	Wesentlichkeitstheorie für das Internationale Privatrecht?	122

b)	Gewaltenteilung und demokratische Legitimation	122
c)	Ergebnis	124
2.	Nichthandeln als Ausdruck guter Gesetzgebung (Good Governance)?	124
VI.	Zwischenergebnis	125
B.	Gesellschaften aus Drittstaaten in der Rechtsprechung	126
I.	Limited von der Isle of Man	127
1.	Entscheidung des Gerichts	127
2.	Würdigung	129
II.	Südafrikanische Handelsgesellschaft (Limited)	130
1.	Entscheidung des Gerichts	131
2.	Würdigung	131
III.	Sambische Gesellschaft	133
1.	Entscheidung des Gerichts	133
2.	Würdigung	134
IV.	Serbische D.O.O.	135
1.	Entscheidung des Gerichts	136
2.	Würdigung	137
V.	Schweizer Aktiengesellschaft - Trabrennbahn	139
1.	Entscheidung des LG Essen und des OLG Hamm	139
2.	Würdigung der instanzgerichtlichen Entscheidungen	141
3.	Auswirkungen der Bilateralen Verträge I und II	141
4.	Entscheidung des BGH	145
5.	Fazit	147
§ 4:	Zusammenfassung des Ersten Teils	150
Zweiter Teil: Regelungsoptionen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht gegenüber Drittstaaten		151
§ 1:	Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage	151
§ 2:	Skizzierung des Referentenentwurfs	152
A.	Einpassung in die Konzeption des EGBGB	152
B.	Anwendung der Gründungstheorie gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten	153
C.	Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungsmomente des Referentenentwurfs	155
I.	Anknüpfungsgegenstand - Konzept der einheitlichen Kollisionsnorm	155

II.	Anknüpfungsmomente	157
1.	Registrierungstheorie	158
2.	Organisationstheorie bei nicht registrierten Gesellschaften	158
3.	Registrierungstheorie versus Gründungstheorie	159
D.	Die Verweisungsform in dem Referentenentwurf	162
I.	Ausgestaltung als Sachnormverweisung	162
II.	Stellungnahme	163
E.	Zusammenfassung	166
§ 3: Gründungstheorie unter Einführung von Sonderanknüpfungen		167
A.	Die Sonderanknüpfung im Internationalen Privatrecht	167
I.	Abgrenzung zu dem ordre public gemäß Art. 6 EGBGB	168
II.	Begriff der Sonderanknüpfung	170
1.	International zwingende Vorschriften	171
2.	Inlandsbeziehung	173
III.	Übertragung auf das Internationale Gesellschaftsrecht	174
1.	Übertragung der Voraussetzungen des Art. 9 Rom I-VO auf das Internationale Gesellschaftsrecht	174
2.	Schutzwürdige Interessen	175
3.	Keine Lösung durch den Referentenentwurf	177
4.	Gesetzestehnische Umsetzung im EGBGB	178
B.	Mögliche Sonderanknüpfungen als Ergänzung der Gründungstheorie	179
I.	Sonderanknüpfungen als Residuum der Sitztheorie	179
II.	Einzelne Sachfragen	181
1.	Gläubigerschutz	181
a)	Verhältnis von Gesellschafts- und Insolvenzstatut	182
(1)	Abgrenzung des Gesellschafts- von dem Insolvenzstatut	182
(2)	Ist die EuInsVO oder die InsO auf Drittstaatensachverhalte anwendbar?	185
b)	Überblick über den gesellschaftsrechtlich fundierten Gläubigerschutz nach deutschem Recht	188
(1)	Mindestkapital	188
(2)	Kapitalaufbringung	190
(3)	Kapitalerhaltung	190
(4)	Gesellschafterdarlehen	192
(5)	Haftung der Gesellschafter und Geschäftsleiter	194
(a)	Missbrauch der juristischen Person	194
(b)	Vermögens- und Sphärenvermischung	195
(c)	Materielle Unterkapitalisierung	195
(d)	Qualifiziert faktischer Konzern	196
(e)	Existenzvernichtungshaftung	196

(f) Insolvenzantragspflicht, Insolvenzverschleppungshaftung und Insolvenzverursachungshaftung	197
(g) Publizität	198
(6) Fazit	200
c) Sonderanknüpfungen bei der Kapitalstruktur	201
(1) Mindestkapital	202
(2) Kapitalaufbringung	204
(a) Konformität mit dem Europarecht	204
(b) Kollisionsrechtliche Einordnung	205
(3) Kapitalerhaltung	206
(a) Kollisionsrechtliche Einordnung	206
(b) Konformität mit dem Europarecht	208
(4) Ausnahme Gesellschafterdarlehen?	211
(a) Kollisionsrechtliche Einordnung	212
(b) Konformität mit dem Europarecht	214
(c) Ergebnis	216
d) Sonderanknüpfung bei der Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer	216
(1) Haftung des Gesellschafters wegen Existenz vernichtenden Eingriffs	217
(a) Kollisionsrechtliche Einordnung	217
(b) Konformität mit dem Europarecht	221
(2) Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführer	222
(a) Kollisionsrechtliche Einordnung	223
(b) Konformität mit dem Europarecht	225
(3) Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsführer	226
(4) Insolvenzverursachungshaftung der Geschäftsführer der GmbH	229
(a) Kollisionsrechtliche Einordnung	230
(b) Konformität mit dem Europarecht	231
e) Zwischenergebnis	231
2. Sonderanknüpfung zu dem Gesellschafterschutz	234
3. Sonderanknüpfung zu dem Arbeitnehmerschutz	235
a) Mitbestimmung unter Druck	236
b) Gegenwärtige Relevanz des Problems	239
c) Möglichkeit der Sonderanknüpfung und ihre Konformität mit dem Europarecht	241
(1) Analoge Anwendung des MitbestG oder Sonderanknüpfung	241
(2) Konformität einer Sonderanknüpfung mit dem Europarecht	242
d) Schwierigkeiten und Lösungsansätze für die Gestaltung einer Mitbestimmungsregelung	247
(1) Personeller Anwendungsbereich	248

(2) Verfahrensstruktur – Lösung über das Verhandlungsmodell	248
(a) Vorzüge und Nachteile des Verhandlungsmodells	249
(b) Das Verhandlungsmodell der SE und sein Erfolg in der Praxis	250
(c) Lösung bei der EPG nach dem Votum des Europäischen Parlaments	252
(d) Vorschlag des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“	252
(3) Verortung der unternehmerischen Mitbestimmung bei einem monistischen Leitungsorgan	254
(4) Zwischenergebnis	256
III. Zusammenfassung zu § 3	257
§ 4: Einführung des SE-Modells gemäß Art. 7, 8 SE-VO auf nationaler Ebene?	258
A. Regelungsinhalt des Sitzkopplungsmodells	258
B. Vorteile des Modells	260
C. Vereinbarkeit mit dem europäischen Primärrecht	261
D. Reformbedarf	262
E. Möglicher Einfluss des MoMiG auf die Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten	264
F. Bewertung und Ausblick	265
§ 5: Zusammenfassung des Zweiten Teils	267
Dritter Teil: Bewertung der Regelungsoptionen unter besonderer Berücksichtigung des Referentenentwurfs	269
§ 1: Staatsverträge als Alternative zum Referentenentwurf	269
A. Staatsverträge als Regelung der gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften	270
B. Bewertung der Lösung	270
I. Nachteile der Lösung über Staatsverträge	270
II. Vorteile der Lösung über Staatsverträge	271
III. Ergebnis	272

§ 2: Unstimmigkeiten im Gläubigerschutzrecht und notwendige Folgerungen	274
A. Rechtstechnische Lösung durch das Rechtsinstitut der Anpassung	275
I. Anpassungslage	277
II. Durchführung der Anpassung	279
III. Kritik und Bewertung	280
B. Rechtspolitische Lösung: Institutionelle Absicherung des Abstimmungsprozesses	282
§ 3: Ermittlung des anzuwendenden ausländischen Gesellschaftsrechts	284
A. Herangehensweise bei der Ermittlung ausländischen Rechts	284
B. Ermittlung und Anwendung ausländischen Gesellschaftsrechts vor deutschen Gerichten	287
C. Probleme bei der Ermittlung ausländischen Rechts	290
I. Nicht zu ermittelndes ausländisches Recht	290
II. Widerspruch zwischen geschriebenem Recht und tatsächlicher Rechtsanwendung	292
III. Gefährdung der Unabhängigkeit des Richters?	295
D. Ergebnis und Ausblick	296
§ 4: Der ordre public als Korrektiv im Internationalen Gesellschaftsrecht	298
A. Sitztheorie und ordre public	298
B. Gründungstheorie und ordre public	300
C. Zusammenfassung	301
§ 5: Fehlende Harmonisierungsmöglichkeiten gegenüber Drittstaaten	302
A. Formen der Harmonisierung	302
I. Positive Harmonisierung	303
II. Negative Harmonisierung	303
III. „Prospective Harmonisation“	303
B. Kritik an der Harmonisierung im Europäischen Gesellschaftsrecht	306
I. Triviales europäisches Sekundärrecht im Bereich des Gesellschaftsrechts?	307
1. Gründe für die Trivialität	307
2. Einschränkungen der Trivialitätsthese	310
3. Verbesserungen durch den Aktionsplan Gesellschaftsrecht?	312
II. Ergebnis	314

C. Einfluss auf die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten	315
§ 6: Wegzug deutscher Gesellschaften in dem Vorfeld der Insolvenz	318
A. Motive für einen Wegzug in dem Vorfeld der Insolvenz	319
B. Der ordre public als Schranke für die Anerkennung drittstaatlicher Insolvenzverfahren	320
C. Ergebnis und Ausblick	321
§ 7: Zusammenfassung des Dritten Teils	325
Schlussbetrachtung	326
Literaturverzeichnis	330

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz, Absätze
ALI	American Law Institute
AC	Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
AETR	Europäisches Übereinkommen über die Arbeit des im internationalen Straßenverkehr beschäftigten Fahrpersonals
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift), Amtsgericht
AK	Arbeitskreis
AktG	Aktiengesetz
Allg.	Allgemein(e)
Am. L. Rev.	American Law Review
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Ausl.	Ausländische
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht

BB	Betriebsberater
BBl.	Bundesblatt (Schweiz)
BCC	British Company Law Cases
Bd.	Band, Bände
BerDrGesVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BörsG	Börsengesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Drucksachen des Bundesrats
BT-Drs.	Drucksachen des deutschen Bundestags
BV	Besloten Venootschap met beperkte aansprakelijkheid
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
CA	Companies Act
ca.	circa
CMLR	Common Market Law Review
COMI	Center of main interest – tatsächlicher Interessenschwerpunkt des Insolvenzschuldners
CVA	Company Voluntary Agreement
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBW	Die Betriebswirtschaft (Zeitschrift)

DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodek
ders.	dieselbe
dies.	dieselbe, dieselben
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRB	Deutscher Richterbund
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EAR	European Accounting Review
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
EC	European Community
ECFR	European Company and Financial Law Review
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGBGB-E	EGBGB-Entwurf
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EJIR	European Journal of Industrial Relations
ELI	European Law Institute
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EPG	Europäische Privatrechtsgesellschaft
EPG-VO-E	EPG-VO-Entwurf
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
ERGes	Ergänzende Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten der DIS
et. al.	et alii
ETUI	Europäisches Gewerkschaftsinstitut
EU	Europäische Union

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EulnsVO	Europäische Insolvenzverordnung
Europ.	Europäische(s)
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen von 1968
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen von 2002
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EVÜ	Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
ex.	ehemals
EWiR	Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgend, folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FHSV	Deutsch-Amerikanischer Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag
Fn.	Fußnote
Franz.	Französische(s)
FS	Festschrift
FTD	Financial Times Deutschland
GA	Generalanwalt beim EuGH
GATS	Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts

GesR	Gesellschaftsrecht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggfs.	Gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HGB-E	HGB-Entwurf
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS	Halbsatz
ICJ/IGH	International Court of Justice / Internationaler Gerichtshof
i.d.R.	in der Regel
IGO	Intergovernmental Organisation
InsO	Insolvenzordnung
Int.	Internationales
Int'l Law.	The International Lawyer
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
IPRG	Schweizer Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
IPRVO	Gesetz über das Internationale Privatrecht (Ungarn)

i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
Ital.	Italienische(s)
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J. Air. L. & Com.	Journal of Air Law and Commerce
JR	Juristische Rundschau
JVEG	Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz
JW	Juristische Wochenzeitschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGAA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KOM	Europäische Kommission
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
KV	Kostenverzeichnis
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
LLP	Limited Liability Partnership
Ltd.	Limited
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MgVG	Gesetz über die unternehmerische Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen
Minn.	Minnesota
Mio.	Millionen
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MitbestG-E	MitbestG-Entwurf
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
No.	Number
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-report
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung
oHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe
PLC	Public Limited Company
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RegBegr	Regierungsbegründung
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
RMBCA	Revised Model Business Corporation Act
Rn	Randnummer
Rom I-VO	Rom I-Verordnung
Rom II-VO	Rom II-Verordnung
Rs.	Rechtssache

S.	Seite, Seiten, Satz, Sätze
SA	Société Anonyme
S.A.R.L.	Société à Responsabilité Limitée
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SchKG	Schweizerisches Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs
S.Ct.	Supreme Court
SE	Societas Europaea / Europäische Aktiengesellschaft
SEAG	Gesetz über die Ausführung der SE-VO
SEC	United States Security and Exchange Commission
Sec.	Section
SIC	Standing Interpretations Committee
Slg.	Sammlung
sog.	so genannte, so genannter
Sp.	Spalte, Spalten
S.p.a.	Società per Azioni
S.r.l.	Società a Responsabilità Limitata
ST	Schweizer Treuhänder (Zeitschrift)
StGB	Strafgesetzbuch
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
Tz.	Textziffer
UK	Vereinigtes Königreich
UmwG	Umwandlungsgesetz
UN	United Nations
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
U.S.C.	United States Code
U.S.C.A.	United States Court of Appeals
USD	US Dollar
usw.	und so weiter

v.v.	von, vom, versus
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
WFBV	Wet ob de formeel buitenlandse vennootschaappen
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WTO	Welthandelsorganisation
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZinsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und die Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
z.T.	zum Teil
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

„Es gibt nichts Praktischeres als eine gute Theorie.“¹ Dieser Satz von *Immanuel Kant* lässt sich auf den Streit um die Bestimmung des zutreffenden Anknüpfungskriteriums im Internationalen Gesellschaftsrecht übertragen. Nach *Kant* schafft eine gute Theorie Abhilfe bei der Bewältigung praktischer Probleme. Gleichermaßen gilt für die Beantwortung der Frage, ob die geographischen Grenzen der Bundesrepublik Deutschland auch die rechtlichen Grenzen für Gesellschaften aus dem Inland bilden. In den Kategorien des Internationalen Gesellschaftsrechts bedeutet dies: Welches Recht gilt für deutsche Gesellschaften, die im Ausland tätig werden wollen, und welches Recht ist auf ausländische Gesellschaften mit inländischem Tätigkeitsschwerpunkt anwendbar? Ist eine Gesellschaft kollisionsrechtlich nach ihrem Gründungs- oder Registrierungsrecht (Gründungstheorie) oder nach dem Recht an ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz (Sitztheorie) zu beurteilen?²

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist das Internationale Gesellschaftsrecht. Der Begriff „Internationales Gesellschaftsrecht“ zeigt, dass der Schwerpunkt der Arbeit in zwei Teildisziplinen der Zivilrechtswissenschaft liegt: einerseits im Internationalen Privatrecht, andererseits im Gesellschaftsrecht. Der Terminus Internationales Gesellschaftsrecht stellt den Bezug zu beiden Teildisziplinen her. Dementsprechend setzt sich die Arbeit in ihren Schwerpunkten mit beiden Rechtsgebieten auseinander.

In den letzten dreißig Jahren ist die Diskussion um die Behandlung von Gesellschaften in grenzüberschreitenden Sachverhalten um eine dritte Komponente erweitert worden: das Europarecht. Aufgrund eines gewandelten Verständnisses der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften gemäß Art. 49, 54 AEUV hat der EuGH in mehreren Entscheidungen bezüglich des Geltungsbereiches des AEUV (ex. EGV) geurteilt, dass Gesellschaften aus Mitgliedstaaten im Inland als solche anzuerkennen sind.³ Diese Rechtsprechung hat die Grenzen für nationale

1 Aus: *Knischek*, Lebensweisheiten berühmter Philosophen, 207.

2 Die Termini der (Verwaltungs-)Sitztheorie oder der Gründungstheorie sind in dem wissenschaftlichen Diskurs stets verwendet worden und werden auch weiterhin benutzt. In der Sprache des Internationalen Privatrechts handelt es sich bei der Sitz- und Gründungstheorie aber um Anknüpfungspunkte wie z.B. die Staatsangehörigkeit oder den Wohnsitz im Recht der natürlichen Personen im Internationalen Privatrecht. Daher müsste man von dem Sitz- oder Gründungskriterium sprechen. Aufgrund der Gebräuchlichkeit der beiden Termini wird auch in dieser Arbeit auf die Begriffe der Sitz- und Gründungstheorie zurückgegriffen.

3 Urteil vom 09.03.1999 Centros Ltd. v. Erhevers- og Selskabsstyrelsen, WM 1999, 958; EuGH 5.11.2002 Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanage-

nale Gesellschaften innerhalb der Europäischen Union geöffnet. Für die international-privatrechtliche Anknüpfung an das Recht des Ortes des tatsächlichen Verwaltungssitzes (die in Deutschland traditionell Geltung beanspruchte) bedeuteten die Urteile des EuGH das vermeintliche Aus,⁴ soweit die Niederlassungsfreiheit Geltung beansprucht. Gleiches gilt gemäß der in Art. 31 i.V.m. Art. 34 EWR-Abkommen⁵ garantierten Niederlassungsfreiheit in Bezug auf Gesellschaften aus den EWR-Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein.

Eine Aussage für die Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten hat der EuGH mit seinen Urteilen jedoch nicht getroffen. Teilweise hat die EU Assoziierungsabkommen mit einzelnen Ländern⁶ geschlossen. Soweit die EU kein solches Abkommen mit einem Drittstaat geschlossen hat, liegt die kollisionsrechtliche Einordnung von Gesellschaften aus Drittstaaten bisher⁷ unter den Voraussetzungen des Art. 351 AEUV (ex. Art. 307 EGV) überwiegend in den Händen der betroffenen EU-Mitgliedstaaten. Neben der allgemeinen international-privatrechtlichen Einordnung können die einzelnen Mitgliedstaaten eigene völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten abschließen, die eine kollisionsrechtliche Beurteilung der jeweiligen Gesellschaften enthalten. In Deutschland gehen solche Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen den Vorschriften des allgemeinen Internationalen Privatrechts gemäß Art. 3 Nr. 2 EGBGB vor.⁸ In Staatsverträgen kann demnach die Anerkennung der erfassten ausländischen Gesellschaften statuieren werden. Dies ist beispielsweise für Gesellschaften aus den USA der Fall. Nach der Rechtsprechung des BGH sind Gesellschaften aus den USA nach ihrem Gründungsrecht zu beurteilen.⁹ Für Gesellschaften aus völkervertraglich nicht-privilegierten Drittstaaten (z.B. China, Schweiz, Singapur) gilt das autonome Internationale Privatrecht: Nach der gewohnheitsrechtlich geltenden Sitztheorie ist auf diese nicht-privilegierten Gesellschaften¹⁰ weiterhin das Recht ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes anzuwenden. Die Rom I-Verordnung so-

ment GmbH (NCC), IPRax 2003, 65; EuGH 30.09.2003 – Rs. C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabreken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd., NJW 2003, 3331.

4 Vgl. Ebke, BB 2002, Heft 1/2, Die Erste Seite („Die Würfel sind gefallen: Die Sanktionen der Sitztheorie sind europarechtswidrig!“).

5 EWR-Abkommen vom 2.5.1992 (BGBl. 1993 II, 266). Das EWR-Abkommen ist am 1.1.1994 in Kraft getreten (BGBl. 1994 II, 515).

6 Wie z.B. mit Chile, vgl. Abl. EG 2002, L 352/3-1450.

7 Vgl. Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM (2010), 171 zum für das Jahr 2014 geplanten Grünbuch zur Vereinheitlichung des anwendbaren Rechts in Bezug auf Unternehmen, Vereinigungen und andere juristische Personen, S. 26; Wagner, IPRax 2010, 483 (484); siehe dazu Erster Teil, § 2, E., III., 5., b), (3).

8 Brödermann, NJW 2010, 807 (809, 813); Weller, ZGR 2010, 679 (696 f.).

9 BGH, WM 2002, 2286; BGH, WM 2003, 699 (700); BGH, ZIP 2004, 1449 (1450); BGH, BB 2004, 2595.

10 Als „nicht-privilegierte“ Gesellschaften werden in dieser Arbeit solche Gesellschaften verstanden, deren Anerkennung sich weder aus der europarechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit noch aus einer bilateralen staatsvertraglichen Regelung ergibt.

wie die Rom II-Verordnung, die im Jahre 2009 in Kraft getreten sind, haben an dieser Rechtslage nichts geändert. Nach wie vor umstritten ist die Auswirkung völkerrechtlicher Abkommen wie die Europäische Menschenrechtskonvention und des WTO-Abkommens auf das Internationale Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten.

Somit gilt in der Bundesrepublik Deutschland ein gespalteses Gesellschaftskollisionsrecht. Auf der einen Seite stehen die anzuerkennenden EU-Gesellschaften sowie die staatsvertraglich privilegierten Gesellschaften; diese Gesellschaften sind als solche anzuerkennen, selbst wenn sich ihr effektiver Verwaltungssitz (*siege réel, real seat*) in Deutschland befindet. Auf sie wird die Gründungstheorie angewendet. Auf der anderen Seite stehen die nicht-privilegierten Gesellschaften; diese unterliegen der autonomen Anknüpfung des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts und damit *de lege lata* der Anknüpfung an das Recht ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes. Die Spaltung im Gesellschaftskollisionsrecht hat den Deutschen Rat für Internationales Privatrechts in Abstimmung mit dem Bundesjustizministerium dazu veranlasst, am 10.9.2003 eine Kommission mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfs zu beauftragen. Die Ergebnisse der Beratungen dieser Expertengruppe sind von dem Vorsitzenden der Kommission, *Hans Jürgen Sonnenberger*, in einem Sammelband publiziert worden.¹¹ Sie bilden die Grundlage für den Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht,¹² den das Bundesjustizministerium am 7.1.2008 veröffentlicht hat. Darin plant das Justizministerium, gegenüber allen ausländischen Gesellschaften den Schritt zu der Gründungstheorie zu vollziehen und dies in Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E zu normieren. Das einschlägige Recht zu der Bestimmung des Gesellschaftsstatus soll danach das Recht an dem Registrierungsort bzw. bei fehlender Registrierung das Recht sein, nach dem die Gesellschaft organisiert ist. Damit möchte der Gesetzgeber einen Paradigmenwechsel wagen, der eine Jahrzehnte alte Rechtsentwicklung verändert. Allerdings befindet sich der Entwurf nach wie vor in dem Stadium eines Referentenentwurfs. Die Bundesregierung hat über den Gesetzentwurf bisher noch nicht beschlossen.¹³

Eine ähnliche Entwicklung nimmt das (Gesellschafts-)Sachrecht, denn auch in dieses hat der Gesetzgeber eingegriffen, indem er vor allem das Recht der GmbH in einigen Teilen wie den Gesellschafterdarlehen oder der Insolvenz-antragspflicht grundlegend reformiert hat.¹⁴ Das so genannte MoMiG bedeutet

11 Sonnenberger, Reform des GesR.

12 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, abrufbar unter: <http://www.bmj.de/files-/2751/> RefE Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen.pdf

13 Der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht ist abrufbar unter: http://bmj.bund.de/enid/Gesellschaftsrecht/Internationales_Gesellschaftsrecht_1fi.html

14 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBl. 2008, Teil I Nr. 48, S. 2026.

eine der tiefgreifendsten Änderungen in der Geschichte des GmbHG.¹⁵ Die Änderungen betreffen nicht nur das Sachrecht, sondern auch das Kollisionsrecht (§ 4a Abs. 2 GmbHG, § 5 Abs. 2 AktG). Das MoMiG beeinflusst die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften. Deswegen nimmt das MoMiG eine wichtige Rolle in der nachfolgenden Untersuchung ein. Ausweislich der Regierungsbegründung zum MoMiG möchte der Gesetzgeber die GmbH möglichst attraktiv gestalten, damit sie sich in dem europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen,¹⁶ welcher durch die EuGH-Entscheidungen jedenfalls in den so genannten Zuzugsfällen ausgelöst worden ist, bewähren kann.

Ziel der nachfolgenden Untersuchung ist es, die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Drittstaaten zu analysieren und entsprechende Lösungen zu suchen. Besonderes Augenmerk soll dabei auf die Bestrebungen des deutschen Gesetzgebers sowohl auf der Ebene des Kollisionsrechts (Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht) als auch auf der Ebene des Sachrechts (MoMiG) gelegt werden. Das Zusammenspiel der beiden Reformvorhaben bildet den Rahmen für die nachfolgende Untersuchung.

15 Vgl. *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, Einf. Rn 4.

16 *Ebke*, in: FS Lutter, 17 ff.

Gang der Untersuchung

In dem ersten Teil der Untersuchung wird die Rechtslage nach dem deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht dargestellt und erläutert. Nach der Darstellung der historischen Entwicklung der Anerkennungstheorien (§ 1) soll der Einfluss der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit und des Völkervertragsrechts auf das Internationale Gesellschaftsrecht (§ 2) beurteilt werden, da die europäische Rechtsentwicklung den Streit um das richtige Anknüpfungskriterium im Internationalen Gesellschaftsrecht maßgeblich beeinflusst hat. In diesem Abschnitt wird sowohl die Bedeutung der europäischen Niederlassungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH als auch deren Umsetzung durch den BGH untersucht. Im Anschluss wird die Behandlung von Gesellschaften aus EWR- oder EMRK-Staaten erörtert. Des Weiteren wird die Frage nach der Anerkennung von Drittstaatengesellschaften erörtert. Dabei werden bilaterale Abkommen zwischen Deutschland und einem Drittstaat sowie zwischen der EU und einem Drittstaat berücksichtigt. Danach werden die möglichen Auswirkungen des GATS-Abkommens auf das autonome Internationale Gesellschaftsrecht untersucht. Anschließend wird unter der Überschrift „Die Rechtslage in dem Verhältnis zu nicht-privilegierten Drittstaaten“ (§ 3) geprüft, ob und inwiefern aus dem kodifizierten Recht (Völker-, Europa-, Verfassungs- oder Kollisionsrechts) oder aus rechtspolitischen Erwägungen Vorgaben für die Ausgestaltung des deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht zu entnehmen sind. Im Folgenden geht die Arbeit auf die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten in der Rechtsprechung ein. Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem Urteil des BGH zu der Anerkennung der Rechtsfähigkeit Schweizer Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz.¹⁷

Entsprechend der Zielsetzung der Arbeit setzt sich der zweite Teil mit vier denkbaren Regelungsoptionen für das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht auseinander. Im Fokus steht dabei die Bestimmung des Gesellschaftsstatus von Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Drittstaaten. Die Arbeit beleuchtet zunächst die Auswirkungen der Beibehaltung der geltenden Rechtslage (§ 1) und analysiert anschließend den Referententwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht (§ 2). Unter § 3 untersucht die Arbeit die Möglichkeit verschiedener Sonderankünfte in dem Bereich des Gläubiger-, Gesellschafter- und Arbeitnehmerschutzes. Vor dem Hintergrund einer einheitlichen Anknüpfung soll bei der methodischen Erfassung möglicher Sonderankünfte sowohl die kollisionsrechtliche als auch die europarechtliche Ebene einer möglichen Sonderanknüpfung betrachtet werden. Im Mittelpunkt stehen im Rahmen des Gläubiger-

17 BGH, NJW 2009, 289 ff.

schutzes Sonderankünpfungen bei der Kapitalstruktur sowie bei der Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsleitern.¹⁸ Im Rahmen dieser Analyse spielt das MoMiG für Fragen der Qualifikation eine wichtige Rolle. In Bezug auf Fragen der unternehmerischen Mitbestimmung werden Schwierigkeiten bei der Gestaltung einer Mitbestimmungsregelung diskutiert und Lösungsansätze aufgezeigt. Die vierte Möglichkeit (§ 4), die für die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten erwogen wird, ist das Anknüpfungsmodell der SE gemäß Art. 7, 8 SE-VO.¹⁹

Im dritten und letzten Teil der Arbeit werden die verschiedenen Regelungsoptionen bewertet. Zunächst werden Staatsverträge gegenüber Drittstaaten, in denen die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften festgelegt wird, als mögliche Handlungsalternative zu der generellen Hinwendung zu der Gründungstheorie beurteilt (§ 1). Es folgt (§ 2) eine Betrachtung der Unstimmigkeiten im Gläubigerschutzrecht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, die aus der Liberalisierung des Gesellschaftskollisionsrechts im europäischen Bereich resultieren.²⁰ Sie wären im Fall der generellen Hinwendung zur Gründungstheorie auch in Bezug auf Gesellschaften aus Drittstaaten vorstellbar. Zu der Überwindung dieser Unstimmigkeiten wird sowohl ein rechtstechnischer als auch ein rechtspolitischer Lösungsansatz vorgeschlagen. Danach folgen Überlegungen zu der Ermittlung des ausländischen Gesellschaftsrechts, das der zu der Anwendung berufene Richter nach § 293 ZPO von Amts wegen zu ermitteln hat (§ 3). Nachdem die Arbeit die Rolle des *ordre public* als Korrektiv im Internationalen Gesellschaftsrecht beurteilt hat (§ 4), beschäftigt sie sich mit der Frage, ob die fehlende Harmonisierungsmöglichkeit gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten ein Argument gegen die Anwendung der Gründungstheorie auf solche Gesellschaften bedeutet (§ 5). Schließlich setzt sich die Arbeit mit dem Problem des Wegzugs deutscher Gesellschaften in dem Vorfeld der Insolvenz auseinander (§ 6). In dem Mittelpunkt der Untersuchung steht die Frage, inwiefern der *ordre public* als Schranke für einen solchen Wegzug in Drittstaaten dienen kann. Die Arbeit endet mit einer Schlussbetrachtung.

18 S. zu Haftung von Leitungsorganen allgemein Möritz, Drittschutz und Haftung des Managements, im Erscheinen.

19 Verordnung 2157/2001/EG.

20 Merkt, ZGR 2004, 305 (323).

Erster Teil: Die Rechtslage im Internationalen Gesellschaftsrecht

§ 1: Die Theorien zu der Ermittlung des Gesellschaftsstatuts und ihre historische Entwicklung

A. Die Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht

Die international-privatrechtliche Behandlung von Gesellschaften ist in jüngster Zeit immer wieder Gegenstand von Urteilen sowie wissenschaftlicher Abhandlungen gewesen.²¹ Nach wie vor handelt es sich bei der *quaestio famosa*²² im Internationalen Gesellschaftsrechts um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsfähigkeit einer juristischen Person gegeben ist und im Inland anerkannt wird. Bevor der Frage nach dem „Ob“ und dem „Wie“ der Anerkennung nachgegangen wird, muss man sich zunächst Klarheit über die Auslegung des Begriffs der Anerkennung verschaffen.

I. Anerkennung als Begriff des Internationalen Gesellschaftsrechts

Der Begriff der Anerkennung wird im Internationalen Gesellschaftsrecht verschieden verwandt. Die unterschiedliche Verwendung hat in der Vergangenheit zu einer Sprachverwirrung geführt, die mit Recht kritisch als „Inflation des Anerkennungsbegriffs“²³ bezeichnet wurde. Um ein Verständnis für die Problematik

21 Vgl. statt aller EuGH vom 09.03.1999 Centros Ltd. v. Erhevers-og Selskabsstyrelsen, NJW 1999, 2027; EuGH vom 05.11.2002 Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), IPRax 2003, 65; EuGH vom 30.09.2003 – Rs. C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd., NJW 2003, 3331; Ebke, in: FS Thode, 593 ff.; Ebke, JZ 2003, 927 ff.; Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften; Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht; Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht; Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht; Sandrock/Wetzler, Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen; Sonnenberger, Reform des Gesellschaftsrechts; Jestädt, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht; Seelinger, Gesellschaftskollisionsrecht und Transatlantischer Binnenmarkt; Weller, ZGR 2010, 679 ff.

22 Staudinger-Raape, Art. 10 Anm. C I 1.

23 Drobniq, in: FS Caemmerer, 688.

der Anerkennung zu entwickeln, ist es notwendig, sich die allgemeinen Grundlagen und die Funktion der Anerkennung im deutschen Internationalen Privatrecht zu vergegenwärtigen.

Da das Internationale Gesellschaftsrecht ein Teil des Internationalen Privatrechts ist, liegt es nahe, zunächst von der allgemeinen Definition im Internationalen Privatrecht auszugehen. Danach bedeutet Anerkennung die Anwendung der Regeln einer fremden Rechtsordnung im Inland.²⁴ Übertragen auf das Internationale Gesellschaftsrecht bedeutet das, dass es sich bei der Anerkennung um die Frage handelt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine ausländische Gesellschaft im Inland als Rechtssubjekt handeln kann.²⁵ Diese Frage kann jedoch in verschiedener Weise gestellt werden:

- Die Anerkennung könnte die Voraussetzungen festlegen, unter denen sich eine Gesellschaft im Inland niederlassen und gewerblich betätigen darf.²⁶ Dies betrifft die Frage nach der gewerblichen Konzession einer ausländischen Gesellschaft und wäre damit nicht dem Kollisions-, sondern dem Fremdenrecht zuzuordnen.
- Die Anerkennung könnte allein die Frage regeln, ob und welches besonderen inländischen Rechtsaktes es bedarf, damit sich eine ausländische Gesellschaft an dem inländischen Rechtsverkehr beteiligen kann.²⁷ Dieses Verständnis von Anerkennung²⁸ setzt die Existenz einer Kollisionsnorm voraus, aus der sich ergibt, nach welcher Rechtsordnung das Bestehen einer juristischen Person zu bestimmen ist.²⁹ Da diese Frage an die Ausländereigenschaft der Gesellschaft anknüpft, ist sie ebenso dem Fremdenrecht zuzuordnen.
- Drittens kann unter dem Begriff der Anerkennung zu verstehen sein, welcher Rechtsordnung die Gründungsvoraussetzungen der Gesellschaft und die Voraussetzungen ihrer Rechtfähigkeit zu entnehmen ist.³⁰ Dabei handelt es sich um eine Frage des Kollisionsrechts.

Die erste Möglichkeit betrifft die öffentlich-rechtliche Genehmigung für den Betrieb eines Gewerbes. Ob eine Gesellschaft eine genehmigungspflichtige Tätigkeit im Inland betreibt, ist eine Frage des öffentlichen Rechts. Sie ist von der kollisionsrechtlichen Anerkennungsproblematik zu unterscheiden.³¹ Wie sich aus

24 Ebenroth/Bippus, NJW 1988, 2137 (2138).

25 Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 123; Großfeld, RabelsZ 31 (1967), 1 (2); Behrens, ZGR 1978, 499 (500).

26 Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 316, 325; Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 559 ff.

27 Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 296; Behrens, ZGR 1978, 499 (501).

28 Großfeld, RabelsZ 31 (1967), 1 (3); Sandrock, RabelsZ 42 (1978), 246 f.

29 Goldman, Europäisches Handelsrecht, Nr. 66.

30 Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 318 ff.

31 Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 325.

der einschlägigen Norm des § 15 Abs. 2 S. 2 GewO ergibt, setzt die gewerbe rechtliche Zulassung (als Norm des Fremdenrechts) das Bestehen der Gesellschaft und damit deren Anerkennung in dem kollisionsrechtlichen Sinne voraus. Daher kann dieser Ansatz nicht als der Begriff der Anerkennung in dem international-gesellschaftsrechtlichen Sinne angesehen werden.

Dem zweiten Ansatz zufolge ergibt sich die Rechtssubjektivität ausländischer juristischer Personen im Inland nicht allein aus ihrer wirksamen Errichtung nach ihrem Heimatrecht. Ihre Rechtssubjektivität im Inland wird vielmehr von der besonderen Voraussetzung eines gesonderten Anerkennungsaktes abhängig gemacht. Folge dieses Ansatzes ist, dass es sich bei der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft um ein auf das Inland territorial beschränktes Rechtsinstitut handelt.

Dies entspricht jedoch nicht der Rechtslage in Deutschland. Inländische Gesellschaften werden im Inland nicht aufgrund eines besonderen Rechtsakts als rechtsfähig anerkannt.³² Die Rechtsfähigkeit inländischer Gesellschaften ist stattdessen das Resultat der Anerkennung der Gesellschaft im kollisionsrechtlichen Sinne, denn das deutsche Recht betrachtet die Gesellschaft als universales Rechtsverhältnis.³³ Verweist das Kollisionsrecht auf eine ausländische Rechtsordnung, wird die ausländische Gesellschaft in der Rechtsform hingenommen, wie sie sich aus der Anwendung ausländischen Rechts ergibt.³⁴ Die maßgebliche Rechtsordnung bestimmt demnach das Personalstatut der Gesellschaft und regelt umfassend und abschließend alle Rechtsbeziehungen der betroffenen Gesellschaft. Ist die kollisionsrechtliche Entscheidung getroffen, besteht keine Grundlage für einen zusätzlichen Akt der Anerkennung. Die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft ist demnach die Rechtsfolge, die aus der Anwendung der Normen des Sachrechts resultiert, auf die das Kollisionsrecht verweist.

Unter Anerkennung kann mithin nur die kollisionsrechtliche Anerkennung verstanden werden. Ist das Personalstatut der Gesellschaft bestimmt worden, ist damit gleichzeitig die Frage der Rechtsfähigkeit entschieden.³⁵ Die Anerkennung einer ausländischen Person und die Anwendung der international-privatrechtlichen Norm fallen somit zusammen. Diese Anerkennungsfunktion des Internationalen Privatrechts hat *Brödermann* analysiert.³⁶ Er sieht in der Anerkennungs-

32 Behrens, ZGR 1978, 499 (507).

33 Neuhaus, Grundbegriffe des IPR, S.185.

34 Vgl. MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 318.

35 Kindler (MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 323) weist darauf hin, dass die sog. Anerkennungsproblematik von der Beurteilung ausländischer Gesellschaftsformen durch deutsches Sachrecht zu trennen ist. Kommt nach der kollisionsrechtlichen Verweisung ausländisches Sachrecht zur Anwendung, und ist die Gesellschaft danach rechtsfähig, so ist eine dem deutschen Recht unbekannte Gesellschaftsform hinzunehmen. Eine andere Beurteilung würde die Anerkennungsproblematik auf die Ebene des Sachrechts verlagern und damit die Entscheidung des Kollisionsrechts unterlaufen.

36 Brödermann, in: Brödermann/Iversen, Europ. Gemeinschaftsrecht und Int. Privatrecht, S. 79 ff.

funktion des Internationalen Privatrechts die „Lösung eines Substitutionsproblems“.³⁷ Verwendet das deutsche Internationale Privat- und Prozessrecht den Systembegriff „Gesellschaften“, ist zunächst die Erstfrage nach dem Bestehen einer Gesellschaft, d.h. dem Rechtsverhältnis zu beantworten. Diese Erstfrage wird mit Hilfe des Internationalen Privatrechts entschieden: Gesellschaften, die nach dem von dem deutschen Internationalen Privatrecht berufenen Statut wirksam gegründet worden sind, bestehen für die Zwecke der Anwendung der Kollisionsnorm des deutschen Internationalen Privat- und Prozessrechts.

Es ist also in dem ersten Schritt, d.h. der Erstfrage, zu untersuchen, ob die jeweilige Gesellschaft nach dem durch die Erstfragenanknüpfung berufenen Recht besteht. Anschließend ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Gesellschaft eine „Gesellschaft“ i.S.d. nationalen sachrechtlichen Systembegriffs ist. Denn es gilt zu beachten, dass der nationale Gesetzgeber, der eine Sachnorm schafft, in nationalen Systembegriffen denkt. Daher bedarf es laut Brödermann des Zwischenschrittes zu der Beantwortung der Frage, ob eine nach anderen Systembegriffen geschaffene ausländische Gesellschaft (z.B. eine britische *private limited company*) unter den nationalen Systembegriff zu subsumieren ist. Diesen Vorgang bezeichnet man als Substitution.³⁸ Eine Substitution ist möglich, wenn ausländische Gesellschaften nach den Wertungen des inländischen Rechts deutschen Gesellschaften gleichgestellt sind (sog. funktionale Äquivalenz).³⁹ Funktionale Äquivalenz bedeutet, dass das von dem inländischen Kollisionsrecht berufene ausländische Sachrecht zu einer äquivalenten Rechtsfolge, d.h. der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft führt.⁴⁰ Voraussetzung der Substitution ist, dass der nationale Systembegriff die Subsumtion ausländischer Gebilde (z.B. Gesellschaften) zulässt. Dies ist bei Gesellschaften der Fall, denn die inländischen Normen, die den Begriff „Gesellschaften“ verwenden, sind so genannte offene Normen, die die Subsumtion ausländischer Gesellschaften unter diesen Begriff grundsätzlich gestatten.⁴¹ Folglich bedarf es keines besonderen Anerkennungsaktes, da das

37 Brödermann, in: Brödermann/Iversen, Europ. Gemeinschaftsrecht und Int. Privatrecht, S. 80.

38 v. Bar/Mankowski, IPR I, § 7 VIII; Kegel/Schurig, IPR, § 8; Kropholler, IPR, § 8; Koch/Magnus/Winkler v. Mohrenfels, IPR und Rechtsvergleichung, § 1 III 4; vgl. ausführlich, Mansel, in: FS Lorenz, 689 ff.; vgl. monographisch Hug, Die Substitution im Internationalen Privatrecht; Klocke, Konzernkollisionsrecht und seine Substitutionsprobleme.

39 Vgl. zu der funktionalen Äquivalenz im Internationalen Gesellschaftsrecht: MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 842; Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 334, 598.

40 Vgl. zu dem Fall der Substitution bei der Abtretung von GmbH-Anteilen in der Schweiz, Weller, BB 2005, 1807 ff.

41 Brödermann, in: Brödermann/Iversen, Europ. Gemeinschaftsrecht und Int. Privatrecht, S. 80 f. Fn 234; vgl. zum Parallelbeispiel einer Beurteilung der inländischen Rechtsfolgen einer nach ausländischem Recht erfolgten Adoption, Mansel, in: FS Lorenz, 689 ff.

deutsche Recht die Rechtsfolge des von dem Internationalen Privatrecht berufenen Rechts (wirksame Gesellschaftsgründung) akzeptiert. Für die Anerkennung einer ausländischen Gesellschaft sind somit zu der Lösung des Substitutionsproblems grundsätzlich zwei Schritte notwendig.

Nachdem der Begriff der Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht geklärt ist, beschäftigt sich der folgende Abschnitt mit der Frage, wie das Internationale Gesellschaftsrecht das Gesellschaftsstatut bestimmt.

II. Bestimmung des Gesellschaftsstatuts

Nach den obigen Ausführungen besteht der Sinn und Zweck des Internationalen Gesellschaftsrechts darin, das Heimatrecht der jeweiligen Gesellschaft zu bestimmen. Somit konzentriert sich der Auftrag des Internationalen Gesellschaftsrechts auf die Frage, nach welchem Sachrecht sich die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse bei Sachverhalten mit Auslandsbezug beurteilen.⁴² Es ist die Rechtsordnung zu ermitteln, nach der die betroffene Gesellschaft „entsteht, lebt und vergeht“.⁴³ Das durch die Verweisung berufene Gesellschaftsstatut entscheidet grundsätzlich einheitlich über die Innen- und Außenbeziehungen der Gesellschaft.⁴⁴ Die so genannte Einheitslehre führt dazu, dass die jeweilige Gesellschaft vollständig dem Regime einer Rechtsordnung, der *lex societatis*, unterliegt.

Um das richtige Anknüpfungskriterium wurde lange Zeit heftig gestritten. Heute werden zu der Ermittlung des Gesellschaftsstatuts im Wesentlichen zwei Anknüpfungsmöglichkeiten erörtert: Die Sitz- und die Gründungstheorie. Nach der Sitztheorie ist das Recht des Staates maßgeblich, in dem die juristische Person ihren tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung hat.⁴⁵ Dies ist der Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.⁴⁶ Die Sitztheorie beruht auf der Vermutung, dass der Schwerpunkt der tatsächlichen Aktivitäten einer Gesellschaft in dem Staat ihres tatsächlichen Sitzes liegt.⁴⁷ Damit wird sie einem Strukturprinzip des Internationalen Privatrechts gerecht; denn sie knüpft an das Recht des Staates an, zu dem der betreffende Sachverhalt die engste Verbindung aufweist, der von

42 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 1.

43 BGHZ 25, 134 (144).

44 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 6; Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 13; Kropholler, IPR, § 55 II.

45 Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 22 ff.; MüKo-Kindler, Int. GesR, Rn 456 ff.

46 BGHZ 53, 181; BGH, NJW 1996, 54; Palandt-Heldrich, Anh. zu § 12 EGBGB, Rn 2.

47 Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 35.

den unternehmerischen Aktivitäten einer Gesellschaft am meisten betroffen ist.⁴⁸ Dagegen ist nach der Gründungstheorie (auch Inkorporationstheorie) dasjenige Recht zur Anwendung berufen, nach dem die juristische Person gegründet worden ist, also das Recht ihres Gründungs- oder Registrierungsortes.⁴⁹ Für die Anerkennung nach der Gründungstheorie genügt mithin die Feststellung, dass die Gesellschaft nach dem Recht irgendeines ausländischen Staates errichtet worden ist. Der Unterschied zu der Sitztheorie besteht darin, dass nach der Sitztheorie die wirksame Gründung nach dem Recht des Staates notwendig ist, in welchem die juristische Person ihren Verwaltungssitz hat. Insofern stellt die Sitztheorie in dem Verhältnis zu der Gründungstheorie ein zusätzliches Kriterium auf.⁵⁰

III. Geschichtlicher Hintergrund

Um die Hintergründe der Anerkennungstheorien im Internationalen Gesellschaftsrecht nachvollziehen zu können, ist es notwendig, sich einen kurzen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Anerkennungstheorien zu verschaffen. Es ist zu untersuchen, aus welchen Interessenlagen und unter welchen historischen Umständen sich die Sitz- und die Gründungstheorie entwickelt haben.

1. Gründungstheorie

Die Gründungstheorie wurde im 18. Jahrhundert im Vereinigten Königreich entwickelt. Entscheidend war, dass sie für die Wirtschaftsinteressen des Vereinigten Königreichs förderlich war. Die Gründungstheorie ermöglichte es der Britischen Krone, die Rechtsstandards des Vereinigten Königreichs in die Kolonien und andere Einflussgebiete zu exportieren.⁵¹ Beispielsweise konnte eine Aktiengesellschaft nach britischem Recht in einem fremden Staat aufgebaut werden, ohne dass man die Herrschaft des britischen Rechts aufgeben musste. Wichtig in diesem Zusammenhang ist jedoch auch, dass das britische Aktienrecht in der

48 Vgl. zum Prinzip der engsten Verbindung als Gerechtigkeitserwägung, *Kropholler*, IPR, § 4 II; zu der Sitztheorie, *MüKo-Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 421 m.w.N.

49 *Kropholler*, IPR, § 55 I 4 a); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 ff.; *Behrens*, IPRax 1999, 384.

50 *Großfeld*, Rechtsprobleme multinationaler Unternehmen, 41.

51 *Staudinger-Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 27; *Großfeld*, in: FS Westermann, 199 (204).

zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts weniger streng als die Aktienrechte der meisten anderen, vor allem der kontinentaleuropäischen Staaten war.⁵² So wurde z.B. die öffentlich-rechtliche Genehmigungspflicht für die Gründung von Aktiengesellschaften abgeschafft, und die Gründungsvorschriften in Bezug auf Sachgründung und Kapitalaufbringung waren zurückhaltender ausgestaltet als in den meisten kontinental-europäischen Rechtsordnungen.⁵³ Sofern Aktiengesellschaften mit Sitz in Großbritannien nach einem ausländischen Recht organisiert waren, handelte es sich in der Regel um Gesellschaften aus Commonwealth-Staaten, die an dem Vorbild des britischen Rechts ausgerichtet waren.⁵⁴

Hinzu kommt, dass die Gründung nach britischem Recht ein Anknüpfungspunkt für die Gewährung von diplomatischem Schutz ist.⁵⁵ Dies kann vor allem bei Enteignungen von transnationalen Unternehmen im Rahmen von Auslandsinvestitionen relevant werden. In einem solchen Fall besteht seit langem Konsens, dass der Heimatstaat dem Unternehmen diplomatischen Schutz gewähren kann, indem er z.B. Schadensersatz von dem Eingriffsstaat fordert.⁵⁶ An diesem Schutz hatte das Vereinigte Königreich als der größte Kapitalexporteur zu Kolonialzeiten ein besonderes Interesse. Daher wird die Gründungstheorie als die Theorie bezeichnet, die den Interessen eines kapitalexportierenden Landes entgegenkommt.⁵⁷

Die Gründungstheorie ist kennzeichnend für den gesamten anglo-amerikanischen Rechtskreis. Sowohl das US-amerikanische Zivilprozessrecht für die Verfahren vor den Bundesgerichten⁵⁸ als auch das US-amerikanische Restatement of the Law⁵⁹ folgen der Gründungstheorie – und zwar sowohl für inner-amerikanische Fälle als auch für grenzüberschreitende („internationale“) Sachverhalte. Ihre dogmatische Grundlage liegt im Dunkeln. *Vagts* vermutet, dass ihre Grundlage in dem Konzessionssystem zu finden ist; sie gehe auf die Auffassung zurück, „that a corporation is a creation of the state in an active sense“.⁶⁰ Andererseits wird die Grundlage auch in dem britischen Verständnis von *domicile* als dem Geburtsort, also dem *domicile of origin* gesehen.⁶¹ Dies entspricht in Kontinentaleuropa dem Staatsangehörigkeitsprinzip für natürliche Personen.

52 *Großfeld*, in: FS Westermann, 199 (202).

53 *Latty*, 65 Yale L.J. 137, 166 130 (1955).

54 *Beitzke*, ZHR 127 (1964/65), 1 (18).

55 *Großfeld*, in: FS Westermann, 199 (202).

56 *Großfeld*, Unternehmensrecht, 319; *Großfeld*, AWD 1972, 537.

57 *Batiffol/Lagarde*, Traité élémentaire de Droit International Privé, Bd. 1 Nr. 194, 240.

58 Federal Rules of Civil Procedures, § 17 (b), 28 U.S.C.A.

59 Restatement of the Law, Conflict of Laws (Second), Bd.2, St.Paul. Minn. 1971, § 297.

60 *Vagts*, 83 Harv. L. Rev. 739, 741 (1970).

61 *Großfeld*, in: FS Westermann, 199 (202).

2. Sitztheorie

Die Sitztheorie geht auf das Domizilprinzip zurück, das in Kontinentaleuropa bis in das 19. Jahrhundert für natürliche Personen galt.⁶² Unter Domizil verstand man – anders als in dem anglo-amerikanischen Rechtsraum – nicht den Geburtsort, sondern den tatsächlichen Wohnsitz.⁶³ Dem „Abstammungswohnsitz“ kam nur subsidiäre Bedeutung für den Fall zu, dass kein Wahlwohnsitz festzustellen war.⁶⁴ Der Wohnsitz der natürlichen Person wurde als „der bleibende Mittelpunkt der Lebensverhältnisse und Geschäfte“⁶⁵ bzw. „Mittelpunkt ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“⁶⁶ betrachtet. Diese Vorstellung wurde später auf die juristischen Personen übertragen, so dass man die juristischen Personen auch in diesem Bereich den natürlichen – ebenso wie im Vereinigten Königreich – gleichgestellt hat.⁶⁷ Daher leuchtet es ein, dass in Anbetracht des Vorrangs des tatsächlichen Wohnsitzes vor dem Geburtsort die Anknüpfung an das Domizil nur zu der Sitztheorie führen konnte.⁶⁸ Daran änderte sich auch nichts, nachdem sich der Übergang von dem Domizil- zu dem Staatsangehörigkeitsprinzip für natürliche Personen vollzogen hatte.⁶⁹

Die Sitztheorie fand ihre erste gesetzliche Niederlegung in Belgien in dem Belgischen Gesetz über Handelsgesellschaften von 1873.⁷⁰ In Frankreich betrachtete man seit einem Urteil des Kassationshofes (Cour de Cassation) von 1857 den Sitz als den tatsächlichen Verwaltungssitz.⁷¹ Diese Interpretation als Verwaltungssitz entnahm man einer Analogie zu Art. 102 des Code Civil, der seinem Wortlaut nach für Franzosen – nicht für Ausländer – an den Wohnsitz anknüpft. Die Entwicklungen in Frankreich und Belgien beeinflusste auch die deutsche Anknüpfungslehre. Dies zeigte sich in den Übereinkommen zwischen dem Norddeutschen Bund und der Schweiz von 1869 und dem Vertrag des Deutschen Reiches mit Italien von 1873, die jeweils an den Verwaltungssitz anknüpfen. Des Weiteren stützte man sich bei der Beurteilung des Sitzes auf Art. 209 und 210 ADHGB, die auf den Verwaltungssitz abstellten.⁷² 1882 äußerte sich das Reichsgericht, indem es zu dem Sitz einer Gesellschaft feststellt, „daß eine Aktiengesellschaft ihren Sitz in dem Lande habe, wo sie ihren Geschäftssitz habe.“⁷³

62 Großfeld, in: FS Westermann, 199 (203).

63 Vgl. Einleitung § 23 Preußisches Allgemeines Landrecht.

64 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, 106.

65 Lesse, Busch's Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts 29 (1875), 19 ff. (21).

66 Gebhard, in: Niemeyer, Zur Vorgeschichte des IPR im BGB, 23 (51).

67 Gebhard, in: Niemeyer, Zur Vorgeschichte des IPR im BGB, 23 (90).

68 Großfeld, in: FS Westermann, 205.

69 Beitzke, Juristische Personen, 24 ff.

70 Großfeld, Unternehmensrecht, 38.

71 Isay, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen, 92 ff.

72 Handelsappellationsgericht für Bayern, Urteil vom 19.2.1863, Buschs Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts 1 (1863), 417.

sellschaft, welche nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie ihren Sitz hat, zu Recht besteht, auch in anderen Staaten als solche anzuerkennen ist“.⁷³ Die Beratungen zum BGB und zum EGBGB gingen von einem Entwurf aus, der eine automatische Anerkennung ausländischer Aktiengesellschaften ausdrücklich vorsah. Allerdings sprach sich das Auswärtige Amt gegen diesen Vorschlag aus. Es fürchtete, dass es in der Folge eine wichtige Verhandlungsposition für den Abschluss von Staatsverträgen verlöre.⁷⁴ Im Ergebnis kam es somit zu keiner ausdrücklichen Normierung der Frage der Anerkennung ausländischer Gesellschaften im EGBGB.

Damit blieb zwar eine gesetzgeberische Tätigkeit aus, schon Anfang des 20. Jahrhunderts wandte das Reichsgericht aber die Sitztheorie unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts und der herrschenden Meinung im Schrifttum an.⁷⁵ Das Reichsgericht hatte sich mit dem Fall einer Gesellschaft zu befassen, die in den USA gegründet und inkorporiert worden war. Ihr Geschäftsbetrieb fand in Mexiko statt, wo sie einige Bergwerke betrieb. In Hamburg fanden jedoch alle Generalversammlungen statt; dort waren auch ihre Gesellschafter ansässig. Demnach befand sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz in Hamburg. Der BGH wandte die „strenge“ Sitztheorie an und kam zu dem Ergebnis, dass auf die US-amerikanische Gesellschaft aufgrund ihres inländischen Verwaltungssitzes deutsches Recht anzuwenden war. Er stellte fest, dass es sich nicht um eine Aktiengesellschaft nach deutschem Recht handelt.⁷⁶ Der BGH behandelte die Gesellschaft dementsprechend als nicht rechtsfähigen Verein i.S.v. § 22 BGB.⁷⁷ Diese Entscheidung des Reichsgerichts bestimmte in der Folge die Leitlinien der Rechtsprechung und wurde 1970 von dem BGH bestätigt.⁷⁸ Die Sitztheorie war damit bis in die 1990er Jahre die in Deutschland vorherrschende Theorie zu der Bestimmung des Gesellschaftsstatus.

B. *Die verschiedenen Anknüpfungspunkte von Gründungs- und Sitztheorie*

In dem folgenden Abschnitt sollen die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte von Gründungs- und Sitztheorie dargestellt werden. Im Unterschied zu der Sitztheorie gibt es verschiedene Ansätze der Gründungstheorie, die alle unter dem Schlagwort „Gründungstheorie“ zusammengefasst werden.

73 RGZ 7, 68 (70).

74 Hartwig/Korkisch, S. 334 ff.

75 RG JW 1904, 231 (232).

76 RG, JW 1904, 231 (232).

77 RG, JW 1904, 231 (232).

78 BGHZ 25, 134 (144); vgl. auch BayObLGZ 1986, 91 mit Besprechung Ebke, ZGR 1987, 245 ff.

I. Die Gründungstheorie und ihre verschiedenen Ausprägungen

Eidenmüller hat herausgearbeitet, dass es „die“ Gründungstheorie nicht gibt.⁷⁹ Vielmehr seien unterschiedliche Formen der Anknüpfung an das Gründungsrecht entwickelt worden. Mit diesen verschiedenen Ansätzen wird versucht, eine Annäherung an die Sitztheorie oder auch eine Verbindung beider Theorien zu schaffen.⁸⁰ Die Herangehensweise und die unterschiedlichen Auswirkungen werden im Folgenden dargestellt.

1. Weite Gründungstheorie

Die weite Gründungstheorie wird in der Literatur kaum noch vertreten.⁸¹ Mittlerweile haben auch die Staaten, die die Gründungstheorie anwenden, ein Regime zu ihrer Einschränkung entwickelt. Nach der weiten Gründungstheorie ist jede Frage eine Gesellschaft betreffend nach dem Recht des Gründungsstaates zu behandeln. Eine Betrachtung der Interessen der inländischen Gläubiger, Aktionäre und Arbeitnehmer muss vollständig unterbleiben und hinter die Interessen der Gesellschafter zurückgestellt werden. Am nächsten kommt diesem Zustand das Recht in „Oasenstaaten“⁸² wie Delaware, Liechtenstein oder Bermudas, allerdings auch nur dann, wenn dort der Verwaltungssitz sowie der Schwerpunkt der Tätigkeit belegen sind. Das wird nur selten der Fall sein. Soweit ersichtlich wird in keinem Land eine vollständige Liberalisierung des Gesellschaftskollisionsrechts vertreten.

2. Eingeschränkte Gründungstheorie nach Beitzke

Nach *Beitzke*⁸³ soll die Anwendbarkeit des Rechts des Gründungsstaates eingeschränkt werden, wenn sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft im Inland befindet. Findet eine Verwaltungssitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft

79 *Eidenmüller*, RabelsZ 70 (2006), 474 (475 f. Fn 5).

80 Vgl. auch den Überblick bei *Hoffmann*, ZVglRWiss 101 (2002), 283 ff.

81 Vgl. v. *Halen*, Das Gesellschaftsstatut, S. 14 Fn 79; *Fikentscher* MDR 1957, 71, 74.

82 Begriff nach *Kindler* (*MüKo-Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 345, 372, 473), wonach sich Anhaltspunkte für die Einstufung eines Landes als Oasenstaat aus einschlägigen Erkenntnissen der Finanzverwaltung ergeben sollen.

83 *Beitzke*, Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen, in: Lauterbach (Hrsg.) Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts (1972), 94, 116, 118.

ins Inland statt, stellt das Registergericht eine Frist für die Umorganisation der Gesellschaft nach inländischem Recht. Die Anerkennung sei nach Ablauf der Frist zu entziehen. Dann trete eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter ein.⁸⁴

Nach der eingeschränkten Gründungstheorie sind nach Ablauf der Frist sämtliche nationale Regelungen auf die ausländische Gesellschaft anwendbar. Handelt es sich dabei um eine Gesellschaft ausländischen Rechts mit beschränkter Haftung, verliert diese das Haftungsprivileg. Allerdings besteht bei dieser Variante der Gründungstheorie keine Klarheit über das anzuwendende Recht für den Zeitraum der Übergangsfrist, die das Gericht der Gesellschaft für die Umorganisation gewährt. Würde die Gesellschaft in dieser Zeit vollständig als haftungsbegrenzte, parteifähige Gesellschaft anerkannt, ließe sich nur schwer sagen, warum dies nach Ablauf der Frist entfallen soll. Weiterhin bestünde eine gewisse Unsicherheit, wie die Angemessenheit der Frist zu bemessen sei.

3. Eingeschränkte Gründungstheorie nach Behrens

Behrens möchte grundsätzlich das Recht des Ortes anwenden, an dem die Gesellschaft gegründet wurde.⁸⁵ Dieser Grundsatz kann nur im Einzelfall eingeschränkt werden, wenn schützenswerte Interessen von Gläubigern und Gesellschaftern vorliegen, die sich außerhalb des Gründungsstaates ergeben. In diesem Fall stehe das Recht des Verwaltungssitzstaates dem Sachverhalt näher als das Recht des Gründungsstaates. Zu der Anwendung des Sitzrechtes bedarf es allerdings einer kollisionsrechtlichen Begründung durch eine Sonderanknüpfung.⁸⁶ Diese kann für drei Bereiche in Betracht kommen: für Normen außerhalb des Gesellschaftsrechts, für gesellschaftsrechtliche Eingriffsnormen oder für international zwingende Normen des Gesellschaftsrechts zum Schutz des Rechtsverkehrs, der Gläubiger und der Gesellschafter.⁸⁷

Folgt man *Behrens*, ist zu beachten, dass für eine Sonderanknüpfung „zwingend erforderliche“ Teilstufen aus dem betreffenden Statut herauszulösen sind.⁸⁸ Davon erfasst sind Fälle, in denen eine Verletzung des Verkehrsschutzes, der Finanzverfassung, ein Fall der Durchgriffshaftung oder der Insolvenzverschleppungshaftung vorliegen könnte.⁸⁹ Somit soll eine Anknüpfung in dem Ver-

84 Vgl. Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 35.

85 Ulmer/Habersack/Winter-*Behrens*, Allg. Einl. B. Rn. 37.

86 Ulmer/Habersack/Winter-*Behrens*, Allg. Einl. B. Rn. 44 ff.

87 Ulmer/Habersack/Winter-*Behrens*, Allg. Einl. B. Rn. 44 ff.

88 Müko-*Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 389.

89 Ulmer/Habersack/Winter-*Behrens*, Allg. Einl. B Rn 69 f., 81 ff., 90 ff., 104 ff.

trags-, Bereicherungs-, Delikts- und Insolvenzrecht an das Sitzrecht nur möglich sein, wenn deren Beschränkungen gerechtfertigt werden können.⁹⁰

Behrens ist entgegenzuhalten, dass der europäische Gesetzgeber mit der Schaffung sekundärrechtlicher Kollisionsnormen, die auf innerstaatliches Recht verweisen,⁹¹ anerkennt, dass Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen grundsätzlich nicht als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit zu werten sind.⁹² Einige Vorschriften,⁹³ die nicht dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen sind, werden somit zu großen Teilen keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen. Dies gilt vornehmlich für die international-privatrechtlichen Normen des Vertragsrechts und des außervertraglichen Schuldrechts, weil beide seit 2009 auf europäischen Verordnungen („Rom I“ und „Rom II“) zu dem Kollisionsrecht beruhen.⁹⁴ Diese Bereiche bedürfen zu ihrer Anwendung keiner Rechtfertigungsgründe. Sie können kraft ihres universellen Geltungswillens (Art. 2 Rom I-VO, Art. 3 Rom II-VO) nicht nur auf drittstaatliche, sondern auch auf europäische Gesellschaften angewandt werden. Hinzu kommt, dass *Behrens* nicht definiert, was er unter „zwingenden Schutznormen“ oder „grundlegenden Rechtsgrundsätzen“ versteht. Daher führt diese Form der eingeschränkten Gründungstheorie zu Rechtsunsicherheit.

90 Zum Vier-Konditionen-Test zu der Rechtfertigung einer Beschränkung der Grundfreiheiten seit EuGH Urt. v. 31.03.1993 in C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rn 32 Kraus und EuGH Urt. v. 30.11.1995 C-55/94, Slg. 1995; vgl. auch zum „Vier-Faktoren“-Test Ebeke, 16 EBLR 9, 38 (2005).

91 Z.B. Art. 3 EuInsVO.

92 KG, NJW-RR 2004, 976 (978).

93 Wie z.B. aus der (Europäischen) Insolvenzordnung, solche des Internationalen Vertragsrechts oder des Internationalen Privatrecht außervertraglicher Schuldverhältnisse. Verordnung 593/2008, Rom I-VO (Vertragsrecht), Abl. L 177 vom 4.7.2008, S. 6 ff.; vgl. dazu *Martiny*, RIW 2009, 737 ff.; Verordnung 864/2007, Rom II-VO (Außertragliche Schuldverhältnisse), Abl. 199 vom 31.7.2007, S. 40 ff.; vgl. dazu Von Hein, ZEuP 2009, 6 ff.; *Junker*, NJW 2007, 3675 ff. Bei der Rom I-VO sowie bei der Rom II-VO handelt es sich um *loi uniforme* und findet daher auch Anwendung, wenn das in den Kollisionsnormen der Rom II-VO bezeichnete Recht nicht das Recht eines Mitgliedstaates ist (Art. 2 Rom I-VO, Art. 3 Rom II-VO). Für die Anwendung von Art. 40 ff. EGBGB, die im Gegensatz zu den Art. 27 ff. EGBGB nicht aufgehoben worden sind, bleibt daher nur Raum außerhalb des in Art. 1 beschriebenen sachlichen Anwendungsbereichs der Rom II-VO, vgl. Art. 1 Abs. 2 Rom II-VO. Dazu zählen u.a. Verletzungen des Persönlichkeitsrechts i.S.v. Art. 1 Abs. 2 g) Rom II-VO oder auch Staatshaftungsansprüche gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 2 HS 2 Rom II-VO.

4. Modifizierte, eingeschränkte Gründungstheorie nach von Halen

Über die Einschränkung der Gründungstheorie nach *Behrens* geht die Ansicht von *Halen*⁹⁵ hinaus. Dieser schränkt den Anwendungsbereich der Gründungstheorie sowohl örtlich als auch sachlich ein. *Von Halen* will an das Recht des Gründungsstaates nur bei Gesellschaften anknüpfen, die nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaates gegründet wurden. Bei Drittstaaten bleibt es bei den Regelungen des nationalen Rechts, soweit keine bilaterale Vereinbarungen bestehen.⁹⁶ Sachlich sei die Anknüpfung jedoch auch bei EU-Gesellschaften einzuschränken, wenn dies dem Schutz von Regelungsinteressen des Verwaltungssitzstaates bei bestimmten Teilfragen des Gesellschaftsrechts dient. Nach kollisionsrechtlichen Normen sind die Haftung aus Delikt, der Vertrag, der Rechtsschein, c.i.c. und Sachwalterstellung zu behandeln. Im Gesellschaftsstatut setze sich das Sitzrecht gegen das Gründungsrecht in Fragen der Registerpflicht, des Mindestkapitals, der Kapitalaufbringung und -erhaltung, der Haftung der Gesellschafter bei Vermögensvermischung und Unterkapitalisierung sowie in Fragen der unternehmerischen Mitbestimmung durch.⁹⁷

Unabhängig von der Bezeichnung als Gründungstheorie „light“ oder erweiterte Sitztheorie bleibt mit der Ansicht von *Halen* nur wenig von dem ursprünglichen Gedanken der Gründungstheorie erhalten. Mit seiner Ansicht klammert er Kerngebiete des Gesellschaftsrechts aus dem Gesellschaftsstatut aus. Stattdessen findet das Recht des Sitzstaates in weiten Teilbereichen sowohl auf das Gesellschaftsrecht als auch auf Nebenbereiche Anwendung. Mit der Sonderanknüpfung bei nicht-gesellschaftsrechtlichen Fragen gelingt es von *Halen* noch, zumindest in Teilfragen die Anwendung des Sitzrechts von kollisionsrechtlichen Normen abhängig zu machen. Es verbleibt dennoch ein großer Bereich, der nach dem Verwaltungssitzrecht behandelt wird, und den der Gründer der Gesellschaft nicht als rechtssicher bezeichnen würde. Im Übrigen ist die generelle Anwendung der Vorschriften der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung auf Kapitalgesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten nicht europarechtskonform. Dies ergibt sich aus der *Inspire-Art*-Entscheidung des EuGH.⁹⁸

95 v. *Halen*, Das Gesellschaftsstatut, 276.

96 v. *Halen*, Das Gesellschaftsstatut, 275 ff. (279).

97 v. *Halen*, Das Gesellschaftsstatut, 275 ff. (279).

98 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), NJW 2003, 3331.

5. Überlagerungstheorie

Sandrock hat eine weitere Form der Anknüpfung entwickelt, die zwischen Gründungs- und Sitztheorie steht: die Überlagerungstheorie.⁹⁹ Danach beurteilen sich die Rechtmäßigkeit der Gründung und die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates. In jedem weiteren Bereich „überlagert“ das Recht an dem Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes das Gründungsrecht der Gesellschaft.¹⁰⁰ Zwingende Vorschriften des Sitzstatuts verdrängen zudem das Gründungsstatut, soweit privatrechtliche Interessen in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht Einbußen erleiden.¹⁰¹ Für Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten gilt die Überlagerung von Gründungs- und Sitztheorie nur eingeschränkt. Eine Einschränkung der Gründungstheorie bedarf seit dem EuGH-Urteil *Centros* der Rechtfertigung des Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit.¹⁰² Dies können neben dem Missbrauch der Rechtswahl auch zwingende Gründe des Allgemeinwohls sein.¹⁰³ Der EuGH hat derartigen Rechtfertigungsmöglichkeiten in seiner Rechtsprechung aber sehr enge Grenzen gesetzt. Vergleichbare europarechtliche Beschränkungen bestehen für die Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten nicht, soweit nicht entsprechende ausnahmsweise völkervertragliche Regelungen bestehen.

Zu überlegen ist, wie die Anwendung der Überlagerung im Einzelfall erfolgen soll. Die Überlagerungstheorie kann innerhalb der EU nur dann zur Geltung kommen, wenn besondere Umstände vorliegen. Diese können bei einer „Aschenputtel“-Konstellation¹⁰⁴ im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung¹⁰⁵ oder bei der gesellschaftsrechtlichen Haftung der Organmitglieder eines herrschenden Unternehmens im Konzern gegeben sein.¹⁰⁶ Die Anwendung des Sitzrechts sei, so wird gesagt, nur dann möglich, wenn keine rechtsschutzbegründende Norm in dem Gründungsrecht zu finden ist.¹⁰⁷ Das Gründungsrecht wird nur in denjenigen Fällen überlagert, in denen das Sitzrecht günstigere Vorschriften enthält („partielle Überlagerung“).¹⁰⁸ Um die zwingenden Vorschriften zu

99 Grundlegend: Sandrock, BerDtGesVR 18 (1978), 169 ff.

100 Sandrock, BerDtGesVR 18 (1978), 169 (191).

101 Sandrock, ZVglRWiss 102 (2003), 447 (449 ff.).

102 Sandrock, ZVglRWiss 102 (2003), 447 (456); Schanze/Jüttner, AG 2003, 30 (33 f.).

103 EuGH Urt. v. 30.9.2003, I-10155M; NJW 2003, 3331 Nr. 131 ff. *Inspire Art.*

104 Vgl. Habersack, ZGR 2008, 533 (545): „[...] die berühmte Aschenputtelkonstellation, bei der der Gesellschaft durch Ausgestaltung ihres Zwecks und ihres Unternehmensgegenstands von vornherein die Fähigkeit vorenthalten wird, dauerhaft als Haftungsträger für die gewöhnlichen Geschäftsverbindlichkeiten zu dienen.“

105 BGHZ 149, 1 (10).

106 Sandrock, in: Sandrock/Wetzler, 33 (56 ff.).

107 Sandrock, in: Sandrock/Wetzler, 33 (57 f.).

108 Sandrock, BerDtGesVR 18 (1978), 169 (203).

bestimmen, die auf eine Gesellschaft anzuwenden sind, wird auf den effektiven Verwaltungssitz zurückgegriffen.¹⁰⁹

Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH vereinfachte *Sandrock* seine Überlagerungstheorie.¹¹⁰ Er dehnte die Anwendung des Gründungsrechts nach und nach aus und ging dazu über, auch angrenzende Fragen des allgemeinen Zivilrechts sowie des Insolvenzrechts nach dem Gründungsrecht zu beurteilen. Mit seiner nunmehr engen Begrenzung der Gründungstheorie schränkt *Sandrock* den Anwendungsbereich des Rechts an dem tatsächlichen Verwaltungssitz weitgehend ein. Zwar sollen Einzelfälle nach dem Recht des Verwaltungssitzes zu bestimmen sein; die Bestimmung, ob die Voraussetzungen vorliegen, bietet für den Gläubiger aber keine ausreichende Rechtssicherheit.

6. Kombinationstheorie

Zimmer hat in seiner Habilitationsschrift¹¹¹ die so genannte Kombinationstheorie entwickelt. Er geht davon aus, dass die Gründung stets auf der freien Wahl durch die Parteien beruht. Daher ist das von den Gesellschaftern gewählte Recht zur Anwendung zu bringen. Kein Raum für die Anwendung des Gründungsrechts sei allerdings gegeben, wenn Gesellschafter diese Wahlfreiheit nutzen, die entstehende Gesellschaft jedoch keinen hinreichenden Auslandsbezug hat. Der Wahl komme dann keine Bedeutung zu. In diesem Fall sei das Recht an dem tatsächlichen Verwaltungssitz anzuwenden.¹¹²

Für Gläubiger, Arbeitnehmer und sonstige Dritte gestaltet sich die Bestimmung des anwendbaren Rechts allerdings schwierig. Die Gesellschaft müsste ihre Aktivitäten transparent darstellen. Dies tritt verstärkt zutage, wenn sich die Auslandsaktivitäten der Gesellschaft ändern, was *Zimmer* zufolge mit einer Änderung des anwendbaren Rechts einhergehen muss. Nach der Kombinationstheorie gilt in diesem Fall zunächst Gründungsrecht, ab dem Zeitpunkt der Einstellung der Auslandsbeziehung inländisches Recht. Die Anknüpfung kann sich also je nach Geschäftsverlauf ändern und wird dadurch schwer vorsehbar.¹¹³ Rechtssicherheit lässt sich mithin nur eingeschränkt herstellen.

109 *Sandrock*, BerDtGesVR 18 (1978), 169 (203); *Sandrock*, in: FS Beitzke, 669 (671 ff.).

110 *Sandrock*, in: *Sandrock/Wetzler*, 33 (41 f., 52).

111 *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht.

112 *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, 232.

113 Vgl. *Höfling*, Das englische internationale Gesellschaftsrecht, 32.

7. Differenzierungstheorie

Ein weiterer Ansatz unterscheidet das anzuwendende Recht nach dem Innen- und dem Außenrecht der Gesellschaft. Ziel ist es, eine Verbindung von größtmöglicher Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter und bestmöglichem Schutz von Drittinteressen zu erreichen.¹¹⁴ Dazu soll in dem Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern das Recht des Gründungsstaates gelten. Nach außen bleibt hingegen das Recht des Verwaltungssitzstaates der Gesellschaft maßgeblich. Das Innenrecht ist nur durch die Gründung und die Verfassung der Gesellschaft, die Rechte und Pflichten der Gesellschafter, die Satzung und durch Satzungsänderungen geprägt.¹¹⁵ Die Gesellschaft behält ihr Gründungsstatut. Darüber hinaus steht es der Gesellschaft offen, ihre Satzung sowie die Rechte und Pflichten der Gesellschafter nach ausländischem Recht zu regeln. Das Außenverhältnis dagegen umfasst die Geschäfts- und Rechtsfähigkeit, die Vertretungsmacht der Organe, die Haftung, die Sicherung der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung und die Publizität. Beurteilt man das Recht der Gesellschaft im Außenverhältnis nach dem Recht an ihrem Verwaltungssitz, so verliert die ausländische Kapitalgesellschaft ihr Haftungsprivileg und ihre Rechtsfähigkeit. Letztere wird der Gesellschaft nur dann zuerkannt, wenn sie als (teilrechtsfähige) Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt wird.

Insgesamt bringt die Differenzierungslehre Schwierigkeiten bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts mit sich. Schwerer wiegt aber, dass die Differenzierungstheorie eine Trennung von Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie der Haftung mit sich bringt. Eine Gesellschaft ausländischen Rechts müsste nach nationalem Recht haften und damit zu der Aufbringung des satzungsmäßigen Mindestkapitals verpflichtet werden können (§§ 30, 31 GmbHG). Die Stammeinlage der Limited, wenn sich der Anspruch durchsetzen ließe, wäre £ 1,-. Damit kann dem deutschen Haftungssystem nicht genügt werden. Ist dem Gesellschafter nicht ein Missbrauch der Rechtsformwahlfreiheit nachzuweisen, kann dieser nicht zur Haftung herangezogen werden. Die Differenzierungstheorie führt zu einem Normenmix, der für international tätige Gesellschaften nicht zu bewältigen ist.

8. Europarechtliche Differenzierungstheorie

Anknüpfend an die Differenzierungstheorie wurde nach den Entscheidungen des EuGH eine neue „europarechtliche Differenzierungstheorie“ entwickelt. Diese

114 Grassmann, Rn 625, 977 ff.; Staehelin, 48 ff., 52 ff.

115 Grassmann, Rn 625, 977 ff.

ist durch die Einflüsse der Art. 49, 54 AEUV geprägt. Gegenüber der Differenzierungstheorie nach *Grassmann* beschränkt *Altmeppen* die Anwendung des Gründungsrechts auf die grundlegenden, mit der Gesellschaft zusammenhängenden Fragen.¹¹⁶ Das Gründungsrecht soll nur für die Entstehung, die Verfassung, das Erlöschen und die Umwandlung gelten. Im Übrigen findet bei inländischem Verwaltungssitz inländisches Recht Anwendung. Es wäre demnach deutsches GmbH-Recht auf die niederländische BV (*Besloten Vennootschap beperkte aansprakelijkheid*) oder die britische *private limited* anzuwenden. Dies umfasst die Verhaltenspflichten der Gesellschafter sowie Organe der Gesellschaft und gilt nur insoweit, als die Verfassung der Gesellschaft nicht betroffen ist. Nach inländischem Recht sollen sich die Insolvenzverschleppungshaftung, die Existenzvernichtungshaftung, die Vorschriften der Kapitalerhaltung, das Kapitalersatzrecht und das Konzernrecht bestimmen.¹¹⁷ Das Mitbestimmungsrecht ist auf die ausländischen Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz anwendbar, wenn die Größenanforderungen für die Mitbestimmung erfüllt sind.¹¹⁸

Die europarechtliche Differenzierungstheorie unterscheidet den Anknüpfungspunkt für strukturbbezogene Grundlagen der Gesellschaft und verhaltensbezogenes Gläubigerschutzrecht. Erstere werden nach dem Gründungssitz, letztere nach dem Verwaltungssitz bestimmt.¹¹⁹ Dies ist jedoch nur für solche Normen EU-rechtskonform, die keine oder eine gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen. Damit dürfte – nach der Rechtsprechung des EuGH¹²⁰ – ein Großteil der entsprechenden Regelungen an Art. 49, 54 AEUV scheitern und das Gründungsstatut maßgeblich bleiben.

9. Eingeschränkte Gründungstheorie mit Sonderanknüpfungen

Eine Modifikation der Gründungstheorie durch Sonderanknüpfungen bei Fragen der Unterkapitalisierung¹²¹ oder bei der unternehmerischen Mitbestimmung¹²² will *Knobbe-Keuk* erreichen. Keinen Raum für eine Sonderanknüpfung sieht sie jedoch, soweit der Gläubigerschutz bereits durch europäisches Sekundärrecht (Erste¹²³ und Zweite¹²⁴ gesellschaftsrechtliche Richtlinie) gewährleistet wird.

116 *Altmeppen*, NJW 2004, 97 (99 ff.).

117 *Altmeppen*, NJW 2004, 97 (100-103); *Altmeppen/Wilhelm*, DB 2004, 1083 (1088 f.).

118 *Altmeppen/Wilhelm*, DB 2004, 1083 (1089).

119 *Altmeppen/Wilhelm*, DB 2004, 1083 (1089).

120 EuGH (*Centros*), NJW 1999, 2027; EuGH (*Überseering*), IPRax 2003, 65; EuGH (*Inspire Art*) NJW 2003, 3331; dazu unten Erster Teil, § 2, A.

121 *Knobbe-Keuk* ZHR 154 (1990), 325 (347).

122 *Knobbe-Keuk* ZHR 154 (1990), 325 (346).

123 Publizitätsrichtlinie vom 9.3.1968.

124 Kapitalrichtlinie vom 13.12.1976.

Dies gilt auch für Minderheitsgesellschafter, deren Beteiligung an der Gesellschaft gerade auf privatautonomer Entscheidung beruht.¹²⁵ Weiter geht *Grothe*, der zwingende, drittschützende Normen des Sitzstaates anwenden und damit auch Minderheitsgesellschafter dem Schutz des Sitzrechts unterstellen will.¹²⁶ Beide Ansätze haben einen gewissen Anwendungsbereich für (zwingende) Normen des Sitzrechts. In dem Fortgang der Arbeit wird die Möglichkeit, über Sonderankünpfungen das Sitzrecht zur Anwendung zu bringen, eingehend erläutert werden.¹²⁷

II. Die Sitztheorie

Eine Alternative zu der Gründungstheorie bietet die Sitztheorie. Diese beurteilt die Gesellschaft im Kollisionsrecht nach dem Recht an ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz. Maßgebend ist dafür der nach außen erkennbare Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der für das Tagesgeschäft zuständigen Vertretungsorgane.¹²⁸ Bei dem tatsächlichen Verwaltungssitz handelt es sich um den „Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensführung in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“.¹²⁹ Unerheblich ist der Ort der internen Willensbildung der Unternehmensführung oder der Ort einer weisungsgebundenen Betriebsstätte.¹³⁰ Demnach unterliegt diese Theorie einem materiellen Ansatz, dessen Grundlage sich daraus ergibt, dass die Gesellschaft an ihrem effektiven Sitz die engste Verbindung zu dem Staat hat und deshalb das Recht dieses Staates angewendet werden soll.¹³¹ Die Anknüpfung an den Tätigkeitsort der Gesellschaft soll sicherstellen, dass das Recht des Staates angewendet wird, in dem sich der Schwerpunkt des wirtschaftlichen Lebens der Gesellschaft befindet.¹³² Zu dem Schutz des Staates, der durch die Tätigkeit der Gesellschaft am meisten betroffen ist, soll dessen Recht auf die Gesellschaft Anwendung finden. Dieser Schluss ergibt sich aus der Vermutung, dass an dem Ort des Verwaltungssitzes die meisten Direktoren, leitenden Angestellten, Begünstigten, Anteilseigner und Gläubiger tätig sind.¹³³

125 Knobbe-Keuk ZHR 154 (1990), 325 (346) f.

126 *Grothe*, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co, 320 f.

127 Vgl. unten Zweiter Teil, § 3.

128 *Kropholler*, IPR, S. 571.

129 BGHZ 97, 269 (272); OLG Hamburg, RIW 1988, 816; v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, S. 289.

130 BayObLG, IPRax 1986, 161; *Kropholler*, IPR, S. 571.

131 *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 7.

132 OLG Nürnberg, WM 1985, 259 (260); v. *Bar*, IPR II, S. 451.

133 MüKo-*Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 421.

Dem wird entgegen gehalten, dass diese Annahme nicht mehr der Realität entspricht und sich der Tätigkeitsschwerpunkt vieler Gesellschaften nicht an ihrem Verwaltungssitz befindet.¹³⁴ Die Sitztheorie geht allerdings davon aus, dass in der Mehrzahl der Fälle Tätigkeitsschwerpunkt und Verwaltungssitz übereinstimmen.¹³⁵ Damit wird das Ziel der Rechtssicherheit gefördert. Folgt eine Rechtsordnung der Sitztheorie, hat sie darüber zu wachen, welche Gesellschaftsformen in seinem Hoheitsbereich zugelassen sind.¹³⁶ Damit wird nach Auffassung *Kindlers* verhindert, dass inländische gesellschaftsrechtliche Statuten durch weniger strenge ausländische unterlaufen werden.¹³⁷ Nimmt der Staat diese Funktion nicht wahr, entstehe eine Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil inländischer Gesellschaften. Ziel der Sitztheorie ist der Schutz des am meisten betroffenen Staates sowie der Schutz des inländischen Rechtsverkehrs und der Schutz der Arbeitnehmer über die Regeln der (unternehmerischen) Mitbestimmung.¹³⁸ Der Schutz des Rechtsverkehrs wird durch die Anknüpfung an den Sitz der Verwaltung gefördert. Dies ergibt sich aus europäischen Regelungen wie Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO, der bei der Insolvenzeröffnungszuständigkeit auf den hauptsächlichen Interessenmittelpunkt der Schuldnergesellschaft abstellt. Unter dem hauptsächlichen Interessenmittelpunkt wird von den Vertretern der Sitztheorie jedoch regelmäßig der effektive Verwaltungssitz verstanden.¹³⁹ Dahinter steht die Überlegung, dass sich in dem Land des effektiven Verwaltungssitzes regelmäßig die Mehrzahl der Gläubiger und der Arbeitnehmer der Gesellschaft befindet.¹⁴⁰

III. Die Kontrolltheorie

Neben der Sitz- und der Gründungstheorie ist die so genannte Kontrolltheorie zu erwähnen. Diese Theorie, die dem Völkerrecht entstammt und auf die Staatsangehörigkeit der hinter einer juristischen Person stehenden natürlichen Personen abstellt, wird bzw. wurde auch zu der Ermittlung des Personalstatus einer Ge-

134 Vgl. zu der Kritik an der Sitztheorie: *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 1997, 89 ff.

135 *Staudinger-Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 46; v. *Halen*, Das Gesellschaftsstatut, 277.

136 *Staudinger-Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 41.

137 *MüKo-Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 423.

138 *Staudinger-Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 34 ff.

139 AG Duisburg, NZI 2993, 658 (659); AG Duisburg, NZG 2003, 160: AG Hamburg, NJW 2003, 2835 f.; AG München, ZIP 2004, 962 (963); *Eidenmüller-Eidenmüller*, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 9 Rn 11; *MüKo-Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 422; *Borges*, ZIP 2004, 733 (737); *Müller*, NZG 2003, 414 (415).

140 *Laukemann*, RIW 2005, 104 m.w.N. Fn. 6.

sellschaft herangezogen.¹⁴¹ Dies war vor allem in Krisen- und Kriegszeiten der Fall, in denen der Kontrolltheorie besondere Bedeutung in Bezug auf die so genannten Feindstaaten Klauseln („trading with the enemy“-Klauseln) zukam. Es galt, mittels der Kontrolltheorie das nationale Interesse zu bestimmen, das hinter der Tätigkeit von juristischen Personen stand.¹⁴² Dieser Ansatz stößt jedoch bei internationalen Gesellschaften mit Gesellschaftern verschiedener Staatsangehörigkeiten auf Erklärungsprobleme.¹⁴³ Der einzige Verwendungszweck ist heute noch das US-amerikanische Feindhandelsrecht.¹⁴⁴ Die Kontrolltheorie soll aus diesem Grund hier nicht weiter verfolgt werden.

§ 2: Internationales Gesellschaftsrecht in dem Zusammenspiel mit europarechtlicher Niederlassungsfreiheit und Völkervertragsrecht

Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit der Frage, inwiefern sich die europarechtliche Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV und das Völkervertragsrecht auf die kollisionsrechtliche Behandlung von ausländischen Gesellschaften auswirken. Es ist zu prüfen, ob die Niederlassungsfreiheit und bi- oder multilaterale völkerrechtliche Verträge ausländische Gesellschaften in Bezug auf die Anerkennung der Rechtsfähigkeit im Inland und in Bezug auf andere Teilbereiche des Gesellschaftsstatuts privilegieren.

A. Einfluss der Niederlassungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH

In die Kontroverse zwischen Sitz- und Gründungstheorie ist durch die Rechtsprechung des EuGH Bewegung gekommen.¹⁴⁵ In den maßgeblichen Entschei-

141 BGHZ 134, 67 (70).

142 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, § 15 I 1a.

143 Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 352.

144 Restatement of the Law Third, Foreign Relations of Law of the United States, Vol.1, § 414: „Im Kriege kann ein Staat eine Gesellschaft auch dann als Angehörige des Feindstaates behandeln, wenn sie irgendwelche Verbindungen mit dem Feindstaat hat, obgleich sie in einem neutralen Staat gegründet ist.“

145 Vgl. umfassend Ebke, 16 EBLR 9-54 (2005); als Leitentscheidung wird auch die Seghers-Entscheidung des EuGH vom 10.7.1986 (EuGH, NJW 1987, 571) genannt. Darin setzte sich der EuGH mit der Vereinbarkeit eines niederländischen Gesetzes zur Krankenversicherung mit der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV (ex 43, 48 EGV) auseinander. Dieses Gesetz führte dazu, dass die Geschäftsführer einer Gesell-

dungen *Centros*,¹⁴⁶ *Überseering*¹⁴⁷ und *Inspire Art*¹⁴⁸ hatte sich der EuGH mit der Niederlassungsfreiheit von mitgliedstaatlichen Gesellschaften, die in anderen EU-Mitgliedsstaaten aufraten, zu befassen. Der EuGH hat darin klargestellt, dass aus den Art. 49, 54 AEUV folgt, dass der Maßstab für alle gesellschaftsrechtlichen Fragen das Gesellschaftsrecht ist, nach dem die Gesellschaft gegründet worden ist (Gründungstatut). An dieser Rechtsprechung änderte auch Art. 293 Spiegelstrich 3 EGV a.F. nichts, in dem zu Gunsten der Mitgliedstaaten kein vermeintlicher Rechtssetzungsvorbehalt für die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes oder Verschmelzung geregelt war.¹⁴⁹ Das Fehlen eines entsprechenden Übereinkommens hinderte nach Ansicht des EuGH nicht, dass Gesellschaften in Europa die Niederlassungsfreiheit in Anspruch nehmen können.

I. Daily-Mail

Der *Daily-Mail*-Entscheidung¹⁵⁰ des EuGH lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem eine britische *private limited company* ihren Verwaltungssitz von einem Mitgliedstaat (Großbritannien) in einen anderen Mitgliedstaat (Niederlande) verlegen wollte. Nach dem damals geltenden britischen Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz von 1970 bedurfte die Sitzverlegung der Zustimmung des britischen Finanzministeriums. Dieses Hindernis betrachtete die Gesellschaft *Daily-Mail* als Verstoß gegen Art. 49, 54 AEUV (ex Art. 43, 48 EGV).

schaft in Bezug auf den Anschluss an dieses System unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, ob es sich um eine Gesellschaft niederländischen Rechts handelte oder nicht. Der EuGH sah darin einen ungerechtfertigten Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft. Er urteilte, dass Art. 49, 54 AEUV (ex 43, 48 EGV) dahingehend auszulegen sind, „dass sie es nicht zulassen, dass die zuständigen Stellen eines Mitgliedstaats dem Geschäftsführer einer Gesellschaft eine Leistung aufgrund einer nationalen Krankenversicherungsregelung nur aus dem Grund verweigern, weil die Gesellschaft nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats, in dem sie auch ihren Sitz hat, gegründet wurde, auch wenn sie dort keine Geschäftstätigkeiten entfaltet.“.

146 EuGH vom 09.03.1999 *Centros Ltd. v. Erhevers- og Selskabsstyrelsen*, WM 1999, 958.

147 EuGH vom 5.11.2002 *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, IPRax 2003, 65.

148 EuGH vom 30.09.2003 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.* NJW 2003, 3331.

149 EuGH NJW 2003, 3614 Rn 54; vgl. auch zum Verständnis des Art. 293 Spiegelstrich 3 EGV a.F.: *Ebke*, JZ 2003, 927 (928).

150 Urteil vom 27.09.1988 *The Queen v. Daily Mail and General Trust PLC*, EuGHE 1988, 5483 ff. Zu Einzelheiten dieser Entscheidung siehe *Behrens*, IPRax 1989, 354 ff.; *Ebenroth/Eyles*, DB 1989, 363 ff., 413 ff.; *Ebke/Gockel*, 24 Int'l Law. 239 (1990); *Großfeld/Luttermann*, JZ 1989, 386 ff.; *Sandrock/Austmann*, RIW 1989, 249 ff.

Der EuGH erachtete in dem Zustimmungserfordernis des britischen Finanzministeriums keinen Verstoß gegen Art. 49, 54 AEUV (*ex* Art. 43, 48 EGV). Die Möglichkeiten und die Modalitäten der Sitzverlegung von einem Mitgliedstaat in den anderen sind nach damaliger Auffassung des EuGH ein Problem, welches nicht durch Bestimmungen des AEUV über die Niederlassungsfreiheit gelöst sei.¹⁵¹ Das Erfordernis einer Wegzugsgenehmigung i.S.e. Wegzugsbeschränkung ist also europarechtlich zulässig.¹⁵² Es ist jedoch klarzustellen, dass Daily Mail nicht eine gesellschaftskollisionsrechtliche Frage, sondern eine steuerrechtliche Regelung betraf. Sowohl nach britischem als auch nach niederländischem Recht, beides Gründungstheorestaaten, stand weder die Anerkennung der Gesellschaft noch ihre Befugnis zur Sitzverlegung in Frage; fraglich war allein die Zulässigkeit der Regelung des englischen Steuerrechts. Dennoch hat das berühmte obiter dictum Signalwirkung gehabt, wie die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Urteil zeigt.¹⁵³

II. Centros

Das nächste einschlägige Urteil¹⁵⁴ des EuGH betraf eine englische Limited (Centros Ltd.) mit Zweigniederlassung in Dänemark. Centros Ltd. war in Großbritannien am 18.5.1992 gegründet und registriert worden. Ihre Geschäftstätigkeit beschränkte sich jedoch ausschließlich auf Dänemark. Daher beantragten die Verantwortlichen im Sommer 1992 bei der dänischen Zentralverwaltung die Eintragung einer „Zweigniederlassung“ von Centros in Dänemark. Die dänischen Behörden sahen darin eine Umgehung der strengeren dänischen Gründungsvorschriften und lehnten eine Eintragung der Zweigniederlassung ab. Damit war die Frage aufgeworfen, ob die Verweigerung der Eintragung durch die dänischen Behörden einen Verstoß gegen die europarechtliche Niederlassungsfreiheit darstellte.

Der EuGH bejahte einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Die Eintragungsverweigerung unter Berufung auf inländisches Gesellschaftsrecht stelle selbst dann einen Verstoß gegen Art. 49, 54 AEUV (*ex* Art. 43, 48 EGV)

151 EuGHE 1988, 5483 (5512).

152 Hoffmann, in: Sandrock/Wetzler, 227 (231).

153 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 112 m.w.N.

154 Urteil vom 09.03.1999 Centros Ltd. / Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, NJW 1999, 2027. Zu den Einzelheiten dieser Entscheidung siehe Behrens, IPRax 1999, 323 ff.; Ebke, JZ 1999, 656; Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 ff.; Fleischer, DStR 2000, 1015 ff.; Kieninger, ZGR 1999, 724 ff.; Kindler, NJW 1999, 1993 ff.; Meilicke, DB 1999, 627 ff.; W.-H. Roth, ZGR 2000, 311 ff.; Sandrock, BB 1999, 1337 ff.; Sandrock, in: Sandrock/Wetzler, 33 ff.; Ulmer, JZ 1999, 662 ff. Vgl. auch v. Halen, Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH.

dar, wenn die Gesellschaft an dem Hauptsitz keine Geschäftstätigkeit entfaltet. Die Niederlassungsfreiheit werde nicht missbraucht, selbst wenn die Gründung im Ausland allein dazu dient, inländische Mindestkapitalvorschriften oder andere inländische Normen zu umgehen. Die Gründe, aus denen eine Gesellschaft im Gründungsstaat gegründet wird, sind für die nachfolgende Ausübung der Niederlassungsfreiheit irrelevant.

III. Überseering

In dem Urteil in der Rechtssache *Überseering*¹⁵⁵ entschied der EuGH über die Vorlage des VII. Senats des BGH vom 30.3.2000.¹⁵⁶ Nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt wurde eine in den Niederlanden in der Rechtsform der BV gegründete Kapitalgesellschaft von zwei Deutschen erworben. Diese führten die Gesellschaft in Deutschland weiter. Im Rahmen dieser Tätigkeit schloss die Gesellschaft einen Bauvertrag mit einem deutschen Unternehmen. Aus dem Bauvertrag klagte die Gesellschaft gegen das Unternehmen. In dem Prozess vor dem Landgericht Düsseldorf stellte sich die Frage, ob die nach niederländischem Recht gegründete Gesellschaft in Deutschland rechtfähig und damit nach § 50 Abs. 1 ZPO parteifähig sein kann, nachdem sie ihren effektiven Verwaltungssitz von den Niederlanden nach Deutschland verlegt hatte. Nach der in Deutschland anzuwendenden Sitztheorie beurteilte sich die Rechtslage nach deutschem Recht. Daher war die Gesellschaft als Schöpfung des niederländischen Rechts rechtlich nicht existent; vielmehr hätte sie in Deutschland neu gegründet werden müssen. Mangels Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft war die Klage daher als unzulässig abzuweisen.

Diese Konsequenz aus der Anwendung der Sitztheorie sah der EuGH als nicht europarechtskonform an. Die Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft mangels inländischer Neugründung verstößt nach Ansicht des Gerichtshofs gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV (ex Art. 43, 48 EGV). Die Kernaussage des EuGH lautet, dass das Gründungsstatut der niederländischen BV in Deutschland als Zuzugsstaat anzuerkennen ist. In der Entscheidung *Überseering* erblickten einige Autoren den Übergang von der Sitztheorie zur Gründungstheorie, d.h. die Anwendung des gesellschaftsrechtlichen Sta-

155 EuGH vom 5.11.2002 Überseering BV / . Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), IPRax 2003, 65; Zu den Einzelheiten der Entscheidung siehe Behrens, IPRax 2003, 193 ff.; Ebke, JZ 2003, 927 ff.; Ebke, in: FS Thode, 593 ff.; Eidenmüller, JZ 2003, 526; Forsthoff, DB 2002, 2471 ff.; Henze, DB 2003, 2159 ff.; Kindler, NJW 2003, 1073 ff.; Leible/Hoffmann, RIW 2002, 925 ff.; Meilicke, GmbHR 2003, 793 ff.; Paesgen, WM 2003, 561 ff.; W.-H. Roth, IPRax 2003, 117 ff.; Schanze/Jüttner, AG 2003, 665 ff.; Weller, IPRax 2003, 207 ff.; Weller, IPRax 2003, 324 ff.

156 BGH, EuZW 2000, 412 ff.

tuts des Gründungsstaats. Diese Annahme ist in ihrer Allgemeinheit nicht zu halten, denn die Entscheidung des EuGH in dem Vorabentscheidungsverfahren beschränkt sich auf die Frage der Zulässigkeit der Versagung der Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit einer in den einem EU-Mitgliedstaat wirksam gegründeten Kapitalgesellschaft durch einen anderen EU-Mitgliedstaat (Zuzugsstaat).¹⁵⁷

IV. Inspire Art

Das Urteil in der Rechtssache *Inspire Art*¹⁵⁸ betraf eine englische Gesellschaft, deren Geschäftstätigkeit sich ausschließlich auf die Niederlande beschränkte. Die Gesellschafter beantragten die Eintragung der Gesellschaft als „Zweigniederlassung“ in das niederländische Handelsregister. Das einschlägige niederländische Recht („Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen“, WFBV) jedoch eine Reihe von Sonderanknüpfungen zugunsten des niederländischen Rechts für so genannte Scheinauslandsgesellschaft („*formeel buitenlandse vennootschappen*“). Nach Art. 1 WFBV handelt es sich bei einer formal ausländischen Gesellschaft um eine nach einem anderen als dem niederländischen Recht gegründete Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, die vollständig oder nahezu vollständig in den Niederlanden tätig ist und daneben keine tatsächliche Bindung an den Staat hat, nach dessen Recht sie gegründet wurde. In Art. 1, 2 Abs. 1 WFBV hatte der niederländische Gesetzgeber formal ausländischen Gesellschaften verschiedene Offenlegungspflichten auferlegt; u.a. die Angabe im Handelsregister, dass es sich um eine formal ausländische Gesellschaft handelt, die Angabe des Datums der ersten Eintragung im ausländischen Handelsregister sowie der Informationen über den Alleingesellschafter im Handelsregister. Weiter stellte sich die Frage, ob bestimmte, an das Unterlassen von mit der Elften Richtlinie vereinbaren Offenlegungspflichten geknüpfte Sanktionen mit dem Unionsrecht vereinbar sind. So sah beispielsweise Art. 4 Abs. 4 WFBV vor, dass die Geschäftsführer neben der Gesellschaft persönlich als Gesamtschuldner für die während ihrer Geschäftsführung im Namen der Gesellschaft vorgenommenen

157 Martin-Ehlers, in: Sandrock-Wetzler, 1 (9).

158 EuGH vom 30.09.2003 – Rs. C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam /. *Inspire Art Ltd.* NJW 2003, 3331 ff. Zu den Einzelheiten der Entscheidung siehe *Altmeppen*, NJW 2004, 94 ff.; *Bayer*, BB 2003, 2357 ff.; *Behrens*, IPRax 2004, 20 ff.; *Ebke*, in: *FS Thode*, 593 ff.; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24 ff.; *Kindler*, NZG 2003, 1086 ff.; *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677 ff.; *Müller-Bonanni*, GmbHR 2003, 1235 ff.; *Sandrock*, ZvglRWiss 102 (2003), 447 ff.; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 665 ff.; *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949 ff.; *Weller*, DStR 2003, 1800 ff.; *Ziemons*, ZIP 2003, 1913 ff.; *Zimmer*, NJW 2003, 3585 ff. Zu den Folgen für die Praxis *Riegger*, ZGR 2004, 510 ff.

Rechtshandlungen haften, solange die Verpflichtungen zur Offenlegung im Handelsregister nicht erfüllt sind. Zudem enthielt Art. 4 Abs. 1 WFBV für formal ausländische Gesellschaften die Verpflichtung, ein Kapital in Anlehnung an das für niederländische Gesellschaften geltende Recht aufzubringen. Wenn und so lange diese Verpflichtung nicht erfüllt werde, sollte eine unbeschränkte gesamtschuldnerische Haftung der Geschäftsführer eintreten. Da diese Bestimmungen nicht unter die Elfte Richtlinie fallen, sind die Vorschriften am Maßstab der Art. 49, 54 AEUV zu prüfen. Es handelte sich hierbei um Gründungsvorschriften, aber auch um Vorschriften, die während des Bestehens der Gesellschaft eingreifen.

Der EuGH bewertete die Regelungen des niederländischen Gesetzes gegen Scheinauslandsgesellschaften als nicht zu rechtfertigende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit der englischen Gesellschaft. Mit dieser Entscheidung steht fest, dass die im WFBV geregelten gesellschaftsrechtlichen Normen des Niederlassungsstaates (nicht nur solche bezüglich der Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit) auf eine in einem anderen Mitgliedsstaat wirksam gegründete Gesellschaft nicht angewendet werden dürfen. In dem Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit sind mit dieser Entscheidung die Würfel gegen die Anwendung der Sitztheorie gefallen.¹⁵⁹ Mit dieser Entscheidung hat auch die Überlagerungstheorie nach Sandrock eine erhebliche Einschränkung erfahren. Sandrock selbst spricht daher auch von einer „Schrumpfung der Überlagerungstheorie“.¹⁶⁰ Eine Überlagerung des Gründungsrechts der Gesellschaft durch das Recht an dem tatsächlichen Verwaltungssitz ist damit in dem Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV ausgeschlossen.

V. Sevic

Die Entscheidung in *Sevic*¹⁶¹ behandelte die Frage, ob das zuständige Registergericht die Eintragung einer Verschmelzung von Gesellschaften in das Handelsregister in Deutschland generell ablehnen kann, wenn eine der Gesellschaften ihren Satzungssitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Ein 2002 zwischen der Sevic Systems AG, einer Gesellschaft mit Sitz in Deutschland, und der Security Vision Concept SA, einer Gesellschaft mit Sitz in Luxemburg, geschlossener Ver-

159 Ebke, BB 2003, Heft 1, Die Erste Seite.

160 Sandrock, ZvglRWiss 102 (2003), 447 ff.

161 EuGH vom 13.12.2005 – C-411/03, *Sevic*, NJW 2006, 425; Zu den Einzelheiten der Entscheidung, Bayer/Schmidt, ZIP 2006, 210 ff.; Behrens, EuZW 2006, 65 ff.; Kieninger, EWS 2006, 49 ff.; Leible/Hoffmann, RIW 2006, 161 ff.; Lutter/Drygala, JZ 2006, 770 ff.; Oechsler, NJW 2006, 812 ff.; Paal, RIW 2006, 142 ff.; Ringe, DB 2005, 2806 ff.; Weiss/Wöhler, WM 2007, 580 ff. Vgl. auch Kulenkamp. Die grenzüberschreitende Verschmelzung.

schmelzungsvertrag sah die Auflösung der der Security Vision Concept SA ohne Abwicklung und die Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf die Sevic ohne Änderung des Gesellschaftsnamens vor. Das Amtsgericht Neuwied wies den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister mit der Begründung zurück, dass das deutsche Umwandlungsgesetz nur die Verschmelzung von Rechtsträgern mit Sitz in Deutschland vorsehe. Gegen diese Entscheidung legte Sevic Systems Beschwerde bei dem Landgericht Koblenz ein. Das Landgericht Koblenz legte dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV die Frage vor, ob die Bestimmungen des deutschen Umwandlungsgesetzes mit dem Unionsrecht vereinbar sind.

Der EuGH stellte zunächst fest, dass die deutsche Regelung in dem Umwandlungsgesetz eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt. Grenzüberschreitende Verschmelzungen seien ein wichtiger Teil im Leben der Gesellschaft. Da die Niederlassungsfreiheit die effektive Teilnahme der Gesellschaft an dem Wirtschaftsleben schütze, sei eine Beschränkung von Zusammenschlüssen auf nationale Gesellschaften als eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit anzusehen. Auf der Ebene der Rechtfertigung wandte der EuGH seinen so genannten „Vier-Faktoren“-Test an, den das Gericht in der Rechtssache *Gebhard*¹⁶² entwickelt hatte und der u.a. auch in der *Centros*- sowie in der *Inspire* Art-Entscheidung¹⁶³ zur Anwendung gekommen war. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist danach nur zulässig, wenn mit ihr ein legitimes, mit dem AEUV vereinbares Ziel verfolgt wird und sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses (wie den Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsaktionären und Arbeitnehmern oder die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterkeit des Handelsverkehrs) gerechtfertigt ist. Darüber hinaus ist eine beschränkende Maßnahme nur zulässig, wenn sie zu der Erreichung der verfolgten Ziele geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was hierzu erforderlich ist. Verweigert das Recht eines Mitgliedstaates generell die Eintragung eines Zusammenschlusses einer inländischen und einer ausländischen Gesellschaft, so werden grenzüberschreitende Verschmelzungen auch dann verhindert, wenn die oben genannten Interessen nicht berührt sind. Eine solche Regelung geht über das hinaus, was für die Erreichung der verfolgten Ziele, nämlich dem Schutz der besagten Rechtsgüter, erforderlich ist. Eine Verweigerung der Eintragung verletzt daher die Niederlassungsfreiheit. Damit hat der EuGH den Weg für grenzüberschreitende Verschmelzungen geöffnet. Mit der Verabschiedung der Verschmelzungsrichtlinie¹⁶⁴ sind solche Sachverhalte jetzt durch das europäische Sekundärrecht geregelt.

162 EuGH *Gebhard*, Slg. 1995 I, 4165.

163 EuGH NJW 2003, 3331 (3334, Rn 133).

164 EG-Richtlinie 2005/56/EG

VI. Cadbury Schweppes

Einen weiteren wichtigen Meilenstein stellt die Entscheidung in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* dar.¹⁶⁵ Darin legte der EuGH fest, unter welchen Bedingungen ein Mitgliedstaat Gewinne von Tochtergesellschaften in niedrig besteuerten ausländischen Mitgliedstaaten bei der Bernessung der Körperschaftsteuer der im Inland ansässigen Konzernmutter hinzurechnen darf. Der EuGH entschied, dass die Niederlassungsfreiheit beschränkt ist, wenn bei der Hinzurechnung ausländischer Gewinne nach dem Steuersatz des Verwaltungssitzstaates der Tochter unterschieden wird. Diese Unterscheidung könne Unternehmen davon abhalten, Tochtergesellschaften in Ländern mit einem niedrigen Besteuerungs niveau zu gründen. Die Beschränkung ist allerdings gerechtfertigt, wenn „das spezifische Ziel der Beschränkung darin liegt, Verhaltensweisen zu verhindern, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu dem Zweck zu errichten, der Steuer zu entgehen, die normalerweise für durch Tätigkeiten im Inland erzielte Gewinne geschuldet wird“.¹⁶⁶

Das Urteil behandelt zwar einen steuerrechtlichen Sachverhalt, es bietet aber auch eine interessante Implikation für die Behandlung von Gesellschaften aus anderen Mitgliedsstaaten. Denn nach Auffassung des EuGH begründet allein das Ziel des Unternehmens, seine Steuerlast zu minimieren und dazu die in den Mitgliedstaaten bestehenden unterschiedlichen Körperschaftsteuersätze auszunutzen, noch nicht die Annahme einer missbräuchlichen Gestaltung. Zu dem subjektiven Element müssen objektiv überprüfbare Kriterien hinzutreten. Nur wenn die Tochtergesellschaft eine reine „Briefkastengesellschaft“ ist, d.h. es sich um eine rein fiktive Ansiedlung ohne Entfaltung wirtschaftlicher Aktivität in dem Zuzugsstaat handelt, kann die Gründung der Tochtergesellschaft als eine „künstliche Gestaltung“ aufgefasst werden. Mit der Einführung des Terminus „Briefkastengesellschaft“ in seiner Entscheidung hat der EuGH demnach klargestellt, dass die Niederlassungsfreiheit nicht grenzenlos ist. Die Entscheidung *Cadbury Schweppes* zeigt, dass künstliche Gestaltungen mit dem alleinigen Ziel der Minimierung des zu versteuernden Gewinns durch gezielte Vorschriften bekämpft werden können, ohne dass die Regelungen in Widerspruch zu der Niederlassungsfreiheit stehen. Damit hat der EuGH auch klargestellt, dass einschränkende Maßnahmen möglich sind, soweit sie dem „Vier-Faktoren“-Test genügen.

165 EuGH vom 12.9.2006 C-196/04 *Cadbury-Schweppes*, NJW 2006, 2682.; vgl. *Armour/Ringe*, European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, Oxford Legal Studies Research Paper No. 63/2010, 1 (11); zu den steuerrechtlichen Einzelheiten *Axer*, IStR 2007, 162 ff.; *Bron/Kraft*, IStR 2006, 614 ff.; *Sedemund/Waldens*, IStR 2007, 450 ff. Aus europarechtlicher Sicht *Germelmann*, EuZW 2008, 596 ff.

166 EuGH, NJW 2006, 2682 (Rn 55).

Nach Auffassung von GA *Poiares Maduro*¹⁶⁷ und von *Roth*¹⁶⁸ entfernt sich der EuGH mit der Entscheidung *Cadbury Schweppes* von seiner Judikatur in *Centros*. In *Centros* hatten die Gesellschaftsgründer eine Gesellschaft gegründet, die keine wirtschaftliche Tätigkeit in ihrem Gründungsstaat entfaltet hatte und allein darauf abzielte, die Regelungen des dänischen Gesellschaftsrechts zu umgehen. Einer solchen Gestaltung haben die Richter des EuGH in *Cadbury Schweppes* die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit auf Rechtfertigungsebene versagt, da die Auslandsgründung eine rein künstliche sei und damit nicht der wirtschaftlichen Realität entspreche. Ein solches Verhalten soll nach *Roths* Meinung im Lichte der *Cadbury Schweppes*-Rechtsprechung nicht mehr möglich sein, falls es an einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit fehlt.¹⁶⁹ Sog. Briefkastenfirmen sollen sich danach nicht auf die Niederlassungsfreiheit stützen können. Damit handelt es sich nach *Roths* Auffassung um eine substantielle Einschränkung der *Centros*-Rechtsprechung; die Rechtfertigungsmöglichkeiten für Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind damit um die Figur der rein künstlichen Gestaltung erweitert worden.¹⁷⁰

Gegen eine solche Überlegung ließe sich anführen, dass es sich bei der Entscheidung um ein Urteil handelt, das thematisch im Steuerrecht zu verorten ist. Eine solche Interpretation des Urteils missachtet jedoch, dass sich der EuGH ausdrücklich auf *Centros* bezieht.¹⁷¹ Eine Beschränkung der Aussagen des EuGH auf steuerrechtliche Fallgestaltungen ist daher nicht anzunehmen.

Ob der EuGH sich mit *Cadbury Schweppes* von *Centros* losgesagt hat, ohne dies ausdrücklich zu erwähnen, ist zweifelhaft. Im Unterschied zu *Centros* betätigte sich aber die betroffene Gesellschaft in *Cadbury Schweppes* nicht tatsächlich wirtschaftlich in dem Staat der Zweigniederlassung. Die reale, wirtschaftliche Betätigung fand in dem Staat der Hauptniederlassung statt. Folglich fehlt es an einer tatsächlichen Niederlassung in dem Aufnahmemitgliedstaat. Sowohl in *Centros* als auch in der *Entscheidung Inspire* Art war die Niederlassung in dem Aufnahmemitgliedstaat real, so dass eine Rechtfertigung der Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit nicht in Betracht kam. Es handelt sich also um unterschiedliche Sachverhalte. Ausdrücklich hat sich der EuGH sich nicht von *Centros* losgesagt. Vielmehr hat er auf der Grundlage seiner Rechtsprechung zu *Centros* den anders gelagerten Sachverhalt von *Cadbury Schweppes* entschieden. In jedem Fall steht nach *Cadbury Schweppes* fest, dass der EuGH der Niederlassungsfreiheit Grenzen zieht.

167 GA *Poiares Maduro*, ZIP 2008, 1067.

168 *Roth*, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit, 13.

169 *Roth*, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit, 12.

170 *Roth*, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit, 23.

171 EuGH, NZG 2006, 835 (837).

VII. *Cartesio*

In der Rechtssache *Cartesio*¹⁷² hatte sich der EuGH mit einer Frage zu befassen, die ihn bereits im Falle *Daily Mail* – allerdings nur in seinem *obiter dictum* – beschäftigt hatte: Kann der Wegzugsstaat der inländischen Gesellschaft die Rechtspersönlichkeit versagen, wenn sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen möchte? Im Fall *Cartesio* wollte eine ungarische Kommanditgesellschaft ihren Verwaltungssitz unter Beibehaltung des ungarischen Gesellschaftsstatus nach Italien verlegen. Das zuständige ungarische Handelsgericht verweigerte die nach ungarischem Recht notwendige Eintragung der Sitzverlegung in das Handelsregister mit der Begründung, das ungarische Recht erlaube eine solche identitätswahrende Verlegung des Verwaltungssitzes nicht. Das Berufungsgericht legte die Frage der Europarechtskonformität der einschlägigen Bestimmungen des ungarischen Rechts gemäß Art. 267 AEUV dem EuGH vor.

In seinem Urteil kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass die ungarischen Regelungen nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstößen. In seiner Entscheidung bestätigt der Gerichtshof die Ratio seiner *Daily-Mail*-Entscheidung: eine Gesellschaft ist eine Schöpfung der inländischen Rechtsordnung; es sei daher Sache des Heimatstaates, über den Anknüpfungspunkt sowohl für die Inkorporation nach dem Heimatrecht als auch für die Beibehaltung dieses Status zu entscheiden. Die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit setzt also nach Art. 54 AEUV (*ex* 48 EGV) voraus, dass überhaupt eine Gesellschaft im Sinne des Rechts eines Mitgliedstaates vorliegt. Ob das der Fall ist, ist eine nach nationalem Recht zu beantwortende Vorfrage, die ihrerseits noch nicht von der Niederlassungsfreiheit umfasst ist. Anknüpfungspunkt kann dabei – wie im ungarischen Recht – ein im Inland belegener Verwaltungssitz sein. Mit dieser Entscheidung bestätigt der EuGH sein Urteil aus *Daily Mail*: Die einzelne mitgliedstaatliche Rechtsordnung ist niederlassungsrechtlich nicht verpflichtet, die Verlegung des Verwaltungssitzes zu gestatten. Sieht die mitgliedstaatliche Rechtsordnung eine identitätswahrende Verlegung des Verwaltungssitzes nicht vor oder sanktioniert sie ihn anderweitig, kann der tatsächliche Verwaltungssitz nicht ohne den Wechsel des anwendbaren Rechts verlegt werden. Der EuGH unterscheidet folglich zwischen Wegzugs- und Zuzugsbeschränkungen: Während der Zuzug ausländischer EU-Gesellschaften grundsätzlich nicht beschränkt werden darf, sind Wegzugsbeschränkungen niederlassungsrechtlich zulässig.

172 EuGH vom 18.12.2008 Rs. C-310/06 – *Cartesio* – NJW 2009, 569; zu den Einzelheiten der Entscheidung *Däubler/Heuschmid*, NZG 493 ff.; *Kindler*, IPRax 2009, 289 ff.; *Kindler*, NZG 2009, 130 ff.; *Knof/Mock*, ZIP 2009, 30 ff.; *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58 ff.; *Mörsdorf*, EuZW 2009, 97 ff.; *Teichmann*, ZIP 2009, 393 ff.; *Weller*, IPRax 2009, 202 ff.; *Werner*, GmbHR 2009, 191 ff.; *Wöhler*, GWR 2009, 161; *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 545 ff.

In einem *obiter dictum* stellt der EuGH einen anderen Aspekt der *Daily-Mail*-Entscheidung klar. In seiner Entscheidung in *Daily Mail* hatte der EuGH geäußert, dass die Niederlassungsfreiheit in Bezug auf Wegzugsbeschränkungen des Wegzugsstaates nicht verletzt sei, wenn die Gesellschaft Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften im Ausland gründen könne.¹⁷³ Dies hat er in *Cartesio* korrigiert und festgestellt, dass sich der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit auch auf die Hauptniederlassung erstreckt. In einem weiteren *obiter dictum* hebt der EuGH die Unterscheidung zwischen der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ohne Formwechsel (*Daily Mail*, *Cartesio*) und dem grenzüberschreitenden Formwechsel¹⁷⁴ hervor. Soweit das Recht des Aufnahmestaates einen solchen Formwechsel zulässt, sei es dem Herkunftsstaat verwehrt, die Beendigung und Abwicklung der Gesellschaft zu fordern. Wenn eine Gesellschaft in eine ausländische Rechtsform wechseln möchte, so kann der Heimatstaat das nicht mehr verbieten. Damit scheinen Fälle der Wegzugsbesteuerung und der Liquidation im Wegzugsfall nicht im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit zu stehen, soweit die betroffene Gesellschaft einen Wechsel des anwendbaren Rechts anstrebt. Jedoch muss berücksichtigt werden, dass das *Cartesio*-Urteil die Entscheidung in *Daily Mail* grundsätzlich bestätigt. Dies beschreibt *Kieninger* als die „Geschöpftheorie“.¹⁷⁵ Der Staat, der die Gesellschaft kreiert, bestimmt auch über ihr Schicksal, falls sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz – unter Beibehaltung der ursprünglichen Rechtsform – in einen anderen Mitgliedstaat verlegen möchte.

Für die deutschen Gesellschaftsformen der AG und der GmbH bleibt das Urteil allerdings ohne Folgen, da der deutsche Gesetzgeber durch das MoMiG bereits eine Klärung der Rechtslage herbeigeführt hat. § 5 AktG und § 4a GmbHG schreiben zwar einen inländischen Satzungssitz vor, eine grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes soll aber nach dem Willen des Gesetzgebers möglich sein.¹⁷⁶ Dennoch bleibt festzuhalten, dass der EuGH mit seinem *obiter dictum* zu dem grenzüberschreitenden Formwechsel die Mobilität von Gesellschaften im europäischen Binnenmarkt erhöht hat. Nachdem der EuGH bereits in *Sevic* Beschränkungen des Zuzugsstaates für unzulässig erklärt, wird die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften durch das vorliegende *obiter dictum* dahingehend erweitert, dass auch der Wegzugsstaat keine Beschränkungen für grenzüberschreitende Formwechsel aufstellen darf. Gleichzeitig hat der EuGH klargestellt, dass der Wegzugsstaat weiterhin über die Verlegung des Verwaltungssitzes seiner eigenen Gesellschaftsformen entscheiden darf. Inwiefern der EuGH mit dieser Entscheidung den europäischen Binnen-

173 EuGH Rs. 81/87 (*Daily Mail*), Slg. 1988, 5483.

174 D.h. dass eine Gesellschaft mittels Umwandlung ohne Beendigung und Abwicklung in eine Rechtsform eines anderen Mitgliedstaats überführt wird

175 *Kieninger*, EWS 2008, Heft 6, „Die Erste Seite“.

176 BT-Drs. 16/6140, S. 12; zur Rechtsnatur des § 5 AktG und § 4a GmbHG siehe Zweiter Teil, § 4, E.

markt für Gesellschaften verbessert hat, bleibt abzuwarten. Anzunehmen ist jedenfalls, dass die vom EuGH in *Cartesio* entwickelten Grundsätze auch für Kapitalgesellschaften gelten.

B. Die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben durch den BGH

Nachfolgend ist der Frage nachzugehen, wie die wegweisenden Entscheidungen des EuGH durch die nationalen Gerichte umgesetzt worden sind.¹⁷⁷ Wie bereits dargestellt¹⁷⁸ folgte die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung traditionell der Sitztheorie.¹⁷⁹ Gleichermaßen galt für die unterinstanzlichen Gerichte.¹⁸⁰ Die Rechtsprechung des EuGH zu der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften im Binnenmarkt stellt die überkommene international-gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung der deutschen Gerichte in Frage. Die Frage der Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit drängte sich in der Rechtssache *Überseering*¹⁸¹ auf, so dass der VII. Zivilsenat des BGH diese Frage dem EuGH zur Entscheidung gemäß Art. 267 AEUV am 30.3.2000 vorlegte. Somit bot die Rechtssache *Überseering* die Gelegenheit zu einer höchstrichterlichen Klärung des alten Streits zwischen Sitz- und Gründungstheorie auf europarechtlicher Ebene. Wie bereits dargestellt, entschied der EuGH am 5.11.2002, dass sich die Rechts- und damit die Parteifähigkeit einer niederländischen Gesellschaft in Deutschland nach niederländischem Recht beurteilen.¹⁸²

I. Der Inhalt der Jersey-Entscheidung

Die Vorlage des VII. Zivilsenats an den EuGH veranlasste den II. Zivilsenat, in seiner *Jersey*-Entscheidung vom 1.7.2002 die Sitztheorie zu modifizieren.¹⁸³ Die Entscheidung behandelt die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer Gesellschaft von der Kanalinsel Jersey nach Deutschland. Da die Kanalinseln Jersey und Guernsey gemäß Art. 355 Abs. 5 lit. c) AEUV i.V.m. dem Protokoll

177 Zu den Einzelheiten der Sitztheorie in der Rechtsprechung des BGH siehe *Ebke*, in: FS 50 Jahre BGH, Band II, 799 ff.

178 Dazu Erster Teil, § 1, A., III., 2.

179 RG, JW 1904, 231; BGHZ 25, 134 (144).

180 OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1124; OLG Frankfurt a.M., NJW 1990, 2204; OLG Hamburg, NJW 1986, 2199; KG, DB 1997, 1124 (1125).

181 BGH, RIW 2000, 555.

182 EuGH, RIW 2002, 945 (948).

183 BGHZ 151, 204; NJW 2002, 3539 ff.

Nr. 3 zur BeitrA 1972¹⁸⁴ nicht zu der EU zählen, scheidet eine Anwendung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV auf Gesellschaften aus Jersey aus.¹⁸⁵ Kollisionsrechtlich handelt es bei derartigen Gesellschaften um Gesellschaften aus einem Drittstaat. Der BGH entschied, dass die in Rede stehende Gesellschaft aus Jersey, über dessen effektiven Verwaltungssitz zwischen den Parteien Streit herrschte, ihren effektiven Verwaltungssitz in Deutschland habe. Sie sei daher in Deutschland als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (bzw. offene Handelsgesellschaft) anzusehen. Als solche sei sie in Deutschland parteifähig (§ 50 Abs. 1 ZPO). Diese Lösung war möglich geworden, weil der BGH im Jahre 2001 die Rechtsfähigkeit der GbR anerkannt hatte.¹⁸⁶ Die Lösung des BGH (häufig als „modifizierte Sitztheorie“ bezeichnet) war vorher zwar in der Literatur diskutiert, aber u.a. aufgrund der fehlenden Rechtsfähigkeit der GbR stets verworfen worden.¹⁸⁷ Wendet man die modifizierte Sitztheorie auf eine ausländische Gesellschaft an, kommt es mithin zu einer „Spaltung der Rechtspersönlichkeit“¹⁸⁸, da ihr Heimatstaat sie weiterhin als Kapitalgesellschaft qualifizieren wird. Ob die modifizierte Sitztheorie einen möglichen Lösungsweg darstellt, wird im Folgenden untersucht.

