



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht“

Dissertation vorgelegt von Simon Bahlinger

Erstgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christian Duve

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

A. Ausgangspunkt

Das Internationale Privatrecht knüpft zur Bestimmung des anwendbaren Rechts immer häufiger an den Willen der Parteien an. Das Institut der Rechtswahlfreiheit („Parteiautonomie“) ist nicht mehr bloßes Spiegelbild der materiellrechtlichen Vertragsfreiheit („Privatautonomie“) im Internationalen Schuldvertragsrecht. Als „rechtsbereichsübergreifendes Strukturprinzip“ prägt es auch das Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse sowie das Internationale Familien- und Erbrecht.

Die Dissertation widmet sich dem Institut der Rechtswahlfreiheit auf dem Gebiet des Internationalen Gesellschaftsrechts. Den Impuls hierzu gibt das jüngste Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Sache *Polbud*: Der Gerichtshof entschied, dass die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) allen EU-Gesellschaften das Recht vermittelt, sich durch grenzüberschreitenden Formwechsel nachträglich einer anderen Rechtsordnung zu unterstellen. Diesen Anspruch hält der EuGH selbst dann für gegeben, wenn es den Gesellschaftern nur um den Statutenwechsel (als Selbstzweck) geht und es an einem real grenzüberschreitenden Element sowie einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Zuzugsstaat fehlt.

B. Fragestellung

Stoßrichtung und Schwerpunkt der Arbeit bildet die Frage, welchen *Grenzen* die Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht unterliegt.

Dass die Rechtswahlfreiheit nicht grenzenlos bestehen *kann*, dürfte unbestritten sein. So hat der EuGH in der *Polbud*-Entscheidung nochmals ausdrücklich bekräftigt, dass Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit – und damit der aus ihr abgeleiteten Rechtswahlfreiheit – durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein können. Mindestens zwei Gründe sprechen für eine Begrenzung der Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht: Zum einen ist zu befürchten, dass der Allein- bzw. Mehrheitsgesellschafter, der über die Rechtswahl entscheidet, seine Interessen einseitig gegen die Belange etwaiger Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer durchsetzt. Zum anderen können öffentliche Interessen des Verwaltungssitzstaates betroffen sein, wenn gesellschaftsrechtliche Normen „abgewählt“ werden, die regulatorischen Charakter haben, d.h. nicht nur den Interessenausgleich Privater betreffen, sondern sozial- und gesellschaftspolitische Ziele verfolgen. Prominentestes Beispiel ist insoweit die „Flucht aus der unternehmerischen Mitbestimmung“.

Unklarheit herrscht noch über die *Methode*, d.h. die Frage, *mit welchen rechtstechnischen Mitteln* die freie Rechtswahl im Gesellschaftsrecht sachgerecht begrenzt werden kann. In Bezug

auf die nachträgliche Rechtswahl verfolgt der europäische Gesetzgeber derzeit den Weg über das *Sachrecht*: Die Umwandlungsrichtlinie, die gegenwärtig von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen ist, harmonisiert das Verfahren des grenzüberschreitenden Formwechsels und unterfüttert dieses mit Informations- und Anhörungsrechten sowie materiellen Schutzbestimmungen zugunsten von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern. Die Dissertation dagegen sieht den Ansatzpunkt für die Begrenzung der Rechtswahlfreiheit im *Kollisionsrecht* und zieht die Parallele zu anderen Teilgebieten des IPR. Die Kernthese lautet dabei, dass manche der für die „direkte“ Rechtswahlfreiheit („rechtsgeschäftliche Parteiautonomie“) geltenden Grenzen auf die „indirekte“ Rechtswahlfreiheit („rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie“) im Internationalen Gesellschaftsrecht übertragen werden können. Dies setzt *erstens* voraus, dass die indirekte Rechtswahl unter gewissen Voraussetzungen der direkten Rechtswahl gleichsteht, es also wertungsmäßig keinen Unterschied mehr macht, ob eine Rechtswahl durch „Wort“ oder „Tat“ erfolgt. *Zweitens* beruht der kollisionsrechtliche Ansatz auf der Prämisse, dass verschiedene Rechtswahlgrenzen, die etwa im Internationalen Vertragsrecht ausdrücklich normiert sind, auf *verallgemeinerbaren Wertungen* beruhen und somit grundsätzlich *überall* Geltung beanspruchen, wo Rechtswahlfreiheit ermöglicht ist.

