

# Anhänge

## Anhang 1: Internationales Gesellschaftsrecht<sup>1</sup>

### Schrifttum

*Bayer/J. Schmidt*, Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als »Formwechselfreiheit«, ZIP 2012, 1481–1492; *Bayer/J. Schmidt*, Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften: Formwechsel durch isolierte Satzungssitzverlegung. Zugleich Besprechung EuGH v. 25. 10. 2017 – Rs C-106/16, ZIP 2017, 2145 – Polbud, ZIP 2017, 2225 – 2234; *Bunger/Idé Raet*, Grenzüberschreitender Formwechsel in der EU, DB 2014, 761–766; *Ebke*, Überseering: »Die wahre Liberalität ist Anerkennung«, JZ 2003, 927–933; *Ebke*, Gesellschaften aus nicht privilegierten Drittstaaten im Internationalen Privatrecht: »Utopia Limited; oder: Die Blüten des Fortschritts«, in Festschrift für Hans-Jürgen Hellwig zum 70. Geburtstag, 2010, S. 117–141; *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004; *Eidenmüller*, Entscheidungsanmerkung BGH v. 13.3.2003 (Überseering), JZ 2003, 526–529; *Henssler/Mansel*, Die Limited Liability Partnership als Organisationsform anwaltlicher Berufsausübung, NJW 2007, 1393–1400; *Hübner*, Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus »nicht-privilegierten« Drittstaaten, 2011; *Hübner*, Kollisions- und europarechtliche Einordnung von § 64 S. 1 GmbHG, IPRax 2015, S. 297–303; *Hübner*, Eine Rom-VO für das Internationale Gesellschaftsrecht – zugleich ein Beitrag zur Kohärenz im Internationalen Gesellschaftsrecht, ZGR 2018, 149–185; *Kieninger*, Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl, NJW 2017, 3624–3627; *Kindler*, Insolvenzrecht als Tätigkeitsausübungsregel. Die sachliche Reichweite der Niederlassungsfreiheit nach dem Kornhaas-Urteil des EuGH, EuZW 2016, 136–139; *Kindler*, Unternehmensmobilität nach »Polbud«: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik, NZG 2018, 1–8; *W.-H. Roth*, Grenzüberschreitender Formwechsel nach VALE, in Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, 2013, S. 956–996; *Schön*, Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach VALE, ZGR 2013, 333–365; *Sonnenberger (Hrsg.)*, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007; *Teichmann*, Die Auslandsgesellschaft & Co., ZGR 2014, 220–251; *Vorse*, Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung – Zwischenbilanz nach »National Grid Indus« und »Vale«, ZEuP 2013, 459–495; *Trautrim*, Geschichte und Bedeutung von Sitz- und Gründungstheorie im deutschen Recht, ZHR 176 (2012), S. 435–455; *Weller*, Unternehmensmitbestimmung für Auslandsgesellschaften, in Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, 2012, S. 1275–1297; *Weller*, Sitzverlegungen von Gesellschaften in Europa, Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, Nr. 198 (Teil 1), 2012, 1–34; *Weller*, Das autonome Unternehmenskollisionsrecht, IPRax 2017, 167–178; *Weller/Hübner*, Kornhaas und seine Auswirkungen auf insolvenznahe Haftungsinstrumente, in: Festschrift für Klaus Pannen, 2017, 259–269; *Weller/Rentsch*, Die Kombinationslehre beim grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel, IPRax 2013, 530–536; *Weller/Schulz*, Die Anwendung des § 64 GmbHG auf Auslandsgesellschaften, IPRax 2014, 336–340.

| Übersicht  | Rdn. |     | Rdn.   |
|--|------|-----|--|
| <b>A. Einführung</b> . . . . .   | 1    | I.  | Europäisches Primärrecht in der Rechtsprechung des EuGH. . . . . |
| I. Gesellschaftsstatut (Einheitsstatut). . . . .   | 1    |     | 15   |
| II. Motive für die Wahl eines anderen Gesellschaftsstatuts . . . . .   | 4    |     | 1. Daily-Mail . . . . .  |
|  |      |     | 2. Centros . . . . .   |
| <b>B. Theorien zur Ermittlung des Gesellschaftsstatuts</b> . . . . .   | 6    |     | 3. Überseering . . . . .   |
|  |      |     | 4. Inspire Art . . . . .   |
| I. Gründungstheorie . . . . .  | 6    |     | 5. Sevic . . . . .   |
| 1. Historische Grundlagen . . . . .  | 6    |     | 6. Cartesio . . . . .  |
| 2. Anknüpfungspunkt und Rechtsfolgen . . . . .   | 9    |     | 7. Vale . . . . .  |
| II. Sitztheorie . . . . .  | 12   |     | 8. Kornhaas . . . . .  |
| <b>C. Die Rechtsquellen des Internationalen Gesellschaftsrechts – Gespaltenes Kollisionsrecht?</b> . . . . . | 15   | II. | 9. Polbud . . . . .  |
|  |      |     | 38a  |
|  |      |     | Völkerrecht . . . . .  |
|  |      |     | 39   |
|  |      |     | 1. EMRK . . . . .  |
|  |      |     | 2. GATS . . . . .  |
|  |      |     | 40   |

<sup>1</sup> Ein Teil der nachfolgenden Ausführungen ist in modifizierter sowie aktualisierter Form entnommen aus *Hübner*, Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus »nicht-privilegierten« Drittstaaten, 2011.

|  | Rdn. |  | Rdn. |
|--|------|--|------|
| 3. Bilaterale Staatsverträge . . . . .   | 41   | II. Abgrenzung zum Insolvenzstatut . . . . .   | 71   |
| a) Uneingeschränkte<br>Gründungstheorie . . . . .  | 43   | F. <b>Sitzverlegung</b> . . . . .  | 79   |
| b) »Halbseitige« Gründungstheorie . . . . .  | 44   | I. Formen der Sitzverlegung . . . . .  | 80   |
| c) Sitztheorie . . . . .   | 46   | II. Verwaltungssitzverlegung . . . . .   | 82   |
| d) Besondere Anknüpfungspunkte . . . . .   | 47   | III. Satzungssitzverlegung/Grenzüberschreitender Formwechsel . . . . .                         | 84   |
| III. Autonomes Recht . . . . .   | 48   | IV. Ausblick: Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie . . . . .                                     | 86   |
| 1. Der Inhalt der Jersey-Entscheidung . . . . .  | 49   | G. <b>Anwendung des inländischen Rechts trotz ausländischen Gesellschaftsstatuts</b> . . . . . | 93   |
| 2. Folgeprobleme der Jersey-Entscheidung . . . . .   | 50   | I. Der ordre public als Korrektiv im Internationalen Gesellschaftsrecht . . . . .              | 94   |
| 3. Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und die Korrektur durch den BGH . . . . .                  | 51   | 1. Sitztheorie und ordre public . . . . .  | 94   |
| 4. Kollisionsrechtliche und andere Bedenken gegen die modifizierte Sitztheorie . . . . .               | 52   | 2. Gründungstheorie und ordre public . . . . .   | 97   |
| 5. Behandlung von Gesellschaften aus EWR-Staaten . . . . .   | 56   | 3. Zusammenfassung . . . . .   | 99   |
| 6. Trabrennbahn-Entscheidung des BGH . . . . .   | 59   | II. Sonderanknüpfung am Beispiel der unternehmerischen Mitbestimmung . . . . .                 | 100  |
| IV. Quellen des Internationalen Gesellschaftsrechts . . . . .  | 62   | 1. Keine analoge Anwendung des MitbestG . . . . .  | 102  |
| D. <b>Kollisionsrechtlicher Charakter von §§ 4a S. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG</b> . . . . .                | 64   | 2. Voraussetzungen der Sonderanknüpfung . . . . .  | 103  |
| E. <b>Qualifikation – Kollisionsrechtliche Abgrenzung zu angrenzenden Regelungsbereichen</b> . . . . . | 67   | 3. Konformität einer Sonderanknüpfung mit dem Europarecht . . . . .                            | 105  |
| I. Maßstab des Art. 10a EGBGB-E . . . . .  | 67   | 4. Anwendung gegenüber Drittstaaten . . . . .  | 112  |
|  |      | III. Anpassung als Transformationskonzept? . . . . .   | 114  |
|  |      | 1. Anpassungslage . . . . .  | 119  |
|  |      | 2. Durchführung der Anpassung . . . . .  | 124  |
|  |      | H. <b>Ausblick</b> . . . . .   | 127  |

**A. Einführung**

**I. Gesellschaftsstatut (Einheitsstatut)**

- 1 Der Sinn und Zweck des Internationalen Gesellschaftsrechts besteht darin, das Heimatrecht der jeweiligen Gesellschaft zu bestimmen. Der Auftrag des Internationalen Gesellschaftsrechts konzentriert sich auf die Frage, nach welchem Sachrecht sich die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse bei Sachverhalten mit Auslandsbezug beurteilen.<sup>2</sup> Es ist die Rechtsordnung zu ermitteln, nach der die betroffene Gesellschaft »entsteht, lebt und vergeht«.<sup>3</sup> Das durch die Verweisung berufene Gesellschaftsstatut entscheidet grundsätzlich einheitlich über die Innen- und Außenbeziehungen der Gesellschaft.<sup>4</sup> Die sogenannte Einheitslehre führt dazu, dass die jeweilige Gesellschaft vollständig dem Regime einer Rechtsordnung, der *lex societatis*, unterliegt.
- 2 Exemplarisch für die Reichweite des Gesellschaftsstatuts steht die Auflistung in dem seit 2009 nicht mehr weiter verfolgten Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht, der auf einem Vorschlag des Deutschen Rates für IPR basiert. Das Gesellschaftsstatut umfasst nach Art. 10 Abs. 2 EGBGB-E:<sup>5</sup>
- 3
  1. »die Rechtsnatur und die Rechts- und Handlungsfähigkeit,
  2. die Gründung und die Auflösung,
  3. den Namen und die Firma,

<sup>2</sup> Kindler, in: MünchKommBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 1.

<sup>3</sup> BGHZ 25, 134, 144.

<sup>4</sup> Weller, in: MünchKommGmbHG, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 316; Staudinger/Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 13; Kroppholler, IPR, § 55 II.

<sup>5</sup> RefE Internationales Gesellschaftsrecht; Sonnenberger (Hrsg.), Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts.

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 ihrer Mitglieder und Organmitglieder für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person,
8. die Haftung wegen der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten.<sup>6</sup>

## II. Motive für die Wahl eines anderen Gesellschaftsstatuts

Die Motive für die Gründung einer ausländischen Gesellschaft bzw. den »Wechsel« in eine Rechtsform ausländischen Rechts sind mannigfaltig. Im Zuge der EuGH-Rechtsprechung waren zahlreiche Gründer vor allem daran interessiert, die (vermeintlich) aufwendigeren Gründungsvoraussetzungen des deutschen GmbHG, vor allem die deutschen Mindestkapitalvorschriften, zu vermeiden. Da zudem die Gerichte eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung ablehnen<sup>7</sup>, kam es zu einem regelrechten »Boom« der britischen *private limited company* mit deutschem Verwaltungssitz.<sup>8</sup> Dieser Abwanderung begegnete der Gesetzgeber mit dem MoMiG<sup>9</sup>, das explizit den Wettbewerb der Rechtsordnungen annahm. Mit der Einführung der Unternehmergesellschaft in § 5a GmbHG hat der Gesetzgeber auf diesen Trend reagiert. Die bisher empirisch erhobenen Zahlen nach der Reform des GmbHG durch das MoMiG scheinen dem Gesetzgeber Recht zu geben.<sup>10</sup>

Weitere Gründe für eine solche Regelungsarbitrage können funktionalere Leitungsstrukturen ausländischer Gesellschaftsformen sein, wie etwa eine monistische Leitungsstruktur, bei denen Gesellschafter als sog. *Non-Executive Directors* durch die Mitgliedschaft im Board stärker Einfluss auf das operative Geschäft nehmen können.<sup>11</sup> Ein weiteres wesentliches Anliegen der Unternehmer kann die Umgehung der zwingenden deutschen Regeln zur Unternehmensmitbestimmung sein.<sup>12</sup> Dabei nutzen verschiedene Gesellschaften die Möglichkeit, die unternehmerische Mitbestimmung über die Einsetzung eines Komplementärs ausländischer Rechtsform, zumeist einer britischen *private limited company* oder einer niederländischen *Besloten Vennootschap* (BV), zu umgehen.<sup>13</sup> Wie sich der Brexit auf diese Entwicklung auswirken wird, ist gegenwärtig noch nicht absehbar.<sup>14</sup>

## B. Theorien zur Ermittlung des Gesellschaftsstatuts

### I. Gründungstheorie

#### 1. Historische Grundlagen

Die Gründungstheorie<sup>15</sup> wurde im 18. Jahrhundert im Vereinigten Königreich entwickelt. Entscheidend war, dass sie den 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.<sup>16</sup> Beispielsweise konnte eine Aktiengesellschaft nach britischem Recht in einem fremden Staat aufgebaut werden, ohne

<sup>6</sup> Vgl. dazu Rdn. 67 ff.

<sup>7</sup> Vgl. BGHZ 31, 258, 268 ff.; BGHZ 68, 312, 316 ff.

<sup>8</sup> Kornblum, GmbHR 2014, 694, 702: Rückgang von in Deutschland registrierten britischen Limiteds im fünften aufeinanderfolgenden Jahr.

<sup>9</sup> BT-Drucks. 16/6140, 25.

<sup>10</sup> Kornblum, GmbHR 2014, 694, 702; Braun/Eidenmüller/Engert/Hornuf, ZHR 2013, 131, 146 f.

<sup>11</sup> Weller, Sitzverlegungen von Gesellschaften in Europa: rechtliche und praktische Probleme, ZEW Nr. 198, 15.

<sup>12</sup> Sick, GmbHR 2011, 1196 ff.; Weller, in: FS Hommelhoff, 1275, 1279 f.

<sup>13</sup> Vgl. ausführlich Teichmann, ZGR 2014, 220 ff.

<sup>14</sup> Weller/Thomale/Benz, NJW 2016, 2378 ff.

<sup>15</sup> Vgl. ausführlich Trautrimms, ZHR 2012, 435 ff.; Großfeld, in: FS Westermann, 199, 200 ff.

<sup>16</sup> Staudinger/Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 27; Großfeld, in: FS Westermann, 199, 204.

- 13 Die Sitztheorie fand ihre erste gesetzliche Niederlegung in Belgien in dem Belgischen Gesetz über Handelsgesellschaften von 1873.<sup>43</sup> In Frankreich betrachtete man seit einem Urteil des Kassationshofes (*Cour de Cassation*) von 1857 den Sitz als den tatsächlichen Verwaltungssitz.<sup>44</sup> Diese Interpretation als Verwaltungssitz entnahm man einer Analogie zu Art. 102 Code Civil, der seinem Wortlaut nach für Franzosen – nicht für Ausländer – an den Wohnsitz anknüpft. Die Entwicklungen in Frankreich und Belgien beeinflussten insoweit 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 anknüpften. Des Weiteren stützte man sich bei der Beurteilung des Sitzes auf Art. 209 und 210 ADHGB, die auf den Verwaltungssitz abstellten.<sup>45</sup> 1882 äußerte sich das Reichsgericht, indem es zu dem Sitz einer Gesellschaft feststellte, »dass eine Aktiengesellschaft, welche nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie ihren Sitz hat, zu Recht besteht, auch in anderen Staaten als solche anzuerkennen ist.«<sup>46</sup> 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. Das Amt befürchtete, dass es in der Folge eine wichtige Verhandlungsposition für den Abschluss von Staatsverträgen verlieren würde.<sup>47</sup> Im Ergebnis kam es somit zu keiner ausdrücklichen Normierung der Frage der Anerkennung ausländischer Gesellschaften im EGBGB.
- 14 Zwar blieb eine gesetzgeberische Tätigkeit aus; aber schon Anfang des 20. Jahrhunderts wandte das Reichsgericht die Sitztheorie unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung und der herrschenden Meinung im Schrifttum an.<sup>48</sup> 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. Das Reichsgericht wandte die »strenge« Sitztheorie an und kam zu dem Ergebnis, dass auf die US-amerikanische Gesellschaft aufgrund ihres inländischen Verwaltungssitzes deutsches Recht anzuwenden war. Es stellte fest, dass es sich nicht um eine Aktiengesellschaft nach deutschem Recht handelt.<sup>49</sup> Das Reichsgericht behandelte die Gesellschaft dementsprechend als nicht rechtsfähigen Verein i.S.v. § 22 BGB.<sup>50</sup> Diese Entscheidung des Reichsgerichts bestimmte in der Folge die Leitlinien der Rechtsprechung und wurde 1970 von dem BGH bestätigt.<sup>51</sup> Die Sitztheorie war damit bis in die 1990er Jahre die in Deutschland vorherrschende Theorie zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts.

### C. Die Rechtsquellen des Internationalen Gesellschaftsrechts – Gespaltenes Kollisionsrecht?

#### I. Europäisches Primärrecht in der Rechtsprechung des EuGH

- 15 In die Kontroverse zwischen Sitz- und Gründungstheorie ist durch die Rechtsprechung des EuGH Bewegung gekommen.<sup>52</sup> In den maßgeblichen Entscheidungen hatte sich der EuGH mit der

---

43 *Großfeld*, Unternehmensrecht, S. 38.

44 *Isay*, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen, S. 92 ff.

45 Handelsappellationsgericht für Bayern, Urt. v. 19.02.1863, Buschs Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts 1863, 417.

46 RGZ 7, 68, 70.

47 *Hartwieg/Korkisch*, S. 334 ff.

48 RG, JW 1904, 231, 232.

49 RG, JW 1904, 231, 232.

50 RG, JW 1904, 231, 232.

51 BGHZ 25, 134, 144; vgl. auch BayObLGZ 1986, 91 mit Besprechung *Ebke*, ZGR 1987, 245 ff.

52 Vgl. umfassend *Ebke*, 16 EBLR 9–54 (2005); als Leitentscheidung wird auch die *Seghers*-Entscheidung des EuGH v. 10.07.1986 (EuGH, NJW 1987, 571) genannt. Darin setzte sich der EuGH mit der Vereinbarkeit eines niederländischen Gesetzes zur Krankenversicherung mit der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49, 54 AEUV (ex 43, 48 EGV) auseinander. Dieses Gesetz führte dazu, dass die Geschäftsführer

Niederlassungsfreiheit von mitgliedstaatlichen Gesellschaften zu befassen, die in anderen EU-Mitgliedstaaten im Rechtsverkehr auftraten. Der EuGH hat aus den Art. 49, 54 AEUV gefolgert, dass der Maßstab für alle gesellschaftsrechtlichen Fragen das Gesellschaftsrecht ist, nach dem die Gesellschaft gegründet worden ist (Gründungsstatut). An dieser Rechtsprechung änderte auch Art. 293 Spiegelstrich 3 EGV a.F. nichts, in dem zugunsten der Mitgliedstaaten kein vermeintlicher Rechtssetzungsvorbehalt für die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes oder Verschmelzung geregelt war.<sup>53</sup> Das Fehlen eines entsprechenden Übereinkommens hinderte nach Ansicht des EuGH nicht, dass Gesellschaften in Europa die Niederlassungsfreiheit in Anspruch nehmen können. Zu den maßgeblichen Entscheidungen gehören: *Daily-Mail*<sup>54</sup>, *Centros*,<sup>55</sup> *Überseering*<sup>56</sup>, *Inspire Art*<sup>57</sup>, *Sevic*<sup>58</sup>, *Cartesio*<sup>59</sup> und *Vale*<sup>60</sup>.

## 1. Daily-Mail

Die *Daily-Mail*-Entscheidung<sup>61</sup> des EuGH betraf eine britische *private limited company*, die ihren Verwaltungssitz von einem Mitgliedstaat (Großbritannien) in einen anderen Mitgliedstaat (Niederlande) verlegen wollte. Für eine solche Sitzverlegung musste nach dem damaligen britischen Steuerrecht das britische Finanzministerium zustimmen. 16

Der EuGH sah darin keinen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Die Möglichkeiten und die Modalitäten der innereuropäischen Sitzverlegung seien ein Problem, welches nicht durch die Niederlassungsfreiheit gelöst sei.<sup>62</sup> Folglich sei das Erfordernis einer Wegzugsgenehmigung durch das britische Finanzministerium europarechtskonform, auch wenn es eine Wegzugsbeschränkung darstelle.<sup>63</sup> Es ist jedoch klarzustellen, dass *Daily-Mail* nicht eine gesellschaftskollisionsrechtliche Frage, sondern eine steuerrechtliche Regelung betraf. Weder die Anerkennung der Gesellschaft noch ihre Befugnis zur Sitzverlegung wurden durch die betroffenen Rechtsordnungen, die jeweils der Gründungstheorie folgten, infrage gestellt; vielmehr ging es um die Vereinbarkeit des britischen Steuerrechts mit der Niederlassungsfreiheit. Dennoch hat das berühmte *obiter dictum* zu einer intensiven wissenschaftlichen Auseinandersetzung über die Folgen für das Internationale Gesellschaftsrecht geführt.<sup>64</sup> 17

---

einer Gesellschaft 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«.

