

Eine Rom-VO für das Internationale Gesellschaftsrecht

– zugleich ein Beitrag zur Kohärenz im
Internationalen Gesellschaftsrecht –

Dr. LEONHARD HÜBNER, MJur (Oxon), Heidelberg*

Inhaltsübersicht

ZGR 2018, 149–185

I. Ein neuer Anlauf im Internationalen Gesellschaftsrecht	150
1. Uneinheitlichkeit der Anknüpfungspunkte und <i>loi uniforme</i>	151
2. Reichweite des Statuts und Eingriffsnormen	152
3. Sitzverlegung	152
4. Einleitung eines Konsultationsprozesses durch die EU-Kommission	152
II. Also ein Mehr an Kohärenz im Internationalen Gesellschaftsrecht?	153
1. Kohärenz im Unionsrecht	153
2. Kohärenzebenen im Internationalen Gesellschaftsrecht	154
III. Herausforderungen für die Kohärenz im Europäischen Internationalen Gesellschaftsrecht	155
1. Die analytische Methode des IPR	156
2. Die teleologische Auslegung als Herausforderung für die Kohärenz	162
3. Die doppelte Spaltung des Gesellschaftskollisionsrechts	165
4. Lehren für das Europäische Internationale Gesellschaftsrecht	169
IV. Kohärenz durch Harmonisierung? – Der GEDIP-Entwurf für eine „Rom-VO“	170
1. Vorgeschichte	170
2. Vorstellung des GEDIP-Entwurfs	171
3. Bewertung des GEDIP-Entwurfs anhand der Kohärenzherausforderungen	181
V. Policy options der EU-Kommission	182
1. Kompromisslinien	182
2. Eine Gesamtkodifikation des Europäischen Kollisionsrechts?	183
VI. Zusammenfassung in Thesen	184

Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit hat sich in besonderem Maße auf das autonome Internationale Gesellschaftsrecht ausgewirkt; sie hat aber nicht zur Konsistenz in diesem Bereich beigetragen. Daher war eine entsprechende Regelung auf europäischer oder nationaler Ebene Gegenstand verschiedener Reformüberlegungen, wie z. B. einer Kommission des Deutschen Rates für IPR im Jahr 2007/2008. Dieser Vorschlag konnte sich allerdings nicht durchsetzen. In letzter Zeit haben eine von der EU Kommission beauftragte Studie zum Internationalen Gesell-

* Dr. LEONHARD HÜBNER, MJur (Oxon) ist Habilitand und Akad. Rat a.Z. am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Marc-Philippe Weller). Er dankt Marc-Philippe Weller, Lisa Engelhardt, Jan-Mark Steiner und Anton Zimmermann für wertvolle Hinweise und Anmerkungen.

schaftsrecht und ein Konsultationsprozesses im Sommer 2017 sowie ein Regelungsvorschlag der GEDIP im Stile einer weiteren Rom-Verordnung eine neue Dynamik in diesem Bereich entfaltet. Vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen auf europäischer Ebene ist es Ziel der Untersuchung, einerseits zu einem besseren Verständnis der spezifischen Eigenheiten dieser Regelungsproblematik beizutragen und andererseits der Frage nach einer notwendigen Kohärenz im Europäischen Internationalen Gesellschaftsrecht nachzugehen. Zudem soll aufgezeigt werden, inwiefern die allgemeine IPR-Methodik und insbesondere der neue GEDIP-Entwurf Kohärenz fördern und sicherstellen können.

The ECJ's judgments on freedom of establishment has been particularly influential on autonomous international private law with regard to companies; but it has not contributed to consistency in this area. Therefore, a corresponding regulation at European or national level has been the subject of various reform considerations, e.g. a proposal of the German Council for IPR in 2007/2008. But these propositions were not adopted. Recently, an LSE study instructed by the EU Commission as well as a consultation process in summer 2017 and a proposal for a regulation by the GEDIP in the style of another Rome regulation has led to a new dynamic in this field. Against the background of current developments at European level, the aim of this paper is to contribute to a better understanding and to evaluate the need for coherence in the European international corporate law. In addition, it will examine how the general PIL methodology, and in particular the new GEDIP draft, can and might be used to promote and ensure necessary coherence.

I. Ein neuer Anlauf im Internationalen Gesellschaftsrecht

„Es ist schon alles gesagt, nur noch nicht von allen.“¹ Das Gefühl beschleicht den Kollisions- wie auch den Gesellschaftsrechtler bei der Frage nach der Mobilität von Gesellschaften, wie sie im Verfahren in der Rechtssache *Polbud* relevant wird. Es gilt aber auch für die weiterreichende Frage nach einer europäischen oder nationalen gesetzlichen Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts, die in Deutschland Ende der 2000er Jahre diskutiert wurde.²

Aber auch die EU war und ist nicht untätig. 2012 gab das Europäische Parlament eine Studie in Auftrag, die sich mit dem europäischen Rahmen des IPR, d. h. seinen aktuellen Lücken und seiner Zukunft auseinandersetzen sollte. Als eine maßgebliche Lücke neben dem Sachenrecht, dem Recht der Trusts und der Stellvertretung erweist sich aus Sicht der study group das Kollisionsrecht der Gesellschaften.³ Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit habe sich zwar auf das nationale IPR ausgewirkt; sie habe aber nicht zur

1 KARL VALENTIN; zitiert nach GA KOKOTT, Schlussantrag in Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rdn. 4 ECLI:EU:C:2017:351.

2 Vgl. SONNENBERGER, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007; Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht vom 7.1.2008, abrufbar unter: http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/16_wp/int_gesr/refe.pdf (zuletzt abgerufen am 17.5.2017).

3 X. KRAMER, European Private International Law: The way forward, in: Workshop on Upcoming Issues of EU law. Compilation of in-depth analyses, 2014, p. 77, 91, 99.

Konsistenz in diesem Bereich beigetragen.⁴ Vor diesem Hintergrund gab die EU-Kommission eine Studie zum Internationalen Gesellschaftsrecht in Auftrag. Im Juni 2016 reichte die beauftragte LSE study group ihren Bericht bei der EU-Kommission ein.⁵ Als Kernthemen für eine sinnvolle Harmonisierung des Internationalen Gesellschaftsrecht destilliert die 366 Seiten starke Studie aus der rechtsvergleichenden Analyse die folgenden Punkte:⁶

1. *Uneinheitlichkeit der Anknüpfungspunkte und loi uniforme*

Die meisten Mitgliedstaaten folgen inzwischen der Gründungstheorie – wenn auch mit verschiedenen Ausformungen; dennoch gibt es einige Rechtsordnungen wie Österreich, Griechenland oder Portugal, die formal-normativ im Ausgangspunkt an den Verwaltungssitz anknüpfen, aber EU-Auslandsgesellschaften nach der Gründungstheorie beurteilen.⁷ Gleichwohl gibt es z.B. in Griechenland laut der Studie bisher keinen praktischen Fall, der diese Frage geklärt hat.⁸ Ein weiteres Beispiel bildet der kürzlich vom EuGH entschiedene Fall *Polbud*.⁹ Nach Auffassung des EuGH fällt der isolierte Satzungssitzwechsel unter die Niederlassungsfreiheit, ohne dass es auf eine wirtschaftliche Tätigkeit im Aufnahmestaat ankommt. Dies engt die Möglichkeit der Sitztheorie weiter ein.

Daneben stellt sich die Frage, ob ein europäischer Rechtsakt auch gegenüber Drittstaaten gelten sollte. Dies würde dem Charakter eines *loi uniforme*, der auch den anderen Rom-Verordnungen zugrunde liegt, entsprechen. Als Nachteil dieser Regelung wird angesehen, dass die Gründungstheorie damit auch auf Drittstaaten-Gesellschaften anwendbar wäre, gegenüber denen keine Harmonisierungskompetenz besteht.¹⁰ Infolge dessen sei eine Benachteiligung von Gesellschaftern, Gläubigern oder Arbeitnehmern denkbar.¹¹

4 X. KRAMER, European Private International Law: The way forward, in: Workshop on Upcoming Issues of EU law. Compilation of in-depth analyses, 2014, p. 77, 91, 99.

5 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, abrufbar unter: <https://bookshop.europa.eu/en/study-on-the-law-applicable-to-companies-pbDS0216330/> (zuletzt abgerufen am 17.5.2017).

6 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 276, 277.

7 Vgl. für Österreich OGH, Urt. v. 29.4.2004 – 6 Ob 43/04y.

8 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 134.

9 EuGH, Urt. v. 25.10.2017, Rs. C-106/16 – *Polbud*, NJW 2017, 3639; vgl. dazu KIENINGER, NJW 2017, 3624; KINDLER, NZG 2018, 1 ff.

10 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 285.

11 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 286.

2. Reichweite des Statuts und Eingriffsnormen

Auch die Reichweite des Gesellschaftsstatuts wird an vielen Stellen unterschiedlich interpretiert. Als eines der zahlreichen Beispiele wird die unterschiedliche Handhabung der Durchgriffshaftung angesehen. Zwar wird die Durchgriffshaftung überwiegend gesellschaftsrechtlich, in einigen Mitgliedstaaten wie den Niederlanden oder Spanien aber deliktsrechtlich qualifiziert.¹² Auch die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzstatut (z.B. die Geschäftsleiterhaftung in Insolvenznähe) stellt ein zentrales Problem dar.¹³

Die rechtsvergleichende Studie hat zudem nur selten eine Anwendung des *ordre public* und damit eine gewisse Einheitlichkeit zwischen den Mitgliedstaaten ermittelt. Im Hinblick auf die Reichweite von Eingriffsnormen scheint es hingegen große Unterschiede zu geben.¹⁴ Bei diesem disparaten Spektrum stellt sich die Frage nach Harmonisierung durchaus.

3. Sitzverlegung

Schließlich ist auch die Sitzverlegung ein zentrales Thema des Internationalen Gesellschaftsrechts, gerade im Hinblick auf die im Binnenmarkt angestrebte Unternehmensmobilität. Auch wenn das IPR nur als kollisionsrechtliche Flankierung fungiert, und es vor allem aber auf die sachrechtlichen Regelungen zum Verfahren und Schutz der Stakeholder wie Gläubiger und Arbeitnehmer ankommt, offenbart die Studie eine große Diskrepanz zwischen den verschiedenen mitgliedstaatlichen kollisionsrechtlichen Regeln zur Sitzverlegung. Einige Staaten verbieten den Zu- oder Wegzug, andere erlauben das eine oder das andere, und wieder andere Staaten verfügen über keinerlei Regelung.¹⁵ So besteht für die Praxis auch nach den EuGH-Entscheidungen zu *Cartesio* und *Vale* ein enormer Klärungsbedarf.¹⁶

4. Einleitung eines Konsultationsprozesses durch die EU-Kommission

Wie sich aus der LSE Studie ergibt, profitieren davon die Mitgliedstaaten, welche der Gründungstheorie ohne Ausnahmen folgen.¹⁷ Dennoch bestehen

12 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 156, 199f.

13 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 182f.

14 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 215.

15 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 215.

16 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 332.

17 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 276.

weiterhin u. a. die oben angeführten Unterschiede zwischen den nationalen Kollisionsrechten. Die Erkenntnis verwundert nicht. Die Schaffung eines kohärenten Systems ist dem Gerichtshof auch nicht zugewiesen. Seine Aufgabe besteht in der Entscheidung der Fälle, die vor ihn gelangen. Gleichwohl ist die kohärente Gestaltung des Europäischen Kollisionsrechts ein hehres Ziel, das die EU-Kommission auch in anderen Bereichen des IPR verfolgt.¹⁸ Dazu hat die EU-Kommission Mitte Mai 2017 einen Konsultationsprozess eingeleitet.¹⁹

II. Also ein Mehr an Kohärenz im Internationalen Gesellschaftsrecht?

Ziel der Untersuchung ist es, vor dem Hintergrund dieser aktuellen Entwicklungen auf europäischer Ebene einen Beitrag zu einem besseren Verständnis und zur Notwendigkeit von Kohärenz im Europäischen Internationalen Gesellschaftsrecht zu leisten. Zudem soll aufgezeigt werden, inwiefern die allgemeine IPR-Methodik und der neue GEDIP-Entwurf die Kohärenz in diesem Bereich fördern und sicherstellen können. Der Beitrag untersucht unter III. die verschiedenen Kohärenzebenen im Internationalen Gesellschaftsrecht. Welche Rolle der GEDIP-Entwurf im Zuge der laufenden Diskussionen einnehmen kann, soll vor dem Hintergrund der Erkenntnisse aus der LSE Studie behandelt werden, vgl. dazu IV. Der Beitrag gibt abschließend unter V. einen Überblick über die policy options der EU-Kommission.

1. Kohärenz im Unionsrecht

Eine allgemein gültige Definition der Kohärenz existiert nicht.²⁰ Art. 7 AEUV bietet nur eine sehr eingeschränkte Hilfe bei der Konkretisierung der Kohärenz. Man findet sie partiell in Aussagen des EuGH: „Ist jedoch ein solches Tätigwerden beschlossen worden, muss es in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken, was nicht die Möglichkeit ausschließt, Übergangszeiten oder Ausnahmen begrenzten Umfangs vorzusehen.“²¹ Der Zweck der Kohärenz besteht in der Förderung der Legitimität und Akzeptanz des Rechts. Jede Rechtsordnung verfolgt den Anspruch an innere Stimmigkeit

18 EU COM(2014) 144 final, S. 9.

19 EU Company law upgraded: Rules on digital solutions and efficient cross-border operations, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=58190 (zuletzt abgerufen am 14.1.2018).

20 DÜSTERHAUS, ZEuP 2018 (im Erscheinen).

21 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL*, NJW 2011, 907, 908 (Rdn. 21).

und Widerspruchsfreiheit.²² Ferner kommt der Kohärenz eine Systembildungsfunktion zu.²³ Methodisch äußert sie sich in ihrer Bedeutung für die systematische Auslegung.²⁴

Dass es sich auch *in praxi* nicht um einen leeren Begriff handelt, beweist das Vorgehen der EU-Kommission. Beispiele für ein Streben nach größerer Kohärenz sind die Zusammenfassung der Verbraucherrechte-Richtlinien²⁵ oder der Richtlinien zur Rechnungslegung²⁶. Gleichzeitig bildet die Kohärenz einen zentralen Maßstab für die Evaluation von Sekundärrechtsakten.²⁷ Dass die Kohärenz für den europäischen Gesetzgeber im Kollisionsrecht von besonderer Relevanz ist, belegt die enumerative Bezeichnung der Rom-Verordnungen. Dafür lassen sich auch einzelne Erwägungsgründe wie z. B. ErwG 7 der Rom I-VO anführen.²⁸ Vor diesem Hintergrund kann man von der „Kohärenz als Rechtsprinzip“²⁹ sprechen.

