

Caspar Behme/Nicolas Nohlen\*

## Rechts- und Parteifähigkeit einer schweizerischen Aktiengesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland

– Zugleich Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 27.10.2008 – II ZR 158/06 und II ZR 290/07 –

### Abstract

Mit seinen Urteilen vom 27.10.2008 hatte der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH über die Rechts- und Parteifähigkeit einer schweizerischen Aktiengesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland zu entscheiden. Diese hatte als Klägerin vor dem Landgericht Essen von den Beklagten Miete wegen der Überlassung von Grundstücken verlangt. Anders als das OLG Hamm, das als Vorinstanz zugunsten der Klägerin die sog. „Gründungstheorie“ angewandt und ihre Rechts- und Parteifähigkeit daher nach schweizerischem Recht beurteilt hatte, hat der BGH die Klägerin auf Grundlage der sog. „Verwaltungssitztheorie“ wegen ihres deutschen Verwaltungssitzes als aufgelöst angesehen, sie aber als eine in Deutschland klagebefugte Personengesellschaft behandelt. Der nachfolgende Beitrag zeigt anhand der Entscheidung des BGH auf, dass die Verwaltungssitztheorie den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht wird und schlägt vor, ausländische Gesellschaften einheitlich nach der Gründungstheorie zu behandeln.

---

\* *Caspar Behme* ist derzeitiger Chefredakteur der StudZR. *Nicolas Nohlen* ist Gründer und ehemaliger Chefredakteur der StudZR.

## I. Problemaufriss

Mit den Entscheidungen *Überseering*<sup>1</sup> und *Inspire Art*<sup>2</sup> hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) klargemacht, dass die durch den EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten mit Verwaltungssitz in Deutschland *als solche* anzuerkennen.<sup>3</sup> Diese Auslegung der Niederlassungsfreiheit ist für die nationalen Gerichte bindend. Der früheren Praxis des II. Zivilsenats des BGH,<sup>4</sup> Kapitalgesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten als Personengesellschaft zu behandeln, ist damit der Boden entzogen. Zwar erkannte der BGH damit – anknüpfend an seine Rechtsprechung zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR – die Parteifähigkeit dieser Gesellschaften an.<sup>5</sup> Die damit verbundene Konsequenz einer persönlichen Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten ist aber mit der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich nicht vereinbar. Im Ergebnis führt diese Rechtsprechung des EuGH zu einem Wettbewerb der mitgliedstaatlichen Rechtsformen.<sup>6</sup>

Die Niederlassungsfreiheit kommt nicht nur Gesellschaften aus EG-Mitgliedschaften zu, sondern über Art. 31 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen) auch Gesellschaften aus den Unterzeichnerstaaten dieses EWR-Abkommens. Der EWR setzt sich zusammen aus den Mitgliedstaaten der EU und der Europäischen Freihandelszone (EFTA) mit Ausnahme der Schweiz, die als einziger der vier EFTA-Staaten (neben Island, Norwegen und dem Fürstentum Liechtenstein) das EWR-Abkommen nicht ratifiziert hat. Zu Recht geht der BGH daher davon aus, dass vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH auch die Anerkennung der Partei- und Rechtsfähigkeit einer im Fürstentum Liechtenstein gegründeten Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland durch die Niederlassungsfreiheit geboten ist.<sup>7</sup>

In seinen hier zu besprechenden Urteilen vom 27.10.2008 hatte sich der BGH mit der Rechts- und Parteifähigkeit einer schweizerischen Aktiengesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland zu befassen, d. h. mit einer Kapitalgesellschaft eines Staates, der weder EG-Mitglied ist noch das EWR-Abkommen unterzeichnet hat. Die Frage ist von hoher praktischer Relevanz, da die Erwägungen des Urteils auf

1 EuGH, Urteil v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919.

2 EuGH, Urteil v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155.

3 *Behme*, BB 2008, 70; *Niemeier*, ZIP 2006, 2237; *Schulz*, NJW 2002, 2705 (2708).

4 BGHZ 151, 204 (206 ff.).

5 *Kindler*, IPRax 2003, 41 (44); *Leible/Hoffmann*, DB 2002, 2203 (2204).

6 Zum Wettbewerb der Rechtsformen ausführlich *Hommelhoff/Teichmann*, StudZR 2006, 3 ff.; eine freie Rechtsformwahl (*law shopping*) wäre dagegen erst in Verbindung mit der Wegzugsfreiheit möglich gewesen, dazu *Behme/Nohlen*, NZG 2008, 496 (498). Nach der Rspr. des EuGH in der Rs. *Cartesio* (Urteil vom 16.12.2008 – Rs. C-210/06) ist die Verlegung des Verwaltungssitzes jedoch nicht von der Niederlassungsfreiheit erfasst; zu diesem für die Praxis überraschenden Urteil *Behme/Nohlen*, BB 2009, 13.

7 BGH GmbHR 2005, 1482 mit Anm. *Wachter*, GmbHR 2005, 1484.

Kapitalgesellschaften anderer Drittstaaten als der Schweiz übertragbar sind. Für eine solche Übertragbarkeit des Urteils besteht lediglich im Hinblick auf in den USA gegründete Gesellschaften kein Bedürfnis, da der BGH deren Rechtsfähigkeit bereits jetzt anerkennt, und zwar unabhängig davon, wo sich ihr Verwaltungssitz befindet.<sup>8</sup> Dies folgt aus Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29.10.1954, wonach „Gesellschaften, die gemäß den Gesetzen und sonstigen Vorschriften des einen Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet sind, (...) als Gesellschaften dieses Vertragsteils [gelten]; ihr rechtlicher Status wird in dem Gebiet des anderen Vertragsteils anerkannt.“

## II. Die Argumentation des BGH

Anders als die Vorinstanz – das OLG Hamm<sup>9</sup> – erkennt der BGH die klagende schweizerische Aktiengesellschaft nicht als solche an, sondern behandelt sie als deutsche Personengesellschaft. Je nachdem, ob sie ein Handelsgewerbe betreiben oder nicht, sind Gesellschaften aus Drittstaaten in Deutschland nach Auffassung des BGH also als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder als Offene Handelsgesellschaft (OHG) zu behandeln. Die Rechts- und Parteifähigkeit einer GbR ergibt sich dabei aus dem Grundlagenurteil des BGH vom 29. Januar 2001 zur Teilrechtsfähigkeit der GbR<sup>10</sup>; für die OHG folgt sie aus § 124 Abs. 1 HGB. Damit gilt für Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten dieselbe Rechtslage, die vor den Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit auch für Kapitalgesellschaften aus den Mitgliedstaaten galt. Dagegen behandelt das OLG Hamm Kapitalgesellschaften aus den Mitgliedstaaten und aus Drittstaaten einheitlich nach der Gründungstheorie.

Der BGH begründet seine Auffassung mit folgenden Erwägungen: Zum einen müsse respektiert werden, dass die Schweiz als einziger Mitgliedstaat der EFTA das Abkommen über den EWR, aus dem sich die Niederlassungsfreiheit auch für die Unterzeichnerstaaten des EWR-Abkommens ergibt, nicht unterzeichnet habe. Dies dürfe nicht durch eine auf allgemeine Erwägungen gestützte Anwendung dieser Regeln unterlaufen werden. Zum anderen wolle der BGH dem deutschen Gesetzgeber nicht vorgreifen. Dieser habe zwar einen Referentenentwurf zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften vorgelegt, mit dem die Verwaltungssitztheorie abgeschafft werden soll;<sup>11</sup> die Verwirklichung dieses Vorhabens sei jedoch aufgrund politischer Widerstände noch offen.

8 BGH BB 2003, 810 m. Anm. *Kindler*, BGH 2003, 812 und *Bungert*, DB 2003, 1043; siehe ferner BGH RIW 2004, 787 m. Anm. *Ebke*, RIW 2004, 740 ff.; BGH JZ 2005, 298 m. Anm. *Ebke*, JZ 2005, 299.

9 OLG Hamm, BB 2006, 2487 ff.

10 BGHZ 146, 341 (346); siehe auch BGHZ 148, 291.

11 Siehe dazu ausführlich *Kußmaul/Richter/Ruiner*, DB 2008, 451 ff.; der Entwurf ist online abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/files/-/2751/RefE%20Gesetz%20zum%20Internationalen%20Privatrecht%20der%20Gesellschaften,%20Vereine%20und%20juristischen%20Personen.pdf>.

### III. Bewertung

Das Urteil stößt nicht auf rechtliche Bedenken; seine Konsequenzen sind rechtspolitisch jedoch fragwürdig.

#### 1. Rechtliche Bewertung

Zunächst hätte die Frage, ob für Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten die Verwaltungssitz- oder die Gründungstheorie gilt, im konkreten Fall nicht unbedingt entschieden werden müssen.<sup>12</sup> Sowohl das OLG Hamm als auch der BGH kommen zu dem Ergebnis, dass die Klägerin rechts- und parteifähig ist – das OLG Hamm, weil es der Gründungstheorie folgt, der BGH, weil er die Klägerin auf dem Boden der modifizierten Verwaltungssitztheorie als rechts- und parteifähige deutsche Personengesellschaft behandelt. „Behandeln als“ bedeutet nicht etwa, dass die schweizerische AG in eine deutsche OHG umgewandelt, sondern dass sie umqualifiziert wird. Es findet kein Rechtsformwechsel statt, eine deutsche OHG wird lediglich fingiert.

Was die rechtliche Bewertung in der Sache anbelangt, so führen die Urteile im Ergebnis zwar zu einer Ungleichbehandlung von Gesellschaften aus EG-Mitgliedstaaten bzw. Unterzeichnerstaaten des EWR-Abkommens einerseits und Gesellschaften aus Drittstaaten andererseits und damit zu einer nicht unerheblichen Rechtsunsicherheit:

- Kapitalgesellschaften aus Mitgliedstaaten der EG bzw. aus Unterzeichnerstaaten des EWR-Abkommens können sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen; sie sind als solche anzuerkennen. Diese Anerkennung geht weit über die bloße Zubilligung der Rechts- und Parteifähigkeit hinaus: Sie bedeutet, dass *jede* rechtliche Behandlung dieser Gesellschaften am Maßstab der Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) zu prüfen ist und eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nur unter engen Voraussetzungen gerechtfertigt werden kann,<sup>13</sup> und zwar auch dann, wenn sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft in Deutschland befindet.
- Kapitalgesellschaften aus den USA mit Verwaltungssitz in Deutschland sind wegen Art. XXV Abs. 5 Satz 2 des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schiffsverkehrsvertrags in Deutschland rechts- und parteifähig. Zu der Folgefrage, ob die Gründungsanknüpfung darüberhinaus für die Binnenorganisation und das Außenverhältnis der Gesellschaft gilt, musste der BGH bislang nicht Stellung nehmen.<sup>14</sup>

---

12 Dies kritisiert bereits *Wachter*, BB 2006, 2489 an der vorinstanzlichen Entscheidung des OLG Hamm.

13 Ausführlich *Behme*, ZIP 2008, 351; zur Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot grundlegend EuGH, Urteil v. 31.3.1993; Rs. C-19/92, Slg. 1993, I – 1663 (*Kraus*), Rn. 32; EuGH, Urteil v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I – 4165 (*Gebhard*).

14 Ausführlich *Bungert*, DB 2003, 1043 (1045), der zwischen Außenstatut und Innenstatut differenziert.

- Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten mit Verwaltungssitz in Deutschland werden als deutsche Personengesellschaft (OHG oder GbR) behandelt und genießen als solche die Rechts- und Parteifähigkeit.

Diese Ungleichbehandlung ist jedoch in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Zum einen ist eine Gleichbehandlung von Gesellschaften aus EG-Mitgliedstaaten und Drittstaaten nicht verfassungsrechtlich – durch Art. 3 GG – vorgegeben. Denn gemäß Art. 3 GG sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichts Bund und Länder nur gehalten, im jeweils zugeordneten Gesetzgebungsbereich den Gleichheitssatz zu wahren.<sup>15</sup> Dies muss auch für das Verhältnis der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zum Gemeinschaftsgesetzgeber gelten. Die rechtliche Schlechterstellung von Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten im Vergleich zu Kapitalgesellschaften der EG-Mitgliedstaaten bzw. EWR-Unterzeichnerstaaten ist aber nicht dem Gesetzgebungsbereich der Bundesrepublik Deutschland zuzuordnen. Vielmehr ergibt sich die Privilegierung letzterer daraus, dass der EG-Vertrag bzw. das EWR-Abkommen ausschließlich den Gesellschaften ihrer Mitglied- bzw. Unterzeichnerstaaten die Niederlassungsfreiheit einräumen. Deren Privilegierung folgt also aus höherrangigem Recht. Es liegt daher keine Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte vor;<sup>16</sup> der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 GG) ist auf die Ungleichbehandlung von Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten nicht anwendbar.

Zum anderen ist eine Gleichbehandlung auch nicht gemeinschaftsrechtlich geboten, weil sich Gesellschaften aus Drittstaaten auf die Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG, Art. 31 EWR-Abkommen) nicht berufen können und zudem die Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrags und des EWR-Abkommens nicht einfach auf Drittstaaten ausgedehnt werden kann. Etwas anderes gilt auch nicht für nach dem Recht der Schweiz gegründete Gesellschaften. Zwar bestehen zwischen der EU und der Schweiz bilaterale Abkommen, die eine gewisse politische Sonderstellung der Schweiz begründen; diese Abkommen sagen aber nichts über die Niederlassungsfreiheit aus, sondern enthalten lediglich eine partielle Anerkennung der Dienstleistungsfreiheit.<sup>17</sup>

## 2. Rechtspolitische Bewertung

Allerdings spricht aus rechtspolitischen Erwägungen einiges dafür, künftig auch die Rechts- und Parteifähigkeit von Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten uneingeschränkt anzuerkennen, was de facto auf eine generelle Anerkennung der Gründungstheorie hinauslaufen würde.

---

15 BVerfGE 10, 354, 371; BVerfGE 32, 346, 360; BVerfGE 52, 42, 57; BVerwG DVBl 1970, 627, 628.

16 So zutreffend *Ebke*, Überseering und Inspire Art: Auswirkungen auf das Internationale Gesellschaftsrecht aus der Sicht von Drittstaaten, in: Sandrock/Wetzler (Hrsg.), Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, 2004, S. 101 (115).

17 *Jung*, NZG 2008, 681 (683); *Wachter*, BB 2006, 2489 (2490).

## a) Behandlung schweizerischer Gesellschaften

So ist zunächst im Hinblick auf nach dem Recht der Schweiz wirksam gegründete Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland festzuhalten, dass kein besonderes Schutzbedürfnis besteht, diese nach Maßgabe der Verwaltungssitztheorie zu behandeln und dadurch – mangels Anerkennung als Gesellschaft schweizerischen Rechts – ihre grenzüberschreitende Mobilität einzuschränken. Die Verwaltungssitztheorie bezweckt in erster Linie, dass Gesellschaften den Anforderungen desjenigen Staates an den Schutz von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern genügen, der von der Tätigkeit der Gesellschaft normalerweise am stärksten betroffen ist. Insbesondere soll die Flucht in eine regelungsärmere Rechtsordnung mit einem geringeren Schutzniveau verhindert werden.<sup>18</sup> Vergleicht man die Vorschriften des deutschen und des schweizerischen Aktienrechts, zeigt sich jedoch, dass die Schweiz dem deutschen Recht vergleichbare Mechanismen des Gesellschafter- und Gläubigerschutzes kennt.<sup>19</sup>

Ein besonderes Schutzbedürfnis gegenüber schweizerischen Kapitalgesellschaften ließe sich daher aus deutscher Sicht allenfalls damit begründen, dass die Schweiz keine Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene kennt; eine Volksinitiative für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer wurde am 21.3.1976 von Volk und Ständen abgelehnt. Es ist auch nicht möglich, schweizerische Kapitalgesellschaften der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung zu unterwerfen. Weder § 1 Abs. 1 DrittelBG noch § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG erfassen ausländische Gesellschaftsformen.<sup>20</sup> Da die Beschränkung der unternehmerischen Mitbestimmung auf deutsche Unternehmen und Konzernobergesellschaften dem ausdrücklichen Willen des deutschen Gesetzgebers entspricht<sup>21</sup> und dieser daran auch 2003 bei Erlass des DrittelBG festgehalten hat, obwohl das Auftreten ausländischer Gesellschaften zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt war, kommt auch eine analoge Anwendung des DrittelBG und des MitbestG nicht in Betracht.<sup>22</sup> Denkbar wäre daher allenfalls eine Gesetzesänderung, die den Anwendungsbereich des DrittelBG und des MitbestG auf schweizerische Aktiengesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland ausdehnt. Anders als bei Gesellschaften aus den Mitgliedstaaten der EG würde eine derartige Sonderanknüpfung kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen,<sup>23</sup> da sich eine schweizerische AG auf diese nicht berufen kann (s. o.). Gleichwohl würde sie eine Vielzahl von Problemen mit sich bringen, angefangen damit, dass die Gesellschaft einen Aufsichtsrat bilden müsste, der sich in die Organisationsverfassung der schwei-

18 Vgl. *Großfeld*, in: Staudinger, IntGesR, Neubearbeitung 1998, Rn. 21; *Kindler*, in: MüKo BGB, IntGesR, 4. Aufl. 2006, Rn. 401, 403.

19 Ausführlich *Jung*, NZG 2008, 681 (684).

20 *Behme*, ZIP 2008, 351 (354); *Kisker*, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften, 2007, S. 157.

21 BT-Drs. 7/4845, S. 4.

22 Ausführlich *Behme*, ZIP 2008, 351 (354).

23 Hierzu mit Blick auf die britische Limited *Behme*, ZIP 2008, 351 (355 f.); siehe auch *Eberspächer*, ZIP 2008, 1951 ff.

zerischen AG, die nach dem sog. monistischen System mit einem Verwaltungsrat als Leitungs- und Überwachungsorgan zugleich verfasst ist, kaum einfügen würde.<sup>24</sup>

Gleichwohl ist die Unanwendbarkeit der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung kein Grund, auf schweizerische Kapitalgesellschaften weiterhin die Verwaltungssitztheorie anzuwenden. Auch ohne eine Änderung des DrittelBG und des MitbestG werden die Interessen ihrer deutschen Arbeitnehmer ausreichend dadurch geschützt, dass für sämtliche in Deutschland belegenen Betriebe der schweizerischen AG das deutsche Betriebsverfassungsrecht gilt, d. h. jeder deutsche Betrieb muss einen Betriebsrat bilden, sofern in ihm in der Regel mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 1 BetrVG). Der Betriebsrat ist die Interessenvertretung der Arbeitnehmer, wohingegen die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind.<sup>25</sup> Die unternehmerische Mitbestimmung dient nicht dem Schutz konkreter Arbeitnehmerinteressen, sondern der Verwirklichung einer sozialideologischen Vorstellung von Umverteilung und Demokratie.<sup>26</sup>

Im Ergebnis bleibt es somit dabei, dass gegenüber schweizerischen Gesellschaften kein Schutzbedürfnis besteht, dass ein Festhalten an der Verwaltungssitztheorie rechtfertigt.

#### b) Generelle Aufgabe der Verwaltungssitztheorie als politisches Desiderat

Darüberhinaus stellt sich die rechtspolitische Frage, ob sich der BGH nicht generell von der Verwaltungssitztheorie verabschieden sollte, die er aus verschiedenen Gründen ohnehin nur noch auf einen geringen Teil ausländischer Gesellschaften anwenden kann.

Problematisch mag ein genereller Wechsel zur Gründungstheorie deshalb sein, weil diese dann im Verhältnis zu allen Drittstaaten gelten würde (z. B. auch gegenüber Steueroasen<sup>27</sup>). Gleichwohl ist ein solches Ergebnis im Interesse der Einheitlichkeit gegenüber einer Sonderbehandlung der Schweiz und möglicherweise weiteren Staaten mit ähnlichem Gesellschafter- und Gläubigerschutzniveau vorzugswürdig, weil es die Rechtsanwendung erleichtert.<sup>28</sup> So hat denn auch das OLG Hamm seine Entscheidung u. a. mit der Einheitlichkeit der Anknüpfung im internationalen Gesellschaftsrecht begründet.<sup>29</sup> Zwar theoretisch denkbar, aber völlig unpraktikabel wäre es, künftig jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob das Gesellschaftsrecht des Heimat-

24 Darauf weist zu Recht *Ebke* (Fn. 16), S. 101 (124) hin. Eine niederlassungskonforme Mitbestimmungserstreckung auf Auslandsgesellschaften wäre wohl am ehesten im Wege einer allgemeinen Verhandlungslösung möglich, dazu *Teichmann*, AG 2008, 797 ff.

25 *Behme*, ZIP 2008, 351 (356); *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 3. Auflage 2007, § 33 Rn. 66; *Teichmann*, AG 2008, 797 (799)

26 *Behme*, ZIP 2008, 351 (356); *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2242); aA *Franzen*, RdA 2004, 257 (262).

27 *Wachter*, BB 2006, 2489 (2490).

28 *Rotheimer*, NZG 2008, 181 (182).

29 OLG Hamm, BB 2006, 2487 (2489); ebenso *Eidenmüller*, JZ 2003, 526 (528); *Jung*, NZG 2008, 681 (684); krit *Wachter*, BB 2006, 2489 (2490).

staats einer Gesellschaft ein dem deutschen Recht vergleichbares Schutzniveau kennt wie etwa die Schweiz, oder ob es sich mit Blick auf den Schutz von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern um einen gesellschaftsrechtlichen „Schurkenstaat“ (wie etwa Panama, die Cayman Islands oder die Bahamas)<sup>30</sup> handelt, dem gegenüber weiterhin die Verwaltungssitztheorie angewandt werden soll. Eine derartige Differenzierung birgt zum einen die Gefahr der Willkür und führt zum anderen zu einer noch unerträglicheren Rechtsunsicherheit als die geltende Rechtslage.

Vielmehr wird die Gründungstheorie generell den Bedürfnissen der Praxis besser gerecht als die Verwaltungssitztheorie. Für die Gründungstheorie spricht insbesondere, dass sie die Gerichte nicht vor die Notwendigkeit stellt, den Verwaltungssitz einer Gesellschaft zu bestimmen. Dieser ist oft schwer zu ermitteln und kann sich überdies häufig ändern.<sup>31</sup> Indem die Gründungstheorie mit dem Gründungsort der Gesellschaft an ein unwandelbares und eindeutiges Kriterium anknüpft, dient sie der Rechtssicherheit und fördert die internationale Verflechtung der Wirtschaft, da sie vermeidet, dass sich das auf global tätige Unternehmen anwendbare Recht infolge einer Verlagerung des Anknüpfungspunktes ändert. Damit schafft sie größeren Raum für gesellschaftsrechtliche Gestaltungen und grenzüberschreitende Mobilität.<sup>32</sup>

Ein weiteres Argument für die einheitliche Anwendung der Gründungstheorie ist schließlich, dass sie zu einem internationalen Wettbewerb der Rechtsformen führt. Dieser Wettbewerb bietet die Chance, dass sich das Gesellschaftsrecht durchsetzt bzw. eine Ausstrahlungswirkung auf die Gesellschaftsrechte anderer Staaten entfaltet, das den vielfältigen Marktbedürfnissen am besten gerecht wird, indem es die Freiheit der Marktakteure einerseits und die Schutzinteressen von Gläubigern und Gesellschaftern andererseits am ehesten zum Ausgleich bringt.

Aus diesem Grunde ist der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, das den generellen Übergang von der Verwaltungssitz- zur Gründungstheorie gesetzlich festschreibt, uneingeschränkt zu begrüßen.

#### IV. Fazit

Dass der BGH auf eine nach dem Recht der Schweiz wirksam gegründete Aktiengesellschaft die Verwaltungssitztheorie anwendet, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Weder stehen dem gesetzliche Regelungen entgegen – das deutsche Gesellschafts-

30 *Ebke* (Fn. 16), S. 101 (123) zählt zu den Oasenstaaten auch das Fürstentum Liechtenstein, das das EWR-Abkommen ratifiziert hat und dessen Gesellschaften daher in den Genuss der Niederlassungsfreiheit kommen, vgl. oben.

31 Vgl. zur Bestimmung des Verwaltungssitzes *Mülsch/Nohlen*, ZIP 2008, 1358 (1359).

32 Grundlegend *Altmeyden*, MünchKomm-AktG, IntGesR 2. Aufl. 2006, Rn. 50; *Drobnig*, ZHR 129 (1967), 93 (115).



kollisionsrecht ist bislang nicht kodifiziert – noch können dem Verfassungsrecht und dem Gemeinschaftsrecht rechtliche Vorgaben für die kollisionsrechtliche Behandlung von Kapitalgesellschaften entnommen werden, deren Heimatstaat weder zu den Mitgliedstaaten der EG noch zu den Unterzeichnerstaaten des EWR-Abkommens zählt. Ob auf eine schweizerische Aktiengesellschaft die Verwaltungssitztheorie oder die Gründungstheorie angewandt wird, steht damit letztlich im Ermessen des BGH.

Gleichwohl sprechen rechtspolitisch die besseren Argumente dafür, nicht nur Gesellschaften aus der Schweiz als solche anzuerkennen, sondern die Verwaltungssitztheorie generell aufzugeben und auch Gesellschaften aus Drittstaaten nach der Gründungstheorie zu beurteilen. Es ist zu hoffen, dass der BGH diesen Wandel irgendwann vollziehen wird und damit den Bedürfnissen der Praxis entgegenkommt. Noch besser wäre es freilich, wenn der deutsche Gesetzgeber die Frage regelt, indem er den Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen verabschiedet.