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

54 EuGHE 1988, 5483, 5512.

55 EuGH v. 9.3.1999 – *Centros* – WM 1999, 958.

56 EuGH v. 5.11.2002 – *Überseering* – IPRax 2003, 65.

57 EuGH v. 30.9.2003 – *Inspire* – NJW 2003, 3331.

58 EuGH v. 13.12.2005 – *Sevic* – NJW 2006, 425.

59 EuGH v. 18.12.2008 – *Cartesio* – NJW 2009, 569.

60 EuGH v. 12.7.2012 – *Vale* – NJW 2012, 2715 ff.

61 EuGH v. 27.09.1988 – *Daily Mail* – EuGHE 1988, 5483 ff. Zu Einzelheiten dieser Entscheidung s. *Behrens*, IPRax 1989, 354 ff.; *Ebenroth/Eyles*, DB 1989, 363 ff., 413 ff.; *Ebke/Gockel*, 24 Int'l Law 1990, 239; *Großfeld/Luttermann*, JZ 1989, 386 ff.; *Sandrock/Austmann*, RIW 1989, 249 ff.

62 EuGHE 1988, 5483, 5512.

63 *Hoffmann*, in: Sandrock/Wetzler, 227, 231.

64 Vgl. statt aller *Kindler*, in: MünchKommBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 112 m.w.N.

### 2. Centros

- 18 Die nächste Entscheidung des EuGH<sup>65</sup> behandelte eine Zuzugskonstellation der sekundären Niederlassungsfreiheit. Die Centros Ltd. war in Großbritannien am 18.05.1992 gegründet und registriert worden, operativ war sie jedoch ausschließlich in Dänemark tätig. Den Antrag auf Eintragung einer »Zweigniederlassung« von Centros in Dänemark lehnten die dänischen Behörden ab. Sie begründeten dies mit einer Umgehung der strengeren dänischen Gründungsvorschriften (Mindestkapital).
- 19 Der EuGH bejahte einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Die Eintragungsverweigerung unter Berufung auf inländisches Gesellschaftsrecht verstoße gegen Art. 49, 54 AEUV, wenn die Gesellschaft an dem Hauptsitz keine Geschäftstätigkeit entfaltet. Es fehle an einem Missbrauch der Niederlassungsfreiheit, auch wenn die Gründung im Ausland allein von der Umgehung inländischer Normen motiviert ist. Die Gründe, aus denen eine Gesellschaft im Gründungsstaat gegründet wird, seien für die nachfolgende Ausübung der Niederlassungsfreiheit irrelevant.

### 3. Überseering

- 20 In dem Urteil in der Rechtssache *Überseering*<sup>66</sup> entschied der EuGH über die Vorlage des VII. Senats des BGH vom 30.03.2000 in einem Fall der primären Niederlassungsfreiheit.<sup>67</sup> Eine in den Niederlanden in der Rechtsform der BV gegründete Kapitalgesellschaft führte ihre Geschäfte in Deutschland weiter. In einem Schadensersatzprozess hatte das Landgericht Düsseldorf darüber zu befinden, ob die Gesellschaft nach Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Deutschland rechtsfähig und damit nach § 50 Abs. 1 ZPO parteifähig sei. Gemäß der nach der *lex fori* anzuwendenden Sitztheorie beurteilte sich die Rechtslage nach deutschem Recht. Die Gesellschaft war als Schöpfung des niederländischen Rechts rechtlich inexistent; es hätte einer Neugründung in Deutschland bedurft. Mangels Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft war die Klage daher als unzulässig abzuweisen.
- 21 Der EuGH sah auch hierin einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, da die Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft mangels inländischer Neugründung gegen die Niederlassungsfreiheit verstoße. Die Kernaussage des EuGH lautet, dass das Gründungsstatut der niederländischen BV in Deutschland als Zuzugsstaat anzuerkennen ist.
- 22 Der VII. Zivilsenat des BGH entschied in dem endgültigen Urteil in der Rechtssache *Überseering*, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft nach der Verlegung des Verwaltungssitzes nach Deutschland rechtsfähig ist.<sup>68</sup> Diesem hat sich der II. Zivilsenat bald danach angeschlossen.<sup>69</sup> Es lässt sich damit festhalten, dass auf EU-Auslandsgesellschaften die Gründungstheorie anwendbar ist.

---

65 EuGH v. 09.03.1999 – *Centros* – NJW 1999, 2027. Zu den Einzelheiten dieser Entscheidung s. *Behrens*, IPRax 1999, 323 ff.; *Ebke*, JZ 1999, 656; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 ff.; *Fleischer*, DSrR 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 *u. Halen*, Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH.

66 EuGH v. 5.11.2002 – *Überseering* – IPRax 2003, 65. Zu den Einzelheiten der Entscheidung s. *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.; *Paefgen*, WM 2003, 561 ff.; *W.-H. Roth*, IPRax 2003, 117 ff.; *Schanzel/Jüttner*, AG 2003, 665 ff.; *Weller*, IPRax 2003, 207 ff.; *Weller*, IPRax 2003, 324 ff.

67 BGH, EuZW 2000, 412 ff.

68 BGH, NJW 2003, 1461; *Eidenmüller*, JZ 2003, 526.

69 BGH, NJW 2005, 1648.

## 4. Inspire Art

Das Urteil des EuGH in *Inspire Art*<sup>70</sup> betraf eine britische Gesellschaft, deren Geschäftstätigkeit sich ausschließlich auf die Niederlande beschränkte. Diese Gesellschaft fiel in den Anwendungsbereich des niederländischen Gesetzes für Scheinauslandsgesellschaften (WFBV).<sup>71</sup> Das Gesetz enthielt eine Reihe von Sonderanknüpfungen zugunsten des niederländischen Rechts für sogenannte Scheinauslandsgesellschaften. In Art. 1, 2 Abs. 1 WFBV gab der niederländische Gesetzgeber formal ausländischen Gesellschaften verschiedene weitgehende Offenlegungspflichten auf. Weiter sah 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 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 Mindestkapital in Anlehnung an das für niederländische Gesellschaften geltende Recht aufzubringen. Wenn und solange diese Verpflichtung nicht erfüllt ist, sollte eine unbeschränkte gesamtschuldnerische Haftung der Geschäftsführer eingreifen. Das Handelsregister lehnte die Eintragung der Gesellschaft als »Zweigniederlassung« unter Hinweis auf das WFBV ab. Bei den Normen des WFBV handelte es sich um Gründungsvorschriften, aber auch um Vorschriften, die während des Bestehens der Gesellschaft eingreifen.

Der EuGH bewertete auch die Regelung des WFBV als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Mit dieser Entscheidung steht fest, dass ebenfalls die in einem nationalen Recht vorgesehenen Normen des Gesellschaftsrechts des Niederlassungsstaats nicht auf eine in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründete Gesellschaft angewendet werden dürfen. In dem Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit sind mit dieser Entscheidung die Würfel gegen die Anwendung der Sitztheorie gefallen.<sup>72</sup>

## 5. Sevic

Die Entscheidung in *Sevic*<sup>73</sup> behandelte die Frage, ob das Registergericht die Eintragung einer Verschmelzung in das Handelsregister in Deutschland generell ablehnen kann, weil einer der beteiligten Rechtsträger seinen Satzungssitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Der EuGH stellte fest, dass die damalige Norm in dem deutschen UmwG, wonach nur die Verschmelzung von Rechtsträgern mit Sitz in Deutschland vorgesehen war, die Niederlassungsfreiheit beschränke. Auf der Ebene der Rechtfertigung wandte der EuGH seinen sogenannten »Vier-Faktoren«-Test im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>74</sup> an. Verweigert das Recht eines Mitgliedstaates generell die Eintragung einer Verschmelzung eines inländischen und eines ausländischen Rechtsträgers, so werden grenzüberschreitende Verschmelzungen auch dann verhindert, wenn Allgemeininteressen wie die Interessen der Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmer oder die Lauterkeit des Handelsverkehrs nicht berührt sind. Eine solche Regelung ist unverhältnismäßig, sodass eine Verweigerung der Eintragung gegen die Niederlassungsfreiheit verstoße. Bereits vor Verabschiedung der Verschmelzungsrichtlinie<sup>75</sup> hat der EuGH damit Möglichkeiten für grenzüberschreitende

70 EuGH v. 30.09.2003 – *Inspire* – NJW 2003, 3331 ff. Zu den Einzelheiten der Entscheidung s. *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.; *Sandrock*, ZvglRWiss, 2003, 447 ff.; *Schanzel/Jüttner*, AG 2003, 665 ff.; *Weller*, DStR 2003, 1800 ff.; *Zimmer*, NJW 2003, 3585 ff.; Zu den Folgen für die Praxis *Riegger*, ZGR 2004, 510 ff.

71 EuGH, NJW 2003, 3331, 3332.

72 *Ebke*, BB 2003, Heft 1, »Die Erste Seite«.

73 EuGH v. 13.12.2005 – *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.; *Luster/Drygala*, JZ 2006, 770 ff.; *Oechler*, NJW 2006, 812 ff.; *Paal*, RIW 2006, 142 ff.; *Ringe*, DB 2005, 2806 ff.

74 Vgl. zu dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Europarecht *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265 ff.

75 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EU Nr. L 310 S. 1.

Verschmelzungen geschaffen. Solche Sachverhalte sind inzwischen durch das europäische Sekundärrecht geregelt.

### 6. Cartesio

- 26 In *Cartesio*<sup>76</sup> hatte sich der EuGH mit einer Frage zu befassen, die ihn bereits im Fall *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 Gesellschaftsstatuts nach Italien verlegen. Das ungarische Handelsgericht verweigerte die nach ungarischem Recht notwendige Eintragung der Sitzverlegung in das Handelsregister; es begründete dies damit, dass das ungarische Recht eine solche identitätswahrende Verlegung des Verwaltungssitzes nicht erlaube.
- 27 In seinem Urteil kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass die ungarischen Regelungen nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen. Darin bestätigt der Gerichtshof die Ratio seiner *Daily-Mail*-Entscheidung: Eine Gesellschaft ist eine Schöpfung der inländischen Rechtsordnung. Der Heimatstaat habe daher über den Anknüpfungspunkt sowohl für die Inkorporation nach seinem Recht als auch für die Beibehaltung des Statuts zu entscheiden (»Geschöpftheorie«<sup>77</sup>). Die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit setzt also 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 für diese Vorfrage kann dabei – wie im ungarischen Recht – ein im Inland belegener Verwaltungssitz sein. Die einzelne mitgliedstaatliche Rechtsordnung ist demnach europarechtlich nicht gebunden, die Verlegung des Verwaltungssitzes aufgrund eines Wegzugs zu gestatten. Sieht die mitgliedstaatliche Rechtsordnung eine identitätswahrende Verlegung des Verwaltungssitzes nicht vor oder sanktioniert sie diese 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.
- 28 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.<sup>78</sup> Dies hat er in *Cartesio* korrigiert und festgestellt, dass sich der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit auch auf die Hauptniederlassung erstreckt. In einem weiteren *obiter dictum* betont der EuGH die Unterscheidung zwischen der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ohne Formwechsel (*Daily-Mail*, *Cartesio*) und dem grenzüberschreitenden Formwechsel.<sup>79</sup> Soweit das Recht des Aufnahme staates einen solchen Formwechsel generell zulässt, dürfe der Herkunftsstaat nicht die Beendigung und Abwicklung der Gesellschaft herbeiführen. In dieser Konstellation kann der Heimatstaat den Formwechsel nicht mehr verbieten.
- 29 Für die AG und die GmbH zeitigte *Cartesio* keine Folgen, da der Gesetzgeber durch das MoMiG bereits die Rechtslage geklärt hatte. § 5 AktG und § 4a GmbHG schreiben zwar einen inländischen

---

76 EuGH v. 18.12.2008 – *Cartesio* – NJW 2009, 569; vgl. zu den Einzelheiten der Entscheidung *Däubler/Heuschmid*, NZG 493 ff.; *Kindler*, IPRax 2009, 289 ff.; *Kindler*, NZG 2009, 130 ff.; *Knoff/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.; *Wöhlert*, GWR 2009, 161; *Zimmerl/Nandrup*, NJW 2009, 545 ff.

77 *Kieninger*, EWS 2008, Heft 6, »Die Erste Seite«.

78 EuGH – *Daily-Mail* – Slg. 1988, 5483.

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



Satzungssitz vor, eine grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes soll aber nach dem Willen des Gesetzgebers möglich sein.<sup>80</sup> Der EuGH hat dennoch insbesondere mit seinem *obiter dictum* zu dem grenzüberschreitenden Formwechsel die Mobilität von Gesellschaften im europäischen Binnenmarkt gesteigert. Nachdem der EuGH bereits in *Sevic* Beschränkungen des Zuzugsstaates für unzulässig erklärt hatte, 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.

## 7. Vale

Mit der Entscheidung *Vale*<sup>81</sup> hat der EuGH nach Auffassung von *Schön* den Schlusspunkt für die primärrechtliche Ausformung des Rechts der grenzüberschreitenden Sitzverlegungen gesetzt.<sup>82</sup> Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt eines grenzüberschreitenden Formwechsels zugrunde: Eine italienische Gesellschaft hatte ihre Löschung aus dem Handelsregister beantragt und das Handelsregister darauf hingewiesen, dass sie ihren Satzungs- und Verwaltungssitz nach Ungarn verlegen werde. Das italienische Handelsregister entsprach dem Antrag sowie der Eintragung des Fortführungsvermerks und löschte die Gesellschaft. Anschließend beantragten die Gesellschafter die Eintragung im ungarischen Handelsregister sowie eines Rechtsnachfolgevermerks im Hinblick auf die gelöschte (!) italienische Gesellschaft. Das ungarische Handelsregister lehnte jedoch die Eintragung ab und begründete dies damit, dass das ungarische Recht nur eine »Umwandlung« ungarischer Gesellschaften vorsehe; zudem könne eine in einem anderen Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft nicht als Rechtsvorgängerin in das ungarische Handelsregister eingetragen werden.<sup>83</sup>

Der EuGH urteilte, dass die Versagung der Eintragung mit dieser Begründung einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der Niederlassungsfreiheit sei.<sup>84</sup> Soweit das Recht des Zuzugsstaats inländischen Gesellschaften die Umwandlung bzw. den Formwechsel ermögliche, ergebe sich aus Art. 49, 54 AEUV ein Anspruch von Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten, eine Umwandlung in eine Gesellschaft des Zuzugsstaats vornehmen zu können. Diese Aussage ist im europarechtlichen Äquivalenzgrundsatz fundiert.<sup>85</sup> Gleichzeitig betont der EuGH aber auch die grundsätzliche Regelungsautonomie des Zuzugsstaats hinsichtlich der Gründungs- und Umwandlungsvoraussetzungen.<sup>86</sup> Sie finden jedoch ihre Grenze in den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität, wonach das Recht des Zuzugsstaats den Formwechsel nicht übermäßig erschweren darf und so z.B. die Dokumente des Ausgangsstaats gebührend berücksichtigen muss. Eine nähere Konkretisierung dieser Anforderung hat der EuGH in dieser Rechtssache nicht vorgenommen.

Nach *Verse* ist damit zwischen der Zuständigkeit des Wegzugsstaats für den Schutz der *stakeholder* (Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer) und der Zuständigkeit des Zuzugsstaats für die Gründung und die Funktionsweise der neuen Rechtsform zu trennen.<sup>87</sup>

80 BT-Drucks. 16/6140, S. 12.

81 EuGH v. 12.07.2012 – *Vale* – NJW 2012, 2715 ff.; zu den Einzelheiten der Entscheidung *Behme*, NZG 2012, 936 ff.; *Böttcher/Kraft*, NJW 2012, 2701 ff.; *W.-H. Roth*, in: FS Hoffmann-Becking, 965 ff.; *Schön*, ZGR 2013, 333 ff.; *Verse*, ZEuP 2013, 458 ff.; *Weller/Rentsch*, IPRax 2013, 530 ff.

82 *Schön*, ZGR 2013, 333, 334.

83 EuGH, NJW 2012, 2715.

84 Dass die Gesellschaft möglicherweise als Anknüpfungspunkt für die Niederlassungsfreiheit infolge der Löschung gar nicht mehr bestand, haben der EuGH und GA Jääskinen mit unterschiedlichen Begründungen als irrelevant dargestellt. So stellte der EuGH fest, es sei »nicht Sache des Gerichtshofs, darüber zu entscheiden, ob VALE Costruzioni aufgrund ihrer Löschung im Handelsregister von Rom erloschen ist«.

85 Vgl. *J.König*, Der Äquivalenzgrundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

86 Vgl. *Verse*, ZEuP 2013, 458, 488.

87 *Verse*, ZEuP 2013, 458, 491.

### 8. Kornhaas

- 33 Mit dem Urteil Kornhaas hat der EuGH eine grundlegende Entscheidung für die Reichweite der Niederlassungsfreiheit getroffen.<sup>88</sup> In dem Urteil waren die zwei Fragen aufgeworfen, die sich im Internationalen Gesellschaftsrecht stets bei der Anwendung deutschen Rechts auf ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz stellen: (1) Führt die international-privatrechtliche Anknüpfung zur Anwendung deutschen Rechts auf die Auslandsgesellschaft? (2) Steht die Anwendung deutschen Rechts im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit?<sup>89</sup> Beide Fragen hat der EuGH in der vorliegenden Entscheidung für die praktisch eminent wichtige Haftungsnorm des § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. (seit MoMiG: § 64 S. 1 GmbHG) bejaht.
- 34 Die Beantwortung der ersten Vorlagefrage war durch die Anfang Dezember 2014 ergangene Entscheidung H/H.K.<sup>90</sup> vorgezeichnet. Diese betraf die Frage nach der internationalen Zuständigkeit iSv. Art. 3 EuInsVO a.F. bei Klagen gem. § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. Bereits darin hatte der EuGH klargestellt, dass § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. von den allgemeinen Regeln des Zivil- und Handelsrechts abweiche, da die Norm auf das Merkmal der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Überschuldung der Gesellschaft abstelle; daher fände die EuGVVO keine Anwendung.<sup>91</sup> Die Übertragung dieser Rechtsprechung zur internationalen Zuständigkeit auf die Frage des anwendbaren Rechts gem. Art. 4 EuInsVO a.F. erforderte keinen großen Begründungsaufwand, da der EuGH bereits in der Rechtssache H/H.K. § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. als insolvenzrechtliche Norm qualifiziert hatte.
- 35 Noch relevanter erscheint rückblickend die Antwort auf die zweite Vorlagefrage, in der der EuGH die Vereinbarkeit von § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. mit Art. 49, 54 AEUV bejahte. Der Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit sei bei der Anwendung der vorliegenden Haftungsnorm nicht betroffen. Zur Begründung grenzte er seine beiden Judikate in den Rechtssachen Überseering und Inspire Art von dem vorliegenden Fall ab. In beiden Fällen hatte der Gerichtshof einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit erkannt. Das erste Urteil betrifft die Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit der Auslandsgesellschaft, das zweite die Anwendung von inländischen Mindestkapitalregeln auf die Auslandsgesellschaft. Der vorliegende Fall sei nicht vergleichbar, weil § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. nicht bei Gründung der Gesellschaft oder ihrer späteren Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat, sondern erst ab materieller Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung greife. Damit handelt es sich bei dieser Norm um eine sog. Marktrückzugsregel.<sup>92</sup> Insofern weckt das Urteil Assoziationen an eine Bereichsausnahme für Marktrückzugsregeln, wie sie bei der Warenverkehrsfreiheit seit Keck anerkannt sind.<sup>93</sup>
- 36 Aus kollisionsrechtlicher Sicht ist die Feststellung des EuGH interessant, dass § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. die Existenz einer Gesellschaft voraussetze. Nachdem die kollisionsrechtliche Verweisung zum deutschen Recht führt, muss auf der Ebene des Sachrechts das normative Tatbestandsmerkmal »Gesellschaft« der inländischen Sachnorm (§ 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F.) durch eine funktional gleichwertige ausländische Rechtserscheinung (private limited by shares britischen Rechts) erfüllt werden. Diesen Vorgang bezeichnet man in der Methodik des IPR als Substitution.<sup>94</sup>
- 37 Aus dem Urteil des EuGH sind die folgenden Konsequenzen abzuleiten: In kollisionsrechtlicher Hinsicht führt die Antwort auf die erste Vorlagefrage zu einer weiteren Konturierung der Systembegriffe des Gesellschafts- und Insolvenzrechts.<sup>95</sup> Zunächst ist festzustellen, dass diese Auslegung des

88 EuGH, Urt. v. 10.12.2015, – C-594/14 – *Kornhaas/Dithmar*, EuZW 2016, 155; vgl. dazu *Kindler*, EuZW 2016, 136 ff.; *Weller/Hübner*, NJW 2016, 225.

