Autor: Jochen Hoffmann
Dokumenttyp: Aufsatz
Literaturnachweis: ZIP 2007, 1581-1589
Quelle: ZIP
RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln
Fundstelle: ZIP 2007, 1581-1589
Zitiervorschlag: Hoffmann, ZIP 2007, 1581-1589

Die stille Bestattung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber

Jochen Hoffmann [*]

Das MoMiG, das sich inzwischen im Gesetzgebungsverfahren befindet, wird weitgehende Änderungen insbesondere des GmbH-Rechts mit sich bringen. Sieht man genau hin, betreffen die Änderungen aber nicht nur das materielle Gesellschafts- sowie das Insolvenzrecht, sondern ebenso das internationale Gesellschaftsrecht. Die Bedeutung der hierzu vorgesehenen Änderungen in § 4a GmbHG und § 5 AktG erschließt sich aber erst aus der Gesetzesbegründung, wonach ausdrücklich die grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes ermöglicht werden soll. Der folgende Beitrag zeigt zunächst auf, dass dieses Ziel nur bei einer kollisionsrechtlichen Interpretation der Vorschriften erreicht werden kann, und diskutiert verschiedene Auslegungsmöglichkeiten mit unterschiedlicher Reichweite der Änderung. Der Verfasser verlangt indes eine klare gesetzgeberische Entscheidung in der Frage und schlägt verschiedene Gesetzesformulierungen vor, durch die die verfolgten Ziele zum Ausdruck gebracht werden können. Der Beitrag schließt mit einem Plädoyer für eine möglichst weitgehende Abkehr von der Sitztheorie infolge des MoMiG.

I. Problemstellung

Das internationale Gesellschaftsrecht ist seit Jahren in Bewegung. Ausgehend von den vielfach diskutierten, allgemein bekannten Judikaten des EuGH in den Rechtssachen Überseering[1] und Inspire Art[2] hat sich eine kaum noch überschaubare Diskussion im Schrifttum entwickelt, die in den letzten Jahren zunehmend um die rechtliche Behandlung EU-ausländischer Kapitalgesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland kreist, also die Auswirkungen der durch den EuGH vorgegebenen Gründungsanknüpfung (europarechtliche Gründungstheorie) im deutschen Recht analysiert.[3] Zweifelsfragen erreichen inzwischen zunehmend auch die deutsche Rechtsprechung.[4] In der grundsätzlichen Frage, welcher kollisionsrechtlichen Anknüpfungsregel das deutsche Recht außerhalb der von den EuGH-Grundsätzen erfassten Fällen folgt, war bisher dagegen wenig Bewegung zu erkennen. Zwar häufen sich Stimmen in der Literatur, die für juristische Personen einen vollständigen Übergang auf die Gründungsanknüpfung zur Wiederherstellung einer einheitlichen Gesellschaftskollisionsnorm befürworten,[5] die Rechtsprechung hält aber bisher sowohl für Nicht-EU-Gesellschaften[6] (mit Ausnahme von EWR-[7] und US-Gesellschaften[8]) als auch für nach deutschem Recht gegründete Gesellschaften an der Sitztheorie fest.[9] Die Konsequenzen sind bekannt: Zuziehende Nicht-EU-Gesellschaften werden nicht als juristische Personen anerkannt, sondern als Personengesellschaften deutschen Rechts behandelt,[10] und verlieren

das Haftungsprivileg. Deutschen Gesellschaften wird die grenzüberschreitende Mobilität in Hinblick auf eine Verlegung ihres Verwaltungssitzes vorenthalten, da der Umzug aus Sicht des deutschen Kollisionsrechts zum Verlust des deutschen Gesellschaftsstatuts führen würde. Materiellrechtlich wird darüber hinaus davon ausgegangen, dass die Sitzverlegung wegen des mit ihr verbundenen Statutenwech-

- 1581 -

Hoffmann, ZIP 2007, 1581-1589

- 1582 -

sels zur Auflösung der Gesellschaft führt.[11] An diesem Status quo hat die Rechtsprechung des EuGH nichts geändert, da die Niederlassungsfreiheit ausdrücklich kein Wegzugsrecht gegen den Gründungsstaat gewähren soll, da dieser die Voraussetzungen, unter denen er die Rechtspersönlichkeit gewährt, selbst bestimmen kann (sog. „Daily Mail"-Doktrin[12]). Die Einzelheiten sind vielfach beschrieben und müssen hier ebenso wenig referiert werden wie die vielfältige Kritik, nicht zuletzt an diesem Aspekt der Rechtsprechung des EuGH.[13]

Vor diesem Hintergrund ist es überraschend, dass der Gesetzgeber sich derzeit anschickt, im Rahmen des MoMiG[14] eine Regelung zu treffen, die die Geltung der Sitztheorie als Kollisionsnorm des deutschen Rechts infrage stellt – obwohl er sich in den vergangenen Jahrzehnten in dieser Frage bewusst zurückgehalten hat und allenfalls implizit von der Geltung der Sitztheorie ausgegangen ist. Auch wenn die Änderungen des § 4a GmbHG sowie des § 5 AktG auf den ersten Blick als wenig spektakulär erscheinen und eine kollisionsrechtliche Bedeutung nicht nahe legen, zeigt ein Blick in die Gesetzbegründung, dass hierdurch ganz ausdrücklich Zwecke verfolgt werden, die nur zu erreichen sind, wenn man die Änderungen als Eingriffe in das Kollisionsrecht interpretiert.

II. Der Regierungsentwurf des MoMiG und die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele

In § 4a Abs. 1 GmbHG werden die Worte „im Inland" eingefügt; damit wird klargestellt, dass eine nach deutschem Recht gegründete Gesellschaft eines inländischen Satzungssitzes bedarf. Dies hatte auch bisher niemand ernsthaft bezweifelt.[15] Darüber hinaus wird Absatz 2 der Vorschrift gestrichen. Darin ist bisher geregelt, dass der Satzungssitz „in der Regel" – also nicht zwingend – am Ort der Verwaltung oder zumindest einer Betriebsstätte zu nehmen ist. Auf den ersten Blick bedeutet dies eigentlich nur, dass die deutschem Recht unterliegenden Gesellschaften nunmehr die Möglichkeit haben, ihren Satzungssitz im Inland frei zu wählen, ohne Rücksicht auf den Ort der tatsächlichen Geschäftstätigkeit. Es kann durchaus Sinn machen, den Satzungssitz an einem anderen Ort als dem des Verwaltungssitzes zu nehmen, da hierdurch auch die Registerzuständigkeit begründet wird – man kann sich also z.B. der Zuständigkeit eines ineffizient arbeitenden Registergerichts entziehen oder für alle Konzernunternehmen eine einheitliche Zuständigkeit begründen. Mit der gedanklich vorgelagerten Frage, unter welchen Voraussetzungen die GmbH deutschem Recht unterliegt, hat dies aber an sich nichts zu tun. Die Änderungen des § 5 AktG entsprechen dem.

Erst ein Blick in die Regierungsbegründung zeigt, was diese Änderungen mit dem internationalen Gesellschaftsrecht zu tun haben. Die Begründungspassage ist so eindeutig und so zentral für den Gegenstand dieses Beitrags, dass sie wörtlich wiedergegeben wird:

„EU-Auslandsgesellschaften, deren Gründungsstaat eine derartige Verlagerung des Verwaltungssitzes erlaubt, ist es auf Grund der EuGH-Rechtsprechung nach den Urteilen Überseering vom 5. Novem-

ber 2002 (Rs C-208/00) und Inspire Art vom 30. September 2003 (Rs C-167/01) bereits heute rechtlich gestattet, ihren effektiven Verwaltungssitz in einem anderen Staat – also auch in Deutschland – zu wählen. Diese Auslandsgesellschaften sind in Deutschland als solche anzuerkennen. *Umgekehrt steht diese Möglichkeit deutschen Gesellschaften schon aufgrund der Regelung in § 4a Abs. 2 bzw. in § 5 Abs. 2 AktG nicht zur Verfügung.* Es ist für ein ausländisches Unternehmen nicht möglich. sich bei der Gründung eines Unternehmens für die Rechtsform der deutschen Aktiengesellschaft bzw. der GmbH zu entscheiden, wenn die Geschäftstätigkeit ganz oder überwiegend aus dem Ausland geführt werden soll. Es ist einer deutschen Konzernmutter nicht möglich, ihre ausländischen Tochtergesellschaften mit der Rechtsform der GmbH zu gründen. Unabhängig von der Frage, ob die neuere EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 und 48 EG allein die Freiheit des Zuzuges von Gesellschaften in einen Mitgliedstaat verlangt hat oder damit konsequenterweise auch der Wegzug von Gesellschaften ermöglicht werden muss, sind Gesellschaften, die nach deutschem Recht gegründet worden sind, in ihrer Mobilität unterlegen. *In Zukunft soll für die deutsche Rechtsform der Aktiengesellschaft und der GmbH durch die Möglichkeit, sich mit der Hauptverwaltung an einem Ort unabhängig von dem in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag gewählten Sitz niederzulassen, ein level playing field, also gleiche Ausgangsbedingungen gegenüber vergleichbaren Auslandsgesellschaften geschaffen werden.* Freilich bleibt es nach dem Entwurf dabei, dass die Gesellschaften eine Geschäftsanschrift im Inland im Register eintragen und aufrechterhalten müssen. Die Neuregelungen zur Zustellung in Deutschland erhalten durch die Mobilitätserleichterungen zusätzliches Gewicht."[16]