II. Folgeprobleme der Jersey-Entscheidung

Gegen die Konstruktion des II. Zivilsenats sprechen sowohl europarechtliche Erwägungen als auch ihre fehlende dogmatische Grundlage im Kollisionsrecht. Hinzu kommt, dass die nach dem *Jersey*-Urteil des II. Zivilsenats vom 1.7.2002 eingetretene Spaltung der Rechtspersönlichkeit zu unlösabaren kollisions-, sach- und internationalprozessrechtlichen Problemen führt. Im Übrigen ist sie europarechtswidrig, sofern sie auf Gesellschaften aus einem anderen EU-Mitgliedstaat angewendet werden sollte.¹⁸⁹

184 BGBI II 1338.

185 Jersey ist auch nicht Teil des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (zu dem EWR: Erster Teil, § 2, C.) und hat auch keinen Staatsvertrag mit Deutschland über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften (zu staatsvertraglichen Vereinbarungen: Erster Teil, § 2, E.) abgeschlossen.

186 BGHZ 146, 341; NJW 2001, 1056; BGH, NJW 2002, 1207.

187 Zimmer, BB 2000, 1361 (1363) m.w.N.

188 Behrens, IPRax 2003, 193 (199); Ebke, JZ 2003, 927 (929).

189 Ebke, in: FS Thode, 593 (611).

1. Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und die Korrektur durch den BGH

Nach der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Überseering* muss einer in einem anderen Mitgliedstaat gegründete Kapitalgesellschaft die Rechtsfähigkeit zuerkannt werden, die sie ihrem Gründungsrecht nach hat. Einen Statutenwechsel mit allen seinen Rechtsfolgen, wie ihn die Sitztheorie für den Zuzug einer ausländischen Gesellschaft verlangt, ist danach jedenfalls für Gesellschaften in dem Geltungsbereich des AEUV mit der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar.¹⁹⁰ Dies hat der II. Zivilsenat des BGH in einem 2005 ergangenen Urteil unmissverständlich klargestellt.¹⁹¹ Das Urteil behandelt die mögliche Haftung eines Geschäftsführers („*director*“) einer britischen Limited mit inländischem Verwaltungssitz. Aus den Urteilen des EuGH in *Überseering* und *Inspire Art* folge, so der Senat, nicht nur, dass sich die Rechtsfähigkeit der Gesellschaften nach dem Recht an dem Ort ihrer Gründung beurteilt; die rechtsgeschäftliche Haftung eines Geschäftsführers einer europäischen Auslandsgesellschaft richte sich vielmehr ebenfalls nach dem jeweiligen Gründungsrecht.¹⁹² Somit ist die Frage nach dem autonomen Kollisionsrecht für europäische Auslandsgesellschaften geklärt: Sie werden auf kollisionsrechtlicher Ebene nach ihrem Gründungsrecht beurteilt. Gegenüber EU-Auslandsgesellschaften gilt also die Gründungstheorie.¹⁹³

2. Kollisionsrechtliche und andere Bedenken gegen die modifizierte Sitztheorie

Gegen die Lösung der *Jersey*-Entscheidung bestehen neben der europarechtlichen Problematik, die der BGH bereits korrigiert hat, weitere Bedenken, die im Hinblick auf Gesellschaften aus Drittstaaten fortbestehen. In der Beurteilung des BGH in der *Jersey*-Entscheidung liegt nach der Dogmatik des Internationalen Privatrechts eine Transposition vor. Die ausländische Gesellschaft wird zu einer inländischen Gesellschaft, um die wohlerworbenen Rechte der Gesellschaft zu wahren. Voraussetzung für eine Transposition eines ausländischen Rechtsinstituts in ein inländisches ist, dass zwischen den beiden Rechtsinstituten eine sog. Funktionsäquivalenz besteht, das heißt, dass die beiden im Wesentlichen vergleichbar sind.¹⁹⁴ So müsste sich etwa eine Schweizer AG im Inland als Gesell-

¹⁹⁰ *Bayer*, BB 2003, 2357 (2363); *Behrens*, IPRax 2003, 193 (199); *Ebke*, JZ 2003, 927 (929); *Ebke*, in: *FS Thode*, 593 (598); *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677 (681); *Ziemons*, ZIP 2003, 1913 (1917); *Zimmer*, NJW 2003, 3585 (3586); a.A. *Kindler*, NZG 2003, 1086 (1089).

¹⁹¹ BGH, NJW 2005, 1648.

¹⁹² BGH, NJW 2005, 1648 f.

¹⁹³ *Ebke*, BB 2005, Heft 23, S. I.

¹⁹⁴ *Forsthoff*, DB 2002, 2471 (2476); *Behrens*, IPRax 2003, 192 (199 ff.).

schaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff. BGB behandeln lassen. Die Folge dieser Umqualifizierung wäre u.a. eine persönliche Haftung der Gesellschafter gemäß § 128 HGB analog, die durch die Konstruktion einer Kapitalgesellschaft gerade vermieden werden soll.¹⁹⁵ Zudem käme es in Vertretungsfragen zu einem Wechsel von Fremdorganschaft bei Kapitalgesellschaften zu einer Selbstorganschaft bei der neu geschaffenen Personengesellschaft.¹⁹⁶ Es erscheint daher fraglich, wie eine solche Gesellschaft im Inland rechtsverbindliche Handlungen vornehmen soll.

Die modifizierte Sitztheorie führt damit zu einer grundlegenden gesellschaftsrechtlichen Strukturänderung, die an sich allein dem Willen der Gesellschafter vorbehalten ist. Mit seiner Entscheidung setzt sich der BGH somit an die Stelle der Gesellschafterversammlung der ausländischen Kapitalgesellschaft. Diese wäre allein dafür zuständig, mit satzungsändernder Mehrheit über eine eventuelle Umwandlung in eine Personengesellschaft (deutschen Rechts) zu entscheiden.¹⁹⁷ Dass eine deutsche Personengesellschaft für eine ausländische Kapitalgesellschaft eine funktionsäquivalente Rechtsform darstellt, ist nicht anzunehmen.

Des Weiteren birgt die Umqualifizierungslösung des BGH Probleme im Prozess- und Vollstreckungsrecht. Zwar kann die Gesellschaft als rechtsfähige GbR deutschen Rechts vor den Gerichten im Inland klagen bzw. verklagt werden; ist es aber denkbar, dass die Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als ausländische Gesellschaft ihren Anspruch ein zweites Mal vor den Gerichten ihres Heimatstaats geltend macht.¹⁹⁸ Es wäre sogar eine Doppeltitulierung desselben Anspruchs möglich, wenn das ausländische Gericht sich auf den Standpunkt stellt, dass über den Anspruch der klagenden ausländischen Kapitalgesellschaft noch nicht entschieden wurde. Insofern wäre der Einwand der doppelten Rechtshängigkeit gemäß § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO entkräftet.¹⁹⁹ Gleiches gilt auch für die Fallkonstellation, dass die ausländische Kapitalgesellschaft im Inland nicht Klägerin, sondern Beklagte ist. In vollstreckungsrechtlicher Hinsicht könnte eine Versagung der Anerkennung eines möglichen ausländischen Titels wegen Verstoßes gegen die Rechtskraft einer deutschen Gerichtsentscheidung oder gegen eine inländische Rechtshängigkeit unmöglich werden, weil der Titel von der Kapitalgesellschaft im Ausland erstritten wurde und somit eine andere Klägerin (als die deutsche GbR) betrifft.²⁰⁰ Für die Vollstreckung stellt sich das Problem, dass ein Titel gegen die inländische GbR nicht den Zugriff auf das in dem Gründungsstaat belegene Vermögen der dortigen Kapitalgesellschaft erlaubt. Eine

195 Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 1 Rn 2; Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, Rn 476.

196 Binz/Mayer, BB 2005, 2361 (2364).

197 Behrens, IPRax 2003, S. 193 ff.

198 Binz/Mayer, BB 2005, 2361 (2365).

199 Binz/Mayer, BB 2005, 2361 (2365).

200 Henze, BB 2000, 2053 (2054).

Vollstreckung in das im Ausland belegene Vermögen der Kapitalgesellschaft wäre damit nicht möglich.

Das Urteil des BGH in der *Jersey*-Entscheidung ist dessen ungeachtet vor dem Hintergrund der damals ausstehenden Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Überseering* zu betrachten. Es handelt sich letztlich um ein „Ablenkungsmanöver“,²⁰¹ mit dem der II. Zivilsenat des BGH zu verhindern versucht hat, dass der EuGH über die Frage der Europarechtskonformität der Sitztheorie entscheiden konnte.²⁰² Die *Jersey*-Entscheidung ist folglich eher eine Einzelfallentscheidung in einer besonderen Situation gewesen, von der der II. Zivilsenat des BGH wieder auf die Linie der ursprünglichen Sitztheorie gegenüber nicht-privilegierten Staaten abweichen kann. Sie ist nach Auffassung von *Ebke* nur als „Rettungsversuch“ der Sitztheorie zu verstehen, von dem der BGH mit guten Gründen abweichen kann.²⁰³ Der II. Zivilsenat hat jedoch mit einem Urteil zu der Rechtsfähigkeit Schweizer Gesellschaften im Jahr 2008 hat die Anwendung der modifizierten Sitztheorie gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten bestätigt.²⁰⁴

Da der II. Zivilsenat des BGH von seiner Auffassung nicht abgewichen ist, blieb nur die Hoffnung, dass ein anderer Zivilsenat des BGH einen Drittstaaten-Fall geschäftsplanmäßig zugewiesen bekommt und von der Rechtsansicht des II. Senats abweichen möchte. In einem solchen Fall müsste die Frage dem Großen Zivilsenat des BGH nach § 132 Abs. 2 GVG vorgelegt werden.²⁰⁵ Dieser könnte eine endgültige Klärung der Rechtsfrage herbeiführen. In einem Sachverhalt aus dem Jahr 2009 bestand diese Gelegenheit für den IX. Zivilsenat, da er über die Rechts- und Partefähigkeit einer Gesellschaft aus Singapur zu entscheiden hatte. In seinem Beschluss hat der IX. Zivilsenat jedoch die modifizierte Sitztheorie ausdrücklich bestätigt.²⁰⁶ Die angesprochenen Probleme bestehen damit nach wie vor.

C. Behandlung von Gesellschaften aus EWR-Staaten

Ob die Niederlassungsfreiheit i.S.v. Art. 49, 54 AEUV auch für Gesellschaften aus dem Raum des EWR-Abkommen, die nicht der EU angehören (Norwegen, Island und Liechtenstein), gilt, hat der BGH für die Praxis in seiner Entscheidung vom 19.9.2005 bejaht.²⁰⁷ Eine in einem EWR-Staat gegründete Kapitalge-

201 *Ebke*, in: FS Thode, 593 (611).

202 *Henze*, DB 2003, 2159 (2164), der zu den Absichten des II. Zivilsenats Stellung nimmt.

203 *Ebke*, in: Sandrock/Wetzler, 101 (121); *Ebke*, in: FS Thode, 595 (612-614).

204 BGH, NJW 2009, 289 ff.; dazu unten Erster Teil, § 3, B., V.

205 *Ebke*, in: Sandrock/Wetzler, 101 (122).

206 BGH, ZIP 2009, 2385 f.

207 BGH, DStR 2005, 1870 ff.

sellschaft ist in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens auf der Grundlage der in Art. 31 i.V.m. Art. 34 EWR-Abkommen²⁰⁸ garantierten Niederlassungsfreiheit in der Rechtsform, in der sie gegründet worden ist, anzuerennen. Diese Rechtsfolge, welche sich damit aus der Rechtssache *Überseering* ergibt, gilt auch innerhalb der Wissenschaft als unumstritten.²⁰⁹

Wie schon das OLG Frankfurt a.M. als Vorinstanz festgestellt hat,²¹⁰ entspricht die durch das EWR-Abkommen gewährte Niederlassungsfreiheit grundsätzlich der des AEUV. Zwar seien die Entscheidungen des EuGH für Mitgliedstaaten des EWR nicht unmittelbar verbindlich, eine Unterscheidung zwischen Gesellschaften aus EU- und EWR-Staaten könne angesichts der weitgehend angeglichenen Rechtslage aber nicht gerechtfertigt werden.²¹¹ Diese Auffassung erklärt sich daraus, dass das EWR-Abkommen dem Unionsrecht weitgehend nachgebildet worden ist. In den Kernbereichen des Binnenmarkts, der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts, aber auch in anderen Bereichen zeigt sich dies sogar bis in den Wortlaut hinein.²¹² Dies gilt auch für die hier einschlägige Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV und Art. 31 EWR-Abkommen. Deshalb hat der EFTA-Gerichtshof keinen Anlass gesehen, die Vorschriften zu der Niederlassungsfreiheit aus dem EWR-Abkommen anders auszulegen als die des AEUV.²¹³

Zudem sprechen Sinn und Zweck des EWR-Abkommens sowie historische Überlegungen für die inhaltsgleiche Auslegung der in den Verträgen enthaltenen Freiheiten. Denn es ist zu berücksichtigen, dass das EWR-Abkommen auf einem politischen Tauschgeschäft beruht, wonach die EWR-/EFTA-Staaten das Primär- und Sekundärrecht der EU weitgehend übernehmen und dafür ihren Bürgern und Unternehmen der Zugang zu dem EU-Binnenmarkt gewährt wird.²¹⁴ Der EuGH hat in der Rechtssache *Ospelt*²¹⁵ anerkannt hat, dass das EWR-Abkommen mit dem AEUV in den Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt werden muss. Damit steht fest, dass das EWR-Abkommen als Klammer zwischen den beteiligten EU- und EWR-Staaten zu einer privilegierten Verbindung führt.²¹⁶ Eine einschränkende Auslegung der Niederlassungsfreiheit ist in dem Verhältnis

208 EWR-Abkommen vom 2.5.1992 (BGBl. 1993 II, 266). Das EWR-Abkommen ist am 1.1.1994 in Kraft getreten (BGBl. 1994 II, 515).

209 v.d.Groeben/Schwarze-Troberg/Tiedje, Vor Art. 43-48 EG, Rn 56 f.; Palandt-Heldrich, Anh. zu Art. 12 EGBGB, Rn 6; Ebke, in: FS Thode, 595 (608) dort Fn 63; Leible/Hoffmann, RIW 2002, 925 (927); Meilicke, GmbHR 2003, 793 (798); Spindler/Berner, RIW 2003, 949 (957); Weller, DStR 2003, 1800 (1803).

210 OLG Frankfurt a.M., IPRax 2004, 56 (58).

211 OLG Frankfurt a.M., IPRax 2004, 56 (58).

212 Baudenbacher/Buschle, IPRax 2004, 26 (29).

213 EFTA-GH Slg. 1998, 205; Rn 21; Slg. 2000-2001 123, Rn 7; Slg. 2000-2001, 163, Rn 7.

214 Baudenbacher/Buschle, IPRax 2004, 26 (31).

215 EuGH C-452/01 *Ospelt*, Slg. 2003, I-9743, Rn 28.

216 Baudenbacher/Buschle, IPRax 2004, 26 (31).

zu einem EWR-Staat nicht gerechtfertigt. Deshalb sind die Aussagen des EuGH in den Rechtssachen *Überseering* und *Inspire Art* auch in dem Verhältnis zu den EWR-Staaten in Anwendung zu bringen.²¹⁷

D. Behandlung von Gesellschaften aus EMRK-Staaten

Ein weiterer Gesichtspunkt in dem Streit um die zutreffende kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Gesellschaften ist die Frage, ob bzw. inwiefern die EMRK zu der Anwendung der Gründungstheorie zwingt. Ein möglicher Zusammenhang mit dem Kollisionsrecht ist erstmals durch eine Entscheidung des französischen Kassationshofes²¹⁸ vom 12.11.1990 hergestellt worden. Bevor jedoch im Einzelnen die Entscheidung des Kassationshofes betrachtet wird (II.), ist es notwendig, auf die Stellung der EMRK im deutschen Recht einzugehen (I.).

I. Die Stellung der EMRK im deutschen Recht

Die EMRK²¹⁹ ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der in Deutschland gemäß Art. 59 Abs. 2 GG im Rang eines einfachen Gesetzes steht. Zwar steht er damit in der Normenhierarchie unterhalb der Verfassung, das BVerfG muss aber aufgrund völkerrechtlicher Vorgaben den Inhalt und den Rechtsanwendungsstand der EMRK berücksichtigen.²²⁰ Da es sich bei der EMRK um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, besteht eine völkerrechtliche Verpflichtung, den Vorgaben der EMRK zu entsprechen.²²¹ Die EMRK zählt neben den Grundrechten aus dem Grundgesetz und den Länderverfassungen zu dem nationalen *ordre public*²²² und somit zu den wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EGBGB. Es ist zudem notwendig, bei der Auslegung und Anwendung der nationalen Gesetze die Ausstrahlung der EMRK zu beachten.²²³ Dies gilt auch aus Sicht des Europarechts. Nach Auffassung des EuGH hat die EMRK den Charakter unionsrechtlicher Grundrechte. Der EuGH ordnet sie also dem höher-

217 BGH, DStR 2005, 1870.

218 Cour de Cassation, JZ 1993, 370 m. Anm. *Großfeld/Boin*.

219 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, BGBI. II 1952, 686, in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.11.2002, BGBI. II 2002, 1755.

220 *Looschelders*, RabelsZ 65 (2001), 463 (467).

221 *Looschelders*, RabelsZ 65 (2001), 463 (467).

222 Begr. RegE, BT-Drs. 10/504, 44.

223 BVerfGE 111, 307.

rangigen Unionsrecht gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV zu.²²⁴ Diese Einordnung muss auch auf nationaler Ebene angesichts der Bindungskraft²²⁵ der Entscheidungen von EuGH und EGMR beachtet werden.

II. Die Entscheidung des Kassationshofes

Die Diskussion um den Einfluss der EMRK wurde durch das angesprochene Urteil des französischen Kassationshofes in Strafsachen aus dem Jahr 1992 ausgelöst, welches das Urteil der Vorinstanz (Cour d'Appel de Dijon) aufhob. Der Cour d'Appel de Dijon hatte einer liechtensteinischen AG (Sté Extraco Anstalt) in einem Adhäsionsverfahren die Parteifähigkeit versagt. Als Begründung führte das Gericht ein französisches Gesetz aus dem Jahr 1857²²⁶ an, wonach ausländischen juristischen Personen nicht automatisch (wie im deutschen Recht) die Rechtsfähigkeit zukommt, sondern sie durch ein französisches Dekret oder einen bilateralen Staatsvertrag mit dem jeweiligen Staat festgeschrieben wird. Gegenüber Liechtenstein bestand weder ein Dekret nach Art. 2 des Gesetzes noch ein diplomatisches Abkommen über die Anerkennung liechtensteinischer Gesellschaften in Frankreich. Mit den meisten anderen Staaten hat Frankreich jedoch bilaterale Verträge geschlossen, die die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften aus den Vertragsstaaten regeln.²²⁷ Daraus hatte der Cour d'Appel de Dijon gefolgert, dass die liechtensteinische AG mangels Partei- und Rechtsfähigkeit nicht vor Gericht in Frankreich auftreten konnte.

Der Kassationshof folgte in seiner Urteilsbegründung der Klägerauffassung, indem er die generelle Nichtanerkennung von ausländischen juristischen Personen als Verletzung ihrer Rechte aus Art. 6 Abs. 1 und Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 des 1. Zusatzprotokolls²²⁸ vom 20.3.1952 wertete. Es bestehe demnach für jede ausländische juristische Person ein Recht auf Achtung ihres Vermögens und auf Gehör vor einem französischen Gericht. Da

224 EuGH vom 14.5.1974 (*Nold/Kommission*), Slg. 1974, 507 (Tz. 13); EuGH vom 28.3.2000 (*Krombach/Bamberski*), Slg. 2000, I-1935.

225 BVerfGE 111, 307.

226 Loi du 30 Mai 1857, qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées en Belgique, à exercer leurs droits en France, Dalloz 1902 I. 281, vgl. Audit, Droit international privé, Nr. 1091.
Art. 1: Les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer leurs droits et rester en justice en France, en se conformant aux lois de l'empire.

Art. 2: Un décret impérial, rendu en Conseil d'Etat, peut appliquer à tous autres pays le bénéfice de l'article 1er.

227 Audit, Droit international privé, Nr. 1091.

228 Erstes Zusatzprotokoll vom 20.3.1953, BGBl. II 1956, 1880.

die Vorschriften der EMRK gemäß Art. 55 der französischen Verfassung den nationalen Gesetzen vorgehen, entschied der Kassationshof, dass das Appellationsgericht die Rechtslage verkannt habe, und hob das besagte Urteil auf.

III. Die Auswirkungen des Urteils auf das Internationale Gesellschaftsrecht

Als erster hatte *Meilicke* die mögliche Bedeutung des Urteils für das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht erkannt; er sieht in der Sitztheorie einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.²²⁹ Dies folge daraus, dass die EMRK in Deutschland in gleicher Weise auszulegen sei. Deswegen könne sich eine russische Gesellschaft,²³⁰ der die deutschen Gerichte im Rahmen der Sitztheorie die Anerkennung versagen, in Deutschland ebenfalls auf die EMRK berufen. Die Einschätzung *Meilickes* ist in Deutschland in Rechtsprechung und Literatur durchweg auf Ablehnung gestoßen.²³¹

In seiner Argumentation stützt sich das Schrifttum auf das Urteil des EuGH in Sachen *Daily Mail*²³², in der der EuGH folgendes formuliert hatte: „Jenseits dieser Rechtsordnung, die die Gründung und die Existenz einer Gesellschaft regelt, haben diese [Gesellschaften] keine Realität“.²³³ Diese Argumentation wird jedoch in der neueren Literatur insofern kritisiert, als sie parallel zu der Argumentation laufe, nach der die Sitztheorie nicht als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit bewertet wurde.²³⁴ Daher müsse die neue Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Überseering* berücksichtigt werden.²³⁵ Das nationale Kollisionsrecht dürfe also nicht dazu führen, dass einer in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründeten und existenten Gesellschaft die Anerkennung im Inland verweigert werde. Dies folge aus der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit, die gemäß Art. 49, 54 AEUV auch für juristische Personen gilt.

Allerdings muss die Aussagekraft des Urteils des Kassationshofes vor dem bereits angedeuteten unterschiedlichen Anerkennungsverständnis in Frankreich

229 *Meilicke*, RIW 1992, 578 (579).

230 Russland ist seit 1996 Mitglied in dem Europarat; die Mitgliedsregierungen des Europarats haben die EMRK 1998 ratifiziert; vgl. Mussner, Die Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 EMRK in der neuen Strafprozeßordnung Russlands, 18 ff.

231 AG Heidelberg, NZG 2000, 927 (928); Palandt-Heldrich, Anh. zu Art. 12 Rn 9; Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 142-147; Ebenroth/Auer, RIW 1992, 998, (1000-1002); Ebenroth/Auer, GmbHR 1994, 16 (20); Großfeld/Boin, JZ 1993, 370-372.

232 Urteil vom 27.09.1988 *The Queen* v. Daily Mail and General Trust PLC, EuGHE 1988, 5483 ff.

233 EuGHE 1988, 5505 (5511) Erwägungsgrund 19.

234 Jestädt, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, 240.

235 Jestädt, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, 241.

und Deutschland betrachtet werden. Während in Frankreich ein besonderer Zulassungsakt für ausländische juristische Personen zum Rechtsverkehr unter dem Begriff der Anerkennung verstanden wird, bedarf es eines solchen besonderen Anerkennungsaktes in Deutschland nicht. Frankreich folgt hingegen dem sog. Konzessionssystem, d.h. also der Verleihung der Rechtsfähigkeit an eine juristische Person durch Verwaltungsakt. Demgegenüber hat Deutschland das Konzessionssystem seit über einem Jahrhundert überwunden. Stattdessen gilt in Deutschland das Normativsystem in Form der automatischen Anerkennung.²³⁶ Danach wird die Gesellschaft im Inland automatisch anerkannt, wenn sie die Gründungsvoraussetzungen und die Voraussetzungen für ihre Rechtsfähigkeit der durch das Kollisionsrecht berufenen Rechtsordnung erfüllt. Bei dem Urteil des Kassationshofes handelt es sich um eine Entscheidung, die ursprünglich zu dem Konzessionsrecht und damit zu dem Fremdenrecht ergangen ist. Das Kollisionsrecht hatten die Richter nicht im Blick; zu kollisionsrechtlichen Wertungen wird keine Stellungnahme abgegeben.²³⁷ Bei dem Urteil handelt es sich um die Frage des Zugangs zu den Gerichten und damit um die Frage nach rechtlichem Gehör. Davon zu trennen ist das Problem der Anerkennung der Rechtsfähigkeit. Dies ist nach deutschem Verständnis der Anerkennung Aufgabe des Kollisionsrechtes. Ob darüber hinaus der EMRK eine kollisionsrechtliche Bedeutung von ihren Gründungsmitgliedern zugemessen werden sollte, ist zumindest fraglich.²³⁸

Andererseits muss man berücksichtigen, dass – wie auch der Kassationshof festgestellt hat – Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls juristischen ausländischen Personen unzweifelhaft ein Recht auf Zugang zu einem inländischen Gericht innerhalb des Geltungsbereichs der EMRK gewährt.²³⁹ Die ausländische juristische Person soll aus Art. 6 Abs. 1 EMRK das Recht ableiten können, vor Gericht über „Streitigkeiten über ihre Ansprüche und Verpflichtungen“ verhandeln zu können.²⁴⁰ Wäre dies nicht der Fall, erhielte die Gesellschaft „Steine statt Brot“.²⁴¹ Ihre Klage wäre zwar zulässig, da sie infolge der Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK parteifähig ist; ihre Klage wäre aber aufgrund fehlender Rechtsfähigkeit nicht begründet.²⁴² Zudem muss man bei der Bewertung dieser Frage die Schlussanträge des Generalanwalts *Colomer* in der Rechtsache *Überseering* beachten, der schon auf die mögliche Unvereinbarkeit der Sitztheorie mit der EMRK hingewiesen hatte.²⁴³ Auf die Bemerkung des Gene-

236 Dazu Erster Teil, § 1, A., I.

237 Ebenroth/Auer, GmbHR 1992, 16 (20 f.).

238 Bungert, EWS 1993, 17 (21); Engel, ZEuP 1993, 150 (154).

239 Peters, EMRK, 115 (unter Hinweis auf das Urteil des EGMR vom 7.5.2002, Human Rights L.J. 23 (2002), 85).

240 Ebke, in: Sandrock/Wetzler, 101 (115).

241 Ebke, in: Sandrock/Wetzler, 101 (115).

242 Jestädt, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, 243.

243 Schlussanträge GA Colomer vom 4.12.2001 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9938 f. (Tz. 57-59).

ralanwalts war der EuGH nicht eingegangen, weil er sich aufgrund der Vorlage des VII. Zivilsenats des BGH nur mit der Vereinbarkeit der Sitztheorie mit den Art. 49, 54 AEUV (ex 43, 48 EGV) auseinanderzusetzen hatte. Angesichts der neuen Rechtsprechung des EuGH liegen gute Gründe für ein gewandeltes Verständnis in dem Geltungsbereich der EMRK vor. Es sprach daher einiges dafür, die Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft im Inland in den Anwendungsbereich der EMRK mit einzubeziehen.

Der BGH hat in seiner neueren Entscheidung zu der Rechtsfähigkeit Schweizer Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz die EMRK herangezogen.²⁴⁴ Er hat jedoch einen Einfluss von Art. 6 Abs. 1, Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 des ersten Zusatzprotokolls auf die Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen abgelehnt. Die EMRK stellt nur den Grundrechtsschutz für die ausländischen juristischen Personen, die nach dem Kollisionsrecht anzuerkennen sind, sicher.²⁴⁵ Sie regelt aber nicht die Fragen der kollisionsrechtlichen Anerkennung, die den nationalen Rechtsordnungen vorbehalten seien. Der BGH hat damit die Diskussion um die Anerkennung ausländischer juristischer Personen aufgrund der EMRK für die Praxis beendet. Eine Pflicht zur Anerkennung ergibt sich also folglich nicht aus Art. 6 Abs. 1, Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 des ersten Zusatzprotokolls. Die EMRK wirkt sich damit nicht auf die Frage der Anerkennung ausländischer Gesellschaften im Internationalen Gesellschaftsrecht aus.

E. Bi- und Multilaterale Staatsverträge

Bi- und multilaterale Staatsverträge enthalten oft eine Vorschrift über die „gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften“, so beispielsweise Art. XXV Abs. 5 S. 2 des Deutsch-Amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags (FHSV)²⁴⁶. Darin heißt es: „Gesellschaften, die gemäß den Gesetzen und sonstigen Vorschriften des einen Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet sind, gelten als Gesellschaften dieses Vertragsteils; ihr rechtlicher Status wird in dem Gebiet des anderen Vertragsteils anerkannt.“ Die Bundesrepublik Deutschland hat in der Vergangenheit mehrere solcher Staatsverträge abgeschlossen.²⁴⁷ Wie sich aus Art. 3 Nr. 2 EGBGB ergibt, gehen staatsvertragliche Regelungen mit

244 BGH, NJW 2009, 289 (290).

245 BGH, DSIR 2009, 59 (61).

246 Deutsch-Amerikanischer Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag (FHSV) vom 29.10.1954 (BGBl. 1956 II., 487).

247 Übersichten über die einzelnen Verträge sind bei Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht Rn 328 ff. sowie bei Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 260 ff. abgedruckt.

kollisionsrechtlichem Gehalt dem autonomen Kollisionsrecht als *lex specialis* vor. Sind sie einschlägig, so kommen als einzige Einschränkungsmöglichkeit der Anerkennung häufig nur der *ordre public* in Betracht, so z.B. in Art. 25 Abs. 5 des Deutsch-Amerikanischen FHSV.²⁴⁸

I. Deutsch-Amerikanischer FHSV

Im Folgenden soll erörtert werden, ob der Deutsch-Amerikanische²⁴⁹ FHSV kollisionsrechtliche Regelungen zur Anerkennung von ausländischen juristischen Personen enthält. Nach seiner Präambel soll der FHSV die Handelsbeziehungen zwischen den beiden Vertragspartnern fördern und vor allem Kapitalanlagen anregen. Um dies zu verwirklichen, beruht der FHSV auf dem Prinzip der gegenseitig gewährten Inländergleichbehandlung und unbedingten Meistbegünstigung. Diese sind in Art. XXV FSHV festgelegt.²⁵⁰ Daneben ist für die nachfolgende Untersuchung Art. VII FHSV zu berücksichtigen, weil dort die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften geregelt ist.²⁵¹

Die Konsequenzen für das deutsch-amerikanische Verhältnis zu bestimmen, die sich aus dem FHSV ergeben, ist in erster Linie ein Auslegungsproblem.²⁵² Nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts ist zu ermitteln, worin der

248 Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 244.

249 Zu der Relevanz des Außenhandels zwischen Deutschland und den USA ist zu bemerken, dass in der Rangliste der Herkunftsänder USA auf Platz 4 hinter China, Niederland und Frankreich liegt. Bei den Exportländern liegt die USA nach Frankreich auf Platz 2 der deutschen Außenhandelspartner, Statistisches Bundesamt, Außenhandel - Rangfolge der Handelspartner im Außenhandel der Bundesrepublik Deutschland 2009 vom 16.12.2010.

250 Absatz 1: „Der Ausdruck „Inländerbehandlung“ bedeutet die innerhalb des Gebietes des anderen Vertragsteils gewährte Behandlung, die nicht weniger günstig ist als diejenige, die dort unter gleichartigen Voraussetzungen den Staatsangehörigen, Gesellschaften, Schiffen und sonstigen Objekten jeglicher Art dieses Vertragsteils gewährt wird.“ Absatz 4: „Der Ausdruck „Meistbegünstigung“ bedeutet die innerhalb eines Vertragsteils gewährte Behandlung, die nicht weniger günstig ist als diejenige, die dort unter gleichen Voraussetzungen den Staatsangehörigen, Gesellschaften, Schiffen und sonstigen Objekten jeglicher Art irgendeines dritten Landes gewährt.“

251 Absatz 1: „Den Staatsangehörigen und Gesellschaften jedes Vertragsteils wird in dem Gebiet des anderen Vertragsteils Inländerbehandlung hinsichtlich der Ausübung jeder Art von geschäftlicher, industrieller, finanzieller oder sonstiger gegen Entgelt vorgenommener Tätigkeit gewährt.“

Absatz 4: „Den Staatsangehörigen und Gesellschaften jedes Vertragsteils sowie den von ihnen kontrollierten Unternehmen wird für die in diesem Artikel behandelten Angelegenheiten mindestens Meistbegünstigung gewährt.“

252 Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 206.

Sinn und Zweck des FHSV besteht.²⁵³ Bei der Auslegung von Staatsverträgen ist zu beachten, dass diese autonom und damit losgelöst von nationalem Verständnis auszulegen sind.²⁵⁴ Die Auslegungsfrage manifestiert sich in der Bedeutung des Begriffs der „Anerkennung“ in Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV. Denkbar ist auf der einen Seite ein fremdenrechtliches Verständnis des Begriffes, wonach ein besonderer Anerkennungsakt erforderlich ist (dazu 1). Auf der anderen Seite könnte Anerkennung aber auch kollisionsrechtlich zu verstehen sein. In diesem Fall bedeutet Anerkennung die Akzeptanz der rechtlichen Existenz und Rechtsfähigkeit von Gesellschaften aus dem anderen Vertragsstaat, sofern die betreffenden Gesellschaften die Voraussetzungen des Gesellschaftskollisionsrechts erfüllen²⁵⁵ (dazu 2). Die beiden Lösungen unterscheiden sich also wie folgt: Die kollisionsrechtliche Lösung folgt dem Prinzip der „automatischen Anerkennung“²⁵⁶, während die fremdenrechtliche zusätzlich zu den Voraussetzungen des autonomen Kollisionsrechts eines gesonderten Anerkennungsaktes bedarf. Letztlich geht es deshalb auch bei dieser Auslegungsproblematik um die Frage, ob in dem Verhältnis zu den USA die Sitz- oder die Gründungstheorie angewandt wird.

1. Fremdenrechtliches Verständnis

Zahlreiche Autoren betrachten Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV als rein fremdenrechtliche Regelung.²⁵⁷ Es bedarf also aufgrund der Regelung des Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV keines gesonderten Aktes der Anerkennung der ausländischen Gesellschaft im Inland. Bei diesem Verständnis wären in Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV nur besondere sachrechtliche Regelungen für Gesellschaften mit Ausländereigenschaft festgelegt. Damit wäre lediglich die Gleichbehandlung von inländischen und bereits anerkannten ausländischen Gesellschaften gewährleistet, was mit dem Prinzip der in Art. XXV Abs. 1 FSHV verankerten Inländerbehandlung korrespondieren würde. Nach dem Verständnis des deutschen Kollisionsrechts hätte die Norm dann nur noch deklaratorischen Charakter, weil es in Deutschland außer der international-privatrechtlichen Frage der Anerkennung keines besonderen fremdenrechtlichen Anerkennungsaktes bedarf.²⁵⁸

253 Berndt, JZ 1996, 187 ff.

254 Looschelders, IPR, Art. 3 Rn 16.

255 Staudinger/Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 167 f.

256 Dazu Erster Teil, § 1, A., I.

257 Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 210; Kegel/Schurig, IPR, S. 588 f.; Ebke, RabelsZ 62 (1998), 194 (211 f.); Ebke, in: FS Hay, 199 ff.; Ebke, RIW 2004, 740-742; Berndt, JZ 1996, 187 ff.

258 Ebenroth/Bippus, NJW 1988, 2137 (2141); Jestädt, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, 247.

Dazu stützen sich die Autoren auf den Wortlaut des Art. XXV FHSV, der nicht explizit von einer Kollisionsnorm spricht. Dies wird als Indiz dafür gewertet, dass gerade keine eigenständige Kollisionsnorm geschaffen werden sollte.²⁵⁹ Der mit einer Kollisionsnorm verbundene Eingriff in die Souveränität des einzelnen Staates sei zu groß, als sich eine solche aus einem zweideutigen Wortlaut herauslesen lassen könne.²⁶⁰ Weder der Begriff der Anerkennung noch der Ausdruck „in dessen Gebiet errichtet...“ reichten für die Annahme einer Kollisionsnorm aus.²⁶¹ Vielmehr hätte eine Abweichung von dem deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht explizit statuiert werden müssen. Dafür lässt sich auch eine US-amerikanische Auffassung anführen, die einer amerikanisch-französischen Staatsvertragsbestimmung mit identischem Wortlaut wie Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV jeglichen kollisionsrechtlichen Gehalt abspricht.²⁶² Gleiches ergibt sich aus der Interpretation des Supreme Court der USA, welcher einer gleichlautenden Bestimmung in einem japanisch-amerikanischen Staatsvertrag eine rein fremdenrechtliche Bedeutung beimisst.²⁶³ Es bleibt festzuhalten, dass der Wortlaut einer eindeutigen Auslegung nicht zugänglich ist.

Für ein rein fremdenrechtliches Verständnis streiten zudem systematische Argumente. Art. XXV FHSV zeichnet sich dadurch aus, dass er Definitionen von Begriffen enthält, die in dem FHSV verwendet werden: Meistbegünstigung, Inländerbehandlung, Staatsangehörige und Gesellschaften. Er sei an dem Ende des FHSV und damit dort verankert, wo die Begriffsbestimmungen des FHSV zu finden seien.²⁶⁴ Somit sei auch Art. XXV Abs. 5 FHSV lediglich als Definitionsnorm zu verstehen, die festschreibe, welchen Gesellschaftsformen die Inländerbehandlung und Meistbegünstigung zu Gute kommen.²⁶⁵ Die Anerkennung sei also nicht kollisionsrechtlich zu verstehen, vielmehr erfolge die Anerkennung der Gesellschaft als privilegiertes Subjekt. Art. XXV FHSV lege also lediglich den Kreis der Beteiligten fest.²⁶⁶ Zudem müsse man in systematischer Hinsicht berücksichtigen, dass „eine so bedeutende Regelung in einem zweiten Satz im fünften Absatz einer Schlussbestimmung angesiedelt worden wäre“.²⁶⁷ Hätte man eine eminent wichtige Regelung bezüglich des Kollisionsrechtes treffen wollen, wäre diese nicht an dem Ende des Vertrages, sondern an hervorgehobener Stelle platziert worden. Dass die Regelung an dem Ende des Vertrages „versteckt“

259 Berndt, JZ 1996, 187 (189).

260 Berndt, JZ 1996, 187 (191).

261 Berndt, JZ 1996, 187 (189).

262 Note 74 Harv. L. Rev. 1429, 1450-1451 (1960).

263 Supreme Court Reports, 1982, 2374 (2378).

264 Ebke, RIW 2004, 740 (742).

265 Ebke, RabelsZ 62 (1998), 194 (211); Berndt, JZ 1996, 187 (190).

266 Ebke, RIW 2004, 740 (742).

267 Jestädt, WuB II N. Art. XXV FHSV 1.03, 636 (638); Berndt, JZ 1996, 187 (190).

worden sei, stehe im Widerspruch zu den einschneidenden Folgen in Form der Wegbedingung der Sitztheorie.²⁶⁸

Aus teleologischer Sicht wird angeführt, dass es sich in erster Linie um einen wirtschafts- und handelspolitischen Vertrag handele, und nicht um einen kollisionsrechtlichen.²⁶⁹ Außerdem sei zu beachten, dass es nicht Sinn der Meistbegünstigung und Inländerbehandlung sei, dass US-Gesellschaften gegenüber inländischen Gesellschaften bessergestellt werden. Denn eine solche Ungleichbehandlung sei Folge der kollisionsrechtlichen Interpretation.²⁷⁰ Als weiteres Argument wird die Sicht der USA herangezogen. Dort stellt sich die Frage, ob eine kollisionsrechtliche Regelung in einem Staatsvertrag nach US-amerikanischem Recht überhaupt zulässig sei.²⁷¹ Denn in den USA fällt die Gesetzgebungskompetenz für das Gesellschaftskollisionsrecht in die Zuständigkeit der Gliedstaaten und Territorien.²⁷² Es ist zu beachten, dass der *US Supreme Court* in der Rechtsache *Medellin v Texas* davon ausgegangen ist, dass völkerrechtliche Verträge der USA für einzelstaatliches Recht der Bundesstaaten keine Rechtswirkungen entfalten.²⁷³ Wenn man diesen Gedanken auf den FHSV überträgt, entspricht dies einem restriktiven fremdenrechtlichen Verständnis von Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV. Nach dieser Auffassung bestimmt sich das Gesellschaftsstatut weiterhin nach der im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht maßgebenden Sitztheorie.²⁷⁴

2. Kollisionsrechtliches Verständnis

Der BGH²⁷⁵ und ein großer Teil des Schrifttums²⁷⁶ verstehen den Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV hingegen kollisionsrechtlich. In dem Anwendungsbereich des FHSV gelte somit die Gründungstheorie. Aus dem Wortlaut des FHSV ergebe sich zwar nicht explizit, dass mit dem FHSV im Jahr 1954 Kollisionsrecht ge-

268 Ebke, RIW 2004, 740 (742); Bungert, ZVglRWiss 93 (1994), 117 (141); Berndt, JZ 1996, 187 (190).

269 Berndt, JZ 1996, 187 (190).

270 Berndt, JZ 1996, 187 (190).

271 Ebke, JZ 2005, 299 (301 f.).

272 Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 213; Ebke, JZ 2005, 299 (302).

273 US Supreme Court, *Medellin v Texas*, 128 S.Ct. 1346 (2008).

274 Berndt, JZ 1996, 187 (191).

275 BGH, WM 2002, 2286; BGH, WM 2003, 699 (700); BGH, ZIP 2004, 1449 (1450); BGH, BB 2004, 2595.

276 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 334 ff.; v. Bar, IPR II, Rn 629; Ebenroth/Bippus, NJW 1988, 2137-2146; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325 (330); Sandrock, BB 1999, 1337 (1341); Beitzke, in: FS Luther, 1 (10); Zimmer, in: FS Lutter, 231 (242).

schaffen worden sei, jedoch spreche der Wortlaut von Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV von der Anerkennung des „rechtlichen Status“ einer Gesellschaft. Diese Terminologie lege eine Interpretation als kollisionsrechtliche Regelung nahe. Zurückzuführen sei dies auf das heutige Verständnis des Begriffs der Anerkennung, womit nur noch die kollisionsrechtliche Regelung gemeint sein könnte.²⁷⁷ In systematischer Hinsicht müsse berücksichtigt werden, dass Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV in dem ersten Teilsatz feststellt, dass die in einem Vertragsstaat gegründeten Gesellschaften als Gesellschaften des anderen Vertragsstaats gelten. Würde Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV rein fremdenrechtlichen Charakter haben, wäre der zweite Teilsatz bezüglich der Anerkennung des rechtlichen Status der Gesellschaften überflüssig. Der Kreis der Begünstigten wäre schon ausreichend durch Teilsatz 1 festgelegt. Deshalb könne Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV nur kollisionsrechtlichen Gehalt haben.²⁷⁸ Zudem werde in dem FHSV zwischen Vergünstigung i.S.v. Art. XXIV FHSV und Anerkennung i.S.v. Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV unterschieden. Wenn nach Art. XXIV FHSV Gesellschaften aus Drittstaaten Vergünstigungen versagt werden könnten, die Anerkennung und der Zugang zu den Gerichten aber bestehen blieben, spreche dies gerade für einen eigenständigen kollisionsrechtlichen Anerkennungsbegriff.²⁷⁹ In Bezug auf den Sinn und Zweck des FHSV sei auch zu beachten, dass sich die Anerkennung der Partei- und Handlungsfähigkeit nach dem US-amerikanischen Recht für US-amerikanische Gesellschaften aus dem FHSV ergeben muss, wenn er die Inländerbehandlung, Niederlassungsfreiheit und Meistbegünstigung verwirklichen soll.²⁸⁰ Denn wenn eine Gesellschaft sich in einem anderen Land betätigen darf, kann ihr dort nicht die Rechtspersönlichkeit abgesprochen werden, die ihr nach dem Recht zusteht, in dem sie errichtet worden ist.²⁸¹ Neben der Auslegung wird die wirtschaftliche Bedeutung des kollisionsrechtlichen Verständnisses des FHSV betont. Da die USA wichtigster Handelspartner der EU sind und ein freier Welthandel Ziel sein müsse, sei die Maßgeblichkeit der liberalen Gründungstheorie die einzige vernünftige Auslegung. Überfremdungsfurcht und Sitztheorie seien hingegen „fehl am Platz“.²⁸² Begreift man Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV als kollisionsrechtliche Regelung, ist die Sitztheorie des autonomen Internationalen Privatrechts durch die völkerrechtliche *lex specialis* abbedungen. Somit wäre nach kollisionsrechtlichem Verständnis die Gründungstheorie für die Anerkennung von Gesellschaften in dem deutsch-amerikanischen Verhältnis einschlägig.

277 *Bungert*, ZVglRWiss 93 (1994), 117 (133); *Ebenroth/Bippus*, NJW 1988, 2137 (2141); *Beitzke*, in: FS Luther, 1 (10).

278 *Dammann*, RabelsZ 68 (2004), 607 (626).

279 *Dammann*, RabelsZ 68 (2004), 607 (628).

280 *Beitzke*, in: FS Luther, 1 (10).

281 BGH, RIW 2003, 473

282 *Beitzke*, in: FS Luther, 1 (10); *Rehm*, JZ 2005, 304 (306).

Diese Frage ist für die Praxis nach den angeführten Entscheidungen des BGH²⁸³ zu Gunsten des kollisionsrechtlichen Verständnisses entschieden.

3. Konsequenzen

Infolge der Anwendbarkeit der Gründungstheorie verweist Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV allein auf das maßgebliche Recht, bei dem es sich bei US-Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland regelmäßig um das Gründungsrecht handelt. Gleches gilt für deutsche Gesellschaften mit Verwaltungssitz in den USA. Damit bestimmt sich das Recht der Gesellschaft immer nach dem Recht ihres Heimatstaates.

a) Wegzug in die USA

Aus dem kollisionsrechtlichen Verständnis von Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV folgt, dass bei einem Wegzugsfall (Verwaltungssitzverlegung einer deutschen Gesellschaft in die USA) dasselbe wie bei einem Zuzug von US-Gesellschaften gilt. Demnach müssten sich auch deutsche Gesellschaften auf ihr Gründungsrecht berufen können. Die Auflösung als Sanktionierung des Wegzugs einer deutschen Gesellschaft ist nicht länger haltbar.²⁸⁴ Sie stünde mit der staatsvertraglich gewährleisteten Niederlassungsfreiheit nicht in Einklang und wäre in dem Geltungsbereich des FHSV nicht zu rechtfertigen. Vielmehr will der FHSV gerade nach Ansicht des BGH diese Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften gewährleisten.²⁸⁵ Der Fortbestand der Gesellschaft sei daher auch nach deutschem Recht die einzige logische Folge.²⁸⁶

b) Zuzug aus Sicht der USA

Dem Zuzug ausländischer Gesellschaften steht aus Sicht des einzelstaatlichen Gesellschaftskollisionsrechts grundsätzlich nichts entgegen. Die Bundesstaaten

283 BGH, WM 2002, 2286; BGH, WM 2003, 699 (700); BGH, ZIP 2004, 1449 (1450); BGH, BB 2004, 2595.

284 Vgl. Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 215; Ebke, RIW 2004, 740 (743); Jestädt, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, 248.

285 Ebke, Sandrock-Wetzler, 101 (110).

286 Ebke, Sandrock-Wetzler, 101 (110).

bestimmen das Gesellschaftsstatut traditionell nach der Gründungstheorie (*state-of incorporation principle*).²⁸⁷ Sämtliche „inneren Angelegenheiten“ (*internal affairs doctrine*)²⁸⁸ der Gesellschaft bestimmen sich somit nach dem Recht des Gründungsstaates.²⁸⁹ Diese sog. *out-of-state-corporations*, d.h. sowohl aus anderen US-Bundesstaaten als auch aus dem Ausland, müssen gewisse einzelstaatliche Registrierungserfordernisse (*qualification*) beachten.²⁹⁰

c) Einschränkungen

Da die grundsätzliche Anwendung der Gründungstheorie die Gefahr der Umgehung von inländischen Rechtsvorschriften birgt, wird die Gründung von Scheinauslandsgesellschaften (*pseudo-foreign corporations*) mit bestimmten Instrumenten zu verhindern versucht.²⁹¹ Vor allem *Ebenroth* fordert einen sog. *genuine link* zwischen Gründungsstaat und Sitzstaat bzw. Zuzugstaat als Voraussetzung für die staatsvertragliche Anerkennung.²⁹² Dieses Erfordernis schreibt vor, dass eine US-amerikanische Gesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland einen Minimalbezug zu dem Herkunftsstaat aufweisen muss: Eine tatsächliche, effektive Beziehung zu den USA.²⁹³ Das *genuine link*-Erfordernis sei Völker gewohnheitsrecht und ginge Staatsverträgen aufgrund von Art. 25 S. 2 GG vor.²⁹⁴ Fehlt ein solcher *genuine link*, so sei der nach US-amerikanischem Recht gegründeten Scheinauslandsgesellschaft, in Deutschland die Anerkennung zu versagen. Ob ein solcher *genuine link* erforderlich ist, ist in der Literatur stark umstritten.²⁹⁵ Dies beruht einerseits darauf, dass es ursprünglich für den diplomatischen Schutz natürlicher Personen konzipiert worden ist²⁹⁶ und die Übertragung auf juristische Personen fraglich erscheint. Andererseits wird bestritten, dass sich die Voraussetzung des *genuine link* zu Völker gewohnheitsrecht verdichtet hat.²⁹⁷ Bejaht man dies aber, verbleibt immer noch der Einwand, dass Staatsvertrag und

287 Ebke, Sandrock-Wetzler, 101 (111).

288 Vgl. Ebke, in: FS Sandrock, 175 (182 ff.).

289 Vgl. nur § 15.05 RMBCA; § 302 Restatement (Second) of Conflict of Laws; Scoles/Hay, 1105-1106.

290 Vgl. nur § 15.01 (a) RMBCA; Scoles/Hay, 1113-1114.

291 MüKo-Ebenroth, Internationales Gesellschaftsrecht (3.Aufl.), Rn 253; Ebke, in: FS Sandrock, 175 (186 ff.).

292 MüKo-Ebenroth, Internationales Gesellschaftsrecht (3.Aufl.), Rn 250 ff.; Ebenroth/Bippus, DB 1988, 842 (845).

293 MüKo-Ebenroth, Internationales Gesellschaftsrecht (3.Aufl.), Rn 250 ff.

294 MüKo-Ebenroth, Internationales Gesellschaftsrecht (3.Aufl.), Rn 252.

295 Ebke, in FS Hellwig, 117 (138); Paal, RIW 2005, 735 m.w.N.

296 IGH, 6.4.1955 (Liechtenstein Vs. Guatemala, Second Phase – Nottebohm), I.C.J. Rep. 1955, 4.

297 Bungert, ZVglRWiss 93 (1994), 117 (155); M. Ulmer, IPRax 1996, 100 (101).

Völkergewohnheitsrecht auf derselben Regelungsstufe stehen und dass somit der FHSV und die festgeschriebene Gründungstheorie als *lex specialis* dem *genuine-link*-Erfordernis vorgehen.²⁹⁸

Eine staatsvertragliche Pflicht kann außerdem durch einen sog. *ordre public*-Vorbehalt eingeschränkt werden, vgl. Art. 6 EGBGB. Einen solchen Hinweis findet sich in dem FHSV nicht.²⁹⁹ Teile der Rechtsprechung³⁰⁰ und der Lehre³⁰¹ versuchen jedoch einen stillschweigenden Vorbehalt anzunehmen, um US-Gesellschaften die Anerkennung zu verwehren, wenn deutscher und US-amerikanischer *ordre public* insoweit übereinstimmen.³⁰² Allerdings wird auch dies von großen Teilen abgelehnt, weil der FHSV ohne expliziten *ordre public*-Vorbehalt die Anwendung des *ordre public* gerade nach Art. 3 Nr. 2 EGBGB ausschließe.³⁰³

Aus US-amerikanischer Sicht sind die *pseudo-foreign corporations statutes*³⁰⁴ beachtlich. Die Gesetze über Scheinauslandsgesellschaften finden vor allem in Kalifornien und New York Anwendung, falls bestimmte Voraussetzungen (sog. *minimum contacts* zu dem jeweiligen Bundesstaat) gegeben sind.³⁰⁵ Sie führen i.d.R. zu der Anwendung bestimmter zwingender Vorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts auf die jeweilige fremde Gesellschaft.³⁰⁶ Ob die Anwendung dieser zwingenden Normen des einzelstaatlichen Kapitalgesellschaftsrechts auf das Gesellschaftsstatut einer deutschen Kapitalgesellschaft mit der staatsvertraglich vereinbarten Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, ist bisher noch nicht Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung gewesen.³⁰⁷ In der Rechtssache *Medellin v Texas*, die die Wiener Konsularrechtskonvention betraf, ist der *US Supreme Court* jedoch davon ausgegangen, dass völkerrechtliche Verträge der USA für einzelstaatliches Recht der Bundesstaaten keine Rechtswirkungen entfalten.³⁰⁸ Festzuhalten bleibt, dass der grundsätzliche Streit um die Auslegung von Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV durch die Entscheidungen des BGH geklärt ist.

298 Bungert, ZVglRWiss 93 (1994), 117 (155); Dammann, RabelsZ 68 (2004), 607 (645); M. Ulmer, IPRax 1996, 100 (101); Merkt, RIW 2003, 458 (459).

299 MüKo-Ebeneroth, Internationales Gesellschaftsrecht (3.Aufl.), Rn 254; M. Ulmer, IPRax 1996, 100 (102).

300 OLG Düsseldorf, RIW 1995, 508; OLG Naumburg, 19.12.1995 – 7 U 146/95 (juris).

301 MüKo-Ebeneroth, Internationales Gesellschaftsrecht (3.Aufl.), Rn 254; Ebeneroth/Bippus, DB 1988, 842 (847).

302 MüKo-Ebeneroth, Internationales Gesellschaftsrecht (3.Aufl.), Rn 254.

303 Bamberger/Roth-Lorenz, Art. 6 EGBGB Rn 7; Dammann, RabelsZ 68 (2004), 607 (647); M. Ulmer, IPRax 1996, 100 (102).

304 Ebke, 36 Int'l Law, 1015, 1029-1031 (2002); vgl. auch umfassend Seelinger, Gesellschaftskollisionsrecht und Transatlantischer Binnenmarkt.

305 Ebke, 36 Int'l Law, 1015, 1029-1031 (2002).

306 Ebke, in: Sandrock/Wetzler, 101 (112).

307 Ebke, in: Sandrock/Wetzler, 101 (113); vgl. Seelinger, Gesellschaftskollisionsrecht und Transatlantischer Binnenmarkt.

308 US Supreme Court, *Medellin v Texas*, 128 S.Ct. 1346 (2008).

Gesellschaften aus einem der Bundesstaaten der USA sind in Deutschland so anzuerkennen, wie sie in den USA bestehen. Mit seinen Entscheidungen hat der BGH somit in diesem Bereich einen „Transatlantischen Binnenmarkt“³⁰⁹ und damit eine rechtspolitisch und wirtschaftlich sinnvolle Lösung geschaffen.

II. Weitere Niederlassungsabkommen Deutschlands innerhalb der EU

Neben dem Deutsch-US-amerikanischen FHSV hat Deutschland eine Vielzahl ähnlicher Abkommen oder Staatsverträge mit anderen Ländern innerhalb der EU abgeschlossen³¹⁰, so z.B. mit Spanien³¹¹ oder den Niederlanden³¹². Ob diese im einzelnen kollisionsrechtlichen Gehalt aufweisen, ist seit den neueren Entscheidungen des EuGH zu der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften hinfällig geworden. Eine Anerkennungspflicht ergibt sich allein aus Art. 49, 54 AEUV, die gegenüber den staatsvertraglichen Regelungen wie z.B. Art. 15 Abs. 2 S.1 des deutsch-spanischen Niederlassungsabkommens Vorrang genießen.³¹³ In dem Anwendungsbereich des AEUV haben Rechtsakte der Europäischen Union Vorrang gegenüber den Staatsverträgen (Art. 3 Nr. 2 EGBGB).³¹⁴

III. Weitere bilaterale Staatsverträge

Neben dem angesprochenen deutschen-amerikanischen FHSV und den Niederlassungsabkommen mit anderen EU-Staaten hat die Bundesrepublik Deutschland einige andere bilaterale Staatsverträge geschlossen, in denen sich zumeist auch eine Vorschrift über die „ gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften“ findet. Es stellt sich die Frage, ob sich aus den jeweiligen Vorschriften eine völkertragliche Pflicht zu der gegenseitigen Anerkennung der Gesellschaften ergeben kann. Diese Überlegung ist aufgrund der neueren Rechtsprechung des BGH zu der Anerkennung im deutsch-amerikanischen FSHV sowie der Urteile des EuGH in letzter Zeit insofern von besonderem Interesse, als in den meisten Staatsverträgen eine Meistbegünstigungsklausel enthalten ist. Möglicherweise lässt sich

309 Ebke, in: FS Sandrock, 175 (194); vgl. Seelinger, Gesellschaftskollisionsrecht und Transatlantischer Binnenmarkt.

310 Einen Überblick bieten MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 328 ff. und Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 257 ff.

311 BGBI. 1972 II, 1041.

312 RGBl. 1908, 65.

313 Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 254; Jestädt, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, 249.

314 MüKo-Sonnenberger, Einl. IPR, Rn 170.

der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV über die Meistbegünstigungsklausel der Staatsverträge auch auf Gesellschaften aus Drittstaaten übertragen. Grundsätzlich lassen sich die einschlägigen bilateralen Staatsverträge wie folgt systematisieren:³¹⁵ In einigen Staatsverträgen sind ausdrückliche Kollisionsnormen enthalten, während bei anderen eine Anerkennung der Gesellschaften nur über den Umweg der Meistbegünstigungsklausel als Kollisionsnorm in Betracht kommt. Staatsverträge mit ausdrücklichen Kollisionsnormen unterteilen sich wiederum nach solchen, die für die Frage der Anerkennung die uneingeschränkte Gründungstheorie, die „halbseitige“ Gründungstheorie, die Sitztheorie oder besondere Anknüpfungspunkte wählen.

1. *Uneingeschränkte Gründungstheorie*

Eine Festschreibung der uneingeschränkten Gründungstheorie gilt in dem Verhältnis zu den USA als einem der wichtigsten außereuropäischen Handels- und Wirtschaftspartner.³¹⁶ Zudem ist die Gründungstheorie auch in dem Verhältnis zu Irland³¹⁷ und zu Spanien³¹⁸ staatsvertraglich festgeschrieben. Da beide jedoch Mitglieder der EU sind, ergibt sich die Geltung der Gründungstheorie bereits aus dem vorrangigen AEUV, vgl. Art. 3 Nr. 2 EGBGB.

2. „Halbseitige“ Gründungstheorie

Des Weiteren gibt es ca. vierzig bilaterale Staatsverträge, in denen die Gründungstheorie nur halbseitig festgelegt wird.³¹⁹ Wirksam gegründete Gesellschaften aus diesen Staaten werden nach ihrem Gründungsrecht beurteilt, während deutsche Gesellschaften in dem Vertragsstaat nur bei Verwaltungssitz im Inland anerkannt werden. In der Regel handelt sich bei den Staatsverträgen um sog. Kapital- oder Investitionsschutzabkommen, die die Bundesrepublik Deutschland

315 Eidenmüller-Rehm, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 2 Rn 11 ff.

316 Dazu Erster Teil, § 2, E., I.

317 Art. 13 Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und dem Irischen Freistaat vom 12.5.1930, RGBl. 1931 II, S. 115; in Kraft seit dem 21.12.1931, RGBl. 1931 II, S. 692.

318 Art. 15 Abs. 1, 2 des Niederlassungsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Spanien vom 23.4.1970, BGBl. 1972 II, S. 1041; in Kraft seit dem 26.11.1972, BGBl. 1972 II, S. 1557.

319 Aufzählung bei Eidenmüller-Rehm, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 2 Rn 15 und Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 260.

mit den jeweiligen Ländern geschlossen hat. Zu diesen Ländern zählen Indien³²⁰ und Pakistan³²¹ sowie Katar³²², Kuwait³²³ und der Oman³²⁴.

Die Investitionsschutzabkommen enthalten Normen, die sich auf die Förderung und den Schutz von Kapitalanlagen von Staatsangehörigen und Gesellschaften der jeweils anderen Vertragspartei beziehen. Zudem enthalten die Abkommen Diskriminierungsverbote und Meistbegünstigungsklauseln zugunsten der Staatsangehörigen und Gesellschaften der jeweils anderen Vertragspartei.³²⁵ Hinzu treten Ergänzungen der Bestimmungen durch Definitionen des Begriffes „Gesellschaften“. Diese Definitionen der Gesellschaften knüpfen regelmäßig an den Sitz der deutschen Gesellschaft an, d.h. den tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft.³²⁶ Im Ergebnis bedeutet dies, dass solange Deutschland in dem Verhältnis zu Nicht-EU/EWR-Staaten der Sitztheorie folgt, diese Abkommen keine inhaltliche Änderung an der kollisionsrechtlichen Beurteilung von Gesellschaften bewirken.

3. Sitztheorie

Gegenüber ca. 80 Ländern ist demgegenüber die Sitztheorie staatsvertraglich festgeschrieben.³²⁷

4. Besondere Anknüpfungspunkte

In dem Verhältnis zu einigen Staaten sind besondere Anknüpfungskriterien staatsvertraglich fixiert worden. So gilt gegenüber Deutschlands wichtigem Han-

320 Art. 1a) Kapitalschutzabkommen vom 10.7.1995, BGBl. 1998 II, S.619; in Kraft seit dem 13.7.1998, BGBl. 1998 II, S. 2265.

321 Art. 8 Abs.4 Kapitalschutzabkommen vom 25.11.1959, BGBl. 1961 II, S.793; in Kraft seit dem 28.4.1962, BGBl. 1962 II S. 460.

322 Art. 1 Nr. 4 Kapitalschutzabkommen vom 14.6.1996, BGBl. 1998 II, S.628; in Kraft seit dem 29.1.1999, BGBl. 1999 II S. 81.

323 Art. 1 Nr. 3 Kapitalschutzabkommen vom 30.3.1994, BGBl. 1997 II, S.166; in Kraft seit dem 15.11.1997, BGBl. 1999 II S. 1987.

324 Art. 1 Nr. 4 Kapitalschutzabkommen vom 25.6.1979, BGBl. 1985 II, S.354; in Kraft seit dem 4.2.1986, BGBl. 1986 II S. 460.

325 *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 257.

326 Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 329; Ebenroth/Bippus, RIW 1988, 336 (338).

327 Eidenmüller-Rehm, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 2 Rn 16; Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 330.

delexportpartner China,³²⁸ dass ausländische Gesellschaften nur anerkannt werden, wenn sie von der chinesischen Regierung anerkannt, registriert und zu der wirtschaftlichen Zusammenarbeit mit dem Ausland berechtigt sind. Deutsche Gesellschaften werden hingegen dann anerkannt, wenn sich ihr Sitz, d.h. der tatsächliche Verwaltungssitz in Deutschland befindet.³²⁹ Aus den Kapitalschutzabkommen mit einigen Ländern aus Afrika (z.B. Niger³³⁰ und Zentralafrikanische Republik³³¹) oder auch Antigua und Barbuda³³² ergibt sich, dass für Gesellschaften aus diesen Ländern eine Mischung aus Gründungs- und Kontrolltheorie³³³ gilt, während sich die Anerkennung deutscher Gesellschaften nach der Sitztheorie beurteilt. Danach sind die Gesellschaften aus diesen Ländern anzuerkennen, wenn sie in dem jeweiligen Land gegründet wurden und in dem Eigentum eines Staatsangehörigen dieses Landes stehen.

5. Sonderfall Türkei

Einen Sonderfall bezüglich der gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften mit der Bundesrepublik Deutschland bildet die Türkei.³³⁴ Es besteht Unklarheit, inwiefern sich bilaterale Abkommen zwischen Deutschland und der Türkei (a) oder Assoziierungsabkommen der Türkei mit der EU (b) auf die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften aus dem anderen Vertragsstaat auswirken.

328 Laut Statistischem Bundesamt war die Volksrepublik China im Jahr 2009 das zweitgrößte Herkunfts- und achtplatzgrößte Bestimmungsland in der Rangfolge der Handelspartner im Außenhandel der Bundesrepublik Deutschland Statistisches Bundesamt, Außenhandel - Rangfolge der Handelspartner im Außenhandel der Bundesrepublik Deutschland 2009 vom 16.12.2010.

329 Art. 1 Nr. 3 Kapitalschutzabkommen vom 7.10.1983, BGBl. 1985 II, S. 30; in Kraft seit dem 18.3.1985 II, S.639.

330 Art. 8 Abs 4 Kapitalschutzabkommen vom 17.9.1974, BGBl. 1975 II, S. 1237; in Kraft seit dem 14.12.1975, BGBl. 1976 II S.137.

331 Art. 8 Abs. 4 Kapitalschutzabkommen vom 23.8.1965, BGBl. 1967 II S. 1657; in Kraft seit dem 21.1.1968, BGBl. 1991 II S.1041.

332 Art. 1 Nr. 3 Kapitalschutzabkommen vom 5.11.1998, BGBl. 2000 II, S. 858; in Kraft seit dem 28.2.2001, BGBl. II S 247.

333 Eidenmüller-Rehm, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 2 Rn 14.

334 Das Verhältnis zu der Schweiz mit den beiden Bilateralen I und II wird unter Erster Teil, § 3, B., V., 3. behandelt.

a) Bilaterale Abkommen mit Deutschland

Streit herrscht über die Frage der Anerkennung türkischer Gesellschaften in Deutschland. Dabei handelt es sich um ein vielschichtiges Problem, da die Türkei kein Mitglied der EU/EWR ist, und zwei widersprüchliche Staatsverträge zwischen der Türkei und Deutschland existieren. Zum einen besteht das Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich und der Türkischen Republik vom 12.1.1927³³⁵, dessen Art. 5 Abs. 1³³⁶ eine Bestimmung über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften enthält. Aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 des deutsch-türkischen Niederlassungsabkommens lässt sich grundsätzlich auf eine Festschreibung der Gründungstheorie in dem Verhältnis zu der Türkei schließen.³³⁷ Zum anderen hat Deutschland mit der Türkei im Jahr 1962 ein Kapitalschutzabkommen³³⁸ geschlossen, in dem eine gegenseitige Anknüpfung an den Verwaltungssitz für die jeweiligen Gesellschaften normiert ist.³³⁹ Es stellt sich die Frage, welche der beiden staatsvertraglichen Regelungen für die hier zu klärende Frage Geltung beanspruchen können. Für eine Anknüpfung an den Verwaltungssitz der Gesellschaft sprechen zwei Aspekte. Einerseits gilt im Völkervertragsrecht der Grundsatz des „lex posterior derogat legi priori“, d.h. die frühere Vorschrift findet nur in dem Ausmaße Anwendung, wie ihre Bestimmungen mit denen des späteren Vertrages vereinbar sind.³⁴⁰ Demnach tritt die Regelung des ersten Vertrags von 1927 hinter der des zeitlich späteren Abkommens von 1962 zurück. Zudem folgen beide Staaten in ihrem autonomen Kollisionsrecht gegenüber Drittstaaten der Sitztheorie.³⁴¹ Insofern spricht allein dieser Umstand für die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz in dem Verhältnis zu der Türkei.

335 RGBI. 1927 II, 76; wieder in Kraft aufgrund Bekanntmachung vom 29.5.1952, BGBl. 1952 II, S.608.

336 „Handels-, Industrie- oder Finanzgesellschaften, einschließlich der Transport- oder Versicherungsgesellschaften, die im Gebiete des einen vertragsschließenden Teils ordnungsgemäß errichtet sind, werden im Gebiete des anderen Teils anerkannt.“

337 Eidenmüller-Rehm, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 2 Rn 13.

338 Art. 8 Abs. 4 Kapitalschutzabkommen vom 20.5.1962, BGBl. 1965 II, S. 1193.

339 Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 330.

340 Ipsen, Völkerrecht, § 12 Rn 19.

341 Für die Türkei ergibt sich das aus Art. 8 Abs. 4 Gesetz zum Internationalen Privat- und Prozessrecht.

b) Assoziierungsabkommen mit der EU

Eine gegenseitige Anerkennungsverpflichtung könnte sich jedoch aus dem Assoziierungsabkommen der EU mit der Türkei ergeben. Dabei bestehen allerdings drei Probleme. Zum einen ist zu überlegen, ob die EU die notwendige Außenkompetenz zu der Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechtes in dem Verhältnis zu Drittstaaten besitzt und zum anderen, ob das in Rede stehende Assoziierungsabkommen die Frage der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften behandelt. Schließlich sind mögliche Änderungen durch das Stockholmer Programm der Europäischen Kommission zu bedenken.

(1) Außenkompetenz der EU zu der Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts

Grundsätzlich steht der EU gemäß Art. 217 AEUV die Kompetenz zu dem Abschluss von Assoziierungsabkommen mit Drittstaaten zu. Der EU kommt aus Art. 217 AEUV eine horizontale Außenzuständigkeit zu³⁴²; jedoch ist streitig, ob sie auch eine vertikale Außenkompetenz für die einzelnen Regelungen des AEUV innehaltet.³⁴³ In der Rechtssache *Demirel* hat der EuGH sich dafür ausgesprochen, dass Art. 217 AEUV die Union ermächtigt, „in allen vom EG-Vertrag [jetzt AEUV] erfassten Bereichen“³⁴⁴ Assoziierungsabkommen abzuschließen.³⁴⁵

Demgegenüber sieht eine zurückhaltende Auffassung die Befugnis der EU nur dann als gegeben an, wenn ihr zusätzlich zu Art. 217 AEUV noch eine hinreichende Vertragsschlusskompetenz zukommt.³⁴⁶ Eine solche Befugnis kann sich sowohl aus einer ausdrücklichen Ermächtigung wie z.B. Art. 207 AEUV (Gemeinsame Handelspolitik) als auch implizit nach der AETR-Doktrin des EuGH³⁴⁷ ergeben. Eine ausdrückliche Ermächtigung scheidet aus, da die gemeinsame Handelspolitik nicht die Niederlassungsfreiheit³⁴⁸ einschließt. Damit besteht keine Zuständigkeit der EU nach Art. 207 AEUV für die Regelung des In-

342 EuGH Slg. 1987, 3747, 3751, Tz. 9 (*Demirel*).

343 Streinz-Mögele, EGV, Art. 310 Rn 16 ff.

344 EuGH Slg. 1987, 3747, 3751, Tz. 9 (*Demirel*).

345 Zustimmend: Calliess/Ruffert-Schmalenbach, EGV, Art. 310 Rn 13 ff.; Streinz-Mögele, EGV, Art. 310 Rn 18 ff.

346 v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann-Weber, EGV Art. 238 Rn 12.

347 EuGH Slg. 1971, 263, Tz. 15 ff. (AETR).

348 EuGH Slg. 1994, I-5267, 5401 Rn 45-47 – Gutachten Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen auf dem Gebiet der Dienstleistungen und des Schutzes des geistigen Eigentums; Streinz/Nettesheim/Duvigneau, EGV, Art. 133 Rn 14.

ternationalen Gesellschaftsrechts. Die AETR-Doktrin hingegen besagt, dass mit jeder Binnenzuständigkeit, von der die Union intern Gebrauch gemacht hat, eine korrespondierende Außenkompetenz einhergeht, sofern außenpolitisches Handeln zu diesem Zweck erforderlich ist.³⁴⁹ Eine solche „Annex-Kompetenz im Sinne eines Reflexes der jeweiligen Innenkompetenz“³⁵⁰ besteht vornehmlich in Rechtsgebieten, in denen der primär- und sekundärrechtliche Harmonisierungsgrad sehr ausgeprägt ist, d.h. vor allem in dem Bereich der Grundfreiheiten.³⁵¹

Im Bereich des Gesellschaftsrechts hat die Europäische Kommission – gestützt auf die Handlungsermächtigung in Art. 50 Abs. 2 lit. g) AEUV³⁵² – schon seit 1968 vermehrt gesellschaftsrechtliche Richtlinien und Verordnungen erlassen.³⁵³ Insofern besteht ein entsprechender Harmonisierungsgrad in der EG. Dies bedeutet für das Gesellschaftskollisionsrecht, dass der Union eine Außenkompetenz für den Abschluss von Assoziierungsabkommen gemäß Art. 217 AEUV (ex Art. 310 EGV) auf Basis der AETR-Doktrin zukommt.³⁵⁴ Somit kann die EU das Gesellschaftskollisionsrecht mit Drittstaaten durch Staatsverträge in Form von Assoziierungsabkommen regeln.

(2) Niederlassungsfreiheit von dem Assoziierungsabkommen erfassst?

Es könnte sich jedoch aus dem Assoziierungsabkommen der Türkei mit der EG³⁵⁵ die Geltung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV auch für türkische Gesellschaften in Europa und *vice versa* ergeben. Dieses Abkommen sollte der Förderung der wirtschaftlichen Integration und Förderung der Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien dienen und in drei Stufen nach maximal 25 Jahren zu der Gründung einer erweiterten Zollunion zwischen der Türkei und der Europäischen Union führen.³⁵⁶ Während die erste Stufe eine Vorbereitungsphase ohne Verpflichtungen der Türkei gegenüber der EU vorsieht, soll in der zweiten Phase schrittweise eine Zollunion eingeführt werden. Erst auf der dritten und letzten Stufe soll die Wirtschaftspolitiken koordiniert und intensiviert

349 v.d. Groeben/Schwarze-Herrnfeld, EGV, Art. 310 Rn 5.

350 Geiger, Die völkerrechtliche Beschränkung der Vertragsschlussfähigkeit von Staaten, S. 107.

351 Calliess/Ruffert-Schmalenbach, EGV, Art. 310 Rn 13 ff.; Weller, ZGR 2006, 748, (759).

352 Streinz/Müller-Graff, EGV, Art 44 Rn 17 ff.; Grundmann, Europ. GesR, S. 44.

353 Grundmann, Europ. GesR, S. 92 ff.

354 Baudenbacher/Buschle, IPRax 2004, 26, (30); Weller, ZGR 2006, 748, (759).

355 Vertrag über eine Assoziierte Mitgliedschaft (Ankara-Abkommen) zwischen der Republik Türkei und der Europäischen Gemeinschaft vom 12.9.1963; in Kraft seit dem 1.12.1964; Ergänzung durch Zusatzprotokoll von 1970, in Kraft seit dem 1.1.1973.

356 Uygun, Der EU-Beitritt der Türkei, 26.

werden, so dass neben der Harmonisierung des Steuersystems und der Wettbewerbsregeln die Grundfreiheiten des freien Warenverkehrs, der Kapitalverkehrs-, Dienstleistungsfreiheit und der Arbeitnehmerfreiheit in dem Verhältnis EU-Türkei Anwendung finden soll.³⁵⁷ Keine Notwendigkeit sah man jedoch für die Einbeziehung der Niederlassungsfreiheit.³⁵⁸ Zwar wurde demnach eine Assozierung über eine Zollunion hinaus angestrebt, aber die hier relevante Frage wurde nicht zum Gegenstand des sog. Ankara-Abkommens gemacht. Infolge des Zypernkonflikts von 1974 und des dritten Militärputschs von 1980 beschloss die EU nicht nur Finanzhilfen, sondern auch das Ankara-Abkommen auszusetzen.³⁵⁹ Erst 1995 schlossen die EU und die Türkei ein Zollunionsabkommen,³⁶⁰ das zwar eine vertiefte Zusammenarbeit, aber keine Gewährung der Grundfreiheiten zum Inhalt hat. Somit ist festzuhalten, dass die Assoziierungsabkommen der EU mit der Türkei keinerlei Einfluss auf die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften in dem europäisch-türkischen Verhältnis nehmen. Mithin gilt in dem Verhältnis zu der Türkei die Sitztheorie. Dies hat der BGH auch in einer neueren Entscheidung aus dem Jahr 2010 ausdrücklich bestätigt.³⁶¹ Darin hat er eine türkische AG, die ihren Verwaltungssitz in der Türkei hatte, nach türkischem Recht beurteilt. Nach deutschem Recht gelte für außerhalb der Europäischen Union liegende Staaten gewohnheitsrechtlich das Recht am Verwaltungssitz der Gesellschaft. § 8 Abs. 4 des türkischen Gesetzes über internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht nimmt die Gesamtverweisung an und verweist auf die sachrechtlichen Regelungen des türkischen Gesellschaftsrechts.

(3) Änderungen durch das Stockholmer Programm?

Möglicherweise ergeben sich durch den Aktionsplan zum Stockholmer Programm³⁶² Änderungen in dem Gefüge der Außenkompetenz der EU im Bereich

357 Uygun, Der EU-Beitritt der Türkei, 26.

358 Uygun, Der EU-Beitritt der Türkei, 26.

359 Riener, Die Türkei und die Europäische Union, Eine unendliche Geschichte?, in: Aus Politik und Zeitgeschichte (B 10-11/2003), Bonn.

360 Vgl. EC-Turkey Association Council (1995): Decision 1/95 of the EC-Turkey Association Council of 22 December 1995 on Implementing the Final Phase of the Customs Union, entnommen aus: <http://www.deltur.cec.eu.int/english/ei-cunion.html>, (19.04.2004), S. 1 ff.

361 BGH, DStR 2010, 1040 (1043).

362 KOM (2009), 262; bei dem Stockholmer Programm handelt es sich um das Nachfolgeprogramm des Haager Programms des Europäischen Rates, welches von 2005 bis 2010 Richtlinien für eine gemeinsame Innen- und Sicherheitspolitik der Mitgliedstaaten der Europäischen Union bestimmt hat. Das Stockholmer Programm für die Jahre 2010 bis 2014 hat der Europäische Rat am 10./11. Dezember 2009 beschlossen.

des Internationalen Gesellschaftsrechts. Danach plant die Kommission die Erstellung eines Grünbuchs zum Internationalen Gesellschaftsrecht. Das Grünbuch, das als Diskussionsvorlage für eine spätere Verordnung oder Richtlinie der EU dient, wird das anwendbare Recht in Bezug auf Unternehmen, Vereinigungen und andere juristische Personen zum Gegenstand haben.³⁶³ Fraglich ist, wie sich diese Ankündigung für das Jahr 2014 auf die bereits geschilderten alten und neuen, noch abzuschließenden Staatsverträge der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten auswirkt.

Nach Art. 351 AEUV (ex. Art. 307 EGV) gelten grundsätzlich bilaterale Staatsverträge, die die Mitgliedstaaten vor dem Beitritt zur EG/EU mit Drittstaaten abgeschlossen haben, weiter, soweit kein Widerspruch zu europäischem Primärrecht besteht. Ausgangspunkt für diese Regelung ist die Völkerrechtsfreundlichkeit des Unionsrechts; diese hat aber auch ihre Grenzen, soweit die Einheit nach außen gefährdet ist. Solange die EU in dem fraglichen Bereich nicht gehandelt hat, können die Staaten ihre Staatsverträge grundsätzlich frei gestalten. In dem Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts ist dies bisher der Fall gewesen.

Wie bereits dargelegt besitzt die EU eine konkurrierende Zuständigkeit zur Regelung der Anerkennung drittstaatlicher Gesellschaften. Fraglich ist, ob die Kommission diese durch das Grünbuch und die sich möglicherweise anschließenden Rechtsakte wahrnehmen möchte. In diesem Falle wäre an eine Kompetenzsperrre für die Mitgliedstaaten für Neuverträge und an einen Anpassungsbedarf für Altverträge zu denken. Jedoch trifft der Aktionsplan keine Aussage hinsichtlich des auf drittstaatliche Gesellschaften anwendbaren Rechts. Es ist daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt unklar, ob sich dieses Projekt auf Drittstaaten bezieht. Falls sich das für 2014 geplante Grünbuch auf die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten erstreckte, könnte die Ankündigung eine Konkretisierung des Loyalitätsgebots aus Art. 4 Abs. 3 EUV (Art. 10 EGV a.F.) für den deutschen Gesetzgeber bedeuten.³⁶⁴ Gegen eine Erstreckung des Grünbuchs zum Internationalen Gesellschaftsrechts auf drittstaatliche Gesellschaften spricht allerdings der Titel des Grünbuchs. Dieser enthält keinen Hinweis auf Gesellschaften aus Drittstaaten. Wie sich jedoch aus den übrigen geplanten Maßnahmen in dem Aktionsplan des Stockholmer Programms ergibt, wird - wenn Drittstaaten von den Rechtsakten erfasst werden sollen - auf diese

Der Aktionsplan enthält einen Fahrplan der Kommission zur Umsetzung der politischen Prioritäten des Stockholmer Programms; Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM (2010), 171; Wagner, IPRax 2010, 483 ff.

363 Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM (2010), 171 zum für das Jahr 2014 geplanten Grünbuch zur Vereinheitlichung des anwendbaren Rechts in Bezug auf Unternehmen, Vereinigungen und andere juristische Personen, S. 26; Wagner, IPRax 2010, 483 (484).

364 Sollte dieser Fall eintreten, könnte man an eine Anpassung der Altverträge denken, vgl. Terhechte, EuR 2010, 517 (528 f.).

regelmäßig im Titel Bezug genommen, z.B. bei Maßnahmen im Arbeitsrecht³⁶⁵, im Datenschutzrecht³⁶⁶ oder bei der Prüfung des Beitritts von Ländern zum Lugoabkommen³⁶⁷. Es liegt daher der Schluss nahe, dass sich das Grünbuch nur auf Gesellschaften aus dem Geltungsbereich des AEUV erstrecken wird. Somit ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt davon auszugehen, dass sich durch das für 2014 angekündigte Grünbuch zum Internationalen Gesellschaftsrecht das Gefüge der Außenkompetenzen der EU und damit auch seiner Mitgliedstaaten in diesem Bereich nicht verändern wird.

6. Sonderfall Chile

Anders als bei den Abkommen mit der Türkei liegt es bei dem Assoziierungsabkommen der EU mit Chile.³⁶⁸ Dieser Vertrag enthält in den Art. 130 ff. Regelungen zu der Niederlassung von Gesellschaften, denen kollisionsrechtlicher Gehalt beizumessen ist. Zwar spricht das Abkommen nicht von „Niederlassungsfreiheit“,³⁶⁹ Art. 132 normiert aber die Pflicht, „juristische[n] und natürliche[n] Personen der anderen Vertragspartei hinsichtlich der Niederlassung eine Behandlung [zu gewähren], die nicht weniger günstig ist als die Behandlung, die sie ihren eigenen natürlichen und juristischen Personen gewährt“. Bei dieser Norm handelt es sich demnach um eine Inländerbehandlungsklausel, die dazu führt, dass sich die Anerkennung chilenischer Gesellschaften in dem Falle des Zuzugs in die EU nach der Gründungstheorie beurteilt.³⁷⁰

7. Auswirkungen der Meistbegünstigungsklausel in bilateralen Staatsverträgen

In der Literatur werden – angestoßen durch die „causes célèbres“ des EuGH in Rechtssachen *Centros*,³⁷¹ *Überseering*³⁷² und *Inspire Art*³⁷³ – Überlegungen ange stellt, inwiefern sich Meistbegünstigungsklauseln aus bilateralen Staatsverträgen (Investitionsschutzabkommen) der Bundesrepublik Deutschland auf das Interna-

365 Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM (2010), 171, S. 54 f.

366 Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM (2010), 171, S. 12.

367 Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM (2010), 171, S. 29.

368 Abl. EG 2002, L 352/3-1450.

369 Weller, ZGR 2006, 748, (767).

370 Sester/Cardenas, 2 ECFR 398-412 (2005); Weller, ZGR 2006, 748 (767).

371 EuGH Slg. 1999, I-1459 – *Centros*

372 EuGH Slg. 2002, I-9919 – *Überseering*.

373 EuGH Slg. 2003, I-10155 – *Inspire Art*.

tionale Gesellschaftsrecht auswirken.³⁷⁴ Es stellt sich die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland infolge der europaweiten Geltung der Gründungstheorie gegenüber Drittstaaten, denen sie die staatsvertragliche Meistbegünstigung gewährt, zu der Anerkennung von Gesellschaften verpflichtet ist. Wäre dies der Fall, hätte der EuGH einen „Dammbruch“ im Internationalen Gesellschaftsrecht bewirkt. Daher wird die Ausweitung des EU-weiten Kollisionsrechts auf Drittstaaten als eine „möglicherweise offene Flanke“³⁷⁵ bezeichnet.

a) *Inhalt und Bedeutung von Meistbegünstigungsklauseln in bilateralen Staatsverträgen*

Zunächst sollen der Inhalt und die Bedeutung von typischen Meistbegünstigungsklauseln dargestellt werden. Der Meistbegünstigungsgrundsatz folgt aus dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkervertragsrecht. Inhalt des Meistbegünstigungsgrundsatzes ist, dass ein Staat einem anderen Staat bei der Anwendung seiner Rechtssetzungs- oder Verwaltungsmaßnahmen diejenigen Vorteile zukommen lässt, die er einem dritten Staat unter gleichen Bedingungen zukommen lässt.³⁷⁶ Maßstab ist also die günstigste Behandlung, die irgendeinem Staat gewährt wird.³⁷⁷ Treffend ist daher die britische Bezeichnung als „*most-favoured nation clause*“.³⁷⁸ Derjenige Staat, dem Meistbegünstigung zugesichert ist, darf nicht schlechter behandelt werden als andere.³⁷⁹ Überträgt man diese Überlegung auf die vorliegende Frage, müssten Gesellschaften aus Drittstaaten, denen staatsvertraglich Meistbegünstigung eingeräumt ist, nach den gleichen, günstigen Regeln beurteilt werden wie europäische Gesellschaften. Demzufolge ist es theoretisch denkbar, dass die Gründungstheorie auch gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten gilt.

374 Eingehend: *Mankowski*, Völkerrechtliche Meistbegünstigung und europäisches IPR/IZVR in: Leible/Ruffert, Völkerrecht und IPR, 235 ff. (260 ff.); *Ebke*, in: Sandrock/Wetzler, 101 ff.

375 *Mankowski*, in: Leible/Ruffert, 235 (236).

376 *Dolzer*, in: Vitzhum, Völkerrecht, 471.

377 *Dolzer*, in: Vitzhum, Völkerrecht, 471.

378 Vgl. *Ustor*, Most-Favoured-Nation Clause, EPIL III (1997), 468 ff.

379 *Mankowski*, in: Leible/Ruffert, 235 (241).

b) Anwendung im Gesellschaftsrecht

Gegen eine Anknüpfung an die Gründungstheorie über den Umweg der Meistbegünstigungsklauseln gegenüber Staaten, mit denen die beidseitige Geltung der Sitztheorie vereinbart ist, sprechen indes zahlreiche Argumente. Zunächst normiert der in der Regel zuerst geschlossene Staatsvertrag eine ausdrückliche Anerkennungspflicht nach dem tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft.³⁸⁰ Eine solche Festlegung ist *lex specialis* gegenüber der Meistbegünstigungsklausel, die sich nur auf nicht speziell in dem Staatsvertrag geregelte Fragen bezieht.³⁸¹ Eine Anknüpfung an die Gründungstheorie in diesen Fällen stünde im Widerspruch zu der staatsvertraglichen Vereinbarung. Daher ist der Vertrag dahingehend auszulegen, dass der ausdrückliche Wille der Vertragsparteien darin besteht, in dem gegenseitigen Verhältnis die Anerkennung nach der Sitztheorie zu beurteilen.³⁸² Die Anwendung der Gründungstheorie ist nach dem in dem Vertrag zum Ausdruck kommenden Willen auch nicht „günstiger“, weil beide Vertragsstaaten die Anwendung der Sitztheorie wollen.³⁸³ Aus diesen Überlegungen folgt, dass die Meistbegünstigung damit nur in dem Verhältnis zu solchen Staaten zu der Geltung der Gründungstheorie führt, mit denen keine Regelung über die Anerkennung von Gesellschaften getroffen worden ist.

Zusätzlich kann man ein weiteres Argument gegen eine Anerkennung nach der Gründungstheorie über die Meistbegünstigungsklausel anführen. Es mutet widersprüchlich an, dass sich der Vertragspartner auf die Meistbegünstigungsklausel berufen kann, wenn er den Vertrag in dem Wissen unterschrieben hat, dass der andere Vertragspartner für die gleiche Frage bereits einem Drittstaat günstigere Bedingungen eingeräumt hat.³⁸⁴ Die Bundesrepublik Deutschland hatte bei Abschluss der Investitionsschutzabkommen bereits mit Spanien³⁸⁵ und den USA³⁸⁶ Staatsverträge geschlossen, in denen auf die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz verzichtet worden ist. Es wäre dem Vertragspartner der Bundesrepublik Deutschland also durchaus möglich gewesen, eine andere Position für die Anerkennung von Gesellschaften zu vereinbaren.³⁸⁷ Falls sich der Vertragsstaat auf die Meistbegünstigungsklausel beruft, begibt er sich in Widerspruch zu seinem Verhalten bei Vertragsschluss, denn zu diesem Zeitpunkt wusste er bereits, dass der Vertragspartner anderen günstigere Bedingungen ge-

380 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 332.

381 Eidenmüller-Rehm, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 2 Rn 25.

382 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 332.

383 Eidenmüller-Rehm, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 2 Rn 25.

384 Ebenroth/Bippus, RIW 1988, 336 (342).

385 Art. 15 Abs. 1, 2 Niederlassungsvertrag vom 23. 4. 1970, BGBl. 1972 II S. 1041; in Kraft seit dem 26. 11. 1972, BGBl. 1972 II S. 1557.

386 Art. XXV Nr. 5 S. 2 Deutsch-US-amerikanischer FHSV vom 29. 10. 1954, BGBl. 1956 II S. 487; in Kraft seit dem 14. 7. 1956, BGBl. 1956 II S. 763.

387 Ebenroth/Bippus, RIW 1988, 336 (342).

währt hat. Nach deutschem vertragsrechtlichem Verständnis wäre dies ein *venire contra factum proprium* (Zuwiderhandeln gegen das eigene frühere Verhalten) und damit nach § 242 BGB unwirksam.³⁸⁸ Das Verbot des *venire contra factum proprium* gilt auch im Völkerrecht; es wird dort als „estoppel“-Prinzip bezeichnet.³⁸⁹ Demnach darf ein Staat von seiner bisherigen Praxis zu dem Nachteil des Vertragsstaates nicht abweichen, der berechtigt (z.B. aufgrund eines Staatsvertrags) auf die frühere Erklärung oder Staatenpraxis vertraut hat.³⁹⁰

Somit bleibt festzuhalten, dass die Meistbegünstigungsklausel, die in den meisten Investitionsschutzabkommen enthalten ist, keine umfassende Anerkennung von Gesellschaften zur Folge hat. Mithin verbleibt es daher bei der Anwendung der Sitztheorie gegenüber den Staaten, mit denen die Sitztheorie staatsvertraglich vereinbart ist. Die Meistbegünstigungsklauseln in Staatsverträgen führen somit nicht zu einer Anerkennung ausländischer Gesellschaften, wenn der entsprechende Staatsvertrag die Sitztheorie vorsieht. Falls die Staatsverträge hingegen keine Regelung über die Anerkennung von Gesellschaften vorsehen, führt die Meistbegünstigung in dem Verhältnis zu solchen Staaten zu der Geltung der Gründungstheorie.

IV. GATS und autonomes Internationales Gesellschaftsrecht

Inwieweit sich die GATS auf die Anknüpfung im Internationalen Gesellschaftsrecht auswirken, ist bisher wenig diskutiert worden.³⁹¹

1. Einleitung

Der EuGH hat die Anerkennung einer Gesellschaft im geltenden EU-Recht in den Rechtssachen *Centros*,³⁹² *Überseering*,³⁹³ *Inspire Art*³⁹⁴ gelöst, indem er der Gründungstheorie gegenüber der Sitztheorie Vorrang einräumte. Kollisionsrechtlich zeigen sich aber die Spannungen zwischen der in der EU geltenden Gründungstheorie und einer etwaigen Geltung der Sitztheorie für Drittstaaten. Im Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts ist eine Kodifizierung hinsichtlich

388 Vgl. Palandt-Heinrichs, § 242, Rn 55 ff.

389 Ipsen, Völkerrecht, § 18 Rn 7, § 40 Rn 17.

390 Ipsen, Völkerrecht, § 18 Rn 7, § 40 Rn 17.

391 Vgl. Lehmann, RIW 2004, 816ff.

392 EuGH, Rs. C-212/97, Slg. 1999, 1459.

393 EuGH, Rs. C-208/00, Slg. 2002, 9919.

394 EuGH, Rs. C-167/01, Slg. 2003, 10155.

der aufgeworfenen Frage nicht vorhanden, so dass nicht von vornherein die Geltung der Sitz- bzw. der Gründungstheorie beansprucht werden kann.³⁹⁵ Völkervertragliche Regelungen können indes die Ermittlung des Gesellschaftsstatus im Internationalen Gesellschaftsrecht beeinflussen.³⁹⁶ Die Bestimmungen des Übereinkommens zur Errichtung einer Welthandelsorganisation³⁹⁷ und das in diesem Rahmen geltende Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services)³⁹⁸ werden dahingehend untersucht, ob das Wirtschaftsvölkerrecht Regelungen hinsichtlich der Anerkennung ausländischer Gesellschaften enthält. Wegen der derzeit noch ungeklärten Frage wird der Rückgriff auf den allgemeinen Rahmen des Völkerrechts und die diesem Rechtsgebiet immanenten Grundprinzipien von erheblicher Bedeutung sein.

2. Anknüpfungspunkt: Anerkennung im Völkerrecht

Bei dem Verständnis der Anerkennung ist von einem völkerrechtsspezifischen Ursprung³⁹⁹ auszugehen.

a) Begriff der Anerkennung im völkerrechtlichen Kontext

Der Begriff der Anerkennung ist vor allem hinsichtlich der Anerkennung von Staaten oder Regierungen relevant. Daneben wird der Anerkennung auch in Bereichen bestimmter anderer Tatbestände, Rechtsvorgänge und Rechtszustände Nachdruck verliehen; dies gilt vornehmlich, wenn das Bestehen einer Tatsache oder einer Rechtslage in Zweifel gezogen wird.⁴⁰⁰ Die Bedeutung bemisst sich anhand der Hinnahme eines Zustandes, der von einem Rechtssubjekt herbeigeführt wurde. Maßgebend für die Hinnahme ist der Verzicht auf einen Widerspruch.⁴⁰¹ Hinsichtlich der Rechtsnatur der Anerkennung von Staaten ist von einem einseitigen Rechtsakt auszugehen, der somit einer Annahme nicht bedarf. Ein solcher Zustand, der anerkannt wird, kann in seiner Entstehung rechtmäßig oder rechtswidrig sein. Die Rechtsfolgen der Anerkennung können konstitutiv –

395 Staudinger-Großfeld, IntGesR, Rn 18.

396 MüKo-Kindler, IntGesR, Rn 326 ff.

397 Im Folgenden WTO; Eingliederung des GATT-Abkommens am 15.4.1994 in eigenständige IGO, BGB II, 1438, 1625.

398 Im Folgenden GATS. Im Anhang 1B des WTO-Übereinkommens, BGBI. 1994 II, 1643.

399 Ipsen, Völkerrecht, § 22, Rn 2.

400 Ipsen, Völkerrecht, § 22, Rn. 1.

401 Doebring, Völkerrecht, § 19, Rn 938.

die Rechtsfähigkeit wird für den Eintritt in völkerrechtliche Beziehungen erst begründet – oder deklaratorisch als formale Bestätigung der tatsächlichen Situation wirken. Im Übrigen kann eine Verweigerung auch einen Rechtsmissbrauch darstellt, ein Recht gar nicht entstehen lassen, oder die Ausübung oder die Verweigerung rechtlich irrelevant werden lassen.⁴⁰² Nicht zuletzt kann die Anerkennung ihre Unklarheit in der Vermischung fremdenrechtlicher und kollisionsrechtlicher Gesichtspunkte finden.⁴⁰³ Diese Ausführungen verdeutlichen, dass eine abschließende inhaltliche Festlegung der Rechtsnatur und der Rechtsfolgen der Anerkennung in abstrakter Hinsicht nicht möglich ist, denn sie kann sich auf jedes Verhalten eines Völkerrechtssubjektes beziehen. Nur anhand eines konkret vorliegenden Rechtszustandes lässt sich die Wirkung der Anerkennung darstellen.

b) *Anerkennung hinsichtlich der Rechtsfähigkeit von Gesellschaften*

Werden die Rechtsfolgen der Anerkennung im Hinblick auf die Anerkennung von Staaten diskutiert, ist das Selbstbestimmungsrecht der Staaten als auserkorene Völkerrechtssubjekte das maßgebende Kriterium für die Ablehnung der konstitutiven Theorie.⁴⁰⁴ Die Existenz eines Staates kann somit nicht von der politischen Entscheidung anderer Staaten abhängen.⁴⁰⁵ Anderes könnte allerdings für Gesellschaften gelten. Hinsichtlich einer Gesellschaft, die sich transnational betätigt, ist zu bedenken, dass die für die Rechtsfähigkeit bei Staaten maßgebende Völkerrechtssubjektivität gerade nicht besteht und eine internationale Rechtsfähigkeit „*kraft Status*“ nicht eintreten kann.⁴⁰⁶ Weiterhin normiert das Völkerrecht keine allgemeine Verpflichtung zur Anerkennung von Gesellschaften.⁴⁰⁷ Eine Verpflichtung zur Anerkennung kann sich auch nicht allein aus dem Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten⁴⁰⁸ ergeben, denn dieser garantiert den Staaten lediglich eine „formell gleiche Rechtsposition [...] im Rahmen der meisten Internationalen Organisationen und bei der Ausübung von Stimm- und Beteiligungsrechten“.⁴⁰⁹ Eine Verpflichtung zur Anerkennung fremder Gesellschaften lässt sich daraus aber nicht herleiten.

Der Ausgangspunkt im Internationalen Gesellschaftsrecht ist dagegen die Ermittlung der Voraussetzungen, unter denen eine ausländische Gesellschaft im

402 *Doehring*, Völkerrecht, § 19, Rn 938.

403 *Behrens*, ZGR 1978, S. 499ff.

404 *Doehring*, Völkerrecht, § 19, Rn 941f.

405 *Brownlie*, Principles of Public International Law, S. 92.

406 *Großfeld*, Unternehmensrecht, S. 38.

407 *Ebke*, in: FS 50 Jahre BGH, 799 (803).

408 Völkergehöheitsrecht und zudem kodifiziert in Art. 2 I UN-Charta.

409 *Ipsen*, Völkerrecht, § 26 Rn 13.

Inland handeln kann.⁴¹⁰ Wird von der Bestandskraft der nach nationalem Recht entstandenen Rechtsfähigkeit der Gesellschaft außerhalb des Heimatstaates aus gegangen, so dass sie in dem Zuzugsland Träger von Rechten und Pflichten ist,⁴¹¹ liegt dieser Herangehensweise eine kollisionsrechtliche Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut – der *lex societatis* zugrunde. Es geht somit um die Akzeptanz der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, die sich aus einer anderen Rechtsordnung ergibt.⁴¹²

Ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das die Anerkennung rechtsfähiger Gesellschaften statuiert, kann sich aber aus speziellem Völkervertragsrecht ergeben, da der Abschluss des Vertrages der Vertragsfreiheit⁴¹³ unterliegt und die Vertragsparteien somit auch die inhaltliche Bestimmung hinsichtlich der Anerkennung ausländischer Gesellschaften im Inland gestalten können.

c) *Anerkennung im Rahmen der WTO*

Das WTO-Übereinkommen enthält zunächst keine konkrete Bezugnahme hinsichtlich der Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft. Bei näherer Betrachtung des GATS fällt die Einbeziehung juristischer Personen i.S.d. Art. XXVIII lit. m) UA i) GATS auf. Die Vorschrift ähnelt Art. 49, 54 AEUV (*ex* Art. 43, 48 EGV), die zur Begründung der Unvereinbarkeit der Sitztheorie mit dem Unionsrecht herangezogen wurden. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung stellt sich nunmehr die Frage nach der Annahme einer Verpflichtung zur Anerkennung einer juristischen Person, folgend aus Art. XXVIII lit. m.) UA i) GATS und der somit einhergehenden Unvereinbarkeit der Sitztheorie mit dem WTO-Abkommen. Voraussetzung für diese Vergleichbarkeit ist, dass sich unmittelbar aus Art. XXVIII GATS eine solche Verpflichtung ergibt. Bereits der Titel dieser Vorschrift weist auf eine bloße Begriffsbestimmung hin, so dass kein Raum für einen kollisionsrechtlichen Gehalt ist. Vielmehr bedarf es einer Grundlage im GATS, die die Anerkennung der ausländischen juristischen Personen vorschreibt.⁴¹⁴ Die Pflicht könnte sich aus dem Grundsatz der Meistbegünstigung gemäß Art. II GATS, dem Grundsatz der Inländergleichbehandlung gemäß Art. XVII GATS und dem Marktzugang gemäß Art. XVI GATS ergeben.

410 Behrens, ZGR, 499 (500).

411 Staudinger-Großfeld, IntGesR, Rn 135.

412 Ebenroth/Bippus, NJW 1988, 2137, 2138.

413 Brownlie, Principles of Public International Law, S.623.

414 Ebenso die grundsätzliche Anerkennung einer Gesellschaft aus Art. 49, 54 AEUV.

(1) Meistbegünstigung als allgemeines Prinzip der WTO

Eine Verpflichtung zur Anerkennung von Gesellschaften könnte sich aus der völkervertragsrechtlichen Meistbegünstigungsklausel ergeben, die in mehreren WTO-Abkommen enthalten ist.⁴¹⁵ Eine Festlegung des Gleichheitsgrundsatzes hat der Internationale Gerichtshof (IGH) bereits 1952 festgestellt: „[...] *The intention of the most-favoured nation clause was to establish and to maintain at all times fundamental equality without discrimination among all if the countries concerned.*“⁴¹⁶ Die Meistbegünstigung stellt als Fortentwicklung der souveränen Gleichheit der Staaten demnach einen materiellen Gleichheitsgrundsatz dar.⁴¹⁷ Die Bedeutung der Meistbegünstigung im Wirtschaftsvölkerrecht liegt zunächst in der automatischen Ausdehnung der gegenüber einem anderen Mitgliedstaat vorgenommenen Zugeständnisse auf alle anderen WTO-Mitglieder. Ob die Meistbegünstigungsklausel innerhalb des GATS die Anerkennung von Gesellschaften zum Inhalt hat und somit eine automatische Anerkennung gegenüber allen Gesellschaften folgt, bedarf der Auslegung im Rahmen der vertraglichen Grundlage.⁴¹⁸ Eine umfassende gegenseitige Meistbegünstigung hinsichtlich aller Bereiche staatlicher Maßnahmen, die die Interessen der Staaten berührt, entspricht nicht der Praxis der Staaten und kollidiert zudem mit den Souveränitätsinteressen der Staaten.

Unter Berücksichtigung einer einvernehmlichen Auslegung gemäß Art. IX:2 WTO-Übereinkommen, die im Gegensatz zu der von den Vertragsparteien jeweils vorgenommenen einseitigen Auslegung steht,⁴¹⁹ findet eine authentische Auslegung statt. Die Auslegung nehmen ausschließlich der Ministerrat und der Allgemeine Rat vor, die sich aus Vertretern aller Mitgliedstaaten zusammensetzen. Für die Auslegung bestimmt Art. 3.2 DSU, dass die vom Streitbeilegungsgremien (Dispute Settlement Understanding, DSU)⁴²⁰ erfassten Übereinkommen mit den herkömmlichen Auslegungsregeln des Völkerrechts übereinkommen müssen. In der Praxis wird zum größten Teil auf die WVK⁴²¹ verwiesen, da hier die meisten völkerrechtlichen Auslegungsregeln kodifiziert sind. Dennoch findet

415 Prieß/Berrisch-Pitschas, WTO, Teil B, Rn. 40. Die Meistbegünstigungsklausel hat in den zum WTO-Übereinkommen gehörenden multilateralen Abkommen, Art. II:2 WTO-Übereinkommen, gemäß Art. I:1 GATT, Art. II:1 GATS und Art. 4 TRIPS Eingang gefunden.

416 IGH, ICJ Reports 1952, 175, 192 (Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco)

417 Stoll/Schorkopf, WTO, 4. Kapitel, Rn. 115.

418 Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 223.

419 Götsche, Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO, S. 166.

420 Vereinbarung über Regelungen und Verfahren über die Beilegung von Streitigkeiten vom 15.1. 1994. Siehe Anhang 2 des WTO-Abkommens.

421 Wiener Konvention über das Recht der Verträge, vom 23.5.1969, BGBl II, 757.

sich kein direkter Verweis auf die Vorschriften der Art. 31-33 WVK, da nicht alle Mitglieder der WTO der WVK angehören, so beispielsweise die USA.⁴²²

(2) *Meistbegünstigungsverpflichtung des Art. II:1 GATS*

Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge vollzieht sich zum einen nach der gewöhnlichen Bedeutung der im Vertragstext verwendeten Worte, wobei grundsätzlich auf die Bedeutung des Wortes zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist. Die sog. *ordinary meaning rule*⁴²³ stellt neben dem Wortlaut der Vorschrift ebenso auf die Präambel und die zum Vertrag zugehörigen Anlagen ab.⁴²⁴

(a) *Auslegung nach dem Wortlaut*

Nach Art. II:1 GATS ist es den WTO-Mitgliedern grundsätzlich verboten, Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer eines anderen WTO-Mitglieds schlechter zu stellen als vergleichbare Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer eines anderen Landes. Dies versteht sich als eine unbedingte Meistbegünstigungsverpflichtung hinsichtlich der Maßnahmen, die vom GATS erfasst sind.⁴²⁵ Im Vergleich zu der Bedeutung der Meistbegünstigung nach der gewöhnlichen Bedeutung im GATS bezieht diese sich nur auf den Warenverkehr. Obwohl von einem umfassenden Anwendungsbereich auszugehen ist, wird an den Begriff des Erzeugnisses angeknüpft und nicht an die juristische Person als solche. Ob die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft im GATS allein aus der Einbeziehung der Dienstleistungserbringer dem inhaltlichen Umfang der Klausel entspricht, geht nicht aus der vertraglichen Ausformung des Prinzips hervor und kann auch nicht ohne Weiteres der gewöhnlichen Wortbedeutung entnommen werden. Die Vorschrift umschreibt lediglich einen Abwehranspruch gegenüber einer Behandlung, die schlechter ist als die gegenüber dem Staat, dem die am weitesten reichende Vergünstigung eingeräumt wurde.⁴²⁶ Die abwehrrechtliche Struktur einer „[...] Behandlung, die nicht weniger günstig ist [...]“ begründet somit nicht den Anspruch auf eine Leistungsgewährung. Die *ordina-*

422 Stoll/Schorkopf, WTO, 6. Kap., Rn. 476.

423 Ipsen, Völkerrecht, § 11 Rn 6 f.

424 Schollendorf, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, I. Teil, S. 47; Brownlie, Principles, S. 634.

425 Prieß/Berrisch-Pitschas, WTO, Teil B, Rn. 40.

426 Tiedje, Nichttarifäre Handelshemmnisse in der WTO/GATT, S. 195.

ry-meaning rule klärt die Frage nach der Anerkennung ausländischer Gesellschaften im Rahmen des Art. II:1 GATS nicht.

(b) Systematische Auslegung

Nach der systematischen Auslegung ist die Frage nach der Anerkennung von Gesellschaften im Rahmen der Meistbegünstigung anhand des systematischen Zusammenhangs mit anderen Begriffen vorzunehmen.⁴²⁷ Unter Berücksichtigung des Art. I:2 GATS wird deutlich, dass das GATS alle Erbringungsformen des Dienstleistungshandels umfasst. Indem auf die Errichtung einer kommerziellen Präsenz des Dienstleistungserbringers im Hoheitsgebiet eines anderen WTO-Mitglieds abgestellt wird, Art. I:2 lit. c) GATS, zeigt sich ein umfassender Anwendungsbereich des GATS, der über den gewöhnlichen Handel mit Dienstleistungen hinausgeht.⁴²⁸ Die gewerbliche Präsenz umfasst jede berufliche Niederlassung, so dass die Gründung oder die Fortführung einer juristischen Person auf dem Gebiet des aufnehmenden Mitgliedstaates erfasst sind.⁴²⁹ Der nunmehr zugrunde gelegte Anwendungsbereich, namentlich die Erfassung auch juristischer Personen, wirft die Vermutung auf, dass die Verpflichtung zur Meistbegünstigung auch die Anerkennung von juristischen Personen umfasst.

Grundsätzlich legt das GATS die inhaltliche Bestimmung der juristischen Person fest und nimmt somit auf ein personales Element für den Anwendungsbereich Bezug.⁴³⁰ Die systematische Stellung des Art. XXVIII GATS als abschließende Begriffsbestimmung demonstriert aber, dass eine Bezugnahme der Meistbegünstigungswirkung auf juristische Personen nicht im Betracht kommt. Vielmehr zeigt das GATS ausschließlich den weiten Anwendungsbereich des Dienstleistungshandels hinsichtlich des dem GATS zugrunde gelegten Verständnisses einer juristischen Person auf und schreibt folglich liberale Umgangsformen nicht vor. Aus dem weiten Anwendungsbereich des GATS unter Einbeziehung der kommerziellen Präsenz juristischer Personen ergibt sich nicht, dass die Verpflichtung zur Meistbegünstigung die Anerkennung von juristischen Personen miteinbezieht. Da sich aus dem Wortlaut und der Systematik kein klares Ergebnis erzielen lässt, ist eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Regelung erforderlich.

427 Ipsen, Völkerrecht, § 11 Rn. 8.

428 Barth, EuZW 1994, 455, 456.

429 Grabitz/Hilf-Kampf, EGV, Bd. IV, E 26, Rn 79.

430 Bungert, Das Recht ausländischer Kapitalgesellschaften, 519 f.

(c) Teleologische Auslegung der Meistbegünstigung

Schließlich ist zu untersuchen, ob sich eine Auslegung der Meistbegünstigungs-klausel nach dem Sinn und Zweck⁴³¹ auch auf die Anerkennung juristischer Personen bezieht. Unter Zugrundelegung der Präambel des WTO-Abkommens tritt das Bekenntnis der Vertragsmitglieder zur Förderung und Liberalisierung der Handelsbeziehungen hervor, durch das eine weltweite Wohlfahrtssteigerung mithilfe des Abbaus von Handelshemmnissen verwirklicht werden soll. Als oberstes Gebot für die Verfolgung der Ziele ist die freie Betätigung der Wirtschaftssubjekte hervorzuheben, die der Wohlstandsmehrung förderlich ist.⁴³² Dabei nimmt die Theorie des komparativen Kostenvorteils einen nicht zu vernachlässigenden Stellenwert für die Außenhandelswirtschaft ein.⁴³³ Nach dieser Theorie garantiert die Meistbegünstigung eine Optimierung hinsichtlich der Ausnutzung der Ressourcenallokation, d.h. eine Spezialisierung der beteiligten Länder auf die Produktion, bei der ihr relativer Vorteil am größten ist.⁴³⁴ Der materielle Gleichbehandlungsinhalt der Klausel stellt sicher, dass jeder Wirtschaftsteilnehmer unter Berücksichtigung der Entscheidungsfreiheit von der Gewinnmaximierung durch den Liberalisierungsfortschritt des WTO-Übereinkommens profitiert. Diesen Erwägungsgründen zufolge führt das Verständnis der Meistbegünstigung im Sinne der Anerkennung juristischer Personen zum Gewinn maximierenden unternehmerischen Streben. Das GATS schreibt eine so verstandene, allumfassende Liberalisierung des Dienstleistungssektors aber nicht vor. In der Präambel wird ausdrücklich auf die Souveränität der Mitgliedstaaten Bezug genommen, so dass das Ziel der schrittweisen Liberalisierung die autonome Regelung des Dienstleistungssektors durch die Mitgliedstaaten vorsieht - unter Beachtung nationaler politischer Zielsetzung.

Hierin verdeutlicht sich gleichwohl der bestehende Interessenkonflikt zwischen dem erklärten Ziel einer Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels und den Kompetenzen der Mitgliedstaaten. Das Prinzip einer fortschreitenden Liberalisierung aufgrund aufeinander folgender Verhandlungsrunden gemäß Art. XIX GATS ist dadurch kennzeichnet, dass in jeder Verhandlungsrunde der allgemeine Umfang spezifischer Verpflichtungen in bilateralen, plurilateralen oder multilateralen Verhandlungen vergrößert wird.⁴³⁵ Dass die

431 Ipsen, Völkerrecht, § 11 Rn 10.

432 Prieß/Berrisch-Pitschas, WTO, Teil A, Rn 8 f.

433 Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, § 2, Rn 20, mit Verweis auf die ursprüngliche klassische Außenhandelstheorie von Adam Smith (*The Wealth of Nations*, 1776).

434 Tiedje, Nichttarifäre Handelshemmnisse in der WTO GATT, S. 196.

435 Siehe näher dazu: Präambel GATS: vgl. jedoch zum möglichen Scheitern der Doha-Runde: FAZ vom 30.7.2008, „Streit nach Abruch der Welthandelsgespräche“ (abrufbar unter:

<http://www.faz.net/s/Rub0E9EEF84AC1E4A389A8DC6C23161FE44 DocE17FBAC2 F71764FC8819B3FB09DF53B58ATplEcommonScontent.html>

Meistbegünstigung eine Festlegung zur Verpflichtung der Anerkennung juristischer Personen nicht vorschreibt, zeigt sich vor allem auch in der für die Mitgliedstaaten bestehenden Möglichkeit, Ausnahmen von dem Prinzip der Meistbegünstigung gemäß Art. II:2 GATS zu vereinbaren. Dies könnte allerdings auch eine Ausnahme zu der Verpflichtung der Anknüpfung an das Gründungsrecht sein. Jedoch macht die Ausnahmeverordnung mehr Sinn, wenn man sie in dem Zusammenhang mit tarifären Angelegenheiten und dem Dienstleistungshandel betrachtet. Bei diesen handelt es sich um die Regelungsziele des GATS-Abkommens. Dies ergibt sich bereits aus Titel des GATS, der von Dienstleistungen (*services*) spricht. Es zielt also auf die Regelung des Dienstleistungshandels ab.⁴³⁶ Keine Regelung trifft das GATS hingegen für die Anerkennung von Gesellschaften. Es ist nicht das Regelungsziel des GATS, einen Binnenmarkt ähnlich dem Europäischen Binnenmarkt mit den vier Grundfreiheiten herbeizuführen. Eine anderslautende Interpretation steht im Konflikt mit den Interessen der Mitgliedstaaten.

Unabhängig von der Funktion der Meistbegünstigungsverpflichtung, eine unterschiedliche Behandlung der Handelpartner zu verhindern, d.h. der Wert eines einmal eingegangenen, nunmehr allen WTO-Mitgliedern sowie den neuen Mitgliedern zustehenden Zugeständnisses zu erhalten, legt sie aber nur den Standard zu gewährender Gleichbehandlung fest.⁴³⁷ Die Klausel vermag aber nicht die Frage nach der Ermittlung des Gesellschaftsstatus als solches zu beantworten, die sich nach dem Sitz- oder Gründungsstaat bemessen kann. Ebenso wenig begründet das Prinzip der Meistbegünstigungsverpflichtung die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, da Meistbegünstigung die kollisionsrechtliche Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft voraussetzt.⁴³⁸ Überlegungen, eine Anknüpfung an die Gründungstheorie vorzunehmen, überzeugen somit nicht, zumal eine umfassende Rechtswahlfreiheit zugunsten der parteiautonomen Entscheidung der Gesellschaftsgründer allen WTO-Mitgliedsstaaten sowie den neuen Mitgliedern eingeräumt werden müsste. Dies kollidiert allerdings mit dem Souveränitätsanspruch der jeweiligen Staaten. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass im Rahmen der Meistbegünstigungsverpflichtung eine Vereinbarung der Mitglieder hinsichtlich der Anerkennung von Gesellschaften im Wege zunehmender Liberalisierung zukünftig nicht gänzlich auszuschließen ist. Aus der Meistbegünstigungsklausel des Art. II:1 GATS lässt sich jedoch keine Aussage zu Gunsten der Anerkennung von Gesellschaften herleiten. Eine teleologische Auslegung lässt vielmehr vermuten, dass sich das GATS nicht auf die Anerkennung von Gesellschaften erstreckt.

436 Stoll/Schorkopf, WTO, 7. Kapitel, Rn. 551 ff.

437 Tiedje, Nichttarifäre Handelshemmnisse in der WTO/GATT, S. 194.

438 Ebke, JZ 2005, 299 (301).

(3) Marktzugang als Regelung der Anerkennung

Möglicherweise ergibt sich aus den Vorschriften über den Marktzugang eine Regelung für die Anerkennung von Gesellschaften. Die Mitglieder des GATS werden derzeit noch dazu angehalten, die sich aus dem multilateralen Vertrag ergebenen Verpflichtungen weitestgehend autonom zu regeln. Entschließt sich ein Mitgliedstaat zur Gewährung des Marktzugangs zu einem bestimmten Dienstleistungssektor, wird dies im Rahmen des GATS durch individuelle Verpflichtungslisten aufgezeigt, die die spezifisch den Zugang ausländischer Unternehmer zum heimischen Markt betreffenden Fragen zum Gegenstand haben. Diese Listen sind im Anhang des GATS aufgeführt und integraler Bestandteil des GATS. Unterwirft sich ein Mitgliedstaat einer spezifischen Verpflichtung, regelt Art. XVI GATS zunächst den ausländischen Dienstleistungserbringern zu gewährenden Marktzugang. Soweit die Verpflichtungsliste eines Mitgliedstaates keine andere Aussage hinsichtlich der Beschränkung dieses allgemeinen Grundsatzes macht, gilt für diese Mitglieder das Verbot, gemäß Art. XVI:2 lit. c) GATS Maßnahmen vorzunehmen, die „bestimmte Arten rechtlicher Unternehmensformen oder von Gemeinschaftsunternehmen beschränken oder vorschreiben“. Dies stellt sich als eine spezifische Marktzugangsverpflichtung eines WTO-Mitgliedes dar. Die Meistbegünstigungspflicht wird durch diese spezifische Marktzugangsverpflichtung verankert und somit der einem Staat gewährte Vorteil einem anderen Staat gewährt werden muss.⁴³⁹ Zwar folgt aus der Marktzugangsberechtigung die Gewährleistung eines Mindeststandards im betreffenden Dienstleistungssektor. Ob sich daraus aber eine kollisionsrechtliche Anknüpfung ergibt, die weitergehend die Rechtsfähigkeit einer juristischen Person erfasst, wurde bislang noch nicht abschließend diskutiert.⁴⁴⁰

Diese Marktzugangsberechtigung könnte als ein Zeichen der Anerkennung juristischer Personen verstanden werden und zwar im Sinne einer Anknüpfung an die Gründungstheorie. Ein solches Verständnis könnte aus der Tatsache hergeleitet werden, dass sich die juristische Person nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht der Unternehmensform des Inlandes für die Tätigkeit in diesem Mitgliedstaat bedienen muss. In dem Staat der zu erbringenden Dienstleistung wird die von dem Heimatstaat des Unternehmens gewählte Rechtsform so anerkannt, wie sie durch den Gründungsstaat bestimmt wurde.⁴⁴¹ Die Möglichkeit der Übernahme einer spezifischen Verpflichtung weist für sich allein aber noch nicht auf einen unbeschränkten Marktzugang hin, da sich diese Verpflichtung nur aus den in der Liste eingegangenen Bestimmungen ergibt. Diese kann jedes WTO-Mitglied nach seinem Ermessen bestimmen und somit auch weitergehende Be-

439 Prieß/Berrisch-Pitschas, WTO, Teil B, Rn. 104.

440 Vgl. Leible, ZGR 2004, 531 (545); Leible, in: FS Jayme. 485.

441 Lehmann, RIW 2004, 816, (819).

schränkungen vornehmen. Eine Anknüpfung an das Recht an dem Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes kommt durch die Formulierung des Art. XVI:2 lit. c) GATS indes nicht zum Ausdruck, da die besagte Norm nicht auf das Erfordernis eines tatsächlichen Sitzes⁴⁴² abstellt. Die Begriffsbestimmung in Art. XXVIII GATS verweist jedoch auf eine wirtschaftliche Verbindung der juristischen Person zu dem Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates. Sie erfordert also einen sog. *genuine link*. Dieser Vorbehalt normiert die Sitztheorie für die Fälle, in denen Gesellschaften ihren wirtschaftlichen Schwerpunkt außerhalb des Gebietes eines Mitgliedstaates haben, da sie eine Verbindung zu irgendeinem Mitgliedstaat genügen lassen und die Verbindung zum Gründungsstaat nicht unbedingt Voraussetzung ist.⁴⁴³

Das Fehlen einer kollisionsrechtlichen Anknüpfung zeigt, dass der von Art. XVI:1 GATS statuierte Marktzugang nicht ohne weiteres die Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut des Sitz- oder des Gründungsstaates bedeuten kann. Die Marktzugangsberechtigung impliziert allein noch nicht liberale Marktzugangsbedingungen.⁴⁴⁴ Die Interpretation der Norm lässt Raum sowohl für eine kollisionsrechtliche Anknüpfung nach der Gründungs- als auch nach der Sitztheorie bei der Ermittlung des Gesellschaftsstatuts. Bei einer abschließenden Würdigung ist auch das Ermessen der Mitglieder bei der Gestaltung einer Marktzugangsbegrenzung zu berücksichtigen. Soweit ein WTO-Mitglied eine spezifische Verpflichtung im Rahmen des Marktzugangs eingegangen ist und die Anknüpfung an die bestehende Rechtsfähigkeit in Listen festhält, könnte dem GATS eine Verpflichtung zur Anerkennung einer fremden Gesellschaft entnommen werden. Allerdings gilt auch hier das gleiche, was bereits zur Meistbegünstigungsklausel ausgeführt worden ist. Das GATS ist nicht auf die Anerkennung von Gesellschaften, sondern auf die Liberalisierung des Dienstleistungshandels gerichtet.

(4) Inländergleichbehandlung

Verpflichtet sich ein Mitgliedstaat hinsichtlich einer Gewährleistung des Marktzugangs zu einem bestimmten Dienstleistungssektor gegenüber einem anderen Mitgliedstaat, ist aus Art. XVII GATS das Gebot der Inländergleichbehandlung herzuleiten. Dieser Grundsatz resultiert aus dem Diskriminierungsverbot und ist das zweite, nach innen gerichtete Element des Diskriminierungsverbots.⁴⁴⁵ Allerdings entspricht eine Anerkennung von Gesellschaften in dem Rahmen der Inländergleichbehandlung nicht den Regelungszielen des GATS.

442 BGHZ 118, 151, (167).

443 Lehmann, RIW 2004, 816, (819).

444 Barth, EuZW 1994, 455, (456).

445 Tiedje, Nichttärfäre Handelshemmnisse in der WTO/GATT, S. 191.

3. Urteil des BGH

Der BGH hat kürzlich in der Frage, wie sich das GATS-Abkommen auf das nationale autonome Internationale Gesellschaftsrechts auswirkt, Klarheit geschaffen. In seiner Entscheidung zu der Rechtsfähigkeit Schweizer Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz hat der II. Zivilsenat des BGH festgestellt,⁴⁴⁶ dass sich aus dem GATS keine Verpflichtung zu der Anerkennung von Gesellschaften aus GATS-Mitgliedstaaten ergibt. Dies folge aus dem Zweck des GATS-Abkommens, das auf die Förderung des Dienstleistungsverkehrs gerichtet sei und nur die Mitgliedstaaten selbst betrifft; subjektive Rechte der Angehörigen des Staates begründet es dagegen nicht. Eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des nationalen Rechts⁴⁴⁷ scheitert im Übrigen daran, „dass das Übereinkommen international nicht so verstanden wird“.⁴⁴⁸ Für die Praxis ist damit geklärt, dass das GATS keinen Einfluss auf die internationalprivatrechtliche Anerkennung ausländischer Gesellschaften in dem deutschen Rechtsverkehr hat.

