

Die Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland

Bearbeitet von
Dr. Nadja Tomschin

1. Auflage 2011. Taschenbuch. XII, 243 S. Paperback

ISBN 978 3 631 60329 1

Format (B x L): 14,8 x 21 cm

Gewicht: 330 g

Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > Europäisches,
Internationales Gesellschaftsrecht

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

A Einführung

I. Thema und Gang der Untersuchung

1. Thema

Die Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland hat in den letzten Jahren nicht nur in hohem Maße an praktischer Bedeutung gewonnen, sondern gehört derzeit auch zu den am meist diskutierten Fragen des internationalen Gesellschaftsrechts. Indem der BGH im Anschluss an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit in den Rechtssachen *Überseering*¹ und *Inspire Art*² festgestellt hat, dass europäische Gesellschaften unabhängig von ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland als solche anzuerkennen sind und für US-amerikanische Gesellschaften aufgrund des zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika geschlossenen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags³ „ähnliches“ gilt,⁴ hat er den so oft beschriebenen Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen eingeläutet. Damit werden auch in Deutschland verstärkt Unternehmen unter Verwendung ausländischer Gesellschaftsformen betrieben. Die sich hieraus ergebenden Folgeprobleme des Umfangs der Anerkennung von Auslandsgesellschaften wurden zunächst allenfalls punktuell gesehen und beschränkten sich dann meist auf den innereuropäischen Bereich. Dass diese Frage aber auch und gerade im Hinblick auf US-amerikanische Gesellschaften von entscheidender Bedeutung ist, wird hierbei häufig übersehen. Ob diese „ähnliche Behandlung“ US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland bereits aus der Vorschrift des Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV – danach wird der „rechtliche Status“ einer Gesellschaft in dem Gebiet des anderen Vertragsteils anerkannt – folgt oder erst aus der im Rahmen der Niederlassungsfreiheit des Art. VII Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 FHSV enthaltenen Meistbegünstigungsklausel abgeleitet werden kann, ist jedoch genauso unklar und umstritten wie die verbleibende Reichweite einer Anknüpfung an das nationale Recht.

Da nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls feststeht, dass sich US-amerikanische Gesellschaften nunmehr auch dann in Deutschland betätigen dürfen, wenn es sich um sogenannte Briefkastengesellschaften mit ausschließlicher

1 EuGH, Urteil v. 5.11.2002, Slg. 2002, I-9919.

2 EuGH, Urteil v. 30.9.2003, Slg. 2003, I-10155.

3 Gesetz zu dem Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag vom 29.10.1954 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 7.5.1956, BGBl. 1956 II, S. 487 (im Folgenden: FHSV).

4 BGH, Urteil v. 5.7.2004 – II ZR 389/02, NZG 2004, 1001 = RIW 2004, 787.

Tätigkeit im Inland handelt, hat sich ein regelrechter Gründungs-Boom und damit einhergehend eine neue Dienstleistungsbranche entwickelt. Diese auf Gesellschaftsgründungen spezialisierten Unternehmen bieten vorwiegend im Internet die Gründung ausländischer Gesellschaftsrechtsformen zum „Schnäppchenpreis“ an. So heißt es dort unter anderem „Form a Corporation or LLC Online or by Phone for \$65 in 24 Hours“⁵, „US-Firmengründung in Delaware – profitieren sie von einer der flexibelsten Firmengesetzgebungen weltweit“⁶ oder „Delaware Firma gründen noch heute!“⁷. Als Vorteile dieser ausländischen Gesellschaftsrechtsformen werden dabei nicht nur die schnelle und kostengünstige Gründung, sondern auch die im Übrigen einfachere und flexiblere Handhabung, so unter anderem in Bezug auf den ohne Notar möglichen Austausch von Geschäftsführer oder Gesellschafter, angepriesen.⁸ In diesem Zusammenhang entscheidend ist jedoch, dass auf diese Weise der mit einer Kapitalgesellschaft verbundene Schutz vor persönlicher Haftung erreicht werden kann, ohne die Gesellschaft mit einem bestimmten Mindestkapital ausstatten zu müssen.⁹

Da das deutsche Gesellschaftsrecht zum Schutz des Rechtsverkehrs und der Gläubiger insbesondere auf eine gewisse Mindestkapitalausstattung haftungsbeschränkter Gesellschaften setzt, die in vielen anderen Staaten nicht oder jedenfalls nicht in vergleichbarem Maße Entsprechung findet, führt die zunehmende Verbreitung ausländischer Gesellschaften in Deutschland vermehrt zu Schutzlücken. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass das in – vor allem liberalen – ausländischen Rechtsordnungen anstelle der Mindestkapitalausstattung präferierte System staatlicher Aufsicht über Kapitalgesellschaften aufgrund des dabei geltenden Territorialitätsprinzips bei einer Tätigkeit in Deutschland faktisch, aber auch rechtlich unterminiert wird, sodass auch auf diese Weise ein Schutz von Rechtsverkehr und Gläubigern nicht gewährleistet ist. Darüber hinaus ist bislang nicht abschließend geklärt, inwieweit die Vorgaben des höher-rangigen Völker- bzw. Gemeinschaftsrechts eine Anerkennung des Gründungs-

5 <http://www.superbiz.com/delaware.htm> (zuletzt abgerufen am 8.3.2010).

6 <http://www.futuramax.us/firma-gruenden-delaware.html> (zuletzt abgerufen am 8.3.2010).

7 <http://www.csr-corporation.com/de/firma/delaware-firma.html> (zuletzt abgerufen am 8.3.2010).

8 So wird unter <http://www.csr-corporation.com/de/firma/delaware-firma.html> unter anderem die Gründung einer Delaware corporation innerhalb eines Tages oder unter <http://www.superbiz.com/delaware.htm> die online-Gründung innerhalb weniger Minuten ohne Notarbesuch unter gleichzeitiger Zurverfügungstellung einer Geschäftsadresse sowie eines registered agent (Zustellungsbevollmächtigten) angepriesen.

9 Bei der Delaware corporation werden regelmäßig Aktien ohne Nennwert gezeichnet, sodass sich das Aktienkapital auf null US-Dollar beläuft.

rechts der ausländischen Gesellschaft in Deutschland gebieten, sodass nach wie vor erhebliche Rechtsunsicherheiten bestehen. Diese entscheidende Frage nach der Zulässigkeit und Reichweite einer verbleibenden Anwendung nationalen Rechts zum Schutz der Gläubiger US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland steht daher im Zentrum der vorliegenden Arbeit. Dass ein solcher Schutz gerade bei im Inland tätigen ausländischen Briefkastengesellschaften notwendig ist, zeigen insbesondere die zahlreichen Insolvenzen solcher Gesellschaften,¹⁰ deren negative Konsequenzen sich aufgrund des in Deutschland liegenden Tätigkeitsschwerpunktes primär im Inland auswirken.