Durch die Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG und der Parallelnorm des § 5 Abs. 2 AktG soll es deutschen Gesellschaften also nicht nur ermöglicht werden, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht mit dem Satzungssitz übereinstimmt. Vielmehr sollen sie jetzt ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich im Rahmen einer (Zweig-)Niederlassung außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets entfalten können, ohne dabei ihren Status als deutsche GmbH oder AG zu verlieren. Deutsche Kapitalgesellschaften sollen zukünftig dieselbe tatsächliche Mobilität genießen wie schon bisher die britische Ltd. und so zu einer echten Alternative im Wettbewerb der Rechtsformen werden.

Dieser Zielsetzung korrespondieren nun Änderungen in §§ 8 und 10 GmbHG sowie §§ 37 und 39 AktG, durch die gewährleistet werden soll, dass auch bei Verwaltungssitz im Ausland eine Zustellung im Inland möglich ist. Die Gesellschaften müssen danach neben dem Satzungssitz auch noch über eine

- 1582 -

Hoffmann, ZIP 2007, 1581-1589

- 1583 -

inländische Geschäftsanschrift verfügen, die in das Handelsregister einzutragen ist. Dadurch soll erreicht werden, dass eine wirksame Zustellung auch dann möglich ist, wenn das Unternehmen keine physische Niederlassung mehr im Inland hat, wobei bei Unerreichbarkeit an der Geschäftsanschrift eine öffentliche Zustellung ermöglicht wird (§ 15a HGB-E). Konsequenterweise soll der Begriff der Geschäftsanschrift so zu verstehen sein, dass hierfür auch die Adresse eines Zustellungsbevollmächtigten wie z.B. eines inländische Rechtsanwalts oder Steuerberaters angegeben werden kann.[17] Diese Vorschriften sind gerade darauf ausgerichtet, eine Zustellung auch zu ermöglichen, wenn keine inländische Präsenz des Unternehmens mehr besteht.[18]

Fasst man dies zusammen, zeigt sich eine deutliche Diskrepanz zwischen den mit der Neuregelung verbundenen Zielen und der Bedeutung des geänderten Wortlauts bei unvoreingenommener Betrachtung. Während der Wortlaut an sich nur nahe legt, dass die deutschen Gesellschaften mehr Freiheit

bei der Wahl des inländischen Satzungssitzes erhalten sollen, bezweckt der Gesetzgeber nach der zitierten Begründungspassage, den Gesellschaften vollständige Freiheit bei der Festlegung ihres Verwaltungssitzes zu gewähren. Deutschen Kapitalgesellschaften soll es sowohl ermöglicht werden, ihren Verwaltungssitz unter Mitnahme ihres Status als deutsche AG oder GmbH in das Ausland zu verlegen. Ferner soll es zukünftig möglich sein, die deutschen Rechtsformen auch dann zu benutzen, wenn die Geschäftstätigkeit nicht in Deutschland stattfindet – es soll allein der Satzungssitz im Inland genügen, um in einer deutschen Gesellschaftsform tätig zu werden. Unmissverständlich will der Gesetzgeber den deutschen Gesellschaften die tatsächliche Mobilität einräumen, die mit einer Anwendung der Gründungstheorie verbunden ist. Der Weg, der hierfür gewählt wird, ist nur eigenartig, betrifft die Änderung doch nur eine (eher unbedeutende) Vorschrift des materiellen Gesellschaftsrechts.

III. Zur Unterscheidung von kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Ebene

Woher resultiert nun diese Diskrepanz? Es macht den Eindruck, als hätte der Gesetzgeber schlicht die Unterscheidung zwischen materiellrechtlicher und kollisionsrechtlicher Ebene verkannt und versucht, eine kollisionsrechtliche Fragestellung durch eine materiellrechtliche Norm zu regeln.

Um dies zu verdeutlichen, ist zunächst der Unterschied der beiden Ebenen aufzuzeigen: Nähert man sich einer gesellschaftsrechtlichen Fragestellung, bedarf es zunächst einer Anwendung der Kollisionsnorm des internationalen Gesellschaftsrechts, um zu bestimmen, die materiellrechtlichen Vorschriften welchen Staates auf das betrachtete Gebilde anzuwenden sind. Die Kollisionsnorm bestimmt das Gesellschaftsstatut, das für alle gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden Fragen in Hinblick auf die betrachtete Gesellschaft maßgeblich ist. Erst auf der Grundlage einer entsprechenden kollisionsrechtlichen Anknüpfung kann eine materiellrechtliche Norm überhaupt zur Anwendung kommen.

Diese international-privatrechtliche Anknüpfungsnorm der Gesellschaften ist in Deutschland bekanntlich nicht gesetzlich geregelt, vielmehr wendet die Rechtsprechung traditionell – soweit nicht von der Niederlassungsfreiheit des EG die Anwendung der europarechtlichen Gründungstheorie verlangt wird – die Sitztheorie an.[19] Das bedeutet, dass aus Sicht eines deutschen Richters das Recht des Staates als Gesellschaftsstatut berufen ist, in dem sich die Hauptverwaltung der Gesellschaft befindet. Deutsches materielles Gesellschaftsrecht (AktG, GmbHG) kann nach den bisherigen Vorstellungen also überhaupt nur dann angewendet werden, wenn die Hauptverwaltung im Inland belegen ist – und nur dann stellt sich die nach § 4a GmbHG bzw. § 5 AktG zu bemessende Frage, wo der Satzungssitz zu nehmen ist.

Dies zeigt, dass die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele mit einer rein materiellrechtlichen Regelung des Satzungssitzes nicht erreicht werden können. Besonders deutlich wird das in der Fallgruppe der (Verwaltungs-)Sitzverlegung einer im Inland wirksam gegründeten GmbH: Geht man weiter von der Sitztheorie als Kollisionsnorm aus, ist nach einem Umzug des Verwaltungssitzes z.B. nach Frankreich aus deutscher Sicht nur das französische Recht Gesellschaftsstatut. Es handelt sich schon nicht mehr um eine deutsche Gesellschaft, so dass auch die Vorschriften des GmbHG nicht mehr zur Anwendung kommen und daher auch nichts mehr an dem Entzug des Gesellschaftsstatuts ändern können. Die Sitztheorie sorgt vielmehr dafür, dass der Status der Gesellschaft nunmehr vollständig vom französischen Recht bestimmt wird (das die Verweisung annimmt[20]) – ohne dass sich die GmbH gegenüber Frankreich auf die Niederlassungsfreiheit berufen könnte, da ihr vom deutschen Recht mit dem Statutenwechsel die Rechtspersönlichkeit entzogen wird.[21]

Damit ist aber nicht gesagt, dass das materielle Gesellschaftsrecht keine Mobilitätsregelungen enthalten kann. So ist es einerseits möglich, dass es zusätzliche Mobilitätshindernisse enthält, etwa die materiellrechtliche Auflösung ipso iure bei Grenzübertritt oder die bisher in § 4a Abs. 2 GmbHG bzw. § 5 Abs. 2 AktG enthaltenen Beschränkungen. Andererseits kann es aber auch Regelungen enthalten, die

einen Umzug gerade ermöglichen, wenn etwa ein Verfahren für die identitätswahrende Sitzverlegung (das in beiden beteiligten Rechtsordnungen existieren müsste) vorgesehen wird. Das Kollisionsrecht bestimmt lediglich, welches Recht zum jeweiligen Zeitpunkt auf die Gesellschaft anzuwenden ist und ob ein tatsächlicher Vorgang zu einem Statutenwechsel führt, während das materielle Recht darüber entscheidet, welche Folgen an den Statutenwechsel geknüpft werden. Nur kann das deutsche materielle Recht keinesfalls die Behandlung von Gesellschaften regeln, die kollisionsrechtlich nicht oder nicht mehr dem deutschen Gesellschaftsstatut unterliegen.