89 *Weller*, in: MünchKommGmbHG, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 426, 473.

90 EuGH, Urt. v. 4.12.2014 – C-295/13 – *H./H.K.*, EuZW 2015, 141.

91 EuGH, Urt. v. 4.12.2014 – C-295/13 – *H./H.K.*, EuZW 2015, 141, 142.

92 Vgl. *Kindler*, in: MünchKommBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 441; *Kindler*, EuZW 2016, 136 ff.

93 *Kindler*, NJW 2007, 1785, 1786 f.

94 *Hübner*, IPRax 2015, 297, 301; *Weller/Schulz*, IPRax 2014, 336, 338 f.

95 *Weller/Schulz*, IPRax 2014, 336, 337 f.

Insolvenzstatuts durch den EuGH den Gläubigerschutz im Inland stärkt.<sup>96</sup> Dabei ist festzuhalten, dass nicht allein die gesetzliche Verortung – wie vorliegend im GmbHG – die kollisionsrechtliche Qualifikation determiniert. Die Entscheidung bedeutet keine Einschränkung der europarechtlich fundierten Gründungstheorie, sondern ist eine Konsequenz aus der analytischen Methode des IPR. Die Zuordnung von § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. zu dem Insolvenzstatut impliziert aber eine Einschränkung der Reichweite des Gesellschaftsstatuts. Mit der Antwort auf die zweite Vorlagefrage trägt der EuGH maßgeblich zur Präzisierung des Gewährleistungsinhalts der Niederlassungsfreiheit bei.

Noch ungeklärt ist die Auswirkung dieser Entscheidung auf die kollisions- und europarechtliche Einordnung anderer Haftungsinstrumente an der Schnittstelle von Gesellschafts- und Insolvenzrecht wie die Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 S. 3 GmbHG oder die Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 iVm. § 15a InsO.<sup>97</sup> Es ist nicht auszuschließen, dass deutsche Gerichte die beiden zu Beginn angeführten Fragen dem EuGH auch in Bezug auf weitere Haftungsinstrumente vorlegen werden. Es spricht jedoch einiges dafür, dass die Anwendung insolvenzrechtlicher Haftungsstatbestände auf Auslandsgesellschaften mit der Niederlassungsfreiheit kompatibel ist.<sup>98</sup>

## 9. Polbud

Das *Polbud*-Verfahren betraf sodann wieder den Fall einer Wegzugsbeschränkung. In einem Verfahren beim polnischen Handelsregister beantragte eine polnische Gesellschaft, dass sie ihren Satzungssitz nach Luxemburg verlegen und die Gesellschaft als eine solche luxemburgischen Rechts weiterführen wolle. Da das polnische Recht für den Fall der grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegung zwingend den Ablauf eines Liquidationsverfahrens vorsah, forderten die polnischen Behörden daraufhin die Unterlagen zur Durchführung der Liquidation an. Die Gesellschafter verweigerten dies unter Hinweis auf die Weiterführung als Gesellschaft luxemburgischen Rechts. Das Registergericht lehnte daher die Löschung aus dem Register mangels Liquidationsverfahren ab. Die Besonderheit des Verfahrens bestand darin, dass sich aus dem Verlegungsbeschluss der Gesellschafter nicht ergab, ob es sich um eine reine Satzungssitzverlegung einer polnischen Gesellschaft nach Luxemburg, d.h. ohne Verlegung des Verwaltungssitzes handelte.<sup>99</sup>

In der *Cartesio*-Entscheidung hatte der EuGH inzidenter erklärt, dass der grenzüberschreitende Formwechsel durch den Wegzugsstaat nicht verhindert werden dürfte.<sup>100</sup> Dennoch hatte ein Großteil der Literatur aufgrund der bisherigen EuGH-Rechtsprechung einen Realbezug zum Wegzugsstaat für nötig gehalten, damit sich die Gesellschaft auf die Niederlassungsfreiheit berufen könne.<sup>101</sup> In der *Vale*-Entscheidung hatte der EuGH ausgeführt: »In Bezug auf das Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist darauf hinzuweisen, dass der Niederlassungsbegriff im Sinne der Bestimmungen des Vertrags über die Niederlassungsfreiheit die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat auf unbestimmte Zeit impliziert. Daher setzt er eine tatsächliche Ansiedlung der betreffenden Gesellschaft und die Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit in diesem Staat voraus [...]«. <sup>102</sup>Dem entsprach auch das Verständnis von *GA Kokott* in ihren Schlussanträgen; sie erachtete den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nur für eröffnet, wenn die Gesellschaft im Zuzugsstaat auch eine reale wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet.<sup>103</sup>

96 *Weller/Hübner*, NJW 2016, 225; *dies.*, in: FS Pannen, 2017, 259 ff.

97 Vgl. *Hübner*, IPRax 2015, 297, 303.

98 *Weller/Hübner*, NJW 2016, 225; *dies.*, in: FS Pannen, 2017, 259 ff.

99 EuGH NJW 2017, 3639 – *Polbud*.

100 EuGH NJW 2009, 569, 571, Rn. 110, 111 – *Cartesio*.

101 *Mörsdorff/Jopen*, ZIP 2012, 1399; *W.-H. Roth*, FS Hoffmann-Becking 2013, S. 970, 989 ff.; *Teichmann*, DB 2012, 2088; *Verse*, ZEuP 2013, 458, 478; vgl. u. *Hein*, in: MünchKomm BGB, Art. 3 EGBGB Rn. 106–109; a.A. *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2012, 1481 ff.

102 EuGH IPRax 2013, 566, Rn. 34 – *Vale*.

103 *GA Kokott*, BeckRS 2017, 108853, Rn. 38.

- 38c Der EuGH urteilte jedoch anders. Im Gegensatz zu *GA Kokott* und einem Großteil des deutschen Schrifttums kommt es für den EuGH auf das Entfalten tatsächlicher wirtschaftlicher Tätigkeit im Zuzugsstaat nicht an. Dies folgert er aus einem Vergleich mit der Konstellation in *Centros*, in der nur die dänische Zweigniederlassung der englischen Gesellschaft wirtschaftlich tätig war. Der isolierte Satzungswechsel zu einem späteren Zeitpunkt entspräche diesem Vorgehen.<sup>104</sup> Insofern überzeugt die Entscheidung des EuGH. Aus der Entscheidungsfolge des EuGH in *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* und *SEVIC* ergibt sich, dass sich Auslandsgesellschaften, die im Inland tätig sind, auf die Niederlassungsfreiheit berufen können. Ob dies mittels Gründung einer Auslandsgesellschaft, grenzüberschreitender Verschmelzung oder grenzüberschreitenden Formwechsels geschieht, rechtfertigt keinen Unterschied für die Frage der Niederlassungsfreiheit, da es letztlich auf den Endzustand ankommen muss.<sup>105</sup> Die tatsächliche Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit scheint für den EuGH stattdessen eine Frage der Rechtfertigung zu sein, die im Einzelfall als Rechtsmissbrauch eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen kann.<sup>106</sup>
- 38d Mit der *Polbud*-Entscheidung erweiterte der EuGH die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter, indem er nunmehr eine reine Satzungsitzverlegung, d.h. ohne Verlegung des Verwaltungssitzes ermöglicht. Den Gesellschaftern wird somit die Rechtswahlfreiheit nicht mehr nur im Gründungsstadium wie durch *Centros* oder *Inspire Art*, sondern vor allem auch zu einem späteren Zeitpunkt ermöglicht. Mit diesem Urteil betont und stärkt der Gerichtshof weiter die Rechtswahlfreiheit innerhalb der EU und damit die Unternehmensmobilität als zentrales Ziel des Binnenmarkts.<sup>107</sup>

## II. Völkerrecht

### 1. EMRK

- 39 Der BGH hat in seiner *Trabrennbahn*-Entscheidung zu der Rechtsfähigkeit schweizerischer Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz die EMRK herangezogen.<sup>108</sup> 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 stelle nur den Grundrechtsschutz für die ausländischen juristischen Personen, die nach dem Kollisionsrecht anzuerkennen seien, sicher.<sup>109</sup> Sie regle 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 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.

### 2. GATS

- 40 Der BGH hat 2008 in der Frage, wie sich das GATS-Abkommen auf das autonome Internationale Gesellschaftsrecht auswirkt, Klarheit geschaffen. In seiner Entscheidung zu der Rechtsfähigkeit schweizerischer Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz hat der II. Zivilsenat des BGH festgestellt,<sup>110</sup> dass sich aus dem GATS keine Verpflichtung zu der Anerkennung von Gesellschaften

---

104 EuGH NJW 2017, 3639, 3641, Rn. 38 – *Polbud*; vgl. dazu auch *Bochmann/Cziupka*, GmbHR 2017, 1261; *Cziupka*, in: Scholz, GmbHG, § 4a Rn. 20; *Bungert/Wansleben*, DB 2017, 2591 ff.; *Hübner*, LMK 2017, 400167; *Kieninger*, NJW 2017, 3624 ff.; *Kindler*, NZG 2018, 1 ff.; *Mörsdorf*, ZIP 2017, 2381 ff.; *Schollmeyer*, ZGR 2018, 186 ff.; *H.P. Westermann*, in: Scholz, GmbHG, Anh. § 4a Rn. 73 ff.; *Wicke*, DSrR 2017, 2684 ff.

105 *Schön*, ZGR 2013, 333, 359 f.

106 EuGH NJW 2017, 3639, 3641, Rn. 39 – *Polbud*; so schon *Bayer/J. Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1486 f.

107 Vgl. *Cziupka*, in: Scholz, GmbHG, § 4a Rn. 20; *Hübner*, LMK 2017, 400167.

108 BGH, NJW 2009, 289, 290; *Weller*, IPRax 2017, 167 ff.; vgl. dazu Rdn. 59 ff.

109 BGH, DSrR 2009, 59, 61.

110 BGH, NJW 2009, 289, 290.

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 betreffe; subjektive Rechte der Angehörigen des Staates begründe es dagegen nicht. Eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des nationalen Rechts<sup>111</sup> scheitere im Übrigen daran, »dass das Übereinkommen international nicht so verstanden wird.«<sup>112</sup> Für die Praxis ist damit geklärt, dass das GATS keinen Einfluss auf die internationalprivatrechtliche Behandlung von ausländischen Kapitalgesellschaften hat.

### 3. Bilaterale Staatsverträge

Neben dem deutsch-US-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag (FHSV)<sup>113</sup> 41 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. In der Entscheidung zu dem deutsch-US-amerikanischen FHSV hat der BGH ausgeführt: »Das Personalstatut (Gesellschaftsstatut) einer juristischen Person und damit auch deren Rechts- und Parteifähigkeit im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika richtet sich grundsätzlich nach dem Recht des Staates, in dem die juristische Person gegründet wurde.«<sup>114</sup>

Die einschlägigen bilateralen Staatsverträge lassen sich wie folgt systematisieren:<sup>115</sup> 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. 42

#### a) Uneingeschränkte Gründungstheorie

Eine Festschreibung der uneingeschränkten Gründungstheorie gilt in dem Verhältnis zu den USA als einem der wichtigsten außereuropäischen Handels- und Wirtschaftspartner. Zudem ist die Gründungstheorie auch in dem Verhältnis zu Irland<sup>116</sup> und zu Spanien<sup>117</sup> 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. 43

#### b) »Halbseitige« Gründungstheorie

Des Weiteren gibt es ca. vierzig bilaterale Staatsverträge, in denen die Gründungstheorie nur halbseitig festgelegt wird.<sup>118</sup> Wirksam gegründete Gesellschaften aus diesen Staaten werden nach ihrem 44

111 Vgl. BVerfG, NJW 1982, 507, 510 – *Eurocontrol I*; NJW 1982, 512, 514 – *Eurocontrol II*.

112 BGH, NJW 2009, 289, 290; *Lehmann*, RIW 2004, 816 ff.; *Jung*, NZG 2008, 681, 683.

113 Art. XXV Abs. 5 Satz 2 Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik »Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29.10.1954 (BGBl. 1956 II, S. 488): 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 den Gebieten des anderen Vertragsteils anerkannt.« Vgl. *Kaulen*, Die Anerkennung von Gesellschaften unter Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des deutsche-US/amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag von 1954; *Paal*, RIW 2005, 735–740 zu einem etwaigen völkerrechtlichen *genuine link*-Vorbehalt.

114 BGH, NZG 2005, 44; vgl. zu den vermeintlichen Auswirkungen von Meistbegünstigungsklauseln in anderen Staatsverträgen *Hübner*, Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus »nicht-privilegierten« Drittstaaten, S. 97 ff.

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

116 Art. 13 Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und dem Irischen Freistaat vom 12.05.1930, RGBl. 1931 II, S. 115; in Kraft seit dem 21.12.1931, RGBl. 1931 II, S. 692.

117 Art. 15 Abs. 1, 2 des Niederlassungsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Spanien vom 23.04.1970, BGBl. 1972 II, S. 1041; in Kraft seit dem 26.11.1972, BGBl. 1972 II, S. 1557.

118 Aufzählung bei Eidenmüller-*Rehm*, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 2 Rn. 15 und *Spablinger/Wegen*. Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 260.

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 mit den jeweiligen Ländern geschlossen hat. Zu diesen Ländern zählen u.a. Indien<sup>119</sup> und Pakistan<sup>120</sup> sowie Katar<sup>121</sup>, Kuwait<sup>122</sup> und der Oman<sup>123</sup>.

- 45 Die Investitionsschutzabkommen enthalten Normen, die sich auf die Förderung und den Schutz von Kapitalanlagen von Staatsangehörigen und Gesellschaften der jeweils anderen Vertragspartei beziehen. Zudem finden sich in den Abkommen Diskriminierungsverbote und Meistbegünstigungsklauseln zugunsten der Staatsangehörigen und Gesellschaften der jeweils anderen Vertragspartei.<sup>124</sup> Hinzu treten Ergänzungen der Bestimmungen durch Definitionen des Begriffes »Gesellschaften«. Die Definitionen der Gesellschaften knüpfen regelmäßig an den Sitz der deutschen Gesellschaft an, d.h. den tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft.<sup>125</sup> Im Ergebnis bedeutet dies: Solange Deutschland in dem Verhältnis zu Nicht-EU/EWR-Staaten der Sitztheorie folgt, bewirken diese Abkommen keine inhaltliche Änderung der kollisionsrechtlichen Beurteilung von Gesellschaften.

### c) Sitztheorie

- 46 Gegenüber ca. 80 Ländern ist die Sitztheorie staatsvertraglich festgeschrieben.<sup>126</sup> Dazu zählen Abkommen über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, soweit nicht Art. 49, 54 AEUV eine andere Regelung treffen.<sup>127</sup> Zu diesen Ländern gehören u.a.: Argentinien<sup>128</sup>, Iran<sup>129</sup>, Japan<sup>130</sup>, Mexiko<sup>131</sup>, Russland<sup>132</sup>, Saudi-Arabien<sup>133</sup> und die Vereinigten Arabischen Emirate<sup>134</sup>.

### d) Besondere Anknüpfungspunkte

- 47 In dem Verhältnis zu einigen Staaten sind besondere Anknüpfungskriterien staatsvertraglich fixiert worden. So gilt gegenüber Deutschlands wichtigem Handelspartner China,<sup>135</sup> dass ausländische

---

119 Art. 1a) Kapitalschutzabkommen vom 10.07.1995, BGBl. 1998 II, S. 619; in Kraft seit dem 13.07.1998, BGBl. 1998 II, S. 2265.

120 Art. 8 Abs. 4 Kapitalschutzabkommen vom 25.11.1959, BGBl. 1961 II, S. 793; in Kraft seit dem 28.04.1962, BGBl. 1962 II S. 460.

121 Art. 1 Nr. 4 Kapitalschutzabkommen vom 14.06.1996, BGBl. 1998 II, S. 628; in Kraft seit dem 29.01.1999, BGBl. 1999 II S. 81.

122 Art. 1 Nr. 3 Kapitalschutzabkommen vom 30.03.1994, BGBl. 1997 II, S. 166; in Kraft seit dem 15.11.1997, BGBl. 1999 II S. 1987.

123 Art. 1 Nr. 4 Kapitalschutzabkommen vom 25.06.1979, BGBl. 1985 II, S. 354; in Kraft seit dem 04.02.1986, BGBl. 1986 II S. 460.

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

125 *Kindler*, in: MünchKommBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 326; *Ebenroth/Bippus*, RIW 1988, 336, 338.

126 *Eidenmüller-Rehm*, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 2 Rn. 16.

127 *Kindler*, in: MünchKommBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 328.

128 BGBl. II S. 1244; in Kraft seit 08.11.1993, BGBl. II S. 2036.

129 BGBl. 2004 II S. 55; in Kraft seit 23.06.2005 BGBl. II S. 769.

130 RGBl. 1927 II S. 1087; in Kraft seit 17.04.1928, RGBl. II S. 238.

131 BGBl. 2000 II S. 866; in Kraft seit 23.03.2001, BGBl. II S. 175.

132 BGBl. 1990 II S. 342; in Kraft getreten am 05.08.1991, BGBl. II S. 951; der Vertrag gilt zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Russischen Föderation fort, BGBl. 1992 II S. 1016.

133 BGBl. 1998 II S. 593; in Kraft seit 08.01.1999, BGBl. II S. 57.

134 BGBl. 1998 II S. 1474; in Kraft seit 25.07.1998, BGBl. II S. 1474.

135 Laut Statistischem Bundesamt war die Volksrepublik China im Jahr 2009 das zweitgrößte Herkunfts- und achtgrößte 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).

Gesellschaften grundsätzlich 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.<sup>136</sup> Aus den Kapitalschutzabkommen mit einigen afrikanischen Ländern (z.B. Niger<sup>137</sup> und Zentralafrikanische Republik<sup>138</sup>) oder auch Antigua und Barbuda<sup>139</sup> ergibt sich, dass für Gesellschaften aus diesen Ländern eine Mischung aus Gründungs- und Kontrolltheorie<sup>140</sup> 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.

### III. Autonomes Recht

Nachfolgend ist der Frage nachzugehen, wie die nationalen Gerichte die wegweisenden Entscheidungen des EuGH umgesetzt haben.<sup>141</sup> Traditionell folgte die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung der Sitztheorie.<sup>142</sup> Gleiches galt für die unterinstanzlichen Gerichte.<sup>143</sup> Die Rechtsprechung des EuGH zu der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften im Binnenmarkt stellt die überkommene international-gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung der deutschen Gerichte infrage. Insbesondere in der Rechtssache *Überseering*<sup>144</sup> drängte sich für die deutsche Rechtsprechung die Frage nach der Umsetzung der Entscheidungen des EuGH auf. Diese Entscheidung bot die Gelegenheit zu einer höchstrichterlichen Klärung des alten Streits zwischen Sitz- und Gründungstheorie auf europarechtlicher Ebene in Zuzugsfällen. Wie bereits dargestellt,<sup>145</sup> entschied der EuGH am 05.11.2002, dass sich die Rechts- und damit die Parteifähigkeit einer niederländischen Gesellschaft in Deutschland nach niederländischem Recht beurteilen.<sup>146</sup>

#### 1. Der Inhalt der Jersey-Entscheidung

Die Vorlage des VII. Zivilsenats des BGH an den EuGH veranlasste den II. Zivilsenat, in seiner *Jersey*-Entscheidung vom 01.07.2002 die Sitztheorie zu modifizieren.<sup>147</sup> Die Entscheidung behandelt die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer Gesellschaft von der Kanalinsel Jersey nach Deutschland. Da die Kanalinseln Jersey und Guernsey gem. Art. 355 Abs. 5 Buchst. c) AEUV i.V.m. dem Protokoll Nr. 3 zur BeitrA 1972<sup>148</sup> nicht zu der EU zählen, gilt die Niederlassungsfreiheit

136 Art. 1 Nr. 3 Kapitalschutzabkommen vom 07.10.1983, BGBl. 1985 II, S. 30; in Kraft seit dem 18.03.1985 II, S. 639.

137 Art. 8 Abs. 4 Kapitalschutzabkommen vom 17.09.1974, BGBl. 1975 II, S. 1237; in Kraft seit dem 14.12.1975, BGBl. 1976 II S. 137.