4. Fazit

Unter Berücksichtigung der besonderen Eigenart der juristischen Personen, d.h., dass sie ihre Existenz von einer Rechtsordnung ableiten, lässt sich zusammenfassend für den Bestand der einmal erlangten Rechtsfähigkeit feststellen:

1. Das personale Moment im Rahmen des GATS und das mit der Meistbegünstigungsklausel im Zusammenhang stehende Verständnis mit dem komparativen Kostenvorteil, lässt vermuten, die Meistbegünstigung auf die Anerkennung von Gesellschaften aus WTO-Mitgliedstaaten auszuweiten. Da bisher aber keine umfassende Pflicht zur Liberalisierung besteht, obliegt es den Mitgliedstaaten, den sie betreffenden Diensthandel auf dem nationalen Rechtsgebiet autonom zu regeln, so dass die Meistbegünstigung eine Pflicht nicht statuiert. Hinzu kommt, dass der Abbruch der Gespräche in dem Rahmen der Doha-Runde keinen momentanen Trend zu einer weiteren Liberalisierung der Handelsbeziehungen erkennen lässt. Gegen eine Regelung der Anerkennung von Gesellschaften in dem Rahmen des GATS spricht der Regelungszweck des GATS. Es zielt auf die

446 BGH, NJW 2008, 289 (290); die Entscheidung wird im Einzelnen unter Erster Teil, § 3, B, V. analysiert.

447 Vgl. BVerfG, NJW 1982, 507, 510 - *Eurocontrol I*; NJW 1982, 512, 514 - *Eurocontrol II*.

448 BGH, NJW 2008, 289 (290); Lehmann, RIW 2004, 816 ff.; Jung, NZG 2008, 681, (683).

- Liberalisierung des Dienstleistungshandels zwischen den Mitgliedstaaten ab.
2. Der Marktzugang im Rahmen des GATS stellt fest, dass eine Zugangsbe rechtigung ausländischer juristischer Personen besteht, wobei damit keine liberalen Marktzugangsbedingungen verbunden sind. Über die kollisions rechtliche Anknüpfung für die Ermittlung des Gesellschaftsstatuts wird zudem keine Aussage gemacht.
 3. Der BGH hat die Frage für die Praxis geklärt. Das GATS regelt nicht die Anerkennung von Gesellschaften aus Mitgliedstaaten. Es hat also keine Auswirkungen auf das Internationale Gesellschaftsrecht.

§ 3: Die Rechtslage in dem Verhältnis zu „nicht-privilegierten“ Drittstaaten

Der vorherige Abschnitt hat die Frage untersucht, inwiefern sich die europarecht liche Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV und das Völkervertrags recht auf die kollisionsrechtliche Behandlung von ausländischen Gesellschaften auswirken. Damit ist jedoch nicht geklärt, welche Vorgaben sich aus dem übrigen geschriebenen Recht (A.) und aus der Rechtsprechung zu der kollisions rechtlichen Behandlung von Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Drittstaaten (B.) ergeben.

A. Vorgaben aus dem übrigen geschriebenen Recht

Vorgaben könnten sich aus dem übrigen Völkerrecht wie z.B. aus Doppelbesteuerungsabkommen oder dem Völker gewohnheitsrecht ergeben (dazu I.). Des Weiteren ist zu erörtern, inwiefern das europäische Sekundärrecht Vorgaben für die kollisionsrechtliche Behandlung für Gesellschaften aus Drittstaaten aufstellt (dazu II.).⁴⁴⁹ Es ist auch denkbar, dass das Verfassungsrecht entsprechende Vorgaben für das Kollisionsrecht der Gesellschaften aus Drittstaaten enthält (dazu III.). Gleichermaßen gilt auch für das autonome Kollisionsrecht (dazu IV.). Zweck des Abschnitts A. ist es also zu prüfen, ob neben den angesprochenen „Meilensteinen“ des § 2 weitere Vorgaben für die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Drittstaaten bestehen. Unter V. setzt sich die Arbeit mit der Frage auseinander, ob die Rechtsprechung oder der Gesetzgeber

449 Vgl. MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 10.

unter verfassungsrechtlichen und gesetzespolitischen Gesichtspunkten der beste Regelungsgeber ist.

I. Völkerrechtliche Vorgaben

Als völkerrechtliche Vorgaben kommen neben völkerrechtlichen Verträgen (unter 1.) auch völkerrechtliche Grundsätze und Völkergewohnheitsrecht in Betracht (unter 2.).

1. Völkerrechtliche Verträge

Die Frage, wie sich der AEUV und bestimmte bi- und multilaterale Staatsverträge auf die kollisionsrechtliche Behandlung auswirken, ist oben behandelt worden.⁴⁵⁰ Andere völkerrechtliche oder supranationale Kollisionsnormen für gesellschaftsrechtliche Fragestellungen sind momentan nicht ersichtlich. So ist z.B. das Haager Übereinkommen über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit von ausländischen Gesellschaften, Personenverbindungen und Stiftungen vom 31.10. 1951⁴⁵¹ nicht in Kraft getreten und wird auch nicht in Kraft treten.⁴⁵² Ebenso haben Doppelbesteuerungsabkommen⁴⁵³ keine zivilrechtliche und damit auch keine international-privatrechtliche Wirkung.⁴⁵⁴ Zivilrechtliche Anerkennung und steuerrechtliche Anerkennung sind vielmehr unterschiedlich zu beurteilen. Die Steuerfähigkeit ausländischer Gesellschaften richtet sich nicht nach der Rechtsfähigkeit im zivilrechtlichen Sinne.⁴⁵⁵ Sie orientiert sich an rein steuerrechtlichen Kriterien, die *idealiter*, aber nicht zwangsläufig denen des Zivilrechts entsprechen. Das ausländische Unternehmen muss in Struktur und Aufbau mit den in §§ 1-3 KStG als steuerfähig anerkannten Objekten des deutschen Rechts vergleichbar sein.⁴⁵⁶ Steuerrechtliche Anerkennung richtet sich also nach Steuerrecht, internationalprivatrechtliche Anerkennung nach Zivilrecht. Eine Gleichsetzung von

450 Dazu Erster Teil, § 2.

451 Abgedruckt in: RabelsZ 17 (1952), 277 – Art. 1-9.

452 Staudinger-*Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 141; *Ebke*, in: FS 50 Jahre BGH, 799, (803).

453 Vgl. *Stein*, Doppelt ansässige Kapitalgesellschaften.

454 Staudinger-*Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 225; *Großfeld*, Basisgesellschaften, 45; vgl. *Stein*, Doppelt ansässige Kapitalgesellschaften – Besteuerung und Niederlassungsfreiheit.

455 *Großfeld*, Unternehmensrecht, 246.

456 *Großfeld*, Unternehmensrecht, 247.

steuerrechtlicher Anerkennung und zivilrechtlicher Anerkennung ist nicht möglich.

2. Völkerrechtliche Grundsätze und Völkergewohnheitsrecht

Ein allgemeiner völkerrechtlicher Grundsatz, die Rechtsfähigkeit ausländischer Gesellschaften im Inland anzuerkennen, besteht nicht.⁴⁵⁷ Dies entspricht der grundsätzlichen Wertung des Völkerrechts, wonach kein Staat die Regeln eines anderen Staates auf seinem Territorium beachten muss. In dem Verhältnis der einzelnen Staaten zueinander gilt das Territorialitätsprinzip, d.h. hoheitliche Akte auf dem Gebiet eines anderen Staates sind ohne dessen Einwilligung verboten. Das Territorialitätsprinzip basiert auf dem Grundsatz der Souveränität der einzelnen Staaten. Ausnahmen von dieser Regel sind jedoch im Einzelfall möglich.⁴⁵⁸ Festzuhalten bleibt, dass sich aus dem Völkerrecht jenseits solcher Verträge mit Kollisionsrechtlichem Gehalt keine Vorgaben für die Anerkennung ausländischer Gesellschaften im Inland herleiten lassen.

II. Vorgaben aus dem europäischen Sekundärrecht

Möglicherweise bestehen Vorgaben aus dem europäischen Sekundärrecht für die Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten. Nach Auffassung von *Kindler* sprechen einige Gründe dafür, dass europäisches Sekundärrecht in Form von Richtlinien gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten zur Anwendung zu bringen ist. Kollisionsrechtlich bedeutet dies, dass sich der deutsche Gesetzgeber nicht ohne Berücksichtigung des europäischen Sekundärrechts der Gründungstheorie gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten zuwenden darf.⁴⁵⁹

457 Staudinger-*Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 165; *Großfeld*, BerDt-GesVölkR 18 (1978), 73 (130); *Ebke*, in: Sandrock/Wetzler, 101 (113 f.); *Ebke*, in: FS 50 Jahre BGH, 799 (803 f.).

458 *Großfeld*, Unternehmensrecht, 29 f.

459 MüKo-*Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 10.

1. Standpunkt von Kindler

Diese Folgerung entnimmt *Kindler* aus der *Ingmar*-Entscheidung des EuGH⁴⁶⁰, worin der EuGH zwingendem Richtlinienprivatrecht den Vorrang gegenüber drittstaatlichem Recht eingeräumt hat. Die Voraussetzungen dafür seien, dass

1. die fraglichen Normen der Niederlassungsfreiheit dienen,
2. sie einen unverfälschten Wettbewerb in dem Binnenmarkt schützen sollen und
3. der Sachverhalt einen starken Unionsbezug aufweist.⁴⁶¹

Es stellt sich die grundsätzliche Frage, ob europäisches Richtlinienrecht auf Drittstaatsachhalte Anwendung findet. Es ist zu erwägen, ob der EuGH mit der *Ingmar*-Entscheidung ein europäisches (Gesellschafts-)Kollisionsrecht geschaffen hat, ohne dies beabsichtigt zu haben.⁴⁶² Es ist folglich zu überlegen, ob diese Entscheidung des EuGH auf das Gesellschaftsrecht übertragen werden kann. Die Konsequenz wäre, dass das zwingende Gesellschaftsrichtlinienrecht auf drittstaatliche Gesellschaften anzuwenden wäre, falls der Sachverhalt einen starken Bezug zu dem europäischen Binnenmarkt aufweist. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn die drittstaatliche Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in der EU bzw. eine Zweigniederlassung in der EU hätte.⁴⁶³ Folglich könnte europäisches Recht auf Drittstaaten-Gesellschaften angewandt werden.

Laut *Kindler* sind die Voraussetzungen für die Anwendung des zwingenden europäischen Gesellschaftsrichtlinienrechts auf Drittstaaten-Gesellschaften gegeben. Zunächst diene das Gesellschaftsrichtlinienrecht der EU der Niederlassungsfreiheit, was sich aus Art. 50 Abs. 2 g) AEUV ergebe.⁴⁶⁴ Es sei offensichtlich, dass das europäische Gesellschaftsrichtlinienrecht der Wettbewerbsgleichheit der Unternehmen diene.⁴⁶⁵ Dies war und ist einer der Grundgedanken der Rechtsharmonisierung.⁴⁶⁶ Zudem sei bei tatsächlichem Verwaltungssitz in der

460 EuGH, BB 2001, 9 ff. (*Ingmar*): Der EuGH legte fest, Art. 17 und 18 der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter, die dem Handelsvertreter nach Vertragsbeendigung gewisse Ansprüche gewähren, auch dann anzuwenden sind, wenn der Handelsvertreter seine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt hat, der Unternehmer seinen Sitz aber in einem Drittland hat und der Vertrag vereinbarungsgemäß dem Recht dieses Landes unterliegt.

461 EuGH, BB 2001, 9 ff.

462 Reithmann/Martiny-Freitag, Int. Vertragsrecht, Rn 547, der davon ausgeht, dass sich die Grundsätze der Entscheidung bereits zu einem marktabgrenzenden Kollisionsrecht verallgemeinern ließen.

463 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 10.

464 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 10; vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 23 zur SE-VO, betreffend die SE-Beteiligungsfähigkeit von Gesellschaften ohne Hauptverwaltung in der EU.

465 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 10.

466 Habersack, Europ. GesR, Rn 15.

EU ein starker Unionsbezug gegeben. Dies ergebe sich aus der Anknüpfung an den Hauptverwaltungssitz der Gesellschaft in Art. 54 AEUV.⁴⁶⁷ In diesem Fall sei im Interesse der Einheitlichkeit des Gesellschaftsstatuts sei davon auszugehen, dass ausländische drittstaatliche Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz insgesamt dem inländischen Recht zu unterstellen, d.h. unter Einschluss der nicht auf EU-Recht beruhenden Materien.⁴⁶⁸

2. Stellungnahme

Zunächst muss der EU die Zuständigkeit für die Regelung von gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten mit Drittstaaten zukommen, wenn der Inhalt der *Ingmar*-Entscheidung auf das Internationale Gesellschaftsrecht übertragen werden soll. Sie muss also die Außenkompetenz auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes innehaben. Wie bereits dargelegt⁴⁶⁹ steht der EU im Rahmen der AETR-Doktrin die Außenkompetenz in diesem Bereich grundsätzlich gemäß Art. 217 AEUV zu.⁴⁷⁰ Selbst wenn man der Union keine umfassende Kompetenz auf diesem Gebiet zubilligen will, ist ihr zumindest insoweit eine konkurrierende Zuständigkeit zu dem Abschluss von Staatsverträgen mit Drittstaaten in dem Bereich des Gesellschaftsrechtes zuzuerkennen.⁴⁷¹ Aktiviert die Union ihre Außenkompetenz, entsteht für die Mitgliedstaaten in diesem Bereich eine Kompetenzsperrre, die ihnen die Zuständigkeit auf dem Gebiet des Gesellschaftskollisionsrechtes entzieht.⁴⁷² Käme der EU hingegen keine Außenkompetenz zu, so wäre die innerhalb der Union bestehende Harmonisierung durch potentiell divergierende Staatsverträge des einzelnen Mitgliedstaates mit den zu assoziierenden Drittstaaten gefährdet.⁴⁷³

Dieser Schluss hinsichtlich der Gefährdung der Harmonisierung lässt sich jedoch auf die Zuständigkeit für den Erlass von Richtlinienrecht gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten, die in der EU niedergelassen sind, nicht übertragen. Denn eine Erleichterung des die Grenzen des Binnenmarkts überschreitenden Rechtsverkehrs wird – wie Art. 44 Abs.2 g) AEUV es fordert – nicht direkt erreicht.⁴⁷⁴ Die Regelungskompetenz ergibt sich vielmehr aus einer anderen Überlegung: Gesellschaften aus Mitgliedstaaten sollen bei dem Zugang zu einem anderen Mitgliedstaat bzw. bei dem grenzüberschreitenden Binnenverkehr nicht

467 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 10.

468 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 71.

469 Dazu Erster Teil, § 2, E., III., 5., b), (1).

470 Weller, ZGR 2006, 748 (757 ff.); vgl. auch allgemein, Kreuzer, RabelsZ 2006, 1 (18).

471 Vgl. allgemein v. d. Groeben/Schwarze-Tomuschat, EGV, Art. 300, Rn 5 ff.

472 Weller, ZGR 2006, 748 (761).

473 Weller, ZGR 2006, 748 (761).

474 Grundmann, Europ. GesR, Rn 810.

gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten benachteiligt werden.⁴⁷⁵ Insofern ergibt sich die Kompetenz der EU weniger aus dem Harmonisierungsgedanken, sondern vielmehr aus der Zielsetzung der EU, Gesellschaften aus Mitgliedstaaten in dem innereuropäischen Raum die bestmögliche Behandlung zukommen zu lassen bzw. eine Diskriminierung innereuropäischer Gesellschaften zu vermeiden.

Da dem europäischen Gesetzgeber die Regelungskompetenz für gesellschaftsrechtliche Sachverhalte gegenüber Drittstaaten zusteht, ist zu überlegen, inwiefern er von seiner Rechtssetzungsmacht durch Richtlinien Gebrauch gemacht hat. Daher sind die bisher ergangenen Richtlinien danach zu untersuchen, ob sie Gesellschaften aus Drittstaaten erfassen. Als Beispiel für die ausdrückliche Erwähnung von Gesellschaften aus Drittstaaten lässt sich die Elfte Richtlinie, die sog. Zweigniederlassungsrichtlinie, anführen.⁴⁷⁶ Die §§ 7-10 betreffen die Errichtung von Zweigniederlassungen von Gesellschaften aus Drittstaaten.⁴⁷⁷ Diese sehen für Gesellschaften aus Drittstaaten eine Offenlegungspflicht vor, um auch insofern eine Mindestharmonisierung zu erreichen.⁴⁷⁸ Zwar bestehen Unterschiede zu den Publizitätspflichten von mitgliedstaatlichen Gesellschaften (z.B. Angaben über die Gesellschafter und die Unterlagen der Rechnungslegung), die Anwendung von europäischem Recht auf eine drittstaatliche Gesellschaft wird aber ausdrücklich angeordnet. Diese ausdrückliche Einbeziehung von Drittstaaten-Gesellschaften ist – soweit ersichtlich – bei anderen Richtlinien nicht der Fall. Deswegen muss mangels vorhandener Rechtsprechung zu Richtlinien im Gesellschaftsrecht untersucht werden, inwiefern der Zweck der Richtlinien die Einbeziehung gebietet. Zweck der Richtlinien bzw. des europäischen Gesellschaftsrechts ist es, grenzüberschreitende Tätigkeit im Binnenmarkt zu erleichtern oder zu ermöglichen. Dafür soll nationales Recht abgebaut werden (Deregulierung), harmonisiert und damit in der Schutzrichtung beibehalten und fortentwickelt werden (Regulierung).⁴⁷⁹

Obwohl Drittstaaten-Gesellschaften in den anderen Richtlinien zu dem Gesellschaftsrecht nicht explizit erwähnt werden, muss die Argumentation des EuGH in der Rechtssache *Ingmar* berücksichtigt werden. Danach ist bei „starkem Unionsbezug“ zwingendes europäisches Richtlinienrecht anwendbar. Ob dies jedoch im Gesellschaftsrecht der Fall ist, ist angesichts der oben vorgebrachten Argumente zweifelhaft. Vielmehr obliegt es dem Gesetzgeber, das Gesellschaftsrecht gegenüber Drittstaaten bei entsprechendem Unionsbezug für anwendbar zu erklären. Letztlich bleibt die weitere Rechtswicklung wie z.B. durch die Rechtsprechung des EuGH abzuwarten.

475 Vgl. *Grundmann*, Europ. GesR, Rn 810 für die Art. 8 f. der Zweigniederlassungsrichtlinie.

476 Abgedruckt in: *Habersack*, Europ. GesR, 119.

477 *Grundmann*, Europ. GesR, Rn 810.

478 *Habersack*, Europ. GesR, 110.

479 *Grundmann*, Europ. GesR, Rn 31.

Gegen eine Anwendung des europäischen Richtlinien-Gesellschaftsrechts auf Gesellschaften aus Drittstaaten spricht jedoch, dass die europäischen Sekundärrechtsakte wie Verordnungen und Richtlinien ihren örtlichen Anwendungsbereich in der Regel bestimmen. Beispielsweise stellen Art. 2 Rom I-VO und Art. 3 Rom II-VO ausdrücklich klar, dass sich ihr Anwendungsbereich nicht nur auf mitgliedstaatliches, sondern auch auf drittstaatliches Recht erstreckt. Dies ist bei den Sekundärrechtsakten im Europäischen Gesellschaftsrecht regelmäßig nicht der Fall. Hätte der europäische Gesetzgeber dies beabsichtigt, so wäre eine ausdrückliche Anordnung in den Sekundärrechtsakten erforderlich.

Sicher ist zu dem gegenwärtigen Zeitpunkt, dass es sich für den deutschen Gesetzgeber empfiehlt, eine Regelung in seinem Gesellschaftskollisionsrecht zu treffen. Ein Warten auf den europäischen Gesetzgeber erscheint insofern nicht angezeigt, als sich die Rechtsunsicherheit in der Praxis vergrößern würde. Zudem ist unklar, ob sich das für 2014 geplante Grünbuch zum Internationalen Gesellschaftsrecht auch auf drittstaatliche Gesellschaften erstrecken wird.⁴⁸⁰ Der gegenwärtige Zeitpunkt nach der Reformierung des nationalen Sachrechts durch das MoMiG scheint daher ideal, um sach- und kollisionsrechtliche Veränderungen in Abstimmung vorzunehmen. Der Entwurf der Spezialkommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht schlägt eine solche vor.⁴⁸¹ Momentan steht aber in jedem Fall fest, dass das Europäische Sekundärrecht im Bereich des Gesellschaftsrechts keine Vorgaben für die kollisionsrechtliche Beurteilung von Gesellschaften aus Drittstaaten trifft.

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Anerkennung ausländischer Gesellschaften könnten sich aus dem grundrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG ergeben. Für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf ausländische juristische Personen stellen sich zwei Fragen. Erstens könnte es sich bei der Ausländereigenschaft um einen sachlichen Grund⁴⁸² handeln, der womöglich eine Unterscheidung von inländischen und ausländischen juristischen Personen rechtfertigt. Mit dieser Überlegung hängt auch der zweite Problemkreis in diesem Kontext zusammen. Denn es stellt sich zunächst die Frage, ob Art. 19 Abs. 3 GG die Gewährleistung der Grundrechte ausschließlich auf inländische juristische Personen beschränken wollte.

480 Siehe Erster Teil, § 2, E., III., 5., b), (3).

481 Vgl. Sonnenberger/Bauer, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 1 ff.

482 Vgl. BVerfGE 116, 135, 161 = NJW 2006, 3701, 3705; vgl. Maunz/Dürig-Herzog, Art. 3 Anh. Rn 3.

Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte „auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“⁴⁸³. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass der Gesetzgeber damit dem Wortlaut nach die Gewährleistung der Grundrechte nicht auf ausländische juristische Personen ausdehnen wollte.⁴⁸⁴ Ausländische juristische Personen, die sich inländischer Kontrolle entziehen und starken ausländischen Einflüssen unterliegen, sollten nicht subjektive Rechte mit Verfassungsrang erhalten.⁴⁸⁵ Deutschland sollte außerdem ein Spielraum bei Staatsverträgen verbleiben.⁴⁸⁶ Deshalb sind die Gewährleistungen der materiellen Grundrechte nach Art. 19 Abs. 3 GG nicht auf ausländische juristische Personen anwendbar.⁴⁸⁷

Was das sachliche Differenzierungskriterium betrifft, ist anzumerken, dass Sachverhalte, die Gesellschaften aus einem anderen EU-Staat betreffen, mit Gesellschaften aus Drittstaaten wesentlich ungleich sind. Demzufolge kann Art. 3 Abs. 1 GG die Gleichbehandlung nicht fordern.⁴⁸⁸ Gleichermaßen gilt für die Ungleichbehandlung von Gesellschaften aus staatsvertraglich privilegierten Staaten und solchen aus Staaten, mit denen kein bi- oder multilaterales Abkommen besteht.⁴⁸⁹ Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Anerkennung von Gesellschaften aus nicht-privilegierten Drittstaaten bestehen folglich nicht.⁴⁹⁰

IV. Kollisionsrechtliche Vorgaben

Aus dem Kollisionsrecht bestehen für die Anerkennung ausländischer Gesellschaften keine kollisionsrechtlichen Vorgaben, vgl. Art. 1 Abs. 2 f) Rom I-VO, Art. 1 Abs. 3 d) Rom II-VO. Die alte Regelung des Art. 10 EGBGB berührte mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer rechtsfähiger Vereinigungen

483 Vgl. BVerfGE 95, 220; vgl. auch Kruchen, Europäische Niederlassungsfreiheit und 'inländische' Kapitalgesellschaften im Sinne von Art. 19 Abs. 3 GG.

484 BVerfGE 21, 207, 209; 22, 229 (236); BGH, WM 1980, 714 (716) m Anm Ebke/Neumann JZ 1980, 652 ff.; Isensee/Kirchhof-Isensee, Band V, § 118 Rn 44; vgl. auch Maunz/Dürig-Remmert, GG, Art. 19 Rn 88; a.A. BK-v. Mutius, Art. 14 Rn 49.

485 Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 1036.

486 Stern, in: FS Seidl-Hohenfeldern, 587.

487 Zu berücksichtigen ist jedoch grundsätzlich, dass die Verfahrens- und Prozeßgrundrechte nach Art. 17, 19 Abs. 5, 101 Abs. 1, 103 Abs. 1 GG auch für ausländische juristische Personen gelten; s. hierzu BVerfGE 35, 382 (399); 45, 168 (180).

488 Ebke, JZ 2003, 927 (930); Ebke, in: Sandrock Wetzler, 101 (115 f.); Ebke, in: FS Thode, 595 (611 f.).

489 Ebke, JZ 2003, 927 (930); Ebke, in: Sandrock Wetzler, 101 (115 f.).

490 Ebke, in: FS Hellwig, 117 (134f.); Jestädt, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, 234.

nur einen begrenzten Sonderfall.⁴⁹¹ Die aktuelle Fassung des Art. 1 Abs. 2 f) Rom I-VO ordnet lediglich an, dass die Vorschriften über das Internationale Privatrecht der vertraglichen Schuldverhältnisse auf Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Personen nicht anzuwenden sind. Diese fehlende Regelung resultierte ursprünglich aus dem Drängen des Auswärtigen Amtes, wonach bei dem Entwurf des BGB und EGBGB (*ex* Art. 27 Abs. 2 EGBGB) auf die gesetzliche Regelung zugunsten staatsvertraglicher Regelungen verzichtet werden sollte.⁴⁹² In jüngerer Vergangenheit hat der Gesetzgeber eine Kodifizierung des Internationalen Gesellschaftsrechts unterlassen, weil er den Harmonisierungsbestrebungen der EU nicht vorgreifen wollte.⁴⁹³ Das auf *ex* Art. 293 EGV gestützte EWG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29.2.1968⁴⁹⁴ war zwar in den Blick des Gesetzgebers gerückt, die Niederlande hatten aber das Abkommen nie ratifiziert, so dass es nicht in Kraft trat.⁴⁹⁵ Angesichts der Rechtsprechung des EuGH ist eine entsprechende Richtlinie auch nicht mehr notwendig. Für die Frage der kollisionsrechtlichen Behandlung der Drittstaaten helfen diese Überlegungen nicht weiter. Kollisionsrechtliche Vorgaben für die Anerkennung von Gesellschaften aus Drittstaaten bestehen demnach nicht. Für diese gilt die aktuelle Rechtsprechung des BGH im Sinne der modifizierten Sitztheorie.⁴⁹⁶

V. Gesetzespolitische Überlegungen über den besten Regelungsgeber

Aus dem Vorhergesagten ergibt sich, dass höherrangige Normen keine Vorgaben an die inhaltliche Ausgestaltung der Anerkennungsfrage im Internationalen Gesellschaftsrecht stellen. Im Folgenden untersucht die Arbeit die gesetzespolitischen Gründe, die für eine Lösung durch den Gesetzgeber oder für eine Beantwortung der Frage durch die Rechtsprechung anzuführen sind. Es ist zu prüfen, ob die bislang richterrechtliche Regelung der Anerkennungsfrage nicht doch besser von dem Gesetzgeber übernommen werden sollte. Dazu soll in zwei Schritten vorgegangen werden. Zunächst ist zu überlegen, ob zwingende Vorgaben für ein Handeln des Gesetzgebers bestehen. Falls man diese Frage verneint, ist auf der

491 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 4; Ebke, in: FS 50 Jahre BGH, 799 (802).

492 Dazu Erster Teil, § 1, A., III., 2.

493 BT-Drs. 10/504, 29.

494 BGBl. II 1972, 369.

495 Ebke, in: FS 50 Jahre BGH, 799 (803).

496 Vgl. BGH, NJW 2009, 289 ff.

zweiten Ebene zu prüfen, ob es gesetzgeberisch – unabhängig von rechtlichen Vorgaben – zu verantworten ist, dass der Gesetzgeber nicht handelt.

1. Zwingende Vorgaben für ein Handeln des Gesetzgebers?

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber in diesem Bereich zwingend handeln muss. Zu fragen ist, ob es ihm möglich ist, seine Regelungshoheit in der Frage nach der kollisionsrechtlichen Behandlung von ausländischen juristischen Personen auf die Gerichte zu übertragen. Dies hat er bis dato durch die Regelung in ex Art. 37 Nr. 2 EGBGB (Art. 1 Abs. 2 f) Rom I-VO, Art. 1 Abs. 2 d) Rom II-VO) getan.

Das deutsche Grundgesetz bindet in Art. 20 Abs. 3 GG Exekutive und Judikative an Gesetz und Recht. Art. 97 Abs. 1 GG stellt zudem klar, dass die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sind. Daher wird angenommen, dass die Normsetzung der Legislative obliegt. Die Judikative hingegen soll die gesetzgeberischen Entscheidungen nur auf den konkreten Fall anwenden. Nach der grundgesetzlichen Aufgabenteilung ist prinzipiell allein der Gesetzgeber zu politischen Entscheidungen befugt. Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit diese Rangordnung noch eingehalten ist, wenn der Gesetzgeber sich in (Teil-)Bereichen seiner Verantwortung entzieht. Die bis dato fehlende Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts delegiert somit einen Teil der gesetzgeberischen Verantwortung in einem für das Internationale Unternehmensrecht zentralen Bereich auf die Rechtsprechung.⁴⁹⁷ Durch sein Nichthandeln in dem Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts⁴⁹⁸ hat der Gesetzgeber seine politische Entscheidungsbefugnis auf die Rechtsprechung übertragen, ohne dass letztere in vergleichbarer Weise demokratisch legitimiert oder politisch verantwortlich ist.⁴⁹⁹ Der Richter wird somit zu einem „Ersatzgesetzgeber“.⁵⁰⁰ Es stellt sich damit die Frage, ob sich der Gesetzgeber seiner Verantwortung auf diesem Gebiet unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten entziehen und den Rechtsuchenden auf die richterliche Rechtsfortbildung verweisen kann.

497 Vgl. Hirsch, JZ 2007, 853 (855).

498 Vgl. Art. 37 Nr. 2 EGBGB a.F.

499 Kramer, Methodenlehre, 260.

500 Söllner, ZG 1995, 1.

a) Wesentlichkeitstheorie für das Internationale Privatrecht?

Zu überlegen ist, ob die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Wesentlichkeitstheorie⁵⁰¹ eine Grenze für die richterliche Rechtsfortbildung in dem Bereich des Internationalen Gesellschaftsrecht zieht. Danach sind grundlegende Regelungsbereiche durch ein förmliches Gesetz zu legitimieren, damit das staatliche Handeln Transparenz erhält, die parlamentarische Opposition beteiligt wird und die Betroffenen und die Gesellschaft Gelegenheit erhalten, ihre Auffassungen und Interessen auszubilden und zu vertreten.⁵⁰² Die Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung wird u.a. verneint, soweit eine gesetzgeberische Entscheidung unmittelbar bevorsteht, die eine für die Grundrechtsausübung wesentliche Frage regelt.⁵⁰³ Gleches gilt, wenn der gegenwärtige Gesetzgeber eine solche richterliche Rechtsfortbildung erkennbar ablehnt.⁵⁰⁴ Darüber hinaus kommen die Prinzipien der Gewaltenteilung, der Gesetzesbindung und der Rechtssicherheit als verfassungsrechtliche Grenzen in Betracht.

Für die Wesentlichkeit einer Angelegenheit spricht, dass es sich bei dem betroffenen normativen Bereich um einen solchen handelt, der für die Grundrechtsausübung relevant ist.⁵⁰⁵ Eine Beeinträchtigung der Grundrechte scheidet jedoch für ausländische Gesellschaften aus. Der Gesetzgeber wollte entsprechend Art. 19 Abs. 3 GG den Schutz der materiellen Grundrechte nicht auf ausländische Gesellschaften ausdehnen.⁵⁰⁶

b) Gewaltenteilung und demokratische Legitimation

In engem Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitstheorie stehen das Prinzip der Gewaltenteilung und die Frage der ausreichenden demokratischen Legitimation. Der Grundsatz der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 2 GG bietet in dem Bereich der gesetzeskonkretisierenden und -ergänzenden Rechtsfortbildung wenig Anhaltspunkte, da im Bezug auf die Kompetenz nicht in die Rechtsetzungsprärogative des Gesetzgebers eingegriffen wird, sondern nur ein vorgesehener Wertungsraum ausgefüllt wird (sog. Delegationsnorm).⁵⁰⁷

501 BVerfGE 49, 86 (126); 61, 260 (275); 77, 170 (230 ff.).

502 BVerfGE 49, 86 (126); Jarass/Pierothen-Pierothen, GG, Art. 10 Rn 46 ff.

503 Vgl. ursprünglich in dem Verhältnis zu der Exekutive BVerfGE 49, 86 (126) sowie später auch in dem Verhältnis zu der Judikative BVerfGE 84, 212 und 88, 103. Dazu Söllner, ZG 1995, 1 (2 f); Rüthers, Rechtstheorie, Rn 254.

504 Vgl. Wank, ZGR 1988, 314 (323) m.w.N.

505 BVerfGE 49, 86 (129).

506 Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 1036.

507 Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 188.

Grundlegende Umgestaltungen des geltenden Rechts bedürfen einer Entscheidung der Legislative.⁵⁰⁸ Bisher ist - mangels Handelns des nationalen Gesetzgebers⁵⁰⁹ - die Rechtsprechung für den wichtigen Rechtsbereich des Internationalen Gesellschaftsrechts dazu berufen, die von dem Gesetzgeber gewählte Lücke auszufüllen. Die rechtliche Entscheidung ist damit in die Hände der Rechtsprechung gelegt. Einen Eingriff in die von dem Grundgesetz vorgesehenen Gewaltenteilung nach Art. 20 Abs. 2 GG kann deshalb in der richterlichen Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts nicht gesehen werden.

Unabhängig davon könnte die eingeschränkte demokratische Legitimation der Richter als verfassungsrechtlich problematisch betrachtet werden.⁵¹⁰ Mit Ausnahme von den gewählten Bundesrichtern besitzen Gerichte in Deutschland im Gegensatz zu dem Parlament nur eine sehr eingeschränkte demokratische Legitimation. Der Ernennungsakt durch einen Minister reicht für die Vermittlung demokratischer Legitimation zudem nicht aus, da dieser seinerseits ebenfalls nicht direkt gewählt wurde.⁵¹¹ Daher besteht nur eine mittelbare demokratische Legitimation des Richters, die der richterlichen Rechtsfortbildung entgegenstehen könnte.⁵¹² Dieser Einwand greift indes nicht durch, da die richterliche Rechtssetzung und -fortbildung zu einem gewissen Maße unvermeidbar ist. Eine vollständige Normsetzung durch den Gesetzgeber ist allein technisch nicht möglich und auch im Hinblick auf eine spätere Rechtsermittlung und -anwendung nicht wünschenswert. Insofern ist die Trennlinie dergestalt zu ziehen, dass der Richter keine politischen Entscheidungen treffen, sondern nur juristische Fragen beantworten darf.⁵¹³ Eine solche Abgrenzung wird dem Prinzip der Gewaltenteilung und dem Zusammenhang mit richterlicher Unabhängigkeit und fehlender Abwählbarkeit des Richters am ehesten gerecht.⁵¹⁴

Inwiefern die Anerkennung ausländischer Gesellschaften eine politische oder nur eine rein juristische Frage ist, ist schwierig zu entscheiden. In jedem Fall signalisiert sie eine politische Grundhaltung, wonach die Anerkennung grundsätzlich Liberalität und Weltoffenheit, die Nichtanerkennung ausländischer Gesellschaften hingegen einen gewissen Protektionismus und eine Tendenz zu der Abschottung des nationalen Marktes offenbart.⁵¹⁵ Diese Frage hat also eine politische „Dimension“, die nicht verneint werden kann. Zwar ist die demokrat-

508 Wank, ZGR 1988, 314 (351); Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 233 jeweils m.w.N.

509 Vgl. aber zum geplanten Grünbuch der europäischen Kommission zum Internationalen Gesellschaftsrecht: Erster Teil, § 2. E., III., 5., (b), (3).

510 Kritisch Meier-Hayoz, JZ 1981, 417 (422).

511 Insofern lässt sich aus den Bestellungsverfahren gemäß Art. 94 Abs. 1, 95 Abs. 2 GG eine besondere Legitimität ableiten, die andere Richter nicht aufweisen. Siehe Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 203.

512 Siehe eingehend Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 221 f.

513 Vgl. Diederichsen, Flucht des Gesetzgebers, 60 ff.

514 Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 221.

515 Vgl. Ebke, JZ 2003, 927: „Die wahre Liberalität ist Anerkennung.“

sche Legitimation des einzelnen Richters als Regelungsgeber im Internationalen Gesellschaftsrecht nicht hinterfragt werden. In jedem Fall ist es positiv zu bewerten, dass mit dem Referentenentwurf⁵¹⁶ zum Internationalen Gesellschaftsrecht eine gesetzliche Regelung ins Auge gefasst worden ist.

c) Ergebnis

Es bestehen also keine zwingenden verfassungsrechtlichen Vorgaben für ein Handeln des Gesetzgebers. Er ist unter verfassungsrechtlichen Aspekten nicht verpflichtet, in dem Bereich des Internationalen Gesellschaftsrecht zugunsten von drittstaatlichen Gesellschaften eine Regelung zu treffen.

2. Nichthandeln als Ausdruck guter Gesetzgebung (*Good Governance*)?

Obwohl der Gesetzgeber unter verfassungsrechtlichen Aspekten nicht zwingend verpflichtet ist, in dem Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts tätig zu werden, ist zu überlegen, ob es gesetzgeberisch zu verantworten ist, dass er nicht handelt. Dabei handelt es sich weniger um eine dogmatische als vielmehr um eine gesetzespolitische Betrachtung. Es ist zu überlegen, ob das Nichthandeln dem Prinzip der „*Good Governance*“⁵¹⁷ widerspricht. Für ein Handeln des Gesetzgebers spricht, dass eine eindeutige Festlegung auf die Gründungstheorie für sämtliche Gesellschaften zu einer Senkung der Transaktionskosten führen könnte. Die ausländischen Unternehmen könnten trotz eines deutschen Tätigkeits schwerpunkts an ihrer Rechtsform festhalten, ohne eine deutsche Tochtergesellschaft gründen zu müssen. Die damit verbundene Rechtssicherheit ist hoch zu gewichten. Infolge der europarechtlichen Implikationen aufgrund der EuGH-Rechtsprechung und der Reaktionen des BGH ist im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht eine unklare Rechtslage entstanden. Die angesprochenen Entscheidungen haben den Streit um die kollisionsrechtliche Beurteilung von vielen Instituten des Gesellschaftsrechts verstärkt.⁵¹⁸ In dem Verhältnis zu den EU- und EWR-Mitgliedstaaten findet die Gründungstheorie Anwendung, während vorbe-

516 Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht abrufbar unter: http://www.bmj.de/files/-/2751/RefE_Gesetz_zum_Internationalen_Privatrecht_der_Gesellschaften,_Vereine_und_juristischen_Personen.pdf; vgl. dazu ausführlicher unter Zweiter Teil, § 2.

517 Vgl. Dolzer/Herdegen/Vogel, *Good Governance – Gute Regierungsführung im 21. Jahrhundert*.

518 Vgl. Ebke, in: FS Thode, 593 ff.; Schneider, BB 2008, 566 (567) m.w.N.

haltlich etwaiger Staatsverträge gegenüber allen anderen Staaten die modifizierte Sitztheorie gilt.⁵¹⁹ Insofern besteht für die deutsche (Außen-)Wirtschaft sowie die deutschen Handelspartner momentan eine missliche Lage. Zu begrüßen ist deshalb das Bemühen des Gesetzgebers, diese Unsicherheit mit einer Ergänzung des EGBGB zu beseitigen. Mit der Festschreibung im EGBGB wird der Anachronismus einer fehlenden Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts beseitigt. Berücksichtigt man, dass die in dem EGBGB behandelten Sachgebiete Gegenstand europäischer Vereinheitlichungsbestrebungen waren und sind,⁵²⁰ so ist es zugleich verständlich, dass der Gesetzgeber einen gewissen Zeitraum nach den grundlegenden Urteilen des EuGH mit einer Regelung zum Internationalen Gesellschaftsrecht gewartet hat. Die anstehende Neuregelung könnte in jedem Fall ein höheres Maß an Rechtssicherheit schaffen, das von der Wirtschaft angesichts der Luxemburger „Paukenschläge“ dringend erwartet wird.⁵²¹

Blockiert wird die angestrebte Kodifikation jedoch von den Gewerkschaften, die um ihren Einfluss über die Unternehmerische Mitbestimmung fürchten.⁵²² Der angestrebte Referentenentwurf ist bisher nicht verabschiedet worden. Die Gewerkschaften scheinen ihren vorhandenen politischen Einfluss genutzt zu haben, um die Kodifikation des Gesellschaftsrechts auszubremsen. Ob damit das letzte Wort über den Referentenentwurf gesprochen ist, bleibt abzuwarten. Unter dem Aspekt der *Good Governance* wäre es sinnvoll, wenn der deutsche Gesetzgeber sich zu der Kodifikation in dem Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts durchringen könnte.

VI. Zwischenergebnis

Es bestehen folglich keine Vorgaben aus dem geschriebenen Recht für die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten, wenn man von den einzelnen bilateralen Staatsverträgen mit kollisionsrechtlichem Gehalt absieht. Zwar obliegt die Frage der Anerkennung ausländischer Gesellschaften gemäß ex Art. 37 Nr. 2 EGBGB (Art. 1 Abs. 2 f) Rom I-VO, Art. 1 Abs. 2 d) Rom II-VO) der Judikative, unter dem Aspekt der Good Governance wäre aber ein Handeln des deutschen Gesetzgebers zu begrüßen. Bevor die Arbeit die denkba-

519 BGH, NJW 2009, 289 ff.

520 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 4; vgl. den Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM (2010), 171 zum für das Jahr 2014 geplanten Grünbuch zur Vereinheitlichung des anwendbaren Rechts in Bezug auf Unternehmen, Vereinigungen und andere juristische Personen, S. 26.

521 Vgl. Goette, DStR 2009, 63; Rotheimer, NZG 2008, 181 (182); Schneider, BB 2008, 566 ff.

522 Vgl. zu der Position des DGB, Seyboth, AuR 2008, 132 ff.; vgl. auch Wöhlt, GWR 2009, 161.

ren Optionen für ein zukünftiges autonomes deutsches Internationales Gesellschaftsrecht gegenüber Drittstaaten-Gesellschaften untersucht, bedarf es der Analyse einiger Urteile des BGH und der Instanzgerichte. Möglicherweise lassen sich aus dieser Untersuchung Schlüsse für die Gestaltung des zukünftigen Rechts ziehen. Für die Untersuchung kommen nur solche Entscheidungen in Betracht, die in den Jahren nach den grundlegenden Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*⁵²³ ergangen sind, da diese die Diskussion um das richtige Anknüpfungskriterium in dem autonomen deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht neu entfacht haben.⁵²⁴

B. Gesellschaften aus Drittstaaten in der Rechtsprechung

Der vorherige Abschnitt hat gezeigt, dass das geschriebene Recht keine Vorgaben für die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Drittstaaten bereithält. Somit kann die Rechtsprechung in dieser Frage frei entscheiden. Gegenstand der folgenden Untersuchung ist die Behandlung von Drittstaaten-Gesellschaften durch die höchstrichterliche und die unterinstanzliche Rechtsprechung nach den einschlägigen EuGH-Entscheidungen. Dazu zählt die Entscheidung des OLG Hamburg zu einer Gesellschaft von der Isle of Man⁵²⁵ (dazu 1.). Des Weiteren hat das OLG Köln ein Urteil im Zusammenhang mit einer Südafrikanischen Gesellschaft gefällt⁵²⁶ (dazu 2.). Im Anschluss werden die Entscheidung des OLG München zu einer sambischen Gesellschaft⁵²⁷ (dazu 3.) sowie ein Urteil des Amtsgerichts Ludwigsburg zu einer serbischen Gesellschaft⁵²⁸ (dazu 4.) besprochen. Den Abschluss bildet das Urteil des BGH zu einer schweizer Gesellschaft,⁵²⁹ das im Jahr 2009 von dem IX. Zivilsenat bezüglich der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft aus Singapur bestätigt worden ist (dazu 5.).⁵³⁰ In diesem Rahmen wird auch die bisherige Jersey-Rechtsprechung des BGH beleuchtet.⁵³¹

523 Dazu Erster Teil, § 2, A.

524 Vgl. *Ebke*, in: FS Thode, 593 ff.

525 OLG Hamburg, BB 2007, 1519 ff.; NZG 2007, 597; NJW-Spezial 2007, 415 f.

526 OLG Köln ZIP 2007, 935.

527 BayObLG, RIW 2003, 387 f.; DB 2003, 819 f.

528 AG Ludwigsburg, ZIP 2006, 1507; EWiR 2007, 207 f. m. Anm. *Kleinschmidt*.

529 BGH NJW 2009, 289 ff.

530 BGH ZIP 2009, 2385 ff.

531 BGHZ 151, 204; BGH, NJW 2002, 3539.

I. Limited von der Isle of Man

In dem Urteil vom 30.3.2007 musste sich das OLG Hamburg mit der Rechtsfähigkeit einer Limited von der Isle of Man auseinandersetzen.⁵³² Diese nahm den Beklagten aus einer Bürgschaftserklärung in Anspruch. Nachdem das Landgericht die Klage als unbegründet abgewiesen hatte, hatte die Klägerin Berufung bei dem OLG Hamburg eingelegt. Im Rahmen eines Streits, ob die Klägerin zu der Leistung einer Prozesskostensicherheit gemäß § 110 ZPO verpflichtet ist, stellte sich die Frage, ob sich der tatsächliche Verwaltungssitz der klagenden Gesellschaft noch auf der Isle of Man befindet oder aber inzwischen nach Duisburg und damit in das Inland verlegt worden war. Mithin war fraglich geworden, ob die Klägerin noch rechts- bzw. somit parteifähig war. Deshalb entschied der Senat des OLG, über die Frage der Zulässigkeit gesondert gemäß § 280 Abs. 1 ZPO zu verhandeln.

1. Entscheidung des Gerichts

Für das Gericht war die Frage zu klären, ob die Gesellschaft von der Isle of Man rechts- und damit parteifähig ist, obwohl sie möglicherweise ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt hat. Das OLG Hamburg entschied, dass die Gesellschaft rechts- und parteifähig war und somit vor dem OLG als Klägerin auftreten konnte. Die Gesellschaft sei als rechtsfähige Personengesellschaft i.S.v. § 14 Abs. 2 BGB parteifähig.

Nach allgemeinen Erläuterungen zu der Gründungstheorie und dem Hinweis zu dem eingeschränkten Anwendungsbereich der Sitztheorie stellte das Gericht fest, dass sich die Gesellschaft nicht auf die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV berufen könne. Zwar sei die Isle of Man als autonomer Kronbesitz (sog. *crown dependency*) der britischen Krone unterstellt, aber nicht Teil des Vereinigten Königreichs.⁵³³ Folglich sei die Isle of Man auch nicht Teil der EG, so dass die Grundfreiheiten und damit die Niederlassungsfreiheit auf dem Hoheitsgebiet der Isle of Man keine Anwendung finde. Die Isle of Man liegt zwar in dem europäisches Hoheitsgebiet, aber sie kein Mitgliedstaat oder Teilhaber an dem Mitgliedstatus des Vereinigten Königreichs. Entscheidend für das Verhältnis zwischen der Isle of Man und der Europäischen Union sei Art. 355 Abs. 5 lit. c) AEUV i.V.m. dem Protokoll Nr. 3 zur Beitrittsakte von 1972.⁵³⁴ Ausweislich des Art. 2 des Protokolls sind vor allem die Vorschriften des AEUV

532 OLG Hamburg, BB 2007, 1519 ff.

533 Solly, Government and Law in the Isle of Man. 98.

534 BGBl. 1972, 1338.

bezüglich der Freizügigkeit und des freien Dienstleistungsverkehrs nicht anwendbar.⁵³⁵ Dies gelte auch für die Niederlassungsfreiheit.⁵³⁶ Das allgemeine Diskriminierungsverbot bezieht sich nach Art. 3 des Protokolls nur auf Zölle und mengenmäßige Beschränkungen. Die EuGH-Rechtsprechung zu der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften gilt somit nicht für Gesellschaften von der Isle of Man.⁵³⁷ Da die Isle of Man auch kein Mitglied des EWR oder der EFTA ist und kein Staatsvertrag mit der Bundesrepublik Deutschland besteht, kann sich die in Rede stehende Gesellschaft nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen.⁵³⁸

Im Anschluss problematisiert die Entscheidung ausführlich die neuere EuGH-Rechtsprechung zu der Niederlassungsfreiheit im Hinblick auf die Anerkennung drittstaatlicher Gesellschaften. Zu dieser Frage habe der BGH in einer Entscheidung zu einer panamaischen Gesellschaft⁵³⁹ ausdrücklich keine Stellung bezogen. Nachdem der Senat den gegenwärtigen Stand der Literatur, den Entwurf des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht und die Entscheidung des OLG Hamm erwähnt hat, folgen weitere Ausführungen, die eine positive Einstellung des Senats für eine generelle Hinwendung zu der Gründungstheorie offenbaren.⁵⁴⁰ Schon zu dem Zeitpunkt der Entscheidung im Jahr 2007 würden die meisten Gesellschaftsstatute nach der Gründungstheorie ermittelt. Schutzbedürfnisse des inländischen Rechtsverkehrs könnten dennoch über etwaige Sonderanknüpfungen befriedigt werden. Nach diesem Plädoyer für die Gründungstheorie übt sich das OLG Hamburg in Zurückhaltung und lehnt eine Anwendung der Gründungstheorie in diesem Fall aber ab. Es sei „nicht Aufgabe eines Instanzgerichts, der einheitlichen Rechtsentwicklung vorzugreifen“⁵⁴¹. Daher sei Rechtsfähigkeit von Gesellschaften aus Drittstaaten und damit auch der fraglichen Gesellschaft von der Isle of Man nach der Sitztheorie zu bestimmen. Nach der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland sei die Gesellschaft als rechtsfähige Personengesellschaft gemäß § 14 Abs. 2 BGB anzusehen. Dass nun die Gesellschafter die Gesellschaft vertreten und als Kläger auftreten, hat nur die Berichtigung des Rubrums zufolge, die für die Zulässigkeit der Klage jedoch unschädlich sei.⁵⁴²

Das OLG Hamburg ließ wegen der unklaren Rechtslage bezüglich Gesellschaften aus Drittstaaten und der seiner Meinung nach starken Argumenten für die Anwendung der Gründungstheorie gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten die

535 Streinz/Müller-Graff, EGV, Art. 43 Rn 26 und 29 m.w.N.

536 Solly, Government and Law in the Isle of Man, S. 169.

537 Vgl. KG NZG 2005, 758 (759); DB 2005, 1158; GmbHR 2005, 771; ZIP 2005, 989.

538 Dass sich aus der EMRK nichts Anderes herleiten lässt, ist unter Erster Teil, § 2, D. bereits dargestellt worden.

539 BGH, NVwZ-RR 2006, 28 (29).

540 OLG Hamburg, BB 2007, 1519 (1521).

541 OLG Hamburg, BB 2007, 1519 (1521).

542 Leible/Hoffmann, DB 2002, 2203 (2205); W.-H. Roth, ZIP 2000, 1597 (1601).

Revision zu dem BGH zu.⁵⁴³ Zu einer Entscheidung des BGH ist jedoch aufgrund eines außergerichtlichen Vergleichs der Parteien nicht mehr gekommen.

2. Würdigung

Dem OLG Hamburg als Instanzgericht standen zwei Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung: Es konnte auf die weder europa- noch völkervertragsrechtlich privilegierte Gesellschaft von der Isle of Man entweder die Gründungstheorie anwenden oder der bisherigen Rechtsprechung des BGH, d.h. der modifizierten Sitztheorie (*Jersey*), folgen.⁵⁴⁴ Mit der Anwendung der Gründungstheorie hätte das OLG Hamburg die Gesellschaft unabhängig von der Frage nach der Belegenheit ihres Verwaltungssitzes als solche anerkannt. Die Entscheidung für die Gründungstheorie gegenüber einer Gesellschaft, die sich weder auf die Niederlassungsfreiheit aus dem AEUV berufen kann noch eine staatsvertragliche Privilegierung auf ihrer Seite hatte, wäre eine rechtspolitisch spektakuläre Entscheidung gewesen; denn ein Instanzgericht hätte ausdrücklich für einen Schritt in Richtung Gründungstheorie votiert. Allerdings hat der Senat trotz seiner unverhohlenen Sympathie für die Anwendung der Gründungstheorie gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten davon abgesehen. Dies ist ihm als mutlos ausgelegt worden.⁵⁴⁵ Allerdings kann man in der von „hanseatischer Zurückhaltung“ geprägten Entscheidung auch eine elegante Lösung des oben aufgezeigten Dilemmas sehen. Da der Senat zu Gunsten der Gründungstheorie Stellung bezogen hat, hätte der BGH aufgrund der langen Ausführungen des OLG Hamburgs für eine generelle Hinwendung zu der Gründungstheorie Stellung nehmen müssen. Mit dem Urteil hätte der BGH also über die Richtigkeit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Jersey* zu entscheiden gehabt. Selbst wenn dieses Urteil ein „Ablenkungsmanöver“⁵⁴⁶ zu dem Erhalt der Sitztheorie in dem Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit darstellt, so wäre dies für den BGH bzw. seinen II. Zivilsenat die Chance gewesen, seine Einzelfallentscheidung im Falle *Jersey* für die

543 OLG Hamburg, BB 2007, 1519 (1521).

544 Unmöglich war ein Zurückgehen zurück zu der alten, strengen Sitztheorie. Damit hätte sich der Senat nicht nur am weitesten von der eigenen rechtspolitischen Überzeugung entfernt, sondern auch der Rechtsprechung des BGH, zu der modifizierten Sitztheorie widersprochen.

545 Vgl. *Binz/Mayer*, BB 2007, 1521: „Das Gericht hat zutreffend dargelegt, dass die nach dem Recht der Isle of Man gegründete „Limited“ weder in den Genuss der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit kommt noch staatsvertragliche Regelungen bestehen, die zu der Anwendung der Gründungstheorie zwingen. Der Fall war und ist bestens dazu geeignet, die vorstehende Frage eindeutig zu beantworten. Dazu hat dem OLG Hamburg aber der Mut gefehlt.“

546 *Ebke*, in: FS Thode, 593 (611).

Zukunft zu korrigieren. Andernfalls hätte der BGH klarstellen können, dass die Jersey-Entscheidung immer noch seine Meinung zu der Beurteilung von Gesellschaften aus Drittstaaten darstellt. Diese Möglichkeit ist ihm durch den Vergleich der Parteien genommen worden.⁵⁴⁷

Festzuhalten bleibt, dass das OLG Hamburg ein sehr geschicktes Urteil gefällt hat. Der Senat hat keine Entscheidung getroffen, die im Widerspruch zu der gegenwärtigen Rechtsprechung des BGH steht und gleichzeitig den notwendigen Druck aufgebaut, um diese für die Praxis wichtige Frage durch eine höchstrichterliche Entscheidung einer Lösung zuzuführen. Die Entscheidung des OLG Hamburg ist daher nicht als „mutlos“ anzusehen, sondern entspricht dem, was ein Instanzgericht zu leisten vermag, ohne in den Widerspruch mit der Rechtsprechung des BGH zu treten. Neben dem BGH ist auch der Gesetzgeber aufgerufen, sich mit dieser rechtspolitisch wichtigen Frage auseinanderzusetzen.

II. Südafrikanische Handelsgesellschaft (Limited)

In der Entscheidung des OLG Köln⁵⁴⁸ ging es um die internationale Zuständigkeit der Vorinstanz (LG Köln). In dem Verfahren machte die Klägerin Vergütungsansprüche und Aufwandsentschädigungen gegenüber der Beklagten, einer in Südafrika gegründeten Handelsgesellschaft (*Limited*), geltend. Der alleinige Geschäftsführer der Beklagten und inzwischen auch Alleingesellschafter wohnte in Leverkusen und war gleichzeitig Geschäftsführer weiterer Unternehmen, die in Deutschland ansässig sind. Die Beklagte war Eigentümerin mehrerer Immobilien in Kapstadt. Eine dieser Immobilien, die ursprünglich ein Bürogebäude war, sollte zu einem Hotel umgebaut werden. Um diesen Plan in die Tat umzusetzen, nahm die Beklagte Kontakt mit der Klägerin, einem global tätigen Unternehmen auf. Dieses hatte sich bereits häufiger mit entsprechenden Projekten auseinandergesetzt. Streitpunkt zwischen den Parteien war die Vergütung der von der Klägerin erbrachten Leistungen. Im Rahmen der Zulässigkeit ging es um die Frage, ob das LG Köln als erstinstanzliches Gericht international zuständig sei. Die internationale Zuständigkeit des LG Köln hat die Beklagte nicht nur in der ersten Instanz, sondern auch in der Berufung bestritten.

547 Allerdings hat der BGH in der Entscheidung zu der Rechtsfähigkeit schweizer Gesellschaften dies getan, BGH, NJW 2009, 289 ff.

548 OLG Köln, ZIP 2007, 935; IPRax 2007, 530.

1. Entscheidung des Gerichts

Das LG Köln hatte nach entsprechend ausführlicher Würdigung der Vorträge der Parteien entschieden, dass es international zuständig sei. Dieses Ergebnis hat das OLG Köln als Berufungsinstanz bestätigt. Die internationale Zuständigkeit des LG Köln ergebe sich aus der Doppelfunktionalität der ZPO.⁵⁴⁹ Demnach regelt der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten gemäß §§ 17 Abs. 1 S. 1, 12 ZPO neben der örtlichen auch die internationale Zuständigkeit. Zwar bestimmt sich der Sitz einer Gesellschaft grundsätzlich aus der Satzung, aber ist dieser im Einzelfall nicht zu ermitteln, so richtet sich die internationale Zuständigkeit gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 ZPO nach dem tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft. In Fällen mit Auslandsbezug ist jedoch zu berücksichtigen, dass zu der Bestimmung des Sitzes zunächst das Internationale Privat- bzw. Gesellschaftsrecht zu befragen ist. Daher kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Gesellschaft, selbst wenn sie einen ausländischen Satzungssitz nachweisen könnte, aufgrund des in der Tatsacheninstanz ermittelten inländischen Verwaltungssitzes nicht als ausländische Gesellschaft anzuerkennen sei.⁵⁵⁰ Vielmehr sei sie als inländische Personenhandelsgesellschaft oder als einzelkaufmännisches Unternehmen anzusehen. Für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit bei Klagen gegen nicht-europäische Gesellschaften gelte also weiterhin die modifizierte Sitztheorie fort.

2. Würdigung

In diesem Urteil zeigt sich die Bedeutung nach der kollisionsrechtlichen Einordnung in dem Bereich der Internationalen Zuständigkeit. Insofern soll diese Bedeutung der kollisionsrechtlichen Beurteilung ausländischer Gesellschaften an diesem Urteil veranschaulicht werden.

Zunächst könnte man über eine etwaige staatsvertragliche Regelung für die kollisionsrechtliche Einordnung südafrikanischer Gesellschaften nachdenken. Eine solche besteht möglicherweise in einem bilateralen Staatsvertrag zwischen Südafrika und der Bundesrepublik Deutschland in dem Bereich des Investitionschutzes.⁵⁵¹ Diesen Vertrag findet in dem Urteil des Gerichts keine Erwähnung. Dieser Staatsvertrag ist für die kollisionsrechtliche Behandlung von ausländi-

549 BGHZ 115, 90 ff.; 94, 156 (157); BGH, NJW 1999, 1396; Musielak-Heinrich, ZPO, § 12 Rn 17; Schack, IZVR, Rn 190, 236.

550 OLG Köln, ZIP 2007, 935.

551 Kapitalschutzabkommen vom 11.9.1995, BGBl. 1997 II. S.2098: in Kraft seit dem 10.4.1998, BGBl. II S.903.

schen Gesellschaften auch nicht von Belang. *Kindler* misst ihm keine kollisionsrechtliche Bedeutung zu;⁵⁵² *Rehm* sieht hingegen die Sitztheorie in dem Verhältnis zu Südafrika als festgeschrieben an.⁵⁵³ Beide Autoren sind sich also einig, dass in dem Verhältnis zu Südafrika nicht die Gründungstheorie, sondern die Sitztheorie anzuwenden ist. Für *Kindler* ergibt sich dies aus der Anwendung der im Richterrecht verankerten Sitztheorie, während *Rehm* dies unmittelbar aus dem Abkommen selbst herausliest. Bis zu der Veränderung der Rechtslage durch eine Änderung der Rechtsprechung des BGH oder der Verabschiedung des Referentenentwurfs durch den Gesetzgeber ist folglich von der Anwendung der Sitztheorie auf südafrikanische Gesellschaften auszugehen.

Der Entscheidung ist de lege lata vorbehaltlos zuzustimmen. Von Interesse ist, wie sich die geplante Regelung des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht⁵⁵⁴ auf die Ermittlung des Sitzes i.S.v. § 17 ZPO auswirkt. Mit der Festschreibung der Gründungstheorie in Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E, indem primär an den Ort der Registrierung angeknüpft werden soll, wird sich auch die kollisionsrechtliche Ermittlung des Sitzes i.S.v. § 17 ZPO ändern. Danach wäre die Limited südafrikanischen Rechts, die in Südafrika notwendigerweise registriert ist, nach ihrem Heimatrecht zu beurteilen, und müsste demnach zukünftig als solche in Deutschland anerkannt werden. Die „gespaltene Rechtspersönlichkeit“⁵⁵⁵, die die Anwendung der modifizierten Sitztheorie in diesem Fall nach sich zieht, wäre damit ad acta gelegt. Damit käme es im Übrigen auch nicht mehr zu den scharfen Folgen der modifizierten Sitztheorie. Den Alleingeschäftsführer bzw. den Einzelkaufmann trafe mithin keine persönliche Haftung nach den Regeln des deutschen Personengesellschaftsrechts. Diese scharfe Sanktion trifft im vorliegenden Fall des OLG Köln den Alleingesellschafter bzw. Einzelhandelskaufmann. Dass diese Umqualifizierung keine verhältnismäßige Lösung der Anerkennungsproblematik in Zeiten einer globalisierten Wirtschaft darstellt, ist offensichtlich. Die Entscheidung des OLG Köln ist – wie schon ausgeführt – nicht zu beanstanden, jedoch demonstriert sie die entscheidenden Schwächen der modifizierten Sitztheorie. Ihre Sanktionsschärfe bewirkt keine Steigerung der Attraktivität für den deutschen Markt aus Sicht der Drittstaaten.

552 MüKo-*Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 330.

553 *Rehm*, in Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 2 Rn 16.

554 Ausführlich zum Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht unter Zweiter Teil, § 2.

555 Vgl. zu den hiermit verbundenen Problemen *Ebke*, in: FS Thode, 593 (610).

III. Sambische Gesellschaft

In dem Beschluss des OLG München⁵⁵⁶ ging es um die Bestimmung des zuständigen Gerichts gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. Die Antragsstellerin begehrte von den drei Antragsgegnern als Gesamtschuldner die Rückzahlung von 135.504,59 €. Ihrem Begehr nach möchte sie die Antragsgegner als Streitgenossen verklagen. Bei den Antragsgegnern handelt es sich um zwei natürliche Personen mit Wohnsitz in Deutschland sowie um eine in Sambia gegründete private Limited company by shares. Der streitige Betrag ergibt sich zu dem größeren Teil aus den der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Geldern (Einlagen), die für die Zwecke der Gesellschaft genutzt werden sollten. Der kleinere Teil des Betrages besteht aus dem Kaufpreis für Anteile an der Gesellschaft sowie aus Aufwendungen, die zu dem Zwecke des Anteilserwerbs getätigten wurden. Da die Antragsgegner zu 1 und zu 2 natürliche Personen mit unterschiedlichen Wohnsitzen waren, der Satzungssitz der Gesellschaft sich in Sambia befand und demnach kein gemeinsamer Gerichtsstand bestand, hat die Antragsstellerin beantragt, das LG Augsburg als das zuständige Gericht zu bestimmen.

1. Entscheidung des Gerichts

Das OLG München entschied, dass das LG Augsburg das zuständige Gericht sei. Die eigene Zuständigkeit für die Bestimmung des zuständigen Gerichts hat das OLG München aus §§ 36 Abs. 2 ZPO, 9 EGZPO abgeleitet. Bei Sachverhalten mit Auslandsberührung ist es für die Bestimmung des nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO zuständigen Gerichts erforderlich, dass die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für alle Streitgenossen gilt.⁵⁵⁷ Wie das OLG München hervorhebt, entscheidet das bestimmende Gericht nicht über die Zulässigkeit der Klage.⁵⁵⁸ Das bestimmende Gericht beschränkt sich in seiner Prüfung auf die Frage, ob der Antragssteller die internationale Zuständigkeit schlüssig vorgetragen hat.⁵⁵⁹ Ob diese tatsächlich gegeben ist, muss das Gericht der Hauptsache beurteilen. Von der Entscheidung des bestimmenden Gerichts geht keine Präjudizwirkung aus.⁵⁶⁰

Da die Wohnsitze der Antragsgegner zu 1 und zu 2 in Deutschland lagen, ging es um die Frage, ob auch für die Antragsgegner zu 3 die internationale

556 OLG München, DB 2003, 819 f.

557 BGH, NJW 1990, 2646; FamRZ 1990, 1224 (1225); Zöller-Vollkommer, ZPO, § 36 Rn 15.

558 BayObLG, MDR 1998, 180 (181); Zöller-Vollkommer, ZPO, § 36 Rn 18.

559 Zöller-Vollkommer, ZPO, § 37 Rn 3.

560 OLG München, DB 2003, 819.

Zuständigkeit der deutschen Gerichte gegeben ist. Nach den Behauptungen der Antragsstellerin ist auch die für die Antragsgegnerin zu 3, d.h. die Limited sambischen Rechts, die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gegeben. Aufgrund ihres inländischen tatsächlichen Verwaltungssitzes sei die Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht und nicht nach sambischem Recht zu beurteilen. Es handele sich um eine inländische Personengesellschaft, weil die beiden Antragsgegner zu 1 und zu 2 von ihren inländischen Wohnsitzen aus die Geschäfte der Gesellschaft leiten würden. Den Satzungssitz in Lusaka (Sambia) erkennt der Senat hingegen nicht an, da aufgrund der Sitztheorie auf den inländischen Verwaltungssitz abzustellen sei. Die deutschen Gerichte sind damit international zuständig. Nach alledem sei es zweckmäßig, als gemeinsamen Gerichtsstand der Streitgenossen das Gericht an dem Wohnsitz des Antragsgegners zu 2 zu bestimmen. Dies sei das LG Augsburg.

2. Würdigung

Mit der Bestimmung des Sitzes der Gesellschaft i.S.v. § 17 ZPO liegt die Entscheidung auf einer Linie mit der zuvor besprochenen des OLG Köln. Der Unterschied liegt in der anderen zivilprozessualen Einkleidung über die gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. Der Ansatzpunkt für die Anwendung der unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkte im internationalen Gesellschaftsrecht ist jedoch der gleiche. Mit der Anwendung der Sitztheorie in diesem Fall wird die Bestimmung eines gemeinsamen Gerichts vereinfacht, denn sowohl die Wohnsitze der Antragssteller zu 1 und zu 2 als auch der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft befanden sich in Deutschland. Problematischer wird die Rechtslage mit der Anwendung der Gründungstheorie. Wird die Gründungstheorie (Anknüpfung an das Registrierungsrecht, oder hilfsweise an das Recht, nach dem die Gesellschaft organisiert ist) durch den Referentenentwurf eingeführt, wäre für die Antragsgegnerin zu 3, also die sambische Gesellschaft, die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nicht gegeben. Nach allgemeiner Ansicht, der sich auch das OLG München angeschlossen hat, ist es jedoch für die gerichtliche Bestimmung eines Gerichts gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO erforderlich, dass alle Streitgenossen der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte unterliegen.⁵⁶¹ Dies ist auch dann möglich, wenn der Beklagte mit ausländischem Gerichtsstand wegen der gegen ihn erhobenen Klage einen besonderen Gerichtsstand im Inland aufweist.⁵⁶² Hat jedoch ein Beklagter keinen Gerichtsstand im Inland, scheidet eine Gerichts-

561 BGH, FamRZ 1990, 1225; BayObLG, DB 2003, 819; Musielak-Heinrich, ZPO, § 36 Rn 18.

562 BGH, NJW 1971, 196; 1987, 439; 1988, 646; Musielak-Heinrich, ZPO, § 36 Rn 18.

standsbestimmung nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO aus.⁵⁶³ Mangels genauerer Angaben kann dies aber nicht ermittelt werden. Abhilfe schafft auch nicht § 22 ZPO, da er an den Gerichtsstand der Gesellschaft anknüpft. Dies würde in dem vorliegenden Fall der sambischen Limited zu keinem anderen Ergebnis führen, da der allgemeine Gerichtsstand der Gesellschaft in Sambia läge.

Diese Entscheidung zeigt, dass mit der Anwendung der Gründungstheorie Rechtsklarheit und Vereinfachung nicht notwendigerweise einhergehen müssen. Durch das Auseinanderfallen der Wohnsitze und des Satzungssitzes der Gesellschaft wird es zukünftig bei Einführung der Gründungstheorie zu einer Verkomplizierung kommen. Eine Streitgenossenschaft lässt sich dann nur noch über den „Umweg“ eines besonderen Gerichtsstandes der Gesellschaft wie z.B. § 29 ZPO erreichen.

IV. Serbische D.O.O.

In dem Beschluss des Amtsgerichts Ludwigsburg stand eine serbische Gesellschaft in der Rechtsform einer D.O.O. im Mittelpunkt.⁵⁶⁴ Dabei handelte es sich um eine personalistische Kapitalgesellschaft mit einer Haftungsbeschränkung auf das Stammkapital, die mit der deutschen GmbH vergleichbar ist.⁵⁶⁵ Die Gesellschaft ist mit Gesellschaftsvertrag vom 7.5.2004 in Novo Selo (Serbien) gegründet worden. Ihr vorgesehenes Stammkapital betrug 5.000 USD, das die Gesellschafter jedoch lediglich zur Hälfte eingezahlt hatten. Der Unternehmensgegenstand war sehr weit gefasst und enthielt Tätigkeiten aus den Bereichen Handel, Produktion und Dienstleistungen. Mit notarieller Beurkundung hat das Unternehmen eine Zweigniederlassung in Oppenweiler gegründet und bei dem Amtsgericht Backnang zu der Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Gleichzeitig verlegten die geschäftsführenden Gesellschafter den Hauptverwaltungssitz der Gesellschaft nach Oppenweiler. Für das deutsche Handelsregister beschränkte sich die Eintragung auf den Verkauf und das Verlegen von Fliesen. Aufgrund der fehlenden Kapitalausstattung musste die Gesellschaft einen Insolvenzantrag stellen, über den das Amtsgericht Ludwigsburg mit dem vorliegenden Beschluss entschied.

563 BGH, NJW 1980, 2646; FamRZ 1990, 1224 (1225); NJW-RR 1999, 1010; Vössler, NJW 2006, 117, (119).

564 AG Ludwigsburg, ZIP 2006, 1507 ff.

565 AG Ludwigsburg, ZIP 2006, 1507 (1508).

1. Entscheidung des Gerichts

Kernfrage der Entscheidung des Amtsgerichts Ludwigsburg war, ob eine serbische Gesellschaft mit inländischem Verwaltungssitz als solche insolvenzfähig i.S.v. § 11 Abs. 1 InsO ist. Es stellte sich damit die Frage, ob die Gesellschaft den Charakter einer juristischen Person nach deutschem Rechtsverständnis besitzt. Bei Anwendung der Sitztheorie sei die Gesellschaft als solche nicht anzuerkennen. Der Numerus clausus der Gesellschaftsrechtsformen in Deutschland⁵⁶⁶ gebiete, dass die wirksame Gründung an den Maßstäben des deutschen Gesellschaftsrechts zu messen sei. Diese scheitere bei der serbischen D.O.O. an der fehlenden Mindestkapitalhöhe von 25.000 €. Nach der modifizierten Sitztheorie sei die Gesellschaft daher als Personengesellschaft anzusehen. Ihre Insolvenzfähigkeit ergebe sich somit aus § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO. Danach könnte das Gericht das Insolvenzverfahren über die Gesellschaft eröffnen; jedoch wäre der Insolvenzverwalter verpflichtet, die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern der umqualifizierten Personengesellschaft geltend zu machen. Dies hätte zur Folge, dass die Gesellschafter unbegrenzt den Forderungen der Gläubiger nachkommen müssten und damit persönlich haftbar gemacht werden könnten. Dabei handelte es sich um eine Folge, die durch die Ausgestaltung als Kapitalgesellschaft gerade vermieden werden sollte. Mangels EU- oder EWR-Mitgliedschaft Serbiens stehen dieser Überlegung zwar keine europarechtlichen Bedenken entgegen, aber es bestehen vollstreckungsrechtliche Probleme, falls das Vermögen der Gesellschaft in Serbien belegen ist. Ein Eröffnungsbeschluss über das Vermögen der serbischen Gesellschaft als deutsche GbR oder oHG wird das serbische Vollstreckungsgericht nicht notwendigerweise anerkennen. Serbien wendet die Sitztheorie nicht an, und lässt mithin im Gegensatz zu dem deutschen Recht eine Verwaltungssitzverlegung einer deutschen GmbH nach Serbien nach seinem Kollisionsrecht zu. Eine Nichtanerkennung des deutschen Beschlagnahmevereschlusses hätte zur Konsequenz, dass der deutsche Insolvenzverwalter weder auf in Serbien oder andernorts belegenes Vermögen zugreifen könnte. In diesem Fall müsste ein serbischer Insolvenzverwalter bestellt werden, der gemäß § 343 InsO auch für die Verwaltung des im Inland belegenen Vermögens zuständig wäre. Dies wäre ein sehr umständlicher und langwieriger Weg für die Gläubiger, bis ihre Forderungen möglicherweise erfüllt werden.

Die Gründungstheorie hingegen nimmt bei einem grenzüberschreitenden Verwaltungssitzwechsel keinen Einfluss auf die Identität der Gesellschaft, wenn die Gesellschaft gemäß ihrem Heimatrecht gegründet wurde. Wendet man die Gründungstheorie auf diese Gesellschaft an, so ist das Insolvenzverfahren über diese Gesellschaft als solche zu eröffnen. Nach Art. 148 des serbischen Insol-

566 K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 95 ff.

venzgesetzes⁵⁶⁷ kann der serbische Richter den deutschen Eröffnungsbeschluss anerkennen und die Beschlagnahmewirkung auf das in Serbien belegene Vermögen ausdehnen. Dafür muss ein Eröffnungsbeschluss über das Vermögen der Gesellschaft bestehen und das ausländische Gericht international zuständig sein. Die Zuständigkeit des Amtsgerichts Ludwigsburg ergibt sich aus § 3 Abs. 2 InsO⁵⁶⁸, da dort zuerst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt wurde. Die serbische Kapitalgesellschaft in Form der D.O.O. ist als juristische Person i.S.v. § 11 Abs. 1 InsO insolvenzfähig. Das Amtsgericht Ludwigsburg hat sich folglich nicht nur als international zuständig gemäß §§ 3, 335 InsO erklärt, sondern auch das Insolvenzverfahren über die D.O.O. in ihrer Ausgestaltung als serbische Kapitalgesellschaft eröffnet.

2. Würdigung

Die Entscheidung des Amtsgerichts Ludwigsburg ist zunächst deswegen bemerkenswert, weil sich hier ein unteres Gericht gegen die geltende BGH-Rechtsprechung zu der Behandlung EU-/EWR-fremder Gesellschaften stellt. Im Gegensatz zu dem Urteil des OLG Hamburg⁵⁶⁹ wendet das Amtsgericht Ludwigsburg die Gründungstheorie auch auf eine Nicht-EU, Nicht-EWR- und auch nicht staatsvertraglich privilegierte Gesellschaft an. Die Argumentation gegen die Sitztheorie ist für diesen Sachverhalt sehr gut nachzuvollziehen. Das Gericht setzt sich dabei mit den Schutzzwecken der Sitztheorie auseinander.⁵⁷⁰ Diese seien nicht mehr „zeitgemäß“,⁵⁷¹ da sie in dem Geltungsbereich von AEUV und EWR ohnehin nicht mehr gelte. Dabei weist das Amtsgericht Ludwigsburg darauf hin, dass das ausländische Vollstreckungsgericht eine Umqualifizierung der Gesellschaft in eine deutsche Personenhandelsgesellschaft nicht akzeptieren würde. In der Konsequenz wäre das Insolvenzverfahren auf das Inlandsvermögen beschränkt, so dass das Auslandsvermögen dem Zugriff der deutschen Gläubiger entzogen wäre. Dies wäre ein Musterbeispiel dafür, dass die Gläubiger im Falle einer Umqualifizierung „Steine statt Brot“ erhielten.⁵⁷² Der Schutzzweck

567 Laut AG Ludwigsburg ZIP 2006, 1507 (1509) ist dieser fast wortgleich mit § 335 InsO.

568 Laut AG Ludwigsburg gilt im deutschen Internationalen Insolvenzrecht ebenso wie im internationalen Zivilverfahrensrecht der Grundsatz der Doppelfunktionalität. Danach ergibt sich aus der örtlichen auch die internationale Zuständigkeit.

569 OLG Hamburg BB 2007, 1519 ff.

570 AG Ludwigsburg ZIP 2006, 1507 (1509).

571 AG Ludwigsburg ZIP 2006, 1507 (1509).

572 So Ebke, in: FS Thode, 593 (609), der mit diesem Bild allerdings die missliche Situation der ausländischen Gesellschaft unter Anwendung der modifizierten Sitztheorie be-

der Sitztheorie wäre somit nicht hinfällig, er wäre somit für den Gläubigerschutz sogar kontraproduktiv und würde den Schutzzweck in sein Gegenteil verkehren. Die Gläubiger sähen sich bei Anwendung der modifizierten Sitztheorie unüberbrückbaren Vollstreckungsrechtlichen Schwierigkeiten gegenüber, die ihre Rechtsdurchsetzung hemmen oder zumindest über die Maßen verzögern würden. Unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes als Schutzzweck der Sitztheorie überzeugt dieses Argument.

Interessant ist die Bemerkung des Amtsgerichts Ludwigsburg, wonach viele Gesellschaften ihren Verwaltungssitz verlegt haben, ohne dass sie oder der Geschäftsverkehr es realisiert haben. Dies sei je nach Einzelfall zu sanktionieren.⁵⁷³ Eine solche Regelung scheint vor allem vor dem Hintergrund der zu erzielenden Rechtssicherheit, die durch die Anwendung der Gründungstheorie erreicht werden soll, bemerkenswert. Einen weiteren Schritt in Richtung Gründungstheorie geht das Amtsgericht Ludwigsburg in Bezug auf die Interessen der Vertragspartner der ausländischen Gesellschaft. Für die Vertragspartner der Gesellschaft sei der faktische Hauptverwaltungssitz aufgrund der hohen Mobilität irrelevant. Wichtiger seien die „Informationen (...), welchem Recht die Gesellschaft unterliegt, insbesondere wer sie vertritt und mit welchem Haftungsvermögen sie ausgestattet ist.“⁵⁷⁴ Diese Informationen seien für den Geschäftspartner für die Beurteilung der Gesellschaft relevant und nicht der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft. Diese Argumentation lässt eine deutliche Tendenz für das angloamerikanisch geprägte Informationsmodell erkennen, welches im Grundsatz den Selbstschutz des Vertragspartners über den Schutz durch die Gesetze stellt.⁵⁷⁵

Rechtspolitischen Weitblick beweist das Amtsgericht Ludwigsburg, indem es auf die Konsequenzen der modifizierten Sitztheorie für den Insolvenzstandort aufmerksam macht. Die persönliche Haftung der Gesellschafter bei Anwendung des § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO gefährde den Insolvenzstandort Deutschland und reduziere seine Attraktivität im internationalen Vergleich. Die unbegrenzte Nachschusspflicht der Gesellschafter in dem Fall der Umqualifizierung der Gesellschaft nimmt dem Prinzip der Haftungsbegrenzung im Kapitalgesellschaftsrecht ihren Sinn. Dass dies auch im Insolvenzrecht nicht die geeignete Sanktion sein kann, zeigt das Amtsgericht Ludwigsburg auf. Obwohl die Umqualifizierung die Masse vordergründig mehrt, werden die ausländischen Vollstreckungsgerichte keine große Kooperationsbereitschaft zeigen, wenn die deutsche Rechtsordnung die ausländischen Rechtsformen in deutsche umqualifiziert. Mit der Lösung der Umqualifizierung der ausländischen Kapitalgesellschaft in eine inländische Per-

schreibt. Diese sei als GbR oder oHG zwar im Inland parteifähig, die Gesellschafter aber wären mit der persönlichen Haftung belastet.

573 AG Ludwigsburg ZIP 2006, 1507 (1509).

574 AG Ludwigsburg ZIP 2006, 1507 (1509).

575 Vgl. Grohmann, Das Informationsmodell im europäischen Gesellschaftsrecht; Henne, Information und Corporate Governance.

sonenhandelsgesellschaft wird den ausländischen Vollstreckungsgerichten oder -behörden das Argument für die Ablehnung einer Vollstreckung mit an die Hand gegeben. Das Urteil ist somit aus zwei Gründen hervorzuheben: einerseits, weil das Amtsgericht Ludwigsburg mit nachvollziehbaren Argumenten die Gründungstheorie auch gegenüber einem Nicht-EU, Nicht-EWR und auch nicht staatsvertraglich privilegiertem Staat annimmt und andererseits, weil es einen weiteren bedeutsamen Punkt der Rechtsordnung (Insolvenzfähigkeit) offenbart, an dem die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften von hoher Relevanz ist.

V. Schweizer Aktiengesellschaft - Trabrennbahn

In der Entscheidung des LG Essen klagte eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht, die in dem Kanton Zug registriert ist.⁵⁷⁶ Sie verlangt von der deutschen Beklagten die Herausgabe von verpachteten Grundstücksflächen sowie die Zahlung eines Pachtzinses oder Nutzungsentschädigung. Zwischen den Parteien bestand Streit über die Frage, ob die Aktiengesellschaft Schweizer Rechts rechts- und damit parteifähig ist (§ 50 Abs. 1 ZPO). Die Gesellschaft behauptete, dass ihr tatsächlicher Verwaltungssitz in der Schweiz liege; einen Verwaltungssitz in Deutschland habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben.

1. Entscheidung des LG Essen und des OLG Hamm

Das LG Essen⁵⁷⁷ ist in seiner Entscheidung sowohl nach dem Vortrag der Klägerin als auch nach dem der Beklagten zu dem Ergebnis gekommen, dass die Klägerin rechtsfähig und damit parteifähig i.S.v. § 50 Abs. 1 ZPO ist. Die Klägerin behauptete, dass sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz in der Schweiz befindet, so dass über die Gesamtnormverweisung der Sitztheorie im autonomen deutschen Internationalen Privatrecht das Schweizer IPR-Gesetz (IPRG) zur Anwendung berufen sei. Dieses bekennt sich in Art. 154 IPRG zu der Inkorporations- oder Gründungstheorie. Voraussetzung ist jedoch, dass die Gesellschaft den Publizitäts- und Registrierungsvorschriften des Staates entspricht, nach dem sie organisiert ist. Da die fragliche Gesellschaft in dem Kanton Zug ordnungsgemäß registriert war, wäre sie somit als Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts rechts- und parteifähig. Im Fortgang führt das LG aus, dass sich an der Rechts-

576 LG Essen, 06.10.2006 – 16 O 221/04.

577 LG Essen, 06.10.2006 – 16 O 221/04.

und Parteifähigkeit der Partei nichts ändere, wenn diese ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland habe. In diesem Fall unterliege die Gesellschaft deutschem Sachrecht. Mangels konstitutiver Eintragung in ein Handelsregister sei die Gesellschaft zwar nicht rechtsfähig, aber sie werde von ihren Aktionären getragen und verfolge einen erwerbswirtschaftlichen Zweck. Daher sei sie zumindest als oHG i.S.v. §§ 105 ff. HGB zu betrachten, die gemäß § 124 HGB zumindest teilrechtsfähig ist. An der Partei- und Rechtsfähigkeit lässt das LG damit keinen Zweifel.

Das OLG Hamm hat in seiner Entscheidung zunächst darauf verwiesen, dass die Schweiz kein Mitgliedstaat der EU ist und somit die Rechtsprechung des EuGH keine Anwendung findet. Danach wendet es sich der Jersey-Entscheidung des BGH zu.⁵⁷⁸ Diese gelte aber nur für Zuzugsfälle, nicht für Wegzugsfälle und solche, die die Gesellschaften aus Nicht-EU-Ländern betrafen. Zudem sei auch die Entscheidung des BGH zu den liechtensteinischen Gesellschaften, die nach Art. 31 EWR anerkannt werden müssten, nicht auf schweizerische Gesellschaften übertragbar.⁵⁷⁹ Denn die Schweiz sei nicht Mitglied des EFTA, da sie den EWR-Vertrag nicht unterzeichnet habe.⁵⁸⁰ Es handele sich bei der Schweiz somit um einen sonstigen Drittstaat.

Wie deren Gesellschaften kollisionsrechtlich zu behandeln seien, sei ungeklärt. Nachdem der Senat beide Seiten (Gründungs- und Sitztheorie) mit knappen Argumenten vorgestellt hat, erläutert der Senat, weshalb er im Verhältnis zur Schweiz die Gründungstheorie bevorzugt. Dabei hebt er die Sonderstellung der Schweiz hervor, mit der die EU sieben sektorale Abkommen geschlossen habe.⁵⁸¹ In den sog. Bilateralen Verträgen I und II hat die EU mit der Schweiz zwar lediglich eine Freizügigkeitsregelung für natürliche Personen vereinbart, aber auch Gesellschaften können grenzüberschreitende Dienstleistungen im Zeitrahmen von 90 Arbeitstagen nicht verboten werden. Gesellschaften, die diesen Vorgaben entsprächen, müssten daher anerkannt werden. Als weiteres Argument führt das OLG Hamm ins Feld, dass eine stärkere Annäherung der Schweiz an die EU stattgefunden habe, die noch nicht am Ende sei. Man könne zwischen einer liechtensteinischen oder einer Schweizer Gesellschaft nicht unterscheiden. Unter Berufung auf die Rechtssicherheit und -klarheit sowie die gebotene ein-

578 BGHZ 151, 204; NJW 2002, 3539.

579 BGH, DNotZ 2006, 143 ff.; BB 2005, 2347.

580 OLG Hamm, BB 2006, 2487 (2488).

581 Für Deutschland: BGBl. 2001 II, 810, in Kraft seit dem 1.6.2002, BGBl. 2002 II, 1692; für die Schweiz: Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektorellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft vom 23.06.1999, BB 1999 I, S. 6128 Diese Abkommen bezeichnet man auch als die Bilateralen I & II. Bei den Bilateralen I & II handelt sich um unmittelbar anwendbare, nach den Regeln des Völkerrechts auszulegende Staatsverträge, sog. *self-executing treaties*. Vgl. umfassend: Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals, Bilaterale Verträge I & II – Schweiz-EU.

heitliche Anknüpfung im Internationalen Gesellschaftsrecht sei folglich auf Schweizer Gesellschaften die Gründungstheorie anwendbar.

2. Würdigung der instanzgerichtlichen Entscheidungen

Besonders interessant ist vor allem an der Entscheidung des OLG Hamm die Frage, wie sich die Bilateralen Abkommen I und II, die u.a. auf die schrittweise Ausdehnung der Niederlassungsfreiheit ausgerichtet sind,⁵⁸² auf das Internationale Gesellschaftsrecht auswirken. Diese Frage ist bis zu dem Urteil des OLG Hamm noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen.⁵⁸³ Im Gegensatz zu dem OLG Hamburg hat das OLG Hamm mit seiner Entscheidung gegenüber Gesellschaften aus einem Drittstaat, der keinerlei europarechtliche oder völkervertragsrechtliche Privilegierung genießt, die Gründungstheorie für anwendbar erklärt. *Binz* und *Mayer* vertreten deshalb, dass der Senat des OLG Hamm mit dieser Entscheidung den Mut bewiesen hat, der dem OLG Hamburg in seiner Entscheidung zu einer Gesellschaft von der Isle of Man⁵⁸⁴ gefehlt hat. Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen beiden Urteilen ist, dass das im Folgenden zu bewertende Urteil dem BGH als Revisionsinstanz vorgelegen hat. Die Untersuchung des Urteils des BGH erfolgt daher im Anschluss.

Als ein zentrales Argument hebt der Senat des OLG Hamm hervor, dass eine starke Annäherung der Schweiz an die EU stattgefunden habe. Die „Sonderstellung“⁵⁸⁵ der Schweiz unter anderem aus den sektorellen Abkommen mit der EU ergebe. Diese Argumentationslinie soll auf ihre Stichhaltigkeit überprüft werden. Dazu werden die möglichen Auswirkungen der Bilateralen I und II auf das Internationale Gesellschaftsrecht untersucht.

3. Auswirkungen der Bilateralen Verträge I und II

Zwischen der Schweiz und der Europäischen Union besteht seit 1972 ein Freihandelsabkommen. In Anbetracht des Fortschreitens des europäischen Integrationsprozesses und der rasanten Entwicklung der globalisierten Wirtschaft ist die-

582 *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, § 11 Rn 82.

583 *Ebke*, in: FS Thode, 593 (608).

584 OLG Hamburg, BB 2007, 1519; vgl. *Binz/Mayer*, BB 2007, 1521.

585 OLG Hamm, BB 2006, 2487 (2488).

ses Abkommen für die kleine, Export orientierte⁵⁸⁶ Schweiz jedoch nicht mehr zeitgemäß. Nachdem sich das Schweizer Volk im Jahre 1992 gegen einen Beitritt zu dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR – später EG) ausgesprochen hatte, wurde der Bundesrat ermächtigt, mit der EU über den Abschluss sektoriel- ler Staatsverträge zu verhandeln.⁵⁸⁷ Aus Schweizer Sicht war es das Ziel, die möglichen negativen Auswirkungen des Nichtbeitritts der Schweiz zu der EU und damit eine Isolation der Schweiz als europäisches Kernland zu vermeiden.⁵⁸⁸ Ergebnis dieser Verhandlungen war der Abschluss der Bilateralen Verträge I und II. Mit den Abkommen sollen die grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit und die bilaterale Zusammenarbeit erleichtert und vorangetrieben werden.⁵⁸⁹ Nicht beabsichtigt wird die Ausdehnung von EU-Recht auf die Schweiz.⁵⁹⁰ Eine solche Interpretation oder Stoßrichtung der Bilateralen I und II missachtet auch den Willen des Schweizer Volkes, der sich in der Ablehnung eines EU-Beitritts im Jahre 1992 manifestiert hat. Es muss daher bei der Analyse der Bilateralen I und II beachtet werden, dass die Schweiz nicht Mitglied der EU oder des Euro- päischen Wirtschaftsraums werden wollte. Die Schweiz mochte sich der Europäi- schen Union nur insoweit anpassen, als dies aus ihrer Sicht wirtschaftlich nötig und politisch sinnvoll war.⁵⁹¹ Aus diesen Überlegungen erklärt sich das Bestreben der Schweiz, sektorelle Abkommen über bestimmte, ausgewählte Rechtsbe- reiche zu schließen.

Die Bilateralen Verträge I enthalten Regelungen zu Forschung, öffentli- chem Beschaffungswesen, Abbau technischer Handelshemmnisse, Landwirt- schaft, Luft- und Landverkehr sowie Freizügigkeit.⁵⁹² Es handelt sich dabei zu einem großen Teil um Liberalisierungsabkommen, die nicht auf die Übernahme von EU-Recht abzielen, sondern lediglich den Zugang zu dem europäischen Binnenmarkt erleichtern und sicherstellen sollen. Das „politisch wichtigste“⁵⁹³ Dossier der Bilateralen Verträge I ist das Freizügigkeitsabkommen. Dieser Ver-

-
- 586 Laut *Kutscher/Schmid*, Internationales Management (S. 54) exportierte die Schweiz 2005 Waren und Dienstleistungen in dem Wert von 47, 9 % ihres Bruttoinlandsprodukts (BIP). Deutschland, das als „Exportweltmeister“ gilt, hingegen 40, 7 % des BIP.
- 587 Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals-Zäch, Bilaterale Verträge I & II – Schweiz-EU, 4 ff.
- 588 Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektorellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft vom 23.06.1999, BBI 1999 I, S. 6128 (6129).
- 589 Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektorellen Abkommen zwi- schen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft vom 23.06.1999, BBI 1999 I, S. 6128 (6131).
- 590 Felder/Kaddous-Spinner, Bilaterale Abkommen Schweiz-EU, 13.
- 591 Vgl. Felder/Kaddous-Spinner, Bilaterale Abkommen Schweiz-EU, 13 (18).
- 592 Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektorellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft vom 23.06.1999, BBI. 1999 I, S. 6128 ff.
- 593 Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals-Zäch, Bilaterale Verträge I & II – Schweiz-EU, 4 (8).

trag sieht eine Liberalisierung des schweizer Ausländerrechts gegenüber den Staatsangehörigen der Union vor und bezweckt eine Verbesserung der Aufenthaltsbedingungen von Schweizern in der EU.⁵⁹⁴ Natürlichen Personen garantiert das Abkommen über die Freizügigkeit die Niederlassungsfreiheit für Selbständige, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer mit den entsprechenden Aufenthaltsrechten sowie das generelle Recht auf Aufenthalt ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit.⁵⁹⁵

Es gilt nun zu klären, ob die in dem Abkommen gewährte Niederlassungsfreiheit nicht nur für natürliche, sondern auch für juristische Personen gilt. In diesem Fall gingen die Bilateralen I und II dem autonomen deutschen Kollisionsrecht gemäß Art. 3 Nr. 2 EGBGB vor. Ein Großteil der Schweizer Lehre vertritt die Ansicht, dass man die in dem Freizügigkeitsabkommen vorgesehene Niederlassungsfreiheit nicht auf Gesellschaften übertragen kann.⁵⁹⁶ Dies erkläre sich aus dem Zweck der Bilateralen Verträge I, mit denen nicht die Grundfreiheiten des AEUV übernommen werden sollten, die zu der unbeschränkten Teilnahme an dem europäischen Binnenmarkt berechtigen würden.⁵⁹⁷ Das Verhandlungsergebnis sollte qualitativ und quantitativ unter dem „acquis communautaire“⁵⁹⁸ des EWR liegen. In dem Abkommen ist vor allem eine Art. 54 AEUV entsprechende Regelung nicht vorgesehen. Dies geriete auch in Konflikt mit dem sektorellen Ansatz der Bilateralen Verträge. Dass sich schweizer Gesellschaften nicht auf die Grundfreiheiten berufen können, hat auch das OLG Hamm in seinem Urteil angenommen.⁵⁹⁹ Der Senat stützt sich in seinem Urteil vielmehr auf die beschränkte Dienstleistungsfreiheit, welche in Art. 5 des Freizügigkeitsabkommens i.V.m. Art. 17 Anhang I niedergelegt ist.⁶⁰⁰ Danach sind Dienstleister bei vorübergehendem Aufenthalt (nicht länger als 90 Tage) in dem Unionsraum zu der Erbringung der Dienstleistung berechtigt.⁶⁰¹ Daraus folgert das OLG Hamm, dass „eine schweizerische Gesellschaft, die sich innerhalb der von dem Abkommen vorgegebenen Grenzen in Deutschland betätigt, auch dann als solche anerkannt werden muss, wenn ihr Verwaltungssitz vorübergehend in Deutschland liegt“.⁶⁰² Allerdings gilt dieser Fall der Anerkennung nur für solche Gesellschaften, die sich

594 Trütten, Mobilität von Gesellschaften in der EG, 252.

595 Schreiber/Jaun, ST 2004, 769 (772 f.).

596 Girsberger/Rodriguez, SZIER 2004, 559 (574 f.); Trütten, Mobilität von Gesellschaften in der EG, 251.

597 Trütten, Mobilität von Gesellschaften in der EG, 252.

598 Vgl. zu dem Begriff des „acquis communautaire“. Mickel/Bergmann, Handlexikon der EU.

599 OLG Hamm, BB 2006, 2487 (2488).

600 Gemäß Art. 18 des Anhang I gelten als Dienstleistungserbringer auch jene Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft oder nach schweizer Recht gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in dem Gebiet einer Vertragspartei haben.

601 Girsberger/Rodriguez, SZIER 2004, 559 (575).

602 OLG Hamm, BB 2006, 2487 (2489).

innerhalb der 90-Tagesfrist des Abkommens bewegen. Für diesen Zeitraum mag es eine Anerkennungspflicht geben. Von einer solchen „befristeten Niederlassungsfreiheit“ profitieren jedoch nur wenige Wirtschaftszweige wie z.B. das Beraterwesen. Für die Mehrzahl der Gesellschaften stellt dies aufgrund der zeitlichen Befristung keine Änderung dar. Weitere Ausführungen zu diesem Punkt hat der Senat nicht dargelegt.

Überlegenswert erscheint, warum die Vertragsparteien die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften nicht statuiert haben. Die Gründe mögen vielfältig sein. Zum einen verfügten die Verhandlungsführer aufgrund der Ablehnung des EWR-Beitritts 1992 nur über ein beschränktes Verhandlungsmandat.⁶⁰³ Die Grundfreiheiten des AEUV sollten nicht unbesehen übernommen werden. Zum anderen bestand zu dem Zeitpunkt des Abschlusses der Bilateralen Verträge I im Jahre 2000 noch ein anderes Verständnis der Niederlassungsfreiheit, da die bedeutsamen Entscheidungen des EuGH mit Ausnahme der *Daily-Mail*-Entscheidung noch nicht ergangen waren. Möglicherweise war diese Ausgestaltung der Niederlassungsfreiheit von der Schweiz und der EU nicht in Betracht gezogen worden. Daraus ließe sich erklären, warum die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften in dem Freizügigkeitsabkommen kaum Niederschlag gefunden hat. Gegen eine solche Interpretation spricht allerdings ein Umkehrschluss. Die beiden Vertragspartner haben ein partielles Liberalisierungsabkommen für den Luftfahrtverkehr geschlossen. Anders als bei den übrigen sechs sektoriellem Abkommen der Bilateralen I, die auf eine bilaterale Liberalisierung abzielen, handelt es sich bei dem Luftverkehrsabkommen um ein sog. partielles Integrationsabkommen.⁶⁰⁴ In dem Bereich der Luftfahrtgesellschaften soll die Schweiz unter das bestehende relevante Unionsrecht fallen. Mit dieser Regelung sollen die Schweizer Luftfahrtgesellschaften „Swissair“ und „Crossair“ ungehinderten Zugang zu dem europäischen Binnenmarkt erhalten.⁶⁰⁵ Dieses Abkommen verkörpert aber eine Ausnahme. Die vollständige Integration in das Unionsrecht in dem Bereich der Luftfahrt stellt einen Sonderfall aus schweizerischer Sicht dar. Diese Ausnahmeregelung lässt es unwahrscheinlich erscheinen, dass beide Vertragspartner die vollständige Integration der schweizer Gesellschaften in den europäischen Binnenmarkt betreiben wollten.

Dieses Ergebnis legt auch ein Vergleich mit anderen Assoziierungsabkommen wie dem zwischen Chile und der EU nahe. Darin ist die Geltung der Gründungstheorie festgelegt.⁶⁰⁶ Eine solche Regelung findet sich weder in den Bilateralen Verträgen I noch in den Bilateralen Verträgen II. Obwohl mit den Bilateralen Verträgen II das Vertragsnetz engmaschiger ausgestaltet werden sollte,

603 Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektoriellem Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft vom 23.06.1999, BBl 1999 I, S. 6309.

604 Felder/Kaddous-Spinner, Bilaterale Abkommen Schweiz-EU, 13 (15).

605 Felder/Kaddous-Spinner, Bilaterale Abkommen Schweiz-EU, 13 (15).

606 Dazu Erster Teil, § 2, E., III. 6.

ist darin jedoch keine Regelung über die Freizügigkeit juristischer Personen enthalten. Da diese Abkommen aber nach den Entscheidungen des EuGH ergangen sind, kann man nicht davon sprechen, dass den Parteien die Änderung in dem Verständnis der Niederlassungsfreiheit nicht bewusst gewesen wäre. Es erscheint daher abwegig anzunehmen, dass die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften bilateral vereinbart werden sollte. Die Schlussfolgerung des OLG Hamm, von der begrenzten Anerkennung auf eine generelle Anerkennung zu schließen, kann nach den gefundenen Ergebnissen nicht geteilt werden.⁶⁰⁷ Dass sich der Senat in seiner Überlegungen auf die Bilateralen Verträge I & II stützt, kann nicht als besonders starkes Argument für die Anwendung der Gründungstheorie gegenüber schweizer Gesellschaften angesehen werden.

4. Entscheidung des BGH

Mit Urteil vom 27.10.2008 hat der II. Zivilsenat des BGH entschieden, dass nach gegenwärtiger Rechtslage auf eine Schweizer Gesellschaft die Sitz- und damit nicht die Gründungstheorie Anwendung findet.⁶⁰⁸ Folglich hat der BGH die Entscheidung des OLG Hamm verworfen und die Einführung der Gründungstheorie in die Hände des Gesetzgebers gelegt. Von Seiten des BGH ist also kein Umschwenken auf die Gründungstheorie gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten, die nicht staatsvertraglich privilegiert sind, zu erwarten.

In seinem Urteil hat der BGH zunächst festgestellt, dass sich die Anwendung der Gründungstheorie gegenüber Gesellschaften aus der Schweiz nicht aus der Anwendung völkerrechtlicher Verträge ergibt. Trotz EFTA-Mitgliedschaft der Schweiz seien die Verträge über die Europäische Union oder den Europäischen Wirtschaftsraum inklusive der ihnen innewohnenden Niederlassungsfreiheit nicht auf schweizer Gesellschaften auszudehnen. Gleches gelte für die Bilateralen Verträge I & II sowie die multilateralen völkerrechtlichen Verträge EMRK⁶⁰⁹ oder GATS⁶¹⁰, aus denen sich keine Anerkennungspflicht ergebe. Gegenüber Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Staaten sei daher weiterhin die modifizierte Sitztheorie anzuwenden. Anschließend erteilt der BGH der Einführung eines Sonderrechts gegenüber Gesellschaften aus der Schweiz eine Absage. Im Gegensatz zu dem OLG Hamm, das sich aufgrund der fortschreitenden An-

607 So auch *Wachter*, BB 2006, 2489 (2490).

608 BGH, NJW 2009, 289 ff. Zu den Einzelheiten der Entscheidung *Goette*. DStR 2009, 63; *Gottschalk*, ZIP 2009, 948 ff.; *Hellgardt/lmer*, NZG 2009, 94 ff.; *Kieninger*, NJW 2009, 292 f.; *Kindler*, IPRax 2009, 189 ff.; *Werner*, GmbHR 2009, 191 ff.; *Wöhler*, GWR 2009, 161.

609 Dazu Erster Teil, § 2, D.

610 Dazu Erster Teil, § 2, E., IV.

näherung der Schweiz an die EU in rechtlicher Hinsicht für die Anwendung der Gründungstheorie entschied, hat der BGH hervorgehoben, dass die Schweiz die notwendigen völkerrechtlichen Verträge bewusst nicht ratifiziert habe. Eine Anwendung der Gründungstheorie aus Gründen der Rechtssicherheit kommt für den BGH nicht in Betracht, da andernfalls bei anderen Staaten auch stets zu fragen sei, ob die jeweilige Rechtsordnung der deutschen weitestgehend angenähert sei. Für die Schweiz gälten daher die allgemeinen Regeln des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts, so dass für die kollisionsrechtliche Beurteilung schweizer Gesellschaften das Recht an dem Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes maßgeblich sei.⁶¹¹ Wie der BGH klarstellt, ist „eine in der Schweiz gegründete Aktiengesellschaft [mit inländischem Verwaltungssitz] also nur dann in Deutschland rechtsfähig, wenn sie im deutschen Handelsregister eingetragen ist, was eine Neugründung voraussetzt.“

Obwohl das Schrifttum intensiv diskutiert,⁶¹² ob der Übergang zu der Gründungstheorie in dem Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit auch einer Anwendung derselben gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten nach sich zieht, sieht der BGH keinen Grund, diese Rechtsprechung zu ändern.⁶¹³ Der Senat stellt dazu fest, dass der Gesetzgeber bisher keine Regelung getroffen habe. Dabei setzt sich der BGH mit den aktuellen Reformvorhaben des deutschen Gesetzgebers in dem Bereich des Gesellschaftsrechts, vor allem dem MoMiG und dem Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht auseinander. § 4a GmbHG und § 5 AktG hätten keinen Einfluss auf die Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland. Daraufhin widmet sich der BGH dem Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht, der die Einführung der Gründungstheorie beabsichtigt.⁶¹⁴ Jedoch habe der Gesetzgeber das Vorhaben noch nicht verabschiedet, da „im politischen Meinungsbildungsprozess Bedenken gegen den Referentenentwurf geäußert worden [seien]“. Daher stehe es dem Senat nicht zu, „der Willensbildung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers vorzugreifen“⁶¹⁵; zumal die Gesellschaft schweizer Rechts mit inländischem Verwaltungssitz rechts- und damit parteifähig sei. Zwar sei sie

611 BGHZ 97, 269 (271).

612 Für die Einführung der Gründungstheorie: Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG Einl. B Rn 36; Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2244); Leible/Hoffmann, ZIP 2003, 925 (930); Paefgen, WM 2003, 561 (570); Eidenmüller-Rehm, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 2 Rn 87; für die Beibehaltung der Sitztheorie: Hüffer, AktG, § 1 Rn 32 f.; Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 455; Reithmann/Martiny-Hausmann, Int. Vertragsrecht, Rn 5066; Wiedemann, GesR II § 1 IV 2, 3; Palandt-Heldrich, Anh. zu Art. 12 EGBGB Rn 9; Bayer, BB 2003, 2357 (2363 f.); Ebke, JZ 2003, 927 (929 f.); Horn, NJW 2004, 893 (897); Weller, ZGR 2006, 748 (765).

613 BGH, NJW 2009, 289 (290 f.).

614 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E.

615 BGH, NJW 2009, 289 (291); vgl. zum Richter als Ersatzgesetzgeber, Steiner, NJW 2001, 2919 ff. m.w.N; Söllner, ZG 1995, 1 ff.

nach der *Jersey*-Entscheidung des BGH⁶¹⁶ nicht als Aktien- oder Kapitalgesellschaft zu qualifizieren, sie sei aber als rechtsfähige Personenhandelsgesellschaft deutschen Rechts, also als GbR oder oHG einzuordnen. Wie die Rechtsfolgen der persönlichen Haftung der Gesellschafter aufzufangen seien, sei Aufgabe des Innenrechts der jeweiligen Gesellschaft.

5. Fazit

Als nicht unerheblich ist das Argument des OLG Hamm anzusehen, wonach schwerlich vermittelbar sei, inwiefern ein Unterschied zwischen einer liechtensteinischen und einer schweizer Gesellschaft zu machen ist. Gesellschaften aus dem Fürstentum Liechtenstein sind seit dem diesbezüglichen Urteil des BGH von 2005⁶¹⁷ anzuerkennen. Wenn also Gesellschaften aus dieser vermeintlich weniger strengen Gesellschaftsrechtsordnung⁶¹⁸ anzuerkennen sind, ist eine unterschiedliche Bewertung schweizer und liechtensteinischer Gesellschaftsformen kaum zu rechtfertigen. Die Rechtfertigung der Sitztheorie als Schutztheorie⁶¹⁹ ist somit weggefallen. Wenn die deutsche Rechtsordnung Delaware- oder liechtensteinische Gesellschaften als solche akzeptieren muss, kann einer Gesellschaftsform aus der Schweiz unter Schutzgesichtspunkten die Anerkennung nicht verweigert werden.

Mit dem Argument, eine einheitliche Anknüpfung sei im Internationalen Gesellschaftsrecht geboten, befindet sich der Senat des OLG Hamm in sehr guter Gesellschaft. Die Sonderkommission „Internationales Gesellschaftsrecht“ des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht sieht dies genauso.⁶²⁰ In dem Falle einer gespaltenen Anknüpfung verliere das Anknüpfungssystem an Kohärenz, werde unübersichtlich, und es ergäben sich unnötige Abgrenzungsfragen, ohne dass dem „unterscheidungskräftige Wertungsdifferenzen“ zugrunde gelegt werden könnten.⁶²¹ Dies zeigt sich im vorliegenden Fall an der unterschiedlichen Beurteilung von schweizer und liechtensteinischen Gesellschaften.

Das Ergebnis des OLG Hamm ist in der Sache nachvollziehbar. Weniger überzeugend ist die Argumentation, die auf einer fragwürdigen Interpretation der Bilateralen I & II und einer etwaigen „Sonderstellung“ der Schweiz beruht. Die-

616 BGHZ 151, 204.

617 BGH, DNotZ 2006, 143 ff.; BB 2005, 2347.

618 *Kindler* (MüKo-*Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 9) spricht von einer „Flucht in die laxesten Anforderungen an die Gesellschaftsgründung“.

619 BayObLG, WM 1992, 1371; *Staudinger-Großfeld*, IntGesR, Rn 40; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band I, S. 785; *Kindler*, NJW 1999, 1993 (1994).

620 *Sonnenberger/Bauer*, Reform des GesR, 17 f.

621 *Sonnenberger/Bauer*, Reform des GesR, 17 f.

se Argumente hat der BGH überzeugend abgelehnt,⁶²² da die Schweiz die notwendigen völkerrechtlichen Verträge nicht ratifiziert hat. Im Hinblick auf die erlangte Rechtssicherheit ist es nachvollziehbar, dass sich der BGH auch einer Entscheidung unter Hinweis auf die fehlende Entscheidungserheblichkeit nicht enthalten hat, was ihm nach Ansicht von *Wachter* offen gestanden hätte.⁶²³ Denn die schweizer Gesellschaft ist rechts- und parteifähig: entweder nach der Gründungstheorie als schweizer Aktiengesellschaft oder nach der Sitztheorie als rechtsfähige deutsche Personenhandelsgesellschaft.

In dem Falle einer möglichen Verabschiedung des Referentenentwurfs entfällt aus deutsch-schweizer Sicht zumindest die Notwendigkeit, eine andere Regelung über beispielsweise die Bilateralen III oder einen bilateralen Staatsvertrag zwischen Deutschland und der Schweiz zu treffen. Es wäre vorstellbar, in einem möglichen Bilateralen III die Regeln über die Niederlassungsfreiheit auf juristische Personen auszudehnen. Vor dem Hintergrund der liberalen Regelung des IPRG, würde es sich anbieten, mittels der Bilateralen III eine Regelung über die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften festzuschreiben. Andererseits wäre es möglich, einzelne bilaterale Staatsverträge mit den jeweiligen Mitgliedstaaten der EU zu schließen. Mit einer solchen Option hätte es die Schweiz in der Hand, aus welchem Land sie die Gesellschaften anerkennt.

Obwohl die *Jersey*-Entscheidung aus ihren Umständen als Einzelfallentscheidung zu erklären ist, stellt sich die Frage, ob das OLG Hamm eine solche klare Entscheidung für die Gründungstheorie in dem Vorgriff auf den BGH treffen sollte. Zwar ist die Schweiz als einer der Nachbarländer eine der größten Außenhandelspartner der Bundesrepublik Deutschland⁶²⁴ und daher ist ein hohes Maß an Rechtssicherheit erforderlich, aber es bleibt trotzdem die Frage, ob ein Instanzgericht eine Änderung der Rechtsprechung in dieser grundlegenden Frage vornehmen sollte. Das bereits besprochene Urteil des OLG Hamburg, in dem dieses seine Sympathie für die Gründungstheorie erkennen lässt und dennoch entsprechend der BGH-Rechtsprechung entscheidet, erscheint als der bessere Weg. Die Widersprüche zwischen dem OLG Hamburg und dem BGH auf der einen Seite und dem OLG Hamm auf der anderen Seite zeigen, dass die Frage der Anerkennung ausländischer Gesellschaften aus Drittstaaten, mit denen kein entsprechender Staatsvertrag besteht, aktuell von hoher Relevanz ist.

Unter rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist es von besonderem Interesse, dass der BGH sich nicht in den „politischen Meinungsbildungsprozess“ einmischen möchte und sich somit neutral gegenüber

622 Ebke, in: FS Sandrock, 175 (197).

623 *Wachter*, BB 2006, 2490.

624 Laut Statistischem Bundesamt war die Schweiz im Jahr 2009 das siebtgrößte Herkunfts- und neungrößte Bestimmungsland in der Rangfolge der Handelspartner im Außenhandel der Bundesrepublik Deutschland, Statistisches Bundesamt, Außenhandel - Rangfolge der Handelspartner im Außenhandel der Bundesrepublik Deutschland 2009 vom 16.12.2010.

dem im Raum stehenden Referentenentwurf verhält.⁶²⁵ Damit wählt der BGH eher den Weg des OLG Hamburg. Allerdings wollte das OLG Hamburg die Entscheidung nicht als Instanzgericht übernehmen. Es lag daher in der Zuständigkeit des BGH seine bisherige Rechtsprechung aufzugeben oder zu ändern, so wie er dies in anderen Fällen des Gesellschaftsrechts auch getan hat.⁶²⁶

Um die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zu wahren, sollte eine Rechtsprechungsänderung durch die obersten Gerichte in einem zweistufigen Prozess durchgeführt werden:⁶²⁷ Zunächst sollte die Rechtsprechung eine bevorstehende Rechtsprechungsänderung in einem *obiter dictum* ankündigen, um das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf den Fortbestand der bisherigen Rechtsprechung zu zerstören. Mit dieser „vertrauenserstörende Ankündigungen“ kann sich der Rechtsverkehr dann auf eine Änderung der Rechtsprechung einstellen. In einem zweiten Schritt sollte die eigentliche Änderung der Rechtsprechung erfolgen. Dabei bedarf es der Prüfung, ob Vertrauensschutz für „Altfälle“ gewährt werden muss.⁶²⁸ Das bedeutet, dass die neue Grundsatzentscheidung nicht auf Fälle angewendet wird, die zeitlich vor dieser Entscheidung oder Änderungskündigung stattgefunden haben.

Der II. Zivilsenat des BGH hat jedoch an der geltenden Rechtslage gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten festgehalten und bezüglich einer möglichen Rechtsänderung auf den Gesetzgeber verwiesen. Dieser Akt von „judicial self-restraint“ ist angesichts der unsicheren Lage bezüglich der Verabschiedung des Referentenentwurfs nachvollziehbar.⁶²⁹ Der BGH sah es nicht als seine Aufgabe an, den laufenden politischen Meinungsbildungsprozess innerhalb der Legislative zu beeinflussen. Mit seiner Entscheidung hat der BGH Rechtssicherheit in Bezug auf die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten geschaffen. Für diese Gesellschaften gilt bis zu dem möglichen Erlass des Referentenentwurfs die Sitztheorie. Es bleibt daher abzuwarten, ob und wie lange die kritisierte modifizierte Sitztheorie, die *Ebke* als ein „Ablenkungsmanöver“⁶³⁰ bezeichnet hat, weiterhin Bestand haben wird.

625 *Ebke*, in: FS Hellwig, 117 (140); *Ebke*, in: FS Sandrock, 175 (196); *Kieninger*, NJW 2009, 292.

626 *Kieninger*, NJW 2009, 292.

627 *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn 250 ff.; BGHZ 114, 127; 132, 119; BAG, NZA 2006, 607; NZA 2007, 965.

628 Vgl. *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn 253.

629 A.A. *Kieninger*, NJW 2009, 292.

630 *Ebke*, in: FS Thode, 593 (611); *Ebke*, in: FS Hellwig, 117, (132) spricht auch von „Spaltung der Rechtspersönlichkeit“; vgl. auch *Henze*, DB 2003, 2159 (2164), der das Urteil des BGH, als eine besondere Entscheidung vor dem Hintergrund der anstehenden *Überseering*-Entscheidung des EuGH einordnet. Die Absicht des II. Zivilsenats war es, die Sitztheorie vor dem Verdikt der Unvereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 i.V.m. 54 AEUV (ex 43 i.V.m. Art. 48 EGV) zu bewahren.

§ 4: Zusammenfassung des Ersten Teils

Abschließend lässt sich festhalten, dass dieser erste Teil ein gespaltenes Kollisionsrecht offenbart.⁶³¹ Auf der einen Seite stehen die ausländischen Gesellschaften, die entweder aufgrund der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit oder einer staatsvertraglichen Vereinbarung anzuerkennen sind. Auf diese Gesellschaften findet die Gründungstheorie Anwendung. Auf der anderen Seite stehen die ausländischen Gesellschaften, die keinerlei Privilegierung erfahren und somit nach der Sitztheorie beurteilt werden. Der BGH wollte die Sitztheorie für diese Gesellschaften aus Drittstaaten in der sog. *Trabrennbahn*-Entscheidung nicht aufheben.⁶³² Es ist nun die Aufgabe des Gesetzgebers, nach Abschluss des Meinungsbildungsprozesses über eine Änderung der Rechtslage zu entscheiden. Eine mögliche Lösung hat er mit dem Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht in den Raum gestellt. Ob es sich bei diesem um eine wünschenswerte Regelung handelt, oder ob andere lohnende Regelungsoptionen zur Verfügung stehen, soll in dem nächsten Teil geklärt werden.

631 Vgl. auch *Weller*, ZGR 2010, 679 (695 f.).

632 BGH, NJW 2009, 289 ff.

Zweiter Teil: Regelungsoptionen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht gegenüber Drittstaaten

In dem zweiten Teil setzt sich die Arbeit mit den unterschiedlichen Regelungsoptionen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht auseinander. Diskutiert werden unter § 1 die Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage, unter § 2 die Umsetzung des Referentenentwurfs, unter § 3 die Gründungstheorie mit Sonderanknüpfungen sowie unter § 4 das Modell der Anknüpfung der Societas Europaea gemäß Art. 7, 8 SE-VO. Zweck dieses Abschnitts ist es, die einzelnen Regelungsmodelle vorzustellen und zu analysieren. Er soll dazu dienen, die bestmögliche Regelungsoption unter den vier zu finden.

§ 1: Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage

Zunächst kommt die Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage in Betracht. Danach ist zwischen Gesellschaften je nach deren Herkunft zu unterscheiden. Auf Gesellschaften aus dem EU-/EWR-Raum ist die Gründungstheorie anzuwenden, d.h. diese Gesellschaften sind nach ihrem Heimatrecht zu beurteilen und damit in dem deutschen Rechtsverkehr anzuerkennen. Gleches gilt für Gesellschaften, die aus Staaten kommen, mit denen Deutschland einen Staatsvertrag über die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften abgeschlossen hat. Demgegenüber stehen die Gesellschaften, welche aus Drittstaaten kommen. Diese sind kollisionsrechtlich nach der Sitztheorie zu beurteilen. Für sie gilt jedoch nicht mehr die traditionelle Form der Sitztheorie, welche zu der Nichtanerkennung der Gesellschaft führte. Vielmehr sind diese Gesellschaften entsprechend der Jersey-Entscheidung des BGH⁶³³ der sog. Umqualifizierungslösung unterworfen. Gesellschaften aus diesen Staaten werden daher nicht als ausländische Rechtsformen behandelt, sondern als deutsche Personengesellschaften wie z.B. als GbR oder oHG. Einige Autoren betrachten diese Spaltung des Gesellschaftsrechts als besonders negativ und bezeichnen den gegenwärtigen Zustand des Internationalen Gesellschaftsrechts als „Flickenteppich“.⁶³⁴ *De lege lata* ist die modifizierte Sitztheorie auf Gesellschaften aus nicht-privilegierten Drittstaaten anzuwenden.

633 BGHZ 151, 204.

634 Großfeld, Zauber des Rechts, 16; Forsthoff, DB 2002, 2471; Sonnenberger/Bauer, Reform des GesR, 16.

Gegen die modifizierte Sitztheorie bestehen europa-, kollisionsrechtliche sowie prozess- und vollstreckungsrechtliche Bedenken.⁶³⁵ In europarechtlicher Hinsicht ist zu bemerken, dass die modifizierte Sitztheorie gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.⁶³⁶ Unter kollisionsrechtlichem Gesichtspunkt besteht das Problem, dass eine ausländische Kapitalgesellschaft schwerlich in eine inländische Personengesellschaft transponiert werden kann. Hinzu kommen zudem prozess- und vollstreckungsrechtliche Bedenken, da beispielsweise im Fall einer „Spaltung der Rechtspersönlichkeit“⁶³⁷ sogar eine Doppeltitulierung im In- und Ausland möglich ist.⁶³⁸ Die modifizierte Sitztheorie kann folglich keine dauerhafte Lösung für die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten darstellen.

§ 2: Skizzierung des Referentenentwurfs

Im Folgenden widmet sich die Arbeit dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz zu der Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts. Der Referentenentwurf basiert auf dem Vorschlag der Spezialkommission „Internationales Gesellschaftsrecht“ des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, die das Bundesministerium für Justiz eingesetzt hat.⁶³⁹ Anlass für die legislativen Vorarbeiten waren die Urteile des EuGH in Rechtssachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*.⁶⁴⁰ Wie bereits angekündigt, waren sich die Mitglieder der Kommission einig, dass infolge der „verloren gegangenen Rechtssicherheit“⁶⁴¹ eine schriftliche Normierung notwendig geworden ist.

A. Einpassung in die Konzeption des EGBGB

Innerhalb der Struktur des EGBGB soll die Neuregelung des Internationalen Gesellschaftsrechts in dem zweiten Abschnitt (Art. 10 EGBGB-E) verortet werden,

635 Dazu Erster Teil, § 2, B., II.

636 Dazu Erster Teil, § 2, B., II.

637 Ebke, JZ 2003, 927 (929); Behrens, IPRax 2003, 192 (199).

638 Vgl. Binz/Mayer, BB 2005, 2361 (2365).

639 Sonnenberger, Reform des GesR. Zu den Mitgliedern der Kommission zählen: Jürgen Basedow, Peter Behrens, Horst Eidenmüller, Eva-Maria Kieninger, Peter Kindler; Otto Sandrock, Peter Schlechtriem, Hans-Jürgen Sonnenberger (Vorsitzender), Daniel Zimmer und Frank Bauer (Protokollföhrer). Als Vertreter des Bundesjustizministeriums haben an den Sitzungen teilgenommen: Birte Timm und Rolf Wagner.

640 Sonnenberger/Bauer, Reform des GesR, S.4 f.

641 Sonnenberger/Bauer, Reform des GesR, S.6.

der sich auf das Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte⁶⁴² bezieht. Die Einordnung der juristischen Personen in dem Abschnitt über natürliche Personen ist systematisch nachvollziehbar.⁶⁴³ Obwohl damit die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, die nur einen Ausschnitt des Gesellschaftsstatus darstellt, betont wird, spricht einiges für die systematische Einordnung in dem Rahmen der Art. 7 ff. EGBGB. Einerseits findet sich die Einordnung des Internationalen Gesellschaftsrechts in dem „Allgemeinen Teil“ des Internationalen Privatrechts in der Literatur,⁶⁴⁴ andererseits besteht ein systematischer Zusammenhang mit den international-privatrechtlichen Normen für Formfragen in Art. 11 EGBGB und über den Schutz des Rechtsverkehrs gemäß Art. 12 EGBGB, die zudem noch ergänzt werden sollen.⁶⁴⁵ Die Einordnung in den Allgemeinen Teil des EGBGB erscheint daher stimmig und nachvollziehbar.

