

EUROPEAN BUSINESS SCHOOL
International University Schloss Reichartshausen

Seminararbeit

International Corporate Law
Spring Term 2009

Das internationale Gesellschaftsrecht zwischen
Gründungs- und Sitztheorie

Name: David Dell
Betreuer: Prof. Dr. Thomas Wegerich
Datum : 1. März 2009

Inhalt

Abkürzungen.....	ii
1 Einleitung.....	1
1.1 Problemstellung und Zielsetzung	1
1.2 Gang der Untersuchung	2
2 Sitz- und Gründungstheorie	2
2.1 Das Gesellschaftstatut	2
2.2 Die Sitztheorie	3
2.3 Die Gründungstheorie	4
2.4 Die europarechtliche Gründungstheorie.....	4
2.5 Gesellschaften aus Drittstaaten.....	5
3 Spannungsfelder	6
3.1 Gesellschaftsverfassung	6
3.1.1 Für EU Gesellschaften	6
3.1.2 Für Drittlandsgesellschaften.....	7
3.1.3 Unternehmerische und betriebliche Mitbestimmung.....	8
3.2 Insolvenz	9
3.2.1 Von EU Gesellschaften	9
3.2.2 Von Drittlandsgesellschaften	10
4 Bewertung der gegenwärtigen Rechtssituation.....	10
4.1 Rechtssicherheit.....	10
4.2 Wettbewerb der Gesellschaftsformen.....	11
5 Gesetzesentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht	13
6 Fazit.....	14
Literatur.....	16

Abkürzungen

AktG	Aktiengesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Bundesministerium der Justiz
DrittIbG	Drittelbeteiligungsgesetzes
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Gbr	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
InsO	Insolvenzordnung
KStG	Körperschaftssteuergesetz
Ltd	(Private) Limited Company
MitBestG	Mitbestimmungsgesetzes
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
OHG	Offene Handelsgesellschaft

1 Einleitung

1.1 Problemstellung und Zielsetzung

Eine globalisierte Welt, in der physische und politische Grenzen immer schneller verschwinden wirft immer neue rechtliche Fragen auf. Durch moderne Kommunikationsmittel und erhöhte Mobilität wird es ein Leichtes, über weite Strecken, Ozeane und Grenzen hinweg zu agieren. Es wird dagegen zunehmend schwieriger einem multinational tätigen Konzern noch eine nationale Heimatidentität zuweisen zu wollen. Die Leitung eines Unternehmens ist heutzutage von nahezu jedem Ort der Erde möglich und genauso kann ein Unternehmen an vielen Orten der Welt in gleichem Maße aktiv sein. Das Recht in seiner nationalistischen Ausprägung hinkt dieser Internationalisierung hinterher. Ein Unternehmen, als juristische Person, muss genau wie jede natürliche Person eine Nationalität besitzen um Gewissheit zu haben welcher Rechtsordnung sie sich unterwerfen muss. Nun entsteht die Frage welche Nationalität sich einer juristischen Person am ehesten zuordnen lässt. Bei natürlichen Personen ist dies in der Regel das Geburtsland, für die juristische Person würde dies dem Gründungsland entsprechen. Andererseits ließe sich argumentieren, dass (wie z.B. im Steuerrecht) das Land ausschlaggebend sein müsse, in dem die Person seinen gewöhnlichen Aufenthalt und Lebensmittelpunkt hat, bei der juristischen Person wäre dies das Land in dem die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz hat. Auf Basis dieser Überlegungen entstand auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ein Streit, dessen Ausgang erhebliche Auswirkungen hat, da diese Kernfrage schließlich entscheidet welche Gesetzgebung eine Gesellschaft für und gegen sich gelten lassen darf und muss. Ihre Beantwortung führt jedoch zu einer Reihe rechtlicher Spannungsfelder.

Die Abkehr von der Sitztheorie ist für Gesellschaften die innerhalb der EU gegründet wurden besiegelt. Für juristische Personen aus Drittländern hält man an ihr fest. Damit befindet man sich im Gesellschaftsrecht jedoch keinesfalls am Ende, sondern gerade am Anfang einer Reihe von Problemen. Die Kernfrage lautet: Welche Spannungsfelder ergeben sich aus der gegenwärtigen Situation und wie ist sie zu bewerten?

1.2 Gang der Untersuchung

Im ersten Teil werden beide Theorien kurz vorgestellt. Im zweiten Teil werden zwei ausgewählte Spannungsfelder und ihre gegenwärtige Lösung dargestellt. Im dritten Teil wird eine Bewertung der gegenwärtigen Situation vorgenommen. Anschließend wird ein kurzer Ausblick auf eine geplante Gesetzesnovelle der Bundesregierung zur Problematik genommen und abschließend ein Fazit gezogen.

