

MARC-PHILIPPE WELLER

Die „Wechselbalgtheorie“

Übersicht

	Seite
I. Problemstellung	583
II. Motive für den Einsatz von Auslandsgesellschaften	584
III. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts von Drittstaatengesellschaften	585
1. IPR als Metaordnung	585
2. IPR als Mehrebenensystem	585
3. Rechtsquellen des Gesellschaftskollisionsrechts	586
a) Europäisches Gesellschaftskollisionsrecht (Gründungstheorie)	587
b) Völkerrechtliches Gesellschaftskollisionsrecht (Gründungstheorie) ...	588
c) Autonomes deutsches Gesellschaftskollisionsrecht (Sitztheorie)	589
d) Bilanz: Kollisionsrechtsspaltung als Konsequenz des Mehrebenensystems des IPR	590
IV. Die Wechselbalgtheorie	591
1. Von der ausländischen Kapital- zur inländischen Personengesellschaft ...	591
a) Nicht-Anerkennung wegen numerus clausus der Gesellschaftsformen	591
b) Rechtliche „Inexistenz“ der ausländischen Gesellschaft	591
c) Umqualifizierung der Auslands- in eine Inlandsrechtsform	592
2. Kollisionsrechtliche Konsequenzen: „hinkende Rechtsverhältnisse“	593
3. Sachrechtliche Konsequenzen: Friktionen zwischen Kapital- und Personengesellschaftsrecht	593
a) Die Inlandsgesellschaft als Vertragspartei	593
b) Vertretung der Inlandsgesellschaft	594
c) Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten	596
V. Zusammenfassung in Thesen	598

„Wechselbalg: Der mittelalterliche Aberglaube dachte sich darunter das Kind einer Hexe oder ähnlichen fabelhaften Unholdes, welches im Umgange mit dem Teufel erzeugt und in unbewachten Augenblicken an die Stelle eines neugeborenen menschlichen Kindes untergeschoben, dieses aber dafür entführt worden sein sollte.“¹

I. Problemstellung

Die rechtliche Behandlung ausländischer Gesellschaftsformen mit Verwaltungssitz in Deutschland gehört zu den „Klassikern“ im „Mienenfeld“² zwischen Gesellschaftsrecht und IPR. Motive für den Einsatz einer ausländischen Rechtsform für Inlandsaktivitäten gibt es viele (s. II.). Besonders intrikate dogmatische Fragen stellen sich, wenn Drittstaaten-

¹ Brockhaus-Lexikon, 1837, Bd. 4, S. 675.

² So Goette in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Bd. 13, 2008, S. 5.

gesellschaften³ aus Deutschland heraus gesteuert werden, wenn etwa die Geschäftsleitung hier situiert ist. Problemhellend ist eine Konstellation, die jüngst den II. Zivilsenat des BGH⁴ unter Vorsitz des *Jubilar*s beschäftigt hat: Eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland hatte eine Trabrennbahn verpachtet und machte Pachtzinsansprüche geltend. Die zahlungsunwillige Pächterin wendete unter anderem ein, die Klage sei unzulässig, weil die Klägerin als ausländische Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland nicht rechts- und damit nach § 50 ZPO auch nicht parteifähig sei.

Haben Drittstaatengesellschaften ihren Verwaltungssitz im Inland, ist internationalprivatrechtlich deutsches Gesellschaftsrecht zur Anwendung berufen (s. III.). Hierdurch kommt die sog. „Wechselbalgtheorie“⁵ zum Zuge. Diese vom II. Zivilsenat des BGH⁶ entwickelte, später auch vom IX. Zivilsenat des BGH⁷ übernommene Theorie kann als Fortentwicklung der traditionellen Sitztheorie verstanden werden. Der *Jubilar* hat sich mehrfach mit ihr auseinandergesetzt.⁸ Die Wechselbalgtheorie führt dazu, dass sich eine ausländische Kapitalgesellschaft aus der Perspektive der deutschen Rechtsordnung in eine inländische Personengesellschaft (GbR oder OHG) umwandelt. Um im etymologischen Bild zu bleiben: Den Gesellschaftern als „Eltern“ der ausländischen Gesellschaft wird eine deutsche Personengesellschaft gleichsam als Wechselbalg „untergeschoben“, die ausländische Gesellschaft dagegen „entzogen“. Auf kollisionsrechtlicher Ebene führt die Wechselbalgtheorie zum Phänomen „hinkender Rechtsverhältnisse“, welche nicht unproblematisch sind. Als noch diffiziler erweisen sich die Konsequenzen der Metamorphose auf Sachrechtsebene: Zwar ist die zugezogene Gesellschaft als inländische Personengesellschaft rechts- und parteifähig. Zu erheblichen Friktionen kommt es jedoch im Hinblick auf die persönliche Haftung der Gesellschafter sowie in Bezug auf die organschaftliche Vertretung, wenn es sich bei der umzuwandelnden Auslandsgesellschaft um eine Kapitalgesellschaft handelt, für die nach ihrem Gründungsrecht die Prinzipien der beschränkten Gesellschafterhaftung und der Drittorganschaft gelten. Diese Friktionen können teilweise durch Rückgriff auf die sog. Zwei-Stufen-Theorie des IPR abgemildert werden. Ihr zufolge ist die Internationalität des Sachverhalts nicht nur auf Ebene des Kollisionsrechts (bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts), sondern auch auf Sachrechtsebene (bei der Anwendung des materiellen Gesellschaftsrechts) zu berücksichtigen. Insbesondere sind Sachrechtsnormen an die Internationalität des Falles anzupassen. Dies soll im Hinblick auf die Vertretung der Gesellschaft und die Haftung ihrer Gesellschafter illustriert werden (s. IV.). Im Einzelnen:

II. Motive für den Einsatz von Auslandsgesellschaften

Der Entscheidung, anstelle einer deutschen Gesellschaftsform eine ausländische Rechtsform als Rechtsträger eines im Inland agierenden Unternehmens einzusetzen, können unterschiedliche Motive zugrunde liegen. Zum einen kann die ausländische Rechtsform unter Haftungsgeasichtspunkten vorteilhafter sein als das vergleichbare deutsche Pendant. Ein Beispiel hierfür ist

³ Als Drittstaatengesellschaften gelten im Folgenden alle ausländischen Gesellschaften, die sich im Hinblick auf die Ermittlung ihres Gesellschaftsstatus weder auf die Niederlassungsfreiheit des AEUV bzw. EWR-Vertrages noch auf einen völkerrechtlichen Vertrag mit gesellschaftskollisionsrechtlichem Inhalt stützen können und daher gemäß Art. 3 EGBGB nach dem autonomen deutschen IPR (Sitztheorie) zu beurteilen sind.

⁴ BGH Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289 – Trabrennbahn.

⁵ So der Terminus von Goette (Fn. 2) S. 5; ebenso zB Paefgen in: Westermann (Hrsg.), Handbuch der Personengesellschaften; 47. Lieferung 2010, Rn. I 4108.

⁶ BGH Urt. v. 1.7.2002 – II ZR 380/00, NJW 2002, 3539 – Jersey-Limited; bestätigt durch BGH Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, BGHZ 178, 192 = NJW 2009, 289 – Trabrennbahn.

⁷ BGH Beschl. v. 8.10.2009 – IX ZR 227/06, AG 2010, 79 – Singapur-Limited.

⁸ Goette DSr 2002, 1679 f.; ders. (Fn. 2) S. 5.

die englische oder US-amerikanische Limited Liability Partnership (LLP), die gegenüber der deutschen Partnerschaftsgesellschaft eine umfassende gesellschaftsrechtliche Haftungsbeschränkung zugunsten ihrer Gesellschafter mit sich bringt.⁹ Dies mag ein Grund dafür gewesen sein, dass sich die Münchener Traditionskanzlei Nörr Stiefenhofer Lutz jüngst in eine LLP umgewandelt hat.¹⁰ Weitere Gesichtspunkte können die Flexibilität im Innenverhältnis sowie die Attraktivität der Leitungsstruktur des ausländischen Gesellschaftsstatuts sein (Stichworte: monistisches System, Unternehmensmitbestimmung), welche etwa die in der Bundeshauptstadt domizilierende Fluggesellschaft Air Berlin dazu bewogen haben, die Rechtsform einer englischen public limited company (plc) anstelle einer AG anzunehmen.¹¹ Ähnliche Beweggründe dürften bei der Drogeriemarktkette Müller mit Verwaltungssitz in Ulm eine Rolle spielen, welche als Limited & Co. KG organisiert ist. Nicht zuletzt können auch steuerliche Gründe für die Gründung einer Auslandsgesellschaft sprechen, etwa die Einsetzung einer ausländischen Holding zwecks Vermeidung der in vielen Staaten unbekannteren Gewerbesteuer.¹²

III. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts von Drittstaatengesellschaften

1. IPR als Metaordnung

Bedient sich ein vornehmlich in Deutschland tätiges Unternehmen einer ausländischen Rechtsform, liegt ein Sachverhalt mit Auslandsberührung vor. Aufgrund des Auslandsbezugs konkurrieren mehrere Rechtsordnungen um ihre Anwendbarkeit auf den in Frage stehenden Fall, es kommt zu einer „Kollision der Rechtsordnungen“. Diese muss durch eine rechtliche Metaordnung aufgelöst werden, die in ihrer Gesamtheit als „Kollisionsrecht“ bzw. – so etwa Art. 3 EGBGB – als „Internationales Privatrecht“ (IPR) bezeichnet wird. Anders als das Intertemporale Recht, welches ebenfalls eine Metaordnung darstellt, die sich jedoch mit der Lösung von Konflikten beschäftigt, die aus dem zeitlichen Nacheinander von Rechtsnormen resultieren, befasst sich das IPR mit der räumlich-territorialen Kollision von Normen.¹³ Dabei zielt das IPR angesichts der ihm zugrunde liegenden Maxime der internationalen Entscheidungsgerechtigkeit auf eine räumlich gerechte Zuordnung der Rechte, Rechtslagen und Rechtsverhältnisse.¹⁴

2. IPR als Mehrebenensystem

Die Maxime internationaler Entscheidungsgerechtigkeit würde erreicht, wenn es ein einheitliches Weltrecht für das IPR gäbe, wie es als Ideal von *Zitelmann*¹⁵ im 19. Jahrhundert gefordert wurde. Allerdings hat sich ein solcher universaler Ansatz unter dem Eindruck der Nationalstaatenbildung nicht durchgesetzt.¹⁶ Diese ging nicht nur mit der Kodifikation jeweils eigener Sachrechtsordnungen einher (wie etwa das Bürgerliche Gesetzbuch für Deutschland zeigt), sondern auch mit einem jeweils autonom-national fundierten IPR. Es hat sich auf diese Weise ein partikularistischer IPR-Ansatz entwickelt, wonach internationalprivatrechtliche Fragestellungen primär durch Kollisionsnormen auf nationalstaatlicher Ebene zu lösen sind. Seither ist IPR im Grundsatz innerstaatliches Recht, welches etwa in Deutschland vornehmlich im EGBGB geregelt ist.¹⁷

⁹ Zu den Vorteilen einer LLP *Weller/Kienle* DStR 2005, 1060 ff. und 1102 ff.; relativierend im Hinblick auf die Gesellschafterhaftung *Henssler/Mansel* NJW 2007, 1393 ff.

¹⁰ Vgl. die Pressemitteilung von Noerr vom 21.12.2009, abrufbar unter www.noerr.com.

¹¹ *Hommelhoff* ZGR 2010, 48, 55.

¹² *Mensching/Tjarks* GmbH 2010, 466.

¹³ v. *Bar/Mankowski* Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 171.

¹⁴ *Hess* Intertemporales Privatrecht, 1998, S. 363 f.

¹⁵ *Zitelmann* Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 1888, 193 ff.

¹⁶ v. *Bar/Mankowski* (Fn. 13) § 3 Rn. 5 ff.

¹⁷ BVerfGE 31, 58, 73; v. *Bar/Mankowski* (Fn. 13) § 3 Rn. 1 ff.

Dieser partikularistische IPR-Ansatz erfährt freilich in jüngerer Zeit bedeutende Ausnahmen. Zum einen haben die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union durch den Vertrag von Amsterdam (1999) die Kompetenz zur Angleichung des Kollisionsrechts eingeräumt (Art. 65 EGV aF), die auch in den Vertrag von Lissabon (2009) übernommen wurde (Art. 81 AEUV). Das Europäische Kollisionsrecht gewinnt seitdem zunehmend an Bedeutung,¹⁸ wie nicht zuletzt die Vereinheitlichung des Internationalen Vertragsrechts durch die Rom I-VO und des IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch die Rom II-VO belegt. Zum anderen gibt es Kollisionsregeln in völkerrechtlichen Verträgen, die zu beachten sind, sobald sie den innerstaatlichen Vollzugsbefehl erhalten haben.¹⁹

Insgesamt besteht das Rechtsgebiet IPR mithin aus drei großen Rechtsquellen: (1.) dem Europäischen Kollisionsrecht, (2.) dem völkerrechtlichen Kollisionsrecht und (3.) dem autonomen deutschen Kollisionsrecht.²⁰ Art. 3 EGBGB bringt diese dreifache Rechtsquellendogmatik des IPR anschaulich zum Ausdruck.

Welche der drei Rechtsquellen in diesem Mehrebenensystem jeweils einschlägig ist, hängt von ihrem räumlichen, sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich ab. Im Fall überlappender Anwendungsbereiche haben die europarechtlichen Kollisionsregeln in der Normenhierarchie Vorrang gegenüber den völkerrechtlichen und den autonomen deutschen Kollisionsregeln.²¹ Dies ergibt sich zwar nicht aus dem nur deklaratorisch wirkenden Art. 3 Nr. 1 EGBGB,²² aber aus dem – unionsrechtlich fundierten – Anwendungsvorrang des EU-Rechts.²³ Völkerrechtliche Kollisionsregeln genießen ihrerseits Vorrang vor dem autonomen nationalen IPR (Art. 3 Nr. 2 EGBGB).²⁴ Autonomes deutsches IPR kommt mithin nur zum Zuge, wenn weder eine europäische noch eine völkerrechtliche Kollisionsregel einschlägig ist. Wie zu zeigen sein wird, ist dies bei den vorliegend interessierenden Drittstaatengesellschaften der Fall.

3. Rechtsquellen des Gesellschaftskollisionsrechts

Die drei vorgenannten Rechtsquellen sind unter Berücksichtigung der Normenhierarchie auch dann heranzuziehen, wenn es darum geht, das auf eine Gesellschaft anwendbare Gesellschaftsstatut, die *lex societatis*, zu ermitteln. Denn das Internationale Gesellschaftsrecht bzw. Gesellschaftskollisionsrecht ist Teil des IPR mit der Konsequenz, dass die allgemeine Rechtsquellenlehre Anwendung findet. Hiernach ist zwischen dem europäischen Gesellschaftskollisionsrecht (Gründungstheorie), dem völkerrechtlichen Gesellschaftskollisionsrecht (Gründungstheorie) und dem autonomen deutschen Gesellschaftskollisionsrecht (Sitztheorie) zu differenzieren.²⁵

¹⁸ *Mansel/Thorn/Wagner* IPRax 2009, 1 ff.; *dies.* IPRax 2010, 1 ff.

¹⁹ Vgl. etwa *Krause* Auswirkungen des Welthandelsrechts auf das Internationale Kollisionsrecht, 2008.

²⁰ Vgl. allgemein zu den Rechtsquellen im IPR und ihrem Rangverhältnis v. *Hoffmann/Thorn* IPR, 9. Aufl. 2007, § 1 Rn. 72 ff.

²¹ *Kegel/Schurig* IPR, 9. Aufl. 2004, § 4 II, S. 225.

²² Anders als Art. 3 Nr. 2 EGBGB hat Art. 3 Nr. 1 EGBGB lediglich eine deklaratorische Funktion. Denn der Anwendungsvorrang des EU-Kollisionsrechts folgt nicht aus dem nationalen Recht, sondern aus dem Unionsrecht selbst, v. *Bar/Mankowski* (Fn. 13) § 3 Rn. 37.

²³ Näher zum Anwendungsvorrang des EU-Rechts *Wiedmann* in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Aufl. 2010, Kap. 2, Rn. 2 ff., 11 ff.

²⁴ Kollisionsregeln in völkerrechtlichen Verträgen werden gemäß Art. 59 Abs. 2 GG durch den Erlass eines Bundesgesetzes innerstaatlich verbindlich. Sie haben dann den Rang einfachen Bundesrechts. Gegenüber dem an sich gleichrangigen deutschen autonomen IPR ordnet aber Art. 3 Nr. 2 EGBGB konstitutiv den Vorrang der Kollisionsregeln völkerrechtlicher Provenienz an, vgl. auch v. *Bar/Mankowski* (Fn. 13) § 3 Rn. 47 f.

²⁵ Vgl. zum Folgenden bereits *MünchKommGmbHG/Weller* 2010, Einl. Rn. 338 ff.

a) Europäisches Gesellschaftskollisionsrecht (Gründungstheorie)

aa) Anwendungsbereich

Seine Grundlage hat das europäische Gesellschaftskollisionsrecht in der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV bzw. Art. 31, 34 EWRV.²⁶ Es gilt in räumlicher Hinsicht für Gesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten sowie für Gesellschaften aus den EWR-Staaten Liechtenstein, Norwegen und Island, nicht dagegen für Gesellschaften aus sonstigen Staaten. Der sachliche bzw. persönliche Anwendungsbereich setzt voraus, dass die Gesellschaft wirksam nach den Vorschriften ihres Heimatstaates entstanden ist. Dabei können sich lediglich solche Gesellschaften auf die Niederlassungsfreiheit berufen, die (auch) wirtschaftlich tätig sind, vgl. Art. 54 Abs. 2 AEUV („Erwerbszweck verfolgen“).²⁷

bb) Die Niederlassungsfreiheit als versteckte Kollisionsregel

Die Niederlassungsfreiheit enthält nach vorzugswürdiger Meinung²⁸ für Gesellschaften, die nach der Rechtsordnung eines EU-Mitgliedstaats wirksam gegründet worden sind, zwar nicht für Wegzugskonstellationen („Daily Mail, Cartesio“), sehr wohl aber für Zuzugskonstellationen („Centros, Überseering, Inspire Art“) eine versteckte Kollisionsregel in Gestalt der Gründungstheorie.²⁹ Auf dieser Basis werden etwa englische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland – siehe die vorgenannten Beispiele Air Berlin plc oder Noerr LLP – anerkannt.

