

Studien zum vergleichenden und internationalen Recht –
Comparative and International Law Studies

Herausgeber: Bernd von Hoffmann†, Erik Jayme
und Heinz-Peter Mansel

191

Christoph Rödter

Das Gesellschaftskollisionsrecht
im Spannungsverhältnis
zur Rom I- und II-VO

Eine Untersuchung zur Reichweite
des Gesellschaftsstatuts in Abgrenzung zu den
Kollisionsregeln der Rom I- und II-VO

Teil 1: Einführung

§ 1 Gegenstand und Gang der Untersuchung

Die nachfolgende Arbeit befasst sich mit der Schnittstelle zwischen Gesellschaftsrecht, Internationalem Privatrecht und Europarecht. Durch die grundlegenden Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Centros*¹, *Überseering*² und *Inspire Art*³ zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften hat sich das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht zumindest teilweise einem grundlegenden Wandel unterzogen. Die hierdurch ermöglichte Mobilität von Gesellschaften innerhalb Europas hat unter anderem zur Gründung zahlreicher Unternehmen unter der englischen Rechtsform der *private company limited by shares* („Limited“) geführt, deren wirtschaftliche Tätigkeit sich ausschließlich auf Deutschland beschränkt⁴, wodurch das Internationale Gesellschaftsrecht erheblich an praktischer Bedeutung gewonnen hat⁵.

Für die Bestimmung des anwendbaren Sachrechts auf Sachverhalte im Umfeld von Gesellschaften ist in erster Linie das Gesellschaftsstatut maßgeblich. Obwohl der Umfang des Gesellschaftsstatuts vom BGH allumfassend dahingehend umschrieben wird, dass sämtliche Regelungen erfasst sein sollen, die bestimmen nach welchen Regeln eine Gesellschaft entsteht, lebt und wieder vergeht⁶, stellt sich auch die Frage der Maßgeblichkeit anderer Kollisionsregeln. Inhaltlich geht es um die Abgrenzung des Gesellschaftsstatuts zu anderen Kollisionsregeln, was

1 EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459.

2 EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919.

3 EuGH Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155.

4 Vgl. hierzu die Übersicht bei *Niemeier*, Status: Recht, 07–08/2009, 165 sowie *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2007, 414 ff.; *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168 ff.; *Happ* ZHR 169 (2005), 6 ff.; *Knöfel*, BB 2006, 1233 ff.; *Römermann*, NJW 2006, 2065 ff.; *Rönnau*, ZGR 2005, 832 ff.; *Westhoff*, GmbHR 2006, 525 ff.; *Westhoff*, GmbHR 2007, 474 ff.

5 Siehe die zahlreichen zum internationalen Gesellschaftsrecht erschienenen oder in Erscheinung befindlichen Praxishandbücher wie etwa *Eidenmüller (Hrsg.)*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht; *Spahlinger/Wegen (Hrsg.)*, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis; *Hirte/Bücker (Hrsg.)*, Grenzüberschreitende Gesellschaften; *Leible/Reichert (Hrsg.)*, Münch. Hdb. GesR VI.

6 BGH NJW 1957, 1433, 1434.

gerade an der Schnittstelle zum Insolvenz- und Deliktsstatut erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Diese Schwierigkeiten rühren in erster Linie daher, dass sich Abgrenzungsfragen zwischen dem Gesellschaftsstatut und anderen Kollisionsnormen bislang in der Praxis regelmäßig nicht stellten, da sie in der Regel zu identischen Ergebnissen kamen. Erst mit der vom EuGH erzwungenen Abkehr von der Sitztheorie gegenüber EU-Auslandsgesellschaften, wodurch Gesellschaften aus EU-Mitgliedschaften innerhalb der EU Mobilität ermöglicht wurde⁷, erlangte die Frage der maßgeblichen Kollisionsnorm für Sachverhalte im Umfeld von Gesellschaften an praktischer Bedeutung.

Diese Abgrenzungsfragen haben mit Inkrafttreten der Rom I und II-VO⁸ eine weitere Dimension erlangt, indem beide Verordnungen nahezu umfassend das Kollisionsrecht für vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse regeln. Ausgeschlossen sind jedoch stets gesellschaftsrechtliche Sachverhalte (Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO, Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom II-VO), weshalb deren Behandlung einer genaueren Untersuchung bedarf. Hierbei geht es nicht um die bereits mehrfach behandelte Frage der grundsätzlichen Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts⁹, vielmehr ist insbesondere im Hinblick auf die Rom I und II-VO aber auch der EuInsVO¹⁰ die Reichweite des Gesellschaftsstatuts zu untersuchen. Es geht um die Frage, wie sich das Gesellschaftsstatut in die sonstigen, nun größtenteils durch die Rom I- und II-Verordnungen geregelten Kollisionstatbestände einfügt. Da das Gesellschaftsstatut weiterhin Gegenstand nationalen Rechts ist, in der Rom I und II-VO weite Teile des Internationalen Privatrechts nun jedoch unionsrechtlich geregelt sind, bedarf die Bestimmung der Reichweite des Gesellschaftsstatuts einer neuen Untersuchung.