Mittlerweile hat sich auch der deutsche Gesetzgeber mit den Auswirkungen der BGH-Rechtsprechung befasst. So hat er unter anderem das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)¹¹ erlassen und sich damit – jedenfalls implizit – für eine Aufnahme des Wettbewerbs mit den ausländischen Kapitalgesellschaften ausgesprochen. Das Gesetz dient unter anderem der Erleichterung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen in Deutschland¹² und bietet darüber hinaus die Möglichkeit der Gründung einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft mit einem Stammkapital von 1 Euro. Dass damit im Ergebnis allerdings nicht von dem „bewährten Haftungskapital“¹³ abgewichen werden soll, zeigt sich nicht nur daran, dass eine solche Gesellschaft ihre Gewinne bis zur Erreichung des Mindeststammkapitals einer GmbH nicht voll ausschütten darf; es wird auch daran deutlich, dass die ursprünglich vorgesehene Reduzierung des Mindeststammkapitals von 25.000 Euro auf 10.000 Euro wieder verworfen wurde. Ob hiermit eine echte Alternative zur Gründung einer ausländischen Briefkastengesellschaft geschaffen wurde, kann somit durchaus bezweifelt werden.

Darüber hinaus hat das Bundesjustizministerium am 7. Januar 2008 einen Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesell-

10 Das Statistische Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 4/2008, stellte hierzu für das Jahr 2007 fest, dass die Insolvenzen nach deutschem Recht gegründeter Unternehmen aller Rechtsformen im Vergleich zum Vorjahr mehr oder weniger stark zurückgegangen seien, während die in der Statistik erfassten „sonstigen Rechtsformen“, zu denen insbesondere ausländische Rechtsformen zählten, als einzige Kategorie einen Anstieg der Insolvenzen zu verzeichnen hatte. Im Jahreszeitraum 2007 kamen somit auf 10.947 GmbHs 122 Insolvenzen, auf 892 Gesellschaften „sonstiger Rechtsformen“ 151 Insolvenzen.

11 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008, BGBl. 2008 I, S. 2026, welches am 1. November 2008 in Kraft getreten ist.

12 So kann eine GmbH nunmehr nach § 2 Abs. 1a GmbHG im vereinfachten Verfahren unter Verwendung eines dem GmbHG angehängten Musterprotokolls gegründet werden.

13 Begründung zum MoMiG, S. 59.

schaft, Vereine und juristischen Personen vorgelegt.¹⁴ Mit diesem Entwurf soll ausweislich seiner Begründung im Bereich des Gesellschaftsstatuts „die grundsätzliche Anwendung des Gründungsrechts im deutschen Recht verankert werden“, um den Vorgaben höherrangigen Rechts Rechnung zu tragen und die Unsicherheiten bezüglich des „Umfangs, der Ausgestaltung und Grenzen der sog. Gründungstheorie“ zu beseitigen.¹⁵ Allerdings ist nach wie vor unklar, wann und in welchem Umfang dieser Entwurf überhaupt umgesetzt wird; zudem lässt er die aktuell besonders umstrittenen Themenkomplexe an den Schnittstellen zum Delikts- oder Insolvenzrecht gerade bewusst offen.

2. Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Arbeit werden die Grundlagen des internationalen Gesellschaftsrechts dargestellt. Hierbei werden zunächst die Begriffe „Anerkennung“ und „Gesellschaftsstatut“ näher bestimmt sowie die Theorien zur Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut erläutert. Ferner wird der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 7. Januar 2008, auf den in den jeweils folgenden Teilen zurückzukommen sein wird, kurz vorgestellt.

Im zweiten Teil der Arbeit werden sodann die völkerrechtlichen Vorgaben für die Behandlung US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland untersucht. Im Zentrum steht dabei der zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika geschlossene Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag.¹⁶ Hier wird zunächst darauf eingegangen, ob Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV als eine staatsvertragliche, die Gründungsanknüpfung vorschreibende Kollisionsnorm anzusehen ist. Ist diese Frage mit dem BGH zu bejahen, gilt es in einem nächsten Schritt, die Reichweite einer Anknüpfung an das Gründungsrecht zu untersuchen. Neben der Vorschrift des Art. XXV Abs. 5 S. 2 FHSV ist hierbei die in Art. VII Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 FHSV enthaltene Meistbegünstigungsklausel von besonderem Interesse. Entscheidende Bedeutung erlangt in diesem Zusammenhang die Frage, ob US-amerikanische Gesellschaften insoweit die gleiche Behandlung fordern können, wie sie EU-Auslandsgesellschaften in Deutschland aufgrund der Niederlas-

14 Der Entwurf ist nebst Begründung abrufbar unter www.bmj.de (Themen/Zivilrecht/Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht/Internationales Gesellschaftsrecht).

15 So explizit die Begründung zum Referentenentwurf, S. 5.

16 Gesetz zu dem Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag vom 29.10.1954 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 7.5.1956, BGBl. 1956 II, S. 487.

sungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEU [ex Art. 43, 48 EG] gewährt wird und welche Vorgaben der EuGH hierfür – insbesondere im Urteil *Inspire Art* – aufgestellt hat. Im Anschluss wird auf den Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums eingegangen und untersucht, ob er lediglich der Kodifizierung der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts dient oder ob er über diese Vorgaben hinausgeht. Schließlich stellt sich die Frage, ob der aus dem FHSV zu entnehmenden Pflicht zur Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften in bestimmten Fällen Schranken gesetzt sind. Dabei wird insbesondere erörtert, ob eine Gesellschaft als ungeschriebenes Merkmal ein *genuine link* zum Gründungsstaat besitzen muss, um kollisionsrechtliche Anerkennung beanspruchen zu können.

Die im zweiten Teil gefundenen Ergebnisse dienen als Grundlage für die Untersuchung der Reichweite einer verbleibenden Anwendung nationalen Rechts im dritten Teil der Arbeit. Hier geht es darum, die Anwendbarkeit der besonders umstrittenen Vorschriften auf US-amerikanische Gesellschaften in Deutschland im Einzelnen – aufgrund der Meistbegünstigungsklausel des FHSV in Abhängigkeit von EU-Auslandsgesellschaften und damit anhand der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts – zu überprüfen. Konkret bedarf es somit jeweils der Feststellung, ob eine Vorschrift eine wesentliche Behinderung des Marktzutritts der Gesellschaft darstellt, die nicht aufgrund zwingender Allgemeininteressen gerechtfertigt werden kann. Im Fokus des Interesses stehen dabei neben der Kapitalerhaltung eine mögliche Durchgriffshaftung der Gesellschafter sowie die Regelungen betreffend die Insolvenzantragspflicht, die Insolvenzverschleppungshaftung und die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz. Schließlich sind die Auswirkungen des Referentenentwurfs auf die verbleibende Reichweite einer Anwendung nationalen Rechts zu untersuchen. Dabei ist festzustellen, ob dieser lediglich bislang geltendes Recht kodifiziert oder über die notwendigen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts bzw. des FHSV hinausgeht.

II. Grundlagen des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts

1. Anerkennung und Gesellschaftsstatut

a) Anerkennung

Die Diskussion um das Problem der Anerkennung ausländischer Gesellschaften in Deutschland leidet seit jeher an der Unklarheit der Bedeutung des Begriffs

„Anerkennung“.¹⁷ Der Ausdruck findet nicht nur in vielfältiger und oft undifferenzierter Weise Verwendung im internationalen Gesellschaftsrecht, sondern darüber hinaus auch im Fremdenrecht und in verschiedenen Staatsverträgen, was zu einer inhaltlichen Unschärfe führt.