Die Arbeit zielt auf die Gewinnung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die potentiell auch Anwendung im Internationalen Gesellschaftsrecht finden können. Den Ausgangspunkt bilden die Rechtswahlgrenzen des Internationalen Vertragsrechts aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO (Rechte Dritter bei nachträglicher Rechtswahl), Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO (Inlandsgrenze), Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO (Binnenmarktgrenze), Art. 9 Rom I-VO (Sonderanknüpfung von Eingriffsnormen) und Art. 21 Rom I-VO (*ordre public*). Es soll gezeigt werden, welche dieser Vorschriften einen Interessenkonflikt auflösen, der nicht vertragsrechtsspezifischer, sondern allgemein-kollisionsrechtlicher Natur ist und der sich daher vergleichbar auch im Internationalen Gesellschaftsrecht stellt. Auf diesem Wege können *kollisionsrechtliche* Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht ermittelt werden, die *neben* die sachrechtlichen Regelungen der Umwandlungs-RL treten. Auch im Internationalen Gesellschaftsrecht sollte der Grundsatz gelten, dass Kollisionsrecht und Sachrecht komplementäre Instrumente bilden, die im Zusammenspiel zu sachgerechten Ergebnissen führen.

C. Zusammenfassung der Dissertation in Thesenform

I. Erster Teil: Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht

1. Der Befund, wonach Kollisions- und Sachrecht „im Allgemeinen im Verhältnis von Analogie und Parallelität“ stehen, trifft auch auf das autonome deutsche Internationale Gesellschaftsrecht zu. Das Gesellschaftskollisionsrecht baut auf den Zwecken des materiellen Gesellschaftsrechts auf und bringt diese internationalprivatrechtlich zur Geltung.

a) Auf der Ebene des Sachrechts steht ein materielles Gesellschaftsrecht, das zwar im Ausgangspunkt eröffnende Funktion hat, im Ergebnis jedoch stark geprägt ist von zwingendem Recht zum Schutz von individuellen Stakeholder-Interessen sowie zur Durchsetzung gesamtgesellschaftlicher Belange.

b) Auf der Ebene des Kollisionsrechts werden traditionell sämtliche gesellschaftsrechtliche Innen- und Außenbeziehungen unter einem umfassenden Anknüpfungsgegenstand zusammengefasst (Einheitsstatut) und nach dem effektiven Verwaltungssitz angeknüpft (Sitztheorie).

c) Beide Ebenen sind *gemeinsam* als zusammengehörige Einheit, d.h. als Ausdruck einer „sach- und kollisionsrechtlichen Gesamtkonzeption“ zu betrachten. Hinter ihnen steht *eine* zentrale Wertentscheidung, die Sachrecht und Kollisionsrecht mit ihren jeweils eigenen Mitteln verfolgen: Was im Sachrecht die zwingende Normierung ist, ist im Kollisionsrecht die Anknüpfung des einheitlichen Gesellschaftsstatuts nach dem Territorialitätsprinzip.

2. Die territoriale Anknüpfung der Sitztheorie steht in Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit als Garantie grenzüberschreitender Unternehmensmobilität. Dies gilt insbesondere dann, wenn man die Niederlassungsfreiheit nicht – wie die (lange) h.M. – als *Garantie der freien Standortwahl*, sondern – wie neuerdings der EuGH – als *Garantie der freien Rechtswahl* interpretiert. Der Gerichtshof unterstellt sowohl die anfängliche Rechtswahl durch Gesellschaftsgründung im Ausland wie auch die nachträgliche Rechtswahl durch isolierte Satzungssitzverlegung dem Schutz der Art. 49, 54 AEUV. Dogmatisch lässt sich diese Auslegung der Niederlassungsfreiheit indes nicht überzeugend begründen.

3. Den Mitgliedstaaten war aufgegeben, die Vorgabe des EuGH, die freie Rechtswahl im Gesellschaftsrecht zu ermöglichen, in ihren nationalen Rechtsordnungen umzusetzen.

a) Auf Kollisionsrechtsebene hat der BGH einen Systemwechsel von der Sitztheorie zur „europarechtlichen Gründungstheorie“ vollzogen. Das Gesellschaftsstatut ist demnach nach dem parteiautonom gewählten Satzungssitz anzuknüpfen. Bemerkenswert ist insofern die Entscheidung, nur das Anknüpfungsmerkmal auszutauschen, d.h. die Gründungstheorie mit der Lehre vom Einheitsstatut zu verbinden. Denn die Kombination aus beidem führt zu einer sehr weitreichenden Rechtswahlfreiheit, die der EuGH in diesem Ausmaß nicht vorgegeben hat.

b) Auf Sachrechtsebene ist – im Wesentlichen über eine substituierende Anwendung der §§ 190 ff. UmwG – bereits *de lege lata* ein Verfahrensrecht für den grenzüberschreitenden Formwechsel geschaffen worden, um die nachträgliche Rechtswahl zu ermöglichen. Einen gesetzlichen Rechtsrahmen wird es erst mit Umsetzung der europäischen Umwandlungs-RL in nationales Recht geben.

II. Zweiter Teil: Grenzen

Bedürfnis für Rechtswahlgrenzen

4. Das Bedürfnis für eine Begrenzung der Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht erwächst daraus, dass die Wirkungen der Rechtswahl über den Rechtskreis derer hinausgehen, die über sie entscheiden. Es ist schon im Ansatz verfehlt, die (Mehrheits-)Gesellschafter frei und alleine über das anwendbare Gesellschaftsrecht disponieren zu lassen, das – jedenfalls, wenn man am Einheitsstatut festhält – auch Vorschriften einschließt, die dem Schutz der Stakeholder sowie der Durchsetzung sozial- bzw. gesellschaftspolitischer Ziele dienen.

5. Die Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht ist zum Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern zu begrenzen. Der Verweis auf privatautonomen Selbstschutz („Informationsmodell“) verfängt nur in Bezug auf die anfängliche Rechtswahl und auch insoweit nur für die Gruppe der Minderheitsgesellschafter.

6. Weiterhin muss sichergestellt sein, dass sich gesellschafts- und sozialpolitische Wertentscheidungen des Verwaltungssitzstaates gegen eine Rechtswahl der Gesellschafter durchsetzen.

Unionsrechtlicher Rahmen

7. Jede Rechtswahlbegrenzung ist auf ihre Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit zu prüfen. Spielräume für Rechtswahlbegrenzungen ergeben sich aus der Dogmatik der Niederlassungsfreiheit. Beispielsweise erfordert die Niederlassungsfreiheit als Binnenmarktfreiheit nicht

die freie Wahl drittstaatlicher Gesellschaftsrechtsordnungen. Ferner ist jeder Mitgliedstaat befugt, die Wählbarkeit seines Gesellschaftsrechts von einer territorialen Verbindung zum eigenen Hoheitsgebiet abhängig zu machen („Anknüpfungsautonomie“). Die Rechtswahl kann darüber hinaus in ihren Wirkungen beschnitten werden, indem zwingendes Recht des Verwaltungssitzstaates auf Auslandsgesellschaften angewendet wird. Dies ist – entsprechend der *Keck*-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit – ohne Weiteres möglich, sofern davon nicht der Marktzugang, sondern nur die spätere Phase der Tätigkeitsausübung bzw. des Marktrückzugs betroffen ist. Liegt eine Marktzugangsregelung vor, kann die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit unter den Voraussetzungen des *Gebhard*-Tests gerechtfertigt sein. Nur in seltenen Ausnahmefällen können Rechtswahlbegrenzungen auf eine rechtsmissbräuchliche Ausübung der Niederlassungsfreiheit gestützt werden.

8. *Keine* Einschränkung der Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht folgt aus dem Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs als Anwendungsvoraussetzung der Grundfreiheiten. Der EuGH nimmt dem Tatbestandsmerkmal jede praktische Bedeutung, indem er die Rechtswahl selbst als grenzüberschreitendes Element genügen lässt. Da der EuGH derzeit auch auf die Prüfung der Voraussetzungen des Niederlassungsbegriffs (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 AEUV) verzichtet, bedarf es für eine Rechtswahl keines *genuine link* zum gewählten Recht.

Methode

9. Methoden zur Begrenzung der Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht sind vorrangig *im IPR* zu suchen. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb der europäische Gesetzgeber bei der nachträglichen Rechtswahl zwar den Statutenwechsel – d.h. die Änderung des anwendbaren Rechts – als den maßgeblichen Umstand ansieht, der ein Schutzbedürfnis für dritte Parteien auslöst, dann aber methodisch den Schutz nicht über das IPR gewährleistet, sondern in der Umwandlungs-RL allein den sachrechtlichen Weg über verfahrensrechtliche Informations- und Anhörungsrechte sowie materielle Schutzbestimmungen beschreitet.

10. Der hier vertretene *kollisionsrechtliche* Ansatz zur Begrenzung der Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht beruht auf der sog. Lehre von der rechtsgeschäftsähnlichen Parteiautonomie:

a) Demnach ist der *direkten Rechtswahl*, d.h. der subjektiven Anknüpfung an den Parteiwillen („rechtsgeschäftliche Parteiautonomie“), die *indirekte Rechtswahl*, d.h. die gezielte Lokalisierung der maßgeblichen Anknüpfungstatsachen i.R.d. objektiven Anknüpfung („rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie“), gleichzustellen. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung

belegt, dass die Entwicklung der Parteiautonomie im 19. Jahrhundert von der Theorie der „freiwilligen Unterwerfung“ (*Savigny*) über die indirekte Rechtswahl (Anknüpfung an einen frei wählbaren Erfüllungsort) zur direkten Rechtswahl (Anknüpfung an den subjektiven Parteiwillen) verlief.

b) Die indirekte Rechtswahl steht der direkten Rechtswahl wertungsmäßig gleich, sofern *erstens* der objektive Anknüpfungspunkt der Kollisionsnorm in einer Weise „willenssensitiv“ ausgestaltet ist, dass er nach Belieben der Akteure im In- oder Ausland lokalisiert werden kann, und *zweitens* die Lokalisierung des objektiven Anknüpfungspunkts bei lebensnaher Betrachtung auch Ausdruck einer Rechtswahl ist, d.h. gerade in dem Willen vorgenommen wird, das anwendbare Recht zu beeinflussen.

c) Im Internationalen Gesellschaftsrecht sind beide Voraussetzungen erfüllt: Der Sitzungssitz als maßgebliches Anknüpfungskriterium der Gründungstheorie ist selbst Ausfluss einer Parteivereinbarung. Die Belegenheit des Sitzungssitzes hängt damit direkt vom Willen der Parteien ab. Seine Lokalisierung kann auch regelmäßig als Ausdruck einer Rechtswahl aufgefasst werden, denn als fiktiver Sitz kommt ihm keine außerrechtliche Relevanz zu. Die Gründungstheorie ist deshalb zutreffend als „Theorie der Parteiautonomie“ bezeichnet worden.

11. Das Fehlen gesetzlicher Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht stellt eine Gesetzeslücke – d.h. eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts – dar, die im Wege der Rechtsfortbildung zu schließen ist. Für die Ausfüllung der Gesetzeslücke ist die Methode der *Rechtsanalogie* heranzuziehen. Die kodifizierten Bereiche des IPR sind darauf zu untersuchen, inwiefern die dort geltenden Grenzen der Parteiautonomie auf *verallgemeinerungsfähigen* Wertungen beruhen, die (potentiell) auf das Internationale Gesellschaftsrecht übertragen werden können. Ziel ist die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Hinblick auf die Grenzen der freien Rechtswahl.

Rechtswahlgrenzen im Internationalen Gesellschaftsrecht

12. Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht ergeben sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des IPR:

a) In reinen *Inlandssachverhalten* kann die Rechtswahl das unabdingbare („national zwingende“) Recht nicht überwinden (vgl. Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO). Staatliche Souveränitätsinteressen behaupten sich insoweit gegen die Parteiautonomie. Die Rechtswahl ist in diesen Fällen

zwar wirksam, jedoch können die national zwingenden Bestimmungen des abgewählten „Einbettungsstatuts“ im Wege der Sonderanknüpfung zur Anwendung gebracht werden und das gewählte Recht partiell überlagern. Unionsrechtlich kann sich diese Rechtswahlbegrenzung entweder – sollte es sich um Tätigkeitsausübungs- oder Marktrückzugsregeln handeln – auf die limitierte Reichweite des Beschränkungsverbots oder aber – im Fall von Marktzugangsregelungen – auf die Rechtfertigung nach dem *Gebhard*-Test stützen.

b) Gegen die Rechtswahl setzen sich weiterhin diejenigen („international zwingenden“) Bestimmungen des Forumstaates durch, die, weil sie besonderen öffentlichen Interessen dienen, aus dem Gesellschaftsstatut herausfallen und gesondert nach der *lex fori* angeknüpft werden (vgl. Art. 9 Rom I-VO). Diese sog. *Eingriffsnormen* überlagern gleichsam das gewählte Gesellschaftsstatut.

c) Schließlich kann das Rechtsanwendungsergebnis nach dem gewählten Gesellschaftsstatut im Einzelfall verworfen werden, sofern es mit wesentlichen Grundsätzen des nationalen Rechts – dem nationalen *ordre public* – offensichtlich unvereinbar ist (Art. 6 EGBGB). In der Praxis läuft der *ordre public* jedoch weitgehend leer.

d) Die nachträgliche Rechtswahl findet ihre Grenze in den Rechten Dritter (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO). Von der Rechtswahl „unberührt“ bleiben indes nur konkrete *Rechtspositionen*, die nach dem ursprünglichen Gesellschaftsstatut wirksam erworben wurden. Ein weitergehender Schutz vor allgemeiner Schlechterstellung, d.h. einem geringeren abstrakten *Schutzniveau* unter dem gewählten Recht, kann aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht hergeleitet werden.

13. Es existiert kein verallgemeinerbarer Rechtsgrundsatz dergestalt, dass eine Rechtswahl stets einen objektiven Bezug zum gewählten Recht voraussetzt. Die entsprechenden Wählbarkeitsbeschränkungen im Internationalen Familien- und Erbrecht beruhen auf rechtsgebietsspezifischen Besonderheiten. Der europäische Gesetzgeber könnte sich indes für einen *genuine-link*-Vorbehalt im Internationalen Gesellschaftsrecht entscheiden.

Ausblick

14. Der Übergang von der Sitztheorie zur „europarechtlichen Gründungstheorie“ erfordert eine Neuausrichtung des Gesellschaftsstatuts. Das Wertungsgefüge von Kollisions- und Sachrecht ist gestört, wenn im IPR die (Mehrheits-)Gesellschafter frei über das anwendbare Gesellschafts-

recht disponieren können, wohingegen sich im materiellen Gesellschaftsrecht vielfach die Interessen der Stakeholder sowie Allgemeinwohlbelange gegen den Willen der Gesellschafter durchsetzen.

15. Insoweit ist bereits heute ein Trend der „Funktionsverlagerung“ des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht zu verzeichnen. Auf der Ebene des IPR ermöglicht eine insolvenzrechtliche Qualifikation, dass gläubigerschützende Haftungstatbestände auf Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland angewendet werden können (Art. 3 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 EuInsVO).

16. Entsprechende Tendenzen sollten hingegen nicht auf den Bereich des Gesellschafter-, Aktionärs- bzw. Minderheitenschutzes übertragen werden. Insbesondere eignet sich das Kapitalmarktrecht nicht als Funktionsnachfolger des gesellschaftsrechtlichen Minderheitenschutzes. Für die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern, der Gesellschaft und dem Management bleibt das Gesellschaftsstatut maßgeblich.

17. Aus dem Gesellschaftsstatut herausgelöst werden sollte indes das „politische Gesellschaftsrecht“, das der Indienstnahme der Wirtschaft zur Verwirklichung gesellschafts- und sozialpolitischer Ziele dient (unternehmerische Mitbestimmung, Frauenquote).

18. Unter der Gründungstheorie ist das Postulat vom gesellschaftsrechtlichen Einheitsstatut nicht haltbar. Das Gesellschaftsstatut ist auf einen Kernbereich zu reduzieren, der funktional dem Ausgleich der privaten Interessen von Gesellschaft, Gesellschaftern und Gläubigern dient. Erst diese Eingrenzung der *lex societatis* lässt die Eröffnung der freien Rechtswahl im Gesellschaftsrecht interessengerecht erscheinen.