Begründen lässt sich die Ansicht vom kollisionsrechtlichen Gehalt der Niederlassungsfreiheit durch eine Kombination zweier Begründungsstränge: (1.) Zum einen können die EuGH-Urteile Centros,³⁰ Überseering³¹ und Inspire Art³² so verstanden werden, dass das ursprünglich für die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) entwickelte Herkunftslandprinzip über die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) auch auf Gesellschaften zu erstrecken ist.³³ Letzteres ist stringent, sind doch alle vier Grundfreiheiten nach moderner Auffassung rechtsdogmatisch vergleichbar strukturiert.³⁴ (2.) Darüber hinaus machen die

²⁶ Die Niederlassungsfreiheit in Art. 31, 34 EWRV hat ebenfalls einen kollisionsrechtlichen Gehalt in Gestalt der Gründungstheorie. Denn die Art. 31, 34 EWRV statuieren entsprechend der Zielsetzung des EWR-Vertrages, die Mitgliedstaaten des EWR (Liechtenstein, Norwegen, Island) in die Regelungen des EU-Binnenmarktes mit einzubeziehen, eine den Art. 49, 54 AEUV inhaltsgleiche Regelung zur Niederlassungsfreiheit. Dementsprechend gelten die EuGH-Entscheidungen Centros, Überseering und Inspire Art auch für die Interpretation der Niederlassungsfreiheit im EWR (Auslegungsgleichklang), BGH Urt. v. 19.9.2005 – II ZR 372/03, NJW 2005, 3351; näher zur Dogmatik der unmittelbaren Wirkung der EWR-Niederlassungsfreiheit im innerstaatlichen Recht Weller ZGR 2006, 748 ff.

²⁷ Vgl. auch Koch ZHR 173 (2009), 101, 112 ff.

²⁸ Behrens IPRax 2003, 193, 204 f.; Eidenmüller ZIP 2002, 2233, 2241; Leible/Hoffmann RIW 2002, 925, 930 ff., 936; dies. ZIP 2003, 925, 926; G.H. Roth Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 17; Weller Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 29 ff., 51 ff., 95 ff.; aA Rehm in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 2 Rn. 66 ff.; Kindler IPRax 2009, 189, 191; Mansel RabelsZ 2006, 651, 671 ff.: Die Niederlassungsfreiheit beinhaltet eine *Ergebnisvorgabe*, der entweder in Form eines *Rechtsanwendungsbefehls/Verweisung* (in Gestalt der Gründungstheorie), einer *verfahrensrechtlichen Anerkennung* oder aber in Form eines *Anerkennungsstatuts* Rechnung getragen werden könne.

²⁹ Zur Differenzierung zwischen Wegzugs- und Zuzugskonstellationen Weller IPRax 2003, 324, 327 f.

³⁰ EuGH Urt. v. 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459.

³¹ EuGH Urt. v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919.

³² EuGH Urt. v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155.

³³ Vgl. G.H. Roth Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 6 ff., 17; Weller Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 29 ff., 51 ff., 95 ff.

³⁴ Grundlegend zur Konvergenz der Grundfreiheitsdogmatik EuGH Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94 – Gebhard.

genannten Urteile deutlich, dass der EuGH eine kollisionsrechtliche Aufspaltung des Gesellschaftsstatuts – etwa in Innen- und Außenverhältnis der Gesellschaft³⁵ – mit der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich für nicht vereinbar hält. Positiv gewendet läuft diese Sicht des EuGH auf die Lehre vom gesellschaftsrechtlichen Einheitsstatut³⁶ hinaus. Sie deckt sich nicht zuletzt mit dem die Niederlassungsfreiheit konkretisierenden EU-Sekundärrecht, vgl. Art. 1 Abs. 2 (f) Rom I-VO. Diese Bestimmung grenzt das Gesellschaftsstatut vom Vertragsstatut ab. Dabei zeigt der Katalog der dem Gesellschaftsstatut zuzurechnenden Fragestellungen, dass auch der europäische Normgeber einer Aufspaltung des Gesellschaftsstatuts ablehnend gegenüber steht.

Kombiniert man nun das Herkunftslandprinzip mit dem gesellschaftsrechtlichen Einheitsstatut, kann die Anerkennung einer ausländischen Rechtsform im Inland rechtskonstruktiv nur auf der Ebene des *Kollisionsrechts* über die Gründungstheorie erfolgen. Deren Anknüpfungsmomente – etwa der Ort der Registereintragung – führen nicht nur zum Herkunftsland der Gesellschaft; sie sorgt mit ihrer ganzheitlichen Erfassung aller als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden Fragen auch dafür, dass das Petikum vom Einheitsstatut gewahrt wird.³⁷ Die Alternative, auf *Sachrechtsebene* ein Anerkennungsstatut speziell für Auslandsgesellschaften zu schaffen³⁸ (zB in Gestalt eines spezifisch auf Auslandsgesellschaften zugeschnittenen Gesetzes wie im Fall Inspire Art³⁹), wäre demgegenüber mit der EuGH-Rechtsprechung nicht vereinbar. Denn auf die Auslandsgesellschaft fände dann deutsches Sachrecht Anwendung. Anders als vom EuGH⁴⁰ gefordert würde die *ausländische* Gesellschaft dann jedoch nicht *als solche* und damit nicht als Verband respektiert, dessen rechtliche Ausgestaltung sich nach dem Sachrecht des Gründungsortes zu richten hat.⁴¹

b) Völkerrechtliches Gesellschaftskollisionsrecht (Gründungstheorie)

Das völkerrechtliche Gesellschaftskollisionsrecht gilt für Gesellschaften aus Staaten außerhalb der EU und des EWR, mit denen Deutschland in einem Staatsvertrag eine entsprechende Kollisionsregel vereinbart hat.⁴² Ein Paradebeispiel hierfür ist Art. XXV Abs. 5 S. 2 Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinig-

³⁵ Vgl. zu verschiedenen in der Literatur vertretenen Theorien, welche auf eine Aufspaltung des Gesellschaftsstatuts hinauslaufen, *Weller Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung*, 2004, S. 25 ff.

³⁶ Hierzu MünchKommGmbHG/*Weller* 2010, Einl. Rn. 387 ff.

³⁷ Im Grenzbereich zum Insolvenzrecht ist die genaue sachliche Reichweite der Gründungsrechtsanknüpfung allerdings noch nicht geklärt, vgl. *Kienle* in: Süß/Wachter (Hrsg.), Hdb. des internationalen GmbH-Rechts, 2006, § 3 Rn. 164 ff.; *G.H. Roth* Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 40 ff.; *Weller* IPRax 2011, Heft 2.

³⁸ Für dessen Zulässigkeit *Mansel* RabelsZ 2006, 651, 671 ff.

³⁹ Vgl. das „Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen“ (= „Gesetz über formal ausländische Gesellschaften“) vom 17.12.1997, niederländisches Staatsblad 1997 Nr. 697.

⁴⁰ Für die Rechtsfähigkeit leitet der EuGH die Anknüpfung an das Gründungsrecht ausdrücklich aus den Art. 43, 48 EGV aF ab, vgl. EuGH Urt. v. 5. 11. 2002, Rs. C-208/00 – *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, 2. Leitsatz: „Macht eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch, so ist dieser andere Mitgliedstaat *nach den Art. 43 und 48 EG verpflichtet*, die *Rechtsfähigkeit* und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft *nach dem Recht ihres Gründungsstaats* besitzt.“ (Hervorhebung durch *Verf.*)

⁴¹ *Weller Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung*, 2004, S. 51 ff.

⁴² Überblick zu den Staatsverträgen mit gesellschaftskollisionsrechtlichem Gehalt bei MünchKommGmbHG/*Kindler* 5. Aufl. 2010, IntGesR Rn. 328 f.

ten Staaten von Amerika vom 29. Oktober 1954.⁴³ Diese Bestimmung enthält nach hM eine – ebenfalls versteckte – Kollisionsregel in Form der Gründungstheorie.⁴⁴

Dagegen kann aus dem General Agreement on Trade in Services (GATS) keine Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland abgeleitet werden, die Gründungstheorie auf Gesellschaften eines GATS-Vertragsstaates anzuwenden.⁴⁵ Entsprechendes gilt für den Grundrechtsschutz juristischer Personen nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Diese enthält keine versteckte Kollisionsregel in Gestalt der Gründungstheorie.⁴⁶

c) *Autonomes deutsches Gesellschaftskollisionsrecht (Sitztheorie)*

Gesellschaften aus Staaten wie etwa der Schweiz, die weder in den Anwendungsbereich des EU- oder EWR-Vertrages noch in denjenigen völkerrechtlicher Abkommen fallen (sog. Drittstaatengesellschaften), sind gemäß Art. 3 letzter Halbs. EGBGB am Maßstab des autonomen deutschen IPR zu beurteilen. Nach langjähriger Rechtsprechung⁴⁷ und der überwiegenden Meinung in der Literatur⁴⁸ gilt hier die Sitztheorie. Der BGH hat deren Geltung in den Entscheidungen *Trabrennbahn*⁴⁹ und *Singapur-Limited*⁵⁰ vor Kurzem bekräftigt. Angesichts der wohl schon gewohnheitsrechtlichen Verfestigung der Sitztheorie könnten die Gerichte nicht ohne Weiteres von ihr abrücken; vielmehr wäre es dem Gesetzgeber vorbehalten, anstelle der Sitztheorie die Gründungstheorie als Kollisionsregel vorzusehen.⁵¹ Ein diesbezüglicher Anlauf in Gestalt eines Referentenentwurfes für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 7. Januar 2008,⁵² welcher die Gründungstheorie als allseitige autonome gesellschaftsrechtliche Kollisionsregel vorsieht (vgl. Art. 10 Abs. 1 EGBGB-Entwurf⁵³), konnte sich im parlamentarischen Prozess bislang freilich nicht durchsetzen.

⁴³ BGBl. 1956 II S. 488; hierzu *Kaulen* Die Anerkennung von Gesellschaften unter Art. XXV Abs. 5 S. 2 des deutsch-US-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrags von 1954, 2008; *Tomschin* Die Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland, Diss. Mannheim 2010 (im Erscheinen).

⁴⁴ BGH Urt. v. 13. 10. 2004 – I ZR 245/01, IPRax 2005, 340 – *Gedios*; hierzu *Stürner* IPRax 2005, 305.

⁴⁵ BGH Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, BGHZ 178, 192 Tz. 17 – *Trabrennbahn*; ausführlich zum Verhältnis GATS und Internationales Gesellschaftsrecht *Krause* Auswirkungen des Welthandelsrechts auf das Internationale Kollisionsrecht, 2008, S. 188 ff., 225 ff.

⁴⁶ BGH Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Tz. 18 – *Trabrennbahn*.

⁴⁷ BGH NJW 2005, 1648; BGH NJW 2003, 2609; BGH NJW 2003, 1607; BGH NJW 2002, 3539; BGH DStR 2000, 1064; BGHZ 134, 116, 118 = NJW 1997, 657; BGH NJW 1996, 54, 55; BGH NJW 1995, 1032; BGH NJW 1994, 939, 940; BGH NJW 1993, 2744, 2745; BGHZ 118, 151, 167 = NJW 1992, 2026; BGH NJW 1992, 618; BGH NJW 1990, 3092; BGHZ 97, 269, 272 = NJW 1986, 2194; BGHZ 78, 318, 334 = NJW 1981, 522; BGHZ 53, 181, 183 = NJW 1970, 998; BGHZ 51, 27, 28 = NJW 1969, 188; BGHZ 25, 134, 144 = NJW 1957, 1433.

⁴⁸ *v. Bar/Mankowski* (Fn. 13) § 7 Rn. 31 ff.; *Kienle* IPR, 2. Aufl. 2010, Rn. 375; *Ebke* in: FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 799, 806; *Fleischer/Schmolke* JZ 2008, 233, 237 f.; *Hellgard/Illmer* NZG 2009, 94, 95; *Jayme* IPRax 1996, 87, 88; *Kindler* IPRax 2009, 189, 190; *Mansel/Thorn/Wagner* IPRax 2009, 1, 4; *Merkt* RabelsZ 59 (1995), 545, 561 f.; *Weller* IPRax 2003, 324, 328; *Werner* GmbHR 2009, 191, 193, 196.

⁴⁹ BGH Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, BGHZ 178, 192, Tz. 21.

⁵⁰ BGH Beschl. v. 8.10.2009 – IX ZR 227/06, AG 2010, 79.

⁵¹ *Weller* IPRax 2009, 202, 208; vgl. auch *Fleischer* AcP 209 (2009), 597, 610, 624 ff.

⁵² Zum Referentenentwurf *Bollacher* RIW 2008, 200 ff.; *Clausnitzer* NZG 2008, 321 ff.; *Leuering* ZRP 2008, 73, 75 ff.; *Köster* ZRP 2008, 214; *Kußmaul/Richter/Ruiner* DB 2008, 451; *Schneider* BB 2008, 566; *Wagner/Timm* IPRax 2008, 81 ff.

⁵³ Art. 10 EGBGB-Entwurf lautet: „Gesellschaften, Vereine und juristische Personen des Privatrechts unterliegen dem Recht des Staates, in dem sie in ein öffentliches Register eingetragen sind. Sind sie nicht oder noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen, unterliegen sie dem Recht des Staates, nach dem sie organisiert sind.“

Der Anknüpfungspunkt der Sitztheorie ist der Ort, an dem sich der effektive Verwaltungssitz der Gesellschaft befindet. Dessen Definition geht auf *Sandrock*⁵⁴ zurück. Entscheidend ist hiernach der „Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“.⁵⁵ Die Sitztheorie hat aufgrund ihrer rein objektiven, subjektiver Parteiautonomie entzogenen Anknüpfung an den tatsächlichen Sitz den Vorzug der Sachnähe zur Rechtsordnung des Staates, in dem sich regelmäßig der Interessenmittelpunkt einer Gesellschaft befindet.⁵⁶ Ihr rechtspolitischer Zweck liegt darin, dass sie dem Staat, in dem der Verwaltungssitz liegt und der dementsprechend hauptsächlich „betroffen“ ist, mittels seiner zur Anwendung berufenen Gesellschaftsrechtsordnung eine wirksame Kontrolle über die auf seinem Territorium tatsächlich agierenden Gesellschaften ermöglicht.⁵⁷ Die Sitztheorie versteht sich vornehmlich als Schutztheorie zugunsten der Gläubiger.⁵⁸ Im Unterschied zur Gründungstheorie, welche aufgrund ihrer minimalen Anknüpfungskriterien einer kollisionsrechtlichen Parteiautonomie gleichkommt⁵⁹ und damit die Wahl eines Gesellschaftsstatuts mit niedrigerem Gläubigerschutzniveau ermöglicht, knüpft die Sitztheorie das Gesellschaftsstatut objektiv an und verhindert dadurch eine Umgehung wichtiger gesellschafts- und ordnungspolitischer Wertentscheidungen. Sie hat sich in Deutschland nicht zuletzt deshalb etabliert, weil sie das hier geltende System der Normativbestimmungen absichert.⁶⁰

d) Bilanz: Kollisionsrechtsspaltung als Konsequenz des Mehrebenensystems des IPR

Betrachtet man die drei Rechtsquellenschichten in ihrer Zusammenschau, offenbart sich eine mehrfache Spaltung des Gesellschaftskollisionsrechts: Je nachdem, ob das europäische, das völkerrechtliche oder das autonome deutsche Gesellschaftskollisionsrecht einschlägig ist, findet die Sitz- oder aber die Gründungstheorie Anwendung.⁶¹ Die Rechtsprechung nimmt diese Spaltung des Gesellschaftskollisionsrechts ungeachtet des in der Literatur immer wieder vorgetragenen Petitus nach einer einheitlichen Gründungsrechtsanknüpfung,⁶² die auch für Drittstaatengesellschaften gelten würde, ausdrücklich in Kauf.⁶³

In der Tat hat die Kollisionsrechtsspaltung ihre Ursache im Mehrebenensystem des IPR. Dieses steht der von der Literatur geforderten einheitlichen Gründungsrechtsanknüpfung entgegen. Wie Art. 3 Nr. 1 und Nr. 2 EGBGB erhellen, verdrängen Kollisionsnormen des EU-Rechts sowie des Völkerrechts das autonome deutsche Kollisionsrecht. Gibt es jedoch für einen Systembereich (wie zB das „Gesellschaftsrecht“) mehrere Kollisionsnormen auf verschiedenen Rechtsquellen-Ebenen, liegt es in der Logik begründet, dass es keine einheitli-

⁵⁴ *Sandrock* in: FS Beitzke, 1979, S. 669, 683.

⁵⁵ BGH Urt. v. 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269, 272; ebenso *Großfeld* in: Staudinger, 1998, IntGesR Rn. 228; v. *Hoffmann/Thorn* IPR, § 7 Rn. 25.

⁵⁶ v. *Bar* IPR, Bd. II, 1991, Rn. 621.

⁵⁷ *Heldrich* in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 1.

⁵⁸ MünchKommBGB/*Kindler* 5. Aufl. 2010, IntGesR Rn. 421; *Großfeld* in: Staudinger, 1998, IntGesR Rn. 40 ff.

⁵⁹ Zur Gründungstheorie als Spielart der Parteiautonomie *Jayme* Die Kodifikationsidee am Beispiel kollisionsrechtlicher Parteiautonomie, in: *Jud/Rechberger/Reichelt* (Hrsg.), Kollisionsrecht in der Europäischen Union, 2008, S. 63, 67.

⁶⁰ Dagegen sind öffentlich-rechtliche Steuerungselemente, über die der Gläubigerschutz für den Fall der Geltung der Gründungstheorie alternativ realisiert werden könnte, in Deutschland weniger ausgeprägt als in vielen Staaten, die der Gründungstheorie folgen. Vgl. zu Gläubigerschutzmechanismen in den USA *Kaulen* Deutsch-US-amerikanischer Freundschaftsvertrag, 2008, S. 88 ff.; *Ebenroth/Einsele* ZVglRWiss. 87 (1988), 217 ff.; zu Gläubigerschutzkonzepten im Vereinigten Königreich *Zimmer* Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, S. 278 ff., 285 ff.

⁶¹ *Fleischer/Schmolke* JZ 2008, 233, 236 ff.

⁶² S. etwa *Kieninger* NJW 2009, 292, 293; *Koch/Eickmann* AG 2009, 73, 75; *Lieder/Kliebisch* BB 2009, 338, 341 f.

⁶³ BGH Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289, Tz. 21 f. – Trabrennbahn.

che Anknüpfungsregel gibt, sondern vielmehr je nach Anwendungsbereich der Kollisionsnorm zu differenzieren ist (zB zwischen EU-, EWR- und Drittstaatengesellschaften).

Die Notwendigkeit einer präzisen Differenzierung zwischen den Rechtsquellen gilt umso mehr, als ganz unterschiedliche praktische Ergebnisse daraus resultieren können, dass die Ausgestaltung der Gründungstheorie je nach Regelgeber/Rechtsquelle erheblich variiert.⁶⁴ So wird der Terminus „Gründungstheorie“ international gesehen für unterschiedliche Anknüpfungsmomente verwendet,⁶⁵ das Gesellschaftsstatut kann inhaltlich je nach Regelgeber unterschiedlich weit reichen⁶⁶ und nicht zuletzt gelten für jede Regelungsebene andere Auslegungsmethoden.⁶⁷

Kurzum: „Gründungstheorie“ ist nicht gleich „Gründungstheorie“. Vielmehr kommt es auf deren Design durch den jeweils kompetenten Regelungsgeber an. Die methodisch korrekte Ermittlung der einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Kollisionsnorm im Mehrebenensystem des IPR ist mithin von zentraler Bedeutung. Verweist die so gefundene Kollisionsnorm für eine Drittstaatengesellschaft auf deutsches Recht, wird die Wechselbalgtheorie virulent. Deren Wirkungsweise soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

IV. Die Wechselbalgtheorie

1. Von der ausländischen Kapital- zur inländischen Personengesellschaft

a) Nicht-Anerkennung wegen *numerus clausus* der Gesellschaftsformen

Verlegen Drittstaatengesellschaften ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, ist das anwendbare Gesellschaftsstatut aus Sicht des autonomen deutschen IPR nach der Sitztheorie zu ermitteln. Da diese auf den effektiven Verwaltungssitz als Anknüpfungspunkt abstellt, ist deutsches Sachrecht, dh. das materielle deutsche Gesellschaftsrecht, zur Anwendung berufen. Das deutsche Gesellschaftsrecht ist geprägt vom *numerus clausus* der Gesellschaftsformen. Weil ausländische Gesellschaften dem inländischen Kanon an Rechtsformen nicht bekannt sind, hat der *numerus clausus* zur Konsequenz, dass erstere im Inland „nicht anerkannt“ werden.⁶⁸ Was die Nicht-Anerkennung einer Auslandsgesellschaft im Einzelnen bedeutet, wurde in der historischen Entwicklung freilich unterschiedlich beantwortet:

b) Rechtliche „Inexistenz“ der ausländischen Gesellschaft

Noch bis vor wenigen Jahren wurde die ausländische Gesellschaft als „rechtlich inexistent“⁶⁹ erachtet. Ihr wurde im Inland die Rechtsfähigkeit abgesprochen; die Teilnahme am Rechtsverkehr war ihr somit verwehrt.⁷⁰ Mangels Rechtsfähigkeit waren nicht nur alle durch die ausländische Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte unwirksam;⁷¹ der aus-

⁶⁴ Vgl. auch *Leible* in: FS Werner, 2009, 256, 260: „Vielzahl von Spielarten“ der Gründungstheorie.

⁶⁵ Näher zu den denkbaren Anknüpfungspunkten der Gründungstheorie *Kaulen* IPRax 2008, 389, 390 ff.; *Zimmer* RabelsZ 67 (2003), 298, 299 ff.

⁶⁶ *G.H. Roth* Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 39 ff.; zur Reichweite des Gesellschaftsstatuts aus Sicht des deutschen IPR *MünchKommBGB/Kindler* 5. Aufl. 2010, IntGesR Rn. 543 ff.

⁶⁷ *Brödermann* NJW 2010, 807, 810, 813.

⁶⁸ *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht § 1 II 8, S. 27. Zu den unterschiedlichen Bedeutungen des Begriffs der Anerkennung *MünchKommBGB/Kindler* 5. Aufl. 2010, IntGesR Rn. 316 ff.

⁶⁹ OLG München Urt. v. 31.10.1994 – 26 U 2596/94, NJW-RR 1995, 703, 704.

⁷⁰ BGH Urt. v. 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269, 272; BayObLG Beschl. v. 18.7.1985 – BRReg. 3 Z 62/85, DNotZ 1986, 174, 176; *Großfeld* in: Staudinger, 1998, IntGesR Rn. 20, 58 ff.

⁷¹ BGH Urt. v. 30.1.1970 – V ZR 139/68, BGHZ 53, 181; *Großfeld* in: Staudinger, 1998, IntGesR Rn. 427, 437.

ländischen Gesellschaft fehlte überdies die für ein Handeln vor Gericht notwendige Parteifähigkeit gemäß § 50 Abs. 1 ZPO.⁷²

c) Umqualifizierung der Auslands- in eine Inlandsrechtsform

Im Jahr 2002 hat der II. Zivilsenat des BGH⁷³ diese einschneidenden Rechtsfolgen der (traditionellen) Sitztheorie in Übereinstimmung mit Stimmen aus der Literatur⁷⁴ abgemildert: Rechtsfolge der (modifizierten) Sitztheorie sei nur die Nicht-Anerkennung der von den Gesellschaftern intendierten *ausländischen* Rechtsform und die Nicht-Anwendbarkeit des *ausländischen* Gesellschaftsstatuts. Allerdings sei der Zusammenschluss der Gesellschafter gemäß dem nach der Sitztheorie anwendbaren inländischen Gesellschaftsrecht (System der Normativbestimmungen) objektiv als deutsche Rechtsform zu qualifizieren.

In Betracht kommen insoweit die Personengesellschaftsformen GbR und OHG.⁷⁵ Diese können auf Grundlage bloßen rechtserheblichen Zusammenwirkens entstehen. Ihre Gründung setzt im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften GmbH und AG weder formbedürftige Akte (zB die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages) noch eine konstitutive Handelsregistereintragung voraus (vgl. §§ 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 GmbHG, §§ 23 Abs. 1, 41 Abs. 1 AktG); beides wird die Auslandsgesellschaft nicht vorweisen können.⁷⁶ Der mit einer Verwaltungssitzverlegung einhergehende Wechsel des auf die Gesellschaft anwendbaren Gesellschaftsstatuts zieht mithin *ex lege* eine „Metamorphose“ der ausländischen Gesellschaft in eine inländische Personengesellschaft nach sich.⁷⁷ Dieser Vorgang hat der modifizierten Sitztheorie den Namen Wechselbalgtheorie eingetragen.⁷⁸

Der Wechselbalgtheorie ist insofern zuzustimmen, als sie eine Auslandsgesellschaft mit inländischem Verwaltungssitz nicht mehr als rechtliches Nullum wertet, kennt doch der Kanon der deutschen Gesellschaftsrechtsformen für Personenzusammenschlüsse nicht das Attribut „rechtlich inexistent“. Vielmehr ist ein solcher im Inland real operierender Personenzusammenschluss, der die für eine juristische Person einzuhaltenden strengen Gründungsvoraussetzungen des deutschen Rechts nicht erfüllt, seinem objektiven Verbandszweck entsprechend entweder – bei Betrieb eines Handelsgewerbes – als OHG (§§ 1, 105, 123 Abs. 2 HGB) oder aber jedenfalls als GbR (§ 705 BGB) zu qualifizieren.⁷⁹ Sowohl OHG als auch GbR sind rechts- und parteifähig.⁸⁰ Anders als zu Zeiten der traditionellen Sitztheorie kann die zugezogene Gesellschaft folglich als eigenständiges Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilnehmen und Rechtspositionen vor Gericht erstreiten. Abgesehen von der Rechts- und Parteifähigkeit wirft die Wechselbalgtheorie jedoch sowohl in kollisionsrechtlicher als auch in sachrechtlicher Hinsicht nicht unproblematische Konsequenzen auf, die im Folgenden skizziert werden sollen.

⁷² Thorn IPrax 2001, 102, 106.

⁷³ BGH Urt. v. 1.7.2002 – II ZR 380/00, NJW 2002, 3539; hierzu Goette DStR 2002, 1679; Behrens IPRax 2003, 193, 199; Kindler IPRax 2003, 41.

⁷⁴ Eidenmüller/Rehm ZGR 1997, 89, 90 f.; Zimmer Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, S. 300.

⁷⁵ Goette DStR 2002, 1679, 1680.

⁷⁶ Eidenmüller/Rehm ZGR 1997, 89, 91.

⁷⁷ Vgl. auch Leible/Hoffmann DB 2002, 2203, 2204; W.-H. Roth IPRax 2003, 117, 123.

⁷⁸ Goette (Fn. 2) S. 5.

⁷⁹ Goette DStR 2002, 1679, 1680; Eidenmüller/Rehm ZGR 1997, 89, 91; Leible/Hoffmann DB 2002, 2203, 2205; Kindler IPRax 2003, 41, 42.

⁸⁰ Die Rechts- und Parteifähigkeit der OHG folgt aus § 124 HGB, diejenige der GbR aus der ARGE Weißes Ross-Doktrin gemäß BGH Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056. Zum unterschiedlichen Grad an rechtlicher Verselbständigung von Gesellschaften Roth/Weller Handels- und Gesellschaftsrecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 134 ff.

2. Kollisionsrechtliche Konsequenzen: „hinkende Rechtsverhältnisse“

Aus kollisionsrechtlicher Sicht führt die Umwandlung einer ausländischen Gesellschaft in eine Personengesellschaft deutschen Rechts zum Problem „hinkender Rechtsverhältnisse“. Darunter versteht man Rechtserscheinungen, die von einem Recht als gültig, von einem anderen jedoch als ungültig angesehen werden.⁸¹ Aus Sicht des Heimatstaates bleibt die ausländische Gesellschaft nämlich als ausländische bestehen, sofern dieser kollisionsrechtlich der Gründungstheorie folgt und seinen Rechtsformen auch sachrechtlich die Verwaltungssitzverlegung ins Ausland erlaubt.⁸² Es kommt dann aus neutraler Sicht nicht zu einem Statutenwechsel, sondern zu einer Statutenverdoppelung.⁸³ Ähnlich wie bei der aus dem Internationalen Enteignungsrecht bekannten Figur der Spaltgesellschaft, mit Hilfe derer der BGH einen im Ausland erfolgenden enteignenden Eingriff in Mitgliedschaftsrechte die Anerkennung für das im Inland belegene Gesellschaftsvermögen versagt, indem er für das Auslandsvermögen die Existenz einer abgespaltenen Gesellschaft fingiert,⁸⁴ führt auch die Wechselbalgtheorie dazu, dass ein und dieselbe Gesellschaft im Zuzugsstaat ein vom Gründungsstaat abweichendes, eigenes Rechtsformleben führt.⁸⁵ Diese „Duplizierung“⁸⁶ der Rechtsformen bedingt, dass für ein und dasselbe Gebilde in prozess- und vollstreckungsrechtlicher Hinsicht zwei verschiedene Parteien existieren, was entsprechende Konsequenzen für die internationale Zuständigkeit sowie den Streitgegenstand und damit für Rechtshängigkeit und Rechtskraft hat (Stichwort: Gefahr der Doppeltitulierung).⁸⁷

3. Sachrechtliche Konsequenzen: Friktionen zwischen Kapital- und Personengesellschaftsrecht

Die aus der Perspektive des deutschen Rechts erfolgende Umqualifizierung der ausländischen Gesellschaft in eine inländische Personengesellschaft zieht eine Reihe sachrechtlicher Probleme nach sich.

a) Die Inlandsgesellschaft als Vertragspartei

Schließt die zugezogene Gesellschaft unter ihrer ausländischen Rechtsform einen Vertrag, stellt sich die Frage, ob statt der im Inland nicht anerkannten Auslandsgesellschaft die objektiv bestehende deutsche Personengesellschaft Vertragspartei wird.⁸⁸ Dies wird man im Regelfall bejahen können.⁸⁹ Für die Inlandsgesellschaft als Vertragspartei streiten die Grundsätze über unternehmensbezogene Geschäfte: Rechtsgeschäfte im Rahmen eines Unternehmens oder einer freiberuflichen Tätigkeit berechtigen und verpflichten im Zweifel den wahren Rechtsträger des Unternehmens – und zwar ungeachtet dessen, ob dieser beim Vertragsschluss als solcher aufgetreten oder in puncto Offenkundigkeitsprinzip korrekt vertreten worden ist.⁹⁰

⁸¹ Kropholler IPR, 6. Aufl. 2006, § 35 I, S. 235.

⁸² W.-H. Roth IPRax 2003, 117, 124; Dubovizkaja GmbH 2003, 694, 695.

⁸³ Behrens IPRax 2003, 193, 200.

⁸⁴ BGH Urt. v. 11.7.1957 – II ZR 318/55, BGHZ 25, 134 ff.; BGH Beschl. v. 21.5.1974, GSZ 7/72, BGHZ 62, 340, 343 ff.; BGH Urt. v. 4.6.2002 – XI ZR 301/01, IPRax 2003, 447, 448.

⁸⁵ Behrens IPRax 2003, 193, 200; Binz/Mayer BB 2005, 2361, 2363 f.; Ebke JZ 2003, 927, 928.

⁸⁶ Binz/Mayer BB 2005, 2361, 2363.

⁸⁷ Binz/Mayer BB 2005, 2361, 2364 f.; Henze BB 2000, 2053, 2054; Walden EWS 2001, 256, 259.

⁸⁸ Hierzu Eidenmüller/Rehm ZGR 1997, 89, 92 ff.

⁸⁹ Wächter GmbH 2009, 140, 142; aA Eidenmüller/Rehm ZGR 1997, 89, 93 ff., 96.

⁹⁰ Vgl. BGH Urt. v. 18.12.2007 – X ZR 137/04, NJW 2008, 1214 f. m. Anm. Witt NJW 2008, 1215 f.

b) Vertretung der Inlandsgesellschaft

aa) §§ 714 BGB, 125 HGB

Die Wechselbalgtheorie hat zur Folge, dass sich die organschaftliche Vertretung der zugezogenen Gesellschaft nach den Bestimmungen des deutschen Personengesellschaftsrechts richtet.⁹¹ Bei der organschaftlichen Vertretung handelt es sich um einen dem Gesellschaftsstatut, nicht etwa dem rechtsgeschäftlichen Vertretungsstatut, zuzuschlagenden Fragenkomplex.⁹²

Sofern die ausländische Gesellschaft als GbR behandelt wird, greift der Grundsatz der Gesamtvertretung aller Gesellschafter (§ 714 BGB iVm. § 709 BGB). Dagegen gilt das Prinzip der Einzelvertretung, sofern es sich um eine OHG handelt (§ 125 HGB). Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag der GbR bzw. OHG eine abweichende Vertretungsregelung vorsehen (§§ 710 BGB, 125 HGB).

bb) Die Satzung der Auslandsgesellschaft als „Datum“ für die Vertretungsbefugnis in der Inlandsgesellschaft

Fraglich ist, ob Regelungen zur Vertretung in der Satzung der ausländischen Gesellschaft zugleich gesellschaftsvertragliche Regelungen in Bezug auf die GbR/OHG darstellen können. In der Literatur wird dies bejaht.⁹³ Auch der BGH hat im Fall Trabrennbahn einer Alleinvertretungsklausel in der Satzung der Schweizer AG Bedeutung für die Vertretungsverhältnisse in der deutschen Personengesellschaft beigemessen.⁹⁴

Dem ist zuzustimmen. Die Satzung der ausländischen Kapitalgesellschaft ist nach kollisionsrechtlicher Methodik ein „Datum“, welches nach der Datumtheorie⁹⁵ auf der zweiten Stufe der Fallprüfung zu beachten ist. Nach der Zwei-Stufen-Theorie⁹⁶ hat das IPR hier nach nicht nur auf der ersten Stufe mittels Kollisionsnormen eine einzelstaatliche Rechtsordnung für anwendbar zu erklären.⁹⁷ Vielmehr ist der Internationalität des Sachverhaltes auch auf der zweiten Stufe der Sachnormen Rechnung zu tragen. Für diese zweite Stufe halten die allgemeinen Lehren des IPR Instrumente – wie beispielsweise die Substitution, die Anpassung oder eben die hier einschlägige Datumtheorie⁹⁸ – bereit, um die auf natio-

⁹¹ BGH Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289 Tz. 25 – Trabrennbahn.

⁹² MünchKommGmbHG/Weller 2010, Einl. Rn. 389.

⁹³ Gottschalk ZIP 2009, 948, 951; Hellgardt/Illmer NZG 2009, 94, 95.

⁹⁴ BGH Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289, Tz. 25.

⁹⁵ Grundlegend zur Datumtheorie Jayme GS Ehrenzweig, 1976, S. 37 ff. Nach der Datumtheorie sollen ausländische Rechtserscheinungen (wie hier die Satzung einer Gesellschaft) in Deutschland nicht nur dann zu beachten sein, wenn eine deutsche Kollisionsnorm dies anordnet, sondern auch als Datum im Rahmen des Tatbestandes einer deutschen Norm beachtlich werden und diesen konkretisieren. Kritisch zur Datumtheorie MünchKommBGB/Sonnenberger 5. Aufl. 2009, Einl. IPR Rn. 608 f., welcher indes über die „teleologische Normauslegung“ überwiegend zu vergleichbaren Ergebnissen gelangt.

⁹⁶ Hierzu Jayme Rechtsvergleichung – Ideengeschichte und Grundlagen von Emérico Amari zur Postmoderne, 2000, S. 137, 143 f.; ders. in: FS Müller-Freienfels, 1986, S. 367 ff.; E. Lorenz in: FS Werner Lorenz, 1991, S. 441, 464 ff.

⁹⁷ v. Bar/Mankowski (Fn. 13) § 4 Rn. 1 ff.

⁹⁸ In Art. 17 Rom II-VO findet sich ein spezifischer Ausdruck der Datumtheorie. Die insbesondere bei Verkehrsunfällen im Ausland relevant werdende Regel besagt, dass die am Unfallort geltenden Sorgfalts- und Verhaltensstandards (zB Verkehrsregeln) als Datum auch dann zu beachten sind, wenn eine andere Rechtsordnung auf den Unfall Anwendung findet (zB die Rechtsordnung des gewöhnlichen Aufenthalts von Schädiger und Geschädigtem im selben Staat). Beispiel: Zwei in Deutschland lebende Personen sind bei ihrem Urlaub in Italien in einen Unfall verwickelt. Nach Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO ist auf die deliktischen Ansprüche deutsches Recht anwendbar; allerdings sind die italienischen Verkehrsregeln nach Art. 17 Rom II-VO im Rahmen des deutschen Deliktsrechts zu beachten. Vergleichbar ist daher der für die Auslandsgesellschaft geschlossene Gesellschaftsvertrag im Rahmen des deutschen Gesellschaftsrechts zu berücksichtigen.

nale Sachverhalte zugeschnittenen Rechtsordnungen in adaptierter Form auf internationale Fallgestaltungen anzuwenden.⁹⁹

Die Satzung der ausländischen Gesellschaft ist eine im Ausland verwirklichte Rechtserscheinung (Datum), welche im Rahmen der zur Anwendung berufenen deutschen Rechtsordnung (konkret im Rahmen der §§ 710 BGB, 125 HGB) funktionsäquivalent als Ausdruck der Privatautonomie zu berücksichtigen ist. Vertretungsregelungen in der Satzung der ausländischen Gesellschaft gelten hiernach zugleich – soweit nach deutschem Recht Dispositionsfreiheit besteht – als personengesellschaftsvertragliche Bestimmungen im Hinblick auf die Vertretung in der GbR bzw. OHG.

cc) Verkehrsschutz über § 15 Abs. 1 HGB

Weicht im Fall einer OHG die gesellschaftsvertragliche Vertretungsregel von der gesetzlichen Einzelvertretung gemäß § 125 Abs. 1 HGB ab – etwa im Sinne einer echten oder unechten Gesamtvertretung (§ 125 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 HGB) –, ist dies eine im Handelsregister einzutragende Tatsache (§ 106 Abs. 2 Nr. 4 iVm. § 107 HGB). Solange die Abweichung dort nicht eingetragen ist, wird der Rechtsverkehr über die Publizitätswirkungen des Handelsregisters geschützt.¹⁰⁰ Einschlägig ist § 15 Abs. 1 HGB. Diese Bestimmung betrifft die negative Publizität: Geschützt wird der gute Glaube Dritter daran, dass eintragungspflichtige, aber in concreto nicht im Handelsregister eingetragene Tatbestände auch nicht verwirklicht sind. Soweit sie sich zum Nachteil des gutgläubigen Dritten auswirken würden, werden sie als nicht existent behandelt, dh. es gilt die Rechtslage, die dem Schweigen des Registers, mithin der gesetzlichen Rechtslage, entspricht. Gläubiger der Gesellschaft können sich also auf die gesetzlich vorgesehene Einzelvertretungsmacht des handelnden OHG-Gesellschafters berufen. Ist die zugezogene Gesellschaft als GbR zu qualifizieren, greift der Verkehrsschutz über das Handelsregister indes nicht.

dd) Umdeutung der organschaftlichen Bestellung in eine rechtsgeschäftliche Vertretung

Als problematisch kann sich im Rahmen der Wechselbalgtheorie schließlich der Grundsatz der Selbstorganschaft erweisen, wonach Geschäftsführung und Vertretung nicht ausschließlich auf Dritte übertragen werden dürfen.¹⁰¹ Agiert in der zugezogenen Gesellschaft dagegen ein Fremdgeschäftsführer, was insbesondere bei ausländischen Kapitalgesellschaften denkbar ist, stellt sich die Frage nach seiner Vertretungsbefugnis. Man wird hier als Minus zur organschaftlichen Vertretung eine Vertretung auf Basis einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht (§§ 164, 167 BGB) annehmen können.¹⁰² Rechtskonstruktiv lässt sich dieses Ergebnis durch eine Umdeutung (§ 140 BGB) des organschaftlichen Bestellungsaktes in eine Vollmachterteilung begründen.¹⁰³ Die Vollmachterteilung als das umgedeutete Rechtsgeschäft entspricht typischerweise dem Parteiwillen (hier: dem Willen der Gesellschafter) zum Zeitpunkt der Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäfts (hier: der Bestellung zum Organ).¹⁰⁴ Denn der Wille der Gesellschafter geht regelmäßig dahin, ihrem Zusammenschluss Handlungsfähigkeit im Außenverhältnis zu verleihen, was zwingend die Bestellung eines organschaftlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreters voraussetzt.

⁹⁹ Vgl. zu weiteren Methoden der Adaptation des Sachrechts an die Internationalität des Sachverhalts v. Bar/Mankowski (Fn. 13) § 4 Rn. 17 ff.; MünchKommBGB/Sonnenberger 5. Aufl. 2009, Einl. IPR Rn. 581 ff.

¹⁰⁰ Ausführlich hierzu Roth/Weller (Fn. 80) Rn. 46 ff.

¹⁰¹ Roth/Weller (Fn. 80) Rn. 236 ff.

¹⁰² Hellgardt/Illmer NZG 2009, 94, 95; aA Binz/Mayer BB 2005, 2361, 2364.

¹⁰³ Offen gelassen von Gottschalk ZIP 2009, 948, 951.

¹⁰⁴ Zu dieser Voraussetzung der Umdeutung Jauernig in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 140 Rn. 5.

Gegen die Umdeutung kann man entgegen einer verbreiteten Literaturmeinung¹⁰⁵ nicht einwenden, sie widerspreche dem mutmaßlichen Willen der Gesellschafter zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts, weil durch die Vollmachterteilung eine persönliche Haftung der Gesellschafter drohe. Diese Begründung verfängt schon deshalb nicht, weil sie die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte vermischt. Umzudeuten ist allein das von den Gesellschaftern vorgenommene Rechtsgeschäft der *Bestellung* zum Organ in eine Bestellung zum Vertreter. Hiervon zu trennen ist das spätere Rechtsgeschäft des Vertreters (nicht der Gesellschafter!), das dieser mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft schließt (§ 164 BGB). Die persönliche Gesellschafterhaftung ist überdies lediglich eine *gesetzliche* (nicht: rechtsgeschäftliche) Folge des Vertretergeschäftes (resultierend aus § 128 HGB), und daher auch aus diesem Grund für die Umdeutung irrelevant (unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum).

c) Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten

aa) Haftung für Neuverbindlichkeiten

Die Behandlung der zugezogenen Gesellschaft als inländische Personengesellschaft hat zur Folge, dass die Gesellschafter persönlich und unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften.¹⁰⁶ Bei der OHG folgt die persönliche Haftung aus § 128 HGB,¹⁰⁷ bei der GbR gemäß der Akzessorietätstheorie analog § 128 HGB.¹⁰⁸

Diesbezüglich erzielt die Wechselbalgtheorie freilich nur für kleine Kapitalgesellschaften sachgerechte Ergebnisse. Dagegen kann eine ausländische Publikumsgesellschaft schwerlich in eine vom Grundsatz der persönlichen Haftung der Gesellschafter geprägte Personengesellschaft umqualifiziert werden. Insbesondere für Kapitalanleger in Publikumsgesellschaften wäre eine auf der Akzessorietätstheorie basierende persönliche Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten kaum tragbar.¹⁰⁹ Man kann sich auch insofern mit der Zwei-Stufen-Theorie des Internationalen Privatrechts – diesmal indes mit der kollisionsrechtlichen Figur der Anpassung¹¹⁰ – behelfen und die nicht handelnden Minderheitsgesellschafter analog den nicht handelnden Mitgliedern eines nicht rechtsfähigen Idealvereins¹¹¹ bzw. analog den nicht handelnden Mitgliedern eines wirtschaftlich tätigen Idealvereins (Kolpingwerk-Entscheidung)¹¹² behandeln mit der Folge, dass sie für Gesellschafts-/Vereinsverbindlichkeiten in der Regel nicht persönlich haften.¹¹³

bb) Haftung für Altverbindlichkeiten

Fraglich ist ferner, ob zu den Gesellschaftsverbindlichkeiten, für die die Gesellschafter der zugezogenen Gesellschaft nach § 128 HGB haften, nur diejenigen zu rechnen sind, welche zeitlich *nach* der Verlegung des Verwaltungssitzes nach Deutschland begründet wurden, oder ob auch die zuvor entstandenen „Altverbindlichkeiten“ darunter fallen.¹¹⁴

¹⁰⁵ Eidenmüller/Rehm ZGR 1997, 89, 97; ebenso Binz/Mayer BB 2005, 2361, 2364; Lamsa, BB 2009, 16, 18.

¹⁰⁶ BGH Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, NJW 2009, 289, Tz. 23 (obiter dictum) – Trabrennbahn.

¹⁰⁷ Habersack in: Staub, HGB, § 124 Rn. 3 ff., 23 ff., § 128 Rn. 17 ff.

¹⁰⁸ BGH Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056, 1061; Urt. v. 18.2.2002 – II ZR 331/00, NJW 2002, 1207 – ARGE Weißes Ross; K. Schmidt NJW 2003, 1897, 1898.

¹⁰⁹ Eidenmüller/Rehm ZGR 1997, 89, 103.

¹¹⁰ Hierzu Looschelders Die Anpassung im IPR, 1995; MünchKommBGB/Sonnenberger 5. Aufl. 2009, Einl. IPR Rn. 581 ff.

¹¹¹ BGH Urt. v. 30.6.2003 – II ZR 153/02, NJW-RR 2003, 1265.

¹¹² BGH Urt. v. 10.12.2007 – II ZR 239/05, NZG 2008, 670.

¹¹³ Vgl. auch Eidenmüller/Rehm ZGR 1997, 89, 103, welche die Haftung der Kapitalanleger – ähnlich wie bei einem Kommanditisten – auf die Höhe der Einlageverpflichtung beschränken wollen.

¹¹⁴ Offen gelassen von Gottschalk ZIP 2009, 948, 951; Heidenhein NZG 2002, 1141, 1142 f.; Lamsa BB 2009, 16, 17.

Richtigerweise ist eine Haftung für Altverbindlichkeiten zu verneinen. Dafür spricht zunächst das supra beschriebene Phänomen der Statutenverdoppelung: Die deutsche Personengesellschaft entsteht erst im Moment der Verwaltungssitzverlegung der ausländischen Gesellschaft nach Deutschland. Aus Sicht der Gründungsrechtsordnung erlöscht die ausländische Gesellschaft jedoch nicht, sondern bleibt bestehen. Die deutsche Personengesellschaft ist mithin keine Rechtsnachfolgerin der ausländischen Gesellschaft, sondern tritt neben diese.¹¹⁵

Gestützt wird diese Überlegung ferner durch die Grundsätze des Intertemporalen Rechts.¹¹⁶ Bedeutung erlangt dabei die Maxime der *lex temporis actus*.¹¹⁷ Sie verlangt die Gleichzeitigkeit von zu beurteilendem Vorgang und anwendbarem Recht als Bewertungsmaßstab. Das zum Zeitpunkt einer Handlung jeweils temporär geltende Sachrecht ist hiernach zur Anwendung berufen. Dies führt zu einer zeitlich gespaltenen Anknüpfung: Jede Rechtsänderung (die zB aus einem Statutenwechsel resultiert) führt *ex nunc* zu einem Wechsel des anwendbaren Rechts.¹¹⁸ Ihre Legitimation bezieht die Maxime der *lex temporis actus* auf der Doppelfunktion von Recht als Befolungs- und Beurteilungsregel: Befolgen Rechtsunterworfenen bei ihrem Verhalten bestimmte Normen, die zum Zeitpunkt ihres Verhaltens gelten, sollen sie nicht nachträglich mit einem veränderten Beurteilungsmaßstab konfrontiert werden.¹¹⁹ Das zeitlich spätere Recht darf insofern keine Rückwirkung entfalten (Rückwirkungsverbot).¹²⁰

Allerdings gelten das Prinzip der *lex temporis actus* und das Rückwirkungsverbot nicht uneingeschränkt; vielmehr kann das Rechtsangleichungsgebot als gegenläufiges Prinzip des Intertemporalen Rechts Ausnahmen notwendig machen.¹²¹ Das Rechtsangleichungsgebot begrenzt die fortdauernde Anwendbarkeit der *lex prior* und führt zur ausschließlichen Anknüpfung an die *lex praesens*.¹²² So kann aus Sicht des neuen (späteren) Gesetzes das Bedürfnis nach einer Neuregelung schon bestehender Rechtspositionen (zB aus Dauerschuldverhältnissen) erwachsen, um – ggf. nach einer gewissen Übergangszeit – zu einer Rechtsvereinheitlichung zu gelangen. Aus Sicht des Rechtsverkehrs ist eine Rechtsangleichung ebenfalls erstrebenswert, weil durch die Reduktion der Anzahl der anwendbaren Sachrechte die Rechtssicherheit erhöht wird.¹²³

Gleichwohl ist zu beachten, dass auch aus Sicht des Rechtsangleichungsgebotes ein Eingriff in bestehende Rechtspositionen grundsätzlich nicht *ex tunc*, sondern *pro futuro* erfolgen soll, um dem Gesichtspunkt des vergangenheitsbezogenen Bestands- und Vertrauensschutzes der Betroffenen gerecht zu werden.¹²⁴ Im vorliegenden Kontext ist dem Rechtsangleichungsgebot daher Genüge getan, wenn ab dem Moment der Verwaltungssitzverlegung die §§ 128, 130 HGB für alle ab diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten gelten. Für die zuvor begründeten Verbindlichkeiten haften die Gesellschafter dagegen nicht persönlich.

¹¹⁵ Für diese Überlegung danke ich Frau Rechtsreferendarin *Jennifer Bernhard*, Universität Mannheim.

¹¹⁶ Das Intertemporale Recht ist von einer Reihe von Prinzipien geprägt, die sich induktiv aus konkreten Kollisionsnormen und typisierten Interessenkonstellationen der Normunterworfenen ermitteln lassen, grundlegend hierzu *Hess Intertemporales Privatrecht*, 1998, S. 361 ff.

¹¹⁷ *Hess Intertemporales Privatrecht*, 1998, S. 366 f.

¹¹⁸ *MünchKommBGB/Sonnenberger* 5. Aufl. 2009, Einl. IPR Rn. 678, 680; v. *Hoffmann/Thorn* (Fn. 20) § 5 Rn. 102.

¹¹⁹ *Hess Intertemporales Privatrecht*, 1998, S. 366.

¹²⁰ *Hess Intertemporales Privatrecht*, 1998, S. 367; vgl. auch *MünchKommBGB/Sonnenberger* 5. Aufl. 2009, Einl. IPR Rn. 678, 680.

¹²¹ *Hess Intertemporales Privatrecht*, 1998, S. 366.

¹²² *Hess Intertemporales Privatrecht*, 1998, S. 368, 375.

¹²³ *Hess Intertemporales Privatrecht*, 1998, S. 375.

¹²⁴ *Hess Intertemporales Privatrecht*, 1998, S. 373; v. *Hoffmann/Thorn* (Fn. 20) § 5 Rn. 102.

Auch aus Sicht der Beteiligten besteht hierfür kein Bedürfnis: Die Gesellschafter dürfen vor einer Verwaltungssitzverlegung aufgrund ihres Haftungsprivilegs darauf vertrauen, nicht persönlich in Anspruch genommen zu werden; die Gesellschaftsgläubiger rechnen zu diesem Zeitpunkt ebenfalls nicht mit einer persönlichen Gesellschafterhaftung. Würde man gleichwohl eine persönliche Haftung der Gesellschafter für Altverbindlichkeiten annehmen, erschiene das aus Gläubigersicht als unverdienter Glücksfall. Glücksfällen will eine Rechtsordnung freilich prinzipiell nicht Vorschub leisten – sie widersprächen der Funktion des Rechts als verlässlicher „Planungsmacht“ (Schelsky).¹²⁵

V. Zusammenfassung in Thesen

1. Für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts ist gemäß dem Mehrebenensystem des IPR zwischen dem europäischen, völkerrechtlichen und autonomen deutschen Gesellschaftskollisionsrecht zu differenzieren: (a) Für Gesellschaften aus EU- und EWR-Mitgliedstaaten gilt in Zuzugsfällen die Gründungstheorie. Diese folgt unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV bzw. Art. 31, 34 EWR-Vertrag), die insofern eine versteckte Kollisionsregel enthält. (b) Für Gesellschaften aus sonstigen Staaten gilt die Gründungstheorie, sofern sie in einem völkerrechtlichen Staatsvertrag vereinbart wurde. (c) Für Gesellschaften aus Staaten, die sich weder auf den AEUV bzw. EWR-Vertrag noch auf einen Staatsvertrag berufen können (sog. Drittstaatengesellschaften) gilt die Sitztheorie des autonomen deutschen Rechts.

2. Auf Drittstaatengesellschaften mit effektivem Verwaltungssitz im Inland findet über die Sitztheorie das materielle deutsche Gesellschaftsrecht Anwendung.

3. Die zugezogene Drittstaatengesellschaft ist dem *numerus clausus* an inländischen Gesellschaftstypen unbekannt. Sie wird daher in Deutschland nicht als ausländische Gesellschaft anerkannt. Allerdings ist sie nicht als rechtlich inexistent zu behandeln. Vielmehr ist der Zusammenschluss der Gesellschafter nach jüngerer Auffassung, die als modifizierte Sitz- bzw. Wechselbalgtheorie bezeichnet wird, als rechts- und parteifähige Personengesellschaft deutschen Rechts zu qualifizieren, wobei der Gesellschaftszweck darüber entscheidet, ob es sich um eine GbR oder eine OHG handelt.

4. Während sich die ausländische Gesellschaft aus der Perspektive des deutschen Rechts durch Verwaltungssitzverlegung ins Inland *ex lege* in eine inländische Personengesellschaft umwandelt, bleibt sie aus der Perspektive ihres Heimatstaates als solche bestehen, sofern dieser der Gründungstheorie folgt und seinen Gesellschaften auch sachrechtlich den Wegzug erlaubt. Aus neutraler Perspektive kommt es mithin zu einer Verdoppelung des Gesellschaftsstatuts, was die kollisionsrechtliche Problematik „hinkender Rechtsverhältnisse“ mit den typischen Folgeproblemen im Prozess- und Vollstreckungsrecht aufwirft (Stichwort: doppelte Parteistellung für ein und dasselbe tatsächliche Gebilde).

5. Schließt die zugezogene Gesellschaft unter ihrer ausländischen Rechtsform einen Vertrag, wird gleichwohl die inländische Personengesellschaft über die Grundsätze des unternehmensbezogenen Geschäfts Vertragspartei.

6. Die organschaftliche Vertretung der zugezogenen Gesellschaft richtet sich nach den Bestimmungen des deutschen Personengesellschaftsrechts (§§ 714 BGB, 125 HGB). Dabei ist die Satzung der ausländischen Gesellschaft eine im Ausland verwirklichte Rechtserscheinung (Datum), welche nach der Zwei-Stufen-Theorie des IPR im Rahmen der zur Anwendung berufenen §§ 710 BGB, 125 HGB zugleich als gesellschaftsvertragliche Vertretungsregel anzusehen ist, die vom gesetzlichen Prinzip der Gesamtvertretung (GbR) bzw.

¹²⁵ Das Recht hat nach Schelsky JbRSoz. 1 (1970), S. 37, 73, die Funktion, „die Zukunft festzulegen. Es ist die Planungsmacht schlechthin, die dem Menschen zur Gestaltung seiner sozialen Beziehungen zur Verfügung steht.“

Einzelvertretung (OHG) abweichen kann. Bei der OHG kann sich der Rechtsverkehr allerdings auf den Gutgläubensschutz gemäß § 15 Abs. 1 HGB berufen, solange die Abweichung von der Einzelvertretung nicht im Handelsregister eingetragen ist.

7. Wurde in der zugezogenen Auslandsgesellschaft einem Fremdgeschäftsführer Vertretungsmacht eingeräumt, kann der diesbezügliche organschaftliche Bestellsungsakt wegen des im deutschen Recht geltenden Grundsatzes der Selbstorganschaft nicht zugleich als Einräumung organschaftlicher Vertretungsmacht in der GbR bzw. OHG gewertet werden. Allerdings kann der organschaftliche Bestellsungsakt nach § 140 BGB in eine rechtsgeschäftliche Vollmachterteilung (§ 167 BGB) umgedeutet werden.

8. Die Behandlung der zugezogenen Gesellschaft als inländische OHG oder GbR hat zur Folge, dass die Gesellschafter nach § 128 HGB (analog) persönlich und unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Ausnahmen sollten zugunsten bloßer Kapitalanleger in Publikumsgesellschaften gemacht werden, was über die kollisionsrechtliche Figur der Anpassung möglich erscheint.

9. Die persönliche Gesellschafterhaftung bezieht sich nur auf solche Gesellschaftsverbindlichkeiten, die zeitlich nach der Verlegung des Verwaltungssitzes nach Deutschland begründet wurden. Für zuvor entstandene Altverbindlichkeiten haften die Gesellschafter dagegen nicht. Hierfür spricht unter anderem die *lex temporis actus*-Regel als *Maxime* des Inter-temporalen Kollisionsrechts.

Der II. Zivilsenat des BGH gilt ob der Komplexität des in seine Zuständigkeit fallenden Gesellschaftsrechts zu recht als einer der „königlichen Senate“ am BGH. Als königliches Kabinettsstück wird man indes die von ihm konzipierte „modifizierte Sitztheorie“ angesichts der mit ihr einhergehenden Fallstricke nicht ohne Weiteres ansehen können. Vor diesem Hintergrund trifft die vom *Jubilar* vorgenommene Charakterisierung der „modifizierten Sitztheorie“ als „Wechselbalgtheorie“ durchaus einen wahren Kern. Zur Erinnerung: Die Etymologie sieht in einem Wechselbalg „das Kind einer Hexe oder ähnlichen fabelhaften Unholdes, welches im Umgange mit dem Teufel erzeugt“ wurde.¹²⁶

¹²⁶ S. Fn. 1.