Im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht besteht Einigkeit, dass im Zentrum der Diskussion um den Begriff „Anerkennung“ die Frage steht, unter welchen Voraussetzungen einer ausländischen Gesellschaft nach inländischem Recht die Fähigkeit zugesprochen wird, Rechtssubjekt zu sein und am inländischen Rechtsverkehr teilnehmen zu können.¹⁸ Hiervon ist der besondere Anerkennungsbegriff des Fremdenrechts zu unterscheiden. Im Fremdenrecht spricht man insbesondere dann von einer Anerkennung der ausländischen Gesellschaft, wenn diese im Inland zum Gewerbebetrieb zugelassen wird.¹⁹ Die Bestimmungen des Fremdenrechts sind keine Kollisions-, sondern Sachnormen, deren Anwendung die Entscheidung über die Maßgeblichkeit inländischen Rechts bereits voraussetzt.²⁰ Sie knüpfen im Tatbestand an die Ausländereigenschaft einer juristischen Person an und stellen materielle Sonderregeln für deren Behandlung und Tätigkeit im Inland auf.²¹ Die fremdenrechtliche Zulassung ausländischer juristischer Personen steht daher in mittelbarem Zusammenhang mit deren Anerkennung nach internationalem Gesellschaftsrecht, denn die Existenz einer Gesellschaft und deren Teilnahme am inländischen Rechtsverkehr ist der fremdenrechtlichen Frage vorgelagert.²²

Der international-gesellschaftsrechtliche Anerkennungsbegriff wird nur vor dem Hintergrund seiner geschichtlichen Entwicklung verständlich. Die Vorstel-

17 Behrens, ZGR 1978, 499; Drobnig, ZHR 129 (1967), 93, 104; Ebenroth/Sura, *RebelsZ* 43 (1979), 315; MüKo/Kindler, BGB, *IntGesR*, Rn. 296; Zimmer, ZHR 168 (2004), 355.

18 Ebenroth/Bippus, NJW 1988, 2137, 2138; Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, *GmbHG*, Einl. B Rn. 108; Kronke/Melis/Schnyder/Mazza, *Int. Wirtschaftsrecht*, Teil K Rn. 76; Staudinger/Großfeld, *IntGesR*, Rn. 158.

19 Ebenroth/Bippus, NJW 1988, 2137, 2138 f.; Ebenroth/Sura, *RebelsZ* 43 (1979), 315, 316; Hachenburg/Behrens, *GmbHG*, Einl. Rn. 156; MüKo/Kindler, BGB, *IntGesR*, Rn. 296.

20 Hachenburg/Behrens, *GmbHG*, Einl. Rn. 189; Scholz/Westermann, *GmbHG*, Einl. Rn. 80; Staudinger/Großfeld, *IntGesR*, Rn. 961; v. Bar/Mankowski, *IPR*, Bd. I, S. 217.

21 Fremdenrechtlichen Charakter haben z.B. die §§ 13 d ff. HGB, weil sie für Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit Sitz im Ausland besondere registerrechtliche Anforderungen aufstellen.

22 Dies zeigt auch § 15 Abs. 2 S. 2 GewO, wonach einer ausländischen juristischen Person der Betrieb eines Gewerbes in der Bundesrepublik untersagt werden kann, wenn deren Rechtsfähigkeit nach deutschem internationalem Gesellschaftsrecht nicht anerkannt wird.

lung von einer besonderen Anerkennungsbedürftigkeit ausländischer Gesellschaften entstand im 19. Jahrhundert im Zusammenhang mit der damals verbreiteten Konzessionspraxis. Ihr lag die Ansicht zugrunde, dass juristische Personen fiktive Geschöpfe einer einzelstaatlichen Rechtsordnung sind (sog. Fiktionstheorie)²³, die ihre Rechtssubjektivität nur aufgrund staatlicher Verleihung erlangen können. Da die Verleihung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft war und der behördlichen Kontrolle unterlag, wollte man diese Entscheidung mit Wirkung für das Inland nicht allein einem ausländischen Staat überlassen.²⁴ Ebenso wie die Entstehung inländischer juristischer Personen erfolgte somit auch die Anerkennung ausländischer juristischer Personen durch Erteilung einer behördlichen Konzession. Hierdurch wurde die Rechtsfähigkeit der ausländischen juristischen Person mit der inländischen gleichgestellt.²⁵ Maßgebend für diese Konzessionspraxis waren nicht nur gewerbepolizeiliche Motive und wirtschaftspolitische Bestrebungen eines Überfremdungsschutzes, sondern auch die Befürchtung, dass juristische Personen als „überindividuelle Wirkungseinheiten“ mit tendenzieller Unsterblichkeit hochpolitische Fragen der privaten Machtkonzentration hervorriefen.²⁶ Solchen Vorstellungen des machtpolitischen Einflusses und der Kontrollmöglichkeit ausländischer juristischer Personen entsprach auch Art. 10 EGBGB a.F.²⁷, der ein besonderes Verfahren zur Anerkennung der im Ausland erworbenen Rechtsfähigkeit vorsah.

Der Anerkennung im Sinne eines kontrollierten Aktes der Gleichstellung ausländischer Gesellschaften mit inländischen Verbänden wurde im Laufe der Zeit durch die Entwicklung des Sach- sowie des Kollisionsrechts der Boden entzogen.²⁸ Sachrechtlich hatte der deutsche Gesetzgeber die früher geltende Konzessionspraxis durch ein System standardisierter materieller Normativbestimmungen ersetzt, deren Erfüllung im Kapitalgesellschaftsrecht im Rahmen des Eintragungsverfahrens im Handelsregister überprüft wird. Die Erlangung der

23 Drobnič, FS Caemmerer, S. 687, 691; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 157; Strehl, Staatsangehörigkeit, S. 6.

24 Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 159; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I., S. 778.

25 Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 159.

26 Drobnič, FS Caemmerer, S. 687, 691; Ebenroth, Vermögenszuwendungen, S. 334, 335; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 159.

27 Die durch das Vereinsgesetz vom 5.8.1964 (BGBl. 1964 I, S. 593) aufgehobenen Vorschrift hatte als Rest eines ursprünglich weitergehenden Konzepts für alle juristische Personen folgenden Wortlaut: „Ein einem fremden Staat angehörender und nach dessen Gesetzen rechtsfähiger Verein, der die Rechtsfähigkeit im Inland nur nach den Vorschriften der §§ 21, 22 des Bürgerlichen Gesetzbuches erlangen könnte, gilt als rechtsfähig, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluss des Bundesrates [später: Bundesinnenministers] anerkannt ist.“

28 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 779.

