

Alexander Dehmel

Registerlöschung und
Wiedereintragung einer
englischen Private Company
Limited by Shares mit
deutschem Verwaltungssitz

Registerlöschung und Wiedereintragung einer englischen Private Company Limited by Shares mit deutschem Verwaltungssitz

Alexander Dehmel

Registerlöschung und
Wiedereintragung einer
englischen Private
Company Limited by
Shares mit deutschem
Verwaltungssitz

 Springer

Alexander Dehmel
Witten, Deutschland

ISBN 978-3-658-15277-2 ISBN 978-3-658-15278-9 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-658-15278-9

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer Fachmedien Wiesbaden 2017

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen.

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer ist Teil von Springer Nature
Die eingetragene Gesellschaft ist Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH
Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Strasse 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Vorwort

Das Aufkommen der Private Company Limited by Shares mit deutschem Verwaltungssitz als Folge der EuGH-Rechtsprechung zum Internationalen Gesellschaftsrecht stellt die Praxis noch immer vor zahlreiche Probleme. Zu diesen gehört auch die Löschung einer solchen Gesellschaft aus dem englischen Handelsregister. Die unmittelbaren Auswirkungen dieser Löschung, insbesondere auf das anwendbare Recht, das Gesellschaftsvermögen sowie die Haftung der Gesellschafter, und die Konsequenzen einer Wiedereintragung in das englische Handelsregister sind Gegenstand der vorliegenden Studie.

Die Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum im Wintersemester 2015/16 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Mai 2016 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Georg Borges gebührt Dank für die vielfältige Unterstützung und Förderung während meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl. Frau Professorin Dr. Renate Schaub danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dank gilt auch meinen Eltern, die mein Studium und meine wissenschaftliche Tätigkeit stets auf jede erdenkliche Weise gefördert haben. Meiner Frau Miriam Dehmel schließlich bin ich zu besonderem Dank für das sorgfältige Korrekturlesen und ihre Unterstützung während der Entstehung der Arbeit verpflichtet.

Witten, im Mai 2016

Inhaltsverzeichnis

A.	Einführung	1
B.	Grundlagen	3
I.	Der aktuelle Stand des Internationalen Gesellschaftsrechts	3
1.	Begriff und Reichweite des Gesellschaftsstatuts	3
2.	Theorien	3
a)	Sitztheorie	4
b)	Gründungstheorie	6
c)	Weitere Theorien	7
3.	Der europarechtliche Einfluss auf das Gesellschaftsstatut	9
a)	Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften in der Rechtsprechung des EuGH	9
b)	Folgen der EuGH-Rechtsprechung	12
4.	Kritik an der europarechtlichen Gründungstheorie	14
5.	Ergebnis	17
6.	Folgen in der Praxis	17
II.	Die Private Company Limited by Shares	18
1.	Gesetzliche Grundlage	18
2.	Gesellschaftsstruktur der Limited	19
3.	Gründung	21
4.	Organisation	22
a)	Satzung	22
b)	Organe	22
aa)	Directors	22
bb)	Company secretary	24
cc)	Gesellschafterversammlung	24
5.	Sitz	25
6.	Kapitalausstattung	25
7.	Publikationspflichten	26

8. Haftung der Gesellschafter	28
III. Abwicklung einer Limited	28
1. Beendigung durch <i>Winding up</i>	28
2. Beendigung durch <i>Striking off</i>	30
3. Die Möglichkeit der Wiedereintragung	35
a) Wiedereintragung durch das Gericht	36
aa) Voraussetzungen des Antrags	36
bb) Folgen der Wiedereintragung	37
cc) Wiedereintragung einer abgewickelten Gesellschaft	39
dd) Wiedereintragung einer wegen vermuteter Inaktivität aus dem Register gestrichenen Gesellschaft	40
b) Wiedereintragung durch die Registerbehörde	43
4. Weitere Folgen der Wiedereintragung	44
IV. Die Limited in Deutschland	44
1. Zulässigkeit	44
2. Registerpflichten nach deutschem Recht	45
3. Publikationspflichten des englischen Rechts	47
 C. Die in England erloschene Limited im deutschen Recht	 51
I. Anerkennung des Erlöschens in Deutschland	51
II. Folgen des Erlöschens einer Limited mit deutschem Verwaltungs- sitz hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens	53
1. Der englische Fiskus als Vermögensnachfolger	53
a) Die Anwendbarkeit von sec. 1012 (1) CA 2006	53
b) Die Reichweite von sec. 1012 (1) CA 2006	55
aa) Beschränkung auf in England belegene Vermögenswerte	55
bb) Die abweichende Ansicht des AG Berlin-Charlottenburg	56
cc) Ähnliche Konstellation im internationalen Erbrecht	58

dd)	Vorliegen einer versteckten Kollisionsnorm	58
2.	Der deutsche Fiskus als Vermögensnachfolger	59
3.	Die ehemaligen Gesellschafter als Vermögensnachfolger	60
4.	Das Fortbestehen eines inländischen Rechtsträgers in Form der Rest-Limited	63
a)	Abweichende Ansichten in Literatur und Rechtsprechung	65
b)	Stellungnahme zum Konzept der Restgesellschaft und dessen Anwendung auf die erloschene Limited	68
aa)	Die grundlegende Problematik	68
bb)	Verstoß gegen den ordre public durch das Heimatrecht	69
cc)	Auswirkungen des Territorialitätsprinzips	72
dd)	Unterschiede der nationalen Gesellschaftsrechte	73
c)	Die Übertragung des Konzepts der Restgesellschaft auf die erloschene Limited mit inländischen Vermögenswerten	74
d)	Voraussetzungen für das Fortbestehen einer Rest-Limited	76
e)	Die dogmatische Umsetzung des Fortbestehens trotz des Erlöschens im englischen Recht	80
aa)	Die werbende tätige Rest-Limited	81
bb)	Die nicht mehr werbend tätige Limited	84
5.	Ergebnis	84

D. Die kollisionsrechtliche Behandlung einer in England erloschenen Limited..... 87

I.	Das anwendbare Gesellschaftsrecht	87
1.	Das Gesellschaftsstatut durch Enteignung entstandener Rest- Gesellschaften	87
2.	Die kollisionsrechtliche Behandlung einer in England erloschenen Limited	90
a)	Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	91
b)	Die Anwendbarkeit deutschen Gesellschaftsrechts	91
c)	Vorliegen einer versteckten Kollisionsnorm	94

3.	Europarechtliche Einflüsse	96
a)	Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften	96
b)	Auswirkungen der europarechtlichen Gründungstheorie	100
4.	Differenzierung hinsichtlich werbender und nicht mehr werbender, insbesondere insolventer Gesellschaften?	102
5.	Ergebnis.....	104
II.	Das anwendbare Insolvenzrecht	104
1.	Die Bestimmung des Mittelpunkts des hauptsächlichen Interesses.....	105
2.	Der Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses einer Limited mit deutschem Verwaltungssitz.....	110
3.	Der Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses einer Rest-Limited....	110
a)	Die werbend tätige Rest-Limited.....	110
b)	Die nicht mehr werbend tätige Rest-Limited	111
4.	Ergebnis.....	118
E.	Die Behandlung der Rest-Limited im deutschen Sachrecht.....	121
I.	Die Rest-Limited als Liquidationsgesellschaft?	121
II.	Die werbend tätige Rest-Limited im System des deutschen Gesellschaftsrechts	124
1.	Die Transposition als Grundprinzip für die Einordnung der Rest-Limited.....	124
2.	Die Rechtsform der Rest-Limited	126
a)	Qualifizierung als GmbH	128
b)	Qualifizierung als Personengesellschaft.....	129
c)	Europarechtliche Aspekte der Qualifizierung als Personen- gesellschaft.....	131
3.	Die innere Verfassung der Rest-Limited.....	132

a) Rechte der Gesellschafter im Hinblick auf Geschäftsführung und Stellvertretung	133
b) Die Rechtsstellung eines Fremdgeschäftsführers	134
aa) Geschäftsführung	134
bb) Vertretungsmacht	136
III. Vermögen und Sitz der Rest-Limited	137
IV. Haftung für Verbindlichkeiten	138
1. Die Haftung der Gesellschaft	138
2. Die Haftung der Gesellschafter	142
a) Die akzessorische Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten gemäß § 128 HGB	142
aa) Kollisionsrechtliche Beschränkungen	143
bb) Gesellschaftsrechtliche Beschränkungen	148
b) Die Haftung für Altverbindlichkeiten gemäß § 130 HGB	148
c) Handelndenhaftung gemäß §§ 11 II GmbHG, 41 I 2 AktG	151
aa) Die Grundlagen der Handelndenhaftung	151
bb) Anwendbarkeit auf die Rest-Limited	153
d) Haftung gemäß § 179 I BGB	155
e) Ergebnis	156
V. Ansprüche im Innenverhältnis der Rest-Limited	156
1. Ansprüche der Gesellschafter	156
2. Ansprüche der Gesellschaft	157
VI. Die Auflösung, Beendigung und Insolvenz der Rest-Limited	159
VII. Die nicht werbend tätige Rest-Limited im System des deutschen Gesellschaftsrechts	159
1. Konstellationen nicht mehr werbend tätiger Limiteds	160
a) Ausdrücklicher Auflösungsbeschluss	160
b) Bloße Geschäftseinstellung	161

2.	Einordnung nicht mehr werbend tätiger Rest-Limiteds in das deutsche Gesellschaftsrecht.....	162
a)	Bestellung eines Pflegers.....	162
b)	Nachtragsliquidation analog § 66 V GmbHG, § 273 IV AktG	163
aa)	Grundlagen der Nachtragsliquidation deutscher Kapitalgesellschaften	164
bb)	Übertragbarkeit auf die nicht werbend tätige Rest-Limited	164
3.	Das Nachtragsliquidationsverfahren einer nicht mehr werbend tätigen Rest-Limited	166
a)	Einleitung des Nachtragsliquidationsverfahrens	166
b)	Durchführung des Nachtragsliquidationsverfahrens	168
c)	Hinweispflichten des Nachtragsliquidators	170
4.	Fortsetzung der Gesellschaft	171
5.	Die nicht mehr werbend tätige Rest-Limited im Insolvenzverfahren... 173	
a)	Eintritt der Insolvenz im Rahmen der Nachtragsliquidation	173
b)	Registerlöschung während eines laufenden Insolvenzverfahrens.....	173
c)	Löschung einer insolvenzreifen Limited	174
6.	Die Vollbeendigung der Rest-Gesellschaft	174
F.	Zwischenergebnis zum Status einer erloschenen Limited.....	175
G.	Die Wiedereintragung einer erloschenen Limited.....	177
I.	Die Möglichkeit einer Wiedereintragung einer Rest-Limited mit deutschem Verwaltungssitz	177
II.	Folgen der Wiedereintragung im englischen Recht	178
III.	Auswirkungen der Wiedereintragung auf das anwendbare Gesellschaftsrecht.....	179
1.	Keine Auswirkung der Wiedereintragung	179

2. Abspaltung der Limited von der Restgesellschaft 180
3. Wiederenstehen einer Gesellschaft englischen Rechts 183

IV. Die Behandlung der Rückwirkungsfiktion des englischen Rechts 183

1. Die Anerkennung der Rückwirkungsfiktion im deutschen Kollisionsrecht 184
 - a) Die Wechselwirkung zwischen englischem Sachrecht und deutschem Kollisionsrecht 184
 - b) Auswirkungen europarechtlicher Vorgaben 189
 - c) Die Möglichkeit eines rückwirkenden Statutenwechsels 190
2. Benachteiligung Dritter durch die Wiedereintragung 192
3. Die Schutzbedürftigkeit der benachteiligten Dritten 194
 - a) Grundsätzliches Vorliegen von Schutzbedürftigkeit 194
 - b) Ausnahme im Falle eines Einverständnisses mit der nachteiligen Wirkung 196
4. Der Schutz Dritter durch die Grundsätze zur nachträglichen Rechtswahl 197
5. Die Übertragbarkeit der Lösungsmodelle zum Drittschutz bei nachträglicher Rechtswahl 201
6. Die Umsetzung der Drittschutzregelung 202
 - a) Verwirklichung des Drittschutzes auf kollisionsrechtlicher Ebene .. 203
 - b) Eingreifen der Vorbehaltsklausel von Art. 3 II Rom I VO 206
 - c) Rechtsfolgen des Eingriffs der Vorbehaltsklausel 207
 - d) Die Anwendbarkeit von § 128 HGB aufgrund einer Beschränkung der Rückwirkungsfiktion 210
 - aa) Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften 210
 - bb) Zweck und Reichweite der Rückwirkungsfiktion 212
 - cc) Die Beschränkung der Rückwirkungsfiktion als Lösung 214

V. Ergebnis 216

H.	Materiellrechtliche Auswirkungen der Wiedereintragung.....	219
I.	Der maßgebliche Zeitpunkt.....	219
II.	Das rechtliche Verhältnis zwischen Rest-Limited und wiedereingetragener Limited	219
III.	Regressansprüche der Gesellschafter und der Gesellschaft	222
IV.	Schadensersatzansprüche der Gesellschaft.....	224
I.	Exkurs: Rest-Limited mit Vermögenswerten in mehreren Staaten.....	225
J.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	227
	Literaturverzeichnis	231

A. Einführung

Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften bewirkte in Deutschland eine Gründungswelle formal ausländischer Gesellschaften. Insbesondere kleine Unternehmen oder Einzelpersonen griffen und greifen hierbei gerne auf die englische *private company limited by shares* (im Folgenden „Limited“) zurück. Diese juristische Person ohne Gesellschafterhaftung kann leicht gegründet werden und bietet somit zumindest auf den ersten Blick einen erheblichen Vorteil gegenüber einer deutschen GmbH, deren Gründung erheblich mehr Aufwand und – vor allem – mehr Kapital erfordert.

Die Praxis sieht sich hierdurch vor erhebliche Probleme gestellt. Es stellen sich schwierige Fragen im Gesellschaftsrecht (z.B. nach der internationalprivatrechtlichen Qualifikation des existenzvernichtenden Eingriffs¹), im Insolvenzrecht (z.B. im Hinblick auf die Insolvenzzuständigkeit²) und im Prozessrecht (z.B. zur Frage der gerichtlichen Zuständigkeit für Binnenstreitigkeiten zwischen Gesellschaftern³).

Die vorliegende Arbeit widmet sich einer weiteren Problematik, die durch das Aufeinandertreffen zweier Gesellschaftsrechtsordnungen entstehen kann. Das englische Recht enthält umfassende Publikationspflichten, denen jede Gesellschaft jährlich nachkommen muss. Erfüllt die Gesellschaft diese Pflichten gar nicht oder nur teilweise, kommt es zu drastischen Konsequenzen. Nach einem mehrstufigen Mahnverfahren wird die Gesellschaft mit konstitutiver Wirkung aus dem englischen Gesellschaftsregister gestrichen und verliert dadurch ohne ein weiteres Abwicklungsverfahren ihre rechtliche Existenz (sog. *striking off*).

Die sich hieraus für eine Limited mit deutschem Verwaltungssitz ergebenden Konsequenzen sollen im ersten Teil der Arbeit erörtert werden. Von besonderer Relevanz ist hierbei die Frage ob und in welcher Form eine solche Gesellschaft

¹ Vgl. die Darstellung bei *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR Rn. 618.

² Vgl. z.B. *Schilling*, Insolvenz einer englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, S. 88 ff.

³ Vgl. BGH, NJW 2011, 3372.

im Inland fortbesteht. Weiterhin wird untersucht, welchem Gesellschaftsrecht und welchem Insolvenzrecht eine solche Gesellschaft unterliegt.

Diese Frage hat besondere Bedeutung in Fällen, in denen den Gesellschaftern das Erlöschen nicht bekannt ist und sie daher weiterhin im Namen der Limited am Rechtsverkehr teilnehmen. Dieselben Fragen stellen sich jedoch auch dann, wenn die Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit bereits eingestellt hat, jedoch noch über inländische Vermögenswerte verfügt.

In beiden Fällen ist hierbei der Frage nachzugehen, in welcher Rechtsform ein Fortbestehen der Gesellschaft in Betracht kommt. Hierbei sind von besonderer Bedeutung die Fragen, wie die weiterbestehende Gesellschaft in den *numerus clausus* der deutschen Gesellschaften einzuordnen ist, wer zu Geschäftsführung und Stellvertretung befugt ist und wie sich das Erlöschen auf die persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten auswirkt.

Im anschließenden Teil der Untersuchung ist der Frage nachzugehen, wie sich eine Wiedereintragung der erloschenen Gesellschaft in das englische Gesellschaftsregister auswirkt (sog. *restoration*). Diese ist dann möglich, wenn sich herausstellt, dass die Limited im Zeitpunkt ihrer Löschung doch noch werbend tätig war. Die Wiedereintragung bewirkt nach englischem Recht, dass die Limited behandelt wird, als sei sie nie erloschen. Diese Rückwirkungsfiktion führt zu schwierigen Fragen bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts, denen zuerst nachgegangen werden soll. Von besonderem Interesse ist hierbei der Schutz Dritter, die durch die rückwirkende Wiedereintragung einen Nachteil erleiden können.

Insbesondere im Falle nicht mehr werbend tätiger Gesellschaften ist erörterungsbedürftig, wer zur weiteren Abwicklung berufen ist und anhand welcher Normen diese vorzunehmen ist.

Schließlich wird noch die Frage erörtert, welche sachrechtlichen Auswirkungen eine Wiedereintragung in das englische Gesellschaftsregister entfaltet.

B. Grundlagen

Im folgenden Abschnitt sollen zunächst einführend die wesentlichen Grundlagen der zu erörternden Thematik dargestellt werden. Hierzu gehört der aktuelle Stand des Internationalen Gesellschaftsrechts insbesondere im Hinblick auf die einschlägige EuGH-Rechtsprechung. Weiterhin soll in Grundzügen der Gesellschaftstyp der englischen Limited vorgestellt werden.