2 Sitz- und Gründungstheorie

2.1 Das Gesellschaftstatut

Wie Eingangs beschrieben, müssen die Rechte und Pflichten einer juristischen Person aus dem nationalen Recht abgeleitet werden. Eine überstaatliche Rechtsordnung, wie das Völkerrecht bei den natürlichen Personen, welches direkt auf die Einzelnen durchwirkt (i.S.v. Art. 25 GG), besteht für juristische Personen nicht. Alle Schritte, vom Beginn einer Gesellschaft (Gründung, Satzung, Eintragung etc.) bis zu ihrem Ende (Insolvenz, Liquidation) müssen sich folglich einem nationalen Recht unterordnen. Hinzu kommen Regelungen zum Verhältnis der Gesellschaft im Inneren (Geschäftsführung, Gewinnverteilung etc.) und gegenüber Dritten (Vertretung, Haftung der Gesellschafter etc.). All diese Fragen umfasst das „Gesellschaftstatut“ (lex societatis) (Altmeppen, 2006, S. 1019).

Welches Recht im Bezug auf den Gesellschaftsstatut bei grenzübergreifenden Fällen zur Anwendung kommt, ist für die Bundesrepublik Deutschland gesetzlich nicht geregelt. Es existieren keine Kollisionsnormen für juristische Personen (Heldrich, 2008, S. 2473). Dies scheint auch bewusst vom Gesetzgeber intendiert gewesen zu sein. So ist der Bereich des Gesellschaftsrechts explizit aus der dem Kollisionsnormbereich für vertragliche Schuldverhältnisse ausgenommen. In Art. 27 EGBGB heißt es: „Der Vertrag unterliegt dem von den Parteien gewählten Recht“, somit würde auch Gesellschaftsvertrag hierunter fallen. Jedoch heißt es weiter in Art 37 EGBGB „Die Vorschriften dieses Unterabschnittes sind nicht anzuwenden auf [...] Nr. 2: Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der

juristischen Person [...]“. Hieraus lässt sich schließen, dass diese Regelungen selbstständig zu entwickeln sind (BGH, VII ZR 248/94 vom 21.9.1995). Daraufhin haben sich zwei Theorien gebildet, die im Folgenden kurz dargestellt werden sollen.

2.2 Die Sitztheorie

Die Sitztheorie stellt darauf ab, dass es für die rechtliche Einordnung einer Gesellschaft maßgeblich ist, wo diese ihren effektiven Verwaltungssitz hat. Zieht man wieder den Vergleich zur natürlichen Person heran würde dies dem gewöhnlichen Aufenthaltsort entsprechen. Das gesamte deutsche Steuerrecht basiert auf einem Sitztheorie-ähnlichen Gedanken. So ist in Deutschland jede natürliche Person, die „im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt“ (§ 1 EStG) und dem parallel jede Körperschaft, die „ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz“ (§ 1 KStG) im Inland hat, unbeschränkt steuerpflichtig. Unter diesem effektiven Verwaltungssitz wird der Ort verstanden, an dem die Geschäftsleitung in Form des entsprechenden Organs tätig ist, in den Worten des BGH der Ort „wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.“ (BGH, V ZR 10/85 vom 21.03.1986).

Die Sitztheorie hat sich im Internationalen Privatrecht seit Beginn des 20. Jhd. etabliert und wurde seit dem von deutschen Gerichten vertreten (Kindler, 2006, S. 157). Gestützt wird die Sitztheorie durch ihre Sachnähe. Denn der Verwaltungssitz stellt schließlich den „Mittelpunkt, von dem die Tätigkeit der juristischen Person ausgeht“ (Kegel & Schurig, 2004, S. 572) dar. Man kann davon ausgehen, dass die meisten Personen, die in juristischem Kontakt zu der Gesellschaft stehen - insbesondere deren Gläubiger (Fischer, 1991, S. 102) - Einwohner des Landes sind, in dem die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz hat. Ihnen muss der Schutz des nationalen Rechtes erhalten bleiben (so Westermann, 2000, S. 122+128f; Hausmann, 2004, S. 1574; Kindler, 2003, S. 1089). Diese Argumentation steht auch in Gleichklang mit dem in Art. 5 EGBGB festgelegten Personalstatut für natürliche Personen. Hier heißt es „gehört [eine Person] mehreren Staaten an, so ist das Recht desjenigen dieser Staaten anzuwenden, mit dem die Person am engsten verbunden ist, insbesondere durch ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder durch den Verlauf ihres Lebens“.

Eine entscheidende Konsequenz der Sitztheorie ist, dass eine Gesellschaft die ihren Verwaltungssitz in ein anderes Land verlegt, höchstwahrscheinlich ihre gesellschaftsrechtliche Identität verliert, da sie in der Regel nicht wirksam nach den anzuwendenden Gründungsvorschriften des Ziellandes gegründet wurde und somit in diesem wahrscheinlichen Fall nicht existent ist (hierzu mehr unter 3.1.2).

2.3 Die Gründungstheorie

Die Gründungstheorie, oder auch Inkorporationstheorie, knüpft an den Gründungsort der Gesellschaft an. Unbeschadet ob dieser auch heute noch in Beziehung zur Tätigkeit der Gesellschaft steht. Eine einmal wirksam gegründete Gesellschaft behält ihre Identität auch bei Verlegung des Verwaltungssitzes in ein anderes Land. Somit bleibt das Recht des Landes maßgeblich in dem die Gesellschaft gegründet worden ist (Herdgen, 2008, S. 176.). Historisch entstand sie in den Kolonialmächten zum Schutze ihrer überseeischen Wirtschaftsaktivitäten (Kindler, 2006, S. 134).

Gestützt wird die Gründungstheorie unter anderem auf den Vorzug, dass sie ein praktikables Kriterium anbietet um das Gesellschaftsstatut festzustellen, da sich der Satzungssitz immer schnell feststellen lässt, wogegen der Verwaltungssitz nicht eindeutig sein muss (so Leible & Hoffmann, 2002, S. 925; Eidenmüller, 2003, S. 526; Rehm, 2005, S. 306). Dies trägt auch der in der Einleitung angesprochenen zunehmend globalisierten Welt Rechnung.

2.4 Die europarechtliche Gründungstheorie

Zu der unter 2.3 genannten Begründung kommt seit den Entscheidungen *Centros* (EuGH, C-212/97 vom 09.03.1999), *Überseering* (EuGH, C-208/00 vom 5.11.2002) und *Inspire Art* (EuGH, C-167/01 vom 30.09.2003) des EuGH eine neue dogmatische Herleitung aus dem Recht der Freizügigkeit in Art. 43 i.V.m. Art. 48 EG. Die Nicht-Existenz einer Gesellschaft bei deren Sitzverlegung als Konsequenz der Sitztheorie, wird als unzulässige Behinderung dieser Freizügigkeit angesehen. Dies gilt naturgemäß nur im Bezug auf Gesellschaften die innerhalb der Europäischen Union gegründet wurden, da nur diese unter dem Schutz des EG-Vertrages stehen.

Die drei oben genannten Entscheidungen stellen einen Bruch in der Rechtsprechung des EuGH dar. So wurde in der *Daily-Mail* Entscheidung aus dem Jahre 1988 (EuGH, C-81/87 vom 27.09.1988) noch die Sitztheorie vertreten. Das Recht einer Gesellschaft, ihren Verwaltungssitz aus dem Gründungsland zu verlegen wurde hier als Problem, welches „durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst“ ist (EuGH, C-81/87) noch verneint. In der *Centros* Entscheidung vollzog der EuGH jedoch einen Paradigmenwechsel, der die Anwendung der Sitztheorie auf innerhalb der Europäischen Union gegründete Gesellschaften zu Gunsten der Gründungstheorie abschaffte. Der EuGH sprach hier einer Gesellschaft, die innerhalb der EU gegründet wurde (im Sachverhalt eine englische Ltd.), das Recht zu, im Ausland (hier Dänemark) eine Zweigniederlassung zu errichten, auch wenn deren Geschäftstätigkeit ausschließlich in Dänemark stattfindet und die Gründung in England höchstwahrscheinlich lediglich erfolgte, um dänische Regelungen zu umgehen (EuGH, C-212/97). In der *Überseering*-Entscheidung wurde dem erstmals unter Beteiligung einer deutschen Partei gefolgt. Eine Gesellschaft durfte folglich bei einer Sitzverlegung in einen anderen EU-Staat nichtmehr ihre Identität verlieren. Dies würde die in Art. 43 EG manifestierte und nach Art. 48 EG auf Gesellschaften ausgeweitete Freizügigkeit innerhalb der EU beschränken und sei somit unzulässig (EuGH, C-208/00). Der BGH folgt fortan der Gründungstheorie im Bezug auf EU-Gesellschaften (BGH, VII ZR 370/98 vom 13. 03.2003).

2.5 Gesellschaften aus Drittstaaten

Da diese Abkehr von der Gründungstheorie ausschließlich für Gesellschaften gilt, die innerhalb der EU gegründet wurden, erfährt die Sitztheorie für Gesellschaften aus Drittstaaten jedoch eine Renaissance. Unmissverständlich hielt der BGH in der aktuellen Entscheidung *Trabrennbahn* (BGH, II ZR 158/06 vom 27.10.2008) an der Gültigkeit der Sitztheorie für Gesellschaften aus Drittstaaten fest. Es wurde zu Recht festgestellt, dass kein völkerrechtlicher Vertrag oder sonstiges internationales Recht besteht, welches zur Behandlung der Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht verpflichtet. Die Zuzugsgesellschaft verliert somit ihren Status als Aktiengesellschaft und ist lediglich als rechtsfähige Personengesellschaft zu behandeln (s.g. *modifizierte*

Sitztheorie, da Gesellschaft nicht inexistent). Das Argument, es handele sich um eine Gesellschaft aus einem Land (hier Schweiz), welches der EU in seiner Rechtsordnung sehr stark angeglichen sei, ließ der BGH nicht gelten.

3 Spannungsfelder

3.1 Gesellschaftsverfassung

Für eine im Inland gegründete Gesellschaft besteht der Typenzwang. Damit wird versucht die meisten Streitfälle im Bezug auf die innere und äußere Organisation einer Gesellschaft durch gesetzlich einheitliche Regelung zu lösen. Dennoch existieren selbst hier Unmengen von ungeklärten Fragen. Verlegt eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz aus dem Ausland nach Deutschland, entsteht zusätzlich das Problem, dass sich diese Gesellschaft meist nicht in das Gesetzesraster einordnen lässt. Die wichtigsten Spannungsfelder sollen im Folgenden aufgezeigt werden.

3.1.1 Für EU Gesellschaften

Wie unter 2.5 festgestellt gilt für Gesellschaften, welche ihren Sitz aus einem EU-Mitgliedsstaat nach Deutschland verlegen, die durch das Recht der Freizügigkeit gestützte Gründungstheorie. Das heißt, eine ausländische Gesellschaft behält ihre Identität und muss in allen Fragen ihrer gesellschaftsrechtlichen Organisation nach dem Recht ihres Gründungslandes behandelt werden. Dies bedeutet im konkreten Beispiel, zieht eine englische Limited nach Deutschland, so muss in Fragen der Gesellschaftsverfassung englisches Gesellschaftsrecht angewendet werden. Die Haftung der Gesellschafter kann also entsprechend der ausländischen Regelungen nach wie vor beschränkt sein.

Rechtsakte im Ausland, also Beschlussfassung und besonders die Organbestellung behalten ihre Gültigkeit. Ein im Gründungsland wirksam bestellter Geschäftsführer muss also auch in Deutschland vertretungsberechtigt sein. Hier ist zu bemerken, dass so beispielsweise die Voraussetzung der Straffreiheit (§ 37 Abs. 2 i.V.m. § 76 Abs. 3 Nr. 3 AktG, bzw. § 8 Abs. 3 i.V.m § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG), besonders bezüglich der Insolvenzverschleppung umgangen werden kann (Hirte, 2003, S. 31).

3.1.2 Für Drittlandsgesellschaften

Verlegt eine Gesellschaft aus einem Drittland ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, so muss sie sich dem deutschen Gesellschaftsrecht unterwerfen (Sitztheorie). Da sie zumeist an den Gründungsvorschriften scheitert, fällt sie in den Status einer Gesellschaftsform, der sie mit ihrem ausländischen Gründungsakt genügt. Dies entspricht der GbR, betreibt Sie ein Handelsgewerbe, der OHG. Die Gesellschaft ist somit zwar existent und kann Trägerin von Rechten und Pflichten sein, hat jedoch keine Rechtspersönlichkeit.

Probleme entstehen vor allem dann, wenn die Gesellschaft im Gründungsland auch nach Wegzug noch existiert, da die Gesellschaft damit potentiell zwei Rechtsregimen unterworfen ist. Es ist derzeit noch offen welches Recht bei bestimmten Fragen zur Anwendung kommt (Helgard & Illmer, 2009, S. 94).

So hat der BGH bei den Fragen zur Vertretungsbefugnis festgestellt, dass diese grundsätzlich nach dem Recht deutscher Personengesellschaften zu bestimmen sind (BGH, II ZR 158/06). Zum Schutz des Rechtsverkehrs wird jedoch die im Gründungsstatut vorgesehene Stellung eines Gesellschafters dennoch einbezogen. So muss beispielsweise der schweizer Gesellschafter, der in der schweizer Aktiengesellschaft alleiniger Verwaltungsratsvorsitzender ist, in Deutschland als alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter anerkannt werden, um das Vertrauen Dritter in die Bestellung eines Organs nach ausländischem Rechts nicht zu beschädigen. Jedoch ist unklar ob ein Drittgeschäftsführer, der im Ausland bestellt wurde auch in Deutschland vertretungsberechtigt ist (Prokura?) und wenn ja ob ein Entzug dieser Vertretungsbefugnis nach ausländischem Recht (Veröffentlichung in ausländischem Register) auch in Deutschland wirksam sein muss. Noch größere Rechtsunsicherheit besteht im Bezug auf die Gesellschafter im Innenverhältnis. So ist fraglich, ob deutsche Regelungen bezüglich In-sich Geschäften, Gesamtvertretung und Befugnisse nicht geschäftsführender Gesellschafter Anwendung finden oder nicht.

Unzweideutig hat der BGH jedoch die persönliche Haftung der Gesellschafter bei einem Rückschritt in den Status der Personengesellschaft festgehalten. Die praktische Relevanz dieser Haftung ist jedoch zweifelhaft, wenn die Gesellschafter ihren Wohnsitz im Gründungsland haben oder sich das Gesellschaftsvermögen nach

wie vor im Gründungsland befindet. Entweder scheidet eine Klage im Gründungsland daran, dass die Gesellschaft dort noch als haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaft existiert und damit ein Anspruch gegen die Gesellschafter nicht begründet ist, oder aber der Vollzug eines Urteils auf Basis deutscher Rechtsprechung ist im Ausland nicht durchsetzbar.

3.1.3 Unternehmerische und betriebliche Mitbestimmung

Im Gegensatz zum Betriebsverfassungsgesetz, welches regional anknüpft, stellen die Gesetze zur unternehmerischen Mitbestimmung von Arbeitnehmern (MitbestG, DrittelbG) auf die Rechtsform ab. Da in § 1 DrittelbG und § 1 MitbestG nur die deutschen Kapitalgesellschaften in den jeweiligen Geltungsbereich fallen, finden die Vorschriften auf ausländische Gesellschaften grundsätzlich keine Anwendung. Es besteht folglich die Möglichkeit die deutschen Mitbestimmungsregeln durch Auslandsgründung zu umgehen (Kamp, 2004). Die den Arbeitnehmern im Betriebsverfassungsgesetz zugebilligten Rechte gelten jedoch regional für jede Gesellschaftsform innerhalb Deutschlands. Die Anknüpfung liegt in § 1 BetrVG in dem Wort „Betrieb“ (Rehberg, 2004, Rn. 184).

Es wäre zumindest denkbar, die Mitbestimmungsregelungen in ähnlicher Weise auszuweiten. Bei einer solchen Anknüpfung würde die Anwendung der Mitbestimmungspflichten auf Auslandsgesellschaften zunächst eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen, da sie die Gesellschaften möglicherweise zur Einrichtung eines Aufsichtsrates zwingt, der im Gesellschaftsstatut überhaupt nicht vorgesehen ist. Diese Beschränkung wäre jedoch gerechtfertigt, da der Arbeitnehmerschutz einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt (so Kindler, 2006, S. 222).

3.2 Insolvenz

3.2.1 Von EU Gesellschaften

Eindeutig ist in Art. 3 EuInsVO Abs. 1 geregelt, dass ein Insolvenzverfahren in dem Land zu eröffnen ist, „in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat.“ und weiter „bei Gesellschaften und juristischen Personen wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen der Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist“. Jedoch kann vom Satzungssitz auch abgewichen werden. Maßgeblich ist in jedem Fall der Ort, „an dem der Geschäftsbetrieb organisiert und Entscheidungen der Geschäftsleitung getroffen und umgesetzt werden“ (Müller, 2003, S. 415). Weiterhin gilt nach Art. 4 EuInsVO Abs. 1 „für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats, in dem das Verfahren eröffnet wird“. Damit ist eine ausländische Kapitalgesellschaft, die ausschließlich in Deutschland tätig ist, in jedem Fall vor deutschen Gerichten und nach der deutschen Insolvenzordnung abzuhandeln. Eine in einem EU-Mitgliedstaat eingetragene Kapitalgesellschaft ist nach der Gründungstheorie auch in Deutschland als solche anzuerkennen und kann darum nach § 11 InsO beteiligte eines Insolvenzverfahrens sein.

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) wurden die Antragspflichten für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit aus den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Regelungen in die Insolvenzordnung überführt. Die Pflicht der Geschäftsführung einer GmbH (§ 64 Abs. 1 a.F. GmbHG) oder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft (§ 92 Abs. 2 a.F. AktG) einen Insolvenzantrag zu stellen, wurde in § 15a InsO überführt. Dort heißt es jetzt generalisiert „wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans [...] einen Insolvenzantrag zu stellen.“. Mit diesem gesetzgeberischen Schachzug wurde die Antragspflicht aus Gesellschaftsrecht, wo ja nach Gründungstheorie das Recht des Gründungslandes Anwendung findet, ins Insolvenzrecht, wo ausdrücklich inländisches Recht anzuwenden ist, überführt. Damit ist der Umgehung der deutschen Insolvenzregelungen durch Gründung einer Auslandsgesellschaft vorerst ein Riegel vorgeschoben. Es bleibt abzuwarten ob diese Lösung vom EuGH als vereinbar mit der Niederlassungsfreiheit angesehen wird.

3.2.2 Von Drittlandsgesellschaften

Wie unter 3.1.2 festgestellt, verfällt eine in einem Drittland gegründete Kapitalgesellschaft zurück in den Status einer Personengesellschaft und besitzt somit keine Rechtspersönlichkeit. Ein Insolvenzverfahren kann aber dennoch nach § 11 Abs. 2 über das Vermögen eröffnet werden.

Die Antragspflicht entfällt, sind die Gesellschafter natürliche Personen, da sie durch den Rückschritt in die Personengesellschaft, ohnehin unbeschränkt haften. Gibt es keinen unbeschränkt haftenden Gesellschafter, der natürliche Person ist, gelten für die Gesellschaft nach § 15a InsO die gleichen Antragspflichten wie für juristische Personen (GmbH & Co-Regelung).

4 Bewertung der gegenwärtigen Rechtssituation

4.1 Rechtssicherheit

Für EU-Gesellschaften wurde durch die Manifestation der Gründungstheorie durch EuGH und BGH die Rechtssicherheit auf der Seite der Gesellschafter gestärkt. Sie genießen nun größte Flexibilität bei der Wahl des Verwaltungssitzes, ohne eine Nicht-Existenz der Gesellschaft zu riskieren. Dem gegenüber büßen Stakeholder der Gesellschaft aus dem Land des Verwaltungssitzes (Arbeitnehmer, Gläubiger etc.) ihren Rechtsschutz aus nationalem Recht teilweise ein. Sie können sich nun nichtmehr auf das Recht ihres Landes verlassen, sondern müssen sich vor Geschäften mit einer Auslandsgesellschaft über deren Legislatur informieren.

In Art. 6 EGBGB heißt es „Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist“. Dieser so genannte *ordre public* könnte ein möglicher Angriffspunkt gegen die Gründungstheorie sein und dazu führen, dass auch eine innerhalb der EU gegründete Gesellschaft in Deutschland nicht anerkannt wird. Nämlich dann, wenn die gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz- und Mitgliederschutzrechte in den Vorschriften des Gründungsstaates im krassen Widerspruch zu dem sich aus der deutschen Rechtsordnung ergebenden „Gerechtigkeitsgefühl“ stehen. Diesem

Vorbehalt steht auch der EG-Vertrag nicht entgegen (Kindler, 2006, S. 143). Jedoch sollte aufgrund des Bestrebens der Europäischen Union nach einem einheitlichen Gesellschaftsrecht davon ausgegangen werden, dass mit zunehmender Zeit eine mögliche Berufung auf den *ordre public* ausgeschlossen werden kann.

Bei Drittlandsgesellschaften besteht durch den Mix aus deutschem Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsakte große Rechtsunsicherheit. Durch mögliche identitätswahrende Wegzugsregelungen des Auslandes kann die Gesellschaft in der modifizierten Sitztheorie zweifach existieren. Für welche Sachverhalte nun die ausländische Stellung der Gesellschaft, ihrer Organe oder Mitglieder nun herangezogen werden muss, ist weitestgehend offen.

4.2 Wettbewerb der Gesellschaftsformen

Die Abkehr von der Gründungstheorie hat wohl weniger mit rechtslogischer Auslegung der Normen als mit ergebnisorientierter Rechtspolitik zu tun. Die Ziele der wirtschaftlichen Integration und der Marktöffnung durch die Europäische Union lassen auch das Ziel der Rechtsprechung, einen Wettbewerb der Gesellschaftsformen herbeizuführen, legitim erscheinen. Die Abwägung in der Frage ob dieser Wettbewerb wohlstandsfördernd und darum wünschenswert ist, zieht die Konsequenz mit sich, dass auch Gesellschaften die ausschließlich im Ausland gegründet wurden um nationale Normen zu umgehen und ansonsten keinerlei Beziehung zum Gründungsstaat haben, als wünschenswert einzustufen sind.

Die Entscheidung hin zur Gründungstheorie führten zu einem gewaltigen Anstieg in Deutschland tätiger Private Limited Companies. Die geringeren Gründungsanforderungen (vor allem Kapitaleinsatz) und das weniger strikte englische Insolvenzrecht machten es bis vor kurzem attraktiv diese Gesellschaftsform an Stelle einer GmbH zu wählen. Die Abwicklung des Gründungsprozesses entwickelte sich zu einem neuen Geschäftsfeld von Anwalts- und Unternehmensberatungskanzleien. Diese Nachfrage zeigt, dass die Gesellschaftsform der GmbH als minderwertig gegenüber der Ltd wahrgenommen wurde. Das Argument, sie würde einen zu geringeren Schutz gegenüber Gläubigern und anderen Geschäftspartnern bieten ist bereits durch die Definition von Wettbewerb entkräftet: An dem Zusatz Ltd im

Firmennamen lässt sich für jeden Geschäftsinteressenten leicht feststellen, dass es sich bei dieser Gesellschaft um eine ausländische handelt, die im Zweifel auf Grund ausländischen Rechts zu behandeln ist. Der Gläubiger oder sonstige Geschäftspartner ist nun frei in der Entscheidung ob er das zusätzliche Risiko in Kauf nimmt oder lieber von Geschäften mit Gesellschaften ausländischer Rechtsform absieht. Dies müssen die Gründer von Unternehmen bei der Wahl ihrer Gesellschaftsform antizipieren. Dennoch entschieden sich zahlreiche Gründer für die Rechtsform der Ltd. Somit muss die Ltd der GmbH in ihrer Gesamtgestaltung überlegen gewesen sein. Es ist davon auszugehen, dass sich dieser Trend durch die Reformen des MoMiG umkehrt, da zwei wesentliche Vorteile der Ltd ausgeglichen wurden. Namentlich die Verringerung Gründungskapitals und die Unterwerfung der Ltd unter deutsches Insolvenzrecht (siehe 3.2.1).

Ein Eingriff in diesen Wettbewerb ist nur dann sinnvoll (wohlstandssteigernd), wenn eine Marktungleichgewicht durch Überlegenheit vorliegt und wenn bestimmte Beteiligte besonderen Schutzes bedürfen, da sie in ihrer rationalen Entscheidung durch mangelnde Information eingeschränkt sind. Das Gesellschaftsrecht tangiert jedoch hauptsächlich Unternehmer, welchen ein gewisses Maß an Sachverstand unterstellt werden kann. Die Verbraucher, als Kunden des Unternehmens sind durch das deutsche Privatrecht ohnehin geschützt. Die einzige offene Frage besteht jedoch im Bezug auf die Schutzwürdigkeit der Arbeitnehmer, deren Mitspracherecht möglicherweise ausgehebelt wird. Die Frage lautet hier, ob es für Unternehmen mit bestehender großer Marktmacht realistisch ist eine Neugründung unter ausländischer Gesellschaftsform und Übertragung durchzuführen. Für tatsächlich neu entstehende Unternehmen hält jedoch für Arbeitnehmer die gleiche Argumentation stand wie für andere Geschäftspartner: Niemand ist gezwungen in eine rechtliche Beziehung mit dem Unternehmen zu treten.

Man befürchtet, dass ein solch offener Wettbewerb die Konzentration der Firmengründungen in den Staat mit den niedrigsten Anforderungen nach sich zieht. Dies ist jedoch in zweierlei Hinsicht falsch. Zum einen muss es nicht der Staat mit den geringsten, sondern mit den optimalsten Anforderungen sein, da der Gründer - wie oben dargelegt - die Überlegungen und Bedenken seiner Geschäftspartner und Investoren bei seiner Entscheidung einbezieht. Zweitens muss es nicht zu einer Konzentration kommen, da es beispielsweise für Unternehmen, die in Deutschland

tätig sein wollen, aus der gleichen Überlegung nötig sein wird, eine auf seine deutschen Geschäftspartner abgestimmte Gesellschaftsform zu wählen. Nimmt man an, dass das deutsche Investitionsverhalten risikoaverser ist, als beispielsweise spanisches, werden sich deutsche Gründer für eine Gesellschaftsform entscheiden müssen, die einen höheren perzipierten Gläubigerschutz bietet. Genauso wenig wie Gütermärkte zu Monopolen neigen, muss auch der Markt der Gesellschaftsformen nicht unbedingt Monopole herausbilden. Auch wenn die gerne herangezogene Beobachtung der US-Amerikanischen Gründungsflucht in den Bundesstaat Delaware nicht von der Hand zu weisen ist, lässt sich eine Trendumkehr auch hier feststellen (Subramanian, 2004, S. 58).

5 Gesetzesentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht

Am 7.1.2008 wurde vom Bundesministerium der Justiz ein Gesetzesentwurf zur Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf den Weg gebracht (BMJ, 2008a). Dieser Entwurf soll die Regelungslücke füllen, die bisher allein durch Rechtsprechung aufgegriffen wurde. In einer Pressemitteilung heißt es: „Für Gesellschaften, Vereine und juristische Personen ist die Frage, welches Recht auf sie anzuwenden ist, von zentraler Bedeutung. Bislang gibt es im deutschen Recht hierzu keine geschriebenen Regelungen. Dies hat zu Unsicherheiten bei der Frage des anzuwendenden Rechts geführt, wenn Gesellschaften grenzüberschreitend tätig sind. Durch die neuen Regelungen läßt sich künftig das anwendbare Recht für den Rechtsverkehr sicher bestimmen“ (BMJ, 2008b).

Angriffspunkt ist das EGBGB. In dem geänderten Artikel 10 soll folgendes bestimmt werden: „Gesellschaften, Vereine und juristische Personen des Privatrechts unterliegen dem Recht des Staates, in dem sie in ein öffentliches Register eingetragen sind. Sind sie nicht oder noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen, unterliegen sie dem Recht des Staates, nach dem sie organisiert sind“. Es wird bewusst keine Unterscheidung zwischen europäischen und Drittlands-gesellschaften mehr gemacht. Die Sitztheorie würde damit zu einem nichtmehr anzuwendenden Relikt.

Mit diesem Gesetzesakt würde die Probleme der Rechtsunsicherheit im Bezug auf Gesellschaften aus Drittstaaten aus dem Weg geräumt und der Gesellschaftsformenwettbewerb erweitert. Probleme ergäben sich daraus, dass deutsche Gerichte sich möglicherweise zukünftig mit Normen aus völlig anderen Rechtsgebieten auseinandersetzen müssen. Während die Gesetzgebung innerhalb der europäischen Union noch relativ gleichlautend sein sollte, können nun Normen aus der ganzen Welt zur Beurteilung stehen. Möglicherweise besteht hier noch der kleine Vorteil, dass eine Vielzahl von Staaten sich bei der Schaffung ihres Gesellschaftsrechts an den deutschen Normen zumindest „orientiert“ haben. Dennoch stellt sich die Frage der praktischen Umsetzung allein unter Betrachtung von Sprache und Rechtsgefühl.

Bisher ist eine Durchführung des Gesetzesentwurfs jedoch nicht geschehen und möglicherweise unter Betrachtung des turbulenten Krisenjahres 2008 in den Hintergrund gerückt. Die Entwicklung bleibt abzuwarten.

6 Fazit

Die Abkehr von der Sitztheorie auf europäischer Ebene ist im Lichte der wirtschaftlichen Integration und dem Gesellschaftsformenwettbewerb gegenüber einer möglichen Gefährdung der Beteiligten, grundsätzlich als positiv zu beurteilen. Die notwendige Rechtssicherheit für die Gesellschafter ist durch diese Abkehr geschaffen. Durch die Auslagerung der Insolvenzantragspflicht aus dem Anknüpfungsbereich der Gründungstheorie sollten dorthin gehende Bedenken beruhigt sein. Die Umgehungsmöglichkeit der Anforderungen an die Geschäftsführungorgane ist unter der unter 4.2 dargelegten Argumentation vertretbar. Die Umgehungsmöglichkeit der unternehmerischen Mitbestimmung ist zwar schmerzlich, könnte jedoch durch eine Erweiterung der Anknüpfung der Vorschriften verhindert werden. Zumindest die betriebliche Mitbestimmung bleibt erhalten.

Die Beibehaltung der Sitztheorie für Drittlandsgesellschaften ist weniger eindeutig zu bewerten. Sie führt zu einem Normenmix und Rechtsunsicherheit. Auf der anderen Seite verhindert sie die Notwendigkeit zur Anwendung von Recht aus völlig fremden Rechtsregimen durch deutsche Gerichte. Da hier auch Rechtsregime einbezogen werden können, welche nicht den durch die EU versicherten

Mindestanforderungen genügen, ist eine Festhaltung an der Sitztheorie möglicherweise als positiv einzustufen. Die Anforderung, eine Gesellschaft aus einem Drittland - für welches keine Integrationsbedarf besteht - müsse sich auch nach deutschem Recht inkorporieren, wenn sie hier ihre hauptsächliche Geschäftstätigkeit entwickeln möchte, scheint auf den ersten Blick zudem nicht unverhältnismäßig.

Eine kodifizierte Lösung der Problematik, weg von der Rechtsprechung, ist für ein Civil-Law geprägtes Land wie Deutschland lange überfällig. Der Gesetzesentwurf zum internationalen Gesellschaftsrecht würde eine klare und eindeutige Lösung herbeiführen. Ob jedoch eine solch radikale Abschaffung der Sitztheorie erstrebenswert ist, ist wie gesagt fraglich. Möglicherweise käme in einem solchen Fall dem ordre public als Korrektiv gewisse Bedeutung zu.

Literatur

Altmeppen, H. (2006). *Europäische Niederlassungsfreiheit*. In Kropff, B., Semler, J., Goette, W., Hebersack, M. [Hrsg.]. *Münchener Kommentar zum AktG, Band 9/2*, 2. Auflage. München: C. H. Beck.

BMJ (2008a, 7. Januar). *Referentenentwurf Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*. Abgerufen am 28.02.2009 unter <http://www.bmj.bund.de/files/2751/RefE%20Gesetz%20zum%20Internationalen%20Privatrecht%20der%20Gesellschaften,%20Vereine%20und%20juristischen%20Personen.pdf>

BMJ (2008b, 7. Januar). *Regelung zum Internationalen Gesellschaftsrecht auf den Weg gebracht*. Abgerufen am 28.02.2009 unter http://www.bmj.bund.de/enid/0,212b3b6d6f6e7468092d093031093a0979656172092d0932303038093a09706d635f6964092d0934393236/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html

Eidenmüller H. (2003). Beurteilung der Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaats. *Juristenzeitung* 2003, S. 526-529.

Fischer, G. (1991). Haftung für Scheininlandsgesellschaften. *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1991, S. 100-105.

Hausmann, R. (2004). *Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis*. In Reithmann C., Martiny, D. [Hrsg.]. *Internationales Vertragsrecht* 6. Auflage. Köln: O. Schmidt.

Heldrich, A. (2008). *Internationales Privatrecht*. In Palandt O. [Hrsg.]. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 67. Auflage. München: C. H. Beck.

Hellgardt, A. & Illmer, M. (2009). Wiederauferstehung der Sitztheorie?. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2009, S. 94-96.

Herdegen M. (2008). *Internationales Wirtschaftsrecht*, 7. Auflage. München: C. H. Beck.

Hirte, H. (2003). *Abkehr von der Sitztheorie nach Centros, Überseering und Inspire Art*. Vortragsmanuscript. Abgerufen am 21.02.2009 unter http://www.unibocconi.it/wps/allegatiCTP/hirte_paper_b.pdf

Kamp, M (2004). Die unternehmerische Mitbestimmung nach 'Überseering' und 'Inspire Art'. *Betriebsberater* 2004, S. 1496-1500.

Kegel G. & Schurig K. (2004). *Internationales Privatrecht*. München: Beck.

Kindler, P (2003). ‚Inspire Art‘ – Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2003, S. 1086-1090.

- Kindler, P. (2006). *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*. In Rebmann, K., Säcker, F., Rixecker, R. [Hrsg.]. *Münchener Kommentar zum BGB, Band 11*, 4. Auflage. München: C. H. Beck.
- Leible, S. (2002). Überseering und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie. *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2002, S. 925-936.
- Müller, H.-F. (2003). Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2003, S. 414-418.
- Rehberg, M. (2004). *Arbeits- und Sozialrecht* in Eidenmüller, H. [Hrsg.] *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Auflage. München: C. H. Beck. Abgerufen am 28.2.2009 unter http://beck_online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FEidenmuellerHdbAuslKapGes_1%2FBuch%2Fcont%2FEidenmuellerHdbAuslKapGes%2Ehtm
- Rehm, G. (2005). Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten einer in den USA nach dortigen Vorschriften gegründeten Gesellschaft. *Juristenzeitung* 2005, S. 304-306.
- Subramanian, G. (2004). The Disappearing Delaware Effect. *Journal of Law, Economics & Organization*. Vol. 20 Issue 1, S. 32-59.
- Veit, M. & Wichert, J. (2004). Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach ‚Überseering‘ und ‚Inspire Art‘. *Die Aktiengesellschaft* 2004, S. 14-20.
- Westermann, H. (2000). *Internationales Privatrecht*. In Scholz, F. [Hrsg.] *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 9. Auflage. Köln: O. Schmidt.