Rechtsfähigkeit erfordert zwar wegen der konstitutiven Wirkung der Eintragung im Handelsregister auch heute noch die Mitwirkung des Staates (vgl. § 41 AktG und § 11 GmbHG), dies jedoch nicht mehr wie unter Geltung der früheren Konzessionspraxis aus Gründen staatlicher Bevormundung oder wirtschaftspolitischer Interessen, sondern primär im öffentlichen Interesse an der Publizität.²⁹ Diese liberale Handhabung des Registrierungssystems hat sich nicht nur in Deutschland, sondern auch im Ausland durchgesetzt. Der Bewertungsgleichklang im internationalen Wirtschaftsrecht führte – im Zusammenhang mit einer zunehmenden Liberalisierung des Welthandels – dazu, dass auf eine Sonderzulassung ausländischer Gesellschaften im deutschen Recht mehr und mehr verzichtet wurde. Die Angst vor Überfremdung und Konkurrenz wurde durch die Einsicht in die Notwendigkeit eines gewinnbringenden, grenzüberschreitenden Handels verdrängt. Hinzu kam die Vorstellung, dass die Existenz einer juristischen Person ein universales Rechtsverhältnis darstellt, dessen Wirkungen sich nicht auf das Territorium des Verleihungsstaates beschränken.³⁰ Dementsprechend gelangte man zu der Erkenntnis, dass die Funktion einer Sonderzulassung ausländischer Gesellschaften besser von internationalprivatrechtlichen Kollisionsnormen und öffentlich-rechtlichen Sachregelungen³¹ wahrgenommen werden kann, weil damit gleichzeitig bestimmte Rechtsfolgen festgelegt werden.³²

An die Stelle eines besonderen inländischen Anerkennungsaktes ist somit das Prinzip der *ipso iure* Anerkennung getreten.³³ Danach sind ausländische Gesellschaften in Deutschland automatisch anzuerkennen, ohne dass es eines besonderen Anerkennungsverfahrens oder Genehmigungsaktes bedarf. Hierbei ist nicht erforderlich, dass die ausländische Gesellschaft in ihrem Typus mit einem inländischen Rechtsinstitut übereinstimmt. Vielmehr hängt die Teilnahme der ausländischen Gesellschaft am inländischen Rechtsverkehr nur noch davon ab, ob sie die Voraussetzungen erfüllt, die das kollisionsrechtlich zur Anwendung berufene Recht für die Beurteilung der rechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft vorsieht. Das Problem der Anerkennung ausländischer Gesellschaften hat sich

29 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 10 Rn. 1; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 194.

30 Behrens, ZGR 1978, 499, 507; Koppensteiner, Internationale Unternehmen, S. 108.

31 Diese betreffen v.a. die Handels-, Währungs- und Investitionskontrolle sowie Wettbewerbsvorschriften.

32 Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 779.

33 RGZ 83, 367, 368; 92, 73, 76; 159, 33, 46; BayObLG, Beschluss v. 21.3.1986 – 3 Z 148/85, DB 1986, 1325, 1326; OLG Saarbrücken, Beschluss v. 21.4.1989 – 5 W 60/88, NJW 1990, 647; Behrens, ZGR 1978, 499, 507; Ebenroth/Bippus, NJW 1988, 2137, 2141; Kropholler, IPR, § 55 I; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 58 Rn. 2; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 167; v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 7 Rn. 23; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 780; Zimmer, ZHR 168 (2004), 355, 358.

damit auf kollisionsrechtliche Ebene, d.h. auf die Frage nach dem für sie anwendbaren Recht, verlagert. Die im Ausland verliehene Rechtsfähigkeit hat im Inland nur Bestand, wenn das inländische Kollisionsrecht dem fremden Sachrecht, auf dem die Rechtsfähigkeit beruht, Geltungskraft für das Inland verleiht. Dementsprechend bedeutet der Begriff Anerkennung im internationalen Gesellschaftsrecht nach heutigem Verständnis die Hinnahme einer Gesellschaft so, wie sie sich aus der Anwendung ausländischen Rechts ergibt, das durch die allseitig verweisende Kollisionsnorm berufen ist.³⁴ Das Anerkennungsproblem im deutschen Recht hat sich somit auf die Frage reduziert, nach welchem kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkt die für die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft maßgebende Rechtsordnung bestimmt werden soll.³⁵

b) Gesellschaftsstatut

Die auf die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse anzuwendende Rechtsordnung bezeichnet man auch als Personalstatut der Korporation oder kurz als Gesellschaftsstatut (*lex societatis*).³⁶ Es ist das „Heimatrecht der Gesellschaft“ und umfasst grundsätzlich die gesamte Summe der Sachrechtsnormen, die für die Innen- und Außenbeziehungen der Gesellschaft maßgeblich sind.³⁷ Das Gesellschaftsstatut legt fest, unter welchen Voraussetzungen die Gesellschaft „entsteht, lebt und vergeht“³⁸, welcher Rechtsordnung sie also in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht untersteht.

Hiervon ausgehend werden unstreitig zunächst Gründungsvorgänge als zum Gesellschaftsstatut gehörend qualifiziert.³⁹ Dazu gehören sowohl die Bestandteile der Gründung, wie die Übernahme oder Zeichnung von Anteilen oder die Hö-

34 Beitzke, Kollisionsrecht, S. 94, 99; Ebenroth/Bippus, NJW 1988, 2137, 2141; Groß-KommAktG/Meyer-Landrut, § 5 Anm. 7 IV 2; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 298; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 104; Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, GmbHG, Einl. B Rn. 108.

35 Behrens, ZGR 1978, 499, 510; Ebenroth/Sura, RabelsZ 43 (1979), 315, 318; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 298; Schön, FS Lutter, S. 685, 686 ff.

36 BGH, Urteil v. 5.11.1980 – VIII ZR 230/79, BGHZ 78, 318, 334; BayObLG, Beschluss v. 21.3.1986, s. Fn. 33; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Einl. Rn. 14; Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, GmbHG, Einl. B 1; v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 7 Rn. 23; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, S. 776.

37 Palandt/Heldrich, Anh. zu Art. 12 EGBGB, Rn. 1; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 58 Rn. 25; Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHR, Einl. Rn. 301; Scholz/Westermann, GmbHR, Einl. Rn. 90; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 14; Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, GmbHG, Einl. B 58.

38 BGH, Urteil v. 11.7.1957 – II ZR 318/55, BGHZ 25, 134, 144.

39 Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 257 ff.

he und Wirksamkeit der Sacheinlage, als auch die Rechtslage der Vorgesellschaft, ihre Rechts- und Parteifähigkeit sowie ihre Haftung. Das Gesellschaftsstatut bestimmt, ob, wann und in welchem Umfang eine Gesellschaft rechtsfähig ist.⁴⁰ Es entscheidet über die Partei- und Geschäftsfähigkeit, regelt die Bestellung und Beendigung der Organstellung sowie den Umfang der organschaftlichen Vertretungsmacht. Das Gesellschaftsstatut umfasst die gesamte innere Organisation der Gesellschaft, mithin Regeln über Satzungen und ihre Änderungen, Regeln über Organe, deren Vertretung und Haftung sowie Regeln über Mitgliedschaftsrechte und -pflichten.⁴¹ Schließlich wird die Auflösung, Abwicklung und Beendigung der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsstatut entschieden.⁴² Während grundsätzlich auch die Regeln über die persönliche Haftung der Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft gegenüber Dritten vom Gesellschaftsstatut erfasst werden, ist dies bei den Tatbeständen der Durchgriffshaftung unklar und im Einzelnen näher zu untersuchen.⁴³

2. Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts

a) Fehlende gesetzliche Regelung

Der für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts maßgebliche kollisionsrechtliche Anknüpfungspunkt im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht ist seit jeher umstritten. Der Streit hat seinen Ursprung darin, dass das im EGBGB kodifizierte internationale Privatrecht hierzu keine entsprechende Regelung enthält. Der deutsche Gesetzgeber hat es vielmehr seit jeher Rechtsprechung und Lehre überlassen, die Anknüpfungsmerkmale zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts festzulegen.