Dieser Zusammenhang wurde bei der Abfassung der Begründung des Regierungsentwurfs offenbar nicht hinreichend bedacht. Dies zeigt sich besonders deutlich an der Aussage, dass die Möglichkeit der Sitzverlegung „deutschen Gesellschaften

- 1583 -

Hoffmann, ZIP 2007, 1581-1589

- 1584 -

schon aufgrund der Regelung in § 4a Abs. 2 bzw. in § 5 Abs. 2 AktG nicht zur Verfügung" steht.[22] Es mag sein, dass auch diese Vorschriften in gewisser Weise als Mobilitätshindernisse aufzufassen sind, da sie „in der Regel" (was die Wirkung schon stark relativiert) vorschreiben, dass eine deutsche Gesellschaft im Inland zumindest einen Betrieb unterhalten muss. Man kann nun aber vor dem Hintergrund der geschilderten kollisionsrechtlichen Situation gerade nicht behaupten, dass diese Vorschriften das wesentliche Hindernis für die Mobilität der Gesellschaften sind. Beseitigt man von zwei rechtlichen Hindernissen nur eines, lässt das andere aber unberührt, ist es evident, dass der angestrebte Erfolg nicht eintreten kann. Man kann vielleicht folgendes Bild bemühen: Deutschland wird aus Sicht inländischer Kapitalgesellschaften derzeit von einem kniehohen Zaun und einer hohen Mauer umgeben – und der Gesetzgeber glaubt, er könne Mobilität gewähren, indem er den materiellrechtlichen Zaun einreißt. Richtigerweise können die Ziele des Gesetzgebers – tatsächliche Mobilität ohne Wechsel des Gesellschaftsstatuts – aber nur erreicht werden, wenn der Gesetzgeber auch die kollisionsrechtliche Mauer durchlässig macht. Reißt man sie ganz nieder, sollte man sich aber der Konsequenzen bewusst sein, da die Mauer – im Gegensatz zum Zaun – nicht nur den Wegzug verhindert, sondern auch den Zuzug von den Gesellschaften ermöglicht, die nicht durch das vom EuGH hineingeschlagene Tor gehen können. Wollte der Gesetzgeber eventuell nur eine Leiter von innen an die Mauer lehnen, über die die deutschen Gesellschaften fliehen können? Sicher ist jedenfalls, dass die Ziele des Gesetzgebers nur erreicht werden können, wenn man auf der Ebene der Auslegung eine Lösung findet, die die Bedeutung der Änderungen nicht auf das materielle Gesellschaftsrecht beschränkt.

IV. Mögliche Interpretationen der Neuregelung von§ 4aGmbHG und § 5 AktG

Während der Wortlaut der neu gefassten Vorschriften an sich relativ klar ist, kann sich eine Auslegung der Vorschriften nur auf das Verhältnis der Neuregelung zum internationalen Gesellschaftsrecht beziehen. Da das Gesellschaftskollisionsrecht nicht kodifiziert ist, muss man dabei keine Rücksicht auf die Wortlautgrenze nehmen, so dass ein relativ breiter Spielraum für die Auslegung besteht. Denkbar sind insoweit drei unterschiedliche Lösungen: Bei einer rein materiellrechtlichen Auslegung würde man keine Auswirkungen auf das Kollisionsrecht annehmen und so den Willen des Gesetzgebers ignorieren, dessen Ziele so nicht erreicht werden könnten (unten 1) – die Mauer würde also unberührt bleiben. Eine kollisionsrechtliche Auslegung mit begrenzter Wirkung würde dagegen das Kollisionsrecht nur insoweit modifizieren, als es für die konkret formulierten Ziele des Gesetzgebers erforderlich ist – um in dem Bild zu bleiben, wäre die Neuregelung dann eine Leiter, die von innen an die Mauer gelehnt würde (unten 2). Zuletzt besteht die Möglichkeit, die kollisionsrechtliche Auslegung als allgemei-

nen Rechtsgedanken aufzufassen, also das Kollisionsrecht zur Umsetzung der gesetzgeberischen Ziele konsequent so umzugestalten, dass eine einheitliche Anknüpfungsnorm für alle Gesellschaften formuliert wird – so dass die Mauer vollständig abgerissen würde (unten 3).

1. Materiellrechtliche Interpretation

Denkbar einfach ist die materiellrechtliche Interpretation: Ignoriert man die Aussage in der Regierungsbegründung, wären die neu gefassten Vorschriften auf ihren materiellrechtlichen Gehalt reduziert anzuwenden. Für die kollisionsrechtliche Anknüpfung bliebe es uneingeschränkt bei der Sitztheorie, so dass nach einem Wegzug der Hauptverwaltung weiterhin ein Statutenwechsel anzunehmen wäre und die deutschen Rechtsformen somit für die Tätigkeit im Ausland nicht eingesetzt werden könnten. Die einzige Auswirkung der Änderung wäre dann, dass die Gesellschaften im Inland den Satzungssitz ohne Bindung an eine Betriebs- oder Verwaltungsstätte frei wählen könnten. An dem Erfordernis, zur Bewahrung der Rechtsform als deutsche GmbH oder AG die Hauptverwaltung im Inland zu belassen, würde sich aber nichts ändern.

Für eine solche Auslegung spricht zumindest auf den ersten Blick der Wortlaut der Neufassung, während die historische Auslegung zu einem eindeutig abweichenden Ergebnis führt. Ohne hier auf die grundsätzliche Frage nach subjektiver oder objektiver Auslegung eingehen zu wollen,[23] lässt sich doch feststellen, dass sich eine materiellrechtliche Auslegung nur vertreten lässt, wenn man der historischen Auslegung praktisch keinen Raum einräumt. Aber selbst wenn man den Willen des Gesetzgebers einmal außer Betracht lässt, kann man kaum sagen, dass die Vorschriften eindeutig materiellrechtlich auszulegen wären. Betrachtet man nur den neuen Wortlaut, darf man sich nicht von der zum bisherigen Recht entwickelten Vorstellung leiten lassen, dass die Norm nur materiellrechtliche Bedeutung hat. Vielmehr muss man den Wortsinn allein aus der neuen Formulierung entnehmen. Die Worte „im Inland", die zukünftig in den beiden Normen enthalten sind, werden in vielen, insbesondere auch öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Abgrenzung des territorialen Anwendungsbereichs verwendet, bringen also einen kollisionsrechtlichen Gehalt zum Ausdruck.[24] Auch wenn es schon früher allgemeine Ansicht war, dass als Satzungssitz nur ein inländischer Ort in Betracht kommt (sich inhaltlich durch die Worte also eigentlich nichts geändert hat), kann man die Einfügung doch im Sinne einer Funktionsänderung der Norm zu einer Norm mit materiell- wie kollisionsrechtlicher Bedeutung interpretieren. Eine ganz ähnliche Situation besteht übrigens in Hinblick auf die Auslegung des § 1 UmwG, wo die Umwandlungsmöglichkeit auf „Rechtsträger mit Sitz im Inland" beschränkt ist. Insoweit ist seit langem umstritten, ob hiermit der Verwaltungs- oder der Satzungssitz gemeint ist.[25] Soweit man auf der Grundlage der Sitztheorie davon ausgeht, dass das UmwG auf alle Rechtsträger mit inländischem Satzungssitz anzuwenden ist,[26] muss man in der Vorschrift konsequenterweise eine eigenständige Kollisionsnorm sehen. Auch wenn richtigerweise die Norm gerade der Verzahnung mit der Gesell-

schaftskollisionsnorm dient und daher nur zum Ausdruck bringt, dass das Umwandlungsrecht zum Gesellschaftsstatut zählt,[27] zeigen auch hier die Worte „im Inland", dass der Norm eine gewisse kollisionsrechtliche Bedeutung zukommt. Wo immer diese Worte verwendet werden, kommt eine kollisionsrechtliche Interpretation des Wortlauts zumindest in Betracht.

Diese Überlegungen zeigen, dass bei einer Auslegung nur anhand des Wortlauts eine materiellrechtliche Interpretation nicht zwingend wäre, sondern zwei gleichwertige Auslegungsmöglichkeiten existieren. Der erste Eindruck einer rein materiellrechtlich zu verstehenden Norm beruht vor allem auf dem bisherigen Verständnis, während eine unvoreingenommene Betrachtung unterschiedliche Möglichkeiten aufzeigt, auch ein kollisionsrechtliches Verständnis der Norm. Unter diesen Umständen kann man es methodisch kaum für zulässig halten, sich über den deutlich geäußerten Willen des modernen Gesetzgebers hinwegzusetzen.