138 Art. 8 Abs. 4 Kapitalschutzabkommen vom 23.08.1965, BGBl. 1967 II S. 1657; in Kraft seit dem 21.01.1968, BGBl. 1991 II S. 1041.

139 Art. 1 Nr. 3 Kapitalschutzabkommen vom 05.11.1998, BGBl. 2000 II, S. 858; in Kraft seit dem 28.02.2001, BGBl. II S. 247.

140 Eidenmüller-*Rehm*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, § 2 Rn. 14; vgl. auch zur Kontrolltheorie *Kindler*, in: MünchKommBGB, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Rn. 352 ff.; die Kontrolltheorie stellt zur Ermittlung des Gesellschaftsstatuts im Wesentlichen auf die Staatsangehörigkeit der natürlichen oder juristischen Personen ab, die hinter der juristischen Person oder der Gesellschaft stehen.

141 Zu den Einzelheiten der Sitztheorie in der Rechtsprechung des BGH s. *Ebke*, in: FS 50 Jahre BGH, Bd. II, 799 ff.

142 RG, JW 1904, 231; BGHZ 25, 134, 144.

143 OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 1124; OLG Frankfurt am Main, NJW 1990, 2204; OLG Hamburg, NJW 1986, 2199; KG, DB 1997, 1124, 1125.

144 BGH, RIW 2000, 555.

145 Siehe Rdn. 20 ff.

146 EuGH, RIW 2002, 945, 948.

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

148 BGBl 1972 II S. 1338.

gem. Art. 49, 54 AEUV nicht für Gesellschaften aus Jersey.<sup>149</sup> Kollisionsrechtlich handelt es sich bei derartigen Gesellschaften um Gesellschaften aus einem Drittstaat. Der BGH entschied, dass die in Rede stehende Gesellschaft aus Jersey, über deren 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 Jahr 2001 die Rechtsfähigkeit der GbR anerkannt hatte.<sup>150</sup> 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.<sup>151</sup> Wendet man die modifizierte Sitztheorie auf eine ausländische Gesellschaft an, kommt es zu einer »Spaltung der Rechtspersönlichkeit«<sup>152</sup>, da ihr Heimatstaat sie weiterhin als Kapitalgesellschaft qualifiziert.

### 2. Folgeprobleme der Jersey-Entscheidung

- 50 Gegen die modifizierte Sitztheorie sprechen sowohl europarechtliche Erwägungen als auch ihre fehlende dogmatische Grundlage im Kollisionsrecht. Die nach dem *Jersey*-Urteil des II. Zivilsenats vom 01.07.2002 eingetretene Spaltung der Rechtspersönlichkeit führt zu unlösbaren kollisions-, sach- und internationalprozessrechtlichen Problemen. Im Übrigen ist sie europarechtswidrig, sofern sie auf Gesellschaften aus einem anderen EU-Mitgliedstaat angewendet werden sollte.<sup>153</sup>

### 3. Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und die Korrektur durch den BGH

- 51 Nach der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Überseering* muss einer in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten Kapitalgesellschaft die Rechtsfähigkeit nach ihrem Gründungsstatut zuerkannt werden. 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.<sup>154</sup> Dies hat der II. Zivilsenat des BGH in einem 2005 ergangenen Urteil unmissverständlich klargestellt.<sup>155</sup> Das Urteil behandelt die mögliche Haftung eines Geschäftsführers (»director«) einer britischen *private limited company* 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.<sup>156</sup> Die Frage nach dem autonomen Kollisionsrecht für europäische Auslandsgesellschaften ist geklärt: Sie werden auf kollisionsrechtlicher Ebene nach ihrem Gründungsrecht beurteilt. Gegenüber EU-Auslandsgesellschaften gilt also die Gründungstheorie.<sup>157</sup>

### 4. Kollisionsrechtliche und andere Bedenken gegen die modifizierte Sitztheorie

- 52 Gegen die Lösung der *Jersey*-Entscheidung bestehen neben der europarechtlichen Problematik, die der BGH bereits korrigiert hat, weitere Bedenken, die ebenfalls im Hinblick auf Gesellschaften aus Drittstaaten bestehen. In der Beurteilung des BGH in der *Jersey*-Entscheidung liegt nach der

---

149 Jersey ist auch nicht Teil des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und hat auch keinen Staatsvertrag mit Deutschland über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften abgeschlossen.

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

151 Zimmer, BB 2000, 1361, 1363 m.w.N.

152 Behrens, IPRax 2003, 193, 199; Ebke, JZ 2003, 927, 929.

153 Bartels, ZHR 2012, 412 ff.; Ebke, in: FS Thode, 593, 611.

154 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.

155 BGH, NJW 2005, 1648.

156 BGH, NJW 2005, 1648 f.

157 Ebke, BB 2005, Heft 23, »Die Erste Seite«.



Dogmatik des Internationalen Privatrechts eine Transposition vor.<sup>158</sup> 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, d.h., dass die beiden im Wesentlichen vergleichbar sind.<sup>159</sup> Eine schweizerische Aktiengesellschaft müsste sich beispielsweise im Inland als Gesellschaft bürgerlichen Rechts gem. §§ 705 ff. BGB behandeln lassen. Die Folge dieser Umqualifizierung wäre u.a. eine persönliche Haftung der Gesellschafter analog § 128 HGB, die durch die Konstruktion einer Kapitalgesellschaft gerade vermieden werden soll.<sup>160</sup> Zudem käme es in Vertretungsfragen zu einem Wechsel von Fremdorganschaft bei Kapitalgesellschaften zu einer Selbstorganschaft bei der neu geschaffenen Personengesellschaft.<sup>161</sup> 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.<sup>162</sup> Eine deutsche Personengesellschaft stellt für eine ausländische Kapitalgesellschaft keine funktionsäquivalente Rechtsform dar.

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; es ist aber denkbar, dass die Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als ausländische Gesellschaft ihren Anspruch ein zweites Mal vor den Gerichten ihres Heimatstaats geltend macht.<sup>163</sup> Es wäre sogar eine Doppeltitulation 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 gem. § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO entkräftet.<sup>164</sup> 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 ausländischen Kapitalgesellschaft im Ausland erstritten wurde und somit eine andere Klägerin (als die deutsche GbR) betrifft.<sup>165</sup> 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 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«,<sup>166</sup> mit dem der II. Zivilsenat des BGH zu verhindern versucht hat, dass der EuGH über die Frage der Europarechtskonformität der Sitztheorie entscheiden konnte.<sup>167</sup> Die *Jersey*-Entscheidung war eine Einzelfallentscheidung in einer besonderen Situation. Sie ist nach Auffassung von *Ebke* nur als »Rettungsversuch«

158 v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 6 Rn. 38 f.

159 Forsthoff, DB 2002, 2471, 2476; Behrens, IPRax 2003, 192, 199 ff.

160 Räuser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 1 Rn. 2.

161 Binz/Mayer, BB 2005, 2361, 2364.

162 Behrens, IPRax 2003, 193 ff.

163 Binz/Mayer, BB 2005, 2361, 2365.

164 Binz/Mayer, BB 2005, 2361, 2365.

165 Henze, BB 2000, 2053, 2054.

166 Ebke, in: FS Thode, 593, 611.

167 Henze, DB 2003, 2159, 2164, der zu den Absichten des II. Zivilsenats Stellung nimmt.

der Sitztheorie zu verstehen, von dem der BGH mit guten Gründen abweichen kann.<sup>168</sup> Der II. Zivilsenat hat jedoch mit einem Urteil zu der Rechtsfähigkeit schweizerischer Gesellschaften im Jahr 2008 die Anwendung der modifizierten Sitztheorie gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten bestätigt.<sup>169</sup>

- 55 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.<sup>170</sup> 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 Parteifähigkeit einer Gesellschaft aus Singapur zu entscheiden hatte. In seinem Beschluss hat der IX. Zivilsenat jedoch die modifizierte Sitztheorie ausdrücklich bestätigt.<sup>171</sup> Die angesprochenen Probleme bestehen damit nach wie vor.<sup>172</sup>

### 5. Behandlung von Gesellschaften aus EWR-Staaten

- 56 Ob die Niederlassungsfreiheit i.S.v. Art. 49, 54 AEUV auch für Gesellschaften aus dem Raum des EWR-Abkommens, die nicht der EU angehören (Norwegen, Island und Liechtenstein), gilt, hat der BGH in seiner Entscheidung vom 19.09.2005 bejaht.<sup>173</sup> Eine in einem EWR-Staat gegründete Kapitalgesellschaft ist in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens auf der Grundlage der in Art. 31 i.V.m. Art. 34 EWR-Abkommen<sup>174</sup> garantierten Niederlassungsfreiheit in der Rechtsform, in der sie gegründet worden ist, anzuerkennen. Diese Rechtsfolge, welche sich auch aus der Rechtssache *Überseering* ergibt, gilt auch innerhalb der Wissenschaft als unumstritten.<sup>175</sup>
- 57 Wie schon das OLG Frankfurt am Main als Vorinstanz festgestellt hat,<sup>176</sup> 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.<sup>177</sup> 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 an dem Wortlaut der jeweils einschlägigen Normen.<sup>178</sup> Dies gilt gleichermaßen für die hier einschlägige Niederlassungsfreiheit gem. 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.<sup>179</sup>
- 58 Zudem sprechen Sinn und Zweck des EWR-Abkommens sowie historische Überlegungen für die inhaltsgleiche Auslegung der in den Verträgen enthaltenden 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

---

168 *Ebke*, in: Sandrock/Wetzler, 101, 121; *Ebke*, in: FS Thode, 595, 612–614.

169 BGH, NJW 2009, 289 ff.

170 *Ebke*, in: Sandrock/Wetzler, 101, 122.

171 BGH, ZIP 2009, 2385 f.

172 Vgl. *Bartels*, ZHR 2012, 412 ff.

173 BGH, DStR 2005, 1870 ff.

174 EWR-Abkommen vom 02.05.1992 (BGBl. 1993 II, 266). Das EWR-Abkommen ist am 01.01.1994 in Kraft getreten (BGBl. 1994 II, 515).

175 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*, GmbH 2003, 793, 798; *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949, 957; *Weller*, DStR 2003, 1800, 1803.

176 OLG Frankfurt am Main, IPRax 2004, 56, 58.

177 OLG Frankfurt am Main, IPRax 2004, 56, 58.

178 *Baudenbacher/Buschle*, IPRax 2004, 26, 29.

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

Bürgern und Unternehmen der Zugang zu dem EU-Binnenmarkt gewährt wird.<sup>180</sup> Der EuGH hat in der Rechtssache *Ospelt*<sup>181</sup> anerkannt, dass das EWR-Abkommen mit dem AEUV in den Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt werden muss. Damit steht fest, dass das EWR-Abkommen wie eine Klammer zwischen den beteiligten EU- und EWR-Staaten zu einer privilegierten Verbindung führt.<sup>182</sup> Eine einschränkende Auslegung der Niederlassungsfreiheit ist in dem Verhältnis 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.<sup>183</sup>

## 6. Trabrennbahn-Entscheidung des BGH

Mit Urteil vom 27.10.2008 hat der II. Zivilsenat des BGH entschieden, dass nach gegenwärtiger Rechtslage auf eine schweizerische Gesellschaft die Sitz- und damit nicht die Gründungstheorie Anwendung findet.<sup>184</sup> Folglich hat der BGH die Einführung der Gründungstheorie in die Hände des Gesetzgebers gelegt. Von Seiten des BGH ist 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 schweizerische Gesellschaften auszudehnen. Gleiches gelte für die Bilateralen Verträge I & II<sup>185</sup> sowie die multilateralen völkerrechtlichen Verträge EMRK oder GATS, 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 Annäherung 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 ist. Für die Schweiz gälten daher die allgemeinen Regeln des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts, sodass für die kollisionsrechtliche Beurteilung schweizerischer Gesellschaften das Recht an dem Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes maßgeblich sei.<sup>186</sup> 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,<sup>187</sup> ob der Übergang zu der Gründungstheorie in dem Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit auch einer Anwendung derselben gegenüber

180 *Baudenbacher/Buschle*, IPRax 2004, 26, 31.

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

182 *Baudenbacher/Buschle*, IPRax 2004, 26, 31.

183 BGH, DStR 2005, 1870.

184 BGH, NJW 2009, 289 ff. Zu den Einzelheiten der Entscheidung *Goette*, DStR 2009, 63; *Gottschalk*, ZIP 2009, 948 ff.; *Hellgardt/Ilmer*, NZG 2009, 94 ff.; *Kieninger*, NJW 2009, 292 f.; *Kindler*, IPRax 2009, 189 ff.; *Werner*, GmbHR 2009, 191 ff.; *Wöhlert*, GWR 2009, 161; vgl. Rdn. 39 f.; vgl. auch *Weller*, IPRax 2017, 167 ff.

185 *Hübner*, Kollisionsrechtliche Behandlung von »nicht-privilegierten« Drittstaaten, S. 141–145.

186 BGHZ 97, 269, 271.

187 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.; *Kindler*, in: MünchKommBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 455; *Reithmann/Martiny/Hausmann*, Int. Vertragsrecht, Rn. 5066; *Wiedemann*,

Gesellschaften aus Drittstaaten nach sich zieht, sieht der BGH keinen Grund, diese Rechtsprechung zu ändern.<sup>188</sup> Der Senat stellt 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 zu dem damaligen Zeitpunkt die Einführung der Gründungstheorie vorsah.<sup>189</sup> 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«<sup>190</sup>, zumal die Gesellschaft schweizerischen Rechts mit inländischem Verwaltungssitz rechts- und damit parteifähig sei. Zwar sei sie nach der Jersey-Entscheidung des BGH<sup>191</sup> 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.

### IV. Quellen des Internationalen Gesellschaftsrechts

- 62 Als Rechtsquellen kommen neben dem deutschen autonomen Recht das Europäische Primärrecht in Gestalt von Art. 49, 54 AEUV und das Völkervertragsrecht in Betracht.<sup>192</sup> Das deutsche autonome Recht ist nicht kodifiziert und hat grundsätzlich die modifizierte Sitztheorie zum Gegenstand. Das Europäische Primärrecht in Form der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV führt zu der Anwendung der Gründungstheorie auf EU-Auslandsgesellschaften.<sup>193</sup> Schließlich enthalten auch zahlreiche bilaterale völkerrechtliche Verträge der Bundesrepublik Deutschland (häufig Investitionsschutzabkommen) kollisionsrechtliche Regelungen.<sup>194</sup>
- 63 Diese Rechtsquellen stehen nach Art. 3 EGBGB in einem Rangverhältnis. Ausgangspunkt für den Rechtsanwender ist nach der *lex fori* grundsätzlich das autonome Recht. Vor dem autonomen Recht genießt aber das Recht der völkerrechtlichen Verträge nach Art. 3 Abs. 2 EGBGB Vorrang. Das völkervertragliche Gesellschaftskollisionsrecht tritt wiederum hinter dem unionsrechtlichen Recht zurück. Dies ergibt sich deklaratorisch aus Art. 3 Abs. 1 EGBGB, konstitutiv folgt dies aber aus dem Anwendungsvorrang des Europäischen Primärrechts.<sup>195</sup> In der praktischen Anwendung bietet es sich daher an, die Prüfung bei dem vorrangigen Europäischen Primärrecht zu beginnen.

### D. Kollisionsrechtlicher Charakter von §§ 4a S. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG

- 64 Seit der Einführung der §§ 4a GmbHG, 5 AktG und der damit verbundenen Streichung von §§ 4a Abs. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG durch das MoMiG können deutsche Gesellschaften nach deutschem Sachrecht ihren Verwaltungssitz (nicht den Satzungssitz!) ins Ausland verlegen.<sup>196</sup> Ziel des

---

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.

188 BGH, NJW 2009, 289, 290 f.

189 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E.

190 BGH, NJW 2009, 289, 291; vgl. zum Richter als Ersatzgesetzgeber *Steiner*, NJW 2001, 2919 ff. m.w.N.; *Söllner*, ZG 1995, 1 ff.

191 BGHZ 151, 204.

192 *Weller*, in: MünchKommGmbHG, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 338 ff.; *ders.*, IPRax 2009, 202 ff.

193 Siehe Rdn. 15 ff.

194 Siehe Rdn. 41 ff.

195 *Weller*, in: MünchKommGmbHG, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 347.

196 Vgl. zur innerdeutschen Sitzverlegung *Cziupka*, in: Scholz, GmbHG, § 4a Rn. 17; *Meckbach*, NZG 2014, 526 ff.

Gesetzgeber war es, deutschen Gesellschaften die Verlegung des Verwaltungssitzes zu ermöglichen, ohne den Satzungssitz verlegen zu müssen, d.h. Satzungs- und Verwaltungssitz sollten damit auf der Ebene des Sachrechts entkoppelt werden können.<sup>197</sup> Der Satzungssitz muss seit dem MoMiG jedenfalls auf der Ebene des Sachrechts mit dem Verwaltungssitz nicht mehr übereinstimmen. Dies führt dazu, dass die bisherige Rechtsprechung, die an die grenzüberschreitenden Verwaltungssitzverlegung einer deutschen Kapitalgesellschaft die Auflösung und Liquidation knüpfte, nicht mehr aufrecht erhalten werden kann.<sup>198</sup> Das GmbHG und das AktG erlauben somit den Wegzug deutscher Gesellschaften. 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. Für die Praxis empfiehlt es sich, diese Frage einschließlich der notwendigen Mehrheitserfordernisse in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag zu regeln.<sup>199</sup> Wie *Kindler* ausführt, schafft der deutsche Gesetzgeber damit die Voraussetzungen für deutsche Scheinauslandsgesellschaften.<sup>200</sup> Inländische Konzerne können ihre Tochtergesellschaften mit Verwaltungssitz im Ausland in Form deutscher GmbHs führen. Dies ist auch ein erklärtes Ziel des Gesetzgebers.<sup>201</sup>

Einige Autoren messen den §§ 4a GmbHG, 5 AktG kollisionsrechtlichen Gehalt bei; sie erhielten versteckte Kollisionsnormen, da der Gesetzgeber nur auf diese Weise die angestrebte Mobilität erreichen könne.<sup>202</sup> Allerdings überzeugt diese Ansicht nicht. Die Streichung von §§ 4a Abs. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG wirkt sich ausschließlich auf der Ebene des Sachrechts aus.<sup>203</sup> Hätte der Gesetzgeber eine versteckte Kollisionsnorm innerhalb des Sachrechts schaffen wollen, hätte er dies zumindest in der Begründung gekennzeichnet. Einen Hinweis auf eine kollisionsrechtliche Dimension der Streichung der §§ 4a Abs. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG findet sich in der Begründung zum MoMiG nicht. Ein solcher wäre aber bei einer solch gravierenden Veränderung in Form der Abkehr von der gewohnheitsrechtlich fundierten Sitztheorie zu erwarten gewesen. Gegen einen kollisionsrechtlichen Gehalt spricht auch, dass der Gesetzgeber eine Veränderung der internationalprivatrechtlichen Rechtslage durch den Referentenentwurf im Internationalen Gesellschaftsrecht parallel angestrebt hat. Wenn der Gesetzgeber mit den §§ 4a GmbHG, 5 AktG Kollisionsnormen hätte schaffen wollen, wäre eine Veränderung des EGBGB durch den nicht weiter verfolgten Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht nicht notwendig gewesen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass es sich bei den §§ 4a GmbHG, 5 AktG allein um sachrechtliche Normen und nicht um versteckte Kollisionsnormen handelt. Diese Auffassung hat auch der BGH in der *Trabrennbahn*-Entscheidung bestätigt.<sup>204</sup>

Um eine wirkungsvolle Anwendung von §§ 4a GmbHG, 5 AktG zu gewährleisten, erfordert es zukünftig eine entsprechende kollisionsrechtliche Flankierung. Eine solche hätte der Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht bereitgestellt. Ohne eine entsprechende Regelung im Kollisionsrecht läuft die Regelung der §§ 4a GmbHG, 5 AktG für Verlegungen des Verwaltungssitzes ins Ausland außerhalb des Geltungsbereichs von AEUV, EWR und bilateralen Staatsverträgen ins Leere, wenn die ausländische Rechtsordnung der Sitztheorie folgt. Durch die Streichung von §§ 4a Abs. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG hat der deutsche Gesetzgeber die Sitztheorie nicht abgeschafft.

197 BT-Drucks. 16/6140, S. 29.

198 *Gehrlein/Witt*, GmbH-Recht in der Praxis, S. 12.

199 *Otte*, BB 2009, 344 f.

200 *Kindler*, AG 2007, 721, 722.

201 BT-Drucks. 16/6140, S. 29.

202 *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 4a Rn. 15; *Cziupka*, in: *Scholz*, GmbHG, § 4a Rn. 24; *Fas-trich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 4a Rn. 11; *Hoffmann*, ZIP 2007, 1581, 1582; *Verse*, ZEuP 2013, 458, 466 m.w.N.

203 *Weller*, in: *MünchKommGmbHG*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 384.

204 BGH, NJW 2009, 289, 291; *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 204; *Kindler*, AG 2007, 721, 725; vgl. Rdn. 59 ff.

### E. Qualifikation – Kollisionsrechtliche Abgrenzung zu angrenzenden Regelungsbereichen

#### I. Maßstab des Art. 10a EGBGB-E

- 67 Unter das Gesellschaftsstatut nach der *lex fori* fallen alle in Art. 10 Abs. 2 EGBGB-E aufgeführten Bereiche.<sup>205</sup> Sie sind jedoch von anderen möglicherweise anwendbaren Statuten abzugrenzen. Besonders relevant ist dies in Haftungsfragen, wie z.B. der Haftung wegen Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten, vgl. Art. 10 Abs. 2 Nr. 8 EGBGB-E. Nach dem Referentenentwurf<sup>206</sup> zählen dazu die Innenhaftung von Organmitgliedern und Mitgliedern untereinander wegen Verletzung allgemeiner Treupflichten oder sonstiger besonderer Verhaltenspflichten aus dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung oder aus Gesetz oder auch andere gesellschaftsrechtliche Pflichten, die den Schutz Dritter und die Haftung ihnen gegenüber bezwecken.<sup>207</sup> Die Entscheidung, ob und wann bei einer Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten auch die außervertragliche Haftung, insbesondere aus Delikt, dem Gesellschaftsstatut unterfällt oder aber gesondert anzuknüpfen ist, ist der Rechtsprechung überantwortet.<sup>208</sup>
- 68 Der Referentenentwurf weist auf die Abgrenzung zu angrenzenden Rechtsgebieten (Vertrags-, Delikts- oder Insolvenzrecht) hin. Diese Abgrenzung erfolgt in der Regel mittels der sog. Qualifikation.<sup>209</sup> Bei dieser handelt es sich um die Subsumtion des relevanten Sachverhalts unter den im Tatbestand der Kollisionsnorm genannten Anknüpfungsgegenstand.<sup>210</sup> Nach *Kegel/Schurig* hat die Qualifikation zwei wesentliche Facetten. Einerseits dient sie der angesprochenen Abgrenzung der betroffenen Statute unter Berücksichtigung der Systembegriffe wie Gesellschafts-, Delikts- oder Insolvenzrecht. Diese müssen nicht mit den Begriffen des Sachrechts übereinstimmen. Es bedarf häufig der Auslegung. Andererseits muss das fragliche Rechtsinstitut einem der Systembegriffe zugeordnet werden.<sup>211</sup> Diese Zuordnung geschieht durch die sog. funktionale Qualifikation, nach der der Sinn und Zweck des jeweiligen Rechtsinstituts mit dem des Systembegriffs korrespondieren muss.<sup>212</sup>
- 69 Als problematisch erscheinen in dem skizzierten Bereich der Haftung wegen der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten nach Art. 10 Abs. 1 Nr. 8 EGBGB-E u.a. die Existenzvernichtungs-<sup>213</sup>, die Insolvenzverschleppungs-<sup>214</sup> oder auch die Insolvenzverursachungshaftung<sup>215</sup>.
- 70 Vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Bestrebungen durch das MoMiG, die Krisenverantwortlichkeit vermehrt in das Insolvenzrecht zu verlagern,<sup>216</sup> 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. Im Insolvenzrecht erfolgt eine territoriale Anknüpfung.<sup>217</sup>

---

205 Vgl. RefE Internationales Gesellschaftsrecht; siehe Rdn. 3.

206 BGH, NJW 2005, 1648 ff.

207 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 12.

208 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 12.

209 *Kegel/Schurig*, IPR, § 7 S. 327 ff.; v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, § 6 Rn. 1 ff.

210 v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, § 6 Rn. 1.

211 *Sonnenberger*, in MünchKommBGB, Einl. IPR, Rn. 451.

212 v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, § 6 Rn. 27 ff.

213 *Hübner*, Kollisionsrechtliche Behandlung von »nicht-privilegierten« Drittstaaten, S. 217–221.

214 *Hübner*, Kollisionsrechtliche Behandlung von »nicht-privilegierten« Drittstaaten, S. 223–225.

215 *Hübner*, Kollisionsrechtliche Behandlung von »nicht-privilegierten« Drittstaaten, S. 229–230.

216 *Bork*, ZGR 2007, 250, 267.

217 Vgl. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO, der auf den Mittelpunkt der tatsächlichen Interessen (*center of main interest* – COMI) abstellt. Als COMI 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.

Daher erweist es sich als widerstandsfähig gegen eine Minderung des Gläubigerschutzes aus Sicht der *lex fori*.<sup>218</sup> Deutsches Insolvenzrecht kann somit innerhalb des Geltungsbereichs des AEUV auf EU-ausländische Gesellschaften angewendet werden. Das Insolvenzrecht blickt nicht auf das Gründungsstatut der Gesellschaft, sondern auf den territorialen Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit (COMI).<sup>219</sup> Daher bietet es sich im methodisch vertretbaren Rahmen als ein Mittel zu der Bekämpfung gläubigerschädigender Handlungen der tätigen Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz an.

## II. Abgrenzung zum Insolvenzstatut

Einen wesentlichen Beitrag zur Reichweite des Insolvenzstatuts in Abgrenzung zu dem Gesellschaftsstatut liefert das Case Law des EuGH zur Auslegung von Art. 3, 4 EuInsVO, d.h. die Entscheidungen *Gourdain/Nadler*<sup>220</sup>, *Seagon/Deko Marty*<sup>221</sup>, *German Graphics Graphische Maschinen*<sup>222</sup>, *FTex*<sup>223</sup>, *Nickel & Goeldner Spedition*<sup>224</sup> und *H./H.K.*<sup>225</sup> sowie *Kornhaas*<sup>226</sup>.

Die erste relevante Entscheidung in dieser Hinsicht erging in der Rechtssache *Gourdain/Nadler*<sup>227</sup> zur französischen *action en comblement du passif* (»Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers«). Entscheidungen sind dem Insolvenzverfahren zuzuordnen, »wenn sie unmittelbar aus diesem Verfahren hervorgehen und sich eng innerhalb des Rahmens eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens in dem vorgenannten Sinne halten«<sup>228</sup>. Die heranzuziehenden Indizien teilt der EuGH in prozessual und materiell-rechtliche ein: zur ersten Gruppe gehöre die Zuständigkeit der Insolvenzgerichte sowie die Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis der Insolvenzverwalter; zur zweiten Gruppe zähle das Kriterium der Mehrung der Aktiva der insolventen Gesellschaft mit dem Ziel, die haftende Vermögensmasse zu Gunsten der Gesamtheit der Gläubiger zu vergrößern.<sup>229</sup> Der EuGH betont, dass es für eine insolvenzrechtliche Einordnung nicht stets der Erfüllung aller Kriterien bedürfe; sie seien auch nicht abschließend.<sup>230</sup>

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Seagon/Deko Marty*<sup>231</sup> hat die Aussagen der Entscheidung *Gourdain/Nadler*<sup>232</sup> weiter spezifiziert. Nach Auffassung des EuGH besteht ein insolvenzspezifischer Konnex zwischen den Insolvenzanfechtungsregeln und dem Insolvenzverfahren. Die Erhebung einer Insolvenzanfechtungsklage durch einen Insolvenzverwalter diene dem Interesse aller Gläubiger, weil eine für die Gläubiger nachteilige Vermögensverschiebung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens rückgängig gemacht werden soll. Dies entspricht den prozessualen und materiell-rechtlichen Kriterien der Entscheidung *Gourdain/Nadler*: zum einen ist der Insolvenzverwalter einziehungs- und prozessführungsbefugt; zum anderen verfolgen die Insolvenzanfechtungsregeln ebenso den Zweck, die Aktiva der insolventen Gesellschaft zu Gunsten der Gesamtheit der Gläubiger zu vermehren.

218 Schön, Der Konzern 2004, 162, 168.

219 Kaban, in: Hopt/Wymeersch, Capital Markets and Company Law, 145, 148.

220 EuGH, Urt. v. 22.02.1979 – Rs. C-133/78, *Gourdain/Nadler*, BeckEuRS 1979, 74734.

221 EuGH, Urt. v. 12.02.2009 – C-339/07, *Seagon/Deko Marty*, NJW 2009, 2189 f.

222 EuGH, Urt. v. 10.9.2009 – C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen*, NZI 2009, 741.

223 EuGH, Urt. v. 19.4.2012 – C-213/10 – *FText*, NZI 2012, 469, 471 f.

224 EuGH, Urt. v. 4.9.2014 – Rs. C-157/13 – *Nickel & Goeldner Spedition GmbH/Kintra* UAB, NZI 2014, 919.

225 EuGH, Urt. v. 4.12.2014, – C-295/13 – *H./H.K.*, EuZW 2015, 141; vgl. dazu *Kindler*, EuZW 2015, 143 f.

226 EuGH, Urt. v. 10.12.2015, – C-594/14 – *Kornhaas/Dithmar*, EuZW 2016, 155; vgl. dazu *Kindler*, EuZW 2016, 136 ff.; *Weller/Hübner*, NJW 2016, 225.

227 *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 407.

228 EuGH, Urt. v. 22.2.1979 – Rs. C-133/78 – *Gourdain/Nadler*, BeckEuRS 1979, 74734.

229 EuGH, Urt. v. 22.2.1979 – Rs. C-133/78 – *Gourdain/Nadler*, BeckEuRS 1979, 74734.

230 *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 407; *Haubold*, IPRax 2002, 157, 163.

231 EuGH, Urt. v. 12.2.2009 – C-339/07 – *Seagon/Deko Marty*, NJW 2009, 2189 f.

232 EuGH, Urt. v. 22.2.1979 – C-133/78 – *Gourdain/Nadler*, BeckEuRS 1979, 74734.

- 74 Mit der Entscheidung *German Graphics Graphische Maschinen*<sup>233</sup> schränkte der EuGH die in der Literatur diskutierte extensive Auslegung des Art. 4 EuInsVO<sup>234</sup> etwas ein. Die EuInsVO dürfte nicht weit ausgelegt werden; hingegen sei der in Art. 1 Abs. 1 EuGVVO enthaltene Begriff »Zivil- und Handelssachen« und damit der Anwendungsbereich der EuGVVO weit zu fassen,<sup>235</sup> was aus der Zusammenschau der Erwägungsgründe 7<sup>236</sup> und 15<sup>237</sup> der EuGVVO mit dem Erwägungsgrund 6 der EuInsVO<sup>238</sup> zu folgern sei. Eine Klage gegen den Insolvenzverwalter auf Grundlage einer Eigentumsvorbehaltsklausel stehe nicht in unmittelbarem und engem Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren.<sup>239</sup> Gegen einen solchen Zusammenhang spreche insbesondere, dass die aufgeworfene Rechtsfrage von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unabhängig sei.<sup>240</sup> In die gleiche Richtung deutet die Entscheidung *FTex*<sup>241</sup> des EuGH. Die Klage aus einer vom Insolvenzverwalter abgetretenen Forderung sei nicht insolvenzrechtlich einzuordnen, da diese Forderung nicht mehr in engem Verhältnis mit dem Insolvenzverfahren stehe.<sup>242</sup> Anders als der Insolvenzverwalter agiere der Zessionar vor allem aus egoistischen Motiven.<sup>243</sup>
- 75 In *Nickel & Goeldner*<sup>244</sup> erläutert der EuGH, dass anstelle des prozessualen Kontexts der Klage die Rechtsgrundlage für die Zuordnung zum Zivil- oder Insolvenzrecht entscheidend sei. Zu prüfen ist, ob der fragliche Anspruch aus den allgemeinen Regelungen des Zivil- und Handelsrechts oder aus den abweichenden Spezialregelungen für Insolvenzverfahren resultiert.<sup>245</sup>
- 76 (unbesetzt)
- 77 In den Vorlageentscheidungen *H./H.K.*<sup>246</sup> und *Kornhaas*<sup>247</sup> erhielt der EuGH die Gelegenheit, die Rechtsprechung aus *Nickel & Goeldner* auf die international-zivilverfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Einordnung des § 64 S. 1 GmbHG zu übertragen. In beiden Verfahren urteilte der Gerichtshof, dass die auf § 64 S. 1 GmbHG gestützte Klage eines Insolvenzverwalters dem Insolvenzrecht zuzuordnen sei.<sup>248</sup> Die Klage sei anlässlich eines Insolvenzverfahrens erhoben worden und habe ihren Ursprung im Insolvenzverfahrensrecht und nicht in anderen Regeln.<sup>249</sup> Obwohl die Norm den Begriff der Insolvenz nicht erwähne, ändere dies nichts an ihrem engen Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren. Da es für die Anwendung des § 64 S. 1 GmbHG der materiellen Zahlungsunfähigkeit der GmbH bedürfe, könne sie nicht dem allgemeinen Zivil- und Verfahrensrecht

---

233 EuGH, Urt. v. 10.09.2009 – C-292/08 – *German Graphics Graphische Maschinen*, NZI 2009, 741.

234 Vgl. dazu *Weller*, in: MünchKomm-GmbHG, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 408.

235 EuGH, Urt. v. 10.09.2009 – C-292/08 – *German Graphics Graphische Maschinen*, NZI 2009, 741, 742.

236 »Der sachliche Anwendungsbereich dieser Verordnung sollte sich, von einigen genau festgelegten Rechtsgebieten abgesehen, auf den wesentlichen Teil des Zivil- und Handelsrechts erstrecken.«

237 »Im Interesse einer abgestimmten Rechtspflege müssen Parallelverfahren so weit wie möglich vermieden werden, damit nicht in zwei Mitgliedstaaten miteinander unvereinbare Entscheidungen ergehen. Es sollte eine klare und wirksame Regelung zur Klärung von Fragen der Rechtshängigkeit und der im Zusammenhang stehenden Verfahren sowie zur Verhinderung von Problemen vorgesehen werden, die sich aus der einzelstaatlich unterschiedlichen Festlegung des Zeitpunkts ergeben, von dem an ein Verfahren als rechtshängig gilt. Für die Zwecke dieser Verordnung sollte dieser Zeitpunkt autonom festgelegt werden.«

238 Siehe Fn 27.

239 EuGH, Urt. v. 10.09.2009 – C-292/08 – *German Graphics Graphische Maschinen*, NZI 2009, 741, 742 f.

240 EuGH, Urt. v. 10.09.2009 – C-292/08 – *German Graphics Graphische Maschinen*, NZI 2009, 741, 743.

241 EuGH, Urt. v. 19.4.2012 – C-213/10 – *FTex*, NZI 2012, 469, 471 f.

242 EuGH, Urt. v. 19.4.2012 – C-213/10 – *FTex*, NZI 2012, 469, 472.

243 EuGH, Urt. v. 19.4.2012 – C-213/10 – *FTex*, NZI 2012, 469, 472.

244 EuGH, Urt. v. 4.9.2014 – Rs. C-157/13 – *Nickel & Goeldner/Kintra* –, NZI 2014, 919, 921.

245 EuGH, Urt. v. 04.09.2014 – Rs. C-157/13 – *Nickel & Goeldner/Kintra* –, NZI 2014, 919, 921.

246 EuGH, Urt. v. 04.12.2014 – C-295/13 – *H./H.K.*, EuZW 2015, 141.

247 EuGH, Urt. v. 10.12.2015 – C-594/14 – *Kornhaas/Dithmar*, EuZW 2016, 155.

248 EuGH, Urt. v. 04.12.2014 – C-295/13 – *H./H.K.*, EuZW 2015, 141, 142; EuGH, Urt. v. 10.12.2015 – C-594/14 – *Kornhaas/Dithmar*, EuZW 2016, 155, 156.

249 EuGH, Urt. v. 04.12.2014 – C-295/13 – *H./H.K.*, EuZW 2015, 141, 142; EuGH, Urt. v. 10.12.2015 – C-594/14 – *Kornhaas/Dithmar*, EuZW 2016, 155, 156.



i.S.v. Art. 1 Abs. 1 EuGVVO zugeordnet werden.<sup>250</sup> Dass die Klage auch ohne Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erhoben werden könne, stehe einer Einordnung als insolvenzrechtlich nicht entgegen.<sup>251</sup> Es sollte nicht »künstlich«<sup>252</sup> zwischen der Klage aus § 64 S. 1 GmbHG und den Insolvenzanfechtungsklagen, die der EuGH in der Rechtssache *Seagon/Deko Marty*<sup>253</sup> bereits insolvenzrechtlich qualifiziert hat, unterschieden werden.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die angeführten Kriterien aus *Gourdain/Nadler* weiterhin gelten. Die Rechtsprechung des EuGH zeigt, dass häufig das materielle Indiz über die insolvenzrechtliche Einordnung entscheidet. Die entscheidende Frage ist, ob die fragliche Norm der Vermögensmehrung der Aktiva der insolventen Gesellschaft zu Gunsten aller Gläubiger dient. 78

## F. Sitzverlegung

Im Fall einer Sitzverlegung sind sowohl Zuzugs- und als auch Wegzugsrechtsordnung zu betrachten, da die Gesellschaft nur fortbesteht, wenn dies beide Rechtsordnungen vorsehen (Kombinationslehre).<sup>254</sup> Für die Beurteilung der Wirksamkeit ist zwischen kollisionsrechtlicher und sachrechtlicher Ebene zu trennen. 79

## I. Formen der Sitzverlegung

Als Formen der Sitzverlegung kommen zum einen die Verlegung des Verwaltungssitzes (unter II.), zum anderen die Verlegung des Satzungssitzes (unter III.) in Betracht. Wesentlicher Unterschied zwischen beiden Formen des Sitzwechsels ist, dass bei einer Verlegung des isolierten Verwaltungssitzes die Gesellschaft in ihrer ursprünglichen Rechtsform erhalten bleibt. Insofern bezeichnet man diese Form der Sitzverlegung als rechtsformwahrende Sitzverlegung.<sup>255</sup> Der Rechtsträger bewahrt also seine Identität. Im Fall bestehender Vertragsverhältnisse, deren Fortbestehen für das Unternehmen von besonderer Wichtigkeit ist, ist dies entsprechend zu berücksichtigen. Bei einer Verlegung des Verwaltungssitzes ändert sich zudem das Insolvenzstatut im Anwendungsbereich der EuInsVO, da der Anknüpfungspunkt das COMI i.S.v. Art. 3, 4 EUInsVO ist. Diese Variante des Forum Shopping ist nach der Entscheidung des EuGH *Interedil* auch dann möglich, wenn die Sitzverlegung kurz vor Einleitung des Insolvenzverfahrens erfolgt.<sup>256</sup> Die sachrechtlichen Grenzen hat der Gesetzgeber durch die Einführung des § 4a GmbHG aufgehoben.<sup>257</sup> 80

Anders als bei der Verlegung des Verwaltungssitzes bedeutet eine Verlegung des Satzungssitzes (grenzüberschreitender Formwechsel), dass sich die Rechtsform des Unternehmens ändert. Allerdings erfolgt auch der grenzüberschreitende Formwechsel identitätswahrend (Kontinuitätsprinzip), d.h. der Rechtsträger bleibt bestehen. Der Vorteil gegenüber einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, die über die partielle Gesamtrechtsnachfolge in vielen Fällen dieselben Ergebnisse erzielt, liegt auf der Hand: Es entsteht kein neuer Rechtsträger. Die Gesamtrechtsnachfolge führt aber nach deutschem Sachrecht nicht zum Übergang von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen oder Lizenzen.<sup>258</sup> Weiterhin kann eine Verschmelzung – je nach Vertragslage – Kündigungsrechte der wichtigen Vertragspartner auslösen; alternativ kann eine Abtretung oder Übertragung zumindest 81

250 EuGH, Urt. v. 04.12.2014 – C-295/13 – *H./H.K.*, EuZW 2015, 141, 142; EuGH, Urt. v. 10.12.2015 – C-594/14 – *Kornhaas/Dithmar*, EuZW 2016, 155, 156.

251 EuGH, Urt. v. 04.12.2014 – C-295/13 – *H./H.K.*, EuZW 2015, 141, 142.

252 EuGH, Urt. v. 04.12.2014 – C-295/13 – *H./H.K.*, EuZW 2015, 141, 142.

253 EuGH, Urt. v. 12.02.2009 – C-339/07, *Seagon/Deko Marty*, NJW 2009, 2189 f.

254 *Weller/Rentsch*, IPRax 2013, 530 ff.; vgl. auch *Zwirlein*, ZGR 2018, 900 ff.

255 *Weller*, Sitzverlegungen und von Gesellschaften in Europa: rechtliche und praktische Probleme, ZEW Nr. 198, S. 9.

256 EuGH v. 20.10.2011 – C-369/09, *Interedil*, ZIP 2011, 2153 ff., Rn. 54 ff.; zu den Motiven der Insolvenzarbitrage, *Weller*, Sitzverlegungen und von Gesellschaften in Europa: rechtliche und praktische Probleme, ZEW Nr. 198, S. 11 ff.

257 Siehe Rdn. 64 ff.

258 Schmitt/Hörtnagel/Stratz/Srätz, UmwG, § 20 Rn. 89; Semler/Stengel-Kübler, UmwG, § 20 Rn. 71.

von der Genehmigung des Vertragspartners abhängen. Ähnliches gilt in den Fällen, in denen eine *Change-of-Control*-Klausel vereinbart ist. Eine Verschmelzung kann auch wegen der steuerrechtlichen Implikationen Nachteile enthalten. Beispielsweise kann bei einem Rechtsträgerwechsel Grunderwerbssteuer wegen des Eigentumsübergangs anfallen; dies gilt aber nicht bei einem identitätswahrendem Rechtsformwechsel.<sup>259</sup>

### II. Verwaltungssitzverlegung

- 82 Die Anforderungen an die Verwaltungssitzverlegung haben die Entscheidungen *Überseering* aus Sicht des Zuzugsstaats und *Daily-Maill Cartesio* aus der des Wegzugsstaats präzisiert. Für den Zuzugsstaat gilt, dass dieser die Verlegung des Verwaltungssitzes einer ausländischen juristischen Person als Begründung einer Zweigniederlassung akzeptieren muss, soweit der Gründungsstaat diese ebenfalls hingenommen hat.<sup>260</sup> Die Regelungsmacht des Wegzugsstaats (i.d.R. dem Gründungsstaat), dem die juristische Person ihre Existenz verdankt, geht so weit, dass sie nicht nur über die Entstehung und Wirksamkeit, sondern auch über deren Fortbestand bei Verlegung des Verwaltungssitzes über die Grenze entscheiden darf. Konkret darf der jeweilige Mitgliedsstaat den Beschluss über die Verwaltungssitzverlegung als Auflösungsbeschluss interpretieren.<sup>261</sup> Dies hat der deutsche Gesetzgeber aber mit den §§ 4a S. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG nicht getan, sondern mit dem MoMiG deutschen Kapitalgesellschaften bewusst die Verlegung des Verwaltungssitzes ermöglichen wollen.<sup>262</sup> Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass jedes rechtliche Wegzugshindernis mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sein muss. Unklar ist jedoch, welche Wegzugshindernisse gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.<sup>263</sup>
- 83 Der Schutz der *stakeholder* erfolgt unterschiedlich. Für die Minderheitsgesellschafter, denen eine Übervorteilung durch die Mehrheit droht, besteht kein Schutzbedürfnis, da weder das Gesellschaftsstatut noch der Gerichtsstand (vgl. Art. 22 Nr. 2 EuGVO) geändert wird. Die Gläubiger sind vor der potenziellen Verlagerung von Gesellschaftsvermögen zu schützen. Eine einheitliche kollisionsrechtliche Behandlung ist durch die EuInsVO sichergestellt, da diese zum Schutz der Gläubiger Sonderanknüpfungen nach Art. 5–15 EuInsVO, insbesondere das Sekundärinsolvenzverfahren nach Art. 28 ff. EuInsVO kennt. Vertragsstatut und Gerichtsstand ändern sich hier ebenfalls nicht. Schließlich hat die reine Verwaltungssitzverlegung auch keinen Einfluss auf die unternehmerische Mitbestimmung, sodass die Arbeitnehmer insofern keines Schutzes bedürfen.

### III. Satzungssitzverlegung/Grenzüberschreitender Formwechsel

- 84 Terminologisch und auch inhaltlich sind die häufig zusammen genannten Begriffe der Satzungssitzverlegung und des grenzüberschreitenden Formwechsels voneinander zu trennen. Eine Verlegung des Satzungssitzes geht nicht zwingend mit einem Formwechsel einher.<sup>264</sup> Vielmehr ist es theoretisch denkbar, dass eine Gesellschaft unter Wahrung ihrer rechtlichen Identität die Aufnahme in das Handelsregister des Zuzugsstaats begehrt. Unklar war bis zur *Polbud*-Entscheidung<sup>265</sup>, ob dieses Verhalten im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit steht.<sup>266</sup> Laut *Weller* knüpfen die EU-Mitgliedstaaten das Fortbestehen ihrer eigenen Kapitalgesellschaftsformen an die Voraussetzung eines inländischen Satzungssitzes, vgl. §§ 4a GmbHG, 5 AktG.<sup>267</sup> Der Satzungssitz bestimmt die

---

259 Boruttau/Fischer, GrEStG, § 1 Rn. 60.

260 Schön, ZGR 2013, 333, 355.

261 W.-H. Roth, in: FS Hoffmann-Becking, 965, 972 ff.; Schön, ZGR 2013, 333, 355.

262 Siehe Rdn. 64 ff.

263 Vgl. EuGH v. 29.11.2011 – *National Grid Indus* – DStR 2011, 2334 ff., worin der EuGH eine Wegzugsbesteuerung als rechtfertigungsbedürftig ansieht.

264 Weller, LMK 2012, S. 336113 (beck-online).

265 Vgl. dazu Rdn. 38a–38d.

266 Müller-Graff, FS Hellwig, 265 ff., der sich dafür ausspricht. A.A. Schön, ZGR 2013, 333, 356; G. H. Roth, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, S. 36 ff.

267 Weller, LMK 2012, S. 336113 (beck-online).

Zuständigkeit des Handelsregisters, in dem die konstitutive Eintragung zu erfolgen hat, vgl. § 7 Abs. 1 GmbHG. Mit der *Polbud*-Entscheidung ist nun geklärt, dass auch der isolierte Satzungsitzwechsel unter die Niederlassungsfreiheit fällt.<sup>268</sup>

Die bisherige Praxis behalf sich mit der analogen Anwendung der Vorschriften zum nationalen Formwechsel i.S.v. §§ 190 ff. UmwG i.V.m. Grundsätzen der *Vale*-Entscheidung des EuGH,<sup>269</sup> um einen grenzüberschreitenden Hineinformwechsel zu ermöglichen.<sup>270</sup> Für den Herausformwechsel stellen die Obergerichte und Teile der Literatur auf eine Lösung über die §§ 190 ff. UmwG ab; bestimmte Schutzlücken zu Lasten Dritter wie Gläubiger und Arbeitnehmer sollen über die analoge Anwendung der Bestimmungen der §§ 122a ff. UmwG zur grenzüberschreitenden Verschmelzung geschlossen werden.<sup>271</sup>

#### IV. Ausblick: Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie

Der EuGH hat sich auch in diesem Kontext als »Motor der Integration« erwiesen. Dies zeigt das Zusammenspiel zwischen den Entscheidungen des OLG Nürnberg<sup>272</sup> mit der *Vale*-Entscheidung oder auch die *Polbud*-Entscheidung<sup>273</sup>. Infolge der weiterhin bestehenden Unsicherheiten war eine Regelung durch eine Ergänzung des UmwG um einen grenzüberschreitenden Formwechsel angezeigt. Idealerweise wird der europäische Gesetzgeber tätig und nimmt sich einer Änderung oder Ergänzung des sekundären Unionsrechts an. Eine grenzüberschreitende Sitzverlegungsrichtlinie ist zwingend notwendig, um eine rechtssichere Durchführung grenzüberschreitender Formwechsel sowohl im Wegzugs- als auch im Zuzugsstaat zu ermöglichen.<sup>274</sup>

Erfreulicherweise hat die EU-Kommission nun einen solchen Vorschlag im Rahmen des Company Law Package 2018 vorgelegt.<sup>275</sup> Nach seinem Grundkonzept soll die Richtlinie (EU) 2019/2121 (Mobilitätsrichtlinie) zum einen die existierenden Regeln zur grenzüberschreitenden Verschmelzung (§§ 122a ff. UmwG) weitergehend als bisher harmonisieren sowie überhaupt eine europäische Regelung für die grenzüberschreitende Spaltung und vor allem zum grenzüberschreitenden Formwechsel implementieren.<sup>276</sup>

268 So auch Beck-*OLG UmwG/Schürnbrand/Forster* Stand: 1.10.2019, § 190 Rn. 6 ff.; *Althoff/Narr* in Böttcher/Harbigorst/Schulte Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 190 UmwG Rn. 16 ff.; *Drinhausen/Keinadt* in Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 190 UmwG Rn. 17 f.; *Hoger* in Lutter, Umwandlungsgesetz, 6. Aufl., Einf. Rn. 38 ff.

269 Vgl. dazu Rdn. 30-32.

270 OLG Nürnberg, DNotZ 2014, 150 ff. m.Anm. *Hübner*, IPRax 2015, 134 ff.

271 OLG Saarbrücken NZG 2020, 390 ff., das sogar eine Vorwirkung der Richtlinie (EU) 2019/2121 (Mobilitätsrichtlinie) annimmt; vgl. auch OLG Frankfurt a. M. NZG 2017, 423 ff.; KG ZIP 2016, 1223 ff.; *Althoff/Narr* in Böttcher/Harbigorst/Schulte Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 190 UmwG Rn. 22a; *Hoger* in Lutter, Umwandlungsgesetz, 6. Aufl., Einf. Rn. 39 f.; *Winter/Marx/De Decker*, DStR 2017, 1664, 1666; *Teichmann*, ZIP 2017, 1190, 1191; *Wicke*, DStR 2012, 1756, 1758; *Heckschen*, ZIP 2015, 2049, 2060; vgl. für einen Rückgriff auf die Regeln zur Sitzverlegung der SE nach Art. 8 SEVO, §§ 12 ff. SEAG *Seibold*, ZIP 2017, 456, 459; *Bayer/Schmidt* ZIP 2012, 1481, 1488; dagegen allerdings KG ZIP 2016, 1223, vgl. hierzu *Zwirlein*, ZGR 2017, 114 ff.

272 OLG Nürnberg, DNotZ 2014, 150 ff.

273 Siehe Rdn. 30 ff.

274 *Schön*, ZGR 2013, 333, 365.

275 280a COM (2018) 241 final; vgl. dazu *J. Schmidt*, Der Konzern 2018, 229 ff., 273 ff.; *dies.*, Cross-border mergers and divisions, and transfers of seat: is there a need to legislate, PE 559.960; *dies.*, ECFR 2019, 222 ff.; *Habersack*, ZHR 182 (2018) 495 ff.; *U. Noack/Kraft*, DB 2018, 1577 ff.; *Benz/Hübner/Zimmermann*, ZIP 2018, 2254 ff.; *M. Noack*, AG 2018, 780 ff.; *M. Noack/Habrigh*, AG 2019, 908 ff.; *Bungert/Wansleben*, DB 2018, 2094 ff.; *Hoffmann*, EuZW 2018, 785 ff.; *Knaier*, GmbHR 2018, 607 ff.; *Schollmeyer*, NZG 2018, 977 ff.; *Selent*, NZG 2018, 1171 ff.; *Wicke*, DStR 2018, 2642 ff.; *Winner*, ECFR 2019, 44 ff.; *Garcimartin Alferez/Gandia*, ECFR 2019, 15 ff.; *Teichmann*, NZG 2019, 241 ff.; *dies.*, ECFR 2019, 3 ff.

276 *Teichmann*, NZG 2019, 241, 242 ff.

- 88 Inhaltlich folgt die Richtlinie für alle drei Umwandlungsvarianten dem üblichen Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzung: Plan, Bericht des Managements, Prüfung durch einen externen Sachverständigen, Beschluss durch die Gesellschafterversammlungen der beteiligten Gesellschaften und Kontrolle der Rechtmäßigkeit durch die zuständigen nationalen Stellen.<sup>277</sup> Mit der Vorgabe der Verfahrensschritte und der Koordination der Registerverfahren in den betroffenen Mitgliedstaaten setzt sich die Mobilitätsrichtlinie ein ambitioniertes Ziel. Angesichts dieser Zielsetzung überrascht es nicht, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung einen erheblichen prozeduralen Aufwand bedeutet.<sup>278</sup> Die weitere wesentliche Neuerung besteht in einem möglichst einheitlichen Schutz der »Stakeholder« (Minderheitsgesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer) für alle Umwandlungsarten.<sup>279</sup>
- 89 Die Mobilitätsrichtlinie ist gemäß Art. 3 Abs. 1 bis zum 31. Januar 2023 in dem nationalen Recht umzusetzen. Das BMJV hat bereits eine Expertenkommission für den Entwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) eingesetzt.<sup>280</sup>
- 90 Trotz des immensen Fortschritts durch die Mobilitätsrichtlinie bleiben offene Stellen. Dazu gehören eine europaweite Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts, die Einbeziehung von anderen Rechtsträgern wie Personengesellschaften in den Anwendungsbereich der neuen Umwandlungsregeln und grundlegende europaweite Evaluierung und ggf. Reform der EU-Vorschriften zur Arbeitnehmermitbestimmung.<sup>281</sup>

### G. Anwendung des inländischen Rechts trotz ausländischen Gesellschaftsstatuts

- 93 Eine Anwendung des deutschen Rechts ist unter bestimmten Voraussetzungen auch denkbar, wenn ein ausländisches Gesellschaftsstatut kollisionsrechtlich zur Anwendung berufen ist. Ausnahmen zu dem kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl können aus dem sog. *ordre public* nach Art. 6 EGBGB, Sonderanknüpfungen oder der sog. Substitution/Anpassung folgen.

#### I. Der *ordre public* als Korrektiv im Internationalen Gesellschaftsrecht

##### 1. Sitztheorie und *ordre public*

- 94 Bisher ist es in der Rechtspraxis selten zu einem Verstoß gegen den *ordre public* gem. Art. 6 EGBGB im Internationalen Gesellschaftsrecht gekommen. Eine Ausnahme bildeten die Gründungen liechtensteinischer Rechtsformen, die Gegenstand deutscher Rechtsprechung waren.<sup>282</sup> Bei dieser Rechtsprechung bezüglich liechtensteinischer Gesellschaften ist jedoch zu berücksichtigen, dass sie aufgrund der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf EWR-Gesellschaften<sup>283</sup> mittlerweile hinfällig 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.<sup>284</sup> Diese beurteilt ausländische Gesellschaften nach den Vorstellungen des inländischen Gesellschaftsrechts. Folglich konnten ausländische Gesellschaftsformen aus dem inländischen Recht herausgehalten werden, sodass sich die Rechtspraxis mit ihnen kaum auseinandersetzen musste. Die Sitztheorie besaß also

---

277 Vgl. J. Schmidt, BB 3/2020, Die Erste Seite.

278 Brehm/Schümmer, NZG 2020, 538 ff.

279 Teichmann, NZG 2019, 241, 248; vgl. auch J. Schmidt, Der Konzern 2018, 273 ff.

280 Die Mitglieder der Expertenkommission sind: Prof. Dr. Jessica Schmidt, Universität Bayreuth; Prof. Dr. Christoph Teichmann, Universität Würzburg; Notar Prof. Dr. Heribert Heckschen, Dresden; Rechtsanwältin Dr. Susanne Zwirlein, München.

281 J. Schmidt, Der Konzern 2018, 273, 284 f.; vgl. auch Habersack, ZHR 182 (2018) 495 ff.

282 AG Hamburg MDR 1964, 1009; OLG Stuttgart NJW 1965, 1139; BGHZ 78, 318, NJW 1981, 522, IPRax 1981, 130.

283 Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, GmbHG, Einl. B. Rn. 154.

284 Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, GmbHG, Einl. B. Rn. 154.

eine Abwehrfunktion. Sie ähnelt somit der negativen Funktion des *ordre public*, der primär fremde Rechtsvorstellungen, die nicht mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts vereinbar sind, abwehrt.<sup>285</sup>

Eine möglicherweise notwendige Anwendung des *ordre public* verlagert das Problem von der Anknüpfung im Internationalen Gesellschaftsrecht aus dem Besonderen Teil des Internationalen Privatrechts zu einem des Allgemeinen Teils des Internationalen Privatrechts.<sup>286</sup> Infolge dieser Entwicklung wird die Bedeutung des allgemeinen Kollisionsrechts für das Internationale Gesellschaftsrecht zunehmen. Darüber hinaus wird es – zumindest anfangs – schwierig sein, die Generalklausel des *ordre public* mit entsprechendem Inhalt zu füllen.<sup>287</sup> Bei einer etwaigen Einführung der Gründungstheorie könnte sich ein grundsätzlicher Konflikt jeder Rechtsordnung entwickeln: Die Abwägung zwischen möglichst hoher Rechtssicherheit und gleichzeitig möglichst hoher Einzelfallgerechtigkeit.<sup>288</sup> Gerade im Internationalen Gesellschaftsrecht ist die Rechtssicherheit ein hohes Gut, da grundlegende Rechtsfolgen an die kollisionsrechtliche Einordnung von ausländischen Gesellschaften geknüpft werden.<sup>289</sup> Dies zeigt sich beispielsweise an der Umqualifizierungslösung des BGH in der *Jersey*-Entscheidung.<sup>290</sup> Der BGH hob darin die Haftungsbeschränkung der ausländischen Kapitalgesellschaft auf, indem er sie in eine inländische Personenhandelsgesellschaft umqualifizierte. Daher hat ein Gesellschafter einer ausländischen Gesellschaft ein großes Interesse an der kollisionsrechtlichen Einordnung seiner Gesellschaft. Die Unbestimmtheit des Art. 6 EGBGB und seine daraus resultierende Ausfüllungsbedürftigkeit, vor allem im Internationalen Gesellschaftsrecht, tragen nur sehr eingeschränkt zur Rechtssicherheit bei, obwohl die Rechtssicherheit ein erklärtes Ziel der Anknüpfung an das Recht des Registrierungsorts ist.<sup>291</sup> 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.<sup>292</sup> 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 infrage kommt. Mit seiner Formel zu dem *ordre public*-Vorbehalt hat der BGH der Rechtspraxis eine deutliche Restriktion auferlegt.<sup>293</sup> Der *ordre public*-Vorbehalt soll 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 schwerwiegenden Widerspruch steht, dass seine Anwendung für untragbar angesehen werden muss.«<sup>294</sup> Inländische Gerichte müssten sich durch das zur Anwendung berufene ausländische Recht zu Entscheidungen genötigt sehen, die nicht im Einklang mit den elementaren Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung stehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Anwendung des ausländischen Rechts mit den Grundrechten unvereinbar ist, vgl. Art. 6 Satz 2 EGBGB.

285 Vgl. Deutscher Rat für Internationales Privatrecht (*Sonnenberger/Bauer*, in: Sonnenberger, Reform des GesR, 61): »...obgleich die bisherige Erfahrung zeigt, dass das Gesellschaftsrecht nur selten Anlass gibt, die *ordre public*-Klausel einzusetzen.«

286 *Kindler*, in: MünchKommBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 377; vgl. auch *Ebenroth*, Vermögenszuwendungen, S. 359.

287 *Ebenroth*, Vermögenszuwendungen, S. 359; *Ebenroth*, Konzernkollisionsrecht, S. 16; *Nußbaum*, IPR, S. 61.

288 Vgl. zu dem Problem im Internationalen Schuldvertragsrecht, *Mankowski*, ZeuP 2002, 804 ff.

289 *Kindler*, in: MünchKommBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 380.

290 BGHZ 151, 204; s. Rdn. 48 ff.

291 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 9.

292 *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 299.

293 BGHZ 54, 123, 130, 132, 140; BGHZ 56, 180, 191; BGHZ 75, 32.

294 BGHZ 54, 123, 130, 132, 140; BGHZ 56, 180, 191; BGHZ 75, 32; v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, S. 271.

### 2. Gründungstheorie und *ordre public*

- 97 Voraussichtlich wird der *ordre public* unter Geltung der Gründungstheorie keine große Bedeutung erlangen. Zum einen zeigt sich an der soeben genannten Formulierung des BGH, dass es sich um extreme Fälle handeln muss, die sich mit den elementaren Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung nicht vereinbaren lassen. Es ist schwer im Vorhinein zu ermessen, wie häufig Grundrechte bei gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden Sachverhalten Anwendung finden sollen. Die Anwendung von Art. 6 EGBGB liegt eher in anderen Bereichen des Internationalen Privatrechts wie dem Internationalen Familienrecht nahe. 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.<sup>295</sup> Unter dem Eindruck der Urteile des EuGH zu der Niederlassungsfreiheit sieht sich der nationale Regelungsgeber zunehmend unter dem Druck, seine Gesellschaftsrechtsformen »den tatsächlichen Anforderungen der Praxis anzupassen«<sup>296</sup> und die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Gesellschaftsformen in dem internationalen Vergleich zu stärken.
- 98 Infolge dieser Entwicklungen verändert sich das deutsche Gesellschaftsrecht immer stärker. Als Beispiel aus dem MoMiG sei die Unternehmungsgesellschaft als haftungsbeschränkte Gesellschaft ohne Mindestkapital genannt. Aufgrund dieser Veränderungen im eigenen Gesellschaftsrecht öffnet sich das deutsche Bewusstsein für andere Gesellschaftsformen immer weiter, sodass die Einführung der Gründungstheorie auf kollisionsrechtlicher Ebene nachvollziehbar ist. Dementsprechend ist auch keine übermäßige Anwendung des *ordre public* zu erwarten. Dies gilt insbesondere für Gesellschaftsformen aus dem europäischen Ausland, da sie den Harmonisierungsbestrebungen der EU unterliegen. Anderes gilt für Gesellschaften aus Drittstaaten, 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 die Gründungstheorie durch die Anwendung des *ordre public* nicht aushebeln darf. Der häufige Einsatz des *ordre public* würde eine etwaige Kodifikation der Gründungstheorie unterlaufen und zudem der Funktion des *ordre public* als »Notbremse«<sup>297</sup> widersprechen. Der *ordre public* darf nach seiner Konzeption nur zu einer Korrektur im Ausnahmefall eingesetzt werden.<sup>298</sup> Nur ein entsprechend dosierter Einsatz entspräche der hergebrachten Funktion des *ordre public*. Art. 6 EGBGB eignet sich zu einer Korrektur des gefundenen Ergebnisses im Einzelfall. Ziel des Internationalen Privatrechts ist der internationale Entscheidungseinklang.<sup>299</sup> Um dieses Ziel nicht zu gefährden, lässt sich die generelle Anwendung deutschen Gesellschaftsrechts auf ausländische Gesellschaften wie die Arbeitnehmermitbestimmung oder etwaige Fragen einer Durchgriffshaftung nicht auf den *ordre public* stützen.<sup>300</sup>

### 3. Zusammenfassung

- 99 Mit der im Referentenentwurf im Jahr 2008 angedachten Einführung der Gründungstheorie hätte der Gesetzgeber einen Paradigmenwechsel von der gewohnheitsrechtlich begründeten Sitztheorie zu einer kodifizierten Gründungstheorie gewagt. Diesen Paradigmenwechsel wollte der Gesetzgeber in den bestehenden kollisionsrechtlichen Rahmen einpassen, indem er als Korrektiv zu der Gründungstheorie den *ordre public* benennt. Der Gesetzgeber betritt mit der Anwendung des *ordre public* im Internationalen Gesellschaftsrecht Neuland, wenn man von den Fällen in dem Zusammenhang mit liechtensteinischen Gesellschaftsgründungen absieht. Die fehlende Notwendigkeit, den *ordre public* auf ausländische

---

295 Vgl. RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 5.

296 RegE MoMiG, S. 56.

297 Kieninger, NJW 2009, 292, 293.

298 Vgl. Kegel/Schurig, IPR, § 16; Kropholler, IPR, § 36.

299 Vgl. umfassend Kropholler, IPR, S. 36 ff.

300 Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, GmbHG, Einl. B Rn. 155.

Gesellschaftsformen anzuwenden, liegt in der Sanktionswirkung der Sitztheorie gegenüber ausländischen Gesellschaftsformen begründet. Eine häufige Anwendung des *ordre public* wäre 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, vgl. Art. 6 EGBGB.<sup>301</sup> Um der gesetzgeberischen Entscheidung zugunsten der Anwendung des ausländischen Gesellschaftsrechts nicht zu widersprechen, müssten die inländischen Richter von einer übermäßigen Anwendung des *ordre public* auf ausländische Rechtsformen absehen. Derzeit scheint die Einführung einer Regelung auf Grundlage des Referentenentwurfs unwahrscheinlich, auch wenn mit dem GEDIP-Entwurf ein weiterer Regelungsvorschlag in Form einer Rom-VO für das Internationale Gesellschaftsrecht auf dem Tisch liegt.<sup>302</sup>

## II. Sonderanknüpfung am Beispiel der unternehmerischen Mitbestimmung

Die unternehmerische Mitbestimmung – anders als die betriebliche<sup>303</sup> – zählt zu der Unternehmensverfassung und unterliegt dem Personalstatut der jeweiligen Gesellschaft.<sup>304</sup> Dies zeigt sich vor allem bei der GmbH, bei der das Erreichen der Schwellengrenzen des Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG) zu der Einführung einer dualistischen Leitungsverfassung mit Geschäftsführung und Aufsichtsrat zwingt. Erreicht die GmbH die mitbestimmungsrelevante Arbeitnehmeranzahl, muss gem. § 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. Nach der aktuellen Gesetzeslage ist daher das deutsche Mitbestimmungsrecht nicht auf ausländische Gesellschaften anwendbar, da es nicht zu deren Personalstatut gehört. Insofern wäre der Gesetzgeber aufgerufen, sich der Problematik anzunehmen, wenn er die unternehmerische Mitbestimmung auf ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz erstrecken möchte. Die Lösung des Problems könnte sachrechtlich in der Schaffung eines sog. »Mitbestimmungserstreckungsgesetzes«<sup>305</sup> liegen. Dazu wäre eine rechtsformneutrale Regelung erforderlich, die sowohl den Großteil der inländischen als auch der ausländischen Gesellschaften erfasst.<sup>306</sup>

Zu überlegen wäre auf kollisionsrechtlicher Ebene, ob die Mitbestimmung *de lege ferenda* durch eine Sonderanknüpfung als Eingriffsrecht i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO gegenüber ausländischen Gesellschaften zur Anwendung gebracht werden kann.<sup>307</sup>

### 1. Keine analoge Anwendung des MitbestG

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 grammatikalische Auslegung, die für eine Beschränkung auf die genannten deutschen Gesellschaftsformen spricht, wird unterstützt von den Materialien zum MitbestG, wonach ausländische Gesellschaften nicht erfasst sind.<sup>308</sup> Eine Anwendung des MitbestG widerspräche dem Willen des Gesetzgebers. Folglich scheidet nicht nur eine unmittelbare Anwendung, sondern auch eine analoge

301 *Ebke*, in FS Hellwig, 117, 138.

302 Groupe européen de droit international privé (GEDIP), Draft rules on the law applicable to companies and other bodies, ZEuP 2017, 500 ff.; vgl. dazu *Hübner*, ZGR 2018, 149, 170 ff.

303 *ErfK/Koch*, BetrVG § 1 Rn. 5; *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching/Bosgen*, BeckOK ArbeitsR, § 1 Rn. 6 BetrVG.

304 BGH, IPRax 1983, 70, 71; OLG Stuttgart, NJW-RR 1995, 1067, 1069; *Kindler*, in: MünchKommBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 568; *Staudinger/Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 510; *Ulmer/Habersack/Winter/Behrens*, GmbHG, Einl. B Rn. 98; *Grassmann*, Rn. 1069 ff.; *Kropholler*, IPR, S. 582; *v. Bar*, IPR II, Rn. 445; *Ebke*, 31 Int'l Law 1997, 961, 967 f.; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, 2237; *Meilicke*, GmbHR 2003, 793, 805; *Riegger*, ZGR 2004, 510, 518.

305 *Seyboth*, AuR 2008, 132, 135; *Weller*, in: FS Hommelhoff, 1275, 1283 ff.

306 Dies fordert auch *Müller-Graff*, ZHR 2004, 1, 3.

307 Vgl. *Behrens*, in: Sonnenberger, Reform des GesR, S. 428; *Thüsing*, ZIP 2004, 381, 382.

308 BT-Drucks. 7/4845, S. 4, zitiert nach *Thüsing*, ZIP 2004, 38, 1, 382.

Anwendung der Mitbestimmungsregeln aus, da eine planwidrige Regelungslücke ausweislich der Gesetzesmaterialien nicht vorliegt.<sup>309</sup>

### 2. Voraussetzungen der Sonderanknüpfung

- 103 Notwendig für eine Sonderanknüpfung<sup>310</sup> ist zunächst, dass es sich bei den relevanten Normen um international zwingende Normen bzw. Eingriffsnormen i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Rom-I-VO handelt. Es muss sich um Normen handeln, die jedenfalls im öffentlichen Interesse (Gemeinwohlbelang) zu Eingriffen in private Rechtsverhältnisse berechtigen; für eine solche Norm spricht, wenn sie strafbewehrt ist, Rechtsgeschäfte generell verbietet oder eine Genehmigungserfordernis aufstellt.<sup>311</sup> Weiterhin bedarf es eines hinreichend engen Bezugs zum Inland.<sup>312</sup>
- 104 Während ein hinreichend enger Inlandsbezug bei einem inländischen Verwaltungssitz anzunehmen sein dürfte, bestehen Zweifel an dem internationalen Geltungswillen der deutschen Regeln zur unternehmerischen Mitbestimmung. Die Materialien lassen einen solchen Willen nicht erkennen. Die Frage der Mitbestimmung hat der Gesetzgeber unter Hinweis auf die europäischen Richtlinien und die deutschen Umsetzungsgesetze ausgeklammert.<sup>313</sup> *Weller* weist demgegenüber auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur unternehmerischen Mitbestimmung hin.<sup>314</sup> Dieses hatte ausgeführt, dass die unternehmerische Mitbestimmung zur politischen Sicherung der Marktwirtschaft geeignet sei und dem Allgemeinwohl diene.<sup>315</sup> Vor diesem Hintergrund ist eine Sonderanknüpfung durchaus denkbar.

### 3. Konformität einer Sonderanknüpfung mit dem Europarecht

- 105 Sofern der Gesetzgeber die Sonderanknüpfung in dem Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung gegenüber ausländischen Gesellschaften anwenden möchte, stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit. In der Entscheidung *Arblade* hat der EuGH klargestellt, dass selbst Normen, die zum *ordre public* oder den international zwingenden Normen der jeweiligen Rechtsordnung gehören, am Maßstab der primärrechtlichen Grundfreiheiten zu messen sind.<sup>316</sup>
- 106 Der EuGH hat in einem *obiter dictum* in der *Überseering*-Entscheidung<sup>317</sup> den Arbeitnehmerschutz als einen zwingenden Grund des europäischen Allgemeinwohls eingestuft.<sup>318</sup> Die konkrete Frage, ob die unternehmerische Mitbestimmung zu dem europäischen Allgemeinwohl zählt, war aber nicht Gegenstand der *Überseering*-Entscheidung.<sup>319</sup> Die Erwähnung von Arbeitnehmerschutz durch den EuGH in der *Inspire Art*-Entscheidung allein erlaubt jedoch nicht zwingend den Rückschluss auf die Zulässigkeit einer Sonderanknüpfung der unternehmerischen Mitbestimmung gegenüber ausländischen Gesellschaften.
- 107 Ob eine Sonderanknüpfung der unternehmerischen Arbeitnehmermitbestimmung dem »Vier-Faktoren«-Test des EuGH standhält, wird im deutschen Schrifttum uneinheitlich beantwortet.<sup>320</sup>

309 *Thüsing*, ZIP 2004, 381, 382; *Zimmer*, in: Europ. Auslandsgesellschaften in Deutschland, 365, 369 ff.

310 Grundlegend *Wengler*, ZVglRWiss 1941, 168 ff.

311 *Looschelders*, IPR, Art. 34 Rn. 11.

312 *Staudinger/Magnus*, Art. 34 Rn. 76 ff.

313 RefE Internationales Gesellschaftsrecht, S. 7 f.: »Der Entwurf regelt weiterhin nicht, welche Rechtsordnung auf die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Organen einer Gesellschaft anzuwenden ist.«.

314 *Weller*, in: FS Hommelhoff, 1275, 1289.

315 BVerfG 50, 290, 351.

316 EuGH v. 23.11.1999 – *Arblade* – NZA 2000, 85.

317 EuGH – *Überseering* – Slg. 2002, I-9919, Rn. 92.

318 *Eidenmüller/Eidenmüller*, Ausl. Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 3 Rn. 23.

319 *Jestädt*, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, 304; *Riegger*, ZGR 2004, 510, 520; a.A. *Kindler*, NJW 2003, 1073, 1079; *Thüsing*, ZIP 2004, 381, 385.

320 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; *Kindler*, in: MünchKommBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, 570 ff.; *Thüsing*, ZIP 2004, 381, 383 ff.



Unbestritten führt die Anwendung bzw. das »Aufpfropfen«<sup>321</sup> der deutschen Regeln über die unternehmerische Mitbestimmung zu zusätzlichen Pflichten der zuziehenden europäischen Gesellschaft. Eine solche Marktzutrittsregel, die nicht lediglich die Tätigkeit beschränkt, stellt einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit dar.<sup>322</sup>

Zur Rechtfertigung muss die unternehmerische Mitbestimmung dem nichtdiskriminierenden Schutz anerkannter, nicht wirtschaftlicher Interessen dienen und im Übrigen verhältnismäßig sein (4-Faktoren-Test).<sup>323</sup> Die unternehmerische Arbeitnehmermitbestimmung könnte einen Gemeinwohlbelang darstellen, der das Beschränken etwaiger Privatinteressen der Gesellschafter rechtfertigen könnte. Eine nichtdiskriminierende Anwendung der unternehmerischen Mitbestimmung auf ausländische Gesellschaften nehmen einige Autoren schon allein deshalb an, weil die deutschen Mitbestimmungsgesetze inländische Gesellschaften genauso treffen wie die ausländischen.<sup>324</sup> Diese Argumentation übersieht, dass sich für die ausländischen Gesellschaften mit häufig monistischen Führungsstrukturen erhebliche Probleme in der Umsetzung der unternehmerischen Mitbestimmung ergeben, während demgegenüber deutsche Gesellschaften über eine auf die Mitbestimmung abgestimmte Organisationsverfassung verfügen.<sup>325</sup>

Einige Autoren zählen die paritätische unternehmerische Mitbestimmung nicht zu dem europäischen Gemeinwohl, sodass es demnach bereits an einem Allgemeinwohlzweck fehle.<sup>326</sup> Dass die unternehmerische Mitbestimmung nach deutschem Recht unter den Begriff des »Allgemeinwohlinteresses« zu fassen ist, ergibt sich nicht aus der *Überseering*-Entscheidung.<sup>327</sup> Darin spricht der EuGH lediglich davon, dass es sich nicht ausschließen lässt, »dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz [...] der Arbeitnehmer [...], unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.«<sup>328</sup> Zweifel daran nähren auch die Meinungsverschiedenheiten, die sich bei der Verabschiedung diverser Richtlinien wie z.B. der SE-VO<sup>329</sup> gezeigt haben. Obwohl das Verhandlungsmodell bei der SE eingeführt worden ist,<sup>330</sup> kann angesichts der unterschiedlichen Auffassungen zwischen den Mitgliedstaaten bisher nicht davon ausgegangen werden, dass die unternehmerische Mitbestimmung 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, vgl. Erwägungsgrund 5.<sup>331</sup> Danach sieht der Europäische Gesetzgeber von einer einheitlichen Regelung »angesichts der in den Mitgliedstaaten bestehenden Vielfalt an Regelungen und Gepflogenheiten für die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an der Beschlussfassung in Gesellschaften« ab. Gegen diese Argumentation wird eingewandt, dass das Allgemeinwohlinteresse nicht europäisch, d.h. in allen Mitgliedstaaten anerkannt, zu definieren sei; vielmehr könnten auch nationale Gemeinwohlinteressen europarechtskonform sein, wie sich bei den Instituten der Sonderanknüpfung und des *ordre public* nach Art. 9, 21 Rom-I-VO zeige.<sup>332</sup>

Sollte der EuGH einen Gemeinwohlzweck der unternehmerischen Mitbestimmung bejahen, müsste dieser Schutz auch erforderlich sein, d.h. es dürfte kein weniger einschneidendes, gleich geeignetes Mittel ersichtlich sein. In diesem Zusammenhang verweisen einige Autoren auf die betriebliche

321 *Thüsing*, ZIP 2004, 381, 383.

322 *Forschoff*, DB 2471, 2477; *Weller*, in: FS Hommelhoff, 1275, 1291.

323 *Behrens*, IPRax 2004, 20, 25.

324 *Franzen*, RdA 2004, 257, 262; auch *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 184.

325 *Franzen*, RdA 2004, 257, 262; *Thüsing*, ZIP 2004, 381, 384.

326 Vgl. *Ebke*, JZ 2003, 927, 931.

327 EuGH – *Überseering* – Slg. 2002, I-9919, Rn. 92.

328 EuGH – *Überseering* – Slg. 2002, I-9919, Rn. 92.

329 Verordnung 2157/2001.

330 Vgl. *Reichert/Brandes*, ZGR 2003, 767; *Heinze*, ZGR 23003, 66, 80 ff.

331 Richtlinie 2001/86/EG des Rates v. 08.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. EU Nr. L 294 S. 22.

332 *Weller*, in: FS Hommelhoff, 1275, 1292.

Mitbestimmung und andere Instrumente auf betrieblicher Ebene, die die Arbeitnehmerinteressen hinreichend schützen.<sup>333</sup> Allerdings verfolgen die beiden Mitbestimmungsformen unterschiedliche Zwecke.<sup>334</sup> Die unternehmerische Mitbestimmung soll ein Mitspracherecht der Arbeitnehmer bei der Überwachung und strategischen Ausrichtung des Unternehmens sichern, während sich die betriebliche Seite der Mitbestimmung auf den Arbeitsplatz bezieht. Sofern allerdings andere, nicht notwendigerweise identische Regelungen des Heimatstaates dem Schutzniveau der deutschen Arbeitnehmermitbestimmung entsprechen, kann die Erforderlichkeit einer deutschen Sonderanknüpfung entfallen.<sup>335</sup> Das Beibehalten des ausländischen Mitbestimmungsregimes wäre das mildere Mittel, da andernfalls die Leitungsstrukturen der Gesellschaft an das deutsche Mitbestimmungsrecht anzupassen wären.<sup>336</sup>

- 111 Schließlich müsste die Anwendung der deutschen Mitbestimmung verhältnismäßig i.e.S. sein. Daran bestehen im Hinblick auf den tiefen Eingriff in die Organisationsstruktur monistisch verfasster Gesellschaften zumindest Zweifel. 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 rühren aus der exponierten Stellung der unternehmerischen Mitbestimmung in Deutschland.<sup>337</sup> Diese Veränderungen der Gesellschaftsstruktur führen zu dem Ergebnis, dass die ausländischen Gesellschaften nicht in der Form ihres Heimatstatuts anerkannt werden. Die mögliche veränderte Gesellschaftsform bezeichnet *Müller-Bonanni* daher als ein »hybrides Gebilde« aus ausländischem und deutschem Gesellschaftsrecht.<sup>338</sup> Einer solchen Argumentation stellen *Weller/Gruber* die Überlegung entgegen, dass in einer monistisch verfassten Leitungsstruktur die Arbeitnehmervertreter den Posten von sog. *Non-Executive Directors* bekleiden können, die nicht in das Tagesgeschäft eingebunden sind und nur Kontrollausschüssen zugeordnet sind.<sup>339</sup> Zudem könne man sich an dem europäischen Verhandlungsmodell orientieren, das aus dem SE-Statut und der Verschmelzungsrichtlinie bekannt sei.<sup>340</sup>

#### 4. Anwendung gegenüber Drittstaaten

- 112 Die Anwendung des MitbestG auf ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz ist *de lege lata* ausgeschlossen. An einer europarechtskonforme Anwendung der deutschen Regeln über die unternehmerische Mitbestimmung auf Gesellschaften aus EU-Mitgliedsstaaten, die im Inland tätig sind, bestehen zumindest Zweifel.
- 113 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 nicht hinreichend zu erkennen, da der Anwendungsbereich gem. § 1 MitbestG nur inländische und keine ausländischen Gesellschaftsformen erfasst. Es fällt daher schwer, aus der aktuellen Gesetzeslage auf einen internationalen Geltungswillen zu schließen. Soweit man den internationalen Geltungswillen des MitbestG bejaht, muss man über eine Sonderanknüpfung nachdenken. Hier ist der deutsche Gesetzgeber gefordert, für Klarheit zu sorgen.<sup>341</sup>

---

333 *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 29; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, 2242; *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 185; *Müller-Bonanni*, GmbHR 2003, 1235, 1238; *Schanzel/Jüttner*, AG 2003, 661, 668; *Seibt*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht: Kommentar 2010, § 1 MitbestG, Rn. 8; *Ziemons*, ZIP 2003, 1913, 1917.

334 *Bayer*, AG 2004, 534, 538; *Franzen*, RdA 2004, 257, 263; *Weiss/Seifert*, ZGR 2009, 542, 569 ff.

335 *Eberspächer*, ZIP 2008, 1951, 1956; *Franzen*, RdA 2004, 257, 263; *Weiss/Seifert*, ZGR 2009, 542, 579.

336 *Eberspächer*, ZIP 2008, 1951, 1956; *Franzen*, RdA 2004, 257, 263.

337 *Hirte/Bücker-Müller-Bonanni*, Grenzüberschr. Gesellschaften, § 14 Rn. 22; *W.-H. Roth*, IPRax 2003, 117, 118; *Veit/Wichert*, AG 2004, 14, 18.

338 *Hirte/Bücker-Müller-Bonanni*, Grenzüberschr. Gesellschaften, § 14 Rn. 22.

339 *Weller/Gruber*, NZG 2003, 297, 298; *Reichert/Brandes*, ZGR 2003, 767, 795 f.

340 *Weller*, in: *FS Hommelhoff*, 1275, 1294.

341 Vgl. den Antrag der SPD-Bundestagsfraktion »Demokratische Teilhabe von Belegschaften und ihren Vertretern an unternehmerischen Entscheidungen stärken« v. 16.06.2010, BT-Drucks. 17/2122.

## III. Anpassung als Transformationskonzept?

Obwohl Schutzlücken in dem Bereich des Gläubigerschutzes durch gleichlaufende Qualifikation vermieden werden können,<sup>342</sup> kommt es aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtung der verschiedenen Gesellschaftsrechtsordnungen in dem europäischen, aber auch in dem außereuropäischen Bereich häufig zu unterschiedlichen Qualifikationen der entsprechenden Institute des Gläubigerschutzes. Diese Friktionen resultieren aus der Liberalisierung des Gesellschaftskollisionsrechts im Geltungsbereich des AEUV.<sup>343</sup> Deshalb hängt der Gläubigerschutz entscheidend davon ab, ob er auch dem Gesellschaftsstatut unterfällt. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die beiden anwendbaren Rechtsordnungen den Gläubigerschutz in verschiedenen Statuten (Gesellschafts-, Delikts- oder Insolvenzstatut) gewährleisten, die jeweils gläubigerschützenden Statute aber im konkreten Fall keine Anwendung finden.<sup>344</sup>

Da aufgrund der Sachnormverweisung auf das ausländische Gesellschaftsrecht nach dem Europäischen Primärrecht oder nach dem bisher nicht verabschiedeten Referentenentwurf gem. Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E ausländische Gesellschaften ihrem Heimatpersonalstatut unterworfen sind, der kollisionsrechtliche Anwendungsbefehl aber deutsches Delikts- oder Kollisionsrecht zur Anwendung bringen würde, besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass es zu Normwidersprüchen kommt. Folglich könnten die Gläubiger schutzlos gestellt sein, da die Rechtsnormen der verschiedenen Rechtsordnungen nicht aufeinander abgestimmt sind. Es käme damit zu dem inakzeptablen Ergebnis, dass beide beteiligten Sachrechte dem betroffenen Gläubiger bei einem rein mitgliedstaatlichen Sachverhalt jeweils einen Anspruch zubilligen würden, die entsprechenden Anspruchsgrundlagen aber wegen der Verweisung des Kollisionsrechts nicht zur Anwendung kommen. Damit würde das Kollisionsrecht und nicht das jeweilige Sachrecht dazu führen, dass das Gläubigerschutzniveau absinkt. Dies kann von beiden Rechtsordnungen als Ergebnis nicht akzeptiert werden. Notwendig wird eine Korrektur in Form eines Methodenwechsels, indem der Rechtsanwender die beiden Rechtsordnungen und ihre Lösungen des Problems vergleicht.<sup>345</sup>

In dem US-amerikanischen Kollisionsrecht spricht man in einem solchen Fall von einem *false conflict*,<sup>346</sup> wenn die Rechtsordnungen kraft des eigenen Internationalen Privatrechts zu Ergebnissen kommen, die von dem abweichen, was die Rechtsordnungen jeweils bei isolierter Anwendung als das richtige Ergebnis ansehen. Die Methodik des Internationalen Privatrechts hält in solchen Fällen die Option der sog. Anpassung<sup>347</sup> oder Angleichung<sup>348</sup> bereit.<sup>349</sup>

Bei einer fehlenden Abstimmung zwischen zwei betroffenen Rechtsordnungen handelt es sich um einen sog. Normenmangel.<sup>350</sup> Die Verweisung auf eine andere Rechtsordnung geht *prima facie* »ins Leere«, obwohl die Rechtsordnung einen entsprechenden Anspruch einem anderen Statut zuordnet. Ein solcher Normenmangel ist das Resultat der analytischen Methode des Internationalen Privatrechts,<sup>351</sup>

342 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.

343 Merkt, ZGR 2004, 305, 323.

344 Merkt, ZGR 2004, 305, 323.

345 V. Barl/Mankowski, IPR I, S. 712.

346 vgl. Kegel/Schurig, IPR, S. 312.

347 So v. Hoffmann/Thorn, IPR, S. 231 Fn. 56; Neubaus, 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.

348 So Kegel/Schurig, IPR, S. 306 ff.

349 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 »angepflichtet« werde, sondern nur die Rechtsanwendung aus Wertungsgründen im Einzelfall modifiziert werde, vgl. Kropholler, IPR, S. 234; v. Hoffmann/Thorn, IPR, S. 231 Fn. 56.

350 v. Barl/Mankowski, IPR I, S. 712; Kegel/Schurig, IPR, S. 123, 307 ff.

351 Grundlegend Goldschmidt, in: FS M. Wolff, 202, 208 ff.

wonach der zu beurteilende Sachverhalt unter sachlichen und zeitlichen Gesichtspunkten aufgespalten und zerlegt wird. Infolge der unterschiedlichen Wertungen des Internationalen Privatrechts sind mehrere Rechtsordnungen zu der Behandlung eines einheitlichen Sachverhalts berufen. Dies bezeichnet man als *dépeçage*.<sup>352</sup> Im Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts können sowohl das Gesellschafts-, als auch das Vertrags-, das Delikts- oder das Insolvenzstatut betroffen sein.<sup>353</sup>

- 118 Die Lösung der Anpassungsproblematik ist auf kollisions- oder auf sachrechtlichem Weg möglich.<sup>354</sup> Einerseits können Kollisionsnormen der *lex fori* entsprechend angepasst werden, sodass die gesamte Rechtsbeziehung einer Rechtsordnung unterstellt wird, sog. kollisionsrechtliche Lösung. Andererseits kann der Richter ausnahmsweise neue Sachnormen schaffen, indem er das Sachrecht im Einzelfall ändert, sog. sachrechtliche Lösung. Der zweite Weg wird als »ultima ratio«<sup>355</sup> bezeichnet, da auf diese Weise neue Normen im Sachrecht geschaffen werden, die in keiner der beiden beteiligten Rechtsordnungen vorgesehen sind.<sup>356</sup> 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 Gesichtspunkte der Praktikabilität häufig für die kollisionsrechtliche Lösung, weil die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Verweisungsnorm konstruktiv einfacher ist als die Kreation einer neuen Norm im Sachrecht.<sup>357</sup> Entscheidend ist regelmäßig, welche Lösung den geringsten Eingriffs in das geltende Recht bedeutet.<sup>358</sup> Dazu bedarf es einer Interessenabwägung im Einzelfall; als vorzugswürdig gilt grundsätzlich die kollisionsrechtliche Lösung.<sup>359</sup> Dafür spricht vor allem die Tatsache, dass die Verweisungen des Internationalen Privatrechts den Normenmangel erst herbeigeführt haben.<sup>360</sup>

### 1. Anpassungslage

- 119 Voraussetzung für eine Anpassung ist eine Anpassungslage aufgrund eines Normenmangels. Die beiden betroffenen Rechtsordnungen müssen isoliert zu einem Ergebnis kommen, das von der nach den Verweisungsregeln ermittelte Rechtslage abweicht, obwohl die jeweiligen Ergebnisse sich funktional entsprechen.<sup>361</sup>
- 120 *Henssler* und *Mansel* veranschaulichen einen Fall des Normenmangels am Beispiel der britischen *Limited Liability Partnership (LLP)* mit inländischen Geschäftsaktivitäten, deren Gesellschafter infolge fahrlässiger Beratungsfehler in Deutschland möglicherweise persönlich haften.<sup>362</sup> In dieser Konstellation sind britisches Gesellschafts- sowie deutsches Vertrags- und Deliktsstatut zu kombinieren.
- 121 Zunächst stellt sich die kollisionsrechtliche Frage, welches Recht auf die persönliche Haftung anzuwenden ist. Die Anwendbarkeit deutschen Vertragsrechts kann sich auf drei Wegen ergeben: Entweder kraft ausdrücklicher Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO oder aufgrund des Niederlassungsortes der Kanzlei nach Art. 4 Abs. 1 b), Art. 19 Rom I-VO oder gem. Art. 6 Abs. 1 a) Rom I-VO wegen der möglichen Verbrauchereigenschaft des Mandanten.<sup>363</sup> Deutsches Deliktsrecht könnte über Art. 4

---

352 *Jayme*, in: FS Kegel, 253 ff.; *Kegel/Schurig*, IPR, S. 123 ff.

353 Vgl. zu der Haftungsverfassung einer britischen *LLP* in Deutschland und der Notwendigkeit einer Anpassung, *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393 ff.

354 v. *Barl Mankowski*, IPR I, S. 712; *Kegel/Schurig*, IPR, S. 312 ff.

355 v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, S. 233.

356 v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, S. 234.

357 Vgl. *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393, 1397 sehen die kollisionsrechtliche Lösung als »konstruktiv einfacher« an.

358 *Sonnenberger*, in MünchKommBGB, Einl. IPR, Rn. 613.

359 H.M.: *Erman-Hohloch*, Einl. Art. 3 Rn. 46; v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, S. 233 f.; *Kropholler*, IPR, S. 240; a.A. *Sonnenberger*, in MünchKommBGB, Einl. IPR, Rn. 541; v. *Barl Mankowski*, IPR I, S. 712 f., die eine sachrechtliche Lösung bevorzugen.

360 *Kegel*, in: FS Lewald, 259, 285.

361 *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393, 1396; *Henssler/Mansel*, in: FS Horn, 403, 414 ff.

362 *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393, 1395 ff.

363 *Henssler/Mansel*, NJW 2007, 1393, 1395.

Abs. 3 Rom II-VO Anwendung finden; mit hoher Wahrscheinlichkeit befindet sich auch der Erfolgs- oder Deliktsort gem. Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO infolge der inländischen Geschäftsaktivitäten in Deutschland. Das Gesellschaftsstatut der *LLP* ist hingegen das britische Recht, wie sich aus der Rechtsprechung des EuGH zu der Niederlassungsfreiheit ergibt. Es liegt somit ein Fall der *dépeçage* vor.

Eine vertragsrechtliche Haftung des *LLP*-Gesellschafters nach deutschem Recht erscheint fraglich. 122 Der Mandatsvertrag besteht zwischen dem Mandanten und der Gesellschaft; der einzelne Gesellschafter ist nicht Partei des Mandatsvertrags. Somit besteht keine vertragliche Haftung des betroffenen Gesellschafters. Eine Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 Satz 2, 241 Abs. 2 BGB entfällt nach der Rechtsprechung des BGH ebenso, da der BGH eine Haftung von Freiberuflern wegen der Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens allein aufgrund der Berufsträgerschaft ablehnt.<sup>364</sup> Eine deliktsrechtliche Haftung nach deutschem Recht scheitert an der Grundannahme, dass das deutsche Deliktsrecht nur ausnahmsweise reine Vermögensschäden ersetzt: Nur in den Fällen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB oder bei Verletzungen von Schutzgesetzen wie bspw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 oder § 266 Abs. 1 StGB. Regelmäßig wird jedoch ein fahrlässiger Beratungsfehler vorliegen, oder es wird sich zumindest kein vorsätzlicher Beratungsfehler nachweisen lassen. Nach britischem Gesellschaftsrecht gibt es hingegen keine persönliche Haftung für Beratungsfehler. Eine solche sieht das englische Recht nur in dem richterrechtlichen Institut der fahrlässigen Vermögenshaftung des Deliktsrechts – dem *tort of negligence* – vor. Da in diesem Fall jedoch deutsches Deliktsrecht anwendbar ist, scheidet eine Haftung nach britischem Recht aus. Die einzige Möglichkeit, eine persönliche Haftung nach deutschem Recht zu begründen, besteht nach § 8 Abs. 2 PartGG. Danach haften einzelne Partner einer Partnerschaftsgesellschaft<sup>365</sup> ausnahmsweise neben der Partnerschaft für ihre beruflichen Fehler.

Somit besteht die befremdliche Rechtslage, dass beide Rechtsordnungen bei isolierter Anwendung 123 eine Haftung vorsehen. Die kombinierten kollisionsrechtlichen Verweisungen führen aber dazu, dass die Gesellschafter keiner persönlichen Haftung für fahrlässige Beratungsfehler 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 kollisions- oder sachrechtlichen Weg aufgelöst werden muss.

## 2. Durchführung der Anpassung

Als Alternativen kommen sowohl eine kollisions- als auch eine materiell-rechtliche Lösung infrage. 124 Kollisionsrechtlich ließe sich entweder an eine Anpassung des Gesellschafts- oder des Deliktsstatuts 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 eher eine Anpassung des Deliktsrechts in Betracht. Ausnahmsweise könnte man die Verweisung auf das britische Gesellschaftsrecht auf die fahrlässige Vermögenshaftung nach britischem Deliktsrecht ausdehnen. Mittels »irregulärer

364 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 *Ebke*, in: MünchKommHBG, § 323 Rn. 115 ff.

365 Der der *LLP* vergleichbare Organisationstypus im deutschen Recht ist die Partnerschaftsgesellschaft, auch wenn sie 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 soll 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 *Henssler/Mansel*, in: FS Horn, 403, 416 ff.

Qualifikation«<sup>366</sup> 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 fehlt es bereits an einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit, da lediglich das Gründungsrecht auf die *LLP* angewendet wird. Die Gesellschafter würden persönlich nach britischem Deliktsrecht haften; dies müssten die international zuständigen deutschen Gerichte auf den Fall anwenden.

- 125 Alternativ käme eine sachrechtliche Anpassung über die Grundsätze des Rechtsscheins nach deutschem Recht infrage.<sup>367</sup> Ausgangspunkt wäre die Überlegung, dass erfahrene Mandanten einer in dem Vereinigten Königreich tätigen *LLP* – unabhängig von einer Rechtswahl – im Hinblick auf die Beratungsfehler davon ausgehen, dass der betroffene Gesellschafter für fahrlässige Beratungsfehler nach *tort-law*-Grundsätzen haftet. Gegen diese Konstruktion spricht allerdings, dass die Gesellschaft mit der 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 besteht keine hinreichende Grundlage für eine auf den Rechtschein gestützte Haftung. Eine sachrechtliche Lösung auf diesem Weg ist damit unmöglich. Im Übrigen ist die kollisionsrechtliche Lösung über die irreguläre, extensive Qualifikation die praktikablere Anpassungsmöglichkeit, da sie einen geringeren konstruktiven Aufwand erfordert.<sup>368</sup>
- 126 Mithin sollte hier der kollisionsrechtlichen Lösung gefolgt werden. Das Institut der fahrlässigen Vermögenshaftung im britischen Deliktsrecht wird als gesellschaftsrechtlich qualifiziert, sodass auf die Beratungsfehler der in Deutschland tätigen *LLP*-Gesellschafter britisches Deliktsrecht anzuwenden ist. Dieses Beispiel offenbart die zunehmende Bedeutung des allgemeinen Internationalen Privatrechts im zusammenwachsenden Europäischen Binnenmarkt, auch in den Fällen mit Berührung zu dem Gesellschaftskollisionsrecht. Das Institut der Anpassung bietet den rechtlichen Rahmen, um – wenn auch über Umwege – einen effektiven Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zu gewährleisten. Dabei ist abschließend zu berücksichtigen, dass der Weg über die Angleichung einer möglichen Lösung über den *ordre public* vorgeht.<sup>369</sup> Ob sich diese Fälle auch nach dem Vollzug des Brexit weiterhin stellen werden, hängt von den zwischen UK und EU ausgehandelten Bedingungen der weiteren Zusammenarbeit ab.

### H. Ausblick

- 127 Die Reform des Internationalen Gesellschaftsrechts liegt weiter »auf Eis«.<sup>370</sup> Dies bedarf mit Rücksicht auf die im Rechtsverkehr erforderliche Rechtsicherheit der Verbesserung, zumal Konzepte wie das des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht bzw. der Referentenentwurf auf dem Tisch liegen. Außerdem ist der deutsche Gesetzgeber bei der Anwendung der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften gefordert. Gleichzeitig lässt auch das Nichthandeln des Gesetzgebers in den verschiedenen Bereichen den Schluss zu, dass er mit dem gegenwärtigen Zustand einverstanden ist.
- 128 Demgegenüber erweist sich der EuGH auf europäischer Ebene als konstanter »Motor der Integration«; im Unterschied dazu agiert die EU-Kommission insoweit eher zurückhaltend. Es bleibt zu hoffen, dass die EU-Kommission die Realisierung der bereits häufig geforderten Sitzverlegungsrichtlinie ernsthaft betreibt.<sup>371</sup> Dies gilt schon deshalb, weil der Weg über eine grenzüberschreitende Verschmelzung Nachteile in anderen Rechtsbereichen mit sich bringt, die eine entsprechende Transaktion behindern und kommerziell höchst unattraktiv erscheinen lassen.

---

366 Henssler/Mansel, in: FS Horn, 403, 419; Henssler/Mansel, NJW 2007, 1393, 1397.

367 Henssler/Mansel, in: FS Horn, 403, 420.

368 Henssler/Mansel, in: FS Horn, 403, 420; Henssler/Mansel, NJW 2007, 1393, 1397.

369 BeckOK BGB/Lorenz, EGBGB, Einl IPR Rn. 9.

370 Vgl. Hübner, ZGR 2018, 149, 170 ff.; J. Schmidt, Der Konzern 2018, 273, 284 f.

371 Schön, ZGR 2013, 333, 365; Teichmann, ZGR 2014, 220, 223.