Zum Verständnis der Kohärenz sollen verschiedene Kohärenzebenen unterschieden werden. Zu trennen sind interne und externe Kohärenz: erstere betrifft die Kohärenz innerhalb des EU-Rechts, letztere die zwischen unionalem und mitgliedstaatlichem Recht. Innerhalb des Unionsrechts ist zwischen vertikaler und horizontaler Kohärenz zu unterscheiden.³⁰ Während sich die vertikale auf eine historische Betrachtung zeitlich aufeinander folgender Rechtsakte bezieht, zielt die horizontale auf das Verhältnis zwischen einzelnen EU-Rechtsakten ab.³¹

2. Kohärenzebenen im Internationalen Gesellschaftsrecht

Im Internationalen Gesellschaftsrecht als einer der zentralen Materien im Europäischen Wirtschaftsrecht stellen sich ebenfalls Kohärenzfragen. Sie be-

22 BASEDOW, in: v. Hein/Rühl, Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der EU, 2016, S. 4, 8.

23 LÜTTRINGHAUS, *RabelsZ* 2013, 31, 65; vgl. zu den Grenzen der Systembildung CANARIS, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., 1983, S. 111 ff.

24 v. HEIN, in: Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, 4. Aufl., 2015, Einleitung Rdn. 59; RIESENHUBER, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., 2015, § 10 Rdn. 24; vgl. auch CANARIS, aaO (Fn. 23), S. 90 ff.

25 Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher, *Abl. EU L* 304 vom 22.11.2011, S. 64.

26 Richtlinie 2013/34/EU, *Abl.* 182/19.

27 RÜHL, *ZVglRWiss* 2016, 499, 507, 525.

28 So auch DÜSTERHAUS, *ZEUP* 2018 (im Erscheinen).

29 In Anlehnung an EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 4. Aufl., 2015.

30 CRAWFORD/CARRUTHERS, *ICLQ* 63 (2014), 1, 2.

31 LÜTTRINGHAUS, *RabelsZ* 2013, 31 ff.

treffen sowohl den Anknüpfungspunkt³² als auch die Reichweite des Gesellschaftsstatuts.³³ Beispielsweise kann bei der Untersuchung des „richtigen“ Anknüpfungspunkts gegenüber Drittstaaten die externe Kohärenz betroffen sein. Denn anders als im Geltungsbereich des AEUV³⁴ und über Art. 31, 34 EWR-Abkommen³⁵ auch innerhalb des EWR ist die Frage des Anknüpfungspunkts gegenüber Drittstaaten-Gesellschaften bisher dem nationalen Recht überlassen.³⁶ Damit ist die externe Kohärenz zwischen dem unionalen und mitgliedstaatlichem Recht berührt, vgl. dazu C.III. Die interne horizontale Kohärenz ist hingegen betroffen, sofern die Reichweite des Gesellschaftsstatuts i.S.v. Art. 1 Abs. 2 lit. f) Rom I-VO, Art. 1 Abs. 2 lit. e) Rom II-VO von anderen Statuten abzugrenzen ist, die in anderen europäischen Rechtsakten wie der EuInsVO oder sogar innerhalb desselben Rechtsakts (Rom I-VO) geregelt sind, vgl. dazu C.I. Konturen und damit Kohärenz gewinnt ein Rechtsbereich, wenn man ihn an den Rändern schärft. Daher ist eine klare Abgrenzung zu den benachbarten Statuten wie dem Insolvenz-, Delikts- oder Vertragsstatut erforderlich.³⁷

III. Herausforderungen für die Kohärenz im Europäischen Internationalen Gesellschaftsrecht

Für eine kohärente Rechtsentwicklung im Europäischen (Gesellschafts-)Kollisionsrecht können drei Herausforderungen identifiziert werden:

- die analytische Methode des IPR (unter 1.),
- die teleologische Auslegung (unter 2.) und
- die doppelte Spaltung des Gesellschaftskollisionsrechts (unter 3.).

32 STAUDINGER/GROßFELD, Komm. z. BGB, 1999, IntGesR Rdn. 16 („*quaestio famosa* des Internationalen Gesellschaftsrechts); vgl. zu den unterschiedlichen Ausprägungen der Gründungstheorie KAULEN, IPRax 2008, 389 ff.

33 Vgl. KINDLER, Münchener Komm. z. BGB, 6. Aufl., 2015, IntGesR Rdn. 521 ff; WELLER, in: Münchener Komm. z. GmbHG, 2. Aufl., 2015, Einleitung IntGesR Rdn. 387 ff.

34 SCHÖN, ZGR 2013, 333 ff; VERSE, ZEuP 2013, 485 ff.

35 BGH DStR 2005, 2385 f; vgl. auch HÜBNER, Kollisionsrechtliche Behandlung von „nicht-privilegierten“ Drittstaaten, 2011, S. 73 ff.

36 BGH NJW 2009, 289 ff m. Anm. KIENINGER; WELLER, IPRax 2017, 167, 170; vgl. HÜBNER, aaO (Fn. 35), S. 149.

37 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 294.

1. Die analytische Methode des IPR

a) Grundlagen

Kohärenz bei einer Querschnittsmaterie wie dem IPR und IZVR zu wahren, ist eine besondere Herausforderung.³⁸ Der Kohärenzgedanke im europäischen Recht steht in einem konzeptionellen Grundkonflikt mit der „analytischen Methode des IPR“³⁹. Das IPR führt zu einer Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhalts unter sachlichen (i. e. S.) und zeitlichen (i. w. S.) Gesichtspunkten.⁴⁰ In der Konsequenz sind auf einen einheitlichen Lebenssachverhalt verschiedene, nicht miteinander koordinierte Rechtsordnungen anwendbar.⁴¹ Auf diese mangelnde Koordinierung der einzelnen Rechtsordnungen weist auch die LSE Studie explizit hin; verschiedene Mitgliedstaaten verfolgen unterschiedliche regulatorische Strategien: In dem einen Mitgliedstaat wird z. B. der Gläubigerschutz insolvenzrechtlich angeknüpft, in dem anderen eher dem Gesellschafts- oder dem Deliktsstatut zugeordnet.⁴² Als Anwendungsbeispiele sollen im Folgenden die LLP mit deutschem Verwaltungssitz und die kollisionsrechtliche Einordnung insolvenzbasierter Haftungsregeln dienen.

b) Anwendungsbeispiel „deutsche“ LLP

Inwiefern die analytische Methode des IPR ein Kohärenzhindernis darstellen kann, demonstrieren *Henssler* und *Mansel*⁴³ am Beispiel einer Anwaltskanzlei in der Rechtsform der englischen *Limited Liability Partnership (LLP)* mit inländischen Geschäftsaktivitäten (wie *Noerr LLP*, *Raue LLP*, *Roxin LLP*), deren Gesellschafter in Deutschland den Mandanten fahrlässig falsch beraten hat. Fraglich ist, ob auch der nicht an der Beratung beteiligte Gesellschafter der LLP für diesen Fehler persönlich haftet. In dieser Konstellation sind britisches

38 BASEDOW, aaO (Fn. 22), S. 4, 5.

39 Begriff nach GOLDSCHMIDT, FS Wolff, 1952, S. 203, 209 f.

40 JAYME, FS Kegel, 1987, S. 253 ff; vgl. umfassend aus neuerer Zeit AUBART, Die Behandlung der *dépeçage* im europäischen Internationalen Privatrecht, 2013.

41 GOLDSCHMIDT, FS Wolff, S. 203, 209 f.

42 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 141; MERKT, ZGR 2004, 305, 313 ff; vgl. aus rechtsvergleichender Sicht ARMOUR/HERTIG/KANDA, in: Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, 2. Aufl., 2009, S. 115 ff.

43 HENSSLER/MANSEL, NJW 2007, 1393 ff; vgl. auch HÜBNER, in: Ekkenga/Gehrlein/Simon, GmbHG, 2. Aufl., 2015, IntGesR, Rdn. 100 ff; WELLER, IPRax 2017, 167, 172 f; WELLER/KIENLE, DStR 2005, 1102, 1105 ff; krit. inzwischen vor dem Hintergrund der Einführung der PartG mbB HENSSLER, NJW 2014, 1761, 1764 f; vgl. zu deren Haftungsverfassung HÖPFNER, JZ 2017, 19 ff.

Gesellschafts- sowie deutsches Vertrags- und Deliktsstatut zu kombinieren. Es handelt sich also um ein Problem der internen horizontalen Kohärenz.

Die persönliche Haftung kann sich zunächst aus der Anwendung deutschen Vertragsrechts kraft Rechtswahl nach Art. 3 Rom I-VO oder aufgrund des Niederlassungsortes der Kanzlei nach Art. 4 Abs. 1 b), Art. 19 oder gem. Art. 6 Abs. 1 a) Rom I-VO im Fall der Verbrauchereigenschaft des Mandanten ergeben.⁴⁴ Die persönliche Haftung kann sich auch aus dem Deliktsrecht ergeben. Mittels akzessorischer Anknüpfung könnte das deutsche Deliktsrecht anwendbar sein, denn gemäß Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO ist die deliktische Haftung bei Bestehen eines Vertrags an dieselbe Rechtsordnung anzuknüpfen, der ebenfalls der Vertrag unterliegt. Aufgrund der inländischen Geschäftsaktivitäten wird der Schaden in Deutschland eintreten, so dass gem. Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO zudem deutsches Deliktsrecht gilt. Demgegenüber gilt das englische Recht als Gesellschaftsstatut der *LLP*. Das Zerlegen des Sachverhalts wird als *dépeçage* bezeichnet.⁴⁵ Sie kann ein Kohärenzhindernis darstellen.

Auf Ebene des Sachrechts haftet der *LLP*-Gesellschafter nach deutschem Vertragsrecht nicht, da er als Gesellschafter nicht Partei des Mandatsvertrags ist. Ebenso scheidet eine Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 Satz 2, 241 Abs. 2 BGB aus, da allein die Berufsträgerschaft eine Haftung von Freiberuflern wegen der Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens nicht begründet.⁴⁶ Gleichfalls führt auch eine deliktische Haftung nach deutschem Recht nicht weiter, denn das deutsche Deliktsrecht ersetzt reine Vermögensschäden nur in Ausnahmefällen⁴⁷. Ein solcher Ausnahmefall kann aber nicht begründet werden, da entweder der Gesellschafter nur fahrlässig falsch beraten hat oder ihm kein vorsätzlicher Beratungsfehler nachgewiesen werden kann. Vielmehr würde er nur nach § 8 Abs. 2 PartGG haften, das aber keine Anwendung auf eine englische Gesellschaft findet.

Anders als dem deutschen Gesellschaftsrecht in § 8 Abs. 2 PartGG⁴⁸ ist dem englischen Gesellschaftsrecht eine persönliche Haftung für Beratungsfehler unbekannt. Eine solche Haftung für Beratungsfehler sieht das englische Recht nur in dem richterrechtlichen Institut der fahrlässigen Vermögenshaftung des Deliktsrechts (*tort of negligence*) vor.⁴⁹ Dieses ist aber nicht anwendbar, da der

44 HENSSLER/MANSEL, NJW 2007, 1393, 1395.

45 JAYME, FS Kegel, S. 253 ff.

46 BGH NJW 1989, 293, 294; NJW 1991, 32, 33; NJW 1992, 2080, 2083; vgl. zu der Haftung des Abschlussprüfers nach § 311 Abs. 3 BGB EBKE, Münchener Komm. z. HGB, § 323 Rdn. 115 ff.

47 Vgl. WAGNER, Münchener Komm. z. BGB, 6. Aufl., 2015, § 823 Rdn. 247 ff.

48 Siehe zur Vergleichbarkeit von *LLP* und *PartG* HENSSLER/MANSEL, FS Horn, 2006, S. 403, 416 ff.

49 *White v Jones* [1995] 1 AER 691; BETTINGER, Englische *LLP* und Anwaltshaftung in Deutschland, 2009, S. 64 ff.

Erfolgort in Deutschland belegen ist. Damit kommt es zu einem „kuriosen“ Ergebnis: Läge ein rein deutscher oder rein englischer Sachverhalt vor, würden beide Rechtsordnungen eine Haftung bejahen. Diese Situation bezeichnet man im IRR als Normenmangel.⁵⁰ Ein solcher Normenmangel bedarf der Korrektur: Das IPR erkennt die methodische Lösung in der Anpassung,⁵¹ d. h. entweder ist das Kollisions- oder das Sachrecht anzupassen, sog. kollisions- oder sachrechtliche⁵² Lösung. Auf der Ebene des Kollisionsrechts wäre eine einzel-fallbezogene Modifikation des Gesellschafts- oder des Deliktsstatuts zu erwägen. Eine Anpassung mittels deutschen Gesellschaftsrechts widerspräche der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit. Daher liegt eine Anpassung des Deliktsrechts nahe. Ausnahmsweise erfasst die Verweisung auf das englische Gesellschaftsrecht auch den *tort of negligence*. Diese „irreguläre Qualifikation“⁵³ führt zur gesellschaftsrechtlichen Einordnung der Haftung für Beratungsfehler. Sie wäre mangels Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit auch primärrechtskonform; der Gesellschafter müsste nur die Anwendung des Gründungsrechts hinnehmen. Somit ließe sich eine Haftung des Gesellschafters nach englischem Deliktsrecht begründen.⁵⁴

Dieses Anwendungsbeispiel demonstriert die Wichtigkeit der Methodik des IPR im Europäischen Binnenmarkt. Das Institut der Anpassung bietet den

50 JAYME, FS Kegel, S. 253 ff.

51 Vgl. grundlegend LOOSCHELDERS, Die Anpassung im internationalen Privatrecht, 1995; v. HEIN, Münchener Komm. z. BGB, 6. Aufl., 2015, Einleitung IPR Rdn. 242 ff.

52 Vgl. dazu HENSSLER/MANSEL, FS Horn, S. 403, 420; HENSSLER/MANSEL, NJW 2007, 1393, 1397; umfassend BETTINGER, aaO (Fn. 49), S. 289 ff.