7 So die ganz h.M. auf Grundlage der Entscheidungen des EuGH, vgl. etwa BGH NJW 2003, 1461; BGH NJW 2004, 3706; BGH NJW 2005, 1648; BGH NJW 2009, 289; OLG Hamburg NZG 2007, 597; Münch. Hdb. GesR VI/Thölke, § 1, Rn. 94; Bamberger/Roth/Mäsch, EGBGB, Art. 12 Anh II, Rn. 55.

8 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 (Rom I-VO); Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007.

9 vgl. etwa *Ego*, Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften und deutsches Gläubigerschutzrecht; *Forsthoff*, Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften; *Jestädt*, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht; *Kienzl*, Gläubigerschutz bei zuziehenden EU- Auslandsgesellschaften; *Lanzius*, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie; *Moser*, Die Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb des Binnenmarktes.

10 Verordnung Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren.

Die Reichweite des Gesellschaftsstatuts unter Berücksichtigung der Rom I und II-VO soll in der vorliegenden Arbeit untersucht werden, indem im Anschluss an die Einführung (Teil 1) das Spannungsverhältnis zwischen dem Gesellschaftsstatut und der Rom I und II-VO aufgezeigt wird (Teil 2) und gesellschaftsbezogene Qualifikationsfragen in diesem Spannungsverhältnis im Einzelnen untersucht werden (Teil 3).

§ 2 Das Gesellschaftsrecht im Internationalen Privatrecht („IPR“)

Bei Sachverhalten mit Auslandsberührung stellt sich regelmäßig die Frage, nach welcher Rechtsordnung der zu entscheidende Sachverhalt zu beurteilen ist. Hierfür trifft das IPR Bestimmungen darüber, welcher Rechtsordnung die Normen zur privatrechtlichen Beurteilung eines solchen Sachverhalts zu entnehmen sind, vgl. Art. 3 EGBGB¹¹. Das deutsche und auch das unionsrechtliche IPR enthalten dafür Kollisionsnormen, die mit Hilfe bestimmter Anknüpfungspunkte das in der Sache anzuwendende Recht bestimmen¹². Aufgabe dieser Kollisionsnormen ist es, diejenige Rechtsordnung zu ermitteln, mit der der zu beurteilende Sachverhalt die engste Verbindung aufweist¹³. Vorbehaltlich einer Rück- oder Weiterverweisung wird anhand dieser Rechtsordnung der Sachverhalt einer rechtlichen Würdigung unterzogen¹⁴. Das hiernach zur Anwendung berufene Sachrecht bezeichnet man als Sachstatut¹⁵. Hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Regelungen spricht man gemeinhin vom Gesellschaftsstatut¹⁶.

11 Vgl. hierzu MüKoAktG/*Habersack*, Einl. 90; MüKoBGB/*Sonnenberger*, Einl. IPR, Rn. 1 ff.; *Kropholler*, IPR, § 1 I 2; *Palandt/Thorn*, BGB, Einl v EGBGB (IPR), Rn. 1; *Rauscher*, IPR, Rn. 1, 8; *vHoffmann/Thorn*, IPR, § 1, Rn. 3–4.

12 Vgl. hierzu *Rauscher*, IPR, Rn. 1; *Kropholler*, IPR, § 1 III; *Palandt/Thorn*, BGB, Einl v EGBGB (IPR), Rn. 1; MüKoBGB/*Sonnenberger*, Einl. IPR, Rn. 3; *Bamberger/Roth/S. Lorenz*, Einl. IPR, Rn. 34.

13 *Bamberger/Roth/S. Lorenz*, Einl IPR, Rn. 4; *Erman/G. Hohloch*, Einl Art 3 EGBGB, Rn. 29.

14 *Kropholler*, IPR, §§ 4, 6; *vHoffmann/Thorn*, IPR, § 1, Rn. 12 ff.; *Palandt/Thorn*, Einl v EGBGB (IPR), Rn. 1; MüKoBGB/*Sonnenberger*, Einl. IPR, Rn. 19.

15 *Palandt/Thorn*, Einl v EGBGB (IPR), Rn. 2; *Bamberger/Roth/S. Lorenz*, Einl. IPR, Rn. 2.

16 Vgl. etwa *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 17; MüKoAktG/*Habersack*, Einl., Rn. 90; MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 2; *Kropholler*, IPR, § 5 II.

A. Die Lehre des Einheitsstatuts – Umfang des Gesellschaftsstatuts

Die Bestimmung des Sachstatuts bedeutet nicht, dass auf einen Sachverhalt zwingend nur eine Rechtsordnung Anwendung findet, vielmehr können für die Beurteilung einzelner Systembereiche eines einheitlichen Sachverhalts jeweils andere Rechtsordnungen zur Anwendung berufen sein. Ein solches Nebeneinander verschiedener Rechtsordnungen zur Beurteilung eines Sachverhaltes tritt z.B. im Rahmen der sog. Vorfrage auf, wenn einzelne Tatbestandsmerkmale einer Regelung einem anderen Statut unterfallen, so dass für deren Beurteilung auf die durch dieses andere Statut berufene Rechtsordnung abzustellen ist¹⁷. Andererseits können auch nur verschiedene Teile des zu beurteilenden Sachverhalts verschiedenen Statuten unterworfen sein (sog. Teilfrage), wie dies beispielsweise bei der Trennung des in den Art. 3 ff. Rom I-VO geregelten Vertragsstatuts und des in Art. 11 Rom I-VO geregelten Formstatuts der Fall ist¹⁸.