Auch bei der Neuregelung des internationalen Privatrechts im Jahre 1986 hat der Gesetzgeber die seit langem bestehende Kontroverse um die richtige Theorie zur Bestimmung des auf eine Gesellschaft anwendbaren Rechts bewusst offen gelassen.⁴⁴ Dies hat er in Art. 37 Nr. 2 EGBGB nochmals explizit klarge-

40 BGH, Urteil v. 11.7.1957, s. Fn. 38; BGH, Urteil v. 30.1.1970 – V ZR 139/68, BGHZ 53, 181, 183; Kegel/Schurig, IPR, § 17 II 2; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 557; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 755.

41 RGZ 73, 366, 367; Kegel/Schurig, IPR, § 17 II 2 m.w.N.; Soergel/Lüderitz, BGB, Anh. Art. 10 Rn. 37 und 42 m.w.N.

42 BGH, Urteil v. 17.10.1968 – VII ZR 23/68, BGHZ 51, 27, 28 f.; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 662.

43 Vgl. dazu ausführlich in Teil C. III.

44 Vgl. das Gesetz zur Neuregelung des internationalen Privatrechts vom 25. Juli 1986, BGBl. 1986 I, S. 1142.

stellt und negativ bestimmt, dass die schuldrechtlichen Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts nicht anzuwenden sind auf „Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Person, wie zum Beispiel die Errichtung, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen, juristischen Personen sowie die persönliche gesetzliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Schulden der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person“. Zur Begründung wurde auf die Bemühungen der EG-Staaten zur Vereinheitlichung der Regeln über die Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen verwiesen.⁴⁵ Um den Harmonisierungsbestrebungen auf Ebene der Europäischen Gemeinschaft nicht vorzugreifen, hat der Gesetzgeber auch bei der Reform des internationalen Privatrechts im Jahre 1999⁴⁶ davon abgesehen, die maßgeblichen Anknüpfungskriterien für die Bestimmung des Gesellschaftsstatus von juristischen Personen und Handelsgesellschaften selbst zu definieren und dies vielmehr auf einen späteren Zeitpunkt vertagt.⁴⁷ Eine umfassende gemeinschaftliche Regelung ist jedoch bislang nicht in Kraft getreten.⁴⁸

Aus der fehlenden gesetzlichen Regelung erklärt sich der traditionelle Streit um das richtige Anknüpfungsmerkmal zur Bestimmung des Gesellschaftsstatus. Im Wesentlichen stehen sich hierbei zwei Theorien, die Sitz- und die Gründungstheorie, gegenüber.⁴⁹

45 Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 10/504, S. 29 und 44.

46 Vgl. das Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen vom 21. Mai 1999, BGBl. 1999 I, S. 1026.

47 BR-Drucks. 14/343, S. 6.

48 Auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts beschränkte sich der europäische Gesetzgeber bislang auf die Schaffung supranationaler Rechtsformen (so die am 8.10.2004 in Kraft getretene EG-Verordnung 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) vom 8.10.2001 sowie der Entwurf einer EG-Verordnung über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, deren Inkrafttreten für das Jahr 2011 geplant ist). Die ursprünglich angekündigte Sitzverlegungsrichtlinie, die jedoch ohnehin nur die Verlegung des Satzungssitzes regeln sollte, wurde hingegen nicht weiterverfolgt (vgl. die Rede des EU-Kommissars C. McCreevy vom 3.10.2007, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/592>).

49 Einzelne Mischformen wie die Differenzierungs-, Überlagerungs-, Kombinations- oder Kontrolltheorie konnten sich nicht durchsetzen und werden daher hier nicht näher vorgestellt; s. dazu im Überblick Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 34 ff.; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 367 ff.

b) Sitztheorie

Die Rechtsprechung⁵⁰ und herrschende Meinung im Schrifttum⁵¹ bestimmen das Gesellschaftsstatut grundsätzlich nach der Sitztheorie. Danach beurteilen sich die Rechtsbeziehungen einer juristischen Person nach dem Recht des Staates, in dem sich der effektive Verwaltungssitz befindet.⁵² Dieser wird regelmäßig durch den Ort manifestiert, von dem aus das Unternehmen tatsächlich geleitet wird.⁵³ Anknüpfungsmerkmal für das Gesellschaftsstatut ist damit nicht der rechtliche Satzungssitz bzw. der Ort der konstitutiven Registrierung der Gesellschaft, sondern der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung, da hier regelmäßig der Schwerpunkt der gewerblichen Tätigkeit der Gesellschaft liegt.⁵⁴ Der tatsächliche Hauptverwaltungssitz richtet sich – so die vielfach zitierte Formulierung des BGH – nach dem „Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also [dem] Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt

50 RGZ 117, 215, 217; 159, 33, 46; BGH, Urteil v. 11.7.1957, s. Fn. 38; BGH, Urteil v. 5.11.1980, s. Fn. 36; BGH, Urteil v. 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269, 271; BGH, Beschluss v. 30.3.2000 – VII ZR 370/98, DB 2000, 1114; BGH, Urteil v. 1.7.2002 – II ZR 380/00, NJW 2002, 3539; BGH, Urteil v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289; BayObLG, Beschluss v. 26.8.1998, DB 1998, 2318, 2319; OLG Frankfurt a.M., Urteil v. 24.4.1990, IPRax 1991, 403, 404.

51 Ebke, JZ 2003, 927, 929; Grabitz/Hilf/Randelzhofer/Forthoff, EGV/EUV, Art. 48 EG Rn. 4; Kegel/Schurig, IPR, § 17 II 1; Kropholler, IPR, § 55 I 4; Merkt, RabelsZ 59, (1995), 545, 561; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 433; Palandt/Thorn, Anh. zu Art. 12 EGBGB Rn. 2; Reithmann/Martiny/Hausmann, Int. Vertragsrecht, Rn. 2284b; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 1 II 8; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 33; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. II, § 1 IV 2, 3.

52 BGH, Urteil v. 30.1.1970, s. Fn. 40; BGH, Urteil v. 21.3.1986, s. Fn. 50; Kropholler, IPR, § 55 I 2; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 400; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 22; Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, GmbHG, Einl. B 15.

53 BayObLG, Beschluss v. 18.7.1985 – Breg 3 Z 62/85, RIW 1986, 295, 297; OLG Hamm, Beschluss v. 18.08.1994, NJW-RR 1995, 469, 471; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 58 Rn. 13; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 22; v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 7 Rn. 25.

54 BGH, Urteil v. 30.1.1970, s. Fn. 40; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 58 Rn. 4; Reithmann/Martiny/Hausmann, Int. Vertragsrecht, Rn. 2196; Scholz/Westermann, GmbHG, Einl. Rn. 83; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 22; v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 7 Rn. 24.

werden.⁶⁵ Der Ort der internen Willensbildung ist dagegen ebenso unerheblich wie der einer weisungsgebundenen Betriebsstätte.⁵⁶

Erfüllt die juristische Person die Gründungsvoraussetzungen, die ihr das Recht des Verwaltungssitzstaates auferlegt, so ist sie wirksam errichtet. Sofern Satzungs- und Verwaltungssitz zusammenfallen, bereitet diese Anknüpfung keine Probleme.⁵⁷ Wird die juristische Person dagegen außerhalb des Verwaltungssitzstaates gegründet oder verlegt sie anschließend ihren effektiven Verwaltungssitz, so führt dies zum Verlust der ihr nach dem Gründungsrecht zuerkannten Rechtsfähigkeit.⁵⁸ Vielmehr entscheidet nunmehr das Recht des Zuzugsstaates über die Fähigkeit der Gesellschaft zu rechtsgeschäftlichem Handeln. Für nach ausländischem Recht gegründete juristische Personen mit Verwaltungssitz in Deutschland bedeutet dies, dass sie – ohne entsprechende Neugründung als Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Inland – lediglich als deutsche BGB-Gesellschaft oder offene Handelsgesellschaft am inländischen Rechtsverkehr teilnehmen können.⁵⁹ Umgekehrt wird die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland auf Grundlage der Sitztheorie materiellrechtlich als Auflösungsgrund behandelt, sodass hier das Erfordernis einer entsprechenden Neugründung besteht.⁶⁰ Die von einigen vorgenommene Differenzierung, ob der Verwaltungssitz in einen Staat verlegt wird, der der Sitz- oder aber der Gründungstheorie folge – im letzteren Fall soll es zu einer Rückverweisung auf deutsches Sachrecht

55 BGH, Urteil v. 21.3.1986, s. Fn. 50. S. auch Ebenroth/Bippus, JZ 1988, 678 ff.; Kropholler, IPR, § 55 I 2; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 434; Scholz/Westermann, GmbHG, Einl. B. 18.

56 BayObLG, Beschluss v. 18.7.1985, s. Fn. 53; Kropholler, IPR, § 55 I 2.

57 So wurde die nach dem Sitzrecht erlangte Rechtsfähigkeit u. a. in folgenden Fällen anerkannt: RGZ 117, 215, 217 (corporation mit Sitz in Delaware/USA); BGH, Urteil v. 17.10.1968 – VII ZR 23/69, BGHZ 51, 27, 28 (schweizerische AG); BGH, Urteil v. 5.11.1980, s. Fn. 37 (liechtensteinische Anstalt); BayObLG, Beschluss v. 18.7.1985, s. Fn. 53 (englische private limited company).

58 BGH, Urteil v. 30.1.1970, s. Fn. 40; OLG München, Urteil v. 31.10.1994 – 26 U 259/94, NJW-RR 1995, 703, 704; Ebenroth/Auer, GmbHR 1994, 16, 17; Fock, RIW 2000, 42, 43; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 38; Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, GmbHG, Einl. B 15.

59 So explizit auch BGH, Urteil v. 1.7.2002, s. Fn. 51. Die früher vertretene Ansicht, die der ausländischen Gesellschaft mit inländischem Verwaltungssitz die Rechtsfähigkeit aberkannte und ihre Teilnahme am inländischen Rechtsverkehr generell ausschloss (ständige Rechtsprechung, zuletzt BGH v. 30.3.2000, s. Fn. 50 u.a. unter Verweis auf die Urteile des BGH v. 21.3.1986, s. Fn. 50 und 30.1.1970, s. Fn. 40), ist seit dem Urteil des BGH vom 29.01.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 überholt.

60 BayObLG, Beschluss v. 7.5.1992 – 3 Z BR 14/92, IPRax 1992, 389; Junker, IPR, § 20 Rn. 602; Kropholler, IPR, § 55 I 2; Leible/Hoffmann, ZIP 2003, 925, 929; Roth, ZIP 2000, 1597, 1598; v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 7 Rn. 31.

kommen⁶¹ – verkennt, dass die Sitztheorie kumulativ verlangt, dass sich der Satzungs- und der tatsächliche Verwaltungssitz im selben Staat befinden.

Dieses aus der Anwendung der Sitztheorie folgende Ergebnis ist von deren Vertretern durchaus beabsichtigt. Es soll verhindern, dass die Bestimmung des auf eine Gesellschaft anwendbaren Rechts allein dem Willen der Gründer überlassen bleibt, indem man ihnen die Wahl des rechtlichen Gründungsortes freistellt. Vielmehr soll das Gesellschaftsstatut objektiv an den Ort angeknüpft werden, an dem sich der zentrale Geschäftssitz des Unternehmens befindet.⁶² Dies wird vor allem damit begründet, dass der Schutz der Anteilseigner, Gesellschaftsgläubiger und Arbeitnehmer, aber auch der Schutz öffentlicher Interessen an der Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen der Regelung des Staates vorbehalten sein soll, dessen wirtschaftliche und politische Belange die Gesellschaft am stärksten berühren.⁶³ Dem Recht des vorgesehenen Sitzstaates als dem am stärksten Betroffenen kommt mithin eine Kontrollfunktion zu, die am Ort des Sitzes am effektivsten gehandhabt werden kann. Die mit der Gesellschaft in wirtschaftlichem Kontakt stehenden Personen sollen sich auf den Schutz der sach nächsten Rechtsordnung verlassen können, in der die Gesellschaft tatsächlich tätig ist und in der sie auch selbst agieren. Dementsprechend will die Sitztheorie durch die Einschränkung der Wahlfreiheit der Gründer ein Ausweichen in laxere Gesellschaftsrechte und damit die Umgehung zwingender inländischer Schutznormen verhindern.⁶⁴

61 Das OLG Hamm (IPrax 2001, 3443, 344) führt aus, dass die Verlegung des Verwaltungssitzes einer deutschen Gesellschaft nach England für deren Fortbestand unschädlich sei, da die deutsche Sitztheorie auf das englische Recht und damit auch auf das englische Kollisionsrecht (Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB) verweise. Die dadurch zur Anwendung kommende Gründungstheorie führe zu einer Rückverweisung auf den Ort der Inkorporation und damit nach Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB auf das deutsche Sachrecht. So auch MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 507.

62 Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, GmbHG, Einl. B. Rn. 16; Palandt/Thorn, BGB, Anh. zu Art. 12 EGBGB Rn. 1.

63 BGH, Beschluss v. 30.3.2000, s. Fn. 50; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 401; Palandt/Thorn, BGB, Anh. zu Art. 12 EGBGB Rn. 1; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 36; Hachenburg/Behrens, GmbHG, Einl. Rn. 75; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 705.

64 Ebenroth, Vermögenszuwendungen, S. 370; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 403; Reithmann/Martiny/Hausmann, Int. Vertragsrecht, Rn. 2196; Scholz/Westermann, GmbHG, Einl. Rn. 83; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 18.

c) Gründungstheorie

Der Gründungstheorie zufolge richtet sich das Gesellschaftsstatut einer juristischen Person nach dem Recht des Staates, nach dem die juristische Person gegründet wurde.⁶⁵ Hierfür ist regelmäßig der Ort der Registereintragung maßgebend, der seinerseits durch den von den Gründern in der Satzung angegebenen Sitz der Gesellschaft bestimmt wird. Unerheblich ist, ob die Gesellschaft an diesem Ort eine Geschäftstätigkeit entfaltet oder ihre Aktivitäten ausschließlich anderenorts ausübt. Die Gründungstheorie überlässt es somit weitgehend dem Willen der Gründer, nach welcher Rechtsordnung die rechtlichen Verhältnisse einer Gesellschaft zu beurteilen sind.⁶⁶ Ist die Gesellschaft an ihrem Gründungsort rechtskräftig errichtet worden, bleibt sie so lange bestehen, bis ihr die Rechtsfähigkeit vom Gründungsstaat wieder entzogen wird. Da es auf den tatsächlichen Sitz nicht ankommt, kann dieser nach Belieben verlegt werden, ohne dass dies nachteilige Folgen für Bestand und Anerkennung der juristischen Person hat.

