

Der Begriff der Gesellschaft im Internationalen Privatrecht

Neue Herausforderungen durch den entrepreneur individuel à responsabilité limitée

Von FRAUKE WEDEMANN, Hamburg*

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	543
B. Charakteristika des entrepreneur individuel à responsabilité limitée	545
C. Meinungsstand zum Begriff der Gesellschaft im Internationalen Privatrecht	547
I. Begriffsbestimmung	547
1. Rechtsprechung und Literatur	547
a) Kriterien	547
b) Insbesondere: Das Kriterium der hinreichenden Organisationsstruktur	550
2. Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht	554

* Abgekürzt werden zitiert: *Bamberger/Roth*, Kommentar zum BGB² II und III (2008) (zitiert: *Bamberger/Roth [-Bearb.]*); *Basler Kommentar zum IPRG*² (2007) (zitiert: *Basler Komm. (-v. Planta/Eberhard)*); *v. Bar*, Internationales Privatrecht II (1991); *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten³ (2009) (zitiert: *Ehlers [-Tietje]*); *Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch¹² II (2008) (zitiert: *Erman [-Bearb.]*); *Frenz*, Handbuch Europarecht I (2004); *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵ (2010) (zitiert: *Geiger/Khan/Kotzur [-Kotzur]*); *Göthel*, Joint Ventures im Internationalen Privatrecht (1999); *L. Huber*, Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht (1992); Internationales Vertragsrecht⁷, hrsg. von *Reithmann/Martiny* (2010) (zitiert: *Reithmann/Martiny [-Bearb.]*); *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht⁹ (2004); *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht? (2000); *Looschelders*, Internationales Privatrecht – Art. 3-46 EGBGB (2004); *T.M. Mayer*, Die organisierte Vermögensseinheit gemäß Art. 150 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (1998); Münchener Kommentar zum BGB⁵ V (2009), X, XI (2010) (zitiert: *Münch. Komm. BGB [-Bearb.]*); *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁰ (2011) (zitiert: *Palandt [-Bearb.]*); *Piedelièvre*, L'entreprise individuelle à responsabilité limitée: Deffrénois 2010, 1417–1439; *Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch¹² X (1996) (zitiert: *Soergel [-Bearb.]*); *v. Staudinger*, Kommentar zum BGB: Internationales Gesellschaftsrecht (Neubearbeitung 1998) (zitiert: *Staudinger [-Großfeld]*); *Terlau*, Das Internationale Privatrecht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (1999); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II (2004); Zürcher Kommentar zum IPRG² (2004) (zitiert: *Zürch. Komm. [-Vischer]*).

II. Anwendung auf Gebilde wie den <i>entrepreneur individuel à responsabilité limitée</i>	555
III. Orientierungshilfe durch das französische Internationale Gesellschaftsrecht?	556
D. Alternative: Anwendung der Regeln über die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft?	557
I. Wirkungsstatut	558
1. Inhalt.	558
2. Eignung?	558
II. Differenzierung nach dem Normzweck.	560
1. Inhalt.	560
2. Eignung?	561
III. Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz des Unternehmers	561
1. Inhalt.	561
2. Eignung?	561
IV. Sitz- und Gründungstheorie	562
1. Inhalt.	562
2. Eignung?	562
E. Neujustierung des Begriffs »Gesellschaft« im autonomen Kollisionsrecht.	564
I. Begriffsbestimmung	564
II. Die einzelnen Merkmale	565
1. Verselbständigte Gebilde	565
2. Rechtliche Bedeutung für Dritte	566
a) Erfordernis des Verkehrsschutzes	566
b) Konsequenzen	568
3. Kein einschränkendes Kriterium: Existenz eines für den Rechtsverkehr erkennbaren Sitzes	569
F. Gesellschaften unter dem Schutz von AEUV, EWR oder anderen völkerrechtlichen Verträgen.	571
I. AEUV.	571
1. Erwerbszweck	571
2. Rechtsfähigkeit oder Verselbständigung?	571
3. Voraussetzungen einer hinreichenden Verselbständigung.	574
4. Rechtliche Bedeutung für Dritte	575
5. Maßgeblichkeit des nationalen Gründungsrechts	575
6. Konsequenzen	576
II. EWR	577
III. Deutsch-amerikanischer Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag	578
G. Zusammenfassung	579
Summary: The Concept of »Company« in the Conflict of Laws – Does it Encompass the » <i>entrepreneur individuel à responsabilité limitée</i> «?	580

A. Einleitung

Die Vermehrung der Rechtsformen für kleine und mittlere Unternehmen steht im In- und Ausland seit einigen Jahren im Fokus gesetzgeberischer Reformüberlegungen. Aufsehenerregend sind die jüngsten Entwicklungen in Frankreich. Am 1. 1. 2011 wurde dort der »entrepreneur individuel à responsabilité limitée« (EIRL) eingeführt.¹ Einzelunternehmer haben damit die Möglichkeit, ohne Bildung eines neuen Rechtssubjekts eine Haftungsbeschränkung herbeizuführen. In der deutschen Rechtspraxis hatten derartige Rechtsformen bislang keine Bedeutung: Verschiedene Bemühungen um die Etablierung eines vergleichbaren Modells im deutschen Recht verliefen im Sande.² Von der in Portugal bereits im Jahr 1986 eingeführten »estabelecimento individual de responsabilidade limitada«³ macht die Praxis keinen Gebrauch.⁴ In der Rechtswirklichkeit ebenfalls bedeutungslos blieb die im liechtensteinischen Recht⁵ von 1926 bis 1980 verankerte »Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung«.⁶ Der in El Salvador etablierte »empresa individual de responsabilidad limitada«⁷ hat jedenfalls in Deutschland keine praktische Relevanz.

¹ Loi n° 2010-658, ordonnance n° 2010-1512, décrets n° 2010-1648, n° 2010-1706.

² Zu den Avantgardisten gehört insbesondere der österreichische Jurist *Pisko*, Die beschränkte Haftung des Einzelkaufmanns, Eine legislatorische Studie: GrünhutsZ 37 (1910) 699–796. Seine Vorschläge trafen auf Zustimmung von *Ehrenberg (-Feine)*, Handbuch des gesamten Handelsrechts III/3 (1929) 432; *Schilling*, Die Einmannsgesellschaft und das Einzelunternehmen mbH: JZ 1953, 161–167 (164ff.). Für die Einführung einer Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung bereits zuvor *Passow*, Die wirtschaftliche Bedeutung der Organisation der Aktiengesellschaft (1907) 222 mit N. 1. Den jüngsten Versuch unternahm das bayerische Staatsministerium der Justiz, das 2006 einen entsprechenden – im Jahr 2007 überarbeiteten – Gesetzesvorschlag vorlegte, vgl. hierzu *K. Schmidt*, Brüderchen und Schwesterchen für die GmbH?: DB 2006, 1096–1099 (1097). Dieses Projekt wird derzeit nicht weiter verfolgt.

³ Eingeführt durch Decreto-Lei n.º 248/86, zuletzt geändert durch Decreto-Lei n.º 8/2007. Zum Charakter als Zweckvermögen ohne Rechtspersönlichkeit *Antunes*, Portugal, in: Die Gründung einer Tochtergesellschaft im Ausland³, hrsg. von *Lutter* (1995) 588–627 (591).

⁴ *Stieb*, Portugal, in: Handbuch des internationalen Gesellschaftsrechts, hrsg. von *Süß/Wachter* (2006) 1255–1288 (1259).

⁵ Artt. 834–896a Personen- und Gesellschaftsrecht. Nach der Botschaft zum Gesetz handelte es sich hierbei nicht um eine juristische Person, vgl. *O. C. Meier*, Die Liechtensteinische Privatrechtliche Anstalt (1979) 53. Dem schlossen sich verschiedene Autoren an, vgl. *Hustedt*, Grundzüge des costaricanischen Rechts der Handelsgesellschaften sowie des Einzelunternehmens mit beschränkter Haftung (1996) 173; *Meier* (diese Note) 53 mit N. 27; *Schilling* (oben N. 2) 166. Anderer Ansicht *Bühler*, Die Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung (1948) 35; *Hallstein*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den Auslandsrechten, verglichen mit dem deutschen Recht: RabelsZ 12 (1938/39) 341–451 (434); *H. M. Schmidt*, Die »Eigenschaftige Unternehmung«: GmbH-Rdsch. 1959, 105–107 (107).

⁶ *Gubser*, Grundriss der liechtensteinischen Gesellschaftsrechtsreform (1980) 51.

⁷ Artt. 600–622 Código de Comercio. Als Einzelunternehmen mit beschränkter Haftung

Der französische EIRL wird für die deutsche Rechtspraxis hingegen erhebliche Bedeutung erlangen. Verschiedene Seiten sprechen der neuen Rechtsform großes Erfolgspotential zu. So schätzt die französische Regierung, dass bis Ende 2012 100.000 EIRL gegründet werden.⁸ Assemblée Nationale und Sénat sehen ebenfalls großen Bedarf für die neue Rechtsform.⁹ Auch in Wissenschaft und Praxis finden sich – neben kritischen Äußerungen¹⁰ – zahlreiche Stimmen, die auf die große Bedeutung dieses Projekts hinweisen.¹¹ Hintergrund der positiven Einschätzung ist die vergleichsweise geringe Verbreitung der »entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée« (EURL) – dem Pendant zur deutschen Einpersonen-GmbH.¹² Der mangelnde Erfolg der EURL wird nicht nur auf kulturelle Ursachen, sondern auch auf ihre gesetzliche Ausgestaltung zurückgeführt.¹³

Die Vermehrung der Rechtsformen für kleine und mittlere Unternehmen stellt das Internationale Privatrecht vor neue Herausforderungen. Es gilt, für die kollisionsrechtliche Behandlung von Gebilden wie dem EIRL konsistente Lösungen zu entwickeln. Erwägenswert ist eine Anwendung

bezeichnete Rechtsformen finden sich auch in Costa Rica und Panama. Anders als der salvadorianische Einzelunternehmer sind diese jedoch juristische Personen. Vgl. *Hustedt* (oben N. 5) 148, 167.