B. Anwendung der Gründungstheorie gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten

Kernpunkt des Entwurfs ist die generelle Hinwendung zu der Gründungstheorie, die in der allgemeinen Kollisionsnorm des Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E⁶⁴⁶ normiert werden soll. Damit läutet der Gesetzgeber einen Paradigmenwechsel im deutschen Recht ein, welches bis zu den Entscheidungen des EuGH generell der Sitztheorie gefolgt war. Ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs ist es das erklärte Ziel, den Vorgaben des EuGH auf europäischer Ebene nachzukommen und „dadurch Unternehmen bei der Gestaltung ihrer gesellschaftsrechtlichen Strukturen eine größere internationale Flexibilität und Mobilität“⁶⁴⁷ zu ermöglichen. Vor allem aber galt – mangels jedweder Vorgaben – die modifizierte Sitztheorie bisher gegenüber „nicht-privilegierten“ Drittstaaten. Dies hatte eine Spaltung des Kollisionsrechts für juristische Personen zur Folge.⁶⁴⁸ Angesichts zahlreicher Staatsverträge, die eine Anerkennung ausländischer Gesellschaften enthalten, sieht es der Gesetzgeber als notwendig an, einen „Gleichlauf mit denartigen Staatsverträgen“ zu erzielen.⁶⁴⁹ Jedoch verweist die Begründung zu dem

642 Art. 7 ff. EGBGB.

643 Schneider, BB 2008, 566 (569).

644 Vgl. Kegel/Schurig, IPR, S. 566 ff.; Palandt-Heldrich, Anh. zu Art. 12 EGBGB Rn 2.

645 Schneider, BB 2008, 566 (569).

646 Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E lautet: „Gesellschaften, Vereine und juristische Personen des Privatrechts unterliegen dem Recht des Staates, in dem sie in ein öffentliches Register eingetragen sind. Sind sie nicht oder noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen, unterliegen sie dem Recht des Staates, nach dem sie organisiert sind.“

647 RefE zum Internationalen Gesellschaftsrecht, S. 5.

648 Vgl. Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 426 ff.

649 RefE zum Internationalen Gesellschaftsrecht, S. 7.

Referentenentwurf auf den Vorrang staatsvertraglicher Regelungen nach Art. 3 Nr. 2 EGBGB. Danach genießen anders lautende staatsvertragliche Anknüpfungen Vorrang vor der kollisionsrechtlich fundierten Anknüpfung. Letztlich bedeutet die mögliche Neuregelung – so sie denn Gesetz wird – das Ende der Sitztheorie,⁶⁵⁰ soweit eine staatsvertragliche Regelung nicht etwas Anderes gebietet.⁶⁵¹

Anknüpfungspunkt für die Anerkennung von ausländischen juristischen Personen ist das Recht an dem Ort der Registrierung, hilfsweise das Recht an dem Ort, nach dem die juristische Person organisiert ist. Es liegt also eine für das Internationale Privatrecht typische Anknüpfungsleiter bzw. subsidiäre Anknüpfung vor.⁶⁵² Mit der Anknüpfung an das „Registerrecht“ lässt sich schnell und zuverlässig ermitteln, welchem Recht die Gesellschaft unterliegt. Diese „Registrierungstheorie“⁶⁵³ entspricht im Grundsatz als Anknüpfungspunkt dem „place of registration“ im britischen Internationalen Privatrecht.⁶⁵⁴

Hinzu kommen eine besondere Kollisionsnorm für Umwandlungsfälle gemäß Art. 10a EGBGB-E⁶⁵⁵ sowie eine Vorschrift zu dem Wechsel des anwendbaren Rechts gemäß Art. 10b EGBGB-E.⁶⁵⁶ Für grenzüberschreitende Umwandlungen wird an das bisherige Gesellschaftsstatut angeknüpft, während für den Fall eines grenzüberschreitenden Formwechsels normiert wird, dass die beiden betroffenen Rechtsordnungen den Wechsel zulassen. Wichtig im Zusammenhang mit der Konkretisierung der Reichweite des Personalstatuts ist die Vorschrift des Art. 10 Abs. 2 EGBGB-E.⁶⁵⁷ Damit legt der Gesetzgeber die sachliche Reichwei-

650 Knof/Mock, GmbHHR 2008, R65.

651 Vgl. z.B. nach Eidenmüller-Rehm, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 2 Rn 16 das deutsch-südafrikanische Kapitalschutzabkommen vom 11.9.1995, BGBl. 1997 II, S.2098; in Kraft seit dem 10.4.1998, BGBl. II S.903 oder im Verhältnis zu Russland: Art. 1 Abs. 1 c) Kapitalschutzabkommen mit der UdSSR vom 13. 6. 1989, BGBl. 1990 II S. 342; in Kraft seit 5. 8. 1991, BGBl. 1991 II S. 951; zur Fortgeltung im Verhältnis zur Russischen Föderation s. BGBl. 1992 II S. 1016.

652 Vgl. die sog. „Kegelsche Leiter“ in Art. 14 Abs. 1 EGBGB; Sonnenberger/Bauer, Reform des GesR, 21; allgemein zu Anknüpfungsleitern: Kropholler, IPR, § 20 III; Kegel/Schurig, IPR, § 20 V.

653 Kindler: in: Sonnenberger, Reform des GesR, 391.

654 Vgl. Zimmer, RabelsZ 2003, 298 (304).

655 Art. 10a Abs. 1 EGBGB-E lautet: „Die Voraussetzungen, das Verfahren und die Wirkungen einer Umwandlung im Wege der Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung oder des Formwechsels unterliegen für jede der beteiligten Gesellschaften, Vereine oder juristischen Personen dem nach Art. 10 EGBGB anzuwendenden Recht.“

656 Art. 10b Abs. 1 EGBGB-E lautet: „Wird eine Gesellschaft, ein Verein oder eine juristische Person in einem anderen Staat in ein öffentliches Register eingetragen oder wird die Organisation der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person nach außen erkennbar dem Recht eines anderen Staates unterstellt, wechselt das nach Art. 10 anzuwendende Recht, wenn das bisherige und das neue Recht einen Wechsel ohne Auflösung und Neugründung zulassen und die Voraussetzungen beider Rechte vorliegen.“ Art. 10 Abs. 2 EGBGB-E lautet: „Das nach [Art.10] Absatz 1 anzuwendende Recht ist insbesondere maßgebend für:

1. die Rechtsnatur und die Rechts- und Handlungsfähigkeit,

te des Gesellschaftsstatuts fest, so dass in eindeutiger Art und Weise die international-privatrechtlichen Qualifikationsprobleme gelöst oder vorherbestimmt werden. Durch das Einfügen des Wortes „insbesondere“ zeigt der Gesetzgeber, dass die Regelung nicht abschließend sein soll. Mithin gewährt die Regelung einerseits der Rechtsprechung und der Wissenschaft einen notwendigen Freiraum zu der Ausfüllung des Personalstatuts der Gesellschaft; andererseits bietet die Festlegung der Reichweite des Gesellschaftsstatuts ein gewisses Maß an Rechtsicherheit,⁶⁵⁸ denn diese Regelung vereinfacht in der Rechtsanwendung die Abgrenzung zu anderen Kollisionsnormen. Vor allem Sachverhalte mit delikts- und insolvenzrechtlich zu qualifizierenden Fragestellungen unterliegen damit nicht dem Gesellschaftsstatut, sondern werden selbständig angeknüpft.⁶⁵⁹

C. Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungsmomente des Referentenentwurfs

Der folgende Abschnitt behandelt die wesentlichen Tatbestandsmerkmale der relevanten Kollisionsnormen. Unter I. untersucht er den Anknüpfungsgegenstand des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht; unter II. setzt er sich mit den Anknüpfungsmomenten des Referentenentwurfs auseinander.

I. Anknüpfungsgegenstand - Konzept der einheitlichen Kollisionsnorm

Bevor man sich dem Anknüpfungsmoment zuwendet, ist eine Bestimmung des Anknüpfungsgegenstandes, also des Bezugspunktes der Anknüpfung notwendig.⁶⁶⁰ Der Referentenentwurf erfasst alle Gesellschaftsformen⁶⁶¹, d.h. er orientiert sich damit an Art. 54 Abs. 2 AEUV, der sämtliche Gesellschaften des bür-

-
2. die Gründung und die Auflösung,
 3. den Namen und die Firma,
 4. die Organisations- sowie die Finanzverfassung,
 5. die Vertretungsmacht der Organe,
 6. den Erwerb und den Verlust der Mitgliedschaft und die mit dieser verbundenen Rechte und Pflichten,
 7. die Haftung der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person sowie die Haftung der ihrer Mitglieder und Organmitglieder für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person,
 8. die Haftung wegen der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten.“

658 Knof/Mock, GmbH 2008, R 65.

659 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 690 ff., 709 ff.; Kindler, Status-Recht 2008, 68 (69); Schneider, BB 2008, 566 (567).

660 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 282.

661 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 9.

gerlichen Rechts und des Handelsrechts, Vereine und juristische Personen des Privatrechts einschließt. Er umfasst auch Genossenschaften und BGB-Gesellschaften sowie den rechtsfähigen Verein und die Stiftung. Darüber hinaus erfasst er auch den nicht-rechtsfähigen Verein und damit auch Gesellschaften, die keinen Erwerbszweck verfolgen.⁶⁶² Dieser Ansatz geht über den Anwendungsbereich des Art. 54 Abs. 2 AEUV hinaus. Er verfolgt das Ziel, durch eine weitgreifende Kollisionsnorm ein großes Maß an Einheitlichkeit bei der kollisionsrechtlichen Beurteilung von Gesellschaften zu erzielen.⁶⁶³

Theoretisch denkbar ist neben einer einheitlichen Kollisionsnorm für sämtliche Gesellschaftsformen eine Trennung der Anknüpfungsmomente von Kapitalgesellschaften und Personenhandelsgesellschaften. Für eine kollisionsrechtliche Trennung lässt sich anführen, dass das Personengesellschaftsrecht einen weniger strengen Charakter besitzt als das Kapitalgesellschaftsrecht.⁶⁶⁴ Dafür spricht auch, dass sich das Internationale Privatrecht bei seiner Ausformung an der Aktiengesellschaft mit ihrer charakteristischen Satzungsstreng orientiert hat.⁶⁶⁵ Nach überwiegender Auffassung der Rechtsprechung⁶⁶⁶ und der Literatur⁶⁶⁷ entspricht das Personalstatut der Personengesellschaften des HGB wie z.B. der oHG oder der KG dem der juristischen Personen. Für die Gleichstellung finden sich verschiedene Argumente. Als Hauptargument wird die „Gemeinsamkeit bestimmender Wesensmerkmale“⁶⁶⁸ genannt. Charakteristisch für eine Kapitalgesellschaft ist, dass es sich um ein rechtlich verselbständigt Gebilde mit einer Organisationsstruktur und einer internen Willensbildung handelt, welches als solches nach außen auftritt.⁶⁶⁹ Eine vergleichbare Grundstruktur haben grundsätzlich sämtliche juristische Personen des Privatrechts und teil- oder nicht rechtsfähige Personenvereinigungen, soweit sie als solche nach außen auftreten, sowie nicht rechtsfähige Vermögensmassen mit eigener Organisation. Sie tragen gemeinsame relevante Wesenszüge, denn sie entstehen durch Rechtsgeschäft und dienen der Erfüllung ähnlicher Funktionen wie der gemeinschaftlichen Erreichung eines festgelegten Zwecks.⁶⁷⁰ Zudem treffen bei Personenhandelsgesellschaften als Folge des Gesamthandsprinzips schuld- und sachenrechtliche Wer-

662 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 9.

663 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 9.

664 Vgl. MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 285.

665 Großfeld, RabelsZ 38 (1974), 244 (366 ff.); Walden, Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften, 110 ff.

666 BGH, WM 1959, 1110; NJW 1967, 36; NJW 1999, 1871; NJW 2004, 3706 (3708); OLG Düsseldorf DB 1994, 2492; OLG Frankfurt 1998, 807.

667 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 282 ff.; Palandt-Heldrich, § 12 Anh. Rn 20; Reithmann/Martiny-Hausmann, Int. Vertragsrecht, Rn 5183; Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 746; Kegel/Schurig, IPR, § 17 III 1; a.A. Walden, Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften.

668 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 285.

669 Spählinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 111.

670 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 284.

tungen in einer Art und Weise zusammen, dass infolge der starken Vermögensbindung eine Parallele zu den juristischen Personen nicht von der Hand zu weisen ist.⁶⁷¹

Ein weiteres Argument für eine Gleichstellung lässt sich aus der Rechtsvergleichung ableiten. In Rechtsordnungen aus dem romanischen Rechtskreis besitzen Personengesellschaften eine eigene Rechtspersönlichkeit,⁶⁷² so dass sich bei einer unterschiedlichen Behandlung von Kapital- und Personenhandelsgesellschaften möglicherweise Abgrenzungsfragen ergeben können. Nach Auffassung von Kindler bestehen zwischen einer Kapitalgesellschaft und einer Personenhandelsgesellschaft keine solch umfangreichen Unterschiede, dass unter dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungssatz eine ungleiche kollisionsrechtliche Behandlung zu rechtfertigen sei.⁶⁷³ Es ist daher von einer Gleichbehandlung von Kapital- und Personenhandelsgesellschaften auszugehen.

Gleichermaßen gilt aufgrund der bereits genannten Erwägungen auch für Gesellschaften bürgerlichen Rechts, soweit es sich nicht um reine Innengesellschaften handelt.⁶⁷⁴ Reine Innengesellschaften besitzen keine nach außen erkennbare Organisation und nehmen als solche auch nicht am Rechtsverkehr teil.⁶⁷⁵ Diese werden kollisionsrechtlich nicht nach dem Gesellschafts-, sondern nach dem Vertragsstatut beurteilt. Auf sie finden die Art. 3 ff. Rom I-VO Anwendung. Es ist daher für die Zwecke des Kollisionsrechts zwischen Außen- und Innengesellschaften zu unterscheiden. Festzuhalten bleibt, dass der Anwendungsbereich der in Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E angestrebten Regelung möglichst weit gefasst ist, um ein hohes Maß an Einheitlichkeit in Bezug auf den jeweiligen Anknüpfungsgegenstand zu erzielen.

II. Anknüpfungsmomente

Der folgende Abschnitt untersucht die Anknüpfungsmomente, die im Referentenentwurf unter Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E vorgesehen sind (dazu 1. und 2.). Im Anschluss werden die Unterschiede der geplanten Neuregelung zu der Gründungstheorie nach englischem Recht herausgearbeitet (dazu 3.).

671 Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 751.

672 Vgl. Sonnenberger, Franz. Handels- und Wirtschaftsrecht, Rn III 46; Kindler, Ital. Handels- und Wirtschaftsrecht, § 4 Rn 21.

673 Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 285; vgl. zu dem Einfluss des GG auf das Internationale Privatrecht, Müko-Sonnenberger, EGBGB, Einl. 335 ff.

674 Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 287; Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 112; Reithmann/Martiny-Hausmann, Int. Vertragsrecht, Rn 5184; Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 752; Kegel/Schurig, IPR, § 17 III 1.

675 Vgl. Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 112.

1. Registrierungstheorie

Der Referentenentwurf ordnet in Art. 10 Abs. 1 S. 1 EGBGB-E die Anwendung der Registrierungstheorie an. Danach werden Gesellschaften nach dem Recht an dem Ort ihrer Registrierung beurteilt. Deutsche Kapitalgesellschaften müssen ihren satzungsmäßigen Sitz in das Register eintragen lassen, vgl. § 39 Abs. 1 AktG, § 10 Abs. 1 GmbHG. Der eingetragene Sitz ist gleichzeitig der Registersitz. Aus dem Satzungssitz ergibt sich auch das zuständige Registergericht. Folglich liegen bei Kapitalgesellschaften Registrierungsort, Registersitz und Satzungssitz an dem gleichen Ort. Anders liegt der Fall bei Vorgesellschaften, der GbR oder Personengesellschaften. Die GbR und damit auch ihr satzungsmäßiger Sitz können nicht in ein Register eingetragen werden. Da sie nicht registerfähig ist, kann zu der Ermittlung des anwendbaren Rechts nicht auf eine etwaige Registrierung oder einen Registersitz abgestellt werden. Die Registrierungstheorie kann auf die deutsche GbR nicht angewendet werden. Wirtschaftliche Bedeutung erlangt diese Frage z.B. bei einer Arbeitsgemeinschaft zwischen Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten der EU, die sich gemeinsam auf die Ausschreibung eines Bauprojektes bewerben.

Im Unterschied zu der GbR sind gemäß §§ 106, 162 HGB Personengesellschaften in das Handelsregister einzutragen. Dies gilt auch für ihren Sitz nach § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB. Bei dem einzutragenden Sitz handelt es sich nach herrschender Meinung um den Verwaltungssitz.⁶⁷⁶ Dieser stellt zugleich den Registersitz dar. Im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften (Formkaufmänner i.S.v. § 6 Abs. 2 HGB) ist die Handelsregistereintragung bei Personengesellschaften nicht konstitutiv. Personengesellschaften können demnach auch ohne Eintragung in das Handelsregister existieren. In solchen Fällen scheitert die Anknüpfung nach der Registrierungstheorie wiederum. Das Ziel des Referentenentwurfs - eine einfache und rechtssichere Bestimmbarkeit des anwendbaren Rechts - vermag die Registrierungstheorie nur bei registrierten bzw. registerpflichtigen Gesellschaften zu leisten.

2. Organisationstheorie bei nicht registrierten Gesellschaften

Da die Registrierungstheorie sich nicht als die allein geeignete Konkretisierung der Gründungstheorie erweist, sieht der Referentenentwurf in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGBGB-E eine alternative Anknüpfung für die Fälle fehlender Registereintra-

676 Baumbach/Hopt-Hopt, HGB, § 106 Rn 8; Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn-Märtens, HGB, § 106 Rn 13; MüKo-Langbein, HGB, § 106 Rn 26.

gung vor: die sog. Organisationstheorie⁶⁷⁷. Gemäß Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGBGB-E beurteilen sich diese Gesellschaften nach dem Recht, nach dem sie organisiert sind. Dem Referentenentwurf zufolge soll von dem Auftreten der jeweiligen Gesellschaft nach außen in der Regel auf ihre Organisation geschlossen werden; anders liegt der Fall, wenn die Gesellschafter mittels Vorlage ihrer Gründungs-dokumente den Nachweis erbringen, dass sie nach einer anderen Rechtsordnung organisiert sind.⁶⁷⁸ Diese Anknüpfung erfasst alle Gesellschaften, die nicht in ein öffentliches Register eingetragen sind,⁶⁷⁹ d.h. sowohl Vorgesellschaften als auch die GbR sowie nicht-registrierte Personenhandelsgesellschaften.

Die Anknüpfung an das Organisationsrecht wäre im Übrigen für registerpflichtige Gesellschaftsformen wie Kapitalgesellschaften nicht sachgerecht, da diese formell zu gründen sind, also die Eintragung in das Handelsregister konstitutive Wirkung entfaltet.⁶⁸⁰ Für die übrigen nicht formell zu gründenden Gesellschaften handelt es sich hingegen um eine sachgerechte Anknüpfung. Der Referentenentwurf entspricht damit im Wesentlichen der Regelung des schweizer IPRG. Art. 154 IPRG knüpft grundsätzlich an das Recht der Gesellschaftsorganisation an, bei registerpflichtigen Gesellschaften jedoch an das Recht des Registrierungsortes.

3. *Registrierungstheorie versus Gründungstheorie*

Der nachfolgende Abschnitt der Arbeit vergleicht die Anknüpfung an das Recht an dem Registrierungsort gemäß Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E mit der Anknüpfung an das Recht an dem Gründungsort, wie es das britische Recht vorsieht.⁶⁸¹ Die Lösung in dem britischen Recht soll als Maßstab dienen, da viele Autoren das britische Recht als einen Hauptvertreter der Gründungstheorie benennen.⁶⁸² Die Gründungstheorie hat sich historisch in dem Vereinigten Königreich entwickelt.⁶⁸³ Es bietet sich daher an, die britische Regelung mit der möglichen, neuen deutschen Regelung zu vergleichen.

677 Hoffmann, ZvglRWiss 101 (2002), 283 (306).

678 ReFE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 9.

679 ReFE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 9.

680 Kaulen, Anerkennung von Gesellschaften, 246 f.

681 Hoffmann, ZVglRWiss 101 (2002), 283, 306 f.: Das dänische IPR knüpft an das Recht an dem Registrierungsort an.

682 Eidenmüller-Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 1 Rn 2; MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 359 ff.; Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 1136; Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 31; Hoffmann, ZVglRWiss 101 (2002), 283 (287 ff.).

683 Großfeld, in: FS Westermann, 1974, S. 199, 200 ff.

Entsprechend der deutschen Terminologie ist in dem britischen Recht der Gründungsort (*domicile*) und der Satzungssitz (*registered office*) von der Hauptverwaltung bzw. dem tatsächlichen Verwaltungssitz (*residence*) zu unterscheiden.⁶⁸⁴ Zu der Bestimmung des Gesellschaftsstatus knüpft das britische Recht an das Recht an dem Gründungsort der Gesellschaft (*domicile*) an.⁶⁸⁵ Der Gründungsort ergibt sich aus der Satzung (*memorandum of association*⁶⁸⁶), worin der Satzungssitz (*registered office*) niedergelegt ist. Mit der Feststellung des *registered office* in der Satzung ist das auf die Gesellschaft anwendbare Recht einfach und sicher zu bestimmen. Die Hauptverwaltung (*central management and control*), die i.d.R. den tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft begründet,⁶⁸⁷ übt keinen Einfluss auf das Gesellschaftsstatut aus. Sie ist allein für die Besteuerung der Gesellschaft relevant.⁶⁸⁸ *Registered office* und *residence* können also in unterschiedlichen Staaten liegen.⁶⁸⁹ Der dogmatische Hintergrund der Anknüpfung an den Gründungsort liegt in der Gleichbehandlung von natürlichen und juristischen Personen, wobei für die Rechtsverhältnisse der natürlichen Personen traditionell an das Recht des *domicile* angeknüpft wurde.⁶⁹⁰ Festzuhalten bleibt, dass dasjenige Recht auf die Gesellschaft anwendbar ist, das an dem Gründungsort der Gesellschaft Anwendung findet. Bei dieser Verweisung handelt es kollisionsrechtlich um eine Sachnormverweisung.⁶⁹¹

Diese Regelungen haben starke Auswirkungen auf die Verlegung des Satzungssitzes und damit auf die Mobilität britischer Gesellschaften. Infolge der Anknüpfung an den Ort der Gesellschaftsgründung, der nicht identitätswährend verändert werden kann, erfährt das britische Recht eine Einschränkung, die das Bild von der liberalen und mobilitätsfördernden Gründungstheorie nach britischem Recht trübt.⁶⁹² Zwar kann eine britische Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz ungehindert von gesellschaftsrechtlichen Regelungen und ohne Einfluss auf das Gesellschaftsstatut in andere Staaten verlegen; dies gilt aber nicht für den Gründungsort. So heißt es in dem britischen Präzedenzfall *Gasque v Inland Revenue Commissioners*: „The *domicile of origin*, or the *domicile of its birth*, using with respect to a familiar metaphor, clings to [the company]

684 Ringe, Die Sitzverlegung der SE, 21 (25 f.).

685 *Bank of Ethiopia v National Bank of Egypt* [1937] Ch 513; *Banco di Bilbao v Sancha* [1938] 2 KB 176; Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Rn 6-13, 6-15; *Prentice*, 14 EBLR 631, 633-634 (2003).

686 Vgl. section 9 (2) (b) Companies Act 2006.

687 Vgl. MüKo-Kindler, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Rn 456; Staudinger-Großfeld, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Rn 46.

688 Vgl. die *Daily-Mail*-Entscheidung des EuGH (Slg. 1988, 5483, NJW 1989, 2186), worin der Gerichtshof über eine Verweigerung einer Genehmigung der britischen Finanzbehörden für die Verlegung der *residence* zu entscheiden hatte.

689 *De Beers Consolidated Mines Ltd v Hudson* [1906] AC 455 (House of Lords).

690 Vgl. Hoffmann, *ZVglRWiss* 101 (2002), 283 (287).

691 Mankowski, *ZHR* 167 (2003), 732 (735).

692 Vgl. Ringe, Die Sitzverlegung der SE, 21.

throughout its existence.⁶⁹³ Im Gegensatz zu natürlichen Personen kann eine juristische Person ihr *domicile* nicht frei auswählen; juristische Personen können damit kein *domicile of choice* begründen.⁶⁹⁴ An diesem Punkt ist die Analogie zu den natürlichen Personen eingeschränkt,⁶⁹⁵ da die juristischen Personen – im Unterschied zu den natürlichen Personen – ihre Existenz der jeweiligen Gründungsrechtsordnung verdanken.⁶⁹⁶ Davies zufolge ist der rechtspolitische Grund für diese Regelung darin zu sehen, dass ein Wechsel des *domicile* in eine andere Rechtsordnung und damit ein Wechsel des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts gravierende Nachteile für Gläubiger und Anteilseigner mit sich brächte.⁶⁹⁷ Dies ist ein Argument, was auch für die Anliegen der traditionellen Form der Sitztheorie ins Feld geführt wird. Davies sieht zudem kein Bedürfnis nach einer Mobilität des *domicile*, da die Hauptverwaltung verlegbar sei.⁶⁹⁸ Mithin ist ein Statutenwechsel einer britischen Gesellschaft nicht möglich; eine Verlegung des *registered office* ist zudem nur innerhalb der Grenzen des UK möglich. Daher kann sich auch aus dem Wechsel des *registered office* keine Änderung des anwendbaren Rechts bzw. des *domicile* ergeben.⁶⁹⁹

Diese Probleme vermeidet die Anknüpfung an den Ort der Registrierung, wie sie in dem Referentenentwurf festgeschrieben ist. Im Gegensatz zu dem Gründungsort als Anknüpfungskriterium der Gründungstheorie in dem britischen Recht ist der Ort der Registrierung wandelbar. Daher überwindet die Anknüpfung an den Registrierungsort die Immobilität der britischen Form der Gründungstheorie. Sie stellt damit einen weiteren Schritt in Richtung kollisionsrechtliche Mobilität dar, so wie das MoMiG auf sachrechtlicher Ebene durch die §§ 4a GmbHG, 5 AktG zunehmende Mobilität bewirkt. Sollte der Referentenentwurf also in Kraft treten, wäre sowohl kollisionsrechtlich als auch sachrechtlich eine Verlegung des inländischen Verwaltungssitzes einer deutschen Gesellschaft ins Ausland möglich. Damit ist von einem Mobilitätsgewinn für deutsche Gesellschaften auszugehen. Die Restrukturierungsfreundlichkeit der Anknüpfung an den Registrierungsort hebt diese in dem Referentenentwurf gewählte Anknüpfung von der britischen Anknüpfung an das Recht an dem Gründungsort ab. Es bleibt abzuwarten, inwiefern Gesellschaften von dieser in Aussicht gestellten

693 Headnote aus dem vielzitierten Urteil des High Court of Justice aus dem Jahre 1940, der Entscheidung der Kings Bench Division in *Sachen Gasque v Inland Revenue Commissioners* [1940] 2 KB 80, 84.

694 Vgl. v. Bar, IPR II, Rn 623.

695 Hoffmann, ZVglRWiss 101 (2002), 283 (289).

696 Ringe, Die Sitzverlegung der SE, 22.

697 Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, Rn 6-13.

698 Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, Rn 6-15.

699 *Re Baby Moon Ltd* (1985) 1 BCC 99, 298; Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, Rn 6-15; Prentice, 14 EBLR 631, 633 (2003).

Möglichkeit Gebrauch machen, und wie diese möglichen Änderungen den Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen⁷⁰⁰ beeinflussen werden.

D. Die Verweisungsform in dem Referentenentwurf

Im Folgenden soll zunächst die Verweisungsform in dem Referentenentwurf und ihr Verhältnis zu der Grundkonzeption im autonomen Internationalen Privatrecht dargestellt werden (dazu I.). Anschließend soll diese Regelung bewertet werden (dazu II.).

I. Ausgestaltung als Sachnormverweisung

Der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht gestaltet die Gründungstheorie als Sachnormverweisung.⁷⁰¹ Art. 10 EGBGB-E verweist auf diejenigen Sachnormen einer fremden Rechtsordnung unter Ausschluss des fremden Kollisionsrechts, die nach Feststellung der einschlägigen *lex causae* auf den Sachverhalt anzuwenden sind. Damit setzt sich der Entwurf in Widerspruch zu der grundsätzlichen Verweisungskonzeption des autonomen deutschen Internationalen Privatrechts gemäß Art. 4 Abs. 1 EGBGB. Im Übrigen stellt die Umstellung auf eine Sachnormverweisung einen Gegensatz zu der Sitztheorie dar, da die Anknüpfung an den Verwaltungssitz als Gesamtnormverweisung konzipiert ist.⁷⁰²

Aus Art. 4 Abs. 1 EGBGB ergibt sich, dass Verweisungen im EGBGB als Gesamtnormverweisungen ausgestaltet sind. In einigen Bereichen (Art. 12, 18 Abs. 1 EGBGB) verweist das EGBGB jedoch direkt auf das anzuwendende Sachrecht. Diese Normen bezeichnet man als Sachnormverweisungen. Häufig ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, vgl. Art. 18 Abs. 1 EGBGB. Die Regelung als Sachnormverweisung resultiert häufig aus der Tatsache, dass die Kollisionsnormen wie z.B. Art. 18 Abs. 1 EGBGB auf internationale Abkommen beruhen. Sie verweisen alleine auf das Sachrecht, da sonst die durch sie erstrebte Vereinheitlichung verloren ginge. Daher werden solche Normen als „renvoiefeindlich“⁷⁰³ bezeichnet.

Sachnormverweisungen können sich im EGBGB dessen ungeachtet nicht nur aus der Tatsache ergeben, dass die Norm die Ausgestaltung von vereinheit-

700 Vgl. Ebke, in: FS Lutter, 17 ff.; siehe auch Dierksmeier, in: FS Sandrock, 205 ff.

701 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S.9.

702 Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 107 ff.

703 Kropholler, IPR, § 24 III.

lichem Kollisionsrecht ist. Aus Art. 4 Abs. 2 EGBGB ergibt sich, dass jede Rechtswahl der Parteien eine Sachnormverweisung enthält.⁷⁰⁴ Der Grund dieser Regelung liegt darin, dass sich die parteiautonome Gestaltung auf das materielle Recht bezieht. Die Parteien wollen mit ihrer Rechtswahl das materielle Recht des jeweiligen Staates zur Anwendung bringen.⁷⁰⁵ Dieser Gedanke findet in verschiedenen Artikeln des EGBGB Anwendung, vgl. Art. 10 Abs. 2 und 3, 14 Abs. 2 und 3, 15 Abs. 2, 25 Abs. 2 oder 42 Abs. 1 EGBGB. Wählen die Parteien durch ihre Rechtsgestaltung ein Recht, entspricht der Ausschluss des Renvoi i.d.R. dem Willen der Parteien.⁷⁰⁶ Die Rechtswahl betrifft mithin stets nur das materielle Recht. Wenn es auch im Einzelfall rechtspolitisch zweifelhaft sein mag, hat sich der Gesetzgeber gegen die Möglichkeit einer Kollisionsrechtswahl entschieden. Dies ist zu akzeptieren.⁷⁰⁷ Auf diese Ausnahme von der Gesamt-normverweisung stützen sich auch die Schöpfer des Referentenentwurfs, da nach ihrer Auffassung „die Wahl des Registrierungsortes bzw. die Bestimmung des Organisationsstatuts als Rechtswahl entsprechend Art. 4 Abs. 2 [EGBGB] ange-sehen werden kann“.⁷⁰⁸ Demnach begreift das EGBGB die Inkorporationsentscheidung als eine parteiautonome Entscheidung i.S.e. Rechtswahl nach Art. 4 Abs. 2 EGBGB. Der Gesetzgeber streicht somit die Rechtswahlfreiheit bei der Inkorporationsentscheidung heraus. Er weicht damit von dem Grundsatz der Ge-samtverweisung i.S.v. Art. 4 EGBGB ab. Die übrigen Verweisungen, vor allem Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGBGB-E sind Gesamtverweisungen, so dass Rück- und Weiterverweisungen zu beachten sind.⁷⁰⁹

II. Stellungnahme

Vereinzelt ist die Ausgestaltung des Art. 10 Abs 1 EGBGB-E als Sachnormverweisung auf das Registrierungs- oder Organisationsrecht kritisiert worden.⁷¹⁰ Unter Geltung der Sitztheorie galt bzw. gilt die Grundregel des Art. 4 Abs. 1 EGBGB. Danach entsprach die Gesamtverweisung der Regel im gesamten Internationalen Privatrecht und damit auch im Internationalen Gesellschaftsrecht.⁷¹¹ In

704 Looschelders, IPR, Art. 4 Rn 16.

705 Kropholler, IPR, § 24 II 5.

706 MüKo-Sonnenberger, IPR, Art. 4 Rn 71; Looschelders, IPR, Art. 4, Rn 17; Ke-gel/Schurig, § 10 V.

707 Vgl. Looschelders, IPR, Art. 4 Rn 18; Palandt-Heldrich, Art. 35 Rn 2.

708 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S.9.

709 Vgl. Art. 4 Abs. 1 EGBGB, Wagner/Timm, IPRax 2008, 81 (89).

710 Schneider, BB 2008, 566 (573).

711 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 506 f.; Staudinger-Großfeld, In-ternationales Gesellschaftsrecht, Rn 107 ff.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, S.

seiner Begründung stützt sich der Referentenentwurf auf Art. 4 Abs. 2 EGBGB, wonach jede Rechtswahl der Parteien eine Sachnormverweisung enthält.⁷¹² Der Deutsche Rat für Internationales Privatrecht hat zudem auf den Sinnvorbehalt in Art. 4 Abs. 1 S. 1 HS 2 EGBGB hingewiesen.⁷¹³ Demnach ist es möglich, die Verweisung des deutschen Internationalen Privatrechts als Sachnormverweisung zu begreifen, wenn dies zweckmäßig ist.

Es ist jedoch zu überlegen, ob die Vermutung begründet ist, dass jede Gesellschaftsgründung die Wahl einer Rechtsordnung darstellt, wie es Art. 4 Abs. 2 EGBGB annimmt. Dies harmoniert mit dem konzeptionellen Ansatz, das Gründungs-, Registrierungs- bzw. Organisationsrecht stets nur als Ergebnis einer Rechtswahl zu beachten, so dass eine Sachnormverweisung vorliegt.⁷¹⁴ Zweifel an der Einschätzung der Gesellschaftsgründung als Rechtswahl i.S.v. Art. 4 Abs. 2 EGBGB nährt ein Vergleich mit der Rechtswahl im Internationalen Vertragsrecht. Gemäß Art. 3 Rom I-VO müssen beide Vertragspartner ein bestimmtes Recht ausdrücklich auswählen, um eine entsprechende Rechtswahl zu treffen. Ob dagegen der oder die Gründer eine Rechtswahl treffen, wenn sie den Gründungsakt vornehmen, ist fraglich. Eine Gesellschaft, einer bestimmten Rechtsordnung zu unterstellen, ist untrennbar mit der Entscheidung verbunden, eine Gesellschaft zu gründen.⁷¹⁵ Grundsätzlich werden die Gesellschafter eine Gesellschaft in der Form gründen, wie sie ihre inländische Rechtsordnung zur Verfügung stellt. In der Entscheidung, eine Gesellschaft zu gründen, kann mithin nicht grundsätzlich eine bewusste Rechtswahl gesehen werden. Die Wahl des anwendbaren Gesellschaftsrechts steht den Gesellschaftern grundsätzlich gerade nicht offen, da die Bestimmung des anwendbaren Rechts aufgrund objektiver Anknüpfung an das Recht an dem Registrierungsort erfolgt. Daher kann man insofern nicht von einer tatsächlichen „Rechtswahl“ sprechen. In Frage kommt eine tatsächliche Auswahl des Rechts – wenn überhaupt – für den europäischen, also einen verwandten Bereich, in dem es denkbar erscheint und in der Praxis auch vorkommt, dass ein deutscher Gesellschafter eine ausländische Rechtsform, z.B. britische Limited, wählt. Insofern mag man von der Rechtswahlfreiheit für verwandte Gesellschaftsrechtsordnungen sprechen.

Die Interpretation des Parteiwillens als Rechtswahl überzeugt auch nicht unter dogmatischen Gesichtspunkten. Wäre es angesichts des grundsätzlich im Internationalen Privatrecht angestrebten internationalen Entscheidungsein-

785; zum Renvoi im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht siehe *Hausmann*, in: GS Blomeyer, S. 579 (580 ff.).

712 Loosholders, IPR, Art. 4 EGBGB Rn 16; Palandt-Heldrich, Art. 4 EGBGB Rn 11; Kegel/Schurig, IPR, S. 351.

713 Sonnenberger/Bauer, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 60.

714 Schneider, BB 2008, 566 (573).

715 Schneider, BB 2008, 566 (573).

klangs⁷¹⁶ nicht konsequenter, eine Verweisung auf das ausländische Kollisionsrecht, d.h. eine Gesamtnormverweisung vorzugeben?⁷¹⁷ Es ergibt sich ein Rechtfertigungsbedarf für die Abweichung von dem Grundsatz der Gesamtverweisung gemäß Art. 4 Abs. 1 S. 1 HS 1 EGBGB, der durch den Hinweis auf eine Rechtswahl schwerlich zu rechtfertigen ist. Bei der Vorschrift des Art. 4 Abs. 1 S. 1 HS 2 EGBGB handelt es sich nach überwiegender Auffassung um eine Ausnahmeverordnung, die einer engen Auslegung bedarf.⁷¹⁸

Neben Art. 4 Abs. 2 EGBGB hatte sich der Deutsche Rat für Internationales Privatrecht zudem auf den Sinnvorbehalt des Art. 4 Abs. 1 S. 1 HS 2 EGBGB gestützt.⁷¹⁹ Zweck dieser Regelung ist, dass rechtspolitische Ziele des deutschen Kollisions- und Sachrechts nicht mit Hilfe des Renvoi durchkreuzt werden.⁷²⁰ Maßgebend sind die rechtspolitischen Ziele der deutschen Verweisungsnorm.⁷²¹ Sinn der Verweisung ist die Zielsetzung des Gesetzgebers, Rechtssicherheit in Bezug auf die Feststellung des auf die Gesellschaften anwendbaren Rechts zu gewährleisten.⁷²² Der Gesetzgeber stellt somit die Rechtssicherheit über den internationalen Entscheidungseinklang im Internationalen Privatrecht. Obwohl mit dieser Einordnung auch eine Abkehr von dem Prinzip der Gesamtverweisung einhergeht, ist die von dem Gesetzgeber vorgenommenen Wertung zu akzeptieren. Denn er möchte - in Anbetracht der bisher bestehenden Rechtsunsicherheit ge-

716 Palandt-Heldrich, Art. 4 EGBGB Rn 1; v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 6 Rn 87 ff.; Kegel/Schurig, IPR, 343; vgl. grundlegend zu dem Begriff des internationalen Entscheidungseinklangs Kegel, in: FS Lewald, 253 ff.; Kegel/Schurig, IPR, § 2 II 3 a; vgl. auch Kienle, Internationales Privatrecht, Rn 61: „Bei der Figur des internationalen Entscheidungseinklangs handelt es sich um ein formales Ideal des IPR: Das Ergebnis eines Rechtsstreits soll nicht davon abhängen, in welchem Forum dieser verhandelt wird. Würde die Geltung unterschiedlichen Kollisionsrechts in unterschiedlichen Foren auch in der Sache zu divergierenden Ergebnissen führen, würde hierdurch dem forum shopping Vorschub geleistet – der Kläger würde versuchen, dort einen Gerichtsstand zu begründen, wo das ihm materiell günstige Ergebnis zu erwarten stünde. Dem internationalen Entscheidungseinklang dient daher zunächst der Grundsatz der Gesamtverweisung: Der Rechtsstreit wird vor einem inländischen Gericht so zu behandeln versucht, wie er in einem Forum des Staates behandelt würde, auf dessen Recht verwiesen ist. Noch besser wird das Ergebnis internationaler Entscheidungsharmonie durch supranationale, d.h. vereinheitlichte Kollisionsnormen verwirklicht. Außerhalb harmonisierten Rechts hängt der Entscheidungseinklang dagegen davon ab, dass das autonome Kollisionsrecht international gebräuchliche Verweisungen ausspricht.“

717 Vgl. allerdings zu der Anerkennung als Grundprinzip eines europäischen Internationalen Privatrechts, Mansel, RabelsZ (2006), 651 ff.

718 BGH, NJW 1987, 679 (681); Palandt-Heldrich, Art. 4 EGBGB Rn 6; Looschelders, IPR, Art. 4 Rn 20; Soergel-Kegel, Art. 4 EGBGB Rn 21; a.A. Flessner, Interessenjurisprudenz im IPR, S. 133; Mäsch, RabelsZ 61 (1997), 285 (307 ff.).

719 Sonnenberger/Bauer, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 60.

720 Mäsch, RabelsZ 61 (1997), 285 (290); Sonnentag, Renvoi im IPR, 148 ff.

721 Palandt-Heldrich, Art. 4 EGBGB, Rn 6.

722 ReFF Internationales Gesellschaftsrecht, S. 9.

genüber der Behandlung drittstaatlicher Gesellschaften - Rechtssicherheit durch die Kodifizierung der Gründungstheorie zu gewährleisten.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine gewisse Rechtsunsicherheit bei jeder Gesamtverweisung besteht, da somit das ausländische Recht die Entscheidung über die weitere Verweisung trifft. Zudem handelt es sich bei Art. 4 Abs. 1 S. 1 HS 2 EGBGB um eine Ausnahmeverordnung mit eng begrenztem Anwendungsbereich. Ob die vorgebrachten Argumente eine solche Ausnahme von dem Grundsatz der Gesamtverweisung rechtfertigen, ist ungewiss. Sicher ist, dass der Gesetzgeber eine höhere Rechtssicherheit im Internationalen Gesellschaftsrecht anstrebt. Dies möchte der Gesetzgeber über eine Sachnormverweisung durch die Registrierungstheorie erreichen, da das anwendbare Recht einfach zu ermitteln ist.⁷²³ Da der Gesetzgeber die Inkorporationsentscheidung als Rechtswahl i.S.v. Art. 4 Abs. 2 EGBGB wertet, ist die Verweisung in Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E als Sachnormverweisung zu begreifen.

E. Zusammenfassung

Mit dem Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht ergänzt der Gesetzgeber das Personenrecht im EGBGB mit der Behandlung juristischer Personen und Gesellschaften in Art. 10 EGBGB-E. Damit führt er das bisher ungeschriebene Internationale Gesellschaftsrecht in das EGBGB ein. Eine wesentliche Neuerung gegenüber der geltenden Rechtslage stellt die Anwendung der Gründungstheorie gegenüber Drittstaaten dar. Der Referentenentwurf differenziert somit nicht mehr zwischen ausländischen Gesellschaften unterschiedlicher Herkunft, sondern unterwirft alle Gesellschaften der Gründungstheorie. Im Unterschied zu der Gründungstheorie, wie sie im Vereinigten Königreich angewandt wird, knüpft Art. 10 Abs. 1 S. 1 EGBGB-E jedoch an das Recht an dem Ort der Registrierung der Gesellschaft an. Falls die Gesellschaft nicht registriert ist, ist gemäß Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGBGB-E das Recht berufen, nach dem die Gesellschaft organisiert ist. Art. 10 Abs. 1 EGBGB verweist nach seiner Konzeption als Sachnormverweisung direkt auf das jeweilige Sachrecht, so dass etwaige Rück- oder Weiterverweisungen ausgeschlossen sind. Dies stellt einen weiteren Unterschied zu der geltenden Rechtslage dar. Sonderanknüpfungen sind in dem Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht hingegen nicht vorgesehen. Ob sie jedoch eine sinnvolle Ergänzung der Gründungstheorie darstellen können, soll in dem folgenden Abschnitt untersucht werden.

723 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 9.

§ 3: Gründungstheorie unter Einführung von Sonderanknüpfungen

Ziel des nachfolgenden Abschnitts ist es zu untersuchen, ob die Einführung der Gründungstheorie durch Sonderanknüpfungen ergänzt werden soll. Zunächst erläutert die Arbeit dazu die Sonderanknüpfung als Institut des Internationalen Privatrechts und ihr möglicher Nutzen im Internationalen Gesellschaftsrecht (A.). Der Zweck der Sonderanknüpfung im Internationalen Gesellschaftsrecht besteht darin, vermeintlich relevante Interessen, die bisher mittels der Sitztheorie geschützt wurden, unter den Bedingungen der Gründungstheorie durchzusetzen. Als schutzwürdige Interessen gelten solche von Gläubigern, Gesellschaftern und Arbeitnehmern.⁷²⁴ Diese sollen unter B. behandelt werden.

Es soll aufgezeigt werden, ob solche Sonderanknüpfungen Sinn haben, wenn grundsätzlich an das Gründungsrecht angeknüpft werden soll. Dabei ist zu überlegen, ob die Sonderanknüpfungen rechtstechnisch dazu dienen können, das Sitzrecht gegenüber dem Recht des Gründungsstaates durchzusetzen. In europarechtlicher Hinsicht ist spätestens seit der Entscheidung in der Rechtssache *Inspire Art*⁷²⁵ Vorsicht geboten. Darin hatte der EuGH Sonderanknüpfungen des Zuzugsstaates, die strengere Vorschriften als die Normen des Gründungsstaates zum Gegenstand hatten, für unvereinbar mit der Niederlassungsfreiheit erklärt.⁷²⁶ Gegenüber Drittstaaten bestehen grundsätzlich hingegen keine Vorgaben, so dass der Gesetzgeber – vorbehaltlich etwaiger staatsvertraglicher Anerkennungspflichten – keinen Bindungen unterliegt.

A. Die Sonderanknüpfung im Internationalen Privatrecht

Hinter dem Stichwort „Sonderanknüpfung“ verbirgt sich die Frage, ob und inwieweit Rechtsnormen, die nach inländischem und ausländischem Recht zwingender Natur sind – Eingriffsnormen –, auch Anwendung finden, wenn nach den kollisionsrechtlichen Verweisungsnormen an sich ein anderes Recht berufen ist.⁷²⁷ Anders ausgedrückt: Setzen sich zwingende Normen des in- und ausländischen Rechts unabhängig von dem geltenden Statut durch? Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Begriff der Sonderanknüpfung von der Anknüpfung an das allgemeine Verkehrsrecht wie z.B. an das Internationale Deliktsrecht oder

724 BGH, ZIP 2000, 967 (968); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, (2235 ff.).

725 EuGH NJW 2003, 3331 ff.

726 EuGH NJW 2003, 3331 (3333).

727 *Kropholler*, IPR, § 52 IX. X.

Insolvenzrecht⁷²⁸ zu trennen ist. Dieser Unterschied zwischen einer Sonderanknüpfung im Internationalen Gesellschaftsrecht und der sog. Qualifikation einzelner gesellschaftsrechtlich geprägter (Haftungs-)Tatbestände wird teilweise im Schrifttum nicht genau vorgenommen.⁷²⁹ Ob beispielsweise einzelne Fragen einer Durchgriffshaftung unter das Gesellschafts-, Delikts- oder Insolvenzstatut fallen, ist zunächst eine Frage der Qualifikation. Erst wenn feststeht, dass eine mögliche Durchgriffshaftung unter das Gesellschaftsstatut zu fassen ist, lässt sich über eine Sonderanknüpfung in dem Bereich des Internationalen Gesellschaftsrecht nachdenken.

I. Abgrenzung zu dem *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB

Wie bereits dargestellt⁷³⁰ bezeichnen Sonderanknüpfungen die Durchsetzung des eigenen Rechts.⁷³¹ Dabei stehen die Schutzfunktion und Schutztechniken des Internationalen Privatrechts im Mittelpunkt. Es geht also um die Frage, inwieweit sich die eigene Rechtsordnung seiner Kontrollmöglichkeit fremden Rechts begibt. Die eigene Rechtsordnung hat jedoch einen unantastbaren Bereich, den sie nicht preisgibt.⁷³² Diesen bezeichnet man als den *ordre public* oder im Britischen als „public policy“. Es bedeutet einerseits, dass fremdes Recht, das dem unantastbaren Bereich zuwiderläuft, nicht angewandt wird; andererseits setzt sich die *lex fori*, welches zu dem Kernbereich gehört, gegenüber dem fremden im Einzelfall durch. Es handelt sich also um eine „Ergebniskontrolle des Rechtsanwendungsprozesses“⁷³³.

Der *ordre public* hat eine positive und eine negative Seite, es gibt einen „positiven“ und einen „negativen“ *ordre public*. Die positive Seite des *ordre public* ist z.B. in Art. 9 Rom I-VO (ex Art. 34 EGBGB) im Internationalen Vertragsrecht verankert. Gemäß ex Art. 34 EGBGB setzen sich Normen des deutschen Rechts, die den Sachverhalt „ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht zwingend regeln“, gegenüber dem fremden Vertragsstatut durch.⁷³⁴ Dieser Ausschnitt des deutschen Rechts bezeichnet man auch als „international zwingendes Recht“. Demgegenüber wehrt der negative *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB das ausländische Recht ab. Ausländische Rechtsnormen,

728 Nach Kienle (IPR, Rn 378) handelt es sich bei Normen des allgemeinen Verkehrsrechts um solche Haftungstatbestände, die nicht Bestandteil des Gesellschaftsstatuts sind. Sie treffen jedermann ungeachtet seiner Rechtsform.

729 Ugan, ZVglRWiss 104 (2005), 355 (360).

730 Dazu Zweiter Teil, § 3, A.

731 Kropholler, IPR, § 36 I.

732 Kegel/Schurig, IPR, § 16 I.

733 Kienle, IPR, Rn 52.

734 Kegel/Schurig, IPR, § 16 I.

die „zu einem Ergebnis führen, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist“, sind von der Anwendung ausgeschlossen. Die von der Kollisionsnorm vorgenommene Verweisung wird also bei der Anwendung des negativen *ordre public* lediglich zurückgenommen.

Dem *ordre public* kommt in dem System der Kollisionsnormen eine besondere Rolle zu. Das fein gegliederte Anknüpfungssystem des Internationalen Privatrechts wird im Einzelfall durchschlagen, weil das Ergebnis der sachrechtlichen Überprüfung nicht standhält.⁷³⁵ Entgegen dem Grundsatz, dass die international-privatrechtlichen Interessen den materiellrechtlichen vorgeordnet sind, um das räumlich am besten anwendbare Recht zu bestimmen,⁷³⁶ werden die materiell-privatrechtlichen Interessen als vorrangig behandelt. Die international-privatrechtlichen Interessen werden demgegenüber hinter die materiellrechtlichen zurückgestellt. Aufgrund dieser Betrachtung charakterisieren *Kegel* und *Schurig* den *ordre public* als „ein zwar nützliches, aber ungeliebtes Kind des IPR“.⁷³⁷ *Raape* sieht in dem *ordre public* ein „enfant terrible“, während *Ferid* ihn als „Störenfried“ tituliert.⁷³⁸ Das grundlegende Problem der Durchbrechung der kollisionsrechtlichen Verweisung zugunsten der materiell rechtlichen Gerechtigkeit i.S.d. *lex fori* liegt auch der Eingriffsnorm, auf die Art. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO jeweils verweist, zugrunde.⁷³⁹ Der Unterschied besteht jedoch darin, dass in dem *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB eine Generalklausel mit Abwehrfunktion (negativer *ordre public*) zu sehen ist, während Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO eine international-vertragsrechtliche Generalklausel mit Anwendungsfunktion darstellt.⁷⁴⁰

Von Bar und *Mankowski* haben drei Unterschiede zwischen dem *ordre public* und den Sonderanknüpfungen herausgearbeitet.⁷⁴¹ Zunächst ist zwischen dem Eingriffsrecht, das staatliche Interessen verfolgt und außerhalb des Normenkanons des Internationalen Privatrecht steht, und dem Eingriffsrecht, dem auch Art. 6 EGBGB zuzuordnen ist, zu unterscheiden. Ersteres ist Objekt eines eigenen Anknüpfungssystems, das gesondert neben dem Internationalen Privatrecht steht.⁷⁴² Ein weiterer Unterschied besteht in Bezug auf die international-privatrechtliche Systematik. Art. 6 S. 1 EGBGB ist eine eigenständige Kollisionsnorm und ordnet einen eigenen Anwendungsbefehl an. Demgegenüber beinhaltet Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO keine selbstständige Anknüpfung, „sondern sperrt

735 *Kegel/Schurig*, IPR, § 16 II.

736 *Kegel/Schurig*, IPR, § 2 I.

737 *Kegel/Schurig*, IPR, § 2 I.

738 Beide zitiert nach *Kegel/Schurig*, IPR, § 2 I.

739 Vgl. *Looschelders*, IPR, Art. 34 Rn 2 („keine eigenständige kollisionsrechtliche Bedeutung“).

740 *Sonnenberger*, IPRax 2003, 104 (107).

741 v. *Bar/Mankowski*, IPR I, § 7 Rn 276.

742 v. *Bar/Mankowski*, IPR I, § 4 Rn 104.

nur als Blocker den Sonderanknüpfungsnormen den Weg frei“.⁷⁴³ Den Anwendungsbefehl gibt folglich die relevante Norm selbst. Der dritte gewichtige Unterschied liegt in der Bedingtheit der Durchsetzung gegenüber dem fremden Recht. Wie sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO („Eingriffsnormen“) ergibt, sind die „freigesperrten“ Normen, d.h. die Sonderankünpfungen vorbehaltlos anzuwenden. Hingegen bedarf es für das Eingreifen des *ordre public* eines von dem fremden Recht ermittelten Ergebnisses, das mit den Grundsätzen des deutschen Rechts nicht vereinbar ist (vgl. Art. 6 S. 2 EGBGB).⁷⁴⁴ Die Zurückhaltung, mit der der *ordre public* anzuwenden ist, lässt sich mit der unbedingten Anwendung der Sonderankünpfungen bzw. des Eingriffsrechts insofern nicht vergleichen. Die systematische Differenzierung zwischen Art. 6 EGBGB und Art. 9 Rom I-VO bestätigt, dass eine Trennung zwischen dem *ordre public* und dem Eingriffsrecht in Form von Sonderankünpfungen besteht.

II. Begriff der Sonderankünpfung

Aus dem Begriff Sonderankünpfung ergibt sich, dass ein bestimmter Bereich des Sachverhalts gesondert angeknüpft wird. Für alle Fälle, in denen der entsprechende Anknüpfungspunkt zutrifft, erfolgt keine „reguläre“ kollisionsrechtliche Anknüpfung, sondern eine besondere, d.h. eine gesonderte Anknüpfung. Demnach fallen Normen aufgrund anderer Qualifikation aus dem allgemeinen Statut heraus, und es sind neue, besondere Kollisionsnormen zu bilden. Diese Überlegungen haben die Rechtswissenschaft in den 40er Jahren des vergangenen Jahrhunderts beschäftigt. Im Jahre 1941 hat *Wengler* in einem grundlegenden Aufsatz über „Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht“ einen Rahmen für die Sonderankünpfungslehre vorgezeichnet.⁷⁴⁵ Für das Verständnis des Systems der Sonderankünpfungen ist es notwendig, zwischen allseitigen und einseitigen Sonderankünpfungen zu unterscheiden. Allseitige Sonderankünpfungen stellen solche sonderkollisionsrechtlichen Vorschriften dar, die aufgrund ihrer Konstruktion auf alle denkbaren Rechtsordnungen verweisen können (z.B. Art. 4 ff. Rom I-VO). Indessen verweisen einseitige Sonderankünpfungen nur auf das deutsche Recht, z.B. Art. 9 Rom I-VO. Im Folgenden sind vor allem letztere für die Untersuchung von Interesse, da zu fragen ist, inwiefern deutsches Recht gegenüber Auslandsgesellschaften zur Anwendung gebracht werden kann.

743 v. Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn 276.

744 Mankowski, RIW 1996, 8 (11).

745 Wengler, ZVgIRWiss 54 (1941), 168.

1. International zwingende Vorschriften

Ausweislich des Art. 9 Rom I-VO muss es sich bei einer Norm, die als Sonderanknüpfung taugt, um eine international „zwingende Vorschriften“ des deutschen Rechts handeln. Dafür reicht es jedoch nicht aus, dass die relevanten Normen den Charakter von *ius cogens* haben.⁷⁴⁶ Dies folgt bereits aus dem Wortlaut von Art. 9 Rom I-VO, wonach die betreffende Norm den Sachverhalt „ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht“ zwingend regelt.⁷⁴⁷ Um *ius cogens*, d.h. in dem inländischen Rechtsverkehr zwingende Vorschriften, von international zwingendem Recht zu trennen, ist nach dem Grad der Verbindlichkeit der Vorschrift zu unterscheiden.⁷⁴⁸ Erforderlich für eine Sonderankrüpfung ist ein zwingender internationaler Geltungsanspruch der betreffenden Norm des deutschen Rechts.⁷⁴⁹

Ob es sich um eine international zwingende Vorschrift handelt, ergibt sich aus ihrem Tatbestand oder aus Sinn und Zweck der jeweiligen (Sach-)Norm.⁷⁵⁰ Es muss sich um Normen handeln, die unmittelbar wirkende Gebote und Verbote aussprechen, durch die der Staat Interessen verfolgt, die eine besondere kollisionsrechtliche Behandlung erfordern und demnach eine Abweichung von der Grundankrüpfung rechtfertigen.⁷⁵¹ Einen Katalog allgemeingültiger Kriterien, die auf einen internationalen Geltungswillen schließen lassen, gibt es nicht. Für einen internationalen Geltungswillen spricht die Strafbewehrung einer Norm, das generelle Verbot eines Rechtsgeschäfts oder das Vorhandensein eines Genehmigungserfordernisses.⁷⁵² Dennoch lassen diese Kriterien keinen Schluss auf den international zwingenden Charakter einer Norm zu, da das gesteigerte Durchsetzungsinteresse sich auch auf reine Inlandsfälle beschränken kann. Daher haben diese Kriterien lediglich Indizwirkung.⁷⁵³

Die Abweichung von der Grundankrüpfung zeigt *Schurig* auf, wenn er solche Vorschriften als Sonderankrüpfungen bezeichnet, die wegen der verfolgten Interessen nicht von den Begriffen des autonomen internationalen Schuld-, Sachen-, Familienrechts etc. erfasst werden.⁷⁵⁴ Es geht damit um Normen, die

746 BAGE 63, 17 (30 f.); Bamberger/Roth-Spickhoff, Art. 34 Rn 9 EGBGB; Reithmann/Martiny-Freitag, Int. Vertragsrecht, Rn 510.

747 Bamberger/Roth-Spickhoff, Art. 34 Rn 9 EGBGB.

748 MüKo-Martiny, VO (EG) 593/2008 Art. 9 Rn 7.

749 BAGE 63, 17 (32); MüKo-Martiny, VO (EG) 593/2008 Art. 9 Rn 8; Reithmann/Martiny-Freitag, Int. Vertragsrecht, Rn 491.

750 BAG, IPRax 2003, 258 (260); Bamberger/Roth-Spickhoff, Art. 34 Rn 10; Staudinger-Magnus, Art. 34 Rn 53; Looschelders, IPR, Art. 34 Rn 10.

751 Sonnenberger, IPRax 2003, 104 (105).

752 Looschelders, IPR, Art. 34 Rn 11.

753 BAG, DB 1990, 1666, (1668); MüKo-Martiny, VO (EG) 593/2008 Rn 11; Looschelders, IPR, Art. 34 Rn 11; Staudinger-Magnus, Art. 34 Rn 58.

754 Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, S.215 ff.

staats-, sozial- und wirtschaftspolitische Interessen verfolgen. Deshalb bezeichnet man die international zwingenden Normen auch als Vorschriften mit überindividueller Zielsetzung.⁷⁵⁵ Die Frage, welche Vorschriften eine überindividuelle Zielsetzung verfolgen, wird vornehmlich in dem Bereich des Verbraucherschutzrechts als Eingriffsrecht diskutiert. Die einen möchten die Sonderstellung nur für solche Normen zulassen, die Gemeinwohlinteressen gewährleisten.⁷⁵⁶ Andere hingegen lassen auch Normen ausreichen, die auf die Wahrung bestimmter Privatinteressen gerichtet sind.⁷⁵⁷ Obwohl an dieser Stelle auf die zu berücksichtigenden Interessen noch nicht eingegangen werden soll, so sei doch angemerkt, dass ein Streitentscheid entfallen kann, wenn die betroffenen Interessen jedenfalls dem Gemeinwohl zuzurechnen sind.

Ein allgemeines, über die Grenzen des Vertragsrechts hinausgehendes Merkmal für „zwingend“ kann nur schwer herausgearbeitet werden, denn Art. 34 EGBGB bezieht sich nur auf das Internationale Vertragsrecht der Art. 4 ff. Rom I-VO, was sich aus seinem Wortlaut, seiner Stellung im Gesetz sowie seiner Entstehungsgeschichte aus dem EVÜ⁷⁵⁸ ergibt.⁷⁵⁹ Bei der Bestimmung von Sonderanknüpfungen ist die Tatsache zu beachten, dass die Sonderanknüpfungen den Anwendungsbereich der Grundanknüpfungen nicht „aufweichen“⁷⁶⁰ dürfen.⁷⁶¹ Sonderanknüpfungen könnten den sog. internen Entscheidungseinklang⁷⁶² gefährden, indem sie die Widerspruchsfreiheit einer Rechtsordnung unterlaufen. Das hohe Gut der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung kann das Internationale Privatrecht zerstören, indem es verschiedene Teile eines einheitlichen Sachverhalts verschiedenen Rechtsordnungen unterstellt. Dieses Phänomen bezeichnet man als *dépeçage*.⁷⁶³

Es ist folglich zu überlegen, in welchen Fällen eine Abweichung von der funktionalen Qualifikation zu rechtfertigen ist. Dies soll in den Fällen möglich sein, in denen zwingende inländische Bestimmungen nach dem Willen des Ge-

755 Sonnenberger, IPRax 2003, 104 (105); Wengler, ZVglRWiss 54 (1941), 168 ff.

756 Kropholler, IPR, § 3 II, 52 IX; Kegel/Schurig, IPR, § 2 IV 2; Ebke, IPRax 1998, 263 (269); Junker, IPRax 2000, 65 (70f).

757 v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 10 Rn 93, 96; W.-H. Roth, RIW 1994, 275 (277).

758 Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 (konsolidierte Fassung), Abl. Nr. C 27 vom 26.01.1998, S. 34 ff.; die Abkürzung EVÜ ergibt sich aus dem Ausdruck Europäisches Schuldvertragsübereinkommen.

759 Zum ganzen: Bamberger/Roth-Spickhoff, Art. 34 EGBGB Rn 1 ff. m.w.N.

760 Bamberger/Roth-Spickhoff, Art. 34 EGBGB Rn 8.

761 Für Art. 34 EGBGB: Bamberger/Roth-Spickhoff, Art. 34 EGBGB Rn 8; Palandt-Heldrich, Art. 34 EGBGB Rn 3.

762 Nach Kegel/Schurig, IPR, § 2 II b) sind die Rechtssätze einer Rechtsordnung in der Regel aufeinander abgestimmt.

763 Grundlegend zu der *dépeçage* Jayme, in: FS Kegel, 253 ff.; zu den daraus resultierenden Problemen im Gläubigerschutzrecht und ihrer Lösung über das kollisionsrechtliche Institut der Anpassung: Dritter Teil, § 2.

setzgebers – unabhängig von dem grundsätzlich anwendbaren Recht – unbedingte und uneingeschränkte Geltung verlangen.⁷⁶⁴ Jedoch kann nicht jeder materielle Gesetzeszweck eine Sonderanknüpfung rechtfertigen. Andernfalls würde das Anknüpfungsprinzip der Parteiautonomie beseitigt. Daher kommt eine Sonderanknüpfung selbst dann, wenn eine Abweichung des berufenen Statuts von den Zwecken des deutschen Rechts festgestellt ist, nur ausnahmsweise in Betracht. Dass diese Überlegungen zu den grundlegenden Problemen des Internationalen Privatrechts führen, hat *Kegel* mit folgendem Abschnitt herausgestellt:

„Ein ausländisches Gesetz verstieße also immer gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes, wenn es in Tatbestand oder Rechtsfolge von dem deutschen Recht abweicht. Würde man es allein darum wegen Verstoßes gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes mit Art. 30 [a.F.; jetzt Art. 9 Rom I-VO] ausschalten, so brauchte man kein Internationales Privatrecht. Denn bei Übereinstimmung des ausländischen Rechts mit dem deutschen ist es gleichgültig, ob deutsches oder ausländisches Recht angewendet wird; bei Abweichungen aber wäre das deutsche Recht anzuwenden. Art. 30 [a.F.; jetzt Art. 9 Rom I-VO] ist jedoch offenbar und anerkanntermaßen in dem System der internationalprivatrechtlichen Vorschriften des EGBGB eine Ausnahme.“⁷⁶⁵

Bei Art. 9 Rom I-VO handelt es sich um eine „Einbruchstelle“ für die richterliche Rechtsfortbildung. Was unter einer „zwingenden Vorschrift“ zu verstehen ist, liegt neben den erläuterten methodischen Vorgaben und Leitlinien in den Händen der Gerichte. Dies präzisiert *Ebke*, indem er feststellt: „Der Geltungswille einer Norm bleibt damit letztlich das Vehikel, das es dem Richter ermöglicht, rechtsschöpferisch mit Blick auf das Ergebnis tätig zu werden.“⁷⁶⁶ Es ist festzuhalten, dass Art. 9 Rom I-VO – trotz seiner Unbestimmtheit und seiner auf das Vertragsstatut beschränkten Geltung – einen Ausgangspunkt für die Betrachtung der Sonderanknüpfung sowie der Bestimmung allgemeiner Kriterien bietet.

2. Inlandsbeziehung

Um zu der Anwendung der Sonderanknüpfung im Einzelfall zu gelangen, muss der zu beurteilende Sachverhalt eine enge Inlandsbeziehung aufweisen.⁷⁶⁷ Der Grund für den notwendigen hinreichenden Inlandsbezug liegt darin, dass nur bei einem entsprechenden Näheverhältnis die Durchsetzung der inländischen Gemeinwohlinteressen gerechtfertigt ist.⁷⁶⁸

764 Looschelders, IPR, Art. 34 Rn 1.

765 Soergel-Kegel, Art.30 Rn 9.

766 Ebke, Int. Devisenrecht, S. 142.

767 Staudinger-Magnus, Art. 34 Rn 76 ff.; Kropholler, IPR, § 52 IX 1.

768 Looschelders, IPR Art. 34 Rn 25.

Wie intensiv die Inlandsbeziehung ausgestaltet sein muss, damit sich ein Eingreifen der zwingenden Vorschriften rechtfertigen lässt, ist generell ungeklärt. Eine abstrakte Formulierung fester Kriterien scheint nicht möglich zu sein. Inwiefern der vorhandene Inlandskontakt ausreicht, ist anhand des jeweiligen Regelungsgegenstandes zu ermitteln.⁷⁶⁹ Als Anhaltspunkt dient der Relativitätsgedanke analog Art. 6 EGBGB,⁷⁷⁰ d.h. je intensiver die Inlandsberührungen sind, desto wahrscheinlicher ist eine Anwendung der Eingriffsnorm. Allerdings bildet diese Überlegung nur eine Art Richtschnur für die Konkretisierung der notwendigen Inlandsbeziehung im Einzelfall.

Wichtig ist zudem, dass die Einordnung einer Vorschrift als Eingriffsnorm nicht nur auf eine enge Verbindung zu dem Inland gestützt werden kann.⁷⁷¹ Ein enger Inlandskontakt (*nexus*) kann den Charakter der Norm als Eingriffsnorm nicht ersetzen. Eine lediglich intern zwingende Vorschrift kann folglich allein aufgrund einer intensiven Inlandsbeziehung nicht in eine international zwingende Vorschrift umgedeutet werden.⁷⁷²

III. Übertragung auf das Internationale Gesellschaftsrecht

Die international-privatrechtliche Sonderanknüpfung von nationalen Schutznormen schafft eine Überlagerung des ausländischen Gesellschaftsstatuts. Im Grundsatz wird die Rechts- und Parteifähigkeit der betroffenen Gesellschaft in ihrer Ausgestaltung durch die Gründungsrechtsordnung anerkannt. Inwiefern dieses Schutzkonzept der Sonderankünpfungen als Korrektiv der Gründungstheorie in einzelnen gesellschaftsrechtlichen Teilbereichen möglich und notwendig ist, wird im Folgenden untersucht.

I. Übertragung der Voraussetzungen des Art. 9 Rom I-VO auf das Internationale Gesellschaftsrecht

Überträgt man die Voraussetzungen des Art. 9 Rom I-VO auf das Internationale Gesellschaftsrecht, muss die in Frage stehende Norm international zwingend sein, d.h. internationalen Geltungswillen beanspruchen und im Übrigen eine In-

769 Staudinger-Magnus, Art. 34 Rn 81; Reithmann/Martiny-Freitag, Int. Vertragsrecht, Rn 563 f.

770 Looschelders, IPR, Art. 34 Rn 26.

771 Staudinger-Magnus, Art. 34 Rn 62, 79; Kropholler, IPR, § 52 IX 1; Looschelders, IPR, Art. 34 Rn 12; a.A. Erman-Hohloch, Art. 34 Rn 13.

772 Bamberger/Roth-Spickhoff, Art. 34 Rn 16.

landsbeziehung im Einzelfall bestehen. Eine Norm stellt sich als international zwingend dar, wenn sie ihre Geltung unabhängig von dem einschlägigen (Personal-)Statut anordnet, wie z.B. Art. 29a, 130 Abs. 2 GWB, § 61 BörsG oder § 32 UrhG.⁷⁷³ Ist die Vorschrift hingegen nur anwendbar, wenn die Rechtsordnung des rechtssetzenden Staates Personalstatut ist, so fehlt es i.d.R. an einem internationalen Geltungswillen.⁷⁷⁴ Trifft die einschlägige Norm keine ausdrückliche Regelung, ist nach dem Gesetzeszweck zu ermitteln, ob auch Sachverhalte mit Auslandsberührung entgegen dem Personalstatut erfasst werden sollen.⁷⁷⁵ Als zweite Voraussetzung bedarf es zur Anwendung einer inländischen Eingriffsnorm eines hinreichenden Inlandsbezugs, denn nur bei einem entsprechenden Näheverhältnis ist die Durchsetzung inländischer Gemeinwohlinteressen gerechtfertigt.⁷⁷⁶ Demnach müssen bei gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten in der Regel deutsche Staatsangehörige involviert sein, damit der internationale Geltungswille der Norm aktiviert werden kann. Eine hinreichende Inlandsbeziehung ist daher vornehmlich anzunehmen, wenn deutsche Gläubiger oder andere deutsche Stakeholder wie Arbeitnehmer betroffen sind.

2. Schutzwürdige Interessen

Dieser Abschnitt setzt sich mit der Frage auseinander, welche Gruppe der Stakeholder schutzwürdige Interessen besitzt. Da sowohl die Rechtsprechung der EuGH zu der Niederlassungsfreiheit als auch die geplante Einführung des Referentenentwurfs die Ablösung der Sitz- durch die Gründungstheorie vorgeben, ist das Recht des Sitzstaates in seiner Wächterfunktion über die in seinem Hoheitsgebiet tätigen Gesellschaften stark eingeschränkt.⁷⁷⁷ Die Sicherung schutzwürdiger Interessen Dritter gegenüber der Gesellschaft ist dem Gesetzgeber unter Gelung der Gründungstheorie nur sehr eingeschränkt möglich.

Welche Gruppe der Stakeholder ein schutzwürdiges Interesse an der Gesellschaft besitzt, ist im Schrifttum umstritten. Das in § 76 Abs. 1 AktG genannte „Unternehmensinteresse“ wird nach überwiegender Ansicht „durch einen Interessenpool konstituiert“⁷⁷⁸. In diesen finden neben den Aktionärsinteressen auch Interessen der Arbeitnehmer, der Gläubiger und der Öffentlichkeit Eingang.⁷⁷⁹

773 Vgl. Müko-Martiny, VO (EG) 593/2008 Art. 9; Looschelders, IPR; Art. 34 Rn 9; Palandt-Heldrich, Art. 34 EGBGB Rn 3.

774 Vgl. Müko-Martiny, VO (EG) 593/2008 Art. 9.

775 Vgl. Wengler, ZVglRWiss 54 (1941), 176 ff.

776 Dazu Zweiter Teil, § 3. A., II., 2.

777 Vgl. Müller, NZG 2003, 414 (415).

778 Langenbucher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 4 III.

779 Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 14 III 1 a; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn 13; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 28 II 1 a; a.A. Fleischer, in:

Aus dieser Interessenpluralität folgt, dass es keine bestimmte Rangfolge der maßgeblichen Interessen innerhalb der AG gibt.⁷⁸⁰ Der Vorstand darf daher den Aktionärsinteressen den Vorrang einräumen (*shareholder value*-orientierte Unternehmensführung), aber auch im Einzelfall oder bewusst auf der Grundlage aller Interessen Entscheidungen treffen (*stakeholder value*-orientierte Unternehmensführung), ohne dass der Vorstand allein hierauf gestützte haftungsrechtliche Konsequenzen fürchten muss.⁷⁸¹ Für die GmbH stellen sich die Probleme ein wenig anders dar. Sie ist nicht als Publikumsgesellschaft, sondern als Organisationsform für kleinere und mittlere Unternehmen mit geringerem Kapitalbedarf und einer beschränkten Zahl von Gesellschaftern konzipiert.⁷⁸² Daher bezweckt ihre Regelung zwar wie die AG den Schutz der Gläubiger, aber nicht den Schutz der Anleger, d.h. der Gesellschafter.⁷⁸³ Diese sind aufgrund ihrer Weisungsbefugnis gegenüber den Geschäftsführern nach §§ 37 Abs. 1, 45 GmbHG mit deutlich stärkeren Rechten ausgestaltet als die Aktionäre der AG.⁷⁸⁴ Eine eigenverantwortliche Leitungsmacht kommt ihnen – im Gegensatz zum Vorstand der AG (§ 76 AktG) – jedoch nur in den Fällen zu, in denen ihnen das Gesetz eigene Pflichten auferlegt.⁷⁸⁵

Die Interessenpluralität entspricht auch der Rechtsprechung des BGH, der die Frage für die Praxis jedenfalls geklärt hat. Zu den schutzwürdigen Dritten zählen nach Auffassung des BGH Gläubiger, (Minderheits-)Gesellschafter und Arbeitnehmer, da alle drei Interessengruppen über detaillierte Regelungen im deutschen Recht geschützt werden.⁷⁸⁶ Nicht ohne Grund bezeichnen einige Gerichte und Autoren die Sitztheorie als „Schutztheorie“⁷⁸⁷. Ihre Schutzfunktion

Fleischer, Hdb. Vorstandsrecht, § 1 Rn 25 ff.; Kuhner, ZGR 2004, 244 (252 ff.); sowohl Fleischer als auch Kuhner stützen sich u.a. auf rechtsökonomische Erwägungen zur Begründung eines *shareholder-primacy*-Modells; vgl. auch umfassend zu dem *shareholder value* aus rechtlicher Sicht, Mülbert, ZGR 1997, 121 ff.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 298.

780 Hüffer, AktG, § 76 Rn 12b; Langenbucher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 4 III.

781 Fleischer, in: Hdb. Vorstandsrecht, § 1 Rn 25; Langenbucher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 4 III.

782 Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 18 I 2 a.

783 Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 18 I 2 a.

784 Vgl. zu den Einzelheiten der unterschiedlichen Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 32 Rn 1 ff.

785 Beispiele für die gesetzlichen Pflichten der Geschäftsführer: Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung gemäß §§ 41, 42 GmbHG, 264 Abs. 1 S. 1 HGB; Pflicht zur Kapitalerhaltung gemäß §§ 30 Abs. 1 GmbHG; Pflicht zu Anmeldungen an das Handelsregister gemäß § 78 GmbHG; Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO; Pflicht zu der Benachrichtigung der Gesellschafter und zu der Einberufung einer Hauptversammlung bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals gemäß §§ 49 Abs. 3, 84 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG.

786 BGH, ZIP 2000, 967 (968); Eidenmüller, ZIP 2002, 2233, (2235 ff.).

787 BayObLG, WM 1992, 1371; Staudinger-Großfeld, IntGesR Rn 40; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, S. 785; Kindler, NJW 1999, 1993 (1994).

kann die Sitztheorie in der EU seit den Urteilen des EuGH jedenfalls in den Zugsfällen nicht mehr erfüllen. Fraglich ist jedoch, inwiefern solche Interessen gegenüber Drittstaaten auch unter Geltung der Gründungstheorie durchgesetzt werden können. In Betracht kommen neben dem allgemein gültigen *ordre public* aus Art. 6 EGBGB die noch zu diskutierenden Sonderanknüpfungen. Diese kommen aber auf europäischer Ebene nur dann in Frage, wenn in der anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung ein Schutzdefizit besteht.⁷⁸⁸

Es ist zu überlegen, ob auch gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten die Anwendung von Sonderanknüpfungen nur dann in Frage kommt, wenn ein Schutzdefizit besteht. Da gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten grundsätzlich keine rechtlichen Vorgaben bestehen, ist der Gesetzgeber in seiner Entscheidung insoweit frei. Deswegen ist es notwendig, bei der Analyse der Sonderanknüpfungen zwischen unionsrechtlicher Durchsetzbarkeit und kollisionsgesellschaftsrechtlicher Dogmatik zu unterscheiden. Letztere unterliegt nicht den europarechtlichen Vorgaben, soweit Drittstaaten betroffen sind. Wenn man allerdings eine gespaltene Anknüpfung im Internationalen Gesellschaftsrecht vermeiden möchte, kann eine Untersuchung der kollisionsrechtlichen Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten nicht ohne Einbeziehung der europarechtlichen Vorgaben durch die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV erfolgen.

3. Keine Lösung durch den Referentenentwurf

Der Referentenentwurf beschränkt die Möglichkeiten für die Einschränkung des per Gründungstheorie ermittelten Gesellschaftsstatuts auf den *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB.⁷⁸⁹ Auf den Vorschlag zu der Kodifikation einer allgemeinen Missbrauchsnorm (*fraus omnia corruptit*), die im Internationalen Privatrecht als ungeschriebene Regel anerkannt ist, wurde verzichtet, da sie in der Praxis nur in wenigen Fällen erforderlich sei.⁷⁹⁰ Die Kommission stützt sich nicht nur auf das autonome deutsche Internationale Privatrecht im EGBGB, welches keine Missbrauchsnorm beinhaltet, sondern auch auf rechtsvergleichende Erkenntnisse in der Europäischen Union. In den Fällen, in denen Regelungen normiert seien, gehen diese nach den Feststellungen der Kommission über allgemeine Aussagen nicht hinaus (vgl. Art. 21 portugiesischer Código Civil, Art. 8 rumänisches IPR-Gesetz, Art. 12 Abs. 4 spanischer Código Civil oder § 8 ungarische IPRVO). Daher soll die Judikative mit der Missbrauchsfrage betraut werden, um sie von Fall zu Fall lösen zu können.⁷⁹¹

788 Vgl. Weller, ZIP 2007, 1681 (1688 f.).

789 Sonnenberger/Bauer, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 62.

790 Sonnenberger/Bauer, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 62 f.

791 Sonnenberger/Bauer, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 63.

4. Gesetzestechnische Umsetzung im EGBGB

Zu überlegen ist außerdem, in welcher Form die Gesetzestechnik des EGBGB Möglichkeiten bereithält, um die Gemeinwohlinteressen gegenüber ausländischen Gesellschaften zur Anwendung zu bringen. In Betracht kommen eine Analogie zu Art. 9 Rom I-VO, eine Verweisung innerhalb des EGBGB auf Art. 9 Rom I-VO oder eine eigenständige Sonderanknüpfung unter dem jeweiligen Regelungskomplex.

Für eine Analogie lässt sich anführen, dass in die bestehende Gesetzeskonzeption nicht eingegriffen werden müsste. Dagegen spricht allerdings die Tatsache, dass Art. 9 Rom I-VO als Ausnahmeverordnung in dem Bereich des Internationalen Vertragsrechts konzipiert ist.⁷⁹² Obwohl in den Grenzen des Grundgedankens der Ausnahmeverordnung eine Analogie sehr wohl statthaft ist,⁷⁹³ ist eine Analogie für eine Sonderanknüpfung in dem Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts abzulehnen. Der europäische Gesetzgeber hat es generell abgelehnt, dass Internationales Gesellschaftsrecht in der Rom I-VO und der Rom II-VO zu regeln (vgl. Art. 1 Abs. 2 f) Rom I-VO und Art. 1 Abs. 2 d) Rom II-VO). Es kann daher aus der Ausnahmeverordnung des Art. 9 Rom I-VO keine Analogie für ein Rechtsgebiet hergeleitet werden, das der Gesetzgeber nicht in der Rom I-VO und der Rom II-VO regeln wollte. Hinzu kommt, dass es möglicherweise an einer Regelungslücke fehlt, wenn der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht Gesetz wird. Denn nach dem Referentenentwurf kommen – soweit ersichtlich – keine Sonderankünfungen in Betracht. Die Anwendung deutschen Rechts kann in einem solchen Fall unter Geltung des Referentenentwurfs nur über das Institut des *ordre public* nach Art. 6 EGBGB erzielt werden.

Daher scheint eine eigenständige Sonderanknüpfung die beste Lösung zu sein, die die Gesetzeskonzeption neben der von dem Referentenentwurf bevorzugten Lösung über den *ordre public* bereithält. Eine Sonderanknüpfung ist ein Beispiel dafür, dass das Kollisionsrecht – wie das ganze Zivilrecht – nicht nur dem individuellen Interessenausgleich dient, sondern auch als „Gestaltungsaufgabe“ zu begreifen ist.⁷⁹⁴

792 Dazu Zweiter Teil, § 3, A. I., II.

793 Engisch, Einheit der Rechtsordnung, 147; Larenz, Methodenlehre, 355; Müko-Säcker, Einl. BGB, Rn 112.

794 Grundlegend, Großfeld, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe.

B. Mögliche Sonderanknüpfungen als Ergänzung der Gründungstheorie

Es soll ermittelt werden, wie mögliche Sonderanknüpfungen in methodischer Hinsicht geordnet und damit in eine übergeordnete Systematik überführt werden können. Bei dieser Untersuchung ist es notwendig, die europarechtlichen Vorgaben und die Auswirkungen der europäischen Rechtsentwicklung zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es ein erklärttes Ziel des Referentenentwurfs ist, ein gespaltenes Kollisionsrecht, welches zwischen Gesellschaften aus dem Raum der EU und Drittstaatengesellschaften differenziert, zu verhindern.⁷⁹⁵ Daher müssen kollisionsrechtliche Einordnung und europarechtliche Vorgaben zusammen betrachtet werden.

I. Sonderanknüpfungen als Residuum der Sitztheorie

Sonderanknüpfungen durchbrechen das Prinzip des internationalen Entscheidungseinklangs, was mit der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit gerechtfertigt wird. Zudem dienen sie der Verwirklichung des international-privatrechtlichen Prinzips, dasjenige Recht auf einen Sachverhalt zur Anwendung zu bringen, zu dem dieser die engste Verbindung aufweist.⁷⁹⁶ Sie ergänzen damit die typisierte Grundanknüpfung, um das sachnächste Recht zu ermitteln. Einzelne Aspekte des jeweiligen Statuts entzieht die Sonderanknüpfung der Regelanknüpfung, falls diese sich im Hinblick auf notwendig durchzusetzende Interessen der *lex fori* als zu durchlässig erweist.

Dies führt im Internationalen Gesellschaftsrecht zu dem Problem, dass die Sonderanknüpfungen zu einer Form der Sitztheorie „durch die Hintertür“ führen könnten. Werden die Sonderanknüpfungen also als einseitige, d.h. auf das deutsche Sachrecht verweisende Normen konstruiert, wendet das Gericht deutsches Recht auf die betroffene Gesellschaft an. Dass dies in dem Geltungsbereich des AEUV nur in Ausnahmefällen zu rechtfertigen ist, ist Gegenstand der *Inspire-Art-Entscheidung*⁷⁹⁷ und zahlreicher Abhandlungen gewesen.⁷⁹⁸ Doch auch für Gesellschaften aus Drittstaaten erscheint eine übermäßige Anwendung von Sonderanknüpfungen nur bedingt sinnvoll, da sie die Grundentscheidung des Referentenentwurfs für die Gründungstheorie zumindest teilweise in Frage stellen

795 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 7.

796 Grundlegend: Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 24-28, 108.

797 EuGH, NJW 2003, 3331 ff.

798 Statt aller: Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, Allg. Einl. B Rn 10; Eidenmüller-Eidenmüller, Ausländ. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 3 Rn 18 ff.; Jöstädt, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, 258 ff.

würde. Es bedarf daher der Begründung, inwiefern eine Einschränkung der Grundanknüpfung sinnvoll ist.

Es lässt sich die These aufstellen: Je mehr Sonderanknüpfungen der Gesetzgeber oder der Richter zur Anwendung bringt, desto weniger sinnvoll ist ein genereller Übergang zu der Gründungstheorie. Umgekehrt bedeutet das, dass je weniger Sonderanknüpfungen für notwendig erachtet werden, desto mehr Gründe sprechen für einen generellen Übergang zu der Gründungstheorie gegenüber Drittstaaten. Die (einseitige) Sonderanknüpfung wird dementsprechend als „Residuum der Sitztheorie“⁷⁹⁹ bezeichnet. Werden Sonderanknüpfungen jedoch mit Bedacht punktuell eingesetzt, können sie möglicherweise eine sinnvolle Ergänzung der grundsätzlichen Anknüpfung an den Ort der Registrierung darstellen. So formuliert Behrens: „Eine Differenzierung zwischen Gesellschaften aus EG- bzw. EFTA-Staaten und Gesellschaften aus Drittstaaten kann allenfalls im Hinblick auf bestimmte Sonderankünpfungen in Erwägung gezogen werden.“⁸⁰⁰ Falls Sonderankünpfungen jedoch über die Maßen eingesetzt, erscheint ein Übergang zu der Gründungstheorie gegenüber Drittstaaten hinfällig.

Im Folgenden ist zudem das allgemeine Verkehrs- und Insolvenzrecht zu beachten, das für gesellschaftsrechtsnahe Sachverhalte neben dem Gesellschaftsrecht zur Anwendung kommt. Dies ist jedoch eine Frage der Qualifikation.⁸⁰¹ Für die Qualifikation ist es vor allem wichtig zu berücksichtigen, dass sich der Systembegriff des Gesellschafts-, Delikts- oder Insolvenzrechtes im Kollisionsrecht nicht zwangsläufig mit denselben Systembegriffen im materiellen Recht deckt.⁸⁰² Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass ein Rechtsinstitut, das materiellrecht-

799 Süß/Wachter-Kienle, Handbuch des Int. GmbH-Rechts, Rn 57; Borges, ZIP 2004, 733 (741).

800 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, Allg. Einl. B Rn 40 (Hervorhebungen im Original).
801 Der Begriff der Qualifikation stammt aus dem französischen Internationalen Privatrecht. Er kommt dem in Deutschland geläufigen Begriff der Subsumtion gleich. Unter Qualifikation versteht man den Vorgang, mit dem ein Rechtsinstitut einer Kollisionsnorm zugeordnet wird. Die Kollisionsnormen umschreiben ihren Anwendungsbereich mit Systembegriffen, die i.d.R. dem jeweils zugehörigen materiellen Recht entlehnt und die grundsätzlich nach der *lex fori* auszulegen sind, ohne dabei aber zwingend denselben Bedeutungsgehalt aufweisen zu müssen. Entscheidend ist, ob das zugeordnete Rechtsinstitut dem Verweisungsbegriff der Kollisionsnorm funktionell adäquat entspricht, Palandt-Heldrich, Einl. Vor Art. 3 Rn 27. Auf der primären, der Tatbestandsebene der Qualifikation, geht es damit um den sachlichen Anwendungsbereich einer Kollisionsnorm. Auf der Ebene der Rechtsfolgen wird die Frage behandelt, welche Teile des verwiesenen Rechts als Folge der Verweisung im Inland anwendbar sind, v. Bar/Mankowski, IPR I, § 7 Rn 138. Als Richtschnur lässt sich folgende Formulierung des BGH (BGHZ 29, 137 (139); NJW 1967, 1177) verwenden: „Die dem deutschen Richter obliegende Aufgabe ist es, die Vorschrift des ausländischen Rechts nach ihrem Sinn und Zweck zu erfassen, ihre Bedeutung vom Standpunkt des ausländischen Rechts zu würdigen und sie mit Einrichtungen der deutschen Rechtsordnungen aufgebauten Merkmalen der deutschen Kollisionsnorm zuzuordnen.“

802 Süß/Wachter-Kienle, Handbuch des Int. GmbH-Rechts, Rn 35.

lich dem Deliktsrecht zuzuordnen ist, kollisionsrechtlich dem Gesellschaftsrecht angehört. Deswegen ist es erforderlich, die Entwicklung des materiellen Gesellschaftsrechts zu betrachten. Zu den Veränderungen im materiellen Gesellschaftsrecht zählen vor allem die Veränderungen durch das MoMiG, aber auch die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung in der sog. *Trihotel*-Entscheidung des BGH.⁸⁰³ Die Entwicklung ist nicht nur im Kollisions-, sondern auch im materiellen Gesellschaftsrecht im Fluss. Die Untersuchung des Zusammenspiels der verschiedenen Teilbereiche des Internationalen Privatrechts untereinander, aber auch in dem Verhältnis zu dem deutschen Sachrecht ist deshalb geboten.

II. Einzelne Sachfragen

Im Folgenden sollen die einzelnen Sachfragen entsprechend der vorgenommenen Systematisierung nach Gesichtspunkten des Gläubiger-, Gesellschafter- und Arbeitnehmerschutzes geordnet werden. Der EuGH hat diese drei Gruppen bereits als (mögliche) zwingende Gründe des Allgemeinwohls anerkannt, so dass sie grundsätzlich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit von europäischen Auslandsgesellschaften rechtfertigen können.⁸⁰⁴ Somit ist es denkbar, dass Sonderanknüpfungen in dem Geltungsbereich des AEUV auf diese Gemeinwohlinteressen gestützt werden können. Gegenüber Drittstaaten bestehen diese Einschränkungen für Sonderanknüpfungen durch das europäische Primärrecht nicht. Unabhängig von der Frage, ob man einen rein europäischen oder globalen Blickwinkel einnimmt, sind diese Interessengruppen durch das Handeln einer Gesellschaft in besonderem Maße betroffen. Daher ermöglicht diese Einordnung auch gegenüber Drittstaaten eine Systematisierung derjenigen Interessen, zu deren Schutz die Sonderanknüpfungen möglicherweise Anwendung finden sollen.

1. Gläubigerschutz

Der folgende Abschnitt setzt sich mit verschiedenen Gläubigerschutzinstrumenten auseinander. Nachdem unter (a) eine Abgrenzung von Gesellschafts- und In-

803 BGH, DStR 2007, 1586; dazu *Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34 ff.; zu den Auswirkungen auf das Kollisionsrecht: *Weller*, ZIP 2007, 1681 (1688 f.).

804 Zum Schutz von Gläubigern: EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1997, I-1459, Rn 35 ff.; EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919, Rn 92; EuGH Rs. C-167/01, Slg. 2003 (*Inspire Art*), I-10155, Rn 135; zum Schutz von Gesellschaftern und Arbeitnehmern: *Überseering*, Rn 92.

solvenzstatut vorgenommen wird, wird unter (b) ein Überblick über den gesellschaftsrechtlich fundierten Gläubigerschutz nach deutschem Recht gegeben. Der Abschnitt (c) widmet sich etwaigen Sonderanknüpfungen in dem Bereich der Kapitalstruktur, während die Arbeit unter (d) mögliche Sonderanknüpfungen bei der Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsleitern betrachtet. Um ein einzelnes Instrument des Gläubigerschutzes auf die Möglichkeit einer Sonderanknung zu überprüfen, wird zunächst das jeweilige Gläubigerschutzinstrument kollisionsrechtlich eingeordnet. In diesem Rahmen wird auch die Möglichkeit einer Sonderanknung überprüft, nachdem die Norm grundsätzlich kollisionsrechtlich verortet worden ist. Diese Reihenfolge ist notwendig, da eine funktionale, nicht-gesellschaftsrechtliche Qualifikation unter Umständen dazu führen kann, dass deutsches Recht auf die betroffene Gesellschaft angewendet werden kann. In diesem Fall ist eine Sonderanknung nicht notwendig, um zur Anwendung deutschen Rechts zu gelangen. Anschließend widmet sich die Arbeit der Frage, inwiefern die ermittelte Anknüpfungsregel mit dem europäischen Primärrecht vereinbar ist.

a) Verhältnis von Gesellschafts- und Insolvenzstatut

Da die Bedeutung des Insolvenzrechts für das Gesellschaftsrecht und damit für den gesellschaftsrechtlich fundierten Gläubigerschutz stetig zunimmt,⁸⁰⁵ soll im Folgenden das Gesellschafts- von dem Insolvenzstatut abgegrenzt werden. Anschließend sollen die einzelnen Institute des Gläubigerschutzes untersucht werden.

(1) Abgrenzung des Gesellschafts- von dem Insolvenzstatut

Vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Bestrebungen durch das MoMiG, die Krisenverantwortlichkeit vermehrt in das Insolvenzrecht zu verlagern,⁸⁰⁶ ist es notwendig, das Gesellschafts- von dem Insolvenzstatut funktional abzugrenzen. Der Grund für die zunehmende Bedeutung des Insolvenzrechts in grenzüberschreitenden Sachverhalten liegt in der Anwendung der Gründungstheorie auf EU-Auslandsgesellschaften. Bis zu den Entscheidungen des EuGH stellte die Sitztheorie sicher, dass deutsches Recht auf alle juristischen Personen, die im Inland ihren Tätigkeits- und Interessenschwerpunkt hatten, angewendet wurde.

805 Zu der Bedeutung des Insolvenzrechts für die Gründungsentscheidung, *Dilcher*, in: *Jahrbuch Entrepreneurship* 2004/2005, 103 ff.

806 Konstatierend: *Bork*, ZGR 2007, 250 (267).

Damit war gewährleistet, dass die Eröffnungszuständigkeit inländischer Gerichte für das Insolvenzverfahren und das jeweilige Gesellschaftsstatut der gleichen Rechtsordnung zuzuordnen waren. Dies hat sich infolge der EuGH-Entscheidungen und der in Aussicht gestellten Änderungen im nationalen Bereich (Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht) geändert.

Die hohe Relevanz der Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut ergibt sich zunächst aus europarechtlichen Überlegungen. Dies würde allerdings auch in dem Verhältnis zu Gesellschaften aus Drittstaaten gelten, falls der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht die Gründungstheorie für sämtliche ausländischen Gesellschaften einführt. Im Insolvenzrecht erfolgt eine territoriale Anknüpfung.⁸⁰⁷ Daher erweist es sich als resistent gegen eine Minde rung des Gläubigerschutzes aus Sicht der *lex fori*.⁸⁰⁸ Deutsches Insolvenzrecht kann somit innerhalb des Geltungsbereichs des AEUV und damit trotz Geltung der Niederlassungsfreiheit auf EU-ausländische Gesellschaften angewendet werden. Das Insolvenzrecht blickt nicht auf das Gründungsstatut der Gesellschaft, sondern auf den territorialen Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit.⁸⁰⁹ Daher bietet es sich im methodisch vertretbaren Rahmen als ein Mittel zu der Bekämpfung gläubigerschädigender Handlungen der im Inland tätigen Gesellschaften an. Verschiedene Autoren haben Kriterien für die Abgrenzung der beiden Statute aufgezeigt.

Zunächst hat *Eidenmüller* Kriterien für die Unterscheidung zwischen gesellschafts- und insolvenzrechtlicher Qualifikation entwickelt.⁸¹⁰ Das Gesellschaftsstatut konturiert die Verhaltenspflichten von Geschäftsleitern und Gesellschaftern und regelt die Haftungsbegründung. Demgegenüber steht das Insolvenzstatut, das in erster Linie die bestmögliche Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen wie z.B. Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung anordnet. Allerdings bildet diese Unterscheidung laut *Eidenmüller* nur eine Richtschnur für die Fragen der Qualifikation an der Schnittstelle der beiden Statuten, da beispielsweise auch das Insolvenzrecht haftungsbegründende Normen enthalten kann.⁸¹¹

807 Vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO, der auf den Mittelpunkt der tatsächlichen Interessen (centre of main interest – COMI) abstellt. Als COMI (center of main interest) wird der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Insolvenzschuldners bezeichnet. Nach Art. 3 EuInsVO sind zu der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens international die Gerichte des Mitgliedsstaates zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Gleichzeitig bestimmt Art. 4 EuInsVO, dass für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats gilt, in dem das Verfahren eröffnet wird.

808 *Schön*, Der Konzern 2004, 162 (168).

809 *Kahan*, in: *Hopt/Wymeersch*, Capital Markets and Company Law, 145 (148).

810 *Eidenmüller*, RabelsZ 70 (2006), 474 (484).

811 *Eidenmüller*, RabelsZ 70 (2006), 474 (485).

Nach *Haas* ist die gesetzliche Verortung der Rechtsfrage im Gesellschafts- oder Insolvenzrecht für die Qualifikation irrelevant.⁸¹² Entscheidend ist für ihn, „ob die Insolvenz lediglich Tatbestandsvoraussetzung ist oder aber ob die Norm selbst unmittelbar der Verwirklichung insolvenzpolitischer Ziele“⁸¹³ dient. Ist die Insolvenz der Gesellschaft nur Tatbestandsmerkmal, dann ist die Qualifikation regelmäßig gesellschaftsrechtlich. Anders liegt der Fall, wenn die Vorschrift im Kern insolvenzrechtliche Zwecke verfolgt. Als Beispiele für eine insolvenzrechtliche Qualifikation nennt *Haas* solche Normen, die in dem Falle der Insolvenzeröffnung die Neuordnung der Verwaltung der Gesellschaft, die Zulässigkeit der Aufrechnung in der Insolvenz oder aber die Abwicklung von Rechtsgeschäften nach Insolvenzeröffnung regeln.

Mock und *Schildt* betonen, dass die Qualifikation nach der im Sachrecht vorgegebenen Unterscheidung von Gesellschafts- und Insolvenzrecht, d.h. nach der *lex fori*, vorzunehmen ist.⁸¹⁴ Demnach sind materielle Haftungsregeln, die Verstöße gegen gesellschaftsrechtliche Pflichten sanktionieren, nach dem Gesellschaftsstatut anzuknüpfen. Sie empfehlen, das Gesellschaftsstatut möglichst umfangreich zu fassen, damit das Gesamtsystem des Gläubigerschutzes erhalten bleibt. Dadurch sollen Unstimmigkeiten im Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Sachverhalten verhindert werden. Den materiellen Haftungsregeln des Gesellschaftsrechts gegenüber stehe das Insolvenzrecht, welches den Zweck der Haftungsrealisierung verfolge, vgl. § 1 InsO. Darunter verstehen *Mock* und *Schildt* die „Umsetzung und Verwirklichung von Forderungen“⁸¹⁵ gegen die Gesellschaft. Damit heben sie den verfahrensrechtlichen Charakter des Insolvenzrechts gegenüber dem Gesellschaftsrecht hervor.

Kindler plädiert hingegen im Unterschied zu *Mock* und *Schildt* für ein weites Verständnis des Insolvenzstatuts.⁸¹⁶ In seiner Argumentation stützt er sich auf den erläuternden Bericht zu dem EWG-Übereinkommen über Insolvenzverfahren von *Virgos* und *Schmit*.⁸¹⁷ Aus dem Erwägungsgrund 4 der EuInsVO ergibt sich der Zweck der *lex fori*-Anknüpfung, wonach ein forum shopping durch Vermögensverschiebungen innerhalb der Union zu vermeiden sei und alle Gläubiger desselben Schuldners gleichbehandelt werden sollen. Nach Ansicht von *Kindler* dient das Insolvenzrecht der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger, d.h. einerseits der Haftungsverwirklichung, andererseits der Verteilungsgerechtigkeit innerhalb der Gläubigergruppe desselben Schuldners. Gleichzeitig sollen Gesellschaften, die in dem Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern nicht bestehen können, in einem geordneten Verfahren von dem Markt entfernt

812 *Haas*, NZI, 2001, 1 (10).

813 *Haas*, NZI 2001, 1 (10).

814 Hirte/Bücker-Mock/Schildt, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 17 Rn 22.

815 Hirte/Bücker-Mock/Schildt, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 17 Rn 22.

816 MüKo-*Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 720 f.

817 *Virgos/Schmit*, in: Stoll, Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Insolvenzrechts, Nr. 196.

werden, damit die (potentiellen) Gläubiger der Gesellschaft nicht geschädigt werden. *Kindler* bezeichnet dies als die sog. Reinigungsfunktion des Insolvenzrechts.⁸¹⁸ Dagegen befasst sich das Gesellschaftsrecht mit den Innen- und Außenbeziehungen von Verbänden des Privatrechts. In Anlehnung an *Zimmer* regelt das Gesellschaftsrecht die Probleme in dem „Beziehungsdreieck“ Gesellschafter-Gesellschaft-Gläubiger.⁸¹⁹

Die genannten Kriterien der einzelnen Autoren sollen bei der kollisionsrechtlichen Einordnung der einzelnen Gläubigertatbestände helfen. Ist ein Institut des deutschen Gläubigerschutzes insolvenzrechtlich zu qualifizieren, findet es auch auf eine ausländische Gesellschaft Anwendung. Daher besteht bei einer solchen Qualifikation keine Notwendigkeit für eine Sonderanknüpfung. Hingegen kommt ein Institut des deutschen Gläubigerschutzrechts nicht zur Anwendung auf eine ausländische Gesellschaft, wenn es dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen ist. In diesem Fall wäre deutsches Recht nur anwendbar, wenn man zu der Anwendung einer Sonderanknüpfung für das jeweilige Institut des deutschen Gläubigerschutzrechts gelangt.

(2) Ist die EuInsVO oder die InsO auf Drittstaatsachverhalte anwendbar?

In Bezug auf Drittstaaten stellt sich auch im Insolvenzrecht die Frage, welche Normen in dem Falle einer grenzüberschreitenden Insolvenz mit drittstaatlichem Bezug Anwendung finden. Es ist – wie bei der Frage nach der Anwendbarkeit der *Ingmar*-Entscheidung auf Gesellschaften aus Drittstaaten⁸²⁰ – zu überlegen, inwiefern möglicherweise europäisches Sekundärrecht Drittstaatsachverhalte regelt. Auf das Insolvenzrecht bezogen ist also zu fragen, ob die EuInsVO auch Drittstaatsachverhalte regelt, d.h. ob auch bei Sachverhalten mit Drittstaatenbezug ihr räumlicher Anwendungsbereich eröffnet ist. Dies ist nicht der Fall, wenn der sog. COMI der insolventen Gesellschaft in dem betroffenen Drittstaat liegt. In einem solchen Fall ist die EuInsVO ausweislich des Erläuternden Berichts von *Virgos* und *Schmit* nicht anwendbar.⁸²¹ Demnach regelt das nationale autonome Internationale Insolvenzrecht diesen Fall. Möglicherweise stellt sich die Rechtslage jedoch anders dar, wenn der COMI in einem Mitgliedstaat liegt und nur ein einfacher Auslandsbezug zu einem Drittstaat besteht. Man unter-

818 MüKo-*Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 721.

819 *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 132.

820 Dazu Erster Teil, § 3, A., II.

821 *Virgos/Schmit*, in: Stoll, Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Insolvenzrechts, Rn 44.

scheidet zwischen einfachem und qualifiziertem Auslandsbezug zu einem Drittstaat.⁸²²

Ausgangspunkt für die Überlegung, bei einfachem Auslandsbezug die EuInsVO anzuwenden, war eine Entscheidung des *High Court of Justice* in der Rechtssache *BRAC-Budget*.⁸²³ Das Gericht urteilte, dass die EuInsVO auch dann anwendbar sei, wenn die betroffene Gesellschaft in den USA registriert und ihr COMI in dem Vereinigten Königreich belegen sei. Es stützte sich in seiner Argumentation auf den Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, wonach die internationale Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte gegeben sei, wenn sich der COMI des Schuldners dort befindet. Ausweislich des Wortlauts seien weitere Voraussetzungen für die Anwendung der EuInsVO nicht erforderlich.⁸²⁴ Dies ergebe sich im Übrigen auch aus Erwägungsgrund Nr. 14 und dem Erläuternden Bericht von *Virgos und Schmit*.⁸²⁵ Ein Drittstaatenbezug findet sich lediglich in der Schlussvorschrift des Art. 44 Abs. 3 lit. a) EuInsVO, wonach in dem Falle eines Kompetenzkonflikts mit einem bilateralen insolvenzrechtlich geprägten Staatsvertrag zwischen dem Mitglied- und dem Drittstaat der Staatsvertrag vor geht. Aus einem Umkehrschluss zu dieser Norm könnte man argumentieren, dass in Ermangelung eines Staatsvertrags die EuInsVO regelmäßig auf Drittstaaten sachverhalte anwendbar sei. Bei Art. 44 Abs. 3 lit. a) EuInsVO handele sich zudem um eine Ausnahmeverordnung.⁸²⁶

Im Gegensatz dazu vertritt der überwiegende Teil des Schrifttums die Auffassung, dass die Verordnung nur bei einem qualifizierten Auslandsbezug anwendbar sei, also nur dann, wenn der Auslandsbezug zu einem anderen EU-Mitgliedstaat bestehe.⁸²⁷ Art. 3 Abs. 1 EuInsVO sei lediglich eine Kompetenznorm, die in dem europäischen Binnenmarkt das Insolvenzrecht des Staates zur Anwendung berufe, in dem der Schuldner seinen COMI habe. Eine Aussage bezüglich Drittstaaten Sachverhalte treffen demnach weder Art. 3 Abs. 1 EuInsVO noch die Erwägungsgründe. *Eidenmüller* weist darauf hin, dass Art. 44 Abs. 3 lit. a) EuInsVO für die Fälle geschaffen sei, in denen ein bilaterales Abkommen zwischen einem Mitglied- und einem Drittstaat bestehe und aufgrund dieses Vertrages der Mitgliedstaat auch gegenüber einem anderen Mitgliedstaat verpflichtet

822 Hirte/Bücker-Mock/Schildt, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 17 Rn 8 ff.; Mü Ko-Kindler, Int. Insolvenzrecht, Art. 1 EuInsVO, Rn 23 ff.

823 High Court of Justice ZIP 2003, 813 ff.

824 High Court of Justice ZIP 2003, 813 (815); vgl. *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2 (5).

825 *Virgos/Schmit*, in: Stoll, Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Insolvenzrechts, Rn 44.

826 Vgl. MüKo-Kindler, Int. Insolvenzrecht, Art. 1 EuInsVO, Rn 26; *Eidenmüller*, IPRax 2003, 2 (5).

827 *Paulus*, EuInsVO, Einl. Rn 33; *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-Duursma-Kepplinger*, EuInsVO, Art. 1 Rn 4, 44; MüKo-Kindler, Int. Insolvenzrecht, Art. 1 EuInsVO, Rn 27 f.; *Eidenmüller-Eidenmüller*, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 9 Rn 8; *Virgos/Schmit*, in: Stoll, Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Insolvenzrechts, Rn 11.

sei.⁸²⁸ Dann widersprüchen sich der bilaterale Staatsvertrag und die EuInsVO, so dass eine Auflösung dieses Widerspruchs notwendig sei. Daher enthalte die EuInsVO mit Art. 44 Abs. 3 lit. a) EuInsVO eine Beschränkung des eigenen Anwendungsbereichs in Form einer Derogation.⁸²⁹ Ein weiteres wichtiges Argument ergibt sich aus der Ausnahme, die Dänemark sich ausbedungen hat. Nach Erwägungsgrund Nr. 33 EuInsVO ist die Verordnung nicht auf Dänemark anwendbar. Dänemark zählt vielmehr zu den Drittstaaten.⁸³⁰ Wäre demnach bei einem einfachen Bezug zu Dänemark die Anwendung der EuInsVO zu bejahen, wäre die EuInsVO „durch die Hintertür“ auf eine dänische Gesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz anwendbar und die ausdrückliche Ausnahme für Dänemark ad absurdum geführt.⁸³¹

Ferner spricht der Zweck der EuInsVO, der sich aus den Erwägungsgründen ergibt, gegen eine Einbeziehung von Drittstaatensachverhalten. Zweck der EuInsVO ist das Funktionieren von Insolvenzen in dem europäischen Binnenraum und somit die Schaffung eines einheitlichen Insolvenzraums, vgl. Erwägungsgrund 2. Mit der EuInsVO sollte eine Maßnahme zu der Regelung der Insolvenzen auf der Ebene des Unionsrechts getroffen werden; Insolvenzen mit Drittstaatenbezug sind folglich nicht von dem Normzweck erfasst.⁸³² Im Übrigen stützt sich die Verordnung auf die Kompetenzvorschrift des Art. 81 AEUV, die dem Rat der EU die Zuständigkeit in dem Bereich der justiziellen Zusammenarbeit zuweist, „wenn dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich ist.“⁸³³ Für Fälle mit einfacherem Auslandsbezug mangelt es dem europäischen Gesetzgeber daher an der Kompetenz zu der Regelung von Drittstaatensachverhalten.⁸³⁴

In den Fällen mit einfacherem Auslandsbezug scheidet also eine Anwendung der EuInsVO aus. Es bedarf daher eines qualifizierten Auslandsbezugs zu einem weiteren Mitgliedstaat, um zu der Anwendung der EuInsVO zu gelangen. Dies bestätigt auch der Erläuternde Bericht von *Virgos* und *Schmit*, der Drittstaatensachverhalte ausdrücklich aus der Anwendung EuInsVO ausnimmt.⁸³⁵ Es ist daher davon auszugehen, dass die EuInsVO nur Anwendung findet, wenn ein qua-

828 Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-Duursma-Kepplinger, EuInsVO, Art. 1 Rn 3; *Eidenmüller*, IPRax 2003, 2 (5).

829 *Paulus*, EuInsVO, Einl. Rn 33.

830 *Smid*, Deutsches und Europäisches Internationales Insolvenzrecht, Art. 1 Rn 8.

831 *Hirte/Bücker-Möck/Schildt*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 17 Rn 10.

832 Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-Duursma-Kepplinger, EuInsVO, Art. 1 Rn 53; *MüKo-Kindler*, Int. Insolvenzrecht, Art. 1 EuInsVO, Rn 81.

833 Art. 81 Abs. 2 AEUV.

834 *Hirte/Bücker-Möck/Schildt*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 17 Rn 10.

835 *Virgos/Schmit*, in: *Stoll*, Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Insolvenzrechts, Rn 11: „Das Übereinkommen regelt lediglich innergemeinschaftliche Wirkungen von Insolvenzverfahren. [...] In Bezug auf Drittstaaten hindert das Übereinkommen die Vertragsstaaten nicht daran, geeignete Vorschriften zu erlassen.“

lifizierter Auslandsbezug besteht. Demnach muss sich der Interessenmittelpunkt in einem Mitgliedstaat befinden und der Auslandsbezug in dem Verhältnis zu einem anderen Mitgliedstaat bestehen. Bei einfachem Auslandsbezug ist dagegen das autonome Insolvenzrecht gemäß §§ 335 ff. InsO anwendbar. Danach unterliegen das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen grundsätzlich dem Recht, in dem das Verfahren eröffnet wurde.

b) *Überblick über den gesellschaftsrechtlich fundierten Gläubigerschutz nach deutschem Recht*

Das Prinzip des Gläubigerschutzes verlangt grundsätzlich, die Haftungs- und Vermögensstruktur der Gesellschaft so einzurichten, dass die Gläubiger kein unangemessenes Risiko der Nichterfüllung ihrer Forderungen tragen.⁸³⁶ Dieser besondere Schutzgedanke ist notwendig, da die Gläubiger außerhalb der Gesellschaft stehen und nicht an dem wirtschaftlichen Erfolg, aber an dem wirtschaftlichen Risiko der Unternehmung teilhaben. Der Gläubigerschutz im geltenden deutschen Kapitalgesellschaftsrecht stützt sich vorwiegend auf die drei Säulen des statutarischen Mindestkapitals, der Kapitalaufbringungsregeln (Gebot der realen Kapitalaufbringung) und der Kapitalerhaltungsregeln.⁸³⁷

(1) *Mindestkapital*

Da das Kapitalgesellschaftsrecht grundsätzlich keine persönliche Gesellschafterhaftung kennt,⁸³⁸ müssen die Gesellschafter Einlagen aufbringen.⁸³⁹ Diese bilden das Grund- bzw. Stammkapital (vgl. § 5 Abs. 1 und 2 GmbHG, §§ 6, 7 AktG). Das Eigenkapital bezeichnet man auch als Mindestkapital. Es dient dazu, den

836 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, S. 518.

837 Mühlert, Der Konzern 2006, 151 (154).

838 Vgl. §§ 1 Abs. 1 S. 2 AktG, 13 Abs. 2 GmbHG.

839 Laut Rechtsprechung des BGHZ 142, 315 (319) gibt es einen „allgemeinen Grundsatz des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts, dass derjenige, der als Einzelperson oder in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen mit seinem gesamten Vermögen haftet, solange sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt.“ Daher sei der „im Gesetz vorgesehene „Preis“ in Form der Pflichten zur Aufbringung und Erhaltung eines Mindestkapitals und der Registerpublizität zu zahlen“, wenn das gesetzliche „Privileg der fehlenden persönlichen Gesellschafterhaftung [...] bei der Wahl der Rechtsform der GmbH“ angestrebt werde. Dieser Grundsatz geht zurück auf Flume, Die juristische Person, S. 164; Flume, NJW 1981, 1753 (1754).

Gläubigern einen Mindesthaftungsfonds zu sichern, und ist damit das „Korrelat der Haftungsbeschränkung“.⁸⁴⁰ Die eingebrachten Eigenmittel sollen für die Verluste haften, bevor es zu der Insolvenz und damit zu Ausfällen für die Gläubiger kommt. Das Mindest- oder Nominalkapital soll also eine Art „Risikopuffer“⁸⁴¹ mit gläubigerschützender Wirkung darstellen und die Verluste aus der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft absorbieren. Deshalb enthält das Kapitalgesellschaftsrecht umfassende Regelungen, die Aufbringung und Erhaltung eines Mindestgrundkapitals bzw. Mindeststammkapitals gewährleisten sollen.⁸⁴² Ferner schreckt der Zwang zu der Übernahme eines finanziellen Eigenrisikos unseriöse Gründungen ab und gibt den Aktionären bzw. Anteilsinhabern Anreize, eine sorgfältige Unternehmensführung sicherzustellen.⁸⁴³

Es ist jedoch wichtig zu berücksichtigen, dass diese Vorschriften nicht vor anderweitiger Verminderung des Eigenkapitals schützen können.⁸⁴⁴ Vielmehr ist es gerade volkswirtschaftlich erwünscht, dass der Unternehmer investiert, um Innovationen voranzutreiben. Dass ihn in seinem unternehmerischen Handeln Fehler unterlaufen, ist eine Risikolage, die jeder freien Marktwirtschaft westlichen Zuschnitts zugrunde liegt. Vor solchen unternehmerischen Fehlentscheidungen kann und soll das Mindestkapital wie auch das ganze Kapitalschutzrecht nicht schützen.

Das Mindestkapital steht daher unter heftigem rechtspolitischem Druck. Es ist zwar eine „Seriösitätsschwelle“⁸⁴⁵ und damit ein Nachweis für die Ernsthaftigkeit, mit der der Gesellschafter sein Unternehmen betreibt; aber es ist ungeeignet, ausreichenden Gläubigerschutz zu garantieren, da es keinerlei Bezug zu den Risiken der Unternehmung aufweist.⁸⁴⁶ Aus der *ex ante*-Perspektive ist es für den Gesetzgeber unmöglich einzuschätzen, wie hoch die Kapitalziffer sein sollte, um die Schadensrisiken z.B. in dem Bereich der Produkt- und Umwelthaftung abzudecken.⁸⁴⁷ Eine flexiblere Lösung bietet daher eine Bindung der Zulassung risikanter Unternehmungen als Kapitalgesellschaften an den Abschluss von Ver-

840 BGHZ 105, 300 (302).

841 Eidenmüller/Grunewald/Noack, in: Lutter, Das Kapital der AG in Europa, 17 (26 f.); Fastrich, DStR 2000, 656 (658); Mülbert, Der Konzern 2004, 151 (154); Vetter, ZGR 2005, 788 (800); Wilhelm, GmbHHR 2006, 13.

842 Vgl. Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 24 Rn 5.

843 Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 24 Rn 6; Eidenmüller/Engert, GmbHHR 2005, 433; Teichmann (NJW 2006, 2444 (2446)) präzisiert diesen Begriff: „*Unseriöse* Gründer lassen sich davon nicht abschrecken. *unvorsichtige* werden aber möglicherweise zum Nachdenken veranlasst.“ (Hervorhebungen im Original)

844 Vgl. Eidenmüller-Eidenmüller, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 1 Rn 25.

845 Begriff von Ballerstedt, ZHR 135 (1972), 383 (385).

846 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B 82; Eidenmüller-Eidenmüller, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 1 Rn 25; Merkt, ZGR 2004, 305 (317); Schön, Der Konzern 2004, 162 (165).

847 Schön, Der Konzern 2004, 162 (165).

sicherungsverträgen⁸⁴⁸ (wie z.B. bei der Anwalts-GmbH nach §§ 59d Nr. 3, 58j BRAO). Alternativ können auch bereichspezifische Regelungen wie im Finanzdienstleistungsrecht helfen, den notwendigen Gläubigerschutz zu gewährleisten.⁸⁴⁹

(2) Kapitalaufbringung

Das Prinzip der Kapitalaufbringung besagt, dass die Gesellschafter kraft zwingenden Rechts Einlagen in Höhe der Mindestnennkapitalziffer zu übernehmen haben. Jedenfalls bei Anmeldung und Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister muss dieser ein entsprechendes Reinvermögen zur Verfügung stehen, denn es informiert den Markt (Anleger und Gläubiger) über den Betrag, den die Gesellschafter in dem Weg der Einlage aufgebracht bzw. aufzubringen versprochen haben. Die sog. Kapitalaufbringungsregeln zielen somit auf den Schutz von zwei Gläubigerrisiken: auf der einen Seite das Informationsrisiko von Vertragsgläubigern hinsichtlich bereits erbrachter Einlageleistungen, auf der anderen Seite das alle Gläubiger treffende, bei Sacheinlagen besonders akute Risiko opportunistischen Verhaltens bei künftigen Einlageleistungen.⁸⁵⁰ Deswegen gilt der sog. *Grundsatz der realen Kapitalaufbringung*, d.h. die geschuldeten Einlagen müssen der Gesellschaft tatsächlich zur Verfügung stehen. Es soll mithin unter allen Umständen gewährleistet sein, dass der Gesellschafter der Gesellschaft einen Vermögenswert in Höhe der von ihm übernommenen Einlageverpflichtung überlässt. Treffend führt der BGH aus, dass die Kapitalaufbringungsregeln die reale Kapitalaufbringung in dem Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft als Voraussetzung für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen sicherstellen sollen.⁸⁵¹

(3) Kapitalerhaltung

Demgegenüber wenden sich Kapitalerhaltungsregeln gegen opportunistisches Verhalten der Gesellschafter, indem sie die Auskehr von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter oder ihnen nahestehende Dritte verbieten.⁸⁵² Die §§ 30, 31 GmbHG werden relevant, wenn entweder das Reinvermögen der Gesellschaft

848 Eidenmüller/Engert, GmbHR 2005, 433 (437); Schön, Der Konzern 2004, 162 (165).

849 Mülbert/Birke, 3 EBOR, 625, 725 (2002).

850 Mülbert, Der Konzern 2004, 151 (158).

851 BGHZ 117, 323 (331).

852 Mülbert, Der Konzern 2004, 151 (159).

über die Stammkapitalziffer hinaus absinkt oder das Reinvermögen durch eine Gewinnausschüttung oder Vermögensverteilung an die Gesellschafter unter die Stammkapitalziffer absinkt. Gemäß §§ 30, 31 GmbHG darf das für die Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Bei einem solchen Bilanzbild dürfen weder Gewinnauszahlungen vorgenommen werden, noch darf das Vermögen offen oder verdeckt an die Gesellschafter ausgezahlt werden.

In der Aktiengesellschaft gilt im Ansatz das Gleiche: Die Einlagen dürfen nicht zurückgewährt werden (§ 57 Abs. 1 AktG). Die in der Bilanz anzugebende Eigenkapitalziffer markiert eine Ausschüttungssperre. Darüber hinausgehend bestimmt das AktG aber, dass an die Gesellschafter vor der Auflösung der Gesellschaft überhaupt nur der Bilanzgewinn ausgezahlt werden darf (§ 57 Abs. 3 AktG). Die Verteilung von Vermögen – offen oder verdeckt – darf nur in den Formen vorgenommen werden, die das Gesetz hierfür vorsieht. Dies dient der Wahrung der Gläubigerinteressen und wird in dem Wege der formellen Kapitalherabsetzung vollzogen (§§ 222 ff. AktG). Bei Auflösung der Gesellschaft und Liquidation setzt die Auszahlung an die Gesellschafter zunächst die Befriedigung der Fremdkapitalgeber voraus (§ 73 GmbHG, § 272 AktG). Vergleichbare Ausschüttungssperren finden sich in allen Kapitalgesellschaftsrechtsordnungen.⁸⁵³ Diese gelten jedoch unabhängig von der Frage, ob die jeweilige Rechtsordnung ein Stammkapital kennt oder nicht. Beispielsweise kennt auch das britische Kapitalgesellschaftsrecht Ausschüttungssperren. Allerdings knüpfen diese nicht an ein festes Stammkapital an. Es dürfen lediglich realisierte Gewinne ausgeschüttet werden; nicht realisierte Gewinne und solche, die die Verluste früherer Jahre übersteigen, unterliegen einer Ausschüttungssperre. Zahlungen, die gegen dieses Verbot verstossen, sind von dem Empfänger zurückzuzahlen.⁸⁵⁴ Das britische Kapitalgesellschaftsrecht verhindert also auch eine unangemessene Kapitalausschüttung.

Erfahrungen aus der Praxis belegen, dass die Vorschriften zu der Kapitalerhaltung keinen effektiven Gläubigerschutz gewährleisten. Diese Erfahrungen lassen es als höchst zweifelhaft erscheinen, dass die Kapitalerhaltungsregeln für einen effektiven Gläubigerschutz geeignet sind.⁸⁵⁵ Vor allem können die Vorschriften nicht sicherstellen, dass die Gesellschaft über Jahre hinweg mit ausreichend Eigenkapital ausgestattet ist, da es keinen Zwang für die Gesellschafter gibt, das Eigenkapital der Gesellschaft und damit das gegen ihren Zugriff geschützte Vermögen in einer bestimmten Höhe festzulegen.⁸⁵⁶ Zudem gewährleistet das System der Kapitalbindung kein fortwährend vorhandenes Vermögen auf

853 Vgl. kritisch *Kuhner*, ZGR 2005, 753 ff.

854 Sec. 8 Companies Act 1985 (CA 1985).

855 Hirte/Bücker-Forsthoff/Schulz, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 15 Rn 40; Sandrock, ZVglRWiss 102 (2003), 447 (478).

856 Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 5 II 1.

absehbare Zeit.⁸⁵⁷ Dies führt in der Praxis dazu, dass große Kreditgeber wie Banken nicht auf den Schutz der Vorschriften zu der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung vertrauen. Für ihre Kreditvergabepraxis orientieren sich Banken gerade nicht an dem eingetragenen Stammkapital oder den Vorschriften zu dessen Aufbringung und Erhaltung.⁸⁵⁸ Stattdessen betrachten die Banken die momentane wirtschaftliche Situation und die prognostizierte Entwicklung des Kreditnehmers, bevor sie einen Kredit an das Unternehmen vergeben.⁸⁵⁹ Anstelle der Vorschriften zu Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung kommt es auf das Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital an. Somit streiten auch praktische Erwägungen gegen eine Sonderanknüpfung des Kapitalerhaltungsrechts, die zu der Anwendung deutschen Rechts führen würde.

Zu berücksichtigen ist, dass die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften im Zusammenhang mit den Normen des Bilanzrechts zu sehen sind.⁸⁶⁰ Dies zeigt sich daran, dass das Leitbild der gläubigerschützenden, erfolgsabhängigen und damit kapitalerhaltenden Ausschüttungsbemessung. Grundlage für die Auslegung und Fortbildung des Bilanzrechts auf der Ebene des Einzelabschlusses ist.⁸⁶¹ In Verbindung mit Ausschüttungssperren soll sichergestellt werden, dass die Gesellschafter lediglich den tatsächlich erzielten Gewinn entziehen können. Zweck dieser Regelung ist es, den Gläubigern eine ausreichende Haftungsmasse zu Verfügung zu stellen.⁸⁶² Allerdings sieht sich diese Art des Gläubigerschutzes zunehmend der Kritik ausgesetzt.⁸⁶³

(4) Gesellschafterdarlehen

Daneben fungiert das Recht der Gesellschafterdarlehen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO als ein wichtiges Instrument der Kapitalerhaltung.⁸⁶⁴ Grundsätzlich sollen

857 Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 5 II 1.

858 Sandrock, ZVglRWiss 102 (2003), 447 (478).

859 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B 82, Sandrock, ZVglRWiss 102 (2003), 447 (478) zitiert den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Dresdner Bank, Bernhard Walter (AG 1998, 370 ff.), der zu der Kapitalaufbringung auf S. 372 bemerkt: „[...] die derzeitigen Regelungen zum Mindestkapital [sind] aus Sicht einer Bank unnötig und unzweckmäßig.“ Bezüglich der Kapitalerhaltung stellt er ebendort fest: „§ 57 AktG ebenso wie § 30 GmbHG [verhindern] die Rückgewähr geleisteter Einlagen. Dies geschieht jedoch unvollständig.“

860 Vgl. Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 19 II 2 b; Kuhner, ZGR 2005, 753 (754); vgl. Beisse, FS Beusch, 1993, 77 ff.

861 Kuhner, ZGR 2005, 753 (754).

862 Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 19 II 2 b; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 37 Rn 13.

863 Vgl. Merkt, AG 2003, 126 (132); Kübler, ZGR 2000, 550 (556).

864 Vgl. Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 5 II 4 mit Hinweisen zum alten Recht.

Gesellschafter der Gesellschaft genauso wie Dritte gegenüber stehen dürfen. Häufig tritt ein Gesellschafter auch als Gläubiger in dem Rahmen eines Darlehensvertrages auf. Zwar kann dies als einfaches Finanzierungsmittel⁸⁶⁵ oft eine vernünftige Möglichkeit der Unternehmensfinanzierung sein, es führt aber zu einer „Denaturierung des Gläubigerschutzes“.⁸⁶⁶ Der außenstehende Gläubiger muss gegenüber dem Gesellschafter, der gleichzeitig auch als Insider das Unternehmen besser kennt, geschützt werden. Zudem verfügt der außenstehende Gläubiger nicht über eine Gewinnbeteiligung an dem Unternehmen, während der Gesellschafter aufgrund seiner Gewinnchancen Kapital in das Unternehmen investiert. Der Gesellschafter darf daher nicht gleichberechtigt mit den anderen außenstehenden Gläubigern in der Insolvenz behandelt werden. Deshalb stuft § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO den Gesellschafter, der seiner Gesellschaft ein Darlehen gewährt, als nachrangig gegenüber den übrigen Gläubigern ein. Das Eigenkapitalersatzrecht ist Ausdruck der Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter. Die besondere Verantwortung des Gesellschafters liegt in seiner „Doppelstellung“ begründet, in der sich ein Drittgläubiger nicht befindet.⁸⁶⁷ Auf der einen Seite tritt er als Gesellschafter auf, auf der anderen Seite als Gläubiger aus einer schuldrechtlichen Rechtsbeziehung, dem Darlehensvertrag.⁸⁶⁸ Der Gesellschafter kann mithin nicht nur mitgliedschaftlich, sondern auch schuldrechtlich auf das Gesellschaftsvermögen zu dem Nachteil der anderen Gläubiger einwirken kann.⁸⁶⁹ Infolge seiner mitgliedschaftlichen Bindung als Gesellschafter verfügt er über einen beträchtlichen Informationsvorsprung gegenüber den übrigen Gläubigern.⁸⁷⁰ Dieser Informationsvorsprung resultiert aus der gesetzlichen Befugnis des § 51a GmbHG, der dem Gesellschafter ein zwingendes Einsichts- und Informationsrecht bezüglich der wirtschaftlichen Verhältnisse zugesteht.

Allerdings ließe sich gegen eine Differenzierung von Gesellschafterdarlehen und anderen Darlehen argumentieren, dass die Masseschmälerung zulasten der anderen Gläubiger Folge eines jeden Kredits ist. Diese Überlegung greift jedoch zu kurz. Sie übersieht, dass zwischen Gesellschaftern als Gläubiger der Gesellschaft und externen Gläubigern eine unterschiedliche Wertung besteht. Diese Wertungsdifferenz ergibt sich aus der Doppelstellung des Gesellschafters, d.h. aus seiner gleichzeitigen Stellung als Gläubiger und Gesellschafter. Der Darlehensvertrag zwischen Gesellschaft und Gesellschafter wird in der Regel aufgrund der Mitgliedschaft des Gesellschafters in der Gesellschaft abgeschlossen.⁸⁷¹ Der Gesellschafter möchte also seine Vorteile aus der Mitgliedschaft er-

865 Vgl. zu den steuerlichen Vorteilen auch: *Goette*, ZHR 162 (1998), 223 (225 f.).

866 *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 5 II 4a).

867 *Haas*, Gutachten zum 66. DJT 2006, E 57.

868 *Ulmer*, in: FS Duden, 661 (673).

869 *Haas*, Gutachten zum 66. DJT 2006, E 51.

870 BGHZ 76, 326 (330); *Röhricht*, ZIP 2005, 506 (512).

871 *Haas*, Gutachten zum 66. DJT 2006, E 53. *Haas* bezeichnet dies auch als „Gesellschafterhilfe“.

halten. Ob er sich dazu gesellschaftsrechtlicher oder allgemein zivilrechtlicher Instrumente bedient, kann für seine Finanzierungsverantwortung nicht entscheidend sein. Seiner Finanzierungsverantwortung soll sich der Gesellschafter nicht entziehen können.

(5) Haftung der Gesellschafter und Geschäftsleiter

Die Haftung der Gesellschafter bzw. der Geschäftsleiter flankiert den Kapitalschutz (in Insolvenznähe). Dabei ist zwischen den verschiedenen beteiligten Personen auf Seiten der Gesellschaft zu unterscheiden, d.h. zwischen Gesellschaft, Gesellschafter und Geschäftsleiter. Insbesondere ist das Trennungsprinzip zu beachten.⁸⁷² Danach haftet grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, nicht hingegen das Privatvermögen der Gesellschafter. In Ausnahmefällen kann das in §§ 1 Abs. 1 S. 2 AktG, 13 Abs. 2 GmbHG verankerte Trennungsprinzip durchbrochen werden. Die Gesellschafter können somit ausnahmsweise in dem Außenverhältnis gegenüber den Gläubigern persönlich für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftbar gemacht werden, sog. *Durchgriffshaftung*.⁸⁷³ Sie haften in diesem Fall neben der Gesellschaft analog §§ 128, 129 HGB. Die Dogmatik der Durchgriffshaftung ist umstritten. Die Rechtsprechung stützt sie vor allem auf die Gedanken des treuwidrigen Verhaltens, des Rechtsmissbrauchs oder auf § 826 BGB. Auf jeden Fall ist für die Durchgriffshaftung ein strenger Maßstab anzusetzen, da sie auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss. Es haben sich einzelne Fallgruppen herauskristallisiert, in denen eine Durchgriffshaftung in Betracht kommt. Neben der Durchgriffshaftung haben sich aber auch verschiedene Formen der Geschäftsleiterhaftung herausgebildet, die im Folgenden skizziert werden. Dazu zählen die Haftung wegen Verletzung zur Pflicht der rechtzeitigen Insolvenzantragsstellung i.S.v. § 15a InsO, d.h. die sog. Insolvenzverschleppungshaftung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO) und die neu eingeführte Insolvenzverursachungshaftung bei der GmbH gemäß § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG.

(a) Missbrauch der juristischen Person

Die Rechtsform der juristischen Person wird missbraucht, wenn die Rechtsfigur der juristischen Person von den Gesellschaftern rechtsmissbräuchlich verwendet

872 Baumbach/Hueck-Fastrich, GmbHG, § 13 Rn 8 f., Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, § 4 I 2; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 9 I 1.

873 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 9 IV 1; Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 23.

wird, allein um der persönlichen Haftung zu entgehen.⁸⁷⁴ „Es entspricht einem allgemeinen anerkannten, aus § 242 BGB abgeleiteten Grundsatz, dass die Institute des geltenden Rechts, wenngleich zwar formal einwandfrei, so doch sachlich nicht im Widerspruch zu den Ordnungsprinzipien des geltenden Rechts (sog. institutioneller Rechtsmissbrauch) oder zu den Anforderungen von Treu und Glauen (sog. individueller Rechtsmissbrauch) benutzt werden dürfen, sich einem danach gebotenen Verhalten zu entziehen“.⁸⁷⁵ Da der Begriff des Missbrauchs kaum justizierbar ist und der Missbrauch der juristischen Person inzwischen in Fallgruppen konkretisiert worden ist, spielen die im Folgenden dargestellten Tatbestände der Gesellschafterhaftung in jüngerer Zeit eine wichtigere Rolle.⁸⁷⁶ Die Rechtsfigur des Missbrauchs der juristischen Person soll daher nicht weiter verfolgt werden.

(b) Vermögens- und Sphärenvermischung

Der Tatbestand der Vermögens- und Sphärenmischung liegt vor, wenn sich das Vermögen der juristischen Person und das Privatvermögen der Gesellschafter nicht trennen lassen, etwa wegen unübersichtlicher Buchführung. Der in Anspruch genommene Gesellschafter kann sich in dieser Situation nicht auf die Beschränkung seiner Haftung nach § 1 Abs. 1 S. 2 AktG oder § 13 Abs. 2 GmbHG berufen. Dieser Fall tritt besonders häufig bei Einpersonengesellschaften auf;⁸⁷⁷ bei mehreren Gesellschaftern ändert sich jedoch nichts an der Beurteilung.⁸⁷⁸ Dass ein solches Verhalten sanktioniert werden muss, entspricht der Vorstellung jeder Rechtsordnung, die rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt. Die Haftung wegen Vermögens- und Sphärenmischung wird daher im Weiteren nicht erörtert.

(c) Materielle Unterkapitalisierung

Eine Gesellschaft ist materiell unterkapitalisiert, wenn sie für Insider klar erkennbar nicht mit dem für ihren Zweck angemessenen Kapital ausgestattet ist.⁸⁷⁹

874 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band I, § 4 III 1.

875 *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 29 Rn 47.

876 *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 29 Rn 47.

877 BGHZ 95, 330; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 9 IV 2.

878 *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, § 24 II 3 a).

879 BGH, NJW 1979, 2104 (2105); Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 5 Rn 5 f.; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 29 Rn 39 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 9 IV 4.

Die für den Geschäftsbetrieb notwendige Eigenkapitalausstattung unterbleibt also gänzlich. Es geht um die Verletzung der Pflicht zu einer ordnungsgemäßen Unternehmensfinanzierung und damit um den Schutz von zentralen Funktionen und Institutionen des Gesellschaftsrechts gegen objektiv missbräuchliches Verhalten. Die Rechtsprechung hat diese Figur jedoch nicht aufgegriffen.⁸⁸⁰ Weite Teile der Literatur stehen ihr im Übrigen auch sehr kritisch gegenüber,⁸⁸¹ so dass die Arbeit sie nicht weiter behandelt.

(d) Qualifiziert faktischer Konzern

Eine Haftung nach den Grundsätzen des qualifiziert faktischen Konzerns besteht, wenn das herrschende Unternehmen in dem qualifiziert faktischen Konzern eine Verlustausgleichspflicht trifft.⁸⁸² Eine solche trifft das herrschende Unternehmen in dem Vertragskonzern nach § 302 AktG; sie soll aber auch für den faktischen Konzern gelten, wenn die faktische Unternehmensverbindung in ihrer Intensität der Situation bei Abschluss eines Beherrschungsvertrages vergleichbar ist.⁸⁸³ Der BGH hat sich in der Folgezeit jedoch in dem Falle eines vermehrt faktischen Konzerns auf die Durchgriffshaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs gestützt.⁸⁸⁴ Der BGH ist damit von der Haftung im qualifiziert faktischen Konzern abgerückt, so dass diese Haftungsgrundlage nicht weiter erörtert wird. Obwohl der BGH sich mit dem Gedanken noch auseinandersetzt, ist vorrangig der Anspruch wegen existenzvernichtenden Eingriffs in den Mittelpunkt gerückt.

(e) Existenzvernichtungshaftung

Ein Gesellschafter haftet aufgrund eines existenzvernichtenden Eingriffs, wenn er nicht auf die Eigenbelange der von ihm abhängigen Gesellschaft Rücksicht nimmt und der Gesellschaft die Mittel entzieht, die diese benötigt, um ihre Verbindlichkeiten bedienen zu können, und ein Einzelausgleich nach §§ 30, 31 GmbHG nicht möglich ist.⁸⁸⁵ Mit der *Trihotel*-Entscheidung hat der BGH die

880 Ablehnend: BGHZ 68, 312; BAG, ZIP 1999, 878.

881 Baumbach/Hueck-Fastrich, GmbHG, § 5 Rn 5 f.; Roth/Altmeppen, GmbHG, § 30 Rn 118 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 9 IV 4; Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, § 24 II 3b).

882 BGHZ 95, 330; BGHZ 107, 7; BGH, 115, 187.

883 Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 5 III 5.

884 BGHZ 151, 181 m.w.N.

885 BGHZ 149, 10; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 29 Rn 4..

Haftung wegen Existenz vernichtenden Eingriffs neu justiert. Die Haftung wegen Existenz vernichtenden Eingriffs ist jetzt als Binnenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet.⁸⁸⁶ Die Haftung wegen Existenz vernichtenden Eingriffs stellt somit keinen Fall der Durchgriffshaftung mehr dar.

(f) *Insolvenzantragspflicht, Insolvenzverschleppungshaftung und Insolvenzverursachungshaftung*

Neben dem Gesellschafter kann auch den oder die Geschäftsleiter eine persönliche Haftung für Fehlverhalten in Bezug auf die Vermögensinteressen der Gläubiger treffen. Den Geschäftsleiter treffen die Pflicht zu der Insolvenzantragstellung und die vorgelagerte Pflicht zu einer beständigen Selbstprüfung. Diese gehen jedoch ins Leere, wenn eine Verletzung ohne Sanktion bleibt. In Betracht kommen vor allem die Haftungstatbestände wegen Insolvenzverschleppung. Gemäß § 15a InsO haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler in dem Falle der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ohne schulhaftes Zögern, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Falls die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler den Antrag nicht unverzüglich stellen, haften sie der Gesellschaft auf Schadensersatz aus § 15a InsO und den Gläubigern aus Delikt nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO. Die Rechtsprechung leitet die Haftung der Geschäftsleiter gegenüber den Gläubigern daran her, dass sie § 15a InsO (§ 64 Abs. 1 GmbHG a.F. bzw. § 92 Abs. 2 AktG a.F.) als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB interpretiert.⁸⁸⁷ Altgläubiger, d.h. solche Forderungsinhaber, deren Ansprüche schon vor Insolvenzreife entstanden waren, erhalten die Differenz zwischen der in dem Insolvenzverfahren tatsächlich erzielten Quote und der Quote, die bei pflichtgemäßer Antragstellung realisiert worden wäre. Vertraglichen Neugläubigern gewährt der BGH darüber hinaus Ausgleich des vollen Schadens, der ihnen dadurch entstanden ist, dass sie überhaupt in Rechtsbeziehungen zu der bereits zahlungsunfähigen oder überschuldeten Gesellschaft getreten sind.⁸⁸⁸ Die Insolvenzantragspflicht und die daran anschließende Sanktion der Insolvenzverschleppungshaftung sind somit zentrale Bestandteile des deutschen Gläubigerschutzes.⁸⁸⁹ Abschließend zu erwähnen ist die durch das MoMiG eingeführte Insolvenzverursachungshaftung gemäß § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG. Danach haften die Geschäftsführer nicht nur für Zah-

886 BGH, DStR 2007, 1586.

887 BGHZ 29, 100 (102); BGHZ 138, 211 (214).

888 BGHZ 126, 181 (194); Lutter/Hommelhoff-Lutter *Hommelhoff*, GmbHHG, § 64 Rn 40.

889 Süß/Wachter-Kienle, Handbuch des Int. GmbH-Rechts, Rn 57; Borges, ZIP 2004, 733 (737).

lungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung geleistet worden sind, sondern auch für „Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten“.

(g) *Publizität*

Infolge der europarechtlichen Implikationen des Informationsmodells nimmt die Publizität eine immer wichtigere Rolle in dem Konzept des Gläubigerschutzes ein.⁸⁹⁰ Das europäische Sekundärrecht beeinflusst das Gebiet der Publizität in hohem Maße, so dass Richtlinien ein gewisses Maß an Rechtsangleichung in diesem Bereich schaffen.⁸⁹¹ Hervorzuheben sind die Publizitätsrichtlinie⁸⁹², die Kapitalschutzrichtlinie⁸⁹³ sowie die Bilanzrichtlinie⁸⁹⁴, die Konzernbilanzrichtlinie⁸⁹⁵ und die Abschlussprüferrichtlinie⁸⁹⁶, auch wenn die ersten beiden Richtlinien aufgrund der Ähnlichkeit zu dem deutschen Recht zu keinem erhöhten Umsetzungsbedarf geführt haben.⁸⁹⁷ Das Recht der Register- und Geschäftsbriefpublizität ist also von dem europäischen Richtlinienrecht erfasst, nicht hingegen das Firmenrecht, was nach nationalen Maßstäben geregelt ist.

Gegenstand der Publizität ist die standardisierte Offenlegung unternehmensbezogener Daten durch das Unternehmen.⁸⁹⁸ Je nachdem wie weit man den

890 Roth/Altmeppen, GmbHG, Einl Rn 21; grundlegend: Fehrenbacher, Registerpublizität und Haftung im Zivilrecht; Merkt, Unternehmenspublizität.

891 Vgl. Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 7 Rn 191 ff.

892 Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9.3.1968, Abl. Nr. L 65, S.8 vom 14.3.1968, geändert durch Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.07.2003, Abl. Nr. L 221, S.13 vom 4.9.2003, nach dem Hauptteil der Richtlinie besteht die Pflicht, Angaben zum Unternehmen im Handelsregister offenzulegen.

893 Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976, Abl. Nr. L 26, S.1 vom 31.1.1977.

894 Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25.07.1978 ABl. Nr. L 222, S.11 vom 14.8.1978, zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/65/EG, ABl. Nr. L 283, S.28 vom 27.10.2001 und Richtlinie 2003/38/EG, ABl. Nr. L 120, S.22 vom 15.5.2003, Gegenstand der Richtlinie sind die Gliederung und Inhalt des Jahresabschlusses und des Lageberichts sowie Bewertungsmethoden, Prüfung und Offenlegung.

895 Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13.06.1983, ABl. Nr. L 193, S. 1 vom 18.7.1983, zuletzt geändert durch Richtlinie 2001/65/EG, ABl. Nr. L 283, S.28 vom 27.10.2001, Inhalt der Richtlinie ist der konsolidierte Abschluss im Konzern.

896 Achte Richtlinie 84/253/EWG des Rates vom 10.04.1984, ABl. Nr. L 126, S. 20 vom 12.5.1984, die sich mit der Befähigung zu der Pflichtprüfung von Rechnungslegungsunterlagen auseinandersetzt.

897 Grundmann, Europ. Gesellschaftsrecht, § 8 Rn 232 (Publizitätsrichtlinie); § 10 Rn 314 (Kapitalschutzrichtlinie).

898 Merkt, Unternehmenspublizität, 22; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, 575.

Begriff der Publizität fasst, zählen dazu die Vorschriften zu der Rechnungslegung, zu dem Handelsregister und zu den Geschäftsbriefen sowie die Beteiligungs- und Konzernpublizität und die Insolvenzpublizität etc.⁸⁹⁹ Auf der einen Seite stehen die Regeln zu der Register- und Geschäftsbriefpublizität. Sie geben Kenntnis von Daten, die die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft betreffen, geben aber nur begrenzt Auskunft über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens.⁹⁰⁰ Die Rechnungslegungspublizität bildet hingegen die Daten über das Betriebsgeschehen, die Situation und den Erfolg des Unternehmens sowie über die Ursachen seiner geschäftlichen Entwicklung ab.⁹⁰¹ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass für kleinere Unternehmen erhebliche Erleichterungen bei der Veröffentlichungspflicht bestehen.⁹⁰² Zugleich ist die „kleine“ GmbH nach § 316 HGB nicht zu einer Abschlussprüfung verpflichtet.⁹⁰³ Daraus ergibt sich, dass die Rechnungslegungspublizität für den Gläubigerschutz bei der GmbH nur eine untergeordnete Rolle spielt. Die Geltung des europäischen Informationsmodells bestont die besondere Wichtigkeit der Publizität für den Gläubigerschutz. Daher gilt in dem Geltungsbereich des AEUV der Grundsatz: *forearmed is forewarned*.⁹⁰⁴

Grundsätzlich ist die handelsrechtliche von der kapitalmarktrechtlichen Rechnungslegung zu trennen. Beide Formen haben unterschiedliche Adressaten. Die kapitalmarktrechtliche Rechnungslegung bezweckt den Anlegerschutz, wohingegen die handelsrechtliche Rechnungslegung eine in Einzelheiten umstrittene Adressatenkoalition schützt.⁹⁰⁵ Der sachrechtliche Unterschied wirkt sich auch im Kollisionsrecht aus. Die kapitalmarktrechtliche Rechnungslegung richtet sich grundsätzlich nach dem Kapitalmarktstatut. Eine einheitliche Kollisionsnorm im Kapitalmarktrecht hat sich bislang noch nicht entwickelt.⁹⁰⁶ Die Rechtsprechung beurteilt kapitalmarktrechtliche Fragen im Rahmen der Anknüpfung vertraglicher, deliktischer und gesellschaftsrechtlicher Anspruchsgrundlagen sowie sons-

899 *Merkt*, Unternehmenspublizität, 23.

900 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band I, S. 579.

901 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band I, S. 579.

902 Vgl. MüKo-*Ebke*, HGB, § 316 Rn 1 ff.; zu der Diskussion um IFRS für kleine und mittlere Unternehmen: *Ebke/Luttermann/Siegel* (Hrsg.), Internationale Rechnungslegungsstandards für börsenunabhängige Unternehmen? Zu den wettbewerbsrechtlichen Problemen der Publizität siehe *Ebke/Möhlenkamp* (Hrsg.), Rechnungslegung, Publizität und Wettbewerb, 2010.

903 MüKo-*Ebke*, HGB § 316 Rn 12; *Roth/Altmeppen*, GmbHG. Einl. Rn 33.

904 *Davies, Gower and Davies' Principles of modern Company Law*, Rn 21-1; *Zimmer/Naendrup*, ZGR 2007, 789 (792).

905 Zu der Einbeziehung anderer *Stakeholder* wie Arbeitnehmer oder der interessierten Öffentlichkeit *Meier-Schatz*, Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität, 251 ff. sowie *Moxter*, Grundsätze ordnungsgemäßer Rechnungslegung, 6; *Storck*, Bilanzpolitische Handlungsspielräume, 17 ff. m.w.N; gegen eine Adressatenstellung der Wettbewerber und Kunden *Schön* in *Schön* (Hrsg.), Rechnungslegung und Wettbewerbschutz, 564 (574 ff).

906 MüKo-*Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 29; vgl. auch MüKo-*Schnyder*, Int. Kapitalmarktrecht, Rn 1 ff.

tiger Rechtsinstitute in Sachverhalten mit Bezug zu einem Kapitalmarkt.⁹⁰⁷ Für die Qualifikation der handelsrechtlichen Rechnungslegung besteht Streit, ob sie dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen oder öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.⁹⁰⁸ Geht man von einer öffentlich-rechtlichen Qualifikation aus, so ist für die Rechnungslegung und die Publizität an den Ort der kaufmännischen Niederlassung anzuknüpfen.⁹⁰⁹

Der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht enthält sich hingegen einer Regelung des anwendbaren Rechts für die Rechnungslegung von Unternehmen.⁹¹⁰ Dem liegt die Annahme zugrunde, dass das Sachrecht aufgrund europäischer Vorgaben nicht nur für europäische ausländische Gesellschaften, sondern auch für solche aus Drittstaaten vereinheitlicht sei.⁹¹¹ Europäische Richtlinien harmonisieren nicht nur die Rechnungslegung in der EG, sondern bestimmen auch, unter welchen Voraussetzungen die Rechnungslegung von Gesellschaften aus Drittstaaten anzuerkennen ist. Sollte der Referentenentwurf Gesetz werden, wäre somit die Frage nach der Beurteilung der handelsrechtlichen Rechnungslegung geklärt.

(6) Fazit

Nach dieser Skizzierung des Gläubigerschutzes im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht *de lege lata* ist zu überlegen, ob die inländischen Gläubigerschutzregeln auf (Nicht-EU-)Auslandsgesellschaften Anwendung finden. Dabei überschneiden sich zwei Problemkreise: die kollisionsrechtliche Behandlung der einzelnen Tatbestände und der Einfluss der Niederlassungsfreiheit auf das Gesell-

907 BGH NJW 1996, 2569; BGH NJW 1987, 1141; BGH NJW 2004, 3706; vgl. aus der Literatur: *Schütze* in: Assmann/Schütze, Kapitalanlagerecht, § 8 Rn 37 ff.; *Spindler*, IPRax 2001, 400 (403 ff.).

908 Für eine öffentlich-rechtliche Qualifikation: *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 563 f.; *MüKo-Kindler*, IntGesR, Rn 273; *Ebenroth/Boujong/Joost-Pentz*, HGB, § 13 d., Rn 21; wohl auch *Riegger*, ZGR 2004, 510, 515; für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation: *MüKo-Ebenroth*, Internationales Gesellschaftsrecht, (3. Auflage), Rn 344; *Eidenmüller/Rehberg*, ZvglRWiss 105 (2006), 427 (432 f.); *Staudinger-Großfeld* (1998) IntGesR Rn. 362; *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, 179 ff., 183.

909 *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 563.

910 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, 7.

911 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, 7; vgl. Verordnung 1606/2000/EG vom 19. 07. 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards; vgl. auch Entscheidung 2008/961/EG vom 12.12.2008 über die Verwendung der nationalen Rechnungslegungsgrundsätze bestimmter Drittländer und der International Financial Reporting Standards durch Wertpapieremittenten aus Drittländern bei der Erstellung ihrer konsolidierten Abschlüsse.

schaftskollisionsrecht der Mitgliedstaaten.⁹¹² Bei erstem stellt sich vor allem die Frage nach der Reichweite des Gesellschaftsstatuts, d.h. „unter welchen Voraussetzungen eine juristische Person entsteht, lebt und vergeht“.⁹¹³ Es ist zu überlegen, welches Recht das Gesellschaftsstatut umgibt und daher auf Gesellschaften aus fremden Rechtsordnungen angewendet werden kann.⁹¹⁴ Hinsichtlich der zweiten Problematik müssen die europarechtlichen Vorgaben für die Qualifikation beachtet werden, wenn das Gebot der einheitlichen Anknüpfung gegenüber Gesellschaften aus Mitgliedstaaten und Drittstaaten durchgehalten werden soll. Es erscheint jedoch nicht unmöglich, gegenüber Drittstaaten-Gesellschaften eine Sonderanknüpfung zur Anwendung zu bringen, die im Falle einer Anwendung auf Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.

c) *Sonderankünpfungen bei der Kapitalstruktur*

Nach allgemeiner Ansicht sind die Vorschriften über die Kapitalausstattung der Gesellschaft (Mindestkapital, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung) dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen. Dies hatte bereits das Reichsgericht entschieden,⁹¹⁵ und der Bundesgerichtshof⁹¹⁶ hat diese Auffassung ebenso wie das Schrifttum⁹¹⁷ übernommen. Dieser Einordnung folgt auch der Referentenentwurf in Art. 10 Abs. 2 Nr. 4 EGBGB-E, indem er diese Vorschriften aus dem Bereich der Finanzverfassung dem Gesellschaftsstatut zuordnet. Der kapitalorientierte Gläubigerschutz ist mithin durch die Rechtsordnung zu gewährleisten, in der die Gesellschaft registriert bzw. gegründet worden ist. Es ist zu berücksichtigen, dass die Normen zu dem Kapitalschutz als eine „Kulturleistung ersten Ranges“⁹¹⁸ begriffen werden und damit grundsätzlich einen hohen Stellenwert genießen. Diese hohe Wertschätzung könnte für einen internationalen Geltungswillen in dem Bereich des Kapitalschutzes und somit für eine Sonderanknüpfung sprechen. Falls der Referentenentwurf Gesetz wird, kann der Wertschätzung des Kapitalschutzes nur über eine Sonderankrüpfung Rechnung getragen werden.

912 Fleischer in: Lutter, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 49 (79).

913 BGHZ 25, 134 (144); Kropholler, IPR, § 55 II.

914 Zimmer, ZHR 168 (2004), 355 (366).

915 RGZ 73, 366 (367).

916 BGH, NJW 1991, 1414.

917 Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 616; Staudinger/Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 259; Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 292.

918 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I. 557.

(1) Mindestkapital

Es ist zu untersuchen, inwiefern die Regelungen des Mindestkapitals für eine Sonderanknüpfung in Frage kommen, d.h. inwiefern sie internationalen Geltungswillen besitzen. Da es an einer ausdrücklichen Anordnung der Anwendung der Mindestkapitalsregelungen fehlt, ist der Sinn und Zweck der Regelung zu ermitteln. Zunächst erscheint eine Abspaltung von dem Gesellschaftsstatut für das Mindestkapital nicht sinnvoll, weil damit ein Eingriff in die Organisationsstruktur der ausländischen Gesellschaft verbunden wäre. Mit einer dementsprechenden Sonderanknüpfung wäre die Entscheidung für die Gründungstheorie nahezu irrelevant, weil für eine solche genuin gesellschaftsrechtliche Frage das deutsche Sitzrecht angewandt werden könnte. Zudem hat der EuGH in dem Geltungsbereich des AEUV der Sonderanknüpfung von Vorschriften zu dem Mindestkapital eine klare Absage verteilt, da sie für den Gläubigerschutz aufgrund des Informationsmodells nicht erforderlich seien.⁹¹⁹ Schließlich hat der Europäische Gesetzgeber in der Zweiten Richtlinie nur die AG und die anderen vergleichbaren ausländischen Rechtsformen erfasst.⁹²⁰ Für die genannten Gesellschaftsformen besteht also gemäß Art. 2 ein Mindestkapitalerfordernis in Höhe von 25.000 Europäischen Rechnungseinheiten. Für die GmbH und die vergleichbaren Rechtsformen existiert hingegen keine solche Vorgabe. Dies wollte oder konnte der europäische Gesetzgeber nicht durchsetzen. Deshalb ist eine Sonderanknüpfung für EU-Auslandsgesellschaften, die der GmbH vergleichbar sind, nicht zu halten.

Im Übrigen interessieren sich die Kreditgläubiger eher für die tatsächliche Eigenkapitalquote und nicht für ein gesetzlich fixiertes Mindestkapital oder ein der Satzung entsprechendes Nominalkapital.⁹²¹ Gleichermaßen gilt für Rating-Agenturen, die die Kreditwürdigkeit von Gesellschaften bewerten.⁹²² Der Grund liegt darin, dass das Mindestkapital nur eine geringe Aussagekraft über den Umfang des Haftungsfonds der Gesellschaft hat.⁹²³ Es kann schon durch die Aufnahme der betrieblichen Geschäftstätigkeit bei der Gründung geschmälert oder sogar verbraucht worden sein. Folglich kann das Mindestkapital nur Rechnung ablegen über den Zeitraum bis zu der handelsrechtlichen Eintragung.⁹²⁴ Für den Zeitraum nach der handelsrechtlichen Eintragung bietet das Mindestkapital in der heutigen Höhe keinen Gläubigerschutz.

Vor diesem Hintergrund ist es interessant zu betrachten, in welcher Höhe das Mindestkapital der GmbH ursprünglich bestehen sollte. Im Jahre 1892 ging

919 EuGH Rs. C-167-01 (*Inspire Art*), NJW 2003, 3331 (3334) Rn 135.

920 Art. 1 Richtlinie 77/91/EWG, Abl. Nr. L 026 vom 31/01/1977, S. 0001 – 0013.

921 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B 82.

922 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B 82.

923 U. Hübner, in: FS Canaris II, 129 (136 f.).

924 U. Hübner, in: FS Canaris II, 129 (137); Kallmeyer, GmbHR 2004, 377 (378).

der historische Gesetzgeber davon aus, dass das Mindestkapital 20.000 Goldmark betragen sollte. Diesen Betrag hat der Gesetzgeber im Jahr 1980 von 20.000 DM auf 50.000 DM (seit der Euro-Einführung im Jahr 2002 25.000 €) angehoben. Nunmehr hatte der Gesetzgeber darüber nachgedacht, das Mindestkapital für die GmbH durch das MoMiG generell auf 10.000 € abzusenken. Allerdings hat er diesen Schritt nicht vollzogen. Jedoch hat der Gesetzgeber mit der neuen „Unternehmergeellschaft“ eine Form der GmbH eingeführt, bei der das Mindestkapital nur 1 € betragen kann.⁹²⁵ Allerdings müssen die im Gesellschaftsvertrag festgelegten Nennbeträge der Geschäftsanteile der Gesellschafter (das Stammkapital) nach der Gründung und vor der Anmeldung zum Handelsregister (§ 5a Abs. 2 GmbHG) erbracht werden, damit die Unternehmergeellschaft eingetragen wird. Damit sollen Unternehmensgründungen erleichtert werden.⁹²⁶ Im Laufe der Geschäftstätigkeit soll die Unternehmergeellschaft dann in eine GmbH überführt werden.

Zu der Verdeutlichung dieser Entwicklung ist zu berücksichtigen, dass die Kaufkraft des ursprünglichen Betrags ca. bei der 20-fachen Kaufkraft des heutigen Betrages lag.⁹²⁷ Damit sollte das Mindestkapital eine beträchtliche Summe als Haftungsfonds oder Betriebsvermögensreserve bereitstellen. Die Erhöhung im Jahr 1980 war nicht mehr als „ein sofort verdampfter Tropfen auf den heißen Stein“⁹²⁸, da die Inflation mit dieser Maßnahme nicht einmal ansatzweise ausgeglichen worden war. Mit dem MoMiG reduziert der Gesetzgeber das Mindestkapital, damit die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH in dem europäischen Vergleich gesteigert wird.⁹²⁹ Das MoMiG sieht heute ein Mindestkapital vor, das nominell dem Betrag von 1892 entspricht, ohne dass die Inflation berücksichtigt wäre. Diese Entwicklung zeigt, dass der Gesetzgeber das Mindestkapital nicht mehr als eine tragende Säule des GmbH-Rechtes begreift. Insofern kann eine Sonderanknüpfung nicht in seinem Interesse liegen.

Nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die Literatur⁹³⁰ sehen die abnehmende Bedeutung des Mindestkapitals für den Gläubigerschutz nach dem MoMiG als Reaktion auf den Einfluss der Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU und den damit eröffneten „Wettbewerb der Rechtsordnungen“.⁹³¹ Unter Würdi-

925 Regierungsentwurf MoMiG, S. 56.

926 RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 74; kritisch: Leyendecker, GmbHR 2008, 302, 302 f.

927 Goette, ZGR 2006, 261 (265); Priester, in: R. Schröder, Die GmbH im europäischen Vergleich, 161 (167): „20.000 Goldmark reichten 1892 aus, um zehn Lehrer ein ganzes Jahr zu besolden.“

928 Goette, ZGR 2006, 261 (266).

929 Regierungsentwurf MoMiG, S. 56.

930 Ulmer/Habersack/Winter-Ulmer, GmbHG, Einl. A 7.

931 Vgl. Meyer/Ludwig, GmbHR 2005, 346 ff.: Für die französische Société à Responsabilité Limitée (S.A.R.L.) ist, dass zu ihrer Gründung seit der sog. „Wirtschaftsinitiative“ vom 01.08.2003 – genau wie bei der britischen Ltd – kein gesetzlich vorgeschriebenes Mindeststammkapital verlangt wird, sondern dieses frei durch die Satzung bestimmt werden kann (Art. 35 Loi 1966). Grundsätzlich wäre also eine minimale Kapitalaus-

gung der kollisions- und europarechtlichen sowie rechtspolitischen Implikationen kann eine Sonderanknüpfung auch in dem Verhältnis zu Drittstaaten nicht als sinnvoll erachtet werden, so dass die Geltung des § 5 Abs. 1 GmbHG nicht auf Auslandsgesellschaften erstreckt werden sollte. Die Regelungen zu dem Mindestkapital sind gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.

(2) Kapitalaufbringung

Bei der *Kapitalaufbringung* geht es um die Sicherung der effektiven Zufuhr des Satzungskapitals.⁹³² Das Registergericht muss die Eintragung der Gesellschaft verweigern, falls es begründete Zweifel an der realen Aufbringung des Stammkapitals der Gesellschaft hat. Es geht dabei vornehmlich um die Kontrolle der Werthaltigkeit der Einlagen (§§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 2, 9 GmbHG, § 27 Abs. 1 S. 1 AktG). *Schön* erläutert dies, indem er „das gezeichnete Kapital als kollektives Vertragsangebot“ bezeichnet.⁹³³ Das gezeichnete Kapital sei die „Einführung einer kollektiven Haftungszusage gegenüber aktuellen und künftigen Gläubigern“.⁹³⁴

(a) Konformität mit dem Europarecht

Diese Grundsätze des deutschen Rechts können auf EU-ausländische Kapitalgesellschaften nicht angewendet werden, da eine Sonderanknüpfung die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften übermäßig einschränkt.⁹³⁵ In dem Falle einer Sonderanknüpfung der Kapitalaufbringung muss sich die Gesellschaft an einem Regelungskonstrukt aus verschiedenen Rechtsordnungen orientieren. Ein solches doppeltes Regelungsregime würde die Niederlassungsfreiheit der betroffenen Gesellschaft stärker einschränken als jede Regelung eines einzelnen Mitglied-

stattung der Gesellschaft mit einem Euro möglich. Das vereinbarte Stammkapital ist jedoch zum Schutz der Gläubiger im Gesellschaftsnamen anzugeben.

932 Vgl. *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 5 II 2 m.w.N.; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, C VI 5.

933 *Schön*, Der Konzern 2004, 162 (166); ihm folgend *Ulmer/Habersack/Winter-Behrens*, GmbHG, Einl. B 83.

934 *Schön*, Der Konzern 2004, 162 (166).

935 *Hirte/Bücker-Forsthoff/Schulz*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 16 Rn 33; *Ulmer/Habersack/Winter-Behrens*, GmbHG, Einl. B 83; *Eidenmüller-Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 4 Rn 12 ff.; *Fleischer*, in: *Lutter*, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 49 (114 f.); *Müllert*, Der Konzern 2004, 151.

staates.⁹³⁶ Daher beurteilen sich die Rechtsverhältnisse der betroffenen EU-ausländischen Gesellschaft zwingend nach ihrem Gründungsrecht. Dies ergibt sich daraus, dass es sich bei den Normen betreffend die Aufbringung des gezeichneten Kapitals um solche des Personalstatuts der Auslandsgesellschaft handelt.⁹³⁷ Demnach sind die gleichen Argumente des EuGH wie bei der Verneinung der Anwendbarkeit der deutschen Mindestkapitalvorschriften auf EU-ausländische Gesellschaften heranzuziehen.⁹³⁸

(b) Kollisionsrechtliche Einordnung

Zwar zeigen diese Argumente nur eine Leitlinie für das Verhältnis zu Drittstaaten auf, doch handelt es sich bei der Kapitalaufbringung um eine Kernfrage des Gesellschaftsrechts. Ist in der ausländischen Gesellschaftsrechtsordnung aber ein Stammkapital nicht oder nur in vernachlässigbarer Höhe vorgesehen (z.B. 1 £ bei der britischen Limited), so besteht kein „Bezugspunkt“ für die Anwendung der deutschen Vorschriften über die Kapitalaufbringung.⁹³⁹ Ein internationaler Geltungswille, der für die Annahme einer Sonderanknüpfung notwendig ist, kann infolge dieser an dem nationalen Recht orientierten Konzeption nicht bestehen. Eine Sonderanknüpfung ist somit für ausländische Gesellschaften ohne Mindestkapital abzulehnen.

Dies gilt ebenso für ausländische Gesellschaften, die ein nennenswertes Stammkapital aufweisen, da sich der gesamte Gründungsvorgang einer ausländischen Gesellschaft nach dem Gesellschaftsstatut beurteilt.⁹⁴⁰ Dies trifft auch auf die Gläubigersicht zu. Die Gläubiger können regelmäßig nicht erwarten, dass die Gesellschafter ihre Kapitalerhaltung nach einer anderen Rechtsordnung als dem Gründungsrecht ausrichten. *Behrens* formuliert dies, indem er ausführt, dass die inländischen Gläubiger nicht „hinsichtlich der Kapitalaufbringung von dem Verständnishorizont des jeweiligen inländischen Rechtsverkehrs“ ausgehen können.⁹⁴¹ Deshalb ist eine Sonderanknüpfung aus rechtspolitischen Gründen fragwürdig, weil eine solche Sonderanknüpfung die Entscheidung für die Gründungstheorie durch die Anwendung des Verwaltungssitzrechts in einem zentralen Bereich nivellierte. Vielmehr ist das Kapitalaufbringungsrecht als originärer

936 Ulmer/Habersack/Winter-*Behrens*, GmbHG, Einl. B 83.

937 Eidenmüller-*Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 4 Rn 13.

938 Hirte/Bücker-*Forsthoff/Schulz*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 16 Rn 34.

939 Hirte/Bücker-*Forsthoff/Schulz*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 16 Rn 33.

940 *Fleischer*, in: Lutter, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 49 (114 f.); dies verneint auch *Altmeppen*, NJW 2004, 97 (99 f.) nicht, der ansonsten eine Anwendung deutschen Gläubigerschutzrechtes sehr weit ausdehnt.

941 Ulmer/Habersack/Winter-*Behrens*, GmbHG, Einl. B 83.

Bestandteil des Gründungsrechts nicht auf Auslandsgesellschaften anwendbar.⁹⁴² Der erforderliche internationale Geltungswille besteht also auch nicht für ausländische Gesellschaften mit einer Mindestkapitalisierung. Eine Sonderanknüpfung ist somit abzulehnen. Die Kapitalaufbringungsregeln sind gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.

(3) Kapitalerhaltung

Der folgende Abschnitt setzt sich mit der Frage auseinander, wie die Regeln der Kapitalerhaltung kollisionsrechtlich einzuordnen sind (a), und ob ihre Anwendung auf europäische Auslandsgesellschaften mit dem europäischen Primärrecht in Einklang zu bringen ist (b).

(a) Kollisionsrechtliche Einordnung

Zunächst ordnet dieser Abschnitt die Kapitalerhaltungsregeln kollisionsrechtlich ein. Gleichzeitig untersucht die Arbeit, ob eine Sonderanknüpfung in Frage kommt. Die Regeln der Kapitalerhaltung (§§ 30, 31 GmbHG und § 57 AktG in Übereinstimmung mit Art. 15, 16 Kapitalrichtlinie) versuchen sicherzustellen, dass die Gesellschafter das zugesagte Satzungskapital vor Beendigung der Gesellschaft nicht wieder abziehen.⁹⁴³ Die Gesellschaft soll damit vor einer Unterbilanz durch Vermögensverlagerung und -schwund geschützt werden. Folglich darf die Gesellschaft keine Ausschüttungen an die Gesellschafter vornehmen, durch die das Nettoaktivvermögen die Summe des in der Satzung festgelegten, gezeichneten Kapitals unterschreitet. Rechtsfolge eines solchen Verstoßes gegen diese Ausschüttungssperre ist die Haftung der Gesellschafter auf Rückzahlung an die Gesellschafter gemäß § 31 Abs. 2 GmbHG. Die Regeln über die Kapitalerhaltung dienen also dem Interesse der Gläubiger, indem sie abstrakt-präventiv den Abzug von Gesellschaftsmitteln verhindern sollen. Sie wirken damit in dem Vorfeld der Insolvenz für die Absicherung der Gläubigerbefriedigung.⁹⁴⁴

Die Kapitalerhaltungsregeln zählen – wie bereits dargestellt⁹⁴⁵ – zu dem Gesellschaftsstatut. Sie sind damit Teil des genuinen Gesellschaftsrechts⁹⁴⁶ und stehen in engem Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung, die auch Teil des

942 Fischer, ZIP 2004, 1477 (1479).

943 Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, § 5 II 3.

944 Süß/Wachter-Kienle, Handbuch des Int. GmbH-Rechts, Rn 167.

945 Dazu Zweiter Teil, § 3, B., II., 1., b), (3).

946 Röhricht, ZIP 2005, 505 (511).

Gesellschaftsstatuts und keiner Sonderanknüpfung zugänglich ist. Allerdings stellen die Vorschriften zur Kapitalerhaltung auf das konkrete, satzungsmäßige Stammkapital und somit auf den konkreten Finanzierungsbedarf ab.⁹⁴⁷ Der Ersatzanspruch der Gesellschaft ist nach § 30 Abs. 1 GmbHG nicht auf die Wiederherstellung des satzungsmäßigen Kapitals beschränkt, sondern bezieht auch eine mögliche Überschuldung mit ein.⁹⁴⁸ Sofern demnach eine Ausschüttung in entsprechender Höhe erfolgt ist, richtet sich der Anspruch auf Beseitigung der Überschuldung.⁹⁴⁹ Aufgrund des Bezuges zu einer konkreten Überschuldung wirft dies ein anderes Licht auf den Charakter der Kapitalerhaltungsvorschriften. Der Schwerpunkt der Regelung liegt somit weniger auf dem abstrakt-präventiven Schutz des Stammkapitals als auf der Beseitigung eines konkreten Vermögensentzuges zu Lasten der zu der Befriedigung der Gläubiger benötigten Vermögensmasse.⁹⁵⁰ Somit besteht eine gewisse Nähe zu den Tatbeständen der Insolvenzanfechtung.⁹⁵¹ Jedoch betreffen die Regeln unmittelbar nur das Innenverhältnis der Gesellschaft zwischen Gesellschafter und Gesellschaft. Ein Indiz gegen eine insolvenzrechtliche Qualifikation ist die Normierung im GmbHG. Entscheidend gegen eine Einordnung in das Insolvenzstatut spricht, dass es sich um eine Frage der Finanzverfassung bzw. der Kapitalstruktur handelt.

Ein Ausklammern dieser Ausschüttungssperren wäre ein Widerspruch zu der Liberalität der Gründungstheorie, da einer der Kernbereiche des Gesellschaftsrechtes nicht der Regelanknüpfung des Gesellschaftsstatuts unterworfen wäre. Ihrer Funktion nach soll die Gesellschaft (und ihre Gläubiger) vor dem Abzug von Gesellschaftsvermögen geschützt werden, vor allem in dem Hinblick auf eine mögliche spätere Insolvenz.⁹⁵² Mithin sind die Regeln zur Kapitalerhaltung gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren. Im Übrigen hängen – wie bereits angeführt – die Regeln der Kapitalerhaltung eng mit denen der Kapitalaufbringung zusammen. Letztere besitzen keinen internationalen Geltungswillen, so dass auch für die ersten ein solcher Willen nicht zu vermuten ist. Eine Sonderanknüpfung für die Regeln der Kapitalerhaltung scheidet also aus.

947 Süß/Wachter-Kienle, Handbuch des Int. GmbH-Rechts, Rn 169.

948 BGH, ZIP 1990, 451; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S.1135 f.

949 Altmeppen, NJW 2004, 97 (102).

950 Röhricht, ZIP 2005, 505 (512).

951 Süß/Wachter-Kienle, Handbuch des Int. GmbH-Rechts, Rn 169; Röhricht, ZIP 2005, 505 (512).

952 Schön, Der Konzern 2004, 162 (168).

(b) Konformität mit dem Europarecht

Des Weiteren ist zu überlegen, inwiefern die Anwendung des deutschen Kapitalerhaltungsrechts auf EU-Auslandsgesellschaften zulässig wäre. Eine solche käme jedoch nur dann in Betracht, wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – die Möglichkeit einer Sonderanknüpfung bejaht. Da die Regeln über die Kapitalerhaltung schon während der Entstehung der Gesellschaft gelten, betreffen sie Art und Weise der Kapitalzufuhr. Sie beeinträchtigen damit für EU-Auslandsgesellschaften den Zugang zu dem nationalen Markt und stellen daher eine Marktzugangsbeschränkung dar.⁹⁵³

Eine Auffassung erachtet die Anwendung des Verwaltungssitzrechtes auf Ausschüttungssperren als mit der Niederlassungsfreiheit konform.⁹⁵⁴ Zwar unterfielen Ausschüttungssperren dem Gesellschaftsstatut, aber die Niederlassungsfreiheit habe keinen Einfluss auf die Anwendung des Gründungsrechts. Daher gelte das „Gesellschaftsstatut II“, d.h. das Recht an dem Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes.⁹⁵⁵ Die Ausschüttungssperren als „Verbot der Aneignung fremden Vermögens“⁹⁵⁶ seien dem allgemeinen Verkehrsrecht zuzuordnen. Dies ergebe sich daraus, dass die Ausschüttungssperre keinen Einfluss auf die Kapitalstruktur der Gesellschaft als Marktzutrittssperre habe, sondern lediglich auf das Verhalten der Gesellschafter und Geschäftsleiter nach Errichtung der Gesellschaft und Marktzutritt in dem Verwaltungssitzstaat.⁹⁵⁷

Jedoch übersieht diese Auffassung, dass die Ausschüttungssperren entscheidenden Einfluss auf die Kapitalstruktur haben, da sie gerade der Kapitalerhaltung dienen. Zudem endet die Geltung der Niederlassungsfreiheit nicht nach der Gründung; vielmehr besteht sie auch während des „Lebens“ der Gesellschaft fort.⁹⁵⁸ Wendet man die §§ 30, 31 GmbHG auf die im Inland tätigen Auslandsgesellschaften, greift dies „in den besonders sensiblen Bereich der Finanz- und Haftungsverfassung ein, der in dem Kalkül der Gesellschaftsgründer eine große

953 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B Rn 84; Fleischer, in: Lutter, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 115 ff.; Eidenmüller-Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 3 Rn 8, 17, § 4 Rn 29 ff.; Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159 (181); Sandrock, ZVglRWiss 102 (2003), 447 (473 ff.).

954 Altmeppen, NJW 1004, 97 (102); Altmeppen/Wilhelm, DB 2004, 1083 (1088 ff.); Bitter, WM 2004, 2190 (2195); MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 617.

955 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 617.

956 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 617; Bitter, WM 2004, 2190 (2195).

957 Bitter, WM 2004, 2190 (2195).

958 EuGH, NJW 2003, 3331 (3333).

Rolle spielt.“⁹⁵⁹ Die Ausübung der Niederlassungsfreiheit wäre damit eingeschränkt. Dies zeigt auch die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Inspire Art*, wonach der Gewährleistungsgehalt der Art. 49, 54 AEUV auch über dem Gründungszeitraum hinaus Geltung beansprucht.⁹⁶⁰ Der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften innerhalb der EU wäre unvollständig, wenn sie ihren Schutz nur in dem Zeitpunkt der Gründung entfalten würde. Hinzu kommt, dass selbst wenn man die Ausschüttungssperren als allgemeines Verkehrsrecht begreift, dies nicht dazu führt, dass die Schutzwirkung der Niederlassungsfreiheit somit umgehbar sei. Auch allgemeines Verkehrsrecht kann die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in dem Geltungsbereich des AEUV beschränken. An diesem Befund kann auch eine Modifikation der Qualifikation nichts ändern.

Eine Rechtfertigung der Anwendung der deutschen Kapitalerhaltungsvorschriften auf EU-Auslandsgesellschaften ist abzulehnen. Eine solche Sonderanknüpfung scheitert an der mangelnden Erforderlichkeit, weil auch andere Gesellschaftsrechtsordnungen Ausschüttungssperren in Bezug auf das gezeichnete Kapital kennen. Es besteht ein Anwendungsvorrang des gläubigerschützenden Gründungsrechtes, so dass eine Anwendung der deutschen Kapitalerhaltungsregeln mangels Schutzdefizits ausscheidet. Gegen opportunistisches Verhalten der Gesellschafter muss jede Gesellschaftsrechtsordnung die Gläubiger schützen. Dies funktioniert in dem Bereich der Kapitalerhaltung, indem sie die Abführung von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter oder andere nahe Dritte untersagt.⁹⁶¹ Wie *Fleischer* aufzeigt, gibt es Ausschüttungssperren sowohl in dem britischen Recht der Limited als auch bei der *close corporation* aus Delaware.⁹⁶² Die Tatsache, dass beide Rechtsordnungen kein Mindestkapital benötigen, zeigt, dass die Erhaltung des nominellen Kapitals unabhängig von der Frage nach einem gesetzlichen Mindestkapital zu beurteilen ist. In dem Unterschied zu der deutschen Rechtsordnung lösen viele andere kontinental-europäische Rechtsordnungen wie Dänemark, Frankreich, Italien oder Spanien dieses Problem, indem sie bei „erheblichen Kapitalverlusten“ die Gesellschafter gesetzlich verpflichten, der Gesellschaft entweder neues Kapital zuzuführen oder sie zu liquidieren.⁹⁶³ In den USA hingegen richtet sich der Gläubigerschutz nicht nach der Kapitalbindung des gezeichneten Kapitals, sondern stellt auf den sog. *insolvency test* (zu Deutsch: Solvenztest) ab, der die Überschuldung der Gesellschaft infolge von Verlusten und Ausschüttungen bewertet. Dies sind zwar in dem Vergleich zu dem deutschen Recht unterschiedliche Methoden, aber sie dienen alle einem funktional gleichen Ziel. Hinter allen Ausschüttungssperren steht der Gedanke

959 *Fleischer*, in: Lutter, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 49 (117).

960 EuGH NJW 2003, 3331 (3334).

961 *Müller*, Der Konzern 2004, 151 (159).

962 *Fleischer*, in Lutter: Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 58 ff. (UK) und 70 ff. (Delaware).

963 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHHG, Einl. B 84.

des kollektiven Haftungsversprechens der Gesellschafter an die Gläubiger. Der Haftungsfonds der Gesellschaft soll nicht durch Verluste bis zu einem bestimmten Wert oder Vermögensverlagerungen zu dem Vorteil der Gesellschafter reduziert werden.⁹⁶⁴

Forsthoff und Schulz weisen ferner darauf hin, dass die parallele Anwendung zweier Kapitalerhaltungssysteme auf eine Gesellschaft zu einem unverständlichen „Normenmix“ führt, so dass für die Gesellschaft und ihre *Stakeholder* keinerlei Rechtssicherheit mehr bestehe.⁹⁶⁵ Die Gesellschaft braucht vielmehr ein einheitliches Personalstatut. Andernfalls wäre der Identitätsschutz⁹⁶⁶, der der Gesellschaft innerhalb der EU nach Art. 49, 54 AEUV zukommt, verletzt. Die durch das Gründungsrecht fixierte Identität der Gesellschaft wäre damit nicht mehr gewahrt. Stattdessen kommt als Schutzmechanismus für die Gläubiger EU-ausländischer Gesellschaften nach dem europäischen Informationsmodell die Publizität in Betracht. Beispielsweise müssen gemäß § 13g Abs. 3 und 4 HGB Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften in Deutschland die Höhe ihres Stammkapitals angeben und bekanntmachen. Damit schützt die Publizität den (vertraglichen) Gläubiger.

Ein weiteres, grundsätzliches Problem einer eventuellen Abnabelung der Anknüpfung der Kapitalerhaltung von der Regelanknüpfung besteht darin, dass die Ausschüttungssperren regelmäßig durch eine Unterbilanz ausgelöst werden. Die Rechtmäßigkeit von Ausschüttungen ist also in den meisten Rechtsordnungen eng mit den Bilanzierungsvorschriften verknüpft. Die Bilanzierungsvorschriften beurteilen sich grundsätzlich nach dem Gründungsrecht. Daher muss sich auch der Kapitalschutz nach dem Gründungsrecht richten. Dies überzeugt auch unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes. Die Gläubiger einer ausländischen Gesellschaft können nicht ernsthaft erwarten, dass die Gesellschafter weitere Anforderungen an ihr Finanzierungsverhalten beachten als diejenigen, die ihnen ihr Heimatrecht auferlegt. Es spricht daher Einiges für eine Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut nach dem Gründungsrecht.⁹⁶⁷

Jedoch stellt dies für die Regelung gegenüber Drittstaaten-Gesellschaften nur eine Vorgabe dar, wenn das Gebot einer einheitlichen Anknüpfung verfolgt wird. Doch auch für die Kapitalerhaltung gilt: In dem Falle der Anwendung der Gründungstheorie kann eine Sonderanknüpfung auch in dem Bereich der Kapitalerhaltung nicht in Frage kommen. Dies würde die Entscheidung für die Gründungstheorie konterkarieren, falls man in einem solch zentralen Bereich des Ge-

964 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B 84.

965 Hirte/Bücker-*Forsthoff/Schulz*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 15 Rn 37.

966 Hirte/Bücker-*Forsthoff*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 2 Rn 40.

967 U. Huber, in: Lutter, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 131 (151); Lutter/Hommelhoff-Lutter/Bayer, GmbHG, § 4a Rn 17; Eidenmüller-Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 4 Rn 12 ff.; Hirte/Bücker-*Forsthoff/Schulz*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 15 Rn 28 ff.; Mülbert, Der Konzern 2004, 151; Sandrock, ZVglRWiss 102 (2003), 447 (473 ff.).

sellschaftsrechts das „Gesellschaftsstatut II“ in Form des Rechts an dem Ort des Verwaltungssitzes anwendet. Treffend drückt dies *Schön* aus: „Die Regeln über die Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftskapitals kontrollieren nur die Verlagerung von Vermögenswerten zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft, sie beeinflussen nicht den betriebswirtschaftlichen Erfolg oder Misserfolg einer Unternehmung und entscheiden noch nicht einmal über die rechtzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens.“⁹⁶⁸ Es handelt sich also um die Kernnormen eines Gesellschaftsrechts, sei es kontinental-europäischen oder anglo-amerikanischen Zuschnitts. Die Normen des Gesellschaftsstatus mittels modifizierter Qualifikation oder einer Sonderanknüpfung deutschen Sitzrechts zur Anwendung zu bringen, wäre unter kollisionsrechtlich dogmatischen Kriterien nicht opportun. Eine Sonderanknüpfung ist daher für den Bereich der Kapitalerhaltung abzulehnen.

(4) Ausnahme Gesellschafterdarlehen?

Nachdem in der Vergangenheit die Qualifikation der Regeln zu dem Eigenkapitalersatzrecht extrem umstritten war, hat sich nun der Gesetzgeber des Eigenkapitalersatzrechts angenommen: Ausweislich des Regierungsentwurfs zum MoMiG wird es dem Gesetz nach keine eigenkapitalersetzen Darlehen mehr geben.⁹⁶⁹ Die Darlehen von Gesellschaftern an die Gesellschaft werden somit zukünftig nicht mehr wie haftendes Eigenkapital behandelt; gleichzeitig wird auf das Merkmal „Krise“ verzichtet. Die starke finanzverfassungsrechtliche Akzentuierung des Eigenkapitals wird somit aus der Regelung herausgenommen. Nach neuem Recht werden folglich alle Gesellschafterdarlehen ohne Rücksicht auf die finanzielle Lage der Gesellschaft behandelt. Sämtliche Gesellschafterdarlehen werden – unabhängig von dem Zeitpunkt ihrer Auszahlung – in einer Insolvenz der GmbH gegenüber anderen Gläubigerforderungen nachrangig eingeordnet, vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Durch diese rechtsformneutrale Kodifikation schafft der Gesetzgeber einheitliche Rechtsfolgen für alle Gesellschaftsformen, bei denen es keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter gibt (§ 39 Abs. 4 S. 1 InsO). Dies ist ein ausdrückliches Regelungsziel des MoMiG.⁹⁷⁰

968 *Schön*, Der Konzern 2004, 162 (165).

969 ReGe MoMiG, S. 95; *Gehrlein*, BB 2008, 846 (848); *K. Schmidt*, ZIP 2006, 1925 (1930).

970 RefE MoMiG, S. 83. Das ist ein ausdrückliches Regelungsziel; vgl. Allg. Begr. RefE, S. 35; Begr. zu Art. 9 Nr. 4 lit. b) RefE, S. 83 unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 EulnsVO.

(a) Kollisionsrechtliche Einordnung

Zunächst werden die Regeln zu den Gesellschafterdarlehen kollisionsrechtlich eingeordnet und die Möglichkeiten für eine Sonderanknüpfung untersucht.⁹⁷¹ Die Neuerungen des MoMiG in diesem Bereich sind unter kollisionsrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich zu begrüßen, da sie die komplizierten Überlegungen zu der unterschiedlichen Anknüpfung von Rechtsprechungs- und Novellenregeln⁹⁷² obsolet werden lassen. Es entfällt deshalb die bei den Novellenregeln nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO relevante Vorfrage, wann ein Darlehen „eigenkapitalersetzend“ ist.⁹⁷³ Damit stellt sich nach dem MoMiG nur die insolvenzrechtlich anzuknüpfende Frage nach dem Rang der Gesellschafterforderung. Mithin behandelt die InsO den generellen Nachrang der Gesellschafterdarlehen im Insolvenzverfahren als Gegenstück oder Ergänzung der Haftungsbeschränkung behandelt und nicht mehr als Ausgleich der Finanzierungsverantwortung begriffen.⁹⁷⁴ Damit ist das Regelungsbedürfnis für Gesellschafterdarlehen innerhalb des GmbH-Rechts mit der Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts entfallen, weil Darlehen zukünftig unter keinen Umständen dem Stammkapital gleichgestellt werden können.⁹⁷⁵ § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO erschöpft sich demnach in der Anordnung des Nachrangs. Im Gegensatz zu der alten Rechtslage werden die Geschäftsführer vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Rückzahlung des Darlehens nicht mehr gemäß § 30 GmbHG analog verweigern werden können.⁹⁷⁶ Zwar geht mit dieser Regelung eine Einschränkung der Gläubigerinteressen einher, aber der Regierungsentwurf des MoMiG erweitert die Haftung der Geschäftsführer für die Fälle, in denen die Begleichung des Darlehens die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auslösen würde. Nach § 64 S. 3 GmbHG haftet der Geschäftsführer für die Insolvenzverursachung, so dass er die mögliche Rückzahlung des Darlehens an den Gesellschafter ablehnen muss. Der neue § 64 S. 3 GmbHG ist somit

971 Die Unterordnung der Gesellschafterdarlehen ist auch anderen Rechtsordnungen nicht unbekannt. *Fleischer* (*Fleischer*, in: Lutter, Ausländische Kapitalgesellschaften in Deutschland, 49 (73 f.); *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (318).) weist beispielsweise auf die *equitable subordination* gemäß 11 USC § 510 (1) (c) (US-amerikanisches Bundesrecht) hin. Nach *Windbichler/Krolop* (*Windbichler/Krolop*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, Rn 85) findet sich eine solche Regelung in anderen europäischen Rechtsordnungen hingegen nicht.

972 Überblick zum alten Recht bei Süß/Wachter-Kienle, Handbuch des Int. GmbH-Rechts, Rn 172 ff.; zu der Neuregelung, Bork ZGR 2007, 250 ff.

973 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B 86 differenzierte zwischen der Frage des Rangs der Gesellschafterforderung in der Insolvenz und der Vorfrage, ob ein kapitalersetzendes Darlehen des Gesellschafters an die Gesellschaft vorlag. Erstere sei insolvenzrechtlich zu qualifizieren, letztere gesellschaftsrechtlich.

974 *Habersack*, ZIP 2007, 2145 (2148).

975 *Gehrlein*, BB 2008, 846 (848).

976 RegE MoMiG, S. 95. Die Rechtsprechungsregeln werden durch das MoMiG abgeschafft.

ein Beispiel für die Verlagerung des Gläubigerschutzes auf ex-post-Maßnahmen, so dass das Augenmerk vermehrt auf verhaltensbezogene Pflichten in der Krise liegt. Dies führt zu einer Flexibilisierung der Handlungsmöglichkeiten der Geschäftsführung und der Gesellschafter, wobei aber der Gläubigerschutz nicht vernachlässigt werden soll. Ergänzt wird die Anordnung des Nachrangs nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO durch § 135 InsO. Danach unterliegen Rückzahlungen der Gesellschaft auf Forderungen dieser Art der Anfechtung. § 135 InsO verdrängt also § 31 GmbHG a.F., der bisher die Grundlage für die Rückgewährung des Darlehens darstellte, wenn ein Darlehen in der Krise zurückgezahlt worden ist.⁹⁷⁷

Es gibt also kein Recht der eigenkapitalersetzenden Darlehen mehr. Bei den Nachfolgeregelungen der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO handelt es sich um genuin insolvenzrechtliche Regelungen, da sie mit dem Nachrang von bestimmten Forderungen in der Insolvenz ein insolvenzrechtliches Problem behandeln.⁹⁷⁸ Sinn der Regelung ist es, den außenstehenden Gläubigern, die der Gesellschaft ein Darlehen gewährt haben, bei der Verteilung der Insolvenzmasse den Vorrang zu geben. Der Nachrang der Gesellschafterforderungen und die Anfechtungsmöglichkeiten schützen damit das Vertrauen der Gläubiger, das sie der Gesellschaft entgegengebracht haben.

Der Gesetzgeber gibt die Anwendbarkeit der Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen auf Auslandsgesellschaften als eines der Regelungsziele des MoMiG an.⁹⁷⁹ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers unterliegen sowohl EU-Auslandsgesellschaften als auch solche aus Drittstaaten den neuen Regeln zu den Gesellschafterdarlehen vor und während der Insolvenz. Damit ordnet der Gesetzgeber die Gesellschafterdarlehen dem Insolvenzstatut zu, die zu der Anwendung deutschen Insolvenzrechts führt. Diese legislative Maßnahme erinnert an einen Fall des sog. „Heimwärtsstrebens“⁹⁸⁰. Dies entspricht auch der Einordnung nach dem Referentenentwurf, der die Rückzahlungsansprüche von Gesellschaftern aus Darlehen dem Insolvenzstatut zuordnet.⁹⁸¹ Eine Sonderanknüpfung ist angesichts der insolvenzrechtlichen Qualifikation nicht notwendig, da die Regelanknüpfung bereits zu dem Ziel der Sonderanknüpfung (Anwendung deut-

977 K. Schmidt, ZIP 2006, 1925 (1929); gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Eröffnungsantrag für ein Darlehen oder eine gleichgestellte Forderung des Gesellschafters Sicherung gewährt hat; gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, wenn dadurch dem Gesellschafter in dem letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag Befriedigung gewährt wird.

978 So zu der alten Rechtslage: U. Huber, in: Lutter, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 131 (173).

979 RefE MoMiG, 83.

980 Seit Nussbaum, Deutsches IPR, S. 43 bezeichnet man als „Heimwärtsstreben“ die Tendenz von Gerichten und Autoren, möglichst häufig zu der Anwendung des einheimischen Rechts, d.h. der *lex fori* zu kommen. Dieses Phänomen steht in hohem Maße in Konflikt mit dem Interesse an dem internationalen Entscheidungseinklang.

981 RefE, Internationales Gesellschaftsrecht, 11.

schen Rechts) gelangt. Es fragt sich jedoch, ob diese Qualifikation der Gesellschafterdarlehen keine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften ist, da sie eine Regelung an einer sensiblen Schnittstelle von Gesellschafts- und Insolvenzrecht trifft.

(b) Konformität mit dem Europarecht

Es ist zu überlegen, ob die Anwendung der insolvenzrechtlichen Regeln über die Gesellschafterdarlehen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV beschränkt. Nach den alten Regeln sprach sich eine große Mehrheit dafür aus, dass die Anwendung der Rechtsprechungsregeln der eigenkapitalersetzen Darlehen nach den §§ 30, 31 GmbHG gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.⁹⁸² Für die Novellenregeln der §§ 32a, b GmbHG a.F. ist es hingegen umstritten, ob ihre Anwendung auf Auslandsgesellschaften die Niederlassungsfreiheit beschränkt.⁹⁸³ In den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* findet sich keine Ausführung zu dem Insolvenzrecht, sondern nur zu dem Gesellschaftsrecht.⁹⁸⁴ Es wäre auch verwunderlich, wenn die Anwendung deutschen Insolvenzrechts bei Eröffnung des inländischen Insolvenzverfahrens eine illegitime Beschränkung der Niederlassungsfreiheit enthielte. Ein solches Verständnis der Niederlassungsfreiheit hätte zur Folge, dass die EuInsVO primär rechtswidriges Sekundärrecht darstellen würde und geriete daher mit der integrationsfördernden Zielsetzung der EuInsVO in Konflikt.⁹⁸⁵ Durch die Zuordnung zu der InsO nutzt der Gesetzgeber vielmehr die Verweisung der EuInsVO in Art. 4 EuInsVO, die das Insolvenzrecht an dem COMI⁹⁸⁶ zur Anwendung bringt.

982 Eidenmüller-Eidenmüller, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 9 Rn 41 ff.; Eidenmüller/Rehm, ZGR 2005, 159 (181); Hirte/Bücker-Forsthoff/Schulz, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 16 Rn 43; Müller, NZG 2003, 414 (417); Sandrock, ZVglRWiss 2003, 447 (473 ff.); Zimmer, NJW 2003, 3585 (3589); a.A. Altmeppen, NJW 2004, 97 (103); Weller, DStR 2003 1800 (1804); differenzierend Ulmer, NJW 2004, 1201 (1207).

983 Für Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften: U. Huber, in: Lutter, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 160-206; Lanzius, Sonderanknüpfungen, 248-261; MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 735 ff.; Wienberg/Sommer, NZI 2005, 353 (357); Zöllner, GmbHR 2006, 1 (6); a.A. Eidenmüller-Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 9 Rn 41-44; Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl B 86 f.

984 U. Huber, in: Lutter, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 131 (173); Ulmer, NJW 2004, 1201 (1207).

985 Ulmer, NJW 2004, 1201 (1207). Daher spricht er auch von einem „sicheren Hafen“.

986 Mit dem COMI gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO bezeichnet man den centre of main interest, d.h. den tatsächlichen Interessenschwerpunkt der betroffenen juristischen Person.

U. Huber hebt hervor, dass die Niederlassungsfreiheit der betroffenen ausländischen Gesellschaft nicht betroffen sei. Für juristische Personen könne nichts anderes gelten als für natürliche.⁹⁸⁷ Ziehe eine natürliche Person von einem Mitgliedstaat in einen anderen, begründe sie an dem neuen Wohnsitz nach § 2 Abs. 1 EuGVVO einen neuen allgemeinen Gerichtsstand. Daher gelte für sie dann auch das dortige Zivilprozess-, und Insolvenzrecht. Die Freiheit, sich in dem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, wird dadurch nicht berührt. Ein Grund für die Differenzierung von natürlichen und juristischen Personen ist nicht ersichtlich.

Nimmt man hingegen an, dass die Niederlassungsfreiheit beschränkt sei, stellt sich die Frage nach einem Eingriff. Die Neuregelung betrifft den Marktaustritt, da sie nur bei einem solchen zur Anwendung kommt.⁹⁸⁸ Zu diesem Zeitpunkt, sind auch die Interessen der Gläubiger der insolventen Gesellschaft zu berücksichtigen und zu schützen. Es lässt sich schon an einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit zweifeln. Soweit man einen Eingriff dennoch bejaht, weil die Subordination von Gesellschafterdarlehen nachhaltig die Finanzverfassung, vor allem die Finanzierungsmöglichkeiten der Gesellschaft berühre,⁹⁸⁹ wäre bei einer etwaigen Prüfung der Rechtfertigung der Beschränkung der „Vier-Faktoren“-Test heranzuziehen. Als zwingenden Grund des Allgemeinwohls wäre hier der Gläubigerschutz zu berücksichtigen. Die §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO schützen ebenfalls die „gerechte Verteilung des Gesellschaftsvermögens zwischen den verschiedenen Gläubigergruppen“. Dabei wird auf die fehlende Erforderlichkeit aufgrund des Informationsmodells verwiesen.⁹⁹⁰ Allerdings räumen selbst Verfechter dieser Auffassung Defizite des Informationsmodells in Bezug auf unfreiwillige, d.h. gesetzliche Gläubiger ein.⁹⁹¹ An dieser Stelle setzt der Schutz durch die §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO an, der den deliktsrechtlichen Gläubigern zumindest einen Vorrang vor den Gesellschaftern als Gläubigern einräumt. Es liegt deshalb nicht fern, diese insolvenzrechtlichen Regelungen als notwendige bzw. erforderliche Ergänzung des Gläubigerschutzes durch das Informationsmodell anzusehen. Zudem weist *U. Huber* zu Recht darauf hin, dass eine unbeschränkte Gesellschafter- oder auch Geschäftsführerhaftung eine schärfere Sanktion darstellen würde.⁹⁹² Eine Rechtfertigung ist demnach, selbst wenn man einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit bejaht, nicht ausgeschlossen.

987 U. Huber, in: Lutter, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 131 (186 f.).

988 So zum Eigenkapitalersatzrecht: Wienberg/Sommer, NZI 2005, 353 (357).

989 Eidenmüller, RabelsZ 2006, 474 (493).

990 Vgl. Eidenmüller-Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 9 Rn 44.

991 Eidenmüller-Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 3 Rn 39.

992 U. Huber, in: Lutter, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 131 (188); Borges, ZIP 2004, 733 (743).

(c) Ergebnis

Bis zu einer anders lautenden Entscheidung des EuGH spricht alles dafür, die insolvenzrechtlichen Regeln über die Gesellschafterdarlehen auf Auslandsgesellschaften aus dem europäischen Rechtsraum wie auch auf Gesellschaften aus Drittstaaten anzuwenden. Es bleibt festzuhalten, dass es sich hier nicht um eine Sonderanknüpfung handelt, die bewusst von der Regelanknüpfung abweicht. Vielmehr handelt es sich um die regelmäßige Anknüpfung der Gesellschafterdarlehen im Internationalen Gesellschaftsrecht. Im Gegensatz zu den anderen Fragen der Kapitalstruktur spricht einiges dafür, die Gesellschafterdarlehen entsprechend dem MoMiG nicht mehr gesellschaftsrechtlich, sondern insolvenzrechtlich zu qualifizieren.

d) Sonderanknüpfung bei der Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer

Im Folgenden gilt es zu prüfen, inwiefern Sonderanknüpfungen für eine Haftung von Gesellschaftern oder Geschäftsführern in Betracht kommen. Wie bereits angedeutet,⁹⁹³ kann eine Haftung beider Personengruppen nur in Erwägung gezogen werden, sofern ein Ausnahmefall, d.h. ein persönliches Fehlverhalten in Betracht kommt. Bei einer ausufernden Ausgestaltung entsprechender Haftungstatbestände wäre andernfalls das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip aufgehoben. Gleichzeitig gilt es, persönliches Fehlverhalten in dem Interesse der Rechtssicherheit mit konsequenteren und realisierbaren Haftungsanordnungen zu sanktionieren bzw. bereits in dem Vorfeld zu steuern. Dies gilt sowohl für inländische als auch für ausländische Gesellschaften. Dies geschieht entweder durch eine Aufhebung des Trennungsprinzips oder durch eine Haftung aufgrund eigenständiger deliktsrechtlicher Haftungsnormen. Ob Gesellschafter und Geschäftsleiter ausländischer Gesellschaften den deutschen Haftungstatbeständen unterliegen, bedarf der Untersuchung der einzelnen Haftungstatbestände. Zunächst soll auf die Gesellschafterhaftung eingegangen werden, anschließend auf die mögliche Haftung der Geschäftsführer.

993 Dazu Zweiter Teil, § 3, B., II., 1., b), (5).

(1) Haftung des Gesellschafters wegen Existenz vernichtenden Eingriffs

Mit tief greifenden Auswirkungen auf die Behandlung von Auslandsgesellschaften ist in dem Bereich der Haftung wegen Existenz vernichtenden Eingriffs die *Trihotel*-Entscheidung des BGH gewesen.⁹⁹⁴ In dieser Entscheidung hat der BGH das Haftungskonzept des existenzvernichtenden Eingriffs in wesentlichen Punkten geändert und auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt. Der BGH ordnet den Existenz vernichtenden Eingriff nunmehr als besondere Fallgruppe der deliktsrechtlichen Schadensersatzhaftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB ein. Die sittenwidrige Schädigung liegt in der planmäßigen Entziehung von Gesellschaftsvermögen, dessen vorrangiger Zweck die Gläubigerbefriedigung ist. Dieser Entzug von Gesellschaftsvermögen führt zu der Insolvenz der Gesellschaft. Infolge der Konstruktion als deliktsrechtliche Innenhaftung⁹⁹⁵ gibt der BGH das alte Konzept einer Außenhaftung durch Durchgriff auf. Rechtspolitisch ist das Urteil von besonderer Relevanz, weil es die Gesellschafter doppelt abschirmt: gegenüber „klagefreundlichen“ Gläubigern nach außen über die dogmatische Konstruktion als Innenhaftung und nach innen, d.h. gegenüber der Gesellschaft über die hohen Hürden des § 826 BGB.⁹⁹⁶ Der BGH stützt sich in seiner Argumentation auf die Notwendigkeit einer Ergänzung des gesetzlichen Kapitalschutzsystems der §§ 30, 31 GmbHG.⁹⁹⁷ Gerade für die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB auf Auslandsgesellschaften hat dieses Urteil des BGH ein großes Echo hervorgerufen.⁹⁹⁸ Es stellt sich auch bei der Beurteilung der neuen Ausrichtung der Existenzvernichtungshaftung die Fragen nach der international-privatrechtlichen Qualifikation sowie nach der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit.

(a) Kollisionsrechtliche Einordnung

Zunächst soll die Existenzvernichtungshaftung in ihrer Ausprägung nach dem *Trihotel*-Urteil des BGH kollisionsrechtlich eingeordnet werden. Falls eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation naheliegen sollte, werden die Möglichkeiten für eine Sonderanknüpfung untersucht.

994 BGH, NJW 2007, 2689; vgl. Zweiter Teil, § 3. B., II., 1., b), (5), (e).

995 Dauner-Lieb, ZGR 2008, 34 ff.

996 Dauner-Lieb, ZGR 2008, 34 (36); Weller, ZIP 2007, 1681.

997 BGH, DStR 2007, 1586 Tz. 19.

998 Altmeppen, NJW 2007, 2657 ff.; Gehrlein, WM 2008, 761 ff.; Habersack, ZGR 2008, 533 ff.; Hönn, WM 2008, 769 ff.; Lieder, DZWR 2008, 145 ff.; M. Schwab, ZIP 2008, 341 ff.; Schanze, NZG 2007, 681 ff.; Vetter, BB 2007, 1965 ff.; Weller, ZIP 2007, 1681 ff.

Auf der Qualifikationsebene kommen drei Statute in Betracht. In Frage kommt neben einer gesellschaftsrechtlichen, eine delikts- oder eine insolvenzrechtliche Qualifikation. Da die Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter konstruiert ist, wäre eine Einordnung in das Gesellschaftsstatut zu erwägen.⁹⁹⁹ Dafür spricht der dogmatische Ansatz, die Haftung als notwenige Ergänzung der §§ 30, 31 GmbHG zu begreifen.¹⁰⁰⁰ Nach Ansicht des BGH ergibt sich die Notwendigkeit einer neuen Fallgruppe des § 826 BGB aus den unzureichenden gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzvorschriften.¹⁰⁰¹ Diese Überlegung ist insofern folgerichtig, als die Bindung des Gesellschaftsvermögen als Schutzobjekt¹⁰⁰² der Innenhaftung zwar in dem Interesse der Gläubiger besteht, aber deren Interesse durch das Gesellschaftsvermögen nur mittelbar geschützt wird. Über die §§ 30, 31 GmbHG werden die Gläubiger auch nur per Reflex geschützt, so dass nur eine Ausgleichshaftung in dem Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft in Betracht kommt. Gerade die Beschränkung auf das Innenverhältnis und der damit verbundene Ausschluss des Gläubigers aus der Position des Anspruchstellers, sprechen für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation. Es ist des Weiteren zu berücksichtigen, dass die Wertungen, die für Beurteilung der Sittenwidrigkeit des Handelns des Gesellschafters heranzuziehen sind, dem Gesellschaftsrecht entnommen werden. Diese Überlegung stützt das vorherige Argument, wonach dieses „Zuschneiden“ der Existenzvernichtung auf das Innenverhältnis für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation streitet. Der BGH unterstreicht diese Wertung, indem er ausführt, die neue Ausgestaltung der Existenzvernichtungshaftung solle wie eine „Entnahmesperre“¹⁰⁰³ zu Ergänzung des Kapitalschutzesystems der §§ 30, 31 GmbHG wirken.

Interpretiert man die neue Ausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH als gesellschaftsrechtliche Qualifikation, begibt man sich jedoch in Widerspruch zu den weiteren Ausführungen des BGH in seinem *Trihotel-Urteil*. Der II. Zivilsenat des BGH verweist stets auf die deliktsrechtliche Einordnung des neuen Konzepts gegenüber den gesellschaftsrechtlichen Schutznormen der §§ 30, 31 GmbHG¹⁰⁰⁴. Daher erkennt *Weller* in der Neuausrichtung eine deliktsrechtliche Qualifikation nach Art. 4 Rom II-VO bzw. Art. 40 EGBGB.¹⁰⁰⁵ Jedoch möchte er vor einer etwaigen Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Auslandsgesellschaften die ungeschriebene kollisionsrechtliche Vorfrage stellen, ob nach dem Gesellschaftsrecht der Auslandsgesellschaft ein Defizit bei dem Gläubigerschutz besteht. Das Gesellschaftsstatut der Auslandsgesell-

999 Dafür: *Schanze*, NZG 2007, 681 (685 f.); *Sester* RIW 2007, 781 (789).

1000 *Sester*, RIW 2007, 781 (789).

1001 BGH, DStR 2007, 1586 (1589).

1002 BGH, DStR 2007, 1586 (1589).

1003 BGH, DStR 2007, 1586 (1590).

1004 BGH, DStR 2007, 1586 (1589); *Weller*, ZIP 2007, 1681 (1688).

1005 *Weller*, ZIP 2007, 1681 (1688).

schaft muss also vergleichbare Schutzlücken im Gläubigerschutz wie das deutsche GmbH-Recht aufweisen.¹⁰⁰⁶ Ist dies nicht der Fall, soll sich der Gläubigerschutz allein nach dem Gesellschaftsstatut richten. Demnach ist primär das Gesellschaftsstatut berufen und nur bei vergleichbaren Schutzlücken sollte § 826 BGB Anwendung auf Auslandsgesellschaften finden. In der Regel werden jedoch alle Gesellschaftsrechtsordnungen innerhalb der EU ein ähnliches Schutzniveau aufweisen. Eine entsprechende Annahme ist für Drittstaaten jedoch häufig fraglich, da sie nicht dem europäischen Harmonisierungsprozess unterworfen sind. Unabhängig von der Frage, ob eine Gesellschaft aus einem EU-Mitgliedstaat oder einem Drittstaat betroffen ist, muss der Richter gemäß dem Grundsatz *iura novit curia* (§ 293 ZPO) die Schutzlücke ermitteln und schließen. Ob dies eine pragmatische Lösung darstellt, mag hier dahinstehen,¹⁰⁰⁷ sie steht jedoch mit den Erwägungen des BGH und auch den europarechtlichen Implikationen der Niederlassungsfreiheit im Einklang.

In dem *Trihotel*-Urteil enthält sich der BGH allerdings einer Entscheidung bezüglich der kollisionsrechtlichen Einordnung. Für eine deliktsrechtliche Qualifikation spricht auf den ersten Blick die dogmatische Verortung der Existenzvernichtungshaftung als eigene Fallgruppe des § 826 BGB. Allerdings ist bei dem Vorsitzenden Richter des Gesellschaftsrechtssenats *Goette* ein interessanter „Sinnewandel“ zu verzeichnen. Vergleicht man seine Aussage im Jahr 2005 in Anschluss an die Entscheidung *Inspire Art*¹⁰⁰⁸ mit seinen Äußerungen im Jahr 2006¹⁰⁰⁹ in dem Vorfeld der *Trihotel*-Entscheidung, ist doch eine „deutlich freundlichere Tendenz“ gegenüber Gesellschaften aus dem Ausland zu verzeichnen. So lässt sich vor allem der zweiten Aussage entnehmen, dass das Haftungsrecht, welches die Gesellschaft umgibt, der Rechtsordnung entstammt, der auch das übrige Gesellschaftsstatut zuzuordnen ist. Deshalb spricht einiges dafür, dass die Existenzvernichtungshaftung auch nach Auffassung des BGH als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist. So gehe es nach den Worten von *Goette*

1006 Weller, ZIP 2008, 1681 (1689).

1007 Zu der Ermittlung ausländischer Gesellschaftsrechts: Dritter Teil, § 3.

1008 Goette, DStR 2005, 197 (201): „Wer glaubt, im Gewande einer kapitallosen „EU-GmbH“ im Inland tätig werden zu können und – die Fahne „Niederlassungsfreiheit“ schwenkend – von einer Haftung für opportunistisches Verhalten frei zu sein, wird erschreckt aufwachen und sich dann vielleicht fragen, ob es wirklich eine so gute Idee war, die Limited statt der guten alten GmbH als Träger für seine wirtschaftlichen Aktivitäten zu wählen.“

1009 Goette, ZIP 2006, 541 (546): „Haftungsfragen regeln sich nicht nach deutschem Gesellschaftsrecht, sondern nach dem Recht des Gründungsstaats, das in den Tatsacheninstanzen vorzutragen und anzuwenden ist. Daneben finden die deutschen delikts- und insolvenzrechtlichen Vorschriften Anwendung, wobei bei den deliktsrechtlichen Vorschriften darauf geachtet werden muss, dass sie hinsichtlich der Pflichtestandards nicht mit nationalen Kapitalschutzworschriften vollgepfropft werden und sich auf dem Umweg über das Deliktsrecht doch wieder das nationale Kapitalschutzrecht der Niederlassungsfreiheit zuwider durchsetzt.“

nicht an, dass beispielsweise Gesellschafter einer Limited in Deutschland der Haftung nach § 826 BGB zu unterwerfen seien, weil dies über den Umweg des Verkehrsrechts der Niederlassungsfreiheit widerspreche.¹⁰¹⁰ Es ist zudem zu berücksichtigen, dass die Verletzung von spezifischen Pflichten der Gesellschafter handelt. Diese Pflichten treffen nicht jedermann, sondern nur die Gesellschafter in ihrer besonderen Eigenschaft bzw. Funktion.¹⁰¹¹ Zudem spricht gerade die Ausgestaltung als reine Innenhaftung, die den Gläubigern einen reflexartigen Schutz beschert, für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung.

International-privatrechtlich lässt sich eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation umsetzen. Es ist zu fragen, ob in dem Bereich der Existenzvernichtungshaftung eine „wesentlich engere Beziehung“ i.S.v. § 4 Abs. 3 Rom II-VO zu dem Recht des Gesellschaftsstatuts besteht und damit eine akzessorische Anknüpfung gemäß § 4 Abs. 3 Rom II-VO besteht. Der Grund für eine akzessorische Anknüpfung könnte darin liegen, dass der Funktionszusammenhang gesellschaftsrechtlicher Normen gewahrt werden soll.¹⁰¹² Dafür spricht, dass die Existenzvernichtungshaftung – wie oben dargestellt – aus der Insuffizienz der gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzworschriften abgeleitet wird.

Schließlich ist noch eine insolvenzrechtliche Qualifikation denkbar. Allerdings beruht die deutsche Existenzvernichtungshaftung auf den Wertungen des deutschen Kapitalschut兹rechts, so dass eine insolvenzrechtliche Qualifikation nicht sachgerecht ist.¹⁰¹³ Zwar lässt sich für die insolvenzrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung anführen, dass sie eine Maßnahme zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens darstellt. Es gilt jedoch zu beachten, dass dieser Zweck nicht der Kern der Existenzvernichtungshaftung ist. Vielmehr sind die Wirkungen der Haftung entscheidend.¹⁰¹⁴ Das Haftungsinstitut der Existenzvernichtungshaftung dient der Haftungsverwirklichung und weniger der Haftungsdurchsetzung, so dass eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation nahe liegt. Die Insolvenz der Gesellschaft ist lediglich Tatbestandsmerkmal des Haftungstatbestandes, eigene insolvenzpolitische Zwecke verfolgt diese Regelung im Kern nicht. Es handelt es sich letztlich auch weniger um eine verfahrensrechtliche Regelung, sondern um eine materielle Haftungsregel, die den Kern der Haftungsverfassung einer Gesellschaft betrifft. Betrachtet man außerdem die Neuregelung des Internationalen Gesellschaftsrechts in dem Referentenentwurf, ist die Existenzvernichtung in ihrer neuen Ausgestaltung unter Art. 10 Abs. 2 Nr. 8 EGBGB-E (Haftung wegen der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten) zu fassen. Denn bei der Existenzvernichtungshaftung nach der *Trihotel*-Doktrin

1010 Goette, ZIP 2006, 541 (545).

1011 Eidenmüller, RabelsZ 70 (2006), 474 (487).

1012 Vgl. Eidenmüller, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 469 (480).

1013 Eidenmüller, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 469 (480).

1014 Eidenmüller, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 469 (480).

handelt es sich um einen Fall der sog. Innenhaftung von Mitgliedern gegenüber der Gesellschaft wegen der Verletzung von Pflichten (keine Vornahme vertiefender kompensationsloser Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen), die den Mitgliedern gegenüber der Gesellschaft obliegen. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Existenzvernichtungshaftung unter Berücksichtigung ihrer Neuausrichtung, der Aussagen des Vorsitzenden Richters des zuständigen BGH-Senats und der Kodifikation des Referentenentwurfs in Art. 10 Abs. 2 Nr. 8 EGBGB-E als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist. Dies wiederum bedeutet, dass nach der hier vertretenen Auffassung die Existenzvernichtungshaftung auf in Deutschland tätige Auslandsgesellschaften nach der grundsätzlichen Anknüpfung nicht anwendbar ist.

Sollen Gesellschafter einer ausländischen Gesellschaft jedoch nach den Grundsätzen des Existenz vernichtenden Eingriffs haften, stellt sich die Frage, ob die Existenzvernichtungshaftung trotz einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation mittels einer Sonderanknüpfung auf Auslandsgesellschaften angewandt werden könnte. Dazu bedarf es – wie bereits dargestellt¹⁰¹⁵ – des internationalen Geltungswillens der Existenzvernichtungshaftung. Wie sich aus den Urteilen des EuGH in *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* ergibt, bildet deutsches Gesellschaftsrecht nicht das Gesellschaftsstatut für europäische Auslandsgesellschaften mit effektivem Verwaltungssitz im Inland. Es ist daher zu überlegen, wie sinnvoll die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf europäische und drittstaatliche Auslandsgesellschaften ist. Gegen eine Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf europäische und drittstaatliche Gesellschaften spricht, dass die Existenzvernichtungshaftung nach ihrer Konzeption „kapitalschutzrechtlich“¹⁰¹⁶ einzuordnen und somit mit dem deutschen Kapitalschutzrecht verknüpft ist. Das deutsche Kapitalschutzrecht ist dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen.¹⁰¹⁷ Es erscheint daher fraglich, inwiefern die Existenzvernichtungshaftung, deren Sanktion auf einer Verletzung des deutschen Kapitalschutzrechts basiert, anders angeknüpft werden kann als das Kapitalschutzrecht. Ein internationaler Geltungswille ist für die Existenzvernichtungshaftung nicht zu vermuten. Damit scheidet eine Sonderankrüpfung aus.

(b) Konformität mit dem Europarecht

Sollte man jedoch einer Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Auslandsgesellschaften zugeneigt sein, gilt es die europarechtlichen Einflüsse der Niederlassungsfreiheit zu berücksichtigen. Gegen eine solche Anwendung lassen

1015 Dazu Zweiter Teil, § 3, A., II., 1.

1016 Goette, ZIP 2006, 541 (545).

1017 Dazu Zweiter Teil, § 3, B., II., c), (3) und (4).

sich mehrere Argumente anführen. Diese Frage betrifft die Haftungsverfassung der Gesellschaft und somit die Investitionsentscheidung der Gesellschafter.¹⁰¹⁸ Die Haftungsandrohung erhöht das persönliche Haftungsrisiko für die Gesellschafter und damit das persönliche Insolvenzrisiko, wenn sie mit ihrer Gesellschaft auf dem jeweiligen nationalen Markt Geschäfte vornehmen. Ist die Existenzvernichtungshaftung auf Auslandsgesellschaften anwendbar, so liegt für eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vor, die der Rechtfertigung bedarf. Eine solche scheitert jedoch häufig an zwei Punkten in dem Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung: Einerseits müssen sich nach dem Informationsmodell des EuGH die Gläubiger selbst schützen. Andererseits fehlt es auch bei mangelnder Selbstschutzmöglichkeit an der Erforderlichkeit, weil innerhalb der EU davon ausgegangen werden kann, dass jede Rechtsordnung einen ausreichenden Gläubigerschutz vermittelt. Dies gilt auch für den Fall, dass das Schutzniveau unter dem inländischen liegt.¹⁰¹⁹ Die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf europäische Auslandsgesellschaften ist also nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar.

(2) *Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführer*

Bei der Insolvenzantragspflicht des Geschäftsleitungsorgans handelt es sich um einen zentralen Bestandteil des Gläubigerschutzes,¹⁰²⁰ weil das Funktionieren des Insolvenzrechts das rechtzeitige Stellen des Insolvenzantrags voraussetzt. Vor Erlass des MoMiG war die Insolvenzantragspflicht rechtsformsspezifisch geregelt, z.B. für die GmbH in § 64 Abs. 1 GmbHG oder für die AG in § 92 Abs. 2 AktG. Eine Anwendung de lege lata ist dem Sachrecht nach nur möglich, soweit man eine analoge Anwendung des § 15a InsO auf ausländische Gesellschaften bejaht.¹⁰²¹ Entscheidend für die Anwendung des §§ 15a InsO auf Auslandsgesellschaften ist also die Weichenstellung durch das deutsche Kollisionsrecht. Für die Qualifikation der Insolvenzantragspflicht bestehen zwei Optionen (insolvenz-¹⁰²² oder gesellschaftsrechtlich¹⁰²³⁾,¹⁰²⁴

1018 Vgl. Ulmer/Habersack/Winter-*Behrens*, GmbHG, Einl. B 94.

1019 Vgl. Goette, ZIP 2006, 541 (543).

1020 Borges, ZiP 2004, 733 (737).

1021 Vgl. zu §§ 64 Abs. 1 GmbHG a.F., 92 Abs. 2 AktG a.F.: Altmeppen, NJW 2004, 97 (100 f.); Borges, ZIP 2004, 733 (737, 740); Müller, NZG 2003, 414 (416 f.); Schanze/Jüttner, AG 2003, 665 (670); Zimmer, NJW 2003, 3585 (3590).

1022 Vgl. Borges, ZIP 2004, 733 (736 ff.); Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 657 ff., 728.

1023 Mock/Schildt, ZinsO 2003, 396 (399 f.); Spindler/Berner, RIW 2004, 7 (12); Ulmer, NJW 2004, 1201 (1207).

(a) Kollisionsrechtliche Einordnung

Zunächst wird die Insolvenzantragspflicht kollisionsrechtlich eingeordnet. In diesem Rahmen soll auch die Möglichkeiten für eine etwaige Sonderanknüpfung diskutiert werden. Für eine Einordnung in das Personalstatut der Gesellschaft spricht die Verortung in den gesellschaftsrechtlichen Spezialgesetzen,¹⁰²⁵ dies gilt für die AG auch noch nach der Einführung des MoMiG. Ferner ist die Antragspflicht die notwendige Ergänzung bzw. das Korrelat zu der Haftungsbeschränkung der Gesellschaft.¹⁰²⁶ Die Pflicht des Geschäftsführers, in dem Fall der Überschuldung Insolvenzantrag zu stellen, ist ein allgemeines Prinzip des deutschen Rechts, das eingreift, wenn der Schuldner nur über eine normativ begrenzte Haftungsmasse verfügt. Es handelt sich zudem um eine organisationsrechtliche Pflicht des Geschäftsführers und damit um eine Maßnahme aus dem Bereich der Unternehmensführung und Unternehmenskontrolle. Daher liegt eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation nahe.¹⁰²⁷

Das systematische Argument für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation hat zunächst *Borges* mit einer historischen Argumentation widerlegt.¹⁰²⁸ Danach ergibt sich aus der Geschichte der Konkursordnung, dass der Gesetzgeber von einer eigenständigen Regelung zu der Konkursantragspflicht absah, da diese bereits in den Art. 240 und 249a ADHGB geregelt war.¹⁰²⁹ Diese beiden Normen waren jedoch mit der Pflicht zu der Anzeige des Verlustes der Hälfte des Grundkapitals gegenüber den staatlichen Behörden verknüpft. Daher lag es nahe, die Antragspflicht in der unmittelbaren gesetzlichen Umgebung der Anzeigepflicht zu normieren. Die sachrechtliche Verortung im Gesellschaftsrecht spricht somit aus historischen Gründen nicht für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation.

Mehr Erfolg verspricht eine Beurteilung nach Sinn und Zweck der Regelung, wie es die h.M. für eine kollisionsrechtliche Qualifikation fordert. Die Zwecke des Antragsrechts liegen in der optimalen Gläubigerbefriedigung und dem Entzug des Unternehmens von dem Markt.¹⁰³⁰ Dabei handelt es sich um typische Ziele des Insolvenzrechts. Einerseits bezweckt das Insolvenzrecht den Schutz der Altgläubiger, die vor einer Dezimierung des Gesellschaftsvermögens als der einzigen zur Verfügung stehenden Haftungsmasse bewahrt werden sollen. Andererseits soll Neugläubigern gewährleistet sein, dass sie einen werthaltigen

1024 Überblick bei *U. Huber*, in: Lutter, Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 307 (328 ff.).

1025 Hirte/Bücker-Mock/Schildt, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 16 Rn 36.

1026 BGHZ 126, 181 (197).

1027 Spindler/Berner, RIW 2004, 7 (11 f.); Ulmer, NJW 2004, 1201 (1207).

1028 Borges, ZIP 2004, 733 (737 ff.).

1029 Borges, ZIP 2004, 733 (738).

1030 BGHZ 126, 181; Müko-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 660; Eidenmüller-Eidenmüller, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 9 Rn 26.

Anspruch gegen die Gesellschaft erhalten und nicht in Unkenntnis der schlechten finanziellen Lage der Gesellschaft mit dieser einen Vertrag schließen. Beiden Gläubigergruppen dient die Insolvenzantragspflicht also zu der Verwirklichung und Durchsetzung der Haftung. Damit spricht der mit der Insolvenzantragspflicht verfolgte Zweck für eine insolvenzrechtliche Qualifikation.

Die Einordnung scheint auch der Gesetzgeber in seinem RegE des MoMiG¹⁰³¹ zu folgen. Da er die Anwendung der Insolvenzantragspflichten auf Auslandsgesellschaften jeglicher Herkunft erreichen möchte, muss er seine Einschätzung auf eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Insolvenzantragspflicht stützen. Bei einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation wäre hingegen das Gründungsrecht der Gesellschaft anzuwenden, so dass eine Anwendung deutschen Insolvenzrechts ausschiede. Diesen deutlichen Fingerzeig des Gesetzgebers haben jedoch einige Autoren kritisiert.¹⁰³² Die sachrechtliche Verortung im Insolvenzrecht sei nur ein Indiz für eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Insolvenzantragspflicht.¹⁰³³ Es sei im Übrigen nur eine rechtsformneutrale Regelung ohne „eindeutige Aussage“¹⁰³⁴ zu der Anwendbarkeit auf Auslandsgesellschaften. Allerdings sei der Regierungsentwurf „ganz von einer insolvenzrechtlichen Qualifikation getragen“¹⁰³⁵. Daher sei von einer Anwendbarkeit auf ausländische Gesellschaften auszugehen.

Wie bereits dargestellt¹⁰³⁶ betonen Mock und Schildt¹⁰³⁷ den verfahrensrechtlichen Charakter des Insolvenzrechts im Unterschied zu dem materiellrechtlichen Gehalt des Gesellschaftsrechts. Der Eröffnungsantrag selbst (§ 13 InsO) und das Antragsrecht des Geschäftsführers (§ 15 InsO) sind – *de lege lata* – Normen mit stark verfahrensrechtlichem Charakter, die daher insolvenzrechtlich zu qualifizieren sind.¹⁰³⁸ Dass ein systematischer Zusammenhang von Antragsrecht und Antragspflicht besteht, ist nicht von der Hand zu weisen. Die Antragspflicht enthält auch einen starken verfahrensrechtlichen Charakter, weil das Insolvenzverfahren durch den Antrag, zu dem der Geschäftsführer verpflichtet ist, eingeleitet wird. Dies unterstreicht die neue Verortung der Antragspflicht in § 15a InsO.

1031 RegE MoMiG, S.126 f.: „Unabhängig von der Frage der Einordnung als gesellschafts- oder insolvenzrechtliche Norm haben sich in den Stellungnahmen zum MoMiG mehrere Vorschläge für eine rechtsformneutrale Regelung der Insolvenzantragspflicht ausgesprochen. Das ist sinnvoll, da die Insolvenzantragspflicht juristische Personen und ihnen vergleichbare Gesellschaften möglichst gleichermaßen und wortgleich erfassen sollte. Dies betrifft folglich auch vergleichbare Auslandsgesellschaften, die ihren Verwaltungssitz und Betrieb im Inland haben und deutschem Insolvenzrecht unterfallen.“

1032 Vgl. Knof/Mock, GmbHR 2007, 852, die die rechtsformneutrale Regelung der Insolvenzantragspflicht in § 15a InsO als einen „Kleiderwechsel“ bezeichnen.

1033 Knof/Mock, GmbHR 2007, 852 (853).

1034 Knof/Mock, GmbHR 2007, 852 (853).

1035 Knof/Mock, GmbHR 2007, 852 (854).

1036 Dazu Zweiter Teil, § 3, B., II., 1., a), (1).

1037 Hirte/Bücker-Mock/Schildt, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 17 Rn 22.

1038 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B 105.

Zu Recht spricht *Häsemeyer* daher von einer „insolvenzspezifischen Geschäftsführerpflicht“.¹⁰³⁹ Diese Bezeichnung offenbart einerseits die Position der Insolvenzantragspflicht an der Schnittstelle von Gesellschafts- und Insolvenzstatut. Andererseits legt es auch den Schwerpunkt dieser konkreten Geschäftsführerpflicht offen, denn sie dient einem wirksamen Insolvenzverfahren. Die Insolvenz ist in dem Rahmen der Insolvenzantragspflicht nicht nur Tatbestandsvoraussetzung, sondern sie verfolgt auch insolvenzpolitische Zwecke, da sie darauf abzielt, die Gläubiger möglichst umfassend zu befriedigen und das Unternehmen rechtzeitig von dem Markt zu entfernen. Dies stellen § 15a InsO und die Begründung des Regierungsentwurfs klar. Die Insolvenzantragspflicht ist somit insolvenzrechtlich zu qualifizieren.

Daher bedarf es auch keiner Diskussion über eine etwaige Sonderanknüpfung. Das Ziel einer solchen Sonderanknüpfung, die Insolvenzantragspflicht gemäß § 15 InsO auf Geschäftsführer ausländischer Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz anzuwenden, erreicht bereits die Regelanknüpfung an das Insolvenzrecht.

(b) Konformität mit dem Europarecht

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Anwendung der Antragspflicht auf EU-Auslandsgesellschaften mit der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV vereinbar ist. Es ist zu überlegen, ob die Anwendung der Insolvenzantragspflicht die Niederlassungsfreiheit in nicht zu rechtfertigender Weise beschränkt. Dafür reicht es jedoch nicht aus, diese Problematik mit dem Hinweis auf die insolvenzrechtliche Qualifikation und die daraus resultierende Verweisung auf inländisches Insolvenzrecht aus Art. 4 Abs. 2 EuInsVO zu umgehen.¹⁰⁴⁰ Europäische Sekundärrechtsakte müssen ebenso wie nationales Recht mit dem EU-Primärrecht im Einklang stehen.¹⁰⁴¹ Es kommt also auf die Auswirkungen der nationalen Normen, auf die Art. 4 Abs. 2 EuInsVO verweist, an. Gemäß Art. 4 Abs. 2 EuInsVO ergibt sich das Insolvenzstatut aus dem Recht des Ortes, an dem das Verfahren eröffnet wurde, d.h. nach deutschem Verständnis dem Recht des Insolvenzantrags. Dementsprechend muss auch der Insolvenztrag als Recht der Verfahrenseröffnung Art. 4 Abs. 2 EuInsVO unterliegen.

Vor einer Prüfung der Rechtfertigung bedarf es der Feststellung, ob die Insolvenzantragspflicht die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) beschränkt. Vordergründig könnte man überlegen, dass die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft beschränkt ist, da ihre Geschäftsführer in- und ausländisches Insolvenz-

1039 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn 30.69.

1040 Vgl. *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1207).

1041 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht. § 10 Rn 65.

recht beachten müssen. Dies soll allerdings die EuInsVO verhindern, indem sie die gerichtliche Zuständigkeit für die Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens über das Vermögen einer Gesellschaft auf einen Mitgliedstaat beschränkt.¹⁰⁴² Man bezeichnet dies auch als Konzentrationswirkung der EuInsVO.¹⁰⁴³ Nach Art. 3 EuInsVO ist das Insolvenzverfahren in dem Mitgliedstaat durchzuführen, in dem die Gesellschaft ihren COMI hat. Damit muss die Gesellschaft nur das Recht an dem Ort ihrer Niederlassung beachten. *Eidenmüller* streicht ferner heraus, dass die Insolvenzantragspflicht eine tätigkeitsbezogene Beschränkung darstellt, die den Marktzutritt der ausländischen Gesellschaft nicht erschwert. Sie trifft die ausländischen ebenso wie die deutschen Gesellschaften, ohne das Insolvenzrecht aus ihrem Gründungsstaat auf sie anzuwenden.¹⁰⁴⁴ Da die Gesellschaft oder ihre inländische Niederlassung nicht dem Insolvenzrecht ihres Gründungsstaates unterliege, muss ein geordneter Marktaustritt durch die Rechtsordnung des Niederlassungsstaats vorgenommen werden. Es fehlt mithin bereits an einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften. Die Anwendung der Insolvenzantragspflicht ist somit mit dem Unionsrecht kompatibel. Sie kann daher nicht nur auf drittstaatliche, sondern auch auf europäische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz angewandt werden.

(3) *Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsführer*

Im Folgenden untersucht die Arbeit die kollisionsrechtliche Einordnung der Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter bzw. Geschäftsführer. Wie der ehemalige Vorsitzende des II. Zivilsenats BGH *Röhricht* ausführt, stellt die Insolvenzverschleppungshaftung eine für das deutsche Recht „typische Verschränkung von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht“¹⁰⁴⁵ dar. Dies zeigt sich bereits an der Anspruchsgrundlage, die das Fundament für die Insolvenzverschleppungshaftung darstellt. Sie ergab sich gegenüber Gläubigern der Gesellschaft nach altem Recht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO. Daneben resultierte aus § 64 S. 1 GmbHG und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG eine Ersatzpflicht der Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft für Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung geleistet wurden. Es ist also neben einer Außen- auch eine Innenhaftung des Geschäftsleiters denkbar.

Wie bei der Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung bestehen grundsätzlich drei Qualifikationsmöglichkeiten: die delikts-, insolvenz- oder ge-

1042 Ulmer/Habersack/Winter-*Behrens*, GmbHG, Einl. B 107.

1043 Vgl. *Mörsdorf-Schulte*, NZI 2008, 282 (286).

1044 *Eidenmüller-Eidenmüller*, Ausl. Kapitalgesellschaften in Deutschland, § 9 Rn 29; *Eidenmüller*, *RabelsZ* 70 (2006), 474 (496).

1045 *Röhricht*, ZIP 2005, 505 (508).

sellschaftsrechtliche Qualifikation. Eine deliktsrechtliche Anknüpfung kommt wegen der dogmatischen Fundierung in § 823 Abs. 2 BGB in Betracht, eine gesellschaftsrechtliche wegen der Ausgestaltung als Geschäftleiterhaftung und eine insolvenzrechtliche, weil der Insolvenzantrag das Insolvenzverfahren einleitet. Ferner ist die Insolvenzantragspflicht, die die dogmatische Basis für die Insolvenzverschleppungshaftung darstellt, insolvenzrechtlich zu qualifizieren.

Denkbar wäre zunächst eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation. Jedoch muss auch bei der Geschäftleiter-Innenhaftung ihr Zweck, d.h. das rechtzeitige Stellen der Insolvenzantragspflicht berücksichtigt werden.¹⁰⁴⁶ Die Haftung wegen Insolvenzverschleppung sanktioniert Verstöße gegen die Insolvenzantragspflicht und dient damit demselben Zweck wie die Antragspflicht selbst, nämlich dem Schutz der Gläubiger vor vermögensrechtlichen Nachteilen durch Schmälerung der Insolvenzmasse als Folge einer verspäteten Antragsstellung. Daher liegt eine insolvenzrechtliche Qualifikation nahe.

Allerdings ließe sich auch an eine deliktsrechtliche Anknüpfung der Insolvenzverschleppungshaftung denken. Dafür spricht vordergründig die deliktsrechtliche Verortung in § 823 Abs. 2 BGB.¹⁰⁴⁷ Denn erst der Haftungstatbestand des § 823 Abs. 2 BGB erreicht die Effektivierung der Insolvenzantragspflicht. Dies spricht für eine Einordnung in das Deliktsstatut, das grundsätzlich an das Recht an dem Erfolgs- oder Tatort anknüpft. Andererseits wird die Außenhaftung gegenüber den Gläubigern mit der Verletzung des Schutzgesetzes des § 15a InsO begründet. Auf Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO kann somit schwerlich abgestellt werden. Deswegen bezeichnet man den § 823 Abs. 2 BGB nur als „Vehikel“ zu der Durchsetzung allgemeiner individualschützender Verbotsnormen, denen selbst keine Durchsetzungsmöglichkeit innewohnt.¹⁰⁴⁸ Diese allgemein individualschützende Norm verkörpert § 15a InsO in Bezug auf die Insolvenzverschleppungshaftung. Eine deliktsrechtliche Qualifikation ist somit abzulehnen.

Für eine insolvenzrechtliche Qualifikation lässt sich ferner eine rechtsvergleichende Betrachtung der funktional entsprechenden Rechtsinstitute anderer Länder anführen. Im Vereinigten Königreich stehen diesbezüglich die Haftungsinstitute des *fraudulent* und *wrongful trading*¹⁰⁴⁹ und in Frankreich die *action en complément du passif*¹⁰⁵⁰ zur Verfügung. Die Institute sind der Insolvenzverschleppungshaftung deutschen Rechts vergleichbar und werden in ihren Heimatländern insolvenzrechtlich qualifiziert.¹⁰⁵¹ Der EuGH hat in der Rechtssache

1046 vgl. Eidenmüller-*Eidenmüller*, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 9 Rn 32.

1047 Ulmer/Habersack/Winter-*Behrens*, GmbHG, Einl. B 104 (betr. § 64 Abs. 1 GmbHG).

1048 Hirte/Bücker-*Mock/Schildt*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 17 Rn 81; Zerres, DZWIR 2006, 356 (361).

1049 Section 213, 214 Insolvency Act.

1050 Art. L 624-3 Code Commercial.

1051 RegE MoMiG, S.127; vgl. Borges, ZIP 2004, 733 (739); Fleischer, in: Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften, 49 (62); Habersack/*Verse*, ZHR 168 (2004), 174 ff.

Gourdain/Nadler die französische *action en complément du passif* ebenfalls als insolvenzrechtlich qualifiziert.¹⁰⁵² Daraus ergibt sich, dass bei einheitlicher, gleichlaufender Qualifikation keine Schutzlücken durch Normenmangel auftreten. Diese gleichlaufende Qualifikation erscheint auch sinnvoll, um eine Lücke zwischen EuGVVO und EuInsVO und vor allem einen Normenmangel zu vermeiden.¹⁰⁵³ Eine Gesellschaft mit inländischem Verwaltungssitz ist der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung unterworfen, eine Gesellschaft mit ausländischem Verwaltungssitz dem jeweiligen ausländischen Insolvenzrecht. Es liegt daher nahe, die Insolvenzverschleppungshaftung dem Insolvenzstatut zuzuordnen.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt *Behrens*.¹⁰⁵⁴ Er nimmt eine deliktsrechtliche Qualifikation der „haftungsrechtlichen Sanktion“ an. Da er aber die Antragspflicht des Geschäftsleiters insolvenzrechtlich anknüpft und damit eine wesentliche engere Beziehung zu dem Insolvenzstatut bestehe, bejaht er eine akzessorische Anknüpfung an das Insolvenzstatut gemäß Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO. Somit kommt auch *Behrens* über den Umweg einer akzessorischen Anknüpfung zu einer insolvenzrechtlichen Qualifikation der Insolvenzverschleppungshaftung. Zu Recht weist er allerdings darauf hin, dass für die Anwendung auf ausländische Gesellschaften diese als „Juristische Personen“ i.S.v. § 15a InsO begriffen werden müssen.¹⁰⁵⁵ Diese Interpretation unterfalle jedoch dem Art 4 Abs. 2 Eu-InsVO, der das Recht der Verfahrenseröffnung – wie bereits festgestellt – dem Insolvenzstatut unterordnet. Dass der Gesetzgeber ebenfalls für eine insolvenzrechtliche Qualifikation eintritt, ergibt sich aus der Normierung der Insolvenztragspflichten in § 15a InsO und der Begründung in dem Regierungsentwurf, die eine Anwendung auf Auslandsgesellschaften ausdrücklich als Regelungsziel nennt.¹⁰⁵⁶ Entscheidend kommt hinzu, dass die Begründung des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht Art. 10 Abs. 2 Nr. 8 EGBGB-E die Haftung dem Insolvenzstatut zuweist.¹⁰⁵⁷ Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass

(*wrongful trading*), 202 ff. (*action en complément du passif*); *Zimmer*, NJW 2003, 3585 (3590).

1052 EuGH Rs. 133/78 (*Gourdain/Nadler*), Slg. 1979, 733, Rn 3 ff. In dem Vorlageverfahren des BGH, ging es um die Frage, ob die französischen *action en complément du passif* sich nach dem EuGVÜ (Vorgänger der EuGVVO) beurteilte, oder ob es sich um eine Konkursache handelte. Letztere unterlag nicht dem EuGVÜ, da es einen Insolvenzvorbehalt gab.

1053 *Eidenmüller-Eidenmüller*, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 9 Rn 32 f.

1054 Ulmer/Habersack/Winter-*Behrens*, GmbHG, Einl. B 106.

1055 Ulmer/Habersack/Winter-*Behrens*, GmbHG, Einl. B 106.; vgl. auch *Fischer*, ZIP 2004, 1477 (1481); beide Kommentierungen betreffen die alte Rechtslage nach §§ 64 Abs. 1 GmbHG a.F., 92 Abs. 2 a.F. AktG.

1056 RegE MoMiG, S. 173.

1057 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, 13.

die Insolvenzverschleppungshaftung nach seinem Willen kollisionsrechtlich dem Insolvenzstatut zuzuordnen ist.

Die Insolvenzverschleppungshaftung unterfällt demnach dem Insolvenzstatut. Sie ist mithin auch auf ausländische EU- und Drittstaatengesellschaften anwendbar. Ihr starker insolvenzpolitischer Zweck liegt darin, eine insolvente Gesellschaft in einem staatlich reglementierten, geordneten Verfahren von dem Markt zu nehmen, um die Interessen der Altgläubiger nach möglichst umfassender Befriedigung aus dem noch vorhandenen Vermögen und potentielle Neu-gläubiger vor verlustreichen Geschäftsabschlüssen mit einer zahlungsunfähigen Gesellschaft zu schützen.¹⁰⁵⁸ Der Zeitpunkt für die Auslösung der Antragspflicht und damit für eine entsprechende Insolvenzverschleppungshaftung ergibt sich aus den Eröffnungstatbeständen der InsO, so dass eine insolvenzrechtliche Qualifikation dem Zweck der Gläubigergleichbehandlung¹⁰⁵⁹ am ehesten entspricht. Eine Sonderanknüpfung ist daher für die Anwendung auf ausländische Gesellschaften nicht notwendig.

(4) Insolvenzverursachungshaftung der Geschäftsführer der GmbH

Nach altem Recht waren lediglich die Gesellschafter, nicht aber die Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschaft gegenüber zu dem Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung geleistet werden. Nach Einführung des § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG durch das MoMiG haften die Geschäftsführer jedoch nicht nur für Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung geleistet worden sind, sondern auch für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zu der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Zweck dieser Insolvenzverursachungshaftung ist der Schutz der Gesellschaft vor Entzug von Vermögenswerten zu Gunsten der Gesellschafter und die Sicherung der Vorrangstellung von Fremdkapitalgebern in der Insolvenz der Gesellschaft.¹⁰⁶⁰ Die Haftung der Geschäftsführer wird somit für Zahlungen an Gesellschafter zeitlich vorverlagert. Ziel des Gesetzgebers ist damit eine Ergänzung der bestehenden Mechanismen, die die Gesellschaftsgläubiger gegen Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern schützen.¹⁰⁶¹

1058 Röhricht, ZIP 2005, 505 (508).

1059 Staudinger-v. Hoffmann, Vorbem Art. 40 EGBGB, Rn 15; vgl. auch Erwägungsgrund 21 EuInsVO.

1060 Vgl. RegE MoMiG, S. 107.; K. Schmidt, GmbHR 2007, 1072 (1079)

1061 In dem Referentenentwurf MoMiG (S. 64) bezieht sich der Gesetzgeber einerseits auf die Regelung des § 30 Abs. 1 GmbHG, wonach das zu der Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf. Die Neuregelung erfasse nun auch Zahlungen, die zwar das Stammkapital

(a) Kollisionsrechtliche Einordnung

Vorab wird die Insolvenzverursachungshaftung kollisionsrechtlich eingeordnet und auf die mögliche Einführung einer Sonderanknüpfung geprüft. Ausweislich des Regierungsentwurfs bezweckt der Gesetzgeber mit der Einführung der Insolvenzverursachungshaftung die Schließung einer Schutzlücke bei Auslandsgesellschaften.¹⁰⁶² Daher scheidet nach dem Willen des Gesetzgebers eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation dieses Rechtsinstituts aus. Stattdessen liegt nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine insolvenzrechtliche Qualifikation nahe, so dass die Norm auch auf Gesellschaften ausländischer Rechtsform mit inländischem Tätigkeitsschwerpunkt anwendbar sein soll.¹⁰⁶³ Dies sei vor allem für ausländische Gesellschaften notwendig, bei denen nur geringe Gründungserfordernisse wie z.B. ein fehlendes Mindestkapital bestünden.¹⁰⁶⁴ Dabei hat der Gesetzgeber speziell die britische Limited mit inländischem Verwaltungssitz im Auge, auf die aufgrund ihres inländischen Tätigkeitsmittelpunkts i.S.v. Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 EuInsVO deutsches Insolvenzrecht – neben dem britischen Gesellschaftsrecht – anzuwenden ist. Im Gegensatz zu dem deutschen Gesellschaftsrecht, das auch den Gläubigerschutz zu seinem Ziel hat, gehört aber nach britischem Rechtsverständnis der Gläubigerschutz zu dem Insolvenzrecht.¹⁰⁶⁵ Da das deutsche Insolvenzrecht als weniger streng als das britische gilt, und das britische Gesellschaftsrecht keinen entsprechenden Schutz bietet, soll dieser Normenmangel¹⁰⁶⁶ auf sachrechtlicher Ebene mittels der Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG geschlossen werden.¹⁰⁶⁷ Da § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG also einen „starken insolvenzrechtlichen Bezug“¹⁰⁶⁸ hat, soll die Insolvenzverursachungshaftung insolvenzrechtlich zu qualifizieren sein. Eine Abweichung von der Regelanknüpfung in Form einer Sonderanknüpfung ist somit nicht notwendig, um die Insolvenzverursachungshaftung auf ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz anwenden zu können.

nicht minderten, aber die Zahlungsunfähigkeit begründeten. Andererseits diene die Insolvenzverursachungshaftung der Anfechtungsvorschriften der §§ 129 ff. InsO und des AnfG. Die neue Vorschrift des § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG gehe über diese Normen hinaus, da sie nicht durch die kurzen Fristen der Anfechtungsregeln begrenzt sei und Beleidigungswiderheiten wie bei dem Gläubigerbenachteiligungsvorwurf geringer seien.

1062 RegE MoMiG, S. 107 f.; Greulich/Bunnemann, NZG 2008, 681.

1063 RegE MoMiG, S. 107; vgl. auch Hirte, ZinsO 2008, 689 (698).

1064 RegE MoMiG, S. 108; Greulich/Bunnemann, NZG 2008, 681 (682).

1065 Davies, AG 1998, 346 (352).

1066 Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159 (175); Röhricht, ZIP 2005, 505 (506).

1067 Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681 (682).

1068 RegE MoMiG, S. 107.

(b) Konformität mit dem Europarecht

Die Insolvenzverursachungshaftung gemäß § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG kann demnach auf ausländische Gesellschaften angewendet werden. Allerdings muss die Anwendung auf europäische Gesellschaften mit der Niederlassungsfreiheit konform sein. Mit der Neuregelung beschränkt der Gesetzgeber die Niederlassungsfreiheit der ausländischen Gesellschaften, so dass ein Eingriff vorliegt.¹⁰⁶⁹ Bezuglich der Rechtfertigung des Eingriffs nach dem „Vier-Faktoren“-Test des EuGH ist zunächst zu bemerken, dass die Maßnahme nicht diskriminierend wirkt, weil sie alle, also inländische wie ausländische, Gesellschaften gleichermaßen trifft.¹⁰⁷⁰ Mit dem Schutz der Gläubiger verfolgt sie ein zwingendes Interesse des Allgemeinwohls, zu dessen Schutz sie auch geeignet ist. Fraglich ist allerdings die Angemessenheit der Maßnahme. Diese liegt dann nicht vor, wenn das Gründungsrecht einen ausreichenden Gläubigerschutz gewährleistet, auch wenn dieser hinter dem deutschen Niveau des Gläubigerschutzes zurückbleibt. In dem Falle des § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG streitet für eine Verhältnismäßigkeit, dass die Norm eine Funktion wahrnimmt, die bei ausländischem, zumeist britischem Tätigkeitsmittelpunkt dem Insolvenzrecht in Form des *wrongful trading* nach sec. 214 Insolvency Act 1986 zukommt.¹⁰⁷¹ Greift dieses Rechtsinstitut aber aufgrund der Anknüpfung an das deutsche Insolvenzrecht nicht ein, bietet das ausländische Gesellschaftsrecht angloamerikanischen Zuschnitts i.d.R. nicht das erforderliche Instrumentarium, um einen effektiven Gläubigerschutz zu gewährleisten.¹⁰⁷² Diese Lücke soll die Insolvenzverursachungshaftung füllen. Es spricht daher einiges für die Vereinbarkeit des § 63 Abs. 2 S. 3 GmbHG mit der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV. Bis sich der EuGH zu einer Anwendbarkeit des § 64 Abs. 2 S. 3 GmbHG verbindlich geäußert hat, ist daher von seiner Anwendbarkeit auf niederlassungsrechtlich bzw. staatsvertraglich begünstigte sowie alle anderen Auslandsgesellschaften auszugehen.

e) Zwischenergebnis

Als Ergebnis für etwaige Sonderanknüpfungen in dem Bereich des Gläubigerschutzes bleibt festzuhalten, dass in Fragen des Gläubigerschutzes grundsätzlich an das Gesellschaftsstatut angeknüpft wird. Als Ausnahmen werden nur die

1069 Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681 (683).

1070 Greulich/Bunnemann, NZG 2006, 681 (683).

1071 Greulich/Rau, NZG 2008, 565 (568).

1072 Vgl. ausführlich Fleischer, in: Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland. 49 (100 ff.) m.w.N.

durch das MoMiG veränderten Neuregelungen der Gesellschafterdarlehen sowie die Insolvenzantragspflicht, die Insolvenzverschleppungshaftung und möglicherweise die Insolvenzverursachungshaftung betrachtet. Diese werden nicht an das Gesellschaftsstatut, sondern an das Insolvenzstatut angeknüpft. An dieser Stelle soll nochmals hervorgehoben werden, dass es sich bei der Anknüpfung an das Insolvenzstatut in diesen Fällen nicht um eine Sonderanknüpfung handelt; vielmehr stellt die insolvenzrechtliche Anknüpfung die funktional richtige Qualifikation dar. Eine Sonderanknüpfung stellt demgegenüber eine Abweichung von der funktional richtigen Qualifikation dar. Ein Großteil des Gläubigerschutzrechtes ist dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen. Insofern stellt sich aus Sicht der Gläubiger ein grundlegendes Problem: Ist der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht fundiert, steht dieser jederzeit zu der Disposition der Gesellschaft bzw. des Schuldners.¹⁰⁷³ Dies gilt nur für den Fall, dass das einschlägige Kollisionsrecht einer Spielart der Gründungstheorie folgt. Unter Geltung der Sitztheorie ist eine Wahlentscheidung der Gesellschafter nur vor der Inkorporation der Gesellschaft möglich. Diese Konsequenz muss der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung für die Einführung der Gründungstheorie vor Augen haben. Als Mittel zur Durchsetzung kann nach dem deutschen kollisionsrechtlichen Verständnis unter Geltung der Gründungstheorie nur der *ordre public* in Frage kommen. Ob dies eine zweckmäßige Lösung darstellt, soll später untersucht werden.¹⁰⁷⁴

Die Verschiebungen, die diese kollisionsrechtlichen Auswirkungen im Sachrecht auslösen, hat der ehemalige Vorsitzende des Insolvenzrechtssenats des BGH *Röhricht* treffend beschrieben. Danach müsse man den Gläubigerschutz in seiner Verteilung über die gesamte Rechtsordnung ähnlich einer „Waage“ begreifen: „Mit jeder Rücknahme oder gar Beseitigung des typischerweise abstrakt-präventiven gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes muss das Gewicht eines insolvenzrechtlichen Schutzes zunehmen und umgekehrt“.¹⁰⁷⁵ *Haas* hat in seinem Gutachten für den 66. Deutschen Juristentag 2006 die beiden Rechtsgebiete in dem Bereich des Gläubigerschutzes als miteinander verbundene „kommunizierende Röhren“¹⁰⁷⁶ bezeichnet. Die beiden Beobachtungen haben ihre Berechtigung nicht nur in dem Bereich des Sachrechts, sondern auch für das Kollisionsrecht.

Die Verschiebungen im Sachrecht, die durch Änderungen im Kollisionsrecht ausgelöst werden, zeigen sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Wenn bei einigen Drittstaaten nicht das Gesellschaftsstatut, sondern ein anderes Statut – wie z.B. das Insolvenz- oder Deliktsstatut – den Gläubigerschutz gewährleisten soll, können Unstimmigkeiten mit dem deutschen Recht entstehen. Denn falls unter Anknüpfung an das Recht des Ortes der Registrierung ein aus-

1073 *Merkz*, ZGR 2007, 305 (316).

1074 Dazu Dritter Teil, § 4.

1075 *Röhricht*, ZIP 2005, 505

1076 *Haas*, Gutachten zum 66. DJT 2006, E 10.

ländisches Recht berufen ist, das keinen gesellschaftsrechtlich fundierten Gläubigerschutz kennt, mangelt es nach deutschem Verständnis an dem Gläubigerschutz. Diesen gewährleisten zwar im ausländischen Recht andere Rechtsinstitute wie z.B. das Insolvenzrecht im US-amerikanischen Recht,¹⁰⁷⁷ diese folgen aber wiederum eigenen Kollisionsregeln.¹⁰⁷⁸ Es ist daher nicht verwunderlich, wenn der deutsche Gesetzgeber versucht, Teile des ursprünglich gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes in das Insolvenzrecht zu verlagern.¹⁰⁷⁹ Er richtet also in Teilen die „Stellschraube“ etwas anders aus, indem der Gläubigerschutz vermehrt ex-post und damit situativ durch das Insolvenzrecht eingreift anstelle des präventiven Gläubigerschutzes nach deutschem Gesellschaftsrecht, der über Kapitalschutzzörschriften gewährleistet werden soll. Damit wird nicht nur ein Gleichklang mit zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen erzielt, sondern auch in dem Verhältnis zu im Inland tätigen Auslandsgesellschaften sichergestellt, dass keine Mängel im Gläubigerschutz wie z.B. durch etwaige Normenmängel auftreten.¹⁰⁸⁰ Wegen seiner territorialen Anknüpfung erweist sich das Insolvenzrecht auch als „resistent gegen eine Minderung des Gläubigerschutzes“.¹⁰⁸¹

Obwohl nach der Verweisung der EuInsVO das deutsche Insolvenzrecht durch eine europäische Kollisionsnorm berufen ist, stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit. Denn bei der Verweisung der EuInsVO handelt es sich um europäisches Sekundärrecht, das theoretisch gegen das Primärrecht verstossen könnte (sog. primärrechtswidriges Sekundärrecht).¹⁰⁸² Zudem vermag eine Veränderung der Qualifikation einzelner Rechtsinstitute nicht dazu führen, dass die europarechtliche Konformitätsprüfung entfällt. Einerseits ließe sich bereits an einem Eingriff zweifeln, da Regelungen zu der Insolvenzantragspflicht und den Gesellschafterdarlehen sowohl in- als auch ausländische Gesellschaften in gleicher Form treffen. Andererseits könnte man unter der Prämisse, dass man einen Eingriff annimmt, überlegen, ob die beiden Regelungen dem „Vier-Faktoren“-Test standhalten. Denkbar ist es die beiden Regelungen als notwendige bzw. erforderliche Ergänzungen des europäischen Informationsmodells zu betrachten.¹⁰⁸³ Denn – wie einige Autoren anmerken¹⁰⁸⁴ – schützt das In-

1077 Merkt, ZGR 2007, 305 (316), der auf das Anfechtungsrecht nach dem Uniform Fraudulent Transfer Act als „Kernstück des Gläubigerschutzes“ ebenso wie auf Kreditverträge verweist.

1078 Kahan, in: Hopt/Wymeersch, Capital Markets and Company Law, 145 (147).

1079 Bork, ZGR 2007, 250 (267); Merkt, ZGR 2007, 305 (316).

1080 Inwiefern das kollisionsrechtliche Instrument der Anpassung eine Lösung des Problems darstellt, wird in dem Dritten Teil in § 2 dargestellt.

1081 Kahan, in: Hopt/Wymeersch, Capital Markets and Company Law, 145 (147); Schön, Der Konzern 2004, 162 (168).

1082 Für eine Primärrechtskonformität von Art. 3 EuInsVO: Eidenmüller, ZGR 2006, 467 (486 f.).

1083 Als Allgemeinwohlinteresse kommt auch hier der Gläubigerschutz in Frage.

1084 Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159 (172); Stürner, in: FS Canaris, S. 1485 ff.

formationsmodell regelmäßig nur vertragliche oder freiwillige Gläubiger und auch nur die Vertragsgläubiger, die über eine entsprechende Verhandlungsmacht verfügen, auch wenn kleinere Vertragsgläubiger mittelbar über die Großgläubiger (*financial covenants*) geschützt werden.¹⁰⁸⁵ An dieser Schwachstelle docken die beiden Regelungen an, indem sie dem Schutz vertraglicher und deliktsrechtlicher Gläubiger dienen. Es erscheint daher vorstellbar, dass dieser Weg über eine stärkere Akzentuierung des insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzes diese Lücke in dem Schutz unfreiwilliger Gläubiger schließt oder zumindest das Problem abmildert.

2. Sonderanknüpfung zu dem Gesellschafterschutz

Neben dem Schutz der Gläubiger der Gesellschaft könnte man an eine Sonderanknüpfung in dem Bereich des Gesellschafterschutzes denken. Unter Gesellschafterschutz versteht man primär den Ausgleich zwischen Mehr- und Minderheitsgesellschaftern.¹⁰⁸⁶ Unter dem Aspekt der Qualifikation spricht einiges dafür, diesen Regelungsbereich dem Gesellschaftsstatut nach der Regelanknüpfung zu unterstellen. Der Schutz des einzelnen Gesellschafters betrifft mit dem Verhältnis zwischen den einzelnen Gesellschaftern untereinander und gegenüber der Gesellschaft einen zentralen Bereich des Gesellschaftsrechts. In dem Falle einer Sonderanknüpfung sieht *Behrens* den „inneren Zusammenhang des Gesellschaftsstatuts“ gefährdet.¹⁰⁸⁷ *Zimmer* bezeichnet dies als das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis.¹⁰⁸⁸ Somit steht eine Sonderanknüpfung unter besonderem Rechtfertigungsdruck, da es sich um einen Kernbereich des Gesellschaftsstatuts handelt.

In Bezug auf die rechtspolitische Rechtfertigung einer entsprechenden Sonderanknüpfung verweisen zahlreiche Autoren auf den auf *Ulpian* zurückgehenden Grundsatz des *volenti non fit iniuria*.¹⁰⁸⁹ Wer sich an einer Gesellschaft beteiligt, die nach einer bestimmten Rechtsordnung organisiert ist, soll sich nicht auf eine andere Rechtsordnung berufen können. Gesellschafter wird man aufgrund eigener Entscheidung, nachdem man sich regelmäßig vorher über die Gesellschaft informiert hat.¹⁰⁹⁰ Gesellschafter sind in ihrer Entscheidung frei, ob sie sich beteiligen wollen oder nicht. Niemand ist gezwungen, in eine Kapitalgesell-

1085 *Armour*, EBOR 7, 5, 17 (2006); *Müllert*, Der Konzern 2004, 151 (157); *Steffek*, in: Perspektiven des Wirtschaftsrechts, 291 (299).

1086 Ulmer-Habersack-Winter-*Behrens*, GmbHG, Einl. B 52.

1087 Ulmer-Habersack-Winter-*Behrens*, GmbHG, Einl. B 52.

1088 *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 402.

1089 Zitiert nach *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 402.

1090 Ulmer-Habersack-Winter-*Behrens*, GmbHG, Einl. B 52 („Gesellschafter wird man freiwillig.“).

schaft einzutreten.¹⁰⁹¹ Diese Erwägungen mögen für Kleinanleger bzw. Minderheitsgesellschafter nur eingeschränkt gelten, da sich diese nicht der Informationen bedienen können wie mancher Großaktionär.¹⁰⁹²

Die Kleinanleger werden jedoch regelmäßig über das jeweilige Kapitalmarktrecht geschützt, das anderen Anknüpfungspunkten als das Gesellschaftsstatut unterliegt.¹⁰⁹³ Daher bedürfen sowohl Klein- als auch Großaktionäre keinerlei Schutzes durch eine Sonderanknüpfung in dem Bereich des Gesellschaftsstatuts. Es fehlt damit – unabhängig von der Frage nach der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit – an der rechtspolitischen Rechtfertigung einer Sonderanknüpfung an das Recht des Verwaltungssitzes. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass bei Satzungsänderungen, die für die Verlegung des Verwaltungssitzes notwendig sind, die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Aktionäre, d.h. einer Dreiviertel-Mehrheit erforderlich ist. Dies gilt sowohl im deutschen Recht als auch in anderen Rechtsordnungen wie z.B. dem britischen Gesellschaftsrecht.¹⁰⁹⁴ Es besteht daher ein gewisser Schutz zu Gunsten der Aktionäre und Anteilseigner. Sonderankünpfungen in dem Bereich des Gesellschafterschutzes sind daher abzulehnen.

Dieses Ergebnis unterstreicht auch die beabsichtigte Regelung in dem Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht. Danach unterliegen die Beziehungen der Gesellschaften zu ihren Mitgliedern und deren Beziehungen untereinander, d.h. auch der Schutz von Minderheitsgesellschaftern, der Organisationsverfassung gemäß Art. 10 Abs. 2 Nr. EGBGB-E und damit dem Gesellschaftsstatut.¹⁰⁹⁵

3. Sonderanknüpfung zu dem Arbeitnehmerschutz

Eine weitere Sonderanknüpfung im Internationalen Gesellschaftsrecht ist in dem Bereich des Arbeitnehmerschutzes, konkret in Bezug auf die unternehmerische Mitbestimmung denkbar. Im Folgenden wird ausschließlich die unternehmerische Mitbestimmung betrachtet, da die betriebliche Mitbestimmung nach dem Recht an dem Ort des Betriebs kollisionsrechtlich beurteilt wird.¹⁰⁹⁶ Die betriebliche Mitbestimmung zählt demnach nicht zu dem Gesellschaftsstatut. Die unternehmerische Mitbestimmung hingegen zählt zu der Unternehmensverfassung

1091 Eidenmüller-Rehm, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 4 Rn 45.

1092 Vgl. zu einer weiteren möglichen Ausnahme Sandrock, ZVglRWiss 102 (2003), 447 (482).

1093 Dazu umfassend: MüKo-Schnyder, Int. Kapitalmarktrecht, Rn 1 ff.

1094 Vgl. § 179 AktG oder Section 21 CA 2006.

1095 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, 10.

1096 ErfK-Koch, BetrVG § 1 Rn 5; Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching-Besgen, Beck-OK ArbeitsR, § 1 Rn 6 BetrVG.

und unterliegt dem Personalstatut der jeweiligen Gesellschaft.¹⁰⁹⁷ Dies zeigt sich vor allem bei der GmbH, bei der das Erreichen der Schwellengrenzen des Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG) zu der Einführung einer dualistischen Leistungsverfassung mit Geschäftsführung und Aufsichtsrat zwingt. Erreicht die GmbH die mitbestimmungsrelevante Arbeitnehmeranzahl, muss gemäß § 52 GmbHG, § 77 BetrVG ein Aufsichtsrat gebildet werden. Dieser Eingriff in die Organisationsverfassung der GmbH verdeutlicht, welchen Einfluss die unternehmerische Mitbestimmung auf die Verfassung der Gesellschaft haben kann.

a) *Mitbestimmung unter Druck*

In der historischen Entwicklung sah sich die unternehmerische Mitbestimmung nie einem Wettbewerbsdruck seitens anderer Rechtsordnungen ausgesetzt. Die Sitztheorie hat das rechtspolitische Interesse an der Mitbestimmung durchgesetzt, wonach zuziehende ausländische Gesellschaften in ihrer Gestaltung nach ausländischem Recht im Inland nicht anerkannt wurden. Diese mussten sich somit in einer deutschen Gesellschaftsform neu gründen, um im Inland ihre Hauptniederlassung betreiben zu können. Daher unterlagen sie den deutschen Mitbestimmungsregeln des MitbestG. Eine paritätische Repräsentation durch Arbeitnehmervertreter war somit abgesichert. In dem „Fahrwasser“ der grundlegenden Entscheidungen des EuGH ist mit der Sitztheorie auch die unternehmerische Mitbestimmung unter Druck geraten. War die deutsche Mitbestimmung vorher von dem „Sicherheitskordon“ der Sitztheorie umgeben, so ist sie europaweit durch die Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht zumindest für die Gründung umgehbar. Wer die Mitbestimmung meiden möchte, der wählt ein anderes Personalstatut als das deutsche Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht.

Jedoch steht die Mitbestimmung nicht nur durch die kollisionsrechtlichen Implikationen unter Druck, sie sieht sich auch rechtspolitischer und rechtsökonomischer Kritik ausgesetzt. *Ulmer* hat 2002 die Frage gestellt, ob die paritätische Mitbestimmung in dem Aufsichtsrat noch eine zeitgemäße Gestaltung der internen Unternehmenskontrolle ist.¹⁰⁹⁸ Seine Kritik zielt neben dem Wettbewerbsnachteil für international tätige Unternehmen mit inländischem Verwaltungssitz auf die Einschränkung der Kontrollmöglichkeiten des Aufsichtsrates,

1097 BGH, IPRax 1983, 70 (71); OLG Stuttgart, NJW-RR 1995, 1067 (1069); MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 590; Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 510; Ulmer-Habersack-Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B 98; Grassmann, Rn 1069 ff.; Kropholler, IPR, S.582; v. Bar, IPR II, Rn 445, 644 ; Ebke, 31 Int'l Law, 961, 967-968 (1997); Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2237); Meilicke, GmbHR 2003, 793 (805); Riegger, ZGR 2004, 510 (518).

1098 Ulmer, ZHR 166 (2002), 271 ff.; ihm beipflichtend Ebke, JZ 2003, 927 (931).

da der Aufsichtsrat primär Personal- und Sozialfragen erörtere anstelle seiner Aufgabe, Aufsicht über den Vorstand zu führen gemäß § 111 Abs. 1 AktG, nachzukommen. Der Aufsichtsrat sei in der Rechtspraxis primär ein Gremium für die Interessenvertretung der *Stakeholder*; seine Kontrollfunktion rücke damit in den Hintergrund.¹⁰⁹⁹ Im Übrigen seien die Aufsichtsräte in vielen Fällen zu groß, um ihre Aufgaben effektiv wahrnehmen zu können. Daher plädiert *Ulmer* dafür, die inländischen Mitspracherechte der Arbeitnehmer auf die betriebliche Mitbestimmung zu beschränken.¹¹⁰⁰ Die Schmälerung der inländischen Mitbestimmung fördere das Zusammenwachsen des europäischen Binnenmarktes,¹¹⁰¹ da andere Rechtsordnungen eine gesetzlich verankerte unternehmerische Mitbestimmung nicht kennen.¹¹⁰²

Ein weiteres Problem benennt *Hopt*. Da der Vorstand den Widerstand der Arbeitnehmervertreter in dem Aufsichtsrat fürchte, unterrichte er den Aufsichtsrat häufig verspätet über beabsichtigte Strukturmaßnahmen oder Fusionen.¹¹⁰³ Damit werde der unternehmensinterne Informationsfluss weder gesichert noch gefördert. Vielmehr unterbleibt die Weitergabe wichtiger Informationen. Hinzu kommt, dass die Regeln der unternehmerischen Mitbestimmung keinen Schutz vor einer exzessiven Bezahlung des Management¹¹⁰⁴ oder kostenintensiven Streiks¹¹⁰⁵ bieten.¹¹⁰⁶ Solche Fälle untergraben das Vertrauen in das Institut der unternehmerischen Mitbestimmung.

Unter rechtsökonomischen Gesichtspunkten ist das Meinungsbild geteilt. *Eidenmüller* hält das deutsche Mitbestimmungsmodell für ineffizient in dem internationalen Vergleich.¹¹⁰⁷ Zu der Untermauerung seiner These führt er an, dass sich in den USA eine vergleichbare Form der Mitbestimmung „auf freiwilliger Basis“ schaffen ließe. Ein entsprechendes Modell werde aber nicht in die Tat umgesetzt.¹¹⁰⁸ In dem freien Wettbewerb führen die Unternehmen die unterneh-

1099 *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 271 (276); zu dem Vergleich mit dem britischen System *Davies*, ZGR 2001, 268 (287 ff., 292 f.). *Davies* erläutert, dass es zwar auch in Großbritannien Bestrebungen gegeben habe, eine Arbeitnehmermitbestimmung in dem Board britischer Gesellschaften zwingend zu vereinbaren (Vorschläge des Bullock Komitees), diese aber letztlich gescheiter wären.

1100 *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 271 (277); Sandrock, ZVGfRWiss 102 (2003), 447 (490) hält die Regelungen zu der Mitbestimmung für „nicht mehr als gesellschafts- und rechtspolitisch geglückt angesehen“; *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235 (240).

1101 *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 271 (277).

1102 Vgl. *Davies*, ZGR 2001, 268 ff.

1103 *Hopt*, ZGR 2000, 779 (801).

1104 Vgl. zu den zivilrechtlichen Konsequenzen: *Thüsing*, ZGR 2003, 457 ff.; vgl. zu den strafrechtlichen Konsequenzen: *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, 113 ff.

1105 Vgl. *Hopt*, ZGR 2004, 1 (4 ff.).

1106 *Hopt/Leyens*, I ECFR 135, 165 (2004);

1107 *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2236).

1108 Vgl. auch *Hopt*, ZGR 2000, 779 (802), der darauf hinweist, dass es sich bei der Entwicklung der deutschen Mitbestimmung um eine „pfadabhängige Entwicklung“ handelt. Die unternehmerische Mitbestimmung sei nach dem ersten Weltkrieg eingeführt

merische Mitbestimmung nicht ein. Die paritätische unternehmerische Arbeitnehmermitbestimmung sei stattdessen Ausdruck einer „spezifischen Konzeption von Verteilungsgerechtigkeit“.¹¹⁰⁹ Mitbestimmung wird somit nicht vom Markt gefordert, sondern von dem jeweiligen Staat den Unternehmen auferlegt. *Grundmann* und *Möslein* betrachten die Mitbestimmung demgegenüber als positiv.¹¹¹⁰ Sie könne den Unternehmenswert steigern, da sie die soziale Verpflichtung, die das Unternehmen gegenüber seinen Arbeitnehmern habe, glaubwürdiger erscheinen lässt. Die Arbeitnehmerschaft habe somit eine höhere Motivation, „in firmenspezifisches Humankapital zu investieren“, was bei komplexen, firmenspezifischen Produktionsprozessen von Vorteil sei.¹¹¹¹ Unabhängig von diesem uneinheitlichen Meinungsbild bleibt als Fakt bestehen, dass Unternehmen, wenn sie nicht gesetzlich dazu gezwungen sind, eine Form der unternehmerischen Mitbestimmung nicht implementieren.¹¹¹²

Aus diesen rechtspolitischen und juristisch-ökonomischen Gründen „wankt“ das Institut der unternehmerischen Mitbestimmung schon im Inland; ob es innerhalb Europas bestehen wird, bleibt abzuwarten. Zwar hat man sich nach langem und zähen Ringen auf das Optionsmodell für die Mitbestimmung in der europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*) geeinigt,¹¹¹³ es stellt sich aber die Frage, ob vor allem zuziehende ausländische Gesellschaften der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegen, da die kollisionsrechtliche Schranke der Sitztheorie keine Bastion mehr bildet. Mithin bedarf es der sachrechtlichen Anwendung auf ausländische Zuzugsgesellschaften, falls eine solche Durchsetzung rechtpolitisch gewünscht ist. Dies erscheint angesichts der diskutierten Argumente zweifelhaft bzw. zumindest umstritten. Wenn man mit den Befürwortern der Mitbestimmung das MitbestG gegenüber ausländischen Gesellschaften

und nach dem zweiten ausgebaut worden. Dies seien jeweils Situationen gewesen, in denen die Zusammenarbeit von Arbeit und Kapital für den Wiederaufbau des Landes notwendig war.

1109 *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2237).

1110 *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317 (351, Fn 103).

1111 *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317 (351, Fn 103).

1112 Eidenmüller-Rehberg, Ausländ. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 6 Rn 175; *Grundmann/Möslein*, ZvglRWiss (102) 2003, 289, 341 ff.; Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, 137 ff.

1113 Richtlinie 2001/86/EG vom 08.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. EG Nr. L 294 S. 22; Richtlinie 2003/72/EG vom 22.07.2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. EG Nr. L 207 S. 25; Artikel 16 der Richtlinie 2005/56/EG vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EU Nr. L 310 S. 1) und das zu ihrer Umsetzung ergangene Recht (vgl. SE-Beteiligungsgesetz vom 22.12.2004, BGBl. I S. 3686; SCE-Beteiligungsgesetz vom 14.08.2006, BGBl. I S. 1917; Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vom 21.12.2006, BGBl. I S. 3332).

zur Anwendung bringen möchte, stellt sich die Anschlussfrage, in welcher Form dies geschehen soll.

b) *Gegenwärtige Relevanz des Problems*

Im Folgenden soll ermittelt werden, ob es sich bei der Anwendung der Mitbestimmungsregeln auf Auslandsgesellschaften nicht um ein „akademisches Glasperlenspiel“¹¹¹⁴ handelt. Laut einer Studie der Hans-Böckler-Stiftung waren 2007/2008 29 Unternehmen (2006 noch 17) ausländischer Rechtsform in Deutschland tätig, deren Mitarbeiterzahlen sich in dem Bereich der Schwellengrenzen des MitbestG bewegen.¹¹¹⁵ Allerdings weist keine Kapitalgesellschaft ausländischer Rechtsform mit inländischem Verwaltungssitz eine mitbestimmungsrelevante Größe auf. Es handelte sich dabei entweder um deutsche Gesellschaften mit ausländischer Kapitalgesellschaft als Gesellschafter (Co. KG oder Co. oHG) oder um ausländische Gesellschaften mit bloßer Niederlassung in Deutschland. Jedoch kann sich dieses Problem bald stellen, da ein Auftreten von Gesellschaften mit ausländischer Rechtsform und inländischem Verwaltungssitz in dem zusammenwachsenden Europa immer wahrscheinlicher wird. Folglich ist der Gesetzgeber aufgerufen, sich der Problematik anzunehmen, wenn er eine Erstreckung der unternehmerischen Mitbestimmung auf ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz sicherstellen möchte. Andernfalls besteht vor allem für Gesellschaften aus Drittstaaten mit inländischem Verwaltungssitz die Möglichkeit, die unternehmerische Mitbestimmung nach deutschem Verständnis zu umgehen, da für sie auch nicht das europäische Richtlinienrecht gilt. Die aktuelle Gesetzeslage bietet jedoch nicht den Rahmen, um die unternehmerische Arbeitnehmermitbestimmung nach dem MitbestG gegenüber ausländischen Gesellschaften im Inland durchzusetzen.

Die Lösung des Problems könnte sachrechtlich in der Schaffung eines sog. „Mitbestimmungserstreckungsgesetzes“¹¹¹⁶ liegen. Es wäre eine rechtsformneutrale Regelung geboten, die sowohl den Großteil der inländischen als auch der ausländischen Gesellschaften erfasst.¹¹¹⁷ Insofern könnten die rechtsformneutralen Regelungen des MoMiG als Vorbild dienen. Ob ein solches Gesetz jedoch vor dem EuGH Bestand hätte, erscheint angesichts des möglichen Verstoßes ge-

1114 Vgl. Sandrock, BB 1999, 1337, 1341 f.: „Das Kollisionsrecht darf nicht zum intellektuellen Glasperlenspiel besonders versierter Kollisionsrechtler werden“.

1115 Sick, Mitbestimmungsrelevante Unternehmen mit ausländischen kombiniert ausländischen Rechtsformen, abrufbar unter: http://www.boeckler.de/pdf/mbf_2008_06_19_sick.pdf, vgl. auch Seyboth, AuR 2008, 132 (135).

1116 Seyboth, AuR 2008, 132 (135).

1117 Dies fordert auch Müller-Graff, ZHR 168 (2004), 1 (3).

gen die Niederlassungsfreiheit sehr fraglich. Dessen ungeachtet plädiert *Behrens* als Mitglied der Kommission, welche den Referentenentwurf erarbeitet hat, für eine Sonderanknüpfung der Unternehmensmitbestimmung.¹¹¹⁸ Bei dem Mitbestimmungsrecht handele es sich um zwingendes Eingriffsrecht, das die Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Geschäftsführungsorgan ohne Berücksichtigung des Gesellschaftsstatuts regelt. Die Notwendigkeit der Durchsetzung der gesetzgeberischen Wertentscheidungen mache es unmöglich, eine wertneutrale Anknüpfung zu suchen.¹¹¹⁹

Auf kollisionsrechtlicher Ebene hat sich der Gesetzgeber einer Regelung bislang enthalten. In dem Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht heißt es: „Der Entwurf regelt (...) nicht, welche Rechtsordnung auf die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Organen einer Gesellschaft anzuwenden ist.“¹¹²⁰ Unter Verweis auf die europäischen Richtlinien nimmt er keine Regelung des Problems vor. Trotzdem hatte sich die Wertschätzung der unternehmerischen Mitbestimmung durch den deutschen Gesetzgeber stets bei den Verhandlungen des SE-Statuts offenbart. Möglicherweise sehen die Schreiber des Entwurfs das Problem ähnlich wie *Heinze*.¹¹²¹ Dieser erläutert, dass für die Unternehmen die unternehmerische Mitbestimmung nicht von so überragender Bedeutung sei, wie dies häufig geglaubt werde. Vor allem für Neugründungen seien eher andere Standortfaktoren relevant, wie z.B. niedrigere Steuern oder Lohnkosten.¹¹²²

Diese Einschätzung *Heinzes* mag zwar aus Sicht der Unternehmen zutreffen, für eine enorme Relevanz des Themas spricht aber seine politische Brisanz.¹¹²³ Schon unter Juristen ist die unternehmerische Mitbestimmung besonders umstritten. Diese zeigte sich in der heftigen Diskussion um die unternehmerische Mitbestimmung bei dem 66. Deutschen Juristentag 2006 in Stuttgart. Dort konnte der Streit zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaftern nur entschärft werden, indem zum ersten Mal in der Geschichte keine Abstimmung der Änderungsvorschläge durchgeführt wurde.¹¹²⁴ Zudem ist auch eine Regierungskommission unter dem ehemaligen sächsischen Ministerpräsidenten *Kurt Biedenkopf* an der Thematik gescheitert. Trotzdem beschäftigen sich neue Projekte wie der Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“¹¹²⁵ weiterhin mit einer Reformierung der unternehmerischen Mitbestimmung, die auch von europäischer Seite weiter unter Druck gerät.¹¹²⁶ Andererseits hat Bundeskanzlerin *Angela Merkel*

1118 *Behrens*, in: Sonnenberger, Reform des GesR, S. 401 (428).

1119 *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S.148 ff.

1120 *RefE*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 7.

1121 *Heinze*, ZGR 2002, 66 (70).

1122 Vgl. *Seyboth*, AuR 2008, 132 (135).

1123 FAZ, Ausgabe vom 21.10.09, S. 21 („Deutsche Mitbestimmung verträgt sich schlecht mit dem Europarecht“).

1124 FAZ, Ausgabe vom 21.10.09, S. 21.

1125 Dazu ausführlich unten: Zweiter Teil, § 3, B., II., 3., d), (2), (d).

1126 Dazu vgl. nächster Abschnitt.: Zweiter Teil, § 3, B., II., 3., c), (2).

auch nach der Bundestagswahl 2009 bekräftigt, dass sie an der unternehmerischen Mitbestimmung festhalten will.¹¹²⁷ Sie wird daher nicht zulassen, dass die Mitbestimmung durch die Einführung der Gründungstheorie in dem Rahmen des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht weiter unter Druck gerät. Dies gilt insbesondere in Zeiten in bzw. nach einer globalen Finanzkrise, die zahlreiche Unternehmen unter Druck setzt. Eine vermeintliche Beschneidung der Arbeitnehmerrechte erscheint in diesem Zusammenhang politisch nicht opportun. Es bleibt abzuwarten, wie die Politik die unternehmerische Mitbestimmung in Zukunft behandeln wird. Sicher ist allerdings, dass sie angesichts der politischen Dimension nicht an Relevanz einbüßen wird.

c) *Möglichkeit der Sonderanknüpfung und ihre Konformität mit dem Europarecht*

Zu überlegen wäre daher, ob die Mitbestimmung *de lege ferenda* durch eine Sonderanknüpfung gegenüber ausländischen Gesellschaften zur Anwendung gebracht werden kann.¹¹²⁸ Als rechtstechnische Durchsetzungsmöglichkeiten kommen neben der analogen Anwendung des MitbestG möglicherweise der *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB oder eine Sonderanknüpfung als Eingriffsrecht i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO in Betracht.¹¹²⁹

(1) *Analoge Anwendung des MitbestG oder Sonderanknüpfung*

Für eine analoge Anwendung des MitbestG spricht, dass keine Änderung der geltenden Gesetze notwendig wäre. Allerdings normiert § 1 Abs. 1 MitbestG, dass die Regeln über die Mitbestimmung nur auf die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die GmbH oder die Genossenschaft anwendbar sind. Die grammatischen Auslegungen, die für eine Beschränkung auf die genannten deutschen Gesellschaftsformen spricht, wird unterstützt von den Materialien zum MitbestG, wonach ausländische Gesellschaften nicht erfasst sind.¹¹³⁰ Eine Anwendung des MitbestG widerspräche damit dem Willen des Gesetzgebers. Damit scheidet nicht nur eine unmittelbare Anwendung, sondern auch eine analoge Anwendung der Mitbestimmungsregeln aus, da eine planwid-

1127 FAZ, Ausgabe vom 21.10.09, S. 21.

1128 Vgl. Behrens, in: Sonnenberger, Reform des GesR, S. 428; Thüsing, ZIP 2004, 381 (382).

1129 Vgl. Seyboth, AuR 2008, 132 (134 f.).

1130 BT-Drs. 7/4845, S.4. zitiert nach Thüsing, ZIP 2004, 381 (382).

rige Regelungslücke ausweislich der Gesetzesmaterialien nicht vorliegt.¹¹³¹ Eine analoge Anwendung des MitbestG kommt nicht in Betracht.

Notwendig für eine Sonderanknüpfung wäre hingegen, dass die Mitbestimmungsgesetze „in ihrem Geltungsanspruch zu sog. Eingriffsnormen im kollisionsrechtlichen Sinne verstärkt werden“.¹¹³² Um eine kollisionsrechtliche Sonderbehandlung als Eingriffsnorm zu rechtfertigen, muss die jeweilige Norm einem Gemeinwohlinteresse dienen und einen internationalen Geltungswillen besitzen.¹¹³³ Die Materialien lassen einen internationalen Geltungswillen nicht erkennen, so dass sowohl eine analoge Anwendung des MitbestG als auch eine Sonderanknüpfung de lege lata nicht möglich sind. Die Frage der Mitbestimmung hat der Gesetzgeber unter Hinweis auf die europäischen Richtlinien und die deutschen Umsetzungsgesetze ausgeklammert.¹¹³⁴ Damit ist jedoch über die Anwendbarkeit auf Gesellschaften aus Drittstaaten nichts gesagt. Eine Lösung für die mitbestimmungsrechtliche Problematik gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten hält der Gesetzgeber nicht bereit.

(2) Konformität einer Sonderanknüpfung mit dem Europarecht

Bejaht man hingegen eine Sonderanknüpfung der Regeln zu der unternehmerischen Mitbestimmung, ist die Frage der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit zu stellen, wenn man die Sonderanknüpfung gegenüber Gesellschaften aus dem Geltungsbereich des AEUV und aus dem übrigen Ausland gleichmäßig anwenden möchte.

Der EuGH hat in einem *obiter dictum* im Rahmen der *Überseering*-Entscheidung¹¹³⁵ den Schutz von Arbeitnehmern als einen zwingenden Grund des europäischen Allgemeinwohls eingestuft.¹¹³⁶ Mit der konkreten Frage nach der unternehmerischen Mitbestimmung hat sich der EuGH jedoch in der *Überseering*-Entscheidung nicht befassen müssen.¹¹³⁷ Der Rückschluss von der Erwähnung von Arbeitnehmerschutz durch den EuGH in *Inspire Art*-Entscheidung auf

1131 Thüsing, ZIP 2004, 381 (382); Zimmer, in: Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 365 (369 ff.).

1132 Hirte/Bücker-Müller-Bonanni, § 14 Rn 18.

1133 v. Bar/Mankowski, IPR I, S.262 ff.; Kropholler, IPR, § 3 II; Kegel/Schurig, IPR, § 2 IV 2; v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 10 Rn 93.

1134 ReFFE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 7 f.: „Der Entwurf regelt weiterhin nicht, welche Rechtsordnung auf die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Organen einer Gesellschaft anzuwenden ist.“

1135 EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919, Rn 92.

1136 Eidenmüller-Eidenmüller, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 3 Rn 23.

1137 Jestadt, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, 304; Rieger, ZGR 2004, 510 (520); a.A. Kindler, NJW 2003, 1073 (1079); Thüsing, ZIP 2004, 381 (385).

die Zulässigkeit einer Sonderanknüpfung der unternehmerischen Mitbestimmung gegenüber ausländischen Gesellschaften ist jedoch nicht zwingend. Es bedarf vielmehr der Prüfung, ob die Anwendung der unternehmerischen Mitbestimmung auf europäische Auslandsgesellschaften mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV vereinbar ist.

Ob eine Sonderanknüpfung der unternehmerischen Arbeitnehmermitbestimmung dem „Vier-Faktoren“-Test des EuGH standhält, ist Gegenstand einer großen Debatte in dem deutschen Schrifttum.¹¹³⁸ Unbestritten ist die Tatsache, dass die Anwendung bzw. das „Aufpfpopfen“¹¹³⁹ der deutschen Regeln über die unternehmerische Mitbestimmung der zuziehenden europäischen Gesellschaft zusätzliche Pflichten auferlegt. Dies könnte durch das Einrichten eines Gremiums geschehen, welches die Geschäftsleitung kontrolliert.¹¹⁴⁰ Die Pflicht, einen Aufsichtsrat zu bilden, bedeutet vor allem für die ausländischen Gesellschaften, die gar kein aufsichtsratsähnliches Gremium kennen, eine besondere Belastung. Es wäre daran zu denken, dass jeder europäische Mitgliedstaat dazu verpflichtet ist, seinen (wegzugswilligen) Gesellschaften ein duales Leitungs-/Überwachungsmodell zur Verfügung zu stellen. Eine solche Möglichkeit besteht heute etwa nach französischen und nach italienischem Recht.¹¹⁴¹ Damit würde der Wegzug ausländischer Gesellschaften nicht mehr an dem Argument scheitern, dass sie nicht die Mitbestimmungsvoraussetzungen des deutschen Rechts erfüllen, da sie über keinen Aufsichtsrat verfügen.

Somit liegt grundsätzlich ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit vor. Um den Eingriff in die Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen, muss die unternehmerische Mitbestimmung dem nichtdiskriminierenden Schutz anerkannter, nicht wirtschaftlicher Interessen dienen und im Übrigen verhältnismäßig sein.¹¹⁴² Die Arbeitnehmerinteressen, konkret die unternehmerische Arbeitnehmermitbestimmung, sind möglicherweise ein Gemeinwohlbelang, der das Beschränken etwaiger Privatinteressen der Gesellschafter rechtfertigen könnte. Eine nichtdiskriminierende Anwendung der unternehmerischen Mitbestimmung auf ausländische Gesellschaften bejahen einige Autoren schon allein deshalb, weil die deutschen Mitbestimmungsgesetze inländische Gesellschaften genauso treffen wie die aus-

1138 Dagegen (Auswahl): *Ebke*, BB 2003, 1; *Ebke*, JZ 2003, 927 (931); m.w.N.; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2242); *Forsthoff*, DB 2002, 2471 (2477); *Hirte Bücker-Müller-Bonanni*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 14 Rn 22; *Zöllner*, GmbHR 2006, 1 (10); dafür (Auswahl): *Behrens*, in: *Sonnenberger*, Reform des GesR, S. 401 (428); *Kindler*, NJW 2003, 1073 (1079); *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 30 (36); *Müko-Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, 592 ff.; *Thüsing*, ZIP 2004, 381 (383 ff.).

1139 *Thüsing*, ZIP 2004, 381 (383).

1140 Vgl. zu einem sog. Konsultationsrat: Zweiter Teil, § 3, B., II., 3., d). (3).

1141 Vgl. für die französische SA: Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 1164; vgl. für die italienische S.r.l. und S.p.a.: Spahlinger Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 1259.

1142 *Behrens*, IPRax 2004, 20 (25).

ländischen.¹¹⁴³ Allerdings können sich für die ausländischen Gesellschaften mit häufig monistischen Führungsstrukturen erhebliche Probleme in der Umsetzung der unternehmerischen Mitbestimmung ergeben, während den deutschen Gesellschaften eine auf die Mitbestimmung abgestimmte Organisationsverfassung zur Verfügung steht.¹¹⁴⁴

Einige Autoren zählen die paritätische unternehmerische Mitbestimmung nicht zu dem *europäischen* Gemeinwohl, so dass es demnach bereits an einem Allgemeinwohlzweck fehle.¹¹⁴⁵ Dass die unternehmerische Mitbestimmung nach deutschem Recht unter den Begriff des „Allgemeinwohlinteresses“ zu subsumieren ist, geht aus den Aussagen des EuGH in der *Überseering*-Entscheidung nicht hervor.¹¹⁴⁶ Darin spricht der EuGH nur davon, dass es sich nicht ausschließen lässt, „dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.“¹¹⁴⁷ Die deutschen Vorschriften über die unternehmerische Mitbestimmung benennt der EuGH jedoch nicht ausdrücklich. Diese Überlegungen stützen die Dissonanzen, die sich bei der Verabschiedung diverser Richtlinien wie z.B. der SE-VO¹¹⁴⁸ gezeigt haben. Obwohl das Verhandlungsmodell bei der SE eingeführt worden ist,¹¹⁴⁹ kann angesichts der unterschiedlichen Auffassungen zwischen den Mitgliedstaaten bisher nicht davon ausgegangen werden, dass die paritätische unternehmerische Arbeitnehmermitbestimmung deutscher Prägung als ein europäischer Allgemeinwohlzweck zu begreifen ist. Die unternehmerische Mitbestimmung deutscher Prägung ist in der SE-RL nur einer von mehreren möglichen Mitbestimmungsstandards. Dies ergibt sich bereits aus Erwägungsgrund 5. Danach sieht der Europäische Gesetzgeber von einer einheitlichen Regelung „angesichts der in den Mitgliedstaaten bestehenden Vielfalt an Regelungen und Ge pflogenheiten für die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an der Beschlussfassung in Gesellschaften“ ab. Ob der EuGH danach die deutsche Form der Arbeitnehmermitbestimmung als Allgemeinwohlgrund einordnen würde, ist fraglich.¹¹⁵⁰

Sollte der EuGH einen Gemeinwohlzweck der unternehmerischen Mitbestimmung befürworten, wäre im Folgenden die Eignung der paritätischen Arbeitnehmermitbestimmung zu dem Schutz von Arbeitnehmerinteressen zu bejahen.¹¹⁵¹ Allerdings müsste dieser Schutz auch erforderlich sein, d.h. es dürfte kein

1143 Franzen, RdA 2004, 257 (262); auch Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159 (184).

1144 Franzen, RdA 2004, 257 (262); Thüsing, ZIP 2004, 381 (384).

1145 Vgl. Ebke, JZ 2003, 927 (931).

1146 EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919, Rn 92.

1147 EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919, Rn 92.

1148 Verordnung 2157/2001.

1149 Vgl. zu dem Verhandlungsmodell: Zweiter Teil, § 3, B., II., 3., d), (2).

1150 Ebke, JZ 2003, 927, (931).

1151 Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159 (185).

weniger einschneidendes, gleich geeignetes Mittel ersichtlich sein. In diesem Zusammenhang verweisen einige Autoren auf die betriebliche Mitbestimmung und andere Instrumente auf betrieblicher Ebene, die einen ausreichenden Schutz der Arbeitnehmerinteressen vermittelten.¹¹⁵² Dagegen werden jedoch die verschiedenen Zwecke der beiden Mitbestimmungsformen angeführt.¹¹⁵³ Die unternehmerische Mitbestimmung solle ein Mitspracherecht der Arbeitnehmer bei der Überwachung und strategischen Ausrichtung des Unternehmens sichern, während sich die betriebliche Seite der Mitbestimmung auf den Arbeitsplatz beziehe. Schützen allerdings andere, nicht notwendigerweise identische Regelung des Heimatstaates das Allgemeininteresse, entfällt aus diesem Grund die Erforderlichkeit.

Dazu sind drei Dinge zu bemerken: Erstens ist die deutsche Form der unternehmerischen Mitbestimmung nicht der einzige Weg, deren Ziele zu erreichen. Die EG (heutige EU) hat u.a. vier Richtlinien erlassen, die den Schutz der Arbeitnehmer auf andere Art und Weise sicherstellen. Dazu zählt die Richtlinie über die Einrichtung von Betriebsräten¹¹⁵⁴, die transnational tätige Unternehmen mit mehr als 1.500 Arbeitnehmer zu der Einrichtung eines Betriebsrates zwingt, wenn mehr als 100 Arbeitnehmer dies fordern. Daneben wahrt die Richtlinie 2001/23/EG¹¹⁵⁵ die Ansprüche und Rechte von Arbeitnehmer bei dem Übergang von Unternehmen oder Unternehmensstellen. Eine andere Richtlinie¹¹⁵⁶ räumt den Arbeitnehmern im Fall von Massenentlassungen Beratungsrechte mit den Arbeitnehmern ein. Schließlich ist die Richtlinie 2002/14/EG zu berücksichtigen, die u.a. die Einrichtung eines Informations- und Beratungsorgans bei Nachfrage durch die Arbeitnehmer vorsieht.¹¹⁵⁷ Somit werden die Arbeitnehmer auf europäischer Ebene auch auf andere Weise als durch die zwingenden deutschen Mitbestimmungsregeln geschützt.

Zweitens kennen auch andere europäische Rechtsordnungen gewisse Formen unternehmerischer Mitbestimmung.¹¹⁵⁸ Diese weisen jedoch Unterschiede zu

1152 Eidenmüller, JZ 2004, 24 (29); Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2242); Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159 (185); Müller-Bonanni, GmbHR 2003, 1235 (1238); Schanze/Jüttner, AG 2003, 661 (668); Ziemons, ZIP 2003, 1913 (1917).

1153 Franzen, RdA 2004, 257 (263).

1154 Richtlinie 94/45/EG über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrates oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen.

1155 Richtlinie 2001/23/EG zur Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben, Unternehmens- oder Betriebsstellen.

1156 Richtlinie 98/59/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen.

1157 Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft.

1158 Z.B. in der Tschechischen Republik, Norwegen, Dänemark oder Österreich.

dem deutschen Modell auf.¹¹⁵⁹ Betrachtet man die Systeme der unternehmerischen Mitbestimmung in dem Zusammenspiel mit dem Schutz der Arbeitnehmerinteressen durch die betriebliche Mitbestimmung und die Gewerkschaften, so ist der Schutz möglicherweise geringer, aber nichtsdestotrotz vorhanden. Doch auch wenn das Recht des jeweiligen Mitgliedstaats keine unternehmerische Mitbestimmung oder nur bei bestimmten öffentlichen Unternehmen kennt, erscheint eine Sonderanknüpfung in dem Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 i.V.m. 54 AEUV nicht möglich. Die Frage der Vereinbarkeit der deutschen Regeln zu der unternehmerischen Mitbestimmung ist vergleichbar mit der Situation des varierenden mitgliedstaatlichen Gläubigerschutzes. Dieses unterschiedliche Niveau in dem Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung ist nach der Rechtsprechung des EuGH zu akzeptieren.¹¹⁶⁰ Für den Gläubigerschutz gilt das gleiche wie für die unternehmerische Mitbestimmung: Unterschiedliche Regelungsstandards innerhalb der EU sind aus deutscher Sicht hinzunehmen. Dieses Regelungsgefälle ist Voraussetzung für den Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen, den der deutsche Gesetzgeber ausweislich des MoMiG annehmen will.¹¹⁶¹ Ob die deutsche unternehmerische Mitbestimmung in diesem Wettbewerb bestehen wird, wird die Zukunft zeigen. Dazu muss der deutsche Gesetzgeber die unternehmerische Mitbestimmung allerdings für alle im Inland tätigen Gesellschaften „europafest“ machen.

Drittens ist mit der Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf ausländische, in der Regel monistisch verfasste Gesellschaften ein tiefer Eingriff in die Organisationsstruktur verbunden. Eine Gesellschaft mit monistischer Struktur müsste Arbeitnehmervertreter in ihren Verwaltungsrat (*board*) aufnehmen, was den Einfluss der Arbeitnehmervertreter auf das operative Geschäft erhöhen würde, oder eine dualistische Struktur mit Aufsichtsrat wählen. Die aus dieser „Umformung“ folgenden praktischen Probleme sind zahlreich und röhren aus der exponierten Stellung der unternehmerischen Mitbestimmung in Deutschland.¹¹⁶² Diese Veränderungen der Gesellschaftsstruktur führen zu dem Ergebnis, dass die ausländischen Gesellschaften nicht in der Form anerkannt werden, wie ihre Heimatrechtsordnung sie geschaffen hat. Die mögliche veränderte Gesellschaftsform bezeichnet *Müller-Bonanni* daher als ein „hybrides Gebilde“ aus ausländischem und deutschem Gesellschaftsrecht.¹¹⁶³ Dass europäische Gesellschaften den Regelungen zweier nationaler Rechtsordnungen unterliegen, sollte durch das Unionsrecht gerade vermieden werden. Dieser Ansatz steht mit der durch den EuGH festgeschriebenen Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht nicht im Einklang.

1159 Vgl. ausführlich *Baums/Ulmer*, Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten.

1160 Vgl. EuGH NJW 1999, 2027 (2028).

1161 RegE MoMiG, S. 1, 56, 62, 125, 130.

1162 Hirte/Bücker-*Müller-Bonanni*, Grenzüberschr. Gesellschaften, § 14 Rn 22; *W.-H. Roth*, IPRax 2003, 117 (118); *Veit/Wichert*, AG 2004, 14 (18).

1163 Hirte/Bücker-*Müller-Bonanni*, Grenzüberschr. Gesellschaften, § 14 Rn 22.

Die Anwendung des MitbestG auf ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitzes ist somit *de lege lata* ausgeschlossen. Wenn man nicht bereits ein zwingendes Allgemeinwohlinteresse verneint, so muss eine Anwendung der deutschen Regeln über die unternehmerische Mitbestimmung auf ausländische Gesellschaften, die im Inland tätig sind, an der mangelnden Erforderlichkeit i.S.d. „Vier-Faktoren“-Tests scheitern. Eine Ausdehnung der Mitbestimmung auf europäische Auslandsgesellschaften wäre mithin europarechtswidrig.

Damit ist jedoch nichts über eine etwaige Sonderanknüpfung gegenüber Drittstaaten gesagt. Dafür bedürfte es eines internationalen Geltungswillens der Mitbestimmung. Ein solcher ist aus dem MitbestG nach dem gegenwärtigen Stand nicht zu ersehen, da der Anwendungsbereich gemäß § 1 MitbestG nur inländische und keine ausländischen Gesellschaftsformen erfasst. Es fällt daher schwer, wenn nicht gar unmöglich, aus der aktuellen Gesetzeslage auf einen internationalen Geltungswillen zu schließen. Soweit man den internationalen Geltungswillen des MitbestG bejaht, muss man über eine Sonderankrüpfung nachdenken. Angesichts der politischen Brisanz des Themas werden deshalb im Folgenden die Schwierigkeiten und Lösungsansätze für die Gestaltung einer möglichen Mitbestimmungsregelung, die auch auf ausländische Gesellschaften anwendbar ist, dargestellt und untersucht.

d) Schwierigkeiten und Lösungsansätze für die Gestaltung einer Mitbestimmungsregelung

Auf die technischen Schwierigkeiten, die auf den Gesetzgeber bei der Gestaltung einer Mitbestimmungsregelung zukommen, hat Zimmer hingewiesen.¹¹⁶⁴ Danach seien drei Fragen zu beantworten:

- (1) Welche Gesellschaften sollen erfasst werden und fallen in den personellen Anwendungsbereich einer etwaigen Regelung?
- (2) Wie soll die Mitbestimmung verfahrensmäßig umgesetzt werden?
- (3) Wo sollte die unternehmerische Mitbestimmung verortet werden, wenn eine Gesellschaft eine monistische Leitungsverfassung besitzt?

1164 Zimmer, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 386 ff.

(1) Personeller Anwendungsbereich

Zunächst muss geklärt werden, welche Gesellschaften in den Anwendungsbereich der Mitbestimmung fallen sollten. Nach § 1 Abs. 1 MitbestG findet das MitbestG nur auf deutsche Kapitalgesellschaften Anwendung. Damit sind sowohl inländische Personengesellschaften als auch ausländische (Kapital-)Gesellschaften ausgenommen. Dies leuchtet für die inländischen Personengesellschaften, die nach Prinzip der Selbstorganschaft verfasst sind, ein; denn vor allem die persönliche Haftung der Gesellschafter schützt die Arbeitnehmerseite vor opportunistischem Verhalten. Allerdings käme eine Ausdehnung auf ausländische Kapitalgesellschaften in Betracht. Für EU-Gesellschaften kann dies über die Kataloge in den gesellschaftsrechtlichen Richtlinien sichergestellt werden.¹¹⁶⁵ Dies gilt jedoch nicht für Gesellschaftsformen aus Drittstaaten, mit denen keine entsprechenden Abkommen bestehen. *Zimmer* weist darauf hin, dass es im drittstaatlichen Recht Gesellschaftsformen geben kann, die der deutschen Einordnung nach Kapital- oder Personengesellschaft nicht entsprechen.¹¹⁶⁶ Fraglich bleibt damit, ob sich mit einem unklaren Begriff der Kapitalgesellschaft arbeiten lässt. Da eine Kataloglösung wie bei den EU-Richtlinien aufgrund des notwendigen Umfangs ausscheidet, liegt es nahe, mit dem Begriff der Kapitalgesellschaft zu arbeiten. Somit obliegt es dem jeweiligen Rechtsanwender zu überprüfen, inwiefern die jeweilige Gesellschaftsform als Kapitalgesellschaft einzurufen ist.

(2) Verfahrensstruktur – Lösung über das Verhandlungsmodell

Eine mögliche Lösung für das Problem der Anwendung der unternehmerischen Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten könnte hinsichtlich der Verfahrensstruktur in der Verhandlungslösung zu finden sein. Danach ist die konkrete Ausgestaltung der Mitbestimmung grundsätzlich der freien Verhandlung zwischen der Unternehmensführung und einem eigens dafür geschaffenen besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer überlassen.¹¹⁶⁷ Diese Idee geht auf eine Anregung des Davignon-Berichtes zurück; dieser hatte ein Verhandlungsmodell für die Beteiligung der Arbeitnehmer bei der SE vorgeschla-

1165 Vgl. Erste Richtlinie 1968/151/EG, Art. 1.

1166 *Zimmer*, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 386 f.; vgl. für das deutsche Recht die Legaldefinition in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG.

1167 Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 08.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer; dazu *Reichert/Brandes*, ZGR 2003, 767 (772-775); *Köstler*, ZGR 2003, 805-808.

gen, das sich an die Richtlinie 95/45/EG über Europäische Betriebsräte¹¹⁶⁸ anlehnt. In dieser gab der europäische Gesetzgeber die Vorstellung auf, dass er durch inhaltliche Vorgaben unionsweit einheitliche Regelungen kreieren könne; stattdessen entschied er sich dafür, eine Verfahrensstruktur vorzugeben, in der die Beteiligten die für sie beste Lösung aushandeln können.

Möglicherweise kann das Verhandlungsmodell eine Lösung für das Problem der Anwendung der unternehmerischen Mitbestimmung auf Gesellschaften aus Drittstaaten mit inländischem Verwaltungssitz bzw. auf deutsche mitbestimmungspflichtige Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz verlegen wollen, eröffnen. In dem Zuge der Analyse soll zunächst unter (a) auf die Vorzüge und Nachteile des Verhandlungsmodells eingegangen werden. Im Anschluss gibt die Arbeit einen kurzen Überblick über das Verhandlungsmodell der SE gegeben werden (b); danach geht die Arbeit unter (c) auf die Lösung der Arbeitnehmerbeteiligung bei der zu schaffenden neuen kleinen Privatrechtsgesellschaft ein. Abschließend setzt sie sich unter (d) mit dem Vorschlag des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“ auseinander.

(a) Vorzüge und Nachteile des Verhandlungsmodells

In einer ersten Einschätzung hat *Fleischer* 2004 drei Vorzüge und einen Kardinalfehler des Verhandlungsmodells herausgearbeitet.¹¹⁶⁹ Zunächst überzeuge der Vorrang der Verhandlungslösung in privatrechtlicher Hinsicht, da die Privatautonomie über die hoheitliche Vorgabe gestellt werde. Von dem europarechtlichen Standpunkt sei es positiv zu bewerten, da es dem historischen Kern des Subsidiaritätsprinzips, der Abgrenzung der staatlichen von der nichtstaatlichen Sphäre, gerecht wird.¹¹⁷⁰ Schließlich sei ihm auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht beizupflchten, da die Unternehmensorganisation in einem Such- und Entdeckungsverfahren in dem Sinne *Hayeks* entwickelt werde.¹¹⁷¹ Allerdings sieht *Fleischer* einen „kardinalen Konstruktionsfehler“¹¹⁷² in der Richtlinie: die sog. *fall-back option*. Gemäß Art. 7 SE-RL tritt bei Scheitern der Verhandlungen eine Auffangregelung in Kraft, wonach der Status *quo ante* fortgeführt wird. Damit einer Flucht aus der Mitbestimmung vorgebeugt wird, bestimmt sich die Mitwir-

1168 Die Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22.09.1994 über die Einrichtung eines europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Information und Konsultation der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen; dazu *Heinze*, ZGR 2002, 66 (68).

1169 *Fleischer*, AcP 104 (2004), 502 (534 f.).

1170 Vgl. *Müller-Graff*, ZHR 159 (1995), 34 (49 ff.).

1171 Grundlegend *Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren; vgl. auch *Ehke*, in: *FS Lutter*, 21 (29).

1172 *Fleischer*, AcP 104 (2004), 502 (535).

kung der Arbeitnehmer in diesem Falle nach dem höchsten Mitbestimmungsstandard (Vorher-Nachher-Prinzip).¹¹⁷³ Diese Regelung basiert auf der spieltheoretischen Annahme, dass Verhandlungen immer mit Rücksicht auf die Standardregel geführt werden.¹¹⁷⁴ Nach Einschätzung *Fleischers* besteht daher eine geringe Verhandlungsbereitschaft seitens der Arbeitnehmer, da diese bei Scheitern der Verhandlungen auf das Mitbestimmungsmodell des Sekundärrechts des Sitzstaates zurückgreifen könnten.

Ob diese negative Einschätzung allerdings der Realität entspricht, kann angesichts neuerer empirischer Daten von *Keller* und *Werner*¹¹⁷⁵ bezweifelt werden. Die Autoren haben empirische Daten vorgelegt, nach denen die meisten Europäischen Aktiengesellschaften ein ausgehandeltes Arbeitnehmerbeteiligungsmo dell haben.¹¹⁷⁶ Der Trend gehe zu einer maßgeschneiderten bzw. zu einer auf das Unternehmen zugeschnittenen Arbeitnehmerbeteiligung. Nach ihrer Einschätzung kommt es daher vermehrt zu einer „ausgehandelten Europäisierung“¹¹⁷⁷ in dem Bereich der Arbeitnehmerbeteiligung.

(b) Das Verhandlungsmodell der SE und sein Erfolg in der Praxis

In dem Verhandlungsmodell der SE gilt gemäß Art. 7 der SE-RL i.V.m. Annex I SE-RL, dass das Leitungsgremium mit dem besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer über die Ausgestaltung einer Mitbestimmungsregelung verhandeln soll. Nationales Recht findet insofern keine Anwendung. Schlagen die Verhandlungen allerdings fehl, so wird nationales Recht angewandt. Schließlich setzt sich dasjenige nationale Recht durch, welches die stärksten Arbeitnehmerrechte garantiert. Welches Recht im Einzelfall einschlägig ist, bestimmt sich nach Schwellenwerten. Beispielsweise gilt bei Verschmelzungen das stärkste Mitbestimmungsrecht, wenn in dem Land mindestens 25 % der Arbeitnehmer der Gesellschaft beschäftigt sind, Art. 3 Abs. 4c) SE-RL. Dem Schutz der Arbeitnehmerrechte wird zusätzlich dadurch Rechnung getragen, dass die Registrierung der SE eine Lösung des Mitbestimmungsproblems voraussetzt. Eine SE kann deshalb nach Art. 12 SE-VO nur registriert werden, wenn eine der folgenden drei Optionen erfüllt ist: entweder müssen die Beteiligten eine Einigung bezüglich der Arbeitnehmerbeteiligung erzielt haben (Art. 4 SE-RL), eine Entscheidung

1173 Kritisch *Heinze*, ZGR 2002, 66 (69 f.).

1174 Vgl. zu der Spieltheorie, *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie; vgl. zu der Verhandlungstheorie *Fisher/Ury/Patton*, Getting to Yes.

1175 *Keller/Werner*, 14 (2008) EJIR 153.

1176 *Keller/Werner*, 14 (2008) EJIR 153 (163).

1177 *Keller/Werner*, 14 (2008) EJIR 153 (170). Vgl. zu der Richtlinie über Europäische Betriebsräte, *Lecher/Platzer/Rüb/Weiner*, European Works Councils: Negotiated Europeanisation.

gegen die Eröffnung oder Weiterführung von Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung getroffen haben (Art. 3 Abs. 6 SE-RL) oder der Zeitraum für Verhandlungen ist ohne ein Ergebnis verlaufen (Art. 5 SE-RL), so dass die nationalen Regelungen Anwendung finden.

Den Erfolg der SE-Regelung belegt eine kürzlich erschienene Studie von *Eidenmüller, Engert und Hornuf*.¹¹⁷⁸ Darin stellen die Autoren einen Anstieg bei SE-Gründungen zwischen 2005 und 2008 fest. Hatten 2005 in dem ersten Jahr nach der Einführung der SE nur 16 Unternehmen die Gesellschaftsform gewählt, so waren es 2008 über 200 Unternehmen. Laut dem *Europäischen Gewerkschaftsinstitut (ETUI)* waren es im Dezember 2010 bereits ca. 680 Unternehmen, die als SE organisiert waren.¹¹⁷⁹ Ausweislich der Ergebnisse der beiden Studien sind die SE-Gründungen weit überwiegend in Rechtsordnungen mit unternehmerischer Mitbestimmung zu verzeichnen, wie z.B. in Deutschland oder in der Tschechische Republik.¹¹⁸⁰ Da *Eidenmüller, Engert und Hornuf* neben der Sichtung öffentlich einsehbarer Daten auch Telefoninterviews durchführten, war es ihnen möglich, die Motive für die Gründung der SE von den beteiligten Unternehmen in Deutschland zu erfragen. Diese waren unter dem Gesichtspunkt Sicht der unternehmerischen Mitbestimmung von besonderem Interesse.

Zu den Motiven zählen neben dem Image der SE als paneuropäische Gesellschaft und dem Wunsch nach Verlegung des Sitzes über die Grenze auch der Zugang zu einem monistischen Leitungsorgan, das „Einfrieren“ der zwingenden Mitbestimmung vor Erreichen der Schwellengrenze oder aber auch die Reduzierung der Aufsichtsratsmitglieder.¹¹⁸¹ Für den überwiegenden Teil der deutschen SE-Gründungen hat die Mitbestimmung eine Rolle bei der Wahl der Rechtsform gespielt. Gleichzeitig haben die Beteiligten kreative Alternativlösungen für die Mitbestimmung entwickelt; so haben in einigen Firmen die Arbeitnehmer Zugang zu einem schmaleren Vertretungsorgan¹¹⁸² und eine genaue Definition ihrer Kompetenzen erhalten. Gleichzeitig hat die Gesellschaft häufigere Treffen mit dem Management versprochen und den Vertretern der Arbeitnehmerschaft verbesserten Zugang zu den Arbeitsplätzen im Ausland angeboten. Mindestens eine Gesellschaft hat die unternehmerische Mitbestimmung sogar vollständig abgeschafft; allerdings hat sie im Austausch dafür einen „Sozialfond“ für ihre Mitarbeiter eingerichtet. Diese Daten von *Eidenmüller, Engert und Hornuf*, die mit den bereits erwähnten Daten von *Keller und Werner* harmonieren,¹¹⁸³ zeigen, dass die Praxis das Verhandlungsmodell annimmt. Die Beteiligten sind demnach in der Lage, kreative Lösungen zu erzeugen. Die Leitungsorgane und die Be-

1178 *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, 10 EBOR 1- 33 (2009).

1179 ETUI (2010), European Company (SE) Factsheets, <http://ecdb.worker-participation.eu>; zuletzt abgerufen am 17.12.2010.

1180 *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, 10 EBOR 1, 19 (2009).

1181 *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, 10 EBOR 1, 26 (2009).

1182 Art. 7 SE-RL i.V.m. Anhang Teil 1.

1183 *Keller/Werner*, 14 (2008) EJIR 153.

beschäftigen nehmen die Verhandlungslösung der SE folglich an. Sie können damit eine Regelung erzielen, die besser auf die konkreten Bedürfnisse zugeschnitten ist als ein zwingendes gesetzliches Einheitsmodell.

(c) *Lösung bei der EPG nach dem Votum des Europäischen Parlaments*

Weitere Bestätigung erfährt das Verhandlungsmodell auf europäischer Ebene in dem Falle der Europäischen Privatrechtsgesellschaft (EPG).¹¹⁸⁴ Gemäß Art. 34, 38 EPG-VO-E gilt grundsätzlich für die Fragen der Arbeitnehmermitbestimmung das Recht des Registerlandes. Ausnahmen greifen jedoch bei drohendem Rechtsverlust der Arbeitnehmer ein. Eine EPG mit mehr als 1.000 Arbeitnehmern muss ein Mitbestimmungsregime aushandeln, wenn ein Viertel der Belegschaft der EPG in einem Mitgliedstaat arbeitet, in dem die konkrete Anzahl der Arbeitnehmer nach dortigem Recht mehr Mitbestimmungsrechte genießt als nach dem Recht des Registerlandes.¹¹⁸⁵ Für eine EPG mit bis zu 1.000 Arbeitnehmern gilt die Schwelle von einem Drittel der Beschäftigten, die in dem Land mit den stärksten Mitbestimmungsrechten arbeiten; bei Neugründungen bis zu 1.000 Arbeitnehmer beträgt die Schwelle 50 %.¹¹⁸⁶ Der Kompromiss berücksichtigt zwei Gesichtspunkte: zum einen sollen bestehende Rechte möglichst nicht eingeschränkt werden, zum anderen sollen neue Vorschriften möglichst nicht eingeführt werden müssen. Es bleibt deshalb abzuwarten, wie das Mitbestimmungsmodell bei der EPG aussehen wird.

(d) *Vorschlag des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“*

Die europäische Rechtsentwicklung hat vor kurzem deutsche Rechtswissenschaftler inspiriert, einen Entwurf zu der Einführung der Verhandlungslösung für die deutsche Aktiengesellschaft und GmbH zu erstellen.¹¹⁸⁷ Ziel des Vorschlags des Arbeitskreises ist es, das deutsche Mitbestimmungsrecht in Anlehnung an

1184 Nachdem die Europäische Kommission im Juni 2008 einen Entwurf für die Europäische Privatrechtsgesellschaft vorgelegt hat, hat das Europäische Parlament im März 2009 dem Entwurf mit Modifikationen zugestimmt, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_de.pdf; dazu Hommelhoff/Teichmann, GmbHR, 2008, 897 ff.; Lehne, GmbHR 2009, R 145 ff.

1185 Art. 34 Abs. 1a a) EPG-VO-E.

1186 Art. 34 Abs. 1a b), c) EPG-VO-E.

1187 AK *Unternehmerische Mitbestimmung*, ZIP 2009, 885 ff.; zu dem Arbeitskreis zählen: Gregor Bachmann, Theodor Baums, Mathias Habersack, Martin Hessler, Marcus Lutter, Hartmut Oetker, Peter Ulmer; vgl. dazu umfassend Hommelhoff, ZGR 2010, 48 ff.

das Verhandlungsmodell bei der SE fortzuentwickeln. In ihrer Begründung weisen die Autoren darauf hin, dass die Verhandlungslösung bereits „verdeckt“ in das deutsche Recht eingeführt worden sei.¹¹⁸⁸ Das Ende 2006 eingeführte MgVG¹¹⁸⁹, das die Verschmelzungsrichtlinie¹¹⁹⁰ in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht umsetzt, regelt die Mitbestimmung in dem Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung auf eine Gesellschaft mit inländischem Satzungssitz. Eine deutsche Muttergesellschaft kann demnach ihr Mitbestimmungsmodell aushandeln, wenn eine ausländische Tochtergesellschaft auf sie verschmolzen wird. Da zudem über das MgVG das Unternehmen einseitig die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder festlegen könne, sei eine Neuregelung auf nationaler Ebene erforderlich. Andernfalls drohe infolge der europarechtlich gebotenen Regelungen ein Leerlaufen der deutschen Mitbestimmungsregeln.¹¹⁹¹

Inhaltlich soll weitgehende Gestaltungsfreiheit¹¹⁹² für die Verhandlungspartner bestehen, während nur einige Eckpunkte wie die Anzahl der von den Arbeitnehmern gewählten Aufsichtsratsmitglieder oder Wahl- und Abberufungsverfahren für die Arbeitnehmervertreter in dem Aufsichtsrat festgelegt werden sollen. Demnach soll Mitbestimmungsautonomie bestehen. Ähnlich wie bei der SE solle es in dem Fall des Scheiterns der Verhandlungen eine *fall back-option* geben. Falls die Verhandlungen scheitern, sollen somit die §§ 1-33 MitbestG uneingeschränkt Anwendung finden.¹¹⁹³ Ausweislich des § 7 Abs. 1 MitbestG-E setzt sich der Aufsichtsrat bei einem Unternehmen, das 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, aus je sechs Vertretern der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite zusammen; bei Unternehmen mit mehr als 10.000 Beschäftigten soll ein Verhältnis von sieben zu sieben Vertretern Anwendung finden. Die Satzung kann allerdings auch eine höhere Anzahl bestimmen. Dabei soll es sich für die bestehenden Gesellschaften um eine Option handeln. Entsprechend soll das Mitbestimmungsrecht weiter gelten, bis sich Arbeitnehmer, Unternehmensleitung und Aktionäre auf die neuen Regeln geeinigt haben.

Allerdings soll dieser Entwurf auf deutsche Kapitalgesellschaften i.S.v. § 1 Abs. 1 MitbestG, die ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen wollen. Anwendung finden. Keine Anwendung finden die Mitbestimmungsregeln des Entwurfs hingegen auf ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwal-

1188 AK *Unternehmerische Mitbestimmung*, ZIP 2009, 885 (886).

1189 Gesetz über die unternehmerische Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen vom 21.12.2006, BGBl. I S. 3332.

1190 Richtlinie 2005/26 EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten; gesellschaftsrechtliche Umsetzung durch §§ 122a-123 UmwG.

1191 AK *Unternehmerische Mitbestimmung*, ZIP 2009, 885 (886).

1192 Hommelhoff, ZGR 2010, 48 (56ff).

1193 AK *Unternehmerische Mitbestimmung*, ZIP 2009, 885 (897). Entgegen der Ansicht des AK wäre allerdings eine Klarstellung dieser Rechtsfolge für die Rechtsanwendung hilfreich. Zudem verursachte eine solche Regelung keinen besonderen Aufwand, da es nur eines Satzes bedürfte.

tungssitz. Dieser Vorschlag verfolgt daher nicht das Ziel, die unternehmerische Mitbestimmung auf ausländische Gesellschaftsformen mit inländischem Verwaltungssitz auszudehnen. Trotzdem bleibt eine Erstreckung der Verhandlungslösung auf ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz theoretisch denkbar. Dafür muss allerdings geklärt werden, wo die Mitbestimmung innerhalb der Gesellschaft angeordnet werden soll. Mit dieser Frage setzt sich der nächste Abschnitt auseinander.

(3) Verortung der unternehmerischen Mitbestimmung bei einem monistischen Leitungsorgan

Schließlich stellt sich die Frage, an welcher Stelle die unternehmerische Mitbestimmung bei einer ausländischen Gesellschaft mit monistischer Leitungsverfassung, d.h. mit einem Verwaltungsrat oder Board of Directors, zu verorten ist. Als Optionen kommen die Einrichtung eines Aufsichtsrats, die Integration der Arbeitnehmervertreter in dem Leitungsorgan oder die Schaffung eines speziellen Organs außerhalb der Leitungsstrukturen in Betracht.¹¹⁹⁴ Die erste Möglichkeit mit der Schaffung eines Aufsichtsrats¹¹⁹⁵ und damit der Einführung einer dualistischen Leitungsverfassung erscheint abwegig, da die jeweilige Gesellschaft ein zusätzliches Aufsichtsorgan installieren müsste. Der Wechsel zu einer dualistischen Leitungsstruktur bietet daher für eine ausländische Gesellschaft mit monistischer Leitungsverfassung keine ernsthafte Option. Eine solche zwingende Vorgabe hielte die betroffene Gesellschaft von einem Wechsel nach Deutschland ab. Zweitens könnte man wie bei der monistisch verfassten deutschen SE die Arbeitnehmervertreter in das Leitungsorgan als vollwertige Mitglieder aufnehmen. Gegenüber dem ersten Modell wäre als Vorteil zu verbuchen, dass kein zusätzliches Organ eingerichtet werden müsste und die monistische Struktur erhalten bleiben könnte.

In der praktischen Umsetzung ließe sich darüber nachdenken, dass Arbeitnehmervertreter in das *board* (Verwaltungsrat) einer ausländischen Gesellschaft als sog. *non-executive directors* aufgenommen werden könnten. Die Trennung von *executive* und *non-executive directors* in dem britischen bzw. angloamerikanischen monistischen Board-System ähnelt strukturell der deutschen dualistischen Leitungsverfassung. Im Gegensatz zu den *executive directors* sind die *non-executive directors* nicht an der Geschäftsführung beteiligt. *Non-executive directors*¹¹⁹⁶ nehmen häufig die Aufgaben wahr, die nach deutschem Recht den Mit-

1194 Vgl. Eberspächer, ZIP 2008, 1951 (1952 f.).

1195 Grothe, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co, 320; v. Halen, Das Gesellschaftsstatut, 268.

1196 Dabei handelt es regelmäßig um *executive directors* anderer Unternehmen.

gliedern des Aufsichtsrats zukommen: sie kontrollieren die Geschäftsleitung. Sie nehmen jedoch nicht regelmäßig an allen Sitzungen der *executive directors* teil.¹¹⁹⁷ Es ist daher theoretisch denkbar, dass die deutschen Arbeitnehmervertreter als *non-executive directors* in dem Board der britischen Gesellschaft sitzen.

Dagegen spricht allerdings, dass diese Lösung in der Praxis kaum umgesetzt werden dürfte. Britisches Gesellschaftsrecht dient nicht dem Schutz der Arbeitnehmer, dies ist Aufgabe des Arbeits- und Vertragsrechts.¹¹⁹⁸ Dies zeigt sich auch in der Ausgestaltung der Direktorenpflichten nach dem neuen Companies Act 2006.¹¹⁹⁹ In section 172 (1) CA 2006 heißt es, dass die Direktoren verpflichtet sind, den Erfolg des Unternehmens zu fördern. Die Interessen der Arbeitnehmer sind nur insoweit zu berücksichtigen, als dies dem Nutzen der Aktionäre dient. Diese Formel gilt ebenso für alle Nicht-Aktionärsbelange. Man spricht daher von dem sog. *enlightened shareholder value approach*.¹²⁰⁰ Deutsche Arbeitnehmervertreter in dem Board einer britischen Gesellschaft müssten gemäß section 172 (1) CA 2006 die Interessen der Anteilseigner über die der Arbeitnehmer stellen. Diese Vorgabe gerät in Konflikt mit ihren eigenen Interessen als Vertreter der Arbeitnehmer. Ein solcher Interessenkonflikt lässt sich nicht in Einklang mit dem britischen Gesellschaftsrecht bringen. Die Integration deutscher Arbeitnehmervertreter in das britische Board-System ist somit in der Praxis nicht umsetzbar.

Als dritte Möglichkeit ließe sich über die Errichtung eines Konsultationsrates nachdenken. Dabei handelt es sich um einen Vorschlag aus der Wissenschaft.¹²⁰¹ Im Gegensatz zu den beiden anderen Modellen vermeidet diese Lösung einen Wechsel des Leitungssystems und eine personelle Veränderung der Gesellschaftsorgane. Ziel ist es, die Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmerseite und die Organkompetenzen zu entflechten. Diese Lösung ist vor dem Hintergrund entwickelt worden, dass bei der quasi-paritätischen Mitbestimmung der Aktionärsseite stets das Letztentscheidungsrecht zusteht. Daher sehen die Mitglieder des *Berliner Netzwerk Corporate Governance* die zentrale Bedeutung der unternehmerischen Mitbestimmung in dem Austausch von Informationen vor wichtigen Entscheidungen innerhalb des Unternehmens; eine solche vorherige Kommunikation wirke sich vertrauensbildend auf die Arbeitnehmerschaft aus.¹²⁰² Zu der Sicherstellung der Kommunikation reiche dann aber die Information und anschließende Stellungnahme des Konsultationsrates aus. Welche Konsequenzen eine ablehnende Stellungnahme für die Umsetzung der Unternehmensent-

1197 *Hopt/Leyens*, 1 ECFR 135, 150 (2004); siehe schon *Großfeld/Ebke*, AG 1977, 92, (93).

1198 *Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 14-28.

1199 Vgl. zu den Direktorenpflichten, *Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 16-01 ff.

1200 *Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 16-25.

1201 *Berliner Netzwerk Corporate Governance*, AG 2004, 200f.; *Kirchner*, AG 2004, 197 (198 ff.).

1202 *Berliner Netzwerk Corporate Governance*, AG 2004, 200 (201).

scheidung hat, ist offen. Denkbar ist eine Überwindung mit schriftlicher Begründung oder einstimmigem Beschluss, da sich auch in der traditionellen Mitbestimmungsregelung die Anteilseigner durchsetzen können.

Trotz dieser Vorteile gegenüber den anderen Modellen enthält auch diese Option einige Nachteile. Wenn man den Konsultationsrat zu einem funktionalen Äquivalent der bisherigen Form der unternehmerischen Mitbestimmung ausgestalten will, setzt dies einen zumindest faktischen Einfluss auf die unternehmerische Entscheidung voraus.¹²⁰³ Um die Einflussnahme der Arbeitnehmer auf die Entscheidung zu ermöglichen, müssen die Arbeitnehmer vor der Entscheidung der Leitungsorgane beteiligt werden, d.h. vor der letzten Sitzung des Verwaltungsrates oder des Board. Somit bestehen nach wie vor zwei Nachteile der Unternehmensmitbestimmung. Auf der einen Seite wirkt sich die Verpflichtung des Leitungsorgans, Informationen an die Arbeitnehmerseite weiterzugeben, nachteilig aus. Auf der anderen Seite verlangsamt die Arbeit des Konsultationsrates und eine mögliche Ablehnung der Maßnahme die Dauer des gesamten Entscheidungsverfahrens. Gleiches gilt für die Effizienz der Führungsorganisation.¹²⁰⁴ Letztlich offenbart sich bei diesem Problem einer konzeptionell stimmigen Verortung der unternehmerischen Mitbestimmung in monistisch organisierten Gesellschaften der Konflikt zwischen den Zielen der Mitbestimmung und dem sog. shareholder value Ansatz des ausländischen, vor allem des angloamerikanisch geprägten Gesellschaftsrechts.¹²⁰⁵ Es ist vor allem die Frage der Verortung der Mitbestimmung bei monistischen Leitungsverfassungen, die an der rechtstechnischen Realisierbarkeit einer Sonderanknüpfung der unternehmerischen Mitbestimmung zweifeln lassen.

(4) Zwischenergebnis

Der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht hat mitbestimmungsrechtliche Fragen ausdrücklich ausgeklammert.¹²⁰⁶ Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Gewerkschaften eine Lösung dieses Problems anmahnten und dementsprechend den Widerstand gegen den Referentenentwurf im Internationalen Gesellschaftsrecht organisierten.¹²⁰⁷ Der Vorschlag des Arbeitskreises *Unternehmerische Mitbestimmung* dient dazu, die sachrechtliche „Hürde“ der

1203 Berliner Netzwerk Corporate Governance, AG 2004, 200 (201); vgl. Leyens, RabelsZ 67 (2003), 59 (97).

1204 Eberspächer, ZIP 2008, 1951 (1956).

1205 Vgl. Skrzipek, Shareholder Value versus Stakeholder Value.

1206 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 7, 8; vgl. Köster, ZRP 2008, 214.

1207 Vgl. zu der Position des DGB, Seyboth, AuR 2008, 132 ff.; vgl. auch Wöhlert, GWR 2009, 161.

Arbeitnehmermitbestimmung in dem Fall der grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer deutschen mitbestimmten Gesellschaft ins Ausland zu überwinden. Er schafft damit die Voraussetzungen, die den Widerstand der Gewerkschaften gegen den Referentenentwurf bezüglich des Internationalen Gesellschaftsrechts überwinden könnten. Allerdings bietet der Entwurf keine Lösung für die Behandlung zuziehender Auslandsgesellschaften. Ob es für diese Problemstellung eine Lösung gibt, ist zweifelhaft, da eine Verortung der Mitbestimmung in einem monistischen Leitungsorgan unmöglich erscheint. Durch die Verhandlungslösung, die über die SE und die Verschmelzungsrichtlinie als Option nationalen Gesellschaften offensteht, kann der Vorschlag nicht nur zu der Überwindung des Jahrzehnte alten Streits um die Mitbestimmung bei einer Sitzverlegung der betroffenen Gesellschaft dienen. In dem Falle der Realisierung wird er auch dazu führen, dass das Bundesjustizministerium sich wieder dem Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht annehmen kann, ohne den Widerstand der Gewerkschaften fürchten zu müssen.

III. Zusammenfassung zu § 3

Festzuhalten bleibt, dass die Anordnung der Gründungstheorie durch den Referentenentwurf zu einem „Gezeitenwechsel“ im deutschen Gesellschaftskollisionsrecht führt. Grundsätzlich beurteilt sich das Gesellschaftsstatut nach dem Recht an dem Ort der Registrierung der Gesellschaft, vgl. Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E. Etwas anderes gilt für einige insolvenzrechtlich geprägte Bereiche des Gläubigerschutzes: die Anknüpfung der Gesellschafterdarlehen, der Insolvenzantragspflicht und die Insolvenzverschleppungshaftung sowie möglicherweise der Insolvenzverursachungshaftung. Diese vier Rechtsinstitute sind vor dem Hintergrund des MoMiG insolvenzrechtlich zu qualifizieren. In dem Bereich des Gesellschafterschutzes sind Sonderanknüpfungen ebenfalls abzulehnen. Für die Arbeitnehmermitbestimmung erscheint eine Sonderanknüpfung keine vernünftige Lösung darzustellen. Will der Gesetzgeber hier Rechtssicherheit gegenüber ausländischen Gesellschaften schaffen, muss er in diesem Bereich eine Lösung entwickeln. An Vorarbeiten aus der Wissenschaft mangelt es dazu nicht.

Etwaige Sonderanknüpfungen, also solche, die von der regulären Qualifikation abweichen, stellen keine sinnvolle Ergänzung des Gesellschaftsstatuts dar. Dies gilt vor allem für die europäischen Gesellschaften, deren Niederlassungsfreiheit durch den AEUV gewährleistet wird. Im Einzelfall ist es vorstellbar, über Sonderanknüpfungen gegenüber drittstaatlichen Gesellschaften deutsches Recht anzuwenden. Damit gerät der Rechtsanwender allerdings in Konflikt mit der Rechtssicherheit und Kohärenz des Anknüpfungssystems. Einen solchen

Konflikt versucht der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht zu vermeiden.¹²⁰⁸

§ 4: Einführung des SE-Modells gemäß Art. 7, 8 SE-VO auf nationaler Ebene?

Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit der Frage, inwiefern die Anknüpfung der SE gemäß Art. 7, 8 SE-VO ein Modell verkörpert, das auch für das deutsche Recht attraktiv ist. Zunächst werden der Inhalt der Regelung (A.) und ihre Vorteile (B.) dargestellt. Anschließend untersucht die Arbeit die Vereinbarkeit mit dem europäischen Primärrecht (C.) und der etwaige Reformbedarf (D.), da ein einheitliches Kollisionsrecht nur bei europarechtlicher Unbedenklichkeit sinnvoll darstellbar ist. Am Ende stehen der mögliche Einfluss des MoMiG auf die Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten (E.) und eine abschließende Bewertung sowie ein Ausblick (F.).

A. Regelungsinhalt des Sitzkopplungsmodells

Gemäß Art. 7 S. 1 SE-VO müssen Satzungssitz und Hauptverwaltung der SE in einem Staat liegen. Satzungssitz und Hauptverwaltung der SE dürfen zu keinem Zeitpunkt auseinanderfallen. Dies gilt auch für den Fall der Sitzverlegung, die über das in Art. 8 SE-VO genannte Verfahren durchgeführt werden kann. Da der Satzungssitz an den Verwaltungssitz gekoppelt ist, bezeichnet man die Regelung der Art. 7, 8 SE-VO als ein sog. Sitzkopplungsmodell. Weder der Satzungssitz noch der Verwaltungssitz kann demnach ohne den anderen verlegt werden. Bei einem Verstoß gegen dieses Gebot kann der Wegzugsstaat dies mit der Liquidation gemäß Art. 64 SE-VO sanktionieren.¹²⁰⁹

Wie das Sitzkopplungsmodell gemäß Art. 7, 8 SE-VO kollisionsrechtlich einzurichten ist, ist umstritten.¹²¹⁰ Ähnlich der vorhergehenden Lösung über die

1208 Der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht spricht auf S. 9 von dem Ziel, „einen einheitlichen Rechtszustand für alle Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen des Privatrechts zu schaffen.“

1209 In Deutschland gemäß § 52 SEAG.

1210 Spricht die SE-VO von „Sitz“, so ist damit der satzungsmäßige Sitz gemeint. Dies ergibt sich zum einen aus der parallelen Verwendung von „Sitz“ und „Hauptverwaltung“ in Art. 7, 64 SE-VO; zum anderen findet sich in der französischen Fassung der Richtlinie an gleicher Stelle der Ausdruck „siège statuaire“ bzw. in der britischen Fassung der Ausdruck „registered office“.

Einführung der Gründungstheorie mit Sonderanknüpfungen könnte man das Modell der SE als eine Mittel- oder Kompromisslösung zwischen Sitz- und Gründungstheorie begreifen.¹²¹¹ Es ist zu überlegen, ob diese vermittelnde Lösung ihren Optimierungscharakter durch eine Abwägung zwischen den beiden Extremen entfalten kann.¹²¹² Es stellt sich die Frage, ob das Modell der SE eher der Sitz- oder der Gründungstheorie zuzuordnen ist.¹²¹³ Ausweislich des Erwähnungsgrundes 27 hat die SE-VO keine Stellung in dem Streit um das richtige Anknüpfungskriterium beziehen wollen. *Ringe* hat demgegenüber festgestellt, dass es sich um eine eigenständige Form der Anknüpfung handelt.¹²¹⁴ Zunächst sei zwischen der kollisions- und der sachrechtlichen Ebene zu unterscheiden. Kollisionsrechtlich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass gemäß Art. 7 i.V.m. Art. 9 Abs. 1c) SE-VO das nationale Recht nicht anwendbar ist. Anknüpfungspunkt für die Verweisungsnormen der SE ist stets der satzungsmäßige Sitz der SE.¹²¹⁵ Für die Verweisungen ist es irrelevant, ob sich die Hauptverwaltung – wie von Art. 64 SE-VO gefordert – in dem gleichen Staat wie der Satzungssitz befindet. Die Anknüpfung erfolgt somit an das Recht des jeweiligen Satzungssitzes. Im Unterschied zu der britischen Form der Gründungstheorie ist das Anknüpfungsmoment, vergleichbar mit der Anknüpfung an das Recht des Registrierungsortes in dem Referentenentwurf,¹²¹⁶ also wandelbar. Es handelt sich um eine wandelbare Kollisionsnorm.¹²¹⁷ In materiell-rechtlicher Hinsicht unterscheidet sich das Modell sowohl von der Sitz- als auch von der Gründungstheorie. Von der Sitztheorie unterscheidet es sich nicht nur durch die Anknüpfung an den Satzungssitz, sondern auch durch die Gestaltung der Sitzverlegung. Im Gegensatz zu der Rechtslage in Deutschland vor Erlass des MoMiG kann die SE aus Sicht des Sachrechts ihren Verwaltungs- und Satzungssitz verlegen. War der Beschluss über den Wegzug einer nach deutschem Recht organisierten Gesellschaft nach der hergebrachten Sitztheorie noch als Liquidationsbeschluss aufgefasst worden,¹²¹⁸ ist eine solche Auffassung in Bezug auf die SE gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 2 SE-VO ausgeschlossen. Damit überwindet die SE-VO die „Mobilitätsfeindlichkeit der Sitztheorie“.¹²¹⁹ Allerdings führt die in Art. 7 Abs. 1 SE-VO verankerte Kopplung von Satzungssitz und Hauptverwaltung zu einer Einschränkung der liberalen Gründungsanknüpfung. Damit knüpft die SE-VO zwar gemäß Art. 8 SE-VO grundsätzlich an den Satzungssitz an, dies führt aber aufgrund der in von Art. 7 Abs. 1 SE-VO niedergelegten Sitzkopplung zu einer „Art materiell-

1211 Vgl. für die gesamte Privatrechtswissenschaft. *Bydlinski*, AcP 104 (2004), 309 ff.

1212 *Bydlinski*, AcP 2004, 309 (394).

1213 Vgl. statt aller *Ringe*, Die Sitzverlegung der SE, 36 ff. m.w.N.

1214 *Ringe*, Die Sitzverlegung der SE, 39 ff.

1215 *Ringe*, Die Sitzverlegung der SE, 39.

1216 Dazu Zweiter Teil, § 2. C.

1217 v. *Bar/Mankowski*, IPR I, S. 330; § 28 I-III.

1218 BGHZ 78, 318 (334); 97, 269 (271 f.); *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 7 I 2 c).

1219 *K. Schmidt*, ZGR 1999, 20 (22).

rechtlicher Sitztheorie“.¹²²⁰ Zusammenfassend kann man also festhalten, dass es sich in kollisionsrechtlicher Hinsicht um eine „Satzungssitzanknüpfung“ und materiellrechtlich um eine „Sitzkopplungsmodell“ handelt und damit um ein Modell eigener Art.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Sitzkopplungsmodell um eine Lösung handelt, die sich auch in anderen europäischen Sekundärrechtsakten wiederfindet.¹²²¹ Dieses sog. Einheitlichkeitsgebot findet sich z.B. in Art. 6, 7 SCE-VO, Art. 12 EWIV-VO, Art. 6 II Richtlinie 2000/12/EG (Bankrechtskoordinierungsrichtlinie: Sitzkoppelung für Kreditinstitute), Art. 5 IV Richtlinie 2004/39/EG (Wertpapierdienstleistungsaufsichtsrichtlinie), Art. 3 Richtlinie 95/26/EG sowie Art. 6 III Richtlinie 2002/83/EG (Versicherungsaufsichtsrichtlinie) oder Art. 3 Richtlinie 85/611/EWG (Investmentrichtlinie).

B. Vorteile des Modells

Ulmer sieht den Zweck des Sitzkopplungsmodells in der Verhinderung von Scheinauslandsgesellschaften.¹²²² Dieses vermeide Nachteile für Gläubiger, Anteilseigner oder Arbeitnehmer, indem der europäische Gesetzgeber einen deregulierten Wettbewerb der sekundär anwendbaren Rechtsordnungen ausschalte, vgl. Art. 9 I lit. c SE-VO.¹²²³ Des Weiteren zeigen *Casper* und *Weller* auf, dass die Regeln der Sitzkongruenz zu einem Gleichlauf von sekundärem Gesellschaftsstatut und dem Insolvenzstatut führen, das sich gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO nach dem Recht an dem Interessenmittelpunkt des Schuldners richtet.¹²²⁴ Dieser Gleichlauf umgeht ein Auseinanderfallen von Gesellschaftsstatut (Art. 51 SE-VO i.V.m. §§ 93, 116 AktG) und Insolvenzstatut (Art. 4 EuInsVO i.V.m. §§ 15a, 39 InsO), so dass keine Normwidersprüche auftreten können, die sich für die Haftung von Organen oder Aktionären ergeben können.¹²²⁵ Gleichzeitig hemmt die Sitzkopplung den Wechsel des Insolvenzstatuts, der andernfalls durch bloße Verlegung des Verwaltungssitzes erreicht werden könnte.¹²²⁶ Da der Satzungssitz einfach zu bestimmen ist und nur gemäß Art. 8 SE-VO verlegt werden kann, sind

1220 Ringe, Die Sitzverlegung der SE, 41.

1221 Ringe, Die Sitzverlegung der SE, 30 ff.; Casper/Weller, NZG 2009, 681 (682).

1222 Ulmer, NJW 2004, 1201 (1210); Manz/Mayer/Schröder-Fuchs, SE-Kommentar, Art. 7 SE-VO, Rn 6.

1223 Manz/Mayer/Schröder-Fuchs, SE-Kommentar, Art. 7 SE-VO, Rn 6.

1224 Der Interessenmittelpunkt der Schuldnergesellschaft kann insbesondere nach der *Eurofood*-Entscheidung des EuGH (NJW 2006, 2682) der Sitz der Hauptverwaltung sein, vgl. Weller, ZGR 2008, 835 (854 ff.).

1225 Zu einem möglichen Gleichlauf von Gesellschafts- und Insolvenzstatut: Dritter Teil, § 6, C.; zu der rechtspolitischen Forderung, Eidenmüller, RabelsZ 70 (2006), 474 ff.

1226 Vgl. auch Weller, ZGR 2008, 835 ff.

die Gläubiger in der Lage, das in dem Fall der Insolvenz anwendbare Recht zu ermitteln. Sie können demnach ihre Risiken besser bemessen, als wenn Insolvenz- und Gesellschaftsrecht auseinanderfallen können. Außerdem stellt die Sitzkopplung eine zuverlässige Beaufsichtigung (z.B. im Gewerbe- und Registerrecht) und eine effektive Bewachung in steuer- und strafrechtlicher Hinsicht sicher.¹²²⁷

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass das Sitzkopplungsmodell Vorteile der Gründungstheorie und der Sitztheorie miteinander kombiniert.¹²²⁸ Auf der einen Seite garantiert die Anknüpfung an den Satzungssitz die rechtssichere Bestimmung des subsidiär anwendbaren Rechts, welches sich aus Art. 9 Abs. 1 lit. c) SE-VO ableiten lässt; auf der anderen Seite gewährleistet die materiell-rechtliche Berücksichtigung des Rechts an dem Verwaltungssitz den Verkehrsschutz. Der Rechtsverkehr wird in seinem Vertrauen geschützt, dass das anwendbare Sekundärrecht dem Recht an dem Ort der realen Hauptbetätigung der SE entspricht. Dieser letzte Punkt belegt, dass es sich bei dem Modell der SE um eine vermittelnde Lösung zwischen den beiden Polen der Gründungs- und Sitztheorie handelt.

C. Vereinbarkeit mit dem europäischen Primärrecht

Bis zu der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Cartesio*¹²²⁹ bestand Unklarheit hinsichtlich der Primärrechtskonformität des Sitzkopplungsmodells der SE.¹²³⁰ Einige sahen in dieser Sitzkopplung primärrechtswidriges Sekundärrecht.¹²³¹ Einer solchen Interpretation hat der EuGH in der *Cartesio*-Entscheidung einen Riegel vorgeschoben. Der EuGH hat mit der Festschreibung der sog. „Geschöpftheorie“¹²³² klargestellt, dass der Mitgliedstaat, dem die jeweilige Gesellschaft ihre Existenz verdankt, über das Schicksal der Gesellschaft entscheiden kann, wenn die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen will. Dies gilt sowohl für die Gründungsphase als auch für die Zeit danach. Damit legt

1227 Casper/Weller, NZG 2009, 681 (682).

1228 Ringe, Die Sitzverlegung der SE, 82 f.

1229 Dazu Erster Teil, § 2, A., VII.

1230 Bevor man sich der Konformität im Einzelnen zuwendet, ist zu klären, ob für die SE-VO der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV (ex 43, 48 EGV) eröffnet ist; vgl. umfassend, Ringe, Die Sitzverlegung der SE, 49 ff. m.w.N.

1231 Ringe, Die Sitzverlegung der SE, 74 ff., 99 f.; Ziemons, ZIP 2003, 1913 (1918); a.A. Teichmann, ZGR 2003, 367 (401); Ulmer, NJW 2004, 1201 (1210).

1232 Kieninger, EWS 2008, Heft 6, „Die Erste Seite“.

der EuGH fest, dass die Mitgliedstaaten befugt sind, die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland zu verhindern.¹²³³

Obwohl sich der EuGH nicht unmittelbar zu der Primärrechtskonformität des SE-Modells geäußert hat, ergeben sich aus der *Cartesio*-Entscheidung doch zwei Gründe, die dafür sprechen: Erstens wird man dem europäischen Gesetzgeber die gleichen Befugnisse wie den Mitgliedstaaten in Bezug auf seine supranationalen Rechtsformen einräumen müssen, wenn man seine Rechtsakte dem Primärrecht unterwirft.¹²³⁴ Zweitens setzt sich der EuGH mit dem SE-Modell auseinander, ohne auf Fragen der Vereinbarkeit mit dem Primärrecht einzugehen.¹²³⁵ Es ist damit festzuhalten, dass das SE-Modell der Sitzkongruenz mit der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV vereinbar ist. Es kann damit theoretisch nicht nur gegenüber Gesellschaften, mit denen keine staatsvertragliche Verpflichtung besteht, angewendet werden, sondern auch gegenüber Gesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten.

Obwohl der EuGH in der Rechtssache *Cartesio* das SE-Modell als primärrechtskonform eingeordnet hat, besteht nach Auffassung einiger Autoren Reformbedarf für das Modell der SE.¹²³⁶ Die Kritik soll Gegenstand des nächsten Abschnitts sein. Inwiefern dieses Modell als ernsthafte Option für eine autonome deutsche Regelung in Betracht kommt, soll im Anschluss analysiert werden.

D. Reformbedarf

Gemäß Art. 69 SE-VO soll die Europäische Kommission bis Herbst 2009 einen Evaluierungsbericht über die SE-VO erstellen und etwaige Änderungsvorschläge präsentieren. Zu den zu bewertenden einzelnen Punkten zählt auch nach Art. 60 S. 2 f) SE-VO die Sitzkopplungsregelung der Art. 7, 8 SE-VO. Vor diesem Hintergrund erscheint es notwendig, eine Bewertung dieser Regelung vorzunehmen, die auch im Rahmen des bisherigen Regelungswerkes und der jüngeren rechtspolitischen Entwicklung auf nationaler und europäischer Ebene erfolgen soll. Eine Entkopplung von Satzungs- und Verwaltungssitz brächte eine höhere Flexibilität und Mobilität für solche Unternehmen mit sich, die in Form einer SE organisiert sind. Somit wären Unternehmen in der Lage, auf veränderte standortbedingte Rahmenbedingungen mit einer Verlegung des Verwaltungssitzes zu reagieren.¹²³⁷ Diese gewonnene Mobilität könnte den Standortwettbewerb intensivieren und käme damit dem Ziel eines Binnenmarktes i.S.v. Art. 3 EUV, auf

1233 EuGH, NZG 2009, 61 – Rn 110.

1234 Casper/Weller, NZG 2009, 681 (683).

1235 EuGH, NZG 2009, 61 – Rn 117 f.

1236 Casper/Weller, NZG 2009, 681 (683).

1237 Ringe, Die Sitzverlegung der SE, 1 ff.

dem sich die Unternehmen frei bewegen können, näher. Mit Blick auf den ersten Erwägungsgrund der SE-VO, der die Möglichkeit der unionsweiten Restrukturierung als Ziel benennt, sollte diese Möglichkeit auch der SE eröffnet werden.¹²³⁸ Zudem zöge die Entkopplung auch eine Vereinfachung der Bildung von europaweit agierenden SE-Konzernen mit sich.¹²³⁹ Die Konzerngesellschaften könnten alle einem gemeinsamen Primär- und Sekundärstatut unterworfen werden. Eine in Deutschland ansässige Holding- oder Muttergesellschaft könnte nach deutschem Sekundärstatut organisiert werden; die Tochtergesellschaft wäre trotz ihres ausländischen Verwaltungssitzes deutschem Recht unterworfen, solange ihr Satzungssitz in Deutschland belegen ist. Mit einem einheitlichen Sekundärpersonalstatut ließe sich ein einheitliches Recht für den jeweiligen Konzern erstellen, was die Kosten für den Konzern reduzieren und damit die Effizienz der Konzernstruktur steigern würde. Beispielsweise könnte das betroffene Unternehmen Informationskosten, d.h. Rechtsberatungskosten für die verschiedenen Rechtsordnungen sparen. Dass es sich dabei um Ziele der SE handelt, ergibt sich aus den Erwägungsgründen Nr. 6 und 7 der SE-VO.

Neben diesen Erwägungen, die sich aus dem bisherigen Regelungswerk ableiten lassen, ist zu berücksichtigen, dass sich die europäische und nationale rechtspolitische Entwicklung grundsätzlich in Richtung Entkopplung von Satzungs- und Verwaltungssitz bewegen. Art. 7 Abs. 2 EPG-VO-E lässt die Möglichkeit des Auseinanderfallens von Satzungs- und Verwaltungssitz zu.¹²⁴⁰ Es ist jedoch zunächst zu berücksichtigen, dass die EPG-VO-E mehr Regelungsbereiche als die SE-VO abdecken soll und damit das sekundär anwendbare nationale Recht in geringerem Maße auf die EPG angewendet wird. Dieser Befund legt nahe, dass das Regelungsbedürfnis des Mitgliedstaates damit gesunken sei. Allerdings regelt das EPG-Statut nicht ausnahmslos das auf die Gesellschaft anwendbare Recht, so dass gemäß Art. 4 Abs. 2 EPG-VO-E auch das nationale Recht zur Lückenfüllung berufen ist.¹²⁴¹ Wie bei der SE wird es auch bei der EPG nach bisherigem Stand ein Nebeneinander zweier Rechtsordnungen, d.h. der europäischen und der nationalen geben. Insofern besteht – wenn auch in geringerem Maße – nach wie vor ein Regelungsbedürfnis der Mitgliedstaaten. Trotz dieses möglichen Einwandes hat der europäische Gesetzgeber das Sitzkopplungsmodell für die EPG aufgegeben. In eine ähnliche Richtung entwickelt sich das deutsche Recht. Der deutsche Gesetzgeber erlaubt nach den Veränderungen in dem MoMiG gemäß §§ 4a GmbHG, 5 AktG deutschen Unternehmen, dass sie ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen können. Von dem deutschen Standpunkt aus erscheint es daher nicht notwendig, für die SE an dem Sitzkopplungsmodell festzuhalten. Die materiellrechtliche Kopplung des Satzungssitzes

1238 Casper/Weller, NZG 2009, 681 (683).

1239 Casper/Weller, NZG 2009, 681 (683).

1240 Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897 (901).

1241 Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2008, 897 (898 f.).

an den Verwaltungssitz ist somit nach deutschem reformiertem Sachrecht unwahrscheinlich geworden.

E. Möglicher Einfluss des MoMiG auf die Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten

Bevor sich die Arbeit der möglichen Anwendung des Sitzkopplungsmodells auf Gesellschaften aus Drittstaaten zuwendet, werden die möglichen Auswirkungen des MoMiG, d.h. der §§ 4a GmbHG, 5 AktG auf das deutsche Kollisionsrecht untersucht. Nach der Einführung der §§ 4a GmbHG, 5 AktG sieht der deutsche Gesetzgeber das Sitzkopplungsmodell nicht auf seiner Agenda. Deutsche Gesellschaften können nach deutschem Sachrecht ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen. Daran könnte auch das ausländische mitgliedstaatliche Kollisions- und Sachrecht nichts ändern, da sich aus der Niederlassungsfreiheit entsprechend der EuGH-Rechtsprechung nach *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* eine Anerkennungsverpflichtung für den Zuzugsstaat ergibt.¹²⁴²

Anders liegt der Fall, wenn die betroffene Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen Staat außerhalb der EU verlagert, mit dem kein entsprechender Staatsvertrag besteht. In dieser Beziehung hat das deutsche Kollisionsrecht noch keinen Wandel – weder durch eine Änderung der Rechtsprechung¹²⁴³ noch durch einen Akt der Gesetzgebung¹²⁴⁴ – erfahren. Es verbleibt daher bei der Anwendung der modifizierten Sitztheorie gegenüber Drittstaaten. Verlegt also eine deutsche Gesellschaft ihren Verwaltungssitz ins Ausland, ist infolge einer Gesamtnormverweisung des deutschen Rechts das ausländische Internationale Privatrecht berufen. Folgt das ausländische Kollisionsrecht ebenfalls der Sitztheorie, wäre das ausländische Gesellschaftsrecht auf die betroffene Gesellschaft anzuwenden. Daher kämen die §§ 4a GmbHG, 5 AktG nicht zur Anwendung; stattdessen droht der jeweiligen Gesellschaft die Auflösung durch das ausländische Recht oder andere negative Rechtsfolgen. Misst man den §§ 4a GmbHG, 5 AktG aber kollisionsrechtlichen Gehalt bei und betrachtet man diese somit als versteckte Kollisionsnormen, so ist weder das deutsche EGBGB noch das ausländische Internationale Privatrecht zur Anwendung berufen. Vielmehr wären §§ 4a GmbHG, 5 AktG anzuwenden.¹²⁴⁵ Nach dieser Interpretation kann die deutsche Gesellschaft ihren Verwaltungssitz ins außereuropäische Ausland verlegen, selbst wenn dieser Staat der Sitztheorie folgt.

1242 Dazu Erster Teil, § 2, A.

1243 BGH, NJW 2009, 289.

1244 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, 1 ff.

1245 Handelsrechtsausschuss DAV, NZG 2007, 211 (212); Knof/Mock, GmbHR 2007, 852 (856).

Allerdings ist eine solche Argumentation nicht überzeugend: Hätte der Gesetzgeber eine versteckte Kollisionsnorm innerhalb des Sachrechts schaffen wollen, hätte er dies zumindest in der Begründung gekennzeichnet. Einen Hinweis auf diese Interpretation sucht man in dem Regierungsentwurf vergeblich; es findet sich auch kein Hinweis auf das Kollisionsrecht.¹²⁴⁶ Gegen diese Interpretation lässt sich außerdem anführen, dass der Gesetzgeber eine Veränderung der international-privatrechtlichen Rechtslage durch den Referentenentwurf im Internationalen Gesellschaftsrecht anstrebt. Wenn der Gesetzgeber mit den §§ 4a GmbHG, 5 AktG Kollisionsnorm hätte schaffen wollen, wäre eine Veränderung des EGBGB im Zuge des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht nicht notwendig. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass es sich bei den §§ 4a GmbHG, 5 AktG allein um sachrechtliche Normen und damit nicht um versteckte Kollisionsnormen handelt.¹²⁴⁷

Um eine wirkungsvolle Anwendung von §§ 4a GmbHG, 5 AktG zu gewährleisten, bedarf es also der entsprechenden kollisionsrechtlichen Flankierung.¹²⁴⁸ Eine solche stellt der angekündigte Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht bereit. Ohne eine entsprechende Regelung im Kollisionsrecht liefe die Regelung der §§ 4a GmbHG, 5 AktG für Verlegungen des Verwaltungssitzes ins Ausland ins Leere, wenn die ausländische Rechtsordnung der Sitztheorie folgt. Mittels der §§ 4a GmbHG, 5 AktG hat der deutsche Gesetzgeber die Sitztheorie somit nicht abgeschafft. Dementsprechend steht das Sitzkopplungsmodell – zumindest theoretisch – weiterhin als Modell für die Regelung des deutschen Gesellschaftskollisionsrechts zur Verfügung.

F. Bewertung und Ausblick

Der Charme dieser Lösung besteht u.a. in der Kombination der vorteilhaften Elemente der beiden Theorien. Zum einen kann das auf die Gesellschaft anwendbare Recht rechtssicher bestimmt werden; zum anderen garantiert das Sitzkopplungsmodell den notwendigen Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs, da es sich bei dem auf die Gesellschaft anwendbaren Recht um das Recht an dem Ort der realen Hauptbetätigung handelt. Bei der Anwendung auf drittstaatliche Gesellschaften ließe sich damit erstens sicher das anwendbare Recht bestimmen und zweitens ein entsprechender Verkehrsschutz sicherstellen. Zudem brächte eine solche Lösung eine klare Verbesserung gegenüber der modifizierten Sitztheorie

1246 Vgl. RegE MoMiG, 65; siehe ebenso *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168 (206).

1247 Vgl. RegE MoMiG, 65; siehe ebenso *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168 (206); a.A.: *Handelsrechtsausschuss DAV*, NZG 2007, 211 (212); *Knof/Mock*, GmbHHR 2007, 852 (856).

1248 *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168 (206); *Kindler*, AG 2007, 721 (722).

und damit in dieser Beziehung eine Verbesserung der sog. *Jersey-Rechtsprechung*.¹²⁴⁹ Im Gegensatz zu der modifizierten Sitztheorie bliebe die Identität der Gesellschaft in ihrer Verfassung nach ausländischem Recht erhalten. Daher fände keine Veränderung der Unternehmensform durch eine Umqualifizierung einer ausländischen Kapitalgesellschaft in eine inländische Personengesellschaft mit all den Folgeproblemen statt, wie es in *Jersey-Rechtsprechung* angelegt ist.

Eine Gesellschaft aus einem Drittstaat wäre demnach anzuerkennen, wenn sie in dem Drittstaat ihren Verwaltungs- und ihren Satzungssitz hat. Fallen jedoch Verwaltungssitz (Inland) und Satzungssitz (Ausland) auseinander, stellt sich die Frage nach einer entsprechenden Sanktion. Nach Art. 64 SE-VO steht das Sanktionsrecht dem Wegzugsstaat zu. Ob der jeweilige Drittstaat ein Interesse hat, dieses Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz bei einer eigenen Gesellschaft zu sanktionieren, ist fraglich. Es stellt sich damit die Frage nach den Erfolgsaussichten einer Umsetzung des SE-Modells im deutschen autonomen Kollisionsrecht gegenüber Drittstaaten. Problematisch scheint insofern die effektive Durchsetzung des Sitzkopplungsmodells gegenüber Drittstaaten. Im Gegensatz zu den europäischen Auslandsgesellschaften fehlt es gegenüber Drittstaaten an einem rechtlichen und institutionellen Rahmen, um die Sitzkopplung zu gewährleisten. Im Hinblick auf die Regelungstechnik stellt die Sanktion des Art. 64 SE-VO die Einhaltung der Sitzkongruenz sicher. Falls der Mitgliedstaat seiner aus Art. 64 SE-VO resultierenden Verpflichtung nicht nachkommt, wird es im Extremfall bei massenhafter Duldung des Auseinanderfallens von Verwaltungs- und Satzungssitz zu einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV kommen. Eine entsprechende Handhabe besteht gegenüber Drittstaaten jedoch nicht, da ein gemeinsames, supranationales Recht wie das europäische Primärrecht in dem Verhältnis zu diesen Staaten keine Anwendung findet. Ob es ausreicht, allein auf die „sittenbildende Wirkung von Verbotsnormen“¹²⁵⁰ zu vertrauen, ist zweifelhaft. Zwar mag eine entsprechende gesetzliche Regelung manchen von einem gewissen Fehlverhalten abschrecken, ob dies aber eine effektive Durchsetzung gewährleistet, kann bezweifelt werden. Effektiver wäre es, wenn das deutsche Recht selbst in einem solchen Fall die Anerkennung verweigerte und die Gesellschaft entsprechend der deutschen Umqualifizierungslösung als deutsche Personenhandelsgesellschaft behandeln würde. Eine solche Lösung wäre jedoch kein Fortschritt gegenüber der modifizierten Sitztheorie, da sich die Anerkennung letztlich nach dem schärfsten Standard, d.h. der Sitztheorie richtet. *De facto* wäre es – unter dem Gesichtspunkt der Sanktionierung betrachtet – also doch eine Anwendung der Sitztheorie. Somit ist es trotz der oben genannten Vorteile unwahrscheinlich, dass die Übertragung des SE-Modells in das autonome

1249 Vgl. zu der Jersey-Rechtsprechung: BGHZ 151, 204; Ebke, in: FS Thode, 593 (611).

1250 Zimmer, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 378; vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 1 II 1, die von der „sittenbildenden Kraft des Strafrechts“ sprechen.

deutsche Kollisionsrecht insgesamt eine Verbesserung der Jersey-Rechtsprechung darstellt.

Gegen die Einführung des SE-Modells für das deutsche autonome Gesellschaftskollisionsrecht sprechen zwei Erwägungen. Zunächst scheint sich der europäische Gesetzgeber weiter in Richtung einer verbesserten Mobilität zu bewegen. Trotz der *Cartesio*-Entscheidung des EuGH,¹²⁵¹ in dem dieser indirekt die Primärrechtskonformität des SE-Modells bestätigte, tendiert der EU-Gesetzgeber dazu, ein Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz gegenüber Auslandsgesellschaften aus Drittstaaten zu billigen. Dies folgt aus Art. 7 Abs. 2 EPG-VO-E, wonach Hauptverwaltung und Satzungssitz nicht in dem gleichen Staat liegen müssen. Als stärkeres Argument lässt sich hingegen das MoMiG anführen. Erlaubt der deutsche Gesetzgeber den inländischen Gesellschaften das Auseinanderfallen von Verwaltungs- und Satzungssitz,¹²⁵² stellt sich die Frage, ob das gleiche nicht auch für ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz gelten soll. Wenn sich der Gesetzgeber zum Ziel gesetzt hat, an dem Wettbewerb der Gesellschaftsrechte¹²⁵³ teilzunehmen, müsste er auch für die ausländischen Rechtsformen die gleiche Bedingungen schaffen wie für inländische. Der Wettbewerb muss demnach sowohl im Inland als auch im Ausland bestehen können. Der Wettbewerb wäre bei der entsprechenden Kodifizierung des SE-Modells – wenn überhaupt – nur sehr eingeschränkt möglich. Insgesamt erscheint die Einführung des SE-Modells als deutsche autonome Regelung für den nationalen Gesetzgeber nicht ratsam.

§ 5: Zusammenfassung des Zweiten Teils

Abschließend ist festzustellen, dass neben der Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage mit der Spaltung des Kollisionsrechts der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht die beste Regelungsoption darstellt. Die anderen beiden Lösungen sehen sich von verschiedenen Seiten berechtigter Kritik ausgesetzt. Sonderanknüpfungen stehen in Widerspruch zu der grundsätzlichen Anknüpfung an das Gründungsrecht und durchbrechen die Systematik des Internationalen Privatrechts. Sie sind daher nur selten sinnvoll.¹²⁵⁴ Das Modell der SE ist bereits auf europäischer Ebene unter Druck geraten und wird auch in dem Statutsentwurf der EPG nicht als maßgeblich angesehen.¹²⁵⁵ Es ist deshalb ungewiss, inwiefern es eine ernsthafte Alternative auf nationaler Ebene darstellen kann. Da

1251 EuGH, NJW 2009, 569 ff.

1252 §§ 4a GmbHG, 5 AktG.

1253 RegE MoMiG, 56, 130; vgl. auch *Dierksmeier* in: FS Sandrock, 205 ff.

1254 Dazu Zweiter Teil, § 3.

1255 Dazu Zweiter Teil, § 4, D.

die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus „nicht-privilegierten Drittstaaten“ nach der geltenden Rechtslage allerdings auch ernsthafte Probleme mit sich bringt,¹²⁵⁶ scheint der Referentenentwurf die bestmögliche Lösung zu sein. Bevor jedoch ein endgültiges Urteil gefällt wird, sollen einige Punkte des Referentenentwurfs einer genaueren Untersuchung unterzogen werden.

1256 Dazu Erster Teil, § 2, B., II. und Zweiter Teil, § 1.

Dritter Teil: Bewertung der Regelungsoptionen unter besonderer Berücksichtigung des Referentenentwurfs

Im folgenden Abschnitt werden einige Überlegungen zum Referentenentwurf und dessen Auswirkungen auf die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer, drittstaatlicher Gesellschaften aufgezeigt. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht sowohl der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht als auch die Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage. Zu diesem Zweck soll in § 1 erörtert werden, ob Staatsverträge mit ausgewählten Drittstaaten eine Alternative zu dem Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht darstellen. Anschließend wendet sich die Arbeit unter § 2 möglichen Unstimmigkeiten im Gläubigerschutz zu, die sich durch die Liberalisierung des Gesellschaftskollisionsrechts ergeben können. § 3 setzt sich mit der Ermittlung des anzuwendenden ausländischen Gesellschaftsrechts und potentiellen Problemen auseinander. § 4 bewertet den Einsatz des *ordre public* als Korrektiv im Internationalen Gesellschaftsrecht. § 5 geht der Frage nach, ob die fehlenden Harmonisierungsmöglichkeiten gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten ein Argument gegen die Anwendung der Gründungstheorie darstellen. In § 6 wendet sich die Arbeit dem Problem des Wegzugs von Gesellschaften im Vorfeld der Insolvenz zu und untersucht, wie das autonome Internationale Insolvenzrecht darauf reagieren kann.

§ 1: Staatsverträge als Alternative zum Referentenentwurf

Als eine der grundlegenden Änderungen wendet sich gemäß Art. 10 EGBGB-E der Referentenentwurf im Internationalen Gesellschaftsrecht auch gegenüber Drittstaaten-Gesellschaften der Gründungstheorie zu.²⁵⁷ Mit dieser Veränderung in der kollisionsrechtlichen Behandlung von Gesellschaften geht der Gesetzgeber von der gewohnheitsrechtlichen Sitztheorie auf die Gründungstheorie gegenüber Drittstaatengesellschaften über. Damit können diese Gesellschaften auch im Inland in der Rechtsform auftreten, die ihnen gemäß Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E ihr Registrierungsrecht verliehen hat. Diese Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers wird insofern hinterfragt, als eine Alternative zu dem Konzept des Referentenentwurfs dargestellt und bewertet werden soll. Es ist zumindest theoretisch

1257 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, 7.

denkbar, das Konzept der staatsvertraglichen Anerkennung – unter Beibehaltung der Sitztheorie – fortzuentwickeln.

A. Staatsverträge als Regelung der gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften

Eine Alternative zu einem vollständigen Übergang zu der Gründungstheorie, wie ihn der Referentenentwurf im Internationalen Gesellschaftsrecht in Art. 10 EGBGB-E vorsieht, wäre die Aushandlung von Staatsverträgen mit Drittstaaten, in denen die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften aus den Vertragsstaaten vereinbart werden könnte.¹²⁵⁸ Diese völkerrechtlichen Vereinbarungen gingen gemäß Art. 3 Nr. 2 EGBGB den allgemeinen kollisionsrechtlichen Vorschriften des EGBGB und den allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Regelungen des autonomen deutschen Kollisionsrechts vor. In den bilateralen Verträgen könnte – entsprechend des kollisionsrechtlichen Verständnisses des deutsch-amerikanischen FHSV – die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften festgeschrieben werden.

B. Bewertung der Lösung

Im Folgenden soll die Lösung über Staatsverträge als Mittel der gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften bewertet werden. Zunächst beschäftigt sich die Arbeit mit den Nachteilen unter I. Danach wendet sie sich den Vorteilen unter II. zu und schließt mit dem Ergebnis unter III.

I. Nachteile der Lösung über Staatsverträge

Diese Regelung stünde im Einklang mit der historischen Leitlinie des Auswärtigen Amtes, das sich bei der Kodifikation des BGB und des EGBGB eine Lücke im Internationalen Gesellschaftsrecht zu der Aushandlung von Staatsverträgen ausbedungen hatte.¹²⁵⁹ Die Bundesrepublik Deutschland könnte sich die Drittstaaten, deren Gesellschaften anerkannt werden sollen, aussuchen. Bestünde sei-

1258 Ebke, in: FS Sandrock, 175 (198 f.).

1259 BGH, WM 2002, 2286; BGH, WM 2003, 699 (700); BGH, ZIP 2004, 1449 (1450); BGH, BB 2004, 2595; vgl. auch Erster Teil, § 1, A., III., 2.

tens der Bundesrepublik Deutschland kein Interesse an der Anerkennung der Gesellschaften aus dem betroffenen Drittstaat, wäre man mangels staatsvertraglicher Regelung nicht zu einer Anerkennung verpflichtet; es bliebe mithin bei der Anwendung der modifizierten Sitztheorie gegenüber diesen Drittstaaten. Folglich läge die Ausgestaltung des Internationalen Gesellschaftsrechts gegenüber Gesellschaften aus „nicht-privilegierten Drittstaaten“ in der Kompetenz des Auswärtigen Amtes. Mit dem Auswärtigen Amt trüte somit eine demokratisch nur mittelbar legitimierte Regelungsinstitution neben die anderen beiden potentiellen Regelungsgeber, d.h. neben das Parlament oder den Richter. Ob das Auswärtige Amt seinen Einfluss heutzutage in diesem Bereich geltend machen würde, erscheint allerdings sehr zweifelhaft. Vielmehr gibt es seitens des Auswärtigen Amtes – soweit ersichtlich – keinerlei Bestrebungen den vor über 100 Jahren geäußerten Einwand, staatsvertragliche Regelungen in diesem Bereich zu treffen, geltend zu machen.

Unter Effizienzgesichtspunkten ist zu berücksichtigen, dass die einzelnen Verhandlungen des Auswärtigen Amtes zu der Gestaltung des Internationalen Gesellschaftsrechts sehr aufwändig und kostenintensiv wären. Abhilfe könnte jedoch ein standardisierter Staatsvertrag entsprechend eines sog. Mustervertrages schaffen, der die Verhandlungskosten wenigstens reduzieren könnte. Ein anderer möglicher Nachteil wäre, dass die Aushandlung der Staatsverträge nur eine Reaktion auf einen stetig steigenden Handel mit bestimmten Ländern wäre. Die staatsvertragliche Regelung käme in diesen Fällen für die betroffenen Gesellschaften zu spät. Es ist also kein spezielles Problem der staatsvertraglichen Regelungsoption im Internationalen Gesellschaftsrecht, sondern ein solches, das in jedem Rechtsgebiet auftritt.

Gegen einen Ausbau der staatsvertraglichen Regelung spricht auch eine Folgenbetrachtung, falls sich das Auswärtige Amt zu dem Abschluss entsprechender Staatsverträge entschließen würde. Diese Lösung überwindet die Spaltung der Anknüpfung nicht; der bestehende Unterschied in der Anknüpfung würde für EU-Gesellschaften, staatsvertraglich privilegierte Gesellschaften sowie sonstige Gesellschaften aufrechterhalten. Dies würde den Zustand der Rechtsunsicherheit im Gesellschaftskollisionsrecht gegenüber Drittstaaten zementieren. Angesichts der aufgeführten Nachteile einer staatsvertraglichen Regelung gegenüber Drittstaaten und den überschaubaren Vorteilen spricht einiges dafür von einer entsprechenden Ausgestaltung des Internationalen Gesellschaftsrechts abzusehen.

II. Vorteile der Lösung über Staatsverträge

Allerdings ist auf eine Konstellation hinzuweisen, in der nur ein Staatsvertrag zu der Anerkennung deutscher Gesellschaften führen kann. Dabei handelt es sich um die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer deutschen Gesell-

schaft ins drittstaatliche Ausland, das der Sitztheorie folgt. Mit Einführung des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht fielen die kollisionsrechtlichen Grenzen für eine Verwaltungssitzverlegung, vgl. Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E. Auf sachrechtlicher Ebene hat aus deutscher Sicht bereits das MoMiG mit den §§ 4a GmbHG, 5 AktG die notwendigen Voraussetzungen geschaffen. Es ist demnach nur eine Verwaltungssitzverlegung in Länder möglich, die ihrerseits der Gründungstheorie folgen und damit auf deutsches Sachrecht zurückverweisen.¹²⁶⁰ Die ausländischen Gerichte in Staaten, die der Sitztheorie folgen, werden ihr jeweiliges Kollisionsrecht entsprechend dem *lex fori*-Grundsatz anwenden und damit zu der Anwendung des eigenen nationalen Sachrechts auf die deutsche Gesellschaft gelangen. Somit wird die deutsche Gesellschaft nicht nach ihrem Heimatstatut beurteilt und damit nicht anerkannt werden. Daran ändert auch der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht nichts, denn weder das deutsche Internationale Privatrecht noch das deutsche Sachrecht sind in dieser Konstellation durch das ausländische Internationale Privatrecht befreit.

Die Lösung über die staatsvertragliche Anerkennung steigert die Mobilität deutscher Gesellschaften somit nur in zwei Situationen: Erstens findet deutsches Gesellschaftssachrecht Anwendung, soweit die inländische Beurteilung deutscher Gesellschaften mit ausländischem Verwaltungssitz betroffen ist. Denn in diesem Fall verweist Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E auf das deutsche Sachrecht. Zweitens findet deutsches Sachrecht auf eine deutsche Gesellschaft Anwendung, wenn diese Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen (Dritt-)Staat verlegt, der der Gründungstheorie folgt, da somit auf deutsches Recht zurückverwiesen wird. Besteht kein Staatsvertrag, anerkennt die ausländische Rechtsordnung die deutsche Gesellschaftsform nicht. Damit käme es zu einem Statutenwechsel, der eine Änderung des anwendbaren Rechts nach sich zieht.

III. Ergebnis

Eine Anerkennung deutscher Gesellschaften in einem Sitztheorestaat kann der Referentenentwurf nicht leisten. An den Geltungsgrenzen der deutschen Rechtsordnung scheitert folglich das Mobilitätsziel des deutschen Gesetzgebers. Diese Betrachtung soll jedoch kein schlagendes Argument gegen den Referentenentwurf bilden, sondern vielmehr der richtigen Einschätzung dienen, was der Referentenentwurf leisten kann. In der Konstellation der Verwaltungssitzverlegung einer deutschen Gesellschaft in einen Sitztheorestaat vermag daher nur die Anerkennung mittels Staatsvertrag das Regelungsziel des Referentenentwurfs zu er-

1260 Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn 7.14; Kindler, AG 2007, 721 (722).

reichen. Dies gilt es zu beachten, soweit der Referentenentwurf ein Plus an Mobilität in dem Verhältnis zu der geltenden Rechtslage bedeutet. Eine staatsvertragliche Lösung würde den Eindruck eines „Flickenteppichs“ im Internationalen Gesellschaftsrecht zusätzlich verstärken. Das Internationale Gesellschaftsrecht würde weiter an Kohärenz verlieren. Diesen Verlust an Einheitlichkeit will der Referentenentwurf vermeiden.¹²⁶¹

Im Grundsatz ist der Lösungsansatz des Referentenentwurfs daher der Ausdehnung des Netzes von Staatsverträgen vorzuziehen, da die oben genannten Argumente eher für den Referentenentwurf sprechen. Auf der Ebene des europäischen Rechts ist jedoch zu beachten, dass die jüngste Entwicklung des Europäischen Kollisionsrechts für Drittstaatensachhalte dadurch gekennzeichnet ist, dass sich eine Lösung über bilaterale Staatsverträge der EG, aber auch der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten abzeichnet.¹²⁶² Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Ausdehnung der Staatsverträge auch auf die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten erstrecken wird.

1261 ReFE Internationales Gesellschaftsrecht, 7.

1262 Vgl. Jayme, IPRax 2011, 101 ff.

§ 2: Unstimmigkeiten im Gläubigerschutzrecht und notwendige Folgerungen

Obwohl Schutzlücken in dem Bereich des Gläubigerschutzes durch gleichlau-fende Qualifikation vermieden werden können,¹²⁶³ verbleiben aufgrund der unter-schiedlichen Zielrichtung der verschiedenen Gesellschaftsrechtsordnungen in dem europäischen, aber auch in dem außereuropäischen Bereich häufig Diffe-renzen bei der Qualifikation entsprechender Institute des Gläubigerschutzes. Diese Unstimmigkeiten resultieren aus der Liberalisierung des Gesellschaftskol-lisionsrechts.¹²⁶⁴ Deshalb hängt der Schutz der Gläubiger der jeweiligen Gesell-schaft entscheidend davon ab, ob er dem Gesellschaftsrecht des Gründungsstaats unterfällt. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der Gläubigerschutz, der nach den Vorstellungen der *lex fori* dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen ist, nach dem Gründungsrecht durch andere Rechtsinstitute aus dem Insolvenz- oder Delikts-recht gewährleistet wird.¹²⁶⁵ Aufgrund der Sachnormverweisung auf das auslän-dische Gesellschaftsrecht in dem Geltungsbereich des AEUV und de lege ferenda gemäß Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E würden die deliks- oder insolvenzrechtlich fundierten Institute des Gläubigerschutzes nicht zum Tragen kommen. Dies gilt bei Verabschiedung des Referentenentwurfs auch gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten. Wenn selbst Unstimmigkeiten zwischen den Rechtsordnungen zweier EU-Staaten bestehen, die der Harmonisierung unterliegen, so besteht in dem nicht vereinheitlichten Rechtsverkehr mit Drittstaaten eine noch größere Wahrscheinlichkeit, dass es zu Normwidersprüchen kommt. Folglich wären die Gläubiger schutzlos gestellt, da die Rechtsnormen der verschiedenen Rechtsord-nungen zu ihrem Leidwesen nicht aufeinander abgestimmt sind. Es käme damit zu dem Ergebnis, dass beide beteiligten Sachrechte dem Betroffenen Gläubiger grundsätzlich einen Anspruch zubilligen würden, aber die Ansprüche nicht zur Anwendung kämen, da die Kollisionsrechte nicht auf die entsprechenden Statu-ten des Sachrechts verweisen. Damit ist der Gläubiger aufgrund der Verweisun-gen des Internationalen Privatrechts schutzlos gestellt. Sein Rechtsbegehren scheitert somit daran, dass sich der Sachverhalt über die Grenzen einer Rechts-ordnung „hinwegbewegt“ und nicht daran, dass die betroffenen Rechtsordnungen keinen Schutz gewährleisten. Dieser Rechtszustand widerstrebt dem gesunden Rechtsgefühl und kann von beiden Rechtsordnungen als Ergebnis nicht akze-p-tiert werden. Die Notwendigkeit einer Korrektur ergibt sich aus dem Methoden-

1263 Z.B. durch die insolvenzrechtliche Qualifikation der Insolvenzverschleppungshaftung. Diese wird somit wie das funktional entsprechende Rechtsinstitut im britischen Recht, das *wrongful trading*, im Insolvenzstatut verortet.

1264 *Merkl*, ZGR 2004, 305 (323).

1265 *Merkl*, ZGR 2004, 305 (323).

wechsel, indem der Rechtsanwender die beiden Rechtsordnungen und ihre Lösungen des Problems vergleicht.¹²⁶⁶

In den USA spricht man in einem solchen Fall von einem *false conflict*,¹²⁶⁷ wenn die Rechtsordnungen kraft des eigenen Internationalen Privatrechts zu Ergebnissen kommen, die von dem abweichen, was die Rechtsordnungen jeweils als das richtige Ergebnis ansehen. Als Lösung bietet sich einerseits eine rechtstechnische Option über die Methodik des Internationalen Privatrechts mittels der sog. Anpassung¹²⁶⁸ oder Angleichung¹²⁶⁹ an,¹²⁷⁰ andererseits zukünftig eine rechtspolitische Gestaltungsmöglichkeit in Form eines *European Law Institute* (ELI).¹²⁷¹

A. Rechtstechnische Lösung durch das Rechtsinstitut der Anpassung

Bei der soeben beschriebenen Disharmonie von zwei betroffenen Rechtsordnungen handelt es sich um den Fall eines sog. Normenmangels.¹²⁷² Die Verweisung geht *prima facie* „ins Leere“, obwohl die Rechtsordnung einen entsprechenden Anspruch kennt; dieser ist jedoch aufgrund des geschlossenen und in sich stimmigen Regelungskonzepts der nationalen Rechtsordnung in einem anderen Rechtsbereich fundiert. Ein solcher Normenmangel ist das Resultat der analytischen Methode des Internationalen Privatrechts,¹²⁷³ wonach der zu beurteilende Sachverhalt unter sachlichen und zeitlichen Gesichtspunkten aufgespalten und zerlegt wird. Danach sind infolge der unterschiedlichen Wertungen des Internationalen Privatrechts mehrere Rechtsordnungen zu der Behandlung eines einheitlichen Sachverhalts berufen. Dies bezeichnet man als *dépeçage*.¹²⁷⁴ Zu der Lösung eines Sachverhalts im Internationalen Gesellschaftsrecht können sowohl

1266 v. Bar/Mankowski, IPR I, S. 712.

1267 Vgl. Kegel/Schurig, IPR, S. 312.

1268 So v. Hoffmann/Thorn, IPR, S. 231 Fn 56; Neuhaus, Grundbegriffe des IPR, S. 353; Kropholler, IPR, S. 234 ff.; Looschelders, IPR, Vorbem. zu Art. 3-6 EGBGB, Rn 58 ff.; umfassend zu der Anpassung im Internationalen Privatrecht Looschelders, Die Anpassung im IPR.

1269 So Kegel/Schurig, IPR, S. 306 ff.

1270 Anpassung und Angleichung sind synonyme Begriffe und bezeichnen dasselbe kollisionsrechtliche Institut. Der überwiegende Teil der Lehre bevorzugt den Begriff der Anpassung, da dieser deutlicher mache, dass nicht eine Rechtsordnung oder Norm als solche einer anderen „angepasst“ werde, sondern nur die Rechtsanwendung aus Wertungsgründen im Einzelfall modifiziert werde. vgl. Kropholler, IPR, S. 234; v. Hoffmann/Thorn, IPR, S. 231 Fn 56.

1271 Ebke, in: FS Großfeld, 189.

1272 v. Bar/Mankowski, IPR I, S. 712; Kegel/Schurig, IPR, S. 123, 307 ff.

1273 Grundlegend Goldschmidt, in: FS M. Wolff, 202 (208 ff.).

1274 Jayme, in: FS Kegel, 253 ff.; Kegel/Schurig, IPR, S. 123 ff.

das Gesellschafts-, als auch das Vertrags-, das Delikts- oder das Insolvenzstatut betroffen sein.¹²⁷⁵

Die Lösung der Anpassungsproblematik und damit die Beseitigung der Trennung eines einheitlichen Regelungszusammenhangs sind auf kollisions- oder auf sachrechtlichem Wege möglich.¹²⁷⁶ Einerseits kann die Anwendung der Kollisionsnormen der *lex fori* entsprechend modifiziert werden, so dass die gesamte Rechtsbeziehung einer Rechtsordnung unterstellt wird. Dies bezeichnet man als die kollisionsrechtliche Lösung. Andererseits kann der Richter ausnahmsweise neue Sachnormen schaffen, und somit eine Änderung des Sachrechts im Einzelfall vornehmen, die sog. sachrechtliche Lösung. Der zweite Weg wird als „ultima ratio“¹²⁷⁷ bezeichnet. Die Kritik an der sachrechtlichen Lösung entzündet sich daran, dass sie neue Normen im Sachrecht schafft, die in keiner der beiden Rechtsordnungen vorgesehen sind.¹²⁷⁸ Dies gilt allerdings auf kollisionsrechtlicher Ebene auch für die Abänderung der Verweisung im Einzelfall, die auch nicht von der verweisenden Rechtsordnung vorgesehen ist. Allerdings streiten Praktibilitätsgesichtspunkte häufig für die kollisionsrechtliche Lösung, weil die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Verweisungsnorm einen geringeren konstruktiven Aufwand erfordert als die Schaffung einer neuen Norm im Sachrecht.¹²⁷⁹ Als Leitlinie gilt, dass die Lösung nach dem Grundsatz des ringsten Eingriffs in das geltende Recht zu entwickeln ist.¹²⁸⁰ Dabei soll die Entscheidung zugunsten einer kollisions- oder einer sachrechtlichen Lösung aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall getroffen werden; als vorzugswürdig gilt grundsätzlich die kollisionsrechtliche Lösung.¹²⁸¹ Dafür streitet zudem die Verantwortlichkeit des Internationalen Privatrechts, da es durch die unterschiedlichen Verweisungen die Problematik verursacht hat. Daher soll es für die aufgeworfene Problematik auch eine Lösung bieten.¹²⁸²

1275 Vgl. zu der Haftungsverfassung einer britischen Limited Liability Partnership (LLP) in Deutschland und der Notwendigkeit einer Anpassung, *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393 ff.

1276 v. *Bar/Mankowski*, IPR I, S. 712; *Kegel/Schurig*, IPR, S. 312 ff.

1277 v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, S. 233.

1278 v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, S. 234.

1279 Vgl. *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393 (1397) sehen die kollisionsrechtliche Lösung als „konstruktiv einfacher“ an.

1280 MüKo-Sonnenberger, Einl. IPR, Rn 613.

1281 H.M.: *Erman-Hohloch*, Einl. Art. 3 Rn 46; v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, S. 233 f.; *Kropholler*, IPR, S. 240; a.A. MüKo-Sonnenberger, Einl. IPR, Rn 541; v. *Bar/Mankowski*, IPR I, S. 712 f., die eine sachrechtliche Lösung bevorzugen.

1282 *Kegel*, in: FS Lewald, 259 (285).

I. Anpassungslage

Voraussetzung für eine Anpassung ist eine Anpassungslage. Eine solche liegt vor, wenn beide Rechtsordnungen für sich genommen ein Ergebnis erzielen, das von der nach den Verweisungsregeln ermittelte Rechtslage abweicht, obwohl die jeweiligen Ergebnisse sich funktional entsprechen.¹²⁸³ Es muss also ein Normenmangel gegeben sein.

Als Beispiel führen *Henssler* und *Mansel* die britische *Limited Liability Partnership* (LLP) mit inländischen Geschäftsaktivitäten an, deren Gesellschafter sich durch fahrlässige Beratungsfehler in Deutschland der persönlichen Haftung ausgesetzt sehen.¹²⁸⁴ Es handelt sich also um eine Kombination von britischem Gesellschafts- und deutschen Vertrags- und Deliktsstatut. Zunächst stellt sich die kollisionsrechtliche Frage, welches Recht auf die persönliche Haftung anzuwenden ist. In Betracht kommen sowohl die Anwendung deutschen Vertrags- oder Deliktsrechts als auch die Anwendung britischen Gesellschaftsrechts. Die Anwendbarkeit deutschen Vertragsrechts kann sich auf drei Wegen ergeben: entweder durch ausdrückliche Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO, nach Art. 4 Abs. 1 b), Art. 19 Rom I-VO aufgrund des Niederlassungsortes der Kanzlei oder gemäß Art. 6 Abs. 1 a) Rom I-VO wegen der Verbrauchereigenschaft des Mandanten.¹²⁸⁵ Für das Deliktsrecht folgt die Anwendbarkeit deutschen Rechts aus dem Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO; gleichwohl wird sich auch der Erfolgs- oder Deliktsort gemäß Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO in Deutschland befinden. Hingegen ist das Gesellschaftsstatut der Gesellschaft das britische Recht. Dies folgt aus der Rechtsprechung des EuGH zu der Niederlassungsfreiheit, so dass deutsches Vertrags- und Deliktsrecht auf eine britische Gesellschaftsform anwendbar ist. Es liegt somit eine *dépeçage* vor.

Das britische Gesellschaftsrecht kennt keine persönliche Haftung für Beratungsfehler. Eine persönliche Haftung für Beratungsfehler ergibt sich in dem englischen Recht aus dem richterrechtlichen Institut der fahrlässigen Vermögenshaftung des Deliktsrechts – dem *tort of negligence*. Da die Verweisung des Internationalen Privatrechts in diesem Fall jedoch deutsches Deliktsrecht zur Anwendung beruft, scheidet eine Haftung nach britischem Recht aus. In dem deutschen Recht erweist sich eine Haftung des LLP-Gesellschafters ebenfalls als problematisch. Den Mandatsvertrag hat der Mandant mit der Gesellschaft und nicht mit dem betroffenen Gesellschafter geschlossen. Somit besteht keine vertragliche Haftung des betroffenen Gesellschafters. Eine Haftung nach c.i.c. aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 S. 2, 241 Abs. 2 BGB entfällt nach der Rechtsprechung des BGH ebenso, weil er eine Haftung von Freiberuflern wegen der Inan-

1283 *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393 (1396); *Henssler/Mansel*, in: FS Horn, 403 (414 ff.).

1284 *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393 (1395 ff.).

1285 *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393 (1395).

spruchnahme persönlichen Vertrauens allein aufgrund der Berufsträgerschaft ablehnt.¹²⁸⁶ Eine deliktsrechtliche Haftung scheitert an der Grundannahme, dass das Deliktsrecht nur ausnahmsweise reine Vermögensschäden ersetzt.¹²⁸⁷ Reine Vermögensschäden werden nur in den Fällen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB oder bei Verletzungen von Schutzgesetzen wie beispielsweise § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 oder § 266 Abs. 1 StGB gewährt, die allesamt Vorsatz voraussetzen. Regelmäßig wird jedoch ein fahrlässiger Beratungsfehler vorliegen oder es wird sich zumindest kein vorsätzlicher Beratungsfehler nachweisen lassen. Die einzige Möglichkeit, eine persönliche Haftung nach deutschem Recht zu begründen, besteht nach § 8 Abs. 2 PartGG. Danach haften einzelne Partner einer Partnerschaftsgesellschaft¹²⁸⁸ ausnahmsweise neben der Partnerschaft für ihre beruflichen Fehler.

Somit besteht die kuriose Rechtslage, dass beide Rechtsordnungen auf ein bestimmtes Ergebnis zielen, soweit sie alleine auf den Sachverhalt angewandt werden würden. Die kollisionsrechtlichen Verweisungen und damit ihre kombinierte Anwendung führen aber dazu, dass die Gesellschafter keiner Haftung unterliegen. Aufgrund der kollisionsrechtlichen Verweisungen käme es mithin zu einem Ausschluss der Haftung des fehlerhaft handelnden Anwalts, was den übereinstimmenden Wertungen der beiden Rechtsordnungen widerspricht. Damit besteht also eine Anpassungslage, die auf dem aufgezeigten kollisions- oder sachrechtlichen Wege aufgelöst werden muss.

1286 BGH, NJW 1989, 293 (294); NJW 1991, 32 (33); NJW 1992, 2080 (2083); vgl. umfassend, *Ebke*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der wirtschaftsprüfenden, steuer- und rechtsberatenden Berufe im internationalen Vergleich; vgl. zu der möglichen Haftung des Abschlussprüfers nach § 311 Abs. 3 BGB MüKo-*Ebke*, HGB, § 323 Rn 115 ff.

1287 Vgl. MüKo-*Wagner*, BGB, § 823 Rn 184 ff., 351; MüKo-*Ebke*, HGB, § 323 Rn 193.

1288 Der der LLP vergleichbare Organisationstypus im deutschen Recht ist die Partnerschaftsgesellschaft, auch wenn sie anderen im Gegensatz zu der LLP nur Berufsträgern offen steht. Insofern gibt es im deutschen Recht kein funktional entsprechendes Äquivalent. Die LLP angloamerikanischen Zuschnitts und die Partnerschaftsgesellschaft deutschen Rechts entspringen jedoch ähnlichen Regelungsanliegen der Gesetzgeber. Den Freien Berufen sollte infolge der stark gestiegenen Haftungsrisiken eine Gesellschaftsform zur Verfügung stehen, die eine personalistische Organisation und steuerrechtliche Transparenz mit einer Einschränkung der persönlichen, akzessorischen und gesamtschuldnerischen Haftung kombinieren kann. Die Partnerschaftsgesellschaft ist somit die der LLP am nächsten stehende deutsche Gesellschaftsform. Vgl. ausführlich *Hessler/Mansel*, in: FS Horn, 403 (416 ff.).

II. Durchführung der Anpassung

Als Alternativen kommen sowohl eine kollisions- als auch eine materiellrechtliche Lösung in Frage. Kollisionsrechtlich ließe sich entweder an eine Anpassung des Gesellschafts- oder des Deliktsstatus denken. Gegen eine methodisch denkbare Anpassung mittels des deutschen Gesellschaftsrechts spricht jedoch die EuGH-Rechtsprechung zu der Niederlassungsfreiheit, die eine Anerkennung der EU-ausländischen Gesellschaft als solche vorschreibt. Daher kommt nur eine Anpassung des Deliktsrechts in Betracht. Ausnahmsweise wird die Verweisung auf das britische Gesellschaftsrecht auf die fahrlässige Vermögenshaftung nach britischem Deliktsrecht ausgedehnt. Mittels „irregulärer Qualifikation“¹²⁸⁹ wird die deliktsrechtliche Vermögenshaftung für Schäden eines Mandanten im britischen Recht als gesellschaftsrechtlich qualifiziert. Nach der kollisionsrechtlichen Ebene ist diese Option jedoch in dem Geltungsbereich des AEUV auch an der Niederlassungsfreiheit zu messen. Allerdings mangelt es bereits an einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, da lediglich das Gründungsrecht auf die Gesellschaft angewendet wird. Somit käme also eine Haftung nach britischem Deliktsrecht in Frage, das die deutschen Gerichte auf den Fall anwenden müssten.

Alternativ ziehen *Hessler und Mansel* eine sachrechtliche Anpassung über die deutschen Rechtsscheinsgrundsätze in Betracht.¹²⁹⁰ Man könnte überlegen, dass ausländische, d.h. britische Mandanten einer in dem Vereinigten Königreich tätigen LLP davon ausgehen, dass der betroffene Gesellschafter nach *tort-law*-Grundsätzen haftet. An dieser Erwartungshaltung vermag sich nichts zu ändern, wenn sie den Mandatsvertrag in der deutschen Niederlassung derselben LLP abschließen, auch wenn der Mandatsvertrag deutschem Recht unterliegt. Gegen diese Konstruktion spricht allerdings, dass die Gesellschaft mit der bloßen Verwendung der britischen Rechtsform nicht den Rechtschein setzt, nach den Grundsätzen des britischen *tort law* haften zu wollen. Regelmäßig wird der deutsche Rechtsverkehr die Grundlage des Rechtscheintatbestandes, also die britischen Rechtsprechungsgrundsätze zu der fahrlässigen Vermögenshaftung nicht kennen. Damit ist der Rechtscheinhaftung die Grundlage für den Rechtschein entzogen. Eine sachrechtliche Lösung ist in diesem Fall nicht möglich. Im Übrigen ist die kollisionsrechtliche Lösung über die irreguläre, extensive Qualifikation die praktikablere Anpassungsmöglichkeit, da sie einen geringeren konstruktiven Aufwand erfordert.¹²⁹¹

Folglich ist in diesem Fall der kollisionsrechtlichen Lösung zu folgen. Das Institut der fahrlässigen Vermögenshaftung im britischen Deliktsrecht wird als

1289 *Hessler/Mansel*, in: FS Horn, 403 (419); *Hessler/Mansel*, NJW 2007, 1393 (1397).

1290 *Hessler/Mansel*, in: FS Horn, 403 (420).

1291 *Hessler/Mansel*, in: FS Horn, 403 (420); *Hessler/Mansel*, NJW 2007, 1393 (1397).

gesellschaftsrechtlich qualifiziert, so dass auf die Beratungsfehler der in Deutschland tatigen LLP-Gesellschafter britisches Deliktsrecht anzuwenden ist. Zu beachten ist, dass weder die Kodifizierung des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht noch die am 11.1.2009 in Kraft getretene Rom II-VO an der Ausgangslage etwas ändern wollen. Nach der in Art. 10 a Nr. 8 EGBGB-E festgeschriebenen Reichweite des Gesellschaftsstatuts zählt die Haftung wegen der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten zu dem Gesellschaftsstatut. In dem vorliegenden Fall der in Deutschland tatigen LLP folgt die Haftung des einzelnen Gesellschafters nicht aus seiner Gesellschafterstellung, sondern aus seiner persönlichen *assumption of responsibility*.¹²⁹² Sie ist damit deliktsrechtlicher Natur. Zudem knüpft die Rom II-VO ebenfalls gemäss Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO an den Erfolgsort an bzw. akzessorisch an das deutsche Vertragsstatut gemäss Art. 4 Abs. 3 S. 2 Rom II-VO. Dieses Beispiel zeigt somit eine Aufwertung des allgemeinen Internationalen Privatrechts und seiner Institute in den Fällen mit Berührung zu dem Gesellschaftskollisionsrecht. Mit Einführung der Gründungstheorie gegenüber Drittstaaten, mit denen keinerlei Harmonisierung in dem Bereich des Gesellschaftsrechts stattgefunden hat, werden Unstimmigkeiten noch häufiger auftreten. Das Institut der Anpassung bietet den rechtlichen Rahmen, um zumindest uber Umwege einen effektiven Gläubigerschutz bei grenzoverschreitenden Sachverhalten zu gewährleisten.

III. Kritik und Bewertung

Triebel und Silny kritisieren die Korrektur der Haftungsvorteile der persönlichen Gesellschafter einer in Deutschland tatigen britischen Rechtsanwalts-LLP auf zwei Ebenen.¹²⁹³ Einerseits besteht nach ihrer Auffassung kein Normenmangel; andererseits handele es sich bei der Haftungsprivilegierung um eine Wertungsentscheidung des deutschen Gesetzgebers und der deutschen Rechtsprechung. Zudem verstobe die kollisionsrechtliche Anpassung gegen die europarechtliche Niederlassungsfreiheit.

Nach Ansicht der beiden Autoren besteht keine Anpassungslage, weil LLP und deutsche PartGG zwar organisations-, aber nicht haftungsrechtlich miteinander zu vergleichen seien. Die Gesellschafter der deutschen PartGG haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäss § 8 Abs. 1 S. 1 PartGG persönlich; für beruflche Fehler ist die Haftung gemäss § 8 Abs. 2 PartGG auf die Gesellschafter beschränkt, die das Mandat bearbeitet haben. Im Gegensatz dazu haften die Gesellschafter der britischen LLP grundsätzlich nicht persönlich. Ausnahmen beinhalten nur die engen Voraussetzungen der Durchgriffshaftung (*lifting the*

1292 Hessler/Mansel, NJW 2007, 1393 (1394).

1293 Triebel/Silny, NJW 2008, 1034 (1035).

corporate veil) oder aber das britische Deliktsrecht. Daraus entnehmen *Triebel* und *Silny* dem Vergleich von deutscher PartG und britischer LLP „ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis“, woraus sich ein „erheblicher Unterschied“ zwischen beiden Gesellschaftsformen in haftungsrechtlicher Hinsicht ergebe.¹²⁹⁴ Des Weiteren sei die Haftung der britischen LLP-Gesellschafter nach allgemeinem britischem Deliktsrecht aus dem Vergleich von britischer LLP und deutscher PartG auszuklammern, da der *tort of negligence* „keinen spezifischen Bestandteil der Haftungsverfassung einer LLP“¹²⁹⁵ verkörpere. Es gilt vielmehr für alle britischen Gesellschaftsformen. Daher seien LLP und PartG haftungsrechtlich nicht vergleichbar. Folglich besteht nach ihrer Auffassung kein Normenmangel.

Das Ausklammern des *tort of negligence* aus dem Vergleich der Haftungsverfassungen von LLP und PartG überzeugt nicht. Die deliktsrechtliche persönliche Haftung der britischen LLP-Gesellschafter kann bei einem vollständigen Vergleich der Haftungsverfassungen von LLP und PartG nicht außer Betracht bleiben. Andernfalls riskiert man, eine wichtige Haftungsgrundlage im britischen Rechts außer Betracht zu lassen. Eine funktionale Betrachtung gebietet daher, § 8 Abs. 1 PartG zusammen mit dem britischen *tort of negligence* für Freiberufler zu betrachten. Ein Ausklammern des *tort of negligence* widerspricht auch der Rechtslage bei einem rein britischen Sachverhalt.¹²⁹⁶ Die Haftungsverfassungen von LLP und PartG können miteinander verglichen werden. Das Argument der mangelnden Vergleichbarkeit überzeugt nicht.

Nach Ansicht von *Triebel* und *Silny* handelt es sich bei der Haftungsprivilegierung um eine Wertungsentscheidung, die der deutsche Gesetzgeber und der BGH getroffen hätten. Der Gesetzgeber habe die US-amerikanische und britische Rechtsform nicht übernommen. Damit habe er die Haftungsprivilegierung bewusst in Kauf genommen. Es überrascht, dass die Autoren nicht berücksichtigen, dass das PartGG 1994 eingeführt wurde, d.h. zu einer Zeit, in der die europaweite Geltung der Gründungstheorie noch nicht absehbar war. Der Gesetzgeber hat sich mit diesem Problem angesichts der zu dem Zeitpunkt geltenden Sitztheorie nicht auseinanderzusetzen gehabt. Die Urteile des EuGH zu der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften innerhalb der EU, auf die sich die Autoren berufen, sind erst nach Einführung des PartGG ergangen. Der Gesetzgeber hat dies somit nicht berücksichtigen können. Das Argument der von dem Gesetzgeber gewollten Haftungsprivilegierung erweist sich somit nicht als tragfähig.

Schließlich halten *Triebel* und *Silny* die kollisionsrechtliche Lösung über die Anpassung für europarechtswidrig, da sie in die Niederlassungsfreiheit der britischen LLP eingreife. Art. 49 AEUV (*ex* 43 EGV) verbiete jede Schlechterstellung eines Sachverhalts mit Unionsbezug gegenüber einem reinen Inlands-

1294 *Triebel/Silny*, NJW 2008, 1034 (1035).

1295 *Triebel/Silny*, NJW 2008, 1034 (1036).

1296 Zu der britischen Rechtslage: Dritter Teil, § 2. A.. I.

sachverhalt.¹²⁹⁷ Die Autoren sehen in der Anwendung der *tort of negligence*-Grundsätze auf die in Deutschland tätige LLPs eine solche Schlechterstellung gegenüber den PartGG deutschen Rechts. Allerdings erkennen sie in ihrer Argumentation, dass Rechtsanwälte, die in Form einer deutschen PartGG organisiert sind, nach § 8 Abs. 2 PartGG haften. Beide Rechtsordnungen sehen also für einen entsprechenden Binnensachverhalt eine Haftung entweder aus allgemeinem Deliktsrecht oder aus dem Berufsrecht vor; dass diese Lösung durch die Verlegung der Tätigkeit umgangen werden kann, kann von beiden Rechtsordnungen nicht gewünscht werden. Es liegt somit keine Diskriminierung der britischen LLP mit inländischem Verwaltungssitz vor. Die Argumente von *Triebel* und *Silny* vermögen folglich nicht zu überzeugen. Die Lösung über das Institut der Anpassung ist – trotz ihres konstruktiven Aufwandes – daher möglich und sinnvoll.

B. Rechtspolitische Lösung: Institutionelle Absicherung des Abstimmungsprozesses

Rechtspolitisch wäre es wünschenswert, nicht nur Unstimmigkeiten im Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Sachverhalten durch ein Fortschreiten der Harmonisierung bzw. der Abstimmung im europäischen Recht zu nivellieren. Einen wichtigen Beitrag zu dem Abstimmungsprozess könnte eine institutionelle Absicherung leisten. Auf europäischer Ebene könnte ein *European Law Institute* nach dem Vorbild des *American Law Institute* (ALI) diesen Prozess unterstützen.¹²⁹⁸ Dabei sollte es sich in seinen Gesetzesvorschlägen und seinen Ausarbeitungen nicht nur auf die innereuropäischen Sachverhalte beschränken, sondern auch seinen Blick darauf richten, wie das Verhältnis zu Drittstaaten ausgestalten werden sollte. Es wäre fragwürdig, wenn ein einheitlicher europäischer Binnenmarkt nach außen als nicht zusammengehörig auftreten würde. Auf innereuropäischer Ebene wäre eine normativ abgesicherte Harmonisierung des Gesellschaftskollisionsrechts wünschenswert,¹²⁹⁹ da sich die Harmonisierung in dem Bereich des Gesellschaftsrechts weitestgehend auf den sachrechtlichen Bereich beschränkt.¹³⁰⁰ Einen Vorteil brächte diese gesetzliche Fundierung auch in dem

1297 *Triebel/Silny* NJW 2008, 1034 (1036).

1298 Im Hinblick auf das Unternehmensrecht: *Ebke*, Int'l. Law. 31 961, 985 (1997); *Ebke*, in: FS *Großfeld*, 1999, 189; zum gemeinsamen Referenzrahmen für ein Europäisches Vertragsrecht *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529, (550); *Leible*, BB 2008, 1469 (1475); *C. Schmid*, JZ 2001, 674, 680 ff.

1299 Dies schlägt der Entwurf der Sonderkommission Internationales Gesellschaftsrecht des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht auch vor, S. 1 ff.

1300 Eine Ausnahme bildet das Sitzkopplungsmodell der Art. 7, 8 SE-VO; vgl. dazu Zweiter Teil, § 4.

Hinblick auf die Reichweite des Gesellschaftsrechts. Zwar hat der EuGH in seinen „Hammerschlägen“¹³⁰¹ das Gesellschaftsstatut in seinen Grundzügen abgesteckt, aber es besteht trotzdem noch einige Unsicherheit über den Geltungsbereich des Gesellschaftsstatuts. Die Harmonisierung des Kollisionsrechts wäre insofern die Abrundung der sachrechtlich angestrebten weitgehenden Vereinheitlichung, um in diesem Bereich Rechtssicherheit zu schaffen.

Ein *European Law Institute* böte auch die Gelegenheit, die rechtlichen Verhältnisse gegenüber Drittstaaten zu überdenken und zu überarbeiten. Dabei ist nicht nur an das Gesellschaftskollisionsrecht zu denken, sondern auch an andere Rechtsgebiete. Zu nennen seien an dieser Stelle das Problem des Unionsbezugs als immanente Anwendungsvoraussetzung für die EuGVVO¹³⁰² oder die Frage nach der Anwendung von Richtlinienrecht auf Drittstaatensachverhalte wie in dem Fall *Ingmar*.¹³⁰³ Aufgrund der erfolgten Arbeiten an dem *Common Frame of Reference* im Europäischen Vertragsrecht besteht gegenwärtig die günstige Gelegenheit, die zunehmende europäische Vernetzung in der Wissenschaft auszunutzen und die Kompetenz in einer Institution wie dem *European Law Institute* zu bündeln.¹³⁰⁴

1301 *Ulmer*, KTS 2004, 291.

1302 Vgl. v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, Rn 130 ff.; EuGH, 1.3.2005, Rs. C-281/02 – *Owusu* = IPRax 2005, 244.

1303 EuGHE 2000, 9305= NJW 2001, 2007 = IPRax 2001, 225 m. Anm. *Jayme*, 190 f.

1304 Vgl. auch *Leible*, BB 2008, 1469 (1475).

§ 3: Ermittlung des anzuwendenden ausländischen Gesellschaftsrechts

Beurteilt man ausländische Gesellschaften kollisionsrechtlich nach ihrem Heimatrecht,¹³⁰⁵ stellt sich das Problem, dass das auf die Gesellschaft anzuwendende Recht ausländisches Recht ist. Wendet man das durch das Internationale Privatrecht berufene ausländische Recht an, so befindet sich der deutsche Rechtsanwender zumeist auf unsicherem Terrain.¹³⁰⁶ *Raape* und *Sturm* haben dies als einen „Sprung ins Dunkle“¹³⁰⁷ beschrieben. Dies gilt auch für die Beurteilung ausländischen Gesellschaftsrechts. Die entscheidende Norm für die Behandlung ausländischen Rechts vor deutschen Gerichten ist § 293 ZPO:

„Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.“

Die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts vor inländischen Gerichten entspricht also derjenigen des deutschen Rechts. Dies hat zwei Konsequenzen: Zunächst ist das ausländische Recht wie deutsches Recht als Recht und nicht als Tatsache zu behandeln.¹³⁰⁸ Außerdem hat der deutsche Richter nach dem Grundsatz *iura novit curia* ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln und anzuwenden.¹³⁰⁹ Eine Darlegungs- und Beweislast trifft die Parteien hinsichtlich der Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts nicht.¹³¹⁰

A. Herangehensweise bei der Ermittlung ausländischen Rechts

Nach § 293 ZPO wird von dem deutschen Richter nicht erwartet, dass er das ausländische Recht kennt. Falls der Richter über das ausländische Recht keine entsprechenden Kenntnisse verfügt, muss er das einschlägige Recht gemäß § 293

1305 Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E beruft das Recht des Staates zur Anwendung, in dem die Gesellschaft registriert ist.

1306 Vgl. auch *Ebke*, in: FS Hellwig, 117 (138).

1307 *Raape/Sturm*, IPR I, S. 199.

1308 v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, 106; *Kegel/Schurig*, IPR, 439; *Schack*, IZVR, Rn 625; *Zöller/Geimer-Geimer*, ZPO, § 293 Rn 14.

1309 BGH, NJW 2003, 2685 (2686); WM 2001, 502 (503); *Kegel/Schurig*, IPR, 439; *Zöller/Geimer-Geimer*, ZPO, § 293 Rn 7, 14.

1310 BGH, NJW 1961, 410; NJW 1982, 1215 (1216); *Schack*, IZVR, Rn 626; v. *Bar/Mankowski*, IPR, Rn 417 f.

ZPO ermitteln und anwenden. Wie der Richter das Recht zu ermitteln hat, ist in der ZPO nicht festgelegt. Der Richter darf den notwendigen und entsprechenden Weg selbst auswählen; er besitzt damit die Möglichkeit des Freibeweises.¹³¹¹ Bei der Ermittlung fremden Rechts braucht er sich nicht auf die Vorträge der Parteien zu beschränken, er kann andere Erkenntnisquellen heranziehen. Bei Unkenntnis der ausländischen Rechtslage kann der Richter versuchen, eigenständig das Recht zu ermitteln. Dazu kann er die einschlägige Literatur auswerten und kompetente Kollegen, Professoren oder Anwälte befragen.¹³¹² Zudem kann der Richter formlos ein Aktengesuch stellen oder Auskünfte von Behörden, d.h. Botschaften oder Ministerien erbeten.¹³¹³ Eine wesentliche Vereinfachung für die Einholung von Auskünften hat sich aus dem europäischen Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht für die Vertragsstaaten ergeben.¹³¹⁴ Der Richter kann entsprechend den Bestimmungen des Übereinkommens und dem deutschen Ausführungsgesetz¹³¹⁵ ein Auskunftsgesuch stellen.¹³¹⁶ Zudem kann der Richter das ausländische Recht ermitteln, indem er ein Gutachten eines Sachverständigen anfertigen lässt.¹³¹⁷ Ein solches Gutachten wird in der Praxis häufig durch einen förmlichen Beweisbeschluss in einem förmlichen Beweisverfahren eingeholt.¹³¹⁸

Neben der Ermittlung fremden Rechts können auch die Parteien durch ihren Vortrag zur Sache oder Sachverständigengutachten zu der Ermittlung des fremden Rechts beitragen. Ihre Berechtigung zu einem solchen Vorgehen folgt aus dem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör.¹³¹⁹ Eine Mitwirkungspflicht besteht grundsätzlich insoweit, als es sich im Rahmen des Zumutbaren bewegt.¹³²⁰ Dies ist dann der Fall, wenn die Partei sich ohne besondere Schwierigkeiten die Informationen zu der ausländischen Rechtsordnung beschaffen kann.¹³²¹ Da die Parteien keine Darlegungs- und Beweislast trifft, sind die Rechtsfolgen einer unterlassenen Mitwirkung unklar. In einem solchen Fall

1311 BGHZ 118, 151 (163 f.); Zöller Geimer-Geimer, § 293 Rn 20; Schack, IZVR, Rn 629; Sommerlad/Schrey, NJW 1991, 1377 (1379 ff.).

1312 Zöller/Geimer-Geimer, ZPO, § 293 Rn 20; Sommerlad Schrey, NJW 1991, 1377 (1379).

1313 Zöller/Geimer-Geimer, ZPO, § 293 Rn 20; Schack, IZVR, Rn 631; Sommerlad Schrey, NJW 1991, 1377 (1379).

1314 BGBI. II 1974, 938, in Kraft seit dem 19.3.1975; vgl. dazu, Jastrow, IPRax 2004, 402 ff.

1315 Gesetz zur Ausführung des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht und seines Zusatzprotokolls vom 5.7.1974, BGBI. I 1974, 1433.

1316 Zöller/Geimer-Geimer, ZPO, § 293 Rn 20; Schack, IZVR, Rn 631; Jastrow, IPRax 2004, 402 ff.; Sommerlad Schrey, NJW 1991, 1377 (1379).

1317 Zöller/Geimer-Geimer, ZPO, § 293 Rn 20; Schack, IZVR, Rn 633 ff.; Sommerlad Schrey, NJW 1991, 1377 (1379).

1318 Kropholler, IPR, § 59 I 2.

1319 Zöller/Geimer-Geimer, ZPO, § 293 Rn 16a.

1320 Rühl, RabelsZ 71 (2007), 559 (571).

1321 BGHZ 118, 151 (163 f.); Schack, IZVR, Rn 630.

ist nach herrschender Meinung davon auszugehen, dass keine neuen Erkenntnisse zu dem neuen Recht ermittelt werden können.¹³²² Insofern kann man nur eingeschränkt von einer Mitwirkungspflicht sprechen.¹³²³ Festzuhalten bleibt, dass getreu dem Amtsermittlungsgrundsatz die Gerichte und nicht die Parteien für die Ermittlung des fremden Rechts verantwortlich sind.

Aus ökonomischer Sicht ist die Rechtslage ebenfalls interessant, da die Kosten für die Ermittlung des fremden Rechts nicht den Parteien auferlegt werden können. Nach geltendem Kostenrecht muss die unterliegende Partei gemäß § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits tragen, soweit sie zu der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren. Grundsätzlich werden entsprechend der Regel des § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO der unterlegenen Partei die Kosten für ein Sachverständigengutachten¹³²⁴ oder die formlose Ermittlung ausländischen Rechts¹³²⁵ auferlegt. Etwas anderes gilt, wenn der Richter sich entschließt, das Recht selbstständig und ohne fremde Hilfe zu ermitteln und anzuwenden. Neben den Gebühren für das Tätigwerden der Gerichte gehören die Auslagen als geldwerte Aufwendungen für Ausfertigungen, Abschriften oder auch vor allem für Gutachten von Sachverständigen zu den Gerichtskosten.¹³²⁶ Da sich die Gebühren gemäß § 3 Abs. 1 GKG nach dem Streitwert richten, hat die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts keinen Einfluss auf die Gebühren. Die Auslagen hingegen werden nach den jeweils notwendigen Aufwendungen berechnet, so dass sich ihre Höhe von Fall zu Fall unterscheidet. Diese ergeben sich aus der Vorgehensweise des Richters, der – wie bereits erwähnt – nach eigenem Ermessen handeln kann. Wie hoch die Kosten der jeweiligen Maßnahme des Richters sind, ist dem Kostenverzeichnis zu dem GKG zu entnehmen.¹³²⁷

1322 BGH, NJW 1976, 181 (1583); OLG Hamm WM 1981, 882 (886); Zöller/Geimer-Geimer, § 293 Rn 16; v. Bar/Mankowski, IPR, Rn 417.

1323 Rühl, RabelsZ 71 (2007), 559 (571).

1324 Für die Beauftragung eines Sachverständigen ergibt sich aus KV 9005, dass die unterliegende Partei die nach dem Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz (JVEG) anfallenden Beträge zu erstatten hat.

1325 Bei der formlosen Ermittlung ausländischen Rechts gilt KV 9012 für die Beträge, die nach dem Auslandskostengesetz zu zahlen sind, d.h. für die Amtshandlungen der deutscher Auslandsvertretungen. Nach KV 9014 richtet sich die Erstattung aller Beträge, die ausländischen Behörden oder Personen im Ausland entstehen.

1326 Vgl. Thomas/Putzo-Hüftege, ZPO, Vorbem. § 91 Rn 2-5.

1327 Thomas/Putzo-Hüftege, ZPO, Vorbem. § 91 Rn 4.

B. Ermittlung und Anwendung ausländischen Gesellschaftsrechts vor deutschen Gerichten

Unter der Geltung der Sitztheorie mussten die inländischen Richter fremdes Gesellschaftsrecht (ausschließlich des ausländischen Gesellschaftskollisionsrechts) weder ermitteln noch anwenden. Mit seinen Grundsatzurteilen hat der EuGH diese Situation geändert. Mit der Festschreibung der Gründungstheorie zu der Beurteilung EU-ausländischer Gesellschaften sind deutsche Gerichte gezwungen, das einschlägige ausländische Gesellschaftsrecht zu ermitteln und auf den konkreten Fall anzuwenden. Diese Entwicklung hat *Altmeppen* scharf kritisiert:

„Im Anschluss an die Entscheidung Inspire Art ist in Deutschland eine unerträgliche Rechtsunsicherheit über das geltende Kapitalgesellschaftsrecht und zugleich über die Bedeutung des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts entstanden. Denkt man die Interpretationen dieses Urteils zu Ende, gilt in jedem Mitgliedstaat nicht nur sein eigenes Gesellschaftsrecht, sondern zugleich dasjenige aller übrigen Mitgliedstaaten der EU, deren Kapitalgesellschaften nämlich jederzeit ihren Sitz in jedem anderen Mitgliedstaat nehmen können. Folgerichtig müssen unsere Richter künftig neben dem deutschen Gesellschaftsrecht standardmäßig zugleich nicht nur das britische Gesellschaftsrecht, sondern dasjenige aller 25 Mitgliedstaaten der EU [Stand 1. 5. 2004] studieren, weil sie es anderenfalls nicht anwenden können. Gleiches gilt (selbstverständlich) für die Rechtsanwälte, die Wirtschaftsrecht betreiben möchten. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass das der bare Unsinn ist!“¹³²⁸

Diesen Ausführungen ist *Sandrock* mit beachtlichen Argumenten entgegengetreten.¹³²⁹ Er hat fünf Punkte angeführt, die aus seiner Sicht gegen die Meinung von *Altmeppen* sprechen. Zunächst schreibe die Materie des Internationalen Privatrechts den Kollisionsrechtlern stets vor, dass sie ausländisches Recht zu ermitteln und anzuwenden haben.¹³³⁰ In dem „Einwanderungsland“ Bundesrepublik Deutschland seien viele Ausländer ansässig, die hier verschiedene rechtlich relevante Vorgänge im Familien- und Erbrecht vornehmen möchten oder müssen (z.B. Heiraten, Geburten oder Erbfälle). Gemäß Art. 13-26 EGBGB unterliegen diese Vorgänge dem Personalstatut der Betroffenen und damit ihrem Heimatrecht. Daher seien die Familiengerichte genötigt, sich mit vielen verschiedenen Familien- und Erbrechtsordnungen zu beschäftigen.¹³³¹ Gleiches gilt für das Internationale Sachenrecht, in dem Hypotheken auf bewegliche Sachen auftre-

1328 *Altmeppen*, NJW 2004, 97 (98).

1329 *Sandrock*, BB 2004, 897 (900 f.); ähnlich Hirte Bücker-Forsthoff Schulz, Grenzüberschr. Gesellschaften, § 16 Rn 26 ff.

1330 *Sandrock*, BB 2004, 897 (900 f.).

1331 Als bekanntes Beispiel sei hier die Morgen- oder Brautgabe des islamischen Rechts („mahr“) oder die („ketubah“) genannt, vgl. BGH, IPRax 1988, 109 (110); Kegel/Schurig, IPR, 283, 300.

ten,¹³³² oder für das Internationale Vertragsrecht. In Letzterem ermöglicht Art. 3 Rom I-VO eine freie Rechtswahl der Vertragsparteien. *Sandrock* macht damit deutlich, dass die Internationalisierung der Rechtsanwendung die deutschen Richter in anderen Rechtsgebieten bereits erreicht hat und dass diese sich mit der ausländischen Materie auseinandersetzen müssen.

Weiterhin dürften die ausländischen Gesellschaftsformen mit inländischem Verwaltungssitz nur für international ausgerichtete Gesellschaften von Interesse sein.¹³³³ Es wird sich also regelmäßig um Gesellschaften in einem „internationalen Verbund“¹³³⁴ handeln, die eine internationale Beratung erfahren. Auch wenn es vereinzelte Gegenbeispiele gibt, wird sich kein Kaufmann in eine ihm unbekannte Gesellschaftsform mit anderen Pflichten und Rechten begeben und sich zudem einem fremden Gerichtsstand unterwerfen. Hinzu komme, dass international ausgerichtete Unternehmensverbände auch von einer international tätigen Anwaltskanzlei beraten werden und vermehrt „hunderte hoch qualifizierter und polyglotter junger deutscher juristischer Berufsanhänger“ auf den Arbeitsmarkt kämen, die sich mit den ausländischen Rechtsordnungen bereits beschäftigt hätten.¹³³⁵ Schließlich fordert *Sandrock* die gesetzliche Klarstellung auf europäischer Ebene, dass kompetent und international besetzte Schiedsgerichte über sämtliche gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten entscheiden können.¹³³⁶ In einem Punkt stimmen *Altmeppen* und *Sandrock* überein. Beide sehen die staatlichen Gerichte vor großen Herausforderungen, soweit es um die Ermittlung und Anwendung fremden Gesellschaftsrechts geht. Daher erwartet *Sandrock*, dass sich die Praxis immer mehr der Schiedsgerichtsbarkeit zuwenden wird.¹³³⁷

Interessant ist auch die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (DRB), der die Entscheidung für die Gründungstheorie ausdrücklich begrüßt.¹³³⁸ Gleichzeitig erkennt der DRB jedoch, dass ein „erheblicher Mehraufwand“ auf „die mit der Rechtsfindung betrauten Personen“ zukommt. Dabei sei nicht nur die Ermittlung des ausländischen Rechts generell als Mehraufwand zu verzeichnen, sondern auch die mögliche Diskrepanz zwischen dem geschriebenen Recht und der tatsächlichen Anwendung und der Auslegung in der Rechtspraxis.¹³³⁹ Allerdings betrachtet der DRB den Mehraufwand in dem Verhältnis zu der gelgenden Rechtslage als eine *quantité négligeable*. Die geltende Rechtslage fordere

1332 Z.B. die Kraftfahrzeughypotheken nach italienischem Recht, BGH, NJW 1991, 1415; *Kegel/Schurig*, IPR, 284.

1333 *Sandrock*, BB 2004, 897 (900).

1334 *Sandrock*, BB 2004, 897 (900).

1335 *Sandrock*, BB 2004, 897 (900).

1336 *Sandrock*, BB 2004, 897 (901); vgl. auch *Raesche-Kessler*, SchiedsVZ 2006, 145 ff.

1337 *Sandrock*, BB 2004, 897 (901).

1338 Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristische Personen, abrufbar unter <http://www.drb.de/cms/index.php?id=460>.

1339 Zu den Problemen bei der Ermittlung aus den ausländischen Rechts: Dritter Teil, § 3, C.

aufgrund der Urteile des EuGH zu der Niederlassungsfreiheit und der Anwendung der Gründungstheorie gegenüber einigen wichtigen Handelspartnern wie den USA bereits eine umfangreiche Ermittlung ausländischen Gesellschaftsrechts. Daher sei durch den Referentenentwurf und die damit verbundene Anwendung der Gründungstheorie auf Drittstaaten kein unverhältnismäßiger Mehraufwand zu erwarten.

Der notwendige Mehraufwand stellt mithin den „Preis“ dar, den die deutsche Rechtsordnung und das deutsche Rechtssystem für die Einführung der Gründungstheorie zahlen müssen. Es ist zu vermuten, dass die deutschen Gerichte in Zukunft vermehrt auf Gutachten von Sachverständigen zurückgreifen müssen. Die Kosten für die Ermittlung des ausländischen Gesellschaftsrechts werden durch das Kostenrecht jedoch nicht dem Staat überantwortet, sondern regelmäßig der unterlegenen Partei auferlegt. Einen Ausweg aus der Problematik hat *Sandrock* bereits aufgezeigt. Diese Lösung entspricht bereits auch der gängigen Praxis, soweit Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit beanspruchen können. Laut *Berger* sind 90 % der grenzüberschreitenden Wirtschaftsverträge mit Schiedsabreden ausgestattet.¹³⁴⁰ Von einer zunehmenden Abwicklung über die Schiedsgerichte profitieren nicht nur die Unternehmen aufgrund der höheren Flexibilität und der größeren Sachkunde, sondern auch die staatlichen Gerichte, die ihrerseits entlastet werden, da sie sich nicht mit einer fremden Gesellschaftsrechtsordnung befassen müssen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der II. Zivilsenat des BGH unlängst den Kreis der schiedsfähigen Gesellschaftsrechtsstreitigkeiten erweitert hat.¹³⁴¹ Die nicht-staatlichen Schiedsgerichte werden somit einen großen Teil der Sachverhalte mit der Beteiligung ausländischer Gesellschaften verhandeln, soweit die Ansprüche schiedsfähig sind. Die übrigen Fälle werden die staatlichen Gerichte möglicherweise unter Zuhilfenahme externer Sachverständigengutachten behandeln. Die dadurch entstehenden Rechtsinformationskosten sind der „Preis“, den die Teilnehmer an dem internationalen Wirtschaftsleben für die Anerkennung aller weltweit tätigen und ordnungsgemäß gegründeten Unternehmen in Deutschland zu zahlen haben. Es besteht daher die Gefahr, dass die Vertragspartner der ausländischen Gesellschaften die Androhung der Rechtsinformationskosten abschreckt.¹³⁴² Vor allem kleinere, weniger zahlungskräftige Gläubiger werden sich überlegen, wie sinnvoll sich eine Rechtsverfolgung unter dem Risiko, sich hohe Rechtsverfolgungs- und Rechtsin-

1340 Berger, RIW 1994, S. 12 Fn 1.

1341 BGH NJW 2009, 1962 ff. („Schiedsfähigkeit II“). Auf dieses Urteil hat auch die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) reagiert. Sie hat einen neuen Anhang zur DIS-Schiedsgerichtsordnung des (DIS) veröffentlicht: die Ergänzenden Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (ERGes). Diese Regeln gelten seit dem 15.9.2009.

1342 Hirte/Bücker-Forsthoff/Schulz, Grenzüberschr. Gesellschaften, § 16 Rn 28; W.-H. Roth, IPRax 2003 117, (124 f.); Forsthoff, DB 2003, 979 (981).

formationskosten aufzubürden, darstellt.¹³⁴³ In diesen Fällen wäre der Staat gefordert, durch Unterstützung bei der Ermittlung des fremden Rechts in sachlicher und finanzieller Hinsicht, z.B. durch Prozesskostenhilfe, Hilfe zu leisten.

C. Probleme bei der Ermittlung ausländischen Rechts

Bei der Ermittlung ausländischen Rechts können sich verschiedene Probleme stellen. Auf der einen Seite kann ausländisches Kollisions- oder Sachrecht nicht zu ermitteln sein. Beispielsweise kann in extremen Situationen wie bei Bürgerkriegen oder anderen innenpolitischen Spannungen der Zugriff auf ausländische Rechtsquellen erschwert oder kaum möglich sein. Außerdem kann trotz vorhandener Rechtsquellen in dem jeweiligen Land, dessen Recht zu ermitteln ist, die geltende Rechtslage unklar sein. Beispielsweise können Rechtsprechung, Literatur und Rechtspraxis des jeweiligen Landes nicht auf einer gemeinsamen Linie liegen.¹³⁴⁴ Es ist auch denkbar, dass sich Reformen abzeichnen, die die Rechtslage fundamental verändern. Es stellt sich die Frage, wie dieses Problem auf kollisionsrechtlicher Ebene bewältigt werden kann (dazu I.). Auf der anderen Seite stellt sich aber auch ein weiteres, häufig anzutreffendes Problem bei der Ermittlung ausländischen Rechts. Dieses betrifft den möglichen Widerspruch zwischen dem geschriebenen Recht und der tatsächlichen Anwendung in der Rechtspraxis. Diese mag oft nur schwer zu ermitteln sein (dazu II.). Schließlich wird hinterfragt, ob das vermehrte Einholen von Sachverständigen-Gutachten die Unabhängigkeit des Richters gefährdet (dazu III.).

I. Nicht zu ermittelndes ausländisches Recht

Ist das ausländische Recht nicht zu ermitteln, kommt zu der Lösung der Rechtsfrage die Anwendung eines Ersatzrechts in Betracht, da sonst ein Fall der verbotenen Rechtsverweigerung vorliegt.¹³⁴⁵ In der deutschen Rechtspraxis gilt als gesicherte Erkenntnis, dass die entsprechenden Normen des deutschen Rechts anzuwenden sind.¹³⁴⁶ Diese Erkenntnis hat zur Folge, dass trotz der Anwendung der Gründungs- oder Registrierungstheorie nicht das Recht des Registrierungsstaates

1343 Kritisch zu den Informationskosten: *Vallender*, ZGR 2007, 425 (456).

1344 Vgl. zu dem Problem des nicht sicher feststellbaren Inhalts einer Kollisionsnorm des niederländischen Kollisionsrechts, *Ebke*, RabelsZ 48 (1984), 319 ff.

1345 v. *Bar/Mankowski*, IPR, 422.

1346 BGHZ 21, 155 f.; BGH, NJW 1961, 410; BGHZ 69, 387 f.; BGH, NJW 1982, 1215; BGH, NJW 2002, 3335.

auf die Gesellschaft anwendbar ist, sondern das *lex fori* und damit deutsches Recht. Da in solchen Fällen der primäre Rechtsanwendungsbefehl versagt hat, besteht die Notwendigkeit eine andere Kollisionsnorm, d.h. einen sekundären Anwendungsbefehl zu entwickeln.¹³⁴⁷ Aus Gründen der Praktibilität ist ein längeres Zuwarten den Parteien unzumutbar. Der Rechtsfrieden muss hergestellt werden. Zudem haben die Parteien oder der Staat bereits Aufwendungen zu der Ermittlung des fremden Rechts getätig. Ob eine weitere Investition Erfolg verspricht, steht nicht fest. Jedoch gerät die Anwendung der *lex fori* nach Versagen des primären Rechtsanwendungsbefehls in Konflikt mit der Grundannahme des Internationalen Privatrechts, wonach das mit dem Sachverhalt am engsten verbundene Recht zur Anwendung zu bringen ist.¹³⁴⁸ Deswegen geht der überwiegende Teil der Lehre davon aus, dass bei nicht ermittelbarem Inhalt des ausländischen Rechts dem Grundsatz der größten Wahrscheinlichkeit zu folgen ist, d.h. es ist die wahrscheinlichste Anknüpfung zu wählen.¹³⁴⁹ Die Anwendung des mit der größten Wahrscheinlichkeit anwendbaren Rechts wird dazu führen, dass auf verwandte oder Vorbildrechtsordnungen zurückgegriffen wird.¹³⁵⁰ Sofern es sich bei dem deutschen Recht im konkreten Fall nicht um eine verwandte oder Vorbildrechtsordnung handelt, darf nur im äußerten Fall auf das deutsche Recht zurückgegriffen werden.¹³⁵¹

Von *Bar* und *Mankowski* weisen allerdings darauf hin, dass die inländischen Gerichte für den Sachverhalt nach dem Internationalen Zivilverfahrensrecht zuständig sind, selbst wenn das ausländische Recht nach den Wertungen der Kollisionsrechtsordnungen nicht die engste Beziehung zu Deutschland aufweist.¹³⁵² Somit bestehe auch eine gewisse Nähebeziehung zu dem Recht des Forumstaates. Im Übrigen entspreche der subsidiäre Anwendungsbefehl zu Gunsten der *lex fori* den Lösungen vieler anderer Kodifikationen in dem Bereich des Internationalen Privatrechts.¹³⁵³ Damit werde der internationale Entscheidungseinklang bei Schwierigkeiten der Feststellung des ausländischen Kollisions- und Sachrechts gewahrt. Zudem ziehen von *Bar* und *Mankowski* eine Parallele zu der

1347 *Mankowski*, ZHR 163 (1999), 141 (143).

1348 Vgl. statt aller, *Kropholler*, IPR, § 4 II.

1349 Palandt-Heldrich, Einl v Art. 3 EGBGB, Rn 36; *Kegel/Schurig*, IPR, 449 f.; *Ebke*, RabelsZ 48 (1984), 319 (337 f.); für das französische IPR, *Batiffol/Lagarde*, Droit international privé, S. 546 Nr. 332.

1350 Als Beispiele nennen *Kegel/Schurig*, IPR, 450: Für Belgien auf Frankreich (RGZ 163, 367), für Luxemburg auf Frankreich und Belgien (OLG Bremen MDR 1955, 427), für Syrien auf Frankreich und Ägypten (BGHZ 49 50 [53-55]), für die Türkei auf das schweizer Familien-(sach)recht (KG FamRZ 1991, 1190), oder für Einzelstaaten der USA auf die Schwesternstaaten.

1351 *Kegel/Schurig*, IPR, 450.

1352 v. *Bar/Mankowski*, IPR, 423

1353 v. *Bar/Mankowski*, IPR, a.a.O: Art. 16 Abs. 2 schweizer IPRG; Art. 2 Abs. 2 türkisches IPRG; § 5 Abs. 3 ungarisches IPRG; Art. 7 S. 3 rumänisches IPRG; § 4 Abs. 2 österreichisches IPRG.

Anwendung deutschen Rechts als Ersatzrecht, wenn der *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB die Anwendung des ausländischen Rechts sperrt.¹³⁵⁴

Festzuhalten bleibt, dass sich diese Extremfälle der Nichtermittelbarkeit ausländischen Gesellschaftsrechts auf einige wenige beschränken werden. Die Gründe dafür sind sowohl positiver als auch negativer Natur. Positiv ist zu bewerten, dass Schiedsgerichte mit verbesserten Informationsmöglichkeiten über die meisten grenzüberschreitenden streitigen Sachverhalte entscheiden. Aufgrund der verbesserten Möglichkeiten, Informationen über das Recht mittels des Internets global einzuholen, und der stetigen Verbesserung der weltweiten Kommunikation wird es den international tätigen Rechtsberatern häufig möglich sein, das ausländische Recht, gerade auch bei Drittstaaten, zu ermitteln. Negativ fällt ins Gewicht, dass in manchen Ländern sogar der Zugang zu den Rechtsquellen nicht den Anforderungen eines Rechtsstaates entspricht.¹³⁵⁵ Zudem wird mancher kleinerer Gläubiger einer ausländischen Gesellschaft, der das Gesellschaftsstatut selbstständig nicht ermitteln kann und über keinen international ausgerichteten Rechtsbeistand verfügt, den finanziellen und zeitlichen Aufwand eines gerichtlichen Verfahrens samt Ermittlung des ausländischen Rechts scheuen. Diese Aspekte muss der Gesetzgeber berücksichtigen, wenn er die Gründungstheorie für Gesellschaften von Staaten außerhalb der EU und EWR und abseits etwaiger staatsvertraglicher Regelungen einführen möchte.

II. Widerspruch zwischen geschriebenem Recht und tatsächlicher Rechtsanwendung

Anders liegt der Fall, wenn ein Widerspruch zwischen dem geschriebenen Recht und der tatsächlichen Rechtsanwendung in der ausländischen Rechtsordnung besteht. Zwar kann in diesem Fall das einschlägige Gesetzes- oder Fallrecht ermittelt werden, für den Ausländer ist aber nicht zu erfassen, ob das kodifizierte Recht in der Rechtspraxis auch entsprechend angewandt wird. Selbst wenn das geschriebene Recht (*law in the books*¹³⁵⁶) ergründet werden konnte, stellt sich die Frage nach der Anwendung des Rechts in der Praxis.

1354 BGH, NJW 1978, 1107; v. *Bar/Mankowski*, IPR, 423; *Schwung*, RabelsZ 49 (1985), 407 (408 f.).

1355 *Spickhoff*, ZZP 112 (1999), 265 (290 ff.), der auf ein Beispiel von *Ferid*, IPR, § 4-98, 1 verweist, wonach ein neu in Kraft getretenes Gesetz eines kleineren südamerikanischen Staates anfangs im Buchhandel nicht erhältlich gewesen sein soll, weil die Anwaltskammer des betreffenden Landes die komplette Auflage der neuen Gesetzestexte – offenbar zum Zwecke der Einrichtung eines Wissensmonopols – aufgekauft hatte, so dass andere – ausländische Gerichte zumal – von diesem Wissen zeitweilig ausgeschlossen waren.

1356 Grundlegend: *Pound*, 44 Am. L. Rev. 12-36 (1910).

Als Beispiel für dieses Auseinanderfallen führen einige Autoren die britische Haftung nach *wrongful trading* an.¹³⁵⁷ Ein *wrongful trading* kann schon vor Eintritt der Insolvenz gemäß sec. 214 Insolvency Act 1986 gegeben sein, wenn der *Director* noch einen neuen Vertrag abschließt, obwohl er weiß oder hätte wissen müssen, dass eine Insolvenz unvermeidbar ist.¹³⁵⁸ Auf dem Papier¹³⁵⁹ sieht *wrongful trading* nach einer schneidigen Haftung der *Directors* einer Gesellschaft aus.¹³⁶⁰ Die Haftung aus *wrongful trading* hat jedoch in der Praxis bisher eine untergeordnete Rolle gespielt. Dies liegt vor allem an drei Faktoren. Zu-

1357 Vgl. Goette, ZGR 2006, 261 (279); zu der praktischen Bedeutung der Rechtsinstitute des *wrongful trading*, Habersack/Versie, ZHR 168 (2004), 174 (180 ff.).

1358 Habersack/Versie, ZHR 168 (2004), 174 (178 f.).

1359 Sec. 214 Insolvency Act 1986 – *Wrongful trading*:

(1) Subject to subsection (3) below, if in the course of the winding up of a company it appears that subsection (2) of this section applies in relation to a person who is or has been a director of the company, the court, on the application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company's assets as the court thinks proper.

(2) This subsection applies in relation to a person if—

(a) the company has gone into insolvent liquidation,

(b) at some time before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation, and

(c) that person was a director of the company at that time; but the court shall not make a declaration under this section in any case where the time mentioned in paragraph (b) above was before 28th April 1986.

(3) The court shall not make a declaration under this section with respect to any person if it is satisfied that after the condition specified in subsection (2)(b) was first satisfied in relation to him that person took every step with a view to minimising the potential loss to the company's creditors as (assuming him to have known that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation) he ought to have taken.

(4) For the purposes of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both—

(a) the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and

(b) the general knowledge, skill and experience that that director has.

(5) The reference in subsection (4) to the functions carried out in relation to a company by a director of the company includes any functions which he does not carry out but which have been entrusted to him.

(6) For the purposes of this section a company goes into insolvent liquidation if it goes into liquidation at a time when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the winding up.

(7) In this section “director” includes a shadow director.

(8) This section is without prejudice to section 213.

1360 Habersack/Versie, ZHR 168 (2004), 174 (180).

nächst ist speziell bei kleineren Unternehmen in dem Falle der Insolvenz der Gesellschaft der Geschäftsführer-Gesellschafter persönlich ebenso insolvent wie auch seine Gesellschaft. Eine Klage aus *wrongful trading* gegen den *Director* einer insolventen Gesellschaft macht deshalb häufig unter ökonomischen Gesichtspunkten wenig Sinn.¹³⁶¹ Probleme bereitet auch die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein *wrongful trading* vorliegt. Die Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts (sog. *moment of truth*¹³⁶²), ab dem keine vernünftige Aussicht auf Abwendung der insolvenzbedingten Liquidation mehr besteht, kann in der Praxis nur unter großen Schwierigkeiten und großer Unsicherheit bestimmt werden.¹³⁶³

Daher waren die Insolvenzverwalter, welchen nach sec. 214 (1) Insolvency Act alleinig die Befugnis für die Erhebung derartiger Klagen zusteht, bisher eher zurückhaltend mit diesen. Das Haupthindernis war jedoch das britische Kostenrecht. Bei Abweisung der Klage bis zum 1.1.2003 war der Insolvenzverwalter nicht berechtigt, die Verfahrenskosten mit Vorrang aus der Masse ersetzt zu verlangen und zwar auch dann nicht, wenn zunächst gute Erfolgssichten bestanden.¹³⁶⁴ Dieser vorrangige Anspruch ist von dem Gesetz jedoch mit Wirkung zum 1.1.2003 nunmehr vorgesehen. An diesem Beispiel zeigt sich, dass die deutsche Rechtspraxis in Zusammenarbeit mit der Wissenschaft das Problem lösen kann, wenn sie sich mit der fremden Rechtsordnung und ihrer tatsächlichen Anwendung beschäftigt. Problematisch dürfte dies allerdings bei Gesellschaften aus Drittstaaten sein, die nicht so häufig wie britische Gesellschaften im Inland auftreten. In diesen Fällen mangelt es nicht nur an der intensiven Auseinandersetzung mit dem ausländischen drittstaatlichen Gesellschaftsrecht, sondern möglicherweise auch an der Informationsinfrastruktur, um sich über die ausländische Rechtsordnung zu informieren. Allerdings bietet – wie bereits festgestellt – die stetige Verbesserung der Kommunikation per Internet immer bessere Möglichkeiten, um Informationen über das ausländische Recht zu erhalten. Zu diesem Problem des Auseinanderfallens von geschriebenem Recht und tatsächlicher Rechtsanwendung hat sich der Vorsitzende des II. Zivilsenats des BGH, *Goette*, geäußert:

„[...] sollte sich der teilweise geäußerte Befund bestätigen, dass es z.B. in Großbritannien zwar strenge Haftungsregeln in Form gesetzten Rechts gibt, dass sie aber dort praktisch nicht angewandt werden, wären die deutschen Gerichte selbstverständlich nicht gehindert, sie mit Leben zu füllen; es spricht wenig dafür, dass man hier – mit Rücksicht auf fehlende Präjudizien – davon absehen würde, pflichtwidriges oder zu Lasten der Gläubiger gehendes opportunistisches Verhalten zu sanktionieren.“¹³⁶⁵

1361 *Cheffins*, Company Law, S. 544; *Habersack/Versch*, ZHR 168 (2004), 174 (181).

1362 *Cheffins*, Company Law, S. 542; *Fletcher*, The Law of Insolvency, Rn 27-018.

1363 *Prentice*, in: *Grantham/Rickett*, Corporate Personality in the 20th Century, 99 (119).

1364 *Habersack/Versch*, ZHR 168 (2004), 174 (181).

1365 *Goette*, ZGR 2006, 261 (279).

Goette stellt damit klar, dass es aus seiner Sicht für die inländischen Richter möglich sei, die ausländischen Normen auf das sanktionswürdige Verhalten anzuwenden, soweit es keine durch entsprechende Gutachten ermittelbaren Präjudizien aus dem ausländischen Recht gebe. Deutsche Richter wären mit der Aufgabe betraut, ausländisches Recht nach dem Gesetzeswortlaut anzuwenden. Ihre Grenze bildet die verbotene Rechtsfortbildung ausländischen Rechts.¹³⁶⁶ Dies stellt eine schwere Aufgabe für die Richter dar, da sie einerseits eine fremde Rechtsordnung anwenden müssen, ohne dass sie über sichere Rechtskenntnisse verfügen; andererseits dürfen sie bei der Anwendung ausländischen Rechts nicht in den Bereich der Rechtsfortbildung vordringen. Mit Einführung der Gründungstheorie werden deutsche Richter zunehmend in solche schwierigen Situationen geraten.

III. Gefährdung der Unabhängigkeit des Richters?

Ein zusätzliches, verfassungsrechtliches Problem stellt die voraussichtliche vermehrte Inanspruchnahme von Sachverständigengutachten für die Ermittlung ausländischen Rechts dar. Mit der zunehmenden Heranziehung von Sachverständigengutachten gemäß § 293 ZPO verlagert sich die gerichtliche Kompetenz zunehmend auf die Sachverständigen.¹³⁶⁷ Diese Delegierung der Kompetenz, über Recht zu befinden, gerät in Konflikt mit der grundgesetzlichen Garantie der Unabhängigkeit der Richter gemäß Art. 97 GG sowie mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.¹³⁶⁸ Jedoch besteht diese verfassungsrechtliche Problematik nicht nur bei den Sachverständigengutachten für die Ermittlung ausländischen Rechts, sondern auch bei Sachverständigengutachten, die zu Beweisfragen und damit zu Tatsachenfeststellungen bei Binnensachverhalten angefertigt werden.¹³⁶⁹ Das Problem der Verlagerung der richterlichen Entscheidungsgewalt auf Dritte gilt somit für sämtliche Sachverständigengutachten. Dieser verfassungsrechtliche Makel ist jedoch in Kauf zu nehmen, da andernfalls der Richter sein Urteil ohne vollständige Kenntnis der Rechts- oder auch Tatsachenlage treffen müsste. Dies wäre ein größerer Nachteil, zumal der Richter seine Entscheidungsbefugnis nicht auf den Sachverständigen überträgt, sondern weiterhin selbst das Urteil fällt. Zudem gilt es zu bedenken, dass der Richter eine Hilfestellung an der Stelle benötigt, wo das Gesetz von ihm keine Kenntnisse des (ausländischen) Rechts oder dessen selbstän-

1366 *Goette*, ZGR 2006, 261 (279 Fn 59); *Wengler*, JR 1983, 221 (225); *Fastrich*, ZZP 97 (1984), 423 (439).

1367 *Ebke*, RabelsZ 48 (1984), 319 (340); *Flessner*, RabelsZ 34 (1970), 547 (552).

1368 *Arens*, in: FS Zajtay, 7 (20); *Ebke*, RabelsZ 48 (1984), 319 (340).

1369 *Olzen*, ZZP 93 (1980), 66 ff.

dige Ermittlung erwarten kann.¹³⁷⁰ Treffend bezeichnet *Arens* diese verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten als den „Preis, der für eine sorgfältige Ermittlung des fremden Rechts zu zahlen ist“.¹³⁷¹

D. Ergebnis und Ausblick

Mit der Anwendung der Gründungstheorie gegenüber allen ausländischen Gesellschaften verlagern sich die Probleme, die eine inländische werbende Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft nach sich zieht, von den Gesellschaften zu den Gerichten. Unter Geltung der Sitztheorie müssen die Gesellschaften mit einem inländischen Verwaltungssitz die Vorgaben des deutschen Rechts einhalten. Für den zuständigen Richter ist der Aufwand bei Beurteilung der Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft dagegen eher gering. Er muss den tatsächlichen Verwaltungssitz ermitteln, um das anwendbare Recht zu bestimmen. Dies erfordert zwar auch einige Aufwand, da er die notwendigen Fakten zu der Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes aufzuklären hat, er muss aber nicht ausländisches Gesellschaftsrecht anwenden.

Mit der Einführung der Gründungstheorie sind hingegen die Gerichte aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes gezwungen, das ausländische Recht zu ermitteln. Die Richter müssen sich also vermehrt mit ausländischem Gesellschaftsrecht auseinandersetzen. Die Parteien können an der Ermittlung ausländischen Rechts mitwirken; sie müssen dies aber nur in den Fällen, in denen dies für sie ohne größeren Aufwand möglich ist. Wenn auch die Kosten für ein gerichtlich angeordnetes Sachverständigungsgutachten oder anderer Ermittlungsmethoden von der unterlegenen Partei getragen werden, hat die Einführung der Gründungstheorie einen höheren Aufwand für die Ermittlung des Rechts zur Folge. Diese Informationskosten sind der „Preis“, den die Parteien zukünftig zu tragen haben werden, vor allem wenn es sich um drittstaatliche Rechtsordnungen handelt. Der Gesetzgeber muss daher für die finanzschwächeren Parteien ein Kostenrecht schaffen, das sie nicht von der Durchsetzung ihrer Ansprüche abhält. Demgegenüber wird sich der Richterberuf mit gesellschaftsrechtlichem Schwerpunkt somit auch über den bisherigen Geltungsbereich der Gründungstheorie weiter internationalisieren, was sich auch in der juristischen Ausbildung niederschlagen wird.¹³⁷² Festzuhalten bleibt, dass der Bedarf an Gutachten zu drittstaatlichem Gesellschaftsrecht kurz- und mittelfristig ansteigen wird.

Schließlich ist noch auf eine Neuerung in der ZPO hinzuweisen. Gemäß der Neufassung des § 545 Abs. 1 ZPO ist ausländisches Recht seit dem 1.9.2009

1370 Spickhoff, ZZP 112 (1998), 265 (291).

1371 Arens, in: FS Zajtay, 7 (20).

1372 Vgl. Spickhoff, ZZP 112 (1998), 265 (291).

nun revisibel.¹³⁷³ Entscheidungen inländischer Gerichte zum ausländischen Recht können somit zu der Revision bei dem BGH zugelassen werden. Gemäß § 545 Abs. 1 ZPO beschränkt sich die Revisibilität nicht mehr auf Bundesrecht, sondern erfasst jede Rechtsverletzung. Für das Gesellschaftsrecht bedeutet dies, dass damit das Binnenrecht einer ausländischen Gesellschaft der Revision zugänglich ist. Bisher konnte der BGH darüber nicht entscheiden.¹³⁷⁴ Als Beispiel für einen Zulassungsgrund für die Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO („Grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache“) nennen *Hess* und *R. Hübner* Haftungsfragen in dem Zusammenhang mit britischen *private limiteds*.¹³⁷⁵ Dort werfe das Zusammenspiel von Gesellschafts-, Insolvenz- und Deliktsrecht Fragen auf, die die Koordinierung der Anwendung von englischem Gesellschaftsrecht und deutschem Delikts- und Insolvenzrecht zum Gegenstand hätten. Es bleibt festzuhalten, dass nicht nur die Richter an den Instanzgerichten, sondern auch die Richter am BGH sich zukünftig mit ausländischem Gesellschaftsrecht auseinanderzusetzen haben werden.

1373 *Hess/R. Hübner*, NJW 2009, 3132 ff.

1374 *Hess/R. Hübner*, NJW 2009, 3132 f.

1375 *Hess/R. Hübner*, NJW 2009, 3132 (3134).

§ 4: Der *ordre public* als Korrektiv im Internationalen Gesellschaftsrecht

Der folgende Abschnitt behandelt die Rolle des *ordre public* im Internationalen Gesellschaftsrecht. Unter Punkt A. wird das Verhältnis von Sitztheorie und *ordre public* nach der bisherigen Rechtslage geklärt. Unter Punkt B. erfolgt die Einordnung des *ordre public* in dem Rahmen der Gründungstheorie, so wie der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht vorsieht.

A. Sitztheorie und *ordre public*

Der Referentenentwurf beabsichtigt Problemen, die sich aus der Anwendung des Gründungsrechts für den Rechtsverkehr ergeben, mit dem *ordre public* zu begrenzen.¹³⁷⁶ Bisher ist es in der Rechtspraxis selten zu einem Verstoß gegen den *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB im Internationalen Gesellschaftsrecht gekommen. Eine Ausnahme bildeten die Gründungen liechtensteinischer Rechtsformen, die Gegenstand deutscher Rechtsprechung waren.¹³⁷⁷ Bei der Rechtsprechung bezüglich liechtensteinischer Gesellschaften ist jedoch zu beachten, dass sie aufgrund der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf EWR-Gesellschaften¹³⁷⁸ mittlerweile obsolet ist. Damit kann diese Rechtsprechung nicht mehr als Maßstab für die Vereinbarkeit drittstaatlichen Gesellschaftsrechts mit dem deutschen *ordre public* dienen. Der Grund für fehlende Rechtsprechung und Erfahrungen mit der Anwendung des deutschen *ordre public* auf ausländisches Gesellschaftsrecht liegt jedoch in der Sitztheorie begründet.¹³⁷⁹ Diese Theorie beurteilt ausländische Gesellschaften nach den Vorstellungen des inländischen Gesellschaftsrechts. Folglich hielt sie ausländische Gesellschaftsformen aus dem inländischen Recht heraus. Sie nahm daher eine abwehrende Funktion ein. Die Sitztheorie ähnelt somit der negativen Funktion des *ordre public*, der primär fremde Rechtsvorstellungen, die nicht mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts vereinbar sind, abwehrt. Mithin war die Anwendung des *ordre public* unter Geltung der Sitztheorie nicht notwendig, um ausländisches Gesellschaftsrecht aus dem deutschen Rechtsverkehr herauszuhalten.¹³⁸⁰

1376 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 7.

1377 AG Hamburg MDR 1964, 1009; OLG Stuttgart NJW 1965, 1139; BGHZ 78, 318, NJW 1981, 522, IPRax 1981, 130.

1378 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B.154.

1379 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B.154.

1380 Daher erscheint auch der folgende Satz des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht (Sonnenberger/Bauer, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 61) etwas merkwür-

Die möglicherweise notwendige Anwendung des *ordre public* verlagert das Problem von der Anknüpfung im Internationalen Gesellschaftsrecht zu einem des Allgemeinen Teils des Internationalen Privatrechts.¹³⁸¹ Dies wird zum einen zu einer Zunahme der Bedeutung des allgemeinen Kollisionsrechts für das Internationale Gesellschaftsrecht führen, zum anderen schafft es ein zusätzliches Problem. Es wird – zumindest anfangs – schwierig sein, die Generalklausel des *ordre public* mit entsprechendem Inhalt zu füllen.¹³⁸² Damit gerät auch der Referentenentwurf mit der Einführung der Gründungstheorie in einen grundsätzlichen Konflikt jeder Rechtsordnung: Die Abwägung zwischen möglichst hoher Rechtssicherheit und gleichzeitig möglichst hoher Einzelfallgerechtigkeit.¹³⁸³ Gera de im Internationalen Gesellschaftsrecht ist die Rechtssicherheit ein hohes Gut, da grundlegende Rechtsfolgen an die kollisionsrechtliche Einordnung von ausländischen Gesellschaften geknüpft werden.¹³⁸⁴ Dies zeigt sich beispielsweise an der Umqualifizierungslösung des BGH in seiner *Jersey*-Entscheidung.¹³⁸⁵ Darin hob der BGH die Haftungsbeschränkung der ausländischen Kapitalgesellschaft auf, indem er sie in eine inländische Personenhandelsgesellschaft umqualifizierte. Daher hat ein ausländischer Gesellschafter ein hohes Interesse daran, wie seine Gesellschaft kollisionsrechtlich einzuordnen ist. Die Unbestimmtheit des Art. 6 EGBGB und seine Ausfüllungsbedürftigkeit, vor allem im Internationalen Gesellschaftsrecht, tragen somit nur sehr eingeschränkt zur Rechtssicherheit bei, obwohl die Rechtssicherheit ein erklärtes Ziel der Anknüpfung an das Recht an dem Registrierungsort ist.¹³⁸⁶ Da das Kollisionsrecht nicht nur unterschiedliche Sachrechtssysteme, sondern auch deren Änderungen wie z.B. das MoMiG erfassen muss, muss es flexibler und offener als das geschlossene, interne System des Sachrechts sein.¹³⁸⁷ Diese Beobachtung offenbart, dass das Maß an Rechtssicherheit, das im Sachrecht allein zu erzielen ist, im Kollisionsrecht nicht von vornherein erreicht werden kann.

Es gilt aber zu beachten, dass der *ordre public* nur als Korrektiv bei unerträglichen Abweichungen von deutschen Standards in Frage kommt. Mit seiner Formel zu dem *ordre-public*-Vorbehalt hat der BGH sich und der deutschen Richterschaft eine deutliche Restriktion auferlegt.¹³⁸⁸ Danach soll der *ordre pub-*

dig: „...obgleich die bisherige Erfahrung zeigt, dass das Gesellschaftsrecht nur selten Anlass gibt, die *ordre public*-Klausel einzusetzen.“

1381 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 377; vgl. auch Ebenroth, Vermögenszuwendungen, S. 359.

1382 Ebenroth, Vermögenszuwendungen, S. 359; Ebenroth, Konzernkollisionsrecht, S. 16; Nußbaum, IPR, S. 61.

1383 Vgl. zu dem Problem im Internationalen Schuldvertragsrecht, Mankowski, ZeuP 2002, 804 ff.

1384 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 380.

1385 BGHZ 151, 204.

1386 Reffé Internationales Gesellschaftsrecht, S. 9.

1387 Benecke, Gesetzesumgehung, 299.

1388 BGHZ 54, 123 (130, 132, 140); BGHZ 56, 180 (191); BGHZ 75, 32.

lic-Vorbehalt nur dann eingreifen, wenn „das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts [...] im Einzelfall zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen [...] in einem so schwerwiegenderen Widerspruch steht, dass seine Anwendung für untragbar angesehen werden muss.“¹³⁸⁹ Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Anwendung des ausländischen Rechts mit Grundrechten unvereinbar ist.

B. *Gründungstheorie und ordre public*

Es gibt zwei Gründe, die gegen eine große Bedeutung des *ordre public* im Internationalen Gesellschaftsrecht trotz Anwendung der Gründungstheorie sprechen. Zum einen zeigt sich an der Formulierung des BGH, dass es sich um extreme Fälle handeln muss, die sich mit den Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung nicht vereinbaren lassen. Es ist schwer ersichtlich, wie häufig Grundrechte bei gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden Sachverhalten Anwendung finden sollen. An die Anwendung von Art. 6 EGBGB ist eher in anderen Bereichen des Internationalen Privatrechts wie dem Internationalen Familienrecht zu denken. Es ist daher nicht zu erwarten, dass inländische Richter den *ordre public* häufig als Korrektiv zu dem ausländischen Gesellschaftsrecht zur Anwendung bringen. Zum anderen unterliegt die Entwicklung des deutschen Gesellschaftsrechts einem stetigen Wandel. Der deutsche Gesetzgeber trägt in dem Bereich des Gesellschaftsrechts einerseits den Vorgaben der europäischen Rechtssetzungsorgane durch die Umsetzung von Richtlinien und der Einführung von supranationalen Rechtsformen (SE oder EPG) Rechnung; andererseits berücksichtigt er die Rechtsprechung des EuGH.¹³⁹⁰ Eingeläutet mit den Urteilen des EuGH zu der Niederlassungsfreiheit sieht sich der nationale Regelungsgeber zunehmend unter dem Druck, seine Gesellschaftsrechtsformen „den tatsächlichen Anforderungen der Praxis anzupassen“¹³⁹¹ und die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Gesellschaftsformen in dem internationalen Vergleich zu stärken.

Infolge dieser Entwicklungen verändert sich das deutsche Gesellschaftsrecht immer stärker. Als Beispiel aus dem MoMiG sei die Unternehmergeellschaft als haftungsbeschränkte Gesellschaft ohne Mindestkapital genannt. Aufgrund dieser Veränderungen im eigenen Gesellschaftsrecht öffnet sich das deutsche Bewusstsein für andere Gesellschaftsformen immer weiter, so dass die Einführung der Gründungstheorie auf kollisionsrechtlicher Ebene nachvollziehbar ist. Dementsprechend ist auch keine übermäßige Anwendung des *ordre public* zu

1389 BGHZ 54, 123 (130, 132, 140); BGHZ 56, 180 (191); BGHZ 75, 32; v. Hoffmann/Thorn, IPR, 271.

1390 Vgl. RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 5.

1391 RegE MoMiG, S. 56.

erwarten. Dies gilt insbesondere für Gesellschaftsformen aus dem europäischen Ausland, da sie den Harmonisierungsbestrebungen der EU unterliegen. Anderes mag für Gesellschaften aus Drittstaaten gelten, zu denen keine staatsvertraglichen Bindungen bestehen. Mangels Harmonisierung gegenüber den Drittstaaten ist es denkbar, dass der *ordre public* eher bei Sachverhalten mit drittstaatlichen Gesellschaften eingreift. Jedoch muss der Rechtsanwender bedenken, dass er über den *ordre public* die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten der Gründungstheorie nicht aushebeln darf. Der übermäßige Einsatz des *ordre public* würde die Kodifikation der Gründungstheorie unterlaufen und zudem der Funktion des *ordre public* als „Notbremse“¹³⁹² widersprechen. Der *ordre public* darf nach seiner Konzeption nur zu einer Korrektur im Ausnahmefall eingesetzt werden.¹³⁹³ Art. 6 EGBGB eignet sich zu einer Korrektur des gefundenen Ergebnisses im Einzelfall. Auf ihn lässt sich die generelle Anwendung deutschen Gesellschaftsrechts auf ausländische Gesellschaften wie die Arbeitnehmermitbestimmung oder etwaige Fragen einer Durchgriffshaftung nicht stützen.¹³⁹⁴

C. Zusammenfassung

Mit der Einführung der Gründungstheorie wagt der Gesetzgeber einen Paradigmenwechsel von der gewohnheitsrechtlich begründeten Sitztheorie zu einer kodifizierten Gründungstheorie. Diesen Paradigmenwechsel versucht der Gesetzgeber in den bestehenden kollisionsrechtlichen Rahmen einzupassen, indem er als Korrektiv zu der Gründungstheorie den *ordre public* benennt. Der Gesetzgeber betritt demnach mit der Anwendung des *ordre public* im Internationalen Gesellschaftsrecht Neuland, wenn man von den Fällen in dem Zusammenhang mit liechtensteinischen Gründungen absieht. Die fehlende Notwendigkeit, den *ordre public* auf ausländische Gesellschaftsformen anzuwenden, lag in der Sanktionswirkung der Sitztheorie gegenüber ausländischen Gesellschaftsformen begründet. Eine häufige Anwendung des *ordre public* ist unter Geltung der Gründungstheorie jedoch aus den genannten Gründen unwahrscheinlich. Als Leitlinie gilt, dass der *ordre public* nur bei unerträglichen Abweichungen von deutschen Rechtsvorstellungen eingreift.¹³⁹⁵ Um der gesetzgeberischen Entscheidung zugunsten der Anwendung des ausländischen Gesellschaftsrechts nicht zu widersprechen, werden die inländischen Richter von einer übermäßigen Anwendung des *ordre public* auf ausländische Rechtsformen absehen.

1392 Kieninger, NJW 2009, 292 (293).

1393 Vgl. Kegel/Schurig, IPR, § 16; Kropholler, IPR, § 36.

1394 Ulmer/Habersack/Winter-Behrens, GmbHG, Einl. B Rn 155.

1395 Ebke, in FS Hellwig, 117 (138).

§ 5: Fehlende Harmonisierungsmöglichkeiten gegenüber Drittstaaten

Der folgende Abschnitt untersucht die fehlende Möglichkeit der Harmonisierung gegenüber drittstaatlichem Gesellschaftsrecht. *Kindler* sieht darin ein Argument gegen die Anwendung der Gründungstheorie gegenüber drittstaatlichen Gesellschaften eingewandt.¹³⁹⁶ Im Unterschied zu anderen Mitgliedstaaten mangelt es gegenüber außereuropäischen und nicht staatsvertraglich privilegierten Gesellschaftsformen an Maßnahmen, die einem Fehlverhalten der Marktteilnehmer entgegenwirken können. Zunächst beschäftigt sich die Arbeit in einem kurzen Überblick mit den verschiedenen Formen der Harmonisierung (dazu I.). Im Anschluss wird der Frage nachgegangen, inwiefern eine substantielle Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht stattfindet (dazu II.). Der Teil schließt mit der Betrachtung, inwiefern die vorherigen Beobachtungen einen Einfluss auf die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Drittstaaten haben (dazu III.).

A. Formen der Harmonisierung

Die Herstellung eines Binnenmarktes (d.h. eines Raumes ohne innere Grenzen, in dem die Freizügigkeit von Gütern, Personen, Dienstleistungen und Kapital sichergestellt ist) ist ein Hauptziel der Europäischen Union. Dies erfordert u.a. eine Harmonisierung der Regeln, die auf mitgliedstaatlicher Ebene gesetzt werden, sog. Rechtsangleichung. Einige Maßnahmen der Harmonisierung führen gemeinsame Standards in der ganzen EU ein (positive Harmonisierung), während andere sich darauf beschränken, nationale Regeln zu verdrängen (negative Harmonisierung). Eine weitere Kategorie hat *Roe* u.a. in zwei Aufsätzen zu dem US-amerikanischen Gesellschaftsrecht entwickelt: die so genannte „zukünftige Harmonisierung“¹³⁹⁷, die später erläutert werden wird.

1396 MüKo-*Kindler*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 9.

1397 *Roe*, 117 Harv. L. Rev. 588 (2003); *Roe*, 118 Harv. L. Rev. 2491 (2005); *Roe* spricht darin von „prospective harmonization“.

I. Positive Harmonisierung

Positive Harmonisierung bedeutet, dass die europäische Union Richtlinien erlässt, die die Mitgliedstaaten in nationales Recht umsetzen müssen, oder alternativ Verordnungen beschließt, die für ihre Geltung keines weiteren Umsetzungsaktes bedürfen. Positive Harmonisierung kann substantiell sein und damit den Inhalt des nationalen Rechts festlegen; sie kann aber auch die Rechtswahl selbst betreffen, indem sie die Auswahlmöglichkeiten fördert oder reduziert. Beispielsweise war die substantielle Harmonisierung des Gläubigerschutzes für eine lange Zeit ein wichtiges Anliegen des Europäischen Gesellschaftsrechts (wie z.B. in der Zweiten Richtlinie).¹³⁹⁸ Ein Beispiel für die Harmonisierung der Rechtswahl ist hingegen die EuInsVO, die das insolvenzrechtliche Kollisionsrecht vereinheitlicht.

II. Negative Harmonisierung

Negative Harmonisierung oder Integration bedeutet, dass der EuGH nationales Recht, das in Widerspruch zu den Grundfreiheiten bzw. dem übrigen Primärrecht steht, für unvereinbar mit dem AEUV erklärt. Im Europäischen Gesellschaftsrecht ist dies durch die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* oder *Sevic* erreicht worden.¹³⁹⁹ Die negative Harmonisierung auf der Grundlage der Niederlassungsfreiheit, wie der EuGH sie von dem EuGH in seinen Entscheidungen entwickelt, schränkt solche Regelungen ein, die den Unternehmen die freie Rechtswahl versagen.¹⁴⁰⁰

III. „Prospective Harmonisation“

Die dritte Form der Harmonisierung stellt die sog. *prospective harmonisation* dar. Danach kann die Europäische Union mit ihren Kompetenzen in der Rechtsangleichung einen Einfluss auf den Wettbewerb der Regelgeber haben. Dafür wird vorausgesetzt, dass die relevanten Akteure (Marktteilnehmer und Politiker in den Mitgliedstaaten) wissen, dass die EU auf etwaige mitgliedstaatliche Regelungen oder Verhaltensweisen regulierend einwirken kann. Der Europäische Gesetzgeber kann dementsprechend handeln, er muss es aber nicht. Allein diese

1398 Richtlinie 77/91/EWG, sog. Kapitalrichtlinie.

1399 Dazu Erster Teil, § 2, A.

1400 *Enquires/Gelter*, 7 EBOR 419 (2006).

Handlungsoption mit der ihr innewohnenden Androhung weiterer Harmonisierung kann verhaltenssteuernd wirken. *Roe* argumentiert, dass die immerwährende Drohung des bundesstaatlichen Einschreitens die Entwicklung des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts mehr beeinflusst habe als der Wettbewerb zwischen den Einzelstaaten; damit habe ein Anreiz für die Einzelstaaten, namentlich Delaware, bestanden, gewisse Grenzen nicht zu übertreten, um keinen Eingriff des föderalen Gesetzgebers zu provozieren.¹⁴⁰¹ Allerdings argumentieren *Enriques* und *Gelter*, dass sich diese Überlegung aus verschiedenen Gründen nicht auf die Entwicklung in der EU übertragen ließe.¹⁴⁰² Erstens sei – in dem Vergleich zu dem US-amerikanischen Kongress – der Gesetzgebungsprozess in der EU sehr langsam und im Übrigen nicht empfänglich für populistischen Druck, da es an einer gemeinsamen europäischen Öffentlichkeit fehle.¹⁴⁰³ Im Gegensatz zu Washington finde der europäische Gesetzgeber keine Unterstützung bei den Unternehmen für seine Gesetzesvorhaben.¹⁴⁰⁴ Entscheidend kommt hinzu, dass die EU-Mitgliedstaaten – im Unterschied zu den US-amerikanischen Einzelstaaten – keinen finanziellen Anreiz für die Ansiedlung von Unternehmen haben, da sog. Inkorporationssteuern (*franchise revenue*) nach der Richtlinie 69/335/EWG¹⁴⁰⁵ in der EU verboten sind. Nach Auffassung von *Enriques* und *Gelter* besteht vor allem in der finanziellen Abhängigkeit Delawares von dem Ertrag der Inkorporationssteuern ein Anreiz, dem Eingriff Washingtons aus dem Weg zu gehen.¹⁴⁰⁶ Daher ist nach ihrer Auffassung in Europa eine ähnliche Entwicklung in Richtung eines Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte nicht zu erwarten.¹⁴⁰⁷ Es ist jedoch zu überlegen, ob es nicht EU-Mitgliedstaaten gibt, die die Attraktivität ihres Rechts erhalten möchten, ohne dass die EU diesen Rechtsbereich harmonisiert und damit die Attraktivität nivelliert. Möglicherweise bestehen andere (ökonomische oder steuerliche) Anreize, um einen solchen (Wettbewerbs-)Vorteil zu erhalten. Zwar sind dieselben Voraussetzungen wie in den USA, in dem europäischen Binnenmarkt nicht gegeben, dies heißt aber nicht, dass es einen solchen Wettbewerb in Europa nicht geben könnte.

Armour streicht heraus, dass das Vereinigte Königreich zwei starke Anreize hat, sein Gesellschaftsrecht nach den Vorstellungen der Marktteilnehmer auszugestalten, obwohl es an dem Ertrag von Inkorporationssteuern mangelt.¹⁴⁰⁸ Zu-

1401 *Roe*, 117 Harv. L. Rev. 588 (2003); *Roe*, 118 Harv. L. Rev. 2491 (2005).

1402 *Enriques/Gelter*, 7 EBOR 419, 422 (2006).

1403 *Gelter*, 5 JCLS 247, 278-279 (2005).

1404 *Enriques*, in: *Armour/McCahery*, After Enron, 641 (677).

1405 Art. 2 Abs. 1, 10 Richtlinie 69/335/EWG verbieten die Erhebung von Steuern oder Abgaben, die über die Kostendeckung hinausgehen, für die Gründung oder Registrierung von einer Gesellschaft mit der Ausnahme von festgesetzten Gesellschaftssteuern, die in dem Land erhoben werden, in dem die Gesellschaft den Sitz ihres Management hat.

1406 *Enriques/Gelter*, 7 EBOR 419, 422 (2006).

1407 *Enriques/Gelter*, 7 EBOR 419, 422 (2006).

1408 *Armour*, in: *Armour/McCahery*, After Enron, 497 (519 f.).

nächst sei der Steuerertrag von Rechts- und Finanzdienstleistern wichtig für die britische Wirtschaft. Da für den britischen Staat und die britische Wirtschaft einiges auf dem Spiel stehe, stellten die britischen europaweit agierenden Kanzleien eine mächtige Interessengruppierung, die für oder gegen Reformen kämpfe, welche wahrscheinlich die Wettbewerbsfähigkeit des britischen Rechts beeinflussten.¹⁴⁰⁹ Zudem sei im Unterschied zu Delawares Anwaltsstand der britische Anwaltsstand besser positioniert, um Einfluss auf die Gestaltung des Gesellschaftsrechts zu nehmen. Es seien nicht die Anwälte aus Delaware, die den größten ökonomischen Nutzen aus dem Recht in Delaware zögen, sondern die New Yorker Anwälte, die die anwaltliche Beratung der börsennotierten Unternehmen aus Delaware übernahmen.¹⁴¹⁰ Im Gegensatz dazu erhielte das UK einen wesentlich größeren Teil des Steuerertrags, den das britische Gesellschaftsrecht generiert, da London als Finanzzentrum dem britischen Steuerrecht unterliegt. Die Anwälte aus London bilden damit eine einflussreiche Interessengruppe bei der Entwicklung des englischen Gesellschaftsrechts. Ein zweiter Grund für die Reaktionsfähigkeit des englischen Gesellschaftsrechts konzentriert sich auf das sog. „weiche Recht“ oder *soft law*, das wichtige Bereiche wie den Takeover Code abdeckt.¹⁴¹¹ Private Regelsetzer sind in der Lage, einen wesentlich höheren Anteil der ohnehin geringen Erträge, welche von den „Benutzern“ ihres Rechts generiert werden, einzustreichen als der öffentliche Gesetzgeber.¹⁴¹² Ein öffentlich-rechtlicher Gesetzgeber muss die Steuererträge für öffentliche Leistungen und Daseinsvorsorge verwenden, und begegnet damit einer stark nachlassenden Grenznutzenkurve von zusätzlichem Steuerertrag.¹⁴¹³ Ein privater Regelsetzer stellt seine Dienstleistung als ein Geschäft zur Verfügung und erhält so einen wesentlich höheren Grenznutzen¹⁴¹⁴ von den zusätzlichen Steuereinnahmen von den „Nutzern“ des Rechts als der öffentlich-rechtliche Gegenpart. Drittens ist ein rechtskultureller Gesichtspunkt zu berücksichtigen. Die Wahl einer anderen Gesellschaftsrechtsordnung durch ein (Groß-)Unternehmen kann ein schlechtes Licht auf den Zustand eines Rechtssystems insgesamt werfen. Die „Abwanderung“ kleinerer Unternehmen mag ein kleineres Problem für die nationalen Rechtsordnungen sein,¹⁴¹⁵ dies ändert sich jedoch, wenn auch vermeintliche „Flaggschiffe“ der nationalen Wirtschaft mit ihrer Mutter- oder Holdinggesellschaft ihre inländische Rechtsform zugunsten einer ausländischen aufgeben. Eine

1409 *Cheffins*, Company Law, 437 f.

1410 *Kahan/Kamar*, 55 Stan. L. Rev. 679, 694-700 (2002).

1411 *Armour*, in: *Armour/McCahery, After Enron*, 497 (520).

1412 *Hadfield/Talley*, On Public versus Private Provision of Corporate Law. 1 ff.

1413 *Armour*, in: *Armour/McCahery, After Enron*, 497 (520)

1414 Vgl. *Schubert/Klein*, Politiklexikon: Grenznutzen ist ein ökonomischer Begriff, der von der Erkenntnis ausgeht, dass mit zunehmendem Verbrauch der Nutzen eines Gutes für das konsumierende Individuum abnimmt. Grenznutzen bezeichnet den Nutzenzuwachs, der durch die jeweils letzte verbrauchte Einheit erzielt wird.

1415 Vgl. *Becht/Mayer/Wagner*, Where do Firms Incorporate?, 1 ff.

solche „Abwanderung“ zeige einer größeren Öffentlichkeit auf, inwiefern das nationale Rechtssystem zunehmend unattraktiv für die einheimischen Unternehmer werde. Es ist daher wahrscheinlich, dass die Mitgliedstaaten mit einem vermeintlich unattraktiven Rechtssystem ein solches Szenario zu vermeiden suchen. Demgegenüber stehen die Mitgliedstaaten mit einem vermeintlich attraktiven Gesellschaftsrecht wie vor allem das Vereinigte Königreich.¹⁴¹⁶ Letztere haben Interesse an einem nicht harmonisierten Gesellschaftsrecht, um ihren Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Staaten ausnutzen zu können. Ein in diesem Bereich harmonisiertes Recht würde diesen Vorteil aufheben. Es ist daher in dem Interesse der Mitgliedstaaten mit einem vermeintlich attraktiven Gesellschaftsrecht, eine weitergehende Harmonisierung zu vermeiden.

Besteht also für einen Mitgliedstaat ein Wettbewerbsvorteil, so hat er ein Interesse daran, dass dieser erhalten bleibt und nicht durch eine einengende Harmonisierung aufgehoben wird. Dies mag vornehmlich für das Vereinigte Königreich gelten. Einen gewissen Einfluss auf die Gestaltung des Gesellschaftsrechts kann der Aussicht auf Harmonisierung (*prospective harmonisation*) daher nicht abgesprochen werden.

B. Kritik an der Harmonisierung im Europäischen Gesellschaftsrecht

Nach der Darstellung der einzelnen theoretischen Formen der europäischen Harmonisierung wird der Frage nachgegangen, ob das europäische Sekundärrecht einen substantiellen Beitrag zu den mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechtsordnungen geleistet hat. Kindler argumentiert, dass die Rechtsangleichung eine Flucht in die „laxeste“ Gesellschaftsrechtsordnung verhindere; die Möglichkeit für die Harmonisierung bestehe aber nur auf europäischer Ebene.¹⁴¹⁷ Leistet das Sekundärrecht jedoch einen nur kleinen Beitrag zu dem Gesellschaftsrecht in den Mitgliedstaaten, stellt sich die Frage, inwiefern die Möglichkeit der innereuropäischen Harmonisierung als Argument vorgebracht werden kann, um einem etwaigen Fehlverhalten der Marktteilnehmer aus Drittstaaten entgegenzuwirken. Wenn das europäische Sekundärrecht in dem Bereich des Gesellschaftsrechts nur geringen Einfluss auf die nationalen Rechtsordnungen hat, steht dieses Argument gegen die Einführung der Gründungstheorie gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten auf einer unsicheren Grundlage. Ziel dieses Abschnitts ist zu untersuchen, inwiefern das europäische Gesellschaftssekundärrecht das nationale Recht beeinflusst.

1416 Becht/Mayer/Wagner, Where do Firms Incorporate?, 2.

1417 MüKo-Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 9.

I. Triviales europäisches Sekundärrecht im Bereich des Gesellschaftsrechts?

Enriques hat in seinem Artikel „EC Company Law Directives and Regulations: How trivial are they?“ die bereits 2004 vertretene These aufgestellt, dass das europäische Gesellschaftssekundärrecht weitestgehend einen verschwindend geringen Einfluss auf die nationalen Gesellschaftsrechte genommen habe.¹⁴¹⁸ Europäisches Sekundärrecht habe keinen Einfluss auf die Art und Weise, wie mitgliedstaatliche Gesellschaften geführt, geleitet und kontrolliert werden.¹⁴¹⁹ *Enriques* legt darin die Trivialität des europäischen Gesellschaftssekundärrechts dar (a), schränkt seine These aber auch teilweise ein (b). Im Folgenden wird die weitere Entwicklung im europäischen Gesellschaftssekundärrecht betrachtet, um zu ermitteln, inwiefern sich die These *Enriques'* auch neuerdings bestätigt. Zwar haben der Lamfalussy-Prozess zu dem Wertpapierrecht¹⁴²⁰ und vor allem der Aktionsplan zu dem Gesellschaftsrecht¹⁴²¹ Anlass zu der Hoffnung gegeben, dass die Gesetzgebung in dem Bereich von Europäischem Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht verbessert wird (dazu c).

1. Gründe für die Trivialität

Die Gründe für die Trivialität waren laut *Enriques* zahlreich. Zunächst habe das harmonisierte Sekundärrecht auf dem Stand von Ende 2004 nicht die Kernbereiche des Gesellschaftsrechts, wie beispielsweise die Treuepflichten der Mitglieder des Leitungsorgans, etwaige Rechtsschutzmöglichkeiten der Aktionäre, die Ausgestaltung der Haftungsbeschränkung oder andere Fragen der Corporate Governance abgedeckt.

Die Vorschläge der Kommission für eine Fünfte Richtlinie zu der Struktur von Aktiengesellschaften und Arbeitnehmerbeteiligung sowie einer Achten Richtlinie zu der Behandlung von Konzernen haben sich nie so weit konkretisiert, dass an eine Verabschiedung zu denken gewesen wäre.¹⁴²² Es zeigt sich, dass zentrale Bereiche des Gesellschaftsrechts nicht Bestandteil des europäischen Sekundärrechts waren und bis heute auch sind, da die Fünfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie bis heute nicht angenommen worden ist). Zweitens konnte die Geltung des Europäischen Gesellschaftsrechts nur sporadisch durchgesetzt werden. So kann die Kommission die Einhaltung der Richtlinien aufgrund ihres

1418 *Enriques*, in: Armour/McCahery, After Enron, 641 ff.

1419 *Enriques*, in: Armour/McCahery, After Enron, 641 (645).

1420 *Ferran*, in: Armour/McCahery, After Enron, 575 ff.

1421 *Hopt*, European Company Law and Corporate Governance: Where does the Action Plan of the European Commission Lead?, 1 ff.

1422 Vgl. Edwards, EC Company Law, 389, 391.

Mangels an Ressourcen nur unzureichend kontrollieren; zudem kam es auch nur zu wenigen Vorlageverfahren gemäß Art. 267 AEUV vor den EuGH.¹⁴²³ Dies führt dazu, dass teilweise ganze Normen nicht in nationales Recht transponiert werden. So haben Deutschland, Österreich, Finnland und Schweden das Konzept des *true and fair view* nicht vollständig in nationales Recht umgesetzt, obwohl es die Vierte Richtlinie¹⁴²⁴ in Art. 2 Abs. 5 vorgesehen habe.¹⁴²⁵ Ein weiteres Problem bei der Durchsetzung war und ist die innerstaatliche Umsetzung der Vorgaben durch die Richtlinien. So hatte beispielsweise Deutschland zwar die Verpflichtung zu der Offenlegung von Jahresabschlüssen aus Art. 47 der Vierten Richtlinie in nationale Vorgaben umgesetzt, aber es hatte diese gegenüber den deutschen GmbHs nicht durchgesetzt.¹⁴²⁶ Dies lag vor allem an der schlechten Formulierung der Vorgaben, so dass diese in der Praxis nicht angewendet werden könnten. Allerdings hat sich dies durch die Einführung des Elektronischen Handels- und Genossenschaftsregisters (EHUG), das am 1.1.2007 in Kraft getreten ist, wesentlich verbessert. Bei Verstößen gegen Offenlegungspflichten können beispielsweise nach §§ 325, 340 Abs. 1, 341 Abs. 1 HGB empfindliche Ordnungsgelder verhängt werden.¹⁴²⁷

Ein weiterer Grund für die Trivialität des europäischen Gesellschaftssektordärrechts liegt darin, dass der EuGH nur in wenigen Verfahren die Gelegenheit erhält, das Primär- und Sekundärrecht in dem Bereich des Gesellschaftsrechts auszulegen. Daher neigt das Europäische Gesellschaftsrecht dazu, in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich umgesetzt und ausgelegt zu werden.¹⁴²⁸ Dies hängt mit der jeweiligen Rechtskultur und Rechtsdogmatik und dement-

1423 *Enriques*, in: Armour/McCahery, After Enron, 641 (647); laut *Enriques* gab es bis Ende 2004 nur 25 Vorlageverfahren vor dem EuGH, die sich mit europäischem Sekundärgesellschaftsrecht auseinandergesetzt hätten.

1424 Richtlinie 78/660/EWG.

1425 *Van Hulle*, 6 EAR 711, 716 (1997); vgl. zu der Diskussion zu der deutschen Umsetzung in § 264 Abs. 2 S. 2 HGB, vgl. *Kübler*, ZGR 2000, 550 (560); *van Hulle*, WPg 1998, 138 (142); *Schön*, ZHR 161 (1997), 133 (157); *Hommelhoff*, RabelsZ 62 (1998), 381 (400); *Mekat*, Grundsatz der Wesentlichkeit, 80 f.

1426 *Edwards*, EC Company Law, 26 f.; *Höfner*, NJW 2004, 475 f. behauptet, dass die Mehrheit der 100.000 deutschen GmbH & Co KG, auf die die Vierte Richtlinie Anwendung findet, ihren Offenlegungspflichten nicht nachkommen; vgl. EuGH Rs. C 97/96 „*Daihatsu*“ Slg. 1997, I-6843: Der Gerichtshof hat in der Rechtssache *Daihatsu* über die Umsetzung der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie vom 9.3.1968 (sog. Publizitätsrichtlinie) entschieden. Der EuGH hat in seiner Entscheidung die mangelhafte Sanktionierung der Pflicht der Jahresabschlusspublizität durch den deutschen Gesetzgeber festgestellt und Aussagen zu dem Adressatenkreis der Publizitätsrichtlinie getroffen. Der EuGH geht dementsprechend davon aus, dass jeder interessierter Dritte die Möglichkeit der Einsichtnahme in den Jahresabschluss haben sollte. Vgl. zu der Entscheidung auch, *Mekat*, Der Grundsatz der Wesentlichkeit, 326 ff.

1427 Vgl. *Schreiber*, in: Ebke/Möhlenkamp, Rechnungslegung, Publizität und Wettbewerb, 109 ff.

1428 *Enriques*, in: Armour/McCahery, After Enron, 641 (650).

sprechend mit dem existierenden Gesellschaftsrecht in dem jeweiligen Mitgliedstaat zusammen.¹⁴²⁹ Das prominenteste Beispiel dafür sei Art. 2 der Vierten Richtlinie; bereits die britischen und deutschen Übersetzungen seien unterschiedlich und hätten daher eine unterschiedliche Bedeutung.¹⁴³⁰ Es überrascht deshalb nicht, dass die Vorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich angewandt werden.¹⁴³¹ Im Übrigen hat der europäische Gesetzgeber neue Regeln in Bereichen eingeführt, in denen die Mitgliedstaaten wahrscheinlich auch ohne europarechtliche Vorgaben tätig geworden wären. Dies gilt z.B. für den Bereich des Insiderhandels mit der sog. Insider-Richtlinie.¹⁴³² Sowohl Deutschland als auch Italien haben nationale Gesetze gegen Insiderhandel erlassen, ohne dass ein Eingreifen des europäischen Gesetzgebers erforderlich gewesen wäre.¹⁴³³ Schließlich sind viele Normen des europäischen Gesellschaftssekundärrechts inhaltlich irrelevant; sie seien optional, unwichtig, vermeidbar oder sie bildeten nur das Marktverhalten ab.¹⁴³⁴ Viele Regeln sind optional ausgestaltet, was ihre einheitliche Umsetzung erschwert, da die Mitgliedstaaten die Richtlinien unterschiedlich umsetzen.

Als das bekannteste Beispiel für ein solches nationales Wahlrecht gilt die Übernahmerichtlinie¹⁴³⁵, worin das Vereitelungsverbot für den Vorstand bei Übernahmeangeboten gemäß Art. 9 und die Durchbruchsregel nach Art. 11 als Optionsmodell geregelt sind.¹⁴³⁶ Unwichtig seien hingegen solche Regeln, die keine weiteren nennenswerten Kosten hervorriefen.¹⁴³⁷ Dazu zähle Art. 17 der Zweiten Richtlinie, wonach die Gesellschaft eine Hauptversammlung einzuberufen hat, wenn die Gesellschaft schwere Verluste des gezeichneten Kapitals erlitten hat. Eine solche Pflicht zu der Einberufung der Hauptversammlung rufe keine weiteren Kosten bei der Gesellschaft hervor; dies würde ohnehin bei der nächsten regulären Hauptversammlung diskutiert werden. Als vermeidbar ließen sich hingegen solche Regeln ansehen, deren Kosten sowohl auf Ebene des Ge-

1429 *Halbhuber*, 38 CMLR 1385, 1386 (2001).

1430 Deutsche Version der Vierten Richtlinie: Art. 2 Abs. 3: Der Jahresabschluss hat ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft zu vermitteln. Englische Version der Vierten Richtlinie: The annual accounts shall give a true and fair view of the company's assets, liabilities, financial position and profit or loss; vgl. *van Hulle*, in: FS Budde, 313 ff.

1431 *Haller*, 11 EAR 153, 157 (2002).

1432 Richtlinie 89/592/EWG zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte.

1433 *Enriques*, in: *Armour/McCahery*, After Enron, 641 (653).

1434 *Enriques*, in: *Armour/McCahery*, After Enron, 641 (654 ff.); Klassifikation angelehnt an *Black*, 84 Nw. U. L. Rev. 542, 551-552 (1990).

1435 Richtlinie 2004/25/EG; vgl. *Armour/Ringe*, European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, Oxford Legal Studies Research Paper No. 63 2010. 1 (37 f.)

1436 Vgl. § 33 Abs. 1 WpÜG und § 33b WpÜG; Vgl. *Davies/Hopt*, Kraakman (u.a.), Anatomy of Corporate Law, 157 ff.; *Hertig/McCahery*, Optional rather than Mandatory EC Company Law, 1 ff.

1437 *Black*, 84 Nw. U. L Rev. 542, 560 (1990).

setzgebers als auch der Gesellschaft durch entsprechende Planung vermieden werden könnten.¹⁴³⁸ Beispielsweise habe der britische Gesetzgeber Regeln der Dritten¹⁴³⁹ und Sechsten¹⁴⁴⁰ Richtlinie durch Vorschriften umgesetzt, die nur einen begrenzten Teil der Transaktionen beträfen. Die Marktteilnehmer könnten eine Transaktionsform wählen, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fiele. Somit könnten sie die gleichen Ergebnisse erzielen, ohne den Vorgaben der Richtlinien unterworfen zu sein.¹⁴⁴¹ Das Vereinigte Königreich sei somit in der Lage, den Einfluss der Richtlinien auf das nationale Recht fast völlig auszuschließen. Darin zeige sich wiederum der geringe Einfluss des europäischen Sekundärrechts auf das nationale Gesellschaftsrecht. Folglich regelten die nationalen Gesellschaftsrechte die Kernfragen des Gesellschaftsrechts, teilweise sogar in einschneidender Art und Weise, wie z.B. bei der Neutralitätspflicht des Leitungsorgans in dem Falle der feindlichen Übernahme.

2. Einschränkungen der Trivialitätsthese

Zunächst ist *Enriques'* These unter Vorbehalt zu sehen, da er diesen Aufsatz im Jahr 2004 und damit vor dem Aktionsplan im Gesellschaftsrecht geschrieben hat. Zudem schränkt er seine These teilweise, wenn auch nur geringfügig ein.¹⁴⁴² Zunächst sei der Inhalt einiger Richtlinien nicht trivial. Art. 15 der Übernahmerichtlinie gibt dem Bieter das Recht, die Minderheitsaktionäre der Zielgesellschaft aus der Gesellschaft herauszukaufen. Des Weiteren legt die Achte Richtlinie¹⁴⁴³ fest, welche Qualifikationen ein mit der Prüfung des Jahresabschlusses beauftragter Abschlussprüfer nachweisen muss. Dies hat eine notwendige höhere Qualifikation und Unabhängigkeit der Pflichtprüfer in manchen Mitgliedstaaten zur Folge. Einen gewissen Einfluss auf Gesellschaften wird auch der Vierten¹⁴⁴⁴ und Siebenten¹⁴⁴⁵ Richtlinie zu dem Jahresabschluss und zu der Konzernrechnungslegung zugeschrieben.¹⁴⁴⁶ Zweitens habe das Europäische Gesellschaftsrecht die Regulierungslast innerhalb der verschiedenen Gesellschaftsrechtsordnungen vergrößert. Diese Regulierungen führten zu zusätzlichen Kosten für die Unternehmen. Damit würde sichergestellt, dass bestimmten Interessengruppen Vorteile

1438 Black, 84 Nw. U. L Rev. 542, 555 (1990).

1439 Richtlinie 78/855/EWG.

1440 Richtlinie 82/891/EWG.

1441 Davies, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, 29-9; Edwards, EC Company Law, 91.

1442 Enriques, in: Armour/McCahery, After Enron, 641 (669 ff.).

1443 Richtlinie 84/253/EWG.

1444 Richtlinie 78/660/EWG.

1445 Richtlinie 83/349/EWG.

1446 Haller, 11 EAR 153, 159 (2002).

zukommen. Zu den Interessengruppen zählten u.a. die Notare, da beispielsweise Art. 10 der Ersten Richtlinie¹⁴⁴⁷ die Zertifizierung der Satzung durch einen Notar vorschreibt oder auch die Wirtschaftsprüfer, auf deren Expertise bei der Publikation diverser veröffentlichtungspflichtiger Tatsachen zurückgegriffen werden müsste. Ein weiteres Beispiel, in dem eine Interessengruppe betroffen seit, würde die Pflichtangebotsregel im Übernahmerecht offenbaren.¹⁴⁴⁸ Um die Abgabe eines solchen Pflichtangebots in einem Übernahmekampf zu vermeiden, beschäftigten Bieter ganze Anwaltskanzleien.¹⁴⁴⁹ Viele Regelungen im gesellschaftsrecht nahen Sekundärrecht bedürften für ihre Anwendung der Expertise diverser Interessengruppen, die die Gesellschaften entsprechend beraten.

Es ist jedoch zu beachten, dass es sich bei diesem Punkt nicht um ein EU-spezifisches Problem handelt. Vielmehr treten Interessengruppen auch im nationalen Rechtsraum in Aktion, soweit sie ihre Interessen bedroht sehen oder ihren Einflussbereich ausbauen möchten. Dieses Argument *Enriques'* gilt somit auch für die nationalen Gesetzgeber. Folglich wäre jede Gesetzgebung dem Vorwurf der Trivialität in dem Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts ausgesetzt. Das Argument erscheint daher nicht geeignet, die besondere Trivialität des Europäischen Gesellschaftsrechts zu begründen.

Drittens beeinflusste sekundäres Europäisches Gesellschaftsrecht die Entwicklung der nationalen Gesellschaftsrechte und gleichzeitig die Dynamik des Wettbewerbs der Regelungsgeber (*regulatory competition*). Die Mitgliedstaaten interagierten mit dem europäischen Regelungsgeber, um das Ergebnis der Harmonisierungsbestrebungen zu beeinflussen.¹⁴⁵⁰ Während dieses Prozesses veränderten die Mitgliedstaaten wiederum ihr eigenes Gesellschaftsrecht zu diesem Zweck. Der europäische Gesetzgeber könnte seine Rechtssetzungsmacht benutzen, um den europäischen Gesellschaften Regeln aufzuerlegen, vor allem durch offensichtlich übermäßige legislative Erneuerungen. In Bereichen, die von EU-Recht abgedeckt werden, beständen keine oder nur sehr geringe Freiräume für Experimente durch die Mitgliedstaaten. Dies gelte insbesondere, wenn eine umfassende Harmonisierung auf europäischer Ebene angestrebt wird. Die bloße Möglichkeit der Intervention im Gesellschaftsrecht könnte einen möglichen Wettbewerb der Regelungsgeber beschneiden.

1447 Richtlinie 89/104/EWG.

1448 Vgl. §§ 35 ff. WpÜG.

1449 Vgl. *Enriques*, in: Ferrarini/Hopt/Winter/Wymeersch, *Reforming Company and Take-over Law in Europe*, 767 (794 f.).

1450 Davies/Hopt, in: Kraakman (u.a.), *Anatomy of Corporate Law*, 157 (191).

3. Verbesserungen durch den Aktionsplan Gesellschaftsrecht?

Mit diesem negativen Urteil hat *Enriques* dem Zustand des europäischen Gesellschaftssekundärrechts im Jahr 2004 ein sehr schlechtes Zeugnis ausgestellt. Es stellt sich die Frage, ob durch die anschließenden Reformbestrebungen durch den Aktionsplan für Finanzdienstleistungen¹⁴⁵¹ und vor allem den Aktionsplan Gesellschaftsrecht¹⁴⁵² Verbesserungen erzielt werden konnten, die *Enriques*' These hinfällig werden lassen.¹⁴⁵³ Ziel des Aktionsplans Gesellschaftsrecht ist es, ausgehend von den Bedürfnissen der Gesellschaften sowohl die Rechte der Aktionäre und den Gläubigerschutz zu stärken als auch Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zu verbessern.¹⁴⁵⁴ Zu ersteren zählt vor allem die Modernisierung des Gläubigerschutzes, der Fokus auf börsennotierte Gesellschaften im Hinblick auf Publizität, die Anwendung moderner Technologie und Kommunikationsmöglichkeiten und gezielte Maßnahmen gegen betrügerische Handlungen oder Missbräuche von Rechtsformen. Für den zweiten Zweck gilt, dass manche gesellschaftsrechtliche Regelungen am besten den nationalen Gesetzgebern vorbehalten sein sollen. Zudem ist auch „ein gewisser Wettbewerb“¹⁴⁵⁵ zwischen den nationalen Rechtsordnungen hilfreich. Im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip sind Maßnahmen im grenzüberschreitenden Gesellschaftsrecht vorzunehmen.¹⁴⁵⁶ Dabei soll Harmonisierung der Rechtssicherheit dienen. Flexibilität ist hingegen dort gewünscht, wo die Rechtssysteme als gleichwertig angesehen werden, um den Unternehmen den notwendigen Spielraum zu bieten.

Infolge des Aktionsplans hat die Kommission einige substantielle Veränderungen im Gesellschaftsrecht vorgenommen. Diese gehen auf die Vorschläge der hochrangigen Expertengruppe im Gesellschaftsrecht (*High Level Group of Company Law Experts*) zurück.¹⁴⁵⁷ In dem Bereich der Corporate Governance hat der europäische Gesetzgeber zwar von einem europäischen Corporate Governance Code abgesehen, da die nationalen Codes mehr und mehr übereinstimmen.¹⁴⁵⁸ Er

1451 Aktionsplan für Finanzdienstleistungen, KOM (1999) 232.

1452 Aktionsplan Gesellschaftsrecht, KOM (2003) 284.

1453 *Enriques*, in: Armour/McCahery, After Enron, 641 (687): „In core corporate law, an ambitious action plan is being transformed into Directive proposals. Such activism might soon render the main thesis of this chapter obsolete.“

1454 Aktionsplan Gesellschaftsrecht, KOM (2003) 284, S. 9 f.; vgl. *Armour/Ringe*, European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, Oxford Legal Studies Research Paper No. 63/2010, 1 (21 ff.)

1455 Aktionsplan Gesellschaftsrecht, KOM (2003) 284, S. 10.

1456 Vgl. *Armour/Ringe*, European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, Oxford Legal Studies Research Paper No. 63/2010, 1 (22).

1457 Abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf.

1458 Comparative Study of Corporate Governance Codes relevant to the European Union and its Member States; abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/corpgov/corp-gov-codes-rpt-part1_en.pdf.

hat aber mit der Transparenzrichtlinie¹⁴⁵⁹ und der Aktionärsrechterichtlinie¹⁴⁶⁰ die Aktionärsrechte gestärkt.¹⁴⁶¹ Hingegen hat die EU Kommission in dem Bereich der Proportionalität zwischen Kapital und Kontrolle nach ihrer Folgenabschätzung von einer Maßnahme (*one share one vote*) abgesehen.¹⁴⁶² Eine weitere Änderung in dem Bereich der Corporate Governance nimmt die Richtlinie 2006/46/EG vor, welche die Vierten und Siebenten Richtlinie reformiert.¹⁴⁶³ In dem Bereich der Vergütung von Mitgliedern der Leitungsorgane von börsennotierten Gesellschaften¹⁴⁶⁴ und zu den Aufgaben der nicht geschäftsführenden Direktoren (*non-executive directors*) oder Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften¹⁴⁶⁵ hat die EU Kommission jeweils Empfehlungen erlassen. Während in dem Bereich des Konzerfrechts kein neues europäisches Recht eingeführt werden soll, strebt der Gesetzgeber mit der Richtlinie 2006/68/EG eine Vereinfachung der Kapitalrichtlinie an.¹⁴⁶⁶ Ein grundsätzlicher Wechsel hin zu einem Solvenztest-basierten System der Kapitalerhaltung ist nach einer Machbarkeitsstudie¹⁴⁶⁷ nicht als notwendig anzusehen. Des Weiteren ist es das erklärte Ziel des Aktionsplans, die grenzüberschreitende Restrukturierung von Unternehmen zu erleichtern und die Mobilität von Gesellschaften innerhalb Europas zu erhöhen. Dies ist vor allem durch die Zehnte Richtlinie (sog. Verschmel-

1459 Richtlinie 2004/109/EG.

1460 Richtlinie 2007/36/EG.

1461 Mit der Transparenzrichtlinie erhalten Aktionäre einer börsennotierten Gesellschaft sowohl Informationen über die Gesellschaft (z.B. Jahresfinanzberichte gemäß Art. 4 oder Halbjahresfinanzberichte gemäß Art. 5) als auch über andere Aktionäre gemäß Art. 9 ff., die mehr als fünf % der Anteile halten. Mit der Aktionärsrechterichtlinie sollen Mindeststandards eingeführt werden, wonach Aktionäre einer börsennotierten Gesellschaft rechtzeitig Zugang zu vollständigen Informationen über ihr Unternehmen erhalten und bestimmte Rechte, insbesondere Stimmrechte, auch aus der Ferne ausüben können. Damit sollen die Kontrollrechte vor der Hauptversammlung (Informationserteilung mit Einberufung der Hauptversammlung oder Einbringung von Beschlussvorlagen mit fünf % der Anteile) und während dieser (Möglichkeit der Stimmabgabe bei Abwesenheit oder Erlaubnis von *proxy voting*) verbessert werden.

1462 Commission Staff Working Document, SEC (2007) 1705.

1463 In Richtlinie 2006/46/EG wird festgeschrieben, dass die Vorstandsmitglieder gemeinsam für die Abschlüsse und wesentliche Nichtfinanzinformationen verantwortlich sind. Zudem werden Veröffentlichungspflichten bezüglich *related party transactions* (Geschäfte mit verbundenen Personen/Unternehmen) für nichtbörsennotierte Gesellschaften eingeführt; schließlich wird festgelegt, dass die Vorstandsmitglieder für die Finanzberichte gemeinsam verantwortlich sind.

1464 Empfehlung 2004/913/EG.

1465 Empfehlung 2005/162/EG.

1466 Beispielsweise soll bei Gesellschaftsgründungen oder Kapitalerhöhungen von der Bewertung der Sacheinlagen in bestimmten Fällen abgesehen werden. Zudem soll das Verbot, wonach eine Gesellschaft Dritte bei dem Erwerb ihrer Aktien nicht finanziell unterstützen darf (*financial assistance*), teilweise gelockert werden.

1467 KPMG-Studie im Auftrag der EU Kommission zur Kapitalerhaltung: abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital_feasibility_study_en.pdf.

zungsrichtlinie)¹⁴⁶⁸ geschehen. Danach müssen Mitgliedstaaten grenzüberschreitende Verschmelzungen zulassen, wenn sie national entsprechend der Dritten Richtlinie erlaubt sind. Die etwaige Arbeitnehmerbeteiligung und ihre Auswirkungen auf die Leistungsverfassung der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft folgen dem Modell bei der SE, vgl. Art. 16 der Richtlinie 2005/26/EG. Dagegen hat die EU Kommission nach einer Folgenabschätzung im Dezember 2007 aus zwei Gründen von einer Sitzverlegungsrichtlinie abgesehen.¹⁴⁶⁹ Erstens sei der Bedarf unklar, da nur sieben Europäische Aktiengesellschaften ihren Satzungssitz gewechselt hätten, wie die Expertengruppe im Gesellschaftsrecht der Kommission herausgefunden hat.¹⁴⁷⁰ Zweitens könne der Bedarf über die Verschmelzungsrichtlinie oder die SE bzw. die noch einzuführende EPG gedeckt werden.¹⁴⁷¹ Weiterhin sei eine Klarstellung von dem inzwischen ergangenen *Cartesio*-Urteil zu erwarten.¹⁴⁷² Das *Cartesio*-Urteil hat jedoch keine vollständige Mobilität in Bezug auf eine Verlegung des Verwaltungssitzes hergestellt. Daher fordern einige weiterhin den Erlass einer Sitzverlegungsrichtlinie.¹⁴⁷³ Abschließend ist auf den Kommissionsvorschlag zu der EPG hinzuweisen, der in dem Falle seines Erlasses die Mobilität in dem europäischen Binnenmarkt weiter vergrößern wird.¹⁴⁷⁴ Diesem Vorschlag hat das Europäische Parlament mit gewissen Änderungen im März 2009 zugestimmt.

An diesem Überblick über die Veränderungen, die der Aktionsplan mit sich gebracht hat, zeigt sich, dass der Plan nicht ohne Wirkung geblieben ist. Zwar hat die Kommission nicht alle geplanten Projekte realisieren können,¹⁴⁷⁵ in wichtigen Bereichen wie den Aktionärsrechten oder der Verschmelzungsrichtlinie konnte sie aber Fortschritte erzielen.

II. Ergebnis

Auf die Frage, ob das europäische Gesellschaftssekundärrecht trivial ist, lässt sich keine eindeutige Antwort finden. Für die Trivialitätsthese von *Enriques* spricht, dass bis zu dem Aktionsplan im Gesellschaftsrecht nicht alle Maßnahmen das Ziel der Harmonisierung erreicht haben. Seit dem Aktionsplan im Gesellschaftsrecht hat sich die Situation verbessert, da einige lang angestrebte Pro-

1468 Richtlinie 2005/56/EG.

1469 Commission Staff Working Document, SEC (2007), 1707.

1470 Commission Staff Working Document, SEC (2007), 1707, S. 5 (Fn 2).

1471 Commission Staff Working Document, SEC (2007), 1707, S. 24.

1472 Commission Staff Working Document, SEC (2007), 1707, S. 25.

1473 Zimmer/Nændrup, NJW 2009, 545 (549 f.).

1474 Dazu Zweiter Teil, § 4, D.

1475 Z.B. die Sitzverlegungsrichtlinie oder eine rechtliche Vorgabe zu der Proportionalität von Kapital und Kontrolle.

jekte umgesetzt werden konnten. Es ergibt sich somit ein geteiltes Bild, wobei nicht nur die Verschmelzungsrichtlinie sowie die Transparenz- und Aktionärsrechterichtlinien mit ihren verbesserten Informations- und Kontrollrechten für Aktionäre, sondern auch die Einführung der SE und wahrscheinlich der EPG einen deutlichen Schritt nach vorn darstellen.

Es ist im Übrigen auch zu überlegen, welche Inhalte ein Europäisches Gesellschaftsrecht festlegen soll: Soll es Kernfragen des Gesellschaftsrechts regeln oder vorgeben? Oder soll es nur die Fragen regeln, die mit dem Binnenmarkt zusammenhängen, also Fragen mit grenzüberschreitendem Bezug? Das Vordringen in Kernbereiche wie die Corporate Governance führt zu einer Einschränkung der Spielräume der nationalen Gesetzgeber. Darüber hinaus ist auch das Prinzip der Subsidiarität gemäß Art. 5 Abs. 3 EUV zu berücksichtigen. Zudem sieht der europäische Gesetzgeber einen Wettbewerb der Rechtsordnungen in dem Binnenmarkt als erstrebenswert an.¹⁴⁷⁶ Eine weitgehende Rechtsangleichung könnte einen solchen Wettbewerb unterbinden.

C. Einfluss auf die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten

Einige wesentliche Bereiche mit grenzüberschreitendem Bezug hat der europäische Gesetzgeber geregelt oder in Angriff genommen. Zwar hat er in vielen gesellschaftsrechtlichen Kernbereichen keine Regelung getroffen, aber es stellt sich die Frage, inwiefern entsprechende Regelungen notwendig und vor allem auch durchsetzbar wären. Viele nationale Besonderheiten bleiben somit bestehen. Dies gilt z.B. auch für die SE, die eine Mischform aus europäischem und nationalem Recht darstellt. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass möglicherweise eine Verminderung von nationalem Recht bei der EPG erreicht wird, da weniger nationales Recht auf die EPG anwendbar sein wird, als dies für die SE der Fall ist. Der oben geschilderte Überblick zeigt, dass das Gesellschaftsrecht in Europa in gewissen Teilen einer Harmonisierung zugänglich ist, und eine solche Angleichung auch stattfindet. Ausweislich des Aktionsplans strebt der europäische Gesetzgeber Rechtssicherheit und Flexibilität im Europäischen Gesellschaftsrecht an. Zwischen äquivalenten Rechtsordnungen soll ein Wettbewerb stattfinden.¹⁴⁷⁷ Eine solche Lösung ist mangels Harmonisierungsmöglichkeiten gegenüber Drittstaaten nicht möglich. Es fehlt gegenüber diesen

1476 Aktionsplan Gesellschaftsrecht, KOM (2003) 284, S. 10. Siehe dazu auch Ehke, Die Zukunft der Rechtsetzung in multijurisdiktionalen Rechtsordnungen, Wettbewerb der Rechtsordnungen oder zentrale Regelvorgabe – am Beispiel des Gesellschafts- und Unternehmensrechts, ZSR Beiheft 28, 1999, 106 (116 ff.).

1477 Dierksmeier, in: FS Sandrock, 205 (212 ff.).

an einem institutionellen und rechtlichen Rahmen wie dem AEUV oder einer zentralen Instanz wie der EU-Kommission, die einen Angleichungsprozess anstößt.

Festzuhalten bleibt, dass die Harmonisierung in dem Bereich des Gesellschaftsrechts in einem gewissen Maße stattfindet. Zwar war diese nicht immer von allzu großer Relevanz, aber die Situation hat sich seit dem Aktionsplan im Gesellschaftsrecht verbessert. Wenn auch vieles dem nationalen Gesellschaftsrecht überlassen bleibt, hat der europäische Gesetzgeber doch die Möglichkeit einzugreifen. In dem Bereich des Kollisionsrechts der Gesellschaften hat er dies bisher nicht getan. Eine Intervention war jedoch auch nicht notwendig, da der EuGH mit seinen Entscheidungen¹⁴⁷⁸ weitestgehend für Klarheit in dem Geltungsbereich des AEUV gesorgt hat. Zunehmende Rechtssicherheit will der europäische Gesetzgeber mit dem sich an das Grünbuch zum Internationalen Gesellschaftsrecht möglicherweise anschließenden Rechtsakt schaffen.¹⁴⁷⁹ Für Gesellschaften aus Drittstaaten hingegen gibt es auf europäischer Ebene bisher keine entsprechendes Urteil oder entsprechenden Rechtsakt. Ebenso lässt sich aus dem Aktionsplan zum Stockholmer Programm nicht zwingend folgern, dass der europäische Gesetzgeber eine Harmonisierung des Kollisionsrechts gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten – anders als innerhalb der EG¹⁴⁸⁰ – beabsichtigt.¹⁴⁸¹ Das Gesellschaftskollisionsrecht gegenüber Drittstaaten bleibt damit dem nationalen Recht vorbehalten. Die nationalen Gesetzgeber sind gegenüber Gesellschaften aus dem außereuropäischen Ausland in ihrer Entscheidung frei, so weit sie nicht staatsvertraglich gebunden sind.¹⁴⁸² Es steht fest, dass Rechtsangleichung in der EU in einem gewissen substantiellen und damit nicht nur in triplementalem Maß stattfindet. Für das Kollisionsrecht ist die Harmonisierung jedoch nur von geringer Bewandtnis, da die Anerkennungsverpflichtung für Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten aus der Niederlassungsfreiheit und bisher nicht aus der harmonisierten Rechtslage folgt.¹⁴⁸³ Die (fehlende) Harmonisierung in dem Binnenmarkt ist damit bereits in der EU kein schlagendes Argument für oder gegen die Anwendung der Gründungstheorie gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten. Ob sie dazu in der Diskussion um die Anerkennung außereuropäischer Gesellschaften ein Argument liefert, bleibt abzuwarten. Zwingend ist der

1478 Dazu Erster Teil, § 2, A.

1479 Vgl. Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM (2010), 171 zum für das Jahr 2014 geplanten Grünbuch zur Vereinheitlichung des anwendbaren Rechts in Bezug auf Unternehmen, Vereinigungen und andere juristische Personen, S. 26.

1480 Vgl. Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM (2010), 171 zum für das Jahr 2014 geplanten Grünbuch zur Vereinheitlichung des anwendbaren Rechts in Bezug auf Unternehmen, Vereinigungen und andere juristische Personen, S. 26; Wagner, IPRax 2010, 483 (484).

1481 Dazu Erster Teil, § 2, E., III., 5., b), (3).

1482 Vgl. für den deutschen Gesetzgeber, Erster Teil, § 4.

1483 Vgl. EuGH – *Centros* - NJW 1999, 2027 (2028 Rn 28).

Rückschluss von der Harmonisierung auf die Anwendung der Gründungstheorie jedoch nicht.

§ 6: Wegzug deutscher Gesellschaften in dem Vorfeld der Insolvenz

Eine theoretische Möglichkeit, dem deutschen Gläubigerschutz auszuweichen, ist der Wegzug deutscher Gesellschaften in dem Vorfeld der Insolvenz oder während des Insolvenzverfahrens. Verschiedene Gesellschaften haben bereits versucht, von dieser Option innerhalb der EU Gebrauch zu machen.¹⁴⁸⁴ Dazu haben sie ihren Interessenmittelpunkt i.S.v. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO zumeist in das UK verlegt, um die Insolvenz nach dem britischen Recht abzuwickeln.¹⁴⁸⁵ Es gilt nicht nur den Blick auf das Zuzugsszenario zu richten, sondern auch den Wegzug deutscher Gesellschaften ins Ausland zu betrachten. Dieses Phänomen in dem Vorfeld des Insolvenzverfahrens bezeichnet man als „*Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht*“,¹⁴⁸⁶ das die EuInsVO ausweislich des Erwägungsgrundes 4 verhindern will.

Da die EuInsVO aber gegenüber Drittstaaten nur bei qualifiziertem Auslandsbezug anwendbar ist, gilt bei insolvenzrechtlichem Fällen mit einfachem drittstaatlichem Bezug das autonome Internationale Insolvenzrecht.¹⁴⁸⁷ Um zu der Anwendbarkeit ausländischen Insolvenzrechts zu gelangen, bieten sich für die inländische Gesellschaft grundsätzlich zwei Möglichkeiten.¹⁴⁸⁸ Zum einen ließe sich an einen transnationalen Rechtsformwechsel mittels der §§ 122a ff. UmwG denken, indem eine deutsche Gesellschaft auf eine ausländische Mantelgesellschaft verschmolzen wird.¹⁴⁸⁹ Dies bietet den Vorteil, dass neben dem ausländischen Insolvenzrecht auch das ausländische Gesellschaftsrecht für die Sanierung des Unternehmens genutzt werden könnte.¹⁴⁹⁰ Zum anderen kommt eine Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes in Betracht, falls der Referentenent-

1484 Vgl. auch Financial Times Deutschland (FTD) vom 15.9.2006 („Die britische Schutzzinsel“), in der auf die Restrukturierung der Deutschen Nickel, Schebenacker und der Hans Brochier Ltd. eingegangen wird. Der Fall der Anlagenbauers Brochier zeigt die Komplexität einer internationalen Insolvenz mit ihren Bezügen zu dem Europarecht sowie den nationalen Rechtsordnungen. Darüber hinaus waren verschiedene Gerichte aus zwei Mitgliedstaaten involviert, die sich in ihren Beschlüssen widersprochen haben. Vgl. dazu AG Nürnberg ZIP 2007, 81 ff.; AG Nürnberg ZIP 2007, 83 f. m. Anm. *Kebekus*, ZIP 2007, 84 ff.

1485 BayObLG GmbH 2003, 1492, 1493; BayObLG NZI 2004, 148, GmbHHR 2003, 1493; OLG Celle NZG 2004, 427; vgl. auch EuGH NJW 2006, 2682.

1486 Vgl. *Weller*, IPRax 2004, 412 ff.

1487 Dazu Zweiter Teil, § 3, B., II., 1., a), (2).

1488 *Weller*, ZGR 2008, 835 (862 f.).

1489 *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467 (481); bis zum Erlass der §§ 122a ff. UmwG griff die Praxis – wie in dem Fall Brochier – auf eine grenzüberschreitende Möglichkeit des personengesellschaftsrechtlichen Anwachsungsmodells zurück, vgl. dazu *Weller*, ZGR 2008, 835 (863) m.w.N.

1490 *Weller*, ZGR 2008, 835 (861).

wurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht in Kraft tritt. Der Verwaltungssitz kann nur in einen Gründungstheoriestaat verlegt werden, da die deutsche Gesellschaft in einem Sitztheoriestaat nicht anerkannt wird.¹⁴⁹¹ Es ist daher nicht auszuschließen, dass in dem Fall der Verabschiedung des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht deutsche Gesellschaften in Drittstaaten ziehen, um das dortige vermeintlich günstigere Insolvenzrecht zu nutzen.

A. Motive für einen Wegzug in dem Vorfeld der Insolvenz

Die Motive für einen Wegzug der deutschen Gesellschaften in dem Vorfeld der Insolvenz sind vielfältig. Zunächst gilt häufig das ausländische Insolvenzrecht als effizienter als das deutsche Recht. Laut *Eidenmüller* liegen bei einer Insolvenz die Befriedigungsquoten der Banken im Vereinigten Königreich um einiges höher (92 %) als in Deutschland (67 %). Zudem lassen sich Reorganisationsverfahren im Vereinigten Königreich mit knapp anderthalb Jahren wesentlich schneller durchführen als in Deutschland mit knapp 4 Jahren.¹⁴⁹² Als Grund dafür führt *Eidenmüller* u.a. die größere Autonomie der Gläubiger nach britischem Recht an.¹⁴⁹³ Diese zeigt sich u.a. bei der Auswahl des Insolvenzverwalters, den die Gläubiger in der Sanierungsvariante (*administration*) dem Gericht vorschlagen können.¹⁴⁹⁴ Zudem bietet das britische Recht im Rahmen eines *Company Voluntary Agreement (CVA)* die Möglichkeit, mit den Gläubigern eine Vereinbarung zu Sanierungszwecken zu schließen.¹⁴⁹⁵ Eine solche Vereinbarung bietet zweierlei Vorteile. Einerseits reicht eine Zustimmung von 75 % der Summenmehrheit der Gläubiger; andererseits ist ein *CVA* auch ohne Zustimmung der Gesellschafter möglich. Des Weiteren röhmt die Beratungspraxis die Flexibilität des britischen Insolvenzrechts, die sich vor allem durch die Möglichkeit des *Debt-Equity-Swap* offenbart, der in Deutschland nur begrenzt möglich ist.¹⁴⁹⁶ Schließlich offenbart die Verlegung des Verwaltungssitzes die Möglichkeit, die deutschen insolvenzrechtlichen Normen zu umgehen, wenn über Art. 4 Abs. 1 EuInsVO britisches Insolvenzrecht Anwendung findet. Damit lassen sich nicht nur die deutsche Insolvenzantragspflicht und die Insolvenzverschleppungshaf-

1491 Dazu Dritter Teil, § 1, B., II.

1492 *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467 (477).

1493 *Eidenmüller*, ZIP 2007, 1729, 1731 ff.

1494 Sec. 2, 10, 12 Schedule B Insolvency Act 1986; vgl. *Weller*, ZGR 2008, 835 (838 f.).

1495 *Weller*, ZGR 2008, 835 (840).

1496 R. Paulus, DZWIR 2008, 6 ff.: Darunter versteht man – vereinfacht gesagt – die Umwandlung von Forderungen der Gläubiger (Debt) durch Gläubigerbeschluss mit einer Dreiviertelmehrheit in Unternehmensanteile (Equity). Aus alten Schulden wird neues Kapital; Fremdkapital wird demnach zu Eigenkapital.

tung, sondern auch die deutschen Insolvenzanfechtungsvorschriften gemäß §§ 129 ff. InsO vermeiden.¹⁴⁹⁷

B. Der *ordre public* als Schranke für die Anerkennung drittstaatlicher Insolvenzverfahren

Wenn eine deutsche Gesellschaft ihren Verwaltungssitz ins drittstaatliche Ausland verlegt und dort ein Insolvenzverfahren absolvieren möchte, erkennt die deutsche Rechtsordnung diese Rechtsordnung grundsätzlich als zuständig an, wenn das Verfahren dort eröffnet worden ist (vgl. § 335 InsO). Eine Schranke für die Anerkennung drittstaatlicher Insolvenzverfahren bildet § 343 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO. Diese Vorschrift normiert einen *ordre public*-Vorbehalt zu Gunsten des deutschen Rechts. Ob ein *ordre public* Verstoß vorliegt, ist von Amts wegen zu prüfen.¹⁴⁹⁸ Zu den relevanten Grundsätzen des deutschen Rechts zählen sowohl solche des Verfahrensrechts als auch des materiellen Rechts.¹⁴⁹⁹ Die Verfahrensgrundsätze sind verletzt, wenn das ausländische Verfahren rechtsstaatlichen Anforderungen widerspricht. In der Regel handelt es sich dabei um einen Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs.¹⁵⁰⁰ Kindler stellt klar, dass elementare Anhörungs- und Mitwirkungsrechte verletzt sein müssen; kürzere Fristen für die Mitwirkungsrechte als nach deutschem Recht reichen beispielsweise nicht ohne weiteres aus.¹⁵⁰¹ Ein Verstoß gegen materiell-rechtliche Vorschriften aktiviert den *ordre public*-Vorbehalt vor allem dann, wenn ausländische Gläubiger in ihrer Nationalität benachteiligt werden. In einem solchen Fall ließe sich an einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1, 3 GG denken, falls kein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung besteht.¹⁵⁰² Einen solchen Verstoß sieht Kindler z.B. in dem Schweizer „Minikonkurs“-Verfahren, bei dem es sich um ein Sekundärinsolvenzverfahren handelt. Dieses Verfahren kann gemäß Art. 50 Abs 1. Schweizer Konkursgesetz (SchKG) eröffnet werden, wenn der Schuldner eine Zweigniederlassung in der Schweiz hat.¹⁵⁰³ Voraussetzung für eine Teilnahme des Verfahrens ist gemäß Art. 172 Abs. 1 lit. b) IPRG, dass der Gläubiger seinen Wohnsitz in der Schweiz hat. Alle anderen Gläubiger können aus dem in der Schweiz belegenen Vermögen keine Befriedigung erlangen, solange nicht al-

1497 Zu den Einzelheiten, Weller, ZGR 2008, 835 (844 ff.).

1498 MüKo-Kindler, Int. Insolvenzrecht, § 343 InsO, Rn 17.

1499 MüKo-Kindler, Int. Insolvenzrecht, § 343 InsO, Rn 19.

1500 OLG Düsseldorf, KTS 1959, 175; Reithmann/Martiny-Hausmann. Int. Vertragsrecht, Rn 5708.

1501 MüKo-Kindler, Int. Insolvenzrecht, § 343 InsO, Rn 20.

1502 Reithmann/Martiny-Hausmann. Int. Vertragsrecht, Rn 5708.

1503 Art. 166 Abs. 2 IPRG (IPR-Gesetz der Schweiz).

le privilegierten Gläubiger vollumfänglich befriedigt sind. Dies läuft auf eine Diskriminierung ausländischer Gläubiger hinaus.

Allerdings sind – wie bereits dargestellt¹⁵⁰⁴ – nicht alle Abweichungen von dem deutschen Recht als *ordre public*-widrig einzustufen. So reicht es – wie oben dargestellt – nicht aus, wenn kürzere Fristen für die Mitwirkungsrechte der Gläubiger vorgesehen sind.¹⁵⁰⁵ Gleichfalls liegt kein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG vor, wenn die Anmeldungsfristen im ausländischen Recht kürzer als die inländischen sind.¹⁵⁰⁶ Allerdings ist es als Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG zu werten, wenn das Fristversäumnis zu einem Verlust der Forderung führt.¹⁵⁰⁷ Dies ist nicht nur im chinesischen Recht der Fall, wo der Anspruch bei Fristablauf als aufgegeben gilt (Art. 9 des „Versuchsweisen Gesetzes über den Konkurs staats-eigener Unternehmen“). Dort gilt die Forderung nach Fristablauf als aufgegeben und kann somit nicht mehr geltend gemacht werden. Bei diesen Fragen handelt es sich um Einzelfallentscheidungen, die sich nicht nach allgemeinen Regeln beantworten lassen. Als weitere Voraussetzung für das Eingreifen des Art. 343 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO gilt, dass eine hinreichend starke örtliche Beziehung der anzuerkennenden Entscheidung zu der deutschen Rechtsordnung (sog. Inlandsbeziehung) besteht.¹⁵⁰⁸ Der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 343 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO bietet somit zumindest eine mögliche Grenze für die Geltung ausländischer Insolvenzverfahren im Inland.

C. Ergebnis und Ausblick

Das deutsche Recht verfügt somit über das notwendige Rüstzeug, um seiner missbräuchlichen Umgehung zu begegnen. Wegzüge in dem Vorfeld der Insolvenz zeigen den Konflikt, in den die Verkehrsinteressen des Internationalen Insolvenzrechts mit der Rechtswahlfreiheit im Internationalen Gesellschaftsrecht geraten können. Bei sachgerechter Anwendung bieten allerdings die EuInsVO sowie die InsO die notwendigen Instrumentarien, um folgerichtige Rechtsanwendung und missbräuchliche Ausnutzung der Rechtswahlfreiheit voneinander zu trennen. Eine saubere Trennung kann bei genereller Anwendung der Gründungstheorie zu einem Problem gegenüber Gesellschaften aus „nicht privilegierten“ Drittstaaten werden, falls sich eine bestimmte Insolvenzrechtsordnung in einem „nicht-privilegierten“ Drittstaat als besonders günstig für Restrukturierungsfälle erweist. Das deutsche Recht unterliegt insofern auch keinen europarechtlichen

1504 Dazu Dritter Teil, § 4.

1505 MüKo-Kindler, Int. Insolvenzrecht, § 343 InsO, Rn 20.

1506 MüKo-Kindler, Int. Insolvenzrecht, § 343 InsO, Rn 22.

1507 MüKo-Kindler, Int. Insolvenzrecht, § 343 InsO, Rn 22.

1508 BGHZ 28, 375, 385; 31, 168, 172; 60, 68, 79; MüKo-Reinhart, § 343 InsO, Rn 31.

chen Bindungen und ist daher in der möglichen (Nicht-)Anerkennung freier als in einem rein europäischen Fall. Da der *ordre public*-Vorbehalt ausfüllungsbedürftig ist, wird – wenn sich ein drittstaatliches Insolvenzrecht als attraktiv erweist – das Fallrecht in diesem Bereich zunehmen. Inländische Gläubiger werden verhindern wollen, dass die inländische Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen Drittstaat verlegt, wie dies bereits in den Fällen der Verlegung des Verwaltungssitzes bzw. des transnationalen Rechtsformwechsels in das UK geschehen ist.¹⁵⁰⁹ Dies wird auch in dem Verhältnis zu Drittstaaten zu einer fortschreitenden Internationalisierung des Insolvenzrechts führen.

Abschließend ist zu bemerken, dass die Spaltung im Internationalen Gesellschaftsrecht mit der Einführung des Referentenentwurfs überwunden werden soll. Das Internationale Insolvenzrecht unterscheidet jedoch weiterhin zwischen dem Recht, das gegenüber den EU-Mitgliedstaaten Anwendung findet, und dem Recht, das gegenüber Drittstaaten angewendet wird. Zudem sind auch die Anknüpfungspunkte von Gesellschafts- und Insolvenzstatut weiterhin voneinander getrennt. Die Divergenz von Gesellschafts- und Insolvenzstatut wird in der Praxis dazu führen, dass nationale Gerichte inländisches Insolvenz- und ausländisches Gesellschaftsrecht in dem Falle einer grenzüberschreitenden (Konzern-)Insolvenz anzuwenden haben.¹⁵¹⁰

Eidenmüller hat deswegen vorgeschlagen, dass der Satzungssitz des Unternehmens nicht nur das Gesellschaftsstatut festlegt, sondern auch den Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit bezüglich eines Hauptinsolvenzverfahrens und damit das Insolvenzstatut fixiert.¹⁵¹¹ Die Gründer wählen das Insolvenzrecht schon bei der Gründung und nicht erst in der existenzbedrohenden Unternehmenskrise. Dazu seien Änderungen in der EuInsVO¹⁵¹² und gegenüber Drittstaaten in der InsO¹⁵¹³ notwendig. Ziel dieser kombinierten „Wahl“ von Insolvenzforum und Gesellschaftsstatut ist neben der Bewältigung von grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen die einfachere Ermittelbarkeit des anwendbaren Rechts und die Senkung der Insolvenzkosten durch die Identität von Gesellschafts- und Insolvenzstatut.¹⁵¹⁴ Dies brächte einige Vorteile mit sich. Beispielsweise sei das anwendbare Recht in dem Vergleich zu der geltenden Rechtslage

1509 Vgl. *Weller*, ZGR 2008, 835 ff.

1510 *Eidenmüller*, RabelsZ 70 (2006), 474 (504).

1511 *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467 (480 f.).

1512 Die widerlegliche Vermutung des Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO müsste unwiderleglich ausgestaltet werden. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO soll dann lauten: „Für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind bei Gesellschaften und juristischen Personen die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dessen Gebiet sich der Satzungssitz der Gesellschaft oder juristischen Person befindet. Hat diese keinen Satzungssitz, so liegt die Zuständigkeit bei den Gerichten des Mitgliedstaats, nach dessen Rechtsvorschriften die Gesellschaft organisiert ist [...]“

1513 Entsprechende Änderungen ließen sich im autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht in § 3 InsO vornehmen.

1514 *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467 (480 ff.).

einfacher zu ermitteln. Das Insolvenzstatut könnte auch nur in der Einheit mit dem Gesellschaftsstatut verändert werden. Dies garantire die Stabilität des Anknüpfungspunktes. Damit hätten es die Gläubiger leichter, das Insolvenzrecht zu ermitteln und entsprechend die Vertragskonditionen zu gestalten.¹⁵¹⁵ Gleichzeitig wäre die Möglichkeit des *forum shopping* in Insolvenznähe wesentlich erschwert, da ein Verfahren für den grenzüberschreitenden Formwechsel einige Zeit in Anspruch nimmt.¹⁵¹⁶ Des Weiteren führt die Kombination von Gesellschafts- und Insolvenzstatut dazu, dass beide Statute einer nationalen Rechtsordnung unterliegen. Unstimmigkeiten, die durch eine Trennung der aufeinander abgestimmten Gläubigerschutzregeln entstehen, ließen sich somit vermeiden. Normenmängel sollten also vermieden werden können. Eine Lösung über das Institut der Anpassung sollte somit nicht mehr notwendig sein.¹⁵¹⁷

Die kombinierte „Wahl“ bringt jedoch auch Nachteile, besonders in Konzernstrukturen mit sich. Erstens bedarf es für eine effiziente Insolvenzabwicklung eine effektive Verfahrenskoordination in dem Fall der Insolvenz eines international agierenden Konzerns.¹⁵¹⁸ Legt der Satzungssitz oder Registrierungsort einer Gesellschaft das Insolvenzforum und –statut fest, können sich ein einheitlicher Gerichtsstand und ein einheitlich anwendbares Recht nur durch die Gründung aller Konzerngesellschaften in einer bestimmten Rechtsordnung ergeben. Häufig liegen die Tätigkeitsschwerpunkte der einzelnen Gesellschaften in unterschiedlichen Staaten, wo die Gesellschaften entsprechend „verwurzelt“ sind (unterschiedlicher Marktauftritt, Kundenbeziehungen oder Struktur der Belegschaft etc.).¹⁵¹⁹ Damit strebt der Konzern keine einheitliche Inkorporation an. Dieses Phänomen würde die Verfahrenskoordination zumindest erschweren. *Eidenmüller* sieht aber in der ad-hoc-Kooperation der beteiligten Institutionen (Einsetzung desselben Insolvenzverwalters, Abschluss von „Protokollen“ und Insolvenzverwaltungsverträgen) eine Möglichkeit, eine ausreichende Koordination sicherzustellen.¹⁵²⁰ Die kombinierte „Wahl“ kann zudem dazu führen, dass Gesellschaften mit ausländischem Tätigkeitsschwerpunkt einem inländischen Insolvenzverfahren unterworfen werden. Es wäre nicht nur ein inländisches Gericht zuständig, sondern auch ein inländischer Insolvenzverwalter für das Hauptinsolvenzverfahren zuständig. In der Folge entstünden erhöhte Kosten für die Rechtsverfolgung und die Masseadministrierung. Diese Kosten sollten jedoch angesichts der modernen Kommunikationsmittel und sinkender Logistik- und Transaktionskosten nicht überbewertet werden.¹⁵²¹ Außerdem besteht dieses Problem auch nach gel-

1515 *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467 (481).

1516 Vgl. Art. 4 Abs. 1 b) und Abs. 2, Art. 6 Abs. 2 c) sowie Art. 7 der Verschmelzungsrichtlinie 2007/26/EG; für das deutsche Recht: §§ 122a ff. UmwG.

1517 Dazu Dritter Teil, § 2, A.

1518 *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467 (483).

1519 *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467 (483).

1520 *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467 (483).

1521 *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467 (484).

tendem Recht in dem Rahmen der COMI-Anknüpfung. Dies versuchen die Eu-InsVO und die InsO¹⁵²² über das sog. Sekundärinsolvenzverfahren¹⁵²³ zu lösen. Die damit verbundene „Insolvenznähe“ ist jedoch in dem Verhältnis zu der Verfahrensverfachung und den daraus resultierenden Abstimmungsschwierigkeiten zu betrachten.

Eidemanns Vorschlag löst einige Probleme, mit der sich auch die Untersuchung auseinandergesetzt hat, wie z.B. mögliche Normenmängel bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Ob der europäische oder nationale Gesetzgeber sie aufgreift, bleibt abzuwarten.

1522 Vgl. Art. 27 ff. EuInsVO; § 356 InsO.

1523 Vgl. *Armour*, in: *Armour/McCahery, After Enron*, 497 (525-535); *Enriques/Gelter*, 7 EBOR 419 (2006).

§ 7: Zusammenfassung des Dritten Teils

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die besprochenen Punkten keine gewichtigen Argumente gegen den Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht und damit gegen die Einführung der Gründungstheorie gegenüber Gesellschaften aus „nicht-privilegierten“ Drittstaaten liefern. Die grundsätzliche Einführung der Gründungstheorie auf kollisionsrechtlicher Ebene ist gegenüber der punktuellen Anerkennung von ausländischen Gesellschaften mittels Staatsverträgen vorzugswürdig. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Referentenentwurf keine Anerkennung in Sitztheorestaaten leisten kann; dies könnte nur ein entsprechender Staatsvertrag. Des Weiteren sprechen mögliche Unstimmigkeiten in dem Recht des Gläubigerschutzes nicht gegen die Einführung der Gründungstheorie, da sich diese sowohl durch rechtstechnische (Anpassung im Internationalen Privatrecht), als auch durch rechtspolitische Lösungen (*European Law Institute*) überwinden lassen können. Der *ordre public* bietet – bei maßvollem Einsatz – das notwendige Instrumentarium, um grundlegende inländische Interessen durchzusetzen, soweit dies notwendig erscheint. Zudem spricht auch die fehlende Harmonisierungsmöglichkeit gegenüber Drittstaaten nicht gegen die Anwendung der Gründungstheorie, auch wenn – zumindest seit dem Aktionsplan Gesellschaftsrecht – eine sinnvolle Harmonisierung im Europäischen Gesellschaftsrecht stattfindet. Schließlich bietet auch der mögliche Wegzug deutscher Gesellschaften in dem Vorfeld der Insolvenz kein durchschlagendes Argument gegen die Anwendung der Gründungstheorie gegenüber Drittstaaten-Gesellschaften, da das deutsche Internationale Insolvenzrecht über das notwendige Rüstzeug (Anerkennungsvorbehalt des § 343 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO) verfügt, um einer rechtswidrigen Gestaltung im Einzelfall zu begegnen.

Schlussbetrachtung

Die kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften bildet in der rechtlichen Auseinandersetzung mit zuziehenden ausländischen und wegziehenden inländischen Gesellschaften einen entscheidenden Baustein. Versagt die deutsche Rechtsordnung einer zuziehenden Gesellschaft die Anerkennung der Rechtsfähigkeit, ist sie im Inland nicht handlungsfähig. Dass dies in einem zusammenwachsenden Europa kein zukunftsfähiges Konzept bedeuten kann, hat der EuGH mit seinen Entscheidungen klar gemacht. Die Anerkennung von Gesellschaften aus dem übrigen Ausland kann sich aus bilateralen Staatsverträgen ergeben, die nach der Rechtsprechung des BGH die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften aus den Vertragsstaaten festschreiben. Bezuglich der kollisionsrechtlichen Behandlung von Gesellschaften aus den übrigen Ländern ist der deutsche Gesetzgeber jedoch frei von völker-, verfassungs- oder kollisionsrechtlichen Vorgaben. Seine Entscheidung ist somit eine rechtspolitische und damit auch eine solche des Zeitgeistes. Dass in Zeiten der Globalisierung und des Zusammenwachsens der internationalen Märkte ein Trend hin zu der Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer Gesellschaften im Inland besteht, ist nachvollziehbar. Doch darf nicht in Vergessenheit geraten, dass im Recht Trends weniger wichtig sind als die (vorzugebenden) Ziele.¹⁵²⁴

Wichtiger als die Trends sind also die Ziele und die damit verbundenen rechtsdogmatischen Erwägungen, die als Grundlage für eine generelle Hinwendung zu der Gründungstheorie herangezogen werden. Zu vermeiden ist ein gespaltenes Gesellschaftskollisionsrecht, das zwischen europarechtlich und staatsvertraglich privilegierten einerseits sowie den übrigen Gesellschaften andererseits unterscheidet. Angesichts des in dem EU-Raum geltenden Herkunftslandsprinzips¹⁵²⁵ im Gesellschaftsrecht bleibt somit allein aus diesem Grund keine andere Möglichkeit, als gegenüber den Gesellschaften aus „nicht privilegierten“ Drittstaaten ebenfalls die Gründungstheorie anzuwenden. Die entsprechende Kodifikation der Gründungstheorie in Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E schafft somit grundsätzlich die notwendige Rechtssicherheit. Sie ist im Vergleich zu der gegenwärtigen Spaltung des Gesellschaftskollisionsrechts die vorzugswürdigere Alternative. Es erscheint daher nachvollziehbar, Gesellschaften aus Drittstaaten ebenso kollisionsrechtlich nach der Gründungstheorie zu beurteilen wie solche aus der EG.

Hinzu kommt, dass der Schutzgedanke der Sitztheorie aufgrund der notwendigen Anerkennung von Gesellschaften aus einem Staat mit einem vermeint-

1524 Ebke, Int. Devisenrecht, 322; Ebke, 50 J. Air. L. & Com. 685, 723 (1985).

1525 Vgl. Mansel, RabelsZ 70 (2006), 651 ff.

lich weniger strengen Gesellschaftsrecht wie Delaware und Liechtenstein nicht mehr trägt. Die Abwehr fremder und das „Einsperren“ inländischer Gesellschaften mittels der Sitztheorie ist somit nicht durchzuhalten. Allenfalls ließe sich an mögliche Sonderanknüpfungen zu dem Schutz des deutschen Rechtsverkehrs denken. Allerdings bedeutet die Anwendung von Sonderanknüpfungen gegenüber drittstaatlichen Gesellschaften, dass statt einer einheitlichen Anknüpfung an das Registrierungsrecht Teile des Sachverhalts nach dem Recht an dem tatsächlichen Verwaltungssitz beurteilt würden. Die Folge wäre eine Aufspaltung eines einheitlichen Sachverhalts. Anstelle einer Sonderanknüpfung bietet das international-privatrechtliche Institut der Qualifikation mit der funktionalen Methode den richtigen Handlungsrahmen. Die kollisionsrechtliche Einordnung hat der Gesetzgeber mit einigen Veränderungen im Sachrecht verändert. Zu diesen Veränderungen zählen vor allem die Einordnung der Gesellschafterdarlehen und der Insolvenzantragspflichten in das Insolvenzstatut sowie die neue Insolvenzversuchungshaftung bei der GmbH durch das MoMiG. Die Anwendung dieser Rechtsinstitute auf Auslandsgesellschaften gewährleistet das Internationale Insolvenzrecht mit der Anknüpfung an den COMI auf europäischer Ebene sowie die Anknüpfung der InsO gegenüber Drittstaaten.

Als weiteres Instrument steht dem Rechtsanwender in evidenten Fällen der *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB zur Verfügung. Dieser setzt der Rechtswahl freiheit im Gesellschaftsrecht, die bei Kodifizierung des Referentenentwurfs aus deutscher Sicht auf globaler Ebene bestehen wird, einen notwendigen Handlungsrahmen. Unter Geltung der Sitztheorie ist eine Anwendung des *ordre public* nicht notwendig, da die Sitztheorie seine Schutzfunktion übernimmt. Die Funktion als Schutzinstanz soll zukünftig der allgemeine *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB wahrnehmen. Gleiches gilt für die *ordre public*-Vorbehalte im Internationalen Insolvenzrecht.¹⁵²⁶ Diese versetzen die inländischen Insolvenzgerichte in die Lage, die Wirkungen des ausländischen Insolvenzrechts im Inland abzuwehren, wenn diese den grundsätzlichen Wertungen der deutschen Rechtsordnung widersprechen.¹⁵²⁷ Andere Probleme, die bei der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Gesellschaften auftauchen, wie etwaige Normenmängel können mittels des kollisionsrechtlichen Instituts der Anpassung sinnvoll gelöst werden. Sowohl die zu erwartende Zunahme der Anwendung des *ordre public* im Internationalen Gesellschaftsrecht als auch die kollisionsrechtliche Option der Anpassung in Fällen des Normenmangels offenbaren die zunehmende Relevanz des Allgemeinen Teils des Internationalen Privatrechts im Gesellschaftskollisionsrecht.

Für den nationalen Gesetzgeber bedeutet die Einführung der Gründungstheorie aber neben der Kodifikation im EGBGB und die Einpassung in die sachrechtlichen Institute auch eine zunehmende Relevanz des Sachrechts. Dass der Gesetzgeber bereit ist, den europaweiten Wettbewerb der Gesellschaftsrechts-

1526 Art. 26 EuInsVO und § 343 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

1527 Vgl. AG Nürnberg, ZIP 2007, 81 ff.

ordnungen anzunehmen, hat er mit seinen Reformbestrebungen zum MoMiG unter Beweis gestellt. Als Beispiel seien die sachrechtliche Ermöglichung der Einrichtung eines tatsächlichen Verwaltungssitzes im Ausland durch die Änderung des § 4a GmbHG, die Einführung der Unternehmergeellschaft als eine deregulierte Form der GmbH in § 5a GmbHG oder die insolvenzrechtliche Einordnung der Insolvenzantragspflicht in § 15a InsO genannt. Nicht geändert hat der Gesetzgeber hingegen das aufzubringende Mindestkapital für die Grundform der GmbH; dieses verbleibt bei 25.000 €. Er scheint damit den Spagat zwischen der hinreichenden Annäherung an die internationale Entwicklung des Gesellschaftsrechts und die Bewahrung der deutschen Rechtstraditionen geschafft zu haben. Dies scheint auch der Tenor der deutschen Praxis und Wissenschaft sowohl zum MoMiG¹⁵²⁸ als auch zum Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht zu sein.¹⁵²⁹ Mit der Ermöglichung der Einrichtung des tatsächlichen Verwaltungssitzes im Ausland geht der Gesetzgeber sogar weiter, als der EuGH in der *Cartesio*-Entscheidung für den Wegzug von Gesellschaften in dem Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit gefordert hat:¹⁵³⁰ auf sachrechtlicher Ebene durch §§ 4a GmbHG, 5 AktG und auf kollisionsrechtlicher Ebene durch Art. 10 EGBGB-E. Indem der deutsche Gesetzgeber die Auswahl des tatsächlichen Verwaltungssitzes der freien Wahl der Gesellschafter überlässt, vollzieht er einen weiteren Schritt in Richtung vollständige Rechtswahlfreiheit im Europäischen und Internationalen Gesellschaftsrecht. Ob auch die Wahl des Satzungssitzes vollständig liberalisiert wird, bleibt abzuwarten.

Beide Anknüpfungspunkte (Gründungsort und Verwaltungssitz) haben ihre Schwächen, jedoch erscheint angesichts der Globalisierung der Rechtssysteme und der Wirtschaft ein Abschotten des deutschen Binnenmarktes nach innen (Wegzug) und nach außen (Zuzug) mittels des Kollisionsrechts als der falsche Weg. Besser erscheint es, auf der Ebene des Sachrechts Missbräuchen des Gesellschaftsrechts vorzubeugen. Handlungsmöglichkeiten bestehen aber auch auf der Ebene des allgemeinen Internationalen Privatrechts.

Festzuhalten bleibt, dass es keine perfekte Theorie zu der Anknüpfung im Internationalen Gesellschaftsrecht gibt. Der Auftrag an den Gesetzgeber kann in Zukunft nur lauten, dass er das nationale gesellschaftsrechtsbezogene Sachrecht konsequent fortentwickelt und dessen Wettbewerbsfähigkeit weiter stärkt. Die Rechtspraxis hingegen muss sich vermehrt mit ausländischen Gesellschaftsrechtsformen beschäftigen. Deren missbräuchlicher Verwendung muss durch entsprechende Anwendung des vorhandenen deutschen Kollisions- und Sachrechts entgegengetreten werden. *Großfeld* hat bereits frühzeitig das Ende der

1528 Hessler/Goette/Maier-Reimer, NJW MoMiG-aktuell, S. 1 ff.

1529 Vgl. die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf im Internationalen Gesellschaftsrecht, abrufbar unter: <http://www.drb.de/cms/index.php?id=460>; vgl. auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins (abrufbar unter: <http://anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-08/STN132008IRV.pdf>).

1530 EuGH Rs. C-310/06 – *Cartesio* – NJW 2009, 569.

Sitztheorie vorhergesehen; die Sitztheorie sei eine „Theorie auf Zeit, für die sich EU-orientierte Korrekturen anbieten“¹⁵³¹. In dem Geltungsbereich der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit ist ihre Zeit schon gekommen; dafür hat der EuGH mit seiner Judikatur zur Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften jedenfalls in den Zuzugsfällen gesorgt. Abzuwarten bleibt, welchen Anwendungsbereich das für 2014 vorgesehene Grünbuch der Kommission zur Vereinheitlichung des anwendbaren Rechts in Bezug auf Unternehmen, Vereinigungen und andere juristische Personen haben wird.¹⁵³² Nach bisherigem Kenntnisstand ist davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich des angekündigten Grünbuchs sich nur auf Gesellschaften aus dem Geltungsbereich des AEUV beschränken wird. Falls der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht im nationalen Recht kodifiziert wird, wird die Gründungstheorie in Form der Registrierungstheorie auch im autonomen Internationalen Privatrecht gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten gelten.

1531 Staudinger-Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn 124; *Großfeld König*, RIW 1992, 433 (435).

1532 Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM (2010), 171 zum für das Jahr 2014 geplanten Grünbuch zur Vereinheitlichung des anwendbaren Rechts in Bezug auf Unternehmen, Vereinigungen und andere juristische Personen, S. 26; Wagner, IPRax 2010, 483 (484).

Literaturverzeichnis

- Altenhain, Karsten / Wietz, Christopher:* Die Ausstrahlungswirkung des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht auf das Wirtschaftsstrafrecht, NZG 2008, 569-573
- Altmeppen, Holger:* Abschied vom „Durchgriff“ im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 2007, 2657-2660
- Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften, NJW 2004, 97-104
- Altmeppen, Holger / Wilhelm, Jan:* Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaften, DB 2004, 1083-1089
- Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“:* Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZIP 2009, 885-899
- Arens, Peter:* Prozessuale Probleme bei der Anwendung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozeß, in: Graveson Ronald H. / Kreuzer, Karl / Tunc, Andre / Zweigert, Konrad (Hrsg.), Festschrift für Imre Zajtay, 7-20, Tübingen 1982
- Armour, John:* Who should make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition, in: Armour, John / McCahery, Joseph A. (Hrsg.), After Enron – Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US, Oxford and Portland (Oregon) 2006, 497-544
- Legal Capital: an Outdated Concept?, 7 EBOR 5-27 (2006)
- Armour, John / Ringe, Georg:* European Corporate Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, Oxford Legal Studies Research Paper No. 63/2010, 1-43
- Assmann, Heinz-Dieter / Bungert, Hartwin:* Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Wirtschafts- und Gesellschaftsrechts, Band 1, München 2001
- Audit, Bernard:* Droit international privé, 3. Auflage, Paris 2000
- Axer, Georg:* Der Europäische Gerichtshof auf dem Weg zur „doppelten Kohärenz“ - Eine Zukunft der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem Cadbury Schweppes-Urteil, IStR 2007, 162-169
- Bader, Klaus:* Die neue società a responsabilità limitata in Italien, GmbHR 2005, 1474-1477
- Ballerstedt, Kurt:* Gesellschaftsrechtliche Probleme der Reform des GmbH-Rechts, ZHR 135 (1972), 383-409
- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert (Hrsg.):* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 (§§ 1297-2385 BGB EGBGB CISG), München 2003
- Bar, Christian von:* Internationales Privatrecht, Band II, Besonderer Teil, München 1991

- Bar, Christian von / Mankowski, Peter:* Internationales Privatrecht, Band 1, Allgemeine Lehren, 2.Auflage, München 2003
- Barth, Dietrich:* Das Allgemeine Übereinkommen über den internationalen Dienstleistungshandel (GATS), EuZW 1994, 455-460
- Batiffol, Henri / Lagarde, Paul:* Droit international privé, Band 1, 8. Auflage, Paris 1993
- Baudenbacher, Carl / Buschle, Dirk:* Niederlassungsfreiheit für EWR-Gesellschaften nach Überseering, IPRax 2004, 26-31
- Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus / Merkt, Hanno:* Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 34. Auflage, München 2010
- Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred:* GmbH-Gesetz, 19.Auflage, München 2010
- Baums, Theodor / Ulmer, Peter (Hrsg.):* Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, Employees Co-Determination in the Member States of the European Union, Beihefte der ZHR, Bd. 72, Heidelberg, 2004
- Bayer, Walter:* Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, BB 2003, 2357-2366
- Bayer, Walter / Schmidt, Jessica:* Der Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit, ZIP 2006, 210-213
- Becht, Marco / Mayer, Colin / Wagner, Hannes F.:* Where do firms incorporate? Deregulation and cost of entry, ECGI - Law Working Paper No. 70/2006 (Sept. 2006), 1-38
- Behrens, Peter:* Die neue Lektion aus Luxemburg zur internationalen Mobilität von Gesellschaften: Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind möglich! EuZW 2006, 65
- Gemeinschaftliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art, IPRax 2004, 20-26
 - Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, 193-207
 - Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax 1999, 384-290
 - Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG (zu EuGH 27.9.1988 - Rs. 81/87 - Daily Mail and General Trust PLC), IPRax 1989, 354-361
 - Der Anerkennungsbegriff im Internationalen Gesellschaftsrecht, ZGR 1978, 499-514
- Beisse, Heinrich:* Gläubigerschutz - Grundprinzip des deutschen Bilanzrechts in Beisse, Heinrich / Lutter, Marcus / Närger, Heribald (Hrsg.), Festschrift für Karl Beusch, Berlin 1993, 77-97
- Beitzke, Günther:* Einige Bemerkungen zur Rechtsstellung ausländischer Gesellschaften in deutschen Staatsverträgen, in: Glossner, Otto Arndt / Reimers, Walter (Hrsg.). Festschrift für Martin Luther, München 1976, 1-20

- Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, ZHR 127 (1964/65), 1-47
- Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht, München / Berlin 1938

Benecke, Martina: Gesetzesumgehung im Zivilrecht, Tübingen 2004

Berger, Klaus Peter: Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der Internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, RIW 1994, 12-18

Berliner Netzwerk Corporate Governance: 12 Thesen zur Modernisierung der Mitbestimmung, AG 2004, 200-201

Berndt, Joachim: Die Rechtsfähigkeit US-amerikanischer Kapitalgesellschaften im Inland, JZ 1996, 187-191

Bieber, Roland / Epiney, Astrid / Haag, Marcel: Die Europäische Union – Recht und Politik, 9. Auflage, Baden-Baden 2011

Binz, Mark K. / Mayer, Gerd: BB-Kommentar zu OLG Hamburg BB 2007, 1519-1521 (Für Drittstaatengesellschaften (hier: Ltd. der Isle of Man) bestimmt sich die Rechtsfähigkeit nach der Sitztheorie), BB 2007, 1521-1522

- Die Rechtsstellung von Kapitalgesellschaften aus Nicht-EU-/EWR-/USA-Staaten mit Verwaltungssitz in Deutschland, BB 2005, 2361-2368

Bitter, Georg: Flurschäden im Gläubigerschutzrecht durch "Centros & Co."? – Eine Zwischenbilanz, WM 2004, 2190 - 2200

Black, Bernard S.: Is Corporate Law Trivial?: A Political and Economic Analysis, 84 Nw. U. L. Rev. 542-594 (1990)

Böhm, Annika: Das MoMiG – Änderungen durch den Bundestag, NJW-aktuell, Heft 30/2008

Borges, Georg: Der rechtliche Status der im Registerstaat erloschenen Gesellschaft, IPRax 2005, 134-141

- Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem Sitz, ZIP 2004, 733 – 744

Bork, Reinhard: Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts?, ZGR 2007, 250-270

Brödermann, Eckart: Paradigmenwechsel im Internationalen Privatrecht – Zum Beginn einer neuen Ära seit 17.12.2009, NJW 2010, 807-813

Brödermann, Eckart / Iversen, Holger: Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Tübingen 1994

Bron, Jan / Kraft, Gerhard: Implikationen des Urteils in der Rechtssache „Cadbury Schweppes“ für die Fortexistenz der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2007, 614-620

Brownlie, Ian: Principles of Public International Law, 3. Auflage, Oxford, 1979

Bungert, Hartwin: Deutsch-amerikanisches internationales Gesellschaftsrecht, Staatsvertragliche Festschreibung der Überlagerungstheorie?, ZVglRWiss 93 (1994), 117-176

- Internationales Gesellschaftsrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, EWS 1993, 17-22
- Das Recht ausländischer Kapitalgesellschaften auf Gleichbehandlung im deutschen und US-amerikanischen Recht - Zugleich ein Beitrag zu einem internationalen Grundrechtskollisionsrecht, München 1994

Bydlinski, Franz: Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 104 (2004), 309-395

Calliess, Christian / Ruffert, Matthias / Blank, Hermann-Josef: Kommentar des Vertrages über die europäische Union und des Vertrages zur Gründung der europäischen Gemeinschaft, Köln 1999

Casper, Matthias / Weller, Marc-Phillipe: Mobilität und grenzüberschreitende Umstrukturierung der SE, NZG 2009, 681-686

Cheffins, Brian R.: Company Law: Theory, Structure and Operation, Oxford 1997

Cohnen, Sebastian: Kein GmbH-rechtliches "race to the bottom" auf dem Jakobsweg – Bemerkungen zur Sociedad Limitada Nueva Empresa, ZVglRWiss 2005, 479-518

Dammann, Jens: Amerikanische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland, RabelsZ 68 (2004), 607-652

Däubler, Wolfgang / Heuschmid, Johannes: Cartesio und MoMiG - Sitzverlagerung ins Ausland und Unternehmensmitbestimmung, NZG 2009, 493-496

Dauner-Lieb, Barbara: Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB – Besprechung der Entscheidung BGH DStR 2007, 1586 (Trihotel), ZGR 2008, 34-47

Davies, Paul L.: Gower and Davies' principles of modern company law, 8. Auflage, London 2008

- Struktur der Unternehmensführung in Großbritannien und Deutschland: Konvergenz oder fortbestehende Divergenz?, ZGR 2001, 268-293
- Legal Capital in Private Companies in Great Britain, AG 1998, 346-354

Davies, Paul / Hopt, Klaus J.: Control Transactions, in: Kraakman, Reinier R. / Davies, Paul / Hansmann, Henry / Hertig, Gerhard / Hopt, Klaus J. / Kanda, Hideki / Rock, Edward B. (Hrsg.), The Anatomy of Corporate Law. Oxford 2004, 157-191

Diederichsen, Uwe: Die Flucht des deutschen Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung, Karlsruhe 1974

Diersmeier, Jochen: Kapitalgesellschaften aller Länder willkommen! Die deutsche GmbH im internationalen Wettbewerb der Rechtsformen 2010, in: Ebke, Werner F.

- / Elsing, Siegfried H. / Großfeld, Bernhard / Kühne, Günther (Hrsg.), Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts – Festschrift für Otto Sandrock, Frankfurt a.M., 2011, 205-215
- Dilcher, Alexander:* Die Bedeutung des Insolvenzrechts für die Gründungsentscheidung, in: Achleitner, Ann-Kristin / Klandt, Heinz / Koch, Lambert T. / Voigt, Kai-Ingo (Hrsg.), Handbuch Entrepreneurship 2004/2005, Berlin 2005
- Doehring, Karl:* Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004
- Dolzer, Rudolf / Herdegen, Matthias / Vogel, Bernhard (Hrsg.):* Good governance - Gute Regierungsführung im 21. Jahrhundert, Freiburg 2007
- Dolzer, Rudolf / Vogel, Klaus / Graßhof, Karin (Hrsg.):* Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt Heidelberg, 1997
- Drobnig, Ulrich:* Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Anerkennung, in: Ficker, Hans Claudius / König, Detlef / Kreuzer, Karl F. / Leser, Hans G. / Freiherr Marischall von Bieberstein, Wolfgang / Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978
- Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine / Duursma, Dieter / Chalupsky, Ernst:* Europäische Insolvenzverordnung – Kommentar, Wien 2002
- Ebenroth, Carsten T.:* Konzernbildungs- und Konzernleitungskontrolle - ein Beitrag zu den Kompetenzen von Vorstand und Hauptversammlung, Konstanz 1987
- Die verdeckten Vermögenszuwendungen in transnationalen Unternehmen, Bielefeld 1979
 - Konzernkollisionsrecht im Wandel aussenwirtschaftlicher Ziele, Konstanz 1978
- Ebenroth, Carsten T. / Auer, Thomas:* Die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit europäischem Recht, GmbHR 1994, 16-27
- Körperschaftssteuerfähigkeit ausländischer Gesellschaften mit inländischem Ort der Geschäftsleitung?, RIW 1992, 998-1012
- Ebenroth, Carsten T. / Bippus, Birgit:* Die Anerkennungsproblematik im Internationalen Gesellschaftsrecht – Am Beispiel des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29.10.1954, NJW 1988, 2137-2146
- Die staatsvertragliche Anerkennung ausländischer Gesellschaften in Abkehr von der Sitztheorie, DB 1988, 842-850
 - Führen bilaterale Investitionsförderungsverträge zu einer Abkehr vom Sitzprinzip?, RIW 1988, 336-343
- Ebenroth, Carsten T. / Eyles, Uwe:* Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluß der Niederlassungsfreiheit?, DB 1989, 363-372 und 413-417
- Eberspächer, Friedemann:* Unternehmerische Mitbestimmung in zugezogenen Auslandsgeellschaften: Regelungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers?, ZIP 2008, 1951-1958

Ebke, Werner F.: Der Einfluss des US-amerikanischen Rechts auf das Internationale Gesellschaftsrecht in Deutschland und Europa: Rezeption oder Abwehr?, in: Ebke, Werner F. / Elsing, Siegfried H. / Großfeld, Bernhard / Kühne, Günther (Hrsg.), *Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts – Festschrift für Otto Sandrock*, Frankfurt a.M., 2011, 175-203

- Gesellschaften aus nicht-privilegierten Drittstaaten im Internationalen Privatrecht: „*Utopia Limited oder die Blüten des Fortschritts*“, in: Hoffmann-Becking, Michael / Hommelhoff, Peter / Graf von Westphalen, Friedrich (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Hellwig*, im Erscheinen 2011, 117-141
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4 (Drittes Buch, Handelsbücher, §§ 238-342e HGB), 2. Auflage, München 2008
- The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art, and Beyond, 16 EBLR 9-54 (2005)
- Durchbruch: BGH anerkennt britische plc, BB 2005, Heft 23, Die Erste Seite
- Conflicts of Corporate Laws and the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Federal Republic of Germany, in: Rasmussen-Bonne, Hans-Eric / Freer, Richard / Lüke, Wolfgang / Weitnauer, Wolfgang (Hrsg.), *Balancing of Interests, Liber Amicorum Peter Hay*, Heidelberg, 2005, 119-139
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13.10.2004, JZ 2005, 298-303 (betr. den „genuine link“ zur Anerkennung der Rechtspersönlichkeit einer US-amerikanischen Gesellschaft mit effektivem Verwaltungssitz in Deutschland)
- Überseering und Inspire Art: Die Revolution im Internationalen Gesellschaftsrecht und ihre Folgen, in: Kniffka, Rolf / Quack, Friedrich / Vogel, Thomas / Wagner, Klaus-R. (Hrsg.), *Festschrift für Reinhold Thode*, München 2005, 593-613
- Überseering und Inspire Art: Auswirkungen auf das Internationale Gesellschaftsrecht aus der Sicht von Drittstaaten, in: Sandrock, Otto / Wetzer, Christoph F. (Hrsg.), *Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen*, Heidelberg 2004, 101 – 128
- Gesellschaften aus Delaware auf dem Vormarsch: Der BGH macht es möglich, RIW 2004, 740-744
- Überseering: „Die wahre Liberalität ist Anerkennung“, JZ 2003, 927 – 933
- Die Würfel sind gefallen: Die Sanktionen der Sitztheorie sind europarechtswidrig!, BB 2003, Heft 1/2, Die Erste Seite
- The „Real Seat“ Doctrine in the Conflict of Corporate Laws. 36 The Int'l Law. 1015-1037 (2002)
- Märkte machen Recht - auch Gesellschafts- und Unternehmensrecht!, in: Uwe H. Schneider, Uwe H. / Hommelhoff, Peter / Schmidt, Karsten / Timm, Wolfram / Grunewald, Barbara / Drygala, Tim (Hrsg.). *Festschrift für Marcus Lutter*, Köln, 2000, 17-30

- Das Internationale Gesellschaftsrecht und der Bundesgerichtshof, in: Canaris, Claus-Wilhelm / Heldrich, Andreas / Hopt, Klaus J. / Roxin, Claus / Schmidt, Karsten / Widmaier, Gunther (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band 2, München 2000, 799-824
- Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, JZ 1999, 656-661
- Unternehmensrechtsangleichung in der Europäischen Union: Brauchen wir ein European Law Institute?, in: Werner F. Ebke/Ulrich Hübner (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld, Heidelberg 1999, 189-221
- Die Zukunft der Rechtsetzung in multijurisdiktionalen Rechtsordnungen. Wettbewerb der Rechtsordnungen oder zentrale Regelvorgabe – am Beispiel des Gesellschafts- und Unternehmensrechts, ZSR Beiheft 28, 1999, 106-127
- Unternehmensrecht und Binnenmarkt - E Pluribus unum?, RabelsZ 62 (1998), 195 – 242
- Schuldrechtliche Teilzeitwohnrechte an Immobilien im Ausland und kein Widerufsrecht: Zum Ende der Altfälle, IPRax 1998, 263-270
- Company Law and the European Union: Centralized versus Decentralized Law-making, 31 The Int'l Law. 961-986 (1997)
- Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der wirtschaftsprüfenden, steuer- und rechtsberatenden Berufe im internationalen Vergleich, Heidelberg 1996
- Unternehmenskontrolle durch Gesellschafter und Markt, in: Sandrock, Otto / Jäger, Wilhelm (Hrsg.), Internationale Unternehmenskontrolle und Unternehmenskultur, Tübingen 1994, 7 – 35
- Internationales Devisenrecht, Heidelberg 1990
- Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG“ und das europäische Gemeinschaftsrecht – Besprechung der Entscheidung BayObLGZ 1986, 61 –, ZGR 1987, 245-270
- Enforcement Techniques within the European Communities: Flying Close to the Sun with Waxen Wings, 50 J. Air. L. & Com. 685-725 (1985)
- Die Anknüpfung der Rechtsnachfolge von Todes wegen nach niederländischem Kollisionsrecht – Zum Rückgriff auf die „wahrscheinlichste Anknüpfung“ bei nicht sicher feststellbarem Inhalt ausländischer Kollisionsregeln, RabelsZ 84 (1984), 319-348

Ebke, Werner F. / Gockel, Stefan: European Corporate Law, 24 The Int'l Law. 239-250 (1990)

Ebke, Werner F. / Luttermann, Claus / Siegel, Stanley: Internationale Rechnungslegungsstandards für börsenunabhängige Unternehmen?, Baden-Baden 2007

Ebke, Werner F. / Möhlenkamp, Andreas: Rechnungslegung, Publizität und Wettbewerb, Baden-Baden 2010.

Ebke, Werner F. / Neumann, Renate: Urteilsanmerkung zu BGH, Urt. v. 28.2.1980 – III ZR 165/78, JZ 1980, 652-655

Edwards, Vanessa: EC Company Law, Oxford 1999

Eidenmüller, Horst: Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, 168-211

- Leveraged Buyouts und die Effizienz des Restrukturierungsrechts, ZIP 2007, 1729-1731
- Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut, RabelsZ 70 (2006), 474-504
- Wettbewerb der Insolvenzrechte?, ZGR 2006, 467-488
- Free Choice in International Corporate Law: European and German Corporate Law in European Competition between Corporate Law Systems, in: Basedow, Jürgen / Kono, Toshiyuki (Ed.), An Economic Analysis of International Private Law, Tübingen 2006
- Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, in: Lorenz, Stephan / Trunk, Alexander / Eidenmüller, Horst / Wendehorst, Christine / Adolf, Johannes (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich, 581-595, München 2005
- Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004
- Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt: Entwicklungsperspektiven des europäischen Gesellschaftsrechts im Schnittfeld von Gemeinschaftsgesetzgeber und EuGH, JZ 2004, 24-33
- Anmerkung zu BGH v. 13.3.2003 (Überseering), JZ 2003, 526 -529
- Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233-2245
- Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht, IPRax 2001, 2-15
- Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, Köln 1999

Eidenmüller, Horst / Engert, Andreas: Die Rechtsökonomik des Mindestkapitals im GmbH-Recht, GmbHR 2005, 433-438

Eidenmüller, Horst / Engert, Andreas / Hornuf, Lars: Incorporating under European Law: The Societas Europaea as a Vehicle for Legal Arbitrage, 10 EBOR 1-33 (2009)

Eidenmüller, Horst / Faust, Florian / Grigoleit, Hans Christoph / Jansen, Nils / Wagner, Gerhard / Zimmermann, Reinhard: Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, 529-550

Eidenmüller, Horst / Grunewald, Barbara / Noack, Ulrich: Das Mindestkapital im System des festen Kapitals, in: Lutter (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR-Sonderheft 17 (2006), 17 – 41

Eidenmüller, Horst / Rehberg, Markus: Rechnungslegung bei Auslandsgesellschaften, ZglRWiss 105 (2006), 427-454

Eidenmüller, Horst / Rehm, Gebhard: Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 2004, 159-188

- Gesellschafts- und zivilrechtliche Folgeprobleme der Sitztheorie, ZGR 1997, 89-114

Eisenhardt, Ulrich: Gesellschaftsrecht, 14. Auflage, München 2009

Engel, Christoph: Versetzt die Europäische Menschenrechtskonvention der Sitztheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts den Todesstoß?, ZEuP 1993, 150-158

Engisch, Karl: Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935

Enriques, Luca: The Mandatory Bid Rule in the Proposed EC Takeover Directive: Harmonisation As Rent Seeking?, in: Ferrarini, Guido / Hopt, Klaus J. / Winter, Jaap / Wymeersch, Eddy (Hrsg.), Reforming Company and Takeover Law in Europe, Oxford 2004, 767-795

- European Company Law Regulations and Directives: How trivial are they?, in: Armour, John / McCahery, Joseph A. (Hrsg.), After Enron – Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US, Oxford and Portland (Oregon) 2006, 642-700

Enriques, Luca / Gelter, Martin: Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection, 7 EBOR 417-453 (2006)

Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 12. Auflage Köln 2008

Fastrich, Lorenz: Optimierung des Gläubigerschutzes – Praktibilität und Effizienz, DStR 2006, 656-663

- Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts, ZZP 97 (1984), 423-445

Fehrenbacher, Oliver: Registerpublizität und Haftung im Zivilrecht, Baden-Baden 2004

Felder, Daniel / Kaddous, Christine: Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen), Basel 2001

Ferid, Murad: Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Frankfurt a.M. 1986

Ferran, Eilis: The Regulatory Process of Securities Law-Making in the EU, in: Armour, John / McCahery, Joseph A. (Hrsg.), After Enron – Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US, Oxford and Portland (Oregon) 2006, 575-640

Fikentscher, Wolfgang: Probleme des Internationalen Gesellschaftsrechts, MDR 1957, 71ff.

Fischer, Michael: Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach "Inspire Art", ZIP 2004, 1477-1486

Fisher, Roger / Ury, William / Patton, Bruce M.: Getting to yes, 2. Auflage, New York 1991

Fleischer, Holger: Leitungsaufgabe des Vorstands, in: Fleischer, Holger (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrecht, München 2006

- Kapitalschutz und Durchgriffshaftung bei Auslandsgesellschaften, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, Köln 2005, 49-129
- Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht - Insolvenzverschleppung, fehlerhafte Kapitalmarktinformation, Tätigkeitsverbote, ZGR 2004, 437-479
- Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrecht, AcP 204 (2004), 502-543
- Gläubigerschutz in der kleinen Kapitalgesellschaft: Deutsche GmbH versus englische private limited company, DStR 2000, 1015 - 1021
- Covenants und Kapitalersatz, ZIP 1998, 313-321

Flessner, Axel: Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Tübingen 1990

- Fakultatives Kollisionsrecht, RabelsZ 48 (1984), 547-584

Fletcher, Ian: The Law of Insolvency, 3. Auflage, London 2002

Flume, Werner: Die juristische Person, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, Berlin Heidelberg 1983

- „Zur Enträtselung der Vorgesellschaft“, NJW 1981, 1753-1754

Forsthoff, Ulrich: Internationales Gesellschaftsrecht im Umbruch, DB 2003, 979-981

- EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht, DB 2002, 2471-2477

Franzen, Martin: Niederlassungsfreiheit, internationales Gesellschaftsrecht und Unternehmensmitbestimmung, RdA 2004, 257-263

Gehrlein, Markus: Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, BB 2008, 846-854

- Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung. WM 2008, 761-768

Geiger, Rudolf: Die völkerrechtliche Beschränkung der Vertragsschlußfähigkeit von Staaten, Berlin 1979

Gelter, Martin: The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law. 5 JCLS 247-284 (2005)

Germelmann, Claas Friedrich: Konkurrenz von Grundfreiheiten und Missbrauch von Gemeinschaftsrecht - Zum Verhältnis von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit in der neueren Rechtsprechung, EuZW 2008, 596-600

Girsberger, Daniel / Rodriguez, Rodrigo: Die Sitzverlegung im europäischen Gesellschaftsrecht – Auswirkungen auf die Schweiz?, Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht – (SziER) 14 (2004), 559-583

Gerkan, Hartwin von / Hommelhoff, Peter: Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 3. Aufl., Köln 1994

Göthel, Stephan R.: Internationales Gesellschaftsrecht in den USA: Die Internal Affairs Doctrine wankt nicht, RIW 2000, 904-909

Goette, Wulf: Anmerkung zu BGH DStR 2009, 59-63 (Schweizerische AG: Geltung der eingeschränkten Rechtsfähigkeit bei Verwaltungssitzwechsel nach Deutschland), DStR 2009, 63

- Einführung in das neue GmbH-Recht – mit Materialien zum Gesetz der Modernisierung des GmbH-Rechts und der Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), München 2008
- Krisenvermeidung und Krisenbewältigung bei der GmbH – Überblick, ZGR 2006, 261-280

Göttsche, Götz J.: Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz, Berlin 2005

Goldman, Berthold: Europäisches Handelsrecht, Karlsruhe 1973

Goldschmidt, Werner: Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts, in: v. Caemmerer, Ernst / Hallstein, Walter / Mann, F.A. / Raiser, Ludwig (Hrsg.), Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, 203-223

Gottschalk, Eckart: Beschränkungen für schweizerische Aktiengesellschaften in Deutschland gelten fort, ZIP 2009, 948-952

Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard: Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band IV (Sekundärrecht), 40. Auflage, München 2009

Grassmann, Günther: System des Internationalen Gesellschaftsrechts, Herne-Berlin 1970

Greulich, Sven / Bunnemann, Jan: Geschäftsführerhaftung für zur Zahlungsunfähigkeit führende Zahlungen an die Gesellschafter nach § 64 II 3 GmbHG-RefE - Solvenztest im deutschen Recht?, NZG 2008, 681-687

Greulich, Sven / Rau, Thomas: Zur Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsleiters einer Auslandsgesellschaft mit Inlandsverwaltungssitz, NZG 2008, 565-569

Groeben, Hans von der / Schwarze, Jürgen: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1, Art. 1-53 EUV / Art. 1-80 EGV, 6. Auflage, Baden-Baden 2003

- Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 4, Art. 189-314 EGV, 6. Auflage, Baden-Baden 2003

Grohmann, Uwe: Das Informationsmodell im europäischen Gesellschaftsrecht, Berlin 2006

Großfeld, Bernhard: Zauber des Rechts, Tübingen 1999

- Internationales und europäisches Unternehmensrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1995
- Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, Heidelberg-Karlsruhe 1977

- Praxis des Internationalen Wirtschaftsrechts – Rechtsprobleme multinationaler Unternehmen, Reinbek 1975
- Basisgesellschaften, Tübingen 1974
- Die Entwicklung der Anerkennungstheorien im Internationalen Gesellschaftsrecht, in Hefermehl, Wolfgang / Gmüür, Rudolf / Brox, Hans (Hrsg.), Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974
- Zur Geschichte der Anerkennungsproblematik bei Aktiengesellschaften, RabelsZ 38 (1974), 344-371
- Diplomatischer Schutz für Aktiengesellschaften und Aktionäre, AWD 1972, 537ff.
- Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, RabelsZ 31 (1967), 1-50

Großfeld, Bernhard / Boin, Kai: Urteilsanmerkung zu Cour de Cassation (crim.), Urt. v. 12.11.1990, JZ 1993, 370-372

Großfeld, Bernhard / Ebke, Werner F.: Probleme der Unternehmensverfassung in rechts-historischer und rechtsvergleichender Sicht I und II, AG 1977, 57-65, 92-105

Großfeld, Bernhard / Erlinghagen, Susanne: Internationales Unternehmensrecht und unternehmerische Mitbestimmung, JZ 1993, 217-225

Großfeld, Bernhard / König, Thomas: Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Euro-päischen Gemeinschaft, RIW 1992, 433-440

Großfeld, Bernhard / Luttermann, Claus: Anmerkung zu EuGH. Urteil v. 27.9.1988 – Rs 81/87 – Vorabentscheidung, JZ 1989, 386-387

Grothe, Helmut: Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. Köln u.a. 1989

Grundmann, Stefan: Europäisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 2004

Grundmann, Stefan / Möslein, Florian: Die Goldene Aktie - Staatskontrollrechte in Euro-parecht und wirtschaftspolitischer Bewertung, ZGR 2003, 317-366

- Die Goldene Aktie und der Markt für Unternehmenskontrolle im Rechtsvergleich, ZvglRWiss 102 (2003), 289-345

Haas, Ulrich: Der Normzweck des Eigenkapitalersatzrechts, NZI 2005, 1-10

- Niederlassungsfreiheit, Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO) und Gläubi-gerschutz, NZI-aktuell Heft 12/2003

Habersack, Mathias: Trihotel – Das Ende der Debatte?: Überlegungen zur Haftung schä-digender Einflussnahme, ZGR 2008, 533-559

- Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechts-folgen der Neuregelung, ZIP 2007, 2145-2152
- Europäisches Gesellschaftsrecht, 3.Auflage, München 2006

Habersack, Mathias / Verse, Dirk A.: Wrongful trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?, ZHR 168 (2004), 174-215

- Hadfield, Gilian / Talley, Eric:* On Public versus Private Regulation of Corporate Law. USC Law and Economics Research Paper No. 04-18; and USC CLEO Research Paper No. C04-13 (June 2004)
- Halbhuber, Harald:* National Doctrinal Structures and European Company Law. 38 CMLR 1385-1420 (2001)
- Halen, Curt Christian von:* Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH, Heidelberg 2001
- Haller, Axel:* Financial Accounting Developments in the European Union: Past Events and Future Prospects, 11 EAR 153-190 (2002)
- Hammen, Horst:* Zweigniederlassungsfreiheit europäischer Gesellschaften und Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene, WM 1999, 2487-2495
- Handelsrechtsausschuss des DAV:* Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NZG 2007, 211-222
- Happ, Wilhelm / Holler, Lorenz:* „Limited“ statt GmbH? - Risiken und Kosten werden gern verschwiegen, DStR 2004, 730-736
- Häsemeyer, Ludwig:* Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2003
- Hartwig, Oskar / Korkisch, Friedrich:* Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts, Tübingen 1973
- Hausmann, Rainer:* Der Renvoi im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht nach „Überseering“ und „Inspire Art“, in: Krause, Rüdiger / Velker, Winfried / Vieweg, Klaus (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, Berlin 2004
- Hayek, Friedrich A. von:* Freiburger Studien, 2. Auflage, Tübingen 1994
- Hein, Jan von:* Europäische Internationales Deliktsrecht, ZEuP 2009, 6-33
- Hellgardt, Alexander / Illmer, Martin:* Wiederauferstehung der Sitztheorie?, NZG 2009, 94-96
- Henne, Alexander:* Information und Corporate Governance, Baden-Baden 2011
- Henssler, Martin / Goette, Wulf / Maier-Reimer, Georg:* MoMiG aktuell – GmbH-Reform 2008, MoMiG ante portas: Das sagen Experten zur GmbH-Reform, NJW MoMiG aktuell, 1-12
- Henssler, Martin / Mansel, Heinz-Peter:* Die Limited Liability Partnership als Organisationsform anwaltlicher Berufsausübung, NJW 2007, 1393-1405
- Internationalrechtliche Haftungsfragen beim Auftreten einer anwaltlich tätigen Limited Liability Partnership (LLP) britischen Rechts in Deutschland, in: Berger, Klaus-Peter / Borges, Georg / Herrmann, Harald / Schlüter, Andreas / Wackerbarth, Ulrich (Hrsg.): Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext, Festschrift für Norbert Horn, Berlin 2006, 403-424
- Henze, Hartwig:* Europäisches Gesellschaftsrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DB 2003, 2159-2166

- Aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Aktienrecht, BB 2003, 2053-2061
- Herrmann, Christoph / Weiß, Wolfgang / Ohler, Christoph:* Welthandelsrecht, 2. Auflage, München 2007
- Hertig, Gerard / McCahery, Joseph:* Optional rather than Mandatory EU Company Law - Framework and Specific Proposals, ECGI - Law Working Paper No. 78/2007 (Jan. 2007), 1-26
- Hess, Burkhard / Hübner, Rudolf:* Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung des § 545 ZPO, NJW 2009, 3132-3135
- Hirsch, Günter:* Auf dem Weg zum Richterstaat?, JZ 2007, 853-858
- Hirte, Heribert:* Kapitalgesellschaftsrecht, 6. Auflage, Köln 2009
- Neuregelungen mit Bezug gesellschaftsrechtlichem Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), ZinsO 2008, 689-702
- Hirte, Heribert / Bücker, Thomas (Hrsg.):* Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Auflage, Köln Berlin München 2006
- Höfling, Barbara:* Das englische internationale Gesellschaftsrecht, Heidelberg 2002
- Höfner, Klaus D.:* Die Offenlegungspflicht bei der GmbH & Co KG erneut auf dem Prüfstand, NJW 2004, 475-476
- Hönn, Günther:* Roma locuta? - Trihotel, Rechtsfortbildung und die gesetzliche Wertung, WM 2008, 769-778
- Hoffmann, Bernd von / Thorn, Karsten:* Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2007
- Hoffmann, Jochen:* Das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie, ZvglRWiss 101 (2002), 283-308
- Hoffmann, Niels:* Reichweite der Niederlassungsfreiheit bis in das Strafrecht?, in: Sandrock, Otto / Wetzler, Christoph F. (Hrsg.), Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, Heidelberg 2004, 227-265
- Holler, Manfred J. / Illing, Gerhard:* Einführung in die Spieltheorie, 4. Auflage, Berlin 2008
- Holzer, Johannes:* Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer nach britischem Recht gegründeten „Limited“ im Hinblick auf das deutsche Insolvenzverfahren, ZVI 2005, 457-468
- Hommelhoff, Peter:* Mitbestimmungsvereinbarungen zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung - zum Gesetzentwurf des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“, ZGR 2010, 48-74
- Europäisches Bilanzrecht im Aufbruch, RabelsZ 62 (1998), 381-404
- Hommelhoff, Peter / Hopt, Klaus J. / v. Werder, Axel (Hrsg.):* Handbuch Corporate Governance, Köln, Stuttgart 2003

Hommelhoff, Peter / Teichmann, Christoph: Eine GmbH für Europa: Der Vorschlag der EU-Kommission zur Societas Privata Europaea (SPE), GmbHR 2008, 897-911

Hopt, Klaus J.: European Company Law and Corporate Governance: Where does the Action Plan of the European Commission Lead?, ECGI - Law Working Paper No. 52/2005 (Okt. 2005), 1-25

- Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht – Zur Dogmatik des modernen Geschäftsbesorgungsrechts. ZGR 2004, 1-52
- Gemeinsame Grundsätze der Corporate Governance in Europa? - Überlegungen zum Einfluß der Wertpapiermärkte auf Unternehmen und ihre Regulierung und zum Zusammenwachsen von common law und civil law im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2000, 779-818
- Vom Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht?

Teil 1: Der international erreichte Stand des Kapitalmarktrechts, ZHR 140 (1976) 201-235

Vom Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht?

Teil 2: Die deutsche Entwicklung im internationalen Vergleich, ZHR 141 (1977) 389-441

Hopt, Klaus J. / Leyens, Patrick C.: Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France and Italy, 1 ECFR 135-168 (2004)

Horn, Norbert: Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit - Inspire Art, NJW 2003, 893-901

Huber, Ulrich: Gesellschafterdarlehen in der Inlandsinsolvenz von Auslandsgesellschaften, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, 131-222

Hübner, Ulrich: Mindestkapital und Gläubigerschutz – rechtsvergleichende Anmerkungen zur Entwicklung des GmbH-Rechts, in: Heldrich, Andreas / Prölls, Jürgen / Koller, Ingo u.a. (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Band II, München 2007, 129-146

Hüffer, Uwe: Aktiengesetz, 8. Auflage, München 2008

Hug, Sabine: Die Substitution im Internationalen Privatrecht – anhand von Beispielen aus dem Internationalen Familienrecht, München 1983

Ipsen, Knut: Richterrecht und Verfassung, Berlin 1974

Ipsen, Knut / Menzel, Eberhard: Völkerrecht, 6. Auflage, München 2008

Isay, Ernst: Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen, Tübingen 1907

Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V (Allgemeine Grundrechtslehren), Heidelberg 1992

- Jastrow, Serge-Daniel:* Zur Ermittlung ausländischen Rechts: Was leistet das Londoner Auskunftsübereinkommen in der Praxis?, IPRax 2004, 502-505
- Jayme, Erik:* Tagung der Europäischen Gruppe für Internationales Privatrecht (GEDIP) in Kopenhagen, IPRax 2011, 101-103
- Die kulturelle Dimension des Rechts – ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung, RabelsZ 67 (2003), 211-230
 - Zum Internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich (zu EuGH, 9.11.2000 – Rs. C-381/98 – Ingmar GB Ltd / Eaton Leonard Technologies Inc., IPRax 2001, 225-227), IPRax 2001, 190-191
 - Betrachtungen zur „dépeçage“ im internationalen Privatrecht, in: Musielak, Hans-Joachim / Schurig, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Kegel, 253-268
- Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas:* Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996
- Jestädt, Guido A.:* Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsfreiheit, Baden-Baden 2005
- Anerkennung der Rechts- und Partefähigkeit US-amerikanischer Gesellschaften vor deutschen Gerichten aufgrund des deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrages, WuB 2003, II N. Art. XXV FHSV 1.03, 636-638
- Joost, Detlef / Strohn, Lutz (Hrsg.):* Handelsgesetzbuch, Band 1 (§§ 1-342e), München 2008
- Jung, Peter:* Anwendung der Gründungstheorie auf Gesellschaften schweizerischen Rechts? – Zugleich eine Anmerkung zu den beim BGH anhängigen Revisionsverfahren II ZR 158/07 und II ZR 290/07, NZG 2008, 681-685
- Junker, Abbo:* Die neue Rom II-Verordnung: Neues Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage, NJW 2007, 3675-3682
- Empfiehlt es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren?, IPRax 2000, 65-73
- Kahan, Marcel:* Legal Capital Rules and the Structure of Corporate Law: Some Observations on the Differences between European and U.S. Approaches, in: Hopt, Klaus J. / Wymeersch, Eddy, Capital Markets and Company Law, Oxford 2003, 145-150
- Kahan, Marcel / Kamar, Ehud:* The Myth of State Competition in Corporate Law, 55 Stan. L. Rev. 679-749 (2002)
- Kallmeyer, Harald:* Bereinigung der Finanzverfassung – Vorschlag für eine GmbH-Reform, GmbHR 2004, 377-383
- Kaulen, Dorothee Maria:* Die Anerkennung von Gesellschaften unter Artikel XXV Abs. 5 S. 2 des deutsch-US-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags von 1954, Frankfurt 2008

Kebekus, Frank: Anmerkung zu AG Nürnberg – Zuständigkeit des deutschen Insolvenzgerichts im Verfahren der Brochier Holdings Ltd. trotz satzungsmäßigen Sitzes in England -, ZIP 2007, 83f., ZIP 2007, 84-87

Kegel, Gerhard: Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: Gerwig, Manfred / Simonius, August / Spiro, Karl / Süss, Theodor / Wolff, Ernst (Hrsg.): Festschrift für Hans Lewald, Basel 1953, 259-288

Kegel, Gerhard / Schurig, Klaus: Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2004

Keller, Berndt / Werner, Frank: The Establishment of the European Company: The First Cases from an Industrial Relations Perspective, Keller und Werner 14 EJIR 153-175 (2008)

Kieninger, Eva-Maria: Anmerkung zu BGH NJW 2009, 289 („Sitztheorie bei Sitzverlegung schweizerischer AG – Trabrennbahn“), NJW 2009, 292-293

- Cartesio und die Folgen, EWS 2008, Heft 6, Die Erste Seite
- Grenzüberschreitende Verschmelzungen in der EU – Das SEVIC-Urteil des EuGH, EWS 2006, 49-54
- Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit – Die Entscheidung des EuGH in der Sache Centros Ltd., ZGR 1999, 724-749

Kienle, Florian: Internationales Privatrecht, München/Unterschleißheim 2008

Kindler, Peter: Internationales Gesellschaftsrecht 2009: MoMiG, Trabrennbahn, Cartesio und die Folgen, IPRax 2009, 189-202

- Ende der Diskussion über die so genannte Wegzugsfreiheit, NZG 2009, 130-132
- Internationales Gesellschaftsrecht – Licht und Schatten im Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 7.1.2008, Status:Recht 2008, 68-69
- GmbH-Reform und Internationales Gesellschaftsrecht, AG 2007, 721-731
- „Inspire Art“ – Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2003, 1086-1090
- Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg 2002

Kirchhof, Hans-Peter / Lwowski, Hans-Jürgen / Stürner, Rolf: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1 (§§ 1-102, InsVV), 1. Auflage, München 2007

- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 3 (Internationales Insolvenzrecht, Internationales Insolvenzsteuerrecht), 1. Auflage, München 2008

Kirchner, Christian: Grundstruktur eines neuen institutionellen Designs für Arbeitnehmermitbestimmung auf der Unternehmensebene, AG 2004, 190 – 196

Kleinschmidt, Andreas: Kurzkommentar – AG Ludwigsburg EWiR § 11 InsO 1/07, 207, EWiR 2007, 207-208

Klocke, Detlef: Deutsches Konzernkollisionsrecht und seine Substitutionsprobleme, Baden-Baden 1974

Knischek, Stefan: Lebensweisheiten berühmter Philosophen – 4000 Zitate von Aristoteles bis Wittgenstein, 7. Auflage, Hannover 2008

- Knobbe-Keuk, Brigitte:* Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154 (1990), 2573-2584
- Knof, Béla / Mock, Sebastian:* Die Vereinbarkeit von Wegzugsbeschränkungen mit der Niederlassungsfreiheit („Cartesio“), Anmerkung zu EuGH Urt. v. 16.12.2008 - Rs. C-210/06, ZIP 2009, 30 - 34
- Der Referententwurf zur Neuregelung des Internationalen Gesellschaftsrechts, GmbHR 2008, R65-R66
 - Das MoMiG und die Auslandsinsolvenz haftungsbeschränkter Gesellschaften, GmbHR 2007, 852-858
- Knütel, Christian:* Nachtragsliquidation des inländischen Vermögens einer britischen Kapitalgesellschaft, RIW 2004, 503-505
- Koch, Harald / Magnus, Ulrich / Winkler von Mohrenfels, Peter:* IPR und Rechtsvergleichung, 4. Auflage, München 2010
- Koenig, Christian:* Europäische Integration und Systemwettbewerb zwischen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, EuZW 1998, 513
- Köster, Anna-Elisabeth:* Die Kodifizierung des Internationalen Gesellschaftsrechts – Bedeutung für die Unternehmensmitbestimmung, ZRP 2008, 214-217
- Köstler, Roland:* Die Mitbestimmung in der SE, ZGR 2003, 800-809
- Kramer, Ernst A.:* Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Bern-München-Wien 2005
- Kramer, Stefan:* Die Meistbegünstigung, RIW 1989, 473-481
- Kreuzer, Karl:* Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts, RabelsZ 70 (2006), 1-88
- Kropff, Bruno / Semler, Johannes:* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7 (§§ 222-277 AktG), 2. Auflage, München 2001
- Kropholler, Jan:* Internationales Privatrecht, 6. Auflage. Tübingen 2006
- Kruchen, Carsten:* Europäische Niederlassungsfreiheit und „inländische Kapitalgesellschaften“ i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG, Baden-Baden 2009
- Kübler, Friedrich:* Fragen und Wünsche des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts an das Recht der Rechnungslegung, ZGR 2000, 550-564
- Kübler, Friedrich / Assmann, Heinz-Dieter:* Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2006
- Kuhner, Christoph:* Zur Zukunft der Kapitalerhaltung durch bilanzielle Ausschüttungssperren im Gesellschaftsrecht der Staaten Europas, ZGR 2005, 753-787
- Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften, ZGR 2004, 244-279
- Kulenkamp, Sabrina:* Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EU, Baden-Baden 2009
- Kutscher, Michael / Schmidt, Stefan:* Internationales Management. 6. Auflage. München 2008

Lachmann, Ludwig M.: Wirtschaftsordnung und wirtschaftliche Institutionen, in: Ordo, Band 14, 1963, 63-77

Langenbucher, Katja: Aktien- und Kapitalmarktrecht, München 2008

Lanzius, Tim: Die Directors Qualification des britischen Rechts – ein Baustein zum Schutz des deutschen Rechtsverkehrs vor Scheinauslandsgesellschaften, ZinsO 2004, 296-302

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991

Latty, Elvin R.: Pseudo-Foreign Corporations, 65 Yale L.J. 137-173 (1955)

Laukemann, Björn: Rechtshängigkeit im europäischen Insolvenzrecht, RIW 2005, 104-111

Lauterbach, Wolfgang (Hrsg.): Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts, Tübingen 1972

Lecher, Wolfgang / Platzer, Hans-Wolfgang / Rüb, Stefan / Weiner, Klaus-Peter: European Works Councils: Negotiated Europeanisation - Between statutory framework and social dynamics, Aldershot 2002

Lehmann, Matthias: Fällt die Sitztheorie jetzt auch international?, RIW 2004, 816-823

Lehne, Klaus-Heiner: Die Europäische Privatgesellschaft nach dem Parlamentsvotum, GmbHR 2009, R 145-148

Leible, Stefan: Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht? - Plädoyer für ein optionales Instrument, BB 2008, 1469-1475

- Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, 531-558
- Parteiautonomie im IPR - Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: Mansel, Heinz-Peter / Pfeiffer, Thomas / Kronke, Herbert / Kohler, Christian / Hausmann, Rainer (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, München 2004, 485 – 503

Leible, Stefan / Hoffmann, Jochen: Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlichen Wegzugbeschränkungen, BB 2009, 58-63

- Grenzüberschreitende Verschmelzungen im Binnenmarkt nach „Sevic“ - Zugleich eine Besprechung von EuGH, RIW 2006, 140 - Sevic, RIW 2006, 161 - 168
- „Überseering“ und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht, ZIP 2003, 925-931
- Vom „Nullum“ zur Personengesellschaft – Die Metamorphose der Scheinauslandsgesellschaft im deutschen Recht, DB 2002, 2203-2207
- Wie inspiriert ist “Inspire Art”?, EuZW 2003, 677-683

Leible, Stefan / Lehmann, Matthias: Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht („Rom II“), RIW 2007, 721-735

- Auswirkungen der Löschung einer Private Limited Company auf ihr in Deutschland belegenes Vermögen, GmbHR 2007, 1095-1098

Lesse, Wilhelm Theodor: Ein Rechtsgutachten: Internationales Handelsrecht, Busch's Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts 29 (1875), 19-27

Leyendecker, Benjamin: Rechtsökonomische Überlegungen zur Einführung der Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt), GmbHR 2008, 302-306

Leyens, Patrick C.: Deutscher Aufsichtsrat und U.S.-Board: ein- oder zweistufiges Verwaltungssystem – Zum Stand der rechtsvergleichende Corporate Governance-Debatte, RabelsZ 67 (2003), 59-105

Lieder, Jan: Die neue Existenzvernichtungshaftung, DZWIR 2008, 145-150

Liersch, Oliver: Anmerkung zu BGH NZI 2004, 139-141 – Vorlage zur Zuständigkeit in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren bei Sitzverlegung, NZI 2004, 141-142

Looschelders, Dirk: Internationales Privatrecht – Art. 3-46 EGBGB, Berlin Heidelberg 2004

- Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht, RabelsZ 65 (2001), 463-491
- Die Anpassung im Internationalen Privatrecht – Zur Methodik der Rechtsanwendung in Fällen mit wesentlicher Verbindung zu mehreren nicht miteinander harmonierenden Rechtsordnungen, Heidelberg 1995

Lutter, Marcus / Drygala, Tim: Internationale Verschmelzungen in Europa, JZ 2006, 770 - 776

Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter: GmbHG-Kommentar, 16. Auflage, Köln 2004

Mäsch, Gerald: Der Renvoi - Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur, RabelsZ 61 (1997), 285-312

Mankowski, Peter: Völkerrechtliche Meistbegünstigung und europäisches IPR/IZVR, in Leible / Ruffert, Matthias (Hrsg.), Völkerrecht und IPR, Jena 2006, 235-274

- Rechtssicherheit, Einzelfallgerechtigkeit und Systemgerechtigkeit bei der objektiven Anknüpfung im Internationalen Schuldvertragsrecht- Zur Reichweite des Artikel 4 Absatz 5 EVÜ, Entscheidungen des High Court of Justice vom 30. März 2001 und des Court of Session vom. 9 März 2001, ZEuP 2002, 804-822
- Besprechung von: Barbara Sabine Höfling, Das britische internationale Gesellschaftsrecht (Heidelberg 2002), ZHR 167 (2003), 732-736
- Besprechung von: Rüdiger Werner, Der Nachweis des Verwaltungssitzes ausländischer Gesellschaften (Frankfurt a.M. / Berlin / Bern / New York / Paris / Wien 1998), ZHR 163 (1999), 141-146

Mansel, Heinz-Peter: Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums - Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?, RabelsZ 70 (2006), 651-731

- Internationalprivatechtliche Anpassung bei Liquidationsgesellschaften im deutsch-englischen Rechtsverkehr, in: Mansel, Heinz-Peter / Krüger, Hilmar (Hrsg.), Liber amicorum für Gerhard Kegel, 111-123, München 2002
- Art. 34 EGBGB erfasst § 138 BGB nicht!, RIW 1996, 8-12
- Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht, in: Mansel, Heinz-Peter / Rauscher, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz, Tübingen 1991, 689-715

Mansel, Heinz-Peter / Thorn, Karsten / Wagner, Rolf: Europäisches Kollisionsrecht 2009: Hoffnungen durch den Vertrag von Lissabon, IPRax 2010, 1-27

Manz, Gerhard / Mayer, Barbara / Schröder, Albert : Europäische Aktiengesellschaft SE - Kommentar, Baden-Baden 2005

Martin-Ehlers, Andrés: Gemeinschaftsrechtliche Aspekte der Urteile von Centros bis Inspire Art, in: Sandrock, Otto / Wetzler, Christoph F. (Hrsg.), Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, Heidelberg 2004, 227-265

Martiny, Dieter: Neues deutsches Internationales Vertragsrecht, RIW 2009, 737-752

Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, 58. Ergänzungslieferung 2010

Mayer-Maly, Theo: Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen, JZ 1986, 557-563

Mekat, Martin: Der Grundsatz der Wesentlichkeit in Rechnungslegung und Abschlussprüfung, Baden-Baden 2009

Meier-Schatz, Christian J.: Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität, Zürich 1989

Meilicke, Wienand: Die Niederlassungsfreiheit nach „Überseering“, GmbHR 2003, 793-809

- Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 09.03.1999 - Rs. C-212/97, EuGH kippt Sitztheorie: Zulässige Errichtung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft eines anderen EU-Mitgliedstaates, DB 1999, 627-628
- Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, RIW 1992, 578-579

Merk, Hanno: Der Kapitalschutz in Europa – ein rocher de bronze?, ZGR 2004, 305-323

- Corporate Governance: Verhältnis von Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht, AG 2003, 126-136
- Die Gründungstheorie gewinnt an Einfluß, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13. März 2003 - VII ZR 370/98 - Überseering und BGH, Urteil vom 29. Januar 2003 - VIII ZR 155/02 - US-Gesellschaft, RIW 2003, 458-460
- Unternehmenspublizität, Tübingen 2001

Merk, Hanno / Göthel, Stephan R.: US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2006

Meyer, Justus / Ludwig, Sören: Französische GmbH-Reform 2003/2004: Hintergründe und „Ein-Euro-GmbH“, GmbHR 2005, 346-351

- Mickel, Wolfgang W. / Bergmann, Jan:* Handbuch der Europäischen Union, 3. Auflage, Stuttgart 2005
- Mock, Sebastian:* Anmerkung zu OLG Jena, Beschluss vom 22.8.2007 (6 W 244/07), NZI 2008, 262-263
- Mock, Sebastian / Schildt, Charlotte:* Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland, ZInsO 2003, 396-402
- Mörzitz, Daniel:* Drittschutz und Haftung des Managements, Baden-Baden 2011
- Mörsdorf, Oliver:* Beschränkung der Mobilität von EU-Gesellschaften im Binnenmarkt - eine Zwischenbilanz, EuZW 2009, 97-102
- Mörsdorf-Schulte, Juliana:* Geschlossene europäische Zuständigkeitsordnung und die Frage der vis attractiva concursus, NZI 2008, 282-288
- Moxter, Adolf:* Grundsätze ordnungsgemäßer Rechnungslegung, Düsseldorf 2003
- Mülbert, Peter O.:* Zukunft der Kapitalaufbringung/Kapitalerhaltung, Der Konzern 2006, 151-162
- Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129-171
- Mülbert, Peter O. / Birke, Max:* Legal Capital – Is There a Case against the European Legal Capital Rules?, 3 EBOR 695 – 732 (2002)
- Müller, Hans-Friedrich:* Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz, NZG 2003, 414-418
- Müller-Bonanni:* Unternehmensmitbestimmung nach „Überseering“ und „Inspire Art“, GmbHR 2003, 1235-1239
- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid:* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage, München 2011
- Müller-Graff, Peter-Christian:* Wandel des Europäischen Wirtschaftsverfassungsrechts – Editorial, ZHR 168 (2004), 1-7
- Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip, ZHR 159 (1995), 34-77
- Münch, Christof:* Rechtssicherheit als Standortfaktor, NJW 1996, 3320-3324
- Musielak, Hans-Joachim:* Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 8. Auflage München 2008
- Mussner, Anja:* Die Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 EMRK in der neuen Strafprozeßordnung Russlands, Schriftenreihe zum osteuropäischen Recht – Band 9, Berlin 2008
- Neuhaus, Paul Heinrich:* Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, Berlin 1962
- Niemeier, Wilhelm:* Die „Mini-GmbH“ (UG) trotz Marktwende bei der Limited?, ZIP 2007, 1794-1800
- Niemeyer, Theodor:* Zur Vorgeschichte des internationalen Privatrechts im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, München / Leipzig 1915

Note: The “Nationality“ of International Corporations under Civil Law and Treaty, 74 Harv. L. Rev. 1429-1451 (1960)

Nußbaum, Arthur: Deutsches internationales Privatrecht - unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts, Tübingen 1932

Oechsler, Jürgen: Die Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen – Die Sevic-Entscheidung des EuGH, NJW 2006, 812-814

Olzen, Dirk: Das Verhältnis von Richter und Sachverständigen im Zivilprozeß, ZZP 93 (1980), 66 – 88

Oppermann, Thomas / Classen, Claus Dieter / Nettesheim, Martin: Europarecht, 4. Auflage, München 2009

Paal, Boris P.: Grenzüberschreitende Verschmelzung: Eintragung in das nationale Handelsregister ist zulässig (EuGH), RIW 2006, 142-143

- Deutsch-amerikanischer Freundschaftsvertrag und genuine link: Ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal auf dem Prüfstand (zugleich Anmerkung zu BGH, 13.10.2004 – I ZR 245/01, RIW 2005, 147), RIW 2005, 735-740

Paefgen, Walter G.: Gezeitenwechsel im Gesellschaftskollisionsrecht, WM 2003, 561-570.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 67. Auflage, München 2008

Paulus, Christoph G.: Europäische Insolvenzverordnung - Kommentar, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2008

Paulus, Roman: Die ausländische Sanierung über einen Debt-Equity-Swap als Angriff auf das deutsche Insolvenzrecht?, DZWIR 2008, 6-14

Peters, Anne: Einführung in die europäische Menschenrechtskonvention, München 2003

Pound, Roscoe: Law in books and law in action, 44 Am. L. Rev. 12-36 (1910)

Prentice, Dan: The Incorporation Theory - the United Kingdom, 14 EBLR 631-641 (2003)

- Corporate Personality, Limited Liability and the Protection of Creditors, in: Grantham, Ross / Rickett, Charles (Hrsg.): Corporate Personality in the 20th Century, Oxford 1998, 99-126

Prieß, Hans-Joachim /Berrisch, Georg M.: WTO-Handbuch, München 2003

Priester, Hans Joachim: Die deutsche GmbH nach „Inspire Art“ – brauchen wir eine neue?, DB 2005, 1315-1320

- Die deutsche GmbH nach „Inspire Art“, in: Schröder, Rainer (Hrsg.), Die GmbH im europäischen Vergleich, Berlin 2005, 161-174

Raape, Leo / Sturm, Fritz: Internationales Privatrecht – Band 1 (Allgemeine Lehren), 6. Auflage, München 1977

Raeschke-Kessler, Hilmar: Gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren und das Recht der EU, SchiedsVZ 2003, 145-154

Raiser, Thomas / Veil, Rüdiger: Recht der Kapitalgesellschaften, Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 4. Auflage, München 2006

Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (Allgemeiner Teil), 5. Auflage, München 2006

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 (§§ 705-853 BGB, PartGG, ProdHaftG), 5. Auflage 2009
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10 (Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, EGBGB), 5. Auflage, München 2010
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11 (IntWR, Art.50-245 EGBGB), 5. Auflage, München 2010
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11 (IntWR, Art.50-245 EGBGB), 3. Auflage, München 1998

Rehberg, Markus: Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem – die Gewährleistung freier Produktwahl in der Privatversicherung, Baden-Baden 2003

Rehm, Gebhard: Gesellschafterhaftung und Gründungsrecht - Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5.7.2004, JZ 2005, 303-306

- Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, München 2003

Reichert, Jochem / Brandes, Stephan M.: Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE: Gestaltungsfreiheit und Bestandsschutz, ZGR 2003, 767-799

Reithmann, Christoph / Martiny, Dieter: Internationales Vertragsrecht, 7. Auflage. Köln 2010

Ricardo, David: On the Principles of Political Economy and Taxation, London 1817

Riedemann, Susanne: Das Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut, GmbHR 2004, 345-349

Riegger, Bodo: Centros – Überseering – Inspire Art: Folgen für die Praxis, ZGR 2004, 510-530

Riemer, Andrea K.: Die Türkei und die Europäische Union. Eine unendliche Geschichte?, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B-10/11 2003, 40-46

Ringe, Wulf-Georg: Anmerkung zu EuGH GA - 22.5.2008 - Rs C-21006 - Keine Beschränkung des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU ("Cartesio"), ZIP 2008, 1067-1074

- Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft, Tübingen 2006
- Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 13.12.2005 – Rs. C-411-03: SEVIC Systems AG, DB 2006, 2806-2807

Ringleb, Henrik-Michael / Kremer, Thomas / Lutter, Marcus / von Werder, Axel (Hrsg.): Kommentar zum Deutschen Corporate Governance-Kodex, 2. Auflage, München 2005

Roe, Mark J.: Delaware's Politics, 118 Harv. L. Rev. 2491-2543 (2005)

- *Delaware's Competition, 117 Harv. L. Rev. 588-604 (2003)*

Röhricht, Volker: Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505-515

Rönnau, Thomas / Hohn, Kristian: Die Festsetzung (zu) hoher Vorstandsvergütungen durch den Aufsichtsrat - ein Fall für den Staatsanwalt?, NStZ 2004, 113 - 123

Rolfs, Christian / Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Udsching, Peter: Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, München 2008

Roth, Christian: The ECJ on Conflict of Laws of Companies (Überseering / Inspire Art) and French Law, MittBl. DAV Internationaler Rechtsverkehr 2/2003, 36-42

Roth, Günther H.: Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, München 2010

Roth, Günther H. / Altmeppen, Holger: GmbH-Gesetz-Kommentar, 6. Auflage, München 2009

Roth, Wulf-Henning: Internationales Gesellschaftsrecht nach „Überseering“, IPRax 2003, 117-127

- „Centros“: Viel Lärm um nichts?, ZGR 2000, 311-332

- Die Sitzverlegung vor dem EuGH, ZIP 2000, 1597-1602

- Verbraucherschutz über die Grenze, RIW 1994, 275-278

Rotheimer, Marietje: Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2008, 181-182

Rühl, Gisela: Die Kosten der Rechtswahlfreiheit, RabelsZ 71 (2007), 559-569

Rüthers, Bernd: Rechtstheorie, 4. Auflage, München 2008

Sandrock, Otto: „Centros“: Was ist erreicht? Was bleibt zu tun? Eine kollisions- und materiellrechtliche Bilanz, in: Sandrock, Otto / Wetzler, Christoph F. (Hrsg.), Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, Heidelberg 2004, 33-100

- Sitzrecht contra Savigny? Zum angeblichen Chaos im internationalen Gesellschaftsrecht, BB 2004, 897-901

- Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie – Zu den zwingenden Vorschriften des deutschen Sitzrechtes, die ein fremdes Sitzrecht überlagern können -, ZVglRWiss 102 (2003), 447-504

- Ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie, BB 1999, 1337-1345

- Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen, in: Sandrock, Otto (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke, Berlin u.a. 1979

- Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften, RabelsZ 42 (1978), 227-267
- Sandrock, Otto / Austmann, Andreas:* Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Dailey Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?, RIW 1989, 249-253
- Schack, Haimo:* Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Auflage, München 2006
- Schäfer, Bernd / Ott, Claus:* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Auflage, Berlin Heidelberg 2005
- Schanze, Erich:* Gesellschafterhaftung für unlautere Einflussnahme nach § 826 BGB: Die Trihotel-Doktrin des BGH, NZG 2007, 681-686
- Schanze, Erich / Jüttner, Andreas:* Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften – Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering-Entscheidung des EuGH, AG 2003, 30-36
- Schiessl, Maximilian:* Leitung und Kontrollstrukturen im internationalen Wettbewerb – Dualistisches System und Mitbestimmung auf dem Prüfstand, ZHR 167 (2003), 235-256
- Schmid, Christoph:* Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, JZ 2001, 674-683
- Schmidt, Ingo:* Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Auflage, Stuttgart 2005
- Schmidt, Karsten:* GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer?, GmbHR 2008, 449-458
- Reform der Kapitalsicherung und Haftung in der Krise nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, 1072-1080
 - Eigenkapitalersatz, oder: Gesetzesrecht versus Rechtsprechungsrecht? Überlegungen zum Referentenentwurf eines GmbH-Reformgesetzes (MoMiG) von 2006, ZIP 2006, 1925-1934
 - Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 2 (Zweites Buch, Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Erster Abschnitt Offene Handelsgesellschaft - §§ 105-160), 2. Auflage, München 2006
 - Vom Eigenkapitalersatz in der Krise zur Krise des Eigenkapitalersatzrechts?, GmbHR 2005, 797-807
 - Verlust der Mitte durch „Inspire Art“? – Verwerfungen im Unternehmensrecht durch Schreckensreaktionen der Literatur -, ZHR 168 (2004), 493-502
 - Gesellschaftsrecht, 4.Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2002
 - Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis. Grundlagen, ZGR 1999, 20-35
- Schneider, Carsten:* Internationales Gesellschaftsrecht vor der Kodifizierung. BB 2008, 566-575

- Schön, Wolfgang:* Unternehmenspublizität und Wettbewerb – eine ökonomische und rechtspolitische Perspektive, in Schön, Wolfgang (Hrsg.), Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht, Heidelberg 2009, 563-616
- Die Zukunft der Kapitalerhaltung/-aufbringung, Der Konzern 2004, 162-170
 - Gesellschafter-, Gläubiger- und Anlegerschutz im Europäischen Bilanzrecht, ZGR 2000, 706-742
 - Entwicklung und Perspektiven des Handelsbilanzrechts: vom ADHGB zum IASC, ZHR 161 (1997), 133-159
- Schollendorf, Kai:* Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), Rechtfragen der Globalisierung, Band 12, Berlin 2005
- Schreiber, René / Jaun, Roger:* EuGH-Urteil zur Wegzugsbesteuerung – eine Chance für die Schweiz, ST (Der Schweizer Treuhänder) 2004, 769-776
- Schreiber, Winfried:* Publizität in Deutschland – Das EHUG in der Praxis, in Werner Ebke, Werner F. / Möhlenkamp, Andreas (Hrsg.), Rechnungslegung, Publizität und Wettbewerb, 2010, 109-132
- Schubert, Klaus / Klein, Martina:* Politiklexikon, 4. Auflage, Bonn 2006
- Schütze, Rolf:* Internationales Privatrecht, in: Assmann, Heinz / Schütze, Rolf (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Auflage, München 2007
- Schulz, Thomas:* Die Verteilung von inländischem Restvermögen aufgelöster ausländischer Gesellschaften, NZG 2005, 415-418
- Schumann, Alexander:* Die britische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Haftung bei Insolvenz, DB 2004, 743-749
- Schurig, Klaus:* Kollisionsnorm und Sachrecht, Köln 1981
- Schwab, Martin:* Die Neuauflage der Existenzvernichtungshaftung: Kein Ende der Debatte, ZIP 2008, 341-350
- Schwung, Siegfried:* Das Ersatzrecht bei einem Verstoß des ausländischen Rechts gegen den ordre public, RabelsZ 49 (1985), 407-485
- Scoles, Eugene F. / Hay, Peter:* Conflict of Laws, 2. Auflage, St.Paul, Minnesota 1992
- Seelinger, Jan:* Gesellschaftskollisionsrecht und Transatlantischer Binnenmarkt, Baden-Baden 2010
- Sester, Peter:* Änderung des Haftungskonzepts der Existenzvernichtungshaftung - TRI-HOTEL, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 16.7.2007, II ZR 3/04; RIW 2007 781-789
- Sester, Peter / Cárdenas, José Luis T.:* The Extra-Communitarian Effects of *Centros, Überseering and Inspire Art* with Regard to Fourth Generation Association Agreements, 2 ECFR 398-412 (2005)

- Seyboth, Marie*: Die Mitbestimmung im Lichte der beabsichtigten Neuregelung des Internationalen Gesellschaftsrechts, AuR 2008, 132-136
- Sick, Sebastian*: Mitbestimmungsrelevante Unternehmen mit ausländischen/kombiniert ausländischen Rechtsformen, abrufbar unter: http://www.boeckler.de/pdf/mbf_2008_06_19_sick.pdf
- Skrzipek, Markus*: Shareholder Value versus Stakeholder Value – Ein Vergleich des US-amerikanischen Raums in Österreich, Wiesbaden 2005
- Smid, Stefan*: Deutsches und Europäisches Internationales Insolvenzrecht - Kommentar, Stuttgart-Berlin-Köln 2004
- Smith, Adam*: An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Dublin 1776
- Soergel, Hans Theodor*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band VIII, 11. Auflage Stuttgart 1984
- Söllner, Alfred*: Der Richter als Ersatzgesetzgeber, ZG 1995, 1-16
- Solly, Mark*: Government and Law in the Isle of Man, Castletown – Isle of Man 1994
- Sonnenberger, Hans Jürgen*: Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechtes, vorgelegt im Auftrag der zweiten Kommission für Internationales Privatrecht, Spezialkommission Internationales Gesellschaftsrecht, Tübingen 2007
- Eingriffsrecht – Das trojanische Pferd im IPR oder notwendige Ergänzung?, IPRax 2003, 104-116
 - Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1991
- Sonnentag, Michael*: Der Renvoi im Internationalen Privatrecht, Tübingen 2001
- Spahlinger, Andreas/Wegen, Gerhard*: Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, München 2005
- Spickhoff, Andreas*: Fremdes Recht vor inländischen Gerichten – Rechts- oder Tatfrage?, ZZP 112 (1998), 265-291
- Spindler, Gerald*: Kapitalmarktgeschäfte im Binnenmarkt – Der Einfluß der E-Commerce-Richtlinie auf das Internationale Vertragsrecht, IPRax 2001, 400-411
- Spindler, Gerald / Berner, Olaf*: „Inspire Art“ – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, RJW 2003, 949-957
- Staelin, Daniel*: Zu Fragen der AG im schweizerischen IPR, 1972
- Ständige Deputation des deutschen Juristentages*: Verhandlungen des sechsundsechzigsten deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Band I Gutachten, München 2006
- Staudinger, Julius von (Hrsg.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
- Art. 27-37 EGBGB; Anh. I und II zu Art. 37 EGBGB, Neubearbeitung 2002
 - Art. 38-42 EGBGB, Neubearbeitung 2001
 - EGBGB/IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 12. Auflage, Berlin 1998

- EGBGB/IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Berlin 1955
 - Steffek, Felix:* Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, 291-324, in: Baum, Harald / Fleckner, Andreas M. / Hellgardt, Alexander / Roth, Markus (Hrsg.), Perspektiven des Wirtschaftsrechts (Deutsche, europäisches und internationales Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht) - Beiträge für Klaus J. Hopt aus Anlass seiner Emeritierung, Berlin 2009
 - Stein, Thomas:* Doppelt ansässige Kapitalgesellschaften – Besteuerung und Niederlassungsfreiheit, Lohmar-Köln, 2007
 - Steiner, Udo:* Der Richter als Ersatzgesetzgeber. Richterliche Normenkontrolle – Erfahrungen und Erkenntnisse, NJW 2001, 2919–2924
 - Steinhauer, Carsten:* Die Reform des Gesellschaftsrechts in Italien, EuZW 2004, 364-367
 - Stern, Klaus:* Die Begrenzung der Grundrechtserachtigung auf inländische juristische Personen im Grundgesetz, Völkerrecht, in: Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg.), Recht der Internationalen Organisationen, Weltwirtschaftsrecht, Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenfeldern, Köln 1989, 587-601
 - Stoll, Hans (Hrsg.):* Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Insolvenzrechts, Tübingen 1992
 - Stoll, Tobias-Peter / Schorkopf, Frank:* WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 2002
 - Storck, Sylvia:* Bilanzpolitische Handlungsspielräume im deutschen und amerikanischen Handelsbilanzrecht - Eine rechtsvergleichende Analyse, Berlin 2004
 - Streinz, Rudolf:* EU/EGV-Vertrag über die europäische Union und Vertrag zur Gründung der europäischen Gemeinschaft, München 2003
 - Strümpell, Philipp:* Die übertragende Sanierung innerhalb und außerhalb der Insolvenz, München 2006
 - Stürner, Rolf:* Risikoauslagerung und Informationen in der kompetitiven Marktgemeinschaft – Einige Bemerkungen zu systemimmanenten Schwächen des Informationsmodells, in: Heldrich, Andreas / Prölls, Jürgen / Koller, Ingo u.a. (Hrsg.): Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Band I, München 2007, 1489-1502
 - Süß, Rembert:* Häufige Probleme mit Zweigniederlassungen britischer Limited Companies, DNotZ 2005, 180-190
 - Süß, Rembert / Wachter, Thomas:* Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, Baden-Baden 2006
-
- Teichmann, Christoph:* Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug, ZIP 2009, 393-404
 - Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 2006, 2444-2451
 - Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367-401

- Terhechte, Jörg Philipp:* Art. 351 AEUV, das Loyalitätsgebot und die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzverträge nach Lissabon, EuR 2010, 517-531
- Taubner, Gunther:* Rechtsirritationen: Der Transfer von Rechtsnormen in rechtssoziologischer Sicht, in: Brand, Jürgen / Strempler, Dieter, Soziologie des Rechts, Festschrift für Erhard Blankenburg, Baden-Baden 1998, 233-244
- Thölke, Ulrich:* Anmerkung zu BGH DNotZ 2006, 143-145 (Kapitalgesellschaft liechtensteinischen Rechts mit tatsächlichem Verwaltungssitz ist rechts- und parteifähig), DNotZ 2006, 145-149
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans / Reichold, Klaus / Hüfstege, Rainer:* Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, 30. Auflage, München 2009
- Thürer, Daniel / Weber, Rolf H. / Portmann, Wolfgang / Kellerhals, Andreas:* Bilaterale Verträge I & II – Schweiz-EU, Handbuch, 2. Auflage Zürich/Basel/Geneva 2007
- Thüsing, Gregor:* Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381-388
- Auf der Suche nach dem iustum pretium der Vorstandstätigkeit – Gedanken zur Angemessenheit i.S.d. § 87 Abs. 1 AktG, ZGR 2003, 457-507
- Tiedje, Christian:* Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Countertrade, Berlin 1998.
- Timmermans, Levinus:* Das niederländische Gesellschaftsrecht im Umbruch, in: Schneider, Uwe H. / Hommelhoff, Peter / Schmidt, Karsten / Timm, Wolfram / Grunewald, Barbara / Drygala, Tim (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter, Köln 2000, 173-186
- Triebel, Volker / Silny, Deny:* Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer in Deutschland tätigen britischen Rechtsanwalts-LLP, NJW 2008, 1034-1038
- Trütten, Dirk:* Die Mobilität von Gesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, Zürich 2005
- Uhlenbrück, Wilhelm:* Die Durchsetzung von Gläubigeransprüchen gegen eine vermögenslose GmbH und deren Organe nach geltendem und neuem Insolvenzrecht, ZIP 1996, 1741-1751
- Ulmer, Michael J.:* Die Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland. Entscheidungsbesprechung zu OLG Düsseldorf, IPRax 1996, 128. IPRax 1996, 100-103
- Ulmer, Peter:* Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften, NJW 2004, 1201-1210
- Insolvenzrechtlicher Gläubigerschutz gegenüber Scheinauslandsgesellschaften ohne hinreichende Kapitalausstattung – eine Skizze, KTS 2004, 291-304
 - Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen noch zeitgemäß? - Editorial, ZHR 166 (2002), 271-277

- Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, JZ 1999, 662-665
 - Gesellschafterdarlehen und Unterkapitalisierung bei der GmbH und der GmbH & Co. KG, in: Pawłowski, Hans-Martin / Wiese, Günther / Wüst, Günther (Hrsg.): Festschrift für Konrad Duden, München 1977, 661-683
- Ulmer, Peter / Habersack, Mathias / Winter, Martin (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar, Band I, Tübingen 2005*
- Umbach, Dieter C. / Clemens, Thomas: Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band I, Heidelberg 2002*
- Ungan, Philipp: Gläubigerschutz nach dem EuGH-Urteil in „Inspire Art“ - Möglichkeiten einer Sonderanknüpfung für die Durchgriffshaftung in der Insolvenz, ZVglRWiss 104 (2005), 355-375*
- Ungun, Hassan Emre: Der EU-Beitritt der Türkei, Berlin 2006*
- Ustor, Endre: „Most-Favoured-Nation“ Clause, Encyclopedia of Public International Law III (1997), 468 ff.*
- Vagts, Detlef F.: The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law, 83 Harv. L. Rev. 739-756 (1970)*
- Vallender, Heinz: Die Insolvenz von Scheinauslandsgesellschaften, ZGR 2006, 425-460*
- Vanberg, Viktor J. / Kerber, Wolfgang: Institutional Competition among Jurisdictions: An Evolutionary Approach, Constitutional Political Economy, Vol. 5, 1994, 194-219*
- Van Hulle, Karel: Die Zukunft der europäischen Rechnungslegung im Rahmen einer sich ändernden internationalen Rechnungslegung, WPg 1998, 138-153*
- The True and Fair View Override in the European Accounting Directives, 6 EAR 711-720 (1997)
 - “True and Fair View” im Sinne der 4. Richtlinie, in Förschle, Gerhart / Kaiser, Klaus / Moxter, Adolf (Hrsg.), Rechenschaftslegung im Wandel - Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, München 1995, 313-326
- Van Suntum, Ulrich: Internationale Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft. Ein sinnvolles wirtschaftspolitisches Ziel?, Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Band 106, 1986, 495-507*
- Veit, Martin / Vichert, Joachim: Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach Überseering und Inspire Art, AG 2004, 14-20*
- Vetter, Jochen: Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung, BB 2007, 1965-1970*
- Grundlinien der GmbH-Gesellschafterhaftung, ZGR 2005, 788-831

Vitzhum, Wolfgang (Hrsg.): Völkerrecht, 3. Auflage, Berlin 2004

Vossler, Norbert: Die gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung für Streitgenossen, NJW 2006, 117-122

Wachter, Thomas: BB-Kommentar zu OLG Hamm BB 2006, 2487-2489, BB 2006, 2489-2490

Wackerbarth, Ulrich: Von golden shares und poison pills: Waffengleichheit bei internationalen Übernahmeangeboten, WM 2001, 1741-1753

Währholz, Eckhard: Die insolvenzrechtliche Behandlung haftungsbeschränkter Gesellschaften nach der Reform durch das MoMiG, DSfR 2007, 1914-1921

Wagner, Gerhard: Die neue Rom II-Verordnung, IPRax 2008, 1-17

Wagner, Rolf: Die zivil(verfahrens-)rechtliche Komponente des Aktionsplans zum Stockholmer Programm, IPRax 2010, 483-485

Wagner, Rolf / Timm, Birte: Der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, IPRax 2008, 81-90

Walden, Daniel: Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Recht, Baden-Baden 2001

Waldens, Stefan / Sedemund, Jan: Steuern steuern durch Prinzipalstrukturen: Ist nach Cadbury Schweppes nunmehr fast alles möglich?, IStR 2007, 450-457

Walter, Bernhard: Gesetzliches Garantiekapital und Kreditentscheidung der Banken, AG 1998, 370-372

Wank, Rolf: Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1977

- Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, ZGR 1988, 314-380

Weizsäcker, Carl-Christian von: Wettbewerbspolitik, in: Tietz, Bruno / Köhler, Richard / Zentes, Joachim, Handwörterbuch des Marketing, 2. Auflage, Stuttgart 1995, Sp. 2729-2753

Welfens, Paul J.: Grundlagen der Wirtschaftspolitik, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2005

Weiss, Susanne / Wöhrlert, Helge-Torsten: Die „Sevic-Entscheidung“ des EuGH – „sudden death“ für Societas Europaea und Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und Wegbereiter für grenzüberschreitende Spannungen, WM 2007, 580-585

Weller, Marc-Philippe: Internationales Unternehmensrecht 2010 - IPR-Methodik für grenzüberschreitende Sachverhalte -, ZGR 2010, 679-709

- Die Rechtsquellendogmatik des Gesellschaftskollisionsrechts, IPRax 2009, 202-209

- Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England, ZGR 2008, 835-866

- Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis – zugleich Besprechung BGH v. 16.7.2007 – II ZR3/04, ZIP 2007, 1552 („Trihotel“), ZIP 2007, 1681-1689

- Niederlassungsfreiheit via völkerrechtlicher EG-Assoziierungsabkommen – zugleich Besprechung der Entscheidung BGH NJW 2005, 3351, ZGR 2006, 748-768
- Nochmals: Zur formwirksamen GmbH-Anteilsabtretung in der Schweiz, BB 2005, 1807-1809
- Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht?, Anmerkung zu BGH, 27.11.2003, IPRax 2004, 429 und AG Düsseldorf, 12.3.2004, IPRax 2004, 431, IPRax 2004, 412-417
- „Inspire Art“: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften, DStR 2003, 1800-1804
- Das Internationale Gesellschaftsrecht in der neuesten BGH-Rechtsprechung, IPRax 2003, 324-328
- Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Act: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung, IPRax 2003, 207-210

Wengler, Wilhelm: Der deutsche Richter vor unaufklärbarem und unbestimmtem ausländischen Recht, JR 1983, 221-227

- Die Sonderanknüpfung zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, ZvgLRWiss 56 (1941), 168-212

Werner, Rüdiger: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach Cartesio und Trabrennbahn, GmbHR 2009, 191-196

Westermann, Harm Peter: Die GmbH in der nationalen und internationalen Konkurrenz der Rechtsformen, GmbHR 2005, 4-16

Wiedemann, Herbert: Gesellschaftsrecht, Band 2: Personengesellschaften, München 2004

- Gesellschaftsrecht, Band 1: Grundlagen, München 1980

Wienberg, Rüdiger / Sommer, Nicola: Anwendbarkeit von deutschem Eigenkapitalersatzrecht auf EU-Kapitalgesellschaften am Beispiel eines Partikularinsolvenzverfahrens im engeren Sinn nach Art. 3 II, IV EuInsVO, NZI 2005, 353-357

Wildhaber, Luzius (Hrsg.): Internationalrechtliche Probleme multinationaler Kooperationen, Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht Heft 18, Heidelberg 1978

Wilhelm, Jan: Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Auflage, Berlin 2009

Wilhelmi, Rüdiger: Das Mindestkapital als Mindestschutz - eine Apologie im Hinblick auf die Diskussion um eine Reform der GmbH angesichts der englischen Limited, GmbHR 2006, 13-24

Windbichler, Christine / Krolop, Kaspar: Europäisches Gesellschaftsrecht, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre – Handbuch für Ausbildung und Praxis, Berlin 2006

Winter, Ralph K.: State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation, 6 J. Legal Stud. 251-277 (1977)

Wöhlert, Helge-Torsten: Umzug von Gesellschaften innerhalb Europas – Eine systematische Darstellung unter Auswertung der Entscheidung „Cartesio“ und „Trabrennbahn“, GWR 2009, 161

Zerres, Thomas: Deutsche Insolvenzantragspflicht für die britische Limited mit Inlandsitz, DZWIR 2006, 356-362

Ziemons, Hildegard: Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?!, ZIP 2003, 1913-1920

Zimmer, Daniel: Grenzüberschreitende Rechtspersönlichkeit, ZHR 168 (2004), 355-368

- Ein Internationales Gesellschaftsrecht für Europa, RabelsZ 2003, 298-317
- Nach "Inspire Art": Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, 3585-3592
- Internationales Gesellschaftsrecht im 21. Jahrhundert, in: Schneider, Uwe H. / Hommelhoff, Peter / Schmidt, Karsten / Timm, Wolfram / Grunewald, Barbara / Drygala, Tim (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter, Köln 2000, 231-247
- Internationales Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1996

Zimmer, Daniel / Naendrup, Christoph: Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das Internationale Gesellschaftsrecht, NJW 2009, 545-550

- For Whom the Bell Tolls – Folgen einer Nichtbeachtung britischer Publizitätsgebote durch in Deutschland aktive Limited Companies, ZGR 2007, 789-918
- Internationales Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit - Das Rätsel vor der Lösung?, BB 2000, 1361-1366

Zöller, Richard: Zivilprozeßordnung – Kommentar, 26. Auflage Köln 2007

Zöllner, Wolfgang: Konkurrenz für inländische Kapitalgesellschaften durch ausländische Rechtsträger, insbesondere durch die britische Private Limited Company, GmbHR 2006, 1-12