Die Gründungstheorie ist traditionell die von den kapitalexportierenden Staaten bevorzugte international-gesellschaftsrechtliche Anknüpfungsnorm. Sie entstand im 18. Jahrhundert in England und geht im Wesentlichen auf die Bedürfnisse der damals führenden Kolonialmacht zurück, bei den geschäftlichen Aktivitäten in den überseeischen Gebieten unter dem Schutz des eigenen Rechts zu bleiben.⁶⁷ Da das Konzept der Gründungstheorie es ermöglichte, Gesellschaften nach englischem Recht zu inkorporieren und sie gleichzeitig am Ort der wirtschaftlichen Tätigkeit ohne Mobilitätshindernisse unter den Schutz des englischen Rechts zu stellen, wurde auf diese Weise Rechtssicherheit für die englischen Handelskompanien geschaffen.⁶⁸ Nicht zuletzt aufgrund ihres Ursprungs im englischen Recht ist die Gründungstheorie heute nach wie vor im angloamerikanischen Rechtskreis, so neben England in den Vereinigten Staaten von Ame-

65 Geßler/Eckardt, AktG, § 1 Rn. 58, 65 f.; Kegel/Schurig, IPR, § 17 II 1; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 326; Koppensteiner, Internationale Unternehmen, S. 105, 136; Meilicke, RIW 1990, 449 ff.; MüKo/Heider, AktG, Einl. Rn. 122; Scholz/Westermann, GmbHG, Einl. Rn. 84; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 15; Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, Einl. B. 37; v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 7 Rn. 24.

66 Ebenroth/Sura, RabelsZ 43 (1979), 315, 322; Großfeld, RabelsZ 31, (1967), 1, 11; Scholz/Westermann, GmbHG, Einl. Rn. 83; Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, GmbHG, Einl. B. 37.

67 MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 265; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 106; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 27.

68 Ebenroth/Sura, RabelsZ 43 (1979), 315, 327; Großfeld, FS Westermann, S. 199, 203; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 27.

rika, aber auch in den Niederlanden und den skandinavischen Ländern, vorherrschend.⁶⁹

Die Möglichkeit der die Identität wahren Sitzverlegung über nationale Grenzen wird von den Vertretern der Gründungstheorie nach wie vor als deren entscheidender Vorteil angesehen.⁷⁰ Ist die Gesellschaft einmal wirksam entstanden, soll ihre rechtliche Existenz und die Maßgeblichkeit der Gründungsrechtsordnung für die Regelung gesellschaftsrechtlicher Rechtsverhältnisse auch in den Staaten, in denen sich die Gesellschaft zwecks Entfaltung wirtschaftlicher Tätigkeit niederlassen will, Geltung beanspruchen können.⁷¹ Auf diese Weise wird es den Gesellschaften im Grundsatz ohne gesellschaftsrechtliche Beschränkungen ermöglicht, sich am zunehmend globalisierten Wirtschaftsleben in der Rechtsform des Gründungsstaates zu beteiligen. Damit trägt die Gründungstheorie dem Prinzip der Vertragsfreiheit Rechnung und stellt den Gründern die Wahl eines bestimmten nationalen Gesellschaftsrechts frei. Darüber hinaus wird nach Ansicht der Vertreter der Gründungstheorie durch die Eindeutigkeit des Anknüpfungsmerkmals anhand des Satzungssitzes, ebenso wie durch die Tatsache, dass alle Gesellschaften, die nach dem Recht irgendeines Staates wirksam entstanden sind, auch im Inland als existent behandelt werden, eine größere Rechtssicherheit erreicht.⁷²

Die einseitig gesellschaftsfreundliche Anknüpfung lädt jedoch auch zum Rechtsmissbrauch ein. Sie eröffnet den Gründern die Möglichkeit, die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse dem Recht desjenigen Staates zu unterwerfen, dessen Bedingungen sie zu erfüllen bereit sind, und zwar auch dann, wenn die Gesellschaft in keiner Weise mit diesem Staat verbunden ist.⁷³ Da die nationalen Vorschriften zum Schutz der mit der Gesellschaft in wirtschaftlichem Kontakt stehenden Personen unterschiedlich dicht und streng sind, können die Gründungsmitglieder unter Ausnutzung dieses Niveaugefälles eine weniger strenge Rechtsordnung wählen als die des Staates, in dem sie ihre wirtschaftliche Tätig-

69 Herdegen, Int. Wirtschaftsrecht, § 15 Rn. 3; Kegel/Schurig, IPR, § 17 II 1; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 340; Scholz/Westermann, GmbHG, Einl. Rn. 83; Ulmer/Habersack/Winter/Behrens, GmbHG, Einl. B. 38; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 701.

70 V. Hoffmann/Thorn, IPR, § 7 Rn. 24; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 706; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 355.

71 Herdegen, Int. Wirtschaftsrecht, § 15 Rn. 4.

72 Ebenroth, Vermögenszuwendungen, S. 355; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 355; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 341; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 58 Rn. 7; v. Hoffmann/Thorn, IPR, Rn. 24.

73 Hachenburg/Behrens, GmbHG, Einl. Rn. 83; Herdegen, Int. Wirtschaftsrecht, § 15 Rn. 4; MüKo/Heider, AktG, Einl. 122.

keit entfalten.⁷⁴ Mit der Schaffung einer solchen *pseudo-foreign corporation* werden nicht nur unliebsame Schutzvorschriften des Sitzstaates umgangen, sondern auch die gesellschaftsrechtlichen Ordnungsinteressen des durch die Tätigkeit der juristischen Person am stärksten berührten Staates ignoriert.⁷⁵ Damit ermöglicht die Gründungstheorie die Flucht unter ein regelungsärmeres Recht und führt zum Nachteil der Gläubiger vermehrt zur Anwendung eines Rechts, in dessen Gebiet der zu regelnde Sachverhalt nicht hineinreicht.⁷⁶

d) Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Gesellschaftsrecht

Auf den Streit um das richtige Anknüpfungsmerkmal zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts und die fehlende gemeinschaftsrechtliche Regelung reagierte das Bundesjustizministerium am 7. Januar 2008 mit einem Referentenentwurf für ein „Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen.“⁷⁷ Ausweislich dieses Entwurfs soll im deutschen internationalen Privatrecht die Gründungstheorie für das Gesellschaftsstatut sämtlicher Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen festgeschrieben werden. Auf diese Weise soll nicht nur Rechtssicherheit geschaffen sowie Umfang und Grenzen der Geltung des Gründungsrechts durch den Rechtsverkehr sicher bestimmt werden können, sondern Unternehmen bei der Gestaltung ihrer gesellschaftsrechtlichen Strukturen auch eine größere internationale Flexibilität und Mobilität eingeräumt werden.⁷⁸

Der Referentenentwurf sieht in dem neu einzufügenden Art. 10 EGBGB-RefE eine zweistufige Anknüpfung vor: Gesellschaften unterliegen gemäß Art. 10 Abs. 1 S. 1 EGBGB-RefE zunächst dem Recht des Staates, in dem sie in ein öffentliches Register eingetragen sind; sind sie nicht oder noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen, unterliegen sie gemäß Art. 10 Abs. 1 S. 2 EGBGB-RefE dem Recht des Staates, nach dem sie organisiert sind. Sowohl in

74 Ebenroth, Vermögenszuwendungen, S. 355 f; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 348; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, § 58 Rn. 8; Sandrock, RabelsZ 42 (1978), 227, 257; Scholz/Westermann, GmbHG, Einl. Rn. 86.

75 Ebenroth, Vermögenszuwendungen, S. 356; Großfeld, RabelsZ 31 (1967), 1, 26; MüKo/Kindler, BGB, IntGesR, Rn. 349; Müller/Hense/Rosenbach, Beck'sches Hdbuch GmbH, § 17 Rn. 254.

76 Kegel/Schurig, IPR § 17 II 1; Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rn. 47, 51.

77 Referentenentwurf für ein „Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen“ vom 7.1.2008, nebst Begründung abrufbar unter www.bmj.de (Themen/Zivilrecht/Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht/Internationales Gesellschaftsrecht).

78 So die Begründung zum Referentenentwurf, S. 5.

der Begründung zum Referentenentwurf als auch in den Vorarbeiten durch die Spezialkommission „Internationales Gesellschaftsrecht“ des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, auf denen der Entwurf ganz wesentlich beruht, ist explizit klargestellt, dass damit das Recht für anwendbar erklärt werden soll, „nach dem die Gesellschaft gegründet worden ist“.⁷⁹ Mit der gewählten Anknüpfung an die Eintragung im Register, die öffentlich dokumentiert und damit für Dritte leichter erkennbar ist, soll lediglich ein größerer Aufwand bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts verhindert und damit Rechtssicherheit geschaffen werden.⁸⁰ Zu beachten ist dabei, dass bei der Eintragung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 EGBGB-RefE auf die (Erst)eintragung als Hauptniederlassung abzustellen ist und zwar unabhängig davon, ob es sich effektiv auch um eine solche handelt oder diese sich in Wirklichkeit im Staat der (Zweit)eintragung einer Zweigniederlassung befindet. Diese Regelung setzt allerdings voraus, dass sich – entsprechend § 13 Abs. 1 HGB – aus unter Umständen mehreren Registereintragungen die (Erst)eintragung der Hauptniederlassung auch tatsächlich ermitteln lässt, was jedoch in der Praxis zu Schwierigkeiten führen kann. Fehlt eine Registereintragung, entweder weil sie überhaupt nicht vorgenommen wird oder weil eine vorgesehene Registrierung noch nicht erfolgt ist, kommt das Recht zur Anwendung, nach dem die Gesellschaft organisiert ist. Maßgebend wird dabei zwar grundsätzlich auf die tatsächliche Organisation der Gesellschaft abgestellt, jedoch wird im Sinne der Rechtsklarheit und des Gläubigerschutzes vermutet, dass es sich hierbei um die nach außen erkennbare Organisationsform handelt.⁸¹

Was den Umfang der Gründungsanknüpfung anbelangt, enthält Art. 10 Abs. 2 EGBGB-RefE eine nicht abschließende Aufzählung von Tatbeständen, die die Reichweite des Gesellschaftsstatuts umfassen soll. Dem Gründungsrecht unterfallen danach nicht nur die Rechtsnatur und die Rechts- und Handlungsfähigkeit (Nr. 1), sondern auch die Gründung und Auflösung (Nr. 2), der Namen und die Firma (Nr. 3), die Organisationsverfassung (Nr. 4), die Vertretungsmacht der Organe (Nr. 5) sowie der Erwerb und der Verlust der Mitgliedschaft und die mit dieser verbundenen Rechte und Pflichten (Nr. 6). Darüber hinaus soll das Gründungsrecht für die Haftung der Gesellschaft sowie die Haftung ihrer Mitglieder und Organmitglieder für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (Nr. 7) und die Haftung wegen der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten

79 So die Begründung zum Referentenentwurf, S. 8; s. auch Sonnenberger/Bauer, Vorschlag der Spezialkommission, in: Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform, S. 21.

80 Begründung zum Referentenentwurf, S. 9; Kaulen, IPRax 2008, 389, 394; Sonnenberger/Bauer, Vorschlag der Spezialkommission, in: Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform, S. 21.

81 Begründung zum Referentenentwurf, S. 9.

(Nr. 8) maßgeblich sein. Ausweislich der Begründung lässt der Referentenentwurf bewusst offen, ob sich eine Haftung der Mitglieder oder Organmitglieder einer Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten sowie eine außervertragliche Haftung wegen einer Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten auch aus anderen Rechtsgrundlagen ergeben kann und „ob eine solche Haftung sodann gesondert anzuknüpfen wäre“.⁸² Diese Fragen sollen vielmehr im Einzelfall von der Rechtsprechung entschieden werden.

3. Zusammenfassung

Das Problem der Anerkennung ausländischer Gesellschaften in Deutschland hat sich nach Aufgabe eines hierfür vorgesehenen besonderen inländischen Aktes auf die Frage reduziert, nach welchem kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkt das für die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft maßgebende Recht bestimmt werden soll. Da eine entsprechende Regelung im deutschen internationalen Privatrecht bislang fehlt, ist diese Frage seit jeher umstritten. Um zu verhindern, dass sich in Deutschland tätige Gesellschaften den inländischen Schutzinstrumenten durch eine rein formale Gründung im Ausland entziehen können, folgte die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur zunächst der Sitztheorie. Diese Auffassung konnte allerdings – zumindest in ihrer sämtliche Vorschriften des Gesellschaftsstatuts umfassenden Form – aufgrund mehrerer in den letzten Jahren ergangener Entscheidungen des EuGH und daran anschließend auch des BGH nicht mehr aufrechterhalten werden. Diese Entscheidungen des EuGH hinsichtlich der Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der europäischen Niederlassungsfreiheit beanspruchen zwar keine unmittelbare Geltung im Verhältnis zu Drittstaaten wie den Vereinigten Staaten von Amerika, da außerhalb der EU bzw. des EWR gegründete Gesellschaften sich gerade nicht auf die Niederlassungsfreiheit des Gemeinschaftsrechts berufen können. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, da dieser eine unterschiedliche kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten und EU-Gesellschaften aufgrund der hier zugrunde liegenden unterschiedlichen Sachverhalte nicht verbietet. Fraglich und im Hinblick auf ein Tätigwerden US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland näher zu untersuchen ist jedoch, welche Vorgaben sich im Einzelnen aus dem im Verhältnis zu den Vereinigten Staaten von Amerika geltenden Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag sowie der darin enthaltenen Meistbegünstigungsklausel ergeben. Darüber hinaus ist von Interesse, ob sich an dem gefundenen Ergebnis durch die geplante Einführung der Grün-

82 Begründung zum Referentenentwurf, S. 12.

dungstheorie in Art. 10 EGBGB-RefE etwas ändert, dieser somit über die notwendigen Vorgaben hinausgeht oder lediglich aktuell geltendes Recht kodifiziert.