I. Der aktuelle Stand des Internationalen Gesellschaftsrechts

1. Begriff und Reichweite des Gesellschaftsstatuts

Das Gesellschaftsstatut erfasst alle gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse, damit grundsätzlich insbesondere das Entstehen, die innere Verfassung, Fragen der Vertretung und der Haftung sowie die Abwicklung und Beendigung der Gesellschaft. Diese Fragen werden von den vorherrschenden Theorien zur Bestimmung des anwendbaren Rechts einer einzigen Rechtsordnung unterstellt⁴. Lediglich einige Mindermeinungen kommen zur Anwendung mehrerer Rechtsordnungen.

2. Theorien

Das Internationale Gesellschaftsrecht wird im Hinblick auf die Frage, welchem Recht eine Gesellschaft unterliegt, im Wesentlichen von zwei Theorien geprägt: Der Gründungstheorie und der Sitztheorie. Weitere Modelle, wie die Kontrolltheorie oder die Überlagerungstheorie konnten sich weder in der Wissenschaft noch in der Praxis durchsetzen. Dementsprechend sollen im Folgenden hauptsächlich die wesentlichen Grundlagen der Sitz- und der Gründungstheorie dargestellt werden. Insbesondere sind hier auch die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung und in Kraft befindlicher oder geplanter nationaler Gesetze darzustellen.

Die übrigen Theorien werden in der gebotenen Kürze dargestellt.

⁴ Vgl. *Mäsch* in BeckOK EGBGB, Art. 12 Rn. 73; *Schaub* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, Anhang § 12 Rn. 38; *Weller* in MüKo GmbHG, Einl. Rn 388 jeweils m. w. N.

a) Sitztheorie

Die Sitztheorie knüpft das Gesellschaftsstatut ausschließlich an den effektiven Verwaltungssitz einer Gesellschaft.⁵ Unter diesem ist der Ort zu verstehen, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensführung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.⁶ Das so bestimmte Recht entscheidet darüber, unter welchen Voraussetzungen eine juristische Person „entsteht, lebt und vergeht“.⁷

Die Sitztheorie entstand in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Belgien und Frankreich.⁸ Sie basierte auf der Vergleichbarkeit des Wohnsitzes einer natürlichen Person mit dem Sitz einer juristischen Person. Beide Orte sind nach dieser Theorie als Mittelpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit maßgeblich für die persönliche Rechtsstellung.⁹

In der Folge fand die Sitztheorie Eingang in die deutsche Rechtsprechung, die sie immer noch als im Grundsatz geltend ansieht.¹⁰ Auch in der Rechtswissenschaft war sie über lange Zeit herrschend und wird auch heute noch überwiegend vertreten.¹¹

⁵ v. Bar, Internationales Privatrecht II, Rn. 621; *Altmeppen/Ego* in MüKo AktG, Europäische Niederlassungsfreiheit, Rn. 173; v. Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 7, Rn. 24; *Keigel/Schurig*, Internationales Privatrecht, § 17 II. 1.; *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR, Rn. 5, 420; *Müller* in Spindler/Stilz, AktG, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 4; *Schaub* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, Anhang § 12 HGB, Rn. 7; *Thorn* in Palandt, Anhang Art. 12 EGBGB, Rn. 1.

⁶ So die grundlegende Definition aus BGHZ 97, 269, 272 im Anschluss an *Sandrock*, FS Beitzke, 669, 683.

⁷ BGHZ 25, 134, 144.

⁸ *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR Rn. 420.

⁹ *Großfeld*, FS Beitzke, 199, 203 f.

¹⁰ RG, JW 1904, 231 f.; RGZ 117, 215, 217; 159, 33, 46; BGHZ 25, 134, 144; 51, 27, 28; 78, 318, 334; 118, 151, 167; 134, 116, 118; zuletzt im Grundsatz bestätigt von BGH, NJW 2009, 289 (Trabrennbahn) = NZG 2009, 68 = RIW 2009, 79 und BGH, GWR 2009, 417; *Altmeppen/Ego* in MüKo AktG, Europäische Niederlassungsfreiheit, Rn. 180; *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR Rn. 420; *Schaub* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, Anhang § 12 HGB, Rn. 7.

¹¹ v. Bar/*Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band 1, § 7 Rn. 31; *Bayer*, BB 2003, 2357, 2358; *Behrens* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Einl. B Rn. B 17; *Borges*, RIW 2000, 167, 168; *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 1997, 89; *Großfeld* in Staudinger, IntGesR, Rn. 28; v. Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 7, Rn. 25; *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR, Rn. 358; *ders.*, IPRax 2009, 189, 190; *Leible* in Michalski, GmbHG, Syst. Darst. 2 Rn. 4; *Wel-*

Sie wird vor allem mit den Schutzinteressen des am meisten betroffenen Staates begründet. Die Verwaltungssitzanknüpfung verhindert ein als „race to the bottom“ oder „Flucht“ in fremde Rechtsordnungen bezeichnetes Verhalten, durch das, so wird zumindest befürchtet, als zwingend erforderlich angesehene Regelungen des nationalen Rechts umgangen werden können (z.B. zum Schutz von Gläubigern, Minderheitsaktionären und Arbeitnehmern.).¹²

Die Sitztheorie führt zu der Konsequenz, dass ausländische Gesellschaften, die ihren Sitz nach Deutschland verlegen oder von Anfang an hier hatten (sog. Scheinauslandsgesellschaften) nach deutschem Recht beurteilt werden. Da diesem die ausländischen Rechtsformen regelmäßig nicht bekannt sind, liegt ein Fall des Handelns unter falschem Rechts vor.¹³ Die Rechtsprechung behandelte derartige Gesellschaften lange Zeit als nicht rechts- und parteifähig.¹⁴ Erst in Anbetracht der noch darzustellenden EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften änderte der BGH seine Auffassung und folgte einer Literaturmeinung¹⁵, nach der eine solche ausländische Gesellschaft als Gesellschaft deutschen Rechts angesehen werden könne.¹⁶ Mangels Vorliegen der Gründungsvoraussetzungen einer GmbH oder AG, insbesondere hinsichtlich Registereintragung und Mindestkapital, können sie jedoch nur als Personengesellschaft angesehen werden, was den in der Regel von den Gründern angestreb-

ler in MüKo GmbHG, Einl. Rn. 350; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 1, § 14 II 2, S. 797, der jedoch bereits 1980 davon ausging, dass auf EU-Gesellschaften die Gründungstheorie anzuwenden sei; a.A. *Meilicke*, GmbHR 2003, 793, 794, der die Charakterisierung der Sitztheorie als herrschende Meinung als Geschichtsfälschung bezeichnet.

¹² BGH, NZG 2000, 1025; BayOLG, DNotZ 1993, 187, 189; OLG Hamburg, NJW 1986, 2199; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, § 17 II 1; *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, § 7 Rn. 24; *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR, Rn. 421; *Schaub* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, Anhang § 12 HGB, Rn. 9.

¹³ *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR, Rn. 486; *Großfeld* in Staudinger, IntGesR, Rn. 426.

¹⁴ BGHZ 97, 269, 271 f.; BayObLG, DNotZ 1986, 174; OLG München, NJW-RR 1995, 703, 704 („rechtlich inexistent“); LG Aurich, IPRspr. 1968/69 Nr. 14 („nicht existente Rechtsperson“); *Großfeld* in Staudinger, IntGesR, Rn 427 ff; *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn 461.

¹⁵ *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 1997, 89, 90 f.; *Gottschalk*, ZIP 2009, 4, 949; *Großfeld* in Staudinger, IntGesR, Rn. 441, *Zimmer*, BB 2000, 1361, 1363.

¹⁶ BGH, NJW 2002, 3539.

ten Schutz vor persönlicher Haftung entfallen lässt (sog. modifizierte Sitztheorie).¹⁷

Bei einer Verwaltungssitzverlegung einer deutschen Gesellschaft ins Ausland führt die Sitztheorie grundsätzlich zu einem Statutenwechsel, es sei denn, der Zuzugsstaat folgt der Gründungstheorie. In diesem Fall erfolgt eine Rückverweisung auf deutsches Recht, die vom deutschen IPR angenommen wird (Art. 4 I 2 EGBGB).¹⁸

Aufgrund ihrer langen Anwendung in der Rechtspraxis wird inzwischen davon ausgegangen, dass die Sitztheorie den Rang von Gewohnheitsrecht erlangt hat.¹⁹

b) Gründungstheorie

Nach der Gründungstheorie findet im Grundsatz auf eine Gesellschaft das Recht des Staates Anwendung, nach dem sie wirksam gegründet wurde.²⁰

Sie hat ihren Ursprung in England, wo ihr Grundgedanke bereits im frühen 18. Jahrhundert nachweisbar ist.²¹ Sie hat insbesondere im gesamten angloamerikanischen Rechtskreis Verbreitung gefunden, in dem sie auch heute noch gilt.²²

¹⁷ Diese Frage hatte der VII. Zivilsenat des BGH kurz zuvor noch anders beurteilt: In BGH, NZG 2000, 926 wurde die Möglichkeit einer Einordnung der niederländischen Kapitalgesellschaft *Überseering B.V.* als Personengesellschaft deutschen Rechts gar nicht problematisiert, sondern von der rechtlichen Inexistenz der Gesellschaft ausgegangen und sie daher als nicht rechts- und parteifähig ansehen. Zwar hätte eine Einordnung als GbR auf Grundlage der damaligen BGH-Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR zu keinem anderem Ergebnis geführt, allerdings wäre eine Qualifizierung als OHG wohl zumindest denkbar gewesen, vgl. hierzu *Bous*, NZG 2000, 1025; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, 2235.

¹⁸ *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR, Rn. 506.

¹⁹ v. *Bar*, Internationales Privatrecht II, 619; *Bayer*, BB 2003, 2357, 2358; *Braun*, RIW 1995, 499, 500 („quasi-gewohnheitsrechtliche Geltung“); *Großfeld* in Staudinger, IntGesR, Rn. 26; *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR, Rn. 5; *Kronke*, IPRax 1998, 375; *Weller*, IPRax 2009, 202, 207.

²⁰ *Altmeyen/Ego* in MüKo AktG, Europäische Niederlassungsfreiheit, Rn. 182; *Großfeld* in Staudinger, IntGesR, Rn. 20; *Leible* in Michalski, GmbHG, Syst. Darst. 2 Rn. 7; *Weller* in MüKo GmbHG, Einl. Rn. 333.

²¹ *Großfeld*, FS Beitzke, 199, 200 f.

²² *Altmeyen/Ego* in MüKo AktG, Europäische Niederlassungsfreiheit, Rn. 181; *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR, Rn. 360; *Weller* in MüKo GmbHG, Einl. 336.

Weiterhin wird sie in einigen europäischen Staaten, wie der Schweiz, den Niederlanden und Dänemark, sowie der Volksrepublik China angewendet.²³

Als Argument für die Gründungstheorie wird an erster Stelle die Rechtssicherheit genannt.²⁴ Das anwendbare Recht lasse sich deutlich einfacher anhand der Gründungsdokumente oder des Registereintrages feststellen, ohne dass es auf den möglicherweise schwierig zu ermittelnden Verwaltungssitz ankomme.²⁵ Weiterhin diene es der Rechtssicherheit, dass die einmal durch eine Rechtsordnung verliehene Rechtsfähigkeit auch dann erhalten bleibe, wenn der Verwaltungssitz verlegt werde. Schließlich ermöglicht es die Gründungstheorie, die Rechtswahlfreiheit der Gesellschafter zu verwirklichen, die sich das für ihre Bedürfnisse passende Recht aussuchen können.²⁶

c) Weitere Theorien

Es existieren weitere Theorien, die sich jedoch insbesondere in der Praxis nicht durchsetzen konnten, und die im Folgenden daher nur kurz skizziert werden sollen.²⁷

Die sogenannte Kombinationslehre²⁸ trennt zwei grundlegende Fallgruppen. In der ersten Fallgruppe werden diejenigen Gesellschaften zusammengefasst, denen ein Auslandbezug fehlt. Deren Gesellschaften sollen nicht das Recht haben, ihre Gesellschaft einem anderen Recht als dem Recht des Sitzstaates zu unterstellen, da sie kein billigenwertes Interesse daran haben, zwingenden Normen des Sitzstaates auszuweichen.

Eine Rechtswahl sei nur den Gründern von Gesellschaften der zweiten Fallgruppe erlaubt, die durch eine „substanzielle Auslandbeziehung“ gekennzeich-

²³ *Großfeld* in Staudinger, IntGesR Rn. 148 ff; *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR, Rn. 360; *Weller* in MüKo GmbHG, Einl. Rn. 336.

²⁴ *Leible* in Michalski, GmbHG, Systematische Darstellung 2 Rn. 7; *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 59; *Weller*, MüKo GmbHG, Einl. Rn. 335.

²⁵ *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 59.

²⁶ *Leible* in Michalski, GmbHG, Systematische Darstellung 2 Rn. 7; *Weller* in MüKo GmbHG, Einl. 335

²⁷ Siehe ausführlich zu den nachfolgend dargestellten Theorien *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR Rn. 387 ff.

²⁸ Entwickelt von *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 220 ff.

net sind. Diese Gesellschaften, die also etwa rechtsgeschäftliche Beziehungen in das Ausland unterhalten oder in einem anderen Staat eine Niederlassung betreiben, dürfen dem Recht des betreffenden Staates unterstellt werden. Allerdings führt das Entfallen der Auslandsbeziehung zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts, da von diesem Moment an wieder ausschließlich das Recht des Sitzstaates anwendbar sei.

Die Differenzierungslehre wendet sich ausdrücklich gegen die gleichlaufende Anknüpfung von Innen- und Außenverhältnis der Gesellschaft, durch die die übrigen Theorien gekennzeichnet sind, und will daher eine entsprechende Unterscheidung vornehmen. Während im Innenverhältnis im Ergebnis eine Rechtswahl zulässig sein soll, soll im Außenverhältnis das Recht des Sitzes der Gesellschaft oder das nach dem Verkehrs- und Drittünstigkeitsgrundsatz zu bestimmende Recht maßgeblich sein.²⁹

Die Gründungstheorie wird teilweise dahingehend eingeschränkt, dass die Gesellschaft grundsätzlich der Rechtsordnung unterliegt, nach welcher sie gegründet worden ist.³⁰ Doch sei anzuerkennen, dass es schützenswerte Interessen außerhalb des Gründungsstaates geben könne. Daher könne im Einzelfall die Anwendung von Schutznormen aus einer Rechtsordnung erforderlich sein, die den zu schützenden Interessen näher steht als das Gründungsrecht.³¹

Die Überlagerungstheorie schließlich propagierte ursprünglich die grundsätzliche Anwendbarkeit des Gründungsrechts der Gesellschaft, sodass sie sich ebenfalls als eine Variante der Gründungstheorie darstellt. Das Gründungsrecht soll jedoch durch zwingende Normen des Sitzstaates verdrängt werden können, wenn unmittelbare privatrechtliche Interessen an der Gesellschaft eine rechtliche und wirtschaftliche Einbuße erleiden.³² In Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft wurde die Überlage-

²⁹ Ausführlich entwickelt von *Grasmann*, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 615 ff.

³⁰ *Behrens* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG Allg. Einl. Rn. B 37, wonach dafür bei Kapitalgesellschaften der Ort der Registereintragung maßgeblich sei, der durch den Satzungssitz bestimmt werde; relativierend zur Bedeutung des Satzungssitzes im Rahmen der Gründungsanknüpfung *Hoffmann*, ZVGIRWiss. 101 (2002), 283.

³¹ *Behrens*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Allg. Einl. Rn. B 69 f., B 81 ff., B 90 ff., B 104 ff.

³² *Sandrock*, BerGesVR 18 (1978), 169, 191; *ders.*, FS Beitzke, 669, 690 ff.; *ders.*, RabelsZ 42 (1978), 227, 246 ff.; *Sandrock/Austmann*, RIW 1989, 249, 252 f.

rungstheorie jedoch erheblich eingeschränkt. Zu einer Überlagerung könne es im Falle von Gesellschaften, die in einem EU-Mitgliedsstaat gegründet wurden, nur noch in seltenen Ausnahmefällen kommen.³³

3. Der europarechtliche Einfluss auf das Gesellschaftsstatut

a) Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften in der Rechtsprechung des EuGH

Art. 54 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden AEUV) stellt Gesellschaften, die nach den Vorschriften eines EU-Mitgliedsstaats gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedsstaaten sind. Diesen wiederum gewährt Art. 49 AEUV das Recht zur freien Niederlassung im Hoheitsgebiet jedes EU-Mitgliedsstaates. Teilweise wird hier noch zwischen der sich aus Art. 49 I 1 AEUV ergebenden primären Niederlassungsfreiheit und der aus Art. 49 I 2 AEUV folgenden sekundären Niederlassungsfreiheit unterschieden. Erstere erfasst Fälle der grenzüberschreitenden Verlegung des tatsächlichen Sitzes einer Gesellschaft, die zweitgenannte die grenzüberschreitende Gründung einer Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft.³⁴ In der Rechtsprechung des EuGH ist diese Differenzierung jedoch ohne Bedeutung.³⁵

Die Vereinbarkeit der in Deutschland geltenden Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften war lange umstritten.

Entscheidend für die Entwicklung des heutigen Verständnisses war die Rechtsprechung des EuGH. Die Befürworter der Sitztheorie stützten sich zunächst auf dessen *Daily-Mail*-Urteil.³⁶ In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um

³³ Sandrock bezeichnet dies als „Schrumpfung“ der Überlagerungstheorie, siehe ZVglRWiss. 102 (2003), 447 ff.; ders., BB 2003, 2588 f.; weiterhin sehr ausführlich ders., BB 2004, 897 ff.

³⁴ Vgl. Behrens in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, E. III. Rn. 2; Bröhmer in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV Art. 49 Rn. 17; Rehm in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 2 Rn. 52.

³⁵ Grohmann, DZWiR 2009, 322; Leible/Hoffmann, EuZW 2003, 677, 679; Rehm in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 2 Rn. 53.

³⁶ EuGH, NJW 1989, 2186.

eine Norm des englischen Steuerrechts, die die Zulässigkeit einer Sitzverlegung einer Gesellschaft in das Ausland von der Genehmigung des Finanzministeriums abhängig machte. Diese Genehmigung war im konkreten Fall nicht erteilt worden. Der EuGH entschied, dass dies nicht zu beanstanden sei, da das Gemeinschaftsrecht einer Gesellschaft mit satzungsmäßigem Sitz in einem EU-Mitgliedsstaat nicht das Recht gewähre, den Sitz ihrer Geschäftsleitung in einen anderen EU-Mitgliedsstaat zu verlegen.³⁷ Hieraus wurde gefolgert, dass das Kollisionsrecht der Gesellschaften Sache der Mitgliedsstaaten und die Anwendung der Sitztheorie daher europarechtlich unbedenklich sei.³⁸

Die bereits früher ergangene Entscheidung in der Rechtssache *Seger*³⁹ fand hingegen nur geringe Beachtung.⁴⁰ In dieser hatte der EuGH entschieden, dass es gegen die Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft verstößt, wenn deren Geschäftsführer nur deshalb Leistungen aufgrund einer nationalen Krankenversicherungsregelung verweigert werden, weil die Gesellschaft nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates gegründet wurde und in diesem keine Geschäftstätigkeit entfaltet.

Die Annahme der europarechtlichen Unbedenklichkeit der Sitztheorie änderte sich erst durch die Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Centros*⁴¹, *Überseering*⁴² und *Inspire Art*⁴³, die erhebliche Änderungen im Internationalen Gesellschaftsrecht bewirkten. Deren wesentliche Aussagen sollen im Folgenden knapp skizziert werden.⁴⁴

³⁷ Die Vereinbarkeit der Niederlassungsfreiheit mit einer Beschränkung der Wegzugsfreiheit einer Gesellschaft durch nationales Recht hat der EuGH im Jahr 2008 bestätigt: EuGH, NJW 2009, 569 (*Cartesio*), vgl. hierzu beispielsweise *Knop*, DZWIR 2009, 147 und *Paefgen*, WM 2009, 529.

³⁸ *Ebenroth/Eyles*, DB 1989, 413, 417; *Eschelbach*, MittRhNotK, 1993, 173; 179; *Kindler*, NJW 1993, 3301, 3304 f.; *Koch*, NJW 1992, 404, 412; *Meilicke*, GmbHR 2003, 796, 796; *Spahlinger* in *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 146.

³⁹ EuGH, NJW 1987, 571.

⁴⁰ *Meilicke*, GmbHR 2003, 793, 796 bezeichnet die Haltung der deutschen Literatur zu diesem Urteil als „Totschweigen“.

⁴¹ EuGH, NJW 1999, 2027 = IPRax 1999, 361 = RiW 1999, 447.

⁴² EuGH, NJW 2002, 3614 = IPRax 2003, 65 = RiW 2002, 945.

⁴³ EuGH, NJW 2003, 3331 = IPRax 2004, 46 = RiW 2003, 957.

⁴⁴ Ausführlich zu den nachfolgenden Urteilen *Leible* in *Michalski*, GmbHG, Syst. Darst. 2 Rn. 22 ff.

Dem *Centros*-Urteil lag der Fall einer typischen Scheinauslandsgesellschaft⁴⁵ zugrunde: Zwei dänischen Staatsbürgern wurde die Eintragung einer Zweigniederlassung ihrer in England gegründeten Limited durch dänische Behörden mit der Begründung verweigert, dänische Gründungsvorschriften würden umgangen. Der EuGH urteilte, diese Verweigerung beschränke die Niederlassungsfreiheit. Mangels Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeinwohls konnte diese Beschränkung auch nicht gerechtfertigt werden.⁴⁶

Das EuGH-Urteil *Überseering* betraf den Fall einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung. Eine nach niederländischem Recht gegründete Gesellschaft hatte ihren Sitz nach Deutschland verlegt und wurde hier in einem von ihr geführten Gerichtsverfahren als nicht rechts- und parteifähig angesehen. Grund hierfür war die bereits dargestellte Konsequenz der Sitztheorie, dass nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften als rechtlich nicht existent angesehen wurden.⁴⁷ Der EuGH sah hierin einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit und urteilte, dass eine grenzüberschreitende Sitzverlegung nicht zu einem Statutenwechsel führen dürfe.⁴⁸

Der Rechtssache *Inspire Art* lag der Fall einer Sonderanknüpfung im niederländischen Recht zugrunde. Dieses sah vor, dass nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften in den Niederlanden zwar nach ihrem Gründungsrecht beurteilt wurden, jedoch verpflichtet wurden, den Zusatz „formal ausländische Gesellschaft“ zu führen. Auch hierin sah der EuGH eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit, da das Recht zur Errichtung einer Zweigniederlassung von Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften vorgesehen sind.⁴⁹

⁴⁵ Als Scheinauslandsgesellschaften werden Gesellschaften bezeichnet, die von Inländern nach dem Recht eines anderen Staates gegründet werden, um die inländischen Gründungsvoraussetzungen für Kapitalgesellschaften umgehen zu können. Typischerweise besteht keine sonstige Verbindung zum dem Staat, dessen Gesellschaftsrecht gewählt wurde.

⁴⁶ Siehe u. a. *Behrens*, IPRax 1999, 323; *Borges* RIW 2000, 167; *Fock*, RIW 2000, 42; *Forsthoff*, EuR 2000, 167; *Kindler*, NJW 1999, 1993; *Hoor*, NZG 1999, 984.

⁴⁷ Siehe hierzu oben S. 5.

⁴⁸ Siehe u. a. *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, *Forsthoff* DB 2002, 2471; *Großrichter*, DStR 2003, 159; *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925; *Zimmer*, BB 2003, 1.

⁴⁹ Siehe u. a. *Altmeppen*, NJW 2004, 97; *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159; *Kindler*, NZG 2003, 1086, 1089.

b) Folgen der EuGH-Rechtsprechung

Obwohl die Auswirkungen auf das deutsche Recht kontrovers diskutiert wurden, besteht inzwischen Einigkeit darüber, dass auf Gesellschaften, die in einem Mitgliedsstaat der EU wirksam gegründet wurden, ihr Gründungsrecht anzuwenden ist.⁵⁰ Sie ist demzufolge nicht nur rechts- und parteifähig, sondern weiterhin auch grundbuchfähig⁵¹ und insolvenzfähig⁵².

Teilweise wird bezweifelt, dass nur durch Anwendung der Gründungstheorie den Vorgaben des EuGH gefolgt werden kann. Mit der Begründung, dass nicht unmittelbar die Sitztheorie zu einer Benachteiligung ausländischer Gesellschaften führt, sondern erst die Anwendung des durch die Sitztheorie berufenen Sachrechts, wäre eine Lösung allein auf Ebene des Sachrechts zumindest denkbar.⁵³ Dies könnte durch Gleichstellung ausländischer Gesellschaften mit inländischen Gesellschaften oder durch die Ermöglichung einer einfachen, die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft während der Umgründung erreicht werden. Nach dem Recht eines anderen Staates gegründete Gesellschaften würden in diesen Fall zwar nach deutschem Recht behandelt, durch dieses aber nicht benachteiligt.⁵⁴ Ob diese Lösung europarechtskonform wäre, kann gegenwärtig jedoch dahinstehen, da das deutsche Recht diese Möglichkeiten nicht vorsieht und entsprechende Reformen nicht geplant sind.

Im praktischen Ergebnis ist die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft im EU-Raum umfassend gewährleistet: Eine nach dem Recht eines EU-Mitgliedsstaates wirksam gegründete Gesellschaft muss in jedem anderem Mitgliedsstaat grundsätzlich nach ihrem Heimatrecht beurteilt werden. Dies gilt auch ausdrücklich

⁵⁰ BGH, NJW 2003, 1461; BGH, NJW 2004, 3706, 3707; BGH, NJW 2005, 1648; *Behrens* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Einl. B. Rn. B 39; *Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 54 Rn. 39; *Leible* in Michalski, GmbHG, Syst. Darst. 2 Rn. 68; *Weller* in MüKo GmbHG, Einl. Rn. 355; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band 2, § 1 IV 3 a), S. 56 f; kritisch hierzu *Kindler* in MüKo BGB, IntGesR, Rn. 361 ff.

⁵¹ BayObLG, NZG 2003, 290.

⁵² Vgl. etwa AG Nürnberg ZIP 2007, 83 sowie ausführlich zu der Thematik *Schilling*, Insolvenzen einer englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, passim.

⁵³ *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 165 f.; *Knapp*, DNotZ 2003, 85, 88 f.; *Leible* in Michalski, GmbHG, Syst. Darst. 2 Rn. 36 f.; *Rehm* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, Rn. 70.

⁵⁴ *Rehm* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, Rn. 70; kritisch hingegen *Leible* in Michalski, GmbHG, Syst. Darst. 2 Rn. 37.

für sogenannte Scheinauslandsgesellschaften. Auch die bloß formale Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ist gestattet, da der EuGH in ihr nicht nur ein Diskriminierungsverbot, sondern wie in den übrigen europarechtlichen Grundfreiheiten auch ein allgemeines Beschränkungsverbot sieht.⁵⁵ Eine in irgendeiner Weise gefestigte Beziehung zu dem Mitgliedsstaat, nach dessen Recht eine Gesellschaft gegründet worden ist, ist daher ausdrücklich nicht erforderlich.

Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften sind nur noch in erheblich eingeschränktem Rahmen möglich und zulässig. Nach der Rechtsprechung des EuGH bedarf eine nationale Regelung bereits dann einer Rechtfertigung, wenn sie die Ausübung einer Grundfreiheit zwar nicht behindert, aber bereits weniger attraktiv macht. Eine solche Rechtfertigung ist dabei nur dann möglich, wenn die Maßnahme in nicht diskriminierender Weise angewandt wird, sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.⁵⁶ Als zwingender Grund des Allgemeininteresses wurden vom EuGH anerkannt der Schutz von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern.⁵⁷ Dies gilt zumindest und jedenfalls bei Beschränkungen, die die wesentlichen Aspekte einer Gesellschaft betreffen. Hierzu zählen neben der Rechtsfähigkeit auch Fragen der Organisation der Gesellschaft und der Haftung der Gesellschafter. Die Rechtfertigung eines Eingriffs kommt hingegen dann eher in Betracht, wenn, neben der diskriminierungsfreien Anwendung, nur eine verhältnismäßig geringe Belastung gegeben ist.⁵⁸

Der bereits dargestellte Versuch des BGH, ausländische Gesellschaften nicht mehr als inexistent, sondern als deutsche Personengesellschaften zu behandeln,

⁵⁵ EuGH, NJW 1987, 571 (*Segers*); EuGH, NVwZ 1993, 661, 662 (*Kraus*, die Dienstleistungsfreiheit betreffend); EuGH, NJW 1996, 579 (*Gebhard*, die Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen betreffend); EuGH, NJW 1999, 2027 (*Centros*); EuGH, NJW 2003, 3331, 3333 (*Inspire Art*); *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 162; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Band 2, § 1 IV 3 a), S. 58.

⁵⁶ EuGH, NJW 2003, 3331, 3334; *Bröhmer* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 Rn. 28; *Fortsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV Rn. 122.

⁵⁷ EuGH, NJW 2002, 3614 Rz. 92; *Fortsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 45 AEUV Rn. 380.

⁵⁸ *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 168.