2. Kollisionsrechtliche Interpretation mit begrenzter Wirkung

Lehnt man eine materiellrechtliche Interpretation somit ab, ist eine Auslegung der § 4a GmbHG und § 5 AktG als spezielle, eigenständige Kollisionsnormen in den Blick zu nehmen. Hierdurch lässt es sich erreichen, dass die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele erreicht werden, ohne dass die Sitztheorie als Kollisionsnorm des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts insgesamt aufgegeben werden müsste.

Welchen Inhalt hätten die Vorschriften unter einer solchen Auslegung? Zunächst sollen die Normen offenbar nur eine Aussage über die kollisionsrechtliche Anwendbarkeit des jeweiligen Gesetzes treffen. Es handelt sich mithin nicht um allseitige, sondern um einseitige Kollisionsnormen, die nur bestimmen, ob eine Gesellschaft dem deutschen GmbH- oder Aktienrecht unterliegt. Dagegen ermöglichen die Normen keine Anknüpfung, wenn dies nicht der Fall ist, so dass noch Bedarf für eine ergänzende allgemeine Gesellschaftskollisionsnorm besteht. Diese wäre nicht nur bei ausländischem Satzungssitz heranzuziehen, sondern auch dann, wenn die materiellrechtlichen Gründungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind. So würde § 5 AktG nur bestimmen, ob ein Gebilde dem deutschen Aktienrecht unterliegt oder nicht. Scheitert die Anwendung des AktG trotz inländischen Satzungssitzes in Hinblick auf das materielle Gesellschaftsrecht, steht fest, dass es sich nicht um eine deutsche AG handelt. Für die Prüfung, als was für eine Rechtsform das Gebilde sonst anzusehen ist, könnte dann nicht einfach auf das deutsche Gesellschaftsrecht zurückgegriffen werden, vielmehr bedürfte es der Anknüpfung anhand der allgemeinen Kollisionsnorm.

Anknüpfungsmoment kann nach dem Wortlaut nur der Satzungssitz sein, so dass das AktG bzw. GmbHG stets dann anwendbar wäre, wenn die Sitzbestimmung des Gesellschaftsvertrags bzw. der Satzung einen Ort im Inland bezeichnet. Eine solche „Satzungssitztheorie" ist nicht mit der Gründungstheorie im eigentlichen Sinn zu verwechseln. Denn während die Gründungstheorie anglo-amerikanischer Prägung auf den Ort der ursprünglichen Inkorporation durch Registereintragung abstellt,[28] der als unveränderliches Moment angesehen wird, ist der Satzungssitz grundsätzlich veränderlich.[29] Nur tatsächliche Veränderungen in Hinblick auf den Verwaltungssitz sind kollisionsrechtlich irrelevant. Als Kollisionsnormen des AktG und des GmbHG interpretiert ermöglichen die neu gefassten Vorschriften also sowohl die Verlegung des Verwaltungssitzes, als auch die Zulassung einer statutenändernden Satzungssitzverlegung, durch die die Gesellschaft identitätswahrend ihre Rechtsform ändern könnte. Damit soll nicht behauptet werden, dass das MoMiG diese Möglichkeit bereits mit sich bringt: Ob der Satzungssitz (unter Wechsel des anwendbaren Rechts) in das Ausland verlegt werden kann, bestimmt sich nach dem materiellen Gesellschaftsrecht, das bisher keine Vorschriften kennt, die derartiges ermöglichen würden. Als Kollisionsnormen interpretiert erlauben § 4a GmbHG und § 5 AktG es aber, ohne nochmaligen Eingriff in das Kollisionsrecht ein solches Verfahren einzuführen. Wichtig ist dies in Hinblick darauf, dass in den nächsten Jahren tatsächlich hiermit zu rechnen ist: Bekanntlich wird in der Europäischen Kommission seit Jahren an einer Sitzverlegungsrichtlinie gearbeitet, die auf dem Konzept einer statutenändernden (und damit auch formwechselnden) Verlegung des Satzungssitzes beruht.[30] Diese Richtlinie wird voraussichtlich – ebenso wie die grenzüberschreitende Ver-

schmelzungsrichtlinie[31] – auch nur auf Kapitalgesellschaften, insbesondere also die Rechtsformen der AG und der GmbH anwendbar sein. Bei einer kollisionsrechtlichen Interpretation wäre das deutsche internationale Aktien- und GmbH-Recht also bereits für die Umsetzung gerüstet, die dann allein durch materiellrechtliche Normen erfolgen könnte. Allerdings kann es erforderlich werden, die jetzt getroffene Regelung allseitig auszubauen[32] und auf alle Kapitalgesellschaften zu erstrecken.

Für eine Interpretation als Kollisionsnorm spricht weiter, dass es so zu einer überzeugenden Abstimmung mit dem Wortlaut des § 1 UmwG käme. In Hinblick auf diese Vorschrift, die die Umwandlungsmöglichkeiten für „Rechtsträger mit Sitz im Inland" eröffnet, ist bisher umstritten, ob damit der Satzungs--

- 1585 -

Hoffmann, ZIP 2007, 1581-1589

- 1586 -

oder der Verwaltungssitz gemeint ist.[33] Bisher sprachen die besseren Argumente dafür, insoweit vom Verwaltungssitz auszugehen, da man auf Grundlage der Sitztheorie nur so zu dem sachgerechten Ergebnis kommen konnte, dass das UmwG auf diejenigen Rechtsträger Anwendung findet, die auch dem Gesellschaftsstatut unterliegen. Hieran konnte man aber mit guten Gründen zweifeln, da der Sitz in den gesetzlichen Regelungen des AktG und des GmbHG (anders als im HGB) stets nur den Satzungssitz bezeichnet. Für diesen Streit dürfte auf der Grundlage des geänderten Wortlauts kein Raum mehr sein, soweit es um AG und GmbH geht. Denn nunmehr fallen gesetzliche Terminologie und kollisionsrechtliches Anknüpfungsmoment zusammen, so dass kein Zweifel mehr besteht, dass in § 1 UmwG nur der Satzungssitz gemeint sein kann.

Diese Überlegungen zeigen, dass man zu durchweg sachgerechten und zukunftsorientierten Lösungen für AG und GmbH kommt, wenn man die neu gefassten § 4a GmbHG und § 5 AktG als einseitige und rechtsformspezifische Kollisionsnormen interpretiert, deren Anknüpfungsmoment der aktuelle Satzungssitz ist. Die Ziele des Gesetzgebers, den deutschen AG und GmbH Mobilität zu gewähren, werden erreicht, ohne dass sich die Änderung auf andere in- oder ausländische Gesellschaftsformen auswirkt. Gerade letzterer Umstand wirft aber auch Schwierigkeiten auf, die Zweifel an der Sachgerechtigkeit der Interpretation aufkommen lassen. Denn durch die gesonderte kollisionsrechtliche Behandlung der AG und der GmbH würde das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht noch stärker fragmentiert, als es bisher ohnehin schon der Fall ist. Während man noch vor wenigen Jahren von der Sitztheorie als einheitlicher Kollisionsnorm des deutschen Rechts ausgegangen ist, erscheint die Rechtslage schon heute als nur noch schwer überschaubar: EU-Auslandsgesellschaften aus Gründungstheoriestaaten sind anhand der europarechtlichen Gründungstheorie anzuknüpfen, solche, die nach dem Recht eines Sitztheoriestaates errichtet worden sind, wieder nicht. Ebenso ist für die EWR-Staaten zu unterscheiden, während für US-amerikanische Gesellschaften die Gründungstheorie gilt. Gesellschaften aus anderen Nicht-EU-Staaten sind dagegen wiederum nach der Sitztheorie anzuknüpfen, sofern diese nicht durch eine besondere völkervertragsrechtliche Anerkennungspflicht ausgeschlossen wird – und in Hinblick auf die gesellschaftskollisionsrechtlichen Wirkungen von Instrumenten wie etwa dem GATS steht die Diskussion noch ganz am Anfang.[34] Diese geradezu babylonisch anmutende Anknüpfungs-Verwirrung wird bei Interpretation der § 4a GmbHG, § 5 AktG als einseitigen Kollisionsnormen noch weiter verschärft, wird doch eine weitere Fallgruppe einer besonderen Anknüpfung unterworfen. Dabei kommt es nicht nur zu einer Differenzierung zwischen Kapital- und Personengesellschaften,[35] sondern ebenso innerhalb der Körperschaften. Denn auch wenn für die beiden wichtigsten Kapitalgesellschaftsformen inhaltsgleiche Vorschriften eingeführt werden, würde es doch für Rechtsfor-

men wie die Genossenschaft, die rechtsfähige Stiftung oder den eingetragenen Verein[36] bei der bisherigen Behandlung anhand der Sitztheorie bleiben. Von dem zumindest de lege ferenda zu verfolgenden Ziel der Rückkehr zu einer einheitlichen und allseitig wirkenden Gesellschaftskollisionsnorm würde sich das deutsche Recht ein weiteres Stück wegbewegen. Auch für die Auslegung des § 1 UmwG würden sich dabei Schwierigkeiten ergeben. Denn während man für AG und GmbH unproblematisch zum sachgerechten Ergebnis kommt, wenn man den Begriff des Sitzes ebenso interpretiert wie in § 4a GmbHG und § 5 AktG, wäre für andere Gesellschaftsformen, die weiterhin anhand der Sitztheorie anzuknüpfen sind, mit einer solchen Auslegung keine Abstimmung mit dem kollisionsrechtlichen Anknüpfungsmoment verbunden. Hieraus könnte sich das Erfordernis einer rechtsformspezifischen Auslegung des § 1 UmwG ergeben, was rechtstechnisch wenig überzeugend erschiene. All diese Folgen kann man aber vermeiden, wenn man der kollisionsrechtlichen Interpretation eine über die Anknüpfung von AG und GmbH hinausreichende Wirkung beilegt.

3. Kollisionsrechtliche Interpretation als allgemeiner Rechtsgedanke

Interpretiert man die Normen der § 4a GmbHG und § 5 AktG wie unter 2 skizziert als spezielle Kollisionsnormen, kann man ihnen aber auch einen weit über deutsche AG und GmbH hinausgehenden Anwendungsbereich beilegen. Dies würde erreicht, indem man die Vorschriften nicht als lex specialis und damit Abweichung von der allgemeinen Gesellschaftskollisionsnorm auffasst, sondern als Ausdruck eines Rechtsgedankens, der dem deutschen Gesellschaftskollisionsrecht insgesamt zugrunde liegt. Da dieses nicht kodifiziert ist, besteht auf der Auslegungsebene große Flexibilität, so dass die deutsche Rechtsprechung nicht daran gehindert ist, die Neuregelung zum Vorbild für eine zukünftig anzuwendende allgemeine Kollisionsnorm der Körperschaften zu nehmen. Die „Satzungssitztheorie", die der Neuregelung zugrunde liegt, würde so zur Anknüpfung aller juristischen Personen herangezogen werden, was einer weiteren Fragmentierung des internationalen Privatrechts der Gesellschaften entgegenwirken würde.

Eine solche Erweiterung der Wirkung der Neuregelung würde indes zunächst nur bedeuten, dass die nach deutschem Recht gegründeten Körperschaften anhand ihres inländischen Satzungssitzes anzuknüpfen sind. Da es sich bei den § 4a GmbHG und § 5 AktG um einseitige Kollisionsnormen han-

- 1586 -

Hoffmann, ZIP 2007, 1581-1589

- 1587 -

delt, wäre auch eine Erweiterung zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz zunächst nur in diesem Sinn zu verstehen. Allerdings ist es – mangels entgegenstehender Kodifikation – ebenso möglich, die Vorschriften zum Vorbild einer allseitigen Kollisionsnorm zu nehmen und den Rechtsgedanken der Neuregelung auf die Anknüpfung aller Körperschaften zu erstrecken. Dadurch wäre es möglich, wieder zu einer einheitlichen Kollisionsnorm zurückzukehren, da diese Lösung auch den Anforderungen aller Sonderregime genügt, die eine Anerkennung von nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften fordern. Deutlich ist dies etwa in Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften: Da (soweit ersichtlich) nach allen Gesellschaftsrechten der EU gewährleistet ist, dass der Satzungssitz bzw. das funktionsäquivalente „registered office" auch dann im Gründungsstaat verbleibt, wenn der Verwaltungssitz verlegt wird, führt die „Satzungssitztheorie" automatisch zu einer Verweisung auf das Gründungsrecht der niederlassungsberechtigten Gesellschaften. Deren Rechtspersönlichkeit und Statut würde demnach in Deutschland anerkannt, wenn die Verweisung vom Gründungsrecht angenommen wird (es also nicht zu einer Rückverweisung kommt) und die Gesellschaft nach dessen Maßgabe wirksam gegründet worden ist. Einer Korrektur anhand der eu-

roparechtlichen Gründungstheorie des EuGH bedürfte es dann nicht mehr, da die vorgegebenen Ergebnisse schon auf der Grundlage der nationalen Kollisionsnorm erreicht würden. Dasselbe gilt für die völkervertragliche Sonderregelung im Verhältnis zu den USA. Allseitig ausgebaut hätte die kollisionsrechtliche Interpretation also tatsächlich eine unbegrenzte Wirkung für die Anknüpfung aller Körperschaften. Klar ist dabei allerdings auch, dass eine so weit reichende Wirkung weder dem Gesetzestext der Änderung noch der Begründung entnommen werden kann. Die Neuregelung kann aber zum Anlass genommen werden, das bisherige zergliederte Kollisionsrecht auf den Prüfstand und anhand des Rechtsgedankens der neuen Vorschriften auf eine einheitliche Grundlage zu stellen.

Haupteinwand speziell gegen den allseitigen Ausbau ist sicherlich die Behandlung der Gesellschaften aus Drittstaaten, die keinem der anerkennungsrechtlichen Sonderregime unterliegen. Denn diese wären dann ebenfalls anhand ihres Satzungssitzes anzuknüpfen und dementsprechend – ebenso wie schon bisher die Gesellschaften aus EU und EWR – als juristische Personen ihres Heimatrechts anzuerkennen. Selbst wenn der Verwaltungssitz einer solchen Gesellschaft in Deutschland wäre, müssten die Mindestanforderungen der Gesellschaftsgründung nach deutschem Recht nicht eingehalten werden, und auch die gläubiger- und minderheitsschützenden Vorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts kämen nicht zur Anwendung. Der deutsche Rechtsverkehr wäre somit der Nutzung von Gesellschaftsformen des togolesischen Rechts ebenso ausgesetzt wie den Briefkastengesellschaften aus obskuren Karibik- und Pazifik-Inselstaaten. Wäre das aber wirklich so schlimm? Innerhalb der EU ist die Mobilität der Gesellschaften und damit auch die Nutzung speziell der mindestkapitallosen Gesellschaftsformen wie der englischen Limited nun seit Jahren Realität. Hierauf hat der Rechtsverkehr sich eingestellt, ohne dass es zu größeren Schwierigkeiten gekommen ist. Die Firmierung als z.B. „Ltd." und die Publizität im inländischen Handelsregister (zukünftig nach den neu gefassten §§ 13 ff. HGB i.d.F. des MoMiG) vermitteln bereits einen gewissen Schutz der Verkehrsinteressen. Wenn dies für Rechtsformen wie die Limited genügt, warum sollten uns dann drittstaatliche Gesellschaften vor so viel größere Schwierigkeiten stellen? Insoweit könnte man zwar argumentieren, innerhalb der EU sei darauf zu vertrauen, dass die nationalen Rechte zu angemessenen Ergebnissen führen – und man dieses Vertrauen drittstaatlichem Recht nicht entgegenbringt. Da das GmbH-Recht auf der europäischen Ebene praktisch nicht harmonisiert ist, fehlt an sich jede Grundlage für eine solche Differenzierung. Vor allem aber ist der Spielraum des deutschen Rechts, durch Anwendung zwingender Inlandsvorschriften auf solche Gesellschaften inländische Verkehrskreise zu schützen, sehr viel größer als in Hinblick auf die EU-Gesellschaften: Während eine Überlagerung des Gesellschaftsstatuts (insbesondere im Fall des Verwaltungssitzes im Inland) bei den EU-Gesellschaften als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit anzusehen ist und damit der Rechtfertigung bedarf,[37] ist das deutsche Recht bei drittstaatlichen Gesellschaften insoweit ganz frei. Soweit also inländische Verkehrsinteressen als gefährdet erscheinen, können Gesetzgeber und Rechtsprechung dem durch die Anwendung von Inlandsrecht Rechnung tragen. So könnte man z.B. einen größeren Umfang der Offenlegung als nach der EU-Zweigniederlassungsrichtlinie zulässig vorsehen und einen Verstoß gegen die Publizitätspflicht durch die persönliche Haftung der Handelnden[38] sowie der Gesellschafter sanktionieren. Die Verlagerung von bisher gesellschaftsrechtlich qualifizierten Schutzmechanismen in das Insolvenzrecht durch das MoMiG (insbes. des Eigenkapitalersatzrechts) wirkt bereits in diese Richtung, da diese Vorschriften bei Durchführung eines Insolvenzverfahrens im Inland auch auf Auslandsgesellschaften anwendbar sein sollen.[39]

Der Schutz inländischer Verkehrsinteressen erfordert es also nicht, an einer zersplitterten Kollisionsnorm festzuhalten oder es bei einer einseitigen Anwendung der „Satzungssitztheorie" zu belassen. Vielmehr stehen ausreichende Mittel zur Verfügung, um die rechtlichen Herausforderungen zu bestehen, die mit einem allseitigen Ausbau dieses Rechtsgedankens zur allgemeinen Kollisionsnorm des deutschen Rechts verbunden wären.

V. Anregungen für das weitere Gesetzgebungsverfahren

„Alles was sich aussprechen lässt, lässt sich klar aussprechen."[40] Diese Weisheit *Wittgensteins* sollte sich auch der Gesetzgeber zu Herzen nehmen. Denn wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, ist die im MoMiG enthaltene Änderung in Hinblick auf die grenzüberschreitende Mobilität der Gesellschaften nicht einmal dem Gesetzestext klar zu entnehmen. Die vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke sind eigentlich nur durch Rückgriff auf die Gesetzesbegründung erkennbar,

- 1587 -

Hoffmann, ZIP 2007, 1581-1589

- 1588 -

und auch der kollisionsrechtliche Charakter der geänderten Vorschriften (§ 4a GmbHG, § 5 AktG) ergibt sich nur aus dem Umstand, dass die Ziele bei einer materiellrechtlichen Interpretation nicht erreicht werden könnten. Auch in Hinblick auf die Reichweite der Neuregelung bleiben viele Fragen offen, kann man die neu gefassten Vorschriften doch kollisionsrechtlich in drei verschiedenen Arten interpretieren: als einseitige Kollisionsnorm nur für GmbH und AG, als Ausdruck eines einseitig gestalteten allgemeinen Rechtsgedankens für alle Körperschaften oder als Ausdruck einer einheitlichen und allseitigen Anknüpfungslehre für alle Körperschaften (oben IV).

Es wäre sehr zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber sich im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens noch dazu entschließen könnte, eine klare Regelung zu treffen. Deutlich sollte vor allem werden, dass tatsächlich ein Eingriff in das Gesellschaftskollisionsrecht beabsichtigt ist und die gesetzgeberische Zurückhaltung auf diesem Gebiet nunmehr aufgegeben wird. Denn eine Abwendung von der traditionsreichen Sitztheorie zumindest für die wichtigsten deutschen Kapitalgesellschaftsformen ist ein Vorgang von erheblicher Tragweite, dem durch den Entwurf nicht hinreichend Rechnung getragen wird. Nur wenn der kollisionsrechtliche Charakter der Neuregelung dem Gesetzgeber bewusst ist – was sich der Begründung des Regierungsentwurfs nicht hinreichend entnehmen lässt –, kann er im Rahmen der Formulierung einer klaren Kollisionsnorm auch die Reichweite regeln, sich also ausdrücklich für eine der drei angesprochenen möglichen Interpretationen entscheiden. Vor allem im Interesse der Rechtssicherheit für die Unternehmen, die von der erhöhten Mobilität Gebrauch machen wollen, wäre dies zu befürworten.

Von dieser Entscheidung des Gesetzgebers über die Reichweite hängt auch ab, ob der systematische Standort im AktG und im GmbHG beibehalten werden kann. Überzeugend wäre dies nur, wenn man sich für die engste Interpretation und damit zwei einseitige Kollisionsnormen nur für GmbH und AG entscheidet. In diesem Fall sollte man aber den kollisionsrechtlichen Charakter der Vorschriften deutlich machen, indem z.B. § 5 Abs. 2 AktG folgende neue Fassung erhält:

„Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Aktiengesellschaften, deren Sitz im Inland belegen ist, auch wenn sich der Ort der Hauptverwaltung im Ausland befindet."

Die Einfügung der Worte „im Inland" in Abs. 1 wäre dann überflüssig. Für § 4a GmbHG wäre entsprechend zu formulieren.

Will man dagegen eine weitergehende Lösung umsetzen, die sich auf alle Körperschaften erstreckt, erschiene eine Regelung im EGBGB systematisch überzeugender. Denn eine solche umfassende Kollisionsnorm müsste nicht nur für die verschiedenen spezialgesetzlich geregelten Kapitalgesellschaften gelten (was auch durch wortgleiche Regelungen in diesen Gesetzen erreicht werden könnte), sondern ebenso den eingetragenen Verein und die Stiftung erfassen. Die Schaffung spezieller Kollisions-

normen für diese Körperschaften im BGB wäre aber systematisch ein Fremdkörper. Im EGBGB könnte man dagegen aus der Überschrift des zweiten Abschnitts des ersten Teils das Wort „natürlichen" streichen („Recht der Personen und der Rechtsgeschäfte") und den derzeit vakanten Art. 8 EGBGB nutzen, um eine spezielle Kollisionsnorm für Körperschaften zu schaffen. Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine einseitige Ausgestaltung der Norm, die die Behandlung der Auslandsgesellschaften anhand der Sitztheorie unberührt ließe, käme in Anlehnung an Art. 37 Nr. 2 EGBGB folgende Formulierung in Betracht:

„Eine juristische Person unterliegt, insbesondere in Hinblick auf ihre Errichtung, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung sowie die persönliche gesetzliche Haftung der Gesellschafter, Mitglieder und Organe für die Schulden der juristischen Person, deutschem Recht, wenn der in Satzung oder Verfassung bestimmte Sitz im Inland belegen ist."

Entscheidet sich der Gesetzgeber indes für die weiteste Interpretation und damit für eine allgemeine, allseitige Kollisionsnorm für alle Körperschaften, wäre auch diese in Art. 8 EGBGB einzufügen. Es müsste dann nur der zuletzt genannte Vorschlag an den allseitigen Charakter angepasst werden:

„Eine juristische Person unterliegt, insbesondere in Hinblick auf ihre Errichtung, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung sowie die persönliche gesetzliche Haftung der Gesellschafter, Mitglieder und Organe für die Schulden der juristischen Person, dem Recht des Staates, in dem der in Satzung, Verfassung oder Gründungsakt bestimmte Sitz belegen ist."

Diese Vorschläge zeigen, dass sich alle möglichen Interpretationen mit geringem Aufwand auf hinreichend klare Weise im Gesetzestext umsetzen ließen. Es bedarf daher keines Rückgriffs auf kryptische Formulierungen, deren Ziele sich nur aus der Entwurfsbegründung ergeben. Der Gesetzgeber wäre gut beraten, eine klare Regelung zu treffen.

Anzumerken ist noch, dass diese Vorschläge konsequent so formuliert worden sind, dass sie nur juristische Personen, nicht aber auch die Personengesellschaften erfassen. Dies liegt daran, dass man die vom Gesetzgeber in Aussicht genommene „Satzungssitztheorie" nicht ohne Weiteres auf die Personengesellschaften übertragen kann. Insoweit ist schon der materiellrechtliche Sitzbegriff anders zu verstehen. Insbesondere in § 106 HGB bezeichnet der Sitz den Verwaltungssitz[41] und daher ist die Sitzangabe nur Bestandteil der Registeranmeldung, nicht aber auch notwendiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrags. Möglich wäre eine Erstreckung der Neuregelung nur, wenn man auch materiellrechtlich umdenken und im Personengesellschaftsrecht von einem frei wählbaren Satzungssitz ausgehen würde. Daher sollte man sich bei der jetzt geplanten Neuregelung zunächst auf die Körperschaften beschränken und für die international-gesellschaftsrechtliche Neuorientierung im Personengesellschaftsrecht zunächst die weitere Diskussion abwarten. In Abkehr von der Sitztheorie und zur Realisierung der Niederlassungsfreiheit, auf die sich auch Personengesellschaften berufen können, ist dabei für eine Gewährung von Rechtswahlfreiheit zu plädieren. Dies kann hier indes nicht vertieft werden.[42]

- 1588 -

- 1589 -

VI. Fazit und Stellungnahme

Während bisher lediglich die verschiedenen Möglichkeiten zur Interpretation der geplanten Neuregelung aufgezeigt, deren jeweilige Vor- und Nachteile angesprochen und Vorschläge für eine klare Verankerung im Gesetzestext gemacht wurden, soll abschließend auch in rechtspolitischer Hinsicht zu der zukünftigen Änderung Stellung genommen werden. Zunächst ist der grundlegende Ansatz, auch den deutschen Gesellschaftsformen internationale Bewegungsfreiheit zu verschaffen, vorbehaltlos zu begrüßen. Die bisher praktizierte „Einmauerung" der Gesellschaften, die als nichts anderes als eine Inländerdiskriminierung zu werten war, wird nun endlich beendet. Dadurch werden nicht nur die deutschen Rechtsformen im europaweiten Wettbewerb konkurrenzfähig, vielmehr erhalten die existierenden deutschen Unternehmen die Möglichkeit, innerhalb des Binnenmarkts ihre Standortentscheidungen (auch bezüglich der Hauptverwaltung) nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu treffen. In einem echten Binnenmarkt sollte dies an sich eine Selbstverständlichkeit sein.

Es bleibt die Frage, welcher der verschiedenen möglichen Interpretationen der Vorzug gegeben werden sollte, sei es im weiteren Gesetzgebungsverfahren oder bei unveränderter Verabschiedung im Rahmen der Auslegung. Die wesentlichen Aspekte wurden bereits unter IV genannt, und dem aufmerksamen Leser wird nicht entgangen sein, dass der Verfasser eine möglichst weit reichende Interpretation im Sinne eines allgemeinen, allseitig ausgestalteten Rechtsgedankens für die Anknüpfung aller Körperschaften für vorzugswürdig hält. Eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Formen der Kapitalgesellschaft ließe sich sachlich kaum begründen. Es dürfte keinen nachvollziehbaren Grund geben, insbesondere einer Genossenschaft die Mobilität zu verweigern, die man GmbH und AG zugesteht. Im Übrigen ist noch einmal zu unterstreichen, dass der allseitige Ausbau einer an den Satzungssitz (bzw. sein Äquivalent ausländischen Rechts) anknüpfenden Kollisionsnorm den Rechtsverkehr nicht vor größere Schwierigkeiten stellen wird. Auch wenn der Zuzug dann nicht mehr auf EU/EWR- und US-Gesellschaften beschränkt wäre, könnten die inländischen Verkehrsinteressen auf der materiellrechtlichen Ebene geschützt werden. Erforderlich wäre eine sachgerechte haftungsrechtliche Sanktionierung der Publizitäts- und Firmierungsvorschriften sowie eine (gegenüber drittstaatlichen Gesellschaften unbeschränkt zulässige) Überlagerung des Gesellschaftsstatuts durch Sitzrecht, soweit dies speziell zum Zweck des Gläubiger- und ggf. Minderheitenschutzes erforderlich erscheint. Hinzu kommt, dass auch nach der Öffnung für mindestkapitallose Rechtsformen wie die englische Limited negative Folgen weitgehend ausgeblieben sind. Der Rechtsverkehr hat sich sehr schnell auf die Besonderheiten eingestellt, so dass die Gefahren für die Personen, die sich der Limited bedienen,[43] heute größer erscheinen als die ihrer Geschäftspartner. Warum sollte der Rechtsverkehr dann nicht in der Lage sein, sich auch auf andere Rechtsformen einzustellen, sofern das deutsche Recht nur das Auftreten als Auslandsgesellschaft gewährleistet? Zu verlieren ist also durch den allseitigen Ausbau nichts, wenn man bereit ist, den materiellrechtlichen Rahmen angemessen fortzuentwickeln. Zu gewinnen ist dagegen nicht nur die Rückkehr zu einer einheitlichen Gesellschaftskollisionsnorm für alle Körperschaften und damit ein nicht nur dem Experten verständliches IPR, sondern auch eine wirkliche Öffnung Deutschlands für ausländische Kapitalgesellschaften. Im globalen Wettbewerb um mobiles Kapital ist dies sicherlich kein Nachteil.

Als Fazit ist daher festzuhalten, dass der Gesetzgeber das MoMiG zum Anlass nehmen sollte, die im Regierungsentwurf ansatzweise vorgesehene Abkehr von der Sitztheorie konsequent und klar durch eine neue, allseitige Gesellschaftskollisionsnorm für alle privatrechtlichen Körperschaften umzusetzen. Grundlage hierfür kann die letzte der unter V vorgeschlagenen Formulierungen sein. Sollte dagegen der Regierungsentwurf unverändert bleiben, erscheint auch die Herbeiführung dieses Ergebnisses im Wege der Auslegung möglich und vorzugswürdig, da man die § 4a GmbHG, § 5 AktG als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ansehen kann, der zukünftig dem gesamten deutschen Gesellschaftskollisionsrecht zugrunde zu legen ist. Der Entwurf hat also das Potential zur Vereinfachung und Vereinheitlichung des IPR – er kann aber bei enger Auslegung ebenso zu einer weiteren Differenzie-

rung und Fragmentierung führen. Kommt es zu keiner klaren gesetzlichen Entscheidung, wird letztlich die Rechtsprechung zu klären haben, ob sie das MoMiG zum Anlass einer umfassenden oder nur halbherzigen Abkehr von der Sitztheorie nehmen wird. Sicher ist nur, dass die Sitztheorie ihre Bedeutung für deutsche GmbH und AG zukünftig verlieren wird.

Fußnoten

*) Dr. iur., Universitätsprofessor in Hamburg

1) EuGH ZIP 2002, 2037 (m. Bespr. *Eidenmüller*, S. 2233) = NJW 2002, 3614, dazu EWiR 2002, 1003*(Neye)*.

2) EuGH ZIP 2003, 1885 (m. Bespr. *Ziemons*, S. 1913) = NJW 2003, 3331, dazu EWiR 2003, 1029*(Drygala)*.

3) Für eine umfassende Darstellung und Nachweise zu dieser Diskussion vgl. *Hirte*, in: Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl., 2006, § 1; *Forsthoff*, in: Hirte/Bücker, ebd., § 2; MünchKomm-*Kindler*, BGB, 4. Aufl., 2006, IntGesR Rz. 331 ff., insbes. Rz. 407 ff.

4) BGH ZIP 2007, 908 (m. Bespr. *Altmeppen*, S. 889) = NJW 2007, 1529; BGHZ 164, 148 = ZIP 2005, 1869; BGH ZIP 2005, 805 = NJW 2005, 1648, dazu EWiR 2005, 431*(Bruns)*; BGHZ 154, 185 = ZIP 2003, 718 (m. Bespr. *Leible/Hoffmann*, S. 925), dazu EWiR 2003, 571*(Paefgen)*; OLG Hamburg ZIP 2007, 1108; OLG Hamm ZIP 2006, 1822.

5) *Behrens*, IPRax 2003, 193, 205; *Behrens*, in: Großkomm. z. GmbHG, 2005, Einl. B Rz. 40 ff.; *Kieninger*, ZEuP 2004, 685; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233; *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925, 935; *Hoffmann*, in: AnwKomm. z. BGB, 2006, Anh. Art. 12 EGBGB Rz. 135; *Wetzler*, in: Sandrock/Wetzler, Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, 2004, S. 129 ff.

6) OLG Hamburg ZIP 2007, 1108; BayObLG RIW 2003, 387.

7) BGHZ 164, 148 = ZIP 2005, 1869; dazu *Leible/Hoffmann*, RIW 2005, 947.

8) BGH ZIP 2003, 720, dazu EWiR 2003, 661*(Mankowski)*; BGH ZIP 2002, 1155.

9) BayObLG ZIP 2004, 806 = GmbHR 2004, 490, dazu EWiR 2004, 375*(Wachter)*.

10) BGH ZIP 2002, 1763 = NJW 2002, 3539, dazu EWiR 2002, 971*(Emde)*; *Kindler*, IPRax 2003, 41; *Leible/Hoffmann*, DB 2002, 2203.

11) Hierzu: *Hoffmann* (Fußn. 5), Anh. Art. 12 EGBGB Rz. 54 f., 136 ff.

12) EuGH ZIP 2002, 2037 = NJW 2002, 3614, Rz. 70 – Überseering, unter Bezugnahme auf EuGH Slg. 1988, 5483, Rz. 12; näher *Hoffmann* (Fußn. 5), Anh. Art. 12 EGBGB Rz. 86 ff.

13) Kritisch etwa *Behrens*, IPRax 2003, 193, 197; *Mankowski*, RIW 2004, 481, 484; *Bayer*, BB 2003, 2357, 2363; zu den Einzelheiten vgl. statt vieler: *Behrens* (Fußn. 5), Einl. B Rz. 1 ff.; MünchKomm-*Kindler* (Fußn. 3), IntGesR Rz. 331 ff.; *Hoffmann* (Fußn. 5), Anh. Art. 12 EGBGB Rz. 50 ff.

14) Vgl. RegE zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 26.5.2007, BR-Drucks. 345/07 = ZIP Beilage zu Heft 23/2007.