⁸ Etude d'impact, *Projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* (EIRL) (janvier 2010) S. 17, im Internet unter <http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/EI_eirl.pdf>.

⁹ *Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale*, Rapport N° 2298, 10. 2. 2010, S. 5; *Commission mixte paritaire*, Rapport N° 2461 (Assemblée Nationale)/N° 420 (Sénat), 28. 4. 2010, S. 3f.

¹⁰ Keinen Nutzen sehen *Lucas*, EIRL, de la fausse bonne idée, à la vrai calamité: *Bull. Joly Sociétés* 2010, 311; *ders.*, Défense et illustration de l'EURL: *Droit & patrimoine* (Dr. et patr.) 2010, Nr. 191, S. 67–73; *Sénéchal*, Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives, ebd. S. 89–97 (96). Kritisch auch *Dondero*, EIRL – Duo in carne una: *JCP G* 2010, 2372–2375 (2372); *Dubuisson*, L'EURL est adopté!: *JCP E* 2010, Nr. 22, S. 3–6 (5).

¹¹ Besonders eindringlich *Roussel*, Un statut juridique et fiscal pour l'entrepreneur individuel: enfin!: *Dr. et patr.* 2010, Nr. 189, S. 17–19 (17). Ferner *Dauriac/Grare-Didier*, *Projet d'EURL: l'enjeu pour la famille*: *Defrénois* 2010, 819–827 (819); *Letellier*, Les insuffisances de l'EURL: *Dr. et patr.* 2010, Nr. 191, S. 73–74 (74); *ders.*, Les avantages de l'EURL, ebd. S. 77–78; *Notté*, L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée: *JCP E* 2010, Nr. 5, S. 3–4 (3); *Revet*, *Dr. et patr.* 2010, Nr. 191, S. 55 (55); *de Roux*, *Esprit général du projet de loi*: ebd. S. 62–64 (62).

¹² Vgl. Etude d'impact (oben N. 8) S. 4: »les EURL ne représentent que 6,2% du total des entreprises en 2008 alors que près de la moitié des entreprises existantes sont toujours constituées sous forme d'entreprises individuelles et continuent de l'être. La tendance semble s'accroître si l'on prend les chiffres du premier semestre 2009 [...] les entreprises individuelles représentent plus de 73% des créations d'entreprises [...] les EURL ne représentent plus que 5% des créations [...]«; Rapport N° 2298 (oben N. 9) S. 9; *Marmoz*, L'EURL: nouvelle technique d'organisation de l'entreprise: *D.* 2010, 1570–1580 (1570); *Notté* 3; *Roussel* 18 (beide vorige Note).

¹³ *Letellier* (oben N. 11) 74; *Marmoz* (vorige Note) 1570; *de Roux* (oben N. 11) 63; *Terré*, Préambule, in: *EURL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, hrsg. von *Terré* (2011) 1–9 Rz. 8.

der Anknüpfungsregeln des Internationalen Gesellschaftsrechts. Jedoch stellt sich hier ein Problem: Inwieweit handelt es sich bei diesen Gebilden um Gesellschaften i. S. d. Internationalen Privatrechts? Angesichts der bisherigen Bedeutungslosigkeit von Einzelunternehmern mit beschränkter Haftung ist nicht gewährleistet, dass die Abgrenzungskriterien, die Rechtsprechung und Literatur bislang für den Anknüpfungsgegenstand »Gesellschaft« entwickelt haben, eine hinreichende Hilfe für die Lösung dieses Problems bieten.

Diese aktuelle Problematik nimmt der vorliegende Beitrag zum Anlass, die herkömmliche Bestimmung des Begriffs der »Gesellschaft« im IPR auf den Prüfstand zu stellen und ihm schärfere Konturen zu verleihen. Zunächst stellt er die Charakteristika des EIRL vor (B.). Sodann erörtert er die von Rechtsprechung und Literatur bislang zur Konkretisierung des Anknüpfungsgegenstands »Gesellschaft« herausgearbeiteten Kriterien und untersucht, ob der EIRL danach eine Gesellschaft darstellt (C.). Er beleuchtet, welche alternativen Anknüpfungsmöglichkeiten für diese Rechtsform in Betracht kommen, und zeigt deren Nachteile auf (D.). Anschließend entwickelt er eine neue Definition für den Anknüpfungsgegenstand »Gesellschaft« (E.). Zudem untersucht er, welche Gebilde als Gesellschaften im Sinne der Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit (Art. 54 AEUV, 34 EWR) sowie von Art. XXV des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags zwischen Deutschland und USA zu behandeln sind und erläutert die daraus folgenden kollisionsrechtlichen Konsequenzen (F.).

B. Charakteristika des *entrepreneur individuel à responsabilité limitée*

Macht ein Unternehmer – sei es ein Freiberufler, Handwerker, Landwirt¹⁴ oder (Klein-)Gewerbetreibender¹⁵ – von der Rechtsform des EIRL Gebrauch, entsteht gemäß Art. L. 526-6 al. 1 C. Com. kein neues Rechtssubjekt. Vielmehr bilden sich zwei getrennte Vermögensmassen: das dem Unternehmen zugeordnete Vermögen (*patrimoine affecté*) sowie das Privatvermögen des Unternehmers. Für das französische Recht bedeutet die Abkehr vom bislang dort herrschenden Dogma der Einheitlichkeit des Vermögens eine »(kleine) Revolution«.¹⁶

¹⁴ Vgl. Art. L. 526-7 n° 3 C. Com.

¹⁵ Vgl. Lienhard, *Entreprise individuelle à responsabilité limitée: naissance du patrimoine d'affectation*: D. 2010, 252–253 (252): »toute personne physique, sans distinction d'activité professionnelle«; Martin, *L'affectation d'un patrimoine: constitution du patrimoine*, in: EIRL (oben N. 13) 25–39 Rz. 55.

¹⁶ Dinh, *L'EIRL, un hybride en droit français*: JCP E 2010, Nr. 46, S. 9–22 (10); Dubuisson (oben N. 10) S. 3; de Roux (oben N. 11) 62. Gleichsinnig Libchaber, *Feu la théorie du patrimoine*: Bull. Joly Sociétés 2010, 316–317 (316).

Die Bildung des *patrimoine affecté* erfolgt durch Hinterlegung einer Erklärung beim zuständigen Register, die insbesondere eine Auflistung und Beschreibung der Bestandteile des *patrimoine affecté*¹⁷ sowie eine Bezeichnung des Gegenstands des Unternehmens enthält, dem das Vermögen zugeordnet werden soll (Artt. L. 526-7, R. 526-3 C. Com.). Der Rechtsverkehr kann die Vermögenstrennung nicht nur anhand des Registers, sondern auch an der Firma erkennen. Diese muss die Bezeichnung »Entrepreneur individuel à responsabilité limitée« oder die Abkürzung »EIRL« enthalten (Art. L. 526-6 al. 3 C. Com.).

Der *patrimoine affecté* umfasst gemäß Art. L. 526-6 al. 2 C. Com. zwei Gruppen von Aktiva und Passiva des Unternehmers: (1) die für die unternehmerische Tätigkeit notwendigen (*nécessaires*¹⁸), ohne dass es auf einen entsprechenden Zuordnungswillen des Unternehmers ankommt¹⁹; (2) die für die unternehmerische Tätigkeit verwendeten (*utilisés*), sofern sich der Unternehmer für deren Zuordnung zum *patrimoine affecté* entscheidet. Eine Rolle spielt diese willensabhängige Zuordnung insbesondere bei Gütern, die sowohl privat als auch beruflich genutzt werden.²⁰ Nach Errichtung des *patrimoine affecté* kann eine Veränderung dieses Vermögens durch eine formelle Ergänzung der beim Register hinterlegten Erklärung dokumentiert bzw. herbeigeführt werden.²¹ Eine solche Ergänzung schreibt das Gesetz für Aktiva vor, die nicht zum Geldvermögen gehören und deren Wert 30.000 € überschreitet (Art. L. 526-10 al. 2, D. 526-5 C. Com.). Im Übrigen²² gilt der gemäß Art. L. 526-14 al. 1 C. Com. jährlich beim Register einzureichende Jahresabschluss des Unternehmens als Aktualisierung der Erklärung (Art. L. 526-14 al. 2 C. Com.).

Die Bildung zweier Vermögensmassen wirkt sich auf die Haftung des Unternehmers aus: Für aus der unternehmerischen Tätigkeit resultierende Verbindlichkeiten haftet grundsätzlich allein der *patrimoine affecté*, für alle anderen Schulden grundsätzlich allein das Privatvermögen des Unternehmers (Art. L. 526-12 C. Com.). Im Fall eines Betrugs, eines schweren Verstoßes gegen die in Art. L. 526-6 al. 2 C. Com. normierten Regeln zur Vermögenstrennung oder gegen die Vorschriften zur Buchführung haftet jedoch ausnahmsweise das gesamte Vermögen (Art. L. 526-12 al. 7 C.

¹⁷ Art. L. 526-8 n° 1 C. Com. verlangt: »Un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur«.

¹⁸ *Piedelièvre* 1423 merkt an, dass der Begriff restriktiv zu verstehen und seine exakte Bestimmung schwierig sei; ebenso *Martin* (oben N. 15) Rz. 61.

¹⁹ Zur Irrelevanz des Zuordnungswillens *Dauriac/Grare-Didier* (oben N. 11) 821; *Martin* (oben N. 15) Rz. 61; *Piedelièvre* 1423.

²⁰ *Martin* (oben N. 15) Rz. 62; *Piedelièvre* 1423f.

²¹ Zur Problematik der dinglichen Surrogation *Mallet-Bricout*, L'affectation d'un patrimoine: fonctionnement et cessation, in: EIRL (oben N. 13) 41–64 Rz. 87 ff.; *Piedelièvre* 1434.

²² Zum Zusammenspiel der beiden Mechanismen *Dubuisson* (oben N. 10) S. 5.

Com.).²³ Zudem können Privatgläubiger auf die im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr vom Unternehmen erzielten Gewinne zugreifen, sofern das Privatvermögen nicht zur ihrer Befriedigung ausreicht (Art. L. 526-12 al. 8 C. Com.).²⁴

Der *patrimoine affecté* kann durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf eine andere Person übertragen werden (Art. L. 526-17 C. Com.). Im Fall des Übergangs auf eine natürliche Person setzt sich bei dieser die Vermögens-trennung fort. Bei Erwerb durch eine juristische Person endet sie hingegen. Nach der Übertragung haftet für die aus der unternehmerischen Tätigkeit resultierenden Verbindlichkeiten grundsätzlich allein der Erwerber.

Im Fall des Todes des Unternehmers endet grundsätzlich die Vermögens-trennung, wobei die Gläubiger des Erblassers grundsätzlich nur auf die Ver-mögenswerte zugreifen können, auf die sie auch im Zeitpunkt des Todes Zugriff gehabt hätten (Art. L. 526-15 C. Com.). Jedoch haben die Rechts-nachfolger die Möglichkeit, die Fortsetzung der mit dem *patrimoine affecté* verbundenen unternehmerischen Tätigkeit zu erklären (Art. L. 526-16 C. Com.). Die Vermögens-trennung besteht dann fort.

C. Meinungsstand zum Begriff der Gesellschaft im Internationalen Privatrecht

I. Begriffsbestimmung

Mangels Kodifikation des IPR der Gesellschaften findet sich im deut-schen Recht keine Legaldefinition des Anknüpfungsgegenstands »Gesell-schaft«. Die Begriffsbestimmung obliegt daher Rechtsprechung und Lite-ratur. Auch der Referentenentwurf des Gesetzes zum Internationalen Pri-vatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, den das Bundesministerium der Justiz (BMJ) am 7. 1. 2008 vorgestellt hat, enthält keine Definition. Allerdings lassen sich ihm verschiedene Anhaltspunkte für das zugrundeliegende Begriffsverständnis entnehmen.

1. Rechtsprechung und Literatur

a) Kriterien

In der Literatur zum deutschen Sachrecht finden sich verschiedene Um-schreibungen des Gesellschaftsbegriffs. Die einen bezeichnen als Gesell-schaft jede privatgeschäftlich begründete Personenvereinigung zur Verfol-

²³ Hierzu *Dinh* (oben N. 16) S. 12f.

²⁴ Hierzu *Marmoz* (oben N. 12) 1578; *Pfeifer*, Die Reform der Haftungsbeschränkung im französischen Recht: GmbH-Rdsch. 2010, 972–977 (975); *Piedelièvre* 1432.

gung eines gemeinsamen Zwecks.²⁵ Andere sprechen statt von »Personenvereinigung« von »Organisation«.²⁶ Im IPR ist das Verständnis vom Anknüpfungsgegenstand »Gesellschaft« einerseits weiter²⁷, andererseits aber auch enger. Im Einzelnen wird bei der Beurteilung, welche Gebilde als Gesellschaft i. S. d. Kollisionsrechts einzuordnen sind, wie folgt differenziert:

(1) *Rechtsfähige Gebilde.* – Rechtsfähige Gebilde fallen ohne weitere Voraussetzung in den Anwendungsbereich des Internationalen Gesellschaftsrechts.²⁸

(2) *Nichtrechtsfähige Personenvereinigungen.* – Für nichtrechtsfähige Personenvereinigungen gelten nach h. M.²⁹ die Regeln des Internationalen Gesellschaftsrechts, wenn sie eine nach außen hervortretende Organisation aufweisen; manche Autoren³⁰ ergänzen, dass die Organisationsstruktur dauerhaft sein müsse. Nicht gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sind nach h. M. dementsprechend Innen-³¹ und Gelegenheitsgesellschaften³², d. h. Zusam-

²⁵ Saenger, Gesellschaftsrecht (2010) Rz. 1; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980) § 1 I 1; Windbichler, Gesellschaftsrecht²² (2009) § 1 Rz. 1, die darauf hinweist, dass es sich um eine bewährte Kurzbezeichnung nicht ohne Unschärfen in den Randbereichen handele.

²⁶ Grunewald, Gesellschaftsrecht⁷ (2008) Einf Rz. 1.

²⁷ Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 3.

²⁸ Staudinger (-Großfeld) Rz. 14; Bamberger/Roth (-Mäsch) Anh Art. 12 EGBGB Rz. 70; Palandt (-Thorn) Anh Art. 12 EGBGB Rz. 1 ff., 22. So im Ergebnis – bei der Qualifikation von Personenhandelsgesellschaften – auch BGH 13. 7. 1959, WM 1959, 1110; 26. 9. 1966, NJW 1967, 36 (38); 25. 5. 2009, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2009, 1106; OLG Düsseldorf 10. 2. 1994, DB 1994, 2492 (2493); OLG Frankfurt 11. 7. 1985, IPRax 1986, 373 (374); OLG Karlsruhe 24. 1. 2001, NZG 2001, 748 (749).

²⁹ Ebenroth, Neuere Entwicklungen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht – Teil 1: JZ 1988, 18–30 (23 f.); Frankenstein, Internationales Privatrecht II (1929) 337 ff.; Göthel 68 ff.; Staudinger (-Großfeld) Rz. 14, 746; Reithmann/Martiny (-Hausmann) Rz. 5183 f.; Erman (-Hohloch) Anh II Art. 37 EGBGB Rz. 36; Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 282 ff.; Knöfel, Internationales Sozietätsrecht: RIW 2006, 87–94 (88 f.); Looschelders Anh Art. 10 Rz. 2, Art. 37 Rz. 15; Soergel (-Lüderitz) Anh Art. 10 EGBGB Rz. 64; Bamberger/Roth (-Mäsch) Anh Art. 12 EGBGB Rz. 70, 72; Spindler/Stilz (-H.-F. Müller), Kommentar zum AktG² II (2010) IntGesR Rz. 24; Palandt (-Thorn) Anh Art. 12 EGBGB Rz. 22. Damit im Ergebnis korrespondierend BGH 17. 12. 1953, IPRspr. 1952/53 Nr. 20 (S. 56): »Rechtsverhältnisse auch der nichtrechtsfähigen Handelsgesellschaften [...] dem Recht des Sitzes der Gesellschaft zu unterstellen«; BGH 3. 2. 1999, NJW 1999, 1871; ferner OLG Frankfurt 9. 4. 1998, RIW 1998, 807: gesellschaftsrechtliche Qualifikation einer (nach damaliger h. M. nichtrechtsfähigen) Außengesellschaft. Abweichend hingegen OLG Karlsruhe 24. 1. 2001 (vorige Note) 749: in jedem Fall schuldvertragliche Qualifikation einer (nach damaliger h. M. nichtrechtsfähigen) Gesellschaft bürgerlichen Rechts; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts³ (-Schaffelhuber/Sölch) I (2009) § 31 Rz. 76 f.

³⁰ Knöfel (vorige Note) 88; Bamberger/Roth (-Mäsch) Anh Art. 12 EGBGB Rz. 70.

³¹ BGH 10. 2. 2009, NJW 2009, 1482; 13. 9. 2004, NJW 2004, 3706 (3708); OLG Hamburg 18. 5. 2001, NJW-RR 2001, 1012 (1013 f.); OLG Frankfurt 9. 4. 1998 (oben N. 29) 808; Staudinger (-Großfeld) Rz. 772 f., 777; Reithmann/Martiny (-Hausmann) Rz. 5184; Erman (-Hohloch) Anh II Art. 37 EGBGB Rz. 36; Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 287; Looschelders Art. 37 Rz. 15; Münch. Komm. BGB (-Martiny) Art. 1 Rom I-VO Rz. 67; Bamberger/Roth (-Mäsch) Anh Art. 12 EGBGB Rz. 72; Spindler/Stilz (-Müller) (oben N. 29) IntGesR

menschlüsse, die nur vorübergehend zur Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte oder für ein bestimmtes einzelnes Vorhaben eingegangen werden³³; auf diese fänden vielmehr die Vorschriften des Internationalen Schuldvertragsrechts Anwendung. Die Ausklammerung von »Gelegenheitsgesellschaften ohne körperschaftliche Organisation« trifft in der Literatur aber auch auf Ablehnung: Das Zeitmoment sowie das Organisationserfordernis seien viel zu unscharf, um ein taugliches Abgrenzungskriterium abzugeben; darüber hinaus sei das Vertragskollisionsrecht nicht auf Leistungsvereinigungsverträge zugeschnitten, da es bei ihnen praktisch stets an einer für den gesamten Vertrag charakteristischen Leistung fehle.³⁴ Manche schlagen vor, das Organisationserfordernis wegen dessen mangelnder Bestimmtheit und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit durch ein anderes Differenzierungskriterium zu ersetzen: die Existenz eines für den Rechtsverkehr erkennbaren Sitzes.³⁵ Soweit ein solcher vorhanden ist, unterstehe die Gesellschaft dem Recht des erkennbaren Sitzes ihrer Hauptverwaltung. Andernfalls sei die Gesellschaft schuldvertraglich zu qualifizieren.

(3) *Nichtrechtsfähige Vermögensmassen.* – Nichtrechtsfähige Vermögensmassen mit nach außen hervortretender (dauerhafter³⁶) Organisation fallen ebenfalls in den Anwendungsbereich des Internationalen Gesellschaftsrechts.³⁷

(4) *Gewerblich-unternehmerische oder ideelle Zielsetzung.* – Die Zielsetzung des Gebildes spielt für die Qualifikation als Gesellschaft nach allgemeiner Ansicht keine Rolle.³⁸ Die Regeln des Internationalen Gesellschaftsrechts gelten demgemäß sowohl für Gebilde mit gewerblich-unternehmerischem als auch mit ideellem Zweck.

Rz. 24; *Henssler/Strohn (-Servatius)*, Gesellschaftsrecht (2011) IntGesR Rz. 6; *Palandt (-Thorn)* Art. 1 Rom I-VO Rz. 12; Münchener Kommentar zum GmbHG (-Weller) I (2010) Einl Rz. 318 (zitiert: Münch. Komm. GmbHG [-Weller]); *Wiedemann* § 1 IV 2 b.

³² *Erman (-Hohloch)* Anh II Art. 37 EGBGB Rz. 36; *Looschelders* Art. 37 Rz. 15; Münch. Komm. BGB (-Martiny) Art. 1 Rom I-VO Rz. 66; *Bamberger/Roth (-Mäsch)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 72; *Palandt (-Thorn)* Art. 1 Rom I-VO Rz. 12; *Wiedemann* § 1 IV 2 b. Einschränkung *Ferid*, Zur Behandlung von Anteilen an Personengesellschaften im internationalen Erbgang, in: Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht, FS Hueck (1959) 343–374 (349): »die jeglicher Organisation ermangelt, wie dies etwa bei gewissen Gelegenheitsgesellschaften (Konsortien) zutreffen kann«.

³³ *Palandt (-Sprau)* § 705 Rz. 36; *Windbichler* (oben N. 25) § 5 Rz. 12.

³⁴ *Von Bar* Rz. 645.

³⁵ *Terlau* 227 ff., 234 ff., 287 ff.

³⁶ *Bamberger/Roth (-Mäsch)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 70f.

³⁷ *Staudinger (-Großfeld)* Rz. 14, 770; Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 3, 282, 313; *Looschelders* Anh Art. 10 Rz. 2, Art. 37 Rz. 15; *Soergel (-Lüderitz)* Anh Art. 10 Rz. 64; *Spindler/Stilz (-Müller)* IntGesR (oben N. 29) Rz. 24; *Stoll*, Ausländische Vermögensstatute im deutschen internationalen Privatrecht, in: Die richtige Ordnung, FS Kropholler (2008) 247–260 (256f.).

³⁸ Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 3, 286; *Bamberger/Roth (-Mäsch)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 70.

(5) *Familien- und erbrechtliche Sondervermögen, sachenrechtliche Gemeinschaften.* – Familien- und erbrechtliche Sondervermögen und Personenvereinigungen unterliegen eigenen Kollisionsnormen (insbesondere Artt. 15, 24, 25 EGBGB) und fallen daher nicht in den Anwendungsbereich des Internationalen Gesellschaftsrechts.³⁹ Keine Anwendung findet es ferner für sachenrechtliche Gemeinschaften wie Miteigentümer- oder Wohnungseigentümergeinschaften.⁴⁰ Für diese gilt Art. 43 EGBGB.

Manche Autoren versuchen, diese verschiedenen Aspekte im Rahmen einer Definition einzufangen.⁴¹ Hierbei ziehen sie die Legaldefinition des Schweizer IPR-Gesetzes heran, das in Art. 150 I bestimmt: »Als Gesellschaften im Sinne dieses Gesetzes gelten organisierte Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten.« Diese Definition passe nicht nur für das Schweizer Kollisionsrecht, sondern umschreibe auch zutreffend den persönlichen Anwendungsbereich des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts.

b) Insbesondere: Das Kriterium der hinreichenden Organisationsstruktur

(1) *Bedeutung.* – Nach den vorstehend aufgezeigten Leitlinien bildet die Organisationsstruktur der Personenvereinigung bzw. Vermögensmasse das zentrale Kriterium für die Qualifikation als Gesellschaft. Zu den Anforderungen an die Organisationsstruktur finden sich im deutschen Schrifttum allerdings nur wenige Ausführungen. Manche meinen, dass die Organisation »körperschaftsähnlich« sein müsse.⁴² Gelegentlich wird angeführt, dass sich die Beziehungen der Gesellschafter nicht nur in einzelnen obligatorischen Rechten und Pflichten erschöpfen dürften.⁴³ Jedoch lasse »sich nicht generell sagen, wann die erforderliche innere Organisation vorliegt«.⁴⁴ Andere machen das Vorliegen einer hinreichenden Organisation daran fest, ob die Gesellschaft bewusst gegründet wurde.⁴⁵ Schließlich werden verschie-

³⁹ *Staudinger (-Großfeld)* Rz. 770; *Soergel (-Lüderitz)* Anh Art. 10 Rz. 64.

⁴⁰ BGH 25. 9. 1997, NJW 1998, 1321 (1322); Handkommentar zum BGB⁶ (-Dörner), hrsg. von R. Schulze/H. Dörner (2009) Art. 41 EGBGB Rz. 3, Art. 43 Rz. 2. Anderer Ansicht bezüglich Wohnungseigentümergeinschaften OLG Koblenz 17. 10. 1985, RIW 1986, 137.

⁴¹ *Göthel* 68; *Staudinger (-Großfeld)* Rz. 14; Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 3; *Bamberger/Roth (-Mäsch)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 70; *Spindler/Stilz (-Müller)* (oben N. 29) IntGesR Rz. 24.

⁴² *Ebenroth* (oben N. 29) 23 f.

⁴³ *Göthel* 69; *Staudinger (-Großfeld)* Rz. 746, 772. Vgl. auch Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 286.

⁴⁴ *Göthel* 69.

⁴⁵ *Frankenstein* (oben N. 29) 338 ff. Zurückhaltend *Ferid* (oben N. 32) 349: »die jeglicher Organisation ermangelt, wie dies etwa [...] zutreffen kann [...] in jenen Fällen, in denen mehrere Personen nicht bewußt eine Gesellschaft eingehen«.

dene Indizien für das Vorliegen einer hinreichenden Organisationsstruktur genannt, etwa die Schaffung spezieller Geschäftsführungs- und Vertretungsregeln⁴⁶, die Belegung eigener Räume und die Beschäftigung eigenen Personals⁴⁷.

Die Schweizer Literatur befasst sich mit der Thematik etwas eingehender. Sie zählt verschiedene Aspekte für die Prüfung der Organisationsstruktur auf. So führt sie aus, dass die Organisation nicht komplex sein müsse.⁴⁸ Vielmehr käme es darauf an, dass sie zu einem hinreichenden Verselbständigungsgrad führe.⁴⁹ Bei Personenvereinigungen sei Voraussetzung eine innere Struktur im Sinne einer zielgerichteten Ordnung der Aufgaben und Tätigkeiten⁵⁰ sowie eine Bindung der Gemeinschaft an bestimmte, dem Individualinteresse übergeordnete Verhaltensregeln.⁵¹ Für organisierte Vermögenseinheiten findet sich folgende Definition: Es handele sich um eigenständige Rechtsgebilde, die der Verfolgung bestimmter Zwecke dienen und denen hierfür ein Vermögen zugeordnet ist; bloße Zweckvermögen könnten dabei noch nicht als eigenständige Rechtsgebilde aufgefasst werden, da sie in ihrem Bestand von bestimmten Personen abhängig seien.⁵² Trotz der Bemühungen, dem Merkmal der hinreichenden Organisation Konturen zu verleihen, konstatieren verschiedene Autoren, dass die Feststellung einer hinreichenden Organisationsstruktur nicht einfach sei.⁵³ Diese Schwierigkeit kommt auch in der Formulierung zum Ausdruck, wonach das entscheidende Kriterium im Bestehen einer »gewissen, irgendwie gearteten Organisation«⁵⁴ liege, sowie in der Einschätzung, dass die Unterstellung unter den Gesellschaftsbegriff immer eine Gesamtwertung voraussetze⁵⁵. In der Folge messen auch Schweizer Autoren Indizien eine große Bedeutung zu.⁵⁶ Genannt werden z. B. die ständige Belegung von Räumlichkeiten, in welchen

⁴⁶ Göthel 70; Knöfel (oben N.29) 88; Bamberger/Roth (-Mäsch) Anh Art. 12 EGBGB Rz. 70.

⁴⁷ Knöfel (oben N. 29) 88; Bamberger/Roth (-Mäsch) Anh Art. 12 EGBGB Rz. 70.

⁴⁸ Basler Komm. (-v. Planta/Eberhard) Art. 150 Rz. 11.

⁴⁹ Huber 61 f.; Basler Komm. (-v. Planta/Eberhard) Art. 150 Rz. 11; Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht (1997) Rz. 719, 721.

⁵⁰ Basler Komm. (-v. Planta/Eberhard) Art. 150 Rz. 16. Gleichsinnig Ghandchi, Der Geltungsbereich des Art. 159 IPRG (1991) 56.

⁵¹ Huber 61; Zürcher Komm. (-Vischer) Art. 150 Rz. 25.

⁵² Mayer 27 ff., 108.

⁵³ Huber 61; Basler Komm. (-v. Planta/Eberhard) Art. 150 Rz. 16.

⁵⁴ Basler Komm. (-v. Planta/Eberhard) Art. 150 Rz. 4.

⁵⁵ Zürcher Komm. (-Vischer) Art. 150 Rz. 28.

⁵⁶ Dies betont insbesondere Huber 62: »Die Frage nach dem Grad der Verselbständigung lässt sich nicht allgemein, sondern nur anhand von Indizien beantworten. Erst die Anwendung derselben auf den konkreten Fall gibt letztlich Auskunft darüber, ob [...] sich die Anwendung des Gesellschafts-Kollisionsrechts mit seiner typischen Ausrichtung auf bestimmte Interessenlagen rechtfertigt.«

Waren oder Dienstleistungen angeboten werden⁵⁷, der Betrieb eines eigenen Büros⁵⁸ bzw. ständigen Sekretariats⁵⁹, die Ernennung von Organen⁶⁰, die Existenz einer Gesellschafterversammlung⁶¹ sowie die Möglichkeit des Ein- und Austritts von Gesellschaftern⁶².

(2) *Spezieller Anwendungsfall: Trusts.* – Im Rahmen der Qualifikation nicht-rechtsfähiger Vermögensmassen spielt das Erfordernis einer dauerhaften, nach außen sichtbaren Organisationsstruktur bisher insbesondere bei der Debatte um die kollisionsrechtliche Behandlung von *trusts* des angloamerikanischen Rechtskreises eine Rolle – eine Problematik, die auch mehr als ein halbes Jahrhundert nach der Feststellung Ernst Rabels »If there should be any part of the conflict of laws free from ›confusion‹, it is not the treatment of trusts«⁶³ nicht »ausdiskutiert«⁶⁴ ist und mangels Bestrebungen Deutschlands, dem Haager Trustübereinkommen beizutreten,⁶⁵ im deutschen IPR vorerst keiner staatsvertraglichen Lösung zugeführt werden wird. Der Fokus der Debatte richtet sich auf die Qualifikation rechtsgeschäftlich begründeter *trusts*.⁶⁶ Für die vorliegende Untersuchung aufschlussreich ist insbesondere die Diskussion über *trusts*, für die keine erb-⁶⁷ oder güterrechtliche⁶⁸ Sonderanknüpfung in Betracht kommt. Eine Ansicht spaltet den *trust* auf.⁶⁹ Die Beziehungen zwischen *trustee*, *settlor* und *beneficiary* seien schuldrechtlich

⁵⁷ Basler Komm. (-v. *Planta/Eberhard*) Art. 150 Rz. 7.

⁵⁸ Basler Komm. (-v. *Planta/Eberhard*) Art. 150 Rz. 17; *Schnyder/Liatowitsch*, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht² (2006) Rz. 871.

⁵⁹ Basler Komm. (-v. *Planta/Eberhard*) Art. 150 Rz. 7.

⁶⁰ *Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm*, Internationales Privatrecht² (2008) Kap. 10 Rz. 5f.; *Huber* 62; Basler Komm. (-v. *Planta/Eberhard*) Art. 150 Rz. 7, 17; *Schnyder/Liatowitsch* (oben N. 58) Rz. 871; *Schwander* (oben N. 49) Rz. 719.

⁶¹ *Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm* (vorige Note) Kap. 10 Rz. 5; *Schwander* (oben N. 49) Rz. 719.

⁶² *Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm* (oben N. 60) Kap. 10 Rz. 6; *Ghandchi* (oben N. 50) 56; *Huber* 63; Basler Komm. (-v. *Planta/Eberhard*) Art. 150 Rz. 17; *Schnyder/Liatowitsch* (oben N. 58) Rz. 871.

⁶³ *Rabel*, *The Conflict of Laws IV* (1958) 445.

⁶⁴ Münch. Komm. BGB (-*Sonnenberger*) Einl IPR Rz. 516. Für noch nicht abgeschlossen halten die Entwicklung in Rechtsprechung und Lehre *Kegel/Schurig* § 17 III.2.

⁶⁵ Münch. Komm. BGB (-*Birk*) Art. 25 Rz. 284; *Staudinger* (-*Dörner*), Kommentar zum BGB: Art. 25, 26 EGBGB (Neubearbeitung 2007) Vor Art. 25f. Rz. 129.

⁶⁶ Zur Qualifikation kraft Gesetzes entstehender *trusts* (*resulting* und *constructive trusts*) vgl. *Mayer* 160ff.; *Staudinger* (-*Stoll*), Kommentar zum BGB¹³; Internationales Sachenrecht (1996) Rz. 172; Zürcher Komm. (-*Vischer*) Art. 150 Rz. 18; Münch. Komm. BGB (-*Wendehorst*) Art. 43 Rz. 50.

⁶⁷ Hierzu *Mayer* 171 ff.; Münch. Komm. BGB (-*Sonnenberger*) Einl IPR Rz. 516.

⁶⁸ Hierzu *Mayer* 167; Münch. Komm. BGB (-*Sonnenberger*) Einl IPR Rz. 516.

⁶⁹ *Von Bar* Rz. 500; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts (1973) 209ff.; *Reithmann/Martiny* (-*Martiny*) Rz. 62; *Siehr*, Internationales Privatrecht (2001) § 30 II 5 b; *N. Siemers/L. Müller*, Offshore-Trusts als Mittel zur Vermögensnachfolgeplanung?: Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 1998, 206–210 (207f.); *Wittuhn*, Das internationale Privatrecht des trust (1987) 120ff. Damit liegt auf einer Linie BGH 13. 6. 1984, IPRax

zu qualifizieren. Die dinglichen Wirkungen des *trust* unterlägen hingegen den dafür jeweils maßgeblichen Statuten. Zur Begründung führt sie an, dass der *trust* dem Obligationenrecht kollisionsrechtlich näherstehe als dem Gesellschaftsrecht.⁷⁰ Gegen dieses Vorgehen werden in der Literatur erhebliche Bedenken vorgebracht:⁷¹ Wo die Abgrenzungslinie zwischen schuldrechtlicher und dinglicher Seite verläuft, sei keineswegs eindeutig und werde in der Literatur dementsprechend auch unterschiedlich beantwortet. Zudem sei fraglich, ob »es angemessen ist, ein als Einheit konzipiertes Rechtsgeschäft auf diese Weise zu zerreißen.«⁷² Diesen Bedenken tragen Autoren Rechnung, die *trusts* einem Gesamtstatut unterstellen. Manche⁷³ bevorzugen hierbei eine schuldrechtliche Qualifikation. Andere⁷⁴ wenden – in Übereinstimmung mit der in der Schweiz vor Inkrafttreten der Sonderregeln für *trusts* (Art. 149a–e Schweizer IPRG) herrschenden Auffassung⁷⁵ – auf *trusts* mit hinreichender Organisationsstruktur die Anknüpfungsregeln des Internationalen Gesellschaftsrechts an. Nur wenn eine solche Struktur fehle, käme das Vertragsstatut⁷⁶ bzw. die *lex causae* des dem *trustee* anvertrauten Rechts⁷⁷ zum Zuge. Schließlich finden sich Stimmen, welche die Lösungsansätze »Aufspaltung« und »Gesamtstatut« kombinieren: Grundsätzlich spalten sie *trusts* nach den genannten Kriterien auf; eine Ausnahme machen sie jedoch für Treuunternehmen wie den amerikanischen *business trust*, bei dem der *beneficiary* an den *trustee* Vermögen zum Zweck des Betriebs eines kaufmännischen Unternehmens überträgt.⁷⁸ Der in diesen Fällen

1985, 221 (223 f.): Beurteilung, ob die Abtretung einer Forderung an einen *trust* möglich ist, nach dem Forderungsstatut.

⁷⁰ *Von Bar* Rz. 500.

⁷¹ Münch. Komm. BGB (-*Sonnenberger*) Einl IPR Rz. 516.

⁷² Münch. Komm. BGB (-*Sonnenberger*) Einl IPR Rz. 516. Vgl. auch Münch. Komm. BGB (-*Wendehorst*) Art. 43 Rz. 52.

⁷³ Münch. Komm. BGB (-*Wendehorst*) Art. 43 Rz. 51.

⁷⁴ *Soergel* (-*Lüderitz*) Anh Art. 10 Rz. 64; *Kegel/Schurig* § 17 III.1; *Bamberger/Roth* (-*Mäsch*) Anh Art. 12 EGBGB Rz. 71. Von einer Analogie zum Gesellschaftsrecht spricht *Staudinger* (-*Stoll*) (oben N. 66) Rz. 174.

⁷⁵ Schweizer Bundesgericht 3. 9. 1999, Sem. jud. 122 (2000) 269 (271 f.); *Mayer* 103 ff.; *Honsell/Vogt/Schnyder* (-v. *Planta*), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht (1996) Art. 150 Rz. 12 f.; *Schnyder/Liatowitsch* (oben N. 58) Rz. 855, 870; Zürcher Komm. (-*Vischer*) Art. 150 Rz. 13 ff. Anderer Ansicht *Siehr*, Der Trust im IPR, in: *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit* (2002) 297–309 (307 ff.).

⁷⁶ *Bamberger/Roth* (-*Mäsch*) Anh Art. 12 EGBGB Rz. 71.

⁷⁷ *Staudinger* (-*Stoll*) (oben N. 66) Rz. 174.

⁷⁸ *Czermak*, Der express trust im internationalen Privatrecht (1986) 197 ff., 202 ff.; Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 310, 313. Die Notwendigkeit der Anwendbarkeit der Regeln des Internationalen Gesellschaftsrechts auf den *business trust* betont auch *Stoll* (oben N. 37) 256 f. Aus liechtensteinischer Perspektive *G. Meier*, Grundstatut und Sonderanknüpfung im IPR des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts (1979) 157 ff.

durch die Vermögensdynamisierung erhöhte Organisationsgrad⁷⁹ habe eine Verlagerung des Schwerpunktes auf das zu verwaltende Vermögen zur Folge,⁸⁰ wodurch der Ort des Geschäftsbetriebs des Treuunternehmens zum entscheidenden Anknüpfungskriterium werde.⁸¹ Die kollisionsrechtliche Behandlung gestalte sich daher »ähnlich« der Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts⁸² bzw. analog der gesellschaftsrechtlichen Kollisionsnormen⁸³.

2. Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht

Der Referentenentwurf des Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 7. 1. 2008 enthält keine Definition des Gesellschaftsbegriffs. Allerdings geben Art. 10 EGBGB Referentenentwurf (Ref-E) sowie die Entwurfsbegründung verschiedene Anhaltspunkte für ein Begriffsverständnis, das mit den in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien kongruiert. Die Begründung führt aus, dass der in den vorgeschlagenen Vorschriften verwendete Begriff der »Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen« untechnisch zu verstehen sei.⁸⁴ Er erfasse sämtliche Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts. Ob ein Gebilde einen Erwerbszweck verfolge, spiele keine Rolle. Die Bedeutung der Organisationsstruktur für das Vorliegen einer Gesellschaft i. S. d. Kollisionsrechts kommt in Art. 10 I 2 EGBGB Ref-E zum Ausdruck. Dieser bestimmt, dass Gesellschaften, die nicht oder noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen sind, dem Recht des Staates unterliegen, *nach dem sie organisiert sind*. Die Entwurfsbegründung stellt zudem ausdrücklich klar, dass die Regelung zum Internationalen Gesellschaftsrecht keine Anwendung finde, wenn eine Organisation nicht festgestellt werden kann.⁸⁵ Dies werde insbesondere bei reinen Innengesellschaften regelmäßig der Fall sein. Mit der Differenzierung zwischen Gebilden mit und ohne Organisationsstruktur folgt der Ref-E dem Vorschlag zur Reform des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts, den die Spezialkommission »Internationales Gesellschaftsrecht« des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht ausgearbeitet hat.⁸⁶ Zwar bezieht der Kommissionsvorschlag Gesellschaften ohne hinreichende Organisation mit ein, unterstellt

⁷⁹ In Bezug auf Treuunternehmen des liechtensteinischen Rechts so auch *Meier* (vorige Note) 158.

⁸⁰ *Czermak* (oben N. 78) 198.

⁸¹ Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 313.

⁸² Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 313.

⁸³ *Czermak* (oben N. 78) 196ff.

⁸⁴ Der Ref-E ist abrufbar unter <www.bmj.bund.de> – Begründung, S. 9.

⁸⁵ Begründung, S. 9.

⁸⁶ Siehe Art. 10 III des Vorschlags einschließlich Erläuterungen sowie den Sitzungsbericht vom 21. 5. 2004, in: Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, hrsg. von *Sonnenberger* (2007) 11, 22f., 226.

diese jedoch grundsätzlich den allgemeinen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse.⁸⁷

II. Anwendung auf Gebilde wie den *entrepreneur individuel à responsabilité limitée*

Die gesellschaftsrechtliche Qualifikation von nichtrechtsfähigen Einzelunternehmen mit beschränkter Haftung wie dem französischen EIRL hängt nach der herkömmlichen Betrachtungsweise davon ab, ob sie die erforderliche Organisationsstruktur aufweisen. Beim EIRL erweist sich dieses Kriterium jedoch als problematisch: Es gibt sowohl Aspekte, die für die Annahme einer hinreichenden Organisationsstruktur sprechen, als auch solche, die sich dagegen anführen lassen.

Dafür spricht, dass der Unternehmer von dieser Rechtsform bewusst Gebrauch macht, der *patrimoine affecté* der Verfolgung eines bestimmten Zwecks – dem Betrieb eines Unternehmens – dient und einen beträchtlichen Vonselbständigungsgrad erreicht. Dieser manifestiert sich u. a. in der eigenständigen Firmierung und Registrierung, der Haftungsbeschränkung und der Möglichkeit des Übergangs auf eine andere Person kraft Rechtsgeschäfts oder von Todes wegen.

Gegen die Annahme einer hinreichenden Organisationsstruktur lässt sich anführen, dass dem EIRL verschiedene Merkmale der von manchen Autoren verlangten körperschaftsähnlichen Organisation fehlen: Der EIRL verfolgt keinen überindividuellen Zweck, hat keine Organe und kein Organisationsstatut. Zudem endet die Vermögenstrennung grundsätzlich mit dem Tod des Unternehmers. Diese Personenabhängigkeit bildet auch für die Literaturstimmen ein Hindernis, die zwar keine körperschaftsähnliche Organisation verlangen, die gesellschaftsrechtliche Qualifikation bloßer Zweckvermögen jedoch mit der Begründung ablehnen, dass diese Vermögen in ihrem Bestand von bestimmten Personen abhängig seien.

Die von deutschen und schweizerischen Autoren verschiedentlich vorgeschlagene Indizienbetrachtung liefert kein eindeutiges Ergebnis. Das Vorliegen einiger von ihnen genannten Indizien scheidet von vornherein aus. So kommt beim EIRL weder die Ermöglichung des Ein- und Austritts von Gesellschaftern noch die Schaffung von Organen oder speziellen Geschäftsführungsregeln in Betracht. Aus diesem Befund kann man zwei unterschiedliche Schlussfolgerungen ziehen: (1) Man betrachtet diese Indizien als

⁸⁷ Art. 10 III 2 des Vorschlags (vorige Note). Daneben gelangen nach dem Vorschlag der Kommission besondere Vorschriften zur Anwendung. So bestimmt Art. 10 III 3 des Vorschlags, dass sich ein gutgläubiger Dritter, wenn eine Gesellschaft ohne feststellbare Organisation unter einem anderen Recht als dem Vertragsstatut auftritt, auf dieses Recht berufen kann.

so schwerwiegend, dass beim EIRL das Vorliegen einer hinreichenden Organisationsstruktur nicht in Betracht kommt. (2) Man hält sie für verzichtbar und prüft in jedem Einzelfall, ob die anderen von der Literatur genannten Indizien (die [ständige] Belegung eigener Räume, der Betrieb eines ständigen Sekretariats, die Beschäftigung eigenen Personals) gegeben sind.

Im Ergebnis lässt sich festhalten: Das Kriterium der hinreichenden Organisationsstruktur bietet für die Qualifikation von Gebilden wie dem EIRL keinen klaren Kompass.

III. Orientierungshilfe durch das französische Internationale Gesellschaftsrecht?

Im Interesse des internationalen Entscheidungseinklangs bietet sich ein Blick in das französische Internationale Gesellschaftsrecht an: Stellt dieses eine klare Orientierungshilfe für die Qualifikation von Einzelunternehmern mit beschränkter Haftung zur Verfügung? Diese Frage ist zu verneinen. Die Ausführungen zum Internationalen Gesellschaftsrecht konzentrieren sich in Frankreich auf: (1) juristische Personen, d.h. »sociétés« (einschließlich Personenhandlungsgesellschaften und »sociétés civiles«⁸⁸), »associations« (Vereine) und »fondations« (Stiftungen);⁸⁹ (2) ausländische Personenzusammenschlüsse wie die deutsche OHG, die keine eigene Rechtspersönlichkeit, aber eine »simple capacité juridique« haben, d.h. Träger von Rechten und Pflichten sein können;⁹⁰ (3) Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit und »simple capacité juridique« wie die »société en participation«⁹¹. Aus der Anwendung der Regeln des Gesellschaftskollisionsrechts auf die Gebilde der Kategorien (1) und (2) sowie der vertraglichen Qualifikation der Gebilde der Kategorie (3) ergibt sich kein klarer Anhalt für die Qualifikation von Einzelunternehmern mit beschränkter Haftung. Mit der Bedeutung des Internationalen Gesellschaftsrechts für *trusts* beschäftigen sich nur wenige Autoren:⁹² Manche⁹³ heben unter Hinweis auf das »patrimoine

⁸⁸ Art. 1842 C. civ. Vgl. *Merle*, Sociétés commerciales¹⁴ (2010) Rz. 74f.

⁸⁹ *Audit/d'Avout*, Droit international privé⁶ (2010) Rz. 1127f. Zu *sociétés* und *associations* zudem *Loussouarn/Bourel/de Vareilles-Sommières*, Droit international privé⁷ (2007) Rz. 706ff., 717. Zur *fondation* ferner *Bureau/Muir Watt*, Droit international privé² II (2010) Rz. 702.

⁹⁰ Cour d'appel Versailles 14. 1. 1999, Bull. Joly 1999, 466; *Béguin/Menjuq*, Droit du commerce international (2005) Rz. 490; *Menjuq*, Droit international et européen des sociétés² (2008) Rz. 58.

⁹¹ *Mayer/Heuzé*, Droit international privé⁹ (2007) Rz. 1032.

⁹² Ohne auf die gesellschaftsrechtliche Problematik einzugehen, vertreten – im Gefolge des berühmten Urteils *de Ganay*, Cour d'appel Paris 10. 1. 1977, Rev. crit. 1971, 518 – eine vertragliche Qualifikation *Bureau/Muir Watt* (oben N. 89) Rz. 695f.; *Mayer/Heuzé* (vorige Note) Rz. 654, 718; vgl. auch *Audit/d'Avout* (oben N. 89) Rz. 767, 819.

⁹³ *Niboyet/de Geouffre de La Pradelle*, Droit international privé (2007) Rz. 246.

autonome« von *trusts* deren Ähnlichkeit mit juristischen Personen hervor und machen die Regeln des Internationalen Gesellschaftsrechts für die Qualifikation von *trusts* fruchtbar. Eine andere Stimme⁹⁴ verweist auf die fehlende Rechtspersönlichkeit von *trusts* und lehnt – ohne auf das Charakteristikum »Sondervermögen« einzugehen – eine Heranziehung der gesellschaftsrechtlichen Regeln ab. Die Diskussion über die Bedeutung, die Merkmale wie das Bestehen eines Sondervermögens für die gesellschaftsrechtliche Qualifikation haben, ist auch in Frankreich nicht ausgereift.⁹⁵

D. Alternative: Anwendung der Regeln über die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft?

Für die kollisionsrechtliche Behandlung von Einzelunternehmern mit beschränkter Haftung wie dem EIRL ist – anstelle der gesellschaftsrechtlichen Qualifikation – auch die Heranziehung der Regeln über die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft erwägenswert. Ein solches Vorgehen liegt besonders nahe, wenn man sich den Vorschlag des bayerischen Staatsministeriums der Justiz von 2006⁹⁶ für die Einführung einer solchen Rechtsform in Deutschland vor Augen führt: Das dort entworfene Modell trägt den Namen »Kaufmann mit beschränkter Haftung«. Bei der Prüfung der Eignung der Regeln über die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft für die kollisionsrechtliche Behandlung von Einzelunternehmern mit beschränkter Haftung eröffnet sich allerdings ein weiterer Problemkreis: Sie sind nicht kodifiziert. Demgemäß bildet die Bestimmung des kaufmännischen Personalstatuts den Gegenstand eines langwährenden Meinungsstreits. Die folgende Tauglichkeitsprüfung setzt sich daher mit den verschiedenen in der Diskussion stehenden Anknüpfungsmöglichkeiten auseinander und zwar jeweils in einem Zwischenschritt: (1) Inhalt, (2) Eignung.

⁹⁴ Godechot, *L'articulation du trust et du droit des successions* (2004) Rz. 193.

⁹⁵ Vgl. allgemein zu den Mängeln der Lösung der *trust*-Problematik in Frankreich Goré, *La reconnaissance des trusts étrangers en France*, in: *Le trust en droit international privé* (2005) 49–53 (50): »difficultés subsistent pour donner un fondement juridique solide à ces solutions [...] contradiction entre une volonté de ne point faire obstacle à l'efficacité en France du trust anglo-américain, et les errements de la qualification.«

⁹⁶ Vgl. oben N. 2.

I. Wirkungsstatut

1. Inhalt

Nach einer im Schrifttum⁹⁷ sehr verbreiteten Auffassung ist die Kaufmannseigenschaft nach dem für die jeweilige Hauptfrage maßgeblichen Sachrecht zu bestimmen, so dass von Fall zu Fall unterschiedliche Rechtsordnungen zur Anwendung gelangen. Diese Herangehensweise kommt auch in der Rechtsprechung⁹⁸ verschiedentlich zum Ausdruck. Eine Ausnahme von der Maßgeblichkeit des Wirkungsstatuts machen manche Literaturstimmen allerdings bei allgemeinen Kaufmannspflichten wie der Pflicht zur Handelsregistereintragung oder Buchführung.⁹⁹ Hier sei es sinnvoll, die Kaufmannseigenschaft nach dem Recht der gewerblichen Niederlassung zu beurteilen. Nach Ansicht anderer Autoren bedarf es dieser Ausnahme allerdings nicht, da in diesen Fällen die Hauptfrage, d. h. die Pflicht zur Handelsregisteranmeldung, Buchführung etc., ohnehin dem Recht der gewerblichen Niederlassung unterliege.¹⁰⁰

2. Eignung?

Für die kollisionsrechtliche Behandlung der Kaufmannseigenschaft bietet die Anknüpfung an das Wirkungsstatut das sachgerechte Instrumentarium. Die Kaufmannseigenschaft dient der Abgrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs verschiedener handelsrechtlicher Sondervorschriften, die besondere Pflichten auferlegen oder Erleichterungen vorsehen, gegenüber den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften.¹⁰¹ Sie spielt damit nur eine Rolle für einzelne, ganz unterschiedliche Fragestellungen. Ihr Zweck hängt

⁹⁷ Münch. Komm. BGB (-Birk) Art. 7 EGBGB Rz. 45; *Staudinger (-Großfeld)* Rz. 326ff.; *Staudinger (-Hausmann)*, Kommentar zum BGB: Art. 7, 9–12 EGBGB (Neubearbeitung 2007) Art. 7 Rz. 60; *Erman (-Hohloch)* Art. 7 Rz. 11; Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 182ff.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶ (2006) § 32 II; *Looschelders* Art. 7 Rz. 19; *Reithmann/Martiny (-Martiny)* Rz. 315; *Bamberger/Roth (-Mäsch)* Art. 7 EGBGB Rz. 40; *Staub (-Oetker)*, Handelsgesetzbuch⁵ (2009) Einl Rz. 87; *Eidenmüller (-Rehberg)*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht (2004) § 5 Rz. 13f. Im Grundsatz so auch *v. Bar* Rz. 610ff., der allerdings für den Fall, dass deutsches Recht *lex causae* ist, eine Besonderheit vorsieht. So solle hier in einem ersten Schritt die Kaufmannseigenschaft nach dem Recht des Ortes der Niederlassung geprüft werden. Bei positivem Ergebnis sei auch im Rahmen der deutschen *lex causae* die Kaufmannseigenschaft zu bejahen. Bei negativem Ergebnis solle sich eine Prüfung nach den Vorschriften des deutschen Handelsrechts anschließen.

⁹⁸ OLG München 14. 11. 1966, NJW 1967, 1326 (1328); LG Bonn 24. 4. 1982, IPRax 1983, 243; vgl. auch BGH 15. 7. 2004, NJW 2004, 3039 (3040); im Rahmen von § 661a BGB Beurteilung der Unternehmereigenschaft des Geschäftsführers einer in Frankreich ansässigen SARL nach § 14 I BGB.

⁹⁹ *Kropholler* (oben N. 97) § 32 II.

¹⁰⁰ Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 164, 213, 277.

¹⁰¹ *Von Bar* Rz. 610; *Bamberger/Roth (-Mäsch)* Art. 7 EGBGB Rz. 40.

von der jeweiligen handelsrechtlichen Sondervorschrift ab und ist demgemäß vielgestaltig.¹⁰² Die punktuelle Relevanz, die Normzweckvielfalt und der enge Zusammenhang mit dem jeweiligen Wirkungsstatut sprechen dafür, die Kaufmannseigenschaft nicht in allen Fällen nach derselben Rechtsordnung, sondern individuell nach dem jeweiligen Wirkungsstatut zu bestimmen.

Der Status »Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung« hat allerdings eine andere Qualität: Seine Relevanz ist nicht nur punktuell. Durch seine Schaffung entsteht ein neues Gebilde, das durch einen umfassenden Normenkanon geregelt wird und dem – ebenso wie Gesellschaften im klassischen Sinn – eine eigenständige, übergeordnete Bedeutung zukommt. Seiner Regelung liegt demgemäß – ebenso wie dem Gesellschaftsrecht¹⁰³ – ein einheitlicher Normzweck zugrunde. Dies legt nahe, die Rechtsverhältnisse eines Einzelunternehmers mit beschränkter Haftung als Gesamtheit anzuknüpfen und einer einzigen Rechtsordnung zu unterstellen. Die Zerlegung in verschiedene Einzelstatute verliert weiter an Überzeugungskraft, wenn man sich deren Nachteile sowie die Vorzüge eines Gesamtstatuts vor Augen hält:

(1) *Funktionsfähigkeit des Einzelunternehmers mit beschränkter Haftung.* – Die Zerlegung in Einzelstatute brächte die Funktionsfähigkeit des Einzelunternehmers mit beschränkter Haftung in Gefahr.¹⁰⁴ Sie führte dazu, dass die Frage, mit welchen Vermögensbestandteilen der Unternehmer für eine Forderung haftet, in jedem Fall individuell beantwortet werden müsste. Die Folge wäre eine erhebliche Vergrößerung seines Planungs- und Verwaltungsaufwands.

(2) *Gläubigerschutz.* – Zudem könnte die Zerlegung in Einzelstatute für die Gläubiger des Unternehmers erhebliche Probleme begründen. Die Bildung zweier getrennter Vermögensmassen bietet für diese auch Vorteile: Gläubiger geschäftlicher Verbindlichkeiten erfahren einen Schutz vor einem Zugriff von Privatgläubigern (z. B. Spielbanken) auf das *patrimoine affecté*. Umgekehrt erhalten Privatgläubiger (z. B. Familienangehörige, die ein Darlehen für den Kauf einer Eigentumswohnung gewährt haben) einen Schutz vor dem Zugriff durch Gläubiger von Geschäftsschulden auf das nicht dem Unternehmen zugeordnete Vermögen. Die Planungssicherheit der Gläubiger erlitte erhebliche Einbußen, wenn sich der Umfang des Vermögens, auf das andere Gläubiger zugreifen können, nicht in allen Fällen nach einer einheitlichen Rechtsordnung bestimmte.¹⁰⁵ Demgegenüber fördert die Un-

¹⁰² Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 151 ff., 165.

¹⁰³ Auf den einheitlichen Normzweck des Gesellschaftsrechts – im Unterschied zum Sonderrecht der Kaufleute – weist hin Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 165.

¹⁰⁴ So in Bezug auf *trusts Wittuhn* (oben N. 69) 64, 66 ff.

¹⁰⁵ Mit diesem Argument begründen die Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts für die Außenhaftung der Gesellschafter gegenüber allen Gläubigern *Staudinger (-Großfeld)* Rz. 349;

terstellung unter ein Gesamtstatut für den Unternehmer und die Gläubiger die Klarheit der Rechtsverhältnisse¹⁰⁶ und dient damit der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit.

(3) *Vermeidung von Anpassungsproblemen.* – Schließlich bietet die Unterstellung des Einzelunternehmers mit beschränkter Haftung unter ein Gesamtstatut den Vorteil, dass sie die aus einer Statutenspaltung resultierenden Anpassungsprobleme vermeidet.¹⁰⁷ Solche können sich beispielsweise ergeben, wenn die Veräußerung eines *patrimoine affecté* nach französischem Recht erfolgt und ein Unternehmensgläubiger eine vorher entstandene Geschäftsverbindlichkeit nach einem nichtfranzösischen Statut gegenüber dem Veräußerer geltend machen könnte. Nach französischem Recht haftet gegenüber dem Unternehmensgläubiger allein der Erwerber mit dem *patrimoine affecté*. Es enthält folglich keine Vorschriften für den Innenausgleich zwischen Erwerber und Veräußerer. Die Lösung dieses Normenmangels kann insbesondere Probleme bereiten, wenn die Höhe der Forderung den Wert des übertragenen oder im Zeitpunkt der Inanspruchnahme noch vorhandenen *patrimoine affecté* übersteigt: Wie sollte in diesen Fällen die »Last« zwischen Veräußerer und Erwerber verteilt werden?

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten: Die Anknüpfung an das jeweilige Wirkungsstatut stellt für die kollisionsrechtliche Behandlung von Einzelunternehmern mit beschränkter Haftung keine geeignete Anknüpfungsmethode dar. Für diese ist vielmehr ein Gesamtstatut zu bestimmen.

II. Differenzierung nach dem Normzweck

1. Inhalt

Die Normzwecklehre¹⁰⁸ lehnt einen einheitlichen Anknüpfungspunkt für die in den verschiedenen sonderrechtlichen Bestimmungen enthaltene Kaufmannseigenschaft ab. Sie plädiert vielmehr für eine Differenzierung nach dem Zweck der Sachnormen: Die Kaufmannseigenschaft bestimme

Münch. Komm. BGB (-Kandler) IntGesR Rz. 632; Terlau 219. Gegen ein Interesse der Gesellschaftsgläubiger an gleichmäßiger Behandlung und für eine Beurteilung der Haftung nach Wirkungs- und Vornahmestatut hingegen Grasmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts (1970) Rz. 52, 927f.

¹⁰⁶ Zum Aspekt der Klarheit der Rechtsverhältnisse durch Unterstellung möglichst vieler Fragestellungen unter ein Statut vgl. Staudinger (-Großfeld) Rz. 249; Zürcher Komm. (-Vischer) Art. 155 Rz. 1.

¹⁰⁷ Zum Gesichtspunkt der Vermeidung von Anpassungsschwierigkeiten durch Unterstellung möglichst vieler Fragestellungen unter ein Statut eingehend Kegel/Schurig § 2 II.3.c); vgl. ferner Münch. Komm. BGB (-Kandler) IntGesR Rz. 543; Zürcher Komm. (-Vischer) Art. 155 Rz. 1.

¹⁰⁸ Van Venrooy, Die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im deutschen internationalen Privatrecht (1985) 27 ff.

sich bei manchen Normen nach dem Recht des Ortes der gewerblichen Niederlassung, bei anderen hingegen nach der *lex causae*.

2. Eignung?

Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung sind, wie oben¹⁰⁹ dargelegt, einem Gesamtstatut zu unterstellen. Die Normzwecklehre bietet für sie folglich keine sachgerechte Anknüpfungsmethode.

III. Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz des Unternehmers

1. Inhalt

Im älteren Schrifttum beurteilen manche Autoren die Kaufmannseigenschaft nach dem Recht der Staatsangehörigkeit¹¹⁰ oder des Hauptwohnsitzes¹¹¹ des Unternehmers. Die neuere Literatur lehnt dies ab.¹¹²

2. Eignung?

Der juristische Charakter eines Unternehmens geht vom Geschäftsbetrieb aus. Staatsangehörigkeit und Wohnsitz spielen keine Rolle.¹¹³ Für die Anknüpfung von Einzelunternehmern mit beschränkter Haftung sind beide Momente daher nicht geeignet.

¹⁰⁹ Abschn. D I 2.

¹¹⁰ *Bartin*, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises* II (1932) 47; *Weiss*, *Traité théorique et pratique de droit international privé*² VI (1913) 240.

¹¹¹ *Despagnet*, *Précis de droit international privé*⁵ (1909) Rz. 423. Zur Bedeutung des von ihm verwendeten Begriffs »domicile« im Sinne von »Hauptwohnsitz« vgl. a.a.O., Rz. 167f. Eine Anknüpfung an das »Domizil« vertritt zudem *Meili*, *Lehrbuch des internationalen Konkursrechts* (1909) 84. Verschiedentlich findet sich die Ansicht, dass Meili hiermit eine Anknüpfung an den Wohnsitz des Kaufmanns meine, so *Hagenguth*, *Die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im Internationalen Privatrecht* (1981) 161; Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 171. Allerdings differenziert Meili bei der Bestimmung des Begriffs »Domizil« zwischen dem Wohnsitz (gewöhnliches Domizil) und dem Ort, an dem der Betreffende ein Geschäft betreibt (»Geschäftsdomizil«), vgl. a.a.O. 69. Fallen beide auseinander, sei das Geschäftsdomizil entscheidend.

¹¹² *Hagenguth* (vorige Note) 155ff., 163; Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 170f.; *van Venrooy* (oben N. 108) 27f. Das Anknüpfungsmoment der Staatsangehörigkeit ausdrücklich ablehnend zudem *Staudinger* (-*Hausmann*) (oben N. 97) Art. 7 Rz. 60; *Staub* (-*Oetker*) (oben N. 97) Einl Rz. 86; *Bamberger/Roth* (-*Mäsch*) Art. 7 EGBGB Rz. 40. Auch in Frankreich konnten sich beide Anknüpfungsmethoden nicht durchsetzen, vgl. *Lehmann*, J.-Cl. Int., Fasc. 561 Nr. 6ff.

¹¹³ Gleichsinnig *Hagenguth* (oben N. 111) 158, 163; *van Venrooy* (oben N. 108) 28.

IV. Sitz- und Gründungstheorie

1. Inhalt

Zahlreiche Autoren¹¹⁴ und verschiedene Gerichtsentscheidungen¹¹⁵ vertreten eine Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft, die mit der im autonomen deutschen Gesellschaftskollisionsrecht nach h. M.¹¹⁶ geltenden Sitztheorie korrespondiert. Über die Kaufmannseigenschaft entscheidet danach das Recht des Unternehmenssitzes bzw. des Ortes der gewerblichen Niederlassung. Zudem findet sich im Tableau der zur Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft vertretenen Ansichten das Pendant zur gesellschaftsrechtlichen Gründungstheorie. