

# Großkommentare der Praxis





Hachenburg

**Gesetz**

betreffend die

**Gesellschaften  
mit beschränkter Haftung  
(GmbHG)**

Großkommentar

8., neubearbeitete Auflage

herausgegeben von

Peter Ulmer

Erster Band

Allgemeine Einleitung; §§ 1–34



1992

Walter de Gruyter · Berlin · New York

**Erscheinungsdaten der Lieferungen:**

Allgemeine Einleitung;	
§§ 1 – 14 (1. Lieferung)	Dezember 1989
§§ 15 – 28 (2. Lieferung)	Dezember 1990
§§ 29 – 32 (6. Lieferung)	Mai 1992
§§ 32a – 34 (4. Lieferung)	März 1991

Zitervorschlag z. B.: Hachenburg/*Ulmer* GmbH § 1 Rdn 18

© Copyright 1992 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Satz und Druck: Arthur Collignon GmbH, 1000 Berlin 30.

Bindarbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, 1000 Berlin 61.

**Bearbeiter der 8. Auflage:**

Professor Dr. *Peter Behrens*, Hamburg

Dr. Dr. h. c. *Reinhard Goerdeler*, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwalt,  
Frankfurt/M.

Dr. *Irmgard Heinrich*, Notarin, Hamburg

Dr. *Georg Hohner*, Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt/M.

(unter Mitarbeit von Dr. *Rainer Bommert*, Rechtsanwalt, Frankfurt/M.)

Professor Dr. *Uwe Hüffer*, Bochum

Professor Dr. *Günter Kohlmann*, Köln

Professor Dr. *Hans-Joachim Mertens*, Frankfurt/M.

Dr. *Welf Müller*, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt und Steuerberater,  
Frankfurt/M.

Professor Dr. *Thomas Raiser*, Gießen

Professor Dr. *Peter Ulmer*, Heidelberg

Dr. *Jürg Zutt*, Rechtsanwalt, Mannheim

(unter Mitarbeit von Dr. *Martin Winter*, Rechtsanwalt, Mannheim)



## Vorwort zur 8. Auflage

Der Erfolg der GmbH als Rechtsform für gewerbliche Unternehmen, aber auch für die Verfolgung sonstiger Gesellschaftszwecke in rechtlicher Verselbständigung gegenüber dem Träger, ist nach wie vor ungebrochen. Zum Jahresende 1990 gab es rd. 430 000 eingetragene Gesellschaften mbH. Damit liegt die GmbH nicht nur der Zahl nach mit weitem Abstand an der Spitze aller Handelsgesellschaften. Vielmehr hat auch die Gesamtsumme des GmbH-Stammkapitals diejenige des Grundkapitals aller Aktiengesellschaften bereits im Jahr 1979 überholt; der Abstand ist seither von Jahr zu Jahr größer geworden (vgl. die rechtstatsächlichen Angaben in Einl Rdn 67 ff).

Dem wirtschaftlichen Gewicht der GmbH als Rechtsform und der Vielseitigkeit ihrer Verwendungsmöglichkeiten entsprechen Bedeutung und innere Flexibilität des GmbH-Rechts. Das geschriebene Recht beruht noch ganz überwiegend auf dem Gesetz von 1892; durch die GmbH-Novelle 1980 ist es nur in wenigen Teilen modifiziert worden. Um so stärker mußte demgemäß der Einfluß zunehmen, den Rechtsprechung und Wissenschaft auf die Fortentwicklung des Rechts genommen haben. Ihnen ist es wesentlich zu verdanken, daß die GmbH sich als Organisationsform durch viele Jahrzehnte bewährt hat und daß neben den Belangen der Gesellschaftermehrheit auch diejenigen der Minderheit und der Gläubiger die gebührende Beachtung gefunden haben.

Aufgabe und Ziel der 8. Auflage des von *Staub* begonnenen, von *Hachenburg* bis zur 5. Auflage im Jahr 1926 fortgeführten und maßgebend geprägten Kommentars ist nicht nur die sorgfältige Dokumentation des Meinungsstands und der Vielzahl einschlägiger Gerichtsentscheidungen. Vielmehr geht es ihm auch, wenn nicht vorrangig, darum, die tragenden Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen und der richterrechtlichen Entwicklungen herauszustellen. Dadurch soll der Benutzer in die Lage versetzt werden, sich auf neuartige Fragestellungen selbst eine systemkonforme, weiterführende Antwort zu erarbeiten. Die Verfasser wenden sich mit dieser Zielsetzung in erster Linie an Gerichte und beratende Praxis. Sie verbinden damit freilich die Hoffnung, das Werk möge entsprechend der Tradition der Großkommentare auch weiterhin maßgeblich zum wissenschaftlichen Dialog beitragen.

Der Vielfalt und Ausdifferenzierung des GmbH-Rechts wird auch in der Neuauflage durch eine Reihe von Anhängen Rechnung getragen. Solche Anhänge sind vorgesehen zur Durchgriffshaftung (nach § 13), zum Geschäftsanteil im Rechtsverkehr (nach § 15), zu Genußrechten (nach § 29), zur Unterkapitalisierung (nach § 30), zur Ausschließung und zum Austritt von Gesellschaftern (nach § 34), zur Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen (nach § 47), zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (nach § 57), zur Auflösung und Löschung von Gesellschaften nach dem LöschG (nach § 60), zum Konzernrecht (nach § 77). Die Allgemeine Einleitung beschränkt sich in Teil B abweichend von der Voraufgabe auf das internationale Gesellschaftsrecht einschließlich des Fremdenrechts und der europäischen Rechtsangleichung; die Weiterführung des rechtsvergleichenden Teils und der Abdruck der ausländischen Gesetzestexte bleiben einer Sonderveröffentlichung vorbehalten. Auch auf eine ausführliche Behandlung des neuen, für Kapitalgesellschaften geltenden Bilanzrechts

## Vorwort

wird aus Umfangsgründen verzichtet; sie wird einheitlich für die verschiedenen Rechtsformen von Handelsgesellschaften in der 4. Auflage des Großkommentars zum HGB erfolgen.

Im Kreis der Autoren ist gegenüber der 7. Auflage eine Reihe von Änderungen eingetreten. Ausgeschieden ist neben *Carl Hans Barz*, der 1975 beim Start der Voraufgabe verstarb, auch *Wolfgang Schilling*. Er hatte große Teile schon der 6. Auflage des Kommentars betreut und war auch an der Voraufgabe maßgebend beteiligt; hierfür sei ihm besonders gedankt. Als Autoren neu hinzugetreten sind außer den in mitwirkender Funktion schon an der Voraufgabe Beteiligten (*Frau Heinrich* sowie die Herren *Hohner*, *Welf Müller* und *Zutt*) auch *Uwe Hüffer* und *Thomas Raiser*. Die Herausgabe des Werkes wurde *Peter Ulmer* übertragen.

Autoren, Herausgeber und Verlag hoffen, die Neuauflage trotz des Umfangs der Materie in einem Jahr abschließen zu können.

Januar 1992

*Herausgeber und Verlag*

## Inhaltsübersicht

	Rdn	Bearbeiter
<b>Allgemeine Einleitung</b>		
A. Die GmbH im deutschen Recht		Ulmer
I. Grundlagen des GmbH-Rechts . . . . .	1	
II. Rechtsquellen . . . . .	54	
III. Rechtstatsachen . . . . .	67	
IV. Entwicklungen des GmbH-Rechts . . . . .	92	
B. Die GmbH im internationalen Recht		Behrens
I. Internationales Gesellschaftsrecht . . . . .	106	
II. Fremdenrecht . . . . .	189	
III. Rechtsangleichung in der EG . . . . .	200	
 <b>Erster Abschnitt</b>		
<b>Errichtung der Gesellschaft</b>		
§ 1 Zweck		Ulmer
§ 2 Form des Gesellschaftsvertrages		
§ 3 Inhalt des Gesellschaftsvertrages		
§ 4 Firma		Heinrich
§ 5 Stammkapital, Stammeinlage		Ulmer
§ 6 Geschäftsführer		
§ 7 Anmeldung		
§ 8 Inhalt der Anmeldung		
§ 9 Geldeinlage statt Sacheinlage		
§ 9 a Ersatzansprüche der Gesellschaft		
§ 9 b Verzicht auf Ersatzansprüche		
§ 9 c Ablehnung der Eintragung		
§ 10 Eintragung in das Handelsregister		
§ 11 Rechtszustand vor der Eintragung		
§ 12 Zweigniederlassung		
 <b>Zweiter Abschnitt</b>		
<b>Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter</b>		
§ 13 Juristische Person; Handelsgesellschaft		Raiser
Anhang: Durchgriff		Mertens
§ 14 Geschäftsanteil		Raiser
§ 15 Übertragung von Geschäftsanteilen		Zutt
Anhang: Der Geschäftsanteil im Rechtsverkehr		
§ 16 Rechtsstellung von Veräußerer und Erwerber		
§ 17 Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils		
§ 18 Mitberechtigung am Geschäftsanteil		
§ 19 Einzahlungen auf die Stammeinlage		Ulmer
§ 20 Verzugszinsen		Müller

## Inhaltsübersicht

§ 21	Kaduzierung	
§ 22	Haftung der Rechtsvorgänger	
§ 23	Versteigerung des Geschäftsanteils	
§ 24	Aufbringung von Fehlbeträgen	
§ 25	Zwingende Vorschriften	
§ 26	Nachschußpflicht	
§ 27	Unbeschränkte Nachschußpflicht	
§ 28	Beschränkte Nachschußpflicht	
§ 29	Verteilung des Reingewinns	Goerdeler/Müller
	Anhang: Genußrechte	
§ 30	Rückzahlungen	
	Anhang: Gesellschafterhaftung bei Unterkapitalisierung	Ulmer
§ 31	Erstattung von verbotenen Rückzahlungen	Goerdeler/Müller
§ 32	Rückzahlung von Gewinn	
§ 32 a	Rückgewähr von Darlehen	Ulmer
§ 32 b	Haftung	
§ 33	Erwerb eigener Geschäftsanteile	Hohner
§ 34	Einziehung (Amortisation)	
	Anhang: Ausschließung und Austritt von Gesellschaftern	Ulmer

## Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
Adler/Düring/Schmaltz/Bearbeiter	Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Kommentar, 5. Auflage 1978 ff siehe Adler/Düring/Schmaltz
ADS	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft;
AG	Amtsgericht Aktiengesetz
AktG	All England Law Reports
All E. R.	Allgemeine Einleitung
Allg. Einl.	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
AkZtschr	Anfechtungsgesetz
AnfG	Archiv des öffentlichen Rechts
AöR	Abgabenordnung
AO	Arbeitsrechtliche Praxis
AP	Archiv für bürgerliches Recht
ArchBürgR	Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten der EWG
AufenthG/EWG	Arbeit und Recht
AuR	Angestelltenversicherungsgesetz
AVG	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
AWD	Außenwirtschaftsgesetz
AWG	Badische Notariatszeitschrift
Bad NotZ	Badische Rechtspraxis
Bad Rpr	Bundesarbeitsgericht; Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAG	Die GmbH, Handbuch, 8. Auflage 1987
Balsler/Meyer/Piorreck	Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen
BankA (BankArch.)	Bundesanzeiger
BAnz	GmbH-Recht, Handbuch und Kommentar, 2. Auflage 1986
Bartl/Henkes	GmbH-Recht, Handbuch und Kommentar, 3. Auflage 1990
Bartl/Henkes/Schlarb	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkheit, Rechtspflegergesetz, Kommentar, 4. Auflage 1986 und 5. Auflage 1990
Bassenge/Herbst FGG	Zeitschrift für Aktiengesellschaften und für Gesellschaften mbH, hrsg. v. Bauer
Bauers Z	Kurz-Kommentar zum HGB, 27. Auflage 1987 und 28. Auflage 1989
Baumbach/Duden/Hopt HGB	Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 15. Auflage 1987 und 16. Auflage 1990
Baumbach/Hefermehl UWG	Kurz-Kommentar zum GmbHG, 15. Auflage 1988
Baumbach/Hueck/(Bearbeiter)	Baumbach/Hueck, Kurz-Kommentar zum AktG, 13. Auflage 1968
Baumbach/Hueck, AktG	

## Abkürzungsverzeichnis

Baumbach/Lauterbach ZPO	Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Kurz-Kommentar zur ZPO, 47. und ff Auflagen 1989 ff
Baur, SachR	Lehrbuch des Sachenrechts, 15. Auflage 1989
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Der Betriebs-Berater
BeckBilKomm	Beck'scher Bilanzkommentar (und jeweiliger Bearbeiter). Der Jahresabschluß nach Handels- und Steuerrecht. 1. Auflage 1986 und 2. Auflage 1990
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
Begr.RegE	Begründung zum Regierungsentwurf
Betr.VerfG (oder BetrVG)	Betriebsverfassungsgesetz
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGB-RGRK-(Bearbeiter)	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des BGH, 12. Auflage 1974 ff
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BiRiLiG	Bilanzrichtlinien-Gesetz
Bley/Mohrbutter VgLO	Vergleichsordnung, Großkommentar, 4. Auflage 1979
BlStSozArbR	Blätter für Steuern, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
Blümlich/(Bearbeiter) EStG	Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Kommentar, 1989 ff
Bull. EG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaften
BMF	Bundesminister der Finanzen
BMJ	Bundesminister der Justiz
BNotO	Bundesnotarordnung
Böhle-Stamschräder/Kilger AnfG	Kommentar zum Anfechtungsgesetz, 7. Auflage 1986
Böhle-Stamschräder/Kilger KO	Kommentar zur Konkursordnung, 14. Auflage 1983
Böhle-Stamschräder/Kilger VgLO	Kommentar zur Vergleichsordnung, 11. Auflage 1986
Boldt, MitbestG	Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, 1952
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
Brodmann	Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage 1930
Brodmann, AktG	Kommentar zum Aktiengesetz, 1928
Brönner, Besteuerung	Die Besteuerung der Gesellschaften, 16. Auflage 1988
BSG	Bundessozialgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks	Bundestags-Drucksache
Bumiller/Winkler FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kurz-Kommentar, 4. Auflage 1988
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

## Abkürzungsverzeichnis

BWNotZ	Baden-Württembergische Notarzeitschrift
Capelle/Canaris HandelsR	Handelsrecht, Studienbuch, 21. Auflage 1989
DB	Der Betrieb
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
Dietz/Richardi BetrVG 1952	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar mit Wahlordnung, 6. Auflage 1982
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DMBG	D-Markbilanzgesetz
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht (1939 – 1945)
DRIZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (1946 – 1950)
DStR	Deutsches Steuerrecht; Deutsche Steuerrundschau
Düringer/Hachenburg HGB	Düringer/Hachenburg, Kommentar zum HGB, 3. Auflage 1932
DV	Durchführungsverordnung
DVAuslG	Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes
DVUmsTG	Verordnung zur Durchführung des Umstellungsgesetzes
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E. C. A.	European Communities Act
ed.	edition; edizione
Eder	GmbH-Handbuch. Bearbeitet von Eder, Heuser, Tillmann, Gaul, 11. Auflage 1969/85
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaften; Einführungsgesetz
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EinFV.	Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich
Einl.	Einleitung
EKV	Europäische Kooperationsvereinigung
Emmerich/Sonnenschein KonzR	Konzernrecht, Studienbuch, 3. Auflage 1989 und 4. Auflage 1992
E. O.	Exekutionsordnung
ErbStG	Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz
ERE	Europäische Rechnungseinheiten
Erman/(Bearbeiter)	Erman (und Bearbeiter), Handkommentar zum BGB, 7. Auflage 1981 und 8. Auflage 1989
EStG	Einkommensteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EwiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessengemeinschaft
Fabricius/Kraft GemKommBetrVG	Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage 1990
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Feine	Die GmbH, in Handbuch des gesamten Handelsrechts, hrsg. v. Ehrenberg, 3. Band, III. Abt., 1929

## Abkürzungsverzeichnis

FG	Finanzgericht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fikentscher, SchR	Schuldrecht, 7. Auflage 1985
Fischer	GmbH-Gesetz, Kommentar, 10. Auflage 1983
Fischer/Lutter/Hommelhoff	GmbH-Gesetz, Kommentar, 12. Auflage 1987
Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither	Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 15. Auflage 1987 und 17. Auflage 1990
BtrVG	Mitbestimmungsgesetz mit Wahlordnung, Handkommentar, 2. Auflage 1978
Fitting/Wlotzke/Wißmann MitbestG	Mitbestimmungsgesetz mit Wahlordnung, Handkommentar, 2. Auflage 1978
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
FlaggRG	Gesetz über das Flaggenrecht der Seeschiffe und die Flaggenführung der Binnenschiffe
Flume I/1	Die Personengesellschaft, 1977
Flume I/2	Die juristische Person, 1983
Galperin/Löwisch BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 1. Band, 6. Auflage 1982
GemKommBetrVG	siehe Fabricius/Kraft
GenG	Genossenschaftsgesetz
Gernhuber, FamR	Lehrbuch des Familienrechts, 3. Auflage 1980
Gersch/Herget/Marsch/Stützle	GmbH-Reform 1980, Erläuterungen mit praktischen Hinweisen, 1980
GesRZ	Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff	Aktiengesetz, Kommentar, 1973 ff, bearbeitet von Geßler, Hefermehl, Eckardt, Kropff
AktG	
GewA	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
Gierke Handelsrecht	Julius von Gierke, Handels- und Schiffahrtsrecht, 8. Auflage 1958
Gierke/Sandrock I	Handels- und Wirtschaftsrecht, Band I, 9. Auflage 1975
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-Handbuch	siehe Eder
GmbH-Rdsch.	GmbH-Rundschau
GmbHRSpr.	Die GmbH in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte
Godin/Wilhelmi, AktG	Kommentar zum AktG, 4. Auflage 1971
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GroßkommAktG	Großkommentar zum Aktiengesetz (und jeweiliger Bearbeiter), 3. Auflage 1970 ff
GroßkommHGB	Großkommentar zum Handelsgesetzbuch (und jeweiliger Bearbeiter) 3. Auflage 1967 ff und 4. Auflage 1983 ff
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Private und Öffentliche Recht der Gegenwart
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GükG	Güterkraftverkehrsgesetz

## Abkürzungsverzeichnis

<p>GWB Hanau/Ulmer MitbestG HandwO HansGZ HansOLG HBerG</p> <p>HdJ</p> <p>Hennerkes/Binz Hesselmann Hesselmann/Tillmann Heymann/(Bearbeiter)</p> <p>HGB Hoffmann/Lehmann/Weinmann Holdheim</p> <p>HRegV HRR Hrsg. HRV Hueck, GesR</p> <p>Hueck, OHG HypBG I. C. L. Q. Immenga/Mestmäcker GWB</p> <p>IPG</p> <p>IPR IPrax</p> <p>IPRspr.</p> <p>Jaeger/(Bearbeiter) KO</p> <p>Jansen, FGG</p> <p>Jansen, BeurkG Jauernig/(Bearbeiter)</p> <p>Jauernig ZPO</p> <p>Jb. Int. R. JFG</p> <p>JherJb JMBI NRW JR JurA</p>	<p>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Mitbestimmungsgesetz, Kurzkommentar, 1981</p> <p>Handwerksordnung</p> <p>Hanseatische Gerichtszeitung</p> <p>Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg</p> <p>Handelsrechtliches Bereinigungsgesetz vom 18. 4. 1950</p> <p>Handbuch des Jahresabschlusses, hrsg. von Wysocki/Schulze-Osterloh, 1984 ff Die GmbH &amp; Co, 7. Auflage 1984</p> <p>Handbuch der GmbH &amp; Co, 16. Auflage 1980</p> <p>Handbuch der GmbH &amp; Co, 17. Auflage 1991</p> <p>Handelsgesetzbuch, Kommentar, seit 1926, bearbeitet von Ernst Heymann, völlig neubearbeitete Auflage 1989</p> <p>Handelsgesetzbuch Mitbestimmungsgesetz, Kommentar 1978</p> <p>Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, begr. v. Holdheim</p> <p>Verordnung über das Handelsregister</p> <p>Höchstrichterliche Rechtsprechung</p> <p>Herausgeber</p> <p>Handelsregisterverfügung</p> <p>Gesellschaftsrecht, 18. Auflage 1983 und 19. Auflage 1991</p> <p>A. Hueck, Das Recht der OHG, 4. Auflage 1971</p> <p>Hypothekendarlehenbankgesetz</p> <p>International and Comparative Law Quarterly</p> <p>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 1. Auflage 1981 und 2. Auflage 1992</p> <p>Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht</p> <p>Internationales Privatrecht</p> <p>Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts</p> <p>Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts</p> <p>Jaeger (und Bearbeiter) Großkommentar zur Konkursordnung, 8. Auflage 1958 ff und 9. Auflage 1977 ff</p> <p>Paul Jansen, Großkommentar zum FGG, 2. Auflage Band 1: 1969, Band 2: 1970, Band 3: 1971</p> <p>Paul Jansen, Großkommentar zum BeurkG, 1971</p> <p>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. und ff Auflagen 1987 ff</p> <p>Zivilprozeßrecht, Studienbuch, 22. Auflage 1988 und 23. Auflage 1991</p> <p>Jahrbuch für internationales Recht</p> <p>Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts</p> <p>Iherings Jahrbücher</p> <p>Justizministerialblatt Nordrhein-Westfalen</p> <p>Juristische Rundschau</p> <p>Juristische Analysen</p>
--	--

## Abkürzungsverzeichnis

JurBl.	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KapErhG	Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Keidel/Kuntze/Winkler FGG	Freiwillige Gerichtsbarkeit Teil A: FGG mit Erläuterungen, 12. Auflage 1987
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KGBL	Blätter f. Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Kilger KO	Kommentar zur Konkursordnung, 15. Auflage 1987
Kittner/Fuchs/Zachert	Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 3. Auflage 1986
KO	Konkursordnung
Kölner KommAktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (und jeweiliger Bearbeiter), 1. Auflage 1970 ff und 2. Auflage 1988 ff
Kötter, MitbestG	Kötter, Mitbestimmungsrecht, Kommentar, 1952
KollektivG	Kollektivgesellschaft
KOM	Kommission
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KStDV	Durchführungsverordnung zum Körperschaftsteuergesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
Kübler, GesR	Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 1983 und 3. Auflage 1990
Küting/Weber/(Bearbeiter)	Handbuch der Rechnungslegung, Kommentar zur Bilanzierung und Prüfung, 2. Auflage 1987 und 3. Auflage 1990
Kuhn/Uhlenbruck KO	Konkursordnung, Kommentar, 10. Auflage 1986
KVStDV	Kapitelverkehrssteuer-Durchführungsverordnung
KVStG	Kapitalverkehrssteuergesetz
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LAG	Landesarbeitsgericht
Langen GWB	Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Auflage 1982
Larenz, BGB, AT	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage 1989
LG	Landgericht
Liebmann	Liebmann, Kommentar zum GmbHG
Liebman/Saenger	Liebmann/Saenger. Kommentar zum GmbHG, 7. Auflager 1927
Littmann/Bitz/Meincke EStG	Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, 14. Auflage 1985 ff
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. v. Lindenmaier, Möhring u. a.
LöschG	Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften

## Abkürzungsverzeichnis

LuftverkehrsG	Luftverkehrsgesetz
Lutter/Hommelhoff	GmbH-Gesetz, Kommentar, 13. Auflage 1991
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MecklZ	Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft
Meyer-Landruth/Miller/Niehus	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) einschließlich Rechnungslegung, Kommentar, 1987
Mio.	Million(en)
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MittBayrNot.	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotk	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
Möhring/Tank	Möhring/Tank, Handbuch der Aktiengesellschaft, 1967
Mrd.	Milliarde(n)
MünchKomm-(Bearbeiter)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage 1984 ff
MuW	Markenschutz und Wettbewerb mit weiteren Nachweisen
m. w. N.	Niedersächsische Rechtspflege
NdsRpfl.	Neukamp/Becker, Kommentar zum GmbHG, 5. – 7. Auflage 1922
Neukamp/Becker	Neue Juristische Wochenschrift
NJW	NJW-Rechtsprechungsreport
NJW-RR	Neue Wirtschaftsbriefe für Steuer- und Wirtschaftsrecht
NWB	Oberster Finanzgerichtshof
OFH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OGHbrZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OGHZ	Offene Handelsgesellschaft
OHG	Oberlandesgericht
OLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OLGR	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
OLGZ	Schweizerisches Obligationenrecht
OR	Oberverwaltungsgericht
OVG	Palandt (und jeweiliger Bearbeiter), Kommentar zum BGB, 48. und ff Auflagen 1989 ff
Palandt/(Bearbeiter) BGB	Kommentar zum GmbHG, 17. Auflage 1926
Parisius/Crüger/Creelius	Patentgesetz
PatG	Publizitätsgesetz
PublG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVG	Pensionssicherungsverein
PSV	Rabattgesetz
RabattG	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. v. Rabel
RabelsZ	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RAG	Recht der Kapitalgesellschaften, 1983
Raiser, KapGesR	Mitbestimmungsgesetz nebst Wahlordnung, Kommentar, 2. Auflage 1984
Raiser, MitbestG	

## Abkürzungsverzeichnis

RAO (oder RAbgO)	Reichsabgabenordnung
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenbund
RefE InsO	Referentenentwurf zum Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts
RegE	Regierungsentwurf
Reinhard	Reinhard, Gesellschaftsrecht, 1973
Reithmann/(Bearbeiter)	Internationales Vertragsrecht, 4. Auflage 1988
Rev. soc.	Revue des sociétés
RGRK	siehe BGB-RGRK
RFH	Reichsfinanzhof
RFHE	Entscheidungen des Reichsfinanzhofs
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGW	Rat für gegenseitige Wirtschaftshilfe
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Ritter AktG	Ritter, Aktiengesetz, Kommentar, 2. Auflage 1939
RiW (oder RIW)	Recht der internationalen Wirtschaft
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
Rob. Fischer	siehe Fischer
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rosenberg/Schwab	Rosenberg/Schwab, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 14. Auflage 1986
Roth	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Erläuterungen, 2. Auflage 1987
Rowedder/(Bearbeiter)	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 1. Auflage 1985 und 2. Auflage 1990
Rpflieger	Der deutsche Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
RStBl.	Reichssteuerblatt
RVO	Reichsversicherungsordnung
RWP	Kartei der Rechts- und Wirtschaftspraxis
SächsA	Sächsisches Archiv
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft
SAE (SAW)	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ScheckG	Scheckgesetz
Schlegelberger FGG	Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen, 7. Auflage 1956
Schlegelberger/(Bearbeiter) HGB	Schlegelberger (und jeweiliger Bearbeiter), Kommentar zum HGB, 5. Auflage 1973 ff
Schlegelberger/Quassowski, AktG 1937	Kommentar zum Aktiengesetz 1937, 3. Auflage 1939
SchlHA	Schleswig-Holsteinischer Anzeiger
K. Schmidt, GesR	Gesellschaftsrecht, 1. Auflage 1986 und 2. Auflage 1991
K. Schmidt, HandelsR	Handelsrecht, 3. Auflage 1987
Schmidt EStG	Ludwig Schmidt, Einkommensteuergesetz, Kommentar, 10. Auflage 1991
Scholz	Kommentar zum GmbHG, 7. Auflage 1986
Schreiber, O., KGaA	Die KG auf Aktien, 1925

## Abkürzungsverzeichnis

SE	Societas Europea
SeuffArch., SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGB	Sozialgesetzbuch
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung; Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung
Soergel/(Bearbeiter)	Soergel (und jeweilige Bearbeiter) Kommentar zum BGB, 12. Auflage 1987 ff
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
Staub HGB	Kommentar zum HGB, 10. Auflage 1921; 4. Auflage siehe Großkommentar
Staudinger/(Bearbeiter) BGB	Staudinger (und jeweiliger Bearbeiter) Kommentar zum BGB, 12. Auflage 1978 ff
Stein/Jonas/(Bearbeiter)	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Auflage 1986
StG	Steuergesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGBI.	Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich
StRK	Steuerrechtssprechung in Karteiform
StuW	Steuer und Wirtschaft
Sudhoff, GmbH	Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, Kommentar und Formularbuch, 7. Auflage 1987
Teichmann/Koehler	Teichmann/Koehler, Kommentar zum Aktiengesetz 1937
Thomas/Putzo ZPO	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. und ff Auflagen 1987 ff
UmwG	Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften
UmwStG	Umwandlungsteuergesetz
UStR	Umsatzsteuer-Rundschau
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen (Versicherungsaufsichtsgesetz)
VereinsG	Vereinsgesetz
VerglO	Vergleichsordnung
VersR	Versicherungsrecht
VO	Verordnung
Vogel	Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage 1956
VStG	Vermögensteuergesetz
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
Warneyer, WarnRspr, WarnErg.	Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Warneyer
WeimV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. 8. 1919
Westermann, H., Handbuch I	Personengesellschaftsrecht, 1979 ff
WG	Wechselgesetz
WGO	WGO, Monatshefte für osteuropäisches Recht, Die wichtigsten Gesetzgebungsakte in den Ländern Ost-, Südosteuropas und in den ostasiatischen Volksdemokratien
Widmann/Mayer	Umwandlungsrecht, 1981 ff
Wiedemann, GesR 1	Gesellschaftsrecht, Band 1: Grundlagen, 1980
Wieland I u. II	Wieland, Handelsrecht, Bd. I 1921, Bd. II 1931
WiGBL.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes

## Abkürzungsverzeichnis

Wilke/Berg/Gottschling/Gaul	Wilke/Berg/Gottschling/Gaul, Handbuch der GmbH, 3. – 4. Auflage 1969/70
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WP-Handbuch	Wirtschaftsprüfer-Handbuch, 9. Auflage 1985/86
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
Würdinger, AktG	Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Auflage 1981
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
WZG	Warenzeichengesetz
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBlHR, ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht
ZBlFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZfGenossenschaftsR	Zeitschrift für Genossenschaftsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
Ziff.	Ziffer
Zöller/(Bearbeiter) ZPO	Zöller, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 15. und ff Auflagen 1987 ff
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR, ZSchwR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

## Vorwort zur 8. Auflage

Der Erfolg der GmbH als Rechtsform für gewerbliche Unternehmen, aber auch für die Verfolgung sonstiger Gesellschaftszwecke in rechtlicher Verselbständigung gegenüber dem Träger, ist nach wie vor ungebrochen. Zum Jahresende 1988 gab es über 375.000 eingetragene Gesellschaften mbH. Setzt sich die Entwicklung wie bisher fort, so dürfte die Zahl von 400.000 Gesellschaften schon im Jahre 1990 überschritten werden. Damit liegt die GmbH nicht nur der Zahl nach mit weitem Abstand an der Spitze aller Handelsgesellschaften. Vielmehr hat auch die Gesamtsumme des GmbH-Stammkapitals diejenige des Grundkapitals aller Aktiengesellschaften bereits im Jahr 1979 überholt; der Abstand ist seither von Jahr zu Jahr größer geworden (vgl. die rechtstatsächlichen Angaben in Einl Rdn 67 ff).

Dem wirtschaftlichen Gewicht der GmbH als Rechtsform und der Vielseitigkeit ihrer Verwendungsmöglichkeiten entsprechen Bedeutung und innere Flexibilität des GmbH-Rechts. Das geschriebene Recht beruht noch ganz überwiegend auf dem Gesetz von 1892; durch die GmbH-Novelle 1980 ist es nur in wenigen Teilen modifiziert worden. Umso stärker mußte demgemäß der Einfluß zunehmen, den Rechtsprechung und Wissenschaft auf die Fortentwicklung des Rechts genommen haben. Ihnen ist es wesentlich zu verdanken, daß die GmbH sich als Organisationsform durch viele Jahrzehnte bewährt hat und daß neben den Belangen der Gesellschaftermehrheit auch diejenigen der Minderheit und der Gläubiger die gebührende Beachtung gefunden haben.

Aufgabe und Ziel der 8. Auflage des von *Staub* begonnenen, von *Hachenburg* bis zur 5. Auflage im Jahr 1926 fortgeführten und maßgebend geprägten Kommentars ist nicht nur die sorgfältige Dokumentation des Meinungsstands und der Vielzahl einschlägiger Gerichtsentscheidungen. Vielmehr geht es ihm auch, wenn nicht vorrangig, darum, die tragenden Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen und der richterrechtlichen Entwicklungen herauszustellen. Dadurch soll der Benutzer in die Lage versetzt werden, sich auf neuartige Fragestellungen selbst eine systemkonforme, weiterführende Antwort zu erarbeiten. Die Verfasser wenden sich mit dieser Zielsetzung in erster Linie an Gerichte und beratende Praxis. Sie verbinden damit freilich die Hoffnung, das Werk möge entsprechend der Tradition der Großkommentare auch weiterhin maßgeblich zum wissenschaftlichen Dialog beitragen.

Der Vielfalt und Ausdifferenzierung des GmbH-Rechts wird auch in der Neuauflage durch eine Reihe von Anhängen Rechnung getragen. Solche Anhänge sind vorgesehen zur Durchgriffshaftung (nach § 13), zum Geschäftsanteil im Rechtsverkehr (nach § 15), zur Unterkapitalisierung (nach § 30), zur Ausschließung und zum Austritt von Gesellschaftern (nach § 34), zur Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen (nach § 47), zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (nach § 57), zur Auflösung und Löschung von Gesellschaften nach dem LöschG (nach § 60), zum Konzernrecht, zur Umwandlung und Verschmelzung von Gesellschaften mbH (jeweils nach § 77). Die Allgemeine Einleitung beschränkt sich in Teil B abweichend von der Voraufgabe auf das internationale Gesellschaftsrecht einschließlich des Fremdenrechts und der europäischen Rechtsangleichung; die Weiterführung des rechtsvergleichenden Teils und der Abdruck der ausländischen Gesetzestexte bleiben einer Sonderveröffentlichung

## Vorwort

vorbehalten. Auch auf eine ausführlichere Behandlung des neuen, für Kapitalgesellschaften geltenden Bilanzrechts wird aus Umfangsgründen verzichtet; sie wird einheitlich für die verschiedenen Rechtsformen von Handelsgesellschaften in der 4. Auflage des Großkommentars zum HGB erfolgen.

Im Kreis der Autoren ist gegenüber der 7. Auflage eine Reihe von Änderungen eingetreten. Ausgeschieden ist neben *Carl Hans Barz*, der 1975 beim Start der Voraufgabe verstarb, auch *Wolfgang Schilling*. Er hatte große Teile schon der 6. Auflage des Kommentars betreut und war auch an der Voraufgabe maßgebend beteiligt; hierfür sei ihm besonders gedankt. Neu hinzugetreten sind außer den in mitwirkender Funktion schon an der Voraufgabe Beteiligten (*Frau Heinrich* sowie die Herren *Hohner*, *Welf Müller* und *Zutt*) als Autoren auch *Uwe Hüffer* und *Thomas Raiser*. Die Herausgabe des Werkes wurde *Peter Ulmer* übertragen.

Autoren, Herausgeber und Verlag hoffen, die Neuauflage trotz des Umfangs der Materie in etwa zwei Jahren abschließen zu können.

Oktober 1989

Herausgeber und Verlag

# Allgemeine Einleitung

## Übersicht

### A. Die GmbH im deutschen Recht

	Rdn
<b>I. Grundlagen des GmbH-Rechts</b>	
1. Begriff, Entstehung und Leitbild der GmbH	
a) Begriffsmerkmale . . . . .	1, 2
b) Entstehung . . . . .	3–6
c) Leitbild . . . . .	7
2. Erscheinungsformen	
a) Personalistische GmbH . . . . .	8
b) Einmann-GmbH . . . . .	9, 10
c) Komplementär-GmbH . . . . .	11, 12
d) Sonstige . . . . .	13
e) Doppelgesellschaft . . . . .	14–16
3. Strukturelemente der GmbH	
a) Juristische Person . . . . .	17
b) Formkaufmann . . . . .	17a
c) Beschränkter Gesellschafterkreis . . . . .	18
d) Gesicherter Haftungsfonds, keine Außenhaftung der Gesellschafter . . . . .	19
e) Drittorganschaft . . . . .	20
f) Flexibilität des Innenverhältnisses . . . . .	21
g) Mehrheitsprinzip . . . . .	22
4. Verfassung der GmbH	
a) Grundlagen . . . . .	23, 24
b) Auslegung . . . . .	25
c) Lückenfüllung . . . . .	26, 27
5. Funktionsverteilung und Verantwortung	
a) Gesellschafterversammlung . . . . .	28, 29
b) Geschäftsführer . . . . .	30, 31
c) Aufsichtsrat, Beirat . . . . .	32, 33
6. Rechtsverhältnisse der Gesellschafter	
a) Gesellschafterrechte . . . . .	34
b) Mitgliedschaftspflichten . . . . .	35
c) Rechte und Pflichten zwischen Gesellschaftern . . . . .	36
d) Minderheitenschutz . . . . .	37
7. Haftungsverhältnisse und Gläubigerschutz	
a) Überblick . . . . .	38
b) Kapitalaufbringung . . . . .	39–41
c) Kapitalerhaltung . . . . .	42
d) Haftungsverhältnisse in der Vor-GmbH . . . . .	43
e) Konkursantragspflicht . . . . .	44
f) Unterkapitalisierung; Durchgriffshaftung . . . . .	45, 46

	Rdn
8. Vergleich mit anderen Gesellschaftsformen . . . . .	47
a) Aktiengesellschaft . . . . .	48, 49
b) OHG und KG . . . . .	50–52
c) GmbH & Co KG . . . . .	53
<b>II. Rechtsquellen</b>	
1. GmbH-Gesetz	
a) Gesetz von 1892 . . . . .	54, 55
b) Gescheiterte Reformvorhaben . . . . .	56, 57
c) GmbH-Novelle 1980 . . . . .	58–60
2. GmbH-relevantes Organisationsrecht außerhalb des GmbHG	
a) GmbH-spezifische Regelungen . . . . .	61
b) Regelungen allgemein für Kapitalgesellschaften . . . . .	62
3. Sonstige Rechtsquellen	
a) HGB, BGB . . . . .	63, 64
b) Unternehmens- und Wirtschaftsrecht . . . . .	65, 66
<b>III. Rechtstatsachen</b>	
1. Zahlen und Daten	
a) Verbreitung der GmbH . . . . .	67–69
b) Stammkapital . . . . .	70, 71
c) Zahl der Gesellschafter . . . . .	72
d) Gesellschafter und Dritte als Geschäftsführer . . . . .	73
e) GmbH & Co KG . . . . .	74
2. Wirtschaftliche Bedeutung der GmbH	
a) Verbreitung nach Wirtschaftszweigen . . . . .	75, 76
b) Rechtsform für Großunternehmen . . . . .	77
c) Vergleich mit anderen Unternehmensformen . . . . .	78–80
3. Verwendungszwecke der GmbH	
a) Allgemeines . . . . .	81
b) Unternehmensträger . . . . .	82, 83
c) Konzerninstrument . . . . .	84, 85
d) Geschäftsführungsinstrument . . . . .	86
e) Organisationsform für Unternehmen der öffentlichen Hand . . . . .	87
f) Sonstige . . . . .	88
4. Dauer und Insolvenzanfälligkeit der GmbH	
a) Allgemeines . . . . .	89
b) Insolvenzstatistik . . . . .	90, 91

	Rdn		Rdn
<b>IV. Entwicklungen des GmbH-Rechts</b>		<b>3. Rechtspolitische Aspekte</b>	
1. Schwerpunkte höchststrichterlicher Rechtsfortbildung		a) Europäische Rechtsangleichung . . . . .	99
a) Überblick . . . . .	92	b) Bereinigung des Umwandlungsrechts . . . . .	100, 101
b) Gläubigerschutz . . . . .	93, 94	c) Neues Insolvenzrecht . . . . .	102
c) Minderheitenschutz . . . . .	95	d) GmbH-spezifische Reformaufgaben? . . . . .	103 - 105
2. GmbH- und Unternehmensrecht			
a) Mitbestimmung . . . . .	96		
b) Recht der Unternehmensverbindungen (Konzernrecht) . . . . .	97, 98		

**B. Die GmbH im internationalen Recht**

<b>I. Internationales Gesellschaftsrecht</b>		<b>III. Rechtsangleichung in der EG</b>	
1. Einleitung . . . . .	106	1. Vorbemerkung . . . . .	200
2. Anknüpfung . . . . .	108	2. Grundlagen . . . . .	202
a) Sitztheorie . . . . .	109	3. Programm für ein ‚europäisches Gesellschaftsrecht‘ . . . . .	205
b) Gründungstheorie . . . . .	125	4. Stellung der GmbH im ‚europäischen Gesellschaftsrecht‘ . . . . .	206
3. Regelungsbereich		5. Gesellschaftsrechtliche Richtlinien gemäß Art. 54 Abs. 3 lit. g) EWG-Vertrag	
a) Allgemeines . . . . .	129	a) Publizitätsrichtlinie . . . . .	207
b) Gründung . . . . .	132	b) Kapitalrichtlinie . . . . .	210
c) Rechtsfähigkeit und sonstige Handlungsfähigkeiten . . . . .	136	c) Fusionsrichtlinie . . . . .	213
d) Persönlichkeitsrechte . . . . .	142	d) Bilanzrichtlinie . . . . .	216
e) Organisation . . . . .	144	e) Strukturrichtlinie . . . . .	221
f) Haftung . . . . .	148	f) Spaltungsrichtlinie . . . . .	223
g) Rechnungslegung . . . . .	151	g) Konzernrechnungslegungsrichtlinie . . . . .	226
h) Konzernrecht . . . . .	152	h) Prüferbefähigungsrichtlinie . . . . .	229
i) Mitbestimmung . . . . .	153	i) Konzernrichtlinie . . . . .	232
j) Auflösung, Liquidation, Konkurs . . . . .	154	j) Internationale Fusionsrichtlinie . . . . .	234
4. Einzelfragen		k) Publizitätsrichtlinie für Zweigniederlassungen . . . . .	236
a) Anerkennung ausländischer Gesellschaften . . . . .	156	l) Einpersonengesellschaftsrichtlinie . . . . .	238
b) Formfragen . . . . .	160	6. Verordnungen gemäß Art. 235 EWG-Vertrag	
c) Wechsel des Gesellschaftsstatuts		a) Vorbemerkung . . . . .	240
aa) Internationale Sitzverlegung . . . . .	166	b) Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) . . . . .	241
bb) Souveränitätswechsel . . . . .	171	c) Statut für die Europäische Aktiengesellschaft (SE) . . . . .	243
cc) Innerdeutsche Sitzverlegung . . . . .	172	7. Übereinkommen gemäß Art. 220 EWG-Vertrag	
d) Internationale Verschmelzung . . . . .	173	a) Vorbemerkung . . . . .	245
e) Enteignung		b) Gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften . . . . .	246
aa) Territorialitätsprinzip . . . . .	177	c) Internationale Verschmelzung . . . . .	248
bb) Theorie der Restgesellschaft . . . . .	181	8. Sonstige Rechtsangleichungsmaßnahmen (Überblick)	
cc) Theorie der Spaltgesellschaft . . . . .	184	a) Vorbemerkung . . . . .	250
5. Ordre public . . . . .	188	b) Rechtsstellung der Arbeitnehmer . . . . .	251
<b>II. Fremdenrecht</b>		c) Kapitalmarktrecht . . . . .	254
1. Begriff . . . . .	189	d) Steuerrecht . . . . .	263
2. Die fremdenrechtliche ‚Staatszugehörigkeit‘ von Gesellschaften . . . . .	190		
3. Einzelfragen			
a) Diplomatischer Schutz . . . . .	191		
b) Grundrechtsschutz . . . . .	192		
c) Niederlassungsrecht			
aa) Allgemeines . . . . .	193		
bb) Tochtergesellschaften . . . . .	195		
cc) Zweigniederlassungen . . . . .	196		

## A. Die GmbH im deutschen Recht

### Schrifttum zum GmbH-Recht

#### I. Kommentare

*Nach 1945* (jew. neueste Auflage): *Bartl/Henkes* Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. (1985); *Baumbach/Hueck* GmbH-Gesetz, 15. Aufl. (1988); *Fischer/Lutter/Hommelhoff* GmbHG, Kommentar, 12. Aufl. (1987); *Meyer-Landrut/Miller/Niehus* GmbHG, Kommentar (1987); *Roth* GmbHG, 2. Aufl. (1987); *Rowedder* GmbHG, Kommentar (1985); *Scholz* Kommentar zum GmbHG, 7. Aufl. (1986/1988); *Vogel* GmbHG, 2. Aufl. (1956).

*Aus früherer Zeit*: *Brodmann* Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. (1930); *Hachenburg* Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl. (1926); *Liebmann/Saenger* GmbHG, 7. Aufl. (1927); *Neukamp/Becker* GmbHG, 5. bis 7. Aufl. (1922); *Parisius/Crüger/Crezelius* Kommentar zum GmbHG, 17. Aufl. (1926); *Scholz* Kommentar zum GmbHG (1928).

#### II. Andere Gesamtdarstellungen

*Nach 1945*: *Balser/Meyer/Piorreck* Die GmbH, Handbuch, 8. Aufl. (1986); *Eder/Hauser/Tillmann/Gaul* GmbH-Handbuch, 11. Aufl. (Stand 1987); *C. E. Fischer* Die GmbH (1948); *Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil: Die Juristische Person (1983); *G. Hueck* Gesellschaftsrecht, 18. Aufl. (1983); *Kübler* Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (1985); *Lehmann-Dietz* Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. (1970); *Th. Raiser* Recht der Kapitalgesellschaften (1983); *Reinhardt/Schultz* Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (1981); *Karsten Schmidt* Gesellschaftsrecht (1986); *Sudhoff* Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 7. Aufl. (1987); *Wiedemann* Gesellschaftsrecht, Band I (1980); *Wilke/Berg/Gottschling/Gaul* Handbuch der GmbH, 3. bis 4. Aufl. (1969/70).

*Aus früherer Zeit (Auswahl)*: *Feine* Die GmbH, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band 3, III. Abteilung (1929); *Fränkel* Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1905); *Freytmuth* Die GmbH in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte, Band II (1911 bis 1916), III (1916 bis 1924); *Müller-Erbach* Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl. (1928); *Wieland* Handelsrecht, Band 2: Die Kapitalgesellschaften (1931).

#### III. Monographien (Auswahl)

*Ballerstedt* Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften (1949); *Baums* Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen (1981); *ders.* Der Geschäftsleitervertrag (1987); *Binz* Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium der GmbH & Co. KG (1976); *Blaurock* Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen (1981); *Eickhoff* Die Gesellschafterklage im GmbH-Recht (1988); *v. Falkenhausen* Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheits Herrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (1967); *Grunewald* Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein (1987); *Hommelhoff* Die Konzernleitungspflicht (1982); *Immenga* Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970); *Kremer* Die GmbH als Rechtsform freiberuflicher Partnerschaften (1979); *O. Kuhn* Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften (1964); *Lehmann* Die ergänzende Anwendung von Aktienrecht auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1970); *Limbach* Theorie und Wirklichkeit der GmbH (1966); *Loidl* Die GmbH ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung (1969); *Lutter* Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG (1964); *K. P. Martens* Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH (1970); *Niemeyer* Rechtstatsachen und Rechtsfragen der Einziehung von GmbH-Anteilen (1982); *Reuter* Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen (1973); *Reichert* Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von Geschäftsanteilen in der GmbH (1984); *Rittner* Die werdende juristische Person (1973); *Schanze* Einmann-Gesellschaft und Durchgriffshaftung (1975); *K. Schmidt* Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften (1972); *Theobald* Vor-GmbH und Gründerhaftung (1984); *Tillmann* Der Geschäftsführervertrag der GmbH und GmbH & Co., 4. Aufl. (1986); *Ulmer* Der Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH (1979); *ders.* Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971 – 1985 (1986); *Verhoeven* GmbH-Konzerninnenrecht (1978); *Vogel* Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, 2. Aufl. (1986); *Wiedemann* Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften (1965); *Winkler* Die Lückenausfüllung des GmbH-Rechts durch das Recht der Personengesellschaften (1967); *M. Winter* Mitglied-

schaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988); *Wüst* Gläubigerschutz bei der GmbH (1966); *Zöllner* Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht in den privatrechtlichen Körperschaften (1963).

#### IV. Schriften zur GmbH-Reform (Auswahl)

*Schubert* Entwurf des Reichsjustizministeriums zu einem Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1939 (1985); Centrale für Gesellschaften mbH Dr. Otto Schmidt (Herausg.), Probleme der GmbH-Reform (1970); *Barz/Forster u. a.*, GmbH-Reform (1970); Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform Band 1 (1971), Band 2 (1972); Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt (Herausg.), Das neue GmbH-Recht in der Diskussion (1981).

#### V. Beiträge in Zeitschriften und Sammelwerken

Vgl. die Nachw. bei *H. Kirchner* Bibliographie zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1950 bis 1985, ZGR-Sonderheft 8 (1989), § 3 VII (S. 370 ff).

## I. Grundlagen des GmbH-Rechts

### 1. Begriff, Entstehung und Leitbild der GmbH

- 1 a) **Begriffsmerkmale.** Im Unterschied zur Definition der Aktiengesellschaft in § 1 Abs. 1 AktG gibt es **keine gesetzliche Definition** der „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“. Wesentliche Begriffsmerkmale der GmbH ergeben sich jedoch aus den Vorschriften des Ersten und Zweiten Abschnitts des GmbHG, darunter insbes. den §§ 1, 2, 5, 11 und 13. Danach handelt es sich um eine auf ein- oder mehrseitigem Rechtsgeschäft (Gesellschaftsvertrag oder Satzung, vgl. §§ 2, 3) beruhende, erst mit Eintragung ins Handelsregister zur Entstehung kommende juristische Person (§§ 11 Abs. 1, 13 Abs. 1). Sie kann zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden und eine beliebige Zahl von Gesellschaftern haben (§ 1). Den Gläubigern haftet unter Ausschluß der Gesellschafter (§ 13 Abs. 2) nur das Gesellschaftsvermögen, dieses allerdings uneingeschränkt (der Firmenzusatz „mit beschränkter Haftung“ ist daher irreführend). Sein Umfang darf im Zeitpunkt der Entstehung der GmbH nicht unter dem Betrag des Stammkapitals liegen. Dieses beträgt mindestens 50.000 DM (§ 5 Abs. 1); eine Begrenzung nach oben gibt es nicht.
- 2 Nach § 1 des – nicht Gesetz gewordenen – **RegE GmbHG 1971/73**<sup>1</sup> sollte die GmbH wie folgt definiert werden:

(1) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Rechtsverhältnisse die Gesellschafter, soweit nicht gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, durch den Gesellschaftsvertrag regeln können. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen.

(2) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung hat ein in Geschäftsanteile zerlegtes Stammkapital. Über die Geschäftsanteile können auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Urkunden nicht ausgestellt werden.

Die Definition enthält eine auch nach geltendem Recht zutreffende Umschreibung der Rechtsform der GmbH.

- 3 b) **Entstehung.** Die GmbH verdankt ihre Entstehung den im vorletzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts vor allem von der Berliner Kaufmannschaft vorgetragenen, auf der Verschärfung des Aktienrechts durch die Novelle von 1884 beruhenden Wünschen nach einer neuen Gesellschaftsform. Sie sollte auf den persönlichen Zusammenschluß von wenigen Gesellschaftern nach Art der OHG oder KG zugeschnitten sein, dabei

<sup>1</sup> BT-Drucks. VI/3088 = 7/253.

jedoch den Beteiligten die Möglichkeit allseitigen Ausschlusses der Außenhaftung unter Begrenzung des Gläubigerzugriffs auf das Gesellschaftsvermögen eröffnen. Ein derartiges Konzept wurde erstmals vom Reichstagsabgeordneten *Oechelhäuser* entwickelt, der im Jahr 1884 den Vorschlag einer „Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit“ vorlegte<sup>2</sup>. Der Vorschlag ging von einem gesamthänderischen Personenverband mit Selbstorganschaft aus, dessen Innenverhältnis sich grundsätzlich nach OHG-Recht richten sollte. Im Außenverhältnis sollte an die Stelle persönlicher Gesellschafterhaftung ein der Handelsregisterpublizität unterliegendes, der Summe der Einlagen entsprechendes „Gesellschaftskapital“ treten, für das eine gesetzliche Mindesthöhe oder eine besondere Registerkontrolle nicht vorgesehen war. Seine Aufbringung und Erhaltung sollte durch die gesamtschuldnerische Außenhaftung der Gesellschafter in Höhe ausstehender Einlagen sowie durch ein Verbot der Einlagerückgewähr abgesichert werden.

In der rechtspolitischen Diskussion über die neue Gesellschaftsform setzte sich dann allerdings nicht die am Personengesellschaftsrecht orientierte Konzeption *Oechelhäuser* und der weiteren von dieser Grundlage ausgehenden Vorarbeiten durch<sup>3</sup>. Hiervon grundsätzlich abweichend orientierte sich der vom Reichsjustizamt im Dezember 1891 veröffentlichte, vom Bundesrat im Februar 1892 in überarbeiteter Fassung dem Reichstag vorgelegte „Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen“<sup>4</sup> vielmehr am Leitbild der kleinen AG, bei der die Gesellschafter sich „auf die Leistung der übernommenen Einlage und eine mehr oder weniger nachdrückliche Mitwirkung bei der Oberleitung und Beaufsichtigung der Geschäfte“ beschränken sollten (Entw. I S. 34). Der Entwurf beschrieb sein Grundverständnis zwar dahin, der neuen Gesellschaftsform eine „Mittelstellung“ zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen des geltenden Rechts und der als äußerste Konsequenz des kapitalistischen Prinzips sich darstellenden Aktiengesellschaft“ zu geben (Entw. I S. 35). Von der Flexibilität des Innenverhältnisses abgesehen, überwogen jedoch deutlich die Grundelemente der Aktiengesellschaft. Die Rechtswirklichkeit ist dieser im GmbHG von 1892 mit nur wenigen Änderungen übernommenen „kapitalistischen“ Grundtendenz des Gesetzes freilich nicht gefolgt, sondern hat die neue Rechtsform überwiegend als Grundlage für personalistisch strukturierte Zusammenschlüsse verwendet (Rdn 8).

Der Gang der Diskussion bis zum Erlaß des GmbH-Gesetzes wird am anschaulichsten illustriert durch die charakteristische Darstellung von *Hachenburg* in der „Allgemeinen Einleitung“ zu den ersten Auflagen dieses Kommentars<sup>5</sup>:

Der Gedanke, zwischen der Aktiengesellschaft auf der einen und der offenen Handelsgesellschaft auf der anderen Seite eine neue Gesellschaftsform zu bilden, stand in Deutschland seit der Reform des Aktienrechts durch die Novelle vom 18. Juli 1884 zur Debatte. Schon in den Motiven zu diesem Gesetze war die Frage erwähnt, ob den derzeitigen Arten der Unternehmungen „nach dem Vorbilde der bergrechtlichen Gewerkschaft eine neue Form hinzuzufügen sein möchte“. Ihre Erledigung sollte der allgemeinen Revision des HGB überlassen bleiben. Das Verlangen nach einer solchen neuen Gesellschaft wurde aber immer stärker. Vorschläge und Entwürfe traten auf. Man bekämpfte den ganzen Gedanken. Man stritt ebenso lebhaft für ihn. Der Ausschuß des deutschen Handelstages bejahte die Frage des preußischen Handelsministers, ob ein dringendes Bedürfnis für die Einfügung einer neuen Rechtsform vorliege. Als neue treibende Kraft waren die Kolonien

<sup>2</sup> Abgedruckt bei *Wieland* Handelsrecht Bd. 2 (1931) S. 399 f und bei *Schilling* Festschrift Kunze (1969) S. 205 ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu *Feine* S. 2 f; *Fränkel* Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine volkswirtschaftliche Studie (1915) S. 5 ff; *Wieland* (Fn. 2) S. 264 ff;

*Ballerstedt* GmbH-Rdsch. 1967, 66 ff; *Hadding* Festschrift Reichsjustizamt (1977) S. 262, 307 ff.

<sup>4</sup> Zitiert als Entwurf I (1891) bzw. Entwurf II (1892).

<sup>5</sup> Übernommen aus *Hachenburg* GmbHG<sup>5</sup> (1926) Allg. Einl. 1 (S. 67).

und der Handel mit diesen und in ihnen aufzutreten. Man suchte die geeignete Form hierfür. Man glaubte sie in den Gesellschaften mit beschränkter Haftung gefunden zu haben. Namentlich das System der Nachschüsse, das der bergrechtlichen Zubeße entsprach, erschien hierfür erforderlich.

Zwei Ausgangspunkte standen einander gegenüber. Der eine wollte auf der offenen Handelsgesellschaft aufbauen. Nur die Haftung der Gesellschafter sollte begrenzt sein. Die Gesellschaft war hier individualistisch gedacht. Zu den Befürwortern dieses Gedankens gehörten die Ältesten der Kaufmannschaft zu Berlin (Korrespondenz d. Ä. d. B. K. IX. S. 66). Der andere erstrebte eine Milderung der Aktiengesellschaft. Die strengen Vorschriften über die Gründung sollten beseitigt werden. Dafür sollen die Anteile auf Namen lauten, schwer übertragbar sein, mit Zubeßen beschwert (vgl. z. B. *Ring*: Deutsche Kolonialgesellschaften 1887). Hier wiegt der kollektivistische Gedanke vor. Überall aber wird das Verlangen betont, durch die Ausschaltung der Bestimmungen über die Aktiengesellschaften neue Möglichkeiten für neue Unternehmungen zu schaffen. Diesen Bestrebungen entsprach die Reichsregierung. Man wartete die Neugestaltung des ganzen Handelsrechts nicht ab. Man schuf acht Jahre vor dieser das besondere Gesetz.

Der Entwurf wurde nach kommissarischer Durchberatung schon in der Sitzung vom 21. März 1892 in dritter Lesung en bloc angenommen. Nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats wurde das Gesetz am 20. April 1892 ausgefertigt und im Reichsgesetzblatt vom 26. April 1892 verkündet. Es hat am 19. Mai 1892 Gesetzeskraft erlangt.

- 6** **Gesetzesmaterialien:** Entwurf eines Gesetzes betr. die Gesellschaften m. b. H. nebst Begründung und Anlagen, Amtl. Ausgabe 1891 (Entwurf I); aus den Beratungen des Bundesrats hervorgegangener, dem Reichstag vorgelegter Entwurf des Gesetzes nebst Begründung (Entwurf II); Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode 1. Session, 5. Anlageband Drucksache Nr. 660; Bericht der Reichstagskommission, ebenda Drucksache Nr. 744.
- 7** c) **Leitbild.** Trotz Anlehnung des GmbHG an die Rechtsform der AG herrschte bei den als GmbH gegründeten Gesellschaften von Anfang an der Typus der **personalistischen**, auf dem Zusammenschluß von zwei oder wenigen untereinander verbundenen Personen beruhenden **Gesellschaft** mit selbst als Geschäftsführern tätigen Gesellschaftern (Rdn 73) vor. Von den Personengesellschaften unterscheidet er sich durch die Rechtsnatur als juristische Person, die grundsätzliche Geltung des Mehrheitsprinzips und die Mehrheitsberechnung nach Kapitalanteilen bei der gesellschaftsinternen Willensbildung sowie durch den Ausschluß einer Außenhaftung der Gesellschafter. Demgegenüber bestehen die Unterschiede gegenüber der AG in der weitgehenden Flexibilität des Innenverhältnisses unter Vorrang der Satzung gegenüber dem dispositiven Gesetzesrecht, im Verzicht auf einen obligatorischen Aufsichtsrat und in der grundsätzlichen Anerkennung eines Weisungsrechts der Gesellschafterversammlung gegenüber den zwar unbeschränkt vertretungsbefugten, jedoch an die Weisungen der Gesellschafter(-mehrheit) gebundenen Geschäftsführer. Der personalistische Zusammenschluß kommt besonders darin zum Ausdruck, daß von der Möglichkeit satzungsrechtlicher Beschränkung der Veräußerung von Geschäftsanteilen nach § 15 Abs. 5 Gebrauch gemacht wird; ebenso finden sich nicht selten satzungsrechtliche Vorkehrungen zur Korrektur des erbrechtlichen Übergangs der Anteile an außenstehende Dritte durch Einziehung der Anteile oder Begründung von Veräußerungspflichten für die Gesellschafter/Erben (vgl. näher Erläut. zu § 34). Insgesamt nähert sich die typische, zwei- oder mehrgliedrige GmbH dadurch im Innenverhältnis der Rechtslage in der Personengesellschaft, insbes. der GmbH & Co KG (Rdn 53) stark an, während für das Außenverhältnis mit juristischer Person, gesichertem Haftungsfonds für die Gläubiger und Ausschluß der Außenhaftung der Gesellschafter die Parallelen zur AG vorherrschen<sup>6</sup>. Hinsichtlich

<sup>6</sup> Vgl. näher *Immenga* Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970), insbes. S. 69 ff.

der *Unternehmensgröße* ist die GmbH in erster Linie als Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen gedacht, während sich für Großunternehmen vorrangig die Rechtsform der AG anbietet (vgl. auch Rdn 77).

## 2. Erscheinungsformen

a) **Personalistische GmbH.** Häufigste Erscheinungsform der GmbH ist die aus **8** 2 bis 5 Gesellschaftern bestehende, dem Betrieb eines gewerblichen Unternehmens meist mittelständischer Prägung dienende personalistisch strukturierte GmbH, in der jedenfalls ein Teil der Gesellschafter im Unternehmen selbst tätig ist, sei es als Geschäftsführer, Beiratsmitglied oder im Anstellungsverhältnis unterhalb der Geschäftsführungsebene (vgl. Rdn 72, 73). Kennzeichnend für diese Art von Zusammenschluß ist der grundsätzliche Gleichrang der Rechte der Gesellschafter, das Fehlen einer Mehrheitsposition bei einem von ihnen, die Vinkulierung der Anteilsübertragung und die Begrenzung des Gesellschafterkreises auf die Familienangehörigen (Stämme) der Gründer. Nach den rechtstatsächlichen Erhebungen entfallen auf diesen GmbH-Typ (unter Einschluß der Fälle der Komplementär-GmbH einer entsprechend strukturierten Familien-GmbH & Co KG) rd. 70% der bestehenden Gesellschaften mbH (Rdn 72).

b) **Einmann-GmbH.** Zweitwichtigste Erscheinungsform ist die Einmann-GmbH, **9** deren Anteil an der Gesamtzahl aller Gesellschaften mbH knapp 25% beträgt (Rdn 72). Zu dieser Organisationsform kann es entweder aufgrund der **Anteilsvereinigung** der Geschäftsanteile einer von zwei oder mehr Personen gegründeten GmbH in einer Hand oder durch die (seit der GmbH-Novelle 1980 zugelassene) **Einmann-Gründung** kommen. Ihrer Rechtsnatur nach unterscheidet sich die Einmann-GmbH, *nachdem* die Eintragung erfolgt ist, nicht von einer GmbH mit zwei oder mehr Gesellschaftern; die Qualifikation als „Gesellschaft“ und die Anerkennung als juristische Person hängen hiervon nicht ab. Auch gibt es für sie nur einige wenige, auf die Kapitalaufbringung und die interne Willensbildung bezogene Sondervorschriften (§§ 19 Abs. 4, 48 Abs. 3; vgl. auch die Gleichstellung in § 35 Abs. 4). Daher sind die Anteilsvereinigung in einer Hand bzw. der umgekehrte Vorgang einer Ausweitung des Gesellschafterkreises über eine Person hinaus nicht als eine Art von Umwandlung zu beurteilen; die Gesellschaftsgrundlagen bleiben von diesen nur die Gesellschafterebene betreffenden Vorgängen unberührt.

Hinsichtlich der **wirtschaftlichen Hintergründe** der Einmann-GmbH und der damit **10** vom Alleingeschafter verfolgten Zwecke sind vor allem *zwei Fälle* zu unterscheiden. Die Einmann-GmbH wird einerseits als Organisationform verwendet zur Einbringung und *Fortführung eines* (bisher) *einzelkaufmännischen Unternehmens*, sei es im Interesse der Risikobegrenzung auf Seiten des Gründers oder zur Sicherung der Kontinuität des Unternehmens trotz möglichen Wegfalls des bisherigen Inhabers. Nicht selten anzutreffen ist andererseits die Verwendung der Einmann-GmbH als *Organisationsform* beim Aufbau oder der Umgestaltung *eines Unternehmensverbunds*, sei es zur Aufnahme eines neuen Tätigkeitsbereichs in rechtlich selbständiger Form oder zur Ausgliederung eines Unternehmensteils, sei es zu Zwecken der Betriebsaufspaltung oder zur Einrichtung mehrstufiger Leitungsstrukturen unter Einschaltung einer GmbH als „Zwischenholding“ (Rdn 84 f). Schließlich findet die Einmann-GmbH auch Verwendung als Rechtsform für den Betrieb kommunaler Unternehmen (Rdn 87).

c) **Komplementär-GmbH.** Eine dritte verbreitete Erscheinungsform der GmbH **11** bildet ihre Verwendung als Komplementär-GmbH im Rahmen einer GmbH & Co KG. Nach rechtstatsächlichen Schätzungen entfallen hierauf zwischen 15 und 25%

aller eingetragenen GmbH (Rdn 74). Allerdings überschneidet sich diese Gruppe teilweise mit denjenigen der personalistischen Mehrpersonen-GmbH (Rdn 8) und der Einmann-GmbH, soweit die GmbH & Co KG an Stelle einer GmbH als Unternehmens-träger oder Organisationsform verwendet wird. Da in derartigen Fällen die Beteiligungsverhältnisse an Komplementär-GmbH und KG regelmäßig identisch sind und da die Organisationsformen der GmbH und der GmbH & Co KG auch im übrigen starke Parallelen aufweisen (Rdn 53), gelten insoweit die Feststellungen in Rdn 8 ff zu den GmbH-Erscheinungsformen entsprechend.

- 12** Besonderheiten gelten für die Verwendung der GmbH als Komplementärin einer sog. **Publikums-KG**. Sie dient typischer Weise dazu, ein Geschäftsführungsinstrument für die Leitung einer kapitalistisch strukturierten KG mit einer Vielzahl untereinander nicht verbundener, am „grauen“ Kapitalmarkt geworbener Kommanditisten zu schaffen und die Steuerung der KG den allein über die GmbH-Anteile verfügenden Initiatoren vorzubehalten. Im Unterschied zur sonstigen Verwendung der GmbH & Co KG fehlt es in derartigen Fällen am Gleichklang der Interessen zwischen Kommanditisten und Gesellschaftern der Komplementär-GmbH. Das ist zugleich ein wesentlicher Grund für die Gefahren, die den Kapitalanlegern aus ihrer Beteiligung an einer Publikums-KG drohen, und für das von der Rechtsprechung zur Steuerung dieser Gefahren entwickelte Sonderrecht der Publikums-KG<sup>7</sup>.
- 13** d) **Sonstige**. Andere Erscheinungsformen der GmbH begegnen zwar nicht ganz selten. Gegenüber den vorgenannten treten sie jedoch zahlenmäßig deutlich zurück. Das gilt etwa für die **kapitalistische GmbH** als Organisationsform für den Betrieb von Großunternehmen unter Beteiligung von wenigen Gesellschaftern, sei es als *Gemeinschaftsunternehmen* mit paritätischen Gesellschafterrechten (Rdn 15)<sup>7a</sup>, sei es zur Kopplung des von der Gründerfamilie aufrechterhaltenen Einflusses mit der Kapitalbeteiligung einer über die Anteilsmehrheit verfügenden gemeinnützigen Stiftung oder Stiftung-GmbH (dazu sogleich) ohne Stimmrecht<sup>8</sup>. Zu nennen ist weiter die **Stiftung-GmbH**, bei der die Rechtsform der GmbH verwendet wird, um Stiftungszwecke ohne die Gründung einer rechtsfähigen Stiftung (§ 80 BGB) und deren Unterstellung unter die Stiftungsaufsicht zu verfolgen. Das läßt sich dadurch erreichen, daß die Geschäftsanteile der Stiftung-GmbH von den Gründern treuhänderisch mit der Maßgabe erworben werden, sie unter Lebenden oder von Todes wegen auf künftige, von den übrigen Treuhänder/Gesellschaftern kooptierte Treuhänder zu übertragen<sup>9</sup>. Schließlich begegnen auch Gesellschaften mbH mit **großer Mitgliederzahl** von 20 oder mehr Personen (vgl. Rdn 72). Sie können sich im Wege der Generationenfolge aus ursprünglich von wenigen Gesellschaftern gegründeten Familiengesellschaften entwickeln

<sup>7</sup> Einen umfass. Überblick über die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Publikums-KG bietet A. Krieger Festschrift Stimpel (1985) S. 307 ff.

<sup>7a</sup> Nach den Feststellungen der Monopolkommission (7. Hauptgutachten 1986/1987 [1988] Tz. 331, 333) waren 1986 von den 189 Gemeinschaftsunternehmen, an denen zwei (oder mehr) Unternehmen der „100 größten“ mit je mind. 25% beteiligt waren, 75,6% in der Rechtsform der GmbH organisiert.

<sup>8</sup> Vgl. etwa die Organisation der *Mahle*-Gruppe mit der Mahle Zentralverwaltung GmbH als Obergesellschaft, an deren Stammkapital die Mahle Stiftung GmbH stimmrechtslos mit 99,9% beteiligt ist, während 0,1% Geschäftsanteile und sämtliche Stimmrechte bei der Mabeg (als Lenkungsinstru-

ment der Gruppe) liegen (vgl. OLG Stuttgart BB 1989, 1005); die Mahle Zentralverwaltung GmbH ist ihrerseits mit 88% (neben Familiengesellschaftern mit 12%) an der Mahle KG als dem umsatzstärksten Unternehmen der Gruppe beteiligt (vgl. *Vinken* Die Stiftung als Trägerin von Unternehmen und Unternehmensteilen [1970] S. 157). Eine ähnliche Gestaltung findet sich bei der *Robert Bosch GmbH* (*Steuck* Die Stiftung als Rechtsform für wirtschaftliche Unternehmen [1967] S. 88 Fn. 8; *Kronke* Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung [1988] S. 271 f m. Nachw.).

<sup>9</sup> Vgl. dazu etwa *Soergel/Neuhoff* BGB<sup>12</sup> Vor § 80, 37 ff; *Kronke* (Fn. 8) S. 249 ff; *Vinken* (Fn. 8) S. 157 ff.

oder – was seltener ist – von Anfang an mit einem derartigen Mitgliederkreis zur Entstehung kommen. Das GmbHG setzt der Mitgliederzahl nach oben keine Grenze.

e) **Doppelgesellschaft.** Um eine „Doppelgesellschaft“ handelt es sich in den Fällen, in denen sich der Zusammenschluß der Beteiligten nicht auf *eine* Gesellschaft beschränkt, die von ihnen gemeinsam verfolgten Pläne vielmehr von Beginn an oder aufgrund späterer einvernehmlicher Umstrukturierung mittels *zweier* rechtlich getrennter, inhaltlich aufeinander bezogener Organisationsformen verfolgt werden<sup>10</sup>. Derartige Gestaltungen finden sich besonders häufig in Form einer **Kombination von GmbH und Personengesellschaft**, wobei durch gesellschaftsvertragliche Regelung (Anteilsvinkulierung u. a.) die Übereinstimmung der Beteiligungsverhältnisse in beiden Gesellschaften sichergestellt wird. Vom (eigenständigen) Sonderfall der GmbH & Co KG mit übereinstimmendem Gesellschafterkreis (Rdn 53) abgesehen, bilden einen Hauptanwendungsbereich der Doppelgesellschaft die Gründung und der Betrieb von Gemeinschaftsunternehmen sowie die Vereinbarung von Stimmrechtskonsortien zwischen allen Gesellschaftern (Rdn 15). Daneben lassen sich hierzu auch die Fälle der Betriebsaufspaltung rechnen, sofern die Anteile an der Betriebs-GmbH nicht bei der Besitz-KG liegen, sondern bei den Gesellschaftern persönlich (Rdn 16). 14

**Kennzeichen eines Gemeinschaftsunternehmens** ist der paritätische Einfluß der zwei oder mehr Gesellschafter auf die Leitung der meist in der Rechtsform einer GmbH betriebenen gemeinsamen Gesellschaft und das Bestehen von Absprachen über die mit der Gemeinschaftsgründung verfolgten Ziele sowie über die Art ihrer Umsetzung<sup>11</sup>. Derartige Vereinbarungen könnten zwar angesichts der Flexibilität des GmbH-Innenverhältnisses (Rdn 21) wirksam auch in der Satzung selbst getroffen werden. Sie sind jedoch meist Gegenstand einer hiervon getrennten, im Unterschied zur GmbH-Satzung nicht der Handelsregisterpublizität unterliegenden *Grundvereinbarung* der Beteiligten in der Rechtsform einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB)<sup>12</sup>. Entsprechendes gilt für sonstige, auch ohne Streben nach Parität und gemeinsamen unternehmerischen Einfluß zustandekommende *Stimmrechtskonsortien*<sup>13</sup>. Soweit an ihnen freilich nicht sämtliche GmbH-Gesellschafter beteiligt sind oder soweit das Konsortium auch beim Ausscheiden eines Teils der GmbH-Gesellschafter für die übrigen verbindlich bleiben soll, fehlt es an dem für Doppelgesellschaften charakteristischen Bestreben der Beteiligten, sich auf zweifacher Gesellschaftsgrundlage zusammenzuschließen. 15

Um eine Doppelgesellschaft handelt es sich der Sache nach schließlich auch in Fällen der **Betriebsaufspaltung**, sofern die Gründung der Betriebs-GmbH nicht durch die (spätere) Besitz-KG erfolgt, sondern durch die Gesellschafter persönlich, und sofern diese im gleichen Verhältnis an beiden Gesellschaften beteiligt bleiben sollen. Abweichend von den „klassischen“ Zwecken der Doppelgesellschaft, den Einfluß der 16

<sup>10</sup> Der Begriff der Doppelgesellschaft geht zurück auf *Naegeli* Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform für Kartelle, Konzerne und andere Unternehmenszusammenschlüsse, Bd. 1 (1935). Dort (S. 9) wird er allerdings in einem engeren Sinn verwendet und setzt voraus, daß die sog. *Organgesellschaft* keine eigenen Zwecke verfolgt, sondern allein der – meist als GbR organisierten – *Grundgesellschaft* bei der Erfüllung ihrer Aufgaben dient. Entsprechend dieser dienenden Funktion soll die Organgesellschaft in der Doppelgesellschaft i.e.S. für Rechnung der Gesellschafter tätig sein und keine eigenen Gewinne erzielen (*Naegeli*

*aaO* S. 4). Nach dieser engen Definition der Doppelgesellschaft ist die GmbH auf die Funktion eines geschäftsführenden Organs beschränkt.

<sup>11</sup> Vgl. dazu näher *Gansweid* Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht (1976) S. 60 ff.; *G. Wiedemann* Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht (1981) S. 85 ff.; *Immenga/Mestmäcker* GWB (1981) § 23, 168 ff.

<sup>12</sup> *Gansweid* (Fn. 11) S. 63 ff.; *G. Wiedemann* (Fn. 11) S. 86 f.

<sup>13</sup> Vgl. dazu *MünchKomm-Ulmer* BGB<sup>2</sup> Vor § 705, 40 f. m. Nachw.

Gesellschafter gegenüber der GmbH als Unternehmensträger zu poolen (Rdn 15), wird mit der Betriebsaufspaltung gewöhnlich der Zweck verfolgt, die Risiken aus der laufenden Geschäftstätigkeit auf die Betriebs-GmbH zu beschränken und das bei der (Besitz-)KG verbleibende, der Betriebs-GmbH verpachtete Anlagevermögen dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger zu entziehen<sup>14</sup>. Aus der Sicht der Betriebs-GmbH und ihrer Gläubiger nähert sich diese Gestaltung im wirtschaftlichen Ergebnis nicht selten derjenigen einer Überlassung des notwendigen Betriebskapitals an die GmbH durch ihre Gesellschafter in Form eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen an. Zur rechtlichen Beurteilung der Betriebsaufspaltung im Rahmen der §§ 32a, 32b vgl. die Erläut. daselbst.

### 3. Strukturelemente der GmbH

- 17** a) **Juristische Person.** Nach § 13 Abs. 1 erlangt die Gesellschaft mit ihrer Eintragung im Handelsregister die volle **Rechtsfähigkeit**. Sie entsteht dadurch als juristische Person des Privatrechts, nachdem sie zuvor durch Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrags (§ 2) errichtet und als gesamthänderische Personenvereinigung bzw. – im Fall der Einmann-Gründung – als Sondervermögen des Gründers zur Entstehung gekommen war (vgl. näher § 11, 5 ff, 73 ff). Mit der Qualität als juristische Person verbinden sich die unbeschränkte Handlungsfähigkeit und Vertretungsmacht der Geschäftsführer als Organe der GmbH sowie die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen unter Ausschluß der Gesellschafterhaftung. Die Frage nach Rechtsgrund und Umfang der (Teil-)Rechtsfähigkeit stellt sich für sie im Unterschied zu den gesamthänderischen Personenvereinigungen OHG, KG oder GbR nicht. Ebenso wie bei der AG bleibt die GmbH solange rechtsfähig, bis sie – iS eines actus contrarius zur Eintragung als Entstehungsvoraussetzung – im Handelsregister gelöscht ist, unabhängig davon, ob sie im Lösungszeitpunkt noch über Gesellschaftsvermögen verfügt (str., vgl. Erläut. zu § 60).
- 17a** b) **Formkaufmann.** Nach § 13 Abs. 3 *gilt* die GmbH als *Handelsgesellschaft* iSd. HGB. Sie ist Kaufmann kraft Rechtsform unabhängig von ihrem jeweiligen Unternehmensgegenstand und untersteht dementsprechend nach § 6 Abs. 1 HGB mit ihrem geschäftlichen Handeln in vollem Umfang den Vorschriften des Handelsrechts (Rdn 63). Das gilt selbst dann, wenn die Rechtsform der GmbH ausschließlich für die Verfolgung nichtwirtschaftlicher (wissenschaftlicher, kultureller, sozialer, politischer u. a.) Zwecke verwendet wird (vgl. dazu Rdn 88).
- 18** c) **Beschränkter Gesellschafterkreis.** Die Zahl der Gesellschafter ist *gesetzlich nicht begrenzt*. Daher kann sich an der Gründung der GmbH oder nach ihrer Entstehung – auf dem Wege über eine Kapitalerhöhung oder über die Teilung von Geschäftsanteilen (§ 17 Abs. 1) – eine beliebige Zahl von Gesellschaftern an ihr beteiligen, solange dadurch der Mindestbetrag des einzelnen Geschäftsanteils von 500 DM nicht unterschritten und die Teilbarkeit durch hundert beachtet wird (§ 5 Abs. 1 und 3). Die besonderen Gründungsanforderungen wie Mitwirkung an der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrags (§ 2), Mindesteinzahlung vor Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister (§ 7 Abs. 2), ggf. Erstellung eines Sachgründungsberichts (§ 5 Abs. 4 S. 2) und Gründerhaftung für falsche Angaben bei Errichtung der Gesellschaft (§ 9a) wirken sich jedoch dahin aus, daß die Zahl der Gründer *typischer Weise* auf

<sup>14</sup> Vgl. näher *Brandmüller* Die Betriebsaufspaltung nach Handels- und Steuerrecht<sup>5</sup> (1985); *Dehmer* Die Betriebsaufspaltung<sup>2</sup> (1987); *Kaligin* Die Be-

triebsaufspaltung (1984); *Knoppe*, Betriebsverpachtung, Betriebsaufspaltung<sup>7</sup> (1985). Dazu auch *Ulmer-GroßkommHGB*<sup>4</sup> § 105, 26.

wenige Personen beschränkt ist. Entsprechendes gilt mit Rücksicht darauf, daß jeder Gesellschafter bei der Gründung nur einen Geschäftsanteil übernehmen kann (§§ 5 Abs. 2, 14), sowie mit Rücksicht auf die besonderen Anforderungen an die Veräußerung von Geschäftsanteilen im ganzen oder in Teilen (§§ 15 Abs. 3–5, 17 Abs. 1 und 2) für die spätere Entwicklung des Gesellschafterkreises. Demgemäß sind Gesellschaften mbH mit einem über 20 Personen hinausgehenden Gesellschafterkreis auch in der Rechtswirklichkeit nur ausnahmsweise anzutreffen (vgl. Rdn 72). Geht es um die Gründung eines auf zahlreiche Mitglieder angelegten Zusammenschlusses, so kommt hierfür in aller Regel nicht die Rechtsform der GmbH in Betracht, sondern diejenige der AG oder je nach Lage des Falles diejenige der Publikums-KG, soweit nicht wegen des besonderen Zwecks des Zusammenschlusses an einen rechtsfähigen (Ideal-)Verein oder eine Genossenschaft zu denken ist.

d) **Gesicherter Haftungsfonds, keine Außenhaftung der Gesellschafter.** Ausschuß 19  
der persönlichen Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden (§ 13 Abs. 2) und Sicherung eines (Mindest-)Haftungsfonds als Zugriffsobjekt der Gesellschaftsgläubiger sind zwei zentrale, miteinander eng verbundene Strukturelemente des GmbH-Rechts. Zur Sicherung des Haftungsfonds sieht das Gesetz neben dem Mindeststammkapital von 50.000 DM (§ 5 Abs. 1) eingehende Regelungen über die Aufbringung des Stammkapitals und über die Verhinderung der Rückgewähr der zu dessen Deckung erforderlichen Vermögenswerte an die Gesellschafter vor. Der **Kapitalaufbringung** dienen insbesondere die Vorschriften über die Mindesteinlagen vor Anmeldung der Gesellschaft (§§ 7 Abs. 2 und 3, 8 Abs. 2), über das Verbot des Verzichts auf Einlageforderungen und über die Beschränkung ihrer Verrechnung mit Gegenansprüchen der Einlageschuldner (§ 19 Abs. 2), über die Differenzhaftung der Erbringer nicht vollwertiger Sacheinlagen (§ 9) und über die Verhinderung verschleierter Sacheinlagen (§ 19 Abs. 5); hinzu kommt die auf höchstrichterlicher Rechtsfortbildung beruhende Vorbelastungshaftung der Gründer für Verluste vor Eintragung der GmbH (vgl. Erläut. zu § 11). Auf die **Kapitalerhaltung** gerichtet sind vor allem das Verbot der Einlagenrückgewähr in § 30 und seine Absicherung durch Rückforderungsansprüche der GmbH gegen Zahlungsempfänger und Mitgesellschafter nach § 31; daneben sind die auf der Grundlage des § 30 entwickelten, teilweise in §§ 32a, 32b geregelten Grundsätze und Vorschriften über die eingeschränkte Geldendmachung eigenkapitalersetzender Gesellschaftsdarlehen zu nennen (Erläut. zu § 32a). Schließlich gehört in diesen Zusammenhang auch die Konkursantragspflicht der Geschäftsführer bei Überschuldung der GmbH, d. h. beim Verlust des gesamten Stammkapitals (§ 64 Abs. 1). Zur Frage etwaiger Schranken gegenüber der Unterkapitalisierung der GmbH und zur Frage einer Durchgriffshaftung der Gesellschafter als ungeschriebene Gläubigerschutzinstrumente vgl. Rdn 45 f.

e) **Drittorganschaft.** Zu den Strukturelementen der GmbH im Unterschied namentlich zu dem bei OHG und KG geltenden Grundsatz der „Selbstorganschaft“ der 20  
persönlich haftenden Gesellschafter gehört die Zulassung dritter, der GmbH nicht als Gesellschafter verbundener Personen als Geschäftsführer. Sie folgt aus § 6 Abs. 3 S. 1, wonach zu Geschäftsführern Gesellschafter oder andere Personen bestellt werden können. In der Rechtswirklichkeit ist die Bestellung von Gesellschaftern zu Geschäftsführern zwar verbreitet anzutreffen (Rdn 73); das gilt nicht zuletzt für die Personalunion beim Einmann-Gesellschafter/Geschäftsführer (vgl. auch § 35 Abs. 4). Auch finden sich nicht selten Satzungsregelungen, die die Geschäftsführung vornehmlich oder ausschließlich Gesellschaftern vorbehalten oder bestimmten Gesellschaftern sogar ein Sonderrecht auf Geschäftsführung einräumen. Das ändert jedoch nichts an der Grundentscheidung des Gesetzgebers, auf einen Zusammenhang zwischen Gesellschaf-

tereigenschaft und Geschäftsführerstellung zu verzichten. Die Drittorganschaft als Teilaspekt des gesetzlichen Leitbilds der GmbH kommt auch darin zum Ausdruck, daß die GmbH-Geschäftsführer – im Unterschied zu den kraft eigenen Rechts (§ 114 Abs. 1 HGB) tätigen Gesellschafter/Geschäftsführern der OHG oder KG – nach § 37 Abs. 1 weisungsgebunden sind gegenüber der Gesellschafterversammlung und daß sie deren Beschlüsse grundsätzlich als für sich verbindlich anerkennen müssen.

- 21** f) **Flexibilität des Innenverhältnisses.** Einen besonderen Vorzug der GmbH im Vergleich zur Rechtsform der AG bildet aus der Sicht der Beteiligten die in § 45 Abs. 1 zum Ausdruck kommende, nahezu uneingeschränkte Satzungsautonomie der Gesellschafter. Von den wenigen zwingenden Vorschriften (§§ 50 Abs. 1 und 2, 51a Abs. 1 und 2, 61 Abs. 1 und 2, 66 Abs. 2) abgesehen, sind die Gesellschafter nicht gehindert, die GmbH-Satzung bei Gründung oder durch spätere, grundsätzlich mit Dreiviertelmehrheit beschlossene Satzungsänderung (Erläut. zu § 53) in ihren das Innenverhältnis regelnden Teilen den besonderen Verhältnissen und der Interessenlage des konkreten Zusammenschlusses anzupassen. Vorbehaltlich der damit verbundenen Probleme des Minderheitenschutzes (Rdn 37) bildet die GmbH damit trotz ihrer Rechtsnatur als Kapitalgesellschaft eine besonders geeignete Organisationsform für personalistisch strukturierte Zusammenschlüsse. Nennenswerte Unterschiede des Innenverhältnisses im Vergleich zu OHG und KG verbleiben nur insoweit, als Maßnahmen mit Auswirkungen auf das GmbH-Vermögen wie der Ausschluß und die Abfindung von Gesellschaftern oder die Bewilligung von Entnahmen bei der GmbH nur in den Grenzen des § 30 möglich sind (vgl. Anh § 34). Hiervon abgesehen ist auch in der GmbH die **Dispositionsfreiheit der Gesellschafter** in bezug auf das Innenverhältnis grundsätzlich unbeschränkt. Besondere Gefahren für Anteilserwerber sind damit solange nicht verbunden, als die notarielle Form der Anteilsabtretung (§ 15 Abs. 3) in Verbindung mit der Handelsregisterpublizität der Satzung sicherstellt, daß Anteilserwerber auf die Möglichkeit umfassender Information über die mit dem Anteil verbundenen Rechte und Pflichten hingewiesen werden. Anderes würde bei Erleichterung der Anteilsübertragung unter Einführung des Börsenhandels mit GmbH-Anteilen gelten (vgl. dazu Rdn 103 aE).
- 22** g) **Mehrheitsprinzip.** Entsprechend dem Charakter der GmbH als Kapitalgesellschaft richtet sich die Willensbildung der Gesellschafter nach dem Mehrheitsprinzip, wobei für die Berechnung der Mehrheiten die Kapitalanteile der Gesellschafter maßgeblich sind (§ 47 Abs. 1 und 2). Das Mehrheitsprinzip gilt – in Gestalt der Dreiviertelmehrheit – grundsätzlich auch für Satzungsänderungen und Maßnahmen der Kapitalerhöhung oder -herabsetzung (§ 53 Abs. 2). Hierin zeigt sich ein deutlicher Unterschied gegenüber den Personengesellschaften, für die es nach gesetzlicher Regel (§ 119 Abs. 1 HGB) einstimmiger Beschlußfassung der Gesellschafter bedarf. Die Möglichkeit mehrheitlicher Willensbildung hat den Vorteil, Beschlüsse in Gesellschaftsangelegenheiten auch ohne oder sogar gegen die Stimmen einer dem Beschlußvorschlag kritisch gegenüberstehenden Minderheit herbeizuführen. Sie wirft freilich die Frage nach einem effektiven *Minderheitenschutz* unter Beachtung von Gleichbehandlungsgrundsatz und Treupflicht auf (vgl. Rdn 37) und macht es zugleich erforderlich, der Gefahr von Interessenkollisionen bei der Stimmabgabe durch Stimmverbote nach Art des § 47 Abs. 4 entgegenzutreten.

#### 4. Verfassung der GmbH

- 23** a) **Grundlagen.** Die Grundlage für die Verfassung der GmbH und für ihr Verhältnis zu den Gesellschaftern sowie zwischen diesen bildet die **Satzung** (der Gesellschaftsver-

trag) der GmbH. Sie beruht auf einem Rechtsgeschäft des oder der Gründer (§ 2), dessen Mindestinhalt sich nach § 3 Abs. 1 bestimmt. Durch Eintragung der GmbH wird sie zu deren gegenüber den Gründern verselbständigtem, der Änderung durch Dreiviertelmehrheit der jeweiligen Gesellschafter unterliegenden Statut. Für die GmbH bleibt die Satzung selbst dann verbindlich und verhindert ihr automatisches Erlöschen, wenn sie infolge ersatzlosen Wegfalls des letzten Gesellschafters ohne Mitglieder ist (sog. Keimmann-Gesellschaft, vgl. dazu § 1, 44). Kennzeichen der Satzung ist ihre Verbindlichkeit für die *jeweiligen* Gesellschafter, auch soweit es um die mit der Mitgliedschaft (dem Anteil) verbundenen Pflichten geht, wobei maßgebend gegenüber der Gesellschaft nicht die Anteilsübertragung als solche ist, sondern deren Anmeldung bei der Gesellschaft unter Nachweis des Übergangs (§ 16 Abs. 1). Demgegenüber sind sog. schuldrechtliche Nebenabreden, die Gesellschafter außerhalb der Satzung untereinander treffen, für spätere Gesellschafter nicht kraft Anteilerwerbs, sondern nur kraft besonderen Schuldbeitritts oder Gesamtrechtsnachfolge verbindlich (§ 3, 119).

Die besondere Rechtsnatur der Satzung, d. h. ihre Qualität als Rechtsgrundlage (Statut) der GmbH als juristischer Person, macht es erforderlich, ihr erhöhten Bestandschutz gegenüber etwaigen Willens- oder sonstigen Rechtsmängeln bei Gründung der Gesellschaft und späterer Änderung zu verleihen. Dementsprechend beschränken sich die möglichen *Nichtigkeitsgründe* auf einige wenige, in § 75 Abs. 1 enumerativ aufgezählte gravierende Mängel des Gesellschaftsvertrags, deren Vorkommen schon wegen der registerrechtlichen Gründungskontrolle des § 9c auf ganz seltene Fälle beschränkt sein dürfte. Selbst wenn sie vorliegen sollten, führen sie nicht automatisch zur Nichtigkeit der Gesellschaft, sondern bedürfen zur Durchsetzung einer Nichtigkeitsklage der nach § 75 Abs. 1 Klagebefugten oder der Löschung von Amts wegen durch das Registergericht (§ 144 Abs. 1 FGG). *Sonstige Satzungsmängel* berechtigen vorbehaltlich eines Vorgehens des Registergerichts nach § 144a FGG lediglich zur Erhebung der Auflösungsklage nach § 61, und dies auch nur dann, wenn sie die Fortsetzung der Gesellschaft aus objektiven, in deren Rechtsverhältnissen liegenden Gründen unzumutbar machen (Erläut. zu § 61). Der weitergehende Bestandsschutz gilt auch für spätere Gesellschafterbeschlüsse, insbes. für Satzungsänderungen. Er wird durch analoge Anwendung der für Hauptversammlungsbeschlüsse in der AG geltenden Vorschriften der §§ 241 ff AktG über Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen erreicht (vgl. Erläut. zu § 47).

b) *Auslegung*. Den Besonderheiten der Rechtsnatur der GmbH-Satzung und ihrer Verbindlichkeit für gegenwärtige und künftige Anteilsinhaber entsprechen die für ihre Auslegung anerkannten Grundsätze. Abweichend von §§ 133, 157 BGB kommt es insoweit nicht auch oder in erster Linie auf das von den Parteien übereinstimmend Gewollte an. Die Auslegung richtet sich vielmehr ausschließlich nach Wortlaut und systematischem Zusammenhang der Satzung auf dem Hintergrund der sonstigen satzungsrelevanten, zum Handelsregister eingereichten Unterlagen. Gesichtspunkte aus der Entstehungsgeschichte der Satzung oder der mit einzelnen Satzungsregelungen von den Beteiligten verfolgte Zweck können danach nur Berücksichtigung finden, wenn sie in den Handelsregisterunterlagen ihren Niederschlag gefunden haben. Das gilt entgegen einer früher verbreiteten Ansicht nicht nur für die „körperschaftlichen“, unmittelbar die GmbH-Verfassung betreffenden Satzungsbestandteile wie Unternehmensgegenstand, Stammkapitel, Firma, Sitz und Vertretungsverhältnisse, sondern für den gesamten materiellen Inhalt der Satzung einschließlich der Regelung der Rechtsverhältnisse der Gesellschafter; ausgenommen sind nur rein formelle, in der Satzung lediglich verlautbarte Bestandteile (vgl. Erläut. zu § 2).

c) *Lückenerfüllung*. Die objektive Auslegung kann zu dem Ergebnis führen, daß die Satzung sich, gemessen an dem aus ihr erkennbaren Regelungsplan der Gründer oder

der über Satzungsänderungen beschließenden Gesellschafter, als lückenhaft erweist. In diesem Fall ist nicht in erster Linie auf das – häufig wenig geeignete – dispositive GmbH-Recht zurückzugreifen, sondern zunächst eine Lückenfüllung im Wege **ergänzender Auslegung** unter Abstellen auf den aus dem Satzungsinhalt erkennbaren hypothetischen Gesellschafterwillen zu unternehmen (§ 2, 146). Erst wenn diese nicht zum Erfolg führt, etwa weil mehrere Wege der Lückenfüllung denkbar sind und die Satzung keine Anhaltspunkte für den von den Gesellschaftern bevorzugten Weg erkennen läßt, bietet sich der Rückgriff auf das dispositive Gesellschaftsrecht an.

- 27** Von der Füllung planwidriger Satzungs-lücken zu unterscheiden, aber nicht weniger bedeutsam für die Verfassung der GmbH ist die Frage nach der Schließung von **Gesetzeslücken** im GmbH-Organisationsrecht. Sie begegnet nicht selten, und zwar nicht nur wegen der – aus heutiger Sicht – bewußten Lückenhaftigkeit des GmbHG und wegen des Verzichts der GmbH-Novelle 1980 auf eine umfassende Regelung der offenen Punkte, sondern auch wegen der Vielgestaltigkeit der Verwendung der GmbH-Rechtsform und wegen der sich damit je nach Lage des Falles verbindenden besonderen Regelungsprobleme. Insoweit ist heute anerkannt, daß nicht etwa stets oder in erster Linie ein Rückgriff auf das **Aktienrecht** in Betracht kommt. Ein solcher bietet sich zwar insoweit an, als es um Rechtsnatur und Außenverhältnis der GmbH geht, darunter um die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals einschließlich der Behandlung von Sondervorteilen und Gründungsaufwand (§ 26 AktG) sowie um die Geltendmachung von Mängeln bei Gesellschafterbeschlüssen u. a. (§§ 241 ff AktG). Demgegenüber liegt es bei Fragen des Innenverhältnisses und der Beziehungen zwischen den Gesellschaftern näher, eine Parallele zum **Personengesellschaftsrecht** zu ziehen. Dies gilt zumal dann, wenn es an allgemeinen, rechtsformübergreifenden Rechtssätzen wie Gleichbehandlung, Treupflicht u. a. fehlt und dem Rückgriff auf das Personengesellschaftsrecht auch keine Besonderheiten des GmbH-Rechts entgegenstehen. Alles in allem verbietet sich, wie insbesondere das gesetzlich nicht geregelte GmbH-Konzernrecht (Anh § 77) zeigt, angesichts der Komplexität der Regelungsmaterie jede globale Lösung des Analogieproblems. Die Lückenfüllung durch Analogieschluß hat vielmehr unter Rückgriff auf die Struktur der in Frage stehenden Regelungsbereiche des Organisationsrechts und der Funktion der in anderen Organisationsgesetzen anzutreffenden Rechtssätze zu erfolgen; im übrigen ist sie Sache höchstrichterlicher Rechtsfortbildung, soweit keine analogiefähigen Normen vorhanden sind (vgl. dazu Rdn 92 ff)<sup>15</sup>.

### 5. Funktionsverteilung und Verantwortung

- 28** a) **Gesellschafterversammlung**. Sie ist das für die Willensbildung in der GmbH entscheidende, **oberste Organ** der Gesellschaft mit grundsätzlich umfassender Kompetenz im Innenverhältnis. Die ihr kraft Gesetzes zugewiesenen Aufgaben sind außer in § 46 Ziff. 1–8 auch in einer Reihe von Spezialvorschriften (§§ 26 Abs. 1, 29 Abs. 1, 51a Abs. 2, 53 Abs. 1, 60 Abs. 1 Ziff. 2, 66 Abs. 1 u. a.) geregelt. Die Gesellschafter sind nicht gehindert, durch Satzungsregelung weitere Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung zu begründen; sie können solche grundsätzlich auch auf andere Gesellschaftsorgane übertragen (Rdn 29). Wesentlich für das Verhältnis der Gesellschaftsorgane ist vor allem das grundsätzlich unbeschränkte **Weisungsrecht** der Gesell-

<sup>15</sup> Vgl. auch *Lehmann* Die ergänzende Anwendung von Aktienrecht auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1970) S. 24 ff; *Winkler* Die Lückenausfüllung des GmbH-Rechts durch das

Recht der Personengesellschaften (1967) S. 2 ff; *Baumbach/Hueck* Einl. 28; *Rowedder/Rittner* Einl. 38 ff; *Scholz/H. P. Westermann* Einl. 50.

schafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern. Es besteht auch bei Vorhandensein eines Aufsichtsrats, ja selbst in der paritätischer Mitbestimmung unterliegenden GmbH (vgl. Erläut. zu §§ 37, 45, 52). Seine Grenze findet es in den wenigen den Geschäftsführern aus Gründen des Gläubigerschutzes zugewiesenen eigenen Aufgaben sowie in sonstigen zwingenden, dem Gläubigerschutz dienenden Vorschriften nach Art der §§ 30, 33.

Verhältnismäßig ausführlich gefaßt sind die Regelungen der §§ 47 bis 51 über die *Einberufung* von Gesellschafterversammlungen, das dabei und bei deren Durchführung zu beachtende *Verfahren* sowie über die *Stimmabgabe* bei Beschlußfassung der Gesellschafter. Sie unterstreichen die Bedeutung, die der Gesellschafterversammlung als oberstem Organ nach dem gesetzlichen Leitbild zukommt. Die Gesellschafter sind vorbehaltlich des § 50 freilich nicht gehindert, in der Satzung *abweichende Regelungen* vorzusehen und insbesondere Kompetenzen der Gesellschafterversammlung entweder auf einzelne Gesellschafter oder auf ein anderes Organ zu übertragen. Lediglich für Satzungsänderungen sieht § 53 Abs. 1 die zwingende und ausschließliche Gesellschafterkompetenz vor. Auch ist die Übertragung von Organkompetenzen auf außenstehende Dritte zu eigenem Recht ausgeschlossen (§ 3, 56 f). Zur analogen Anwendung der Nichtigkeits- und Anfechtungsvorschriften des Aktienrechts auf Beschlüsse der GmbH-Gesellschafter vgl. Erläut. zu § 47. 29

b) **Geschäftsführer.** Das zweite zwingend erforderliche Geschäftsorgan bilden der oder die nach § 46 Nr. 5 von der Gesellschafterversammlung zu bestellenden Geschäftsführer. Sie haben nach § 37 unbeschränkte und unbeschränkbare *Vertretungsmacht* für die GmbH und können insoweit auch nicht von der Gesellschafterversammlung verdrängt oder übergangen werden; die Umsetzung der Gesellschafterbeschlüsse in Geschäftsführungsangelegenheiten nach außen obliegt vielmehr ausschließlich den Geschäftsführern. Entsprechendes gilt für die Anmeldungen zum Handelsregister (§ 78), die Einreichung der Gesellschafterliste (§ 40) und die Konkursanmeldung (§ 64 Abs. 1). Mit Rücksicht auf die ausschließliche Kompetenz zur Handelsregisteranmeldung bedarf es der Geschäftsführerbestellung bereits im Gründungsstadium der (Vor-)GmbH; sie kann entweder im Gesellschaftsvertrag (als formeller Satzungsbestandteil) oder durch davon getrennte Beschlußfassung der Gesellschafter erfolgen (§ 6 Abs. 3 S. 2). Eine Entstehung der GmbH ohne vorherige Geschäftsführerbestellung ist wegen der Vorschriften der §§ 7 Abs. 1, 11 Abs. 1, 78 ausgeschlossen. Fehlt es an der zur Vertretung der Gesellschaft nach der Satzung notwendigen Mindestzahl von Geschäftsführern, so kann das Registergericht analog § 29 BGB eine Notbestellung vornehmen, solange die Beteiligten dem Mangel nicht abhelfen. 30

Die *Weisungsbindung* der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschafterversammlung umfaßt grundsätzlich sämtliche Angelegenheiten der Geschäftsführung (vgl. näher Erläut. zu § 37). Die Weisungen sind für die Geschäftsführer freilich nur verbindlich, wenn sie nicht gegen zwingende Vorschriften des GmbH-Rechts oder des allgemeinen Zivilrechts verstoßen, darunter namentlich die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 33. Sofern die Geschäftsführer in Befolgung verbindlicher Gesellschafterweisungen zum Nachteil der Gesellschaft handeln, sind sie ihr – vorbehaltlich unvollständiger Gesellschafterinformation oder unsorgfältiger Umsetzung der Weisung – nicht ersatzpflichtig (Umkehrschluß zu § 43 Abs. 3 S. 3). *Eigenständige*, nicht der Gesellschafterweisung unterliegende Aufgaben sind den Geschäftsführern in §§ 49 Abs. 3, 64 Abs. 1 bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals bzw. bei Vorliegen eines Konkursgrunds übertragen; deren Nichtbeachtung hat Strafbarkeit nach § 84 zur Folge. 31

c) **Aufsichtsrat (Beirat).** Als weiteres Organ neben Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung kann die Satzung einen *fakultativen Aufsichtsrat* oder Beirat vorse-

hen und dessen Zusammensetzung und Aufgaben regeln. Soweit es an Satzungsregelungen über Aufgaben und Arbeitsweise des Aufsichtsrats und über die Wahl seiner Mitglieder fehlt, greifen ergänzend die in § 52 Abs. 1 angeführten aktienrechtlichen Vorschriften ein. Der Aufsichtsrat (Beirat) hat danach im Regelfall nur überwachende und beratende Funktion, während die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer bei der Gesellschafterversammlung verbleibt (vgl. Erläut. zu § 52). Das gilt auch im Fall eines *obligatorischen* Aufsichtsrats für Gesellschaften mbH mit zwischen 500 und 2000 Arbeitnehmern nach § 77 Abs. 1 BetrVG 1952.

- 33** Sondervorschriften für einen *obligatorischen* Aufsichtsrat mit weitergehenden, der Lage im Aktienrecht angenäherten Kompetenzen finden sich im MitbestG 1976 für die GmbH (einschließlich der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG, § 4 MitbestG) mit idR mehr als 2000 Arbeitnehmern und im MontanmitbestG für die im sog. Montanbereich tätige GmbH mit idR mehr als 1000 Arbeitnehmern. Wegen der Einzelheiten wird auf die Erläut. zu § 52 verwiesen.

#### 6. Rechtsverhältnisse der Gesellschafter

- 34** a) **Gesellschafterrechte.** Die mit der Mitgliedschaft (dem Gesellschaftsanteil) verbundenen Rechte der Gesellschafter gegenüber der GmbH lassen sich in Vermögens- und Verwaltungsrechte unterscheiden. Zu den **Vermögensrechten** gehören außer dem Recht zur Verfügung über den Geschäftsanteil (vorbehaltlich § 15 Abs. 5) und zu dessen Vererbung (§ 15 Abs. 1) das Recht auf den anteiligen Jahresüberschuß nach Maßgabe der Beschlußfassung nach § 29 Abs. 1 S. 1 bzw. auf den anteiligen Bilanzgewinn (vgl. Erläut. zu § 29) sowie der Anspruch auf den anteiligen Liquidationserlös (§ 72). Zu erwähnen ist weiter das Recht auf Teilnahme an einer Kapitalerhöhung unabhängig davon, ob man es als Ausfluß des Gleichbehandlungsgrundsatzes ansieht oder auf eine Analogie zum Bezugsrecht der Aktionäre (§ 186 Abs. 1 AktG) stützt (vgl. Erläut. zu § 55). Unter den **Verwaltungsrechten** steht das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung unter Einschluß des Stimmrechts im Mittelpunkt. Hinzu kommen das zwingende Informationsrecht des § 51a sowie das einer Minderheit von 10% Kapitalbeteiligung eingeräumte Recht auf Einberufung der Gesellschafterversammlung (§ 50) und auf Erhebung der Auflösungsklage aus wichtigem Grund (§ 61), ferner das Recht auf Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse (zur Frage einer Gesellschafterklage zur Durchsetzung von Ansprüchen der GmbH gegen Mitgesellschafter, sog. *actio pro socio*, vgl. Erläut. zu § 13). Ein Recht auf Geschäftsführung steht GmbH-Gesellschaftern abweichend vom Personengesellschaftsrecht nur zu, wenn es ihnen als Sonderrecht in der Satzung eingeräumt ist.
- 35** b) **Mitgliedschaftspflichten.** Unter den aus der Mitgliedschaft fließenden, auch die Anteilserwerber treffenden Pflichten steht im Mittelpunkt die **Einlagepflicht** aus der Teilnahme an der Gründung oder aus der Übernahme von Stammeinlagen im Zuge einer Kapitalerhöhung (§§ 5, 16 Abs. 3, 19 Abs. 1, 55 Abs. 1). Sie wird ergänzt durch die subsidiäre Ausfallhaftung der Mitgesellschafter bei Nichtaufbringung der Einlageleistung durch den hierzu verpflichteten Gesellschafter (§ 24) sowie durch etwaige Zahlungspflichten aus der Differenzhaftung nach § 9 oder der Vorbelastungshaftung wegen vorzeitiger Geschäftsaufnahme (Erläut. zu § 11). Von der in §§ 26 bis 28 vorgesehenen Möglichkeit, in der Satzung *Nachschußpflichten* für Gesellschafter zu begründen, wird allem Anschein nach kaum Gebrauch gemacht. Wohl aber finden sich nicht selten *Nebenleistungspflichten* iSv. § 3 Abs. 2 (§ 3, 65 ff). Verwaltungspflichten der Gesellschafter als einklagbare Hauptpflichten bestehen nach gesetzlicher Regel nicht;

die Satzung kann sie im Rahmen von § 3 Abs. 2 begründen. Je nach Lage des Falles können sich derartige Pflichten auch ohne Satzungsregelung aus der die Gesellschafter gegenüber der GmbH treffenden **Treupflicht** ergeben<sup>16</sup>; zu denken ist an Zustimmungspflichten zu bestimmten, im Interesse der Gesellschaft gebotenen Geschäftsführungseinschl. Kapitalerhöhungen (vgl. Erläut. zu § 14).

c) **Rechte und Pflichten zwischen Gesellschaftern.** Die mit der Mitgliedschaft verbundenen Rechte und Pflichten der Gesellschafter beziehen sich zwar primär auf das Verhältnis zur GmbH (vgl. Rdn 34 f). Sie sind hierauf jedoch nicht beschränkt. Vielmehr erkennt die heute hM zu Recht auch Rechte und Pflichten unmittelbar zwischen Gesellschaftern an. Sie lassen sich anders als bei OHG und KG zwar nicht auf die Stellung der Gesellschafter als Partner des Gesellschaftsvertrags zurückführen, da dieser sich – als Satzung der GmbH – infolge der Handelsregistereintragung gegenüber den Gründern verselbständigt und zum GmbH-Statut wird (Rdn 23). Wohl aber bietet sich als Rechtsgrund für wechselseitige Rechte und Pflichten der Gesellschafter, darunter insbes. die Treupflicht, der Rückgriff auf die *Mitgliedschaft* in der GmbH als Inbegriff der aus der GmbH-Beteiligung folgenden Rechte und Pflichten an<sup>17</sup>. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören auch solche horizontaler Art zwischen den Gesellschaftern (vgl. auch Erläut. zu § 14).

d) **Minderheitenschutz.** Ein zentrales Anliegen besonders des GmbH-Rechts ist der Schutz einzelner, nicht selbst über die Stimmenmehrheit verfügender Gesellschafter gegen die ihnen durch Ausübung der Mehrheitsmacht drohenden, ihre Mitgliedschaftsrechte ohne sachlich berechtigten Grund beeinträchtigenden Nachteile. Die Gefahr derartiger Beeinträchtigungen besteht in der GmbH deshalb in besonderem Maße, weil einerseits das GmbH-Recht abweichend vom Aktienrecht hinsichtlich des Innenverhältnisses weitgehend dispositiver Natur ist, andererseits die grundsätzliche Maßgeblichkeit von Mehrheitsentscheidungen abweichend vom Personengesellschaftsrecht eine Majorisierung der Minderheit auch ohne besondere Zulassung in der Satzung ermöglicht. Soweit es sich bei der Mehrheit um einen einzelnen Gesellschafter oder eine unter sich verbundene Gesellschaftergruppe mit unternehmerischen Interessen außerhalb der GmbH handelt, greifen die besonderen Schutzgrundsätze des GmbH-Konzernrechts ein (Rdn 97 f). Minderheitenschutz kann aber auch in sonstigen Fällen, bei wechselnden Mehrheiten u. a., geboten sein. **Materiellrechtlich** läßt er sich in erster Linie auf die *Treupflicht*, den *Gleichbehandlungsgrundsatz* und das Verbot der Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile stützen (§ 14, 52 ff, 67 ff). Im Einzelfall können auch Sonderregelungen nach Art des § 53 Abs. 3 eingreifen, so wenn die Wirksamkeit von Beschlüssen mit leistungsvermehrendem Inhalt von der Zustimmung betroffener Gesellschafter abhängt. **Prozessual** bietet sich zur Durchsetzung des Minderheitenschutzes vor allem die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch den Mehrheitsbeschluß an (vgl. Erläut. zu § 47).

## 7. Haftungsverhältnisse und Gläubigerschutz

a) **Überblick.** Zum Ausschluß der persönlichen Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der GmbH (§ 13 Abs. 2) und zur gesetzlichen Sicherung der Kapitalaufbringung und -erhaltung im Interesse der Gewährleistung eines dem Gläubigerzu-

<sup>16</sup> Vgl. dazu eingehend M. Winter Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988) S. 167 ff. <sup>17</sup> M. Winter (Fn. 16) S. 67 ff.

griff unterliegenden **Haftungsfonds** der Gesellschaft vgl. schon Rdn 19. Die der Kapitalaufbringung und -erhaltung dienenden Vorschriften des GmbHG sind – nicht zuletzt als Reaktion auf die bekannte Konkursanfälligkeit von Unternehmen in der Rechtsform der GmbH und die große Zahl masseloser Insolvenzen (Rdn 91) – im Zuge der GmbH-Novelle 1980 teilweise deutlich verschärft worden. Demselben Ziel dienen die auf vermehrte Kapitalsicherung gerichteten Entwicklungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, darunter vor allem die Einführung einer Vorbelastungshaftung der Gründer bei Aufnahme des Geschäftsbetriebs vor Eintragung der GmbH<sup>18</sup>, sowie die Bestrebungen, zur Vorverlegung der Konkursantragspflicht der Geschäftsführer bei Insolvenz der GmbH zu kommen<sup>19</sup>. Alle diese auf den Gläubigerschutz bezogenen Vorkehrungen ändern freilich nichts daran, daß die gesetzliche Mindestkapitalziffer mit 50.000 DM in vielen Fällen nicht ausreicht, um einen dem angestrebten Geschäftsumfang der GmbH angemessenen Haftungsfonds bereitzustellen, und daß ein wesentliches Problem des Gläubigerschutzes in der Unterkapitalisierung vieler Gesellschaften mbH besteht. Insoweit kann sich je nach Lage des Falles auch die Frage einer Durchgriffshaftung der Gesellschafter stellen (vgl. Anh § 30).

- 39** b) **Kapitalaufbringung.** Der Aufbringung des in der Satzung festgesetzten, nach unten durch das gesetzliche Mindestkapital von 50.000 DM (bis 1980: 20.000 DM) begrenzten Stammkapitals widmet das GmbHG eine ganze Reihe seiner die Gründung, die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter sowie die Änderungen des Gesellschaftsvertrags betreffender Vorschriften. Für den gesetzlichen Regelfall der **Bargründung** (oder Barkapitalerhöhung) schreibt es die Erbringung einer Mindesteinlage von 25% (bei einem Stammkapital von weniger als 100.000 DM einer solchen von mindestens 25.000 DM) vor Anmeldung zum Handelsregister vor (§§ 7 Abs. 2 S. 1 und 2, 56a). Die Beträge müssen sich „endgültig in der freien Verfügung“ der Geschäftsführer befinden (§ 8 Abs. 2 S. 1); dadurch sind Verwendungsabreden zugunsten der Einleger ausgeschlossen. Der Gefahr verschleierte Sacheinlagen wirkt auch das Umgehungsverbot des § 19 Abs. 5 entgegen. Durch § 19 Abs. 2 ist sichergestellt, daß Einlageverbindlichkeiten weder erlassen noch einseitig durch Aufrechnung seitens der Einlageschuldner getilgt werden dürfen. Schließlich sieht § 24 die anteilige Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für Einlageforderungen vor, die weder vom Einlageschuldner erbracht noch durch Kaduzierung des Geschäftsanteils und anschließende Verwertung (§§ 21 bis 23) gedeckt werden können. Zu den besonderen Haftungsverhältnissen im Gründungsstadium der GmbH vgl. Rdn 43.
- 40** Eine Verschärfung der Vorschriften über die Kapitalaufbringung enthält das Gesetz für den Fall von **Sacheinlagen**. Sie müssen im Gesellschaftsvertrag festgesetzt sein (§ 5 Abs. 4 S. 1) und vollständig vor Anmeldung der Gesellschaft geleistet werden (§ 7 Abs. 3). Erreicht ihr Wert im Zeitpunkt der Eintragung nicht den Nennbetrag der dafür übernommenen Stammeinlage, so hat das Registergericht die beantragte Eintragung der GmbH abzulehnen (§ 9c S. 2). Trägt es gleichwohl ein, so wird die Kapitallücke durch eine – auf den Wert im Zeitpunkt der Anmeldung bezogene – Differenzhaftung des Sacheinlegers (§ 9) geschlossen. Weitere für Sacheinlagen geltende Vorschriften betreffen den von den Gesellschaftern zu erstellenden Sachgründungsbericht (§ 5 Abs. 4 S. 2) sowie die Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern für dessen inhaltliche Richtigkeit. Nach §§ 56, 56a, 57a gelten die Sachgründungsvorschriften entsprechend

<sup>18</sup> Vgl. den Rspr.-Überblick bei *Ulmer* Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971 – 1985 (1986) S. 9 ff.

<sup>19</sup> Durch den zuerst von *Karsten Schmidt* (AG 1978, 334 f) vorgeschlagenen, inzwischen im Schrifttum herrschenden zweistufigen Überschuldungsbegriff (vgl. Erläut. zu § 63).

für Fälle einer Sachkapitalerhöhung; hiervon ausgenommen ist nur der auf die Sachgründung beschränkte Bericht nach § 5 Abs. 4 S. 2.

Sondervorschriften zur Absicherung der Kapitalaufbringung enthält das Gesetz schließlich für den Fall der **Einmann-Gründung** sowie der späteren Anteilsvereinigung in einer Hand. In derartigen Fällen wird die Anmeldung der Gründung oder Kapitalerhöhung zusätzlich davon abhängig gemacht, daß der Einmann-Gesellschafter in Höhe des (noch) nicht geleisteten Teils seiner Einlage eine Sicherung stellt (§§ 7 Abs. 2 S. 3, 56a; vgl. auch § 19 Abs. 4). Gesetzlich nicht geregelt sind die Probleme, die sich im Hinblick auf die Erbringung der Einlageleistung an die Einmann-Gründerorganisation wegen deren fehlender (Teil-)Rechtsfähigkeit ergeben. Insoweit bedarf es der Bildung eines Sondervermögens, im Falle einer Sachgründung zusätzlich der Aufnahme der der künftigen GmbH gewidmeten Gegenstände in eine Vermögensübersicht analog §§ 56c Abs. 3, 52 Abs. 4 UmwG (str., vgl. näher § 7, 59 ff).

c) **Kapitalerhaltung.** Im Unterschied zu § 58 Abs. 5 AktG enthält das GmbHG kein generelles Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen. Die Gesellschafter sind durch den Gläubigerschutz nicht gehindert, auch ohne den Ausweis eines entsprechenden Bilanzgewinns Gesellschaftsvermögen auszukehren, solange dadurch das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen nicht angegriffen wird (vgl. § 30 Abs. 1 und die Erläut. hierzu betreffend die Wertansätze in der für die Ausschüttungssperre maßgebenden Bilanz). Führen derartige Vermögensverschiebungen der GmbH an die Gesellschafter allerdings zu einer **Unterdeckung des Stammkapitals**, so sind der Zahlungsempfänger und subsidiär die Mitgesellschafter nach Maßgabe von § 31 zur Erstattung der Beträge verpflichtet; daneben kann je nach Lage des Falles eine Schadensersatzpflicht der Gesellschafter wegen Verstoßes gegen das Verbot des § 30 treten (Erläut. zu § 31). Das Verbot der Kapitalrückgewähr wird flankiert und abgesichert durch die Vorschriften und Rechtsgrundsätze über die Nichtdurchsetzung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in der Krise der GmbH (Erläut. zu §§ 32a, 32b), durch die für den Erwerb eigener Geschäftsanteile geltenden Schranken des § 33 sowie durch die Bindung der Anteilseinziehung (§ 34) oder des sonstigen abfindungspflichtigen Ausscheidens eines Gesellschafters an das Vorhandensein eines das Stammkapital übersteigenden, die Abfindung ermöglichenden Gesellschaftsvermögens (Erläut. zu § 34).

d) **Haftungsverhältnisse in der Vor-GmbH.** Nach heute ganz hM ist die Gesellschaft nicht gehindert, mit Einverständnis aller Gesellschafter die Geschäftstätigkeit schon vor Eintragung zu beginnen. Die Gläubiger erlangen in diesem Fall einen zunächst gegen die Vor-GmbH, nach Eintragung gegen die GmbH selbst durchsetzbaren Anspruch. Daneben haften ihnen nach § 11 Abs. 2 bis zur Eintragung die handelnden Geschäftsführer kraft Gesetzes als Gesamtschuldner. Die Frage einer – unbeschränkten oder beschränkten, mit der Eintragung entfallenden – persönlichen Außenhaftung der Gründer ist umstritten, vorbehaltlich der Einmann-Gründung nach zutr. neuerer Ansicht aber zu verneinen (§ 11, 64 f). Aus der Sicht der Kapitalaufbringung bedeutsam sind in diesem Zusammenhang vor allem solche Vorbelastungen der GmbH im Zeitpunkt ihrer Entstehung, die sich aus der Geschäftstätigkeit vor Eintragung ergeben und zum teilweisen oder ganzen Verbrauch des zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögens oder gar zur Überschuldung führen. Sie sind zur Gewährleistung der **Unversehrtheit des Stammkapitals** im Zeitpunkt der GmbH-Entstehung nach ganz hM durch eine die Gründer und ihre Rechtsnachfolger anteilig treffende, nicht durch die Höhe der Stammeinlagen begrenzte sog. Vorbelastungs- oder Unterbilanzhaftung auszugleichen (§ 11, 81 ff).

- 44** e) **Konkursantragspflicht.** Ebenfalls dem Gläubigerschutz dient die in § 64 Abs. 1 vorgesehene, die Geschäftsführer treffende Konkursantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft. Sie ist zwingender Natur und dem Einflußbereich der Gesellschafter entzogen, soweit diese nicht durch rechtzeitige Sanierungsmaßnahmen die Konkursreife der GmbH verhindern oder sie nach deren Eintritt alsbald vor Ablauf der Bedenkfrist von längstens drei Wochen beseitigen. Die Verletzung der Konkursantragspflicht kann zu Ansprüchen geschädigter Gläubiger (Erläut. zu § 64) und zu Strafsanktionen gegenüber den Geschäftsführern nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 führen. Der Umstand, daß die Konkursanmeldung gleichwohl nicht selten verspätet erfolgt, wie die unbefriedigende Insolvenzstatistik der GmbH erkennen läßt (Rdn 91), ist nicht auf das Fehlen geeigneter Sanktionen, sondern auf die den Konkursgründen nach bisheriger Auslegung anhaftende Unschärfe zurückzuführen (Erläut. zu § 64).
- 45** f) **Unterkapitalisierung; Durchgriffshaftung.** Die mangelnde Eignung des gesetzlichen Mindestkapitals, für eine angemessene, dem angestrebten Geschäftsumfang entsprechende Kapitalausstattung der Gesellschaft zu sorgen, wurde schon erwähnt (Rdn 38). Daran hat sich auch durch Heraufsetzung des Mindestkapitals von 20.000 auf 50.000 DM in der GmbH-Novelle 1980 nichts wesentliches geändert. Dieser Betrag mag zwar als Indiz für die Seriosität der Gründung und als eine Art Mindestpreis der Gesellschafter für die Erlangung der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ausreichen. Auch mag es nicht wenige Gesellschaften mbH geben, deren Geschäftstätigkeit wie bei der typischen Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG auf reine Verwaltungsfunktionen beschränkt ist und die keinen die Mindestgrenze übersteigenden Eigenkapitalbedarf haben. Hiervon abgesehen gestattet ein Stammkapital von 50.000 DM jedoch nicht den Schluß auf eine ausreichende Kapitalbasis der betreffenden Gesellschaft. Da dem geltenden Recht auch eine Pflicht der Gesellschafter zu angemessener Kapitalausstattung ihrer Gesellschaft unbekannt ist und da die Vorschriften über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen sich darauf beschränken, die Rückgewähr der der GmbH tatsächlich zugeführten, wenn auch als Darlehen deklarierten Mittel in bestimmten Fällen zu verhindern, ist das Vorhandensein einer Lücke des Gläubigerschutzes unverkennbar.
- 46** Die Möglichkeiten, die Schutzlücke durch Begründung einer Außenhaftung der maßgebenden Gesellschafter zu schließen, sind nach geltendem Recht eng begrenzt. Von den Fällen sittenwidriger Gläubigerschädigung (§ 826 BGB) abgesehen, bietet sich nur der Weg einer **Durchgriffshaftung** bei absehbarem, nicht durch unvorhergesehene Umstände eintretendem Kapitalmangel der Gesellschaft und entsprechender Gläubigerbenachteiligung an. Voraussetzung ist die *eindeutige Unterkapitalisierung* der Gesellschaft, d. h. ihre offensichtlich unzureichende Ausstattung mit Eigenkapital oder als Darlehen deklariertem, der Rückzahlungssperre für Gesellschafterdarlehen unterfallendem Fremdkapital. Darauf, ob der Kapitalmangel von Anfang an bestand oder ob er auf unvorhergesehenen Verlusten bzw. auf einer von den Gesellschaftern betriebenen Geschäftserweiterung ohne gleichzeitige Stärkung der Kapitalbasis beruht, kommt es nicht an (vgl. näher Anh § 30). Liegen die Voraussetzungen eindeutiger Unterkapitalisierung vor, so können sich die maßgebenden Gesellschafter nach Durchgriffsgesichtspunkten nicht auf den aus § 13 Abs. 2 folgenden Ausschluß ihrer persönlichen Haftung berufen. Zu diesem und einigen weiteren im GmbH-Recht anzuerkennenden, zur persönlichen Außenhaftung der Gesellschafter für GmbH-Verbindlichkeiten führenden Fällen einer Durchgriffshaftung vgl. näher Anh § 13.

#### 8. Vergleich mit anderen Gesellschaftsformen

- 47** Der vorstehende Überblick über die Grundlagen des GmbH-Rechts und die Strukturelemente der GmbH gestattet neben der Charakterisierung der Besonderheiten

dieser Rechtsform auch einen Vergleich mit den drei anderen in erster Linie für die Träger gewerblicher Unternehmen in Betracht kommenden **Rechtsformen von Handelsgesellschaften**: der AG, der OHG und der KG sowie ihrer Annäherung an die GmbH durch die GmbH & Co KG. Auf die Einbeziehung sonstiger juristischer Personen des Privatrechts (KGaA, eingetr. Genossenschaft, eingetr. Verein, rechtsfähige Stiftung u. a.) in den Vergleich wird schon deshalb verzichtet, weil es sich dabei jeweils um spezielle, nach Entstehungsvoraussetzungen oder Art der Zweckverfolgung besonderen Maßstäben unterliegende Organisationsformen handelt. Zwar ist die GmbH wegen ihrer grundsätzlichen Offenheit für jeden gesetzlich zulässigen Zweck (§ 1, 12 ff) und wegen der Flexibilität ihrer Innenbeziehungen je nach Lage des Falles durchaus in der Lage, als Alternative für eine der genannten besonderen Organisationsformen eingesetzt zu werden. Angesichts der für diese geltenden Besonderheiten wäre ein hierauf bezogener Rechtsformvergleich jedoch wenig aussagekräftig.

a) **Aktiengesellschaft**. Mit der AG hat die GmbH die Rechtsnatur als juristische **48** Person und Kapitalgesellschaft, ihre Entstehung durch notariell beurkundete Satzung und Eintragung ins Handelsregister bei Nachweis der normativ festgelegten Eintragungsvoraussetzungen sowie die auf das Gesellschaftsvermögen als Haftungsfonds beschränkte Haftungsverfassung gemeinsam. Insofern bestehen im **Außenverhältnis**, aus der Sicht außenstehender Gläubiger und sonstiger mit der Gesellschaft in Kontakt tretender Dritter, deutliche Parallelen, wenn auch unverkennbar ist, daß die AG mit ihrem regelmäßig wesentlich höheren Grundkapital (Rdn 70, 77) und dem strikten Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen den Gläubigern typischer Weise bessere Befriedigungschancen bietet als die – nicht zu Unrecht als „Gesellschaft mit beschränkter Hochachtung“ titulierte – GmbH.

Demgegenüber weist das **Innenverhältnis** der GmbH regelmäßig deutliche Unter- **49** schiede gegenüber demjenigen der AG auf; je nach Satzungsgestaltung kann es zu einer starken Annäherung an die Innenbeziehungen von Personengesellschaften kommen. Das beruht auf der weitgehenden Satzungsautonomie der GmbH-Gesellschafter bei Gestaltung der Innenbeziehungen, auf der Möglichkeit der Begründung satzungsrechtlicher Nebenleistungspflichten grundsätzlich beliebigen Inhalts sowie auf den Mitspracherechten der Gesellschafter in Geschäftsführungsfragen und ihren weitgehenden Informationsrechten. In allen diesen Punkten bestehen klare Unterschiede zum strikten, auch für das Innenverhältnis grundsätzlich zwingenden Aktienrecht und zur eigenverantwortlichen Unternehmensführung durch den Vorstand (§§ 23 Abs. 5, 76 Abs. 1 AktG). Hinzu kommen in der GmbH die Möglichkeit der Ausschließung lästiger Gesellschafter oder der Einziehung ihres Geschäftsanteils, die verbreitet anzutreffende Genehmigungsbedürftigkeit der Anteilsübertragung sowie die zumal bei personalistischen Gesellschaften anerkannte, über die typische Lage in der AG nach Art und Inhalt deutlich hinausgehende Treupflicht der GmbH-Gesellschafter unabhängig vom Vorhandensein eines beherrschenden Einflusses. Alle diese für die GmbH typischen und sie von der AG deutlich unterscheidenden Umstände lassen Vorsicht geboten sein gegenüber der nicht selten anzutreffenden Bezeichnung der GmbH als „kleine AG“. Sie sind auch bei der Frage zu berücksichtigen, ob und inwieweit Aktienrecht sich dazu eignet, zur Füllung von Lücken des GmbH-Rechts herangezogen zu werden (vgl. Rdn 27).

b) **OHG und KG**. Deutliche Unterschiede gegenüber den Personenhandelsgesell- **50** schaften bestehen hinsichtlich der Rechtsnatur der GmbH (juristische Person statt Gesamthand), der konstitutiven Bedeutung der Handelsregistereintragung im GmbH-Recht im Unterschied zur regelmäßig (beim Betrieb eines Grundhandelsgewerbes) deklaratorisch wirkenden Eintragung der OHG und KG sowie hinsichtlich der bei der GmbH auf

das Gesellschaftsvermögen beschränkten, von der Stellung der Gesellschafter oder der Frage ausstehender Einlagen unabhängigen Haftungsverfassung. Diese Unterschiede sind als Teile des Außenverhältnisses nicht der Gesellschafterdisposition zugänglich; sie werden daher auch nicht durch eine stark personalistische Ausgestaltung der GmbH-Satzung beseitigt oder relativiert. Haftungsrechtlich lassen sich allenfalls insoweit Parallelen zwischen GmbH und KG aufzeigen, als es um den in §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB geregelten Ausschluß der persönlichen Haftung von Kommanditisten nach Volleinzahlung der Haftenlage und vorbehaltlich einer etwaigen Einlagerückgewähr geht.

- 51** Auch für das Innenverhältnis überwiegen nach gesetzlicher Regel die Unterschiede zwischen GmbH und OHG/KG. Das zeigt sich im Blick auf Dritt- bzw. Selbstorganschaft bei der Geschäftsführung der GmbH oder der OHG/KG, in der Geltung des Mehrheits- bzw. des Einstimmigkeitsprinzips bei der internen Willensbildung der beiden Gesellschaftsformen, in der grundsätzlich freien Übertragbarkeit und Vererblichkeit der Geschäftsanteile einer GmbH abweichend vom Grundsatz höchstpersönlichen Zusammenschlusses bei OHG und KG sowie in bezug auf die nur bei der GmbH bestehenden Weisungsbefugnisse der Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern. Von der zwingenden Selbstorganschaft bei OHG und KG abgesehen, unterliegen diese Unterschiede allerdings der Gesellschafterdisposition. Sie können daher sowohl auf Seiten der OHG oder KG als auch auf derjenigen der GmbH mehr oder weniger stark relativiert werden.
- 52** Eine Besonderheit zeigt sich schließlich beim Vergleich zwischen den Gesellschaftern einer GmbH und einer KG. Sie beruht darauf, daß sich die Rechtsstellung der GmbH-Gesellschafter nach gesetzlicher Regel nur insoweit voneinander unterscheidet, als es um die Folgen der unterschiedlichen Höhe ihrer jeweiligen Geschäftsanteile für das Stimm- und Gewinnrecht geht, während das KG-Recht mit persönlich haftenden Gesellschaftern und Kommanditisten zwei Klassen von Gesellschaftern mit stark unterschiedlichen Verwaltungsrechten und nur begrenzt vergleichbaren Vermögensrechten kennt. Dieser Unterschied fällt namentlich in den Fällen ins Gewicht, in denen auch in der GmbH ein Teil der Gesellschafter als Geschäftsführer tätig ist; er führt zu einer deutlich stärkeren Position der auf eine Kapitalbeteiligung beschränkten GmbH-Gesellschafter im Vergleich zu den Rechten von Kommanditisten. Die stark divergierenden Informationsrechte des § 51a GmbHG einerseits und des § 166 HGB andererseits sind ein besonders sichtbarer Ausdruck des nach gesetzlicher Regel bestehenden Unterschieds bei den Verwaltungs- (Mitsprache-)Rechten von GmbH-Gesellschaftern und Kommanditisten.
- 53** c) GmbH & Co KG. Bei ihr handelt es sich der Rechtsform nach um eine Kommanditgesellschaft, so daß im Ansatz auf die Feststellungen in Rdn 50 ff über den Vergleich zwischen GmbH und KG zu verweisen ist. Deren uneingeschränkte Übernahme auf die GmbH & Co KG, insbes. auf eine solche ohne voll haftende natürliche Personen, würde jedoch die Besonderheiten dieser auf der Entwicklung der Kautelarjurisprudenz beruhenden, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit vielen Jahrzehnten anerkannten „Grundtypenvermischung“ zu Unrecht vernachlässigen<sup>20</sup>. Sie bestehen bekanntlich darin, daß es in der typischen GmbH & Co KG, deren einziger persönlich haftender Gesellschafter eine Komplementär-GmbH ist, an einer Außenhaftung der übrigen Gesellschafter ebenso wie in der GmbH regelmäßig fehlt und daß der Grundsatz der Selbstorganschaft angesichts der bei der Komplementär-GmbH als Organ der KG zugelassenen Drittorghaftung nur formale Bedeutung hat. Bezogen auf die Fälle identischer Gesell-

<sup>20</sup> Zu den Besonderheiten der GmbH & Co KG und ihrer Berücksichtigung für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse dieser Gesellschaftsform vgl.

statt aller Schilling-GroßkommHGB<sup>4</sup> § 161, 29 ff; Schlegelberger/Martens HGB § 161, 89 ff.

schafterbeteiligung an KG und Komplementär-GmbH relativiert sich überdies der grundsätzliche Unterschied in der Rechtsstellung von GmbH-Gesellschaftern und Kommanditisten (Rdn 52): die typische GmbH & Co KG kennt ebenso wie die GmbH keine zwei Klassen von Gesellschaftern. Das spricht dafür, die von der Rechtsprechung zum Außenverhältnis der GmbH & Co KG entwickelte, vom Gesetzgeber des HGB übernommene Erstreckung von GmbH-Recht auf die GmbH & Co OHG/KG<sup>21</sup> auch für das Innenverhältnis dieser Organisationsform fruchtbar zu machen, soweit dem nicht strukturelle Besonderheiten des KG-Rechts wie das Gesamthandsprinzip und die Stellung der Kommanditisten als Partner des KG-Vertrags entgegenstehen.

## II. Rechtsquellen

### 1. GmbH-Gesetz

a) **Gesetz von 1892.** Zur Entstehung des GmbH-Gesetzes vom 20. April 1892 und zu der ihm vorausgehenden rechtspolitischen Diskussion vgl. schon oben Rdn 3 bis 6. Die Kürze der parlamentarischen Beratungen über den Gesetzentwurf des Reichsjustizamts, beginnend mit der Vorlage an den Reichstag im Februar 1892 und endend mit der 3. Lesung am 21. März 1892, steht in eindrucksvollem Gegensatz zur Dauer seiner im wesentlichen unveränderten Geltung bis 1980 (Rdn 55) sowie zur starken Verbreitung, die die GmbH-Rechtsform in der Gesellschaftspraxis gefunden hat (Rdn 67). Ein wesentlicher Grund für diesen durchschlagenden Erfolg dürfte in der für das GmbH-Recht kennzeichnenden großen Flexibilität des Innenverhältnisses (Rdn 21) liegen. Sie gestattet es, die Organisationsform der GmbH für vielfältige Verwendungszwecke zu benutzen und sie den jeweiligen Bedürfnissen und Interessen der Beteiligten anzupassen. **54**

Seit Inkrafttreten des Gesetzes bis heute ist es zu insgesamt **zwanzig Gesetzesänderungen** gekommen<sup>22</sup>; die letzte Änderung erfolgte im Jahr 1986<sup>23</sup>. Von ihnen hatte die ganz überwiegende Zahl keine nennenswerten Auswirkungen auf die Grundlagen des GmbH-Rechts; betroffen waren die Vorschriften über die Konkursantragspflicht, über Registeranmeldungen sowie über Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbestände in den Schlußbestimmungen des Gesetzes. Demgegenüber brachte die Umsetzung der 1., 3. und 4. Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts zwar gewisse organisationsrechtliche Änderungen mit sich (vgl. näher Rdn 207 ff). Läßt man die Einschränkung der Nichtigkeitsgründe als Folge der 1. Richtlinie einerseits, die Begründung einer Prüfungs- und Publizitätspflicht für den Jahresabschluß der GmbH durch das in Ausführung der 4. und 7. Richtlinie ergangene BiRiLiG v. 19. 12. 1985 (§§ 238 bis 339 HGB) andererseits außer Betracht, so betrafen die Änderungen im wesentlichen nur Randfragen und ließen das GmbH-Recht in seiner Substanz unberührt. Die einzige ins Gewicht fallende Reform des GmbH-Rechts wurde nach zwei vergeblichen Anläufen (Rdn 56 f) durch die GmbH-Novelle 1980 bewirkt (vgl. Rdn 58 ff). **55**

b) **Gescheiterte Reformvorhaben.** Einen ersten Anlauf für eine grundlegende GmbH-Reform unternahm das Reichsjustizministerium im Anschluß an die Aktien- **56**

<sup>21</sup> §§ 19 Abs. 5, 125a, 129a, 130a, 172a, 177a HGB; zu den Grundlagen der vorangegangenen höchstrichterlichen Rechtsentwicklung vgl. Ulmer (Fn. 18) S. 19 ff.

<sup>22</sup> Vgl. die Zusammenstellung sämtlicher Gesetzesän-

derungen in *Schönfelder Deutsche Gesetze* (Stand 15. 7. 1988) Nr. 52 S. 1–2a; Auflistung der Änderungen bis 1974 auch in *Vorauf. Einl.* 6 f.

<sup>23</sup> 2. WiKG v. 15. 5. 1986 (BGBl. I 721) betr. die Änderung von § 64 Abs. 1 GmbHG.

rechtsreform 1937 mit dem auf den Arbeiten der Akademie für Deutsches Recht<sup>24</sup> beruhenden Entwurf eines GmbHG von 1939<sup>25</sup>. Der in der Fachöffentlichkeit wenig bekannt gewordene und diskutierte, durch den 2. Weltkrieg überholte Entwurf enthielt neben einigen zeitbedingten Aspekten auch eine Reihe interessanter Vorschläge, die überwiegend mehrere Jahrzehnte später im Zuge der Arbeiten am RegE 1971/73 und an der GmbH-Novelle 1980 wieder aufgegriffen wurden. Dazu gehören insbes. die Verschärfung der Vorschriften für Sachgründungen und die Einführung einer Gründerhaftung (§§ 11 – 15, 24 E), die Einführung von Sondervorschriften betr. eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen (§ 36 E) sowie die Gewährung eines Auskunfts- und Einsichtsrechts als Individualrecht der Gesellschafter (§ 77 E). Weitere beachtliche Vorschläge betrafen die Nachschußpflicht des Einmann-Gesellschafters im Konkurs seiner GmbH (§ 46 E) und die gesetzliche Regelung eines Ausschluß- und Austrittsrechts von Gesellschaftern (§§ 136, 137 E)<sup>26</sup>. Nach Kriegsende ist die rechtspolitische Diskussion im GmbH-Recht auf diesen Entwurf nicht zurückgekommen.

**57** Ein zweiter Anlauf für eine umfassend angelegte, sog. große GmbH-Reform wurde mit dem RegE GmbHG 1971/73<sup>27</sup> und seinem Vorläufer, dem vom Bundesjustizministerium im Anschluß an die Aktienrechtsreform 1965 erarbeiteten und zur Diskussion gestellten Referentenentwurf von 1969<sup>28</sup>, unternommen. Mit rd. 300 Paragraphen verfolgte er das Ziel einer umfassenden, das GmbH-Recht dem neuen Aktienrecht annähernden und bisher bestehende Regelungslücken schließenden Reform. Obwohl der Entwurf in zwei Legislaturperioden im Bundestag eingebracht wurde, kam es weder zu seiner Beratung im BT-Rechtsausschuß noch zur Abstimmung in 2. und 3. Lesung. Das beruhte in erster Linie auf dem Bestreben der SPD/FDP-Koalition, angesichts der bis 1976 offenen Mitbestimmungsdiskussion keine organisationsrechtlichen Vorentscheidungen in dieser politisch sensiblen Materie zu treffen. Daneben kam darin aber auch die verbreitete Skepsis zum Ausdruck, auf die der RegE GmbHG mit seinem am aktienrechtlichen Leitbild orientierten, den Besonderheiten der GmbH nur beschränkt Rechnung tragenden Regelungsperfektionismus stieß<sup>29</sup>. Aus heutiger Sicht ist der Entwurf nicht mehr aktuell. Das hindert nicht, auf verschiedene darin enthaltene, für sich genommen verdienstvolle Einzelvorschläge zurückzugreifen, soweit es um die Ausfüllung von Lücken im GmbHG geht.

**58** c) GmbH-Novelle 1980. Mit der GmbH-Novelle 1980 hat der Gesetzgeber die Konsequenzen aus dem Scheitern der großen GmbH-Reform gezogen und unter bewußtem Verzicht auf eine umfassende Neuordnung des GmbH-Rechts eine Reihe als vordringlich angesehener Reformanliegen in Modifizierung oder Ergänzung des geltenden Rechts geregelt<sup>30</sup>. Die Novelle geht inhaltlich ganz überwiegend auf den entspre-

<sup>24</sup> Ausschuß zur Reform des GmbH-Rechts, Beratungen von 1937 bis 1939; vgl. dazu *Klausing* Die Neuordnung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Erster Arbeitsbericht zur „Reform“ der GmbH (1938); *Schubert* Entwurf des Reichsjustizministeriums zu einem Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1939, ZHR-Beiheft 58 (1985) S. 70 ff.

<sup>25</sup> Abgedruckt mit dem Entwurf der amtl. Begründung bei *Schubert* (Fn. 24) S. 94 ff.

<sup>26</sup> Eine Regelung über Ausschluß und Austritt von Gesellschaftern enthielt auch der RegE GmbHG 1971/73 in §§ 207 bis 226.

<sup>27</sup> BT-Drucks. VI/3088 = 7/253.

<sup>28</sup> Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1969). Vgl. dazu *Centrale für GmbH (Herausg.), Probleme der GmbH-Reform (1970); Barz/Forster u. a., GmbH-Reform (1970).*

<sup>29</sup> Zur Kritik vgl. etwa *Wiethölter, Lutter und Mertens* in: *Probleme der GmbH-Reform* (Fn. 28) S. 12 ff, 31 ff, 65 ff, 116 ff; *Limbach* in *Barz/Forster* (Fn. 28) S. 31 ff; speziell zum Konzernrecht des RegE: *Ballerstedt* ZHR 135 (1971) 383, 400 ff.

<sup>30</sup> Das beschränkte Reformziel der Novelle wird in Abschnitt II der Amtl. Begründung (BT-Drucks. 8/1347 S. 27) ausdrücklich betont.

chenden Regierungsentwurf von 1977 zurück<sup>31</sup>; sie wurde jedoch von einem Unterausschuß des BT-Rechtsausschusses in eingehenden Beratungen wesentlich überarbeitet und vor allem redaktionell, z. T. auch inhaltlich deutlich gestrafft<sup>32</sup>.

**Schwerpunkte** der Novellierung bildeten die Verbesserung des *Gläubigerschutzes* **59** durch Verschärfung des Gründungs- und Kapitalerhöhungsrechts, Anhebung des Mindeststammkapitals auf 50.000 DM und Einführung von Sondervorschriften für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, ferner die Zulassung der *Einmanngründung* sowie die Stärkung der *Minderheitsrechte* durch ein weitgehendes, zwingend ausgestaltetes Auskunfts- und Einsichtsrecht. Hinzu kamen als Neuregelungen außerhalb des GmbHG die Einführung von Sondervorschriften für die *GmbH & Co OHG/KG* in das HGB und die Schaffung neuer Umwandlungs- und Verschmelzungstatbestände im UmwG und KapErhG (vgl. dazu Anh I und II zu § 77).

**Keine Regelung** hat die GmbH-Novelle 1980 für eine Reihe schon bisher bekannter **60** Gesetzeslücken gebracht; das gilt insbes. für Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen gegen Gesellschafterbeschlüsse (vgl. Anh § 47), für Ausschluß und Austritt von Gesellschaftern (vgl. Anh § 34) und für das Recht verbundener Unternehmen (vgl. Anh § 77). Angesichts des begrenzten Reformzwecks ist das Schweigen des Gesetzgebers zu diesen Fragenkomplexen nicht etwa dahin zu verstehen, es fehle an ausfüllungsbedürftigen Gesetzeslücken. Daher bestehen auch keine Bedenken dagegen, die insoweit vorhandenen Lücken des GmbHG wie bisher im Wege der Analogie oder der höchstrichterlichen Rechtsfortbildung zu schließen (vgl. auch Rdn 92 ff, 98). Allg. zur *Lückenfüllung* im GmbH-Recht vgl. schon Rdn 26 f.

## 2. GmbH-relevantes Organisationsrecht außerhalb des GmbHG

a) **GmbH-spezifische Regelungen.** Solche sind aus Gründen des Sachzusammenhangs in einer Reihe sonstiger Gesetze enthalten. Zu nennen sind insbesondere: **61**

- die Vorschriften des **Umwandlungsgesetzes** über die Umwandlung einer GmbH in eine OHG, KG oder GbR oder über die Vermögensübertragung auf einen Gesellschafter (§ 24 i. V. m. §§ 1 ff UmwG) sowie über die Umwandlung einer OHG/KG oder eines einzelkaufmännischen Unternehmens in eine GmbH (§§ 46 ff, 56a ff UmwG). Vgl. zum Ganzen Anh I zu § 77.
- die Vorschriften des **Kapitalerhöhungsgesetzes** über die Erhöhung des Stammkapitals der GmbH aus Gesellschaftsmitteln (§§ 1 ff KapErhG, vgl. Anh § 57b) und über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (AG, KGaA, GmbH) mit einer GmbH (§§ 19 ff KapErhG, dazu Anh II zu § 77).
- die Vorschriften des **Aktiengesetzes** über die Verschmelzung von Gesellschaften mbH mit einer AG oder KGaA (§§ 355, 356 AktG) sowie über die Umwandlung einer AG oder KGaA in eine GmbH (§§ 369 ff, 386 ff AktG) bzw. einer GmbH in eine AG oder KGaA (§§ 376 ff, 389 ff AktG).
- die Vorschriften der **Konkursordnung** und des **Anfechtungsgesetzes** über die (Konkurs-)Anfechtung von Rechtshandlungen der GmbH, die den Gläubigern eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen Sicherung oder Befriedigung gewähren (§ 32a KO, § 3b AnfG; vgl. dazu Erläut. zu §§ 32a, 32b).

<sup>31</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften v. 15. 12. 1977, BT-Drucks. 8/1347.

<sup>32</sup> Vgl. BT-Rechtsausschuß, Beschlussempfehlung und Bericht zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Fn. 31), BT-Drucks. 8/3908.

- 62** b) **Regelungen allgemein für Kapitalgesellschaften.** Für die GmbH geltendes Organisationsrecht ist über das GmbHG und sonstige GmbH-spezifische Regelungen (Rdn 61) hinaus auch in sonstigen, generell auf Kapitalgesellschaften bezogenen Vorschriften anzutreffen. Hierzu zählen insbes.:
- die Vorschriften des **BilanzrichtlinienG** über den Jahresabschluß und Lagebericht von Kapitalgesellschaften und Konzernen, einschließlich ihrer Prüfung und Offenlegung (§§ 264 ff HGB).
  - die Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** über die Löschung nichtiger Gesellschaften (§ 144 FGG), die Auflösung einer AG oder GmbH wegen eines Satzungs mangels (§ 144a FGG) sowie über die Auflösung einer GmbH bei Nichterfüllung der Verpflichtungen aus § 19 Abs. 4 GmbHG (§ 144b FGG); vgl. dazu Erläut. zu § 54, 60.
  - die Vorschriften des **Löschungsgesetzes**<sup>33</sup> über die Auflösung von Kapitalgesellschaften bei Konkursablehnung mangels Masse (§ 1 Abs. 1 LösSchG) und über die Löschung von Kapitalgesellschaften auf Antrag oder von Amts wegen bei Vermögenslosigkeit (§ 2 LösSchG); vgl. dazu näher Anh § 60.

### 3. Sonstige Rechtsquellen

- 63** a) **HGB, BGB.** Die GmbH ist kraft Rechtsform *Handelsgesellschaft*, unabhängig von ihrem Gesellschaftszweck oder Unternehmensgegenstand (§ 13 Abs. 3 GmbHG). Daher gelten für sie nach § 6 Abs. 1 HGB die Vorschriften des **Handelsgesetzbuchs** in vollem Umfang neben dem und in Ergänzung des GmbHG.
- 64** Die (subsidiäre) Geltung des **BGB** ist für Handelssachen in Art. 2 Abs. 1 EGHGB bestimmt. Die Anwendbarkeit des BGB auf das *Außenhandeln* der GmbH folgt schon aus den jeweiligen Regelungsgegenständen, so wenn die GmbH als juristische Person am Rechtsverkehr teilnimmt, rechtsgeschäftlich handelt und sich dazu der Rechtsinstitute des BGB bedient. Bedeutung kommt der Verweisung des Art. 2 Abs. 1 EGHGB daher nur zu, soweit es um Fragen des *Organisationsrechts* und um das subsidiäre Eingreifen der hierauf bezogenen Vorschriften des BGB geht, d. h. um die Vorschriften über den eingetragenen Verein<sup>34</sup>. Unter ihnen sind wegen des Fehlens entsprechender Regelungen im GmbHG in erster Linie diejenigen der §§ 29, 31, 35 BGB auf die GmbH anwendbar.
- 65** b) **Unternehmens- und Wirtschaftsrecht.** Wesentliche unternehmensrechtliche Vorschriften für die GmbH finden sich in den verschiedenen gesetzlichen Regelungen über die **Mitbestimmung** der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat von Kapitalgesellschaften, darunter den §§ 77, 77a BetrVerfG 1952, dem MitbestG 1976 und den verschiedenen Gesetzen über die **Montan-Mitbestimmung**. Wegen der Einzelheiten wird auf die Erläut. zu § 52 verwiesen. *Sonstige* spezifisch unternehmensrechtliche Vorschriften mit Geltungsanspruch für die GmbH bestehen nicht, nachdem das PublG als Folge des BiRiLiG eine Einschränkung des Geltungsbereichs seiner auf Publizität und Prüfung des Jahresabschlusses gerichteten Vorschriften unter Ausklammerung der GmbH erfah-

<sup>33</sup> Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften v. 9. 10. 1934 (BGBl. I 914).

<sup>34</sup> Zur umstrittenen Tragweite der Regelung in § 6 HGB und § 2 Abs. 1 EGHGB für Handelsgesellschaften vgl. schon *Simon* ZHR 49 (1900) 1, 5 ff; *Pinner* ZHR 50 (1901) 100 ff; *Feine* S. 53 m. weit. Nachw.; speziell für das Aktienrecht jetzt einge-

hend *M. Axhausen* Anfechtbarkeit aktienrechtlicher Aufsichtsratsbeschlüsse (1986) S. 7 ff, 27 ff. Heute beschränkt man sich überwiegend auf einen Analogieschluß zu den hierfür geeigneten Vorschriften des Vereinsrechts, ohne auf § 2 Abs. 1 EGHGB abzustellen (vgl. etwa *Baumbach/Hueck* Einl. 28; *Rowedder/Rittner* Einl. 41 sowie insbes. *Vorauf. Einl. 4 (Schilling)*).

ren hat (vgl. Rdn 62). Allerdings sind die aktienrechtlichen Definitionsnormen der §§ 15 bis 19 AktG über verbundene Unternehmen der Sache nach unternehmensrechtlicher Natur; sie finden daher im Analogiewege auch auf das GmbH-Konzernrecht Anwendung (vgl. Anh § 77).

Unter den wirtschaftsrechtlichen Gesetzen ist in erster Linie das für Unternehmen unabhängig von der Rechtsform des Unternehmensträgers geltende **GWB** zu nennen. Für das Organisationsrecht der GmbH kann es vor allem über die Fusionskontrollvorschriften der §§ 23 bis 24a **GWB** Bedeutung erlangen<sup>35</sup>. Daneben kann sich je nach Sachlage auch die Frage stellen, welche rechtlichen Auswirkungen der Unwirksamkeitsfolge des § 1 **GWB** für den Bestand der GmbH und die Wirksamkeit der betroffenen Satzungsregelungen zukommt<sup>36</sup>. Für die Anwendbarkeit des sonstigen inländischen und europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts gelten im Hinblick auf Unternehmen in der Rechtsform der GmbH keine Besonderheiten. **66**

### III. Rechtstatsachen

#### 1. Zahlen und Daten

a) **Verbreitung der GmbH.** Die außerordentliche Verbreitung der Rechtsform der GmbH und die sowohl absolut als auch relativ – im Verhältnis zu anderen Rechtsformen (vgl. dazu Rdn 78 ff) – starke Zunahme der GmbH-Zahlen in den letzten dreißig Jahren sind bekannt. **Zum 31. 12. 1987 waren über 360.000 Gesellschaften mbH in das Handelsregister eingetragen.** Das bedeutet eine Verzehnfachung der Zahlen von 1960, wobei freilich ein Teil dieses Wachstums auf das Konto der GmbH & Co zu buchen ist (Rdn 74). Im einzelnen entwickelten sich die Zahlen der GmbH seit 1950 absolut und im Vergleich zur AG wie folgt<sup>37</sup>: **67**

	GmbH	AG/KGaA
1950	22.305	2.873
1955	30.737	2.508
1960	35.430	2.545
1965	54.072	2.508
1970	80.146	2.304
1975	133.382	2.189
1980	255.940	2.141
1985	339.541	2.141
1987	360.480	2.262

Gegenüber dieser stetigen Zunahme seit 1950 war das Wachstum der GmbH in den **ersten sechs Jahrzehnten** nach Inkrafttreten des GmbHG wechselhaft verlaufen. Im Jahr 1900 war im Gebiet des damaligen Deutschen Reiches eine Zahl von 4.077, im **68**

<sup>35</sup> Zu den zivil- und gesellschaftsrechtlichen Folgen kartellbehördlicher Untersagungs- und Auflösungsverfügungen vgl. etwa Immenga/Mestmäcker **GWB** (1981) § 24, 162 ff, 194 ff; Köhler **ZGR** 1985, 307 ff.

<sup>36</sup> Die Frage ist bisher nur wenig erörtert worden; vgl. etwa Immenga/Mestmäcker **GWB** (1981) § 1,

411; Scholz/K. Schmidt § 62, 7; K. Schmidt **AG** 1987, 333, 337 f; Vorauf. § 62, 18.

<sup>37</sup> Vgl. für 1950 Statist. Jahrbuch 1951, 170 f; für 1955 bis 1987 Statist. Bundesamt, Fachserie 2, Reihe 2.2 (Unternehmen und Arbeitsstätten) Tz. 1.1.2 und 1.1.3 (Zahl und Nennkapital der AG und GmbH).

Jahr 1914 eine solche von 27.012 GmbH erreicht worden. Nach kriegsbedingter Stagnation in den Jahren bis 1918 setzte zunächst ein Wachstumsschub ein von 33.823 (1919) über 47.911 (1921) bis zu dem im Jahr 1923 erreichten Höchststand von 71.343 GmbH, gefolgt von einem kontinuierlichen Rückgang auf 57.338 (1926) GmbH<sup>38</sup>. Gegen Ende der Weimarer Republik soll die Zahl der GmbH noch rd. 40.000 betragen haben; bis zum Jahr 1941 soll sie, nicht zuletzt wegen einer für Kapitalgesellschaften diskriminierenden Steuerpolitik, auf 23.000 GmbH zurückgegangen sein<sup>39</sup>. Die Zahl der Aktiengesellschaften schwankte in diesen Jahrzehnten zwischen 4.740 (1903/04), 5.710 (1919), 13.010 (1925) und 6.094 (1937)<sup>40</sup>.

- 69** Bemerkenswert in bezug auf Art und Ausmaß der Entwicklung der GmbH-Zahlen ist auch der Umstand, daß sich hinter ihnen eine sogar noch deutlich größere Zahl von **Zugängen** verbirgt, die teilweise durch entsprechende **Abgänge** infolge Liquidation, Konkurs, Fusion und Umwandlung kompensiert werden. So betrug die Zahl der **GmbH-Gründungen** und der Umwandlungen aus einer anderen Rechtsform in den Jahren von 1960 bis 1969 durchschnittlich 5.616, stieg von 1970 bis 1979 auf durchschnittlich 21.014 und erreichte 1980 bis 1986 im Jahresdurchschnitt 33.496 Neuzugänge<sup>41</sup>. Demgegenüber beschränkte sich das *absolute* Wachstum der GmbH-Zahlen von 1960 bis 1969 auf 3.827, von 1970 bis 1979 auf 14.506 und von 1980 bis 1986 auf 12.918 GmbH im Jahresdurchschnitt<sup>42</sup>. In den Jahren 1985 und 1986 erhöhte sich (bei 69.090 Neuzugängen) die Zahl der Abgänge sogar auf insgesamt 47.443 GmbH<sup>43</sup>; darin mag auch das Auslaufen der Übergangsregelung für die Anpassung des Mindeststammkapitals der Alt-GmbH seinen Niederschlag gefunden haben. Dem „Netto-Wachstum“ von 21.647 GmbH stand in diesen beiden Jahren also eine mehr als dreifach so große Zahl an Neuzugängen gegenüber. Das dokumentiert eindrucksvoll den nach wie vor anhaltenden Erfolg der Rechtsform der GmbH und deren zunehmenden Vorsprung gegenüber anderen Unternehmensformen (vgl. auch Rdn 78 ff).
- 70** b) **Stammkapital**. Entsprechend der absoluten Zahl der Gesellschaften mbH weist auch diejenige der **Gesamtsumme** des Stammkapitals aller GmbH seit den fünfziger Jahren ein kontinuierliches Wachstum aus<sup>44</sup>. Sie stieg von 6.271 Mio. DM im Jahr 1951 über 13.527 (1960), 26.421 (1965), 43.031 (1970), 69.109 (1975), 99.060 (1980) auf inzwischen (1987) 157.302 Mio. DM<sup>45</sup>. Daran ist besonders bemerkenswert, daß die Gesamtsumme des GmbH-Stammkapitals diejenige des Grundkapitals aller Aktiengesellschaften im Jahre 1979 überholt hat und daß die Differenz zugunsten der GmbH sich per Ende 1986 bereits auf 31 (147,4 gegenüber 116,4) Mrd. DM belief<sup>46</sup>.
- 71** Aufschlußreich ist auch die Aufgliederung der GmbH nach **Größenklassen** des Stammkapitals. Sie zeigt, daß zwar noch immer mehr als 70% aller GmbH nur über das gesetzliche Mindeststammkapital von 50.000 DM verfügen; das legt die Vermutung nahe, daß ein nicht unerheblicher Teil dieser Gesellschaften nach wie

<sup>38</sup> Vgl. die Zahlenübersicht über den Bestand der Gesellschaften mbH in den Jahren 1892 bis 1926 bei *Feine* S. 13.

<sup>39</sup> So Rowedder/Rittner Einl. 86 (ohne Offenlegung der Quelle).

<sup>40</sup> Vgl. für 1903/04 Passow Die wirtschaftliche Bedeutung und Organisation der Aktiengesellschaft (1907) S. 8; für 1919 dens. Die Aktiengesellschaft (1922) S. 21; für die spätere Zeit Zöllner-Köln-KommAktG Einl. 85.

<sup>41</sup> Nachw. bei Hansen GmbH-Rdsch. 1988, 15 f.

<sup>42</sup> Berechnet nach den GmbH-Zahlen des Statist. Bundesamts (Fn. 37).

<sup>43</sup> Hansen GmbH-Rdsch. 1988, 16.

<sup>44</sup> Zur Entwicklung des Gesamt-Stammkapitals in der Zeit von 1892 bis 1926 vgl. die Übersicht bei *Feine* S. 13.

<sup>45</sup> Statist. Bundesamt aaO (Fn. 37).

<sup>46</sup> Vgl. dazu näher Hansen GmbH-Rdsch. 1988, 15.

vor unterkapitalisiert ist. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß bis Ende 1985 das Stammkapital auf die neue Mindestziffer von 50.000 DM angehoben werden mußte<sup>47</sup>; auch ist der Anteil der Gesellschaften mit einem Stammkapital zwischen 50.000 und 1 Mio. DM in der Zeit zwischen 1983 und 1986 immerhin von rd. 20 auf rd. 25% gestiegen. Im einzelnen ergibt sich nach der amtlichen Statistik per Ende 1986 die folgende Aufteilung<sup>48</sup>:

Größenklasse des Stammkapitals	Gesellschaften		Stammkapital	
	1983	1986	1983	1986
Insgesamt:	308.926	346.371	122,5 Mrd.	147,4 Mrd.
davon entfielen auf	%	%	%	%
bis zu 50.000	76,4	71,8	6,3	8,1
bis zu 100.000	4,6	6,9	0,7	1,0
bis zu 1 Mio.	15,5	17,7	8,5	8,9
bis zu 5 Mio.	2,4	2,5	11,6	11,0
bis zu 10 Mio.	0,5	0,5	8,0	7,5
über 10 Mio.	0,6	0,6	64,9	63,5

c) **Zahl der Gesellschafter.** Sie wird in den amtlichen Statistiken nicht erfaßt. **72** Rechtsstatsächliche Untersuchungen aus neuerer Zeit mit repräsentativem Erhebungsmaterial lassen jedoch darauf schließen, daß der deutlich überwiegende Teil der Gesellschaften mbH 2–5 Gesellschafter hat, während die Einmann-Gesellschaften mit knapp 25% die zweitgrößte Gruppe bilden<sup>49</sup>. Im einzelnen führten die Untersuchungen<sup>50</sup> zu den folgenden Ergebnissen:

Zahl der Gesellschafter	BMJ 1965 %	Kornblum 1982 %
einer	23,2	23,7
2–5	68,8	73,3
6–10	4,4	2,2
11–20	1,9	ca. 0,5
über 20	1,7	ca. 0,3

Angesichts des eindeutigen Vorherrschens der Gesellschaften mit 2–5 Gesellschaftern unterstreichen diese Zahlen die verbreitete Annahme, daß die personalistische Struktur der Gesellschaft mbH nach wie vor dominiert (Rdn 8)<sup>51</sup>. Zugleich machen

<sup>47</sup> Zur großen Verbreitung von Gesellschaften mbH mit weniger als 50.000 DM Stammkapital noch während der Übergangszeit vgl. die rechtstatsächlichen Angaben bei Kornblum GmbH-Rdsch. 1983, 31 und 63 f.

<sup>48</sup> Zit. nach Hansen GmbH-Rdsch. 1988, 16.

<sup>49</sup> Zu teilweise abweichenden Ergebnissen kam zwar die auf 486 Neugründungen in Berlin 1961–1963 bezogene Untersuchung von Limbach Theorie und Wirklichkeit der GmbH (1966) S. 41 ff: danach entfielen auf Einmangengesellschaften 8,9%, auf Zweipersonengesellschaften 51,2% und auf Gesellschaften mit 3–5 Gesellschaftern 14,4%. Diese Zahlen bedürfen für Vergleichszwecke jedoch in zweifacher Hinsicht einer Überprüfung, da einerseits die vermutlichen „Strohmann“-Fälle (11,3%) bei den Zweipersonengesellschaften nicht elimi-

niert waren, andererseits Gesellschaften mit Beteiligung der öffentlichen Hand oder juristischer Personen als besondere Gruppe (23,2%) erfaßt wurden. Korrigiert man die Berechnung in diesen zwei Punkten, so führt das zu einem Anteil von rd. 26% mutmaßlicher Einmangengesellschaften und von rd. 71% Gesellschaften mit zwei bis fünf Gesellschaftern.

<sup>50</sup> Geßler GmbH-Rdsch. 1966, 102, 104 (Bericht über Erhebungen des Bundesjustizministeriums Mitte der 60er Jahre bei den Registergerichten zur Vorbereitung der GmbH-Reform); Kornblum GmbH-Rdsch. 1983, 31, und 64 (rechtstats. Erhebungen bei zwölf Handelsregistern 1982).

<sup>51</sup> Zur entsprechenden Situation schon in der Zeit bis 1926 vgl. die Angaben bei Feine S. 23.

sie deutlich, welches Gewicht der Einmann-GmbH rechtstatsächlich zukommt. Das deckt sich mit einer neueren Untersuchung über die Häufigkeit von Einmann-Gründungen<sup>52</sup>.

- 73** d) **Gesellschafter und Dritte als Geschäftsführer.** Trotz grundsätzlicher Geltung der Drittorganschaft im GmbH-Recht (Rdn 20) wird die GmbH-Realität durch die **Mitwirkung** zumindest eines Teils der **Gesellschafter an der Geschäftsführung** der Gesellschaft geprägt. Das haben die verschiedenen rechtstatsächlichen Untersuchungen von *Kornblum*<sup>53</sup> ergeben. Danach setzte sich bei zwischen 75 und 85% der Fälle die Geschäftsführung *ausschließlich* aus Gesellschaftern zusammen; davon waren in rd. 30% aller Fälle sogar *sämtliche* Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt. Bei zwischen 4 und 7% der erfaßten GmbH wirkten an der Geschäftsführung sowohl Gesellschafter als auch Dritte mit. Lediglich bei zwischen 11 und 19% der GmbH lag die Geschäftsführung ausschließlich in den Händen Dritter. Auch diese Zahlen bestätigen die Dominanz der personalistisch strukturierten GmbH.
- 74** e) **GmbH & Co KG.** Die Zahl der GmbH, die als Komplementär an einer GmbH & Co KG beteiligt sind und sich dort auf die Geschäftsführerfunktion beschränken, ist amtlich nicht erfaßt. Gleiches gilt für die ihr entsprechende Zahl der GmbH & Co KG (bzw. OHG) iES, d. h. derjenigen Personenhandelsgesellschaften, bei denen keine natürliche Person die unbeschränkte persönliche Haftung übernommen hat (vgl. Rdn 53). Auch insoweit bedarf es daher des Rückgriffs auf die hierzu vorliegenden rechtstatsächlichen Untersuchungen. Sie weisen in diesem Punkt allerdings eine erhebliche Streubreite auf, die sich wohl nicht allein durch mögliche Unterschiede bei der Abgrenzung der einbezogenen GmbH & Co KG erklären läßt. So kam eine Untersuchung des DIHT<sup>54</sup> für 1977 zu einem Anteil der Komplementär-GmbH von 28,4% an der Gesamtzahl der GmbH. Nach den Ergebnissen einer Umfrage des Bundesjustizministeriums bei insges. rd. 12.500 wirtschaftsprüfenden und steuerberatenden GmbH und GmbH & Co KG aus dem Jahr 1978 entfielen auf die Komplementär-GmbH 26,1% aller GmbH<sup>55</sup>. Demgegenüber erbrachten die Untersuchungen von *Kornblum*<sup>56</sup> in den Jahren 1980 bis 1983 deutlich geringere, in den einzelnen Registerbezirken zwischen 15,4% und 25,8% variierende Werte mit einem Durchschnitt von rd. 17%. Informationen über eine Zunahme dieser Zahlen als Folge der zu erwartenden „Flucht“ aus der GmbH in die GmbH & Co KG mit Rücksicht auf das BiRiLiG (Rdn 55) sind nicht bekannt geworden.

## 2. Wirtschaftliche Bedeutung der GmbH

- 75** a) **Verbreitung nach Wirtschaftszweigen.** Nach der amtlichen Statistik für 1987<sup>57</sup> verteilen sich die Gesellschaften mbH wie folgt auf die verschiedenen Wirtschaftszweige<sup>58</sup>:

<sup>52</sup> *Rühl* Rechtstatsachen zur Sachgründung im GmbH-Recht (1988) S. 31, basierend auf den Erhebungen bei drei Handelsregistern im Regierungsbezirk Nordbaden.

<sup>53</sup> GmbH-Rdsch. 1981, 227, 229; 1983, 29, 32 und 61, 64; 1985, 7, 13 und 42, 46 f.

<sup>54</sup> Zitiert nach *Kornblum* GmbH-Rdsch. 1981, 231 (bei Fn. 39) und 234, und GmbH-Rdsch. 1983, 65.

<sup>55</sup> Vgl. den Bericht in GmbH-Rdsch. 1981, 81.

<sup>56</sup> GmbH-Rdsch. 1981, 231; 1983, 65 f; 1985, 14 und 44.

<sup>57</sup> Statist. Bundesamt (Fn. 37) Tz. 3 (Zahl und Nennkapital der GmbH nach Wirtschaftszweigen).

<sup>58</sup> Zur nur beschränkten Aussagefähigkeit dieser von den Statist. Landesämtern anhand des jeweiligen Unternehmensgegenstands nach dem Schwerpunktprinzip erstellten Aufgliederung vgl. *Hansen* GmbH-Rdsch. 1985, 210.

	Zahl		Stammkapital (Mrd. DM)	
	1986	1987	1986	1987
Verarb. Gewerbe	70.988	73.814	55,9	58,6
Baugewerbe	37.247	38.607	3,6	3,7
Handel	89.979	93.129	20,2	21,2
Verkehr	13.770	14.482	4,2	4,5
Dienstleistungen	126.884	132.726	46,3	51,2
Sonstige <sup>59</sup>	7.503	7.722	17,2	18,1
	346.371	360.480	147,4	157,3

Die Übersicht in Rdn 75 zeigt, daß die Rechtsform der GmbH deutliche **Schwerpunkte** in den Bereichen des Handels und der Dienstleistungen (einschl. freie Berufe und Komplementär-GmbH) hat. Einen weiteren (relativen) Schwerpunkt der GmbH bildet das Baugewerbe, während ihr beim verarbeitenden Gewerbe trotz des hierauf entfallenden Anteils von rd. 20% aller GmbH angesichts der Breite dieses Wirtschaftsbereichs, aber auch im Vergleich zur Aufgliederung der Unternehmen in der Rechtsform der AG keine herausragende Rolle zukommt<sup>60</sup>. Diese Schwerpunktverteilung spiegelt sich auch in der Aufgliederung der Neugründungen wider: danach entfielen von den Neugründungen der Jahre 1981 und 1982 auf den Handel rd. 27%, auf die verschiedenen Arten von Dienstleistungen rd. 40% und auf das Baugewerbe rd. 13%, während der Anteil des verarbeitenden Gewerbes sich auf rd. 17% beschränkte<sup>61</sup>. Dieser Trend hat sich auch seither fortgesetzt<sup>62</sup>. – Zu den vielfältigen Verwendungszwecken der Rechtsform der GmbH vgl. auch Rdn 81 ff.

b) **Rechtsform für Großunternehmen.** Im Unterschied zur AG als typische Rechtsform zum Betrieb von Großunternehmen dient die GmbH typischer Weise als Rechtsträger für kleine und mittlere Unternehmen (vgl. auch Rdn 71 zu den Größenklassen des Stammkapitals). Immerhin ist die Zahl der Gesellschaften mbH mit einem Stammkapital von über 100 Mio. DM nicht ganz gering; sie belief sich per Ende 1986 auf 186 GmbH (gegenüber 231 AG)<sup>63</sup>. Über ein Stammkapital von mehr als 1 Mrd. DM verfügten zu diesem Zeitpunkt allerdings nur 3 GmbH (gegenüber 20 AG)<sup>64</sup>; ähnliche Relationen zeigt die rechtsformbezogene Aufgliederung der **100 größten Unternehmen**, bei der auf die GmbH im Jahr 1986 nur 18 Unternehmen gegenüber 70 Unternehmen in der Rechtsform der AG und KGaA entfielen<sup>65</sup>. Der Mitbestimmung nach dem MitbestG 1976 unterlagen per Ende 1980 aufgrund der Beschäftigung von mehr als 2000 **Arbeitnehmern** (einschl. Konzernunternehmen) immerhin 178 Unternehmen in der Rechtsform der GmbH (gegenüber 282 in der Rechtsform der AG)<sup>66</sup>. Zum 1. 6. 1987 soll sich diese Zahl auf rd. 200 GmbH und GmbH & Co KG bei 284 mitbestimmten AG und KGaA erhöht haben<sup>67</sup>.

c) **Vergleich mit anderen Unternehmensformen.** Zum Vergleich von zahlenmäßiger Verbreitung und Stammkapital der GmbH mit den entsprechenden Daten der AG vgl. schon Rdn 67, 70. Weniger leicht durchführbar ist demgegenüber ein Vergleich mit

<sup>59</sup> Land- und Forstwirtschaft, Fischerei; Energie- und Wasserversorgung, Bergbau; Kredit- und Versicherungsgewerbe.

<sup>60</sup> Vgl. dazu näher Hansen GmbH-Rdsch. 1985, 210.

<sup>61</sup> Hansen GmbH-Rdsch. 1985, 210 f.

<sup>62</sup> Vgl. die Angaben bei Hansen GmbH-Rdsch. 1988, 17.

<sup>63</sup> Näheres bei Hansen GmbH-Rdsch. 1988, 16 f.

<sup>64</sup> Hansen GmbH-Rdsch. 1988, 17.

<sup>65</sup> Vgl. Monopolkommission, 7. Hauptgutachten 1986/87 (1988) Tz. 310; in den Jahren 1982 und 1984 belief sich diese Zahl auf 19 bzw. 20 GmbH (6. Hauptgutachten 1984/85 Tz. 358).

<sup>66</sup> Theisen DB 1980, 1879 f.

<sup>67</sup> Vgl. die Information GmbH-Rdsch. 1987, 233.

dem einzelkaufmännischen Unternehmen, der OHG und der KG als Unternehmensform. Das beruht darauf, daß exakte Zahlen über die Häufigkeit von deren Vorkommen wegen der grundsätzlich deklaratorischen Wirkung ihrer Handelsregistereintragung nicht bekannt sind. Immerhin gestattet die Umsatzsteuerstatistik aufgrund der Einbeziehung sämtlicher Unternehmen mit steuerpflichtigen Umsätzen von über 20.000 DM jährlich einen im wesentlichen aussagekräftigen Vergleich über die relative Häufigkeit der verschiedenen Unternehmensformen. Danach ergab sich für die Jahre 1974 und 1984 die folgende Aufgliederung<sup>68</sup>:

Rechtsform	Anzahl		Umsatz (Mrd. DM)	
	1974	1984	1974	1984
Unternehmen insges.	1.584.812	1.857.890	2059,7	3765,2
davon:	%	%	%	%
Einzelunternehmen	82,0	75,8	20,4	15,6
OHG	} 11,3	7,7	} 33,2	6,5
KG		4,8		24,2
GmbH	3,0	9,9	17,4	24,8
AG	0,1	0,1	21,1	21,9
Sonstige	3,6	1,7	7,9	7,0

Der Vergleich zeigt den deutlichen Zuwachs der umsatzsteuerpflichtigen GmbH von 3,0 auf 9,9% in der Zeit von 1974 bis 1984 bei nur geringfügiger Steigerung der auf OHG und KG entfallenden Anteile von 11,3 auf 12,5% und einem deutlichen Rückgang der Einzelunternehmen von 82 auf 75,8%. Allerdings übersteigt danach der Anteil der Einzelunternehmen und der Personengesellschaften denjenigen der steuerpflichtigen GmbH auch im Jahr 1984 noch um ein Vielfaches.

**79** Ein wesentlich anderes Zahlenverhältnis ergibt sich aus den verschiedenen von Kornblum durchgeführten rechtstatsächlichen Erhebungen. Danach überstiegen im Untersuchungszeitraum 1982/83 die Gesamtzahlen der GmbH-Eintragungen bei den drei untersuchten Handelsregistern im Regierungsbezirk Nordwürttemberg<sup>69</sup> jeweils diejenigen der Eintragungen in Abteilung A (Einzelunternehmen, OHG und KG zusammen) und lagen z. T. deutlich über diesen<sup>70</sup>. Besonders aufschlußreich für die zu beobachtende Schwerpunktverlagerung zur GmbH war dabei die Entwicklung der Neueintragungen. Während bei ihnen in den 60er Jahren diejenigen in Abteilung A mit zwischen 55 und 60% gegenüber den Eintragungen der GmbH mit zwischen 40 und 45% noch überwogen, hatte sich das Verhältnis in den 70er Jahren grundlegend verändert: auf Neueintragungen von Gesellschaften mbH entfielen bei den drei Handelsregistern jetzt zwischen 75 und 79% gegenüber nur noch 21 bis 25% Neueintragungen in Abteilung A. In dieselbe Richtung weisen die Untersuchungen Kornblums bei zwölf weiteren Handelsregistern<sup>71</sup>; sie zeigten bereits für das Jahr 1982 den folgenden Vorsprung der GmbH-Eintragungen gegenüber denjenigen in Abteilung A<sup>72</sup>:

Einzelunternehmen	35.830
OHG	6.900
KG	24.620
Abteilung A insges.	67.350
GmbH	77.840

<sup>68</sup> Zit. nach Hansen GmbH-Rdsch. 1987, 50.

<sup>69</sup> Schorndorf, Schwabisch Gmünd, Waiblingen.

<sup>70</sup> Vgl. näher Kornblum: u. a. GmbH-Rdsch. 1985, 8 und 15.

<sup>71</sup> Bayreuth, Berlin, Frankfurt/M., Freiburg, Goslar, Hamburg, Hannover, Köln, Landshut, München, Münster, Trier.

<sup>72</sup> GmbH-Rdsch. 1983, 63.

Aufgrund des Verhältnisses der in die Untersuchung einbezogenen Handelsregister zur Zahl und Größe sämtlicher inländischer Registergerichte läßt sich daraus folgende „Hochrechnung“ der verschiedenen personenbezogenen Unternehmensformen per Ende 1982 (bei rd. 294.000 Gesellschaften mbH) gewinnen<sup>73</sup>:

135.000 Einzelunternehmen  
 25.000 OHG  
 93.000 KG (davon rd. 50.000 GmbH & Co KG)

### 3. Verwendungszwecke der GmbH

a) **Allgemeines.** Zu den unterschiedlichen *Erscheinungsformen* der GmbH und zu ihrem Einsatz für verschiedenartige Organisationsaufgaben vgl. schon Rdn 8 ff. Die Vielgestaltigkeit der Verwendungsmöglichkeiten dieser Rechtsform beruht vor allem auf zwei Umständen: der Offenheit der GmbH als Formkaufmann (Rdn 17a) für alle Arten gesetzlich erlaubter Gesellschaftszwecke und Unternehmensgegenstände sowie der weitgehenden Flexibilität des Innenverhältnisses (Rdn 21). Sie gestatten die Wahl der GmbH als Rechtsform immer dann, wenn für die Organisationsaufgaben der Einsatz einer juristischen Person vorgesehen ist; auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks oder auf das Betreiben eines Handelsgewerbes als Unternehmensgegenstand kommt es demgegenüber nicht an.

b) **Unternehmensträger.** Die vorherrschende Verwendung der GmbH und die ihr vom Gesetzgeber in erster Linie zugeordnete Aufgabe als „kleine AG“ besteht in ihrem Einsatz als Rechtsträger für kleine und mittlere gewerbliche Unternehmen (vgl. Rdn 3 ff). Die GmbH ist die typische Organisationsform für die *mittelständische* Wirtschaft, soweit nicht die Verwendung einer personenbezogenen Unternehmensform (Einzelunternehmen, OHG oder KG) bevorzugt wird. Zur Branchengliederung der GmbH vgl. Rdn 75, zur Verwendung dieser Rechtsform als Organisationsinstrument für Konzernunternehmen vgl. Rdn 84 f.

Auch für den Betrieb eines **freiberuflichen Unternehmens** bietet sich die Rechtsform der GmbH an, soweit dem nicht Schranken aufgrund des jeweiligen Standesrechts der freien Berufe entgegenstehen<sup>74</sup>. Dementsprechend findet sich die GmbH nicht selten als Organisationsform für die Tätigkeiten der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, der Architekten und Ingenieure (vgl. näher § 1, 20).

c) **Konzerninstrument.** Verbreitete Verwendung findet die Rechtsform der GmbH auch beim organisatorischen Aufbau und der Ausgestaltung von Unternehmensverbindungen. Das gilt namentlich für die Wahl der Rechtsform **abhängiger oder beherrschter** Konzernunternehmen; insoweit bietet die GmbH aus der Sicht der Konzernspitze aufgrund der Weisungsbindung der Geschäftsführer und der Flexibilität des Innenverhältnisses ideale Voraussetzungen für ihren Einsatz als Instrument zentraler oder dezentraler Konzernleitung (zu den damit verbundenen Problemen des Gläubiger- und Minderheitenschutzes im Konzern vgl. Rdn 97 f). Zur Verwendung der GmbH als Organisationsform für Gemeinschaftsunternehmen oder bei Betriebsaufspaltungen vgl. schon Rdn 15, 16.

Nicht selten ist die GmbH als **Holdinggesellschaft** im Rahmen eines Unternehmensverbundes anzutreffen, sei es als Konzernspitze oder als Zwischenholding zur Zusam-

<sup>73</sup> So *Kornblum* u. a. GmbH-Rdsch. 1985, 18.

<sup>74</sup> Vgl. dazu näher *Kremer* GmbH-Rdsch. 1983, 259, 261 f, 265.

menfassung nachgeordneter Konzernunternehmen der dritten Stufe im Falle mehrstufiger Unternehmensverbindungen. In derartigen Fällen liegen die Anteile an den nachgeordneten Konzernunternehmen im Vermögen der Holding-GmbH; sie ist ggf. Partner der mit den nachgeordneten Unternehmen geschlossenen Unternehmensverträge. Diese Organisationsform ist vor allem auch beim Beteiligungsbesitz von Gebietskörperschaften anzutreffen (Rdn 87). Die Entscheidung der hinter der Holding-GmbH stehenden Gesellschafter darüber, ob sie die Leitung der nachgeordneten Unternehmen der GmbH-Geschäftsführung überlassen oder ihr bindende Vorgaben erteilen, ist Gegenstand ihres Innenverhältnisses; Regelungen hierüber können ihren Niederschlag entweder in der GmbH-Satzung oder in einem daneben bestehenden GbR-Vertrag finden (Rdn 14).

- 86** d) **Geschäftsführungsinstrument.** Von den Konzern-(Holding-)Fällen abgesehen, findet sich die Verwendung der GmbH als Geschäftsführungsinstrument vor allem bei ihrem Einsatz als **Komplementär-GmbH** im Rahmen einer GmbH & Co KG. Hierauf entfallen nach den Ergebnissen rechtstatsächlicher Untersuchungen mindestens 15%, nach anderen Schätzungen bis zu 30% aller bestehenden GmbH (Rdn 74). Es handelt sich somit um einen besonders verbreiteten Anwendungsbereich der GmbH-Rechtsform, auf den auch bei der Frage einer weiteren Anhebung des gesetzlichen Mindestkapitals über den seit 1980 geltenden Betrag von 50.000 DM hinaus Rücksicht zu nehmen ist.
- 87** e) **Organisationsform für Unternehmen der öffentlichen Hand.** Bei Unternehmen im Besitz der öffentlichen Hand begegnet die Verwendung der Rechtsform der GmbH vor allem auf *kommunaler* Ebene. Sie eröffnet den Gemeindeorganen über die weisungsgebundene Geschäftsführung der GmbH den Zugriff auf das von ihr betriebene Unternehmen zur Umsetzung öffentlicher Zwecke, etwa solcher der Energie-, Verkehrs- oder allgemeinen Wirtschaftspolitik (vgl. näher § 1, 21 m. Nachw.). Wird die GmbH als Holding des kommunalen Beteiligungsbesitzes eingesetzt, so können sich daraus im Falle zentraler Leitung durch die Gemeindeorgane *Haftungsfolgen* zu Lasten der Gemeinde wegen des Bestehens eines qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns ergeben. Sie können angesichts der gemeinderechtlichen Vorschriften zur Begrenzung der Haftung aus der kommunalen Wirtschaftstätigkeit Probleme für deren Zulässigkeit unter Verwendung der GmbH-Rechtsform hervorrufen<sup>75</sup>.
- 88** f) **Sonstige.** Nicht unwesentliche Bedeutung kommt der Rechtsform der GmbH schließlich für die Verfolgung **nicht-wirtschaftlicher**, d. h. wissenschaftlicher, kultureller, sozialer, politischer, öffentlicher u. a. Zwecke zu<sup>76</sup>. Die GmbH eignet sich etwa als Organisationsform für Wirtschafts- oder Berufsverbände, für Unterstützungs- oder Pensionskassen, für Unternehmen des Wohnungsbaus oder der Daseinsvorsorge (vgl. § 1, 22 f). Es findet sich auch der Betrieb von Forschungseinrichtungen in GmbH-Form oder die Verwendung der GmbH als Ersatz für eine rechtsfähige Stiftung (Rdn 13). Über die Häufigkeit und Verbreitung derartiger GmbH-Verwendungen ist Genaueres nicht bekannt<sup>77</sup>. Zur Verwendung der GmbH für politische und religiöse Zwecke vgl. § 1, 25.

<sup>75</sup> Dazu *Paschke* ZHR 152 (1988) 263 ff.

<sup>76</sup> Vgl. näher *Loidl* Die GmbH ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung (1970) S. 20 ff, 49 ff, 79 ff; *Winkler* NJW 1970, 449 ff.

<sup>77</sup> Vgl. immerhin die Hinweise von *Limbach* (Fn. 49) S. 83 ff auf derartige, bei den Erhebungen in Berlin angetroffene Gesellschaften mbH.

## 4. Dauer und Insolvenzanfälligkeit der GmbH

a) **Allgemeines.** Zur erheblichen Fluktuation innerhalb des GmbH-Bestands und zu der nicht geringen Zahl jährlicher **Abgänge** vgl. schon Rdn 69. Die Ursachen dieser Abgänge sind – mit 32% Liquidationen, 11% Konkursöffnungen und 4% Fusionen und Umwandlungen in eine andere Rechtsform im Zeitraum von 1977 bis 1986<sup>78</sup> – nur teilweise bekannt. Unter den restlichen 53% dürfte der größte Teil auf Löschungen wegen Vermögenslosigkeit nach § 2 LösSchG entfallen; ihr geht ggf. die Ablehnung eines Konkursantrags mangels Masse voraus. Hinsichtlich der durchschnittlichen **Bestandsdauer** der GmbH liegen repräsentative Zahlen nicht vor; die GmbH-Satzungen enthalten in der Regel keine feste Zeitbeschränkung (vgl. dazu § 3, 58 ff). Immerhin lassen die vorliegenden Insolvenzstatistiken erkennen, daß Unternehmensinsolvenzen, darunter namentlich auch solche bei Unternehmen in der Rechtsform der GmbH, besonders häufig in den ersten Jahren nach Gründung des Unternehmens auftreten<sup>79</sup>.

b) **Insolvenzstatistik.** Der vom Statistischen Bundesamt geführten Insolvenzstatistik sind ungeachtet der konjunkturbedingten Zu- oder Abnahme von Unternehmensinsolvenzen drei im wesentlichen gleichbleibende Faktoren zu entnehmen: die absolut und relativ hohe Zahl der Insolvenzen von Unternehmen in der Rechtsform der GmbH und der GmbH & Co KG, die entsprechend hohe Zahl der auf diese Rechtsform entfallenden Konkursablehnungen mangels Masse sowie die besondere Häufigkeit von Unternehmensinsolvenzen in den ersten acht Jahren nach Gründung der GmbH<sup>80</sup>. Sie bestätigt die verbreitete Ansicht von der besonderen Insolvenzanfälligkeit der GmbH (und GmbH & Co KG) und läßt darauf schließen, daß eine Hauptursache hierfür nach wie vor die unzureichende Kapitalausstattung vieler Gesellschaften mbH bildet (vgl. dazu auch Rdn 71).

Im einzelnen ergibt sich für die Zeit ab 1980 folgende **Übersicht** über die Unternehmensinsolvenzen<sup>81</sup>:

	1980	%	1983	%	1986	%	1988	%
Verfahren insgesamt	6.315	100	11.845	100	13.500	100	10.562	100
Konkurs abgelehnt	4.463	70,7	8.863	74,8	10.266	76,3	7.825	74,1
(Aufteilung nach Rechtsform):								
Einzelunternehmen								
– nicht eingetragen	1.977	31,3	3.367	28,4	3.869	28,7	2.709	25,7
– eingetragen	529	8,4	1.271	10,7	1.259	9,4	1.171	11,1
OHG/KG	262	4,1	432	3,6	410	3,0	288	2,7
GmbH & Co KG	485	7,7	847	7,2	905	6,7	623	5,9
GmbH	3.038	48,1	5.882	49,7	7.013	52,9	5.735	54,3
AG, KGaA	11	0,2	22	0,2	18	0,1	13	0,1
Sonstige	13	0,2	24	0,2	26	0,2	23	0,2

Die Zusammenstellung zeigt, daß die GmbH im letzten Jahrzehnt durchweg zu rd. 50% an den Unternehmensinsolvenzen beteiligt war. Gemessen an den Relationen der Rechtsformen nach der Umsatzsteuerstatistik (Rdn 78) war ihr Anteil danach deutlich

<sup>78</sup> Vgl. näher *Hansen GmbH-Rdsch.* 1988, 15, 17.

<sup>79</sup> Nach den Ergebnissen der Insolvenzstatistik entfallen drei Viertel der Unternehmensinsolvenzen auf Unternehmen, die weniger als acht Jahre bestehen (vgl. etwa *Doehring KTS* 1986, 616 sowie die Angaben des Statist. Bundesamts, aaO Fn. 81). Nach Untersuchungen von „Creditreform“ entfielen

knapp 40% aller Insolvenzen auf bis zu vier Jahre alte Unternehmen (*Doehring aaO* 616).

<sup>80</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 81.

<sup>81</sup> Statist. Bundesamt, Fachserie 2 (Unternehmen und Arbeitsstätten) Reihe 4.1 (Insolvenzverfahren) 1980, 1983, 1986 und 1988, jew. Heft 12, S. 18.

überproportional; entsprechendes gilt – bei Ausklammerung der nicht eingetragenen Einzelunternehmen – für das Verhältnis der Gesamtzahl der GmbH zu derjenigen der in Abteilung A des Handelsregisters eingetragenen Einzelunternehmen und OHG/KG.

#### IV. Entwicklungen des GmbH-Rechts

##### 1. Schwerpunkte höchstrichterlicher Rechtsfortbildung

- 92** a) **Überblick.** Das GmbH-Recht stand in den beiden letzten Jahrzehnten neben den Rechtsgebieten der GmbH & Co KG und der Publikums-KG im Zentrum der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht<sup>82</sup>. Darin dokumentiert sich einerseits die große Zahl und die vielseitige Verwendbarkeit der GmbH, andererseits die Lückenhaftigkeit der überwiegend noch auf das Jahr 1892 zurückgehenden gesetzlichen Regelung, nachdem Bestrebungen des Gesetzgebers, zu einer umfassenden GmbH-Reform zu kommen, wiederholt gescheitert waren (Rdn 56 f). Vom Gläubiger- und Minderheitenschutz als den beiden „klassischen“ Themen des GmbH-Rechts abgesehen (vgl. dazu Rdn 93 ff), lagen die Schwerpunkte höchstrichterlicher Rechtsprechung bei dem – inzwischen im wesentlichen geklärten – Fragenkreis des GmbH-Gründungsrechts<sup>83</sup> sowie beim GmbH-Konzernrecht (Rdn 97 f). Eng mit dem GmbH-Recht zusammen hängt schließlich auch die Rechtsfortbildung bei der GmbH & Co KG; denn sie ist in erster Linie darauf gerichtet, aus Gründen des Gläubigerschutzes die Kapitalerhaltungsregeln des GmbH-Rechts auf die GmbH & Co KG ohne natürliche Personen als voll haftende Gesellschafter zu übertragen<sup>84</sup>.
- 93** b) **Gläubigerschutz.** Aspekte des Gläubigerschutzes waren sowohl maßgebend für die Rechtsfortbildung im Bereich der Vor-GmbH, zur Gewährleistung voller Kapitalaufbringung und Unversehrtheit des Stammkapitals bei Eintragung der Gesellschaft (§ 11, 72), als auch im GmbH-Konzernrecht zum Schutz der Gläubiger vor kapitalmäßiger Aushöhlung der beherrschten Gesellschaft (Rdn 98). Hiervon abgesehen hat sich die Rechtsprechung vor allem mit Fragen der **Kapitalerhaltung** und der Sicherung des Gesellschaftsvermögens gegen offene oder verdeckte Rückzahlungen an die Gesellschafter befaßt. So qualifizierte der BGH<sup>85</sup> die Vorschrift des § 30 über die Unzulässigkeit der Einlagenrückgewähr als ein nicht nur an die Geschäftsführer, sondern auch an die (Mit-)Gesellschafter gerichtetes Verbot; mit dieser Begründung kam er zu einer über § 31 Abs. 3 deutlich hinausgehenden Schadensersatzhaftung der Mitgesellschafter wegen Mitwirkung an einer gegen § 30 verstoßenden Rückzahlung an andere Gesellschafter. Das Rückzahlungsverbot des § 30 bildete vor allem auch die Grundlage für die Rechtsprechung zur *Undurchsetzbarkeit eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen* in der Krise der GmbH; Teile dieser Rechtsprechung sind inzwischen durch die GmbH-Novelle 1980 in das GmbHG übernommen worden (vgl. Erläut. zu §§ 32a, 32b).
- 94** Einen weiteren Problemkreis des Gläubigerschutzes bildeten die mit der **unzureichenden Kapitalausstattung** der GmbH zusammenhängenden Haftungsfragen. Zur Übernahme der in der Literatur geforderten Außenhaftung der Gesellschafter wegen Unter-

<sup>82</sup> Vgl. dazu näher *Ulmer* Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht 1971–1985 (1986) S. 53 ff. Nach den dort getroffenen Feststellungen entfielen von den in BGHZ 55 bis 95 insgesamt veröffentlichten 150 Grundsatzurteilen zum Gesellschaftsrecht nicht weniger als 50 Urteile auf die Rechtsform der GmbH; hinzu kamen 20 Grund-

satzurteile zur Publikums-KG und 18 Entscheidungen zur sonstigen GmbH & Co KG.

<sup>83</sup> Vgl. dazu näher *Ulmer* (Fn. 82) S. 6 ff und die Erläut. zu § 11.

<sup>84</sup> Nachw. bei *Ulmer* (Fn. 82) S. 20 f.

<sup>85</sup> BGHZ 93, 146, 149 f = NJW 1985, 1030; vgl. dazu *Ulmer* ZGR 1985, 598 ff.

kapitalisierung<sup>86</sup> konnte sich der BGH zwar bisher nicht entschließen<sup>87</sup>. Durch großzügige Bejahung der Voraussetzungen einer Schadensersatzhaftung der maßgebenden Gesellschafter nach § 826 BGB kam er diesen Forderungen jedoch zumindest im Ergebnis nahe<sup>88</sup>. Bedeutsam sind in diesem Zusammenhang auch die Urteile zur *Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern wegen Konkursverschleppung*<sup>89</sup>. Probleme im Hinblick auf den Gläubigerschutz bereiten insoweit vor allem noch die Unsicherheiten der Praxis bei Anwendung des Konkursgrundes der Überschuldung<sup>90</sup>.

c) **Minderheitenschutz.** Seine besondere Bedeutung für das GmbH-Recht folgt aus dem Zusammenwirken von Mehrheitsherrschaft und Flexibilität des GmbH-Innenrechts; ohne rechtliche Vorkehrungen wäre die Minderheit danach der Mehrheitsmacht im wesentlichen schutzlos ausgeliefert. Da das GmbHG nur wenige zwingende Normen zum Schutz der Minderheit kennt (Rdn 21), bestand auch in diesem Punkt Bedarf für höchstrichterliche Rechtsfortbildung. Sie beschränkte sich zunächst darauf, für solche Mehrheitsbeschlüsse bei Kapitalgesellschaften eine *sachliche Rechtfertigung* zu fordern, die unmittelbar oder mittelbar die Rechtsstellung der Minderheit beeinträchtigen<sup>91</sup>. Darüber hinausgehend hat der BGH sodann – neben dem analog § 53a AktG geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz – zunehmend die *Treupflicht* als eine das Verhältnis der Mehrheit nicht nur zur GmbH, sondern auch zur Minderheit bestimmende Schranke anerkannt und mit dieser Begründung den einzelnen Gesellschaftern sowohl ein Anfechtungsrecht gegen treuwidrige Mehrheitsbeschlüsse als auch – je nach Lage des Falles – einen Schadensersatzanspruch gegen die Mehrheit gewährt bzw. die Mitgesellschafter dazu verpflichtet, im Gesellschaftsinteresse gebotenen Maßnahmen zuzustimmen (vgl. näher § 14, 52 ff). Dadurch hat die Treupflicht im GmbH-Recht eine ähnlich umfassende Bedeutung wie im Personengesellschaftsrecht erlangt<sup>92</sup>.

## 2. GmbH- und Unternehmensrecht

a) **Mitbestimmung.** Einen ersten nachhaltigen „Einbruch“ des Unternehmensrechts in das geltende GmbH-Recht bedeutete – abgesehen vom Publizitätsgesetz und seiner zwischenzeitlichen Ersetzung für die GmbH durch das BiRiLiG (Rdn 55) – die Einführung der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer für Gesellschaften mbH mit mehr als 2000 Arbeitnehmern durch das MitbestG 1976 (Rdn 77). Sie erfolgte im wesentlichen „rechtsformneutral“ durch Verpflichtung der mitbestimmten Unternehmen zur Bildung eines paritätisch besetzten, obligatorischen Aufsichtsrats

<sup>86</sup> Vgl. dazu aus neuerer Zeit (befürwortend) *Lutter/Hommelhoff ZGR* 1979, 31 ff; *Stimpel Festschrift Goerdeler* (1987) S. 601 ff; *Wilhelm Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person* (1981) S. 287 ff; aA *Kahler BB* 1985, 1429 ff und *Schulze-Osterloh ZGR* 1983, 123, 143 ff; zum Ganzen vgl. näher Anh § 30.

<sup>87</sup> Ablehnend BGHZ 68, 312, 319 = NJW 1977, 1449 (VIII. Zivilsenat); dazu kritisch BGH NJW 1977, 1683, 1686 (II. Zivilsenat); aA OLG Hamburg BB 1973, 1231 (obiter); offenlassend BGH BB 1981, 750, 751 (II. Zivilsenat).

<sup>88</sup> Vgl. BGH NJW 1979, 2104; BGHZ 96, 231, 243 ff = NJW 1986, 837; BGH GmbH-Rdsch. 1985, 255; so auch OLG Karlsruhe WM 1978, 962.

<sup>89</sup> Vgl. zur Geschäftsführerhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB BGHZ 29, 100, 104 = NJW 1959, 623; 75,

96, 106 = NJW 1979, 1823; BGH WM 1985, 384, 385 (st. Rspr.); zur Haftung der Gesellschafter als Teilnehmer nach § 830 Abs. 2 BGB vgl. BGHZ 75, 96, 107 = NJW 1979, 1823.

<sup>90</sup> Dazu und zu der von der Literatur befürworteten, auf klareren Kriterien beruhenden zweistufigen Überschuldungsprüfung vgl. Erläut. zu § 64.

<sup>91</sup> Vgl. BGHZ 71, 40, 44 ff = NJW 1978, 1316; BGHZ 83, 319, 321 f = NJW 1982, 2444; zum Ganzen vgl. *Lutter ZGR* 1979, 401 ff und *ZGR* 1981, 171 ff; *Martens Festschrift Rob. Fischer* (1979) S. 437 ff; *Timm ZGR* 1987, 403 ff; *Wiedemann ZGR* 1980, 147, 155 ff.

<sup>92</sup> Vgl. dazu grundlegend *M. Winter Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht* (1988), insbes. S. 43 ff.

mit wesentlichen, am Aktienrecht orientierten Kompetenzen, darunter vor allem der Personalkompetenz gegenüber der Geschäftsführung unter entsprechender Verdrängung der Gesellschafterversammlung. Da der Gesetzgeber davon absah, das GmbHG in bezug auf die mitbestimmte GmbH an das MitbestG 1976 anzupassen, herrschte zunächst Unklarheit über die Folgen der Mitbestimmung für die im MitbestG 1976 nicht besonders geregelten Kompetenzen der Gesellschafterversammlung, darunter vor allem das Weisungsrecht in Geschäftsführungsfragen<sup>93</sup>. Inzwischen hat sich jedoch zu Recht die Auffassung durchgesetzt, daß das geltende Organisationsrecht durch die Mitbestimmung grundsätzlich nur insoweit modifiziert wird, als das MitbestG 1976 dies ausdrücklich vorschreibt (vgl. näher Erläut. zu § 52). Eine Ausnahme gilt für solche Kompetenzen der Gesellschafterversammlung, die – wie diejenige zum Abschluß der Geschäftsführerverträge<sup>94</sup> – mit den auf den Aufsichtsrat übergeleiteten Kompetenzen unmittelbar zusammenhängen.

**97** b) **Recht der Unternehmensverbindungen (Konzernrecht).** Eine gesetzliche Regelung des GmbH-Konzernrechts ist – abweichend vom Aktienrecht der verbundenen Unternehmen (§§ 291 bis 328 AktG) und vorbehaltlich des Konzernbilanzrechts der §§ 290 bis 315 HGB – bisher nicht erfolgt. Darauf gerichtete Vorschläge in §§ 230 bis 266 RegE GmbHG 1971/73 (Rdn 57) waren in die GmbH-Novelle 1980 nicht übernommen worden. Die Aufgabe, ein dem Minderheiten- und Gläubigerschutz verpflichtetes rechtsformspezifisches GmbH-Konzernrecht zu entwickeln, blieb dadurch der höchstrichterlichen Rechtsprechung überlassen.

**98** Der *Bundesgerichtshof* hat sich dieser Aufgabe gestellt und durch drei Grundsatzentscheidungen<sup>95</sup> im wesentlichen für Rechtsklarheit in diesem besonders vielschichtigen und schwierigen Rechtsgebiet gesorgt. Aus Gründen des *Minderheitenschutzes* im faktischen GmbH-Konzern hat er es abgelehnt, der Mehrheit einen Handlungsspielraum nach Art der §§ 311 bis 318 AktG zur Verfolgung von Konzerninteressen einzuräumen; das herrschende Unternehmen bleibt beim Fehlen eines Unternehmensvertrags vielmehr zur Respektierung des Unternehmensinteresses der GmbH verpflichtet, wenn es eine Schadensersatzhaftung wegen Treupflichtverletzung vermeiden will<sup>96</sup>. Für den *Gläubigerschutz* nicht nur im Vertragskonzern, sondern auch im qualifizierten faktischen Konzern ist im Grundsatz die analoge Anwendung der §§ 302, 303 AktG über die Pflicht des herrschenden Unternehmens zum Verlustausgleich und zur Sicherheitsleistung bei Vertragsende anerkannt<sup>97</sup>. Ebenso ist inzwischen klargestellt, daß *Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge* mit einer abhängigen GmbH zu ihrer Wirksamkeit eines notariell beurkundeten Gesellschafterbeschlusses und dessen Eintragung im Handelsregister der GmbH bedürfen<sup>98</sup>. Noch nicht entschieden hat der BGH lediglich über die Frage, ob für diesen Beschluß die satzungsändernde Dreiviertelmehrheit ausreicht oder ob er der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf<sup>99</sup>, sowie welche Garantien der Minderheit im Unternehmensvertrag ggf. einzuräumen sind. Wegen der Einzelheiten vgl. Anh § 77.

<sup>93</sup> Vgl. näher *Ulmer* Der Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH (1979) S. 40 ff, 45 ff.

<sup>94</sup> BGHZ 89, 48, 52 = NJW 1984, 733.

<sup>95</sup> BGHZ 65, 15 = NJW 1976, 191 – ITT; 95, 330 = NJW 1986, 188 – Autokran; 105, 324 = NJW 1989, 295 – Supermarkt.

<sup>96</sup> BGHZ 65, 15, 18 f = NJW 1976, 191 – ITT.

<sup>97</sup> BGHZ 95, 330, 345 ff = NJW 1986, 188 – Autokran; so jetzt auch BGH NJW 1989, 1800.

<sup>98</sup> BGHZ 105, 324 = NJW 1989, 295 – Supermarkt;

zur fortdauernden Wirksamkeit fehlerhafter Altverträge bis zur Geltendmachung des Mangels vgl. BGHZ 103, 1, 4 = NJW 1988, 1326 – Familienheim.

<sup>99</sup> Dafür die überwM, vgl. Scholz/Priester § 53, 164; Scholz/K. Schmidt § 47, 5; Baumbach/Hueck/Zöllner AnhKonzernR 16; Fleck ZGR 1988, 104, 134; *Ulmer* BB 1989, 10, 13 f; aA (Dreiviertelmehrheit genügt) Fischer/Lutter/Hommelhoff Anh § 13, 27; Rowedder/Koppensteiner Anh § 52, 40; *Timm* GmbH-Rdsch. 1987, 8, 11.

### 3. Rechtspolitische Aspekte

a) **Europäische Rechtsangleichung.** Sie hat mit Ausnahme des BiRiLiG (Rdn 55) **99** für die Rechtsform der GmbH bisher keine nennenswerte Bedeutung erlangt; lediglich die Publizitätsrichtlinie von 1969 (Rdn 207 ff) hat zu geringfügigen Änderungen des GmbHG geführt. Entsprechendes gilt für die dem Rat der EG von der Kommission vorgelegten, noch nicht beschlossenen Richtlinienentwürfe; unter ihnen ist für das GmbH-Recht mit Änderungen wohl nur aufgrund der Einpersonengesellschaft-Richtlinie (Rdn 238 f) zu rechnen. Im übrigen bleibt die Entwicklung auf europäischer Ebene abzuwarten; das gilt vor allem auch für den von der Kommission noch nicht beschlossenen Entwurf einer Konzernrechtsrichtlinie (Rdn 232 f).

b) **Bereinigung des Umwandlungsrechts.** Auf nationaler Ebene ist als größeres **100** Gesetzesvorhaben im Gesellschaftsrecht derzeit (Frühjahr 1989) nur der im Herbst 1988 vom Bundesjustizministerium vorgelegte **Diskussionsentwurf** eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (EUmwG) vom 3. 8. 1988<sup>100</sup> zu erwähnen. Der Entwurf ist bestimmt zur Vereinheitlichung der Vorschriften des geltenden Rechts über die formwechselnde Umwandlung und Verschmelzung von Gesellschaften und sonstigen Unternehmensträgern. Daneben soll er der Neueinführung bisher nicht oder nur unzureichend geregelter Materien wie der Aufspaltung von Unternehmen, der Abspaltung oder Ausgliederung von Unternehmensteilen sowie der Übertragung des Unternehmensvermögens als Ganzes oder in Teilen auf einen Übernehmer dienen. Die Regelungen sind grundsätzlich rechtsformübergreifend konzipiert; sie sollen gegenüber den beteiligten Unternehmensträgern unabhängig von deren jeweiliger Rechtsform Anwendung finden. Das neue Gesetz wird daher auch für die GmbH als Unternehmens-träger maßgeblich sein.

Nennenswerte Änderungen des GmbHG sind im EUmwG nur insoweit **101** vorgesehen, als es um die im wesentlichen unveränderte Übernahme der Vorschriften über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§§ 1 bis 17 KapErhG) in §§ 57c bis 57o GmbHG geht. Der Änderungsvorschlag ist durch den vorgesehenen Wegfall des GmbH-Verschmelzungsrechts in §§ 19 bis 37 KapErhG als Folge des neuen Rechts bedingt; er soll das KapErhG insgesamt beseitigen. Inhaltliche Auswirkungen für das übrige GmbH-Recht sind damit nicht verbunden.

c) **Neues Insolvenzrecht.** Ein weiterer Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums, der Entwurf einer Insolvenzordnung (EInsO) vom 30. 8. 1988<sup>101</sup>, sieht eine umfassende Neuordnung des Insolvenzrechts unter Zusammenfassung von Konkurs- und Vergleichsordnung vor. Für das GmbHG ergeben sich daraus ganz überwiegend nur mittelbare Auswirkungen<sup>102</sup>. Eine Ausnahme gilt einerseits für die zur Vereinfachung von Sanierungsmaßnahmen geplante Einführung der vereinfachten Kapitalherabsetzung in §§ 58a bis 58f EGmbHG nach aktienrechtlichem Vorbild, andererseits für geringfügige redaktionelle Änderungen des § 32a Abs. 1 und 2 EGmbHG sowie für die geplante Änderung der Fristen betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen der GmbH zur Sicherung und Befriedigung von Gläubigern eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen (vgl. bisher §§ 32a KO, 3b AnfG). Mittelbar ist von dem neuen Insolvenzrecht vor allem ein stärkerer Druck auf die Geschäftsführer zu erwarten, rechtzeitig das Insolvenzverfahren zu beantragen, sowie eine entsprechende Verminderung der Zahl masseloser Insolvenzen.

<sup>100</sup> BMJ, Dok. III A 1 – 3501/1.

<sup>101</sup> Veröff. vom Verlag Kommunikationsforum (RWS) Köln 1988.

<sup>102</sup> Vgl. näher *Ulmer* in Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts (1989) S. 119 ff, 124 ff, 130 f.

- 103** d) **GmbH-spezifische Reformaufgaben?** Eine **grundlegende Reform** des GmbHG erscheint nach den Erfahrungen mit der gescheiterten „großen“ GmbH-Reform 1971/73 (Rdn 57) weder erforderlich noch wünschenswert. Die Lückenhaftigkeit des geschriebenen GmbH-Rechts und die Notwendigkeit der Lückenfüllung im Analogieweg oder durch höchstrichterliche Rechtsfortbildung (Rdn 27) sind zwar unverkennbar. Eine auf Kodifizierung der Ergebnisse der Rechtsfortbildung gerichtete **Gesamtreform** würde jedoch Gefahr laufen, das GmbHG übermäßig zu komplizieren, ohne daß von ihr ein wesentlicher Beitrag zur Transparenz des GmbH-Rechts zu erwarten wäre. Dringend *abzuraten* ist von Überlegungen, durch Modifikationen des GmbH-Rechts, darunter insbes. die Beseitigung der notariellen Form bei der Abtretung von Geschäftsanteilen, den *Börsenhandel* mit GmbH-Anteilen zu ermöglichen<sup>103</sup>. Derartige Pläne verkennen grundlegende Strukturelemente des GmbH-Rechts, darunter vor allem die Flexibilität des Innenverhältnisses und die hieraus für Kapitalanleger und sonstige Minderheitsgesellschaftler drohenden Gefahren der Mehrheitsherrschaft<sup>104</sup>. Wenn es darum gehen soll, Unternehmen leichteren Zugang zur Börse zu verschaffen, so bieten sich dafür in erster Linie Modifikationen des Aktienrechts an.
- 104** Anderes gilt für die Regelung von **Einzelbereichen** im Zuge künftiger Gesetzesvorhaben. Insoweit sollte namentlich die *vereinfachte Kapitalherabsetzung* nach dem Vorschlag des EInsO (Rdn 102) bald in das GmbHG aufgenommen werden. Erwünscht wäre auch eine grundlegende Überarbeitung der Vorschriften über *eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen* unter Beseitigung der derzeitigen Zweispurigkeit von Gesetzes- und Richterrecht (vgl. Erläut. zu § 32a); sie könnte im Zuge der Neuordnung des Insolvenzrechts ohne besonderen gesetzgeberischen Aufwand geleistet werden. Schließlich wäre an eine Kodifizierung des Rechts der *Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen* gegen Gesellschafterbeschlüsse zu denken, um die mit der Analogie zum Aktienrecht verbundenen Unklarheiten bei Fragen der Anfechtungsfrist, des Klagerechts u. a. zu beheben (vgl. Anh § 47).
- 105** Eine wesentliche Reformaufgabe könnte sich für den Gesetzgeber schließlich im Hinblick auf das bisher nur auf höchstrichterlicher Rechtsfortbildung beruhende **GmbH-Konzernrecht** (Rdn 98) stellen. Allerdings hätte sich ein hierauf gerichteter Gesetzesvorschlag mit *zwei Einwänden* auseinanderzusetzen. Der eine betrifft die europäische Dimension und damit die Frage, ob ein Handeln des nationalen Gesetzgebers vor dem Erlaß einer auf Rechtsangleichung gerichteten Konzernrechtsrichtlinie angesichts deren noch nicht hinreichend absehbaren Inhalts (Rdn 233) derzeit überhaupt sinnvoll ist. Der andere bezieht sich auf den Stand des nationalen Rechts der Unternehmensverbindungen; insoweit fragt sich, ob nicht ein rechtsformübergreifend angelegtes Gesetz über verbundene Unternehmen den Vorzug verdient, das einerseits das jedenfalls in Teilen überholte Aktienrecht der verbundenen Unternehmen (§§ 291 ff AktG), andererseits das noch wenig konturierte Personengesellschaftskonzernrecht in seinen Regelungsbereich einbezieht<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> So aber die Vorschläge der Stuttgarter Kommission „Zweiter Börsenmarkt“ (Kommissionsbericht, herausgegeben vom Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie Baden-Württemberg, 1987, S. 86 ff, 101 ff), ergänzt durch das Konzept eines „Anleger-Vereins“ als Medium zwischen GmbH und Kapitalanlegern (Vollmer/May Bericht der Arbeitsgruppe „Zweiter Börsenmarkt“, 1989, S. 9 ff, 45 ff).

<sup>104</sup> Das ursprüngliche Konzept der Kommission „Zweiter Börsenmarkt“ zu Recht ablehnend daher Hommelhoff und Claussen ZHR 153 (1989) 181 ff und 216 ff.

<sup>105</sup> Vgl. dazu die Vorschläge von Albach, Lutter u. a., Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell (1988), und von Hommelhoff ZHR 153 (1989) 181, 213 f.

## B. Die GmbH im internationalen Recht

### Materialien

Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts 1881 – 1896, bearb. von *Hartwig/Korkisch* (Materialien zum ausländischen und Internationalen Privatrecht 19 [1973]); Haager Abkommen über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit ausländischer Gesellschaften, Personenverbindungen und Stiftungen vom 1. 6. 1956 (Entwurf vom 31. 10. 1951, bisher nicht in Kraft getreten), Artt. 1 – 9 abgedruckt in *RabelsZ* 17 (1952) 270; Konventionsentwurf der International Law Association, beschlossen auf der 49. Konferenz in Hamburg 1960, Report of the Forty-Ninth Conference, S. ix und 93; Abkommensentwurf über die Aktiengesellschaften im Internationalen Privatrecht, Entschließung des Institut de Droit International vom 10. 9. 1966, abgedruckt in *RabelsZ* 31 (1967) 549; Entschließung des IX. Kongresses des Lateinischen Notariats in München 1967 *DNotZ* 1967, 727, 732; EWG-Übereinkommen vom 29. 2. 1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen (BGBl. 1972 II 370 mit Zustimmungsgesetz vom 18. 5. 1972, BGBl. 1972 II 369, bisher nicht in Kraft getreten: siehe Rdn 246 f); EWG-Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften vom 27. 9. 1972 (Bull. EG – Beilage 13/73); Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts, vorgelegt im Auftrag der 2. Kommission des Deutschen Rates für internationales Privatrecht von *Lauterbach* (Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 16 [1972]).

### Schrifttum

*Behrens* Niederlassungsfreiheit und internationales Gesellschaftsrecht *RabelsZ* 52 (1988) 498; *Beitzke* Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht (1938); *ders.* Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und Personen im EWG-Bereich, *ZHR* 127 (1964 – 65) 1; *ders.* Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen, Vorschläge und Gutachten (siehe Materialien) 94; *ders.* Einige Bemerkungen zur Rechtsstellung ausländischer Gesellschaften in deutschen Staatsverträgen, Festschrift *Luther* (1976) S. 1; *Drobnig* Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften, *ZHR* 129 (1966 – 67) 93; *ders.* American-German Private International Law<sup>2</sup> (1972) S. 265; *Ebenroth* Neuere Entwicklungen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht, *JZ* 1988, 18, 75; *Ebenroth/Sura* Das Problem der Anerkennung im Internationalen Gesellschaftsrecht, *RabelsZ* 43 (1979) 316; *Ebling* Die Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen aus der Sicht des deutschen Internationalen Privatrechts, *AWD* 1970, 450; *Fikentscher* Probleme des internationalen Gesellschaftsrechts, *MDR* 1957, 71; *Grasmann* System des internationalen Gesellschaftsrechts (1970); *Großfeld* Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, *RabelsZ* 31 (1967) 1; *Kaligin* Das internationale Gesellschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, *DB* 1985, 1449; *Kegel* Internationales Privatrecht<sup>6</sup> (1987) 359; *Koppensteiner* Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1971); *MünchKomm-Ebenroth* Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche – Internationales Privatrecht<sup>2</sup> (1989), Anhang zu Art. 12 EGBGB; *Neumayer* Betrachtungen zum internationalen Konzernrecht, *ZVglRWiss.* 83 (1984) 129; *Palandt/Heldrich* Anhang zu Art. 12 EGBGB; *Rabel* The Conflict of Laws – A Comparative Study<sup>2</sup> Vol. II, prepared by *Drobnig* (1960) 1; *Sandrock* Die Multinationalen Korporationen im Internationalen Privatrecht, Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 18 (1978) 169; *Soergel/Lüderitz* Einführungsgesetz (1983) Vor Art. 7 EGBGB, 197 ff; *Staudinger/Großfeld* EGBGB Teil 2a: Einleitung, Artt. 7 – 9 EGBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Art. 11 (1981), Internationales Gesellschaftsrecht; *Westermann* Das Gesellschaftsrecht in der Methodendiskussion um das IPR, *ZGR* 4 (1975) 68; *Wiedemann*, *GesR* 1, § 14: Das Kollisionsrecht der Gesellschaften, S. 776 ff.

Weitere Schrifttumsangaben bei den einzelnen Abschnitten.

## I. Internationales Gesellschaftsrecht

### 1. Einleitung

**106** Das Internationale Privatrecht (Kollisionsrecht) enthält die Regeln, nach denen zu entscheiden ist, welchen Staates Recht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis anzuwenden ist. Im **Internationalen Gesellschaftsrecht** geht es also um die Frage, welcher Rechtsordnung eine Gesellschaft in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht unterliegt, welches Recht ihr **Gesellschaftsstatut** ist. (Es empfiehlt sich, bei Gesellschaften von ‚Gesellschaftsstatut‘ statt von ‚Personalstatut‘ zu sprechen.) Je nachdem, ob eine Gesellschaft inländischem oder ausländischem Recht unterliegt, spricht man in diesem Zusammenhang von einer ‚inländischen‘ oder ‚ausländischen‘ Gesellschaft. Gesellschaften, die keinem nationalen Gesellschaftsstatut unterstellt sind (internationale oder besser: supranationale Gesellschaften), sind hier nicht zu behandelnde Sonderfälle und verdanken ihre Existenz völkerrechtlichen Verträgen<sup>1</sup> oder – so die Konzeption bei der geplanten Einführung des Statuts einer Europäischen Gesellschaft (vgl. Rdn 243 f) – unterliegen dem in einer Staatengemeinschaft geltenden überstaatlichen Gemeinschaftsrecht. – Von den Regeln des internationalen Gesellschaftsrechts über die Bestimmung des anwendbaren Rechts sind die im materiellen Recht enthaltenen Sondervorschriften zu unterscheiden, die auf ausländische Gesellschaften Anwendung finden. Diese Vorschriften sind nicht **Kollisionsrecht**, sondern **Fremdenrecht** (siehe Rdn 189 ff). – **Gegenstand des Internationalen Gesellschaftsrechts** sind vor allem die Fragen, die mit der Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts, mit der Bestimmung seines Regelungsbereiches und mit der Möglichkeit und den Folgen eines Statutenwechsels zusammenhängen.

**107** Das Internationale Gesellschaftsrecht ist bislang nicht gesetzlich geregelt. Auch das IPR-Gesetz vom 25. 7. 1986 (BGBl. I 1142) enthält keine gesellschaftsrechtlichen Kollisionsnormen. Das EWG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften (vgl. oben Materialien) enthält zwar solche Normen, es ist aber bisher nicht in Kraft getreten. Lediglich in einer Reihe von bilateralen Staatsverträgen, insbesondere Handels- und Niederlassungsabkommen, die zwischen der Bundesrepublik Deutschland und ausländischen Staaten gelten, finden sich auch international-gesellschaftsrechtliche Bestimmungen<sup>2</sup>. Im allgemeinen sind jedoch die **Rechtsgrundlagen** des Internationalen Gesellschaftsrechts in gewohnheitsrechtlichen Regeln zu suchen, die vor allem durch die Rechtsprechung entwickelt worden sind. Inwieweit dabei das Europäische Gemeinschaftsrecht, insbesondere das im EWG-Vertrag enthaltene Niederlassungsrecht, auch für das Internationale Gesellschaftsrecht bestimmte Vorgaben enthält, die von den Mitgliedstaaten zu beachten sind, ist eine schwierige und kontrovers diskutierte Frage<sup>3</sup>. Sie ist vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nunmehr dahingehend entschieden worden, daß die Regeln des EWG-Vertrages über die Nieder-

<sup>1</sup> Siehe dazu Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 550 ff; MünchKomm-*Ebenroth* Anh zu Art. 12 EGBGB, 508 ff; Soergel/*Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 263 ff; *Kegel* IPR, § 17 II 3 S. 369 jeweils m. w. N.; auch die auf Staatsvertrag beruhenden juristischen Personen können allerdings im Einzelfall einer bestimmten nationalen Rechtsordnung unterstellt sein.

<sup>2</sup> Siehe dazu *Beitzke* Festschrift Luther (1976) S. 1; Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 160 ff; Soergel/*Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 207 mit ausführlichen Nachweisen der einschlägigen Staatsverträge.

<sup>3</sup> Siehe dazu zuletzt *Behrens* *RabelsZ* 52 (1988) 498 m. w. N.

lassungsfreiheit (Artt. 52 ff EWG-Vertrag) die Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Kollisionsnormen in den Mitgliedstaaten im Grundsatz nicht präjudizieren<sup>4</sup> (vgl. Rdn 123).

## 2. Anknüpfung

Die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts bestimmt, welcher Rechtsordnung eine Gesellschaft in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht unterliegt. Sie ist nach wie vor umstritten. Zur Diskussion stehen allein noch die **Sitztheorie** und die **Gründungstheorie**. Anknüpfungen an den Gründungsort, an den Betriebssitz oder an die Staatsangehörigkeit oder den Wohnsitz der Personen, welche die Kontrolle über eine Gesellschaft ausüben, werden im deutschen Recht nicht mehr vertreten, soweit es um die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts geht<sup>5</sup>. Die **Kontrolltheorie** hat ihre Bedeutung vor allem im Fremdenrecht (siehe Rdn 189 ff), während andere Rechtsgebiete ihrem jeweiligen Regelungszweck entsprechende Kriterien verwenden, um den räumlichen bzw. persönlichen Anwendungsbereich inländischer Vorschriften zu bestimmen. Dies gilt für alle – insbesondere für wirtschaftsrechtliche – Normen, die den Schutz öffentlicher Interessen im Auge haben: Da solche Interessen nicht über das Gesellschaftsrecht vermittelt werden, unterliegen sie kollisionsrechtlich gewöhnlich einer gesonderten Anknüpfung nach jeweils spezifischen Kriterien<sup>6</sup>. Kein Anknüpfungsmerkmal ist bei Gesellschaften deren **Staatsangehörigkeit** (oder ‚Staatszugehörigkeit‘), da die Verwendung dieses Begriffs die Anknüpfungsfrage lediglich verschiebt, aber nicht beantwortet. Im Rahmen des Internationalen Gesellschaftsrechts von Staatsangehörigkeit zu sprechen, ist nicht nur ohne Erkenntniswert und deshalb entbehrlich, sondern auch verwirrend und sollte deshalb vermieden werden<sup>7</sup>.

a) **Sitztheorie**. Die Sitztheorie wählt als Anknüpfungsmerkmal für das Gesellschaftsstatut den Ort des **tatsächlichen Verwaltungssitzes** (*siège réel, central office*). Damit enthält die Sitztheorie zwar eine echte kollisionsrechtliche Anknüpfung des auf Gesellschaften anwendbaren Rechts und nicht lediglich einen Vorbehalt zugunsten des Sitzrechts gegenüber dem Gründungsrecht, aber diese Anknüpfung ist genau genommen nur eine zusätzliche neben dem Gründungsrecht und keine selbständige<sup>8</sup>. Denn die Sitztheorie verlangt über die Gründungstheorie hinaus, daß in dem Staat, dessen Recht das Gründungsrecht ist, sich auch der Verwaltungssitz befindet; ist dies nicht der Fall, wird nicht etwa das entsprechende Gesellschaftsrecht des Sitzstaates angewendet (eine ausländische GmbH ‚lebt‘ nicht etwa nach inländischem Recht, vgl. Rdn 115), sondern die Existenz der Gesellschaft wird überhaupt geleugnet<sup>9</sup>. Nach herkömmlichem Verständnis ist die Wirkung der Sitztheorie also im wesentlichen negativ; positiv allenfalls insoweit, als auf eine nicht als rechtsfähig anerkannte Gesellschaft im Inland die für nichtrechtsfähige

<sup>4</sup> EuGH 27. 9. 1988 – Rs. 81/87 (Daily Mail and General Trust PLC – „Niederlassungsfreiheit – Recht zum Verlassen des Gründungsstaates – Juristische Personen“), noch nicht veröffentlicht; dazu kritisch *Sandrock/Austmann* Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis? RIW 1989, 249; *Behrens* Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG, IPRax 1989, Heft 6.

<sup>5</sup> *Beitzke* Kollisionsrecht, S. 107; vgl. auch *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 12.

<sup>6</sup> Vgl. *Kegel* IPR § 23 S. 712 ff; *Soergel/Lüderitz* Vor Art. 7, 199 Fn. 6 a. E.

<sup>7</sup> So schon *Fikentscher* MDR 1957, 71.

<sup>8</sup> *Rabel* II S. 38; *Neuhaus* Grundbegriffe des IPR<sup>2</sup> (1976) S. 207; *Großfeld* *RabelsZ* 31 (1967) 32; aA *Scholz/Westermann* Einl. 80; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 163.

<sup>9</sup> *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 48 ff.

Gesellschaften geltenden Regeln anzuwenden sind, soweit dies möglich ist, bzw. die Haftungsregeln für fehlgeschlagene Gründungen<sup>10</sup>.

**110** Der Kerngedanke der Sitztheorie besteht in dem traditionellen, zur Erreichung eines internationalen Entscheidungseinklangs entwickelten kollisionsrechtlichen Grundprinzip, wonach ein Rechtsverhältnis der Rechtsordnung unterliegt, die an dem Ort gilt, wo es seinen Schwerpunkt, seinen ‚Sitz‘ hat. Das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht soll nach der Sitztheorie nicht der Parteiautonomie überlassen bleiben, sondern objektiv angeknüpft werden<sup>11</sup>. Dies wird heute sachlich vor allem damit begründet, daß der Schutz der Anteilseigner, Gesellschaftsgläubiger und Arbeitnehmer, aber auch der Schutz öffentlicher Interessen, insbesondere an der Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen, der Regelung *des* Staates vorbehalten sein soll, dessen wirtschaftliche und politische Belange von der Gesellschaft am stärksten berührt werden<sup>12</sup>. Die Sitztheorie ist also eine Schutztheorie, die das Schutzbedürfnis der von der wirtschaftlichen Tätigkeit einer Gesellschaft betroffenen Personen im Auge hat. Die *extreme* Sitztheorie geht hierbei davon aus, daß nicht nur die inländischen Interessen zu schützen seien, sondern die Interessen des Sitzstaates schlechthin. Die Anknüpfung an den Verwaltungssitz wird daher ausdrücklich als allseitige Kollisionsregel verstanden, die nicht nur bestimmt, wann deutsches Recht, sondern auch, welches ausländische Recht als Gesellschaftsstatut anzuwenden ist<sup>13</sup>. Hiernach ist eine nach deutschem Recht gegründete Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Ausland ebensowenig anzuerkennen wie eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland. Demgegenüber wird zum Teil aber auch eine *ingeschränkte* Sitztheorie vertreten, derzufolge eine nach deutschem Recht gegründete Gesellschaft auch dann deutschem Recht unterliegt, wenn sich herausstellt, daß sie ihren Verwaltungssitz im Ausland hat<sup>14</sup>. Hiernach würde es sich bei der Sitztheorie nicht um eine allseitige Kollisionsnorm handeln.

**111** Die *Rechtsprechung* hat sich vor allem in letzter Zeit eindeutig zur Sitztheorie bekannt<sup>15</sup>. Allerdings bieten die einschlägigen Entscheidungen trotz dieses gemeinsamen Ausgangspunktes kein geschlossenes Bild<sup>16</sup>: In vielen Fällen stimmten Sitzrecht und Gründungsrecht überein, so daß das Bekenntnis zur Sitztheorie nicht immer entscheidungserheblich gewesen ist<sup>17</sup>; zum anderen ist der Begriff des Sitzes durch recht unterschiedliche Merkmale ausgefüllt worden, die teilweise mehr mit dem Gründungsort als mit dem tatsächlichen Verwaltungssitz zu tun haben<sup>18</sup>; schließlich ist gelegentlich mit der widerlegbaren Vermutung gearbeitet worden, daß sich der Sitz

<sup>10</sup> Siehe dazu des näheren Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 331 ff.

<sup>11</sup> Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 10 ff, 29 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 30, 44; *Wiedemann* GesR 1, § 14 II 1 S. 784.

<sup>13</sup> So Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 68 ff; Münch-Komm-*Ebenroth* Anh zu Art. 12 EGBGB, 162.

<sup>14</sup> So *Wiedemann* GesR 1, § 14 II 2 a, S. 791 f; kritisch dazu Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 70 ff.

<sup>15</sup> BGHZ 25, 134, 144 = NJW 1957, 1433, 1434; BGHZ 51, 27, 28 = NJW 1969, 188, 189; BGHZ 53, 181, 183 = NJW 1970, 998, 999; BGHZ 78, 318, 334 = NJW 1981, 522, 525; BGHZ 97, 269, 271 = NJW 1986, 2194, 2195; BayObLGZ 1972, 204, 209; BayObLGZ 1985, 272, 279 = RIW 1986, 295, 297; BayObLGZ 1986, 61, 67 = NJW 1986, 3029, 3031; OLG Karlsruhe IPRspr. 1985 Nr. 20;

OLG Frankfurt IPRspr. 1984 Nr. 21; OLG Celle ZIP 1984, 594, 600; OLG Nürnberg IPRspr. 1984 Nr. 120 = WM 1985, 259; OLG Koblenz RIW 1986, 137; OLG München NJW 1986, 2197; OLG Hamburg NJW 1986, 2199; OLG Frankfurt IPRspr. 1985 Nr. 22 = IPRax 1986, 373, 374.

<sup>16</sup> Siehe zum folgenden auch die eingehende Rechtsprechungsanalyse von Soergel/*Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 203, Fn. 22.

<sup>17</sup> So etwa BGHZ 25, 134 = NJW 1957, 1433; BGH NJW 1967, 36; BGHZ 78, 318, 334 = NJW 1981, 522, 525 (Liechtenstein).

<sup>18</sup> Siehe etwa OLG Frankfurt IPRspr. 1985 Nr. 22 = IPRax 1986, 373, 374 (Maßgeblichkeit des im Gesellschaftsvertrag für die Geschäftsführung bestimmten Ortes bzw. des Ortes der Handelsregistereintragung).

einer Gesellschaft im Gründungsstaat befinde<sup>19</sup>. Im Schrifttum ist die Sitztheorie inzwischen ebenfalls ganz überwiegend akzeptiert und zur hM geworden<sup>20</sup>. Aber auch hier ist zu differenzieren: teils wird die Sitztheorie – wie erwähnt (siehe Rdn 110) – keineswegs als allseitige Kollisionsnorm verstanden, so daß nach deutschem Recht gegründete Gesellschaften auch dann dem deutschen Gesellschaftsrecht unterliegen, wenn sie ihren Verwaltungssitz im Ausland haben<sup>21</sup>; teils wird die Sitztheorie dahingehend modifiziert, daß man die Belegenheit des Verwaltungssitzes im Gründungsstaat vermutet<sup>22</sup>. Insgesamt gibt es also im Rahmen der Sitztheorie durchaus erhebliche Argumentationsspielräume. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß die Sitztheorie in einigen wichtigen Einzelfragen durchbrochen und das Gesellschaftsstatut nicht an den Verwaltungssitz angeknüpft wird (siehe insbesondere Rdn 114 f, 135, 137 f).

Bei der Bestimmung des Verwaltungssitzes bedient sich die Sitztheorie nicht immer ganz einheitlicher Kriterien<sup>23</sup>. Das hat ihr den Vorwurf der Unschärfe des Anknüpfungsmerkmals und damit der Rechtsunsicherheit eingetragen. So ist der tatsächliche Verwaltungssitz (Ort, wo die Verwaltung der Gesellschaft tatsächlich geführt wird<sup>24</sup>) etwa durch den Ort der Willensbildung der Leitungsorgane<sup>25</sup> (Ort wo die Geschäftsführer zusammentreten, Ort wo die Gesellschafterversammlungen abgehalten werden), durch den Ort der Umsetzung der internen Willensbildung nach außen<sup>26</sup> oder durch den wirtschaftlichen Schwerpunkt (Schwerpunkt der gewerblichen Tätigkeit einer Gesellschaft<sup>27</sup>) bestimmt worden. In Rechtsprechung und Literatur beginnt sich in letzter Zeit eine Formel durchzusetzen, derzufolge als tatsächlicher Verwaltungssitz der Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane gilt, wobei maßgeblich ist, „wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“<sup>28</sup>.

Mit dieser Akzentverschiebung von dem Ort, an dem die Geschäftsführungsentscheidungen getroffen werden, zu dem Ort, an dem sie laufend in tägliches Verwaltungshandeln umgesetzt werden, vermeidet die Sitztheorie eine bisher bestehende Unstimmigkeit im Hinblick auf konzernverbundene Gesellschaften: Häufig werden wesentliche Geschäftsführungsentscheidungen, die für die Tochtergesellschaften relevant sind, am Verwaltungssitz der in einem anderen Staat ansässigen Muttergesellschaft getroffen. Das führte bei einem Sitzbegriff, der primär auf den Ort abstellte, an dem die wichtigsten Geschäftsführungsentscheidungen getroffen werden, dazu, daß bei Tochtergesellschaften Gründungs- und Sitzstaat auseinanderfallen. Dennoch entsprach

<sup>19</sup> So OLG München IPRspr. 1985 Nr. 20 = NJW 1986, 2197, 2198 sowie LG Rottweil IPRax 1986, 110, 111 – beide offenbar in Anlehnung an Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB, 204; vgl. auch BGHZ 97, 269, 273 = NJW 1986, 2194, 2195, wo demjenigen, der ein Auseinanderfallen von Gründungsstaat und Verwaltungssitz und damit die mangelnde Anerkennungsfähigkeit der Gesellschaft behauptet, dafür die Beweislast zugeschrieben wird.

<sup>20</sup> Siehe Staudinger/Großfeld IntGesR, 29 ff; MünchKomm-Ebenroth Anh zu Art. 12 EGBGB, 162 ff; Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB, 202 ff; Wiedemann GesR 1, § 14 II, S. 782 ff; Kegel IPR, § 17 II S. 359 ff; Kaligin DB 1985, 1449, 1450.

<sup>21</sup> So Wiedemann GesR 1, § 14 II 2, S. 791 ff.

<sup>22</sup> So Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB, 204.

<sup>23</sup> Vgl. dazu im einzelnen Grasmann 348; MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 164 ff.

<sup>24</sup> Wiedemann GesR 1, § 14 II 1, S. 783.

<sup>25</sup> So in Anlehnung an die steuerrechtlichen Konzeptionen der „Geschäftsleitung“ bzw. der „geschäftlichen Oberleitung“ Ebenroth/Sura RabelsZ 43 (1979) 315, 324.

<sup>26</sup> OLG Hamburg IPRspr. 1974 Nr. 11 A = MDR 1976, 402.

<sup>27</sup> BGH NJW 1967, 36, 38.

<sup>28</sup> So BGHZ 97, 269, 272 = NJW 1986, 2194, 2195 im Anschluß an Sandrock Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen, Festschrift Beitzke (1979) S. 669, 683 f; ebenso ders. Die Multinationalen Korporationen, S. 238; dem letzteren folgend Staudinger/Großfeld IntGesR, 167; ebenso BayOblLGZ 1985, 272, 280; 1986, 61, 67; vgl. auch MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 164.

es allgemeiner Auffassung, daß Tochtergesellschaften auch im Sinne der Sitztheorie einen eigenen Sitz haben<sup>29</sup>. Dieses Ergebnis mußte aber bislang mit einer Einschränkung des Sitzbegriffs auf den Satzungssitz der Tochtergesellschaft erkauf werden.

- 114** Die Sitztheorie schließt die Anerkennung einer Weiterverweisung gemäß Art. 4 EGBGB nicht aus<sup>30</sup>. Eine im Staat A gegründete Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Staat B wird daher auch nach der Sitztheorie in Deutschland als Rechtssubjekt anerkannt, wenn der Sitzstaat B der Gründungstheorie folgt und die Gesellschaft seinerseits dem Recht des Gründungsstaates A unterstellt. Ist Gründungsstaat die Bundesrepublik Deutschland, so liegt in einem solchen Fall eine Rückverweisung vor, die nach überwiegender Meinung ebenfalls gemäß Art. 4 EGBGB vom deutschen Recht angenommen wird<sup>31</sup>. Wenn jedoch das Recht des Sitzstaates weder auf das Gründungsrecht eines Drittstaates weiter- noch auf das deutsche Recht zurückverweist, weil der Sitzstaat der Sitztheorie folgt und eine nicht dem eigenen Recht entsprechend gegründete Gesellschaft als nicht existent behandelt, dann wird dieser Gesellschaft nach der Sitztheorie auch in der Bundesrepublik Deutschland keine Rechtsfähigkeit zuerkannt; dies, obwohl die Gesellschaft im Gründungsstaat wirksam besteht<sup>32</sup>. Das ist zwar konsequent – wir billigen dem ausländischen Sitzstaat dasselbe Recht zu, das wir für uns beanspruchen – aber vom Standpunkt der inländischen Interessen nicht mehr einsichtig, jedenfalls soweit es um die Anerkennung der Rechtsfähigkeit im Hinblick auf Rechtshandlungen geht, die außerhalb des Sitzstaates vorgenommen werden<sup>33</sup>. Im übrigen weichen zahlreiche bilaterale Handelsabkommen und Investitionsförderungsverträge mit ausländischen Staaten von der Sitztheorie ab: Die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet sich häufig den Vertragspartnern gegenüber, alle in den betreffenden Staaten gegründeten Gesellschaften anzuerkennen, auch wenn diese ihren Verwaltungssitz in einem Drittstaat haben, der sie nicht anerkennt<sup>34</sup>.

- 115** Die entscheidende Rechtsfolge der Sitztheorie besteht darin, daß eine Gesellschaft für den Fall des Auseinanderfallens von Gründungsrecht (Satzungssitz) und Sitzstaat (Verwaltungssitz) grundsätzlich nicht als juristische Person angesehen wird, weil sie die Gründungsvoraussetzungen des Sitzstaates, die zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erforderlich sind, nicht erfüllt hat<sup>35</sup>. Allerdings gibt es Ausnahmen von diesem Grundsatz: Die genannte Rechtsfolge tritt nicht ein, soweit die Bundesrepublik Deutschland mit anderen Staaten staatsvertraglich die gegenseitige Anerkennung aller im jeweiligen Hoheitsgebiet der Vertragsstaaten wirksam gegründeten Gesellschaften vereinbart hat<sup>36</sup>. Die genannte Rechtsfolge tritt des weiteren in den Fällen nicht ein, in denen auch nach der Sitztheorie eine Weiter- oder Rückverweisung zu beachten ist, die zur Beachtlichkeit des Gründungsrechts führt (vgl. Rdn 114). Hat also beispielsweise eine nach deutschem Recht wirksam gegründete Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einem

<sup>29</sup> Vgl. OLG Hamburg IPRspr. 1974 Nr. 11 A = MDR 1976, 402; vgl. auch BGH WM 1979, 692, 693; BFH NJW 1957, 1896; *Koppensteiner*, S. 124; *Beitzke* Kollisionsrecht, S. 115; *Sandrock* Die multinationalen Korporationen, S. 237 ff; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 170 ff.

<sup>30</sup> Vgl. RGZ 117, 215, 217 (Gründungsstaat Delaware, Sitzstaat Kentucky); OLG Stuttgart IPRspr. 1974 Nr. 7 = NJW 1974, 1627, 1628 (Gründungsstaat Liberia, Sitzstaat Bahamas bzw. Kanada); *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 104; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 183a ff; *Wiedemann* GesR 1, § 114 II 1, S. 785.

<sup>31</sup> BGH IPRspr. 1968/69 Nr. 256 = BB 1969, 892; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 103; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 188 f.

<sup>32</sup> *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 104.

<sup>33</sup> Vgl. *Beitzke* Kollisionsrecht, S. 112.

<sup>34</sup> Vgl. *Beitzke* Kollisionsrecht, S. 102.

<sup>35</sup> BGHZ 53, 181, 184 = NJW 1970, 998, 999; BGHZ 97, 269, 272 = NJW 1986, 2194, 2195; LG Köln RIW 1987, 54 f; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 48 ff; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 162.

<sup>36</sup> Siehe einschlägige Nachweise bei *Soergel/Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 207 ff.

ausländischen Staat, welcher der Gründungstheorie folgt, dann ist die Gesellschaft auch nach der Sitztheorie als rechtsfähig zu behandeln. Dieses Ergebnis wird zum Teil auf alle Fälle erstreckt, in denen eine Gesellschaft nach deutschem Recht wirksam gegründet worden ist, unabhängig davon, ob der ausländische Sitzstaat auf deutsches Recht zurückverweist oder nicht<sup>37</sup>. Im übrigen ist zu beachten, daß derjenige, der die Rechtsunfähigkeit einer im Gründungsstaat wirksam entstandenen Gesellschaft bestreitet, dafür beweispflichtig ist, daß sich der Verwaltungssitz in einem anderen Staat als dem Gründungsstaat befindet<sup>38</sup>.

Soweit die im Gründungsstaat erlangte Rechtsfähigkeit der Gesellschaft nach der Sitztheorie nicht zu beachten ist, bedarf es der – materiellrechtlichen – Neuqualifikation der jeweiligen Personenvereinigung nach dem Sitzrecht<sup>39</sup>. Dabei geht es um die Bestimmung derjenigen Rechtsnormen, nach denen die rechtsunfähige Personenvereinigung nunmehr zu behandeln ist. Im Grundsatz richtet sich dies nach ihrer jeweiligen Struktur. Allerdings wird für gewerblich tätige Personenvereinigungen unabhängig davon, ob es sich strukturell um einen Verein oder eine Gesellschaft handelt, die Anwendung der Vorschriften über die Offene Handelsgesellschaft befürwortet<sup>40</sup>. Daraus folgt als Konsequenz vor allem die persönliche Haftung der Beteiligten, die zum Teil aber auch aus den Bestimmungen über die Vor-GmbH abgeleitet wird<sup>41</sup>. **116**

Die Kritik an der Sitztheorie richtet sich zunächst einmal gegen den tatsächlichen Verwaltungssitz als Anknüpfungsmerkmal. Diesem Merkmal wird Unbestimmtheit vorgeworfen, die zur Rechtsunsicherheit über das Gesellschaftsstatut führe<sup>42</sup>. Diesem Bedenken läßt sich zum Teil durch eine genauere Fassung des Sitzbegriffs, wie sie sich in letzter Zeit zu entwickeln beginnt (siehe Rdn 112), Rechnung tragen<sup>43</sup>. Die verbleibenden Unsicherheiten sind nicht größer als bei anderen kollisionsrechtlichen Anknüpfungsmerkmalen auch. Mit dieser Erwägung läßt sich daher die Kritik an der Sitztheorie nicht überzeugend begründen. **117**

Schwerer wiegt demgegenüber der Einwand, daß in einer offenen Volkswirtschaft, die in den Weltmarkt integriert ist, nicht mehr davon ausgegangen werden kann, daß der wirtschaftliche Schwerpunkt einer Gesellschaft durchweg dort liegt, wo sich ihr Verwaltungssitz befindet, und daß dort das Schutzbedürfnis betroffener Personen am größten ist<sup>44</sup>. Nach dem Schutzzweck der Sitztheorie müßte man aber voraussetzen können, daß sich in dem Staat, in dem die Gesellschaft unternehmerisch handelt, im wesentlichen auch die zu schützenden Personen befinden. Eine Gesellschaft steht in Beziehungen zu recht verschiedenen Personengruppen: zu Gesellschaftern, die ihr Kapital zur Verfügung stellen; zu Gläubigern, die ihr Kredite gewähren; zu Arbeitnehmern, die ihr ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellen; zu Lieferanten und Abnehmern, die ihr Produkte verkaufen bzw. abnehmen. Anders ausgedrückt: eine Gesellschaft betätigt sich auf recht verschiedenen Märkten, insbesondere dem Kapitalmarkt, dem Arbeitsmarkt sowie den Beschaffungs- und Absatzmärkten. In den Fällen, in denen **118**

<sup>37</sup> So *Wiedemann* GesR 1, § 14 II 2, S. 791 ff; kritisch dazu *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 70 ff.

<sup>38</sup> Vgl. BGHZ 97, 269, 273 = NJW 1986, 2194, 2195; OLG München IPRspr. 1985 Nr. 20 = NJW 1986, 2197, 2198; LG Rottweil IPRax 1986, 110, 111.

<sup>39</sup> Vgl. dazu *Wiedemann* GesR 1, § 14 II 1, S. 787 f; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 331 ff; Münch-Komm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 209 ff.

<sup>40</sup> Vgl. BGHZ 22, 240, 244 = NJW 1957, 218, 219; *Wiedemann* GesR 1, § 14 II 1, S. 788; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 338 ff.

<sup>41</sup> Vgl. etwa LG Köln RIW 1987, 54 f; siehe zu den Einzelheiten *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 338 ff.

<sup>42</sup> Siehe etwa *Beitzke* Anerkennung und Sitzverlegung, ZHR 127 (1965) 21 f; *ders.* Kollisionsrecht, S. 114 f; *Grasmann* 348; zuletzt *Neumayer* ZVglRWiss 83 (1984) 129 ff, 143 f.

<sup>43</sup> Siehe dazu *Sandrock* Die multinationalen Korporationen, S. 236 f.

<sup>44</sup> So aber etwa *Wiedemann* GesR 1, § 14 II 1, S. 784; vgl. zum folgenden *Behrens* RabelsZ 52 (1988) 512 ff.

Unternehmen sich primär im rein nationalen Rahmen betätigen, wird die Lokalisierung dieser Märkte und damit der durch die Sitztheorie geschützten Personenkreise (Kapitalanleger, Gläubiger, Arbeitnehmer) vergleichsweise eindeutig möglich sein. Im weltwirtschaftlichen Rahmen, zumindest aber im Rahmen eines einheitlichen europäischen Binnenmarktes, in dem sich die Unternehmen gerade über die nationalstaatlichen Grenzen hinweg betätigen, ist dies jedoch nicht mehr der Fall. Je mehr sich die Bundesrepublik Deutschland dem Gemeinsamen Markt oder gar dem Weltmarkt öffnet, desto weniger werden die durch die Sitztheorie geschützten Personen in einem einzigen Staat lokalisierbar sein. Gerade wenn man den Sitzbegriff nunmehr stärker am Ort der Umsetzung grundlegender Unternehmensentscheidungen in laufende Geschäftsführungsakte orientiert (vgl. Rdn 112), muß mit dem Phänomen dezentral geführter transnationaler Unternehmen ebenso wie mit der Notwendigkeit ständiger betrieblicher Umstrukturierungen gerechnet werden. Letztere können auch zu sachlich gebotenen Verlagerungen von unternehmerischen Entscheidungszentren und damit zu Verschiebungen des tatsächlichen Verwaltungssitzes im Sinne der Sitztheorie führen<sup>45</sup>. Die ausschließliche Bindung des Gesellschaftsstatuts an einen national begrenzten wirtschaftlichen Schwerpunkt ist daher nicht berechtigt. Eine Betrachtungsweise, die eine Gesellschaft mit ihrem Verwaltungssitz im Gründungsstaat gefangen hält, ist nicht mehr zeitgemäß. Dem Schutzzweck der Sitztheorie läßt sich besser durch bestimmte Vorbehalte gegenüber dem Gründungsrecht Rechnung tragen (vgl. Rdn 127 f).

- 119** Der Sitztheorie muß ferner vorgehalten werden, daß sie den Bereich der mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln zu schützenden Interessen überdehnt und die Schutzmöglichkeiten überschätzt<sup>46</sup>. So ist es zunächst einmal unzutreffend anzunehmen, das Gesellschaftsstatut sei in der Lage den Schutz öffentlicher Interessen des Sitzstaates zu gewährleisten<sup>47</sup>. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Anwendung von Schutznormen, die typische Staatsinteressen im Auge haben, kollisionsrechtlich ganz unabhängig vom Gesellschaftsstatut durch jeweils gesonderte Anknüpfung bestimmt wird<sup>48</sup>. Das gilt insbesondere für alle wirtschaftsrechtlichen Normen<sup>49</sup>. Aber selbst im Hinblick auf Normenkomplexe, die im Rahmen einer ‚Unternehmensverfassung‘ relevant sind, ist höchst fraglich, ob das Problem ihrer Anwendung auf internationale Sachverhalte ohne weiteres mit der Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts zu lösen ist. So ist der Schutz von Arbeitnehmerinteressen auf der Betriebsebene (betriebliche Mitbestimmung) wegen der selbständigen Anknüpfung des Betriebsverfassungsrechts ganz unabhängig vom Gesellschaftsstatut. Das ist anders beim rechtsformspezifischen unternehmerischen Mitbestimmungsrecht. Seine reibungslose Funktionsfähigkeit ist an die Existenz einer inländischen Gesellschaft gebunden (vgl. Rdn 153). Insoweit sind die mitbestimmungsrechtlich geschützten Arbeitnehmerinteressen in der Tat gesellschaftsrechtlich vermittelt. Das zeigt aber nur, daß auch die Sitztheorie diese Interessen insoweit nicht schützen kann, als es sich im Inland um unselbständige Niederlassungen ausländischer Gesellschaften handelt, die im ausländischen Sitzstaat über ihre Haupt-

<sup>45</sup> Vgl. auch Neumayer ZVglRWiss 83 (1984) 144 ff.

<sup>46</sup> Vgl. zum folgenden Behrens RabelsZ. 52 (1988) 513 ff.

<sup>47</sup> So Staudinger/Großfeld IntGesR., 44; vgl. auch Wiedemann GesR 1, § 14 II 1, S. 784.

<sup>48</sup> Damit wird überhaupt nicht geleugnet, daß heute auch im Gesellschaftsrecht, insbesondere in einem interessenpluralistischen Unternehmensrecht, öffentliche Interessen mit geschützt werden; vgl. Staudinger/Großfeld IntGesR., 44; dadurch wird aber

das Gesellschaftsrecht nicht bereits zum Wirtschaftsrecht mit der Folge, daß es auch kollisionsrechtlich wie Wirtschaftsrecht zu behandeln wäre.

<sup>49</sup> So zutreffend Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB, 199, Fn. 6 a. E.; so aber auch Wiedemann GesR 1, § 14 III 1, S. 800, wenn er zutreffend darauf hinweist, daß etwa die Probleme des Arbeitsrechts, des Wettbewerbsrechts und des Steuerrechts nicht in den Bereich des Internationalen Gesellschaftsrechts fallen.

niederlassung verfügen. Ein konsequenter mitbestimmungsrechtlicher Schutz von Arbeitnehmerinteressen ist *de lege lata* kollisionsrechtlich nicht zu bewerkstelligen. Seine Defizite liegen im rechtsformgebundenen Mitbestimmungsrecht selbst. Für den Schutz von Kapitalanlegern läßt sich ebenfalls sagen, daß er unabhängig vom Gesellschaftsstatut gewährleistet werden kann. Auch insoweit sind kollisionsrechtliche Sonderanknüpfungen möglich und üblich<sup>50</sup>. Das gilt etwa für Publizitätspflichten, Prospekthftung und Registrierungserfordernisse<sup>51</sup>. Schließlich kann auch der gesellschaftsrechtliche Schutz von Gläubigern und Gesellschaftern durch gegebenenfalls vom ausländischen Gesellschaftsstatut unabhängige Anknüpfung zwingender inländischer Schutznormen gewährleistet werden. So ließen sich insbesondere zwingende Haftungsregeln auch gegenüber ausländischen Gesellschaften durchsetzen, ohne daß die Existenz der Gesellschaft generell in Frage gestellt werden müßte<sup>52</sup>. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß auch ausländische Rechtsordnungen einen Gläubiger- und Gesellschafterschutz vorsehen, wengleich dieser sich teilweise anderer rechtlicher Instrumente bedient als das deutsche Gesellschaftsrecht. Das macht ihn nicht ohne weiteres weniger effektiv. Schließlich wäre es unzutreffend, hinsichtlich des Gläubiger- und Gesellschafter-schutzes stets von einem Gefälle zwischen Sitz- und Gründungsrecht auszugehen.

Schließlich richtet sich die Kritik an der Sitztheorie gegen die von ihr vorgesehene Rechtsfolge der Rechtsunfähigkeit einer nicht nach dem Sitzrecht gegründeten Gesellschaft. Abgesehen von der keineswegs konsequenten Anwendung dieser Rechtsfolge in allen Fällen einer Divergenz von Gründungsrecht und Sitzstaat, erscheint die Sinnfälligkeit dieser Rechtsfolge höchst fraglich. Die Sitztheorie ermöglicht nämlich damit die Inanspruchnahme der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden, d. h. den generellen Haftungsdurchgriff außerhalb der etablierten Durchgriffstatbestände, die das Gesellschaftsrecht entwickelt hat<sup>53</sup>. Gewöhnlich ist der Durchgriff an das Vorliegen bestimmter Fallkonstellationen gebunden, welche die Mißachtung der juristischen Person im Einzelfall rechtfertigen. Interpretiert man die Sitztheorie als einen Fall des Durchgriffs, dann liegt ihr die Annahme zugrunde, daß die Gründung einer Gesellschaft in einem anderen als dem Sitzstaat rechtsmißbräuchlich ist<sup>54</sup>, insbesondere lediglich der Umgehung zwingender inländischer Normen dient<sup>55</sup>. Dem ist entgegenzuhalten, daß es – wie erwähnt – durchaus sachliche, wirtschaftliche Gründe geben kann, die im Einzelfall zum Auseinanderfallen von Gesellschaftsstatut und tatsächlichem Verwaltungssitz führen. Damit ist nicht gesagt, daß Mißbräuche ausgeschlossen wären. Es besteht aber kein Anlaß, in diesem Zusammenhang von der üblichen Praxis abzuweichen und auf die Feststellung eines Mißbrauchs oder einer Gesetzesumgehung im konkreten Einzelfall zu verzichten<sup>56</sup>. Die generelle Mißachtung der juristischen Person ist hier wie sonst abzulehnen.

<sup>50</sup> So wird etwa in den USA der Anwendungsbereich des Kapitalanlegerschutzrechts unabhängig vom Gesellschaftsstatut bestimmt; vgl. dazu *Ebenroth/ Einsele* Gründungstheorie und Sitztheorie in der Praxis – zwei vergleichbare Theorien? ZVglRWiss 87 (1988) 217, 227 ff.

<sup>51</sup> So entzieht beispielsweise das Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen vom 28. 7. 1969 (BGBl. I 986) die Kapitalanlegerschutzvorschriften dem Gesellschaftsstatut durch Anknüpfung an den inländischen Vertrieb von Investmentanteilen.

<sup>52</sup> Vgl. etwa Art. 159 des neuen schweizerischen Bun-

desgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. 12. 1987, BBl. 1988 I 5, wonach die inländischen Haftungsregeln auf eine ausländische Gesellschaft angewendet werden, sofern die Geschäftsführung der Gesellschaft in der Schweiz lokalisiert ist.

<sup>53</sup> Vgl. dazu *Falkenhausen* Durchgriffshaftung mit Hilfe der Sitztheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts, RIW 1987, 818.

<sup>54</sup> Vgl. *Kegel* IPR, § 17 II S. 365: „Wenn Sitz und Satzung auseinandergehen, ist meist etwas faul.“

<sup>55</sup> Vgl. den Überblick über die verschiedenen Konzeptionen des Durchgriffs bei *Wiedemann* GesR 1, § 4 III, S. 217 ff.

<sup>56</sup> So auch *Koppensteiner*, S. 132.

- 121** Auch unter dem Blickwinkel des von der Sitztheorie betonten **Interessenschutzes** erscheint die Rechtsfolge der Rechtsunfähigkeit nicht als angemessene Reaktion auf das Auseinanderfallen von Gründungsrecht und Satzungssitz. Die Gläubiger werden dadurch keineswegs besser gestellt. Im Gegenteil, ihre Rechtsverfolgung kann erheblich erschwert werden<sup>57</sup>. Sie sind gezwungen, die hinter der Gesellschaft stehenden Personen zu identifizieren und diese unmittelbar in Anspruch zu nehmen. Dadurch können sie im Einzelfall geradezu rechtlos gestellt werden<sup>58</sup>. Die Sitztheorie selbst begegnet denn auch diesen Bedenken durch eine weitere erhebliche Einschränkung ihrer Grundsätze: Eine ausländische Gesellschaft mit inländischem Verwaltungssitz wird nach Rechts-scheingrundsätzen als rechtsfähig behandelt, wenn sie im Inland als juristische Person aufgetreten ist und der inländische Verkehr auf ihre Rechtsfähigkeit vertraut hat<sup>59</sup> (vgl. Rdn 137 f). Die grundsätzliche Bedeutung dieser **Einschränkung der Sitztheorie** wird daran deutlich, daß dieses Prinzip als allseitige Kollisionsnorm verstanden und generell zum Schutz des Verkehrs in einem anderem als dem Sitzstaat herangezogen wird<sup>60</sup>.
- 122** Was eine mögliche **Rechtswidrigkeit der Sitztheorie nach Europäischem Gemeinschaftsrecht** angeht, so ist vielfach die Ansicht vertreten worden, daß eine an den tatsächlichen Verwaltungssitz anknüpfende international-gesellschaftsrechtliche Kollisionsnorm gegen die in Artt. 52, 58 EWG-Vertrag auch für Gesellschaften vorgesehene Niederlassungsfreiheit verstößt<sup>61</sup>. Art. 58 EWG-Vertrag räumt einer Gesellschaft dieselben Rechte ein, die Art. 52 EWG-Vertrag natürlichen Personen im Hinblick auf die Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat gewährt, sofern die Gesellschaft ihre Hauptverwaltung bzw. ihre Hauptniederlassung (also ihren tatsächlichen Verwaltungssitz) oder auch nur ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der Gemeinschaft hat (d. h. nach dem Recht eines Mitgliedstaates der EG gegründet ist). Darüber hinaus muß die Gesellschaft „in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaates“ stehen<sup>62</sup>. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn sie ihren Verwaltungssitz innerhalb der Gemeinschaft hat. Damit eine Gesellschaft das aus Art. 52 EWG-Vertrag fließende Recht der freien Niederlassung geltend machen kann, verlangt also das Gemeinschaftsrecht nicht, daß Satzungssitz (Gründungsort) und tatsächlicher Verwaltungssitz in ein und demselben Mitgliedstaat zusammenfallen. Aus der Tatsache, daß die Geltendmachung des Niederlassungsrechts durch eine juristische Person deren rechtliche Existenz voraussetzt, ist gefolgert worden, daß die Einräumung der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften deren Anerkennung als Rechtssubjekt impliziert<sup>63</sup>. Nach dieser Auffassung ist dem Gemeinschaftsrecht bereits die Zugrundelegung der Gründungstheorie zu entnehmen. Darüber hinaus ist die Ansicht vertreten worden,

<sup>57</sup> Vgl. dazu BGH IPRspr. 1960 – 61 Nr. 186 = NJW 1960, 1204; BGHZ 53, 181 = NJW 1970, 998; ebenso Staudinger/Großfeld IntGesR, 200; aA *ders.* ebendort, 48 ff, 51.

<sup>58</sup> So ausdrücklich BGH IPRspr. 1960 – 61 Nr. 186 = NJW 1960, 1204 (ausländische Stiftung).

<sup>59</sup> So OLG Nürnberg IPRspr. 1984 Nr. 120 = WM 1985, 259; ebenso Staudinger/Großfeld IntGesR, 200.

<sup>60</sup> Kegel IPR, § 17 II 2 S. 366.

<sup>61</sup> Immerhin zweifelnd BayObLGZ 1986, 61, 73 = NJW 1986, 3029, 3032; BayObLGZ 1986, 351, 359 f = RIW 1987, 52, 54; siehe zu dieser Problematik Wiedemann GesR I, § 14 II, S. 793 f; Staudinger/Großfeld IntGesR, 89 ff; *ders.* Die „ausländische juristische Person & Co. KG“, IPRax 1986, 351;

*ders.* Die Sitztheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts in der Europäischen Gemeinschaft, IPRax 1986, 145; *Ebke* Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG“ und das europäische Gemeinschaftsrecht, ZGR 16 (1987) 245; vgl. zuletzt *Behrens* RabelsZ 52 (1988) 498.

<sup>62</sup> So bereits das ‚Allgemeine Programm des Rates der EWG zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit‘ vom 18. 12. 1961, ABl. EG 1962, S. 36.

<sup>63</sup> Vgl. *Beitzke* ZHR 127 (1964 – 65) 1, 2; *Drobnig* ZHR 129 (1966 – 67) 93, 117; *Großfeld* RabelsZ 31 (1967) 1, 17; *Koppensteiner* S. 115; *Timmermans* Die europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, RabelsZ 48 (1984) 1, 38 ff; *Behrens* RabelsZ 52 (1988) 498, 501.

daß die Sitztheorie gegen das in Artt. 52, 58 EWG-Vertrag auch für Gesellschaften enthaltene Diskriminierungsverbot verstößt<sup>64</sup>: Die Sitztheorie hat zur Folge, daß eine Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz im Inland hat, nur dann als Rechtssubjekt behandelt wird, wenn sie eine inländische Gesellschaft, nicht wenn sie eine ausländische Gesellschaft ist. Die Niederlassungsfreiheit soll es aber den Angehörigen der Mitgliedstaaten ermöglichen, sich in den jeweils anderen Mitgliedstaaten niederzulassen, ohne ihre Staatsangehörigkeit (bei Gesellschaften: die durch das Gesellschaftsstatut bestimmte Staatszugehörigkeit) aufgeben zu müssen. Da nach der Sitztheorie die Lokalisierung der Hauptniederlassung einer Gesellschaft über ihr Gesellschaftsstatut entscheidet, könnte also nach dieser Theorie eine Gesellschaft niemals ihre Niederlassungsfreiheit dadurch ausüben, daß sie ihre Hauptniederlassung (also den Verwaltungssitz) in einen anderen Mitgliedstaat legt als den, nach dessen Recht sie sich gegründet hat. Die Niederlassungsfreiheit wäre für Gesellschaften auf die Gründung von Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften beschränkt; die in Art. 58 EWG-Vertrag vorgesehene Gleichstellung von Gesellschaften mit natürlichen Personen wäre unvollkommen.

Die zentrale und umstrittene Frage ist, ob Artt. 52, 58 EWG-Vertrag als unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht die von der Sitztheorie vorgezeichnete Beschränkung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften tolerieren oder nicht. Das ist teils verneint<sup>65</sup>, teils – allerdings auch mit gemeinschaftsrechtlich unzutreffenden Erwägungen – bejaht worden<sup>66</sup>. Für diese Frage kommt es entscheidend darauf an, welche Bedeutung man Art. 220 EWG-Vertrag beimißt, der demgegenüber ausdrücklich vorsieht, daß die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften (vgl. Rdn 156 ff) der Regelung durch ein völkerrechtliches Übereinkommen vorbehalten ist. Hieraus ist der Schluß gezogen worden, daß Artt. 52, 58 EWG-Vertrag nicht von selbst bereits die genannten kollisionsrechtlichen Wirkungen entfalten könnten<sup>67</sup>; während andererseits auf die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Bestimmungen des primären Gemeinschaftsrechts abgestellt wird, die durch Art. 220 EWG-Vertrag nicht eingeschränkt ist<sup>68</sup>. Nunmehr hat allerdings der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entschieden, daß bis zum Abschluß eines Anerkennungsabkommens zwischen den Mitgliedstaaten oder anderweitiger gemeinschaftsrechtlicher Regelung dieser Fragen die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts nicht gemeinschaftsrechtlich präjudiziert sei<sup>69</sup>. Die Sitztheorie ist danach nicht schon als solche gemeinschaftsrechtswidrig. Das schließt zwar nicht aus, daß einzelne ihrer Konsequenzen gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen können. Der Zwang zur Lokalisierung des Verwaltungssitzes im Gründungsstaat ist aber nach Auffassung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften gemeinschaftsrechtlich nicht mehr zu beanstanden. Ob der Gerichtshof damit sein letztes Wort zu dieser Frage gesprochen hat, bleibt abzuwarten.

Das erwähnte EWG-Übereinkommen vom 29. 2. 1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen, welches aufgrund des Art. 220 EWG-Vertrag zustandegekommen ist (siehe Materialien), würde – wenn es in Kraft

<sup>64</sup> So Behrens RabelsZ 52 (1988) 498, 517 ff; aA Großfeld (Fn. 61) IPRax 1986, 351, 353; ihm folgend Ebke (Fn. 61) ZGR 16 (1987) 245, 250.

<sup>65</sup> So Behrens RabelsZ 52 (1988) 498, 517 ff.

<sup>66</sup> Vgl. Wiedemann GesR 1, § 14 II, 2 S. 793 f; Großfeld (Fn. 61); Ebke (Fn. 61).

<sup>67</sup> So Wiedemann GesR 1, § 14 II, 2 S. 794; ihm folgend Staudinger/Großfeld IntGesR, 92.

<sup>68</sup> So zuletzt Behrens RabelsZ 52 (1988) 498, 506 f.

<sup>69</sup> EuGH 27. 9. 1988 – Rs. 81/87 (Daily Mail and General Trust PLC – „Niederlassungsfreiheit – Recht zum Verlassen des Gründungsstaates – Juristische Personen“), noch nicht veröffentlicht; kritisch dazu Sandrock/Austmann (oben Fn. 4) und Behrens (oben Fn. 4).

träge<sup>70</sup> – einen Wechsel von der Sitztheorie zur Gründungstheorie mit sich bringen. Nach Art. 1 des Übereinkommens müssen nämlich im Ausland gegründete Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz als rechtsfähig anerkannt werden. Gesellschaftsstatut ist hiernach stets das Gründungsrecht. Die von der Sitztheorie beim Auseinanderfallen von Gründungs- und Sitzstaat vorgesehene Sanktion der Versagung der Rechtsfähigkeit (vgl. Rdn 115) könnte auf Gesellschaften, die in anderen Mitgliedstaaten der EG gegründet worden sind, nicht mehr angewendet werden.

**125** b) **Gründungstheorie.** Die Gründungstheorie unterwirft eine Gesellschaft der Rechtsordnung, nach welcher sie gegründet worden ist. Sie knüpft also das Gesellschaftsstatut insofern an den Willen der Gründer an, als es deren Entscheidung überlassen wird, nach welchem Recht eine Gesellschaft entstehen und leben soll. Die Gesellschafter können mithin die Rechtsfähigkeit ihrer Verbindung nach dem Recht jedes Staates zu erlangen suchen, dessen Bedingungen sie zu erfüllen bereit sind. Der Vorzug der Gründungstheorie besteht darin, daß sie größere Rechtssicherheit erreicht, zum einen durch die Eindeutigkeit des Anknüpfungsmerkmals, zum anderen dadurch, daß alle Gesellschaften, die nach dem Recht irgendeines Staates wirksam entstanden sind, auch im Inland als existent behandelt werden. Die Gründungstheorie vermeidet die Entstehung ‚hinkender‘ Gesellschaften. Sie anerkennt die Gesellschaft als das, was sie nach modernem Verständnis ist: als universales Rechtsverhältnis. Ihr Nachteil liegt in der Begünstigung unsolider Gründungen nach dem Recht eines ‚Paradieses‘, mit dem die Gesellschaft wirtschaftlich nicht verbunden ist. Dieses Bedenken wird aber jedenfalls im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften mit zunehmender Angleichung der Gesellschaftsrechte an Gewicht verlieren. In besonders krassen Fällen bleibt ohnehin die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts nach Art. 6 EGBGB (vgl. Rdn 188). Allerdings wird heute auch von den Vertretern der Gründungstheorie anerkannt, daß es inländische Schutzbedürfnisse erforderlich machen, auch außerhalb des engeren Bereichs des *ordre public* gewisse Vorbehalte gegenüber dem Gründungsrecht zu machen (vgl. Rdn 127 f).

**126** Die Gründungstheorie herrscht im anglo-amerikanischen Rechtskreis<sup>71</sup>. Sie gilt aber beispielsweise auch in der Schweiz<sup>72</sup>, den Niederlanden<sup>73</sup> und Dänemark<sup>74</sup>. Sie wird zumindest als kollisionsrechtlicher Ausgangspunkt auch im deutschen Schrifttum von einer nicht unerheblichen Zahl von Autoren vertreten<sup>75</sup>. Auf dem Boden der Gründungstheorie stehen ferner der Konventionentwurf der International Law Association

<sup>70</sup> Damit ist allerdings angesichts der Vorbehalte insbesondere der Mitgliedstaaten, die – wie etwa die Niederlande und Großbritannien – der Gründungstheorie folgen, nicht zu rechnen.

<sup>71</sup> Vgl. für die USA: *American Law Institute*, Restatement (Second), Conflict of Laws (1971), insbesondere § 302; für Großbritannien: *Dicey/Morris* Conflict of Laws II<sup>2</sup> (1980) 725 ff.

<sup>72</sup> Nach Art. 154 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. 12. 1987, BBl. 1988 I 5, unterstehen Gesellschaften grundsätzlich „dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind“.

<sup>73</sup> Vgl. Voraufgabe AllgEinl. 532.

<sup>74</sup> Vgl. Voraufgabe AllgEinl. 586.

<sup>75</sup> *Behrens* RabelsZ 52 (1988) 498, 512 ff; *Beitzke* Juristische Personen, S. 92 ff; *ders.* Kollisionsrecht, S. 94 ff; *Drobnig* ZHR 129 (1966 – 67) 93, 115, 119;

*Gefßler/Hefermehl/Eckart/Kropff* § 1 AktG, 58, 65 f; *Fikentscher* MDR 1957, 71, 72; *Grasmann* 470 ff; *Koppensteiner*, S. 121, 136; *Kötz* Zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit nach liechtensteinischem Recht gegründeter juristischer Personen, GmbHRdsch. 1965, 69; *Luchterhand* Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen (1971) S. 20 ff, 26; *Mann* Zum Problem der Staatsangehörigkeit der juristischen Person, Festschrift Martin Wolff (1952) 271; *Meyer-Landrut-GroßkommAktG* § 5, 7; *Neumayer* ZVglRWiss 83 (1984) 129, 139 ff; *Sandrock* Die Multinationalen Korporationen, S. 191; *ders.* Festschrift Beitzke, S. 670; *Schönle* Die Anerkennung liechtensteinischer juristischer Personen in Deutschland, NJW 1965, 1112, 1116; *Würdinger* Aktien- und Konzernrecht<sup>4</sup> (1981), § 5 I 1a S. 23.

von 1960, die Entschließung des Institut de Droit International vom 19. 9. 1966 sowie das EWG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29. 2. 1968 (siehe Materialien). Jedenfalls im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften würde die Bundesrepublik Deutschland also künftig für den Fall des Inkrafttretens des EWG-Übereinkommens<sup>76</sup> verpflichtet sein, die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts im Grundsatz nach der Gründungstheorie vorzunehmen. (Zu der Frage, inwieweit sich dies bereits aus dem Niederlassungsrecht der Artt. 52 und 58 des EWG-Vertrages ergibt, vgl. Rdn 122 f.)

Die Gründungstheorie kann nun allerdings nicht ohne **Einschränkungen** gelten. **127** Auch von denen, die sie als kollisionsrechtlichen Ausgangspunkt befürworten, wird überwiegend anerkannt, daß es schützenswerte Interessen außerhalb des Gründungsstaates geben kann, welche die Anwendung entsprechender Schutznormen rechtfertigen<sup>77</sup>. Solche Normen müssen kollisionsrechtlich gesondert angeknüpft werden. Dabei wird als Anknüpfungsmerkmal durchweg der Verwaltungssitz der Gesellschaft als Kristallisationspunkt der von ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit betroffenen Interessen benutzt. So verfährt insbesondere der im Schrifttum als ‚Überlagerungstheorie‘ bezeichnete Ansatz<sup>78</sup>. Eine Anknüpfung an den Sitz ist in der Voraufgabe auch an dieser Stelle befürwortet worden, um zwingende Interessen des Sitzstaates zur Geltung bringen zu können<sup>79</sup>. Ebenso verfährt aber auch das EWG-Übereinkommen vom 29. 2. 1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen (siehe Materialien): Zwar ist nach Art. 1 des Übereinkommens das Gründungsrecht im Grundsatz das zur Anwendung als Gesellschaftsstatut berufene Recht, aber Art. 4 des Übereinkommens behält den Vertragsstaaten die Möglichkeit vor, die zwingenden Vorschriften des inländischen Sitzrechts anzuwenden<sup>80</sup>. Zu diesen Ansätzen ist folgendes zu sagen:

Das in bestimmten zwingenden Normen des Gesellschaftsrechts zum Ausdruck **128** kommende Schutzbedürfnis vor allem von Gläubigern und Gesellschaftern ist anzuerkennen. Solchen Normen ist auch im Rahmen der grundsätzlichen Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts an das Gründungsrecht durch eine **Sonderanknüpfung** Rechnung zu tragen, sofern festgestellt werden kann, daß das Gründungsrecht nicht bereits – wenn auch möglicherweise mit anderen rechtlichen Instrumenten – eine äquivalente und daher austauschbare Regelung enthält. Dabei ist die Verwendung des Verwaltungssitzes im Sinne der Sitztheorie (vgl. Rdn 112) als Anknüpfungsmerkmal für die gesonderte Anknüpfung zwingender Schutznormen hinzunehmen, obwohl das Schutzbedürfnis der betroffenen Personen nicht notwendigerweise immer gerade dort besteht, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden. Zweifelhaft erscheint es hingegen, wenn gegenüber dem Gründungsrecht schlechthin alle zwingenden Normen des Gesellschafts-

<sup>76</sup> Vgl. aber oben Fn. 70.

<sup>77</sup> Das zeigt etwa im US-amerikanischen Bereich die Rechtsprechung zu den sog. pseudo-ausländischen Gesellschaften, die in einem Staat gegründet, aber überwiegende wirtschaftliche Kontakte zu anderen Staaten haben; vgl. dazu *Sandrock* Ein Amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften, *RabelsZ* 42 (1978) 227, 246 ff; *Ebenroth/Einsle* (Fn. 50) 218 ff; die Berücksichtigung solcher Schutznormen neben dem Gründungsrecht wird allerdings wohl abgelehnt von *Neumayer* *ZVglRWiss* 83 (1984) 148 Fn. 112.

<sup>78</sup> *Sandrock* Die Multinationalen Korporationen, S. 200 f; *ders.* (Fn. 77) 262 ff.

<sup>79</sup> Siehe Voraufgabe *AllgEinl.* Rdn 87.

<sup>80</sup> Die Bundesrepublik hat von der Möglichkeit eines entsprechenden Vorbehalts Gebrauch gemacht (Art. 2 Abs. 2 des Zustimmungsgesetzes vom 18. 5. 1972, *BGBI.* II 369); zum Inkrafttreten dieses Übereinkommens siehe Fn. 70. Siehe zu Art. 4 des Übereinkommens des näheren *Sandrock* Die Multinationalen Korporationen, S. 204 ff.

rechts zur Geltung gebracht werden (wie es die ‚Überlagerungstheorie‘<sup>81</sup> und auch Art. 4 des EWG-Übereinkommens wollen) oder gar Druck auf die Gesellschaft ausgeübt wird, ihr Gesellschaftsstatut an das inländische Recht anzupassen<sup>82</sup>. Außerdem ist es nicht sachgerecht, eine Gesellschaft auf diese Weise praktisch generell zwei unterschiedlichen Gesellschaftsstatuten zu unterwerfen und ihre Tätigkeit durch vielfältige Doppelstandards zu blockieren, die auch durch ‚Verdrängung‘ des Gründungsrechts bzw. durch ‚Anpassung‘ nicht praktikabel vermieden werden könnten<sup>83</sup>. Das ist von den Schutzbedürfnissen, um deren Berücksichtigung es geht, auch keineswegs gefordert. Vielmehr ist die Durchsetzung zwingender Schutznormen des Sitzstaates auf solche Fälle zu beschränken, in denen wirklich grundlegende Rechtsgrundsätze in Frage stehen. Des weiteren kann eine Anwendung zwingender Normen des Sitzrechts nur in Betracht kommen, wenn das Gründungsrecht Interessen in untragbarer Weise schutzlos stellt. Darauf, wie das Gründungsrecht diesen Schutz jeweils implementiert, kann es nicht ankommen. So kann die in einer Rechtsordnung vorgesehene effektive behördliche oder gerichtliche Aufsicht im Interesse von Gesellschaftsgläubigern durchaus einen Schutz gewähren, welcher dem in einer anderen Rechtsordnung durch Mindestkapitalvorschriften beabsichtigten Schutz gleichwertig ist. Schließlich muß bei der Durchsetzung solcher Normen differenziert werden. Verhaltensregeln, die eine Gesellschaft befolgen kann, ohne mit ihrem Gründungsrecht in Konflikt zu geraten, sind ohne weiteres einzuhalten; Verhaltensregeln, deren Befolgung die Gesellschaft hingegen in eine Pflichtenkollision bringen, können in vertretbarem Maß angepaßt werden, soweit dies möglich ist. Werden die hiernach anwendbaren Normen nicht eingehalten, so steht die Sanktion der persönlichen Haftung der Beteiligten zur Verfügung. Diese Rechtsfolge, welche die Sitztheorie generell beim Auseinanderfallen von Gründungsrecht und Sitzstaat vorsieht und die praktisch auf einen Durchgriff auf die Gesellschafter hinausläuft (vgl. Rdn 120), wird somit auf Fälle beschränkt, in denen ein zwingender Sitzrechtsvorbehalt dies erforderlich macht<sup>84</sup>. Im Ergebnis sollten also Einschränkungen der Gründungstheorie nur insoweit vorgenommen werden, wie dies im Einzelfall zwingend erforderlich ist und geschützte Personen sich hierauf berufen. Zu den Normen, denen auf diese Weise Geltung verschafft werden kann, rechnen beispielsweise Rechnungslegungsvorschriften, Kapitalisierungsvorschriften oder Vorschriften über den Minderheitenschutz. Die Entwicklung solcher Sitzrechtsvorbehalte, die über den Vorbehalt des *ordre public* nach Art. 6 EGBGB hinausgehen, muß letztlich von der Rechtsprechung anhand der jeweiligen Besonderheiten einzelner Fälle entschieden werden. Damit sind keine prinzipiell größeren Schwierigkeiten verbunden als ganz allgemein mit der Bestimmung der Anwendbarkeit von inländischen Eingriffsnormen auf Rechtsverhältnisse, die einem ausländischen Recht unterliegen.

### 3. Regelungsbereich

- 129** a) **Allgemeines.** Es entspricht der herkömmlichen Betrachtungsweise im Internationalen Gesellschaftsrecht, sämtliche gesellschaftsrechtlichen Fragen einem einheitlichen

<sup>81</sup> Sandrock Die Multinationalen Korporationen, S. 202 f; kritisch dazu Wiedemann GesR 1, § 14 II 1, S. 788 f; Staudinger/Großfeld IntGesR, 59 f; MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 147 ff.

<sup>82</sup> So aber Beitzke Kollisionsrecht, S. 118.

<sup>83</sup> Vgl. aber Sandrock Die Multinationalen Korporationen, S. 203 (Verdrängung des Gründungsrechts durch das Sitzrecht) und 229 (Anpassung bzw. Angleichung beider Rechte).

<sup>84</sup> Dies dürfte der jetzt in Art. 159 des Schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. 12. 1987, BBl. 1988 I 5, vorgesehenen Regelung entsprechen, derzufolge sich bei inländischem Geschäftssitz die Haftung der für die Gesellschaft handelnden Personen nach inländischem Recht richtet. Die Kriterien für die Haftung müssen dann im Einzelfall geprüft werden.

Gesellschaftsstatut zu unterstellen<sup>85</sup>. Das gilt unabhängig davon, ob man der Sitztheorie oder der Gründungstheorie folgt<sup>86</sup>. Auch nach der eingeschränkten Gründungstheorie, die gewisse Sitzrechtsvorbehalte macht (vgl. Rdn 127 f), stellt das Gründungsrecht ein einheitliches Gesellschaftsstatut dar. Der (gegenständliche) Regelungsbereich (im Unterschied zum territorialen Geltungsbereich) des Gesellschaftsstatuts erstreckt sich daher – unabhängig von der Anknüpfung nach der Sitztheorie oder der Gründungstheorie – grundsätzlich auf alle Fragen vom Beginn bis zu Beendigung einer Gesellschaft. (Zur Frage eines vom Gesellschaftsstatut unabhängigen Anerkennungsstatuts siehe Rdn 157.)

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht ist der Regelungsbereich des Gesellschaftsstatuts auf die sogenannten Innenverhältnisse beschränkt, während die sogenannten Außenverhältnisse vorrangig – unter Berücksichtigung des Günstigkeitsprinzips – dem Wirkungsstatut oder dem Vornahmestatut unterliegen sollen<sup>87</sup>. Damit wird die Einheit des Gesellschaftsstatuts aufgegeben; Innen- und Außenstatut der Gesellschaft werden jeweils gesondert angeknüpft (sogenannte Differenzierungslehre im Gegensatz zur herrschenden Einheitslehre). Diese Trennung wird angesichts einer zunehmenden internationalen Wirtschaftstätigkeit sowohl mit den Interessen der Gesellschaft als auch mit den Interessen Dritter begründet: Die Gesellschaft selbst sei daran interessiert, bei ihrer Auslandstätigkeit nicht an Beschränkungen gebunden zu sein, die ihr das Gesellschaftsstatut auferlege, sondern über dieselbe Bewegungsfreiheit zu verfügen wie Gesellschaften des Staates, in dem sie sich betätigt; zugleich sei der Geschäftsverkehr daran interessiert, sich bei Beurteilung der Außenverhältnisse einer Gesellschaft nicht nach einem ausländischen Gesellschaftsrecht richten zu müssen<sup>88</sup>. Dabei werden dem Innenstatut zugerechnet: die Gründung der Gesellschaft, ihre Verfassung, die Rechte und Pflichten der Gesellschafter, Fragen der Satzung sowie Satzungsänderungen<sup>89</sup>; zum Außenstatut werden gezählt: die Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Gesellschaft, insbesondere die gesetzliche Vertretung durch ihre Organe, ferner die Haftung sowie die Sicherung der Kapitalaufbringung und die Kapitalerhaltung<sup>90</sup>. Eine solche Differenzierung ist jedoch aus rechtlichen wie aus Gründen der Praktikabilität abzulehnen. Sie läßt außer acht, daß im Gesellschaftsrecht ein enger Zusammenhang zwischen Innen- und Außenverhältnis besteht, der nicht ohne Schaden zerrissen werden kann. Gesellschaftsrecht ist naturgemäß selbst dort, wo es sich um die Regelung der Innenverhältnisse handelt, sehr weitgehend nicht nur an den Bedürfnissen der Gesellschafter, sondern gerade auch am Gläubigerschutz orientiert. Im übrigen würde die Unterscheidung von Innen- und Außenstatut in vielen Fällen, die beide Seiten berühren, zwangsläufig zur Kumulation mehrerer Rechtsordnungen und damit zu praktisch unlösbaren Normenkollisionen und Angleichungsproblemen führen<sup>91</sup>. Dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes trägt auch die herrschende Einheitslehre hinreichend Rechnung durch die entsprechende Anwendung des Art. 12 EGBGB (vgl. Rdn 137).

130

<sup>85</sup> RGZ 83, 367; 153 200, 205; BGHZ 78, 318, 334 = NJW 1981, 522, 525; *Beitzke* ZHR 127 (1964 – 65) 1, 10; *Koppensteiner*, S. 116; *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 180; *MünchKomm-Ebenroth Anhang* zu Art. 12 EGBGB, 223.

<sup>86</sup> Unzutreffend insoweit *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 180 und *MünchKomm-Ebenroth Anhang* zu Art. 12 EGBGB, 223.

<sup>87</sup> *Grasmann* 615 ff; Berührungspunkte mit dieser Ansicht hat auch die „Überlagerungstheorie“: vgl.

*Sandrock* Die Multinationalen Korporationen, S. 242 f.

<sup>88</sup> *Grasmann* 618.

<sup>89</sup> *Grasmann* 998 ff.

<sup>90</sup> *Grasmann* 849 ff.

<sup>91</sup> Kritisch auch *Beitzke* Kollisionsrecht, S. 131; *Koppensteiner*, S. 109 ff; *Wiedemann* GesR 1, §14 II 1, S. 789 f; *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 52 ff; *MünchKomm-Ebenroth Anhang* zu Art. 12 EGBGB, 151 ff.

- 131** Außerhalb des Gesellschaftsstatuts stehen selbstverständlich zunächst einmal alle Normen, welche die konkreten Rechtsverhältnisse der Gesellschaft gegenüber Dritten regeln. Diese ‚Außenbeziehungen‘ unterliegen dem jeweiligen Geschäfts- bzw. Deliktsstatut<sup>92</sup>. Des weiteren fallen nicht unter das Gesellschaftsstatut die Normen des öffentlichen Rechts, die eigenen kollisionsrechtlichen Grundsätzen folgen<sup>93</sup>. Ihre Geltung ist nicht durch das kollisionsrechtlich maßgebliche Gesellschaftsrecht vermittelt. Sind solche Normen im Einzelfall anwendbar, dann gelten sie für in- und ausländische Gesellschaften gleichermaßen. Hierzu rechnen etwa Normen des Steuerrechts, des Wettbewerbsrechts, teils auch des Arbeitsrechts<sup>94</sup> und ganz allgemein Normen des Wirtschaftsrechts.
- 132** b) **Gründung.** Dem Gesellschaftsstatut unterliegen zunächst einmal die Fragen, die mit der **Gründung** der Gesellschaft zusammenhängen, insbesondere mit ihrer Entstehung als Rechtssubjekt<sup>95</sup>. Allerdings gilt dies nicht für diejenigen Aspekte der Gesellschaftsgründung, die nicht gesellschaftsrechtlich, sondern etwa vertragsrechtlich, deliktsrechtlich, verfahrensrechtlich oder als Formfragen zu qualifizieren sind. Solche Rechtsfragen unterliegen jeweils gesonderten Kollisionsnormen. (Siehe zu den Formfragen Rdn 160 ff.)
- 133** Fraglich ist hiernach zunächst, welchem Recht der einer Gesellschaftsgründung vorhergehende **Gründungsvorvertrag** untersteht. Er wird ganz überwiegend vertragsrechtlich qualifiziert und daher nach dem Vertragsstatut beurteilt<sup>96</sup>. Es handelt sich aber bereits um eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft (**Vorgründungsgesellschaft**), die folgerichtig ihrem eigenen Gesellschaftsstatut<sup>97</sup> unterstehen muß<sup>98</sup>. Zweifelsfrei dem Gesellschaftsstatut unterliegt hingegen die **Vorgesellschaft**<sup>99</sup>, insbesondere sind die bei ihr bestehenden Haftungsverhältnisse nach diesem Recht zu beurteilen<sup>100</sup>. Des weiteren unterliegen dem Gesellschaftsstatut die **Gründungsvoraussetzungen**, vor allem der Gesellschaftsvertrag<sup>101</sup> (zu seiner Form siehe Rdn 163), die Kapitalaufbringung<sup>102</sup> sowie die Wirkungen einer Registereintragung, deren Durchführung selbst allerdings als Verfahrensfrage zu qualifizieren ist, die dem Recht des Registerortes unterliegt. Vertragliche Nebenabreden außerhalb des Gesellschaftsvertrages unterliegen zwar grundsätzlich dem Vertragsstatut<sup>103</sup>; soweit sie aber die Qualität von Satzungsbestimmungen haben, sollten sie dem Gesellschaftsstatut unterworfen werden.
- 134** Die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts an den tatsächlichen Verwaltungssitz (Sitztheorie; siehe Rdn 109) bedeutet, daß eine Gesellschaft nach dem **Recht des Sitzstaates** gegründet werden muß. Diese Regel wird in der Rechtsprechung jedenfalls dann uneingeschränkt angewendet, wenn der Verwaltungssitz in der Bundesrepublik

<sup>92</sup> So zutreffend *Neumayer ZVglRWiss* 83 (1988) 129, 140, 149.

<sup>93</sup> So zutreffend *Soergel/Lüderitz Vor Art. 7, 199 Fn. 6 a. E.*

<sup>94</sup> So zutreffend *Wiedemann GesR 1, § 14 III, S. 800.*

<sup>95</sup> RGZ 73, 366, 367; 83, 367; BGHZ 53, 181, 183 = NJW 1970, 998, 999; OLG Frankfurt NJW 1964, 2355; OLG Düsseldorf RIW 1976, 452; *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 186 ff.; *MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB*, 225 ff.

<sup>96</sup> So BGH IPRspr. 1975 Nr. 6 = WM 1975, 387; ebenso *Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB*, 220; *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 186; *MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB*, 226.

<sup>97</sup> Nach aA dem Gesellschaftsstatut der zu gründenden Gesellschaft; so *Scholz/Westermann Einl. 102.*

<sup>98</sup> Unentschieden BGH WM 1969, 291, 292.

<sup>99</sup> BayObLGZ 1965, 294; OLG München IPRspr. 1966/67 Nr. 15; OLG Nürnberg IPRspr. 1966/67 Nr. 17; *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 186 ff.; *MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB*, 242.

<sup>100</sup> Für den Fall der Anwendbarkeit ausländischen Rechts ist dabei aber Art. 38 EGBGB zu beachten; vgl. OLG Düsseldorf IPRspr. 1975 Nr. 8 = RIW 1976, 452, 453 (zum früheren Art. 12 EGBGB).

<sup>101</sup> RGZ 73, 366, 367.

<sup>102</sup> Vgl. RGZ 73, 366, 367 f.

<sup>103</sup> *Scholz/Westermann Einl. 97.*

Deutschland liegt: eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft mit inländischem Verwaltungssitz ist nicht ordnungsgemäß gegründet und daher nicht rechtsfähig<sup>104</sup>. Im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften würde sich die Rechtslage in diesem Punkt allerdings mit dem Inkrafttreten des EWG-Übereinkommens vom 29. 2. 1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen (siehe Materialien) ändern. Denn Art. 1 des Übereinkommens verpflichtet die Vertragsstaaten, alle Gesellschaften als rechtsfähig anzuerkennen, die nach dem Recht eines der Vertragsstaaten gegründet worden sind, unabhängig davon, ob sich ihr Verwaltungssitz im Gründungsstaat befindet oder nicht. Die Frage, inwieweit sich dies bereits aus der in Artt. 52, 58 EWG-Vertrag auch für Gesellschaften vorgesehenen Niederlassungsfreiheit ergibt, war bisher heftig umstritten<sup>105</sup>. Sie ist nunmehr vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften dahingehend entschieden worden, daß der EWG-Vertrag diese Frage nicht präjudiziert (vgl. Rdn 123).

Ob im umgekehrten Fall, also bei Gründung einer Gesellschaft mit ausländischem Verwaltungssitz nach deutschem Recht, die entsprechende Regel gelten soll, ist umstritten. Teils wird dies mit der Begründung verneint, auch für die GmbH gelte der in § 5 Abs. 2 AktG festgelegte Grundsatz, demzufolge der Satzungssitz (der praktisch den Gründungsort der Gesellschaft bestimmt) nicht notwendig mit dem Ort der ‚Geschäftsleitung‘ oder der ‚Verwaltung‘ (also dem Verwaltungssitz) zusammenfallen muß, sondern auch an den Ort gelegt werden kann, wo die Gesellschaft lediglich einen Betrieb unterhält oder zu dem in sonstiger Weise ein sachlicher Bezug besteht<sup>106</sup>. Des weiteren rechtfertigt der Schutzzweck der Sitztheorie in diesem Fall die Anwendung des inländischen Gründungsrechts, weil die Gesellschaft immerhin mit einem Betrieb im Inland präsent sei und daher die Interessen inländischer Personen berühre<sup>107</sup>. Hiernach kann also eine Gesellschaft mit ausländischem Verwaltungssitz nach deutschem Recht gegründet werden, wenn sie ihren Satzungssitz ins Inland legt und zumindest beabsichtigt, im Inland einen Betrieb zu errichten<sup>108</sup>. Nur wenn sich auf Dauer weder Betrieb noch Geschäftsleitung oder Verwaltung der Gesellschaft im Inland befinden, wird der inländische bloße Satzungssitz unzulässig und die Gesellschaft kann nach § 144a FGG vom Registergericht nach erfolgloser Aufforderung zur Behebung des Mangels aufgelöst werden. – Überwiegend wird die Möglichkeit der Gründung einer inländischen Gesellschaft mit ausländischem Verwaltungssitz von den Vertretern der Sitztheorie verneint<sup>109</sup>. Danach soll § 5 Abs. 2 AktG nur eine Wahlfreiheit hinsichtlich der Lokalisierung des Satzungssitzes im Inland einräumen<sup>110</sup>. Dem ist zuzustimmen; § 5 Abs. 2 AktG hat keine eigenständige kollisionsrechtliche Bedeutung, sondern setzt die Anwendbarkeit deutschen Rechts bereits voraus<sup>111</sup>. Es bleibt aber die materielle

<sup>104</sup> RG JW 1904, 231; BGHZ 53, 181 = NJW 1969, 188; OLG Frankfurt NJW 1964, 2355; OLG Nürnberg AG 1967, 362; LG Rottweil IPRax 1986, 110, 111.

<sup>105</sup> Zweifelnd BayOBLGZ 1986, 61, 73 = NJW 1986, 3029, 3032; BayOBLGZ 1986, 351, 359 = RIW 1987, 52, 54; vgl. schon *Drobnig* ZHR 129 (1966/67) 93, 117; im Sinne der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Sitztheorie etwa *Koppensteiner*, S. 115 ff; *Timmermans* Die europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, RabelsZ 48 (1984) 1, 38 ff; *Behrens* RabelsZ 52 (1988) 498 m. w. N.; aA etwa *Wiedemann* GesR 1, § 14 II 2, S. 793 ff; ihm folgend *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 92; *ders.* Die Sitztheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts in der Europäischen Gemeinschaft, IPRax 1986, 145.

<sup>106</sup> So *Wiedemann* GesR 1, § 14 II 2 S. 791.

<sup>107</sup> *Wiedemann* GesR 1, § 14 II 2, S. 792.

<sup>108</sup> So auch *Koppensteiner*, S. 128; *Beitzke* Kollisionsrecht, S. 108; ebenso auch die zuständige Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, Vorschläge und Gutachten, S. 20.

<sup>109</sup> *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 70 ff, 186 ff; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 239 f; *Scholz/Westermann* Einl. 100.

<sup>110</sup> *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 72; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 240; *Scholz/Westermann* Einl. 100.

<sup>111</sup> So überzeugend *Soergel/Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 205.

Erwägung, daß gerade unter dem Gesichtspunkt des von der Sitztheorie betonten Interessenschutzes kein Anlaß besteht, einer Gesellschaft, die sich den strengen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des deutschen Rechts unterworfen hat, die Rechtsfähigkeit zu versagen<sup>112</sup>. Die Sitztheorie kann sich in diesem Zusammenhang nicht auf den Gesichtspunkt des internationalen Entscheidungseinklangs berufen, den sie selbst, jedenfalls im Verhältnis zu den zahlreichen Rechtsordnungen, die der Gründungstheorie folgen, nicht beachtet. Da eine nach deutschem Recht gegründete Gesellschaft im Inland nicht nur ihren Satzungssitz hat, sondern – in Anwendung des in § 5 Abs. 2 AktG enthaltenen Gedankens – auch über eine Betriebsstätte verfügen muß, bestehen im übrigen hinreichende Ansatzpunkte, um gesellschaftsrechtlich geschützte Interessen gegenüber einer solchen Gesellschaft durchzusetzen<sup>113</sup>.

**136** c) **Rechtsfähigkeit und sonstige Handlungsfähigkeiten.** Das Gesellschaftsstatut entscheidet über **Beginn und Umfang der allgemeinen Rechtsfähigkeit**, d. h. über die Fähigkeit der Gesellschaft, Träger von Rechten und Pflichten zu sein<sup>114</sup>. Bleibt der Umfang der Rechtsfähigkeit nach dem ausländischen Gesellschaftsstatut hinter dem für vergleichbare Gesellschaften im inländischen Recht vorgesehenen Umfang zurück – wie dies etwa aufgrund der ultra-vires-Lehre des Common Law möglich ist –, so muß das grundsätzlich auch im Inland beachtet werden<sup>115</sup>. Dasselbe gilt für die **Geschäftsfähigkeit** der Gesellschaft, d. h. für die Frage, durch welche Organe und in welchem Umfang die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet werden kann, mit anderen Worten für die Frage der gesetzlichen **Vertretung**<sup>116</sup>. Die Vertretungsmacht von Hilfspersonen aufgrund besonderer Vollmachten (Prokura, Handlungsvollmacht usw.) richtet sich nicht nach dem Gesellschaftsstatut, sondern nach dem Vollmachtsstatut<sup>117</sup>.

**137** Soweit die Gesellschaft hinsichtlich des Umfangs ihrer Rechts- bzw. Geschäftsfähigkeit nach ihrem Gesellschaftsstatut hinter den Regeln des inländischen Rechts zurückbleibt, wird jedoch eine **Sonderanknüpfung** zugunsten des inländischen Rechts vorgenommen: In entsprechender Anwendung des Art. 12 EGBGB (früher: Art. 7 Abs. 3 S. 1 EGBGB) ist der inländische Geschäftsverkehr in seinem Vertrauen in den Bestand eines den inländischen Vorschriften entsprechenden Umfangs der Rechts- und Geschäftsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft geschützt<sup>118</sup>. Allerdings sind wohl zwei Einschränkungen zu machen: Der inländische Vornahmeort darf nicht rein zufällig<sup>119</sup>, und der Geschäftspartner muß gutgläubig sein, d. h. er darf die nach dem Gesellschaftsstatut bestehenden Beschränkungen weder positiv gekannt noch grobfahrlässig nicht gekannt haben<sup>120</sup>. Dies entspricht im übrigen auch dem Konventionsentwurf der International Law Association von 1960 und der Entschließung des Institut de Droit international vom 19. 9. 1966 sowie auch den Grundsätzen, die nach der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften Nr. 68/151/EWG vom

<sup>112</sup> Wiedemann GesR 1, § 14 II 2, S. 791 ff.

<sup>113</sup> Sehr kritisch insoweit Staudinger/Großfeld IntGesR, 71 ff.

<sup>114</sup> BGHZ 97, 269, 271 = NJW 1986, 2194, 2195; BayObLGZ 1986, 61, 66 f = NJW 1986, 3029, 3031; OLG Frankfurt IPRspr. 1984 Nr. 21; OLG Nürnberg IPRspr. 1984 Nr. 120 = WM 1985, 259; LG Rottweil IPRspr. 1985 Nr. 20 = IPRax 1986, 110; Staudinger/Großfeld IntGesR, 190 ff; Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB, 212; MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 229 f.

<sup>115</sup> Vgl. dazu Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB, 213 f; Beitzke ZHR 127 (1964–65) 1, 9.

<sup>116</sup> BGHZ 32, 256, 258; OLG Frankfurt IPRspr. 1984

Nr. 21; LG München IPRax 1983, 244; vgl. Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB, 213 f.

<sup>117</sup> Vgl. OLG Hamm IPRspr. 1956–57 Nr. 27; OLG Frankfurt IPRspr. 1976 Nr. 18 = BB 1976, 569; OLG Frankfurt IPRspr. 1984 Nr. 21.

<sup>118</sup> OLG Düsseldorf AG 1965, 16; Kegel IPR, § 17 II 2 S. 366; Staudinger/Großfeld IntGesR, 192 ff, 201 ff; MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 245 ff; aA OLG Stuttgart IPRspr. 1974 Nr. 7 = NJW 1974, 1627; dagegen auch Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB, 215.

<sup>119</sup> So etwa Beitzke Kollisionsrecht, S. 120.

<sup>120</sup> Enger jedoch Beitzke Kollisionsrecht, S. 120.

9. 3. 1968<sup>121</sup> (vgl. Rdn 207 ff) hinsichtlich des Gutgläubensschutzes Dritter bei solchen Geschäften gelten, die den Gesellschaftsgegenstand überschreiten<sup>122</sup>. Allerdings läuft der durch Art. 12 EGBGB geschützte Vertragsteil u. U. Gefahr, daß er bei Wirksamkeit des mit der ausländischen Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfts seinerseits in Anspruch genommen wird, seine eigenen Ansprüche gegen die ausländische Gesellschaft aber allenfalls durchsetzen kann, wenn diese über inländisches Vermögen verfügt<sup>123</sup>. Dem ist nur im Einzelfall durch das materielle Recht (gegebenenfalls Einräumung eines Leistungsverweigerungsrechts) angemessen Rechnung zu tragen<sup>124</sup>.

Der erwähnte Verkehrsschutz soll auch die Fälle erfassen, in denen die Rechtsfähigkeit eines Personenverbandes nach dem Gesellschaftsstatut nicht nur eingeschränkt ist, sondern überhaupt nicht besteht. Nach Rechtsscheingrundsätzen soll ein solcher Personenverband im Inland u. U. dennoch als juristische Person behandelt werden können<sup>125</sup>. Das soll sogar in Fällen gelten, in denen eine nach ausländischem Gründungsrecht wirksam erworbene Rechtsfähigkeit im Inland deshalb nicht anerkannt wird, weil sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft im Inland befindet<sup>126</sup>. Darüber hinaus wird dieser Grundsatz als allseitige Kollisionsnorm verstanden, so daß generell der Verkehr außerhalb des Sitzstaates entsprechend geschützt wird<sup>127</sup>. Dieser Argumentation ist zuzustimmen. Allerdings ist sie vom Standpunkt der Sitztheorie ganz und gar inkonsequent, da auf diese Weise ein Bedürfnis inländischer Vertragspartner an der Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft – unabhängig von der Lokalisierung ihres Verwaltungssitzes – bejaht wird, das die Sitztheorie in anderem Zusammenhang gerade in Frage stellt (vgl. Rdn 109 ff). Die von der Sitztheorie vorgesehene Sanktion der Rechtsunfähigkeit für den Fall, daß der Verwaltungssitz außerhalb des Gründungsstaates liegt, entspricht mithin nicht den Bedürfnissen des Verkehrsschutzes (vgl. Rdn 121).

**Besondere Rechtsfähigkeiten, d. h. die Fähigkeiten, Träger von besonderen Rechten und Pflichten zu sein (z. B. Erwerb von Grundstücken, Beteiligung an anderen Gesellschaften, Organstellung in anderen juristischen Personen), richten sich zunächst einmal ebenfalls nach dem Gesellschaftsstatut. Ist die Gesellschaft insoweit in ihrer Rechtsfähigkeit beschränkt, so ist das wiederum grundsätzlich zu beachten. Des weiteren sind solche besonderen Rechtsfähigkeiten aber zusätzlich auch aus der Sicht des auf das jeweils in Frage stehende Rechtsverhältnis anwendbaren Rechts (Wirkungsstatuts) zu beurteilen<sup>128</sup>. Somit unterliegt die Frage der Typenvermischung, insbesondere die Fähigkeit einer ausländischen Kapitalgesellschaft, sich an einer inländischen Personengesellschaft (vor allem als Komplementärin einer Kommanditgesellschaft) zu beteiligen, sowohl dem Gesellschaftsstatut der ausländischen Kapitalgesellschaft als auch dem Gesellschaftsstatut der inländischen Personengesellschaft<sup>129</sup>.**

<sup>121</sup> ABL EG Nr. L 65 vom 14. 3. 1968, S. 8.

<sup>122</sup> Siehe zu diesen Fragen des näheren – auch kritisch – Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 192 ff.

<sup>123</sup> Vgl. dazu Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 199.

<sup>124</sup> So zutreffend Soergel/*Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 215.

<sup>125</sup> Vgl. Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 192 ff, 200.

<sup>126</sup> So OLG Nürnberg IPRspr. 1984 Nr. 120 = WM 1985, 259; vgl. auch BGH IPRspr. 1960 – 61 Nr. 186 = NJW 1960, 1204; ebenso Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 200.

<sup>127</sup> *Kegel* IPR, § 17 II 2 S. 366.

<sup>128</sup> Vgl. Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 214 ff; Münch-Komm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 249 ff; Soergel/*Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 226.

<sup>129</sup> Siehe BayObLGZ 1986, 61, 66, 70 = NJW 1986, 3029, 3031 (Beteiligung einer britischen private company an einer deutschen Kommanditgesellschaft prinzipiell sowohl nach englischem als auch nach deutschem Gesellschaftsrecht zulässig); kritisch dazu *Großfeld* Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG“, IPRax 1986, 351; *Ebke* Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG“ und das europäische Gemeinschaftsrecht, ZGR 16 (1987) 245; *Ebenroth/Eyles* Die Beteiligung ausländischer Gesellschaften an einer inländischen Kommanditgesellschaft, DB 1988, Beilage Nr. 2/88, S. 11.

- 140** Dem Gesellschaftsstatut unterliegen ferner die **Partei- und Prozeßfähigkeit** der Gesellschaft<sup>130</sup>. Auch insoweit greift allerdings ein gewisser Verkehrsschutz ein<sup>131</sup>. Im übrigen ist § 55 ZPO zu beachten, demzufolge eine nach ihrem Gesellschaftsstatut prozeßunfähige Gesellschaft im Inland prozeßfähig ist, wenn eine vergleichbare inländische Gesellschaft prozeßfähig wäre.
- 141** Die **Deliktsfähigkeit** ist keine gesellschaftsrechtliche Frage, sondern eine solche des Deliktsrechts. Sie unterliegt daher dem Deliktsstatut<sup>132</sup>. Allerdings ist zu beachten, daß es auch gesellschaftsrechtliche Haftungstatbestände gibt, die deliktischen Charakter besitzen. Sie sind folgerichtig nach dem Gesellschaftsstatut zu beurteilen.
- 142** d) **Persönlichkeitsrechte**. Dem Gesellschaftsstatut unterliegen die Persönlichkeitsrechte einer Gesellschaft, insbesondere das **Namens- und Firmenrecht**<sup>133</sup>. Allerdings richtet sich nach dem Gesellschaftsstatut nur der Bestand dieser Rechte, nicht dagegen der Umfang des Rechtsschutzes. Hinsichtlich der Schutzansprüche, die sich aus der Verletzung der nach dem Gesellschaftsstatut geschützten Rechte ergeben, werden nämlich ausländische Gesellschaften ebenso behandelt wie inländische<sup>134</sup>.
- 143** Streitig ist die Frage, nach welchem Recht die **Kaufmannseigenschaft** einer Gesellschaft zu beurteilen ist<sup>135</sup>. Richtigerweise ist sie nach dem Recht zu beurteilen, dem das jeweilige handelsrechtliche Rechtsgeschäft unterliegt, also dem Wirkungsstatut.
- 144** e) **Organisation**. Dem Gesellschaftsstatut unterliegt vor allem das interne Verbandsrecht der Gesellschaft, insbesondere ihre Verfassung und Organisation. Das Gesellschaftsstatut bestimmt über die **Organe** der Gesellschaft, ihre Zusammensetzung und ihre Befugnisse<sup>136</sup> (vgl. aber auch Rdn 136 zur Vertretungsmacht). Hinsichtlich der Rechtsstellung der Organmitglieder ist aber zwischen ihrer organschaftlichen Funktion in der Gesellschaft (Gesellschaftsstatut) und ihrer etwaigen vertraglichen – insbesondere anstellungsvertraglichen – Position (Vertragsstatut) zu unterscheiden<sup>137</sup>.
- 145** Ebenfalls dem Gesellschaftsstatut unterliegt die **Satzung** der Gesellschaft sowie deren Änderungen, insbesondere die **Kapitalausstattung** der Gesellschaft und deren Änderungen einschließlich der Regeln über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung<sup>138</sup> (zu den Formfragen Rdn 163).
- 146** Ferner regelt das Gesellschaftsstatut die Rechte und Pflichten, die aus der **Mitgliedschaft** für die Gesellschafter untereinander und im Verhältnis zur Gesellschaft entstehen, sowie entsprechende Änderungen<sup>139</sup>. Nach diesem Recht richtet sich insbesondere die Begründung der Gesellschafterstellung, die Zulässigkeit und Art der Verbriefung von Gesellschaftsanteilen, sowie die Beendigung der Mitgliedschaft. **Absprachen zwischen den Gesellschaftern** unterliegen dem Gesellschaftsstatut insoweit, als sie die

<sup>130</sup> Vgl. RGZ 117, 215, 217; BGHZ 51, 27, 28 = NJW 1969, 188, 189; BGHZ 53, 383, 385 = NJW 1970, 998, 999; OLG Düsseldorf AG 1965, 16; OLG Koblenz IPRspr. 1985 Nr. 22 = RIW 1986, 137; Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 209 ff, 213; MünchKomm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 266 f; Soergel/*Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 223 ff.

<sup>131</sup> Vgl. BGH IPRspr. Nr. 1960 – 61 Nr. 186 = NJW 1960, 1204; OLG Stuttgart NJW 1974, 1627, 1628; OLG Nürnberg IPRspr. 1984 Nr. 120 = WM 1985, 259; siehe zu den Einzelheiten die oben (vorige Fn.) angegebene Literatur.

<sup>132</sup> Vgl. Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 229 ff; MünchKomm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 270.

<sup>133</sup> RGZ 117, 215, 218.

<sup>134</sup> RGZ 117, 215, 218; BGHZ 8, 318, 319; BGH NJW 1971, 1522, 1523; BayObLGZ 1986, 61, 63 ff = NJW 1986, 3029 ff; LG Hagen NJW 1973, 2162; vgl. Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 235 ff.

<sup>135</sup> Vgl. dazu Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 232 ff.

<sup>136</sup> Soergel/*Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 233 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; MünchKomm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 271 ff; Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 240.

<sup>137</sup> Vgl. LG München IPRax 1983, 244.

<sup>138</sup> RGZ 73, 366, 367; Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 240 ff.

<sup>139</sup> Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 245 ff; MünchKomm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 287 ff; Soergel/*Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 236.

Rechtsstellung der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter zum Gegenstand haben (z. B. Stimmbindungsverträge)<sup>140</sup>. Für die **Übertragung von Anteilen** ist zu unterscheiden<sup>141</sup>: Die Übertragbarkeit durch Rechtsgeschäft oder Erbgang unterliegt dem Gesellschaftsstatut. Dieses bestimmt auch über die Voraussetzungen, die für den Übergang der Mitgliedschaft erfüllt sein müssen (zu den Formfragen Rdn 163). Das zugrundeliegende schuldrechtliche Rechtsgeschäft unterliegt aber dem Vertragsstatut (das sich beispielsweise dann mit dem Gesellschaftsstatut deckt, wenn sich die schuldrechtliche Verpflichtung zur Anteilsübertragung aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt<sup>142</sup>), während sich der Erbgang nach dem Erbstatut richtet.

Dem Gesellschaftsstatut unterstehen schließlich sämtliche Änderungen der Unternehmensstruktur, wie beispielsweise durch **Umwandlung** oder **Verschmelzung** (zur internationalen Verschmelzung Rdn 173 ff). Die Folgen einer grenzüberschreitenden **Sitzverlegung** bestimmen sich – sofern damit ein Wechsel des Gesellschaftsstatus verbunden ist – sowohl nach dem bisherigen als auch nach dem neuen Gesellschaftsstatut (dazu Rdn 166 ff). **147**

f) **Haftung**. Die gesellschaftsrechtlichen **Haftungsgrundsätze** sind grundsätzlich dem Gesellschaftsstatut zu entnehmen<sup>143</sup>. Es bestimmt vor allem über die Frage, ob die Gesellschafter oder die Organmitglieder für die Gesellschaftsschulden persönlich in Anspruch genommen werden können und in welchem Umfang dies möglich ist<sup>144</sup>. Dies gilt unabhängig davon, welches Recht das Rechtsverhältnis (Vertrag, Delikt etc.) beherrscht, aus dem sich die jeweilige Verpflichtung der Gesellschaft ergibt. **148**

Besonderheiten sind beim **Haftungsdurchgriff** zu beachten: Gemeinhin wird die Auffassung vertreten, der Durchgriff auf die Gesellschafter zu Haftungszwecken richte sich grundsätzlich nach dem Gesellschaftsstatut<sup>145</sup>. Der Durchgriff auf die hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter kann aber durchaus unterschiedliche Gründe haben, die auch kollisionsrechtlich eine Differenzierung nahelegen<sup>146</sup>. Er dient einerseits dem Ausgleich von Gefährdungen für die *Gesamtheit* der Gläubiger, die aus dem haftungsrechtlichen Trennungsprinzip (beschränkte Haftung) resultieren (so etwa in den Fällen, in denen die unmittelbare Inanspruchnahme eines Gesellschafters auf den Gesichtspunkt der Beherrschung gestützt wird); andererseits dient er aber auch zuweilen dem Ausgleich von Gefährdungen, die aus der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaft (Rechtssubjektivität) für *einzelne* Gläubiger in ihren individuellen Beziehungen zur Gesellschaft entstehen (so etwa in den Fällen, in denen der Durchgriff etwa mit einer unerlaubten Handlung des in Anspruch genommenen Gesellschafters begründet wird). Die erste Fallgruppe unterliegt dem Gesellschaftsstatut, weil das Prinzip der Trennung zwischen Gesellschaftsvermögen und Gesellschaftervermögen ein Gestaltungsmittel für die Risikoverteilung im Gesellschaftsrecht ist, über dessen Tragweite und Grenzen daher grundsätzlich das Gesellschaftsstatut entscheiden muß. Die zweite Fallgruppe muß hingegen konsequenterweise nach dem Wirkungsstatut (also etwa dem Deliktsstatut) beurteilt werden. Im Einzelfall ist also entweder das Gesellschaftsstatut oder das Wirkungsstatut zur Anwendung berufen, je nachdem ob **149**

<sup>140</sup> Vgl. Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 249 ff; MünchKomm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 296 ff.

<sup>141</sup> Vgl. OLG Karlsruhe IPRspr. 1983 Nr. 20.

<sup>142</sup> Vgl. Scholz/*Westermann* Einl. 116.

<sup>143</sup> RGZ 124, 146, 148.

<sup>144</sup> Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 252; MünchKomm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 301.

<sup>145</sup> BGHZ 78, 318, 334 = NJW 1981, 522, 525;

MünchKomm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 309 ff.

<sup>146</sup> Vgl. zu differenzierenden Lösungen Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 257 ff; *Behrens* Der Durchgriff über die Grenze, *RabelsZ* 46 (1982) 308 ff, 331 ff; *Bernstein* Durchgriff bei juristischen Personen, insbesondere Gesellschaften in Staatshand, *Festschrift Zweigert* (1981) S. 37 ff, 57 f.

es um den Schutz der Gläubigersamtheit geht oder um den Individualschutz eines Gläubigers<sup>147</sup>.

- 150** Folgt man dem hier vertretenen kollisionsrechtlichen Ansatz der eingeschränkten Gründungstheorie (vgl. Rdn 127 f), dann ist es allerdings im Einzelfall möglich, die inländischen Grundsätze des gesellschaftsrechtlichen Durchgriffs auch gegenüber einer ausländischen Gesellschaft zur Geltung zu bringen. Die Grundlage wäre dafür allerdings nicht der *ordre public*<sup>148</sup>, sondern ein entsprechender **Sitzrechtsvorbehalt**<sup>149</sup>.
- 151** g) **Rechnungslegung.** Die mit der Rechnungslegung zusammenhängenden Fragen unterliegen ebenfalls dem Gesellschaftsstatut. Insbesondere sind die Regeln über die Aufstellung des **Jahresabschlusses** (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht etc.) sowie dessen Prüfung und Bekanntmachung dem Gesellschaftsstatut zu entnehmen<sup>150</sup>. Nach der hier vertretenen eingeschränkten Gründungstheorie (vgl. Rdn 127 f) kann aber bei einer ausländischen Gesellschaft ein Vorbehalt zugunsten zwingender inländischer Rechnungslegungsvorschriften dann in Betracht kommen, wenn sie im Inland ihren Verwaltungssitz hat.
- 152** h) **Konzernrecht.** Da Konzernrecht – jedenfalls soweit es den Schutz der Anteilseigner und der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft zum Inhalt hat – gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist<sup>151</sup>, unterliegt auch das Konzernkollisionsrecht den Grundsätzen des Internationalen Gesellschaftsrechts, d. h. auch konzernrechtliche Vorschriften gehören zum Regelungsbereich des Gesellschaftsstatuts. Wichtigster Grundsatz ist dabei, daß das auf **internationale Unternehmensverbindungen** anzuwendende Konzernrecht grundsätzlich – bei Unterordnungsverhältnissen – dem Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft unterliegt, und zwar bei vertraglichen wie faktischen Konzernen. Im Rahmen einer umfassenden konzernrechtlichen Regelung – wie sie bisher nur das deutsche Aktienrecht kennt, wie sie aber für die GmbH immerhin in Entwicklung begriffen ist – ergeben sich über diesen Grundsatz hinaus zahlreiche Probleme im einzelnen<sup>152</sup>.
- 153** i) **Mitbestimmung.** Die Mitbestimmung von Arbeitnehmern unterliegt dem Gesellschaftsstatut nur, soweit sie in das Gesellschaftsrecht hineinwirkt (insbesondere hinsichtlich der Bildung und Besetzung der Organe der Gesellschaft). Daraus folgt einerseits, daß die betriebliche Mitbestimmung im Sinne des Betriebsverfassungsrechts eigenen kollisionsrechtlichen Grundsätzen unterliegt: sie wird an die Belegenheit des Betriebs angeknüpft<sup>153</sup>. Daraus folgt andererseits, daß die **gesellschaftsrechtlichen Wirkungen** der überbetrieblichen (unternehmerischen) Mitbestimmung des deutschen

<sup>147</sup> Dazu ausführlich *Behrens* (vorige Fn.) 337 ff.

<sup>148</sup> Vgl. insoweit *Bernstein* (oben Fn. 146) 52.

<sup>149</sup> So auch Art. 159 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. 12. 1987, BBl. 1988 I 5.

<sup>150</sup> *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 264; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 325 ff.

<sup>151</sup> Für eine wirtschaftsrechtliche Qualifikation hingegen *Luchterhand* Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen (1971) S. 70 ff.

<sup>152</sup> Vgl. zum Konzernkollisionsrecht des näheren *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 389 ff; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 360 ff; *Beitzke* Zur Entwicklung des internationalen Konzernrechts, ZHR 138 (1974) 533; *Immenga/Klocke* Konzernkollisionsrecht ZSR 92 (1973) 27; *Koppen-*

*steiner* Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés, Schweizerische Beiträge zum Europarecht 14 (1973) 79; *Luchterhand* (vorige Fn.); *Rehbinder* Das auf multinationale Unternehmen anwendbare Recht, Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 21 (1974) 122, 124; *Mann* Bemerkungen zum Internationalen Privatrecht der Aktiengesellschaft und des Konzerns, Festschrift Barz (1974) S. 219; *Wiedemann* GesR 1, § 14 III, S. 799 ff; *Neumayer* ZVglRWiss 83 (1984) 130 ff.

<sup>153</sup> Vgl. dazu *Soergel/Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 237 m. w. N.

Rechts die Anwendbarkeit des deutschen Gesellschaftsrechts voraussetzen<sup>154</sup>. Eine Gesellschaft mit ausländischem Gesellschaftsstatut unterliegt auch mitbestimmungsrechtlich dem ausländischen Recht. Das ist der Preis für eine Konzeption der Mitbestimmung, die – wie die deutsche – rechtsformbezogen ist.

j) **Auflösung, Liquidation, Konkurs.** Das Gesellschaftsstatut entscheidet des weiteren über alle Fragen, die mit der Auflösung, Abwicklung und Beendigung der Gesellschaft zusammenhängen<sup>155</sup>. Insbesondere unterliegt dem Gesellschaftsstatut die rechtliche Stellung der **Abwicklungsgesellschaft** einschließlich ihrer Rechts- und Geschäftsfähigkeit (d. h. der Vertretungsmacht ihrer Organe bzw. Verwalter). Allerdings muß auch in diesem Zusammenhang in entsprechender Anwendung von Art. 12 EGBGB der Schutz des inländischen Verkehrs hinsichtlich des Vertrauens in einen den inländischen Vorschriften entsprechenden Umfang der Rechts- und Geschäftsfähigkeit einer ausländischen Abwicklungsgesellschaft eingreifen (vgl. Rdn 137). Aus demselben Grunde kann die Beendigung einer im Ausland bereits untergegangenen Gesellschaft aus der Sicht des inländischen Rechts jedenfalls solange nicht eintreten, wie noch inländisches Vermögen vorhanden ist<sup>156</sup>. 154

Für die Auflösung und Beendigung der Gesellschaft durch Konkurs gelten allerdings gewisse Besonderheiten. Dem Gesellschaftsstatut unterliegen nur die gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen der Konkursöffnung auf den Fortbestand der Gesellschaft, insbesondere auf ihre Rechts- und Geschäftsfähigkeit, also auch auf die Vertretungsbefugnis ihrer Organe bzw. deren Ersetzung durch den Konkursverwalter<sup>157</sup>. Die rein konkursrechtlichen Fragen wie die internationale Zuständigkeit zur Konkursöffnung, die Bestimmung des Umfangs der Konkursmasse, die Befugnisse des Konkursverwalters und das Konkursverfahren als solches unterliegen den kollisionsrechtlichen Grundsätzen des Internationalen Konkursrechts<sup>158</sup>. Danach ist zur Eröffnung des Konkursverfahrens über juristische Personen das Gericht des Verwaltungssitzes international zuständig (§ 71 KO)<sup>159</sup>. Der Auslandskonkurs einer ausländischen Gesellschaft erfaßt trotz § 237 KO auch ihr inländisches Vermögen<sup>160</sup>. Umgekehrt erfaßt der Inlandskonkurs einer inländischen Gesellschaft auch deren ausländisches Vermögen<sup>161</sup>. Im Inland kann im übrigen nach § 238 KO ein gegenständlich beschränkter besonderer Konkurs durchgeführt werden, sofern die ausländische Gesellschaft eine inländische Niederlassung 155

<sup>154</sup> Siehe zu den Einzelheiten Staudinger/Großfeld IntGesR, 313 ff; *Däubler* Mitbestimmung und Betriebsverfassung im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 39 (1975) 444; *Prager* Grenzen der deutschen Mitbestimmung (inklusive Betriebsverfassung) im deutsch-schweizerischen Unternehmensrecht (1979); vgl. ferner die Kommentierungen zum Betriebsverfassungsgesetz und zum Mitbestimmungsgesetz.

<sup>155</sup> RGZ 153, 200, 205; BGHZ 51, 27, 28 f = NJW 1969, 188, 189; OLG Stuttgart IPRspr. 1974 Nr. 7 = NJW 1974, 1627; Staudinger/Großfeld IntGesR, 268 ff; MünchKomm-Ebenroth Nach Art. 10 EGBGB, 308 f.

<sup>156</sup> BGHZ 32, 256; BGHZ 33, 195 = NJW 1961, 22; BGHZ 53, 383 = BB 1970, 597; Staudinger/Großfeld IntGesR, 269.

<sup>157</sup> RGZ 153, 200, 205 ff; BGH WM 1962, 263, 266; Staudinger/Großfeld IntGesR, 272; *Beitzke* Juristische Personen, S. 135 ff.

<sup>158</sup> BGHZ 95, 256, 261 = NJW 1985, 2897 f; vgl. *Jaeger/Jahr* §§ 237, 238 KO, 21 ff, 433 ff.

<sup>159</sup> *Jaeger/Jahr* §§ 237, 238 KO, 22.

<sup>160</sup> So nunmehr unter Aufgabe der anderslautenden früheren Rechtsprechung BGHZ 95, 256, 261 ff = NJW 1985, 2897 ff; siehe dazu *Hanisch* Die Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht, ZIP 1985, 1233; vgl. im übrigen *Willer* Die inländische Anerkennung des im Ausland eröffneten Konkurses einer ausländischen Gesellschaft, Diss. München 1972; *Thieme* Inlandsvollstreckung und Auslandskonkurs, RabelsZ 37 (1973) 682; *Pielorz* Auslandskonkurs und Disposition über Inlandsvermögen (1977).

<sup>161</sup> RGZ 54, 193; 90, 127; 153, 206; BGHZ 68, 16 = BB 1977, 472; vgl. auch BGHZ 88, 147 = NJW 1983, 2147; siehe dazu *Hanisch* Deutsches Insolvenzrecht in Bewegung, ZIP 1983, 1289.

besitzt<sup>162</sup>. Im einzelnen ist vieles umstritten<sup>163</sup>. – Zur Vereinheitlichung dieser Fragen im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften hat die Kommission im Sommer 1984 die revidierte Fassung des Entwurfs eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren vorgelegt<sup>164</sup>.

#### 4. Einzelfragen

##### a) Anerkennung ausländischer Gesellschaften

###### Schrifttum

*Behrens* Der Anerkennungsbegriff des Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 5 (1978) 499; *Drobnig* Skizzen zur internationalrechtlichen Anerkennung, Festschrift von Caemmerer (1978) S. 687; *Ebenroth/Sura* Das Problem der Anerkennung im internationalen Gesellschaftsrecht, RabelsZ 43 (1979) 315; *Großfeld* Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, RabelsZ 31 (1967) 1; *ders.* Zur Geschichte der Anerkennungsproblematik bei Aktiengesellschaften, RabelsZ 38 (1974) 344; *ders.* Die Entwicklung der Anerkennungstheorien im Internationalen Gesellschaftsrecht, Festschrift Westermann (1974) S. 199.

- 156** Bei der Anerkennung ausländischer Gesellschaften im Inland geht es darum, daß eine nach fremdem Recht gegründete und mit Rechtsfähigkeit ausgestattete Gesellschaft auch im Inland als existent behandelt wird, daß ihr also auch für den inländischen Rechtsverkehr eigene Rechtspersönlichkeit zugesprochen wird. Dieses Problem ist von der nicht kollisionsrechtlichen, sondern rein fremdenrechtlichen Frage der Zulassung ausländischer Gesellschaften zum Gewerbebetrieb im Inland (vgl. Rdn 197) strikt zu unterscheiden. Die kollisionsrechtliche Frage nach der Anerkennung wird im deutschen Recht seit jeher gewohnheitsrechtlich bejaht, und zwar findet die Anerkennung ‚automatisch‘ statt, d. h. ohne daß es eines individuellen oder kollektiven Genehmigungsakts in einem besonderen Anerkennungsverfahren bedürfte<sup>165</sup>. Dabei wird heute auch die Typenfrage kaum noch aufgeworfen, d. h. eine ausländische juristische Person muß nicht in ihrem Typ dem inländischen Recht bekannt sein. Vorschriften über die Anerkennung ausländischer Gesellschaften, wie sie in zahlreichen bilateralen Handelsverträgen und Niederlassungsabkommen der Bundesrepublik enthalten sind<sup>166</sup>, sind daher insoweit nur deklaratorisch; sie haben aber häufig Bedeutung für die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts, welche vielfach nach der Gründungstheorie vorgenommen wird (vgl. Rdn 125).

- 157** Umstritten ist, ob die Anerkennung überhaupt ein von der Anwendung des Gesellschaftsstatuts unabhängiges besonderes Problem darstellt<sup>167</sup>. Nach der gegenwärtigen Betrachtungsweise kann diese Frage jedenfalls für das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nur verneint werden<sup>168</sup>. Eine besondere Anerkennungsproblematik ist überhaupt nur dann denkbar, wenn die Erlangung der Rechtsfähigkeit (also die

<sup>162</sup> Vgl. LG Freiburg KTS 25 (1964) 189.

<sup>163</sup> Vgl. *Willer* (oben Fn. 160); *Thieme* (oben Fn. 160); *Beitzke* Juristische Personen, S. 136 ff.

<sup>164</sup> Siehe dazu *Kegel/Thieme* (Hrsg./Bearb.) Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 32 (1988).

<sup>165</sup> So schon RGZ 6, 134; 7, 68, 70; 72, 242, 248 – implizit; 83, 367 – mit ausführlicher Begründung; 159, 33, 46; BGHZ 25, 134, 144; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 126; *Soergel/Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 211; *Wiedemann* GesR 1, § 14 I, S. 777 ff.

<sup>166</sup> Siehe Nachweise bei *Soergel/Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 207.

<sup>167</sup> Bejahend vor allem *Großfeld* RabelsZ 31 (1967) 1, 3; ebenso *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 135 ff.

<sup>168</sup> So die ganz überwiegende Meinung: *Behrens* ZGR 5 (1978) 499, 509 ff.; *Beitzke* Juristische Personen, S. 46 ff.; *Drobnig* ZHR 129 (1966/67) 93, 112; *ders.* Das EWG-Übereinkommen über die Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen, AG 1973, 90, 125; *Kegel* IPR, § 17 II 2 S. 366; *Münch-Komm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 110 ff.; *Soergel/Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 211.

Gründung der Gesellschaft) einerseits und die sonstigen in den Regelungsbereich des Gesellschaftsstatuts fallenden Fragen andererseits (vgl. Rdn 136 ff) unterschiedlich angeknüpft werden und damit jeweils verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen können. Eben dies ist bisher einhellig abgelehnt worden, und zwar von Vertretern der Gründungstheorie und der Sitztheorie gleichermaßen. Das zeigt sich in dem übereinstimmenden Postulat der Einheit des Gesellschaftsstatuts (siehe Rdn 129 f), welches die Identität von Anerkennung und Anwendung des Gesellschaftsstatuts notwendig impliziert. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft wird dementsprechend nahezu übereinstimmend als Folge der Anwendung des maßgeblichen Gesellschaftsstatuts angesehen. Die Frage der Rechtsfähigkeit unterfällt m. a. W. dem Regelungsbereich des Gesellschaftsstatuts<sup>169</sup> (vgl. Rdn 136).

Diese Rechtslage würde sich im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften für den Fall des Inkrafttretens des EWG-Übereinkommens vom 29. 2. 1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen möglicherweise ändern<sup>170</sup>. Unschädlich ist zwar, daß sich die in Art. 1 des Übereinkommens eingeführte Gründungstheorie (vgl. Rdn 125 ff, 247) nach dem Wortlaut des Art. 6 nur auf die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit einer Gesellschaft bezieht. Denn nach der jedenfalls im deutschen Recht ganz herrschenden Auffassung über die Einheit des Gesellschaftsstatuts (vgl. Rdn 129 f) müßte dieses Prinzip des Art. 1 an sich für das gesamte Gesellschaftsstatut gelten<sup>171</sup>. Immerhin hat aber die Bundesrepublik von der in Art. 4 des Übereinkommens eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, auf Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz außerhalb des durch Art. 6 abgesteckten Bereichs zwingendes inländisches Gesellschaftsrecht anzuwenden (Art. 2 Abs. 2 des Zustimmungsgesetzes vom 18. 5. 1972, BGBl. 1972 II 369). Würde die Anwendung zwingender inländischer Normen im restriktiven Sinne der hier vertretenen eingeschränkten Gründungstheorie (siehe Rdn 127 f) praktiziert, so wäre damit keine prinzipielle Spaltung des Gesellschaftsstatuts verbunden. Etwas anderes müßte aber gelten, wenn Art. 4 des Übereinkommens dazu benützt würde, das Gründungsstatut doch wieder weitgehend durch das Sitzstatut zu verdrängen (wie es auch die ‚Überlagerungstheorie‘<sup>172</sup> will: vgl. Rdn 127). Damit würde dann auch für das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht eine Trennung der Anerkennung vom Gesellschaftsstatut herbeigeführt: Künftig würde es möglich sein, daß die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit einer Gesellschaft dem (ausländischen) Gründungsrecht und die übrigen Fragen des Gesellschaftsstatuts dem (inländi-

<sup>169</sup> RGZ 83, 367 – mit ausführlicher Begründung; 159, 33, 46; BGHZ 97, 269, 271 = NJW 1986, 2194, 2195; BayOblGZ 1985, 272, 278 ff = RIW 1986, 295, 296 ff; vgl. des näheren hierzu Behrens ZGR 7 (1978) 499, 509 ff; Wiedemann GesR 1, § 14 I 2, S. 780 f; MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 118; Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB, 211; aA immer noch Staudinger/Großfeld IntGesR, 135 ff.

<sup>170</sup> Vgl. dazu Beitzke Die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit ausländischer Gesellschaften, Rechtsgutachten über Art. 220 Unterabsatz 3 des Römischen Vertrages im Auftrag der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Teil I (Kommissionsdrucksache 4958/IV/62-D); ders. ZHR 127 (1964 – 65) 1; ders. Zur Anerkennung von Handelsgesellschaften im EWG-Bereich, AWD 1968, 91; Boetticher Die Anerkennung von Han-

delsgesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, Diss. Göttingen 1973; Drobnig ZHR 129 (1966 – 67) 93; ders. Zur gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen in der EWG, DB 1967, 1207; ders. Das EWG-Übereinkommen über die Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen, AG 1973, 90, 125; Geßler Gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, DB 1967, 324.

<sup>171</sup> Beitzke AWD 1968, 91, 95; aA Drobnig AG 1973, 125, 127 ff, der jedoch immerhin eine Anpassung der deutschen kollisionsrechtlichen Grundregel für das Gesellschaftsstatut an die Anknüpfung nach Artt. 1 und 6 des Übereinkommens befürwortet.

<sup>172</sup> Siehe dazu im vorliegenden Zusammenhang vor allem Sandrock Die Multinationalen Korporationen, S. 200 ff.

schen) Sitzrecht unterliegen. – Der Anwendungsbereich des Übereinkommens würde sich jedoch für die Bundesrepublik nicht ohne weiteres – wie es Art. 1 an sich vorsieht – auf alle Gesellschaften erstrecken, die nach dem Recht eines der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaften gegründet worden sind und die ihren Satzungssitz im räumlichen Geltungsbereich des Übereinkommens haben; vielmehr hat die Bundesrepublik auch von der in Art. 3 eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Anwendung auf solche Gesellschaften zu beschränken, deren Verwaltungssitz sich im räumlichen Geltungsbereich des Übereinkommens befindet oder die zumindest „in wirklicher Verbindung mit der Wirtschaft“ in diesem Geltungsbereich stehen (Art. 2 Abs. 1 des Zustimmungsgesetzes vom 18. 5. 1972, BGBl. 1972 II 369). Dadurch ist die Parallelität zu dem Anwendungsbereich des Niederlassungsrechts der Artt. 52 und 58 des EWG-Vertrages hergestellt (vgl. Rdn 194).

- 159** Auch über den engeren Rahmen der Europäischen Gemeinschaften hinaus ist die Anerkennung ausländischer Gesellschaften Gegenstand von **Harmonisierungsbestrebungen** (vgl. insbesondere das Haager Übereinkommen vom 1. 6. 1956<sup>173</sup> sowie ferner die Entschließung des Institut de Droit international vom 10. 9. 1966).

## b) Formfragen

### Schrifttum

*Bokelmann* GmbH-Gesellschafterversammlungen im Ausland und Beurkundung durch ausländische Notare, NJW 1972, 1729; *ders.* Beurkundung von Gesellschaftsakten durch einen ausländischen Notar, NJW 1975, 1625; *Brambring* Zur Anerkennung der ausländischen Beurkundung bei Geltung deutschen Rechts, NJW 1975, 1255; *Bredthauer* Zur Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Beurkundungen im Kanton Zürich, BB 1986, 1864; *Geimer* Auslandsbeurkundung im Gesellschaftsrecht, DNotZ 1981, 406; *Kleinmann* Warum keine GmbH-Gesellschafterversammlungen im Ausland? NJW 1972, 373; *Kropholler* Auslandsbeurkundungen im Gesellschaftsrecht, ZHR 140 (1976) 394; *Kuntze* Zum internationalen Beurkundungsrecht, NJW 1974, 2167; *ders.* Zum internationalen Beurkundungsrecht, DB 1975, 193; *Maier-Reimer* Veräußerung von GmbH-Anteilen vor Schweizer Notaren, BB 1974, 1230; *Mann* Zur Auslegung des Art. 11 EGBGB, ZHR 138 (1974) 448; *Rothoelt* Von der Ortsform zur Geschäftsform? Festschrift Esser (1975) S. 113; *Schmidt* Beurkundungen im Ausland, DB 1974, 1216; *Stephan* Zum internationalen Beurkundungsrecht, NJW 1974, 1596; *Van Randenborgh* Auslandsbeurkundungen bei Fusionen und GmbH-Anteilsübertragungen, BB 1974, 483; *Winkler* Beurkundungen im Ausland bei Geltung deutschen Rechts, NJW 1972, 981; *ders.* GmbH Gesellschafterversammlungen im Ausland und Beurkundung durch ausländische Notare, NJW 1974, 1032; *ders.* Übertragung eines Gesellschaftsanteils im Ausland, RPflegler 1978, 44; *Wolfsteiner* Auslandsbeurkundung der Abtretung von Gesellschaftsanteilen an einer deutschen GmbH, DNotZ 1978, 532; *Wuppermann* Auslandsbeurkundungen von Gesellschaftsbeschlüssen im Widerstreit zwischen Kostenersparnis und Rechtssicherheit, AWD 1974, 224.

- 160** Die Bestimmung des auf Formfragen anwendbaren Rechts unterliegt eigenen kollisionsrechtlichen Grundsätzen. Man kann daher nicht von vornherein davon ausgehen, daß gesellschaftsrechtliche Formerfordernisse, insbesondere das **Erfordernis notarieller Beurkundung** bestimmter gesellschaftsrechtlicher Vorgänge, dem Gesellschaftsstatut unterliegen. Gemäß Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGBGB bestimmt sich die Form von Rechtsgeschäften in erster Linie nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend sind (**Wirkungsstatut, Geschäftsstatut, lex causae**). Das Gesellschaftsstatut ist nun allerdings in diesem Sinne Wirkungs-

<sup>173</sup> Vgl. dazu *Dölle* Die 7. Haager Konferenz, RabelsZ 17 (1952) 161, 185.

statut und daher als solches auch zur Entscheidung über Formfragen berufen. Nach Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGBGB unterliegen jedoch Formfragen – bis auf die in Art. 11 Abs. 4 EGBGB ausgenommenen sachenrechtlichen Geschäfte – der alternativen Anknüpfung nach der Regel *locus regit actum*: es genügt also auch die Erfüllung der Formvorschriften, die an dem Ort gelten, wo das Rechtsgeschäft vorgenommen wird (Ortsform). – Die Regel *locus regit actum* kann allerdings dann nicht eingreifen, wenn das Ortsrecht ein Rechtsgeschäft der fraglichen Art nicht kennt und eine Form daher überhaupt nicht zur Verfügung stellt<sup>174</sup>.

Umstritten ist, ob und in welchem Ausmaß der Rückgriff auf die Ortsform im **161** Gesellschaftsrecht einzuschränken ist<sup>175</sup>. – Zum Teil wird die Ansicht vertreten, daß die Regel *locus regit actum* bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen generell ausgeschlossen sei, Formfragen insoweit also allein dem Gesellschaftsstatut als Wirkungsstatut unterlägen<sup>176</sup>. Dies wird etwa mit der Überlegung zu rechtfertigen versucht, daß es im Gesellschaftsrecht um das Zusammenleben von Personengemeinschaften gehe<sup>177</sup>. Das kann nicht richtig sein, denn das Gesetz läßt auch bei anderen personenbezogenen Rechtsverhältnissen die Ortsform genügen (beispielsweise selbst bei der Eheschließung). – Zum Teil wird eine Einschränkung des Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB für gesellschaftsrechtliche Vorgänge generell abgelehnt, weil die Ausnahme des Art. 11 Abs. 4 EGBGB ausdrücklich auf Grundstücksgeschäfte beschränkt und eine Analogie nicht angebracht sei<sup>178</sup>. Dies wird der Bedeutung bestimmter gesellschaftsrechtlicher Vorgänge nicht gerecht.

Eine generelle Lösung ist nicht möglich, erforderlich ist eine **162** differenzierte Betrachtungsweise<sup>179</sup>. Hiernach ist zu unterscheiden zwischen organisationsrechtlichen Vorgängen, welche die Verfassung der Gesellschaft berühren und typischerweise Gegenstand der Eintragung im Handelsregister sind, und anderen Vorgängen, bei denen dies nicht der Fall ist. Für die ersteren gelten ausschließlich die Formerfordernisse des Gesellschaftsstatuts als Wirkungsstatut im Sinne des Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGBGB; für die letzteren bleibt es bei der Geltung der Regel *locus regit actum*<sup>180</sup>. Die Begründungen für den Ausschuß des Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB bei organisationsrechtlichen Vorgängen variieren. Teils sind eintragungspflichtige Vorgänge schon hinsichtlich des notariellen Formerfordernisses verfahrensrechtlich qualifiziert und damit der für verfahrensrechtliche Fragen generell geltenden *lex fori* des Registergerichts unterworfen wor-

<sup>174</sup> Vgl. RGZ 160, 225, 230 (Abtretung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH in der Schweiz zu einer Zeit, als es die GmbH dort noch nicht gab); vgl. Soergel/Lüderitz Art. 11 EGBGB, 17.

<sup>175</sup> Auch die Rechtsprechung ist gespalten: siehe Nachweise bei Soergel/Lüderitz Art. 11 EGBGB, 21 Fn. 6.

<sup>176</sup> So OLG Hamm NJW 1974, 1057 (Satzungsänderung); OLG Karlsruhe RIW 1979, 567, 568 (Satzungsänderung); LG München DNotZ 1976, 501 (Geschäftsanteilsabtretung) – anders aber in demselben Fall BayObLG NJW 1978, 500; vgl. zu dieser Position Winkler NJW 1972, 981, 982; ders. NJW 1973, 222; ders. NJW 1974, 1032; Schmidt DB 1974, 448, 452; Kuntze DB 1975, 193, 194; Brambring NJW 1975, 1255.

<sup>177</sup> So etwa Winkler NJW 1972, 981, 982; ders. NJW 1973, 222; ders. NJW 1974, 1032.

<sup>178</sup> Unentschieden zwar BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160 (Satzungsänderung), aber immerhin

spreche viel für die Ansicht, Art. 11 I 2 EGBGB gelte generell, also auch für gesellschaftsrechtliche Vorgänge; so jedenfalls in demselben Fall OLG Stuttgart NJW 1981, 1176 (Leitsatz); vgl. zu dieser Position Bokelmann NJW 1972, 1729, 1732; Maier-Reimer BB 1974, 1230; Stephan NJW 1974, 1596; Wuppermann AWD 1974, 255; Mann ZHR 138 (1974) 448, 451 f; siehe auch Wiedemann GesR 1, § 14 IV 2 S. 821 f; Soergel/Lüderitz Art. 11 EGBGB, 21.

<sup>179</sup> So auch Staudinger/Großfeld IntGesR, 296 ff; Scholz/Westermann Einl. 93; Kropholler ZHR 140 (1976) 394, 402 ff; Mann ZHR 138 (1974) 448, 453; Rothoef Festschrift Esser (1975) S. 113.

<sup>180</sup> So auch die zuständige Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht: Vorschläge und Gutachten 4, 23; ähnlich Art. 7 Abs. 1 der EntschlieÙung des Institut de Droit international vom 10. 9. 1966 für die Gründung der Gesellschaft.

den<sup>181</sup>, teils ist das Erfordernis der notariellen Beurkundung wegen ihres materiellen Zwecks kollisionsrechtlich nicht als Formfrage, sondern als Inhaltserfordernis qualifiziert und somit dem Wirkungsstatut zugerechnet worden (so Voraufgabe AllgEinl. 99). Diese Versuche, das Problem durch Qualifikation zu lösen, sind nicht überzeugend. Man wird davon auszugehen haben, daß Art. 11 EGBGB den Begriff der Form nicht anders verwendet als es auch sonst geschieht. Der tragende Grund für eine Beschränkung des Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB auf nicht organisationsrechtliche Vorgänge ist darin zu sehen, daß bei Rechtsgeschäften betreffend die Verfassung der Gesellschaft – ähnlich wie bei den von Art. 11 Abs. 4 EGBGB erfaßten Grundstücksgeschäften – Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes eine wesentliche Rolle spielen. Diese Gesichtspunkte verlangen nach einer Seriositätsgewähr, über deren Ausgestaltung allein das Gesellschaftsstatut zu entscheiden hat<sup>182</sup>, das ja aus denselben Gründen unbestritten auch über die Eintragungspflichtigkeit gesellschaftsrechtlicher Vorgänge bestimmt.

- 163** Gemäß dieser Differenzierung unterliegt zunächst einmal die in § 2 GmbHG vorgeschriebene Beteiligung eines Notars beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages zur Gründung einer GmbH allein dem Gesellschaftsstatut als Wirkungsstatut<sup>183</sup>. Dasselbe muß für die nach § 53 GmbHG beurkundungspflichtigen Satzungsänderungen gelten<sup>184</sup>, ebenso für eine etwaige Umwandlung oder Verschmelzung der Gesellschaft, und zwar sowohl für den Verschmelzungsbeschluß wie auch – wegen seiner organisationsrechtlichen Bedeutung – für den Verschmelzungsvertrag<sup>185</sup>, sowie für Unternehmensverträge<sup>186</sup>. – Das Gesagte kann jedoch nicht gelten für die Übertragung von Geschäftsanteilen nach § 15 GmbHG. Zwar unterliegen gesellschaftsrechtliche Voraussetzungen für die Übertragung, wie beispielsweise die etwa erforderliche Genehmigung der Gesellschaft, dem Gesellschaftsstatut. Die notarielle Beurkundung indiziert aber nicht eine besondere organisationsrechtliche Bedeutung des Vorgangs<sup>187</sup>. Ihr Zweck ist lediglich, die für die GmbH typische Erschwerung der Übertragung von Geschäftsanteilen zu gewährleisten<sup>188</sup>. Bestand und Verfassung der Gesellschaft bleiben ja von der Übertragung unberührt. Die notarielle Beurkundung der Übertragung von Geschäftsanteilen unterliegt daher sowohl Art. 11 Abs. 1 S. 1 EGBGB als auch der in Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB vorgesehenen alternativen Anknüpfung nach der Regel *locus regit actum*<sup>189</sup>. Das für die Übertragung von Geschäftsanteilen Gesagte gilt entsprechend auch für die Übernahme von Stammeinlagen bei Kapitalerhöhungen nach §§ 55, 56 GmbHG<sup>190</sup>.

<sup>181</sup> So Mann ZHR 138 (1974) 448, 453.

<sup>182</sup> In diesem Sinne auch Staudinger/Großfeld IntGesR, 296 ff; Scholz/Westermann Einl. 93; Kropholler ZHR 140 (1976) 394, 402 f; Bredthauer BB 1986, 1864 f.

<sup>183</sup> Staudinger/Großfeld IntGesR, 296; Scholz/Westermann Einl. 93; Kropholler ZHR 140 (1976) 394, 403; aA Bokelmann NJW 1972, 1729, 1731.

<sup>184</sup> Insoweit im Ergebnis zutreffend OLG Hamm NJW 1974, 1057; OLG Karlsruhe RIW 1979, 567; ebenso Staudinger/Großfeld (vorige Fn.); Scholz/Westermann Einl. 112; Kropholler (vorige Fn.); aA OLG Stuttgart NJW 1981, 1176 (in demselben Fall unentschieden BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160); Bokelmann (vorige Fn.).

<sup>185</sup> Staudinger/Großfeld (oben Fn. 183); Kropholler (oben Fn. 183); vgl. dazu auch Beitzke Festschrift Hallstein (1966) S. 14.

<sup>186</sup> Staudinger/Großfeld (oben Fn. 183); Kropholler

(oben Fn. 183); vgl. dazu auch Koppensteiner, S. 166 ff.

<sup>187</sup> Vgl. dagegen Staudinger/Großfeld IntGesR, 306 ff.

<sup>188</sup> Vgl. Schlüter Veräußerung und Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen als Formproblem, Festschrift Bartholomeyczik (1973) S. 359.

<sup>189</sup> So schon KG IPRspr. 1932 Nr. 18 = JW 1932, 3822; RGZ 88, 227; RGZ 160, 225, 229; ebenso BayObLG NJW 1978, 500; OLG Frankfurt IPRax 1983, 79; LG Koblenz IPRspr. 1970 Nr. 154; so auch Kropholler ZHR 140 (1976) 394, 404 f; wohl auch Scholz/Westermann Einl. 115; Staudinger/Großfeld IntGesR, 296 ff; Bredthauer BB 1986, 1864, 1865; aA Beitzke Kollisionsrecht, S. 119 unter unzutreffender Berufung auf RGZ 160, 225, 229; Koppensteiner, S. 169; Staudinger/Großfeld IntGesR, 308 ff.

<sup>190</sup> Vgl. IPG 1971 Nr. 41.

Soweit die Regel *locus regit actum* gemäß Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB auch für gesellschaftsrechtliche Vorgänge gilt, kann allerdings die Wahl der Ortsform in extremen Ausnahmefällen gegen den *ordre public* im Sinne von Art. 6 EGBGB (früher: Art. 30 EGBGB) verstoßen<sup>191</sup> (vgl. Rdn 188). Eine darüber hinausgehende Einschränkung der zugelassenen Wahl der Ortsform durch den rechtlich ungesicherten Gedanken der Gesetzesumgehung ist jedoch abzulehnen<sup>192</sup>. 164

Soweit deutsches Recht Gesellschaftsstatut ist und als Wirkungsstatut für bestimmte gesellschaftsrechtliche Vorgänge die notarielle Beurkundung erforderlich macht, stellt sich die weitere Frage, ob eine **Auslandsbeurkundung** dieses Erfordernis erfüllen kann. Grundsätzlich ist nicht immer dann, wenn das deutsche Recht die notarielle Beurkundung verlangt, ohne weiteres nur die Beurkundung durch einen deutschen Notar gemeint<sup>193</sup>. Ein zwingender Gleichlauf zwischen anwendbarem Recht und internationaler Zuständigkeit besteht für die Notare ebensowenig, wie er von den Gerichten auf dem Gebiet der Freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne weiteres in Anspruch genommen wird<sup>194</sup>. Vielmehr ist vom Grundsatz der Austauschbarkeit (Fungibilität) inländischer und ausländischer Notare auszugehen<sup>195</sup>. Auch im Gesellschaftsrecht sind daher nicht von vornherein die deutschen Notare ausschließlich international zuständig für Beurkundungen, die nach deutschem Recht vorgeschrieben sind. Vielmehr muß eine Auslandsbeurkundung jedenfalls dann genügen, wenn die Gleichwertigkeit sowohl der Urkundsperson wie auch des Beurkundungsvorgangs gegeben ist<sup>196</sup>. Die Gleichwertigkeit des ausländischen und inländischen Notariats ist anzunehmen, wenn der ausländische Notar im Hinblick auf die zu beurkundenden Vorgänge nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars vergleichbare Funktion ausübt<sup>197</sup>. Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit des Beurkundungsvorgangs ist darauf abzustellen, ob für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht gilt, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht<sup>198</sup>. Dabei dürfen allerdings die Maßstäbe nicht so gefaßt werden, daß ihnen im praktischen Ergebnis doch wieder nur inländische Notare gerecht werden können. Es muß genügen, wenn den ausländischen Notar im wesentlichen dieselben Pflichten wie den deutschen Notar treffen (insbesondere die Prüfungs- und Belehrungspflicht) und wenn der Gang der Beurkundung den wesentlichen Elementen des inländischen Beurkundungsverfahrens (Identitätsfeststellung der Beteiligten, Verhandlungsniederschrift, Vorlesen, Genehmigen und Unterzeichnen der Urkunde durch die Beteiligten sowie Siegeln und Unterzeichnen durch den Notar) entspricht<sup>199</sup>. Umstritten ist in diesem Zusammenhang, welche Bedeutung dem Umstand beizumessen ist, daß der ausländische Notar regelmäßig nicht ohne weiteres über die für eine Beratung und Belehrung erforderlichen Kenntnisse des deutschen Rechts verfügt. Manche wollen hieran die Gleichwertigkeit 165

<sup>191</sup> Vgl. BayOblG NJW 1978, 500, 501.

<sup>192</sup> OLG Frankfurt OLGZ 67, 374, 377; *Bokelmann* NJW 1972, 1729, 1734; *Maier-Reimer* BB 1974, 1230, 1234; *Schmidt* DB 1974, 1216, 1217; aA *Winkler* NJW 1972, 981, 983; *ders.* NJW 1973, 222; *ders.* NJW 1974, 1032.

<sup>193</sup> So im Ausgangspunkt übereinstimmend BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160; OLG Hamm NJW 1974, 1057, 1058; OLG Karlsruhe RIW 1979, 567; ebenso *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 301.

<sup>194</sup> aA *Blumenwitz* Zum Kollisionsrecht der notariellen Urkunde, DNotZ 1968, 712.

<sup>195</sup> So zuletzt OLG Köln GmbHRdsch. 1989, 125; vgl. im einzelnen *Kropholler* ZHR 140 (1976) 394, 406 ff.

<sup>196</sup> So auch BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160; OLG Karlsruhe RIW 1979, 567, 568; ebenso *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 302; *Kropholler* ZHR 140 (1976) 394, 406.

<sup>197</sup> So BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160; OLG Hamm NJW 1974, 1057, 1058; vgl. des näheren *Stephan* NJW 1974, 1596.

<sup>198</sup> So BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160.

<sup>199</sup> So BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160.

des ausländischen Beurkundungsvorgangs generell scheitern lassen<sup>200</sup>, andere wollen aus diesem Grunde jedenfalls die Auslandsbeurkundung organisationsrechtlicher Vorgänge nicht anerkennen<sup>201</sup>. Dies wird damit begründet, daß ein Notar ohne detaillierte Kenntnisse des deutschen Rechts die Beteiligten nicht ausreichend belehren könne (so auch Voraufgabe AllgEinl. 101). Diese Meinung beruht auf einer Fehleinschätzung der Bedeutung der notariellen Belehrung für den Beurkundungsvorgang und ist daher abzulehnen<sup>202</sup>: Zunächst einmal ist die Belehrung kein unabdingbares Element der Beurkundung; § 17 Abs. 1 BeurkG ist nur eine Sollvorschrift und normiert die Belehrung nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Beurkundung. Die Beteiligten, die einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang im Ausland beurkunden lassen, bringen damit zum Ausdruck, daß ihnen die dort jeweils konkret vorhandenen Belehrungsmöglichkeiten ausreichen. Diese können aber die Möglichkeit durchaus einschließen, daß sich der ausländische Notar im Einzelfall die erforderlichen Kenntnisse des deutschen Rechts in geeigneter Weise verschafft. Des weiteren ist darauf hinzuweisen, daß § 17 Abs. 3 BeurkG auch von deutschen Notaren eine Belehrung über ausländisches Recht nicht verlangt. Unter Aufgabe der in der Voraufgabe vertretenen Ansicht (siehe dort AllgEinl. 101) ist daher der Auffassung zuzustimmen, daß die Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung nicht deshalb verneint werden kann, weil es an einer der Inlandsbeurkundung vergleichbaren Belehrung auf der Grundlage des deutschen Rechts fehlt<sup>203</sup>. Im übrigen ergibt sich aus den genannten Erwägungen, daß die Feststellung der Gleichwertigkeit stets eine Frage des einzelnen Falles ist.

### c) Wechsel des Gesellschaftsstatuts

#### aa) Internationale Sitzverlegung

##### Schrifttum

*Behrens* Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland, RIW 1986, 590; *Beitzke* Die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit ausländischer Gesellschaften, Rechtsgutachten über Art. 220 Unterabsatz 3 des Römischen Vertrages im Auftrag der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Teil II: Sitzverlegung (Kommissionsdrucksache 4958/IV/62-D); *ders.* Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, ZHR 127 (1964–65) 1; *Großfeld/Jasper* Identitätswahrende Sitzverlegung und Fusion von Kapitalgesellschaften in die Bundesrepublik Deutschland, RabelsZ 53 (1989) 52; *Süß* Sitzverlegung juristischer Personen vom Inland ins Ausland und umgekehrt, Festschrift Lewald (1953) S. 603.

**166** Die Frage, ob eine Gesellschaft ihr Gesellschaftsstatut wechseln, ob sie also gewissermaßen auswandern oder einwandern kann, hat zwei Aspekte, die streng voneinander zu trennen sind: Zum einen geht es um die kollisionsrechtliche Bestimmung des Faktors, der einen Wechsel des Gesellschaftsstatuts auslöst, zum anderen um die materielle rechtliche Auswirkung eines Statutenwechsels auf die Wahrung der Identität und Rechtsfähigkeit der Gesellschaft.

<sup>200</sup> Vgl. *Winkler* NJW 1972, 981, 985 ff.; *ders.* NJW 1974, 1032, 1033 f.; *Schmidt* DB 1974, 1216, 1218 f.; *van Randenborgh* BB 1974, 483; *Brambring* NJW 1975, 1255, 1260; *Bredthauer* BB 1986, 1864, 1867 f.

<sup>201</sup> OLG Hamm NJW 1974, 1057, 1058 f. (Satzungsänderung); OLG Karlsruhe RIW 1979, 567, 568; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 303.

<sup>202</sup> Siehe hierzu BGHZ 80, 76, 78 ff. = NJW 1981.

1160; LG Stuttgart IPRspr. 1976 Nr. 5A; vgl. des näheren auch *Kropholler* ZHR 140 (1976) 394, 408 ff.; *Bokelmann* NJW 1975, 1627; *Rothoef* Festschrift Esser (1975) S. 112, 126 ff.; *Wiedemann* GesR I, § 14 IV, S. 820 ff.

<sup>203</sup> Siehe dazu die in der vorigen Fußnote zitierten Entscheidungen und Literaturstellen.

**167** Auslösender Faktor eines Statutenwechsels ist die Veränderung des Anknüpfungsmoments für das Gesellschaftsstatut. Insoweit ist die Frage der internationalen Sitzverlegung mit dem Streit über die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts verbunden (vgl. Rdn 108 ff): Für die Sitztheorie hat die Verlegung des Verwaltungssitzes über die Grenze den Wechsel des Gesellschaftsstatuts zur Folge, während diese Verlegung vom Standpunkt der Gründungstheorie aus kollisionsrechtlich ohne Bedeutung ist. Für die Gründungstheorie wird ein Statutenwechsel dagegen durch die grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes herbeigeführt. Die Rechtsprechung hat sich in diesem Zusammenhang in letzter Zeit auf den Standpunkt der Sitztheorie gestellt<sup>204</sup>.

**168** Die Frage nach den materiellrechtlichen Folgen des Statutenwechsels ist im Prinzip unabhängig von der Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts. Allerdings ist darauf aufmerksam zu machen, daß aus der Sicht der Sitztheorie bei einer internationalen Sitzverlegung streng darauf zu achten ist, daß der Verwaltungssitz und der Satzungssitz der Gesellschaft nicht – auch nicht zeitweise – auseinanderfallen. Denn eine Divergenz beider Sitze wird von der Sitztheorie mit der materiellrechtlichen Sanktion der Nichtanerkennung der Gesellschaft als juristischer Person belegt (vgl. Rdn 115). Dies folgt daraus, daß zur Erlangung der Rechtsfähigkeit grundsätzlich eine Registereintragung erforderlich ist, die aber nur vorgenommen wird, wenn sich der Satzungssitz der Gesellschaft in dem Staat befindet, in dem das Register geführt wird. Liegt nun der Verwaltungssitz in einem anderen Staat, so verliert die für die Erlangung der Rechtsfähigkeit konstitutive Registereintragung ihre Wirkung, weil die Sitztheorie die Frage der Rechtsfähigkeit nicht nach dem Recht des Registerstaates beurteilt. Nach der Sitztheorie würde also eine Gesellschaft, die eine internationale Sitzverlegung vornehmen will, ihre Existenz verlieren, wenn sie den einen Sitz vor dem anderen über die Grenze verlegte. Daraus folgt aber keineswegs, daß eine internationale Sitzverlegung immer und notwendigerweise den Verlust der Rechtsfähigkeit mit sich bringt<sup>205</sup>. Vielmehr kommt es darauf an, die Verlegung des Satzungssitzes mit der Verlegung des Verwaltungssitzes rechtlich so zu verbinden, daß beide gleichzeitig durchgeführt werden<sup>206</sup>.

**169** Auch in diesem Zusammenhang stellt sich wieder die Frage, ob nicht schon das Europäische Gemeinschaftsrecht die Möglichkeit der identitätswahrenden Sitzverlegung über die Grenze – jedenfalls zwischen den Mitgliedstaaten der EG – gebietet. Die Frage läuft für die Sitztheorie darauf hinaus, ob die in Artt. 52, 58 EWG-Vertrag auch für Gesellschaften vorgesehene Niederlassungsfreiheit fordert, daß Gesellschaften – wie nach der Gründungstheorie – die Möglichkeit haben müssen, nicht nur Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat zu errichten, sondern auch ihre Hauptniederlassung dort zu begründen, ohne ihr bisheriges Gesellschaftsstatut aufzugeben<sup>207</sup>. Diese Frage ist vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nunmehr dahingehend entschieden worden, daß Gesellschaften aus Artt. 52, 58 EWG-Vertrag nicht das Recht ableiten können, ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, ohne ihr bisheriges Gesell-

<sup>204</sup> So BGHZ 97, 269, 271 f = NJW 1986, 2194, 2195; OLG Nürnberg IPRspr. 1985 Nr. 120 = IPRax 1985, 342; OLG München IPRspr. 1986 Nr. 21 = NJW 1986, 2197, 2198; vgl. dagegen früher RGZ 7, 82; RG JW 1934, 2969; OLG Hamburg IPRspr. 1970 Nr. 9 = AWD 1970, 518.

<sup>205</sup> So aber etwa Staudinger/Großfeld IntGesR, 348 ff,

356 ff; MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 190 ff; Scholz/Westermann Einl. 122 ff, 125.

<sup>206</sup> Vgl. dazu Behrens RIW 1986, 590; ihm nunmehr im Prinzip folgend Großfeld/Jasper RabelsZ 53 (1989) 52, 58 ff.

<sup>207</sup> Siehe dazu Behrens RabelsZ 52 (1988) 498.

schaftsstatut aufzugeben<sup>208</sup>. Die Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung bleibt hiernach bis zum Inkrafttreten eines gemäß Art. 220 EWG-Vertrag abzuschließenden EWG-Übereinkommens, das diese Fragen zum Gegenstand hat, Sache des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten (vgl. Rdn 123).

- 170** Für die Frage der **Wahrung der Identität und Rechtsfähigkeit** einer Gesellschaft, die ihr Gesellschaftsstatut wechselt, kommt es auf das Zusammenspiel der im Wegzugstaat und im Zuzugstaat geltenden Vorschriften an. Nur wenn **altes und neues Gesellschaftsstatut** den Fortbestand der Gesellschaft anerkennen, ist er gewährleistet. Zwingt der Wegzugstaat die Gesellschaft zur Auflösung und Abwicklung oder zwingt der Zuzugstaat sie zur Neugründung, dann ist ein Statutenwechsel ein und derselben Gesellschaft ausgeschlossen. Erkennen aber altes und neues Gesellschaftsstatut den Fortbestand der Gesellschaft an, dann ist der Statutenwechsel ein und derselben Gesellschaft möglich. Über diesen prinzipiellen Ausgangspunkt herrscht kein Streit<sup>209</sup>. Im deutschen Recht überwog bisher die Auffassung, daß eine inländische Gesellschaft, die ihr deutsches Gesellschaftsstatut durch **Wegzug** aufgibt, zwingend aufgelöst wird. Ein Beschluß über die Sitzverlegung ins Ausland wurde auch gegen den Willen der Gesellschafter als Auflösungsbeschluß behandelt und der Wegzug der Gesellschaft damit unmöglich gemacht<sup>210</sup>. Im Vordergrund standen dabei Gesichtspunkte des Schutzes der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger. Dem Schutzbedürfnis der Gesellschafter läßt sich aber dadurch Rechnung tragen, daß für den Beschluß, der den Statutenwechsel auslöst, Einstimmigkeit verlangt wird. Und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger kann dadurch gesichert werden, daß – ähnlich wie im Abwicklungsverfahren – ihre Befriedigung oder Sicherstellung verlangt wird. Sind diese Bedingungen erfüllt, so bestehen gegen den Statutenwechsel unter Fortbestand der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft vom Standpunkt des deutschen Rechts keine Bedenken<sup>211</sup>. Ob der **Zuzug** einer ausländischen Gesellschaft ins Inland unter Fortbestand ihrer im Ausland erworbenen Rechtspersönlichkeit möglich sei, ist ebenfalls umstritten. Verlangt man mit der hM die Neugründung und damit den Neuerwerb der Rechtsfähigkeit einer solchen Gesellschaft im Inland<sup>212</sup>, so handelt es sich nicht mehr um einen eigentlichen Zuzug. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Der mit den Gründungsvorschriften vor allem verfolgte Zweck des Gläubigerschutzes wird hinreichend verwirklicht, wenn die ausländische Gesellschaft in ihrer Kapitalausstattung und Satzung an das deutsche Recht angepaßt und wenn sie im Handelsregister eingetragen wird<sup>213</sup>. Ist dies geschehen, so bestehen keine Bedenken, eine nach ausländischem Recht nicht

<sup>208</sup> EuGH 27. 9. 1988 – Rs. 81/87 (Daily Mail and General Trust PLC – „Niederlassungsfreiheit – Recht zum Verlassen des Gründungsstaates – Juristische Personen“), noch nicht veröffentlicht; kritisch dazu *Sandrock/Austmann* (oben Fn. 4) und *Behrens* (oben Fn. 4).

<sup>209</sup> Vgl. *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 349; Münch-Komm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 191; *Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB*, 241.

<sup>210</sup> RGZ 7, 68, 69; 88, 53, 55; 107, 94, 97; *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 351 ff, 364 ff, 375 ff; Münch-Komm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 200 ff; *Wiedemann GesR* 1, § 15 III 1, S. 870; vgl. dagegen *Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB*, 242; widersprüchlich *Beitzke Juristische Personen*, S. 180 ff.

<sup>211</sup> So *Süß Festschrift Lewald*, S. 603; *Beitzke ZHR* 127 (1964–65) 1, 41 ff.

<sup>212</sup> So BGHZ 97, 269, 272 = NJW 1986, 2194, 2195; OLG Nürnberg IPRspr. 1984 Nr. 120 = RIW 1985, 494; OLG München NJW 1986, 2197, 2198; *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 371 ff; MünchKomm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 192 ff; vgl. dagegen *Soergel/Lüderitz Vor Art. 7 EGBGB*, 243.

<sup>213</sup> Siehe dazu des näheren *Behrens RIW* 1986, 590, 592 ff; ihm folgend jetzt auch *Großfeld/Jasper RabelsZ* 53 (1989) 52, 58 ff; siehe zu den Einzelheiten auch *Scholz/Winter Kommentar zum GmbH-Gesetz*<sup>6</sup> (1978/1983) Einl. 165.

aufgelöste Gesellschaft nach ihrem Zuzug in das Inland fortbestehen zu lassen<sup>214</sup>. Der Sache nach handelt es sich um einen Vorgang, der einer formwechselnden Umwandlung entspricht<sup>215</sup>.

## bb) Souveränitätswechsel

### Schrifttum

*Karl* Zur Sitzverlegung deutscher juristischer Personen des privaten Rechts nach dem 8. Mai 1945, AcP 159 (1960) 293; *Mann* Staatensukzession und juristische Personen, Freundesgabe für Hans Hengeler (1972) S. 191; *Quassowski* Zur Frage der Rückverlegung des Sitzes elsäß-lothringischer Aktiengesellschaften ins deutsche Inland, Gruchot 65 (1921) 403.

Ein Statutenwechsel kommt nicht nur dann in Betracht, wenn eine Gesellschaft über die Grenze wandert, sondern auch, wenn der Ort ihres Verwaltungs- bzw. Sitzungssitzes unter die Herrschaft eines anderen Staates gelangt. Gilt in einem solchen Fall allerdings das Gesellschaftsstatut des alten Staates fort, so ist der Fortbestand der Gesellschaft unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten unproblematisch; ein Statutenwechsel liegt in Wirklichkeit nicht vor. Ändert sich jedoch im Falle einer Gebietsabtretung mit der politischen Herrschaft auch das Gesellschaftsrecht, so kommt es darauf an, ob die Gesellschaft im abgetretenen Gebiet verbleibt oder nicht. Bleibt sie dort, wo sie war, dann tritt ein Statutenwechsel ein, bei dem sich theoretisch dieselben Fragen stellen wie bei einer internationalen Sitzverlegung<sup>216</sup>; praktisch wird der Erwerberstaat meist bestimmte Überleitungsvorschriften erlassen. Häufig haben jedoch in der Vergangenheit Gesellschaften nach einer Gebietsabtretung ihren Sitz in das übrige Gebiet des abtretenden Staates verlegt. Solche Rückwanderungen (Sitzverlegungen in das Mutterland) haben nach den beiden Weltkriegen insbesondere aus Elsaß-Lothringen, aus dem Sudetenland und aus den östlich der Oder-Neiße-Linie liegenden Gebieten nach dem restlichen Deutschland stattgefunden. Sie sind in der deutschen Rechtsprechung entgegen der Sitztheorie stets allein nach inländischem Recht beurteilt und besonders begünstigt worden. Eine Sitzverlegung über die Grenze hat danach immer dann keine auflösende Wirkung und verlangt keine Neugründung, wenn der Sitz in das Gebiet des Staates verlegt wird, nach dessen Gesetzen die Gesellschaft gegründet worden ist<sup>217</sup>. Fraglos sind auch bei solchen Sitzverlegungen die gesellschafts-, handels- und insbesondere registerrechtlichen Vorschriften des aufnehmenden Staates grundsätzlich zu erfüllen. So bedarf es insbesondere eines Sitzverlegungsbeschlusses und gemäß § 13c HGB der Mitwirkung des nunmehr im fremden Gebiet gelegenen Registergerichts. Soweit allerdings, vor allem nach dem zweiten Weltkrieg, die Mitwirkung von Registergerichten in Gebieten, in denen keine deutsche Gerichtsbarkeit mehr ausgeübt wurde, nicht mehr möglich oder praktisch nicht zu erlangen war, sind von der Rechtsprechung und dann auch vom Gesetzgeber (§ 14 des Zuständigkeitsgesetzes vom 7. 8. 1952, BGBl. I 407) Erleichterungen gewährt worden<sup>218</sup>. Nur

<sup>214</sup> So *Behrens* (vorige Fn.); ihm nunmehr folgend *Großfeld/Jasper* (vorige Fn.); vgl. auch *Soergel/Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 243; *Beitzke* ZHR 127 (1964 – 65) 1, 43; *Süß* Festschrift Lewald, S. 608.

<sup>215</sup> So *Behrens* RIW 1986, 590, 593; dazu jetzt des näheren *Großfeld/Jasper* RabelsZ 53 (1989) 52, 58 ff.

<sup>216</sup> Vgl. *Beitzke* Juristische Personen, S. 190; *Mann* Freundesgabe Hengeler, S. 191, 194; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 381 ff.

<sup>217</sup> Vgl. RGZ 107, 94, 99 (Elsaß-Lothringen); KG IPRspr. 1926/27 Nr. 24 = JW 1927, 1701 (Danzig); BGHZ 25, 134, 139 = NJW 1957, 1433, 1434 f (Sudetenland); *Mann* Freundesgabe Hengeler, S. 191, 196 ff.

<sup>218</sup> Siehe des näheren *Brüggemann-GroßkommHGB* AllgEinl. 80 m. w. N.; *Barz-GroßkommAktG* § 45, 10; *Karl* AcP 159 (1960) 293, 316.

wenn die registergerichtliche Mitwirkung notorisch verweigert wird, wird man gänzlich auf sie verzichten können. In jedem Fall ist jedoch zu verlangen, daß die Gesellschaft nach dem Souveränitätswechsel zunächst als solche fortbestanden hat und rechtsfähig geblieben ist<sup>219</sup>. Eine Beendigung der Gesellschaft kann allerdings unter bestimmten Voraussetzungen im Inland unbeachtlich sein, wenn ein hoheitlicher Eingriff erfolgt ist (siehe Rdn 177 ff).

### cc) Innerdeutsche Sitzverlegung

#### Schrifttum

*Karl* Zur Sitzverlegung deutscher juristischer Personen des privaten Rechts nach dem 8. Mai 1945, AcP 159 (1960) 293; *Springer* Interzonale Rechtsbeziehungen im Handelsregisterrecht, NJW 1947/48, 455; *Vogel* Sitzverlegungen über Zonengrenzen, Festschrift Raape (1948) S. 203.

- 172** Mit der Rechtslage im Falle eines Souveränitätswechsels, insbesondere durch Gebietsabtretung, nicht vergleichbar ist das Verhältnis zwischen den verschiedenen Besatzungszonen Deutschlands von 1945 bis 1949 bzw. zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR. Sie werden im Verhältnis zueinander grundsätzlich nicht als Ausland angesehen (hieran hat sich auch durch den Grundvertrag vom 20. 12. 1972, BGBl. 1973 II 421, nichts geändert<sup>220</sup>). **Sitzverlegungen aus der Sowjetzone in die Westzone bzw. aus der DDR in die Bundesrepublik** sind daher an sich als inländische Sitzverlegungen zu behandeln, zumal sie angesichts der formellen Fortgeltung desselben Handelsgesellschaftsrechts in Ost und West keinen Statutenwechsel bewirken. Allerdings wird man angesichts zunehmender Rechtsunterschiede heute die innerdeutsche Sitzverlegung insofern wie eine internationale Sitzverlegung zu behandeln haben, als die Satzung der Gesellschaft den in der Bundesrepublik geltenden Anforderungen angepaßt werden muß<sup>221</sup> (vgl. Rdn 170). Auch hier haben sich jedoch vor allem registerrechtliche Schwierigkeiten ergeben, da die Gerichte in der DDR ihre Mitwirkung bei Sitzverlegungen regelmäßig verweigert haben. Ebenso wie für die Sitzverlegungen aus Gebieten, in denen deutsche Gerichtsbarkeit nicht mehr ausgeübt wurde, hat die Rechtsprechung daraufhin auf die Mitwirkung des alten Registergerichts als Voraussetzung der Sitzverlegung verzichtet<sup>222</sup>. Soweit zunächst verlangt wurde, daß um die Mitwirkung des alten Registergerichts erfolglos nachgesucht oder gar der Beschwerdeweg ausgeschöpft worden war<sup>223</sup>, sind diese Forderungen später fallengelassen worden<sup>224</sup>. Auch in den innerdeutschen Fällen ist aber zu verlangen, daß die Gesellschaft zur Zeit der Sitzverlegung noch fortbestand<sup>225</sup>. Eine andere Frage ist es, ob die aus bestimmten, insbesondere enteignungsrechtlichen Gründen erfolgte Beendigung der Gesellschaft nicht anerkannt werden kann und deshalb unbeachtlich ist (vgl. Rdn 177 ff). Im übrigen sind die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen einer

<sup>219</sup> Vgl. dagegen RGZ 107, 94; kritisch dazu *Karl* AcP 159 (1960) 293, 310.

<sup>220</sup> Vgl. dazu *Drobnig* Der ‚Grundvertrag‘ und die innerdeutschen Zivilrechtsbeziehungen, RabelsZ 37 (1973) 485.

<sup>221</sup> aA *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 385 ff, 386, der – wie bei der internationalen Sitzverlegung – die Neugründung der Gesellschaft verlangt; ebenso *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 205 f.

<sup>222</sup> Vgl. AG Hamburg NJW 1947/48 403; AG Magde-

burg MDR 1949, 759; LG Frankfurt NJW 1949, 550; OLG Düsseldorf NJW 1950, 470, 472; LG München NJW 1953, 465; BGH NJW 1958, 671; OLG Düsseldorf NJW 1962, 869; *Brüggemann-GroßkommHGB* AllgEinl. 80; *Springer* NJW 1947/48, 455; *Vogel* Festschrift Raape, S. 203.

<sup>223</sup> So noch OLG Celle MDR 1948, 360.

<sup>224</sup> Vgl. *Barz-GroßkommAktG* § 45, 11.

<sup>225</sup> *Beitzke* Anm. zu AG Magdeburg MDR 1949, 759, 761; aA *Barz-GroßkommAktG* § 45, 11.

Sitzverlegung einzuhalten; insbesondere muß vom zuständigen Organ der Gesellschaft ein Sitzverlegungsbeschluß gefaßt und die Sitzverlegung ordnungsgemäß angemeldet werden<sup>226</sup>.

#### d) Internationale Verschmelzung

##### Schrifttum

*Bärmann* Europäische Fusion, Festschrift Kaufmann (1972) S. 13; *Beitzke* Fusion von Gesellschaften über die Grenze? AWD 1961, 288; *ders.* Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion, Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift Hallstein (1966) S. 14; *ders.* Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés, Revue critique de droit international privé 56 (1967) 1; *ders.* Les groupements d'entreprises en Europe et le droit allemand des sociétés, Rivista delle società 1968, 1088; *Ganske* Internationale Fusion von Gesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft – Ein neuer Ansatz, DB 1985, 581; *Gefßler* Fusion des sociétés en droit allemand, Rapports au Colloque international de droit européen Bruxelles 1961 (1962) p. 29; *Großfeld/Jasper* Identitätswahrende Sitzverlegung und Fusion von Kapitalgesellschaften in die Bundesrepublik Deutschland, RabelsZ 53 (1989) 52; *Sonnenberger* Der Vorentwurf eines Abkommens über die internationale Fusion, AG 1969, 381; *Züllig* Die internationale Fusion im Gesellschaftsrecht, Diss. Basel 1973.

Die **grenzüberschreitende Verschmelzung** von Gesellschaften ist bisher durchweg **173** nicht für möglich gehalten worden<sup>227</sup>. Sie muß aber vom Standpunkt des deutschen Rechts jedenfalls als prinzipiell **zulässig** angesehen werden, wenngleich ihr aus rechtlichen und praktischen Gründen beträchtliche Erschwernisse entgegenstehen<sup>228</sup>. Dabei sind allerdings kollisions- und materiellrechtliche Aspekte voneinander zu trennen.

Kollisionsrechtlich gesehen stehen zunächst einmal nicht die Schwierigkeiten entgegen, die sich bei einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts (Sitzverlegung) ergeben (vgl. Rdn 166 ff). Denn die übertragende Gesellschaft unterstellt sich durch die Verschmelzung nicht einem neuen Gesellschaftsstatut, sondern löst sich auf, und ihre Gesellschafter werden Mitglieder der aufnehmenden Gesellschaft. Auch sonst bereitet die kollisionsrechtliche Behandlung der Verschmelzung an sich keine unüberwindlichen Hindernisse. **Voraussetzungen und Verfahren** der Verschmelzung richten sich für jede der beteiligten Gesellschaften nach ihrem Gesellschaftsstatut<sup>229</sup>. Dies gilt für etwaige Verschmelzungsverbote für bestimmte Gesellschaftstypen, es gilt aber ebenso für die Erfordernisse eines Verschmelzungsvertrags oder -plans, für die Verschmelzungsbeschlüsse, für etwa erforderliche Genehmigungen sowie für Registrierung und Publizität<sup>230</sup>. Im Hinblick auf die **Wirkungen der Verschmelzung**, insbesondere für die Fragen des Vermögensübergangs und der Gläubigersicherung, sind die beteiligten Gesellschaftsstatute zu kumulieren. Dies bedeutet aber zugleich, daß sie sich inhaltlich weitgehend entsprechen müssen. Dabei hängt die Art und Weise des Vermögensübergangs (Universalsukzession, Gesamterwerb uno actu oder Einzelübertragung) mit dem jeweiligen System der Gläubigersicherung (automatischer Schuldenübergang, Weiter-

<sup>226</sup> Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1962, 869; zu den zahlreichen Schwierigkeiten, die sich aus staatlichen Eingriffen in die Funktionsfähigkeit von Gesellschaftsorganen in diesem Zusammenhang ergeben haben, vgl. *Karl* AcP 159 (1960) 293, 313.

<sup>227</sup> Vgl. *Gefßler* Rapports, S. 29, 41 ff; *Grasmann* 1045 m. w. N.; *Wiedemann* GesR 1, § 15 III 2, S. 872 m. w. N.

<sup>228</sup> Für die grundsätzliche Zulässigkeit *Beitzke* Festschrift Hallstein, passim; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 412 ff; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang

zu Art. 12 EGBGB, 443 ff; *Soergel/Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 245; *Züllig* S. 160; wegen mitbestimmungsrechtlicher Bedenken unentschieden *Koppensteiner*, S. 255 ff, 262.

<sup>229</sup> *Beitzke* Festschrift Hallstein, S. 14, 20; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 414; *Soergel/Lüderitz/Kegel* Vor Art. 7 EGBGB, 245; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 461 ff.

<sup>230</sup> Siehe dazu im einzelnen *Beitzke* Festschrift Hallstein, S. 14, 20 ff; *Züllig* passim; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 461 ff.

haftung des Vermögens der übertragenden Gesellschaft und Mithaftung der aufnehmenden Gesellschaft oder vorherige Befriedigung bzw. Sicherstellung) untrennbar zusammen. Für den Vermögensübergang ist ferner das Statut von Bedeutung, dem der einzelne Vermögensgegenstand unterliegt<sup>231</sup>. Aus kollisionsrechtlicher Sicht läßt sich daher immerhin sagen, daß die grenzüberschreitende Verschmelzung jedenfalls dann möglich ist, wenn die beteiligten Rechtsordnungen sie zulassen<sup>232</sup>, d. h. aber auch nur dann, wenn sie sich entsprechen bzw. ineinandergreifen.

**175** Eben diese Entsprechung ist allerdings im Verhältnis vieler Rechtsordnungen zueinander nicht in hinreichendem Maße gegeben, weil teils nationale Verschmelzungsregeln gänzlich fehlen, teils die betreffenden Regeln, wo sie vorhanden sind, außerordentlich stark divergieren. Die dann bei Anwendung der genannten kollisionsrechtlichen Grundsätze entstehenden **Regelungslücken** oder **Normenhäufungen** können durch das kollisionsrechtliche Mittel der **Anpassung**, also durch Formulierung besonderer, auf die internationale Verschmelzung zugeschnittener Sachnormen unter Angleichung der sich widersprechenden nationalen Vorschriften nicht immer überbrückt werden<sup>233</sup>. Die Hindernisse, die einer grenzüberschreitenden Verschmelzung im Wege stehen, sind also nicht kollisionsrechtlicher Natur, sondern haben ihren Grund in der Verschiedenheit der nationalen Sachnormen. Dabei geht es nicht allein um die gesellschaftsrechtlichen Verschmelzungsregeln. Ungelöst sind vor allem aus deutscher Sicht auch die mitbestimmungsrechtlichen Fragen<sup>234</sup>. Entscheidende praktische Hindernisse ergeben sich ferner aus den geltenden steuerrechtlichen Vorschriften, die insbesondere zur Aufdeckung stiller Reserven der übertragenden Gesellschaft zwingen. Angesichts dieser Probleme stößt die internationale Verschmelzung nach geltendem deutschen Recht wohl dann auf unüberwindliche materiellrechtliche Schwierigkeiten, wenn die inländische Gesellschaft die übertragende Gesellschaft ist<sup>235</sup>, während im umgekehrten Fall – wenn die inländische Gesellschaft die übernehmende Gesellschaft ist – ähnliche Schwierigkeiten nicht bestehen, so daß die internationale Verschmelzung insoweit möglich ist<sup>236</sup>.

**176** Im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften wird eine Lösung der mit einer internationalen Verschmelzung verbundenen Probleme auf mehreren Ebenen angestrebt, allerdings zunächst beschränkt auf **Aktiengesellschaften**. Zum einen sind die nationalen Regelungen entsprechend der dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie des Rates (**Fusionsrichtlinie**)<sup>237</sup>, inhaltlich miteinander koordiniert worden (vgl. Rdn 213 ff). Zum anderen hat die Kommission im Jahre 1972 aufgrund von Art. 220 des EWG-Vertrages den Entwurf eines **Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften**<sup>238</sup> vorgelegt (vgl. Rdn 248 f). Er soll die internationale

<sup>231</sup> Zum Verhältnis von Einzelstatut, Gesamtstatut und Statut der Universalsukzession zueinander vgl. *Züllich* S. 28 ff.

<sup>232</sup> *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 415; *Soergel/Lüderitz* Vor Art. 7 EGBGB, 245.

<sup>233</sup> Für eine weitgehende Verwendung dieses Mittels *Beitzke* Festschrift Hallstein, passim; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 475, 476 ff; skeptisch demgegenüber *Wiedemann* GesR 1, § 15 III 2 S. 873.

<sup>234</sup> Vgl. dazu *Koppensteiner*, S. 259 f.

<sup>235</sup> So mit guten Gründen *Wiedemann* GesR 1, § 15 III 2, S. 873 f; kein überzeugender Grund ist allerdings insoweit die Gleichstellung der Verschmelzung mit einer Sitzverlegung ins Ausland bei *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 417; um das Aufzeigen von Aus-

wegen mit dem Mittel der Anpassung bemüht sich aber *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 478 ff.

<sup>236</sup> *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 416; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 477; *Wiedemann* GesR 1, § 15 III 2 S. 874; siehe dazu des näheren *Großfeld/Jasper* *RabelsZ* 53 (1989) 52, 63 ff.

<sup>237</sup> Dritte Richtlinie des Rates vom 9. 10. 1978 zur Koordinierung gesellschaftsrechtlicher Schutzbestimmungen im Sinne des Art. 54 Abs. 3 lit. g) des EWG-Vertrages (78/855/EWG), *ABl. Nr. L 295* vom 20. 10. 1978, S. 36.

<sup>238</sup> Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung vom 27. 9. 1972, *Bull. EG – Beilage* 13/73.

Verschmelzung gesellschaftsrechtlich ermöglichen bzw. erleichtern. Der Entwurf bedient sich zu diesem Zweck sowohl kollisionsrechtlicher Lösungen – durch Verweisung bestimmter Fragen an die nationalen Gesellschaftsstatute – als auch der Formulierung eigens für die grenzüberschreitende Verschmelzung geltender Sachnormen. Ungelöst sind jedoch in dem Übereinkommen die mitbestimmungsrechtlichen Fragen, deren Schwierigkeit sich bisher als unüberwindlich erwiesen haben. Inzwischen ist dieser Übereinkommensentwurf praktisch durch den **Vorschlag einer zehnten Richtlinie** über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften abgelöst worden, den die Kommission dem Rat im Jahre 1985 vorgelegt hat<sup>239</sup> (vgl. Rdn 234 ff). Zur Beseitigung der steuerrechtlichen Hindernisse, die einer grenzüberschreitenden Verschmelzung entgegenstehen, hat die Kommission bereits im Jahre 1969 einen besonderen Richtlinienvorschlag vorgelegt<sup>240</sup> (vgl. Rdn 266).

### c) Enteignung

#### Schrifttum

*Beemelmans* Die gespaltene Gesellschaft – Zur Auswirkung von Enteignungsmaßnahmen auf juristische Personen, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 17 (1963); *ders.* Die Spaltungstheorie als rechtsmethodisches Problem? WM 1966, 670; *Behrens* Rechtsfragen im chilenischen Kupferstreit, RabelsZ 37 (1973) 408; *ders.* Multinationale Unternehmen im Internationalen Enteignungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1980); *Beitzke* Probleme der enteignungsrechtlichen Spaltgesellschaft, Der Schutz des privaten Eigentums im Ausland, Festschrift Janssen (1958) S. 29; *ders.* Nochmals zur Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten, JZ 1956, 673; *Burth* Die Enteignung von Aktionärsrechten durch ausländische Staaten (1963); *Einsle* Rest- bzw. Spaltgesellschaft auch bei Entschädigung? RabelsZ 51 (1987) 603; *Fickel* Zur Entwicklung des Enteignungskollisionsrechts, AWD 1974, 584; *Flume* Juristische Person und Enteignung im IPR, Festschrift Mann (1977) S. 143; *Großfeld/Lohmann* Verfahrensrechtliche Probleme der Rest- und Spaltgesellschaft, IPRax 1985, 324; *Hahn* Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten, Festschrift Beitzke (1979) S. 491; *Jungfleisch* Zur Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten an ausländischen Aktiengesellschaften mit Vermögen in der BRD, Diss. Saarbrücken 1961; *Kegel/Seidl-Hohenveldern*, Zum Territorialitätsprinzip im internationalen öffentlichen Recht, Festschrift Ferid (1978) S. 233, 246; *Koppensteiner* Enteignungs- oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften, Kollisions- und gesellschaftsrechtliche Aspekte unter besonderer Berücksichtigung der Entziehung von Mitgliedschaftsrechten, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 13 (1974) S. 65; *Mann* Die Konfiskation von Gesellschaften, Gesellschaftsrechten und Gesellschaftsvermögen im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 27 (1962–63) 1; *ders.* Der konfiszierende Staat als Gesamtrechtsnachfolger, Festschrift Zweigert (1981) S. 275; *Mertens* Die Spaltgesellschaft als methodisches Problem, JuS 1967, 97; *Paulick* Territorialitätsprinzip und Spaltungstheorie, Festschrift Raschofer (1977) S. 181; *Seidl-Hohenveldern* Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht (1952); *ders.* Die Spaltungstheorie im Falle der Konfiskation von Aktionärsrechten, RabelsZ 28 (1964) 192; *ders.* The Impact of Public International Law on Conflict of Law Rules on Corporations, Rec. des Cours 123 (1968-I) 1; *ders.* Internationales Enteignungsrecht, Festschrift Kegel (1977) S. 265; *Teich* Die Spaltungstheorie ist herrschende Meinung in der deutschen Rechtsprechung und Literatur, WM 1976, 1322; *Wiedemann* Entwicklung und Ergebnisse der Rechtsprechung zu den Spaltgesellschaften, Festschrift Beitzke (1979) S. 811.

<sup>239</sup> Vorschlag einer zehnten Richtlinie des Rates nach Art. 54 Abs. 3 lit. g) des EWG-Vertrages über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften – von der Kommission dem Rat vorgelegt am 14. 1. 1985, ABl. Nr. C 23 vom 25. 1. 1985, S. 11 = Bull. EG 1985 – Beilage 3/85.

<sup>240</sup> Vorschlag einer Richtlinie vom 16. 1. 1969 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen und die Einbringung von Unternehmensteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. EG Nr. C 39 vom 22. 3. 1969, S. 1 ff.

- 177** aa) **Territorialitätsprinzip.** Zu besonderen Problemen führen enteignende Eingriffe des ausländischen Heimatstaates (Statutsstaates) einer Gesellschaft in deren gesellschafts- und vermögensrechtliche Verhältnisse, wenn die Gesellschaft auch im Inland über Vermögen verfügt. Diese Probleme haben sich nicht nur im Zusammenhang mit den Ostenteignungen vor allem nach dem zweiten Weltkrieg ergeben, sondern stellen sich auch heute insbesondere im Hinblick auf Nationalisierungsmaßnahmen in Entwicklungsländern<sup>241</sup>, aber zuweilen auch in Industriestaaten<sup>242</sup>. Sie sind daher von fortdauernder Aktualität. Dabei können die Enteignungsmaßnahmen recht unterschiedliche Gestalt annehmen: Bei Gesellschaften kommt nicht nur der Entzug des Gesellschaftsvermögens in Betracht, sondern auch die Auflösung der Gesellschaft, die vollständige oder teilweise Einziehung der Mitgliedschaftsrechte oder auch die Besetzung der Gesellschaftsorgane von Staats wegen bzw. deren Ersetzung durch staatliche Sequester oder Verwalter<sup>243</sup>.
- 178** Ausgangspunkt der Behandlung von Enteignungsmaßnahmen ist der im sog. **Territorialitätsprinzip** enthaltene Rechtsgedanke: Da die Berechtigung zur Enteignung aus der Souveränität und somit aus der Gebietshoheit des Staates abgeleitet wird, die staatliche Hoheitsgewalt aber territorial beschränkt ist, lassen sich die Rechtswirkungen einer Enteignung danach unterscheiden, ob sie innerhalb oder außerhalb des Hoheitsgebietes des Enteignungsstaates eintreten sollen<sup>244</sup>. Es besteht Einigkeit darüber, daß die innerhalb des Enteignungsstaates herbeigeführten (territorialen) Wirkungen im Inland grundsätzlich anerkannt werden, d. h. sie erfassen die im Zeitpunkt der Verstaatlichung innerhalb des Enteignungsstaates belegenen Vermögenswerte (positive Wirkung des Territorialitätsprinzips)<sup>245</sup>. Insoweit ist also das ausländische Enteignungsrecht auch im Inland zur Anwendung berufen. Eine Einschränkung erfährt allerdings auch dieser kollisionsrechtliche Grundsatz durch den in Art. 6 EGBGB kodifizierten Vorbehalt des *ordre public*<sup>246</sup>. Unter diesem Gesichtspunkt können Verstöße gegen die Normen des Völkerrechts oder des deutschen Verfassungsrechts, die den Eigentumsschutz zum Gegenstand haben und die Rechtmäßigkeit von Enteignungen insbesondere an das Erfordernis einer Entschädigung binden, relevant werden<sup>247</sup>. Umgekehrt geht die hM davon aus, daß die außerhalb des Enteignungsstaates beabsichtigten (extraterritorialen) Wirkungen im Inland nicht anerkannt werden, so daß das im Inland belegene Vermögen enteignungsfrei bleibt (negative Wirkung des Territorialitätsprinzips)<sup>248</sup>. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes ist zweifelhaft. Er sollte auf die Fälle beschränkt werden, in denen die ausländische Enteignung insbesondere ohne hinreichende Entschädigung durchgeführt worden ist. Eine generelle Ablehnung der Anwendung ausländischen

<sup>241</sup> Vgl. dazu etwa *Dölle/Reichert-Facilides/Zweigert* Internationalrechtliche Betrachtungen zur Dekolonisierung, Recht und Staat, Heft 280/281 (1964).

<sup>242</sup> Siehe etwa zu den Nationalisierungen in Frankreich *Coing* Zur Nationalisierung in Frankreich, WM 1982, 378; *Wölker* Die Nationalisierungen in Frankreich 1981/82, ZaöRV 43 (1983) 213.

<sup>243</sup> Siehe zu diesen unterschiedlichen Vorgehensweisen des Enteignungsstaates etwa *Behrens* Multinationale Unternehmen, passim.

<sup>244</sup> Vgl. zum Territorialitätsprinzip allgemein *Kegel/Seidl-Hohenveldern* Festschrift Ferid (1978) S. 233 ff.; zur territorialen Zuordnung von Vermögenswerten siehe *Behrens* Multinationale Unternehmen, S. 25 ff m. w. N.

<sup>245</sup> BGHZ 25, 127, 129; 32, 256, 259; 62, 340, 343; I.G.

Hamburg AWD 1973, 163; siehe *Staudinger/Stoll* Nach Art. 12 I EGBGB, 197 mit umfassenden Nachweisen; *Kegel* IPR, § 23 II 1 S. 721; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 426.

<sup>246</sup> Vgl. LG Hamburg AWD 1973, 163.

<sup>247</sup> Vgl. dazu *Behrens* Multinationale Unternehmen, S. 38 ff.

<sup>248</sup> BGHZ 23, 333, 336; BGHZ 25, 134, 140, 143 = NJW 1957, 1433 f; BGHZ 32, 256, 259; BGHZ 33, 195, 197 = NJW 1961, 22, 23; BGHZ 56, 66, 69; BGHZ 62, 340, 343; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 426; *Wiedemann* GesR I, § 15 II 1, S. 844; vgl. des näheren *Staudinger/Stoll* Nach Art. 12 I EGBGB, 197 mit umfassenden weiteren Nachweisen; *Behrens* Multinationale Unternehmen, S. 62 ff.

Enteignungsrechts auf Inlandsvermögen läßt sich auch nicht mit der bisherigen Rechtsprechung stützen, die es stets mit entschädigungslosen Enteignungen zu tun gehabt hat. Rechtspolitische Erwägungen legen es nahe, unter bestimmten Voraussetzungen auch extraterritoriale Enteignungswirkungen im Inland anzuerkennen<sup>249</sup>. Eine solche Anerkennung ist ohnehin geboten für den Fall entsprechender völkervertraglicher Regelungen<sup>250</sup>.

Soweit nach diesen Grundsätzen bestimmte Vermögenswerte enteignungsfrei bleiben, gehören sie aus inländischer Sicht weiterhin dem ursprünglichen Eigentümer. Ist Eigentümerin der enteigneten Vermögenswerte eine Gesellschaft, so harmonisiert aber diese sachenrechtliche Folge in vielen Fällen nicht mit den Rechtsfolgen, die sich nach dem maßgeblichen Gesellschaftsstatut aus der Enteignungsmaßnahme für die Gesellschaft selbst ergeben. Dabei lassen sich im wesentlichen zwei Fallgruppen auseinanderhalten: zum einen Enteignungen, die sich unmittelbar gegen die Gesellschaft richten und diese rechtlich vernichten, zum anderen solche Maßnahmen, die sich unmittelbar nur gegen die Mitglieder oder die Gesellschaftsorgane richten, die Gesellschaft als solche aber unberührt lassen. Beide Fallgruppen weisen spezifische Probleme auf, die mit jeweils besonderen rechtlichen Konstruktionen gelöst werden, nämlich die erste mit der *Theorie der Restgesellschaft* (vgl. Rdn 181 ff), die zweite mit der *Theorie der Spaltgesellschaft* (vgl. Rdn 184 ff). Diese terminologische Differenzierung, die sich inzwischen durchgesetzt hat, erscheint angesichts der sachlichen Unterschiede beider Fallgruppen angezeigt, denn nur bei der letzten wird die Gesellschaft gespalten, dagegen bei der ersten allein das Vermögen<sup>251</sup>. 179

Als unproblematisch sind zunächst die Fälle auszuscheiden, in denen sich die Enteignungsmaßnahme des ausländischen Enteignungsstaates unmittelbar **nur gegen das Gesellschaftsvermögen** richtet, ohne die Gesellschaft in ihrer Integrität als Rechtsperson anzutasten und ohne in die Mitgliedschaftsrechte oder in die Funktion der Gesellschaftsorgane einzugreifen. In diesen Fällen ergeben sich aus dem Territorialitätsprinzip keine Schwierigkeiten, zumal es insoweit nicht mit dem Gesellschaftsstatut in Konflikt gerät: die Gesellschaft bleibt mit ihrem enteignungsfreien Inlandsvermögen bestehen<sup>252</sup>. Allerdings ist zu beachten, daß in manchen Rechtsordnungen der Verlust des gesamten Gesellschaftsvermögens durch Totalenteignung auch die Existenz der Gesellschaft berührt. 180

bb) *Theorie der Restgesellschaft*. Problematisch ist die Rechtslage, wenn mit der Enteignung des Gesellschaftsvermögens auch die **Vernichtung der Gesellschaft im ausländischen Statutsstaat** einhergeht. Da sich die Frage der Beendigung der Gesellschaft grundsätzlich nach ihrem Gesellschaftsstatut bestimmt (vgl. Rdn 154), gilt eine im Statutsstaat vernichtete Gesellschaft grundsätzlich auch im Inland als erloschen. 181

Dann stellt sich aber die **Frage, wem das enteignungsfreie inländische Vermögen zuzuordnen ist**. Läßt man es bei der Beendigung der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsstatut<sup>253</sup>, so ergeben sich nur zwei Möglichkeiten: das Inlandsvermögen wird herrenlos bzw. als verselbständigte Liquidationsmasse verwaltet, oder es gehört – sei 182

<sup>249</sup> Siehe dazu im einzelnen *Behrens* Multinationale Unternehmen, S. 72 ff; vgl. schon *Koppensteiner* Enteignungs- und Nationalisierungsmaßnahmen, S. 81 ff; dagegen *Einsle* *RabelsZ* 51 (1987) 603.

<sup>250</sup> Besonders wichtig: Teil VI, Art. 3 des ‚Vertrages zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen‘ zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den westlichen Alliierten – sog. Überleitungs-

vertrag – vom 23. 10. 1954, BGBl. 1955 II 405, 628.

<sup>251</sup> Vgl. zur Terminologie BGHZ 33, 195, 199 = NJW 1961, 22, 23.

<sup>252</sup> *Beemelmans*, S. 13; *Mann* *RabelsZ* 27 (1962 – 63) 1, 10 ff; *Staudinger/Großfeld* *IntGesR*, 433; *Wiedemann* *GesR* 1, § 15 II 1, S. 844 f.

<sup>253</sup> So noch RGZ 129, 98, 105 f.

es zu Bruchteilen, sei es zur gesamten Hand – den Gesellschaftern der vernichteten Gesellschaft. Beide Lösungen werden jedoch heute im deutschen Recht<sup>254</sup> nahezu einhellig verworfen. Vielmehr ist vor allem nach dem zweiten Weltkrieg der Weg beschritten worden, auch die Vernichtung der Gesellschaft dem Territorialitätsprinzip zu unterwerfen und ihre Beendigung dementsprechend für das Inland nicht anzuerkennen. Eine im Statusstaat im Zuge der Enteignung vernichtete Gesellschaft besteht demnach im Inland mit ihrem hier belegenen Vermögen als Restgesellschaft fort, wie wenn ihre Integrität nicht angetastet worden wäre<sup>255</sup>.

- 183** Die rechtliche Behandlung der Restgesellschaft ist in manchen Einzelfragen nicht problemlos. Was zunächst die Identität der Restgesellschaft betrifft, so besteht heute Einigkeit, daß Träger des enteignungsfreien Inlandsvermögens nicht eine neue Gesellschaft, sondern die enteignete Auslandsgesellschaft selbst ist<sup>256</sup>. Die Restgesellschaft unterliegt folglich zunächst auch weiterhin ihrem alten Gesellschaftsstatut<sup>257</sup> und bleibt mithin eine ‚ausländische‘ Gesellschaft. Umstritten ist, wo die Restgesellschaft ihren Sitz hat. Ein automatischer Sitzwechsel in das Inland kommt nicht in Betracht; vielmehr ist auch für die Restgesellschaft zu verlangen, daß ein entsprechender satzungsändernder Beschluß gefaßt und eingetragen wird<sup>258</sup>; damit wird dann auch ein entsprechender Statutenwechsel ausgelöst. Will man die Annahme vermeiden, daß die Gesellschaft ihren ursprünglichen Sitz im Enteignungsstaat trotz der dortigen Maßnahmen aus inländischer Sicht behalten hat<sup>259</sup> – wofür zumindest die Erwägung spricht, daß mit dem fortgeltenden ausländischen Gesellschaftsstatut rechtslogisch auch der Fortbestand des ausländischen Satzungssitzes verbunden sein müßte –, so bleibt nur übrig, die Gesellschaft als sitzlos zu betrachten<sup>260</sup>. Letztlich ist die Sitzfrage nicht von entscheidender Bedeutung: Die Frage, wie die üblicherweise an den Sitz einer Gesellschaft geknüpften Rechtsfolgen – etwa fremdenrechtlicher Art oder die Bestimmung eines Gerichtsstandes oder Erfüllungsortes – bei einer Restgesellschaft bestimmt werden sollen, ist von diesem Streit unabhängig. Sie muß ohnehin im einzelnen Fall nach Sinn und Zweck der jeweils in Frage stehenden Normen beantwortet werden<sup>261</sup>. Dabei liegt es nahe, der inländischen Belegenheit des enteignungsfreien Vermögens die entscheidende Bedeutung zuzumessen. Dementsprechend besteht Einigkeit darüber, daß die Restgesellschaft über einen inländischen Notgerichtsstand (§ 5 Abs. 1 S. 2 FGG) verfügt, um insbesondere die für eine inländische Sitzbegründung und Bestellung von Gesellschaftsorganen (z. B. Notgeschäftsführer) notwendigen Rechtshandlungen vornehmen zu kön-

<sup>254</sup> Einen Überblick über ausländische Lösungen gibt *Beemelmans*, S. 24 ff.

<sup>255</sup> BGHZ 20, 4, 10, 12; BGHZ 25, 134, 143 f = NJW 1957, 1433 f; BGHZ 32, 256, 257; BGHZ 33, 195, 197 f = NJW 1961, 22, 23; BGHZ 56, 66, 69; *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 438 ff; *Soergel/Kegel Vor Art. 7 EGBGB*, 843 mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; *Wiedemann GesR* 1, § 15 II 1, S. 844 ff.

<sup>256</sup> BGHZ 33, 195, 197; BGH WM 1965, 227, 228; BGH WM 1977, 730; *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 441, 448.

<sup>257</sup> *Soergel/Kegel Vor Art. 7 EGBGB*, 844; *MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB*, 640 ff; die Rechtsprechung ist uneinheitlich: wie hier OLG München IPRspr. 1966/67 Nr. 189; aA wohl BGHZ 19, 102, 105 f; zweifelnd BGH IPRspr. 1977 Nr. 4.

<sup>258</sup> BGHZ 25, 134, 148; BGHZ 33, 195, 204; LG Ham-

burg AWD 1974, 410, 412; aA *Beitzke JZ* 1963, 361, 362; *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 454; *Wiedemann GesR* 1, § 15 II 1, S. 849; vgl. zur Durchführung *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 456 ff.

<sup>259</sup> So KG IPRspr. 1960/61 Nr. 83; ebenso die Voraufgabe AllgEinl. 113; aA BGHZ 33, 195, 203; 38, 36, 39 = BB 1963, 17; LG Hamburg AWD 1974, 410, 412; *MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB*, 646; *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 450; *Soergel/Kegel Vor Art. 7 EGBGB*, 844; *Wiedemann GesR* 1, § 15 II 1, S. 849.

<sup>260</sup> So BGHZ 33, 195, 204; LG Hamburg AWD 1974, 410, 412; *Beitzke JZ* 1963, 361, 362; *MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB*, 648.

<sup>261</sup> So auch *Soergel/Kegel Vor Art. 7 EGBGB*, 850; *MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB*, 648; dagegen *Staudinger/Großfeld IntGesR*, 451.

nen<sup>262</sup>. Auch hinsichtlich der Frage der Sicherheitsleistung für Prozeßkosten (§ 110 ZPO) kann an die inländische Belegenheit ihres Vermögens angeknüpft werden<sup>263</sup>. Umstritten ist auch, mit welchem Gesellschaftszweck die Restgesellschaft im Inland fortbesteht, insbesondere ob sie als werbende Gesellschaft tätig werden kann<sup>264</sup> oder auf die Liquidation ihres inländischen Vermögens beschränkt ist<sup>265</sup>. Richtigerweise ist dies Tatfrage, d. h. es kommt darauf an, was die Gesellschaft will<sup>266</sup>. Sofern die Restgesellschaft allerdings als werbende tätig werden will, wird schon aus praktischen Gründen eine Sitzverlegung ins Inland erforderlich sein. – Nicht in jeder Hinsicht geklärt ist die Frage der **Schuldenhaftung**<sup>267</sup>. Die Rechtsprechung übt richtigerweise Zurückhaltung in der Formulierung allgemeingültiger Grundsätze<sup>268</sup>. Prinzipiell ist zwar davon auszugehen, daß die Restgesellschaft für die Schulden der enteigneten Gesellschaft auch weiterhin haftet<sup>269</sup>. Dieser Grundsatz bedarf aber bestimmter Einschränkungen, über die allerdings keine Einigkeit besteht<sup>270</sup>. Jedenfalls wird man sagen können, daß die Schuldenhaftung nicht mittelbar zum Zugriff des Enteignungsstaates auf das Inlandsvermögen und damit zur mittelbaren Durchsetzung der Enteignungswirkungen im Inland führen darf<sup>271</sup>. – Schließlich ist davon auszugehen, daß die vertretungsberechtigten **Gesellschaftsorgane** grundsätzlich auch nach der Enteignung im Statsstaat für das Inland weiter im Amt bleiben, allerdings – insbesondere in zeitlicher Hinsicht – nur nach Maßgabe der Regeln des Gesellschaftsstatuts<sup>272</sup>. Soweit sich Schwierigkeiten ergeben, ist an die Bestellung neuer Organe durch eine Gesellschafterversammlung oder das Gericht zu denken bzw. an die Bestellung eines Pflegers<sup>273</sup>.

cc) **Theorie der Spaltgesellschaft.** Zur Enteignung einer Gesellschaft muß der ausländische Statsstaat nicht notwendigerweise unmittelbar auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen oder gar die Gesellschaft in ihrer rechtlichen Existenz völlig vernichten; er kann vielmehr dasselbe Ziel durch **Einziehung der Mitgliedschaftsrechte** zu erreichen suchen. Auch dieser Weg ist häufig beschränkt worden. Es ergeben sich dabei für das Inland vor allem konzeptionelle Probleme, die mit der Theorie der Restgesellschaft nicht unmittelbar zu lösen sind. Denn in diesem Fall wird die Integrität der Gesellschaft an sich nicht berührt, es findet lediglich ein Austausch der Gesellschafter statt. Selbst bei Enteignung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte ändern sich in formaler Betrachtung die Eigentumsverhältnisse hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens nicht. Hieraus ist gelegentlich der Schluß gezogen worden, daß sich die Frage der extraterritorialen Wirkung enteignender Maßnahmen

184

<sup>262</sup> So BGHZ 19, 102, 106 f.; vgl. BGH IPRspr. 1981 Nr. 8 = WM 1981, 566 (Spaltgesellschaft); BGH IPRspr. 1984 Nr. 22 = WM 1984, 491 (Spaltgesellschaft); BGHZ 93, 12 = NJW 1985, 1157 (Spaltgesellschaft); siehe im einzelnen Staudinger/Großfeld IntGesR, 459 f., 461 ff.; MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 656.

<sup>263</sup> So LG Hamburg AWD 1974, 410, 412.

<sup>264</sup> So etwa Soergel/Kegel Vor Art. 7 EGBGB, 846 mit umfassenden Nachweisen zum Streitstand.

<sup>265</sup> So MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 633 ff.

<sup>266</sup> Vgl. Beemelmans, S. 97 f.

<sup>267</sup> Siehe dazu des näheren Staudinger/Großfeld IntGesR, 509 ff.; vgl. Beemelmans, S. 108 ff.; Wiedemann GesR 1, § 15 II 1, S. 851.

<sup>268</sup> Vgl. BGHZ 56, 66, 70 f.

<sup>269</sup> BGH ebendort; Staudinger/Großfeld IntGesR, 510;

MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 680; Soergel/Kegel Vor Art. 7 EGBGB, 851.

<sup>270</sup> Vgl. dazu Beemelmans, S. 108 ff.; Seidl-Hohenveldern, S. 123 ff.; Staudinger/Großfeld IntGesR, 512 ff.; Soergel/Kegel Vor Art. 7 EGBGB, 860 ff.; MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 688 ff.

<sup>271</sup> So BGHZ 56, 66, 71; vgl. auch BGH IPRax 1989, 235 m. Anm. Behrens ebendort 217.

<sup>272</sup> Vgl. BGHZ 25, 134, 150 = NJW 1957, 1433, 1435; BGHZ 33, 195, 200 = NJW 1961, 22, 23; siehe auch Staudinger/Großfeld IntGesR, 459; Soergel/Kegel Vor Art. 7 EGBGB, 847 mit umfassenden Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>273</sup> Vgl. BGHZ 33, 195, 200 f. = NJW 1961, 22, 23; siehe weitere Rechtsprechungsnachweise bei Soergel/Kegel Vor Art. 7 EGBGB, 847.

gar nicht stelle<sup>274</sup>. Es steht aber außer Frage, daß eine formale Betrachtungsweise der wirtschaftlichen Realität in diesem Fall nicht gerecht wird. Die ganz überwiegende Meinung im deutschen Recht hat sich deshalb auf den zutreffenden Standpunkt gestellt, daß ein Zugriff auf Inlandsvermögen durch Auslandsenteignung, der weder durch Enteignung der Gesellschaft selbst möglich wäre, noch durch Enteignung der Gesellschafter, wenn ihnen das Inlandsvermögen persönlich gehörte, auch nicht dadurch erreicht werden darf, daß sämtliche Mitgliedschaftsrechte eingezogen werden. Vielmehr muß sich auch in diesem Fall das Territorialitätsprinzip im Ergebnis durchsetzen. Die Nationalisierung von Vermögen der Gesellschaft und die Enteignung von Mitgliedschaftsrechten der Gesellschafter werden also zum Zweck der Abwehr extraterritorialer Wirkungen hinsichtlich des im Inland belegenen Gesellschaftsvermögens gleich behandelt<sup>275</sup>. Diese Gleichbehandlung erstreckt sich dann aber auch auf die Möglichkeit, extraterritoriale Enteignungswirkungen unter bestimmten Voraussetzungen anzuerkennen, wenn die Enteignung gegen Entschädigung durchgeführt worden ist<sup>276</sup> (vgl. Rdn 178 a. E.). Soweit die extraterritorialen Wirkungen einer entschädigungslosen Enteignung von Mitgliedschaftsrechten abgewehrt werden, kann man dies insofern als einen Durchgriff durch die Gesellschaft betrachten, als zwischen den enteigneten Gesellschaftern einerseits und dem inländischen Vermögen der Gesellschaft andererseits eine unmittelbare Beziehung hergestellt wird<sup>277</sup>. Danach gelten die enteigneten Mitgliedschaftsrechte als nicht am Sitz der Gesellschaft belegen, sondern dort, wo die Gesellschaft Vermögen hat<sup>278</sup>. Man kann aber auch einfach davon ausgehen, daß der vom Enteignungsstaat herbeigeführte Gesellschafterwechsel für das Inland keine extraterritorialen Wirkungen entfaltet<sup>279</sup> – aber eben nur beim Vorhandensein inländischen Vermögens.

**185** Für die Frage, wem das auf diese Weise enteignungsfrei gehaltene Inlandsvermögen der Gesellschaft zuzuordnen ist, hat sich trotz etlichen Widerspruchs im Schrifttum<sup>280</sup> in der Bundesrepublik Deutschland die Theorie der Spaltgesellschaft durchgesetzt: Das enteignungsfreie Inlandsvermögen gehört einer von der ursprünglichen – im Statutsstaat fortbestehenden Gesellschaft abgespaltenen – Gesellschaft,

<sup>274</sup> So etwa *Lewald* Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten und Spaltungstheorie, NJW 1958, 281.

<sup>275</sup> Vgl. *Behrens* Multinationale Unternehmen, S. 95 ff.

<sup>276</sup> Siehe *Behrens* Multinationale Unternehmen, S. 106 ff.

<sup>277</sup> Vgl. *Behrens* (vorige Fn.) S. 96; gegen diese Betrachtungsweise *Soergel/Kegel* Vor Art. 7 EGBGB, 838; *Wiedemann* GesR 1, § 15 II 1, S. 846 f.

<sup>278</sup> BGHZ 20, 4, 14; BGHZ 25, 134, 144 ff. = NJW 1957, 1433, 1434; BGHZ 62, 340, 343; *Beitzke* JZ 1956, 673, 675; *Seidl-Hohewaldern* Konfiskations- und Enteignungsrecht, S. 127 ff.; ausführlich dazu *Kuhn* Die Enteignung deutscher Beteiligungen an österreichischen Aktiengesellschaften mit deutschem Vermögen, WM 1956, 2, 8 ff.

<sup>279</sup> BGHZ 62, 340, 343; *Beemelmans*, S. 68 f; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 466; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 625.

<sup>280</sup> Vgl. *Féaux de la Croix* Inwieweit hilft die Spaltungstheorie gegen die Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten, Festschrift Schmidt (1959) S. 171;

*ders.* Die Wirkung der Enteignung ausländischer Mitgliedschaftsrechte auf Inlandsvermögen der Gesellschaft, Festschrift Möhring (1965) S. 23; *Gurski* Spaltgesellschaften und Währungsrecht, WM 1963, 1078, 1080 ff; *ders.* Ausländische Enteignungen und Spaltgesellschaften, WM 1964, 1138; *ders.* Auslandsenteignungen bei juristischen Personen, NJW 1965, 1353; *Koppensteiner* Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 13 (1974) 65, 81 ff; *Lewald* Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten und Spaltungstheorie, NJW 1958, 281, 282; *Lieberknecht* Die Enteignung deutscher Mitgliedschaftsrechte an ausländischen Gesellschaften mit in Deutschland belegenen Vermögen, NJW 1956, 571 u. 931; *Mann* RabelsZ 27 (1962–63) 1, 25 ff; *Stöcker* Territorialitätsgrundsatz, Vorbehaltsklausel, Eigentumsgarantie, WM 1964, 530; vgl. auch die Kritik an der Spaltungstheorie bei *MünchKomm-Ebenroth* Nach Art. 10 EGBGB, 559 ff, 564 f.

die aus sämtlichen bisherigen Mitgliedern besteht<sup>281</sup>. Lösungen, die den enteigneten Gesellschaftern nur einen Entschädigungsanspruch mit Wirkung gegen das enteignungsfreie Inlandsvermögen einräumen<sup>282</sup> oder die die Annahme einer Spaltgesellschaft auf Mißbrauchsfälle beschränken wollen<sup>283</sup>, haben zu Recht keine Zustimmung gefunden. Andererseits ist auch für die Spaltgesellschaft streitig, ob den Gesellschaftern mit der hM die Möglichkeit offengehalten werden soll, mit dem Inlandsvermögen die Gesellschaft als werbende fortzuführen<sup>284</sup>, oder ob sie nur als Liquidationsgesellschaft fortbesteht<sup>285</sup>. Auch hier muß gelten, daß die Gesellschafter wählen können. Ob die Gesellschaft als werbende fortgesetzt oder ob sie liquidiert wird, ist also wiederum Tatfrage<sup>286</sup>. Die Theorie der Spaltgesellschaft ist eine konsequente rechtliche Hilfskonstruktion, die zur Durchsetzung des Territorialitätsprinzips gegenüber Auslandsenteignungen entwickelt worden ist und die sich am besten an die zur Restgesellschaft entwickelten Grundsätze anschließt. Sie führt allerdings zu einer Verdoppelung der Gesellschaft: es bestehen nach dieser Lösung zwei Gesellschaften mit unterschiedlichem Gesellschafterkreis und auf die Dauer sicherlich verschiedenen Gesellschaftsorganen. Die für das Inland fingierte Spaltgesellschaft muß dabei so weit wie möglich nach denselben Grundsätzen wie die Restgesellschaft behandelt werden<sup>287</sup> (vgl. Rdn 183).

Die vorstehenden Grundsätze finden ebenso dann Anwendung, wenn sich die **186**  
Eingriffe des ausländischen Statsstaates auch oder allein gegen die Gesellschaftsorgane richten, indem diese neu besetzt oder durch staatliche Verwalter ersetzt werden. Soweit solche Maßnahmen mittelbar enteignend wirken, unterliegen auch sie dem Territorialitätsprinzip, d. h. ihre Wirkungen werden – jedenfalls wenn die Maßnahmen ohne Entschädigung durchgeführt worden sind (vgl. Rdn 184) – im Inland nicht anerkannt<sup>288</sup>. Für das Inland behält die Gesellschaft daher ihre alten Organe<sup>289</sup>. Auch dies muß konsequenterweise zu einer Verdoppelung der Gesellschaft führen, die entsprechend der Theorie der Spaltgesellschaft zu behandeln ist<sup>290</sup>.

Umstritten ist die Behandlung der Fälle, in denen nicht die Gesamtheit, sondern nur **187**  
ein Teil der Mitgliedschaftsrechte enteignet worden ist. Die extreme Spaltungstheorie will auch hier zu dem Ergebnis gelangen, daß sich im Hinblick auf das inländische Gesellschaftsvermögen eine Spaltgesellschaft bildet, die aus den enteigneten und den nichtenteigneten Gesellschaftern besteht, und zwar gleichgültig, wieviele Mitgliedschaftsrechte

<sup>281</sup> BGHZ 25, 134, 147 f = NJW 1957, 1433, 1435; BGHZ 32, 256, 262; BGHZ 33, 195, 198 = NJW 1961, 22, 23; BGHZ 62, 340, 345; im Anschluß vor allem an *Seidl-Hobenveldern* Getarnte extraterritoriale Konfiskationsansprüche, *JurBl.* 1952, 410; *ders.* Die Spaltungstheorie im Falle der Konfiskation von Aktionärsrechten, *Jb. Int. R.* 6 (1956) 263; *ders.* Zur Konfiskation von Aktionärsrechten, *RabelsZ* 28 (1964) 192; vgl. *Beemelmans*, S. 55 ff, 63 ff; *Behrens* Multinationale Unternehmen, S. 95 ff; *Wiedemann* *GesR* 1, § 15 II 1, S. 844 ff; *Staudinger/Großfeld* *IntGesR*, 465 ff; *Soergel/Kegel* *Vor Art. 7 EGBGB*, 838 f; *MünchKomm-Ebenroth* *Anhang* zu Art. 12 EGBGB, 625.

<sup>282</sup> *Féaux de la Croix* *Festschrift Schmidt* (oben Fn. 280) S. 203; *ders.* *Festschrift Möhring* (oben Fn. 280) S. 35; ebenso auch *Koppensteiner* *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 13 (1974) 81 ff.

<sup>283</sup> So *Lieberknecht* (oben Fn. 280) S. 933 f; vgl. auch *Serick* *Zur Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten*, *JZ* 1956, 198.

<sup>284</sup> Vgl. *Beemelmans*, S. 97 f; *Behrens* *Multinationale Gesellschaften*, S. 104 f; *Staudinger/Großfeld* *IntGesR*, 483 ff; *Soergel/Kegel* *Vor Art. 7 EGBGB*, 846; *Wiedemann* *GesR* 1, § 15 II 1 S. 850.

<sup>285</sup> So *MünchKomm-Ebenroth* *Anhang* zu Art. 12 EGBGB, 633 ff.

<sup>286</sup> Ebenso *Staudinger/Großfeld* *IntGesR*, 483; *Wiedemann* *GesR* 1, § 15 II 1, S. 850.

<sup>287</sup> Siehe zu diesem Grundsatz *Staudinger/Großfeld* *IntGesR*, 476 ff; *Soergel/Kegel* *Vor Art. 7 EGBGB*, 838 ff; *Wiedemann* *GesR* 1, § 15 II 1, S. 849 ff.

<sup>288</sup> BGHZ 25, 134, 150 = NJW 1957, 1433, 1435; vgl. *Behrens* *Multinationale Unternehmen*, S. 111 ff; *Soergel/Kegel* *Vor Art. 7 EGBGB*, 852.

<sup>289</sup> Vgl. BGHZ 33, 195, 200 = NJW 1961, 22, 23.

<sup>290</sup> Vgl. *Beemelmans*, S. 89 ff.

enteignet worden sind<sup>291</sup>. Eine derart weitgehende Anwendung der Theorie der Spaltgesellschaft ist zu Recht auch von der Rechtsprechung abgelehnt worden<sup>292</sup>. Denn für die Annahme einer Spaltgesellschaft besteht nur dort ein hinreichender Grund, wo Mitgliedschaftsrechte in solchem Umfang enteignet werden, daß dies wirtschaftlich betrachtet einer Enteignung der Gesellschaft gleichkommt und deshalb mit Hilfe der Figur des ‚Durchgriffs‘ das inländische Vermögen der Gesellschaft den hinter ihr stehenden Mitgliedern zugeordnet werden muß. Immerhin ermöglicht diese Überlegung in Fällen von Teilenteignungen zu differenzieren: Bleiben die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschaft unberührt – indem die freien Gesellschafter schon vorher in der Minderheit waren oder auch nach der Enteignung die Mehrheit besitzen –, so führt die Enteignung nicht zu einem mittelbaren Zugriff des ausländischen Enteignungsstaates auf das Inlandsvermögen. Wird hingegen eine solche Gruppe von Gesellschaftern enteignet, daß der Enteignungsstaat dadurch die gesellschaftsrechtliche Herrschaft über die Gesellschaft gewinnt, so darf die erforderliche Abwehr extraterritorialer Enteignungswirkungen mit Hilfe der Theorie der Spaltgesellschaft – jedenfalls bei entschädigungslosen Enteignungen (vgl. Rdn 184) – nicht daran scheitern, daß eine machtlose Minderheit von der Enteignung verschont geblieben ist. Auch insoweit muß sich – will man der Theorie der Spaltgesellschaft treu bleiben – die wirtschaftliche Realität gegenüber formalen Rechtspositionen durchsetzen<sup>293</sup>. Wie gesagt ist dabei allerdings ein etwa vor der Enteignung bereits vorhanden gewesener Anteilsbesitz des Staates zu berücksichtigen. Dies ist vor allem von Bedeutung für die heute zunehmend in Entwicklungsländern anzutreffenden ‚gemischten‘ Gesellschaften, an denen der Staat von vornherein zu 51% beteiligt ist. Die Folgen einer Enteignung der Minderheit für das Inlandsvermögen müssen in solchen Fällen entsprechend den Herrschaftsverhältnissen in der Gesellschaft vor und nach der Enteignung im konkreten Einzelfall bestimmt werden.

### 5. Ordre public

**188** Wie im gesamten Kollisionsrecht gilt auch im Internationalen Gesellschaftsrecht eine Verweisung auf ausländisches Recht gemäß Art. 6 EGBGB dann nicht, wenn die Anwendung des ausländischen Gesetzes zu Ergebnissen führt, die mit **wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts** offensichtlich unvereinbar sind<sup>294</sup>. Dieser Vorbehalt greift aber nur dann ein, „wenn im Einzelfall das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und den in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in einem so schwerwiegenden Widerspruch steht, daß die Anwendung des ausländischen Rechts als untragbar angesehen werden muß“<sup>295</sup>. In der Praxis hat der ordre public-Vorbehalt vor allem im Zusammenhang mit liechtensteinischen Gründungen eine Rolle gespielt<sup>296</sup>. Die Bedeutung der Vorbehaltsklausel

<sup>291</sup> So die von *Seidl-Hohenveldern* seit seiner Abhandlung über „Die Spaltungstheorie im Falle der Konfiskation von Aktionärsrechten“, Jb. Int. R. 6 (1956) 263, bis heute immer wieder vertretene Ansicht; vgl. *ders.* Internationales Enteignungsrecht, Festschrift Kegel (1977) S. 265; ebenso *Beemelmans*, S. 81; *Beitzke* Festschrift Janssen (1958) S. 29, 34 f.; *Soergel/Kegel* Vor Art. 7 EGBGB, 838.

<sup>292</sup> BGH WM 1971, 1502 zu B III 2 b; BGH RIW 1977, 779, 780.

<sup>293</sup> In diesem Sinne differenzierend BGH WM 1971, 1502 zu B III 2 b; vgl. auch *Beemelmans*, S. 79 ff.; *Behrens* Multinationale Unternehmen, S. 96 ff.; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 471 ff.

<sup>294</sup> Vgl. dazu das einschlägige kollisionsrechtliche Schrifttum.

<sup>295</sup> BGHZ 56, 180, 191 f.; dieser von der Rechtsprechung zu Art. 30 EGBGB a. F. entwickelte Grundsatz kann auch für Art. 6 EGBGB n. F. als weitergehend angesehen werden.

<sup>296</sup> Vgl. dazu *Serick* Zur Anerkennung liechtensteinischer Treuunternehmen in Deutschland – Ein Beitrag zur Frage der Anerkennung ausländischer juristischer Personen, RabelsZ 23 (1958) 624, 629 f.; vgl. auch *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 131 ff.

für das Internationale Gesellschaftsrecht ist allerdings vergleichsweise gering, wenn man das Gesellschaftsstatut nach der Sitztheorie anknüpft; die Gründungstheorie muß den *ordre public* demgegenüber häufiger als Korrektiv für Extremfälle in Anspruch nehmen. Dies wird instruktiv belegt durch Entscheidungen, die (eben im Hinblick auf liechtensteinische Gründungen) auf verschiedenen Wegen zu demselben Ergebnis gekommen sind<sup>297</sup>.

## II. Fremdenrecht

### Schrifttum

*Beitzke* Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht (1938), S. 220 ff; *Doehring* Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 39 [1963]); *Isay* Das deutsche Fremdenrecht (1923); *Schnitzer* ‚Fremdenrecht‘, in: Wörterbuch des Völkerrechts I (1960) S. 566 ff; MünchKomm-Ebenroth Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche – Internationales Privatrecht<sup>2</sup> (1989), Anhang zu Art. 12 EGBGB, Abschnitt I., Fremdenrecht, 542 ff; *Roesner* Die Meistbegünstigungsklausel in den bilateralen Handelsverträgen der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Heidelberg 1964; *Schütterle* Die Inländerbehandlungsklausel in den klassischen Handels- und Niederlassungsverträgen der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Heidelberg 1970; *Staudinger/Großfeld* EGBGB Teil 2a: Einleitung, Art. 7–9 EGBGB, Internationales Gesellschaftsrecht, Art. 11 (1981), Internationales Gesellschaftsrecht, Abschnitt B., Fremdenrecht, 559 ff; *Wiedemann* GesR 1, § 15, Internationale Sachverhalte, Abschnitt I/II: Deutsches Fremdenrecht/Völkerrechtliches Schutzrecht, S. 825 ff.

### 1. Begriff

Das Fremdenrecht umfaßt alle Rechtsnormen, welche die Inländer- oder Ausländer-eigenschaft einer natürlichen oder juristischen Person als Tatbestandsmerkmal verwenden, um daran eine Differenzierung der Rechtsfolgen zu knüpfen<sup>1</sup>. Diese Differenzierung kann insbesondere darin bestehen, daß bestimmte Rechte ausschließlich Inländern vorbehalten sind, daß die Ausübung bestimmter Rechte durch Ausländer von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht oder daß Ausländern zusätzliche Pflichten auferlegt werden. In jedem Fall sind fremdenrechtliche Bestimmungen keine Kollisionsnormen, sondern Sachnormen. Sie haben ihren Ursprung einerseits im Völkerrecht (völkerrechtliches Fremdenrecht), andererseits im innerstaatlichen Recht (innerstaatliches Fremdenrecht). Im Bereich des Völkerrechts gibt es sowohl allgemeine Regeln<sup>2</sup> als auch zahlreiche zwischenstaatliche Abkommen, die fremdenrechtlich von Bedeutung sind. Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, die gemäß Art. 25 GG Bestandteil des innerdeutschen Bundesrechts sind, sichern Ausländern auch im Inland einen gewissen Mindeststandard, dessen Präzisierung allerdings umstritten ist<sup>3</sup>. Der Einfluß zwischenstaatlicher Abkommen auf die fremdenrechtliche Stellung von Ausländern besteht darin, daß den Angehörigen der Vertragsstaaten häufig die Meistbegünstigung oder

<sup>297</sup> Vgl. BGHZ 53, 181, 183 = NJW 1970, 998, 999 (Nichtanerkennung der liechtensteinischen Gesellschaft mit deutschem Sitz); OLG Frankfurt NJW 1964, 2355 (Nichtanerkennung der liechtensteinischen Gesellschaft mit deutschem Sitz); AG Hamburg MDR 1964, 1009 (Nichtanerkennung eines liechtensteinischen Treuunternehmens wegen Verstoßes gegen den *ordre public*); vgl. aber OLG Stuttgart NJW 1965, 1139; dazu insgesamt *Schönle*

Die Anerkennung liechtensteinischer juristischer Personen in Deutschland, NJW 1965, 1112; *Kötz* Zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit nach liechtensteinischem Recht gegründeter juristischer Personen, GmbHRdsch. 1965, 69; vgl. auch *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 131 f.

<sup>1</sup> Vgl. *Isay*, S. 3 f.

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Doehring*, *passim*.

<sup>3</sup> Vgl. *Doehring*, S. 68 ff.

gar die **Inländergleichbehandlung** zugesichert wird<sup>4</sup>. Die Bedeutung solcher Abkommen liegt für Gesellschaften vor allem auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts (vgl. Rdn 193 ff). Im **innerstaatlichen Recht** sind Vorschriften fremdenrechtlichen Charakters auf allen Rechtsgebieten zu finden, und zwar sowohl im **Verfassungsrecht** (vgl. Rdn 192) wie im einfachen **Gesetzesrecht**<sup>5</sup>. Ihr Schwerpunkt liegt im öffentlichen Recht und dort vor allem im **Niederlassungs- und Ausländerrecht** (vgl. Rdn 193 ff).

## 2. Die fremdenrechtliche ‚Staatszugehörigkeit‘ von Gesellschaften Schrifttum

W. W. Schmidt Grundrechte und Nationalität juristischer Personen (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen N. F. 20 [1966]).

**190** Die fremdenrechtliche **Bestimmung der Inländer- bzw. Ausländereigenschaft von Gesellschaften** ist nicht identisch mit der kollisionsrechtlichen Bestimmung des Gesellschaftsstatuts<sup>6</sup>. Vielmehr geht es um die Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs fremdenrechtlicher Vorschriften, die nicht einheitlich für den gesamten Bereich des Fremdenrechts vorgenommen werden kann, sondern – am jeweiligen Gesetzeszweck orientiert – unterschiedlichen Kriterien folgt<sup>7</sup>. Zwar ist im **Grundsatz** davon auszugehen, daß die allgemeinen Regeln des Internationalen Gesellschaftsrechts auch für das Fremdenrecht entsprechend angewendet werden können (vgl. Rdn 108 ff). In zahlreichen Bestimmungen finden sich jedoch ausdrücklich **Sonderregeln**. Die Zuordnung einer Gesellschaft zu einem bestimmten Staat wird teils nach der **Sitztheorie** vorgenommen, die auf den Ort der Hauptverwaltung abstellt (z. B. in § 4 Abs. 1 Nr. 3, 4 AWG), teils nach der **Gründungstheorie**, die auf das Gründungsrecht der Gesellschaft abstellt (so in verschiedenen Handels- und Investitionsschutzabkommen der Bundesrepublik Deutschland mit ausländischen Staaten), teils aber auch nach der – im Kollisionsrecht allgemein abgelehnten – **Kontrolltheorie**, die auf die Staatsangehörigkeit der die Gesellschaft beherrschenden Gesellschafter oder Organe abstellt (z. B. in § 3 Abs. 1 S. 2 LuftverkehrsG; § 1 Abs. 2 lit. b FlaggRG; § 6 Abs. 2 Nr. 2a KriegswaffenG; §§ 14 Abs. 1, 15 Abs. 2 VereinsG)<sup>8</sup>. Die Kontrolltheorie, die eine Form des Durchgriffs durch die juristische Person darstellt, hat herkömmlich ihren Schwerpunkt im Bereich feindrechtlicher Vorschriften, die primär Kampfzwecken dienen<sup>9</sup>. Als allgemeines Abgrenzungskriterium ist sie auch im Fremdenrecht nicht vertretbar<sup>10</sup>. Erweist sich somit eine für das gesamte Fremdenrecht allgemeingültige Bestimmung der Inländer- oder Ausländereigenschaft von Gesellschaften als unmöglich, so ist auch die Verwendung des Begriffs der ‚Staatsangehörigkeit‘ in diesem Zusammenhang abzulehnen<sup>11</sup>. Man mag zur sprachlichen Vereinfachung allenfalls von der ‚Staatszugehörigkeit‘ einer Gesellschaft sprechen, sofern man sich dabei vergegenwärtigt, daß sie in verschiedenen fremdenrechtlichen Zusammenhängen unterschiedlich beurteilt werden muß<sup>12</sup>.

<sup>4</sup> Vgl. Roesner, passim; Schütterle, passim.

<sup>5</sup> Vgl. dazu etwa die Übersicht bei Staudinger/Großfeld IntGesR, 561; vgl. auch Wiedemann GesR 1, § 15, passim.

<sup>6</sup> So zutreffend W. W. Schmidt, S. 57 ff.

<sup>7</sup> Vgl. dazu Wiedemann GesR 1, § 15 I 1a/b, S. 826 ff, der zu Recht darauf hinweist, daß die Inländer- bzw. Ausländereigenschaft nach dem tatbestandlichen Inhalt und der Auslegung einer fremdenrechtlichen Vorschrift zu bestimmen ist. Siehe zur Maßgeblichkeit des Normzwecks auch Staudinger/Großfeld IntGesR, 562; MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 542.

<sup>8</sup> Siehe zur Verwendung der verschiedenen Theorien des näheren Wiedemann GesR 1, § 15 I 1, S. 826 ff; MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 543 ff.

<sup>9</sup> Vgl. W. W. Schmidt, S. 96 ff.

<sup>10</sup> Anders noch Beitzke, S. 220 ff, 227.

<sup>11</sup> So auch Wiedemann GesR 1, § 15 I 1c, S. 830; Staudinger/Großfeld IntGesR, 562; MünchKomm-Ebenroth Anhang zu Art. 12 EGBGB, 545.

<sup>12</sup> Vgl. die instruktive Übersicht bei W. W. Schmidt, S. 41 ff.

### 3. Einzelfragen

#### a) Diplomatischer Schutz

##### Schrifttum

*Beyer* Der diplomatische Schutz der Aktionäre im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Schutzbefugnis des Heimatstaates im allgemeinen Völkerrecht und in Kapitalschutzverträgen (Völkerrecht und Außenpolitik, Bd. 25 [1977]); *Fischer* Diplomatischer Schutz von Aktionären bei Gesellschaften aus Drittstaaten, Diss. Köln 1977; *Großfeld* Diplomatischer Schutz für Aktiengesellschaften und Aktionäre, AWD 1972, 537; *Seidl-Hohewaldern* Legitimation des Heimatstaates zur Ausübung diplomatischer Schutzrechte zugunsten von Aktionären bei Verletzung völkerrechtlicher Normen im Ausland, AWD 1970, 221; *Wengler* Die Aktivlegitimation zum völkerrechtlichen Schutz von Vermögensanlagen juristischer Personen im Ausland, NJW 1970, 1473.

Ein besonderes Problem des völkerrechtlichen Fremdenrechts stellt die Frage dar, welcher Staat aktiv legitimiert ist, einer Gesellschaft im Falle rechtswidriger Schädigung durch einen anderen Staat diplomatischen Schutz zu gewähren. Dazu ist nur der sogenannte Heimatstaat befugt. Als Heimatstaat wird in diesem Zusammenhang der Staat betrachtet, zu dem die Gesellschaft einen ‚genuine link‘ besitzt. Hierfür genügt grundsätzlich weder die bloße Gründung der Gesellschaft nach dem Recht dieses Staates (Gründungstheorie), noch die Tatsache, daß die Anteilseigner der Gesellschaft die Staatsangehörigkeit dieses Staates besitzen (Kontrolltheorie). Im einzelnen ist vieles umstritten<sup>13</sup>. 191

#### b) Grundrechtsschutz

##### Schrifttum

*Degenhart* Grundrechtsschutz ausländischer juristischer Personen bei wirtschaftlicher Betätigung im Inland, EuGRZ 1981, 161; *Meessen* Ausländische juristische Personen als Träger von Grundrechten, JZ 1970, 602; *Niessen* Der Schutz der Grundrechte ausländischer juristischer Personen, NJW 1964, 279; *Rüfner* Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 19 Abs. 3 des Grundgesetzes, AöR 89 (1964) 261; *Rupp-v. Brünneck* Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, Festschrift Arndt (1969) 349; *W. W. Schmidt* Grundrechte und Nationalität juristischer Personen (1966).

Im innerstaatlichen Recht stellt sich im Hinblick auf ausländische Gesellschaften die verfassungsrechtliche Frage, ob sie trotz des Wortlauts des Art. 19 Abs. 3 GG Grundrechtsschutz genießen. Dies wird von der Rechtsprechung und überwiegend auch im Schrifttum abgelehnt<sup>14</sup>. Etwas anderes gilt nur für die justiziellen Grundrechte<sup>15</sup>. Umstritten ist in diesem Zusammenhang die Bestimmung der Inländereigenschaft von Gesellschaften. Teils werden auch hier die allgemeinen Grundsätze des Internationalen Gesellschaftsrechts und insbesondere die Sitztheorie als verbindlich angesehen<sup>16</sup>, teils wird jedoch dem Gesetzgeber die Freiheit eingeräumt, im Einzelfall andere Abgren-

<sup>13</sup> Vgl. des näheren *Wiedemann* GesR 1, § 15 II 2, S. 852 ff; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 598 ff; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 588 ff.

<sup>14</sup> BVerfGE 21, 207 ff = MDR 1967, 560 ff; BVerfGE 23, 229, 236; vgl. auch BGHZ 76, 375, 383 ff = NJW 1980, 1567, 1569 ff; *Wiedemann* GesR 1, § 15 I 4, S. 838 ff; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 590; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 577 ff; aA *Degenhart* EuGRZ 1981, 161 ff,

der inländergleich gewaltunterworfenen ausländische Gesellschaften in gleicher Weise wie inländische Gesellschaften dem Grundrechtsschutz unterstellen will.

<sup>15</sup> BVerfGE 12, 6, 8 = MDR 1961, 26; BVerfGE 18, 441, 447; *Wiedemann* GesR 1, § 15 I 4 a. E., S. 840; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 591; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 580.

<sup>16</sup> *W. W. Schmidt*, S. 81 ff; *Meessen* JZ 1970, 602, 604; *Degenhart* EuGRZ 1981, 161.

zungskriterien zu verwenden<sup>17</sup>. Umstritten ist in diesem Zusammenhang ferner, inwieweit ausländische Gesellschaften durch Inländerbehandlungsklauseln in zwischenstaatlichen Handels- und Niederlassungsabkommen in den Genuß der Grundrechte gelangen<sup>18</sup>.

### c) Niederlassungsrecht

#### Schrifttum

*Balsler/Pichura* Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften in Deutschland (1958); *Beitzke* Einige Bemerkungen zur Rechtsstellung ausländischer Gesellschaften in deutschen Staatsverträgen, Festschrift Luther (1976), S. 1 ff; *Bumeder* Die inländische Zweigniederlassung ausländischer Unternehmen im deutschen Register- und Kollisionsrecht, Diss. München 1971; *Everling* Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt (1963); *Fröhlich* Niederlassungsrecht und Freizügigkeit in der EWG und EFTA (1965); *Goose* Die Niederlassungsfreiheit im Gemeinsamen Markt, RIW/AWD 1975, 36; *Grabitz/Randelzhofer* Kommentar zum EWG-Vertrag (Loseblatt 1983 ff) Artt. 52 ff EWGV; von der Groeben/v. Boeckh/Thiesing/Ehlermann-Troberg Kommentar zum EWG-Vertrag<sup>3</sup> I (1983) Artt. 52 ff EWGV; *Jerrentrup* Die Niederlassungsfreiheit im Gemeinsamen Markt unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH (1976); *Jura Europae* Niederlassungsrecht, Abschnitte ‚EWG‘ und ‚Deutschland‘ (Loseblatt, Stand 1988); *Meyer-Marsilius* Die Niederlassungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland, NJW 1961, 713; *Schlosser* Die gesellschaftlichen Niederlassungen innerhalb der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft als Problem des internen und des internationalen Privatrechts, Diss. Mainz 1965; *Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im Gemeinsamen Markt*, hrsg. von der Association Européenne d'Etudes Juridiques et Fiscales Paris<sup>2</sup> (1970). – Siehe ferner das einschlägige Schrifttum insbesondere zum Ausländerrecht und zum Gewerberecht.

- 193** a) **Allgemeines.** Von besonderer Bedeutung sind auch für Gesellschaften die fremdenrechtlichen Bestimmungen des Niederlassungsrechts. Dabei geht es nicht nur um die innerstaatlichen Vorschriften über die niederlassungsrechtliche Behandlung ausländischer natürlicher und juristischer Personen, sondern auch um zahlreiche bilaterale und multilaterale zwischenstaatliche Abkommen, welche die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat<sup>19</sup>. Diese Abkommen erfassen häufig ausdrücklich auch juristische Personen und Handelsgesellschaften, die den vertragschließenden Staaten angehören. Indem sie regelmäßig Meistbegünstigungs- oder gar Inländerbehandlungsklauseln enthalten, bringen sie auch für Gesellschaften vielfältige niederlassungsrechtliche Erleichterungen mit sich<sup>20</sup>. Für natürliche Personen und damit auch für das von ausländischen Gesellschaften ins Inland entsandte Personal ist des weiteren das im Rahmen des Europarats abgeschlossene Europäische Niederlassungsabkommen vom 13. 12. 1955 (Gesetz vom 30. 9. 1959, BGBl. 1959 II 997) von Bedeutung, das bisher für die Bundesrepublik Deutschland, Belgien, Dänemark, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Norwegen, Schweden und das Vereinigte Königreich in Kraft getreten ist. Ein entsprechendes Abkommen für Gesellschaften vom 20. 1. 1966 ist von der Bundesrepublik Deutschland und einigen anderen Mitgliedstaaten des Europarats gezeichnet worden, aber mangels einer ausreichenden Zahl von Ratifikationen bisher nicht in Kraft getreten.

<sup>17</sup> *Rüfner* AöR 89 (1964) 261, 275; siehe zu dieser Problematik näher *Wiedemann* GesR 1, § 15 I 4a, S. 839 f; *Staudinger/Großfeld* IntGesR, 593 ff; *MünchKomm-Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 583 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Niessen* NJW 1968, 1017, 1019; dagegen *Meesen* JZ 1970, 602, 605.

<sup>19</sup> Siehe Nachweise in: Bundesgesetzblatt, Teil II: Fundstellennachweis B.

<sup>20</sup> Vgl. die Übersicht bei *Meyer-Marsilius* NJW 1961, 713.

Im Verhältnis der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften untereinander stehen die Bestimmungen der Artt. 52 ff EWGV über die Niederlassungsfreiheit im Vordergrund<sup>21</sup>. Der Abbau insbesondere von Beschränkungen der Errichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften kommt gemäß Art. 52 EWGV allen Angehörigen der Mitgliedstaaten zugute, die im Bereich der Europäischen Gemeinschaften ansässig sind. Dies gilt nach Art. 58 EWGV ausdrücklich auch für Gesellschaften. Dabei ist der Begriff der ‚Angehörigkeit‘ im Hinblick auf Gesellschaften durch Art. 58 EWGV unmittelbar festgelegt: erfaßt sind alle Gesellschaften, die nach dem Recht eines ihrer Mitgliedstaaten gegründet worden sind und die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben. Der Begriff der ‚Ansässigkeit‘ ist im Hinblick auf Gesellschaften vom Rat am 18. 12. 1961 durch das aufgrund von Art. 54 Abs. 1 EWGV erlassene ‚Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit‘<sup>22</sup> dahin präzisiert worden, daß es zur Begründung der Ansässigkeit genügt, wenn sich die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung in der Gemeinschaft befindet, während dann, wenn sich nur der satzungsmäßige Sitz in der Gemeinschaft befindet, die Gesellschaft darüberhinaus durch ihre Tätigkeit in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaates stehen muß. Dies alles gilt im übrigen nach Artt. 59 ff EWGV auch für gewerbliche Tätigkeiten (Dienstleistungen), die von ausländischen Gesellschaften ohne ständige Niederlassung im Inland ausgeübt werden. Hierfür hat der Rat ebenfalls am 18. 12. 1961 aufgrund Art. 63 Abs. 1 EWGV ein ‚Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs‘<sup>23</sup> erlassen. Die Bestimmungen des EWGV und der Allgemeinen Programme sind zunächst in zahlreiche Richtlinien umgesetzt worden, die zur entsprechenden Anpassung auch des deutschen Niederlassungsrechts geführt haben<sup>24</sup>. Seit dem Ende der im EWGV vorgesehenen Übergangszeit am 31. 12. 1969 sind die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 52 und Artt. 59, 60 EWGV nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften<sup>25</sup> unmittelbar anwendbar, d. h. sie gewähren den Angehörigen der Mitgliedstaaten – und damit sind nach Artt. 58 und 66 EWGV auch Gesellschaften gemeint – Rechte, die sie vor den nationalen Gerichten geltend machen können und die von diesen Gerichten zu schützen sind. Entgegenstehende nationale Vorschriften sind unanwendbar. Somit sind die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit seit dem Ende der Übergangszeit nicht mehr von Liberalisierungsrichtlinien und deren Umsetzung in nationales Recht abhängig.

bb) Tochtergesellschaften. Ausländische Gesellschaften sind grundsätzlich frei, im Inland Tochtergesellschaften zu errichten. Direktinvestitionen unterliegen als solche in der Bundesrepublik keiner besonderen Kontrolle. Allerdings sind gewisse außenwirt-

<sup>21</sup> Siehe dazu ausführlich Grabitz/Randelzhofer Artt. 52 ff EWGV; von der Groeben/v. Boeckh/Thiesing/Ehlermann-Troberg Artt. 52 ff EWGV.

<sup>22</sup> ABl. EG Nr. 2 vom 15. 1. 1962, S. 36.

<sup>23</sup> ABl. EG Nr. 2 vom 15. 1. 1962, S. 32.

<sup>24</sup> Siehe das Gesetz zur Durchführung von Richtlinien der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr vom 13. 8. 1965 (BGBl. I 849); das Zweite Gesetz zur Durchführung von Richtlinien der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr vom 14. 12. 1970 (BGBl. I 1709); die

1. DV Niederlassungsfreiheit EWG vom 14. 5. 1971 (BGBl. I 677); sowie das Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft – AufenthG/EWG – vom 22. 7. 1969 (BGBl. I 927), in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. 1. 1980 (BGBl. I 116).

<sup>25</sup> Siehe EuGH 21. 6. 1974 – Rs. 2/74 (Reyners ./ Belgien – „Niederlassungsfreiheit“), Slg. 1974, 631; EuGH 3. 12. 1974 – Rs. 33/74 (van Binsbergen ./ Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid – „Freier Dienstleistungsverkehr“), Slg. 1974, 1299.

schaftliche Beschränkungen grenzüberschreitender Kapitalbewegungen zu beachten (s. §§ 6a, 22 ff des Außenwirtschaftsgesetzes vom 28. 4. 1961, BGBl. I 481, mit zahlreichen späteren Änderungen, nebst Außenwirtschaftsverordnung vom 18. 12. 1986, BGBl. I 2671, ebenfalls mit späteren Änderungen)<sup>26</sup>. Die inländischen Tochtergesellschaften ausländischer Gesellschaften sind **Gesellschaften deutschen Rechts** und unterliegen daher grundsätzlich nicht den für ausländische Gesellschaften geltenden fremdenrechtlichen Vorschriften. Soweit allerdings im Fremdenrecht zur Bestimmung der ‚Staatszugehörigkeit‘ von Gesellschaften die Kontrolltheorie zugrundegelegt wird (vgl. Rdn 190), führt die ausländische Staatsangehörigkeit der die Gesellschaft beherrschenden Anteilseigner bzw. Organe dazu, daß die Tochtergesellschaft nicht als inländische angesehen wird. Wird die inländische Tochtergesellschaft von ausländischen Staatsangehörigen geleitet, so sind im übrigen die Vorschriften des **Ausländerrechts über Einreise und Aufenthalt** von Ausländern zu beachten (Ausländergesetz vom 28. 4. 1965, BGBl. I 353, mit späteren Änderungen, nebst DV AuslG vom 10. 9. 1965, BGBl. I 1341, i. d. F. der Bekanntmachung vom 29. 6. 1976, BGBl. I 1717, mit späteren Änderungen)<sup>27</sup>. Für Angehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften gelten dabei die in Anpassung an das Gemeinschaftsrecht eingeführten Erleichterungen des AufenthG/EWG (vgl. Rdn 194).

- 196** cc) **Zweigniederlassungen**. Zweigniederlassungen besitzen keine eigene Rechtspersönlichkeit und sind deshalb grundsätzlich dem Recht unterworfen, dem die Hauptniederlassung untersteht (vgl. § 13 HGB). Für Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften gilt daher im Prinzip das **ausländische Gesellschaftsstatut**<sup>28</sup>. Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften teilen daher im fremdenrechtlichen Sinne deren ausländische ‚Staatszugehörigkeit‘<sup>29</sup>.
- 197** Für die unmittelbare gewerbliche Betätigung im Inland, insbesondere durch den Betrieb von Zweigniederlassungen, bedürfen ausländische juristische Personen nicht mehr einer besonderen **gewerberechtlichen Genehmigung**. Die entsprechende Bestimmung des § 12 der Gewerbeordnung, der ein solches Genehmigungserfordernis vorsah (vgl. Voraufgabe AllgEinl. 125), ist ebenso wie § 12a der Gewerbeordnung, der eine Freistellung von diesem Genehmigungserfordernis für juristische Personen aus dem Bereich der Europäischen Gemeinschaften enthielt (vgl. Voraufgabe AllgEinl. 126), aufgehoben worden (Art. 1 Nr. 1 lit. a, b des Gesetzes zur Änderung des Titels III der Gewerbeordnung und anderer gewerberechtlicher Vorschriften vom 25. 7. 1984, BGBl. I 1008)<sup>30</sup>. Von diesen Änderungen unberührt geblieben ist § 15 Abs. 2 S. 2 GewO, demzufolge einer ausländischen juristischen Person die gewerbliche Betätigung untersagt werden kann, wenn ihre Rechtsfähigkeit im Inland nicht anerkannt wird<sup>31</sup> (zur kollisionsrechtlichen Frage der Anerkennung ausländischer Gesellschaften siehe Rdn 156 ff).
- 198** Zweigniederlassungen müssen gemäß §§ 13 ff HGB im **Handelsregister** eingetragen werden<sup>32</sup>. Für Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen gilt dabei die Beson-

<sup>26</sup> Siehe dazu *Hocke/Berwald/Maurer Außenwirtschaftsrecht: Gesetze, Verordnungen, Erlasse mit Kommentar* (Loseblatt, Stand Februar 1988).

<sup>27</sup> Vgl. dazu das einschlägige ausländerrechtliche Schrifttum.

<sup>28</sup> Vgl. RGZ 73, 366; KG HRR 1934 Nr. 1046; BayObLGZ 1985, 272, 276 ff = RIW 1986, 295, 296; Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 569.

<sup>29</sup> Vgl. RGZ 38, 403, 406; LG München WM 1953, 80, 81; LG Düsseldorf IPRspr. 1958 – 59 Nr. 24.

<sup>30</sup> Vgl. *Stober* Neuregelungen im Gewerberecht, NJW 1984, 2857.

<sup>31</sup> Siehe zur selbständigen Bedeutung dieser Vorschrift gegenüber den aufgehobenen §§ 12, 12a GewO Landmann/Rohmer-*Marcks* Gewerbeordnung I (Loseblatt, Stand August 1987), § 15 GewO, 20.

<sup>32</sup> Siehe zu den registerrechtlichen Fragen des näheren Staudinger/*Großfeld* IntGesR, 574 ff; Münch-Komm-*Ebenroth* Anhang zu Art. 12 EGBGB, 561 ff.

derheit, daß sie gemäß § 13b HGB registerrechtlich wie inländische Hauptniederlassungen behandelt werden. Dies geschieht deshalb, weil die ausländische Hauptniederlassung hier nicht deutschem Recht unterliegt. Daraus ergibt sich insbesondere ein entsprechend ausgedehnter Kreis eintragungspflichtiger Tatsachen und eine umfassende Pflicht zur Prüfung durch das Registergericht (vgl. im einzelnen das einschlägige handelsrechtliche Schrifttum).

Soweit in inländischen Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften ausländische Staatsangehörige tätig sind, müssen wiederum die geltenden **ausländerrechtlichen Bestimmungen über Einreise und Aufenthalt** beachtet werden (vgl. Rdn 195). 199

### III. Rechtsangleichung in der EG

#### Schrifttum

*Buxbaum/Hopt* Legal Harmonization and the Business Enterprise, Integration Through Law, Vol. 4 (1988); *Gleichmann* Überblick über neue Kooperationsformen und über Entwicklungen im Gesellschaftsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, AG 1988, 159; *Lutter* Europäisches Gesellschaftsrecht – Texte und Materialien zur Rechtsangleichung nebst Einführung und Bibliographie<sup>2</sup> (1984); *Nobel* Europäisierung des Aktienrechts, Diss. St. Gallen 1974; *Pipkorn* Zur Entwicklung des europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrechts, Teil I: ZHR 136 (1972) 499 und 137 (1973) 35, Teil II: ZHR 141 (1977) 330; *Timmermans* Die europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, *RebelsZ* 48 (1984) 1.

#### 1. Vorbemerkung

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist eine Rechtsform, die auch in anderen Ländern weitestgehende Verbreitung gefunden hat<sup>1</sup>. Dabei sind allerdings zum Teil erhebliche Regelungsunterschiede zu verzeichnen<sup>2</sup>. In verschiedenen Zusammenhängen ist daher auch das GmbH-Recht Gegenstand von Rechtsangleichungsbestrebungen geworden. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Rechtsangleichung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften<sup>3</sup>. 200

Der Begriff der Rechtsangleichung wird in verschiedenen Bedeutungen verwendet. Er läßt sich in einem weiteren Sinne dahin verstehen, daß er als Oberbegriff jeden Abbau von Rechtsunterschieden umfaßt, von der noch so geringfügigen Rechtsanpassung bis zur vollständigen Rechtsvereinheitlichung und zur Schaffung supranationalen Einheitsrechts. Im Rahmen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft wird der Begriff der Rechtsangleichung hingegen in einem engeren Sinne verwendet. Er ist dort identisch mit den im EWG-Vertrag benutzten Begriffen ‚Harmonisierung‘ oder ‚Koordination‘, beschränkt sich also auf eine Annäherung der Rechte der Mitgliedstaaten und unterscheidet sich von der Rechtsvereinheitlichung und von der Schaffung von Gemeinschaftsrecht dadurch, daß die Eigenständigkeit der nationalen Rechte unberührt bleibt. Nicht Gleichheit, sondern Gleichwertigkeit ist das Kennzeichen der in diesem Sinne angeglichenen Regelungen. 201

#### 2. Grundlagen

Ziel der EWG ist es, eine harmonische Wirtschaftsentwicklung innerhalb der Gemeinschaft, ein beständiges und ausgewogenes Wirtschaftswachstum, eine größere 202

<sup>1</sup> Siehe dazu des näheren den Abschnitt ‚Ausländische Rechte‘ in der Voraufgabe AllgEinl. 129 ff.

<sup>2</sup> Siehe dazu des näheren den Abschnitt ‚Rechtsvergleichung‘ in der Voraufgabe AllgEinl. 670 ff.

<sup>3</sup> Siehe zu anderen Rechtsangleichungsbestrebungen den Abschnitt ‚Rechtsangleichung‘ in der Voraufgabe AllgEinl. 687 ff, 711 ff.

Stabilität, eine beschleunigte Hebung des Lebensstandards sowie engere Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern (Art. 2 EWGV). Dieses Ziel soll erreicht werden durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten. Eines der wichtigsten Instrumente zur Schaffung binnenmarktähnlicher Verhältnisse ist die ‚Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften‘ (Art. 3 lit. h EWGV). Die Rechtsangleichung im Rahmen der EWG steht also – ebenso wie die Rechtsvereinheitlichung und die Schaffung von Gemeinschaftsrecht – von vornherein im Dienst der Vertragsziele. Von dorthier empfängt sie ihren Sinn, aber auch ihre Grenzen: Sie ist gedacht als Integrationsinstrument zur Herbeiführung und Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Funktionierens des Gemeinsamen Marktes, d. h. sie soll die rechtlichen Umweltbedingungen in den Mitgliedstaaten angleichen und dazu beitragen, den grundsätzlich durch Wettbewerb gekennzeichneten marktmäßigen Mechanismus für die Verteilung der Produktionsfaktoren von Verzerrungen freizuhalten.

**203** Daß das Gesellschaftsrecht dabei zu den wichtigsten Angleichungsmaterien gehört, ergibt sich teils explizit, teils implizit aus dem EWG-Vertrag selbst<sup>4</sup>. Zunächst einmal verpflichtet Art. 54 Abs. 3 lit. g) EWGV unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit den Rat, auf Vorschlag der Kommission „soweit erforderlich die Schutzbestimmungen zu koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 EWGV im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“. Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 EWGV sind dabei insbesondere die Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts, also auch die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Über diesen konkreten Auftrag zur Angleichung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts hinaus enthält der EWG-Vertrag Generalklauseln, aus denen sich eine weitergehende Rechtsangleichung bzw. Rechtsvereinheitlichung oder Schaffung von Gemeinschaftsrecht ergeben kann. So sieht Art. 100 EWGV die „Angleichung derjenigen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten“ vor, „die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken“. Zu den Rechtsmaterien, für die Art. 100 EWGV relevant ist, gehört auch das Gesellschaftsrecht. Artt. 101 – 102 EWGV enthalten eine Generalklausel zur Beseitigung von Rechtsunterschieden, welche die Wettbewerbsbedingungen auf dem Gemeinsamen Markt verfälschen und dadurch Verzerrungen hervorrufen. Das Gesellschaftsrecht erscheint der Anwendung dieser Generalklausel zwar nicht prinzipiell unzugänglich, dürfte ihr aber doch vergleichsweise fern stehen, solange es die Bewegungsfreiheit der Unternehmen im Gemeinsamen Markt nicht behindert. Insbesondere soweit gesellschaftsrechtliche Normen den Kapitalmarkt berühren, könnte aber ein Rückgriff auf Artt. 101 – 102 EWGV in Betracht kommen. Eine auch für das Gesellschaftsrecht relevante Generalklausel enthält ferner Art. 235 EWGV, wonach der Rat auf Vorschlag der Kommission in all den Fällen „die geeigneten Vorschriften“ erlassen kann, in welchen „ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich“ erscheint, um „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen“ und die „hierfür erforderlichen Befugnisse“ im EWG-Vertrag „nicht vorgesehen“ sind. Schließlich enthält Art. 220 EWGV den an die Mitgliedstaaten gerichteten Auftrag, „soweit erforderlich“ Verhandlungen untereinander aufzunehmen, um die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften sowie die grenzüberschreitende Sitzverlegung oder Verschmelzung von Gesellschaften zu gewährleisten.

<sup>4</sup> Siehe zum folgenden des näheren auch *Lutter*, S. 4 ff.

Was die rechtlichen Formen der Rechtsangleichung bzw. der Rechtsvereinheitlichung oder der Schaffung von Gemeinschaftsrecht betrifft, so ist darauf hinzuweisen, daß – anders als etwa auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts – im EWG-Vertrag selbst keine unmittelbaren gesellschaftsrechtlichen Regelungen enthalten sind, sondern daß es des Einsatzes von **Richtlinien** oder **Verordnungen** bedarf. Während Richtlinien für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sind, im Prinzip nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind, ihm jedoch die Wahl der Form und der Mittel freistellen, besitzen Verordnungen unmittelbare und allgemeine Geltung (Art. 189 EWGV)<sup>5</sup>. Ob auf Gemeinschaftsebene die Form der Richtlinie oder der Verordnung zu wählen ist, ist teils im EWG-Vertrag festgelegt (so ist vor allem für die Rechtsangleichung im Rahmen des Art. 54 EWGV die Form der Richtlinie vorgeschrieben), teils ist die Frage offen gelassen, teils ist sie auch umstritten. Neben dem eigentlichen Gemeinschaftsrecht ist schließlich auch für das Gesellschaftsrecht das Instrument **zwischenstaatlicher Übereinkommen** von Bedeutung (so vor allem im Rahmen des Art. 220 EWGV).

### 3. Programm für ein ‚europäisches Gesellschaftsrecht‘

Das Programm zur Schaffung eines ‚europäischen Gesellschaftsrechts‘ hat drei Komplexe zum Gegenstand: zum einen das materielle Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten, zum anderen die Schaffung gemeinschaftsrechtlicher Gesellschaftsformen und schließlich bestimmte Aspekte des Internationalen Gesellschaftsrechts. Das **materiellrechtliche Angleichungsprogramm**<sup>6</sup> ist in den gesellschaftsrechtlichen Richtlinien (vgl. Rdn 207 ff) enthalten und erfaßt vor allem das Recht der Aktiengesellschaft, teils auch das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Kommanditgesellschaft auf Aktien. Im einzelnen sind folgende Materien von der Angleichung betroffen: die handelsrechtliche Publizität (1. und 11. Richtlinie), die Gründung (2. Richtlinie), die Nichtigkeit der Gesellschaft (1. Richtlinie), die Struktur der Gesellschaft (5. Richtlinie), die Befugnisse und Verpflichtungen ihrer Organe (5. Richtlinie), die Vertretungsmacht ihrer leitenden Organe (1. Richtlinie), die Erhaltung und die Änderung des Gesellschaftskapitals (2. Richtlinie), die Rechnungslegung (4. und 7. Richtlinie), die Prüfung des Jahresabschlusses (4., 5. und 7. Richtlinie) einschließlich der Prüferbefähigung (8. Richtlinie), die Abschlußpublizität (1., 4. und 11. Richtlinie), die Verschmelzung (3. Richtlinie), die Spaltung (6. Richtlinie) sowie das Konzernrecht (9. Richtlinie) und schließlich die Einmanggesellschaft (12. Richtlinie). Diese Richtlinien greifen zum Teil über den engeren Bereich des Gesellschaftsrechts hinaus, indem sie auch die unternehmerische Mitbestimmung (5. Richtlinie) sowie die Informationsrechte der Arbeitnehmer berühren (sog. Vredeling Richtlinie). Das **gemeinschaftsrechtliche Programm**<sup>7</sup> hat die Schaffung einer europäischen Kapitalgesellschaftsform und einer Rechtsform zur Erleichterung einer grenzüberschreitenden Unternehmenskooperation zum Gegenstand (vgl. Rdn 240 ff). Das **kollisionsrechtliche Programm**<sup>8</sup> beschränkt sich bislang auf die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen sowie auf die grenzüberschreitende Verschmelzung (vgl. Rdn 245 ff). Diese Rechtsangleichungsbemühungen im Gesellschafts- und Unternehmensrecht werden ergänzt insbesondere durch kapitalmarktrechtliche Richtlinien zur Börse und zu Investmentgesell-

<sup>5</sup> Vgl. dazu des näheren Lutter, S. 9 ff; siehe auch Steindorff Gesellschaftsrecht, EG-Richtlinien und Art. 177 EWG-Vertrag, AG 1988, 57.

<sup>6</sup> Siehe dazu im einzelnen Lutter, S. 27 ff.

<sup>7</sup> Siehe dazu des näheren Lutter, S. 68 ff.

<sup>8</sup> Siehe hierzu Lutter, S. 66 ff.

schaften<sup>9</sup>, durch spezielle Richtlinien für Banken<sup>10</sup> und durch steuerrechtliche Richtlinien<sup>11</sup>. Das damit umrissene Rechtsangleichungsprogramm ist bisher allerdings nur zum Teil durchgeführt worden.

#### 4. Stellung der GmbH im ‚europäischen Gesellschaftsrecht‘

206

Im Rahmen des ‚europäischen Gesellschaftsrechts‘ ist zunächst einmal die Unterscheidung von **Kapitalgesellschaften** und **Personengesellschaften** von Bedeutung. Allerdings wird die Verwendung dieser Begriffe durchweg vermieden und stattdessen der Anwendungsbereich von Angleichungs- oder Vereinheitlichungsmaßnahmen durch jeweils konkrete Aufzählung der betroffenen Gesellschaftsformen bestimmt. Das Richtlinienrecht (vgl. dazu Rdn 207 ff) bezieht sich bislang durchweg nur auf Kapitalgesellschaften, weil sie ein für die Integration ungleich bedeutenderes ökonomisches Potential repräsentieren als die Personengesellschaften. Nicht alle Kapitalgesellschaftsformen werden jedoch in gleichem Umfang von den Richtlinien erfaßt. In diesem Zusammenhang werden – abgesehen von der Kommanditgesellschaft auf Aktien, die nur in den Anwendungsbereich der 1., 4., 7. und 11. gesellschaftsrechtlichen Richtlinien fällt und insoweit der Aktiengesellschaft gleichgestellt ist – insgesamt drei Kategorien von Kapitalgesellschaften unterschieden: die Aktiengesellschaften, die sogenannten geschlossenen Aktiengesellschaften (wie sie in einigen Rechtsordnungen als Sonderform entwickelt worden sind) und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Während die Aktiengesellschaften vom Anwendungsbereich sämtlicher Richtlinien – außer der 12. Richtlinie – erfaßt werden, gilt dies im Hinblick auf die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nur für die 1., 4., 7., 11. und 12. Richtlinie. Die sogenannten geschlossenen Aktiengesellschaften werden im Richtlinienrecht grundsätzlich als Aktiengesellschaften behandelt, in einigen Regelungszusammenhängen allerdings der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gleichgestellt.

#### 5. Gesellschaftsrechtliche Richtlinien gemäß Art. 54 Abs. 3 lit. g) EWGV-Vertrag

##### a) Erste Richtlinie (68/151/EWG) über die Publizität, die Vertretungsmacht der Organe und die Nichtigkeit von Gesellschaften (Publizitätsrichtlinie)

###### Schrifttum

*Ankele* Die Anpassung des deutschen Rechts an die Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften und ihre Auswirkungen für die GmbH, GmbHRdsch. 1969, 52; *Einmahl* Die erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften und ihre Bedeutung für das deutsche Aktienrecht, AG 1969, 131, 167, 210; *Lutter* Die erste Angleichungs-Richtlinie zu Art. 54 Abs. 3 lit. g) EWGV und ihre Bedeutung für das geltende deutsche Unternehmensrecht, EuR 1969, 1; *Fischer-Zernin* Der Rechtsangleichungserfolg der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der EWG, Diss. Hamburg 1986.

207

**Entstehung.** Am 9. 3. 1968 verabschiedete der Rat der Europäischen Gemeinschaften die „Erste Richtlinie zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“ (68/151/EG)<sup>12</sup>. Im Zuge des zum 1. 1. 1973 erfolgten Beitritts der drei neuen Mitgliedstaaten zu den Europäischen Gemeinschaften ist die Richtlinie entsprechend angepaßt worden (Art. 29 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang I, III lit. H)<sup>13</sup>. Weitere

<sup>9</sup> Siehe dazu *Lutter*, S. 52 ff.

<sup>10</sup> Siehe dazu *Lutter*, S. 58 ff.

<sup>11</sup> Siehe dazu im einzelnen *Lutter*, S. 72 ff.

<sup>12</sup> ABl. EG Nr. L 65 v. 14. 3. 1968, S. 8.

<sup>13</sup> ABl. EG Nr. 73 v. 27. 3. 1972, S. 89.

Anpassungen erfolgten im Rahmen des Beitritts Griechenlands (Art. 21 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang I, III lit. c) Nr. 1)<sup>14</sup> sowie des Beitritts Spaniens und Portugals (Art. 26 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang I, II lit. d) Nr. 1)<sup>15</sup>.

**Inhalt.** Die Richtlinie betrifft Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Art. 1). Sie regelt zunächst die Publizität bestimmter gesellschaftlicher Verhältnisse sowie die Mittel und die Wirkungen der Publizität (Art. 2–6). Die Publizitätsgegenstände umfassen vor allem die Urkunden und Angaben, aus denen die Struktur der Gesellschaft sowie die Personalien und die Befugnisse der Mitglieder der Leitungs- und Kontrollorgane der Gesellschaft ersichtlich sind. Insbesondere muß offengelegt werden, ob die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen die Gesellschaft allein oder nur gemeinschaftlich vertreten können (Art. 2 Abs. 1 lit. d) Satz 2). Des weiteren sind bestimmte Angaben über das Gesellschaftskapital zu machen, und grundsätzlich ist auch der Jahresabschluß zu publizieren. Von dieser letzteren Pflicht sind allerdings Gesellschaften mit beschränkter Haftung und die ihnen gleichgestellten Gesellschaftsformen (vgl. Rdn 206 a. E.) bis zur näheren Regelung durch eine weitere Richtlinie (vgl. dazu die vierte Richtlinie, Rdn 216 ff) freigestellt (Art. 2 Abs. 1 lit. f), II). Publizitätsmittel sind nunmehr einheitlich in allen Mitgliedstaaten die Hinterlegung oder Eintragung bei einem zentralen Register bzw. einem Handels- oder Gesellschaftsregister sowie die Bekanntmachung in einem Amtsblatt. Schließlich sind auch gewisse sekundäre Formen der Publizität (Angabe in Briefen und Bestellscheinen) und bestimmte Publizitätswirkungen vereinheitlicht. Im Hinblick auf die Gültigkeit der von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen führt die Richtlinie in einem zweiten Teil (Art. 7–9) nunmehr in allen Mitgliedstaaten den Grundsatz der sachlich unbeschränkten und unbeschränkbar Vertretungsmacht der Gesellschaftsorgane ein (Art. 9). Auch einer Beschränkung der Vertretungsmacht auf den Gesellschaftsgegenstand (Spezialitätsprinzip) wird damit grundsätzlich die Drittwirkung genommen. In einem dritten Teil (Art. 10–12) limitiert die Richtlinie die Gründe, die nach nationalem Recht zur Nichtigkeit der Gesellschaft führen dürfen.

**Durchführung.** Gemäß Art. 13 der Richtlinie war den Mitgliedstaaten aufgegeben worden, ihr nationales Recht der Richtlinie innerhalb von achtzehn Monaten nach deren Bekanntmachung anzupassen. Die Anpassung in der Bundesrepublik Deutschland wurde durch das Gesetz vom 15. 8. 1969 (BGBl. 1969 I 1146) und die Verordnung vom 23. 7. 1969 (BGBl. 1969 I 1152) vollzogen<sup>16</sup>.

#### b) Zweite Richtlinie (77/91/EWG) über die Vorschriften für die Gründung von Aktiengesellschaften sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals (Kapitalrichtlinie)

##### Schrifttum

*Ankele* Zum Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie, BB 1970, 988; *Niessen* Gründung und Kapital von Aktiengesellschaften im Gemeinsamen Markt, AG 1970, 281; *Ganske* Das zweite gesellschaftsrechtliche Koordinierungsgesetz vom 13. 12. 1978, DB 1978, 2461; *Hüffer* Harmonisierung des aktienrechtlichen Kapitalschutzes, NJW 1979, 1065.

<sup>14</sup> ABl. EG Nr. L 291 v. 19. 11. 1979, S. 89.

<sup>15</sup> ABl. EG Nr. L 302 v. 15. 11. 1985, S. 157.

<sup>16</sup> Siehe zur Umsetzung der Richtlinie in den anderen

Mitgliedstaaten die eingehende Untersuchung von *Firscher-Zernin* aaO.

- 210** **Entstehung.** Am 13. 12. 1976 verabschiedete der Rat der Europäischen Gemeinschaften die „Zweite Richtlinie zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“ (77/91/EWG)<sup>17</sup>. Anpassungen erfolgten im Rahmen des Beitritts Griechenlands (Art. 21 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang I, III lit. c) Nr. 2)<sup>18</sup> sowie Spaniens und Portugals (Art. 26 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang I, III lit. d) Nr. 2)<sup>19</sup>.
- 211** **Inhalt.** Die Richtlinie betrifft nur die Aktiengesellschaften. Sie regelt zunächst einige allgemeine Fragen der Gründung und des Satzungsinhalts (Artt. 2–5). Der wesentliche Teil der Richtlinie betrifft aber das Gesellschaftskapital. So wird das kontinentaleuropäische Konzept des festen Mindestkapitals gemeinschaftsweit durchgesetzt und auf 25.000 Europäische Rechnungseinheiten festgelegt (Art. 6). Die weiteren Regelungen sind dem Kapitalschutz gewidmet. Sie betreffen vor allem die Kapitalaufbringung durch Einlagen (Artt. 6–10) und den Schutz des Kapitals gegen Aushöhlung, insbesondere durch nachträglichen Vermögenserwerb, durch Ausschüttungen oder durch Verluste (Artt. 11–17). Des weiteren widmet sich die Richtlinie dem Schutz des Kapitals gegen Gefährdungen, die aus dem Erwerb eigener Aktien resultieren (Artt. 18–24). Schließlich regelt die Richtlinie Fragen der Kapitalerhöhung und -herabsetzung (Artt. 25–40). Gewisse Ausnahmen werden im Hinblick auf die Beteiligung von Arbeitnehmern am Gesellschaftskapital gemacht (Art. 41). Im übrigen müssen bei der Anwendung der in der Richtlinie enthaltenen Bestimmungen alle Aktionäre gleich behandelt werden (Art. 42).
- 212** **Durchführung.** Gemäß Art. 43 der Richtlinie war den Mitgliedstaaten aufgegeben worden, ihr nationales Recht der Richtlinie innerhalb von zwei Jahren nach deren Bekanntmachung anzupassen. Die Anpassung wurde in der Bundesrepublik Deutschland durch das Gesetz vom 13. 12. 1978 (BGBl. 1978 I 1959) vollzogen.

c) Dritte Richtlinie (78/855/EWG) über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (Fusionsrichtlinie)

**Schrifttum**

*Mayer-Ladewig* Der Kommissionsvorschlag für eine Dritte Richtlinie des Rates zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Nationale Fusion), BB 1970, 1517; *Sonnenberger* Interne Fusion von Aktiengesellschaften im Gemeinsamen Markt, AG 1971, 76; *Grauel* Europäische Gemeinschaft: Verabschiedung der Dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Fusionsrichtlinie), DB 1978, 2016; *Ganske* Änderungen des Verschmelzungsrechts, DB 1981, 1551.

- 213** **Entstehung.** Am 9. 10. 1978 verabschiedete der Rat der Europäischen Gemeinschaften die „Dritte Richtlinie gemäß Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften“ (78/855/EWG)<sup>20</sup>. Anpassungen erfolgten im Zuge des Beitritts Griechenlands (Art. 21 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang I, III lit. c) Nr. 3)<sup>21</sup> sowie Spaniens und Portugals (Art. 26 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang I, II lit. d) Nr. 3)<sup>22</sup>.
- 214** **Inhalt.** Die Richtlinie betrifft ausschließlich Aktiengesellschaften und regelt nur die Verschmelzung innerhalb eines Mitgliedstaates (nationale Fusion). Zunächst sichert

<sup>17</sup> ABl. EG Nr. L 26 v. 30. 1. 1977, S. 1.

<sup>18</sup> ABl. EG Nr. L 291 v. 19. 11. 1979, S. 89.

<sup>19</sup> ABl. EG Nr. L 302 v. 15. 11. 1985, S. 157.

<sup>20</sup> ABl. EG Nr. L 295 v. 20. 10. 1978, S. 36.

<sup>21</sup> ABl. EG Nr. L 291 v. 19. 11. 1979, S. 89.

<sup>22</sup> ABl. EG Nr. L 302 v. 15. 11. 1985, S. 157.

die Richtlinie die Möglichkeit der Verschmelzung von Gesellschaften (Übertragung des gesamten Vermögens einer Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft gegen Ausgabe von Aktien der übernehmenden Gesellschaft an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft und Auflösung der letzteren ohne Abwicklung) in allen Mitgliedstaaten, also auch in denen, die dieses Rechtsinstitut bisher nicht gekannt haben. Dabei ist sowohl die Verschmelzung durch Aufnahme einer oder mehrerer Gesellschaften als auch die Verschmelzung durch Gründung einer neuen Gesellschaft vorgesehen (Artt. 2–4). Die Richtlinie regelt sodann im einzelnen die Voraussetzungen der Verschmelzung (Artt. 5–18), insbesondere die Aufstellung eines Verschmelzungsplans und dessen Verabschiedung durch die Hauptversammlung, die Erstellung eines Verschmelzungsberichts sowie die Prüfung durch unabhängige Sachverständige, schließlich den Gläubigerschutz und die Publizität. Die Stellung von Arbeitnehmern richtet sich auch in diesem Zusammenhang nach der Richtlinie 77/187/EWG<sup>23</sup> (Art. 12). Des weiteren legt die Richtlinie die Wirkungen der Verschmelzung fest (Art. 19) und sie enthält Bestimmungen über die Haftung von Mitgliedern der Leitungsorgane der beteiligten Gesellschaften und der Sachverständigen (Artt. 20–21). Die Nichtigkeitsgründe werden begrenzt (Art. 22). Gewisse Sonderbestimmungen sind für die Verschmelzung durch Gründung einer neuen Gesellschaft vorgesehen (Art. 23) sowie für die Verschmelzung einer Gesellschaft mit einer anderen, der mindestens 90% der Aktien der ersteren gehören (Artt. 24–29). Schließlich behandelt die Richtlinie gewisse fusionsähnliche Vorgänge (Artt. 30–31).

**Durchführung.** Gemäß Art. 32 der Richtlinie war den Mitgliedstaaten aufgegeben **215** worden, ihr nationales Recht der Richtlinie innerhalb von drei Jahren anzupassen. Die Anpassung wurde in der Bundesrepublik Deutschland durch das Gesetz vom 25. 10. 1982 (BGBl. 1982 I 1425) vollzogen.

#### d) Vierte Richtlinie (78/660/EWG) über den Jahresabschluß von Kapitalgesellschaften (Bilanzrichtlinie)

##### Schrifttum

*Biener* Die Rechnungslegung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach der Bilanzrichtlinie der EG, GmbHRdsch. 1978, 197; *ders.* AG, KGaA, GmbH, Konzern-Rechnungslegung, Prüfung und Publizität nach den Richtlinien der EG, Kommentierte Textausgabe der Bilanzrichtlinie (4. Richtlinie), des Geänderten Vorschlags einer Konzernbilanzrichtlinie (7. Richtlinie), des Vorschlags einer Abschlußprüferrichtlinie (8. Richtlinie) (1979); *Bierich/Busse von Colbe/Laßmann/Lutter* (Hrsg.), Rechnungslegung nach neuem Recht, ZGR Sonderheft 2 (1980); *Centrale für GmbH/Dr. Otto Schmidt* Zur Neuordnung des Rechnungslegungsrechts für GmbH, GmbHRdsch. 1979, 49; *Fleck/Tietze* 4. EG-Richtlinie und Bilanzsteuerrecht, DB Beilage 15 zu Heft 37 (1978); *Geisthardt* Bedeutung der vierten EG-Richtlinie für den Aussagegehalt des aktienrechtlichen Jahresabschlusses (1980); *Großfeld* Bilanzrecht für Juristen – Das Bilanzrichtliniengesetz vom 19. 12. 1985, NJW 1986, 955; *Jonas* Die EG-Bilanzrichtlinie (1980); *ders.* Zur Problematik der 4. EG-Richtlinie, DB 1978, 1361, 1409, 1457; *Knobbe-Keuk* Die vierte gesellschaftsrechtliche EG-Richtlinie (Bilanzrichtlinie), EuR 1979, 312; *Knoblauch* Die Vierte EG-Richtlinie – Neufassung der Rechnungslegungsvorschriften für Kapitalgesellschaften (1978); *Kütting* Auswirkungen des Europäischen Bilanzrechts auf Fragen der praktischen Bilanzanalyse, BB 1981, 1982; *Luik* Harmonisierung der Rechnungslegung – Möglichkeiten und Grenzen ihrer Verwirklichung, BB 1983, 163; *Lutter* Rechnungslegung nach künftigem Recht, DB 1979, 1285; *Moxter* Die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und das neue Bilanzrecht, ZGR 1980, 277; *ders.* Der Einfluß der EG-Bilanzrichtlinie auf das Bilanzsteuerrecht, BB 1978, 1629; *Niessen* Zur Angleichung

<sup>23</sup> Siehe dazu Rdn 251.

des Bilanzrechts in der Europäischen Gemeinschaft, *RebelsZ* 48 (1984) 81; *Schneider* Bilanztheoretische Probleme der vierten EG-Richtlinie (1980); *Schruff* Rechnungslegung und Prüfung der AG und GmbH nach neuem Recht (4. EG-Richtlinie) (1978); *Schwark* Probleme der Unternehmenspublizität im Lichte der 4. und 7. gesellschaftsrechtlichen EG-Richtlinie, *AG* 1978, 269; *Strobel* GmbH-Reform und Bilanzreform durch ein neues Bilanzrichtlinie-Gesetz, *GmbHRdsch.* 1980, 153; *ders.* Zur EG-Reform der GmbH-Pflichtprüfung und der Rechnungslegung, *DB* 1978, 705; *ders.* Jahresabschluß und Jahresabschlußprüfung nach der EG-Reform durch die 4. und 8. EG-Richtlinie, *DB* 1978, 1797, 1845; *Tietze* 4. EG-Richtlinie und Bilanzsteuerrecht, *DB* Beilage 15 zu Heft 37 (1978).

- 216** **Entstehung.** Am 25. 7. 1978 verabschiedete der Rat der Europäischen Gemeinschaften die „Vierte Richtlinie aufgrund von Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen“ (78/660/EWG)<sup>24</sup>. Einige Bestimmungen der 4. Richtlinie (Artt. 56 – 59 und 60) sind durch die 7. Richtlinie (siehe unten Rdn 226 ff) neu gefaßt worden. Die nach der 4. Richtlinie für die Differenzierung der betroffenen Gesellschaften in unterschiedliche Größenklassen maßgeblichen Beträge (bemessen in Europäischen Rechnungseinheiten – ERE) sind inzwischen erhöht worden (Änderungsrichtlinie vom 27. 11. 1984, 84/569/EWG)<sup>25</sup>. Weitere Anpassungen sind im Hinblick auf den Beitritt Griechenlands (Art. 21 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang I, III lit. c) Nr. 4)<sup>26</sup> sowie Spaniens und Portugals (Art. 26 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang I, II lit. d) Nr. 4)<sup>27</sup> erfolgt. Am 24. 10. 1988 hat die Kommission den Vorschlag für eine weitere Änderungsrichtlinie vorgelegt<sup>28</sup>, mit der die Anwendung der 4. Richtlinie auf kleine und mittlere Gesellschaften vereinfacht werden soll.
- 217** **Inhalt.** Die Richtlinie betrifft alle Kapitalgesellschaften, also auch die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Obwohl damit der Sache nach auch Personengesellschaften erfaßt werden sollten, deren persönlich haftende Gesellschafter ausschließlich Kapitalgesellschaften sind (wie insbesondere bei der GmbH & Co. KG), hat sich vor allem die Bundesrepublik Deutschland auf den formalen Standpunkt zurückgezogen, daß solche Gesellschaften nicht als Kapitalgesellschaften im Sinne der Richtlinie zu qualifizieren seien. Um diese Lücke auszugleichen hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften dem Rat am 5. 5. 1986 einen Richtlinienvorschlag<sup>29</sup> vorgelegt (geändert am 8. 8. 1987), der das Ziel hat, den Anwendungsbereich der 4. Richtlinie auf solche Gesellschaften zu erstrecken. Im übrigen nimmt die 4. Richtlinie Kreditinstitute und Versicherungen von ihrem Anwendungsbereich aus; insoweit hat der Rat am 8. 12. 1986 eine gesonderte Richtlinie über den Jahresabschluß und den konsolidierten Abschluß von Banken und anderen Finanzinstituten (86/635/EWG)<sup>30</sup> verabschiedet.
- 218** Die Richtlinie beschränkt sich auf den Einzelabschluß und behält den Konzernabschluß einer weiteren Richtlinie vor (siehe dazu die 7. Richtlinie, unten Rdn 226 ff). Die 4. Richtlinie legt zunächst die Bestandteile des Jahresabschlusses fest: er besteht aus der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung sowie einem Anhang (Art. 2). Sodann regelt die Richtlinie außer einigen allgemeinen Grundsätzen für die Aufstellung der Rechnungsunterlagen (Artt. 3 – 7) des näheren die Gliederung und den Inhalt der Bilanz (Artt. 8 – 21), der Gewinn- und Verlustrechnung (Artt. 22 – 42), des Anhangs (Artt. 43 – 45) sowie des Lageberichts (Art. 46). Schließlich enthält die Richtlinie Bestimmungen über die Prüfung (Art. 51) und die Offenlegung des Jahresabschlusses (Artt. 47 – 50).

<sup>24</sup> ABl. EG Nr. L 222 v. 14. 8. 1978, S. 11.

<sup>25</sup> ABl. EG Nr. L 314 v. 4. 12. 1984, S. 28.

<sup>26</sup> ABl. EG Nr. L 291 v. 19. 11. 1979, S. 89.

<sup>27</sup> ABl. EG Nr. L 302 v. 15. 11. 1985, S. 157.

<sup>28</sup> ABl. EG Nr. C 287 v. 11. 11. 1988, S. 5.

<sup>29</sup> ABl. EG Nr. C 144 v. 11. 6. 1986, S. 10.

<sup>30</sup> ABl. EG Nr. L 372 v. 31. 12. 1986, S. 1.

Die in der 4. Richtlinie vorgesehene Rechnungslegung differenziert nach Größenklassen: Nur **große Gesellschaften** unterliegen ohne Einschränkung den Bestimmungen der Richtlinie. Dagegen sind für **mittlere Gesellschaften** Erleichterungen, insbesondere hinsichtlich der Erstellung der Gewinn- und Verlustrechnung (gemäß Art. 27 genügt eine verkürzte Fassung) sowie der Offenlegung des Jahresabschlusses vorgesehen (gemäß Art. 47 Abs. 3 brauchen sie auch die Bilanz und den Anhang nur in verkürzter Form offenzulegen). **Kleine Gesellschaften** genießen darüber hinaus Erleichterungen, und zwar hinsichtlich der Aufstellung der Bilanz und des Anhangs (gemäß Artt. 11 und 44 genügt jeweils eine verkürzte Fassung), der obligatorischen Abschlußprüfung (Art. 51 Abs. 2 befreit sie von der Pflichtprüfung) und der Offenlegung (gemäß Art. 47 Abs. 2 müssen nur Bilanz und Anhang in ihrer verkürzten Fassung offengelegt werden). Die für die verschiedenen Größenklassen maßgeblichen Schwellenwerte bestimmen sich nach drei Kriterien: Bilanzsumme, Netto-Umsatzerlöse und Zahl der Beschäftigten. Nach der Anhebung der in der 4. Richtlinie genannten Beträge durch die Änderungsrichtlinie von 1984 liegt eine **große Gesellschaft** vor, wenn zwei der drei folgenden Schwellenwerte überschritten werden: 6,2 Mio. ERE Bilanzsumme, 12,8 Mio. ERE Netto-Umsatzerlöse, 250 Beschäftigte; eine **kleine Gesellschaft** liegt vor, wenn zwei der drei folgenden Schwellenwerte nicht überschritten werden: 1,55 Mio. ERE Bilanzsumme, 3,2 Mio. ERE Netto-Umsatzerlöse, 50 Beschäftigte; **mittlere Gesellschaften** liegen zwischen diesen Werten. Die am 11. 11. 1988 von der Kommission vorgeschlagene Änderungsrichtlinie wird für kleinere und mittlere Gesellschaften weitere Vereinfachungen mit sich bringen.

**Durchführung.** Den Mitgliedstaaten war gemäß Art. 55 Abs. 1 der Richtlinie aufgegeben worden, ihr nationales Recht innerhalb von zwei Jahren seit Bekanntmachung den Bestimmungen der Richtlinie anzupassen. Allerdings räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, das innerstaatliche Inkrafttreten des neuen Rechts um weitere 18 Monate – im Hinblick auf einzelne Bestimmungen der Richtlinie sogar um bis zu fünf Jahre – hinauszuschieben (Art. 55 Abs. 2). In der Bundesrepublik Deutschland ist die Richtlinie durch das Bilanzrichtliniengesetz vom 19. 12. 1985 „Bilanzrichtliniengesetz“ (BGBl. 1985 I 2355) umgesetzt worden.

#### e) Vorschlag einer fünften Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaft (Strukturrichtlinie)

##### Schrifttum

*Kolvenbach* Die fünfte EG-Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaft (Strukturrichtlinie), DB 1983, 2235; *Westermann* Tendenzen der gegenwärtigen Mitbestimmungsdiskussion in der Europäischen Gemeinschaft, RabelsZ 48 (1984).

**Entstehung.** Den Vorschlag einer „Fünften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaft“ hat die Kommission dem Rat der Europäischen Gemeinschaften am 19. 8. 1983 in einer geänderten Fassung vorgelegt<sup>31</sup>. Dieser Vorschlag befindet sich dort in der Beratung.

**Inhalt.** Die 5. Richtlinie betrifft nur Aktiengesellschaften. Sie regelt zunächst einmal die Struktur ihrer Organe. Außer Bestimmungen über die Hauptversammlung (Artt. 22–47) enthält die Richtlinie vor allem Vorschriften über die Leitungs- und Aufsichtsorgane (Artt. 3–21). Es ist gemäß Art. 2 vorgesehen, daß die Mitgliedstaaten das dualistische System (Leitungsorgan und Aufsichtsorgan) einführen, und zwar

<sup>31</sup> ABl. EG Nr. C 240 v. 9. 9. 1983, S. 2.

zumindest als fakultative Möglichkeit neben einem monistischen System (Verwaltungsorgan). Die Richtlinie regelt des näheren die Befugnisse, die Verpflichtungen und die Zusammensetzung der Organe. In diesem Zusammenhang steht vor allem die Frage der Mitbestimmung von Arbeitnehmervertretern im Vordergrund. Die unternehmerische Mitbestimmung wird danach für Aktiengesellschaften mit mehr als 1.000 Arbeitnehmern obligatorisch (Art. 4). In detaillierten Bestimmungen stellt die Richtlinie dabei verschiedene Mitbestimmungsmodelle zur Verfügung und kombiniert diese jeweils mit dem dualistischen und dem monistischen System der Leitungs- und Aufsichtsorgane. Sodann legt die Richtlinie bestimmte zwingende Mitentscheidungsbefugnisse des Aufsichtsorgans fest (Art. 12). Schließlich enthält die Richtlinie Vorschriften über die Feststellung und die Prüfung des Jahresabschlusses sowie über die Sicherung der Unabhängigkeit des Abschlußprüfers (Artt. 48 – 63).

#### f) Sechste Richtlinie (82/891/EWG) über die Spaltung von Aktiengesellschaften (Spaltungsrichtlinie)

##### Schrifttum

*Duden/Schilling* Die Spaltung von Gesellschaften, AG 1974, 202; *Teichmann* Die Spaltung einer Aktiengesellschaft als gesetzgeberische Aufgabe, AG 1980, 85; *Fischer* Die Teilung von Kapitalgesellschaften im Lichte neuer Entwicklungen des Unternehmensrechts, Diss. Frankfurt a. M. (1983).

- 223** **Entstehung.** Am 17. 12. 1982 verabschiedete der Rat der Europäischen Gemeinschaften die „Sechste Richtlinie gemäß Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften“ (82/891/EWG)<sup>32</sup>.
- 224** **Inhalt.** Die Richtlinie betrifft ausschließlich Aktiengesellschaften. Sie regelt den Vorgang der Spaltung einer Aktiengesellschaft, wobei zwei Alternativen in Frage kommen: Eine Gesellschaft kann ihr Vermögen entweder auf mehrere bestehende Gesellschaften (Spaltung durch Übernahme: Artt. 2 – 20) oder auf mehrere neugegründete Gesellschaften übertragen (Spaltung durch Gründung neuer Gesellschaften: Artt. 21 – 22). In beiden Fällen erfolgt der Vermögensübergang gegen Gewährung entsprechender Aktien der ‚begünstigten‘ Gesellschaften an die Aktionäre der gespaltenen Gesellschaft. Die gespaltene Gesellschaft wird grundsätzlich ohne Abwicklung aufgelöst; es ist aber auch denkbar, daß bestimmte Vermögensteile bei der gespaltenen Gesellschaft verbleiben und diese fortbesteht (Art. 25). Die Richtlinie sorgt in allen Fällen der Gesellschaftsspaltung für einen Schutz von Aktionären und Gläubigern, wie er aufgrund der 3. Richtlinie (siehe Rdn 213 ff) auch für Fusionen vorgesehen ist. Die Ähnlichkeit beider Vorgänge verlangt eine entsprechende Angleichung der Regelungen, um die Möglichkeit zu vermeiden, daß die für den Fall der Verschmelzung vorgesehenen Schutzbestimmungen durch eine Spaltung der Gesellschaft umgangen werden. Da aber nicht alle Mitgliedstaaten das Rechtsinstitut der Spaltung überhaupt kennen, richtet sich die Richtlinie nur an die Mitgliedstaaten, deren Gesellschaftsrecht die Spaltung jetzt oder künftig gestatten.
- 225** **Durchführung.** Da die Spaltung dem deutschen Gesellschaftsrecht bislang fremd ist, kommt eine Umsetzung der Richtlinie durch die Bundesrepublik Deutschland gegenwärtig nicht in Betracht.

<sup>32</sup> ABl. EG Nr. L 378 v. 31. 12. 1982, S. 47.

g) Siebente Richtlinie (83/349/EWG) über den konsolidierten Abschluß  
(Konzernrechnungslegungsrichtlinie)

**Schrifttum**

*Biener* Die Konzernrechnungslegung nach der Siebenten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften über den Konzernabschluß, DB 1983, Beilage 19; *Biener/Schatzmann* Konzernrechnungslegung (7. EG-Richtlinie – Konzernbilanzrichtlinie) (1983); *Busse von Colbe/Ordelt-Heide* Konzernabschlüsse (4. Aufl. 1983); *Jung/Tünnessen* Internationale Konzernabschlüsse (Weltbilanzen) nach dem geänderten Vorschlag einer 7. EG-Richtlinie, AG 1981, 278; *Kirchner* Konzernrechnungslegung in Europa, AG 1981, 325; *Niessen* Zur Angleichung des Bilanzrechts in der Europäischen Gemeinschaft, *RebelsZ* 48 (1984) 81.

**Entstehung.** Am 13. 6. 1983 verabschiedete der Rat der Europäischen Gemeinschaften die „Siebente Richtlinie aufgrund von Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g) des Vertrags über den konsolidierten Abschluß“ (83/349/EWG)<sup>33</sup>. Anpassungen der Richtlinie erfolgten im Hinblick auf den Beitritt Spaniens und Portugals (Art. 26 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang I, II lit. d) Nr. 5)<sup>34</sup>. Der Vorschlag vom 24. 10. 1988 zur Änderung der 4. Richtlinie (siehe Rdn 216 a. E.) enthält auch Modifikationen der Anwendung der 7. Richtlinie auf kleine und mittlere Gesellschaften. 226

**Inhalt.** Die 7. Richtlinie ergänzt die 4. Richtlinie (vgl. Rdn 216ff). Sie sorgt dafür, daß die Rechnungsunterlagen auch in verbundenen Unternehmen ein zutreffendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaften vermitteln. Zu diesem Zweck verpflichtet die Richtlinie verbundene Unternehmen zur Konsolidierung ihres Jahresabschlusses (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung nebst Anhang, Artt. 16–35; sowie Lagebericht, Art. 36). Demgemäß sind im konsolidierten Abschluß Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der verbundenen Unternehmen so auszuweisen, als ob sie ein einziges Unternehmen wären (Art. 26). Der konsolidierte Abschluß unterliegt der Prüfungspflicht (Art. 37) und ist offenzulegen (Art. 38). – Der in der 7. Richtlinie gewählte Anknüpfungspunkt für die Konsolidierungspflicht ist nicht der Konzernatbestand (im Sinne der Zusammenfassung von Unternehmen unter einheitlicher Leitung), sondern es sind bestimmte in der Richtlinie enumerativ definierte Beherrschungstatbestände, die im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften gegeben sein müssen (dazu gehört nicht nur das Vorliegen eines Beherrschungsvertrages, sondern es genügt schon der Besitz der Kapitalmehrheit oder der Stimmenmehrheit bzw. die Möglichkeit, die Mitglieder der Leitungsorgane mehrheitlich zu bestellen: Art. 1 Abs. 1). Die Mitgliedstaaten haben darüber hinaus die Möglichkeit, weitere Tatbestände für die Begründung der Konsolidierungspflicht vorzusehen (und zwar sowohl den Fall der faktischen Beherrschung als auch den echten Konzernatbestand im Sinne der einheitlichen Leitung: Art. 1 Abs. 2). Die Richtlinie erfaßt an sich alle konsolidierungspflichtigen Muttergesellschaften, die dem Recht eines der Mitgliedstaaten unterliegen, unabhängig von ihrer Rechtsform; sie gestattet aber die Beschränkung auf Kapitalgesellschaften, d. h. AG, KGaA und GmbH (Art. 4). Insoweit stellt sich daher auch hier – ebenso wie bei der 4. Richtlinie (vgl. Rdn 216) – das Problem der Nichteinbeziehung von Personengesellschaften, deren persönlich haftender Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft ist (insbesondere der GmbH & Co. KG). Mit dem Vorschlag einer Richtlinie, den die Kommission dem Rat am 5. 5. 1986 vorgelegt hat<sup>35</sup> (geändert am 8. 8. 1987), soll daher auch der Anwendungsbereich der 7. Richtlinie entsprechend erweitert werden. Auf die Nationalität der Tochtergesellschaften kommt es nicht an 227

<sup>33</sup> ABl. EG Nr. L 193 v. 18. 7. 1983, S. 1.

<sup>35</sup> ABl. EG Nr. C 144 v. 11. 6. 1986, S. 10.

<sup>34</sup> ABl. EG Nr. L 302 v. 15. 11. 1985, S. 158.

(Prinzip des Weltabschlusses). Im übrigen können aber Unternehmensgruppen von der Konsolidierung befreit werden, wenn sie die in der 4. Richtlinie (siehe Rdn 219) für kleine oder mittlere Unternehmen festgelegten Größenkriterien nicht überschreiten (Art. 6). Der Vorschlag einer Änderungsrichtlinie vom 24. 10. 1988 bringt insoweit weitere Vereinfachungen mit sich. – Kreditinstitute und Versicherungen sind von der Anwendung der 7. Richtlinie – ebenso wie von der Anwendung der 4. Richtlinie (vgl. Rdn 217) – ausgenommen; insoweit gilt die vom Rat am 8. 12. 1986 verabschiedete Richtlinie über den Jahresabschluß und den konsolidierten Abschluß von Banken und anderen Finanzinstituten (86/635/EWG)<sup>36</sup>.

- 228** **Durchführung.** Gemäß Art. 49 Abs. 1 war den Mitgliedstaaten aufgegeben worden, ihr nationales Recht spätestens mit Wirkung vom 1. 1. 1988 an die Bestimmungen der Richtlinie anzupassen. Art. 49 Abs. 2 gestattet den Mitgliedstaaten, die Anwendung der neuen Rechnungslegungsvorschriften erstmals auf die konsolidierten Abschlüsse für das am 1. 1. 1990 oder im Laufe des Jahres 1990 beginnende Geschäftsjahr vorzuschreiben. Die Umsetzung der Richtlinie erfolgte in der Bundesrepublik Deutschland durch das „Bilanzrichtliniengesetz“ vom 19. 12. 1985 (BGBl. 1985 I 2355).

#### h) Achte Richtlinie (84/253/EWG) über die Zulassung von Abschlußprüfern (Prüferbefähigungsrichtlinie)

##### Schrifttum

*Lück* Zur Harmonisierung nationaler Rechtsvorschriften bei der Zulassung als Abschlußprüfer in der EG, DB 1979, 317; *Wysocki* Zur endgültigen Fassung der 7. und 8. EG-Richtlinie, DB 1979, 1472.

- 229** **Entstehung.** Am 10. 4. 1984 verabschiedete der Rat die „Achte Richtlinie gemäß Art. 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über die Zulassung der mit der Pflichtprüfung des Jahresabschlusses von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen beauftragten Personen“ (84/253/EWG)<sup>37</sup>.
- 230** **Inhalt.** Um die in der 4. und 7. Richtlinie vorgesehenen Pflichtprüfungen der Jahresabschlüsse von Gesellschaften gleichwertig zu machen, sorgt die 8. Richtlinie dafür, daß in allen Mitgliedstaaten dieselben Qualitätserfordernisse für Abschlußprüfer gelten. Die Richtlinie regelt die Ausbildungs- und Prüfungsvoraussetzungen (Artt. 2–22) und verpflichtet im übrigen die Mitgliedstaaten, Vorschriften zu erlassen, welche die berufliche Sorgfalt und Unabhängigkeit der Abschlußprüfer gewährleisten (Artt. 23–27). Die zugelassenen Abschlußprüfer sind in einem öffentlich zugänglichen Verzeichnis zu führen (Art. 28).
- 231** **Durchführung.** Art. 30 verpflichtet die Mitgliedstaaten, ihr nationales Recht bis zum 31. 12. 1987 den Bestimmungen der Richtlinie anzupassen, und zwar mit Wirkung spätestens ab 1. 1. 1990. In der Bundesrepublik Deutschland ist die Umsetzung durch das „Bilanzrichtliniengesetz“ vom 19. 12. 1985 (BGBl. 1985 I 2355) erfolgt.

#### i) Vorentwurf einer Neunten Richtlinie über Unternehmensverbindungen (Konzernrichtlinie)

##### Schrifttum

*Immenga* Abhängige Unternehmen und Konzerne im europäischen Gemeinschaftsrecht, *RebelsZ* 48 (1984) 48; *Schilling* Bemerkungen zum Europäischen Konzernrecht, *ZGR* 1978, 415.

<sup>36</sup> ABl. EG Nr. L 372 v. 31. 12. 1986, S. 1.

<sup>37</sup> ABl. EG Nr. L 126 v. 12. 5. 1984, S. 20.

**Entstehung.** Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften arbeitet seit langem **232** an einem Konzept für die Angleichung der für verbundene Unternehmen geltenden Bestimmungen. 1974/75 hat sie in zwei Teilen den ersten „Vorentwurf einer Richtlinie auf der Grundlage des Artikels 54 Absatz 3 lit. g) des EWG-Vertrages zur Angleichung des Konzernrechts“<sup>38</sup> vorgelegt. Dieser Vorentwurf ist wegen erheblicher Kritik nicht verabschiedet worden. 1984 hat die Kommission dann einen revidierten „Vorschlag für eine neunte Richtlinie auf der Grundlage von Art. 54 Absatz 3 Buchstabe g) des EWG-Vertrages über die Verbindungen zwischen Unternehmen, insbesondere über Konzerne“<sup>39</sup> entworfen, aber bislang ebenfalls nicht verabschiedet.

**Inhalt.** Der Richtlinienvorschlag betrifft Unternehmensverbindungen im Bereich des **233** Aktienrechts. Kernbestandteil der Regelungen ist eine Konzernverfassung, die einerseits die Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung – und damit die Unterordnung des Unternehmensinteresses abhängiger Gesellschaften unter das Konzerninteresse – ermöglicht, andererseits aber zum Ausgleich die erforderlichen Garantien für die „freien“ Aktionäre (Abfindung bzw. Ausgleichszahlung) und die Gläubiger abhängiger Gesellschaften (unmittelbare Haftung des herrschenden Unternehmens) vorschreibt. Als rechtliche Grundlage der Konzernverfassung sieht der Richtlinienvorschlag den Beherrschungsvertrag vor (Artt. 13 – 32); allerdings ist den Mitgliedstaaten freigestellt, die Begründung eines Konzerns darüber hinaus auch an andere Kriterien zu knüpfen (Art. 38). Der Richtlinienvorschlag selbst regelt insofern nur noch den Fall der Eingliederung (Artt. 33 – 37a). Für Unternehmensverbindungen, die zwar nicht als Vertragskonzerne organisiert sind, die aber faktisch zu Einflußnahmen eines Unternehmens auf die Leitung eines anderen Unternehmens geeignet sind, enthält der Richtlinienvorschlag Schutzbestimmungen (Artt. 6 – 12), die gewährleisten sollen, daß die betroffenen Gesellschaften entsprechend ihrem wirtschaftlichen Eigeninteresse geführt und nicht einem übergeordneten Konzerninteresse dienstbar gemacht werden. Zu diesem Zweck sieht der Richtlinienvorschlag zunächst einmal vor, daß die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Mutter- und Tochterunternehmen in einem jährlich zu erstellenden „Sonderbericht“ zusammen mit dem Jahresabschluß offengelegt werden (Artt. 7 – 8); die dieser Berichtspflicht unterliegenden Abhängigkeitsverhältnisse grenzt der Richtlinienvorschlag (Art. 2) in Anlehnung an die 7. Richtlinie ab (vgl. Rdn 227). Darüber hinaus sieht er vor, daß jedes Unternehmen, welches – auch ohne Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses – wie ein tatsächlicher Geschäftsführer eines anderen Unternehmens agiert, für Schäden, die das letztere aufgrund von Einflußnahmen auf seine Geschäftsführung erleidet, haftet (Artt. 9 – 12). Im übrigen bemüht sich der Richtlinienvorschlag generell um die Erhöhung der Transparenz von Unternehmensverflechtungen durch Publizitätsvorschriften in bezug auf Beteiligungen (Artt. 3 – 5).

#### j) Vorschlag einer zehnten Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung (Internationale Fusionsrichtlinie)

##### Schrifttum

*Ganske* Internationale Fusion von Gesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft – Ein neuer Ansatz, DB 1985, 581.

**Entstehung.** Während die Angleichung der Vorschriften über die Verschmelzung **234** von Gesellschaften innerhalb eines Mitgliedstaates (nationale Fusion) Gegenstand der

<sup>38</sup> Text wiedergegeben bei *Lutter* S. 187 ff.

<sup>39</sup> Text wiedergegeben in ZGR 14 (1985) 446 ff.

3. Richtlinie gewesen ist, die der Rat der Europäischen Gemeinschaften auf der Grundlage des Art. 54 Abs. 3 lit. g) erlassen hat (siehe Rdn 213 ff), sieht der EWG-Vertrag für die Lösung der mit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (internationale Fusion) zusammenhängenden Probleme in Art. 220 den Abschluß eines entsprechenden völkerrechtlichen Übereinkommens vor. Am 14. 1. 1985 hat die Kommission dem Rat der Europäischen Gemeinschaften den „Vorschlag einer zehnten Richtlinie des Rates nach Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften“<sup>40</sup> vorgelegt.

- 235** **Inhalt.** Der Richtlinienvorschlag erfaßt ausschließlich Aktiengesellschaften. Er baut auf den materiellrechtlichen Verschmelzungsregelungen der 3. Richtlinie (siehe Rdn 214) auf und konzentriert sich auf die gesellschaftsrechtlichen Fragen, die im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zusätzlich aufgeworfen werden (vgl. dazu Rdn 173 ff). Diese Fragen werden teils kollisionsrechtlich durch Verweisung auf das jeweils anzuwendende Recht eines Mitgliedstaates gelöst, teils aber auch durch besondere einheitliche Sachnormen. Die Hindernisse, die internationalen Fusionen aus Gründen der Unterschiedlichkeit der in den verschiedenen Mitgliedstaaten geltenden mitbestimmungsrechtlichen Regelungen entgegenstehen, vermag der Richtlinienvorschlag allerdings nicht auszuräumen. Insoweit muß der Erlaß der 5. Richtlinie abgewartet werden. Gemäß Art. 1 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags braucht daher ein Mitgliedstaat die Richtlinienbestimmungen auf eine internationale Fusion nicht anzuwenden, wenn sie zum Verlust der Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmern führen würde.
- 236** **k) Vorschlag einer Elften Richtlinie über die Publizität von Zweigniederlassungen (Publizitätsrichtlinie für Zweigniederlassungen). Entstehung.** Am 29. 7. 1986 hat die Kommission dem Rat der Europäischen Gemeinschaften den „Vorschlag für eine Elfte Richtlinie des Rates aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen gegründet werden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen“<sup>41</sup> vorgelegt. Dieser Vorschlag liegt inzwischen in der geänderten Fassung vom 28. 3. 1988 vor.
- 237** **Inhalt.** Dieser Richtlinienvorschlag hat das Ziel, die in der Publizitätsrichtlinie (1. Richtlinie) und den Bilanzrichtlinien (4. und 7. Richtlinie) für Gesellschaften vorgesehenen Offenlegungspflichten auf Zweigniederlassungen auszudehnen, um insoweit die Gesellschaften, die sich in einem anderen Mitgliedstaat durch Tochtergesellschaften niederlassen, denen gleichzustellen, die dies durch Zweigniederlassungen tun.
- 238** **l) Vorschlag einer Zwölften Richtlinie über Einpersonengesellschaften (Einpersonengesellschaftsrichtlinie). Entstehung.** Am 19. 5. 1988 hat die Kommission dem Rat der Europäischen Gemeinschaften den „Vorschlag für die zwölfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter“<sup>42</sup> vorgelegt.
- 239** **Inhalt.** Der Richtlinienvorschlag erfaßt zwingend nur Gesellschaften mit beschränkter Haftung; seine Bestimmungen sollen aber auf Aktiengesellschaften ebenfalls Anwendung finden, sofern diese in einem Mitgliedstaat auch als Einpersonengesellschaften zugelassen sind. Der Richtlinienvorschlag hat zum Ziel, gleichmäßig in allen Mitgliedstaaten Einzelunternehmen die Möglichkeit zu bieten, sich des Instruments einer

<sup>40</sup> ABl. EG Nr. C 23 vom 25. 1. 1985, S. 11.

<sup>42</sup> ABl. EG Nr. C 173 v. 2. 7. 1988, S. 10.

<sup>41</sup> ABl. EG Nr. C 203 v. 12. 8. 1986, S. 12.

Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung zu bedienen. Zu diesem Zweck ist vorgesehen, daß eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch als Einpersonengesellschaft errichtet werden kann. Die Anteile an einer solchen Gesellschaft müssen auf den Namen lauten. Im übrigen sieht der Richtlinienvorschlag gewisse Beschränkungen für eine Einpersonengesellschaft vor, deren Alleingesellschafter eine juristische Person ist: Sie kann nicht wiederum Alleingesellschafter einer anderen Gesellschaft sein und die Mitgliedstaaten können vorsehen, daß die juristische Person für die Schulden der Gesellschaft unbeschränkt haftet oder daß die Einpersonengesellschaft ein bestimmtes Mindestkapital haben muß. Der Anwendungsbereich der Richtlinie kann auf kleine und mittlere Unternehmen im Sinne der 4. Richtlinie (vgl. Rdn 219) beschränkt werden.

#### 6. Verordnungen gemäß Art. 235 EWG-Vertrag

a) **Vorbemerkung.** Neben der Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte durch Rechtsangleichungsrichtlinien (Rdn 207 ff), haben sich die gesellschaftsrechtlichen Bemühungen von Kommission und Rat auch auf die Schaffung übernationaler Gesellschaftsformen auf europäischer Ebene gerichtet. Insoweit kommt als Rechtsgrundlage Art. 235 EWG-Vertrag in Betracht, der zum Erlaß von Rechtsvorschriften ermächtigt, soweit ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich erscheint, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen, und soweit der EWG-Vertrag die dafür erforderlichen Befugnisse nicht vorsieht. Als Regelungsinstrument haben Kommission und Rat in diesem Zusammenhang die Verordnung gewählt, die keiner Umsetzung in innerstaatliches Recht bedarf, sondern in allen Mitgliedstaaten unmittelbar gilt (Art. 189 EWGV). 240

#### b) Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)

##### Schrifttum

*Abmeier* Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung und nationales Recht, NJW 1986, 2987; *Ganske* Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), DB 1985 Beilage 20 zu Heft 35; *Gleichmann* Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, ZHR 149 (1985) 633.

**Entstehung.** Am 25. 7. 1985 hat der Rat der Europäischen Gemeinschaften die Verordnung Nr. (EWG) 2137/85 über die Schaffung einer ‚Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung‘ (EWIV)<sup>43</sup> erlassen. Vorausgegangen waren langjährige Vorarbeiten zur Schaffung einer ‚Europäischen Kooperationsvereinigung‘ (vgl. Voraufgabe AllgEinl. 706). Die Verordnung ist am 3. August 1985 in Kraft getreten. In der Bundesrepublik Deutschland ist dazu das Gesetz vom 14. 4. 1988 zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-Ausführungsgesetz) ergangen<sup>44</sup>. Die Errichtung einer EWIV ist ab 1. 7. 1989 möglich. 241

**Inhalt.** Die EWIV ist als erste europäische Gesellschaftsform zu dem Zweck geschaffen worden, Unternehmen und sonstigen Gewerbetreibenden, einschließlich der Freiberufler, einen rechtlichen Rahmen für grenzüberschreitende Kooperationen zu bieten. Die Verordnung enthält eine Reihe von Regelungen, welche die Struktur der Gesellschaftsform europaweit einheitlich bestimmen; für zahlreiche Einzelfragen verweist sie dann allerdings auf die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Steuerlich wird die EWIV wie eine Personengesellschaft behandelt, d. h. ihr Ergebnis wird ausschließlich bei ihren Mitgliedern besteuert. 242

<sup>43</sup> ABl. EG Nr. L 199 v. 31. 7. 1985, S. 1.

<sup>44</sup> BGBl. 1988 I 514.

## c) Statut für die Europäische Aktiengesellschaft (SE)

## Schrifttum

*Lutter* (Hrsg.) Die Europäische Aktiengesellschaft<sup>2</sup> (1978).

- 243** **Entstehung.** Seit langem bemüht sich die Kommission um die Schaffung einer europäischen Kapitalgesellschaft in aktienrechtlicher Form (vgl. Voraufgabe AllgEinl. 704 f). Am 30. 4. 1975 legte die Kommission einen geänderten Verordnungsvorschlag eines Statuts für Europäische Aktiengesellschaften<sup>45</sup> vor. Auch dieser Vorschlag stieß auf erhebliche Schwierigkeiten, insbesondere wegen der Mitbestimmungsfrage. Die Verhandlungen im Rat sind 1982 zum Stillstand gekommen<sup>46</sup>.
- 244** **Inhalt.** Der Verordnungsentwurf enthält eine in sich geschlossene Aktienrechtskodifikation einschließlich betriebsverfassungsrechtlicher Elemente. Außer einigen allgemeinen Fragen (Artt. 1–10c) regelt er die Gründung der Gesellschaft (Artt. 11–39), das Gesellschaftskapital (Artt. 40–61), die Organstruktur – die mit Vorstand und Aufsichtsrat dem dualistischen Modell folgt – (Artt. 62–99), die betriebliche und die unternehmerische Mitbestimmung (Artt. 100–147) einschließlich der Wahl der Mitglieder des Betriebsrats (Anhang II) und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat (Anhang III), die Rechnungslegung (Artt. 148–222), das Konzernrecht (Artt. 223–240d), Satzungsänderungen (Artt. 241–246), grundlegende Strukturänderungen in Form von Auflösung, Umwandlung und Verschmelzung (Artt. 247–274) sowie steuerrechtliche Fragen (Artt. 275–281). Art. 282 verpflichtet die Mitgliedstaaten, bestimmte Rechtsverstöße (Anhang IV) strafrechtlich zu ahnden.

## 7. Übereinkommen gemäß Art. 220 EWG-Vertrag

- 245** a) **Vorbemerkung.** Bestimmte gesellschaftsrechtliche Fragen – nämlich die Anerkennung (vgl. Rdn 156 ff), die grenzüberschreitende Sitzverlegung (vgl. Rdn 166 ff) und die grenzüberschreitende Verschmelzung (vgl. Rdn 173 ff) von Gesellschaften – hat der EWG-Vertrag in Art. 220 „soweit erforderlich“ der Regelung durch gesonderte völkerrechtliche Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften vorbehalten. Auf dieser Grundlage sind die folgenden beiden Übereinkommen konzipiert worden.

## b) Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen

## Schrifttum

*Beitzke* Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, ZHR 127 (1964–65) 1; *ders.* Zur Anerkennung von Handelsgesellschaften im EWG-Bereich, AWD 1968, 91; *Boetticher* Die Anerkennung von Handelsgesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, Diss. Göttingen 1973; *Drobnig* Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften, ZHR 129 (1966–67) 93; *ders.* Zur gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen in der EWG, DB 1967, 1207; *ders.* Das EWG-Übereinkommen über die Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen, AG 1973, 90, 125; *Gefßler* Gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, DB 1967, 324.

- 246** **Entstehung.** Am 29. 2. 1968 unterzeichneten die im Rat der Europäischen Gemeinschaften vereinigten Außenminister das „Übereinkommen über die gegenseitige Aner-

<sup>45</sup> Bull. EG 1975, Beilage 4/75.

vom 8. 6. 1988 über „Binnenmarkt und industrielle

<sup>46</sup> Siehe zuletzt das Memorandum der Kommission

Zusammenarbeit“, Bull. EG 1988, Beilage 3/88.

kennung von Gesellschaften und juristischen Personen“<sup>47</sup>. Ein Protokoll vom 3. 6. 1971 sichert die einheitliche Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften<sup>48</sup>. Die Bundesrepublik Deutschland hat – ebenso wie Frankreich, Belgien, Luxemburg und Italien – dem Übereinkommen durch Gesetz vom 18. 5. 1972 (BGBl. 1972 I 369), unter Ausübung der in Artt. 3 und 4 des Übereinkommens enthaltenen Vorbehalte, zugestimmt. Sie hat durch Gesetz vom 14. 8. 1972 (BGBl. 1972 II 857) auch dem ergänzenden Protokoll zugestimmt. Mangels Zustimmung der übrigen Mitgliedstaaten ist das Übereinkommen aber bisher nicht in Kraft getreten.

**Inhalt.** Das Übereinkommen betrifft alle in Art. 58 Abs. 2 EWGV genannten Gesellschaften, also sowohl die Gesellschaften des bürgerlichen als auch des Handelsrechts, soweit diese Gesellschaften Rechtsfähigkeit genießen. Es sieht im Grundsatz die gegenseitige Anerkennung aller Gesellschaften vor, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaften gegründet worden sind und die ihren satzungsmäßigen Sitz im Geltungsbereich des Übereinkommens haben (Art. 1). Damit folgt das Übereinkommen im Ausgangspunkt der Gründungstheorie (vgl. dazu Rdn 125 ff). Allerdings räumt Art. 3 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, die Regeln des Abkommens nur auf solche Gesellschaften anzuwenden, die auch in einer wirklichen Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaates stehen. Und Art. 4 sieht vor, daß die Mitgliedstaaten sich vorbehalten können, auf im Ausland gegründete Gesellschaften die zwingenden Normen des inländischen Gesellschaftsrechts anzuwenden, wenn diese Gesellschaften ihren Verwaltungssitz im Inland haben (vgl. hierzu Rdn 158). **247**

### c) Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften

#### Schrifttum

*Bärmann* Europäische Fusion, Festschrift Kaufmann (1972), S. 13; *Koppensteiner* Grundlagenkritische Bemerkungen zum EWG-Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften, *RabelsZ* 39 (1975) 405; *Sonnenberger* Der Vorentwurf eines Abkommens über die internationale Fusion, *AG* 1969, 381.

**Entstehung.** Im Jahre 1972 wurde von einer damit beauftragten Arbeitsgruppe der Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften vorgelegt<sup>49</sup>. Die Arbeiten sind insbesondere wegen der schwierigen Fragen hinsichtlich der unternehmerischen Mitbestimmung über das Entwurfsstadium nicht hinausgelangt. Inzwischen verfolgt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften das Ziel, die mit der internationalen Fusion verbundenen Rechtsfragen durch eine 10. Richtlinie nach Art. 54 Abs. 3 lit. g) EWGV (siehe Rdn 234 ff) zu lösen. **248**

**Inhalt.** Der Entwurf beschränkt sich auf Aktiengesellschaften. Er ermöglicht die grenzüberschreitende Verschmelzung – sei es durch Aufnahme, sei es durch Neugründung – teils durch Kollisionsregeln, die auf die nationalen Sachnormen der Mitgliedstaaten verweisen (hier besteht eine Verbindung zur 3. Rechtsangleichungsrichtlinie, vgl. Rdn 213 ff), teils durch Schaffung eigener Sachnormen, die speziell für die internationale Verschmelzung gelten. **249**

## 8. Sonstige Rechtsangleichungsmaßnahmen (Überblick)

a) **Vorbemerkung.** Die Rechtsangleichungsbemühungen von Kommission und Rat der Europäischen Gemeinschaften sind neben dem Gesellschaftsrecht im engeren Sinne **250**

<sup>47</sup> Text siehe BGBl. 1972 II 370.

<sup>48</sup> Text siehe BGBl. 1972 II 858.

<sup>49</sup> Bull. EG 1973, Beilage 13/73.

zugleich auch auf eng damit zusammenhängende Rechtsgebiete gerichtet. Dazu rechnen vor allem Maßnahmen, welche die rechtliche Stellung der Arbeitnehmer, den Handel mit Gesellschaftsanteilen auf dem Kapitalmarkt sowie die Besteuerung von Unternehmen betreffen.

- 251** b) **Rechtsstellung der Arbeitnehmer. Arbeitnehmerrichtlinie:** Am 14. 2. 1977 hat der Rat der Europäischen Gemeinschaften auf der Grundlage von Art. 100 des EWG-Vertrages eine „Richtlinie über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen“ (77/187/EWG)<sup>50</sup> erlassen, die in der Bundesrepublik Deutschland durch das Gesetz vom 13. 8. 1980 (BGBl. 1980 I 1308) in das innerstaatliche Recht transformiert worden ist.
- 252** **Vredeling-Richtlinie:** Des weiteren liegt die inzwischen geänderte Fassung des Vorschlags vom 8. 7. 1983 für eine „Richtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer“ (benannt nach dem EG-Kommissar Vredeling)<sup>51</sup> vor. Bei dieser Richtlinie geht es um die Einführung von Informations- und Konsultationsrechten der Arbeitnehmervertretungen in multinationalen Unternehmen.
- 253** **Mitbestimmung:** Im übrigen ist hier auch auf die Mitbestimmungsregelungen zu verweisen, die in der fünften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (vgl. Rdn 221 ff) sowie im Statut für die Europäische Aktiengesellschaft (vgl. Rdn 243) enthalten sind.
- 254** c) **Kapitalmarktrecht. Börsenzulassungsrichtlinie:** Am 5. 3. 1979 hat der Rat der Europäischen Gemeinschaften eine „Richtlinie zur Koordinierung der Bedingungen für die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse“ (79/279/EWG)<sup>52</sup> erlassen. Diese Richtlinie ist durch eine Richtlinie vom 3. 3. 1982 (82/148/EWG)<sup>53</sup> ergänzt worden mit dem Ziel, die gleichzeitige Umsetzung dieser und der folgenden Richtlinie in das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten zu gewährleisten.
- 255** **Börsenzulassungsprospektrichtlinie:** Am 17. 3. 1980 hat der Rat der Europäischen Gemeinschaften des weiteren eine „Richtlinie zur Koordinierung der Bedingungen für die Erstellung, die Kontrolle und die Verbreitung des Prospekts, der für die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse zu veröffentlichen ist“ (80/390/EWG)<sup>54</sup> erlassen. Diese Richtlinie ist durch eine Richtlinie vom 22. 6. 1987 (87/345/EWG)<sup>55</sup> im Hinblick auf die gegenseitige Anerkennung von Börsenzulassungsprospekten geändert worden.
- 256** **Richtlinie über Halbjahresberichte:** Am 15. 2. 1982 hat der Rat der Europäischen Gemeinschaften des weiteren eine „Richtlinie über regelmäßige Informationen, die von Gesellschaften zu veröffentlichen sind, deren Aktien zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse zugelassen sind“ (82/121/EWG)<sup>56</sup> erlassen.
- 257** **Investmentgesellschaftsrichtlinien:** Am 20. 12. 1985 hat der Rat der Europäischen Gemeinschaften sodann eine „Richtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren“ (85/611/EWG)<sup>57</sup> erlassen. Zu dieser Richtlinie hat der Rat gleichzeitig eine Empfehlung (85/612/EWG)<sup>58</sup> erlassen. Des weiteren hat die Kommission der

<sup>50</sup> ABl. EG Nr. L 61 v. 5. 3. 1977, S. 26.

<sup>51</sup> ABl. EG Nr. C 217 v. 12. 8. 1983, S. 3.

<sup>52</sup> ABl. EG Nr. L 66 v. 16. 3. 1979, S. 21.

<sup>53</sup> ABl. EG Nr. L 62 v. 5. 3. 1982, S. 22.

<sup>54</sup> ABl. EG Nr. L 100 v. 17. 4. 1980, S. 1.

<sup>55</sup> ABl. EG Nr. L 33 v. 4. 2. 1987, S. 10.

<sup>56</sup> ABl. EG Nr. L 48 v. 20. 2. 1982, S. 26.

<sup>57</sup> ABl. EG Nr. L 375 v. 31. 12. 1985, S. 3.

<sup>58</sup> ABl. EG Nr. L 375 v. 31. 12. 1985, S. 19.

Europäischen Gemeinschaften zwei Vorschläge<sup>59</sup> zur Änderung dieser Richtlinie vorgelegt.

Im übrigen liegen eine Reihe von weiteren Richtlinienvorschlägen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vor: **258**

**Emissionsprospektrichtlinie:** Geänderter Vorschlag vom 19. 7. 1982 für eine „Richtlinie zur Koordinierung der Bedingungen für die Erstellung, die Kontrolle und die Verbreitung des Prospekts, der im Fall von öffentlichen Zeichnungs- und Verkaufsangeboten zu veröffentlichen ist“<sup>60</sup>. **259**

**Paketerwerb-Richtlinie:** Vorschlag vom 26. 12. 1985 für eine „Richtlinie über die anlässlich von Erwerb und Veräußerung einer bedeutenden Beteiligung am Kapital einer börsennotierten Gesellschaft zu veröffentlichenden Informationen“<sup>61</sup>. **260**

**Insider-Richtlinie:** Vorschlag vom 25. 5. 1987 für eine „Richtlinie zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte“<sup>62</sup>. **261**

**Verhaltenskodex:** Schließlich ist eine Empfehlung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 25. 7. 1977 (77/534/EWG)<sup>63</sup> ergangen, die Wohlverhaltensregeln für Wertpapiertransaktionen zum Gegenstand hat. **262**

**d) Steuerrecht. Gesellschaftssteuer richtlinie:** Am 17. 7. 1969 hat der Rat der Europäischen Gemeinschaften eine „Richtlinie betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital“ (69/335/EWG)<sup>64</sup> erlassen, durch welche die Gesellschaftssteuer harmonisiert worden ist (Gesellschaftssteuer richtlinie). Die Richtlinie ist später mehrfach geändert worden. **263**

Ferner hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften eine Reihe weiterer Richtlinienvorschläge vorgelegt: **264**

**Konzernbesteuerungsrichtlinie:** Vorschlag vom 16. 1. 1969 für eine „Richtlinie über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten“ (Konzernbesteuerungsrichtlinie)<sup>65</sup>. **265**

**Fusionsbesteuerungsrichtlinie:** Vorschlag vom 16. 1. 1969 für eine „Richtlinie über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen und die Einbringung von Unternehmensteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen“<sup>66</sup>. **266**

**Körperschaftssteuer richtlinien:** Vorschlag vom 1. 8. 1975 für eine „Richtlinie zur Harmonisierung der Körperschaftssteuersysteme und der Regelungen der Quellensteuer auf Dividenden“<sup>67</sup> sowie Vorschlag vom 24. 7. 1978 für eine „Richtlinie über die Anwendung der Richtlinie des Rates zur Harmonisierung der Körperschaftssteuersysteme und Regelungen der Quellensteuer auf Dividenden auf Investmenteinrichtungen“<sup>68</sup>. **267**

**Schiedsstellenrichtlinie:** Vorschlag vom 29. 11. 1976 für eine „Richtlinie über die Bestimmungen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung für den Fall der Gewinnberichtigung zwischen verbundenen Unternehmen (Schiedsverfahren)“<sup>69</sup>. **268**

<sup>59</sup> ABl. EG Nr. C 129 v. 28. 5. 1986, S. 5 sowie ABl. EG Nr. C 155 v. 21. 6. 1986, S. 4.

<sup>60</sup> ABl. EG Nr. C 226 v. 31. 8. 1982, S. 4.

<sup>61</sup> ABl. EG Nr. C 351 v. 31. 12. 1985, S. 35.

<sup>62</sup> ABl. EG Nr. C 153 v. 11. 6. 1987, S. 8.

<sup>63</sup> ABl. EG Nr. L 2123 v. 20. 8. 1977, S. 37 sowie Berichtigung in ABl. EG Nr. L 294 v. 18. 11. 1977, S. 28.

<sup>64</sup> ABl. EG Nr. L 249 v. 3. 10. 1969, S. 25.

<sup>65</sup> ABl. EG Nr. C 39 v. 22. 3. 1969, S. 7.

<sup>66</sup> ABl. EG Nr. C 39 v. 22. 3. 1969, S. 1.

<sup>67</sup> ABl. EG Nr. C 253 v. 5. 11. 1975, S. 2.

<sup>68</sup> ABl. EG Nr. C 184 v. 2. 8. 1978, S. 8.

<sup>69</sup> ABl. EG Nr. C 163 v. 11. 7. 1977, S. 24.



# Gesetz

## betreffend die

### Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Vom 20. April 1892 (RGBl. S. 477)  
in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 846)

## Erster Abschnitt

### Errichtung der Gesellschaft

#### § 1

**Gesellschaften mit beschränkter Haftung können nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden.**

#### Übersicht

	Rdn		Rdn
<b>I. Einführung</b>		<b>4. Unzulässige Zwecke</b>	
1. Normzweck . . . . .	1	a) Allgemeines . . . . .	27
2. Reform . . . . .	3	b) Gesetzesverstoß (§ 134 BGB) . . . . .	29
<b>II. Der Gesellschaftszweck</b>		c) Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) . . . . .	30
<b>A. Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand</b>		d) Umgehung ausländerrechtlicher Vorschriften . . . . .	31
1. Die gesetzliche Regelung . . . . .	4	<b>C. Rechtsfolgen der Unzulässigkeit des Zwecks</b>	
2. Das Verhältnis der beiden Begriffe		1. Anfängliche Unzulässigkeit	
a) Meinungsstand . . . . .	5	a) Vor der Eintragung . . . . .	33
b) Stellungnahme . . . . .	8	b) Nach der Eintragung . . . . .	35
c) Folgerungen . . . . .	9	2. Nachträgliche Unzulässigkeit . . . . .	37
<b>B. Die möglichen Zwecke der Gesellschaft</b>		3. Heilung des Mangels . . . . .	38
1. Erwerbswirtschaftliche Zwecke		<b>III. Gründung durch eine oder mehrere Personen</b>	
a) Allgemeines . . . . .	12	1. Der zwei- oder mehrseitige Gründungsakt als Regelfall . . . . .	39
b) Genehmigungsbefähigung des Unternehmensgegenstands . . . . .	15	2. Die Einmanngründung . . . . .	
c) Versicherungen, Banken u. a. . . . .	17	a) Grundsatz . . . . .	40
2. Sonstige wirtschaftliche Zwecke		b) Die zusätzlichen Erfordernisse . . . . .	42
a) Allgemeines . . . . .	19	c) Probleme der Einmanngründung . . . . .	43
b) Freie Berufe . . . . .	20	3. Keinmann-Gesellschaft? . . . . .	44
c) Öffentliche Hand . . . . .	21		
3. Ideelle und gemeinnützige Zwecke . . . . .	22		

#### Schrifttum

*Rud. Fischer* Die Bedeutung des Zwecks für die Aktiengesellschaft, JherJ 63 (1913) 327 ff; *Großmann* Unternehmensziele im Aktienrecht (1980); *Kremer* Freie Berufe in der Rechtsform der GmbH, GmbH-Rdsch. 1983, 259; *Loidl* Die GmbH ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung

(1970); H. P. Westermann Die GmbH ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung, GmbH-Rdsch. 1970, 313; K. Winkler Nichtgewerbliche, ideale, insbes. politische Zielsetzungen als Inhalt von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, NJW 1970, 449; Zöllner Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963). Zur Einmanngründung vgl. die Nachw. in § 11 vor Rdn 13.

## I. Einführung

### 1. Normzweck

- 1 § 1 umschreibt als Grundnorm des GmbH-Rechts den **sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Rechtsform der GmbH**. In **sachlicher** Hinsicht stellt er klar, daß eine GmbH zu **jedem gesetzlich zulässigen Zweck** errichtet werden kann. Das bedeutet einerseits, daß es im Unterschied zum Recht der OHG und der KG *nicht* auf das Betreiben eines *Handelsgewerbes* ankommt. Die GmbH kann auch zur Verfolgung ideeller Zwecke verwendet werden, ohne daß ihre aus § 13 Abs. 3 folgende Eigenschaft als Formkaufmann dadurch berührt wird (Rdn 22). Andererseits sind bei Errichtung der GmbH die allgemein für Rechtsgeschäfte des bürgerlichen Rechts geltenden Schranken zu beachten. Unzulässig und nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist der Gründungsvertrag daher, wenn der Gesellschaftszweck gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt (Rdn 27 ff). Schließlich sind bei der Wahl des Gesellschaftszwecks bzw. des damit regelmäßig zusammenfallenden Unternehmensgegenstands (Rdn 9) auch diejenigen Rechtsnormen und allgemeinen Grundsätze zu beachten, die für bestimmte Geschäftstätigkeiten die Verwendung einer besonderen Gesellschaftsform zwingend vorschreiben (Rdn 17 f) oder sich aus dem Landesrecht ergeben (Rdn 20).
- 2 In **persönlicher** Hinsicht läßt § 1 seit der Reform von 1980 (Rdn 3) wahlweise neben der **Mehrpersonengründung** auch die **Errichtung durch einen Gründer** genügen (sog. Einmanngründung). Er verzichtet damit trotz der unverändert beibehaltenen Terminologie („Gesellschaftsvertrag“) auf das früher zwingend geltende Gründungserfordernis eines Vertragsschlusses und läßt daneben auch die Errichtung durch einseitiges Rechtsgeschäft zu. Zu den Anforderungen an die Person des oder der Gründer vgl. § 2, 70 ff, zu den Problemen der Einmanngründung Rdn 43.

### 2. Reform

- 3 Die Errichtung der GmbH seitens **einer** Person als Gründer, die sog. **Einmanngründung**, ist durch Aufnahme des Zusatzes „durch eine oder mehrere Personen“ in § 1 sowie durch eine Reihe von Folgeänderungen (§§ 2 Abs. 1<sup>1</sup>S. 1, 7 Abs. 2 S. 3, 8 Abs. 2, S. 2, 19 Abs. 4, 60 Abs. 1 Nr. 5) im Zuge der GmbH-Novelle 1980 zugelassen worden. Damit wurde einem in der Reformdiskussion mehrfach geäußerten Wunsch<sup>1</sup> entsprochen, der Zulässigkeit der Einmann-GmbH auch schon im Gründungsstadium Rechnung zu tragen und auf die bis dahin erforderliche Einschaltung eines sog. Strohmans oder Treuhänders in den Gründungsakt (vgl. näher Vorauf. § 2, 49 f) zu verzichten. Dieser Schritt ist im Grundsatz zu begrüßen, da er den geänderten Gesellschaftsstrukturen auch bei den Gründererfordernissen Rechnung trägt. Allerdings wirft die Ausgestaltung der Einmanngründung eine Reihe von Fragen auf (vgl. näher Rdn 40 ff). Das

<sup>1</sup> Vgl. etwa Hueck/Lutter/Mertens/Rehbinder/  
Ulmer/Wiedemann/Zöllner Thesen und Vor-  
schläge zur GmbH-Reform, Bd. II (1972) S. 36 ff;

Ulmer in: Probleme der GmbH-Reform (1970)  
S. 42 ff, 55 ff.