15)

Nach allg. Meinung kann der Sitz nach § 4a GmbHG und § 5 AktG schon wegen der daran geknüpften Registerzuständigkeit nur im Inland liegen, vgl. statt aller BGHZ 29, 320; *Michalski*, GmbHG, 2002, § 4a Rz. 6; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 5. Aufl., 2005, § 4a Rz. 4; *Hüffer*, AktG, 7. Aufl., 2006, § 5 Rz. 5.

16) BR-Drucks. 345/07, S. 65 (Hervorhebungen vom Verfasser).

17) BR-Drucks. 354/07, S. 81.

18) BR-Drucks. 354/07, S. 80 f.

19) BGHZ 97, 269 = ZIP 1986, 643, dazu EWiR 1986, 627*(Großfeld)*; BGHZ 78, 318 = ZIP 1981, 31 (m. Bespr. *Hanisch*, S. 569); BGHZ 53, 181.

20) In Frankreich gilt grundsätzlich (soweit also Art. 43, 48 EG nicht entgegenstehen) ebenfalls die Sitztheorie, vgl. Art. 1837 Code Civil.

21) Vgl. bereits *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925.

22) BR-Drucks. 354/07, S. 65.

23) Vgl. dazu *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., 2001, S. 610 ff.

24) So etwa in vielen aufsichtsrechtlichen Normen wie z.B. § 32 KWG oder § 58 BörsG.

25) Vgl. hierzu näher: *Lennerz*, Internationale Verschmelzung, 2001, S. 43 ff.; zum Streitstand: *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG, 3. Aufl., 2004, § 1 Rz. 6 f.

26) In diesem Sinne wohl *Lutter/Drygala* (Fußn. 25), § 1 Rz. 7; MünchKomm-*Kindler* (Fußn. 3), IntGesR Rz. 685; *Dötsch*, BB 1998, 1029, 1030.

27) Näher: *Hoffmann*, in: Wachter/Süß, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2006, § 5 Rz. 9.

28) Hierzu ausführlich *Hoffmann*, ZVglRWiss 101 (2002), 283.

29) Die Rechtslage würde nach dieser Interpretation weitgehend der Situation im spanischen Recht entsprechen, das ebenfalls spezielle, einseitige Kollisionsnormen in Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes über Aktiengesellschaften und Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung enthält, die auf den Satzungssitz („domicilio") abstellen. Allerdings folgt die ergänzende allgemeine Kollisionsnorm dort der Gründungstheorie, vgl. Art. 15 des Handelsgesetzbuches; vgl. *Hoffmann* (Fußn. 5), Anh. Art. 12 EGBGB Rz. 42 f.

30) Vgl. hierzu näher *Leible*, ZGR 2004, 531; *Hoffmann*, ZHR 164 (2000), 43.

31) Vgl. Art. 1 RL 2005/56/EG, ABl EG 2005, Nr. L 310, S. 1 ff.

32) Dies wäre erforderlich, wenn die Kapitalgesellschaften nach der Richtlinie (zu der die Kommission aufgrund von Eckpunkten zuletzt im Jahr 2005 eine Konsultation durchgeführt hat) das Recht erhalten würden, ihren Satzungssitz unter Beibehaltung der Hauptverwaltung im Wegzugstaat zu verlegen. Denn dann ließe die einseitige Kollisionsnorm nach der Sitzverlegung ins Ausland keine Anknüpfung mehr zu, so dass bei Rückgriff auf die Sitztheorie die Gesellschaft doch wieder deutschem Recht unterliegen würde. Dies müsste dann durch eine allseitige Anwendung der „Satzungssitztheorie" auf EU-Gesellschaften verhindert werden. Im frühe-

ren (inzwischen überholten) Vorentwurf zu einer Sitzverlegungsrichtlinie (ZIP 1997, 1721; dazu ausführlich *Hoffmann*, ZHR 164 (2000), 43) sollten die Mitgliedstaaten aber noch die Option erhalten, bei der Sitzverlegung die Mitnahme der Hauptverwaltung zu verlangen – was auf der Grundlage der Überseering-Rechtsprechung aber wohl nicht haltbar wäre, vgl. *Leible*, ZGR 2004, 531.

33) Für den Verwaltungssitz: *Dorr/Stukenborg*, DB 2003, 647; *Lennerz*, Internationale Verschmelzung, 2001, S. 43 ff.; *Sagasser*, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 3. Aufl., 2002, Rz. B 28; *Hoffmann*, NZG 1999, 1077, 1082; *Hoffmann* (Fußn. 27), § 5 Rz. 9; *Dehmer*, UmwG/UmwStG, 2. Aufl., 1996, § 1 UmwG Rz. 5; *Kallmeyer*, UmwG, 3. Aufl., 2006, § 1 Rz. 14; *Großfeld*, AG 1996, 302; *Schwarz*, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Einf. UmwG Rz. 1.10; für den Satzungssitz dagegen: *Lutter/Drygala* (Fußn. 25), § 1 Rz. 7; *Semler*, in: Semler/Stengel, UmwG, 2. Aufl., 2007, § 1 Rz. 49; MünchKomm-*Kindler* (Fußn. 3), IntGesR Rz. 685; *Dötsch*, BB 1998, 1029, 1030.

34) Vgl. *Hoffmann* (Fußn. 5), Anh. zu Art. 12 EGBGB Rz. 146 ff.; kritisch *Lehmann*, RIW 2004, 816; ablehnend MünchKomm-*Kindler* (Fußn. 3), IntGesR Rz. 481 f. (der zutreffend auf die fehlende unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts hinweist, sich aber nicht mit dem verfassungsrechtlichen Gebot völkerrechtskonformer Auslegung des deutschen Rechts auseinandersetzt, auf das der Verfasser seine abweichende Ansicht maßgeblich stützt).

35) Zur Behandlung von Personengesellschaften, die nur am Rande Gegenstand dieses Beitrags sind, vgl. unten V.

36) Beim VVaG dürfte aufgrund der besonderen Verbindung von Gesellschafts- und Aufsichtsrecht (vgl. § 15 VAG) und des aufsichtsrechtlichen Erfordernisses eines inländischen Verwaltungssitzes (§ 7 Abs. 1a VAG) dagegen die Einräumung von Mobilität ohne spezielle Anpassungen im VAG nicht möglich sein. Diese Rechtsform soll daher hier außer Betracht bleiben.

37) EuGH ZIP 2003, 1885 = NJW 2003, 3331 – Inspire Art.

38) Dies würde nach BGH ZIP 2005, 805 = NJW 2005, 1648 bei EU-Gesellschaften gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen, a.A. bereits *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677; *Leible/Hoffmann*, RIW 2005, 544.

39) BR-Drucks. 345/07, S. 130 f.

40) *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus, Satz 4.116.

41) Allg.M., vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., 2006, § 106 Rz. 8; *Ebenroth/Boujong/Joost/Boujong*, HGB, 2001, § 106 Rz. 13 m.w.N.

42) Vgl. ausführlich *Hoffmann* (Fußn. 5), Anh. Art. 12 EGBGB Rz. 150 ff.

43) Näher: *Kallmeyer*, DB 2004, 636.

Der Zeitschriftenbeitrag wird von folgenden Dokumenten zitiert

Kommentare

Bork/Schäfer, GmbHG

● Carsten Schäfer, Einleitung; III. Rechtsquellen; 3. Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG); c) Einzelne wichtige Änderungen

● Peter Kindler, § 4a Sitz der Gesellschaft; Schrifttum

● Peter Kindler, § 4a Sitz der Gesellschaft; IV. Verwaltungssitz; 1. Wahl des Verwaltungssitzes bei der Gesellschaftsgründung
● Peter Kindler, § 4a Sitz der Gesellschaft; IV. Verwaltungssitz; 2. Verlegung des Verwaltungssitzes
Bürgers/Körber/Lieder, Aktiengesetz
● Körber, Einleitung
... mehr

Sonstiges

Heckschen/Knaier, § 10 Das digitale Registerrecht; II. Anmeldungen zu dem jeweiligen Register Gesell, 3. Wegzug aus Deutschland
Hausmann, § 6 Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis; A. Vertretungsmacht bei Handelsgesellschaften; I. Bestimmung des Gesellschaftsstatuts; 2. Anknüpfungstheorien
Hausmann, § 6 Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis; A. Vertretungsmacht bei Hande...; I. Bestimmung des Gesellschaf...; 5. Reformen des deutschen materiellen und internationalen Gesellschaftsrechts
Hausmann, § 6 Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis; A. Vertretungsmacht bei Handels...; IV. Probleme der Sitzverlegung...; 2. Verlegung des Sitzes einer i...; b) Verlegung nur des Verwaltungssitzes
... mehr

© RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln