

Professor Dr. Mark K. Binz, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, und Dr. Gerd Mayer, Rechtsanwalt und Steuerberater, Stuttgart*

Die Rechtsstellung von Kapitalgesellschaften aus Nicht-EU/EWR/USA-Staaten mit Verwaltungssitz in Deutschland

Rechtliches Nullum, Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft mit Handelndenhaftung?

Seit den Entscheidungen des EuGH in den Fällen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ steht fest, dass Kapitalgesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten die rechtliche Anerkennung nicht deshalb versagt werden darf, weil sie ihren (tatsächlichen) Verwaltungssitz in Deutschland haben. Dies folgt aus der den EU-Kapitalgesellschaften zustehenden Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 und 48 EG. Für den Bereich der EU ist damit die bis dahin von Rechtsprechung und herrschender Lehre generell vertretene sog. Sitztheorie hinfällig. Stattdessen gilt für EU-Kapitalgesellschaften und – nach einem aktuellen Urteil des BGH – auch für solche aus EWR-Staaten nunmehr die sog. Gründungstheorie, wonach auf eine Kapitalgesellschaft auch nach der Verlegung des Verwaltungssitzes weiterhin das Recht zur Anwendung kommt, nach dem sie gegründet wurde. Im Ergebnis gilt das Gleiche auch für US-Kapitalgesellschaften: Hier verbietet eine staatsvertragliche Regelung die Anwendung der Sitztheorie. Offen ist dagegen die Behandlung von Kapitalgesellschaften aus sonstigen Drittstaaten. Kann es hier bei der dogmatischen Einordnung des II. Zivilsenats des BGH im „Jersey-Urteil“ vom 1. 7. 2002¹ verbleiben, wonach eine ausländische Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland zwar nicht als solche, wohl aber als rechtsfähige und damit auch vor deutschen Gerichten aktiv und passiv parteifähige deutsche Personengesellschaft anzuerkennen sei (sog. modifizierte Sitztheorie)?

I. Das Jersey-Urteil im Kontext der EuGH-Rechtsprechung

Hatte eine Kapitalgesellschaft aus einem EU-Mitgliedstaat ihren Verwaltungssitz in Deutschland, war lange fraglich, ob die Rechtsfolgen der Sitztheorie mit der in den Art. 43 und 48 EG verankerten Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU in Widerspruch stehen. Wegen der bis dahin noch nicht eindeutig zu interpretierenden EuGH-Rechtsprechung² sah sich der – für Baurechtssachen zuständige – VII. Zivilsenat des BGH im Fall „Überseering“ veranlasst, mit Vorlagebeschluss vom 30. 3. 2000³ den EuGH mit dieser Thematik zu befassen. Die Instanzgerichte hatten in einem Bauprojekt die Klage der Überseering B.V., einer niederländischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, als unzulässig abgewiesen, weil die Überseering B.V. ihren Verwaltungssitz in Deutschland hatte und somit auf der Grundlage der Sitztheorie (im bisher verstandenen Sinne) nach deutschem Recht nicht rechts- und parteifähig war.

Der VII. Zivilsenat des BGH wollte sich dieser Auffassung – zumindest vordergründig – anschließen und richtete deshalb an den EuGH die (erste) Frage, ob es gegen die Art. 43 und 48 EG verstieße, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sei und ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlege, dort die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit anlässlich der Geltendmachung von Ansprüchen vor den nationalen Gerichten abgesprochen werde. Für den Fall, dass der EuGH die erste Frage bejahen sollte, stellte der

BGH die – für die Fallentscheidung eigentlich überflüssige! – zweite Frage, ob es die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Art. 43 und 48 EG) gebiete, die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaates zu beurteilen. Letzteres wird von den Anhängern der sog. Gründungstheorie vertreten.⁴

Ohne die Entscheidung des EuGH abzuwarten, entschied unterdessen der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH in seinem „Jersey-Urteil“ vom 1. 7. 2002⁵ unter Hinweis auf entsprechende Stimmen in der Literatur, dass eine nach dem Recht der Kanalinsel Jersey gegründete Kapitalgesellschaft⁶ mit Verwaltungssitz in Deutschland, auch wenn sie nicht als juristische Person anerkannt werden könne, nach der – richtig verstandenen – Sitztheorie jedenfalls als rechtsfähige Personengesellschaft (GbR) vor deutschen Gerichten aktiv und passiv parteifähig sei.⁷ In der Fachwelt war z. T. gemutmaßt worden, der II. Zivilsenat habe mit dieser Modifizierung der Sitztheorie gegenüber dem EuGH förmlich in letzter Minute den Versuch unternommen, der Vorlagefrage des VII. Senates die Entscheidungserheblichkeit zu nehmen, jedenfalls aber einen dogmatischen Weg aufzuzeigen, um die Sitztheorie als solche retten zu können.⁸ Auf Grund der bereits erfolgten Schlussanträge des Generalanwalts Colomer im Überseering-Verfahren vom 4. 12. 2001⁹ war nämlich absehbar, dass der EuGH die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Sitztheorie als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar verwerfen würde.

Mit Urteil vom 5. 11. 2002 hat der EuGH¹⁰ in der Rechtssache Überseering erwartungsgemäß die erste Vorlagefrage – wie vom Generalanwalt empfohlen¹¹ – bejaht und die zweite Vorlagefrage wie folgt beantwortet:

„Macht eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch, so ist dieser andere Mitgliedstaat nach den Art. 43 und 48 EG verpflichtet, die Rechtsfähigkeit und

* Die Autoren sind Partner der Anwaltssozietät Binz & Partner in Stuttgart. Mehr über sie erfahren Sie auf S. XVI.

1 GmbHR 2002, 1021.

2 Insbes. „Daily-Mail“-Urteil, NJW 1989, 2186, und „Centros“-Urteil, BB 1999, 809 = NJW 1999, 2027.

3 DB 2000, 1114.

4 Siehe z. B. Eckhardt, in: Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, AktG, 1. Aufl. 1973, § 1 Rn. 65; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 355.

5 Siehe Fn. 1.

6 Die sich allerdings trotz EU-Zugehörigkeit nicht auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EG berufen kann, was in der Literatur vielfach übersehen wurde!

7 Siehe auch BayObLG, DB 2003, 819, für eine Gesellschaft mit Satzungssitz in Sambia.

8 Vgl. Ebke, JZ 2003, 927, 928 m. w. N. Nach Gronstedt, BB 2002, 2033, war dem Vorlagebeschluss des VII. Zivilsenats damit der Boden entzogen. A. A. Leible/Hoffmann, DB 2002, 2203, 2206.

9 ZIP 2002, 75.

10 BB 2002, 2402.

11 ZIP 2002, 75, 82.

damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt.“

In seiner ausführlichen Begründung zur ersten Vorlagefrage weist der EuGH darauf hin, dass die auch vom BGH angesprochenen „zwingenden Gründe des Gemeinwohls“, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen könnten. Dies genüge jedoch nicht, um einer Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäß gegründet worden sei und dort ihren satzungsmäßigen Sitz habe, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit abzuspochen. Eine solche Maßnahme komme nämlich einer Negierung der den Gesellschaften in den Art. 43 und 48 EG zuerkannten Niederlassungsfreiheit gleich.

Mit Urteil vom 30. 9. 2003 hat der EuGH im Fall „Inspire Art“¹² seine Rechtsprechung konsequent fortgeführt. Hier ging es um ein niederländisches Gesetz, das für sog. „formal ausländische Gesellschaften“ mit Niederlassung in den Niederlanden bestimmte Anforderungen hinsichtlich Publizität, Mindestkapital und Haftung der Geschäftsführer bestimmte. Auch hierin sah der EuGH einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EG. Die Inspire Art Ltd. sei als Gesellschaft englischen Rechts vielmehr berechtigt, ihre ausschließliche oder nahezu ausschließliche Tätigkeit in den Niederlanden unverändert nach dem Recht ihres Gründungsstaates auszuüben, solange ihr insoweit kein Missbrauch nachgewiesen werden könne. Im Fall des Zuzugs bringt also eine ausländische EU-Kapitalgesellschaft ihr Gründungsstatut grundsätzlich mit.¹³

Mit der durch das „Inspire Art“-Urteil bestätigten „Überseering“-Entscheidung des EuGH war klar, dass auch die modifizierte Sitztheorie des II. Zivilsenats des BGH, wonach eine zuziehende ausländische Kapitalgesellschaft „nur“ als rechtsfähige Personengesellschaft anzuerkennen sei, jedenfalls für den EU-Bereich obsolet geworden ist.¹⁴ Sowohl der VII. Zivilsenat¹⁵ als auch der II. Zivilsenat¹⁶ haben dies inzwischen ausdrücklich bestätigt. Für EU-Kapitalgesellschaften gilt in Zuzugsfällen somit die Gründungstheorie. Hieran besteht spätestens seit dem Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 14. 3. 2005¹⁷ kein Zweifel mehr.

II. Sonderfall USA

Mit Urteil vom 29. 1. 2003 hat der VIII. Zivilsenat des BGH¹⁸ entschieden, dass eine in den USA wirksam gegründete Kapitalgesellschaft, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat, hier als solche rechts- und parteifähig ist. Er hat dies aber nicht etwa mit einer generellen Hinwendung zur Gründungstheorie begründet, sondern allein aus dem deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schiffsvertragsvertrag vom 29. 10. 1954¹⁹ hergeleitet. Der I.²⁰ und II. Zivilsenat²¹ des BGH haben sich dieser Meinung angeschlossen und festgestellt, dass im Geltungsbereich dieses Vertrages das Personalstatut einer Gesellschaft grundsätzlich nicht an das Recht ihres Verwaltungssitzes, sondern an das am Ort ihrer Gründung geltende Recht anknüpft.²² Im Verhältnis zu den USA gilt damit Ähnliches wie im Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EG.²³ Zugleich folgt daraus – im Umkehrschluss – aber auch, dass für Kapitalgesellschaften aus anderen Nicht-EU-Staaten nach wie vor die modifizierte Sitztheorie im Raum steht.²⁴

III. Innovationsansatz der Jersey-Entscheidung

Im Entscheidungsfall hatte eine nach dem Recht der Kanalinsel Jersey ordnungsgemäß gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung („Limited Company“) den Beklagten aus einer Bürg-

schaftserklärung in Anspruch genommen. Dieser vertrat die Ansicht, der Klägerin fehle die Rechts- und Parteifähigkeit, da sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Portugal oder Deutschland habe, ohne dass sie sich nach dem Recht dieser Staaten neu gegründet und die Eintragung ins Handelsregister veranlasst habe. Unter Anwendung der Sitztheorie in der bis dahin verstandenen Form schlossen sich das Landgericht und das Oberlandesgericht München der Auffassung des Beklagten an, nachdem die Klägerin nicht habe beweisen können, dass sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz auf Jersey befinde. Die klagende ausländische Gesellschaft wurde somit als ein „rechtliches Nullum“ angesehen.

Dem ist der II. Zivilsenat des BGH entgegen getreten. Auch unter der Geltung der Sitztheorie²⁵ könne der Klägerin, wenn sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland haben sollte, nicht versagt werden, ihre Ansprüche vor deutschen Gerichten geltend zu machen. In diesem Fall wäre sie in Deutschland zwar nicht als Kapitalgesellschaft nach dem Recht der Kanalinsel Jersey, jedenfalls aber als eine deutsche rechtsfähige Personengesellschaft (§ 14 Abs. 2 BGB) anzuerkennen und damit vor deutschen Gerichten aktiv und passiv parteifähig.

Zur Begründung weist der BGH darauf hin, dass die Behandlung einer ausländischen Gesellschaft als GbR schon seit Längerem als mögliche Alternative zur Anwendung der Sitz- oder Gründungstheorie diskutiert werde.²⁶ Unter Anspielung auf die anstehende Entscheidung des EuGH in Sachen „Überseering“ erklärt der BGH weiter, dass durch die Anerkennung als rechtsfähige Personengesellschaft nicht mehr geltend gemacht werden könne, die ausländische Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland werde in einem durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls nicht geforderten und damit unverhältnismäßigen Umfang ihres rechtlichen Besitzstandes und ihrer Klagemöglichkeiten beraubt.

Während nach der ursprünglichen Sitztheorie eine ausländische Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland als „rechtliches Nullum“ eingeordnet wurde,²⁷ besteht die dogmatische Fortentwicklung durch die modifizierte Sitztheorie darin, dass nun in einer Art „Parallel-Wertung“ zu prüfen ist, welcher in Deutschland anerkannten Gesellschaftsform die ausländische Gesellschaft am ehesten entspricht und welche Gründungsvoraussetzungen sie erfüllt. Da die von Personengesellschaften weitaus weniger streng sind als die von Kapitalgesellschaften, kommt in der Regel nur eine Anerkennung als Personengesellschaft in Betracht.

Dass sich der BGH im Jersey-Fall ausdrücklich nur mit der Rechtsform der GbR auseinandergesetzt hat, darf allerdings nicht so verstanden werden, dass eine ausländische Kapitalgesellschaft stets

¹² NJW 2003, 3331.

¹³ So Horn, NJW 2004, 893, 895 f.

¹⁴ Forsthoff, DB 2002, 2471, 2474 f.; Lutter, BB 2003, 7, 9; Schanze/Jüttner, AG 2003, 30; Binz/Mayer, GmbHR 2003, 249, 255; dieselben, in: Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 10. Aufl. 2005, S. 543 f.; Wertenbruch, NZG 2003, 618 f.; Bayer, BB 2004, 1, 4 f.; Ebke, in: FS Thode, 2005, 953, 598.

¹⁵ BGH, DStR 2003, 947.

¹⁶ BGH, DStR 2003, 1451, 1452.

¹⁷ BB 2005, 1016, mit Anm. Wand zur englischen private limited company mit deutschem Verwaltungssitz.

¹⁸ ZIP 2003, 720.

¹⁹ BGBl. II 1956, 487.

²⁰ Urt. v. 13. 10. 2004, BB 2004, 2595 mit Anm. Elsing.

²¹ Urt. v. 5. 7. 2004, ZIP 2004, 1549.

²² Siehe hierzu auch Ebke, RIW 2004, 740.

²³ So ausdrücklich BGH, ZIP 2004, 1549, 1550.

²⁴ Vgl. auch Weller/Kienle, DStR 2005, 1060, 1061 (dort Fn. 25) sowie die Verf., in: Binz/Sorg (Fn. 14), S. 545 f.

²⁵ Insoweit verweist der II. Zivilsenat ausdrücklich auch auf die Vorlageentscheidung Überseering.

²⁶ Siehe dazu Kindler, in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl. 1999, IntGesR Rn. 348 ff. m. w. N.

²⁷ Leible/Hofmann, DB 2002, 2203, 2204.

„nur“ als GbR Anerkennung finden könne.²⁸ Auch eine Anerkennung als OHG ist ohne weiteres denkbar. Eine OHG entsteht, ohne dass es der Eintragung ins Handelsregister bedarf, wenn mindestens zwei Gesellschafter einen Gesellschaftsvertrag geschlossen haben, was auch konkludent geschehen kann,²⁹ der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist (§ 105 Abs. 1 HGB) und keine Haftungsbeschränkung nach § 161 Abs. 1 HGB vereinbart wurde. Ein darüber hinausgehender „Rechtsfolgewille“ ist nicht erforderlich (Stichwort: numerus clausus der Handelsgesellschaften). Ist der Zweck der ausländischen Gesellschaft nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, kommt allerdings nur die Einordnung als GbR in Betracht.

Da die Gründung und der Fortbestand einer deutschen Personengesellschaft zwingend die Beteiligung von mindestens zwei Personen erfordern, stellt sich die Frage nach der Einordnung einer ausländischen Einmann-Kapitalgesellschaft. Eine Qualifizierung als Personengesellschaft scheidet von vornherein aus, während die Einordnung als deutsche Einmann-GmbH regelmäßig an den nicht eingehaltenen strengen Gründungsvoraussetzungen scheitert. Unter konsequenter Anwendung der modifizierten Sitztheorie müsste man aus deutscher Sicht das Handeln der Gesellschaft dem Alleingesellschafter als rechts- und parteifähiger Einzelperson zurechnen.³⁰ Betreibt die ausländische Einmann-Gesellschaft ein Handelsgewerbe, wäre dieser darüber hinaus als Einzelkaufmann einzustufen.

IV. Würdigung der modifizierten Sitztheorie

Im Rahmen einer kritischen Würdigung der modifizierten Sitztheorie des BGH ist zum einen zu fragen, ob nicht der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Gleichstellung von Kapitalgesellschaften aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten mit solchen aus EU-Mitgliedstaaten gebietet, folglich also für die modifizierte Sitztheorie kein Anwendungsraum mehr verbliebe. Zum anderen ist der Frage nachzugehen, ob die Einordnung einer ausländischen Kapitalgesellschaft als deutsche Personengesellschaft dem Rechtsverkehr u. U. nicht mehr schadet als nutzt.

1. Verbleibender Anwendungsraum

Auf die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 und 48 EG können sich nur solche Gesellschaften berufen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates der EU gegründet worden sind. Gem. Art. 31 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum gilt die europarechtliche Niederlassungsfreiheit aber auch für die EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen. Der II. Zivilsenat des BGH hat daher mit Urteil vom 19. 9. 2005³¹ folgerichtig entschieden, dass eine liechtensteinische Kapitalgesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz in gleicher Weise wie eine EU-Kapitalgesellschaft hier rechts- und parteifähig ist. Soweit nicht, wie im Fall der USA, ein bilaterales Abkommen die Anwendung der Gründungstheorie gebietet, bliebe darüber hinaus aber noch ein hinreichender Anwendungsraum für die modifizierte Sitztheorie. Dies betraf z. B. auch die Schweiz, die als einziger EFTA-Staat das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum nicht ratifiziert hat.

Im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gem. Art. 3 GG wäre die Anwendung der modifizierten, ja selbst der „alten“ Sitztheorie auf Gesellschaften aus sonstigen Drittstaaten nicht zu beanstanden. Art. 3 Abs. 1 GG verbietet nämlich nur die willkürliche Ungleichbehandlung wesentlich gleichgelagerter Sachverhalte.³² Ob ein Staat der europarechtlichen bzw. einer bilateral vereinbarten Niederlassungsfreiheit unterliegt oder nicht, ist aber ein hinreichendes Differenzierungsmerkmal, um von wesentlich ungleichen Sachverhalten auszugehen, so dass eine Gleichbehandlung gem. Art. 3 Abs. 1 GG nicht geboten ist.³³ Im Übrigen erfasst Art. 3 GG

ohnehin nur inländische juristische Personen (Art. 19 Abs. 3 GG), so dass einer Anwendung der modifizierten Sitztheorie auf Gesellschaften aus sonstigen Drittstaaten schon per se keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen können.³⁴

Für den Geltungsbereich der Europäischen Menschenrechtskonvention wird allerdings vereinzelt die Ansicht vertreten, Art. 6 EMRK (Recht auf faires Verfahren) gebiete stets die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der ausländischen Kapitalgesellschaft als solcher; die Einräumung der Partei- und Rechtsfähigkeit aufgrund einer Umqualifizierung in eine inländische Personengesellschaft genüge nicht.³⁵ Selbst wenn man die Richtigkeit dieser Aussage unterstellte, bedeutete dies aber noch nicht, dass eine ausländische Kapitalgesellschaft mit inländischem Verwaltungssitz im Sinne der Gründungstheorie in jeder Hinsicht nach dem Recht des Gründungsstaates beurteilt werden müsste.³⁶

2. Folgen der Umqualifizierung

Bei der Jersey-Entscheidung ging es dem BGH erkennbar nur darum, die – im Ergebnis offenbar für unverzichtbar gehaltene – Rechts- und Parteifähigkeit der klagenden Gesellschaft trotz Aufrechterhaltung der Sitztheorie zu erreichen.³⁷ Auf eine eingehende dogmatische Begründung hat der BGH deshalb ebenso verzichtet wie auf eine umfassende Auseinandersetzung mit den rechtlichen Folgen der Umqualifizierung einer ausländischen Kapitalgesellschaft in eine deutsche Personengesellschaft. Er hat sich vielmehr darauf beschränkt festzustellen, dass der Einwand möglicher Probleme im Prozess- und Zwangsvollstreckungsrecht mit der neuen Rechtsprechung des Senats zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR³⁸ entfallen sei. Als GbR könne die ausländische Gesellschaft klagen und auch Gegenansprüche, Einreden und Einwendungen problemlos geltend machen. Aus einem Titel gegen sie könne vollstreckt werden, ohne dass sich die Frage einer Titelumschreibung stelle. Ferner könne sie wirksam Verträge abschließen und Eigentum erwerben. Diese allgemein gehaltenen Aussagen werden den vielfältigen Fragen, die die Umqualifizierungs-Lösung aufwirft, jedoch nicht gerecht.

a) Gesellschaftsrechtliche Duplizierung

Wurde die ausländische Kapitalgesellschaft in einem Staat errichtet, der auch in Wegzugsfällen der Gründungstheorie folgt, dann hat die Begründung des Verwaltungssitzes in Deutschland aus der Sicht dieses Staates keine Auswirkungen auf den Fortbestand der Gesellschaft als Kapitalgesellschaft und damit zugleich als juristischer Person nach dem Recht des Gründungsstaates. Wenn aber aus deutscher Sicht der hiesige Verwaltungssitz zur Umqualifizierung der Gesellschaft in eine deutsche Personengesellschaft führen soll, bedeutete dies, dass die Gesellschaft nunmehr ein juristisches „Doppelleben“³⁹ führt. Es kommt nicht zu einem Statuten-

²⁸ Grund für die Befassung nur mit der GbR dürften die neueren dogmatischen Entwicklungen zur Frage der Rechts- und Parteifähigkeit dieser Rechtsform gewesen sein, wohingegen sich die Rechts- und Parteifähigkeit der OHG von selbst verstand.

²⁹ Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl. 2003, § 105 Rn. 54.

³⁰ Emde, EwIR § 50 2/02, 971; Leible/Hoffmann, DB 2002, 2203, 2204.

³¹ II ZR 372/03, BB 2005, 2373 ff. (in diesem Heft).

³² BVerfGE 1, 14, 52.

³³ Ebenso schon Ebke, in: Sandrock/Wetzlar, Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, 2004, S. 101, 115.

³⁴ Siehe aber auch den Hinweis von Meilicke, GmbH 2003, 793, 797, wonach die ausländische Kapitalgesellschaft durch die Umqualifizierung in eine inländische Personengesellschaft Grundrechtsschutz erlangen können soll.

³⁵ So Meilicke, GmbH 2003, 793, 799. Nach h. M. war jedoch bereits die „alte“ Sitztheorie mit Art. 6 EMRK vereinbar, siehe Nachweise bei Ebke (Fn. 33), S. 101, 114.

³⁶ So schon Ebke (Fn. 33), S. 101, 115.

³⁷ So Goette, DStR 2005, 197.

³⁸ BGH, ZIP 2001, 330; 2002, 614; s. a. BAG, DStR 2005, XVI.

³⁹ So wörtlich Halhuber, ZeuP 2003, 418, 431.

wechsel, sondern zu einer Statutenverdoppelung⁴⁰ bzw. „Spaltung der Rechtspersönlichkeit“⁴¹, die schwierige, möglicherweise unlösbare Probleme nach sich zieht.

b) Persönliche Haftung der Gesellschafter

Auch im Ausland bedient man sich der Rechtsform der Kapitalgesellschaft, um eine persönliche Haftung der Gesellschafter zu vermeiden. An dieser Zielsetzung der Gesellschafter ändert sich auch dann nichts, wenn die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einem anderen Staat begründet. Führt aber nach der modifizierten Sitztheorie der Verwaltungssitz in Deutschland zur Behandlung der Gesellschaft als GbR oder OHG, so hat dies die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter zur Folge. Für die OHG folgt dies aus § 128 HGB; aber auch für die GbR geht die neuere BGH-Rechtsprechung von einer grundsätzlich unbeschränkten, akzessorischen Haftung der Gesellschafter für Verpflichtungen der Gesellschaft aus.⁴² Im Fall der Einmann-Kapitalgesellschaft wäre der als Einzelunternehmer zu qualifizierende Alleingesellschafter ebenfalls der persönlichen Haftung ausgesetzt.

Die modifizierte Sitztheorie führt damit zu einer grundlegenden gesellschaftsrechtlichen Strukturänderung, die an sich allein dem Willen der Gesellschafter vorbehalten ist. Durch die Umqualifizierung wird die Gesellschaft aus deutscher Sicht als etwas behandelt, was sie nach dem Willen ihrer Gesellschafter nicht ist und auch nicht sein möchte.⁴³

Nun ließe sich allerdings einwenden, dass dies eben der Preis für die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit sei, zumal in dem für die modifizierte Sitztheorie verbleibenden Anwendungsbereich sich die betreffenden Gesellschaften gerade nicht auf eine verbürgte Niederlassungsfreiheit berufen können. Zudem könne der persönlichen Haftung ja dadurch entgangen werden, dass die Gesellschaft als deutsche Kapitalgesellschaft neu gegründet werde.⁴⁴

Eine solche Sichtweise könnte allenfalls für den Fall akzeptabel sein, dass die Begründung des Verwaltungssitzes der Gesellschaft in Deutschland von sämtlichen Gesellschaftern in Kenntnis der Folgen selbst aktiv betrieben wird. Was aber, wenn die Verlegung des Verwaltungssitzes durch die Geschäftsführung erfolgt, ohne dass dem alle Gesellschafter zugestimmt haben? Soll dann der einzelne Gesellschafter, der nach ausländischem Recht möglicherweise gar keine Handhabe gegen die Verlegung des Verwaltungssitzes hat oder überstimmt wurde, zwangsweise der unbeschränkten persönlichen Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten unterworfen werden? Aus der Sicht des Gesellschafters bedeutete in diesem Fall die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit durch Umqualifizierung der Gesellschaft, dass „Steine statt Brot“ gewährt würden.

c) Vertretungs-Problematik

Nach Ansicht des BGH kann die zur deutschen Personengesellschaft umqualifizierte ausländische Kapitalgesellschaft wirksam Verträge abschließen und Eigentum erwerben. Vom Grundsatz her ist dies richtig, bei genauerer Betrachtung ergeben sich jedoch erhebliche Probleme in Bezug auf die Vertretung der Gesellschaft.

Für die GbR wie auch für die OHG gilt das Prinzip der Selbstorganschaft. Dabei gilt der Grundsatz, dass alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sind und jeder Gesellschafter die Gesellschaft vertreten kann.⁴⁵ Demgegenüber wird bei ausländischen Kapitalgesellschaften regelmäßig der Grundsatz der Fremdorganschaft gelten, wie dies auch bei den deutschen Kapitalgesellschaften der Fall ist. Das bedeutet, dass ein oder mehrere Geschäftsführer zu bestellen sind, die zugleich Gesellschafter sein können, aber nicht müssen. Allein diesen Geschäftsführern steht das organschaftliche Recht zur Vertretung der Gesellschaft, genauer gesagt, der Kapitalgesellschaft zu.

Angesichts dieser strukturellen Unterschiede bleibt unklar, wie der Geschäftsführer der ausländischen Kapitalgesellschaft diese als deutsche Personengesellschaft soll vertreten können. Ist der Geschäftsführer nicht Gesellschafter, bedürfte er hierzu in jedem Fall einer gesonderten rechtsgeschäftlichen Vollmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter, die ihn ermächtigt, im Namen der Personengesellschaft zu handeln.⁴⁶ Im Hinblick auf die drohende persönliche Haftung dürften die Gesellschafter jedoch nicht bereit sein, eine solche Vollmacht zu erteilen. Aus diesem Grund verbietet es sich auch, in der Bestellung als Geschäftsführer einer ausländischen Kapitalgesellschaft zugleich die Erteilung einer Vollmacht zur Vertretung dieser Gesellschaft als deutsche Personengesellschaft zu sehen. Aber auch wenn der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist, kann und will dieser zu Recht nur im Namen der ausländischen Kapitalgesellschaft und nicht einer (fiktiven) deutschen Personengesellschaft handeln; denn nur hierzu berechtigt ihn seine nach dem ausländischen Recht erfolgte Geschäftsführerbestellung. Deshalb gelten hier auch nicht die Grundsätze vom unternehmensbezogenen Handeln, wonach Erklärungen unter einer Firma im Zweifel so auszulegen sind, dass der jeweilige Inhaber des Handelsgeschäftes berechtigt und verpflichtet sein soll, auch wenn dieser falsch bezeichnet wurde.⁴⁷

Zudem gibt es für den Geschäftspartner auch keine Veranlassung anzunehmen, er würde statt mit einer ausländischen Kapitalgesellschaft mit einer deutschen Personengesellschaft kontrahieren. Für ihn dürfte es häufig schon gar nicht erkennbar sein, dass die ausländische Kapitalgesellschaft den Ort ihrer Geschäftsleitung (Verwaltungssitz) ausschließlich in Deutschland hat. Noch weniger dürfte ihm die rechtliche Umqualifizierung der ausländischen Kapitalgesellschaft mit inländischem Verwaltungssitz in eine deutsche Personengesellschaft bewusst sein. Schon aus diesem Grund scheiden somit auch die Rechtsinstitute der Duldungs- und Anscheinsvollmacht⁴⁸ aus, um ein rechtsverbindliches Handeln des Geschäftsführers der ausländischen Kapitalgesellschaft namens einer deutschen Personengesellschaft zu begründen.

Mit der Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der ausländischen Kapitalgesellschaft durch Umqualifizierung in eine deutsche Personengesellschaft ist letztlich aber wenig gewonnen, wenn zweifelhaft bleibt, ob und wie die ausländische Kapitalgesellschaft als deutsche Personengesellschaft im Rechtsverkehr rechtswirksam vertreten werden kann.

d) Prozess- und vollstreckungsrechtliche Folgen

Dem Einwand, dass die Umqualifizierungs-Lösung zu erheblichen Problemen im Prozess- und Zwangsvollstreckungsrecht führen könne, entgegnet der BGH in der Jersey-Entscheidung, dass diese mit der neueren Rechtsprechung des Senats zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR⁴⁹ entfallen seien. Dabei lässt der BGH allerdings den Duplizierungseffekt, dass nämlich die Gesellschaft aus Sicht des Gründungsstaates bei dortiger Geltung der Gründungstheorie als Kapitalgesellschaft fortbesteht, außer Betracht.⁵⁰

⁴⁰ So Forsthoff, DB 2002, 2471.

⁴¹ So Ebke, JZ 2003, 927, 928.

⁴² BGH, ZIP 2001, 330, 335 f.; s. a. Palandt/Sprau, BGB, 64. Aufl. 2005, § 714 Rn. 11 ff.

⁴³ Zur besonderen Problematik, wenn die ausländische Kapitalgesellschaft persönlich haftende Gesellschafterin einer deutschen Kommanditgesellschaft ist, vgl. Binz/Mayer, GmbHG 2003, 249 ff.

⁴⁴ Eine identitätswahrende grenzüberschreitende Umwandlung wird de lege lata überwiegend als rechtlich unmöglich angesehen, vgl. Zimmer, BB 2003, 1, 7; s. aber auch nachfolgend unter lit. e).

⁴⁵ §§ 709, 714 BGB; §§ 114, 125 HGB.

⁴⁶ Siehe K. Schmidt, GesR, 4. Aufl. 2002, § 10 I. 1. b), § 60 II. 2. b).

⁴⁷ So aber Zimmer, BB 2000, 1361, 1363; Forsthoff, DB 2000, 1109, 1110.

⁴⁸ Siehe dazu näher Palandt/Heinrichs (Fn. 42), §§ 173 Rn. 11 ff.

⁴⁹ BGH, ZIP 2001, 330; ZIP 2002, 614.

⁵⁰ Grundlegend Ebke, JZ 2003, 927, 928.

Es wäre nämlich denkbar, dass die Gesellschaft einen in ihrer Eigenschaft als GbR vor deutschen Gerichten erfolglos erhobenen Anspruch erneut in ihrer Eigenschaft als ausländische Kapitalgesellschaft vor einem Gericht ihres Gründungsstaates geltend macht. Gerade bei Staaten außerhalb der EU⁵¹ kann es zu Überschneidungen der internationalen Zuständigkeit kommen, mit der Folge, dass in beiden Staaten ein Gerichtsstand gegeben wäre. Dem Einwand „entgegenstehender Rechtskraft“ der Entscheidung eines deutschen Gerichtes könnte vor dem ausländischen Gericht entgegen gehalten werden, dass in Deutschland über den Anspruch der klagenden Kapitalgesellschaft überhaupt nicht entschieden worden sei, sondern nur über den Anspruch einer deutschen GbR, die aber nach dem jeweiligen ausländischen Rechtsverständnis mit der klagenden Kapitalgesellschaft nicht identisch sein könne. Damit wäre auch der Einwand „anderweitiger Rechtshängigkeit“ in dem Fall entkräftet, dass ein und derselbe Anspruch sogar gleichzeitig vor einem deutschen Gericht und einem Gericht des Gründungsstaates geltend gemacht würde (Doppeltitulierung).⁵² Umgekehrt bestünde auf der Basis der vorstehenden Argumentation die Gefahr, dass ein Gläubiger wegen ein und desselben Anspruchs die Gesellschaft sowohl vor einem deutschen Gericht als auch vor einem Gericht des Gründungsstaates in Anspruch nimmt, zwei Titel erlangt und in beiden Staaten vollstreckt.

Einer Versagung der Anerkennung des ausländischen Titels wegen Verstoßes gegen die Rechtskraft einer deutschen Gerichtsentscheidung oder gegen eine inländische Rechtshängigkeit (§ 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO) könnte schließlich entgegengehalten werden, dass hier deshalb keine Kongruenz bestehe, weil der ausländische Titel den Anspruch einer ausländischen Kapitalgesellschaft betreffe, während es in Deutschland um den Anspruch einer deutschen GbR gehe. Umgekehrt dürfte es ein Gläubiger der Gesellschaft schwer haben, aus seinem gegen eine deutsche GbR gerichteten Titel im Gründungsstaat in dort befindliches Vermögen der Gesellschaft zu vollstrecken, da diese dort – auch über die Grenze hinaus gesehen – nur als inländische Kapitalgesellschaft existent ist.⁵³

e) Umwandlungsproblematik

Qualifiziert man wie der BGH in der Jersey-Entscheidung die ausländische Kapitalgesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz in eine GbR um, könnte diese ohne weiteres durch Eintragung im Handelsregister den Status einer Personenhandelsgesellschaft erreichen. Gem. § 105 Abs. 2 HGB können sich nämlich sowohl kleingewerbliche als auch vermögensverwaltende GbR als OHG oder KG in das Handelsregister eintragen lassen. Die Eintragung hat hier konstitutive Wirkung. Ist der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes (§ 1 Abs. 2 HGB) unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet, ist diese sogar per se Personenhandelsgesellschaft (§§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB). Hier hat die Handelsregistereintragung nur deklaratorische Bedeutung.

Mit der Qualifizierung als Personenhandelsgesellschaft, sei es auch erst nach konstitutiver Handelsregistereintragung, wäre es der ausländischen Kapitalgesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz aber möglich, an Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz teilzunehmen.⁵⁴ So kann sie als formwechselnder Rechtsträger (§ 191 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) identitätswahrend ihre Rechtsform wechseln, z. B. in die der GmbH oder AG. Sie kann sich aber auch als übertragender oder übernehmender Rechtsträger (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 124 Abs. 1 UmwG) an einer Verschmelzung oder Spaltung beteiligen. So könnten im Anwendungsbereich der modifizierten Sitztheorie schon jetzt durch schlichte Verlegung des Verwaltungssitzes die Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende Verschmelzung geschaffen werden, während für den EU-Bereich der EuGH⁵⁵ erst noch zu entscheiden hat, ob eine Versagung grenzüberschreitender Verschmelzungen unter der Geltung des deutschen Umwandlungs-

rechtes gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, und das In-Kraft-Treten der EU-Regelung über grenzüberschreitende Verschmelzungen noch auf sich warten lässt.⁵⁶

Folgt der Gründungsstaat der ausländischen Kapitalgesellschaft der Gründungstheorie, entsteht auch hier wieder das Duplizierungsproblem, sogar in verschärfter Form. Wandelt sich nämlich die durch die Verlegung des Verwaltungssitzes in eine GbR umqualifizierte Gesellschaft nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes durch Formwechsel identitätswahrend weiter in eine GmbH oder AG um, so lässt dies, wie schon zuvor die Verlegung des Verwaltungssitzes, die Existenz der Gesellschaft als ausländische Kapitalgesellschaft aus Sicht des Gründungsstaates unberührt.⁵⁷ Künftig wäre die Gesellschaft also aus Sicht des Gründungsstaates als Kapitalgesellschaft dortigen Rechts und aus deutscher Sicht als Kapitalgesellschaft hiesigen Rechts existent. Ist schon das „Doppelleben“ als ausländische Kapitalgesellschaft und deutsche Personengesellschaft rechtlich bedenklich, dürfte dies erst recht für ein Doppelleben als ausländische und deutsche Kapitalgesellschaft gelten.

f) Fazit

Die Entscheidung des BGH im Jersey-Urteil, einer ausländischen Kapitalgesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz durch Umqualifizierung in eine GbR oder OHG zur Rechts- und Parteifähigkeit zu verhelfen, erscheint nur vordergründig als eine elegante Lösung zur Aufrechterhaltung der Sitztheorie. Bei genauerer Betrachtung wirft die Umqualifizierung zahlreiche Probleme und Fragestellungen auf, von denen hier vermutlich nur ein Teil angesprochen wurde. Dies gilt insbesondere für den Bereich des Steuerrechts. Muss etwa die ausländische Kapitalgesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz bei entsprechender gewerblicher Betätigung nunmehr, da sie eine rechtsfähige Personengesellschaft sein soll, als Mitunternehmerschaft behandelt werden?⁵⁸ Und wie ist der „Formwechsel“ als solcher zu besteuern?⁵⁹ Dies alles zeigt, dass mit der modifizierten Sitztheorie letztlich mehr Schaden angerichtet als Nutzen gestiftet wird, weshalb dieser Ansatz nicht nur für den EU-Bereich, sondern ganz generell aufgegeben werden sollte.⁶⁰

V. Alternative zur modifizierten Sitztheorie

Es fragt sich, was an Stelle der modifizierten Sitztheorie für diejenigen ausländischen Kapitalgesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz gelten soll, die sich weder auf die europarechtliche Niederlassungsfreiheit berufen können noch unter ein bilaterales Abkommen über die generelle Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit fallen. Als Extreme denkbar wären die völlige Gleichstellung mit EU/EWR-Kapitalgesellschaften, aber auch die Rückkehr zur „alten“ Sitztheorie.

51 Im Bereich der EU ist die gerichtliche Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen durch die EuGVO geregelt.

52 Siehe auch Walden, EWS 2001, 256, 259.

53 Ebenso Henze, BB 2000, 2053, 2054.

54 Vgl. Meilicke, GmbHR 2003, 793, 800, unter Bezugnahme auf einen Hinweis von K. Schmidt; siehe auch Priester, DStR 2005, 788 f.: „§ 105 Abs. 2 HGB als Pforte der GbR ins UmwG“.

55 C-411/03 auf Vorabentscheidungsersuchen des LG Koblenz mit Schlussanträgen des Generalanwalts vom 7. 7. 2005.

56 Am 10. 5. 2005 hat das Europäische Parlament allerdings in erster Lesung einen Bericht zum Richtlinienvorschlag „über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten“ angenommen.

57 So auch Meilicke, GmbHR 2003, 793, 800, mit dem Hinweis, dass bei einer Verschmelzung auf eine deutsche GmbH diese durch anschließenden Wegzug zurück in den Gründungsstaat nach dem Verständnis der Sitztheorie identitätswahrend zur ausländischen Kapitalgesellschaft würde.

58 Bislang wurde eine ausländische Kapitalgesellschaft mit Geschäftsleitung im Inland trotz hier nicht anerkannter Rechtsfähigkeit als unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig behandelt, siehe BFH, BStBl. II 1992, 972, 974.

59 Siehe dazu Meilicke, GmbHR 2003, 793, 801.

60 A. A. Weber/Kienle, DStR 2005, 1060, 1061.

1. Gleichstellung mit EU-Kapitalgesellschaften?

Der EuGH hat insbesondere mit seiner Entscheidung in der Rechtssache „Inspire Art“ die in Art. 43 und 48 EG verbürgte Niederlassungsfreiheit sehr extensiv ausgelegt. So hat er festgestellt, dass die Gründe, aus denen die Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat errichtet wurde, sowie der Umstand, dass sie ihre Tätigkeit ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung ausübt, ihr nicht das Recht nehmen, sich auf die durch den EU-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit zu berufen, es sei denn, im konkreten Fall werde ein Missbrauch nachgewiesen. Ein solcher sei aber nicht schon darin zu sehen, dass eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur deshalb gegründet werde, um in den Genuss vorteilhafter Rechtsvorschriften zu kommen, und zwar auch dann, wenn die betreffende Gesellschaft ihre Tätigkeiten von Anfang an (!) hauptsächlich oder ausschließlich in diesem zweiten Mitgliedstaat ausübe.

Bei dieser Betrachtungsweise, der sich mittlerweile auch der II. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 14. 3. 2005⁶¹ – *nolens volens* – angeschlossen hat, geht es letztlich gar nicht mehr um die Niederlassungsfreiheit einer Kapitalgesellschaft als solcher. Vielmehr wird den Gründern einer Kapitalgesellschaft – mit dem Schlagwort „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ – die Freiheit eingeräumt, sich EU-weit die ihnen genehmste Gesellschaftsform auszuwählen,⁶² selbst wenn dies nur mit dem Ziel erfolgt, die zwingenden inländischen Normativbestimmungen zu umgehen, die Kapitalgesellschaft im Gründungsstaat also nur als Briefkastenfirma existiert!

Die Folgen sind bekannt: Die englische Limited wird von auf deren Errichtung, Vertrieb und Betreuung spezialisierten Unternehmen werbewirksam als die bessere Alternative zur deutschen GmbH angepriesen: Die Limited könne unbürokratisch mit einem Haftkapital ab £1 und zu Gründungskosten von wenigen hundert Euro errichtet werden. Mögliche Nachteile werden dagegen bewusst verschwiegen, wie z. B. hohe Folgekosten wegen des Umstandes, dass sich nicht nur die Gründung, sondern auch die weitere Existenz der Limited nach englischem Recht richtet und damit auf Dauer entsprechenden Beratungsbedarf generiert.⁶³ Es wird dennoch schon davon gesprochen, dass die Limited dabei sei, der GmbH den Rang abzulaufen.⁶⁴

Um die deutsche GmbH „konkurrenzfähig“ zu halten, hat das Bundesministerium der Justiz den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals im GmbH-Recht (MindestKapG) erarbeitet.⁶⁵ Danach soll das Mindeststammkapital auf € 10 000 abgesenkt werden.⁶⁶ Zugleich ist aber auch vorgesehen, dass künftig die Höhe des gezeichneten und eingezahlten Stammkapitals auf den Geschäftsbriefen der Gesellschaft anzugeben ist. Während also die mit nur einem Pfund errichtete Limited ihr Haftkapital verschweigen darf, muss die GmbH auf ihren Geschäftsbriefen damit „werben“, dass ihr Stammkapital „nur“ € 10 000 beträgt.⁶⁷ Ob auf diese Weise den an einer Limited Interessierten die GmbH als Alternative wieder „schmackhaft“ gemacht werden kann, darf bezweifelt werden.

Angesichts dieser Entwicklung sollte man nicht ernsthaft in Erwägung ziehen, die für die EU-Kapitalgesellschaften geltenden Grundsätze generell auf alle ausländischen Kapitalgesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz auszudehnen. Andernfalls könnten sich die Gründer einer Kapitalgesellschaft nicht nur EU-weit, sondern weltweit die ihnen genehmste Gesellschaftsform für ihre hiesigen Aktivitäten aussuchen. Diese Wahlfreiheit ist für den EU-Bereich im Hinblick auf die nun einmal bestehenden europarechtlichen Verpflichtungen hinzunehmen und in der Hoffnung auf die baldige Verabschiedung gemeinsamer gesellschaftsrechtlicher Mindest-Standards in der EU auch zu begrüßen. Darüber hinaus würde jedoch eine solche Wahlfreiheit dem deutschen Ordre Pub-

lic⁶⁸ zuwiderlaufen, wobei in erster Linie an die gesellschaftsrechtlichen Gläubiger- und Mitgliederschutzrechte und nicht an die Sicherung der ordnungspolitisch zunehmend fragwürdig gewordene unternehmerische Mitbestimmung zu denken ist.⁶⁹

2. Rückkehr zur „alten“ Sitztheorie?

Unter einer Herrschaft der „alten“ Sitztheorie könnte die ausländische Kapitalgesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz weder Trägerin von Rechten und Pflichten noch Partei eines Gerichtsverfahrens sein, soweit sie der deutschen Rechtsordnung unterliegt.⁷⁰ Sie wäre somit ein „rechtliches Nullum“⁷¹ mit der Folge, dass sich eine Duplizierungsproblematik wie bei der modifizierten Sitztheorie von vornherein nicht ergeben könnte. Allerdings geht diese Rechtsfolge der „alten“ Sitztheorie insoweit an der Realität vorbei, als ausländische Kapitalgesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz ja tatsächlich hier am Rechtsverkehr teilnehmen⁷² und sich deshalb die Frage stellt, ob eine Behandlung als „rechtliches Nullum“ dem Schutz des Rechtsverkehrs nicht zuwiderläuft. Für diesen ist es regelmäßig gar nicht erkennbar, ob die ausländische Kapitalgesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat oder nicht. Es ist deshalb bedenklich, eine Kapitalgesellschaft, die nach dem Recht ihres Gründungsstaates unter dortiger Geltung der Gründungstheorie zweifelsfrei rechtlich existiert, in Deutschland aber allein wegen ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes im Inland als für den Rechtsverkehr nicht existent zu qualifizieren, insbesondere dann, wenn sie über (pfändbares) inländisches Vermögen verfügen sollte. Den Vertragspartnern bliebe dann – neben deliktsrechtlichen Ansprüchen (§§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB) – nur eine Haftung der für die Kapitalgesellschaft handelnden Personen analog § 179 BGB,⁷³ während Aktivprozesse eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung bzw. Forderungsabtretung (Inkasso-Zession), deren Gültigkeit sich nach deutschem IPR richtete, voraussetzten. So gesehen wäre die Rückkehr zur „alten“ Sitztheorie ein partieller Rückschritt.

Etwas anderes würde jedoch gelten, wenn dem BGH das dogmatische „Meisterstück“ gelänge, der ausländischen Kapitalgesellschaft ohne deren Anerkennung als solcher und ohne deren Umqualifizierung in eine deutsche Personengesellschaft Rechts- und Parteifähigkeit zuzugestehen, sie also z. B. – wie einst bei der sog. Vorgesellschaft – als Rechtssubjekt *sui generis* zu behandeln oder sich auf Gewohnheitsrecht oder Art. 6 EMRK als Rechtsquelle zu stützen. Fraglich ist allerdings, ob ein dahingehender Kraftakt überhaupt erforderlich ist.

VI. Lösungsansatz

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass es nicht darum geht, ausländische Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten anders als

61 BB 2005, 1016.

62 Vgl. auch Wachter, ZNotP 2005, 122 f.

63 Vgl. Wachter, GmbHR 2004, 88, 94, sowie generell zu den Risiken und Kosten der Limited Happ/Holler, DStR 2004, 730.

64 Creutz, Handelsblatt vom 1. 6. 2005.

65 Siehe www.bmj.bund.de: Gesetzesentwürfe Handels- und Wirtschaftsrecht.

66 Zu Recht ablehnend Priester, DB 2005, 1315, 1318 f.; für Ein-Euro-GmbH Grunewald/Noack, GmbHR 2005, 189, 193 f.; Mellert, BB, 2005, 1809, 1819.

67 Kritisch hinsichtlich des Informationsgehalts der Angaben K. Schmidt, DB 2005, 1095, 1096.

68 Siehe dazu auch Kindler (Fn. 26), Rn. 277 ff.

69 Siehe zum Gläubigerschutz Ulmer, NJW 2004, 1201; Paefgen, ZIP 2004, 2253, 2255 ff., und zur Unternehmensmitbestimmung Müller-Bonanni, GmbHR 2003, 1235; Thüsing, ZIP 2004, 381; Junker, NJW 2004, 728.

70 So der VII. Zivilsenat in seinem Vorlagebeschluss an den EuGH in der Rechtssache „Überseering“, BGH v. 30. 3. 2000 – VII ZR 370/98, GmbHR 2000, 715.

71 So Leible/Hoffmann, DB 2002, 2203, 2204; siehe auch OLG München, NJW-RR 1995, 703, 704.

72 Wilhelm, LKM-Handels- und Gesellschaftsrecht, 2003, S. 47, spricht insoweit von einer existenten Wirkungseinheit.

73 Vgl. dazu Palandt/Heinrichs (Fn. 42), §§ 177, 178 Rn. 3.

solche aus EU/EWR-Staaten allein wegen ihres deutschen Verwaltungssitzes mit Sanktionen zu belegen oder generell mittels Sonderanknüpfungen zur Einhaltung hiesiger Standards zu zwingen. Vielmehr ist es u.E. nur geboten, einer grenzenlosen Wahlfreiheit bezüglich der Gesellschaftsformen zum Schutz des hiesigen Rechtsverkehrs in geeigneter Art und Weise einen Riegel vorzuschieben.

1. Erfordernis eines qualifizierten „genuine link“

Entfaltet eine ausländische Kapitalgesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz zugleich qualifizierte wirtschaftliche Aktivitäten in ihrem Gründungsstaat (genuine link), so kann davon ausgegangen werden, dass die Gesellschaft nicht zur Umgehung der deutschen Normativbestimmungen errichtet wurde. Deshalb spricht u.E. in diesem Fall nichts dagegen, die ausländische Kapitalgesellschaft in gleicher Weise wie EU/EWR-Kapitalgesellschaften (bei denen ein „genuine link“ allerdings nicht erforderlich ist) anzuerkennen und nach identischen Maßstäben zu behandeln. Etwas anderes muss dagegen insbesondere für Briefkastengesellschaften gelten.⁷⁴

Ist somit das „genuine link“-Erfordernis der richtige Ansatzpunkt, stellt sich die Frage, wie der aktuelle wirtschaftliche Bezug zum Gründungsstaat seiner Art und seiner Intensität nach beschaffen sein muss. Hiermit hat sich auch der BGH in seinen Urteilen zur Anerkennung der Rechtspersönlichkeit amerikanischer Kapitalgesellschaften⁷⁵ befasst. Er hat dort das Erfordernis des „genuine link“ dem Grunde nach anerkannt, jedoch bereits die Ausübung einer geringen bzw. irgendeiner wirtschaftlichen Tätigkeit in den USA genügen lassen.⁷⁶ Dabei ist allerdings zu beachten, dass im Verhältnis zu den USA die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit staatsvertraglich festgelegt ist, weshalb das gegen Missbräuche gerichtete „genuine link“-Erfordernis dort nur in extrem gelagerten Ausnahmefällen zur Korrektur der vertraglichen Anerkennung führen kann.⁷⁷ Daher spricht nichts dagegen, bei Staaten ohne eine solche staatsvertragliche Regelung gesteigerte Anforderungen an den „genuine link“ zu stellen.

Dabei wird man allerdings nicht fordern können, dass die wirtschaftliche Tätigkeit im Gründungsstaat einen maßgeblichen oder gar den entscheidenden Teil der Geschäftsaktivitäten der Gesellschaft ausmacht. Genügen muss auch eine Tätigkeit, die z.B. bezogen auf den Gesamtumsatz einen untergeordneten Umfang einnimmt, aber – absolut betrachtet – von substanziellem Gewicht ist. Zu fordern ist ferner, dass das geschäftliche Handeln im Gründungsstaat individuellen Charakter hat und nachhaltig ist. Andernfalls bestünde nämlich die Gefahr, dass in geschäftsmäßiger Weise standardisierte „Geschäftsaktivitäten“ zur Begründung des „genuine link“ am Markt offeriert würden. Ob darüber hinaus auch das Vorhandensein kaufmännischer Einrichtungen im Gründungsstaat gefordert werden sollte, wäre noch zu überlegen.

Fehlt es an einem qualifizierten „genuine link“ in diesem Sinne (wofür die Gesellschaft die Beweislast trägt!), handelt es sich gar bei der ausländischen Kapitalgesellschaft um eine bloße Briefkastengesellschaft, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen.

2. Rechtsfolgen bei fehlendem „genuine link“

Die Umqualifizierung in eine deutsche Personengesellschaft scheidet aus den oben dargelegten Gründen aus. Auch eine Behandlung als „rechtliches Nullum“ verbietet sich im Interesse des Rechtsverkehrs, da es für diesen kaum erkennbar ist, ob die ausländische Kapitalgesellschaft über einen hinreichenden „genuine link“ verfügt oder nicht.

Da es insbesondere darum geht, das Handeln unter Verwendung von Briefkastengesellschaften, die außerhalb der EU und des EWR errichtet wurden, nach Möglichkeit zu unterbinden, muss sinnvollerweise bei denjenigen angesetzt werden, die unter dem Mantel

einer solchen Gesellschaft agieren. Der geeignete Ansatz hierfür besteht u.E. in einer Rechtsanalogie zu den §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG.⁷⁸ Die dort geregelte sog. Handelndenhaftung bildet nach heutigem Rechtsverständnis den Ausgleich dafür, dass vor Eintragung der GmbH bzw. der AG das erst durch die Prüfung des Registergerichts und die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften geschützte Mindest-Kapital noch nicht gewährleistet ist.⁷⁹ Eine vergleichbare Gefährdungslage besteht u.E. aber auch dann, wenn im Inland statt einer deutschen Kapitalgesellschaft eine ausländische, dort selbst nicht (ggf. nicht mehr) unternehmerisch tätige Briefkastengesellschaft zum Einsatz gelangt, weshalb auch in derartigen Fällen eine Handelndenhaftung als Ausgleich geboten erscheint. Das bedeutet, dass die für die ausländische Kapitalgesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz handelnden Personen, insbesondere also deren Geschäftsführer, der persönlichen und solidarischen Haftung unterliegen. Dies ist auch interessengerecht, da heute – wie dargelegt – zur Vermeidung einer solchen Haftung ohne weiteres unter einer Vielzahl von EU/EWR-Kapitalgesellschaften die geeignete Gesellschaftsform für hiesige Geschäftsaktivitäten ausgewählt werden kann und Repräsentanten von Briefkastengesellschaften aus Drittstaaten haftungsmäßig nicht besser stehen sollten als diejenigen deutscher Kapitalgesellschaften, die mangels Eintragung im Handelsregister noch nicht in den Genuss des Haftungsprivilegs gekommen sind.

Dass der BGH in seiner Entscheidung vom 14. 3. 2005⁸⁰ eine analoge Anwendung von § 11 Abs. 2 GmbHG in Bezug auf eine englische private limited company mit Verwaltungssitz in Deutschland ausdrücklich abgelehnt hat, schließt nicht aus, die Vorschrift auf außerhalb der EU (EWR) errichtete Briefkastengesellschaften analog anzuwenden. Im Gegenteil: Der BGH hat nämlich im Urteils-Fall die Nichtanwendbarkeit des § 11 Abs. 2 GmbHG ausschließlich mit der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit (in dem vom EuGH verstandenen Sinn) begründet, die von der Vorinstanz ausdrücklich bejahte analoge Anwendbarkeit der Handelndenhaftung auf Briefkastengesellschaften, soweit es um solche aus nicht begünstigten Drittstaaten geht, also stillschweigend bejaht.

Allerdings muss sich die Analogie auf die §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG beschränken und darf nicht auf den Abs. 1 des § 11 GmbHG bzw. § 41 Abs. 1 S. 1 AktG erstreckt werden. Andernfalls wäre die ausländische Kapitalgesellschaft als eine Vorgesellschaft anzusehen, die nach der BGH-Rechtsprechung⁸¹ bei Nichteintragung und dauerhafter Fortsetzung ihrer Geschäftsaktivitäten zur Personenhandelsgesellschaft wird. Damit ergäbe sich aber wieder die oben dargestellte und in jedem Fall zu vermeidende Duplizierungsproblematik. Deshalb muss die ausländische Kapitalgesellschaft, wenn sie vom Gründungsstaat als existent behandelt wird, als solche auch hier anerkannt und die Sanktion dafür, dass es sich bei ihr um eine missbräuchliche Gestaltung, nämlich eine bloße Briefkastengesellschaft handelt, auf die persönliche Haftung der handelnden Personen beschränkt werden. In ähnlicher Weise wird ja auch bei der Wiederverwendung einer sog. Mantelgesellschaft eine Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG für möglich

74 Solche werden vornehmlich von sog. Oasenländern mit ihren vergleichsweise laxen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen beheimatet, vgl. *Ebke* (Fn. 33), S. 101, 123.

75 Siehe oben II.

76 Bestehen eines Broker- bzw. Lizenzvertrages.

77 So BGH, ZIP 2004, 2230, 2232. *Ebke*, RIW 2004, 740, 743, empfiehlt, im Verhältnis zu den USA ganz auf das Erfordernis eines genuine link zu verzichten.

78 Für eine Analogie zu § 11 Abs. 2 GmbHG bereits LG Köln, GmbHR 1986, 314, allerdings mit der zwischenzeitlich überholten Argumentation, sowohl bei der Vor-GmbH als auch bei der ausländischen Kapitalgesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz handle es sich um Gesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit.

79 *Michalski*, GmbHG, 2002, § 11 Rn. 90 m. w. N.

80 BB 2005, 1016.

81 Siehe BGH, ZIP 2002, 2309.

Sack | Der Beschluss des Großen Zivilsenats des BGH vom 15. 7. 2005 zur Haftung für unbegründete Schutzrechtsverwarnungen – Ende der Diskussion?

gehalten, solange die wirtschaftliche Neugründung der in Folge der Handelsregistereintragung zweifelsfrei als Kapitalgesellschaft bereits existenten Mantelgesellschaft nicht offen gelegt ist.⁸²

Fraglich ist, ob und inwieweit ausländische Briefkastengesellschaften ihre Eintragung in das deutsche Handelsregister bewirken können. Auf der Grundlage der Zweigniederlassungsrichtlinie⁸³ und der EuGH-Rechtsprechung⁸⁴ kann eine EU-Kapitalgesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz auch dann als „Zweigniederlassung“ gem. § 13 ff. HGB in das deutsche Handelsregister eingetragen werden, wenn sich ihre geschäftlichen Aktivitäten ausschließlich im Inland abspielen, „Stammhaus“ und „Zweigniederlassung“ also deckungsgleich sind.⁸⁵ Dieses Privileg lässt sich aber wiederum allein mit der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit rechtfertigen und kann daher Gesellschaften aus Nicht-EU/EWR-Staaten nicht zugebilligt werden. Bei diesen muss also eine im Ausland belegene Hauptniederlassung (Sitz) im Sinne eines Stammhauses (Verwaltungssitz) und nicht nur des satzungsmäßigen Sitzes vorliegen, damit eine inländische Zweigniederlassung eingetragen werden kann.⁸⁶ Eine Eintragung von Briefkastengesellschaften aus Nicht-EU/EWR-Staaten in das Handelsregister ist somit ausgeschlossen.

Damit kann bei diesen einer Haftung aufgrund analoger Anwendung der §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG letztlich nur dadurch entgangen werden, dass auf ein Handeln unter der Briefkastengesellschaft verzichtet und für inländische Aktivitäten eine deutsche oder EU/EWR-Kapitalgesellschaft errichtet wird. Genau damit wäre aber das gewünschte Ziel erreicht, nämlich einer grenzenlosen Wahlfreiheit in Bezug auf die Gesellschaftsformen zum Schutz des Rechtsverkehrs einen wirkungsvollen Riegel vorzuschieben.

VII. Zusammenfassung

1. Die vom II. Zivilsenat des BGH im Jersey-Urteil entwickelte modifizierte Sitztheorie, wonach eine ausländische Kapitalgesellschaft mit deutschem Verwaltungssitz zwar nicht als solche, wohl aber aufgrund einer Umqualifizierung in eine deutsche Personengesellschaft als rechts- und parteifähig anzuerkennen sei, ist auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung mit der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften unvereinbar. Wie vom BGH mittlerweile auch ausdrücklich anerkannt, ist daher die Sitztheorie für EU- und EWR-Kapitalgesellschaften auch in der modifizierten Form des Jersey-Urteils

obsolet; insoweit gilt allein die sog. Gründungstheorie. Gleiches gilt im Hinblick auf eine staatsvertragliche Regelung im Verhältnis zu den USA.

2. Raum für die Anwendung der modifizierten Sitztheorie verbleibt allerdings gegenüber sonstigen Drittstaaten. Soweit diese der sog. Gründungstheorie folgen, hätte die modifizierte Sitztheorie zur Konsequenz, dass ausländische Kapitalgesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz ein juristisches Doppelleben führten: Aus deutscher Sicht wären sie Personengesellschaften, aus Sicht des Gründungsstaates weiterhin Kapitalgesellschaften. Die aus dieser Doppel-Existenz resultierenden rechtlichen und steuerlichen Probleme sind vielfältig und kaum lösbar. Deshalb sollte von der modifizierten Sitztheorie ganz generell Abschied genommen werden.
3. Die für EU/EWR-Kapitalgesellschaften geltenden Grundsätze können jedoch nicht unverändert auch auf Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten angewandt werden. Nach der EuGH-Rechtsprechung, der auch der BGH folgt, besteht nämlich eine Wahlfreiheit der Gründer hinsichtlich der ihnen genehmsten Gesellschaftsform. Eine solche Wahlfreiheit über die EU/EWR/USA-Grenzen wäre nicht akzeptabel; andernfalls wären Missbrauch Tür und Tor geöffnet und die inländischen Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsvorschriften ad absurdum geführt.
4. Anders als bei EU/EWR-Kapitalgesellschaften ist deshalb – abgesehen vom Sonderfall USA – bei in Drittstaaten gegründeten Kapitalgesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz eine hinreichend qualifizierte wirtschaftliche Aktivität im Gründungsstaat (genuine link) erforderlich, um hier uneingeschränkt im Sinne der Gründungstheorie anerkannt werden zu können. Fehlt es daran, handelt es sich insbesondere um eine Briefkastengesellschaft, sollte deren rechtliche Existenz als ausländische Kapitalgesellschaft jedoch nicht geleugnet, wohl aber die für sie handelnden Personen in Rechtsanalogie zu den §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG der persönlichen und solidarisches Haftung unterworfen werden.

⁸² Vgl. BGH, BB 2003, 2079, 2081; OLG Stuttgart, GmbHR 1999, 610.

⁸³ RiLi 89/666/EWG vom 21. 12. 1989, ABIEG Nr. L 395/36.

⁸⁴ Insbesondere EuGH (Inspire Art), NJW 2003, 3331, 3333.

⁸⁵ Auch wenn man sich mit dieser Vorstellung schwer tue, sei diese europarechtliche Interpretation hinzunehmen, so *Altmeyden/Wilhelm*, DB 2004, 1083; vgl. auch *Wachter*, ZNotP 2005, 122, 124.

⁸⁶ Vgl. *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, 5. Aufl. 2005, § 13 d Rn. 4.

Professor Dr. Rolf Sack, Universität Mannheim *

Der Beschluss des Großen Zivilsenats des BGH vom 15. 7. 2005 zur Haftung für unbegründete Schutzrechtsverwarnungen – Ende der Diskussion?

Der Große Zivilsenat des BGH hat mit Urteil vom 15. 7. 2005 – GSZ 1/04 (BB 2005, 2260) zu Grundfragen der Haftung für unbegründete Schutzrechtsverwarnungen Stellung genommen. Die Entscheidung erfolgte aufgrund eines Vorlagebeschlusses des I. Zivilsenats.¹ In ihm hatte der I. Zivilsenat die bisherige Ansicht der Rechtsprechung, dass unbegründete Schutzrechtsverwarnungen ohne weiteres rechtswidrig seien, in Frage gestellt. Außerdem hatte er angeregt, auf rechtswidrige Schutzrechts-

verwarnungen statt des § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in das Recht am Gewerbebetrieb Vorschriften des (neuen) UWG oder § 826 BGB als Anspruchsnormen anzuwenden. Ferner hielt er es für angebracht, zwischen

* Der Autor hat den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht an der Universität Mannheim inne. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. XVI.

¹ I ZR 98/02, GRUR 2004, 958 = WRP 2004, 1366.