53 HENSSLER/MANSEL, FS Horn, S. 403, 419; HENSSLER/MANSEL, NJW 2007, 1393, 1397.

54 Krit. zur Anpassung BANK, Die britische Limited Liability Partnership: Eine attraktive Organisationsform für Freiberufler?, 2006, S. 106 ff; SCHNITTKER, Gesellschafts- und steuerrechtliche Behandlung einer englischen Limited Liability Partnership mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2007, S. 117 ff; inzwischen auch HENSSLER, NJW 2014, 1761, 1764 ff; offen erscheint, ob sich eine Anpassungslage auch noch aufrechterhalten lässt, seitdem die Möglichkeit der Gründung einer PartG mit beschränkter Berufshaftung (mbB) i. S. v. § 8 Abs. 4 PartGG besteht. Danach ist ein gänzlicher Ausschluss persönlicher Haftung der Gesellschafter für Berufsfehler vorgesehen, falls die Partnerschaft für diese Zwecke eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat. In diesem Fall solle, so HENSSLER, eine Anpassungslage nicht mehr vorliegen, denn das deutsche Recht kenne nun – anders als vor Einführung der Part mbB – einen vollständigen Ausschluss der Haftung des handelnden Freiberuflers im Bereich der beruflichen Pflichtverletzungen. Es fehle daher an einer Anpassungslage i. S. e. Normenmangels, da das deutsche Recht in diesen Fällen einen gänzlichen Ausschluss für Berufsfehler vorsehe. Allerdings spricht dagegen, dass als Regelfall weiterhin die persönliche Haftung des beratenden Berufsträgers nach § 8 Abs. 2 PartGG gilt. Die Kompensation durch Abschluss einer Versicherung stellt nach dem PartGG nur eine Sonderlösung dar. Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, die Anpassungslage trotz Möglichkeit der Gründung einer PartG mbB aufrechtzuerhalten.

methodischen Rahmen, um den Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zu effektivieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Weg über die Anpassung einer möglichen Lösung über den *ordre public* vorgeht.⁵⁵ Kohärenzherausforderungen im Internationalen Gesellschaftsrecht lassen sich mit der IPR-Methodik bewältigen. Inwiefern das Beispiel trotz Brexit noch relevant sein wird, bleibt abzuwarten, da der Umgang mit englischen Rechtsformen nach Vollzug des Brexit ungeklärt ist.⁵⁶

c) Anwendungsbeispiel: insolvenzbasierte Haftungsregeln

Einen weiteren Beleg für eine Gefährdung der internen horizontalen Kohärenz infolge der analytischen Methode liefert die Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Denn gerade bei grenzüberschreitenden Gesellschaften können das Gesellschafts- und das Insolvenzstatut auseinanderfallen. Diese Trennung führt zu Inkohärenzen, wenn die Gläubigerschutzkonzepte der Mitgliedstaaten divergieren. Z. B. ist der Gläubigerschutz in manchen (Noch-)Mitgliedstaaten wie Großbritannien⁵⁷ Aufgabe des Insolvenzrechts, während das Gesellschaftsrecht die Binnenorganisation und die Finanzierung mit Eigenkapital regelt.⁵⁸ In Kontinentaleuropa ist hingegen auch der Gläubigerschutz ein wichtiger Bestandteil des Gesellschaftsrechts.⁵⁹ Dieser Konzeption folgen grundsätzlich auch die europäischen Sekundärrechtsakte, wie sich aus dem zweiten Erwägungsgrund der Zweiten Richtlinie ergibt.⁶⁰ Es stellt sich also die Frage, ob gläubigerschützende Haftungsnormen solche des Gesellschafts- oder des Insolvenzstatuts sind. Zur Klärung dieser Kohärenzfragen ist das kollisionsrechtliche Institut der autonomen Qualifikation⁶¹ heranzuziehen, da es durch eine sichere Einordnung des jeweiligen Lebenssachverhalts zu einem Statut Rechtssicherheit schafft.

55 LORENZ, in: BeckOK EGBGB, 43. Ed., 1.11.2015, Einleitung IPR Rdn. 90.

56 WELLER/THOMALE/BENZ, NJW 2016, 2378, 2381 f; vgl. auch MÄSCH/GAUSING/PETERS, IPRax 2017, 49, 55; FREITAG/KORCH, ZIP 2016, 1361, 1364.

57 Vgl. zum Brexit WELLER/THOMALE/BENZ, NJW 2016, 2378 ff.

58 MERKT, ZGR 2004, 305, 313 ff; vgl. aus rechtsvergleichender Sicht ARMOUR/HERTIG/KANDA, aaO (Fn. 42), S. 115 ff; Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 141.

59 WEBER, Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz im Internationalen Zivilverfahrensrecht, 2011, S. 13.

60 Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976, zuletzt geändert durch Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006, ABl. Nr. L 264 v. 25.9.2006, S. 32.

61 Vgl. v. HEIN, aaO (Fn. 51), Einleitung IPR Rdn. 126 ff.

Einen wesentlichen Beitrag hat die Rechtsprechung des EuGH geliefert.⁶² Nach wie vor grundlegend für die Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut ist die Entscheidung *Gourdain/Nadler*⁶³. Darin hat der EuGH die Ausfallhaftung des französischen Geschäftsleiters, die mit der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung vergleichbar ist,⁶⁴ international-zivilverfahrensrechtlich dem Insolvenzstatut zugeordnet. Ein französisches Gericht hatte den faktischen Geschäftsleiter einer insolventen französischen Gesellschaft (ein Deutscher mit Wohnsitz im Inland) auf Grundlage der *action comblement en passif* zur Zahlung von Schadenersatz verurteilt. Dieses Urteil sollte nach Maßgabe des EuGVÜ – dem Vorgänger der EuGVO – in Deutschland vollstreckt werden. Der BGH legte dem EuGH die Frage vor, ob es sich um eine Frage der EuGVO („Zivil- oder Handelssache“) oder der EuInsVO („Konkursache“) handle. Der EuGH ordnete die Haftungsgrundlage als insolvenzrechtlich ein. Zu diesem Ergebnis kam er auf Grundlage der folgenden prozessualen und materiellen Indizien, die für eine insolvenzrechtliche Qualifikation sprechen:

- Zuständigkeit der Insolvenzgerichte
- Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis des Insolvenzverwalters⁶⁵
- Die Haftung der Geschäftsleiter soll zu einer Mehrung der Aktiva der insolventen Gesellschaft als haftende Vermögensmasse führen und damit der Gesamtheit der Gläubiger dienen.⁶⁶

Bei diesen Merkmalen sollte es sich nach der *Gourdain/Nadler*-Doktrin zunächst aber mehr um einen Strauß an Kriterien als um eine abschließende und kumulativ zu erfüllende Liste handeln.⁶⁷ In späteren Entscheidungen hat der EuGH darauf hingewiesen, dass stets eine Einzelfallprüfung für die Frage notwendig sei, „ob die in Rede stehende Klage ihren Ursprung im Insolvenzverfahrensrecht oder in anderen Regelungen hatte.“⁶⁸ Eine Auswertung des späteren Case Law des EuGH in diesem Bereich zeigt eine klare Tendenz: die fragliche Haftungsnorm ist bei Vorliegen des materiellen Kriteriums (Massemehrung als Haftungszweck) stets insolvenzrechtlich zu qualifizieren.⁶⁹ Gleichwohl kann es auch auf die prozessuale Situation ankommen, wie die

62 Vgl. HÜBNER, IPRax 2015, 297, 299f; WELLER/HÜBNER, FS Pannen, 2017, S. 259ff.

63 EuGH, Urt. v. 22.2.1979, Rs. C-133/78 – *Gourdain/Nadler*, BeckEuRS 1979, 74734.

64 WELLER, aaO (Fn. 33), Einleitung IntGesR, Rdn. 425.

65 Krit. zu diesem Erfordernis Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 18, 350.

66 EuGH, Urt. v. 22.2.1979, Rs. C-133/78 – *Gourdain/Nadler*, BeckEuRS 1979, 74734.

67 WELLER, aaO (Fn. 33), Einleitung IntGesR, Rdn. 407; HAUBOLD, IPRax 2002, 157, 163.

68 EuGH, Urt. v. 4.9.2014 – C-157/13 – *Nickel & Goeldner/Kintra* UAB, NZI 2014, 919, 921.

69 In diesem Sinne auch HAAS, NZI 2001, 1, 10.

Entscheidungen *German Graphics Graphische Maschinen*⁷⁰ und *FTex*⁷¹ belegen. So fehlt beispielsweise einer Klage gegen den Insolvenzverwalter auf Grundlage einer Eigentumsvorbehaltsklausel der ausreichende unmittelbare und enge Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren.⁷² In ähnlicher Weise kann nach dem EuGH auch eine vom Insolvenzverwalter abgetretene Forderung mangels Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren nicht mehr dem Insolvenzstatut zugeordnet werden.⁷³ Die besondere Relevanz des materiellen Zweckkriteriums zeigt sich hingegen in der Argumentation des EuGH: Nur der Insolvenzverwalter handle im Interesse der Mehrung der Aktiva zu Gunsten der Gläubiger, der Zessionar hingegen nur aus egoistischen Motiven.⁷⁴ Schließlich stellte der Gerichtshof in *Nickel & Goeldner Spedition*⁷⁵ klar, dass nicht der prozessuale Kontext der Klage, sondern die Rechtsgrundlage über die Zuordnung zum Zivil- oder Insolvenzrecht entscheidet.

Positive Belege für diese These der besonderen Relevanz des materiell-rechtlichen Kriteriums bilden die Entscheidungen *Seagon/Deko Marty*⁷⁶, in der der EuGH einen insolvenzspezifischen Zusammenhang zwischen Insolvenzanfechtungsregeln und Insolvenzverfahren bejahte, oder *H./H.K.*⁷⁷ und *Kornbaas*⁷⁸, in denen der EuGH die Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG als insolvenzrechtlich einordnete. Dies deckt sich auch mit der LSE Studie, die die Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter für die kollisionsrechtliche Qualifikation als irrelevant ansieht.⁷⁹ Das überzeugt. Die Erkenntnis kann auch zur Lösung der noch ungeklärten Qualifikationsfragen herangezogen werden: Die kollisionsrechtliche Einordnung der Insolvenverschleppungshaftung, der Insolvenzverursachungshaftung oder der Gesellschafterdarlehen⁸⁰. Diese Haftungsinstitute dienen der Mehrung der

70 EuGH, Urt. v. 10. 9. 2009, Rs. C-292/08 – *German Graphics Graphische Maschinen*, NZI 2009, 741.

71 EuGH, Urt. v. 19. 4. 2012, Rs. C-213/10 – *FTex*, NZI 2012, 469, 471 f.

72 EuGH, Urt. v. 10. 9. 2009, Rs. C-292/08 – *German Graphics Graphische Maschinen*, NZI 2009, 741, 742 f.

73 EuGH, Urt. v. 19. 4. 2012, Rs. C-213/10 – *FTex*, NZI 2012, 469, 472.

74 EuGH, Urt. v. 19. 4. 2012, Rs. C-213/10 – *FTex*, NZI 2012, 469, 472.

75 EuGH, Urt. v. 4. 9. 2014, Rs. C-157/13 – *Nickel & Goeldner Spedition GmbH*, „*Kintra*“ UAB, NZI 2014, 919.

76 EuGH, Urt. v. 12. 2. 2009, Rs. C-339/07 – *Seagon/Deko Marty*, NJW 2009, 2189 f.

77 EuGH, Urt. v. 4. 12. 2014, Rs. C-295/13 – *H./H.K.*, EuZW 2015, 141; vgl. KINDLER, EuZW 2015, 143 f.

78 EuGH, Urt. v. 10. 12. 2015, Rs. C-594/14 – *Kornbaas*, NJW 2016, 141; vgl. dazu KINDLER, EuZW 2016, 136 ff; WELLER/HÜBNER, NJW 2016, 225; SCHOLZ, ZEuP 2016, 959 ff.

79 Krit. zu diesem Erfordernis Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 18, 350.

80 Für eine insolvenzrechtliche Qualifikation nach deutschem Recht BGH NJW 2011, 3784, 3786.

Insolvenzmasse aus Gläubigerschutzgründen, sodass vieles bei Annahme einer normzweckorientierten Qualifikation⁸¹ für eine insolvenzrechtliche Einordnung spricht.⁸²

Demgegenüber wird die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft i. S. v. Art. 1 Abs. 2 lit. f) Rom I-VO gesellschaftsrechtlich einzuordnen sein. Jedoch ist klarzustellen, dass die Verbindlichkeit als Erstfrage selbständig anzuknüpfen ist.⁸³ Mit der Qualifikation hält die IPR-Methodik ein Mittel zur Verhinderung einer drohenden Inkohärenz bereit. Dank der EuGH-Rechtsprechung sind einige wichtige Weichenstellungen getroffen; gleichwohl ist nicht alles geklärt.⁸⁴ Die normzweckorientierte Qualifikation, die sich im Insolvenzrecht an dem Zweck der Massemehrung orientiert, schafft ein hohes Maß an Rechtssicherheit⁸⁵ und Verlässlichkeit. Es zeigt sich auch hier, dass eine gesicherte IPR-Methodik (Qualifikation) die Überwindung der Inkohärenzen ermöglicht.

2. Die teleologische Auslegung als Herausforderung für die Kohärenz

a) Grundlagen

Als eine weitere kollisionsrechtsimmanente Schranke der Kohärenz lässt sich die teleologische Auslegung anführen.⁸⁶ Grundsätzlich sind Rechtsbegriffe einheitlich auszulegen, auch über die Grenzen von Rechtsakten hinweg. Dies gilt aber nicht, wenn das rechtsaktspezifische Telos ein anderes Verständnis gebietet. *Riesenhuber* spricht insofern auch im europäischen Kontext von der „Relativität der Rechtsbegriffe“⁸⁷. Ein Beispiel aus dem Europäischen Kollisionsrecht ist der Begriff der „Familie“ im Internationalen Familienrecht, der bei unterschiedlichen Verordnungen und Sekundärrechtsakten verschiedene Reichweiten hat und nur in Teilbereichen wie z. B. der EuUntVO vereinheitlicht ist.⁸⁸ *Schack* hat dies plastisch ausgedrückt: „Die systemkonforme bricht

81 KINDLER, EuZW 2016, 136, 137.

82 Vgl. WELLER/HÜBNER, FS Pannen, S. 259, 266 ff; WELLER, Europäische Rechtsformwahl-freiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 205 ff.

83 Vgl. v. HEIN, aaO (Fn. 51), Einleitung IPR Rdn. 161.

84 Vgl. WELLER/HÜBNER, FS Pannen, S. 259 ff.

85 Vgl. dazu WELLER, in: Arnold, Grundfragen des europäischen Kollisionsrecht, 2016, S. 133, 145.

86 vgl. zu den Grenzen der Systembildung CANARIS, aaO (Fn. 23), S. 105 f.

87 RIESENHUBER, aaO (Fn. 24), § 10 Rdn. 20; vgl. auch BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Zweiten Senats v. 27.12.1991 – 2 BvR 72/90, juris, Rdn. 10.

88 ALTHAMMER, in: Arnold, Grundfragen des europäischen Kollisionsrecht, 2016, S. 1, 5 ff, 14 f.

sich an der teleologischen Auslegung.⁸⁹ Kohärenz verfolgt also keinen Selbstzweck, sondern kann kontextbedingt begrenzt werden.

b) Anwendungsbeispiel zum unionalen Arbeitnehmerbegriff

Ein Beispiel, das sowohl die interne horizontale als auch die externe Kohärenz betrifft, bildet die Abgrenzung von Arbeitsvertragsstatut und Gesellschaftsstatut in Bezug auf die Behandlung eines GmbH-Geschäftsführers.⁹⁰ Anders als im deutschen Recht hat der EuGH in der Rechtssache *Danosa*⁹¹ den weisungsabhängigen Geschäftsleiter als Arbeitnehmer i.S.d. meisten arbeitsrechtlichen Sekundärrechtsakte angesehen. Voraussetzung für diese Einordnung waren insbesondere die jederzeitige Abberufbarkeit und Weisungsabhängigkeit des Geschäftsführers.⁹² Dabei unterscheidet der Gerichtshof nicht zwischen Anstellungs- und Bestellungsverhältnis, sondern prüft in einer Gesamtbetrachtung, ob die Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs erfüllt sind. Damit ist die externe Kohärenz zwischen europäischer und (rein) deutscher Rechtslage betroffen.

In der *Ferbo*-Entscheidung⁹³ übertrug der EuGH den unionalen Arbeitnehmerbegriff im Wege rechtsaktübergreifender Begriffsbildung auf die EuGVO.⁹⁴ Ein solcher unionaler Arbeitnehmerbegriff fördert zunächst die vertikale Kohärenz und die Einheit der Rechtsordnung.⁹⁵ Er entspricht mithin dem Gebot der einheitlichen Auslegung von EuGVO und Rom I-VO i.S.v. Erwägungsgrund 7 der Rom I-VO. Es stellt sich also die Frage, inwiefern der Arbeitnehmerbegriff der EuGVO auch für die Rom I-VO gilt. Für eine Übertragung spricht neben der vertikalen Kohärenz die Identität der teleologischen Zweckrichtung (Schutz des Arbeitnehmers als schwächere Partei).⁹⁶ Überträgt man die Gesamtbetrachtung auf die Rom I-VO, kann dies, wie das nachfolgende Beispiel erhellt, bei Geltung des Trennungsprinzips nach der *lex fori* zu einer Inkohärenz interner Natur zwischen EuGVO und Rom I-VO führen. Ein solche Inkohärenz kann z. B. entstehen, falls ein in Deutschland ansässiger

89 SCHACK, in: v. Hein/Rühl, Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der EU, 2016, S. 279, 283.

90 Vgl. dazu auch HÜBNER, ZGR 2016, 897 ff.

91 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa*, Slg. 2010, I-11405; vgl. krit. PREIS/SAGAN, ZGR 2013, 26, 36.

92 Vgl. EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Rs. C-47/14 – *Ferbo*, EuZW 2015, 922 (Rdn. 41).

93 EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Rs. C-47/14 – *Ferbo*, EuZW 2015, 922; vgl. dazu HÜBNER, ZGR 2016, 897 ff; v. HEIN, IWRZ 2016, 29 ff.

94 Vgl. LÜTTRINGHAUS, RabelsZ 77 (2013), 31 ff.

95 RIESENHUBER, aaO (Fn. 24), § 10 Rdn. 24.

96 HÜBNER, ZGR 2016, 897, 905; KINDLER, IPRax 2016, 115; LÜTTRINGHAUS, EuZW 2015, 904, 906; vgl. zur These der Materialisierung des IPR WELLER, aaO (Fn. 85), S. 133 ff.

Geschäftsführer mit einer ausländischen, der GmbH entsprechenden Kapitalgesellschaft einen aufgrund einer Rechtswahl deutschem Recht unterliegenden Anstellungsvertrag geschlossen hat und nun sowohl gegen seine Abberufung aus dem Organverhältnis als auch gegen die Kündigung des Anstellungsvertrags klagt.⁹⁷ In diesem Fall ist zu klären, welche Rechtsordnungen auf die Abberufung und Kündigung jeweils anwendbar sind.

Nach dem bisherigen Verständnis der Rom I-VO ist entsprechend der deutschen Trennungstheorie auch im Kollisionsrecht zwischen dem Bestellungen- und Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers zu trennen. Gem. Art. 1 Abs. 2 lit. f) Rom I-VO zählt die „innere Verfassung“ der Gesellschaft zum Gesellschaftsstatut; sie fällt damit nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Rom I-VO. Zu der „inneren Verfassung“ zählen nach bisherigem Verständnis sämtliche Binnenverhältnisse der Gesellschaft und damit auch die Organbeziehung zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer.⁹⁸ Diesen Ansatz umgeht jedoch die Gesamtbetrachtung des EuGH. Nach der *Danosa*-Rechtsprechung soll der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz aus der Mutterschutzrichtlinie auch im Bestellungenverhältnis gelten.⁹⁹ Die Trennung der Verhältnisse kann diese Vorgaben nicht erfüllen. Eine konsequente Umsetzung des *Ferho*-Judikats und der damit einhergehenden Gesamtbetrachtung erscheint vor diesem Hintergrund schwierig. Aufgrund der Rechtswahl gilt für den Anstellungsvertrag und damit auch für die Kündigung deutsches Recht. Legt man aber den Maßstab der Gesamtbetrachtung aus *Danosa* und *Ferho* an, so könnte man auch das Organverhältnis und damit die Abberufung dem Arbeitsvertragsstatut unterstellen.

Eine Möglichkeit, diese gegensätzlichen Positionen zu vereinen, bietet die sog. Doppelqualifikation.¹⁰⁰ Das Bestellungenverhältnis könnte sowohl gesellschafts- als auch arbeitsrechtlich qualifiziert werden. Der sekundärrechtlich fundierte Schutz des Arbeitnehmers müsste im Gesellschaftsstatut unter Hinweis auf Art. 8 Rom I-VO berücksichtigt werden. Konkret wären nur die nationalen Vorschriften anwendbar, die auf europäische Richtlinien wie die Arbeitszeit-, die Mutterschutz- oder die Massenentlassungsrichtlinie zurückgehen.¹⁰¹ Diese aber wären mithin auch im Bestellungenverhältnis anwendbar.¹⁰² Da das IPR mit seiner Eviktionswirkung¹⁰³ insbesondere der rechtssicheren

97 Fall nach HÜBNER, ZGR 2016, 897, 907 ff.

98 Vgl. STAUDINGER/U. MAGNUS, Komm. z. BGB, 2011, Art 1 Rom I-VO Rdn. 85; MARTINY, Münchener Komm. z. BGB, 6. Aufl., 2015, Art. 1 Rom I-VO Rdn. 67.

99 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa*, Slg. 2010, I-11405, Rdn. 74.

100 HÜBNER, ZGR 2016, 897, 908 f; vgl. zur Doppelqualifikation v. BAR/MANKOWSKI, IPR, Band I, 2. Aufl., 2003, § 7 Rdn. 178; WELLER, aaO (Fn. 82), S. 274 ff.

101 SAGAN, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 1. Aufl., 2015, § 1 Rdn. 112.

102 PREIS/SAGAN, ZGR 2013, 26, 36 („Mutterschutz im Bestellungenverhältnis?“).

103 WELLER, RabelsZ 2017, 748, 772.

Ermittlung des (einen) anwendbaren Rechts dienen soll, kann eine Doppelqualifikation nur die *ultima ratio* sein.¹⁰⁴ Dies erscheint hier jedoch gerechtfertigt, da sie die Rechtsprechung des EuGH zum unionalen Arbeitnehmerbegriff (Gesamtbetrachtung) und die gesellschaftsrechtliche Dogmatik (Trennungsprinzip) in einen angemessenen Ausgleich bringt. Das Bestellungsverhältnis wäre dem Gesellschaftsstatut zuzuordnen. Zudem würde die Gesamtbetrachtung des EuGH beachtet. Für eine kohärente Gestaltung wäre zu erwägen, den Arbeitnehmerschutz über Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO akzessorisch an das Recht des Gesellschaftsstatuts anzuknüpfen, so dass nur eine Rechtsordnung auf das Bestellungsverhältnis anwendbar wäre. Es zeigt sich auch hier, dass die allgemeine IPR-Methodik das notwendige Instrumentarium liefert, um die Kohärenzprobleme, in diesem Fall ex- und interner Natur, zu lösen.

3. Die doppelte Spaltung des Gesellschaftskollisionsrechts

a) Grundlagen

Ein weiteres Kohärenzhindernis bildet die doppelte Spaltung des Kollisionsrechts im Hinblick auf den Anknüpfungspunkt. Eine Form der Spaltung betrifft der Anknüpfungspunkt für die Beurteilung von EU-Auslandsgesellschaft im jeweiligen nationalen Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten (unter b)). Die andere Form betrifft die getrennte Behandlung von EU- und Drittstaaten-Auslandsgesellschaften (unter c)). Die Spaltungen verlaufen anhand der Trennlinien von europäischem und nationalem Kollisionsrecht. Wie sich aus Art. 1 Abs. 2 lit. f) Rom I-VO und Art. 1 Abs. 2 lit. e) Rom II-VO ergibt, werden die Fragen des Internationalen Gesellschaftsrechts dem nationalen Kollisionsrecht überantwortet.¹⁰⁵ Gleichwohl enthält das Europarecht in beiden Bereichen des Internationalen Gesellschaftsrechts (Anknüpfungspunkt und Reichweite des Statuts) Regelungen, wie beispielsweise die Niederlassungsfreiheit als Grundlage für die Anerkennung von EU-Auslandsgesellschaften oder die Regelungen zur Reichweite des Gesellschaftsstatuts in den Ausschlussnormen der Rom I-VO und Rom II-VO, die zumindest die Abgrenzung zum vertraglichen oder außervertraglichen Kollisionsrecht harmonisieren. Die Spaltungen beziehen sich auf die Anknüpfungspunkte zur Beurteilung von einerseits EU-Auslandsgesellschaften und andererseits Drittstaaten-Gesellschaften.

104 v. BAR/MANKOWSKI, aaO (Fn. 100), § 7 Rdn. 178; v. HEIN, aaO (Fn. 51) Einleitung IPR Rdn. 145.

105 BASEDOW, JZ 2016, 269, 277: „Nur im Sachenrecht und im Gesellschaftsrecht sowie im Personenrecht und Teilen des Familienrechts gilt nach wie vor nationales Kollisionsrecht, ebenso in den zivilprozessualen Beziehungen zu Drittstaaten.“

b) EU-Auslandsgesellschaften

Die LSE Studie zeigt große Unterschiede im Hinblick auf die Anknüpfungspunkte der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in Bezug auf EU-Auslandsgesellschaften auf. Sie variieren von einer Anknüpfung an das Recht am Verwaltungssitz (Sitztheorie), der Gründungstheorie mit Einschränkungen oder der „puren“ Gründungstheorie.¹⁰⁶ Die Studie weist erhebliche Diskrepanzen zwischen den mitgliedstaatlichen Anknüpfungspunkten nach: Es gibt weder „die“ Gründungstheorie noch „die“ Sitztheorie.¹⁰⁷ Es handelt sich rechtsvergleichend nur um Oberbegriffe, die in verschiedenen Spielarten erscheinen.¹⁰⁸

Es besteht eine große Varianz an Lösungen, die auch in einigen Fällen noch nicht durch Gerichtsentscheidungen abgesichert ist. Die unterschiedlichen Ansätze sind jedoch nachvollziehbar, weil die Niederlassungsfreiheit nach Auffassung einiger Autoren nicht zwingend mit der Gründungstheorie gleichzusetzen ist; denn der Gerichtshof hat nicht erklärt, dass die Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar ist.¹⁰⁹ Die Rechtsprechung des EuGH hat sich damit als hilfreich für die Öffnung des Binnenmarkts erwiesen. Der EuGH ist mit der Beantwortung konkreter Vorlagefragen betraut. Es ist nicht seine Aufgabe, ein konsistentes und kohärentes Regelwerk zu schaffen. Dies ist Aufgabe des Gesetzgebers.

Die Sitztheorie bringt aber im Geltungsbereich des AEUV große Nachteile mit sich. Sie reduziert zum einen die Unternehmensmobilität und beschränkt damit die Niederlassungsfreiheit. Dies belegt schon ihre Nichtanwendung in Mitgliedstaaten wie Deutschland, die seit jeher der Gründungstheorie gefolgt sind und mit den Judikaten des EuGH zur Niederlassungsfreiheit umgeschwenkt sind. Zum anderen gerät sie in Konflikt mit der Parteiautonomie als zentralem Prinzip des europäischen Kollisionsrechts, das auch der EuGH in seinen Entscheidungen zur Niederlassungsfreiheit in den Vordergrund gerückt hat.¹¹⁰ Eine einheitliche Anknüpfung an den Gründungsort würde einen Gewinn an Rechtssicherheit im Binnenmarkt bedeuten. Dies gilt vor allem für Staaten, die bisher über kein Case Law aus dem Bereich verfügen. Die Praxis zeigt auch, dass eine Anknüpfung an das Recht am Verwaltungssitz nur schwerlich mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sein dürfte. Es spricht daher vieles für eine einheitliche Anknüpfung an das Gründungsrecht. Einen Ausgleich können sachrechtliche Sitzanforderungen für Sitzverlegungen schaffen. Die LSE Studie

106 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 134 ff.

107 Vgl. KAULEN, IPRax 2008, 389 ff.

108 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 134 ff.

109 KINDLER, aaO (Fn. 33), IntGesR Rdn. 140; so auch EGO, Münchener Komm. z. AktG, 4. Aufl., 2017, Europ. Niederlassungsfreiheit Rdn. 225 ff.; TEICHMANN, ZGR 2011, 639, 677 ff.