Ohne dass das Internationale Gesellschaftsrecht bislang jemals Gegenstand einer gesetzlichen Regelung in Deutschland war, herrscht – unabhängig von der Frage nach welchen Kriterien die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts erfolgen soll – nahezu Einigkeit darüber, dass grundsätzlich sämtliche gesellschaftsrechtlichen Fragen nach demselben Statut zu beurteilen sind (sog. Einheitsstatut)¹⁹. Damit soll verhindert werden, dass eine Gesellschaft als einheitliches Gebilde von unterschiedlichen Regelungen beherrscht wird²⁰. Während die auf eine Gesellschaft anwendbaren Regelungen innerhalb einer Rechtsordnung regelmäßig aufeinander abgestimmt sind, insbesondere Regelungen des Innenverhältnisses gegenüber Regelungen des Außenverhältnisses, kann bei der kumulativen

17 *Rauscher*, IPR, Rn. 497 ff.; *vHoffmann/Thorn*, IPR, § 6, Rn. 48, 56 ff.; *Kropholler*, IPR, § 32 I.

18 *vHoffmann/Thorn*, IPR, § 6, Rn. 43 ff.; *Kropholler*, IPR, § 41 III.

19 Vgl. hierzu BGH EuZW 2000, 412, 413; BGH NJW 1957, 1433; BGH NJW 1981, 522, 525; OLG Düsseldorf WM 1995, 808; RGZ 83, 367; *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 1 II 8 a; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 16; MünchHdbGesR VI/Thölke, § 1, Rn. 6; MünchHdbGesR III/Jasper, § 75, Rn. 6; *Ulmer/Habersack/Winter/Behrens*, GmbHG, Einl. B., Rn. B 58; *Ebenroth/Sura*, RabelsZ 43 (1979), 315, 317; siehe zu den anderen Ansätzen unten Teil 1:§ 2 B. III.

20 *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 66; *Eidenmüller/Eidenmüller/Rehm*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 4, Rn. 37; *Ebenroth/Sura*, RabelsZ 43 (1979), 315, 330 ff., 338; *Weller*, DstR 2003, 1800, 1803; MünchHdbGesR VI/Thölke, § 1, Rn. 6; ablehnend etwa *MüKoAktG/Altmeyen/Ego*, Europ. Niederlassungsfreiheit, Rn. 187, 279 ff.; *Ego*, Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften und deutsches Gläubigerschutzrecht, S. 351 f.

Anwendung verschiedener Rechtsordnungen hiervon nicht ausgegangen werden, was zwangsläufig Anpassungsprobleme hervorruft²¹.

Art. 10 Abs. 2 EGBGB-E des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht vom 7. Januar 2008 enthält zur Bestimmung des Umfangs des Gesellschaftsstatuts eine nicht abschließende Aufzählung von Sachverhalten, die unter das Gesellschaftsstatut fallen sollen. Eine solche Aufzählung erscheint jedoch wenig hilfreich, wenn sogar in der Entwurfsbegründung davon die Rede ist, dass z.B. die Abgrenzung des Gesellschaftsstatuts zum Deliktsstatut im Zusammenhang mit Haftungsfragen der Rechtsprechung überlassen sei²². Darüber hinaus stellt sich die Frage der Bedeutung einer Festlegung der Reichweite des Gesellschaftsstatuts durch den nationalen Gesetzgeber, wenn die angrenzenden Kollisionsnormen etwa des Deliktsstatuts oder des Insolvenzstatuts mit Art. 4 Rom II-VO bzw. Art. 4 EuInsVO dem Europarecht entstammen²³.

B. Theorien zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts

Neben der Reichweite des Gesellschaftsstatuts ist auch die Frage der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts von zentraler Bedeutung. Zur Bestimmung des richtigen Anknüpfungsmerkmals für die Ermittlung des Gesellschaftsstatuts stehen sich im Wesentlichen die Sitz- und Gründungstheorie gegenüber. Da beide Theorien für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts unterschiedliche Anknüpfungspunkte verwenden, können sie bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Daneben werden in der Literatur, insbesondere seit den Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften nach Art. 49 Abs. 1, 54 AEUV (ex Art. 43 Abs. 1, 48 EG)²⁴, verschiedene Anknüpfungsmerkmale zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts diskutiert, die in der Praxis jedoch nie Berücksichtigung gefunden haben.

21 Spahlinger/Wegen/Spahlinger, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 22; MüKoGmbHG/Weller, Einleitung, Rn. 388; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 249 f.; MünchHdbGesR VI/Thölke, § 1, Rn. 6; dies in Kauf nehmend MüKoAktG/Altemppen, Europ. Niederlassungsfreiheit, Rn. 10.

22 Vgl. Begründung zum Referentenentwurf zum internationalen Gesellschaftsrecht vom 7. Januar 2008, S. 12.

23 Vgl. hierzu unten Teil 2 § 2 sowie Teil 3.

24 Vgl. EuGH Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459; EuGH Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919; EuGH Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155.

I. Sitztheorie

1. Grundlage und Inhalt der Sitztheorie

Die Sitztheorie, deren Ursprung in Kontinentaleuropa, insbesondere in Frankreich und Belgien liegt²⁵, verfolgt das ordnungspolitische Ziel der Kontrollmöglichkeit des Staates, in dem die Gesellschaft vorwiegend tätig wird, insbesondere hinsichtlich der Ausgestaltung von haftungsbegrenzten Kapitalgesellschaften und den damit verbundenen Fragen des Gläubigerschutzes²⁶. Um diese ordnungspolitische Zielsetzung zu erreichen, erfolgt, anders als etwa bei der Bestimmung des Vertragsstatuts, die nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO grundsätzlich einer Parteivereinbarung zugänglich ist, die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts auf Grundlage der Sitztheorie streng nach dem Interessenmittelpunkt der Gesellschaft²⁷.

2. Bestimmung des Interessenmittelpunktes der Gesellschaft

Als Interessenmittelpunkt der Gesellschaft gilt der tatsächliche bzw. effektive Verwaltungssitz der Gesellschaft, unabhängig vom Ort des Satzungssitzes²⁸, wobei die Bestimmung des effektiven Verwaltungssitzes unterschiedlich erfolgt. Teilweise wird auf den Schwerpunkt der wirtschaftlichen Betätigung der Gesellschaft abgestellt²⁹, während die h.M. in Anschluss an *Sandrock*³⁰ auf den Tätigkeitsort der Geschäftsführung abstellt, also den Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden³¹. Kritiker der Sitztheorie wenden dagegen ein, dass im Zuge der Globalisierung der effektive Verwaltungssitz nicht mehr lokalisiert werden kann, da sich – etwa aufgrund heutiger Kommunikationsmöglichkeiten

25 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 400; *Großfeld*, Unternehmensrecht, D § 1 II; *Großfeld*, FS Westermann, S. 199, S. 203 ff.; *Sandrock*, RIW 189, 505 ff.

26 *Kropholler*, IPR, § 55 I 4; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 40 ff.; MüKoAktG/*Habersack*, Einl., Rn. 95; *Spahlinger/Wegen/Spahlinger*, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 35; MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 401; *Fischer*, IPRax 1991, 100, 102; *Arena Garcia*, RIW 2000, 590, 591.

27 *Eidenmüller/Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 1, Rn. 4; *Großfeld*, FS Westermann, S. 199, S. 204; *Sandrock*, RIW 1989, 505, 506; MünchHdbGesR VI/*Thölke*, § 1, Rn. 61.

28 Vgl. nur *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 26, 226 ff.

29 OLG Oldenburg NJW 1990, 1422, 1423.

30 *Sandrock*, FS Beitzke, 669, 683.

31 BGHZ 97, 269, 272; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 228; MünchHdbGesR VI/*Thölke*, § 1, Rn. 72 f.

– die Geschäftsführer theoretisch an völlig unterschiedlichen Orten aufhalten und trotzdem miteinander die Geschäftsführung ausüben können³².

3. Folgen der Sitztheorie für die Ermittlung des Gesellschaftsstatuts

Hinsichtlich der Folgen der Sitztheorie ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden.

Befindet sich der Verwaltungssitz einer Gesellschaft im Staat, nach dessen Recht die Gesellschaft errichtet wurde, gilt das Recht dieses Staates.

Anderes kann jedoch gelten, wenn sich der Verwaltungssitz in einem anderen Staat als dem Gründungsstaat befindet. In einem solchen Fall ist auf die Gesellschaft zunächst das Recht dieses anderen Staates anzuwenden³³. Welche Rechtsordnung in einem solchen Fall letztlich das Gesellschaftsstatut darstellt, hängt jedoch davon ab, ob man die Kollisionsregeln als Gesamtnormverweisung oder Sachnormverweisung erachtet. In letztgenanntem Fall erfolgt ein Verweis lediglich auf das am effektiven Verwaltungssitz geltende Sachrecht³⁴, so dass auf die Gesellschaft sodann das am Ort des effektiven Verwaltungssitzes geltende Gesellschaftsrecht Anwendung findet. Geht man von einer Gesamtnormverweisung aus³⁵, ist für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts auch das IPR der am

32 *Borges*, RIW 2000, 167, 171 ff.; in diese Richtung auch MünchHdbGesR VI/Thölke, § 1, Rn. 83.

33 Von der Frage des anwendbaren Rechts zu unterscheiden ist die Frage, ob die Verwaltungssitzverlegung bereits auf Ebene des deutschen Sachrechts sanktioniert wird (so die bislang h.M. BayObLG NJW-RR 1993, 43 ff.; OLG Hamm ZIP 1997, 1696; *Großfeld*, EWiR 1997, 1031 f.; *Hoffmann*, ZHR 164 (2000), 43, 46; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 31, Rn. 8).

34 Vgl. Art. 3a Abs. 1 EGBGB, *Staudinger/Hausmann*, EGBGB, Art. 3a, Rn. 1; *MüKoBGB/Sonnenberger*, Art. 3a EGBGB, Rn. 2 f.; *Bamberger/Roth/S.Lorenz*, EGBGB, Art. 3a, Rn. 3.

35 Siehe zur Gesamtnormverweisung im Hinblick auf das Gesellschaftsstatut BGH NJW 2004, 3706, 3707; OLG Hamm WM 1995, 456, 458; *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 107; *Ebenroth/Eyles*, IPRax 1989, 1, 9; *Kaligin*, DB 1985, 1449, 1450 f.; *Kropholler*, IPR, § 55 V 3 c; *Leistikow*, Das neue GmbH-Recht, § 4, Rn. 97; ablehnend unter Verweis auf den rechtspolitischen Hintergrund der Sitztheorie *Mäsch*, RabelsZ 61 (1997), 285, 291; *Bamberger/Roth/ders.*, EGBGB, Art. 12, Rn. 51; *Brödermann*, in *Brödermann/Iversen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Rn. 284 ff.; für eine differenzierende Anwendung der Gesamtnormverweisung im Hinblick auf das Gesellschaftsstatut dahingehend plädierend, dass bei Gesellschaften aus Mitgliedstaaten die Sachnormverweisung und bei Gesellschaften aus Drittstaaten die Gesamtnormverweisung statthaft sei *von Hein* in *Leible/Unberath (Hrsg.)*, Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?, S. 341, S. 389 ff.

Ort des effektiven Verwaltungssitzes geltenden Rechtsordnung zu berücksichtigen³⁶. Folgt diese Rechtsordnung ebenfalls der Sitztheorie, findet im Ergebnis das am Ort des effektiven Verwaltungssitzes geltende Sachrecht Anwendung. Hingegen ist das Gründungsrecht die maßgebliche Rechtsordnung, wenn das Recht am Ort des effektiven Verwaltungssitzes der Gründungstheorie folgt³⁷. In einem solchen Fall erfolgt ein Rückverweis (Renvoi).

II. Gründungstheorie

1. Grundlage und Inhalt der Gründungstheorie

Anders als bei der Sitztheorie, untersteht eine Gesellschaft grundsätzlich dem Recht des Staates, nach dem sie gegründet wurde³⁸. Das Anknüpfungsmoment kann sich dabei im Einzelfall unterscheiden und hängt von der Ausgestaltung der jeweiligen Kollisionsregel ab. Neben dem pauschalen Verweis auf das Gründungsrecht³⁹, wird etwa auch auf den Ort der Registereintragung abgestellt⁴⁰

Die Gründungstheorie hat ihren Ursprung in England⁴¹. Ziel war es, die überseeischen Wirtschaftsaktivitäten in den englischen Kolonien zu schützen⁴². Durch die Gründungstheorie war es für Handelsgesellschaften englischen Rechts möglich, ihrer Geschäftstätigkeit in den Kolonien nachzugehen, ohne ihren Charakter als Gesellschaft englischen Rechts aufzugeben bzw. Gesellschaften englischen Rechts in den Kolonien zu gründen⁴³.

36 Vgl. Art. 4 Abs. 1 EGBGB.

37 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 507; Eidenmüller/*Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 1, Rn. 4.

38 Vgl. etwa MüKoAktG/*Habersack*, Einl., Rn. 94; Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 31; MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 359; Spahlinger/*Wegen/Spahlinger*, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 59; Münch. Hdb. GesR VI/*Thölke*, § 1, Rn. 88.

39 Münch. Hdb. GesR VI/*Thölke*, § 1, Rn. 88; Eidenmüller/*Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 1, Rn. 3.

40 Vgl. Art. 10 Abs. 1 des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht vom 7. Januar 2008.

41 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 359; Eidenmüller/*Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 1, Rn. 2; Michalski/*Leible*, GmbHG, Syst. Darst. 2, Rn. 7; Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 31; *Beitzke*, FS Luther, 1, 8.

42 *Großfeld*, FS Westermann, S. 199 ff.; Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 31.

43 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 359; Eidenmüller/*Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 1, Rn. 2; Michalski/*Leible*, GmbHG, Syst. Darst. 2, Rn. 7.

2. Folgen der Gründungstheorie für die Ermittlung des Gesellschaftsstatuts

Auch bei der Ermittlung des Gesellschaftsstatuts nach der Gründungstheorie ist zwischen verschiedenen Konstellationen zu unterscheiden.

Aus Sicht der Rechtsordnung, nach der die Gesellschaft errichtet ist, stellt diese Rechtsordnung bei Anwendung der Gründungstheorie stets das Gesellschaftsstatut dar. Dies gilt unabhängig davon, an welchem Ort sich der effektive Verwaltungssitz der Gesellschaft befindet. Mithin ändert sich das Gesellschaftsstatut durch eine rein tatsächliche Verlegung des Verwaltungssitzes nicht⁴⁴.

Fallen das Gründungsrecht und die Rechtsordnung am Ort des effektiven Verwaltungssitzes auseinander, kann anderes gelten. Auf Grundlage der Gründungstheorie erfolgt ein Verweis auf das Gründungsrecht. Geht man von einer Sachnormverweisung aus⁴⁵, entspricht das Gründungsrecht dem Gesellschaftsstatut. Im Falle einer Gesamtnormverweisung ist hingegen auch das IPR des Gründungsrechts zu berücksichtigen⁴⁶. Folgt das Gründungsrecht der Gründungstheorie, ist auch im Falle einer Gesamtnormverweisung das Gründungsrecht als Gesellschaftsstatut anzusehen. Folgt das Gründungsrecht hingegen der Sitztheorie, findet im Wege des Rückverweises (Renvoi) das Sachrecht am Ort des effektiven Verwaltungssitzes an.

III. Mischformen

Um einen Ausgleich zwischen den mit der Sitztheorie verfolgten staatlichen Kontrollinteressen⁴⁷ und dem hinter der Gründungstheorie stehenden Interesse nach möglichst großer Freiheit im Zusammenhang mit der Mobilität von Gesellschaften⁴⁸ zu schaffen, wurden in der Literatur verschiedene Lösungen vorgeschlagen, die sowohl Elemente der Sitztheorie als auch der Gründungstheorie aufweisen. Gemeinsam ist den nun darzustellenden Vorschlägen ihr Ausgangspunkt in der Gründungstheorie⁴⁹.

1. Überlagerungstheorie

Die Überlagerungstheorie geht von dem die Gründungstheorie prägenden Grundsatz aus, dass eine ausländische Gesellschaft prinzipiell als wirksam

44 Münch. Hdb. GesR VI/*Thölke*, § 1, Rn. 92.

45 Vgl. hierzu die in Fn. 34 zitierte Literatur.

46 Vgl. hierzu die in Fn. 35 zitierte Rechtsprechung und Literatur.

47 Siehe oben unter Teil 1 § 2 B.I.1.

48 Siehe oben unter Teil 1 § 2 B.II.

49 Staudinger/*Großfeld*, IntGesR, Rn. 34.

errichtet anzusehen ist, auch wenn sich ihr Verwaltungssitz nicht im Gründungsstaat befindet⁵⁰. Das Gründungsrecht wird jedoch vom Sitzrecht insoweit verdrängt bzw. überlagert, wie zwingende gesellschaftsrechtliche Vorschriften des Sitzstaates dies erforderlich machen⁵¹.

2. Kombinationslehre

Nach der Kombinationslehre ist zwischen ausländischen Gesellschaften zu unterscheiden, die einen substantiellen Auslandsbezug aufweisen und solchen, deren Auslandsbezug allein in der Wahl der ausländischen Rechtsform zu sehen ist (Scheinauslandsgesellschaft)⁵². Bei letzteren Gesellschaften bestehe kein schutzwürdiges Interesse, von national zwingenden Normen abzuweichen, so dass die maßgebliche Rechtsordnung diejenige des Ortes des Verwaltungssitzes ist⁵³. Weist die Gesellschaft hingegen einen substantiellen Auslandsbezug auf, ist grundsätzlich das Gründungsrecht die maßgebliche Rechtsordnung⁵⁴. Dies hat zur Konsequenz, dass sich bei nachträglichem Wegfall einer solchen Auslandsberührung das Gesellschaftsstatut wandelt⁵⁵. Die Begründung für diese differenzierende Betrachtungsweise wird in Art. 27 Abs. 3 EGBGB a.F. gesucht, der die Rechtswahlfreiheit hinsichtlich sachrechtlich zwingender Bestimmungen des Staates, zu dem allein relevante Beziehungen bestehen, an einen über die Rechtswahl hinausgehenden Auslandsbezug knüpft⁵⁶.

3. Differenzierungstheorie

Die Differenzierungslehre trennt zwischen Innen- und Außenverhältnis von Gesellschaften⁵⁷. Während für das Innenverhältnis der Gesellschaft stets das Gründungsrecht maßgeblich sein soll, müssen Fragen des Außenverhältnisses

50 Sandrock, *RabelsZ* 42 (1978), 227, 246 ff., 250 ff.; *ders.*, FS Beitzke, S. 669, 690 ff.; Sandrock/Austmann, *RIW* 1989, 249, 252 f.; siehe aber auch Sandrock, *ZVglRWiss* 102 (2003), 447, der seine Überlagerungstheorie im Lichte der jüngsten EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit weitestgehend aufgibt („Schrumpfung der Überlagerungstheorie“) und eine Anwendung des Sitzrechts auf EU-Gesellschaften nur noch in Ausnahmefällen als mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar erachtet.

51 siehe Fn. 50.

52 Zimmer, *Internationales Gesellschaftsrecht*, S. 226 ff.

53 Zimmer, *Internationales Gesellschaftsrecht*, S. 226 ff.

54 Zimmer, *Internationales Gesellschaftsrecht*, S. 226 ff.

55 Zimmer, *Internationales Gesellschaftsrecht*, S. 232.

56 Zimmer, *Internationales Gesellschaftsrecht*, S. 22 f.

57 Grasmann, *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, Rn. 615 ff.

nicht zwingend nach dem Gründungsrecht zu beurteilen sein⁵⁸. Teilweise wird eine differenzierte Anknüpfung des Außenverhältnisses vorgenommen⁵⁹ oder auch hier der Grundsatz der Parteiwahl herangezogen⁶⁰, während andere aus Rechtsklarheitsgründen im Außenverhältnis stets das Recht des Tätigkeitsorts heranziehen wollen⁶¹.

4. Europarechtliche Ansätze

Neben diesen klassischen Ansätzen zur Verbindung von Teilen der Sitz- und Gründungstheorie wurden infolge der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften nach Art. 49 Abs. 1, 54 AEUV (ex Art. 43 Abs. 1, 48 EG)⁶² verschiedene Ansätze zur Kombination von Sitz- und Gründungstheorie diskutiert⁶³. Gemeinsamer Hintergrund sämtlicher Ansätze der Kombination von Sitz- und Gründungstheorie ist die Frage, inwieweit die Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften die Anwendung des Gründungsrechts vorgeben⁶⁴.

In Folge der *Inspire Art* Entscheidung des EuGH⁶⁵ wird für Zuzugsfälle von EU-Auslandsgesellschaften vertreten, dass sich alle die Grundlagen einer Gesellschaft betreffenden Dinge, nach dem Recht des Gründungsstaates richten, während darüber hinaus kein Anspruch auf Geltung des Gründungsrechts bestehe⁶⁶. Als die Grundlagen einer Gesellschaft betreffenden Dinge werden dabei die Entstehung, die Verfassung, das Erlöschen und die Umwandlung angesehen⁶⁷. Im Hinblick auf das gläubigerschützende Außenrecht einer Gesellschaft sei hingegen eine Alternativanknüpfung an den Ort des tatsächlichen unternehmerischen

58 Grasmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 615 ff.

59 Grasmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 622 f.

60 Staehelin, Die AG im schweiz. IPR, S. 44.

61 Moser, FS Bürgi, S. 283, S. 295.

62 Vgl. die in Fn. 24 zitierten Entscheidungen.

63 Vgl. Jüttner, Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, S. 139 f.; Altmeyden, NJW 2004, 97; von Halen, Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH, S. 225 ff.; Ego, Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften und deutsches Gläubigerschutzrecht; vgl. auch den Überblick von Altmeyden/Ego in MüKoAktG, Europ. Niederlassungsfreiheit.

64 Vgl. zur Frage, ob die Art. 49 Abs. 1, 54 AEUV eine Kollisionsregel enthalten unten Teil 2 § 1 A.I.

65 EuGH Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I- 10155.

66 Altmeyden, NJW 2004, 97, 104; Ego, Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften und deutsches Gläubigerschutzrecht, S. 351 f.

67 Altmeyden, NJW 2004, 97, 104.

Schwerpunkts und an den Gründungsort nach dem Günstigkeitsprinzip statt- haft⁶⁸. Eine Modifikation dieser Anknüpfung sei jedoch dann geboten, soweit das Recht am Ort des tatsächlichen unternehmerischen Schwerpunkts in seinen Auswirkungen zum Nachteil der in Anspruch genommenen Gesellschafter oder Geschäftsleiter über das ebenfalls anwendbare Gläubigerschutzrecht des Grün- dungsstaates hinausgeht⁶⁹. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trage der Be- troffene⁷⁰. Auf dieser Grundlage obliege es dem Gericht zu prüfen, ob von einer Anwendung inländischen Rechts zu Gunsten des Gründungsstatuts Abstand zu nehmen oder bei Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit der Anwendung inländi- schen Rechts gegebenenfalls eine Vorlage an den Gerichtshof erforderlich ist⁷¹.

IV. Bewertung der Theorien und Zusammenfassung

Mit Ausnahme der Kombinationslehre haben die vorgeschlagenen Theorien eine gemeinsame Schwäche. Durch die kumulative Anwendung verschiedener Gesellschaftsrechte wird die Einheit des Gesellschaftsstatuts durchbrochen, was mit der Lehre vom Einheitsstatut⁷² gerade vermieden werden soll⁷³.

Daneben spricht gegen die Überlagerungstheorie, dass auch bei ihr die Verlegung des Verwaltungssitzes zumindest faktisch eine Neugründung nach dem Recht des Zuzugsstaates erforderlich macht. Zwar wird die zuge- zogene Gesellschaft als solche anerkannt, gleichwohl hat sie die am Ort des Verwaltungssitzes geltenden Regeln betreffend die Verfassung der Gesell- schaft zu beachten, da es sich bei diesen regelmäßig um zwingendes Recht handelt. Die Differenzierungstheorie ist vor allem deshalb unpraktikabel, weil es nicht möglich ist, das Innenverhältnis einer Gesellschaft von deren

68 *Ego*, Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften und deutsches Gläubigerschutzrecht, S. 351; MüKoAktG/*Altmeyden/Ego*, Europ. Niederlassungs- freiheit, Rn. 314 f.

69 *Ego*, Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften und deutsches Gläubigerschutzrecht, S. 352.

70 *Ego*, Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften und deutsches Gläubigerschutzrecht, S. 352; MüKoAktG/*Altmeyden/Ego*, Europ. Niederlassungs- freiheit, Rn. 316.

71 *Ego*, Europäische Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften und deutsches Gläubigerschutzrecht, S. 352; MüKoAktG/*Altmeyden/Ego*, Europ. Niederlassungs- freiheit, Rn. 316.

72 Siehe zum Einheitsstatut oben Teil 1 § 2 A.

73 *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn. 66.

Außenverhältnis getrennt anzuknüpfen, da beide ineinander übergehen⁷⁴. Am ehesten überzeugt die Kombinationslehre, da sie die Einheit des Gesellschaftsstatuts wahrt. Abgesehen von der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit bleibt jedoch die Frage unbeantwortet, wann eine Gesellschaft als Scheinauslandsgesellschaft zu behandeln ist. Soll dies von einer bestimmten Dauer der Existenz der Gesellschaft abhängig sein oder gar von einem bestimmten Umfang der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft im Gründungsstaat? Im Hinblick auf die Lehre vom Einheitsstatut bleibt festzuhalten, dass eine differenzierende Anknüpfung gesellschaftsrechtlicher Regelungen nicht sinnvoll ist. Ohnehin stellt sich die Frage, ob nicht mit dem im IPR zur Verfügung stehenden Instrumentarium des *ordre public*⁷⁵ oder der Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen⁷⁶ den vom Sachrecht verfolgten Interessen in hinreichendem Maße Geltung verschafft wird.

Allein die Gründungstheorie gewährleistet eine einheitliche Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts, die zugleich im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten steht und ist daher vorzuziehen⁷⁷. Dies gilt ausweislich der jüngsten Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften zwar lediglich für den Zuzug von Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten⁷⁸. Die Gründungstheorie sollte, wie von Art. 10 Abs. 1 EGBGB-E des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht vom 7. Januar 2008 vorgesehen und auch von § 4a GmbHG / § 5 AktG impliziert⁷⁹, jedoch auf inländische Gesellschaften

74 MüKoBGB/*Kindler*, IntGesR, Rn. 405.

75 Vgl. hierzu *Rauscher*, IPR, Rn. 580 ff.; *vHoffmann/Thorn*, IPR, § 6, Rn. 136 ff.; *Kropholler*, IPR, § 36.

76 Vgl. hierzu MüKoBGB/*Sonnenberger*, Einl. IPR, Rn. 35 ff.

77 BGHZ 154, 185; BGH NJW 2004, 3706; BGH NJW 2005, 1648; *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925, 930 f.; *dies.*, EuZW 2003, 677, 682; *AnwK/Hoffmann*, BGB, Art. 12 EGBGB Anh. 68 ff.; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233; *ders.*, JZ 2003, 526, 528; insoweit widersprüchlich *ders./Rehm*, ZGR 2004, 159, 185; *Eidenmüller/Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 2, Rn. 10; *ders.*, FS Heldrich, S. 581 ff.; *Bayer*, BB 2003, 2357, 2365 f.; *Ulmer/Habersack/Winter/Behrens*, GmbHG, Einl. B, Rn. 39, 108 ff.; MüKoAktG/*Habersack*, Einl., Rn. 98.

78 EuGH Rs. C-210/06 (*Cartesio*), Slg. 2008, I-9664.

79 Vgl. zur kollisionsrechtlichen Bedeutung des § 4a GmbHG / § 5 AktG unten Teil 2:§ 1 C. I. *Paefgen*, WM 2009, 529, 530 f.; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 447; wohl auch *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58, 62; *Goette*, DStR 2009, 128; gegen kollisionsrechtliche Bedeutung aber *Heckschen*, DStR 2009, 166, 168 f.; *Preuß*, GmbHR 2007, 57; *Peters*, GmbHR 2008, 245, 294.

aus Gründen der Gleichbehandlung im Verhältnis zu ausländischen Gesellschaften erstreckt werden⁸⁰.

Da in vorliegender Arbeit das Spannungsverhältnis zwischen dem Gesellschaftskollisionsrecht und der Rom I und II-VO untersucht werden soll, bei dem es um die Reichweite des Gesellschaftsstatuts, nicht jedoch um dessen Anknüpfung geht, soll auf die Frage der Anknüpfung nachfolgend nur insoweit eingegangen werden, als sich hieraus Auswirkungen auf das Spannungsverhältnis des Gesellschaftsstatuts zur Rom I und Rom II-VO ergeben könnten.

80 Ulmer/Habersack/Winter//Behrens, GmbHG, Einl., Rn. B 40, B 121; Eidenmüller, ZIP 2002, 2244; ders., JZ 2003, 526, 528; Leible/Hoffmann, ZIP 2003, 925, 930, 935 ff.; Binz/Mayer, BB 2005, 2361, 2366 ff.; ablehnend dagegen die Rechtsprechung BayObLG BB 2004, 570, 571 f.; OLG Düsseldorf, NJW 2001, 2184; OLG Hamm, NJW 2001, 2183.