

Laura Vásárhelyi-Nagy*

Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts: Der Kampf zwischen Sitztheorie und Gründungstheorie

Abstract

Das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht ist bislang nicht kodifiziert. Ein entsprechender Referentenentwurf wurde nicht weiter verfolgt. Daher ist nach wie vor unklar, nach welcher Kollisionsnorm das Gesellschaftsstatut zu bestimmen ist: Nach der Sitztheorie, die das Gesellschaftsstatut nach dem Sitz der tatsächlichen Hauptverwaltung der Gesellschaft bestimmt, oder nach der Gründungstheorie, die auf den Ort der Gesellschaftsgründung abstellt.

Der nachfolgende Beitrag zeichnet den Streit zwischen Sitz- und Gründungstheorie nach. Zu Beginn steht die Frage nach dem Inhalt und Reichweite des Gesellschaftsstatuts. Sodann widmet er sich der historischen Entwicklung und den rechtspolitischen Hintergründen sowie den Problemen insbesondere bei der Bestimmung des Anknüpfungsmoments beider Kollisionsnormen. Weiter stellt der Beitrag die rechtlichen Auswirkungen von Sitz- und Gründungstheorie bei Verlegung des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft ins Ausland dar. Schließlich wird aufgezeigt, welche Argumente jeweils für die Sitztheorie und die Gründungstheorie streiten.

* Die Verfasserin studiert im vierten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist Chefredakteurin der StudZR sowie wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Rüdiger Wolfrum, Max-Planck-Institut für internationales öffentliches Recht und Völkerrecht. Der nachfolgende Beitrag entstand im Rahmen eines im WS 2009/2010 von Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Werner F. Ebke, LL.M. (UC Berkeley) durchgeführten Seminars zum Europäischen und Internationalen Gesellschafts- und Unternehmensrecht.

I. Inhalt und Reichweite des Gesellschaftsstatuts

Bei Sitz- und Gründungstheorie handelt es sich um Kollisionsnormen, anhand derer die Gerichte und Behörden eines Staates das auf eine Gesellschaft anwendbare materielle Gesellschaftsrecht (Gesellschaftsstatut) bestimmen. Dies wirft in der Praxis die Frage nach der Qualifikation bestimmter Rechtsnormen auf: Nur wenn sie gesellschaftsrechtlicher Natur sind, können Sitz- und Gründungstheorie die Frage beantworten, ob sie auf die Verhältnisse einer Gesellschaft anwendbar sind. Nach herkömmlicher Definition zählen zum Gesellschaftsrecht alle Normen, die sich damit beschäftigen wie eine Gesellschaft entsteht, lebt und vergeht.¹ Die Qualifikation einer Norm als solche des Gesellschaftsrechts richtet somit nach ihrem Zweck.² Gesellschaftsrechtliche Normen befassen sich demnach mit der Gründung, Rechtsfähigkeit, Binnenorganisation, Vertretung, Liquidation und damit verbundenen Abwicklung, sowie Beendigung einer Gesellschaft.³

In Grenzbereichen kann die gesellschaftsrechtliche Qualifikation einer Norm problematisch sein.⁴ Augenfällig wird dies insbesondere am Beispiel von Gläubigerschutzinstrumenten. Diese befinden sich oftmals an einer Schnittstelle von Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht und allgemeinem Zivilrecht. So ist etwa fraglich, ob die Existenzvernichtungshaftung nach deutschem Recht, die nach dem „Trihotel-Urteil“ des *BGH* dogmatisch in § 826 BGB zu verorten ist,⁵ als deliktsrechtlich oder gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist.⁶ Ein ähnliches Problem – gesellschaftsrechtliche oder insolvenzrechtliche Qualifikation – stellt sich mit Blick auf das durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) grundlegend reformierte Recht der Gesellschafterdarlehen.⁷ Derartige Detailfragen können im Rahmen dieser Arbeit nur angerissen, jedoch nicht beantwortet werden.

Denkbar ist auch die Mehrfachqualifikation einer Norm. Es ist jedoch Zurückhaltung dabei geboten, diese „für eine Reihe von Sachnormen in Betracht zu ziehen, die man bisher ganz selbstverständlich dem Gesellschaftsstatut zugeschlagen hat“.⁸

1 Staudinger/*Großfeld* IntGesR 1998, Rn. 1.

2 *Behme* Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei der britischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland ZIP 2008, 351 (352); *Kindler* „Inspire Art“ – Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht NZG 2003, 1086 (1090).

3 RGZ 73, 366 (367).

4 Ausführlich *Lanzius* Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie 2005, S. 223 ff.

5 *BGH* ZIP 2007, 1552; dazu *Altmeyden* Abschied vom „Durchgriff“ im Kapitalgesellschaftsrecht NJW 2007, 2657; *Schanze* Gesellschafterhaftung für unlautere Einflussnahme nach § 826 BGB: Die Trihotel-Doktrin des *BGH* NZG 2007, 681; *Weller* Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den *BGH* und ihre Implikationen für die Praxis ZIP 2007, 1681.

6 *Raiser/Veil* Recht der Kapitalgesellschaften 5. Auflage (2010), § 58 Rn. 13.

7 *Ebd.*, § 58 Rn. 15.

8 *Kindler* „Anerkennung“ der Scheinauslandsgesellschaft und Niederlassungsfreiheit (zu *BGH* 1.7.2002 – II ZR 380/00) NZG 2003, 1086 (1090).

Mehrfachqualifikationen sind die Ausnahme und machen nicht die Entscheidung für eine Qualifikation entbehrlich.⁹

II. Möglichkeiten zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts

Das Gesellschaftsstatut ist durch verschiedene Kollisionsnormen bestimmbar.

1. Sitztheorie

a) Anknüpfungsmoment

Die Sitztheorie knüpft zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts an den tatsächlichen Sitz¹⁰ der Hauptverwaltung der Gesellschaft an.¹¹ Dieser ist nach der „lex fori“ zu ermitteln, d. h. vor deutschen Gerichten nach deutschem Recht.¹² In Deutschland ist die Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nicht gesetzlich geregelt.¹³ Denkbar ist einerseits, auf den Ort der internen Willensbildung der Verwaltungsorgane als Entscheidungszentrum der Gesellschaft abzustellen.¹⁴ Andererseits kommt der Ort der Umsetzung der grundlegenden Verwaltungsentscheidungen in Betracht.¹⁵

aa) Ort der internen Willensbildung

Die Anknüpfung an den Ort der internen Willensbildung wird durch § 10 Abgabenordnung (AO) nahe gelegt,¹⁶ der die Geschäftsleitung als Ort der geschäftlichen

9 *Sonnenberger* in MünchKomm BGB X 4. Aufl. (2006), Einl. IPR Rn. 531.

10 Früher stellte der *BGH* teilweise auch auf den Sitzungssitz ab. Seit 1970 stellt der *BGH* jedoch ausschließlich auf den tatsächlichen Verwaltungssitz als Anknüpfungsmerkmal ab vgl. BGHZ 53, 181 (183).

11 *OLG Frankfurt a. M.* BGHZ 97, 269 (271); *OLG Düsseldorf* WM 1995, 808 (810); *Kruse* Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG 1997, S. 6; *Kübler/Assmann* Gesellschaftsrecht 6. Auflage (2006), S. 554.

12 *Kindler* in MünchKomm BGB XI 4. Aufl., IntGesR Rn. 436.

13 *Dinkhoff* Internationale Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts 2001, S. 65.

14 *Kindler* in MünchKomm BGB XI 3. Aufl., IntGesR Rn. 321; siehe dazu unter Abschnitt II. 1. a) aa).

15 Sog. Sandrock'sche Formel; vgl. *Sandrock* Die multinationalen Korporationen im Internationalen Privatrecht in Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 1978, 169 (238); BGHZ 97, 269, (272); *OLG Hamburg* MDR 1976, 402; BGHZ 97, 269 (272); *OLG Oldenburg* NJW 1990, 1422; *BayObLG* DB 1986, 1326; *OLG Hamburg* RIW 1988, 816; *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 434; *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 228; für das Beispiel der Konzernuntergesellschaften vgl. auch *von Falkenhausen* Durchgriffshaftung mit Hilfe der Sitztheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts RIW 1987, 818 (819); *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 438; *Spablinger/Wegen* Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis 2005, Rn. 104; siehe dazu unter Abschnitt II. 1. a) bb).

16 *Ebenroth/Sura* Das Problem der Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht RabelsZ 1979, 315 (323 f.).

Oberleitung definiert. Darunter wird der Ort verstanden, an dem die grundlegenden Unternehmensentscheidungen getroffen werden.¹⁷ Ein Indiz für den Ort der internen Willensbildung ist der Ort, an dem Versammlungen der leitenden Verwaltungsorgane einer Gesellschaft abgehalten werden (z. B. Vorstands- oder Aufsichtsratssitzungen).¹⁸ Problematisch ist jedoch, dass § 10 AO auf die Bestimmung des Umfangs der Körperschaftsteuerpflicht einer Gesellschaft abzielt und damit ein anderes Ziel verfolgt als das Internationale Gesellschaftsrecht, das die Gesellschaft als Ganzes betrachtet.¹⁹ Zudem kann die Geschäftsleitung Entscheidungen mittels moderner Kommunikationsmittel dezentral von jedem beliebigen Ort aus treffen, ohne dass dieser notwendigerweise einen Bezug zur Gesellschaft aufweist.²⁰ Eine präzise Bestimmung des Ortes der internen Willensbildung ist somit nicht möglich.²¹

Probleme bereitet die Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes anhand des Kriteriums der internen Willensbildung insbesondere auch bei Konzernsachverhalten: Handelt es sich bei der Konzernuntergesellschaft um eine GmbH, können die grundlegenden Entscheidungen von der Konzernobergesellschaft getroffen werden, die gegenüber der Konzernuntergesellschaft weisungsbefugt ist.²² Die Konzernuntergesellschaft hat faktisch keine eigene Entscheidungskompetenz.²³ Der tatsächliche Verwaltungssitz der Konzernuntergesellschaft könnte nur im Rückgriff auf den der Konzernobergesellschaft bestimmt werden. Bei Konzernunter- und Konzernobergesellschaften handelt es sich jedoch jeweils um eigenständige juristische Personen, deren tatsächlicher Verwaltungssitz gesondert zu ermitteln ist.²⁴ Das Kriterium der internen Willensbildung ist folglich nicht tauglich, um den eigenständigen Verwaltungssitz der Konzernuntergesellschaft zu ermitteln.

bb) Ort der Umsetzung der grundlegenden Verwaltungsentscheidungen

Daher wird neben dem Ort, an dem die grundlegenden Verwaltungsentscheidungen der Gesellschaft intern getroffen werden, ergänzend an den Ort ihrer Umsetzung nach außen angeknüpft.²⁵ Fallen der Ort, an dem die Entscheidung getroffen wird,

17 Vgl. zur Auslegung des Begriffs „Geschäftsleitung“ *BFH* BStBl. 1991, 554.

18 Unpräzise *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 434; kritisch gegenüber diesem Kriterium *Ebenroth/Bippus* Die Sitztheorie als Theorie effektiver Verknüpfungen der Gesellschaft JZ 1988, 677 (680). Auf den Ort der Aufsichtsratssitzungen abzustellen, erscheint jedoch nur sinnvoll, wenn der Aufsichtsrat aufgrund eines Zustimmungsvorbehalts gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG die unternehmerischen Leitentscheidungen aktiv beeinflussen kann.

19 *Knobbe-Keuk* Umzug von Gesellschaften in Europa ZHR 154 (1990), S. 325 (355).

20 *Ebenroth/Bippus* (Fn. 18), S. 678; *Zimmer* Von Debraco bis DaimlerChrysler: Alte und neue Schwierigkeiten bei der internationalgesellschaftsrechtlichen Sitzbestimmung in FS für Buxbaum, 2000, S. 655 (666 f.).

21 Dies verkennen *Ebenroth/Sura* (Fn. 16), S. 324.

22 *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 104; *von Falkenhausen* (Fn. 15), S. 819.

23 *Behrens* in Hachenburg/Ulmer GmbHG 8. Aufl., Einl. GmbHG Rn. 113; *von Falkenhausen* (Fn. 15), S. 819.

24 *Spahlinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 104; vgl. auch *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 437 f.; *Raiser/Veil* (Fn. 6), § 58 Rn. 19.

25 Sog. Sandrock'sche Formel (Fn. 15).

und der Ort der Umsetzung, wie möglicherweise bei einer Konzernuntergesellschaft in Rechtsform einer GmbH (s. Beispiel oben), auseinander, kann somit nur letzteres ausschlaggebend sein.²⁶

Als Ort der Umsetzung der Verwaltungsentscheidungen kommt dabei regelmäßig der Tätigkeitsort der für das Tagesgeschäft zuständigen Mitglieder des Verwaltungsorgans in Betracht.²⁷ Daneben wird zu seiner Bestimmung auf folgende Kriterien zurückgegriffen: Zum einen werden der wirtschaftliche Schwerpunkt einer Gesellschaft,²⁸ die Adressangabe bei der Kontoeröffnung²⁹ und der Gesellschaftszweck³⁰ als Kriterien für die Umsetzung wesentlicher Leitentscheidungen an einem bestimmten Ort herangezogen. Zum anderen kann das Fehlen einer angemessenen Personal- bzw. Sachausstattung, z. B. in Form der Nichterreichbarkeit unter den angegebenen Kontaktdaten,³¹ gegen eine Umsetzung wesentlicher Leitentscheidungen an diesem Ort sprechen.³²

Teilweise wird verkannt, dass es sich hierbei lediglich um Indizien handelt, die Aufschluss darüber geben, wo die Umsetzung der grundlegenden internen Entscheidungen der Geschäftsleitung erfolgt, und nicht um gesonderte Kriterien zur Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes.³³ Keine tauglichen Indizien zur Bestimmung des Orts der Umsetzung grundlegender Leitentscheidungen sind hingegen der Ausführungsort einzelner wichtiger Geschäfte³⁴ und der Ort an dem bloße sekundäre Verwaltungstätigkeiten ausgeführt werden.³⁵ Der Ort der Betriebsstätte ist ebenfalls ungeeignet,³⁶ da diese rein praktische Ausführung unternehmerischer Entscheidungen nicht unbedingt wesentliche planerische Elemente der Umsetzung grundlegender Verwaltungsentscheidungen berücksichtigt.³⁷

Hat eine Gesellschaft zwei operative Verwaltungszentren, wie z. B. die (inzwischen wieder gespaltene) *Daimler Chrysler AG* in Stuttgart und Auburn Hills (Michigan/

26 So auch *von Falkenhausen* (Fn. 15), S. 819; *Spablinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 104; *BGH WM* 1979, 692 f.

27 *Spablinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 83; *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 434.

28 So in *KG NJW* 1989, 3100 (3101); vor Entwicklung der Sandrock'schen Formel zog der *BGH* zur Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes allein den wirtschaftlichen Schwerpunkt heran vgl. *BGH NJW* 1967, 36 (38).

29 Vgl. *OLG Düsseldorf WM* 1995, 808 (810).

30 Vgl. *OLG Frankfurt NJW* 1990, 2204 (2205); kritisch *Zimmer* (Fn. 20), S. 659 ff.

31 Vgl. *OLG Düsseldorf WM* 1995, 808 (810); *LG Rottweil IPrax* 1986, 110 (111); *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 435.

32 Als zusätzliches Indiz in Verbindung mit dem wirtschaftlichen Schwerpunkt einer Gesellschaft in *OLG Hamm NJW-RR* 1995, 469 (471 f.).

33 So jedoch *Spablinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 84 ff.; *Grasmann System des internationalen Gesellschaftsrechts* 1970, Rn. 103, 348 ff.; so auch teilweise *Zimmer Internationales Gesellschaftsrecht im 21. Jahrhundert in FS für Lutter*, 2000, S. 231 (237 f.); *ders.* (Fn. 20), S. 659.

34 *OLG Hamm NJW-RR* 1995, 469 (471); *OLG München NJW* 1986, 2197 (2198).

35 *LG Essen NJW* 1995, 1500 (1501).

36 *BayOLG IPrax* 1986, 161 (164); *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 435; *Spablinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 88.

37 Vgl. *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 435; *Ebenroth/Bippus* (Fn. 18), S. 680.

USA), ist eine Bestimmung des hauptsächlichen Verwaltungssitzes ebenfalls anhand ihres wirtschaftlichen Schwerpunkts als Indiz für den Ort, an dem die meisten grundlegenden Entscheidungen umgesetzt werden, möglich.³⁸ Ein Rückgriff auf den Satzungssitz ist nicht praktikabel.³⁹

b) Historische Entwicklung

Die Sitztheorie entwickelte sich in drei Phasen ausgehend vom Domizilprinzip über das Prinzip der Staatsangehörigkeit bis zu ihrer Geltung in den meisten europäischen Staaten Mitte des 19. Jahrhunderts. Im Folgenden soll diese Entwicklung in Deutschland unter Berücksichtigung französischer und belgischer Einflüsse skizziert werden.

aa) Das Domizilprinzip als Ursprung der Sitztheorie

Die Sitztheorie hat ihren Ursprung in dem zunächst nur für natürliche Personen geltenden Domizilprinzip.⁴⁰ Das Domizil natürlicher Personen wurde in Deutschland wie in den meisten anderen kontinentaleuropäischen Staaten nach ihrem tatsächlichen Wohnsitz bestimmt.⁴¹ Diese Vorstellung geht auf *Friedrich Carl v. Savigny* zurück, demzufolge sich am tatsächlichen Lebensmittelpunkt der Person im Hinblick auf ihre Rechtsstellung der „Sitz des Rechtsverhältnisses“ befindet.⁴² Diese Anknüpfung hat der französische *Court de Cassation* 1853 auf die Bestimmung des Domizils juristischer Personen übertragen.⁴³ In Deutschland kam die Anwendung des Domizilprinzips auf juristische Personen in zahlreichen Verträgen mit ausländischen Staaten zum Ausdruck wie dem Übereinkommen des Norddeutschen Bundes mit der Schweiz 1869, das für die Rechts- und Parteifähigkeit von Aktiengesellschaften ihre Gründung nach dem Recht des Domizilstaates voraussetzt.⁴⁴ Die Anknüpfung an den Verwaltungssitz zur Bestimmung des Domizils juristischer Personen erfolgte in Frankreich⁴⁵ und Belgien⁴⁶ in Analogie zu den Vorschriften über den Wohnsitz natürlicher Personen.⁴⁷ In Belgien folgte im Jahre

38 Dies verkennt *Zimmer* (Fn. 33), S. 246; *ders.* (Fn. 20), S. 665, der eine eindeutige Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes anhand der bisherigen Indizien nicht für möglich hält.

39 Vorschlag von *Zimmer* (Fn. 33), S. 245 ff., der jedoch ebenso einseht, dass ein allgemeines Abstellen auf den Satzungssitz nicht möglich ist.

40 *Großfeld* Die Entwicklung der Anerkennungstheorien im Internationalen Gesellschaftsrecht in FS für Westermann, 1974, S. 199 (203).

41 *Ebd.*, S. 204.

42 *Savigny* System des heutigen römischen Rechts VII 1849, S. 24–28, 108.

43 Cass. Civ., Recueil Sirey 1853.1.689.

44 Amtliche Sammlung von Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft Bd. IX 1869, 919 (932).

45 Analogie zu Art. 102 Code Civil: „Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu, où il a son principal établissement.“

46 Vgl. *Namur* De la situation légale des sociétés étrangères en Belgique Journal du droit international (Clunet) 1877, 381 ff., 384, zitiert nach *Großfeld* (Fn. 40), S. 212.

47 *Großfeld* (Fn. 40), S. 208 f., 212.

1873 die gesetzliche Verankerung der Sitztheorie in Art. 128 und 129 des Gesetzes über Handelsgesellschaften.⁴⁸ Unter diesem Einfluss wurde auch in Deutschland die Anknüpfung an den Verwaltungssitz als maßgeblich erachtet.⁴⁹

bb) Übergang zum Staatsangehörigkeitsprinzip

Im Zuge nationaler Einigungsbewegungen fand für natürliche Personen, ausgelöst durch den Vortrag „Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti“ von *Pasquale Stanislao Mancini* (1851), ein Übergang vom Domizil- zum Staatsangehörigkeitsprinzip statt.⁵⁰ Dieses bestimmt die Rechtstellung natürlicher Personen nach ihrer Volkszugehörigkeit.⁵¹ Inwiefern das Staatsangehörigkeitsprinzip auf juristische Personen übertragbar ist, ist nicht abschließend geklärt.⁵² Unabhängig davon hatte die nationalstaatliche Denkweise im 19. Jahrhundert erheblichen Einfluss auf die weitere Etablierung der Sitzanknüpfung bei juristischen Personen. Ausgehend von der Vorstellung, dass sich die wirtschaftliche Macht einer Gesellschaft an ihrem Verwaltungssitz entfaltet, waren die neu entstehenden Nationalstaaten bestrebt, wirtschaftliche Macht in ihrem Hoheitsgebiet und damit die Gesellschaften mit Sitz auf ihrem Territorium zu kontrollieren.⁵³ Außerdem wurde die Bindung einer Gesellschaft, wie die eines Staatsbürgers, als exklusiv im Verhältnis zu dem Staat angesehen, in dessen Territorium sie ihre wirtschaftliche Macht ausübt.⁵⁴

cc) Geltung der Sitztheorie in Deutschland

Die Sitztheorie galt Ende des 19. Jahrhunderts als herrschend in Deutschland.⁵⁵ Dies zeigt sowohl eine Entscheidung des *Reichsgerichts* von 1882⁵⁶ wie auch die Allgemeine Begründung zum Gesetz betr. Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften (1884),⁵⁷ die jeweils das Recht des Sitzstaates für die Beurteilung der Rechtstellung juristischer Personen als maßgeblich erachteten.⁵⁸ Auch bei den Beratungen zum BGB (bzw. zum EGBGB) ging man wie selbstverständlich von der Gel-

48 Art. 128: „Die Aktiengesellschaft und die anderen Handels-, Industrie- oder Finanzgesellschaften, die im Ausland gegründet worden sind und dort ihren Sitz haben, können in Belgien eine Tätigkeit entfalten und vor Gericht auftreten.“

Art. 129: „Jede Gesellschaft, deren Hauptniederlassung in Belgien ist, unterliegt dem belgischen Gesetz, selbst wenn die Gründung im Ausland geschah.“

49 *Großfeld* (Fn. 40), S. 213 f.

50 *Von Hofmann/Thorn* Internationales Privatrecht 9. Auflage (2007), § 2 Rn. 34.

51 *Kropholler* Internationales Privatrecht 6. Auflage (2006), S. 261.

52 *Großfeld* (Fn. 40), S. 206.

53 *Sandrock* Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer RIW 1989, 505 (506).

54 *Ebd.*, S. 506 f.

55 *Großfeld* (Fn. 40), S. 214.

56 RGZ 7, 68 (70).

57 Verhandlungen des Reichstags 5. Legislaturperiode 4. Sess. 1884, Anlagen III Nr. 21 S. 233 ff.

58 *Großfeld* (Fn. 40), S. 214.

zung der Sitztheorie aus.⁵⁹ Deren Anwendung zu Reichsgerichtszeiten wurde 1970 vom *BGH* bestätigt.⁶⁰

c) Schutzzweck und rechtspolitische Hintergründe

Das Grundanliegen der Sitztheorie besteht darin, die inländische Rechtsordnung vor dem Zuzug ausländischer Gesellschaften mit anderer Binnenorganisation und geringerem Schutzniveau zu schützen.⁶¹ In Zeiten einer zunehmenden Internationalisierung des Wirtschaftslebens verschafft die Sitztheorie damit der von der Tätigkeit der Gesellschaft am stärksten betroffenen Rechtsordnung die Möglichkeit, in einer Art „Wächteramt“ die Gesellschaftsformen in seinem Hoheitsgebiet zu kontrollieren und ausländische Gesellschaften den Anforderungen des eigenen Sachrechts zu unterwerfen.⁶² Zugleich soll die Sitztheorie die Flucht von nach dem eigenen Recht gegründeten Gesellschaften in ein regelärmeres Rechtssystem verhindern.⁶³ Damit trägt sie den Schutzinteressen der Gläubiger, Gesellschafter und Arbeitnehmer Rechnung, die durch einen Wegzug am meisten betroffen sind.⁶⁴

Diese Einschränkung der grenzüberschreitenden Mobilität der Gesellschaften soll insbesondere verhindern, dass infolge einer freien Wahl des Gesellschaftsstatuts durch die Gesellschaftsgründer ein Wettbewerb der Rechtsordnungen entsteht, in dem sich die Rechtsordnung mit dem niedrigsten Schutzniveau durchsetzt⁶⁵ (sog. „Race to the bottom“, wegen vergleichbarer Entwicklungen in den USA auch als „Delaware-Effekt“ bezeichnet, da in diesem Bundesstaat aufgrund der geringen Regulierung von Gesellschaften lange Zeit die meisten Neugründungen stattfanden).⁶⁶

Schließlich lässt sich das Kontrollbedürfnis der am stärksten betroffenen Rechtsordnung auch wie folgt begründen: Multinationale, auf Dauer bzw. gar „Unsterblichkeit“ angelegte Unternehmen verfügen über eine enorme wirtschaftliche Macht, die häufig über die ihrer Heimatstaaten hinausgeht.⁶⁷ Indem sie etwa die Versorgung der

59 Manche Vertreter der Gründungstheorie interpretieren Einzelheiten der Beratungen dagegen als Abkehr von der Sitztheorie, so insbesondere *Grasmann* (Fn. 33), Rn. 457; dagegen *Großfeld* (Fn. 40), S. 215 ff.

60 BGHZ 53, 181 (183).

61 *Kübler/Assmann* (Fn. 11), S. 555; *Raiser/Veil* (Fn. 6), § 58 Rn. 17; *Spablinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 35; dagegen *Behme* (Fn. 2), S. 351 f.

62 *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 41; *Spablinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 35.

63 *Spablinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 35; *Leible* Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung? in FS für Jayme I, 2004, S. 485 (496); *Bayer* Die *EuGH*-Entscheidung *Inspire Art* und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen BB 2003, 2357 (2358); *Stork* Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union 2003, S. 35.

64 *Spablinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 35.

65 *Spablinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 35.

66 So *Behrens* Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des *EuGH* und den Schlussanträgen zu *Inspire Art* IPRax 2003, 193 (195). Zum Wettbewerb der Gesetzgeber *Hommelhoff/Teichmann* Das Recht der GmbH im Wettbewerb der Gesetzgeber StudZR 2006, 3; *Eidenmüller* Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen ZGR 2007, 168.

67 *Großfeld* Multinationale Unternehmen und nationale Souveränität JuS 1978, 73; zur „Unsterblichkeit“ *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 164.

Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern wie Energie gewährleisten, nehmen sie auch auf politischer Ebene eine immer zentralere Position ein.⁶⁸ Die Sitztheorie verhindert, dass wirtschaftliche Schlüsselpositionen von Gesellschaften beherrscht werden, die nach dem Recht anderer Staaten gegründet worden sind und womöglich nicht das Schutzniveau der eigenen Rechtsordnung gewährleisten.⁶⁹

2. Gründungstheorie

a) Anknüpfungsmoment

Die Gründungstheorie knüpft zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts an die Rechtsordnung des Staates an, nach der die Gesellschaft gegründet worden ist.⁷⁰ Problematisch ist jedoch, dass sich die Gründung einer Gesellschaft im Anschluss an die interne Willensbildung der Gesellschaftsgründer in mehreren formellen Akten vollzieht. Die Gründungsakte können an unterschiedlichen Orten vorgenommen werden.⁷¹ Fraglich ist insofern, ob für die Bestimmung der Gründung als Anknüpfungsmerkmal der Wille der Gründer oder formale Kriterien maßgeblich sind.

aa) Wille der Gründer

Teilweise wird das Anknüpfungskriterium subjektiv bestimmt und auf den Willen der Gründer zur Wahl der Gründungsrechtsordnung abgestellt.⁷² Demnach bestünde eine der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht gleichkommende Rechtswahlfreiheit.⁷³ Gegen eine Parteiautonomie im internationalen Gesellschaftsrecht sprechen indes zahlreiche Unterschiede zwischen schuldrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Verträgen: Während der schuldrechtliche Vertrag divergierende Interessen der Parteien ausgleicht, ist der Gesellschaftsvertrag auf einen gemeinsamen Zweck gerichtet.⁷⁴ Zudem sind durch den Gesellschaftsvertrag regelmäßig Drittinteressen betroffen.⁷⁵ Das Anknüpfungsmoment muss ferner aus Gründen der

68 *Großfeld* (Fn. 67), S. 74.

69 *Großfeld* (Fn. 67), S. 74.

70 *Knobbe-Keuk* (Fn. 19), S. 326; *Wiedemann* Internationales Gesellschaftsrecht in FS für Kegel, 1977, S. 187 (195); *Spablinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 59; *Raiser/Veil* (Fn. 6), § 58 Rn. 5; *Ebenroth/Sura* (Fn. 16), S. 322; vgl. auch *OLG Hamburg* NJW 1986, 2199.

71 Vgl. Ausführungen zur Aktiengesellschaft bei *Beitzke* Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen in Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht Vorschläge und Gutachten zur Reform des Deutschen Internationalen Personen- und Sachenrechts 1972, S. 94 (107).

72 *OLG Hamburg* ZIP 2007, 1108 (1109); hierzu auch *Hoffmann* Das Anknüpfungsmoment der Gründungstheorie ZVglRWiss 101 (2002), 283.

73 So *Zimmer* Internationales Gesellschaftsrecht 1996, S. 222 f. unter Verweis auf die Grenzen der Privatautonomie im Vertragsrecht; *ders.* (Fn. 20), S. 656; *Knobbe-Keuk* (Fn. 19), S. 326; *Grasmann* (Fn. 33), Rn. 512; vgl. zum Grundsatz der Privatautonomie im Internationalen Vertragsrecht *Leible* (Fn. 63), S. 489 ff.

74 *Von Bar* Internationales Privatrecht II 1991, Rn. 617; *Kaulen* Zur Bestimmung des Anknüpfungsmoments unter der Gründungstheorie IPRax 2008, 389 (393).

75 *Kaulen* (Fn. 74), S. 393.

Rechtssicherheit klar bestimmbar sein. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn die Gründer die Gesellschaft in Staat A registrieren und im Gesellschaftsvertrag das Recht des Staates B wählen⁷⁶ oder nicht erkennbar ist, welches Gründungsrecht gewählt wurde. Außerdem ist für eine Gesellschaftsgründung die Einhaltung der jeweiligen inländischen Gründungsvoraussetzungen zwingend erforderlich.⁷⁷ So wird die Wahlfreiheit der Gründer auf die im jeweiligen nationalen Gesellschaftsrecht angebotenen Gesellschaftsformen beschränkt.⁷⁸

bb) Formale Kriterien

Ist somit der Wille der Gesellschaftsgründer allein als Anknüpfungsmoment ungeeignet, ist auf formale Kriterien zurückzugreifen, denen eine Indizwirkung für die Bestimmung des Gründungsorts der Gesellschaft zukommt.

(1) Ort des Vertragsschlusses

Ein für alle Gesellschaftsformen geeignetes Kriterium könnte zunächst der Ort des Abschluss des Gesellschaftsvertrags darstellen.⁷⁹ Dieser kann jedoch aus praktischen Gründen ohne Bezug zum Inhalt des Vertrags gewählt werden.⁸⁰ Die Gründer haben somit nicht notwendigerweise die Absicht, mit der Wahl des Abschlussorts kollisionsrechtliche Konsequenzen zu verbinden.⁸¹

(2) Ort des Sitzungssitzes bzw. statuarischen Sitzes

Teilweise wird die Gründungstheorie als „Satzungssitztheorie“ verstanden und als Anknüpfungsmoment der Satzungssitz bzw. (bei Personengesellschaften) der statuarische Sitz gewählt.⁸² Jedenfalls bei Kapitalgesellschaften, deren Satzungssitz im Inland liegen muss (§§ 4 a GmbHG, 5 AktG), ist der Satzungssitz ein taugliches Anknüpfungsmoment zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts nach der Gründungstheorie. Probleme bereitet lediglich der Ausnahmefall einer Gesellschaft mit Doppelsitz,⁸³ sofern die Sitzungssitze in unterschiedlichen Staaten liegen.

Dies lässt sich auf Personengesellschaften nur eingeschränkt übertragen. Selbst wenn man entgegen noch herrschender Auffassung⁸⁴ davon ausgeht, dass bei Anmeldung

76 *Kaulen* (Fn. 74), S. 393.

77 *Von Bar* (Fn. 74), Rn. 618; *Kaulen* (Fn. 74), S. 393.

78 *Schmidt* Gesellschaftsrecht 2002, S. 96; *von Bar* (Rn. 74), Rn. 618.

79 So auch das italienische IPR „Gesellschaften [...] unterliegen den Gesetzen des Staates, in dessen Herrschaftsbereich das Verfahren ihrer Gründung beendet worden ist.“

80 *Grasmann* (Fn. 33), Rn. 90 ff.

81 *Kaulen* (Fn. 74), S. 391.

82 *Kaulen* (Fn. 74), S. 391; vom Satzungssitz als Anknüpfungsmoment gehen auch aus: *Behrens* Zu den Folgen einer gesellschaftsrechtlichen Sitzverlegung ins Ausland EuZW 1992, 550; *Weller* Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften DStR 2004, 1218.

83 Zur Zulässigkeit eines Doppelsitzes *Schäfer* in von Staub HGB 4. Aufl., § 106 Rn. 21.

84 *BGH* BB 1957, 799; *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 41; *Hoffmann* Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber ZIP 2007, 1581 (1588).

einer Personenhandelsgesellschaft zum Handelsregister gem. § 106 Abs. 2 HGB nicht der tatsächliche Verwaltungssitz, sondern ein gesellschaftsvertraglich bestimmter statuarischer Sitz anzugeben ist,⁸⁵ ist zu beachten, dass sie gem. § 123 Abs. 2 HGB schon durch den Beginn ihrer Geschäfte entstehen können. Bei Nichteintragung droht nur die Auferlegung eines Zwangsgeldes, §§ 14 HGB, 388 ff. Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG); eine Eintragung von Amts wegen ist nicht möglich. Ein statuarischer Sitz ist dann nicht feststellbar.⁸⁶

(3) Ort der Registereintragung

Der Referentenentwurf zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften⁸⁷ sieht als primäres Anknüpfungsmoment den Ort der Registereintragung vor.⁸⁸ Für eine wirksame Gründung müssen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften mit Rechtspersönlichkeit (§ 106 Abs. 1 HGB) in ein inländisches Register eingetragen werden.⁸⁹ Die Registereintragung erfolgt gem. §§ 39 Abs. 1 AktG, 10 Abs. 1 GmbHG, 106 Abs. 1 HGB bei dem Gericht am Ort des Sitzungssitzes. Die Bestimmung des Ortes der Registereintragung ist somit problematisch, wenn eine Gesellschaft mehrere Sitzungssitze in verschiedenen Staaten hat, da hier regelmäßig zwei Eintragungen nötig sind. Eine eindeutige Bestimmung mittels der Registereintragung des Gründungsstaates ist dann nicht möglich. Gleiches gilt bei nicht eingetragenen Personenhandelsgesellschaften sowie der nicht registerfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Der Referentenentwurf zum internationalen Gesellschaftsrecht sieht für nicht eingetragene Gesellschaften die Anknüpfung an das Recht des Ortes vor, nach dem die Gesellschaft organisiert ist.⁹⁰ Dieses Kriterium ist freilich nichts anderes als Ausfluss der Parteiautonomie im internationalen Gesellschaftsrecht, da die Beachtung der Vorschriften einer Rechtsordnung über die Organisation von Gesellschaften auf einen entsprechenden Willen der Gesellschafter zur Wahl dieser Rechtsordnung schließen lässt.

b) Historische Entwicklung

Die Gründungstheorie entwickelte sich im 18. Jahrhundert in England.⁹¹ Sie geht auf das englische Verständnis des Domizilprinzips für natürliche Personen zurück.⁹² Dieses

85 *LG Köln* NJW 1950, 871; *Baumbach/Hopt* HGB Kommentar 34. Aufl., § 106 Rn. 8.

86 Wie hier *Kaulen* (Fn. 74), S. 392.

87 Siehe dazu ausführlich *Kußmaul/Richter/Ruiner* Die Sitztheorie hat endgültig ausgedient! DB 2008, 451 (451 ff.).

88 So auch *Bayer* (Fn. 63), S. 2358.

89 *Werlauff* Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität ZIP 1999, 867 (874).

90 Vgl. hierzu auch die US-amerikanische Anknüpfung für „foreign limited partnerships and limited liability companies“ an das Recht „under which a foreign limited partnership (limited liability company) is organized“.

91 *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 339.

92 *Ebenroth/Sura* (Fn. 16), S. 326; *Großfeld* (Fn. 40), S. 201.

knüpft im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Verständnis an das „domicile of origin“, also den Geburtsort der Person an.⁹³ Die hieraus resultierende Möglichkeit, weltweit Gesellschaften nach englischem Recht zu gründen, entsprach den Bedürfnissen Englands als Kolonialmacht und Kapitalexporthand.⁹⁴ Die wirtschaftlichen Aktivitäten der nach englischem Recht gegründeten Gesellschaften blieben unter der Herrschaft der Kolonialmacht und sie genossen gleichzeitig diplomatischen Schutz, der eine ungestörte wirtschaftliche Entwicklung sicherte.⁹⁵ Durch die liberale Ausgestaltung des englischen Aktienrechts in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde die Wahl der englischen Rechtsordnung für Gesellschaften besonders attraktiv.⁹⁶ Die Gründungstheorie wird heute unter Einschränkungen in zahlreichen Rechtsordnungen wie Großbritannien, den Niederlanden (ebenfalls eine ehemalige Kolonialmacht), der Schweiz, Italien und Japan vertreten.⁹⁷ In jüngerer Zeit findet sie – insbesondere unter dem Einfluss europarechtlicher Entwicklungen – auch in Deutschland zunehmend Anhänger.⁹⁸

c) Schutzzweck und rechtspolitische Hintergründe

Die Gründungstheorie ermöglicht Rechtswahlfreiheit der Gesellschaftsgründer hinsichtlich der international zur Verfügung stehenden Gesellschaftsformen. Staaten erhalten die Möglichkeit, ihr Rechtssystem in anderen Staaten zu etablieren und dort ihre wirtschaftlichen Interessen durchzusetzen.

3. Vermittelnde Ansätze

In der Literatur werden verschiedene vermittelnde Ansätze vertreten, die Alternativen zu Sitz- und Gründungstheorie darstellen, diese modifizieren oder – mit der Folge einer Aufspaltung des Gesellschaftsstatuts – zusammenführen. Sie sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.

a) Differenzierungslehre

Nach der von *Grasmann* begründeten „Differenzierungslehre“ soll zwischen dem Innen- und Außenverhältnis einer Gesellschaft unterschieden werden. Rechtsfragen,

93 *Ebenroth/Sura* (Fn. 16), S. 326; *Großfeld* (Fn. 40), S. 202.

94 *Großfeld/König* Das Internationale Gesellschaftsrecht in der Europäischen Gemeinschaft RIW 1992, 433.

95 *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 339; *Ebenroth/Sura* (Fn. 16), S. 326 f.; *Großfeld* (Fn. 40), S. 203.

96 *Großfeld* (Fn. 40), S. 202.

97 Vgl. *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 154–160; *Kindler* (Fn. 12), IntGesR Rn. 340.

98 Auch der *BGH* beurteilt zugezogene Gesellschaften aus EG-Mitgliedstaaten inzwischen nach Maßgabe der Gründungstheorie vgl. BGHZ 154, 185; zustimmend *Eidenmüller* Beurteilung der Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates JZ 2003, 526 (529); einen Überblick über die Instanzrechtsprechung bieten *Leible/Hoffmann* „Überseering“ und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht ZIP 2003, 925 (926 f.); s. ferner nur *Bayer* (Fn. 63), S. 2363; *Ebke* Überseering: Die wahre Liberalität ist Anerkennung JZ 2003, 927 (928 f.); *Forsthoff* Internationales Gesellschaftsrecht im Umbruch DB 2003, 979; *Maul/Schmidt* Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie? BB 2003, 2297 f.

die das Innenverhältnis einer Gesellschaft betreffen, sollen nach der Gründungstheorie entschieden werden. Für Fragen des Außenverhältnisses der Gesellschaft findet die Sitztheorie Anwendung.⁹⁹

b) Überlagerungstheorie

Bei der von *Sandrock* entwickelten „Überlagerungstheorie“ wird das Gesellschaftsstatut grundsätzlich durch die Gründungstheorie bestimmt. Wenn jedoch die privatrechtlichen Interessen der Gesellschaft eine rechtliche und wirtschaftliche Einbuße erleiden, soll die Gründungstheorie durch die Anwendung der Sitztheorie „überlagert“ werden.¹⁰⁰ Zwischenzeitlich hat *Sandrock* diese Lehre unter dem Eindruck der Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften stark eingeschränkt.¹⁰¹

c) Einschränkung von Sitz- und Gründungstheorie nach *Beitzke*

Beitzke wendet zwar grundsätzlich die Gründungstheorie an, schränkt diese jedoch ein, wenn sich der Satzungs- oder Verwaltungssitz einer ausländischen Gesellschaft im Inland befindet. In diesem Fall soll eine eingeschränkte Sitztheorie zur Anwendung kommen, nach der der ausländischen Gesellschaft eine Frist zur Umorganisation nach inländischem Recht eingeräumt wird.¹⁰²

d) Einschränkung der Gründungstheorie nach *Behrens*

In eine ähnliche Richtung gehen Ansätze von *Behrens*, der grundsätzlich der Gründungstheorie folgt, diese aber durch einen generellen Vorbehalt zugunsten des Sitzrechts in allen Fällen, in denen Gläubigerinteressen betroffen sind, einschränken will.¹⁰³

e) Kombinationstheorie

Die von *Zimmer* vertretende „Kombinationstheorie“ unterscheidet beim Auseinanderfallen von Sitz- und Gründungsstaat zwischen zwei Fallgruppen. Besteht ein grundlegender Auslandsbezug der Gesellschaft, wird die Gründungstheorie angewandt, fehlt ein solcher Auslandsbezug, die Sitztheorie.¹⁰⁴

99 Vgl. *Grasmann* (Fn. 33).

100 *Sandrock* (Fn. 15), S. 200.

101 *Sandrock* Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie *ZVglRWiss* 102 (2003), 447; *ders.* BB-Forum – Nach Inspire Art – Was bleibt vom deutschen Sitzrecht übrig? *BB* 2003, 2588.

102 *Beitzke* (Fn. 71), S. 116 ff.

103 *Behrens* (Fn. 23), Rn. 87.

104 *Zimmer* (Fn. 73), S. 239.

IV. Auswirkungen von Sitz- und Gründungstheorie im Falle der Sitzverlegung

Praktische Relevanz hat die Wahl der Kollisionsnorm insbesondere in Fällen, in denen eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegt hat, Sitz- und Gründungstheorie das Gesellschaftsstatut also unterschiedlich bestimmen. Von einer solchen Sitzverlegung sind zwei Rechtsordnungen betroffen: Die Rechtsordnung, nach der die Gesellschaft gegründet wurde (Wegzugsfall) und die Rechtsordnung des AufnahmeStaats (Zuzugsfall). Für erstere stellt sich insbesondere die Frage, ob die Sitzverlegung den Verlust der Rechtsfähigkeit nach dem Gründungsrecht zur Folge hat. Für letztere stellt sich die Frage, ob zuziehende Gesellschaften einer fremden Rechtsordnung als solche anzuerkennen sind. Beide Fragen können nur durch das Zusammenspiel der jeweiligen Kollisionsnorm mit dem zur Anwendung berufenen Sachrecht beantwortet werden. Im Folgenden sollen die kollisionsrechtlichen Auswirkungen von Wegzug und Zuzug jeweils unter Geltung der Sitztheorie und unter Geltung der Gründungstheorie dargestellt werden.

1. Sitztheorie

a) Zuzugsfall

Nach der Sitztheorie findet auf jede Gesellschaft das Sachrecht des Staates Anwendung, in dem sich ihr Verwaltungssitz befindet; der AufnahmeStaats wendet also sein eigenes Gesellschaftsrecht an. Da sich – trotz partieller unionsrechtlicher Harmonisierung¹⁰⁵ – die nationalen Gesellschaftsrechte hinsichtlich ihrer Anforderungen an die Gründung von Gesellschaften stark unterscheiden, werden bei Zuzug insbesondere einer ausländischen Kapitalgesellschaft die Gründungsvorschriften einer vergleichbaren Kapitalgesellschaft des AufnahmeStaats kaum je erfüllt sein. Daher wurden etwa in Deutschland zuziehende Auslandsgesellschaften lange Zeit als rechtliches Nullum behandelt, d. h. ihnen wurde die Rechts- und Parteifähigkeit aberkannt.¹⁰⁶ Seit der Jersey-Entscheidung des *BGH*¹⁰⁷ werden sie in Deutschland als Personengesellschaft behandelt, d. h. in eine GbR oder OHG umqualifiziert, deren Gründungsvoraussetzungen erfüllt sind. Dass sich hierfür die Bezeichnung „modifizierte Sitztheorie“ eingebürgert hat,¹⁰⁸ ist insofern irreführend, als dadurch kollisions- und sachrechtliche Ebene vermischt werden;¹⁰⁹ es handelt sich um eine bloße Anwendung der Sitztheorie.

105 Siehe insbesondere Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976.

106 BGHZ 53, 181 (183); 97, 269 (271 f.); *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 427.

107 BGHZ 151, 204; *Kindler* (Fn. 8), S. 44; *Leible/Hoffmann* Vom Nullum zur Personengesellschaft – Die Metamorphose der Scheinauslandsgesellschaft im deutschen Recht DB 2002, 2203 (2204).

108 *Binz/Mayer* Die Rechtsstellung von Kapitalgesellschaften aus Nicht-EU/EWR/USA-Staaten mit Verwaltungssitz in Deutschland BB 2005, 2361; *Lieder/Kliebisch* Nichts Neues im Internationalen Gesellschaftsrecht: Anwendbarkeit der Sitztheorie auf Gesellschaften aus Drittstaaten? BB 2009, 338 (339).

109 Zutreffend *Leible/Hoffmann* (Fn. 107), S. 2203.

b) Wegzugsfall

Auch der Heimatstaat wendet nach der Sitztheorie auf jede Gesellschaft das Sachrecht des Staates an, in dem sich ihr Verwaltungssitz befindet, d. h. auf fortgezogene Gesellschaften das Recht des Aufnahmestaats. Die Verweisung auf das Recht des Aufnahmestaats ist eine Gesamtnormverweisung, d. h. sie erstreckt sich auf dessen IPR und Sachrecht (vgl. für das deutsche IPR Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB). Insofern ist wiederum zu differenzieren:

Folgt der Aufnahmestaat ebenfalls der Sitztheorie, gelangt sein Sachrecht zur Anwendung, das die Gesellschaft regelmäßig in eine Personengesellschaft seiner Rechtsordnung umqualifizieren wird (s. o.). Folgt der Aufnahmestaat dagegen der Gründungstheorie, erfolgt eine Rückverweisung auf das Heimatrecht der Gesellschaft. Um ein auf diese Weise mögliches „Ping-Pong-Spiel“ zwischen den betroffenen Rechtsordnungen zu vermeiden, werden die internationalen Privatrechte der meisten Rechtsordnungen eine dem Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB vergleichbare Vorschrift enthalten, wonach die Rückverweisung auf das Sachrecht beschränkt ist. Das Sachrecht des Heimatstaates entscheidet also über die Zulässigkeit der Verwaltungssitzverlegung ins Ausland und ihre Konsequenzen. So erlaubt etwa Deutschland den nach deutschem Recht gegründeten Gesellschaften nach überwiegender Auffassung seit der Neufassung der §§ 4 a GmbHG, 5 AktG durch das MoMiG einen ausländischen Verwaltungssitz.¹¹⁰ Dies zeigt: Die Sitztheorie sagt als bloße Kollisionsnorm über die Zulässigkeit der Verwaltungssitzverlegung nichts aus. Aus ihrer Anwendung folgt nicht, dass die Sitzverlegung ins Ausland unzulässig ist, sondern nur die Anwendung des Sachrechts des Verwaltungssitzstaates.

Folgt das internationale Gesellschaftsrecht des Zielstaats der Gründungstheorie, kommt ohne den Umweg über eine Rückverweisung ebenfalls das Sachrecht des Heimatstaates der Gesellschaft zur Anwendung, das über die Folgen der Sitzverlegung entscheidet.

2. Gründungstheorie

a) Zuzugsfall

Auf zuziehende Gesellschaften wird nach der Gründungstheorie das Recht ihres Heimatstaates angewandt. Sie werden durch den Zuzugsstaat mithin als solche anerkannt, sind also als Auslandsgesellschaften rechts- und parteifähig. Gleichwohl kann es im Einzelfall aus Gründen des öffentlichen Interesses zur Anwendung des Sachrechts des Aufnahmestaats und damit zu einer Durchbrechung des Gesellschaftsstatuts kommen. Im deutschen Kollisionsrecht lässt sich dies zum einen durch die

110 *Behme* Der Weg deutscher Aktiengesellschaften ins Ausland BB 2008, 70 (72); *Peters* Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes der GmbH ins Ausland GmbHR 2008, 245 ff.; *Seibert/Decker* Die GmbH-Reform kommt! ZIP 2008, 1208 (1209); a. A. *Werner* Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach Cartesio und Trabrennbahn GmbHR 2009, 191 (195).

Sonderanknüpfung zwingender Bestimmungen des deutschen Rechts begründen. Zum anderen verbietet Art. 6 EGBGB die Anwendung ausländischer Rechtsnormen, wenn sie zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar ist. Die so entstehende Lücke wird durch die Anwendung deutschen Rechts geschlossen.¹¹¹

b) Wegzugsfall

Verlegt eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen anderen Staat, wendet ihr Heimatstaat nach der Gründungstheorie weiterhin sein Sachrecht auf die Gesellschaft an. Dieses entscheidet mithin über Zulässigkeit und Folgen der Sitzverlegung. Die Gründungstheorie als bloße Kollisionsnorm gibt hierüber keine Auskunft. Insofern ist es nicht richtig, wenn aus der bloßen Geltung der Gründungstheorie gefolgert wird, die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland sei zulässig. Der Fall *Cartesio*¹¹² hat gezeigt, dass dies nicht notwendigerweise der Fall ist: Dass der betroffenen ungarischen Kommanditgesellschaft die Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Italien untersagt worden war, ergab sich aus dem materiellen ungarischen Gesellschafts- und Registerrecht. Dieses war erst dadurch zur Anwendung berufen, dass das ungarische Gesellschaftskollisionsrecht der Gründungstheorie folgt.¹¹³

V. Kritik

Im Folgenden sollen die Vor- und Nachteile von Sitz- und Gründungstheorie herausgearbeitet werden. Ungeachtet aller rechtspolitischen Erwägungen wird der Streit infolge der Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit heute jedoch zumindest teilweise europarechtlich überlagert. Die Kritik an Sitz- und Gründungstheorie lässt sich in verschiedene Kategorien unterteilen, die nachfolgend herauszuarbeiten sind.

1. Kritik in Bezug auf das Anknüpfungsmoment

Nach der Sitztheorie wird der tatsächliche Verwaltungssitz als Anknüpfungsmoment anhand von Indizien bestimmt.¹¹⁴ Die Vielzahl dieser Indizien wie auch die Tatsache, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse einer Gesellschaft ständig ändern können,

111 Ausführlich zum Ganzen *Behme* (Fn. 2), S. 352; *Mittelstädt* Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf europäische Kapitalgesellschaften *Bucerius Law Journal* 2007, 7 (10).

112 *EuGH* Urteil vom 16.12.2008 – Rs. C-210/06 (*Cartesio*), BB 2009, 11 mit Kommentar *Behme/Nohlen*.

113 Teilweise wird offenbar sogar aus der Unzulässigkeit der Sitzverlegung gefolgert, das ungarische Kollisionsrecht folge der Sitztheorie. Siehe etwa *Teichmann* *Cartesio*: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug ZIP 2009, 393.

114 Siehe dazu unter II. 1. a).

bergen jedoch eine gewisse Rechtsunsicherheit.¹¹⁵ Insbesondere kann der Verwaltungssitz von allen Beteiligten unbemerkt ins Ausland verlegt werden.

Diese Rechtsunsicherheit wird teilweise dadurch kompensiert, dass die Sitztheorie ohne Sonderanknüpfungen und ohne die Anwendung des „ordre public“ auskommt,¹¹⁶ da die auf diesem Wege gesicherten Schutzinteressen schon durch ihre bloße Anwendung hinreichend berücksichtigt werden, während die Gründungstheorie durch die notwendigen Sonderanknüpfungen ihrerseits Rechtsunsicherheit bewirkt.¹¹⁷ Auch besteht der teilweise behauptete Gewinn an Rechtssicherheit durch die eindeutige Bestimmbarkeit des Anknüpfungsmoments der Gründungstheorie nur eingeschränkt: Jedenfalls bei Personengesellschaften, bei denen ein statuarischer Sitz nicht feststellbar ist, kann die Bestimmung des Gründungsorts der Gesellschaft Probleme bereiten.

2. Schutzzweckbezogene und rechtspolitische Kritik

Die Sitztheorie bringt ein Grundprinzip der Anknüpfung im Internationalen Privatrecht, die Anwendung des Rechts des Staates mit der größten Sachnähe,¹¹⁸ zum Ausdruck¹¹⁹ und stellt dessen nationale Schutzinteressen in den Vordergrund. Das Prinzip der größten Sachnähe gewährleistet jedoch noch nicht, dass der am stärksten betroffene Staat die Schutzinteressen anderer betroffener Staaten ebenfalls hinreichend berücksichtigt.¹²⁰

Die Gründungstheorie führt hingegen zu einer Freiheit der Rechtswahl für Unternehmensgründer, die verbreitet auch als „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte“ charakterisiert wird,¹²¹ und ermöglicht damit eine weiterreichende Geltung der Privatautonomie.¹²² Abgesehen davon, dass dieser Wettbewerb das oben skizzierte „race to the bottom“ auslösen kann, ermöglicht er die gezielte Umgehung der von der Sitztheorie verfolgten Schutzinteressen durch Wahl einer ausländischen Gesellschaftsform.¹²³ Dagegen zwingt die Sitztheorie inländische Unternehmer zur Wahl einer

115 *Raiser/Veil* (Fn. 6), § 58 Rn. 17; *Spablinger/Wegen* (Fn. 15), Rn. 58; *Zimmer* (Fn. 33), S. 234; *Bayer* (Fn. 63), S. 2358; *Knobbe-Keuk* (Fn. 19), S. 356; *Grasmann* (Fn. 33), Rn. 351; *Dinkhoff* (Fn. 13), S. 86.

116 *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 42.

117 *Ebd.*, Rn. 56.

118 Vgl. zu diesem Grundprinzip *Rehbinder* Zur Politisierung des Internationalen Privatrechts JZ 1973, 151.

119 *BayOLG* EuZW 1992, 549; *Kübler/Assmann* (Fn. 11), § 35 Abs. 2 S. 555.

120 Dies verkennt *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 41.

121 Dieser Begriffswahl liegt die Vorstellung zugrunde, dass Gesellschaftsrechte wie andere Güter angeboten und nachgefragt werden. *Eidenmüller* Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa ZIP 2002, 2233 (2235).

122 *Zimmer* (Fn. 33), S. 233; *ders.* (Fn. 20), S. 656; gegen privatautonome Gestaltung *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 54.

123 Eine Auslandsgesellschaft unterliegt etwa nicht der deutschen Unternehmensmitbestimmung; so hat sich in Deutschland die Ltd. & Co KG inzwischen als Mittel zur Umgehung der deutschen Unternehmensmitbestimmung etabliert.

inländischen Gesellschaftsform; sie soll auf diese Weise eine Kontrolle der starken Machtposition von Großunternehmen auf politischer, wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Ebene ermöglichen.¹²⁴ Ob jedoch durch ihre Anwendung staatliche Interessen sowie die Interessen von Gläubigern, Arbeitnehmern und Minderheitsgesellschaftern geschützt werden, ist zweifelhaft.¹²⁵

Staatliche Schutzinteressen werden schon durch die Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen auf Grundlage des Territorialitätsprinzips gesichert.¹²⁶

Hinsichtlich des Schutzes von Gläubigerinteressen ist zwischen Gläubigern kraft Rechtsgeschäfts und kraft Gesetzes zu differenzieren. Bei ersteren ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie ihren Vertragspartner frei wählen und somit Risiken, die sich gerade aus der ausländischen Rechtsform ergeben, durch das Ausweichen auf nach inländischem Recht gegründete Gesellschaften vermeiden können.¹²⁷ Schutzbedürftig sind sie, soweit ein Informationsdefizit hinsichtlich der Folgen der fremden Rechtsform besteht. Vor sonstigen vertraglichen Risiken werden sie durch die Schutzmechanismen des allgemeinen Zivilrechts geschützt (z. B. §§ 134, 138, 305 ff. BGB). Anders stellt sich die Lage bei Gläubigern kraft Gesetzes dar, da diese keine Möglichkeit des Selbstschutzes haben.¹²⁸ Auch sie werden jedoch durch die Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts geschützt, sodass der Sitztheorie in dieser Hinsicht keine eigenständige Schutzfunktion zukommt. Zuwider läuft die Sitztheorie Gläubigerinteressen insofern, als sie dazu führt, dass die Gesellschaft mangels Parteifähigkeit Forderungen nicht gerichtlich geltend machen kann und ihr somit Vermögen zur Befriedigung von Gläubigern entzogen wird.¹²⁹

Mitbestimmungsrechte speziell deutscher Arbeitnehmer werden durch die Sitztheorie nicht gesichert, da sie nicht zu einer Erstreckung der deutschen Unternehmensmitbestimmung auf im Ausland gegründete Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz führt. Selbst wenn das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) und das Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat (DrittelBG) kollisionsrechtlich zur Anwendung berufen werden, beschränkt sich ihr Geltungsbereich aus Gründen des Sachrechts (§§ 1 Abs. 1 MitbestG, 1 Abs. 1 DrittelBG) auf nach deutschem Recht gegründete Gesellschaften.¹³⁰ Ungeachtet der Frage, ob die Unternehmensmitbestimmung überhaupt dem Arbeitnehmerschutz dient,¹³¹ werden die Arbeitnehmer ausländischer Gesellschaften jedenfalls durch die Sitztheorie nicht geschützt. Mittelbar führt die Sitztheorie freilich durch die Nichtanerkennung ausländischer Gesellschaften zur Neugründung mitbestimmungspflichtiger deutscher Unternehmen.¹³²

124 Vgl. *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 39; *BayOLG* EuZW 1992, 549; *Kübler/Assmann* (Fn. 11), S. 555.

125 Für eine solche Schutzwirkung der Sitztheorie: *BayOLG* EuZW 1992, 549; *Wiedemann* (Fn. 70), S. 196; *Leible* (Fn. 63), S. 497; *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 48.

126 *Behrens* (Fn. 66), S. 195.

127 *Eidenmüller* (Fn. 121), S. 2236; im Ergebnis auch *Behrens* (Fn. 66), S. 195 f.

128 *Eidenmüller* (Fn. 121), S. 2236.

129 *Behrens* (Fn. 66), S. 195.

130 Grundlegend *Behme* (Fn. 2), S. 351.

131 Dagegen *Behme* (Fn. 2), S. 356; *Eidenmüller* (Fn. 121), S. 2242.

132 *Roth* „Centros“: Viel Lärm um Nichts? ZGR 2000, 311 (333).

Hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit von Minderheitsgesellschaftern ist zu beachten, dass die Beteiligung an einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft auf einer freien Willensentschließung beruht, die sich auf die damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen erstreckt.¹³³ Regelmäßig sind Gesellschafter damit, was ihre Beteiligung gerade an einer ausländischen Gesellschaft anbelangt, nur eingeschränkt schutzbedürftig.

3. Rechtsfolgenbezogene Kritik

Einerseits wird angeführt, dass die Sitztheorie dadurch, dass bei ihrer Anwendung ausländische Gesellschaften nicht als solche anerkannt werden, einer fehlerhaften Ansiedlung ausländischer Gesellschaften vorbeugt und somit Gerichte und Behörden entlastet.¹³⁴ Diese Entlastung könnte allenfalls damit begründet werden, dass Gerichte und Behörden auf die Gesellschaft nicht das ihnen wenig vertraute ausländische Recht anwenden müssen. Jedoch kann die Sitztheorie sie nicht generell von der Pflicht zur Anwendung ausländischen Gesellschaftsrechts entbinden, sondern lediglich dessen Anwendung auf Auslandsgesellschaften mit ausländischem Verwaltungssitz beschränken.

Aus Sicht der Gesellschaften hat die Geltung der Sitztheorie in ihrem Heimatstaat keine Konsequenzen. Beschränkend wirkt sich lediglich die Sanktionierung einer Sitzverlegung durch Auflösung und Liquidation aus, die aber auf der Ebene des Sachrechts erfolgt und keine Folge der Sitztheorie ist. Eine Beschränkung der Gesellschaft ergibt sich dagegen, wenn der Aufnahmestaat sie in Anwendung der Sitztheorie nicht als solche anerkennt, sondern zur Neugründung zwingt oder in eine Personengesellschaft seines Rechts umqualifiziert mit der Konsequenz persönlicher Haftung der Gesellschafter und einer Duplizierung der Rechtspersönlichkeit.¹³⁵ Freilich soll die Gesellschaft durch Anpassung im Vorfeld der Sitzverlegung die Nichtanerkennung vermeiden können.¹³⁶ Auch eine solche angepasste ausländische (Kapital-)Gesellschaft würde jedoch lediglich in die entsprechende (Kapital-)Gesellschaftsform des Aufnahmestaats umqualifiziert, das heißt vermieden würde lediglich die persönliche Haftung, nicht aber die Duplizierung der Rechtspersönlichkeit und die damit verbundenen „unlösbaren“¹³⁷ Folgeprobleme.

4. Ökonomische Kritik

Aus ökonomischer Perspektive hat die Sitztheorie zunächst einen positiven Effekt für inländische Unternehmer: Indem sie mit dem Erfordernis einer kostspieligen und aufwendigen Neugründung hohe Hürden für einen Zuzug ausländischer Unternehmen aufstellt, hält sie den inländischen Markt frei von ausländischen Konkurren-

133 Behrens (Fn. 66), S. 195; Knobbe-Keuk (Fn. 19), S. 346.

134 Großfeld (Fn. 1), Rn. 43.

135 Behrens (Fn. 66), S. 200; Binz/Mayer (Fn. 108), S. 2363 f.; Lieder/Kliebisch (Fn. 108), S. 341.

136 Großfeld (Fn. 1), Rn. 49.

137 Vgl. Ebke (Fn. 98), S. 928.

ten,¹³⁸ die insbesondere Dienstleistungen oft günstiger anbieten können als inländische Anbieter. Damit korreliert jedoch ein negativer Effekt für die nachfragenden Konsumenten, die von einem starken Wettbewerb zwischen möglichst vielen in- und ausländischen Anbietern profitieren. Andererseits führt die Rechtswahlfreiheit infolge der Gründungstheorie zugleich zu einer Pluralität der Rechtsformen im Inland, die Informationskosten für den Rechtsverkehr verursacht: Gesellschaftsgründer bedürfen bei der Gründung einer Gesellschaft noch intensiverer Beratung hinsichtlich der Wahl der Rechtsform; Gläubiger müssen sich im Vorfeld eines Geschäfts über die Rechtsform ihres Vertragspartners informieren.¹³⁹

Bei der ausländischen Gesellschaft führt die Nichtanerkennung in einem der Sitztheorie folgenden Aufnahmestaat zu Kosten, da sie dort zur Neugründung gezwungen wird. Die damit verbundene Beschränkung des Marktzugangs im Aufnahmestaat hat einen wettbewerbsbeschränkenden Effekt,¹⁴⁰ zumal der Zwang zur Neugründung in einem anderen Staat neben den eigentlichen Kosten der Neugründung auch weitere Kosten nach sich ziehen kann: Wenn die Geltung der Sitztheorie etwa einen ausländischen Unternehmer zur Gründung einer deutschen GmbH oder AG zwingt, welche die für das Eingreifen der Unternehmensmitbestimmung relevanten Schwellenwerte gem. §§ 1 Abs. 1 MitbestG, 1 Abs. 1 DrittelBG überschreitet, unterliegt seine neue Gesellschaft der deutschen Mitbestimmung,¹⁴¹ was seine Investitionsbereitschaft deutlich schmälern dürfte.

Mit der Gründungstheorie kann ein Staat einerseits sein eigenes Gesellschaftsrecht exportieren, andererseits aber die Ansiedlung ausländischer Unternehmen im Inland ermöglichen bzw. in Verbindung mit einer attraktiven Ausgestaltung des materiellen Gesellschaftsrechts gezielt fördern.¹⁴² Die Nichtanerkennung ausländischer Gesellschaften infolge der Sitztheorie verhindert hingegen, dass inländische Unternehmer sich einer ausländischen Gesellschaftsform mit möglicherweise geringeren Gründungsanforderungen bedienen können. Dass dadurch der internationale Wettbewerb beschränkt wird, macht insbesondere der Vergleich zweier Unternehmen deutlich, von denen das eine aus einem Sitztheoriestaat (Staat A), das andere aus einem Gründungstheoriestaat (Staat B) stammt und die sich beide in einem Drittstaat wirtschaftlich betätigen wollen, welcher der Gründungstheorie folgt. Während das Unternehmen aus Staat A sich dabei lediglich einer der Gesellschaftsformen bedienen kann, die das Recht von Staat A bereithält, kann das Unternehmen aus Staat B aus einer Vielzahl von Rechtsordnungen die passende Gesellschaftsform auswählen. Demgegenüber zwingt Staat A seinem Unternehmen ein bestimmtes Schutzniveau auf; im Wettbewerb mit dem Unternehmen aus Staat B wird es damit benachteiligt.

138 *Großfeld* (Fn. 1), Rn. 50; *Ebenroth* Konzernkollisionsrecht im Wandel außenwirtschaftlicher Ziele 1978, S. 29.

139 Vgl. *Eidenmüller* (Fn. 121), S. 2237; *Roth* (Fn. 132), S. 334.

140 *Sandrock* (Fn. 53), S. 507 f.

141 Sehr kritisch aus ökonomischer Perspektive *Adams* Das Ende der Mitbestimmung ZIP 2006, 1561 (1563 f.).

142 *Hauschka* Rechtliche Ausprägungen von Interaktion und Wettbewerb zwischen konkurrierenden Wirtschaftssystemen ZVglRWiss 1988, 46 (48).

5. Europarechtliche Überlagerung

Seit den *EuGH*-Entscheidungen zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften (Art. 49, 54 AEUV) wird der Streit zwischen Sitz- und Gründungstheorie partiell durch das Europarecht überlagert. Jede rechtliche Behandlung zuziehender Gesellschaften durch den Aufnahmestaat ist am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu überprüfen,¹⁴³ ebenso wie Beschränkungen des Wegzugs, sofern nicht nur der Verwaltungssitz, sondern die gesamte Gesellschaft ins Ausland verlagert und dabei in eine Gesellschaft des Aufnahmestaats umgewandelt wird.¹⁴⁴ Teilweise wird daraus eine europarechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten zur Anwendung der Gründungstheorie abgeleitet, während gegenüber Drittstaaten weiterhin die Sitztheorie gelten soll.¹⁴⁵ Das Europarecht stellt jedoch nur das Ergebnis der Anwendung von Kollisions- und Sachrecht unter den Zwang der Rechtfertigung durch zwingende Allgemeininteressen, ist aber an sich kollisionsrechtsneutral.¹⁴⁶

143 Vgl. *EuGH* Urteil vom 9.3.1999 – Rs. C-212/97 (*Centros*); *EuGH* Urteil v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 (*Überseering*); *EuGH* Urteil v. 30.9.2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*).

144 *EuGH* Urteil vom 16.12.2008 – Rs. C-210/06 (*Cartesio*) BB 2009, 11 mit Kommentar *Behme/Noblen*, anknüpfend an *EuGH* Urteil vom 27.9.1988 – Rs. C-81/87 (*Daily Mail*).

145 So jüngst auch der BGHZ 153, 353; hierzu *Behme/Noblen* Rechts- und Parteifähigkeit einer schweizerischen Aktiengesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland StudZR 2009, 199 ff.

146 Zu kollisionsrechtlichen Implikationen der Niederlassungsfreiheit ausführlich *Teichmann* Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht 2006, S. 402 ff.