110 WELLER/THOMALE/BENZ, ZEuP 2017, 250, 259.

will mitgliedstaatliche Sitzfordernisse zulassen, sofern sie im Einklang mit der sog. Geschöpftheorie aus *Cartesio* und *Vale* stehen.¹¹¹

c) Drittstaaten-Gesellschaften

Gerade in der Frage nach dem richtigen Anknüpfungspunkt fallen mitglied- und drittstaatliche Sachverhalte auseinander.¹¹² Auch wenn die Niederlassungsfreiheit nicht zur Einführung der Gründungstheorie zwingt,¹¹³ erscheint eine verweisungsrechtliche Deutung der Art. 49, 54 AEUV nachvollziehbar.¹¹⁴ Das deutsche Recht verfügt vor diesem Hintergrund seit der Rechtsprechungssphalanx *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*¹¹⁵ über ein gespaltenes Kollisionsrecht. Dieser Zustand ist als „Flickenteppich“¹¹⁶ bezeichnet worden: auf der einen Seite die Anerkennung von EU-, EWR- und staatsvertraglich privilegierter Auslandsgesellschaften, auf der anderen Seite die Umqualifizierung drittstaatlicher Gesellschaften mittels der modifizierten Sitztheorie in inländische Personengesellschaften. Die Nachteile der modifizierten Sitztheorie sind bekannt: Die Gesellschafter haften nach der Umqualifizierung im Wege der kollisionsrechtlichen Figur der Transposition¹¹⁷ persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft; auch Vertretungsfragen bleiben offen. Die Gläubiger werden hingegen Schwierigkeiten haben, einen deutschen Titel gegen die umqualifizierte Personengesellschaft in ihrem Heimatstaat zu vollstrecken. Da der Heimatstaat die Gesellschaft als Kapitalgesellschaft ansieht, kommt es zu einer „Spaltung der Rechtspersönlichkeit“¹¹⁸. Dass man damit den Gesellschaftern und den Gläubigern „Steine statt Brot“¹¹⁹ gibt, hat den BGH nicht davon abgehalten, an dieser Spaltung des Kollisionsrechts in der *Trabrennbahn*-Entscheidung festzuhalten.¹²⁰ Im Wege eines „*judicial self restraint*“¹²¹ hat sich der BGH einer Entscheidung über den „richtigen“ An-

111 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 292.

112 WELLER, IPRax 2017, 167ff; vgl. auch HÜBNER, aaO (Fn. 35).

113 TEICHMANN, in: Gebauer/Teichmann, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 2016, Rdn. 69f.

114 EIDENMÜLLER, ZIP 2002, 2233, 2242; LEIBLE/HOFFMANN, ZIP 2003, 925, 926; THOMALE, NZG 2011, 1290ff; WELLER, IPRax 2017, 167, 168f; zweifelnd KINDLER, aaO (Fn. 33), IntGesR Rdn. 119f, 123ff; TEICHMANN, aaO (Fn. 113), Rdn. 70.

115 EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – *Centros*, WM 1999, 958; EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – *Überseering*, IPRax 2003, 65; EuGH Urt. v. 30.9.2003 – *Inspire*, NJW 2003, 3331.

116 GROßFELD, Zauber des Rechts, 1999, S. 16; FORSTHOFF, DB 2002, 2471; SONNENBERGER/BAUER, aaO (Fn. 2), S. 16.

117 HÜBNER, aaO (Fn. 35), S. 71f; WELLER, IPRax 2017, 167, 172.

118 BEHRENS, IPRax 2003, 193, 199; EBKE, JZ 2003, 927, 929.

119 Vgl. BINZ/MAYER, BB 2005, 2361, 2365.

120 BGH NJW 2009, 289ff m. Anm. KIENINGER; vgl. auch HÜBNER, aaO (Fn. 35), S. 139ff.

121 So KIENINGER, NJW 2009, 292f.

knüpfungspunkt enthalten und auf den damals laufenden „politischen Meinungsbildungsprozess“¹²² verwiesen. Zu diesem Zeitpunkt kursierte der angesprochene Referentenentwurf, der die einheitliche Anwendung der Gründungstheorie und deren Implementierung im EGBGB vorsah.¹²³ Dieser ging auf die Arbeit der Sonderkommission „Internationales Gesellschaftsrecht“ des Deutschen Rates für IPR zurück.¹²⁴ Ein zentrales Argument der Kommission war der Verlust an Kohärenz im Anknüpfungssystem, wenn zwischen mitgliedstaatlichen und drittstaatlichen Gesellschaften getrennt werde, ohne dass dem „unterscheidungskräftige Wertungsdifferenzen“ zugrunde gelegt werden könnten.¹²⁵

Betrachtet man die Sitztheorie als Schutztheorie, so war dieser Schutzzweck bereits aufgrund anderer legislativer und judikativer Entscheidungen obsolet. Denn zum einen hatte der BGH die Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften aufgrund eines Staatsvertrags für rechtmäßig erklärt,¹²⁶ so dass gegenüber dem „laxen“ Gesellschaftsrecht Delawares keine Anerkennungsverbote mehr bestanden. Zum anderen waren die Gesellschaften aus Liechtenstein aufgrund der Erstreckung der Grundfreiheiten und damit der Niederlassungsfreiheit auf EWR-Staaten anzuerkennen. Die Abwehr fremder und das „Einsperren“ inländischer Gesellschaften mittels der modifizierten Sitztheorie erscheinen somit sehr willkürlich; ein gesetzgeberisches Ordnungsprinzip ist nicht erkennbar.

De lege ferenda wäre bei einem Übergang zur Gründungstheorie gegenüber Drittstaaten auf europäischer Ebene auch die einzelfallgerechte Durchsetzung von Schutzinteressen möglich. Beispielsweise können Sonderanknüpfungen dem Schutz des deutschen Rechtsverkehrs gegenüber drittstaatlichen Gesellschaften dienen. Anstelle einer Sonderanknüpfung können aber auch inländische Vorschriften wie z. B. zum Gläubigerschutz über eine insolvenzrechtliche Qualifikation gegenüber ausländischen Gesellschaften mit inländischem CO-MI zur Anwendung gebracht werden.¹²⁷ Ähnliches wird für die Erstreckung der unternehmerischen Mitbestimmung¹²⁸ oder auch der „Frauenquote“ auf

122 BGH NJW 2009, 289, 291.

123 Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht, abrufbar unter: http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/16_wp/int_gesr/refer.pdf (zuletzt abgerufen am 17.5.2017); vgl. für eine Bewertung des Referentenentwurfs HÜBNER, aaO (Fn. 35), S. 152ff.

124 SONNENBERGER/BAUER, aaO (Fn. 116), S. 17f.

125 SONNENBERGER/BAUER, aaO (Fn. 116), S. 17f.

126 BGH NJW 2003, 1607ff.

127 Siehe unter III. 1. c).

128 MERKT, ZIP 2011, 1237ff; WELLER, FS Hommelhoff, 2012, S. 1257ff; DERS., IPRax 2017, 167, 174; HÜBNER, aaO (Fn. 35), S. 235ff.

Auslandsgesellschaften diskutiert¹²⁹. Zudem kann in krassen Fällen die „Notbremse“¹³⁰ des *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB gezogen werden. Die Einführung der Gründungstheorie als *loi uniforme* wäre ein Schritt in Richtung mehr Kohärenz, ohne dass gleichzeitig die Schutzinteressen aufgegeben werden müssten. Dann ließe sich mit *Ebke* festhalten: Die wahre Liberalität ist Anerkennung!¹³¹

4. Lehren für das Europäische Internationale Gesellschaftsrecht

Auch wenn die Zeit für einen Europäischen Allgemeinen Teil des IPR noch nicht reif sein mag,¹³² zeigen die angeführten Beispiele, dass die Methodik des IPR zur Bewältigung der Konfliktlagen erforderlich, aber auch häufig ausreichend ist.¹³³ So kann die Anpassung den Normenmangel im Fall der Haftung einer englischen LLP überwinden, während die Methodik der Qualifikation zur rechtssicheren Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut beitragen kann. Demgegenüber kann die sog. Doppelqualifikation die horizontale Kohärenz des unionalen Arbeitnehmerbegriffs und des Gesellschaftsstatuts fördern. Bei national zu bestimmender Anknüpfung von Drittstaaten-Gesellschaften nutzt der BGH ferner die Methode der Transposition um die Drittstaaten-Gesellschaft in eine deutsche Personengesellschaft umzuqualifizieren.

Dies demonstriert: All die Methoden des allgemeinen Kollisionsrechts sind für das Internationale Gesellschaftsrecht in Europa von höchster Relevanz. Insbesondere dienen sie zur Herstellung von Kohärenz, um die verschiedenen Rechtsordnungen in ihrer Anwendung im Einzelfall zu harmonisieren. Bei allem unterschiedlichen Verständnis muss für die Überzeugungskraft einer Rechtsordnung, auch der europäischen (!), der Kohärenzgedanke leitend sein. Ein höherer Grad an Kohärenz ließe sich im internationalen Gesellschaftsrecht durch einen Sekundärrechtsakt erzielen. Diese Idee unterstützt auch die LSE Studie: “This study supports the idea of common EU conflict of laws rules applicable to companies in a future ‘Rome V Regulation’“.¹³⁴ Die GEDIP-Gruppe hat einen solchen Entwurf inzwischen vorgelegt.

129 WELLER/HARMS/RENTSCH/THOMALE, ZGR 2015, 361 ff.

130 SIEHR, FS Kropholler, 2008, S. 211, 223.

131 EBKE, JZ 2003, 927 ff in Anlehnung an Johann Wolfgang von Goethe, Maximen und Reflektionen (nach den Handschriften des Goethe- und Schiller-Archivs, hrsg. von Hecker, S. 190).

132 SONNENBERGER, FS Kropholler, 2008, S. 227, 228: „lässt sich bis heute nicht von einem europaweit übereinstimmenden Gesamtkonzept des allgemeinen Teils des IPR sprechen [...]“

133 Vgl. WELLER, ZGR 2010, 679, 695 ff.

134 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 349.

IV. Kohärenz durch Harmonisierung? – Der GEDIP-Entwurf für eine „Rom-VO“

„Die Durchsetzung von Themen zum Besonderen Teil des IPR ist [...] schwer genug, wie die Vergangenheit gezeigt hat.“¹³⁵ Dass diese Aussage von *Rolf Wagner* auch für das Internationale Gesellschaftsrecht gilt, belegt ein kurzer Blick auf die Vorgeschichte des GEDIP-Entwurfs¹³⁶.

1. Vorgeschichte

In Deutschland lag im Jahr 2008 ein Referentenentwurf¹³⁷ vor, der auf dem Gesetzgebungsvorschlag der Spezialkommission des Deutschen Rats für IPR¹³⁸ basierte; dieser Vorschlag enthielt auch einen Entwurf für einen europäischen Sekundärrechtsakt, der jedoch nicht umgesetzt werden konnte. Die Diskussion um die Einführung des Referentenentwurfs wurde infolge der *Trabrennbahn*-Entscheidung des BGH¹³⁹ und aufgrund des Widerstands „im politischen Meinungsbildungsprozess“¹⁴⁰ ergebnislos beendet. Auf europäischer Ebene stockt der Harmonisierungsprozess ebenfalls. War in dem Stockholmer Programm noch der Hinweis enthalten, dass das Internationale Gesellschaftsrecht harmonisiert werden solle,¹⁴¹ so sind aktuell keine entsprechenden Vorhaben bei der Kommission auf der Prioritätenliste. Allerdings könnte der kürzlich veröffentlichte GEDIP-Entwurf diesen Gesetzgebungsprozess revitalisieren. Schon vor einer Bewertung des Entwurfs dürfte klar sein, dass die Diskussion um eine Harmonisierung des Internationalen Gesellschaftsrechts neue Nahrung erhält.

135 R. WAGNER, in: Leible/Unberath, Brauchen wir eine Rom0-Verordnung?, 2013, S. 51, 59.

136 Groupe européen de droit international privé (GEDIP), Draft rules on the law applicable to companies and other bodies (abrufbar unter: <http://www.gedip-egpil.eu/documents/Milan%202016/GEDIPs%20Proposal%20on%20Companies.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.5.2017); die GEDIP-Gruppe setzt sich aus renommierten internationalen Kollisionsrechtlern zusammen: http://www.gedip-egpil.eu/gedip_membres.html (zuletzt abgerufen am 17.5.2017).

137 Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht, abrufbar unter: http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/16_wp/int_gesr/refe.pdf (zuletzt abgerufen am 17.5.2017)

138 SONNENBERGER, aaO (Fn. 2); vgl. auch HÜBNER, aaO (Fn. 35), S. 151 ff.

139 BGH NJW 2009, 289 ff m. Anm. KIENINGER.

140 BGH NJW 2009, 289, 291.

141 Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz seiner Bürger, ABl. EU 2010 Nr. C 115, S. 1, 13.

2. Vorstellung des GEDIP-Entwurfs

Der GEDIP-Entwurf orientiert sich im Aufbau stark an den Rom-Verordnungen. Es handelt sich um Modellregeln, die als Basis für die Einführung eines europäischen Rechtsakts im Stile einer Rom-VO verwertet werden können. Inhaltlich lassen sich drei Kernfragen identifizieren: (1) der Wahl des Anknüpfungspunktes, (2) die Reichweite des Gesellschaftsstatuts und (3) der Wechsel des anwendbaren Rechts.¹⁴²

Im Folgenden sollen die zentralen Inhalte des GEDIP-Entwurfs vorgestellt, die Unterschiede zum Referentenentwurf herausgearbeitet und anhand der drei Herausforderungen für die Kohärenz im Europäischen Internationalen Gesellschaftsrecht bewertet werden.

a) Sachlicher und räumlicher Anwendungsbereich der Verordnung

Die Art. 1¹⁴³ und Art. 2¹⁴⁴ GEDIP-Entwurf stecken den sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich ab. In sachlicher Hinsicht sind die folgenden Materien von der Anwendung des GEDIP-Entwurfs ausgeschlossen: die vertragliche Haftung der Gesellschaft selbst (Rom I-VO) und die Außenhaftung der Gesellschafter und Geschäftsleiter (Rom II-VO), die sachenrechtlichen Rechte an Aktien oder anderen Beteiligungsrechten, die Insolvenz (EuInsVO)¹⁴⁵, das Recht des Trust und vor allem die Arbeitsbeziehungen und Arbeitnehmerrechte inkl. Beteiligungsrechte (Mitbestimmung).

142 GARCIMARTÍN, The Law Applicable to Companies in the European Union, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2857077 (zuletzt abgerufen am 17.5.2017).

143 “1. This Regulation determines the law applicable to companies (*lex societatis*) and other bodies, corporate or unincorporated (hereinafter “companies”). It shall not apply, in particular, to revenue, customs or administrative matters.

2. The following matters shall be excluded from the scope of this Regulation: (a) contractual and non-contractual obligations of the company itself, and the liability in tort of the members and directors of a company vis à vis third parties; (b) rights in rem over shares or other participation rights; (c) insolvency; (d) the constitution of trusts and the relationship between settlors, trustees and beneficiaries; and (e) labour relationships and employees rights, including rights of participation in the organs of the company.

3. This Regulation does not prejudice the fulfilment of the obligations deriving from social responsibility of companies (corporate social responsibility) as defined by national, European or international norms.”

144 “Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.”

145 Für das Insolvenzrecht enthält der GEDIP-Entwurf die praktisch wichtige Feststellung, dass ein sog. *Debt for Equity Swap* dem Insolvenzrecht unterliegt.

Der GEDIP-Entwurf schafft damit Klarheit im Hinblick auf die Qualifikation in zahlreichen Grenzbereichen. Dies betrifft vor allem die möglichen Erwägungsgründe, in denen eine Verzahnung mit den Ausschlussgründen in Art. 1 Abs. 2 lit. f) Rom I-VO und Art. 1 Abs. 2 lit. d) Rom II-VO stattfinden soll. Damit soll eine Interpretation vermieden werden, mit der Regelungslücken zwischen den Rom I- und II-VO und dem GEDIP-Entwurf entstehen könnten. Beispielsweise soll die Haftung der Gesellschafter und der Leitungsorgane für Verbindlichkeiten der Gesellschaft dem GEDIP-Entwurf unterliegen. Ferner klärt der Entwurf auch die Reichweite des Konzernstatuts, wonach im Einklang mit der herrschenden Meinung¹⁴⁶ für den Schutz der Minderheitsgesellschafter und dritter Parteien das Recht des abhängigen Unternehmens gelten soll.¹⁴⁷ Ebenso wird für die Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut eine Regelung getroffen, die den praktisch relevanten *debt to equity swap*¹⁴⁸ dem Insolvenzstatut unterstellt. Ratsam könnte es sein, die Verordnung um eine Präambel zu ergänzen, die Erwägungsgrund 7 EuInsVO 2017 entspricht. Darin heißt es: „Die vorliegende Verordnung ist so auszulegen, dass Rechtslücken zwischen den beiden vorgenannten Rechtsinstrumenten so weit wie möglich vermieden werden.“ Mit dieser Aussage würde sichergestellt, dass keine Lücken zwischen den Verordnungen entstehen würden.

aa) Drittstaaten

In räumlicher Hinsicht soll es sich bei der Verordnung um *loi uniforme*, also auch gegenüber Drittstaaten anwendbares Recht handeln.¹⁴⁹ Die Lösung entspricht den Rom-Verordnungen wie Art. 2 Rom I-VO und Art. 3 Rom II-VO, aber auch den Vorgaben des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht. Es wäre auch ein Gewinn an Kohärenz, da nationale Rechtsordnungen wie die deutsche zwischen mitgliedstaatlichen einerseits und drittstaatlichen Gesellschaften andererseits unterscheiden.¹⁵⁰ Zugleich würde der doppelten Spaltung des Gesellschaftskollisionsrechts entgegengewirkt werden. Einen wichtigen Beitrag liefert daher der GEDIP-Entwurf für die Kohärenz in Bezug auf Drittstaaten. Mit der Einführung eines *loi uniforme* gem. Art. 2 GEDIP-Entwurf dürfte die modifizierte Sitztheorie mit all ihren Nachteilen obsolet werden. Zwar handelt es sich um ein besonders umstrittenes Thema des Entwurfs, da es auch an den Harmonisierungsmöglichkeiten gegenüber Dritt-

146 BGH NZG 2015, 214, 215; HABERSACK, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl., 2016, § 311 Rdn. 21; KOCH, in: Hüffer/Koch, Komm. z. AktG, 12. Aufl., 2016, § 311 Rdn. 9; KINDLER, aaO (Fn. 33), IntGesR Rdn. 681.

147 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 350.

148 Vgl. DIFFRING, Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, 2012.

149 Vgl. auch Art. 2 Rom I-VO, Art. 3 Rom II-VO.

150 Siehe III. 3.

staaten im Hinblick auf das materielle Gesellschaftsrecht fehlt;¹⁵¹ aus den bereits oben genannten Gründen erscheint ein Übergang zur einheitlichen Anwendung der Gründungstheorie aber rechtspolitisch sinnvoll.¹⁵² Ferner konnte auch kein Mitglied der GEDIP-Gruppe einen Fall aus seiner Jurisdiktion berichten, der zu einem größeren Problem geführt hätte.¹⁵³

bb) Unternehmerische Mitbestimmung

Der Vorschlag enthält sich bei der Mitbestimmung ausdrücklich einer Regelung, wie sich aus den Materialien ergibt.¹⁵⁴ Die Frage nach der Anwendbarkeit der Regeln über die unternehmerische Mitbestimmung bleibt dem nationalen Recht überlassen. Für das deutsche Recht stellt sich die Frage, ob das Mitbestimmungsgesetz als Eingriffsnorm auch gegenüber ausländischen Gesellschaften zur Anwendung gebracht werden kann.¹⁵⁵ Es zeigt sich das Zusammenspiel mit den Normen zur Einschränkung der Gründungstheorie, d. h. vor allem den Eingriffsnormen in Art. 10 GEDIP-Entwurf. Das Ausklammern dieser Thematik könnte sich auf den ersten Blick als geschickt erweisen, da die Frage nach der Zukunft der unternehmerischen Mitbestimmung ein wesentlicher Grund für das Scheitern des Referentenentwurfs in Deutschland war. Konkret stellt sich jedoch die Frage nach dem Widerstand von Gewerkschaftsseite, da sie die Umgehung der Mitbestimmung durch EU-Auslandsgesellschaften befürchten könnte.¹⁵⁶ Zu beachten ist jedenfalls, dass Strategien zur Mitbestimmungsvermeidung – wie die Installierung einer Auslandsgesellschaft als Komplementär einer KG – hinreichend bekannt sind und auch genutzt werden.¹⁵⁷ Dieser Trend hält an.¹⁵⁸ Da der Gesetzgeber um keine Klarstellung bemüht und bisher keine Rechtsprechung zu dieser Frage ergangen ist, ist die Frage noch ungeklärt. Ob sich auf dieser Basis die politischen Widerstände überwinden lassen, erscheint zweifelhaft, zumal der gescheiterte Referentenentwurf eine solche Regelung nicht vorsah und trotzdem nicht realisiert wer-

151 GARCIMARTÍN, aaO (Fn. 142), S. 12; vgl. auch HÜBNER, aaO (Fn. 35), S. 302 ff.

152 Siehe C. III. 3.

153 GARCIMARTÍN, aaO (Fn. 142), S. 12.

154 GEDIP, Vingt-sixième réunion Milan, 16-18 septembre 2016, Compte rendu des séances de travaux, p. 15 Fn. 10: "this proposal does not take any stand on whether the participation of employees in the organs of a company (ie codetermination) may be characterised as an overriding mandatory provision or not."

155 WELLMER, FS Hommelhoff, S. 1275 ff; a. A. HÜBNER, aaO (Fn. 35), S. 241 ff.

156 Vgl. PÜTZ/SICK, WSI aktuell 1/2011, 34 ff.

157 TEICHMANN, ZGR 2014, 220 ff; Angeblich soll der (frühere) CEO von Air Berlin, Joachim Hunold, geäußert haben, mit dieser grenzüberschreitenden Gesellschaftstypenkombination deutsche Gesetze zur Mitbestimmung umgehen zu wollen, vgl. BT-Drucks. 14/1713, S. 2.

158 ESSLINGER, Immer mehr Firmen drücken sich um die Mitbestimmung, SZ v. 13.5.2016, S. 5.

den konnte. Möglicherweise kann die aktuelle Entscheidung des EuGH in der Sache *Erzberger*¹⁵⁹ einen wichtigen Impuls liefern, auch wenn sie sich nur auf die Europarechtskonformität (Art, 18, 45 AEUV) der fehlenden Wahlberechtigung ausländischer Arbeitnehmer für die Wahl der Arbeitnehmervertretung bei deutschen Gesellschaften bezieht. Die Implementierung einer Verhandlungslösung in das deutsche Recht, wie sie bei der SE vorgesehen ist, wäre daher sinnvoll.¹⁶⁰

cc) CSR

Bemerkenswert ist Art. 1 Abs. 3 GEDIP-Entwurf, wonach die Verordnung nationalen, europäischen oder internationalen CSR-Regelungen nicht vorgreifen will. Unweigerlich denkt man zunächst an die Umsetzung der CSR-Richtlinie¹⁶¹; danach müssen „große Unternehmen, die von öffentlichem Interesse sind“ und durchschnittlich mehr als 500 Mitarbeiter beschäftigen, „in den Lagebericht eine nichtfinanzielle Erklärung“ aufnehmen, inwiefern ein Konzept zur „Achtung der Menschenrechte“ besteht. Wirft man einen Blick in die Entstehungsgeschichte der Norm, erscheint die Nicht-Regelung bemerkenswert. Denn es war zunächst eine sehr weitreichende Norm vorgesehen, wonach die Rechtsordnung gelten sollte, die den stärksten Schutz im Bereich der CSR vorsieht.¹⁶² Jedoch sah die GEDIP aus verschiedenen Gründen von dieser Regelung ab. Das Konzept der CSR sei noch zu unpräzise gefasst. Die Kosten für die Unternehmen seien bei Einführung einer solchen Regelung unabsehbar und die kollisionsrechtliche Verordnung der falsche Ort für eine derartige Regelung. Stattdessen solle eine einheitliche materielle Regelung gefunden werden.¹⁶³ Auch an dieser Stelle kann eine nationale Eingriffsnorm zur An-

159 EuGH, Urt. v. 18.7.2017, Rs. C-566/15 – *Erzberger*; vgl. dazu HABERSACK, NZG 2017, 2021 ff.; KAINER, NJW 2017, 2605 ff.; KRAUSE, JZ 2017, 1003 ff.; RÖDL, EuZW 2018, 88, 90 ff.

160 Vgl. TEICHMANN, FS Müller-Graff, 2015, S. 259 ff.

161 RL 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2014 zur Änderung der RL 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen von Bedeutung für den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. EU L 330; vgl. dazu EUFINGER, EuZW 2016, 424 ff.; NIETSCH/MUNIETTO, CB 2016, 177 ff.; ROTH-MINGRAM, NZG 2015, 1341 ff.

162 GEDIP, Vingt-sixième réunion Milan, 16-18 septembre 2016, Compte rendu des séances de travaux, p. 23: “Nonobstant l’article 3, les questions liées à la responsabilité sociétale des entreprises, à partir du moment où elles affectent l’organisation de la société, sont soumises à la loi la plus protectrice soit du siège social statutaire, soit de l’incorporation, soit du siège social réel, soit des activités de la société.”

163 GEDIP, Vingt-sixième réunion Milan, 16-18 septembre 2016, Compte rendu des séances de travaux, p. 23; vgl. zu den Grenzen der Harmonisierung gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten, HÜBNER, aaO (Fn. 35), S. 302 ff.

wendung inländischen Rechts auf ausländische Gesellschaften führen. In diesem Zusammenhang ist auf ein neues französisches Gesetz hinzuweisen, mit dem der französische Gesetzgeber eine deliktische Haftung für die fehlerhafte Aufstellung eines sog. *plan de vigilance* zur Einhaltung der Menschenrechte durch das Unternehmen¹⁶⁴ implementiert. Damit hat Frankreich rechtspolitisches Neuland betreten.

b) Anknüpfungspunkt: Gründungstheorie

Als grundsätzlicher Anknüpfungspunkt ist in Art. 4 GEDIP-Entwurf der Gründungsort normiert; die Festlegung auf die Gründungstheorie wird dadurch flankiert, dass der GEDIP-Entwurf seine Verweisungen im Stile der Rom-Verordnungen als Sachnormverweisung einordnet.¹⁶⁵ Dies stützt der Entwurf auf drei nachvollziehbare Erwägungen aus dem Case Law des EuGH:¹⁶⁶

- Gesellschaften sind Geschöpfe ihrer Rechtsordnung; sie existieren deshalb nur, soweit sie nach diesem Recht wirksam gegründet worden sind (sog. Geschöpftheorie¹⁶⁷).¹⁶⁸
- Jeder Mitgliedstaat bestimmt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gesellschaft nach seinem Recht gegründet werden kann, und insbesondere ob nicht nur der Registersitz, sondern auch der Verwaltungssitz in seinem Staatsgebiet liegen muss.¹⁶⁹
- Wenn aber eine Gesellschaft nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats wirksam gegründet wurde, gilt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung.¹⁷⁰

164 Vgl. die Homepage des französischen Senats: <http://www.senat.fr/leg/pp16-159.html> (zuletzt abgerufen am: 17.5.2017); vgl. den Gesetzesentwurf auf der Homepage des französischen Wirtschafts- und Finanzministeriums: <http://www.economie.gouv.fr/devoir-de-vigilance-des-entreprises> (zuletzt abgerufen am 17.5.2017); vgl. zu dem Gesetzesentwurf WELLER/KALLER/SCHULZ, AcP 2016, 387, 416.

165 “Where the law applicable cannot be determined under Article 3, a company shall be governed by the law of the country within the territory of which its central administration is located at the moment of formation of the company. However, if the company is manifestly more closely connected with the law of another country, that law will apply.”

166 GARCIMARTÍN, aaO (Fn. 142), S. 3.

167 REHM, in: Eidenmüller, Ausl. Kapitalgesellschaften im dt. Recht, 2004, § 2 Rdn. 61.

168 EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-210/06 – *Cartesio*, NZG 2009, 61, 67, Rdn. 104; vgl. dazu TEICHMANN, LMK 2009, 275584; EuGH, Urt. v. 12.7.2012, Rs. C-378/10 – *Vale*, NZG 2012, 871, 873, Rdn. 27; vgl. WELLER, LMK 2012, 336113.

169 EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-210/06 – *Cartesio*, NZG 2009, 61, 67, Rdn. 110; EuGH, Urt. v. 12.7.2012, Rs. C-378/10 – *Vale*, NZG 2012, 871, 873, Rdn. 29.

170 EuGH, Urt. v. 9.3.1999, Rs. C-212/97 – *Centros*, NJW 1999, 2027, 2028, Rdn. 17; EuGH, Urt. v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 – *Überseering*, NJW 2002, 3614, 3617, Rdn. 95; EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-210/06 – *Inspire Art*, NJW 2003, 3331, 3333, Rdn. 95.

Auch wenn damit noch die Sitztheorie weiterhin Geltung beanspruchen kann, sofern die Mitgliedstaaten ihren eigenen Gesellschaften die Sitztheorie vorschreiben, sprechen die bereits angeführten Erwägungen¹⁷¹ für die Einführung der Gründungstheorie. Hinzu kommt, dass der Gründungsort regelmäßig einfacher zu bestimmen ist als der Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes, wie auch das *Case Law* des EuGH zum COMI beweist.¹⁷²

In dogmatischer Hinsicht lehnt sich der GEDIP-Entwurf an die Rom-Verordnungen an, da die Parteiautonomie als grundlegendes Rechtsprinzip gelten soll¹⁷³, vgl. Art. 3 Rom I-VO. Demgegenüber soll die Sitztheorie gemäß Art. 4 GEDIP-Entwurf nur als *default* im Fall der Unbestimmbarkeit des anwendbaren Rechts mittels Art. 3 GEDIP-Entwurf gelten. Der Schutz der Interessen von Stakeholder wie Gläubigern und Arbeitnehmern ist anderen Normen des GEDIP-Entwurfs oder anderen Statuten wie dem Insolvenzstatut zugewiesen (dazu sogleich). Sehr positiv ist zudem zu bewerten, dass mit der Einführung der Gründungstheorie die uneinheitliche Beurteilung der Anknüpfungspunkte in den nationalen mitgliedstaatlichen Kollisionsrechten überwunden wäre, die die LSE Studie ermittelt hatte.¹⁷⁴

c) Reichweite des Gesellschaftsstatuts

Zur Reichweite des Gesellschaftsstatuts finden sich ähnliche Regelungen wie im Referentenentwurf in Art. 5 GEDIP-Entwurf, die jedoch etwas detaillierter sind.¹⁷⁵ Die Regelungen korrelieren mit den Einschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs in den Rom-Verordnungen und sind im Zusammenhang

171 Siehe III. 3.

172 GARCIMARTÍN, aaO (Fn. 142), S. 11.

173 GARCIMARTÍN, aaO (Fn. 142), S. 9.

174 Siehe unter I. 1.

175 "The law designated by Articles 3 and 4 shall govern, in particular:

(a) the foundation of the company, including liability for acts performed on behalf of a company before its incorporation, its reorganization and winding-up;

(b) the name of the company;

(c) without prejudice to Article 6, its legal nature, general capacity, capacity to act and representative bodies;

(d) its internal functioning, organization and capital structure;

(e) accounts, auditing and disclosure;

(f) membership, including: [...]

(g) the liability of directors vis à vis the members of the company and the company itself;

(h) the liability of members vis à vis others members of the company and the company itself;

(i) without prejudice to Article 7, the liability of directors and members for obligations of the company; and

mit den Erwägungsgründen des GEDIP-Entwurfs zu lesen. Die Norm fokussiert sich auf die Binnenperspektive der Gesellschaft, also das Gesellschaftsbinnenrecht. Darin zeigt sich das Zusammenspiel von Anknüpfungspunkt und Reichweite des Statuts. Denn wenn der Anknüpfungspunkt auf das fremde Recht verweist, das Statut aber einen eher engeren Rahmen setzt, besteht weiterhin die Möglichkeit, die *lex fori* anzuwenden. Dies zeigt sich am Beispiel des Insolvenzrechts nach der *Kornhaas*-Entscheidung.¹⁷⁶ Die Entscheidung lässt eine weite Interpretation des Insolvenzrechts zu; sie ermöglicht gleichzeitig die Anwendung der Normen auf EU-Auslandsgesellschaften, indem sie eine Bereichsausnahme für Tätigkeitsausübungsregeln im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit schafft. Mit anderen Worten: die Gründungstheorie führt nicht dazu, dass die Auslandsgesellschaft nur der Rechtsordnung ihres Gesellschaftsstatuts unterliegt. Dies wäre nach der analytischen Methode des IPR auch nicht zu erwarten. Die Einführung der Gründungstheorie steigert damit die horizontale Kohärenz zwischen den einzelnen EU-Rechtsakten, indem sie bei Beurteilung der Auslandsgesellschaften Rechtssicherheit schafft. Die analytische Methode wäre als Gegenspieler der Kohärenz reduziert. Es bestünde damit eine höhere Rechtssicherheit bei der Abgrenzung der einzelnen Statute.

d) Wechsel des anwendbaren Rechts

Aus dem neueren Case Law des EuGH, das nach dem Referentenentwurf ergangen ist, folgt, dass alle grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgänge unter Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit, die zur Änderung des Gesellschaftsstatuts führen, den Schutz der Niederlassungsfreiheit genießen.¹⁷⁷ Für den Wegzugsstaat gilt seit der *Vale*-Entscheidung, dass der Zuzugsstaat ausländischen Gesellschaften die gleichen Regeln für die Umwandlung gewähren muss wie seinen eigenen Gesellschaften. Die Art. 8 und 9 GEDIP-Entwurf widmen sich dem Wechsel des anwendbaren Rechts und damit einer Satzungs-sitzverlegung, die unabhängig von der Verwaltungssitzverlegung erfolgt. Dies sei die Konsequenz aus der Einführung der Gründungstheorie, da ein Wechsel des Verwaltungssitzes unter der Prämisse der Gründungstheorie irrelevant sei.¹⁷⁸

(j) the consequences of failure to fulfil the formal requirements for incorporation on the validity of the incorporation of a company.”

176 EuGH, Urt. v. 10.12.2015, Rs. C-594/14 – *Kornhaas*, NJW 2016, 223 ff m. Anm. WELLER/HÜBNER; KINDLER, EuZW 2016, 136 ff; SCHALL, ZIP 2016, 289 ff; SCHOLZ, ZEuP 2016, 963 ff; WANSLEBEN, EWS 2016, 72 ff.

177 EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-210/06 – *Cartesio*, NZG 2009, 61, 67, Rdn. 113.

178 GARCIMARTÍN, aaO (Fn. 142), S. 13.

Art. 8 Abs. 2 GEDIP-Entwurf enthält die Grundregel, wonach eine Umwandlung möglich ist, sofern Wegzugs- und Zuzugsstaat dies vorsehen. Der Wegzugsstaat regelt den Schutz der Minderheitsgesellschafter und der Gläubiger, der Zuzugsstaat die Voraussetzungen der „Neugründung“. Art. 9 GEDIP-Entwurf stellt eine besondere Regelung für Gesellschaften aus Mitgliedstaaten dar, wonach ein Sitzungssitzwechsel unter Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit erfolgen kann. In Drittstaatenfällen (Weg- und Zuzug aus Drittstaat) wird dies von der Rechtsordnung des Drittstaats abhängig gemacht, vgl. Art. 9 Abs. 2, 3 GEDIP-Entwurf.

Diese Regelungen können als sehr guter erster Schritt in Richtung der kollisionsrechtlichen Absicherung der Sitzverlegung interpretiert werden. Wie unter b) ausgeführt, kodifiziert sie vor allem die Rechtsprechung des EuGH. Allerdings enthält der GEDIP-Entwurf keine materiellen Verschmelzungsregeln.¹⁷⁹ Dafür sei ein weiterer harmonisierender Rechtsakt erforderlich. Aus Sicht der horizontalen Kohärenz belegt dies wiederum die zentrale Bedeutung der Einführung einer Sitzverlegungsrichtlinie.¹⁸⁰ Dies fordert auch die LSE Studie.¹⁸¹

e) Ausgleich für Gründungsanknüpfung

Mit der Entscheidung gegen die Sitztheorie, die zu dem präventiven Schutz inländischer Interessen führt, müssen inländische Schutzinteressen über andere Instrumente durchgesetzt werden.¹⁸² Bei funktionaler Betrachtung der Normen, die die Gründungstheorie einschränken, erscheint es sinnvoll, die Verkehrsschutzregeln der Art. 6, 7 GEDIP-Entwurf mit den Regeln zum positiven und negativen *ordre public* zusammen zu betrachten.

aa) Verkehrsschutz

Zunächst bestätigt Art. 6 Satz 1 GEDIP-Entwurf, dass die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft und die Vertretungsmacht der Geschäftsleiter dem Gesellschaftsstatut unterliegen. Die Vertrauensschutzregelung in Satz 2, die dem Art. 13 Rom I-VO entspricht, kann jedoch nur gegenüber Drittstaaten-Gesellschaften in Anwendung gebracht werden, da der Art. 10 Publizitätsrichtlinie¹⁸³ EU-

179 GARCIMARTÍN, aaO (Fn. 142), S. 23.

180 Siehe IV. 2. b).

181 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 351.

182 GARCIMARTÍN, aaO (Fn. 142), S. 12.

183 Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 des Vertrags im Interesse der Gesell-

Gesellschaften den *ultra-vires*-Einwand abschneidet.¹⁸⁴ Art. 7 GEDIP-Entwurf zwingt Gesellschaften demgegenüber zur Offenlegung ihrer Herkunft; durch diese Information soll jeder in die Lage versetzt werden, das Risiko eines Vertragsschlusses mit der Gesellschaft einschätzen und bewerten zu können. Bei fehlender Offenlegung sollen die Geschäftsleiter und Gesellschafter – inspiriert von Art. 159 Schweizer IPRG – für eine Missachtung der Offenlegung nach Satz 1 gemäß dem lokalen Recht haften. Art. 7 GEDIP-Entwurf dient also dem Schutz der lokalen Gläubiger vor Fehlvorstellungen über die Herkunft der Gesellschaft.¹⁸⁵ Die Regeln des GEDIP-Entwurfs erscheinen vor diesem Hintergrund als angemessener Schutz des inländischen Verkehrs unter Zugrundlegung der Gründungstheorie.¹⁸⁶

bb) Ordre public und Eingriffsnormen

Demgegenüber behandeln die Art. 10¹⁸⁷ und 11¹⁸⁸ GEDIP-Entwurf die Fragen des positiven und negativen *ordre public*, also die Eingriffsnormen und den *ordre public* i.e.S. Da der negative *ordre public* im Internationalen Gesellschaftsrecht selten und unter Geltung der Niederlassungsfreiheit seit *Centros* nicht angewendet wird, ist vor allem der positive *ordre public* (Eingriffsnormen) in den Blick zu nehmen.¹⁸⁹ Denn angesichts der von der LSE Studie diagnostizierten Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen (Unternehmerische Mitbestimmung, Firmennamen, Inhibitionsregeln oder Ar-

schafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EG Nr. L 258, 2009, 11 ff.

184 GARCIMARTÍN, aaO (Fn. 142), S. 21.

185 GARCIMARTÍN, aaO (Fn. 142), S. 22.

186 Vgl. auch Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 300.

187 “1. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the company under this Regulation.

2. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.

3. Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of another country in which the company has its central administration or is carrying on activities. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.”

188 “The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.”

189 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 215.

beitsrecht) und dem mangelnden Case Law könnte eine ausdrückliche Regelung Unklarheiten beseitigen helfen.¹⁹⁰

Neben dem aus den anderen Rom-Verordnungen bekannten Art. 11 GEDIP-Entwurf ist vor allem die Formulierung des Art. 10 GEDIP-Entwurf interessant. Abs. 1 und 2 entsprechen denen des Art. 9 Rom I-VO, um den Ausnahmecharakter der Normen zu betonen und die Entscheidung pro Gründungstheorie nicht zu unterlaufen.¹⁹¹ Jedoch lässt sich Art. 10 Abs. 3 GEDIP-Entwurf, der wie Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO seine Anwendung dem Ermessen des Richters unterstellt, eine Tendenz zum Ausbau von Eingriffsnormen entnehmen. Die Eingriffsnormen von Drittstaaten, in denen die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz hat oder Geschäftstätigkeiten ausübt, sollen ebenfalls berücksichtigt werden können. Damit ist eine große räumliche Reichweite von Eingriffsnormen möglich. Dies soll also auch gelten, obwohl gegenüber Drittstaaten keine Harmonisierung in gleichem Umfang wie innerhalb der EU möglich ist.¹⁹² Aus den Materialien der GEDIP geht hervor, dass die Beteiligten das zentrale Anknüpfungskriterium nicht „durch die Hintertür“ relativieren wollten. So heißt es ausdrücklich zu einer ursprünglichen, sehr weitreichenden Fassung des Art. 10 GEDIP-Entwurf: »*En laissant l'article 10 comme tel, on risque d'ouvrir la boîte de pandore.*«¹⁹³ Um dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, aber auch dem Richter eine Anleitung an die Hand zu geben, dürfte es sich zudem empfehlen, eine enumerative, nicht abschließende Aufzählung der Bereiche („insbesondere“) zu ergänzen, in denen eine Eingriffsnorm in Frage kommt. Eine solche Eingrenzung anhand einzelner Beispiele würde auch dem Kohärenzgedanken Rechnung tragen.

Eine Bewertung der Einschränkungen der Gründungsanknüpfung fällt positiv aus. Die Einschränkungen gewähren dem Rechtsanwender die nötige Flexibilität, ohne die Entscheidung für die Gründungstheorie wieder aufzuheben. Spannend bleibt abzuwarten, ob sich der *ordre public* und die Eingriffsnormen als Korrekturmechanismen gegenüber drittstaatlichem Recht entwickeln können. Unter Anwendung der Sitztheorie bestand keine Notwendigkeit für den Einsatz des *ordre public* im Internationalen Gesellschaftsrecht.¹⁹⁴ Die bei Anwendung der Gründungstheorie gesteigerte Kohärenz würde durch eine solche Lösung nicht relativiert.

190 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 215.

191 GARCIMARTÍN, aaO (Fn. 142), S. 24.

192 Vgl. zur fehlenden Harmonisierungsmöglichkeit gegenüber Drittstaaten HÜBNER, aaO (Fn. 35), S. 302 ff.

193 GEDIP, Vingt-cinquième réunion Luxembourg, 18-20 septembre 2015, Compte rendu des séances de travaux.

194 Vgl. HÜBNER, aaO (Fn. 35), S. 298 ff; vgl. zu den geringem Einsatz im Internationalen Gesellschaftsrecht v. HEIN, aaO (Fn. 51), Art. 6 EGBGB Rdn. 280.

3. Bewertung des GEDIP-Entwurfs anhand der Kohärenzherausforderungen

Die Gretchenfrage lautet nun: Trägt der GEDIP-Entwurf zu Überwindung der Kohärenzhürden bei? Die Frage soll auch anhand der unter III. angesprochenen Herausforderungen für die Kohärenz beantwortet werden.

Die Klarstellung der Reichweite des Gesellschaftsstatuts würde in den oben geschilderten Fällen der Haftung der inländischen LLP oder auch der Abgrenzung von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht einen Zugewinn an interner horizontaler Kohärenz bedeuten. Es wird eine bessere Abgrenzung der einzelnen Statute ermöglicht. Dennoch sind gerade in dem Bereich der Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut einige Konkretisierungen zu leisten, die insbesondere der EuGH erbringen könnte. Dazu gilt es weitere nationale Rechtsinstitute mit Nähe zum Insolvenzrecht wie die Insolvenzverschleppungshaftung oder die Existenzvernichtungshaftung dem Insolvenz-, dem Gesellschafts- oder dem Deliktsstatut zuzuordnen.¹⁹⁵

Im Hinblick auf das Verständnis des unionalen Arbeitnehmerbegriffs, der in konsequenter Fortführung der Rechtsprechung des EuGH auch das Bestellungsverhältnis erfasst, liefert der GEDIP-Entwurf den Hinweis, dass nach Art. 1 Abs. 2 lit. e) GEDIP-Entwurf Arbeitsbeziehungen (*labour relationships*) ausgeklammert sein sollen. Dies würde bedeuten, dass das Anstellungsverhältnis nicht dem Gesellschaftsstatut unterliegt. Wie sich dies aber mit der Rechtsprechung des EuGH in *Ferho* vereinbaren lässt, ist unklar. Eine Doppelqualifikation scheint auch unter Zugrundelegung des GEDIP-Entwurfs die einzige Möglichkeit, eine interessengerechte Lösung zu finden, die im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH steht. Eine Lösung dieses Problems hält der GEDIP-Entwurf aber nicht bereit.

Den größten Kohärenzgewinn würde der GEDIP-Vorschlag im Hinblick auf das „doppelt“ gespaltene Kollisionsrecht bringen. Die unionsweite Harmonisierung der Anknüpfungspunkte würde auch in Ländern ohne einschlägiges Case Law wie Griechenland¹⁹⁶ den Binnenmarkt befördern. Damit würde die Legitimität und Akzeptanz gerade auch in Rechtsordnungen gefördert, die wenig bis kaum nationales Case Law in diesem Bereich kennen. Zudem könnten die gravierenden Unterschiede zwischen der Behandlung mitgliedstaatlicher und drittstaatlicher Gesellschaften eingeebnet werden. Die Spaltung des Kollisionsrechts mit seinen vertikalen und horizontalen Inkohärenzen wäre zumindest erheblich abgemildert.

Der GEDIP-Entwurf würde somit die Kohärenzherausforderungen abmildern, wenn auch nicht abschließend lösen. Es käme aber in den zahlreichen

195 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 316.

196 Siehe I. 1.; Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 91.

neuralgischen Grenzbereichen sowohl zu einer erheblichen Kohärenzsteigerung in vertikaler wie horizontaler Hinsicht als auch zu einer Verbesserung der Rechtssicherheit.¹⁹⁷ Die offenen Fragen der Mitbestimmung, CSR oder auch der materiellen Regelungen der Sitzverlegung stehen hinter den mit dem GEDIP-Entwurf zu erreichenden Vorteilen zurück. Die Verordnung erscheint auch notwendig, obwohl das Rechtsprinzip der Anerkennung im Hinblick auf Gesellschaften häufig dieselben Ergebnisse erzielen wird. Für eine Verbesserung gegenüber dem Status quo betreffend die Frage des Anknüpfungspunktes spricht, dass mit dem GEDIP-Entwurf die kollisionsrechtliche Absicherung der EuGH-Judikate zur Niederlassungsfreiheit erfolgt. Dass Art. 8 GEDIP-Entwurf die kollisionsrechtliche Rechtslage für die Sitzverlegung klärt, erscheint ebenfalls als ein wichtiger Schritt. Ebenso große Vorteile ergeben sich für die Reichweite des Gesellschaftsstatuts, denn es erfolgen klarere Abgrenzungen zu benachbarten Statuten; zudem werden Lücken zwischen den Statuten geschlossen. Sofern Fragen dem nationalen Recht überlassen sind (wie die Einordnung von Haftungsinstrumenten im Grenzbereich von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht), hilft mittelfristig eine klare europäische Regel für Vorlagen und Konturierung, auch wenn weitere Zeit für zunehmende Kohärenz notwendig ist. Denn die Herstellung von Kohärenz ist auch ein Prozess.

V. Policy options der EU-Kommission

Die EU-Kommission sieht in ihrer aktuellen Konsultation, die sie auf Basis der LSE Studie durchführt, einen „ergebnisoffenen Prozess“¹⁹⁸. Dabei kommt neben einem legislativen Nichthandeln dem GEDIP-Entwurf eine zentrale Rolle zu.

1. Kompromisslinien

Als Kompromisslinie und Mittelweg könnte sich eine reduzierte Form des GEDIP-Entwurfs erweisen. Der Rechtsakt könnte zumindest das Case Law des EuGH kodifizieren und vor allem eine klare Abgrenzung zu den existierenden Rechtsakten wie den Rom-Verordnungen und die EuInsVO schaffen. Die Erfahrung aus anderen kollisionsrechtlichen Projekten und den Vorgängerprojekten des GEDIP-Entwurfs lehrt aber Demut, was die Vorstellungen

197 Vgl. Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 274.

198 EU Company law upgraded: Rules on digital solutions and efficient cross-border operations, S. 2.

zur Umsetzung betrifft.¹⁹⁹ Ein Beispiel betrifft die Drittwirkung der Abtretung, die trotz einer Kollisionsnorm zur Abtretung in Art. 14 Rom I-VO nicht in der Rom I-VO geregelt ist, vgl. Art. 27 Abs. 2 Rom I-VO.²⁰⁰ Dies ist negativ für die Kreditpraxis, da in einer zentralen Frage des Abtretungsrechts Rechtsunsicherheit herrscht.

Vor diesem Hintergrund wäre es denkbar, den Sekundärrechtsakt auf Regelungen gegenüber EU-Auslandsgesellschaften und rein statische Verhältnisse zu beschränken. Eine Ausklammerung drittstaatlicher Gesellschaften widerspräche dem Gedanken des *loi uniforme* der anderen Rom-Verordnungen. Sie ist aber dem europäischen Kollisionsrecht nicht unbekannt, wie die EuGVO zeigt. Da zahlreiche Staaten einer Spielart der Sitztheorie gegenüber Drittstaaten-Gesellschaften folgen, erscheint ein Veto in dieser Frage möglich. Inwiefern die Zulassung weiterreichender Eingriffsnormen die mitgliedstaatlichen Schutzinteressen befriedigen kann, ist offen.

Mit einer Beschränkung auf rein statische Sachverhalte wäre ein Ausschluss kollisionsrechtlicher Regelungen der Sitzverlegung verbunden. Auch wenn für eine rechtssichere EU-weite Sitzverlegung nicht nur kollisions-, sondern auch vor allem sachrechtliche Normen zu vereinheitlichen wären, dürfte hier ein erhebliches Konfliktpotential bestehen. Dies gilt umso eher, da eine Sitzverlegungsrichtlinie trotz mehrerer Anläufe²⁰¹ immer noch nicht in Sicht ist. Es erscheint daher überzeugend, wenn die LSE Studie eine Richtlinie für Satzungssitzverlegungen fordert.²⁰²

2. Eine Gesamtkodifikation des Europäischen Kollisionsrechts?

Als erfolgversprechendste Option bietet sich eine behutsame Fortentwicklung des kollisionsrechtlichen *Acquis* an, um eine kohärente Entwicklung des europäischen IPR zu gewährleisten. Dazu müssten sukzessiv die verschiedenen Bereiche des IPR im Verordnungswege harmonisiert werden. Gerade für das Internationale Gesellschaftsrecht könnte dies ein sinnvolles Szenario darstellen. Die Erfahrung mit dem DCFR lehrt, dass solche Mammutprojekte häufig (noch) nicht konsensfähig sind. Nimmt man das gesamte europäische IPR in den Blick, erscheint eine wachsende Kodifikation²⁰³ eher realisierbar als eine Gesamtkodifikation im IPR, auch wenn – im Einklang mit der LSE Studie –

199 Siehe I., V. 1.

200 HÜBNER, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.12.2017, Art. 14 Rom I-VO Rdn. 25 ff; MARTINY, aaO (Fn. 98), Art. 14 Rom I-VO Rdn. 36 ff.

201 Vgl. zu den Erwartungen der Praxis an eine Sitzverlegungsrichtlinie KIEM, ZHR 2016, 289 ff.

202 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 351.

203 Vgl. BASEDOW, aaO (Fn. 22), S. 4, 23.

eine solche i. S.e. *European Code of Private International Law* im Hinblick auf die Vereinheitlichung der Begrifflichkeiten und Dogmatik wünschenswert wäre.²⁰⁴ Unabhängig von den dogmatischen Erwägungen und den Erfahrungen im Vertragsrecht (DCFR²⁰⁵) sollte ein solches Vorgehen auch eher umsetzbar sein. So führte *Basedow* aus: „Kodifikationsprojekte haben im Allgemeinen eher Erfolg, wenn sie sich darauf beschränken, vorhandenen Stoff zu ordnen“. Gleichwohl ginge ein entsprechender europäischer Sekundärrechtsakt über die Kodifikation des bestehenden kollisionsrechtlichen *Acquis* zumindest in Teilen hinaus. Die Verabschiedung des GEDIP-Entwurfs würde einen sehr großen Beitrag zur Steigerung der vertikalen und horizontalen Kohärenz im Europäischen Internationalen Gesellschaftsrecht leisten. Es bleibt zu hoffen, dass aus Sicht der EU-Kommission am Ende des Konsultationsprozesses nicht ein weiteres Zitat von *Karl Valentin* zu bemühen ist: „Mögen hätt‘ ich schon wollen, aber dürfen hab ich mich nicht getraut.“

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Die LSE Studie zum Internationalen Gesellschaftsrecht hat die folgenden fünf Punkte u. a. als wichtige Themen für eine sinnvolle Harmonisierung des Internationalen Gesellschaftsrecht definiert: (1) die Einheitlichkeit der Anknüpfungspunkte, (2) die Geltung als *loi uniforme* auch gegen über Drittstaaten-Gesellschaften, (3) die klare Reichweite des Statuts, (4) die Begrenzung der Möglichkeit von Eingriffsnormen und (5) der Rechtsrahmen der Sitzverlegung.

2. Für eine kohärente Rechtsentwicklung im Europäischen (Gesellschafts-) Kollisionsrecht lassen sich m. E. drei Herausforderungen identifizieren: (1) die analytische Methode des IPR, die zu einer Unterteilung des einheitlichen Lebenssachverhalts auf verschiedene Statute (z. B. Gesellschafts-, Delikts- oder Insolvenzstatut) und damit verschiedene Rechtsordnungen führen kann, (2) der Widerspruch zwischen teleologischer und systematischer Auslegung, der einer kohärenten Auslegung entgegenstehen kann und (3) die doppelte Spaltung des Kollisionsrechts, zum einen in Bezug auf die Wahl des Anknüpfungspunktes der einzelnen Mitgliedstaaten gegenüber EU-Auslandsgesellschaften, zum anderen in Bezug auf die Trennung zwischen unionalen und drittstaatlichen Sachverhalten.

3. Die Methodik des IPR kann zur Bewältigung der Inkohärenzen beitragen. Die Qualifikation oder die Doppelqualifikation, die Anpassung, der *ordre*

204 Study on the Law Applicable to Companies – Final report, 2016, 349.

205 EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN, JZ 2012, 269ff; vgl. zum CESL SVOBODA, ZEuP 2015, 689ff.

public oder die Transposition sind für das Internationale Gesellschaftsrecht in Europa von höchster Relevanz. Insbesondere dienen sie zur Herstellung von Kohärenz, um die verschiedenen Rechtsordnungen in ihrer Anwendung im Einzelfall zu harmonisieren.

4. Der GEDIP-Entwurf im Stile einer Rom-VO kodifiziert in zentralen Bestandteilen das bisherige *Case Law* des EuGH. Er enthält drei zentrale Bausteine: (1) die Einführung der Gründungstheorie als *loi uniforme*, d.h. auch gegenüber Gesellschaften aus Drittstaaten, (2) die Definition der Reichweite des Gesellschaftsstatuts unter Beschränkung auf das Binnenrecht der Gesellschaft und (3) die kollisionsrechtliche Ermöglichung des Wechsels des anwendbaren Rechts innerhalb der EU ohne Verlust der Rechtspersönlichkeit.

5. Die Realisierung des GEDIP-Entwurfs würde die Kohärenzherausforderungen abmildern, wenn auch nicht abschließend lösen. Es käme aber in den zahlreichen neuralgischen Grenzbereichen sowohl zu einer erheblichen Kohärenzsteigerung in vertikaler wie horizontaler Hinsicht, d.h. innerhalb der Unionsrechtsakte als auch im Verhältnis zwischen unionalem und mitgliedstaatlichem Recht, als auch zu einer Verbesserung der Rechtssicherheit.

6. Der EU-Kommission stehen als *policy options* neben der vorzugswürdigen Verabschiedung des GEDIP-Entwurfs als eine „Rom-VO“ die Möglichkeit des legislativen Nichthandeln oder aber als Mittelweg eine reduzierte Fassung der Rom-VO zur Verfügung. Denkbare Kompromisslinien sind die Beschränkung auf reine Binnenmarktsachverhalte, d.h. auf EU-Auslandsgesellschaften, oder die Reduzierung auf rein statische Verhältnisse, sodass Fragen der Sitzverlegung ausgeklammert wären.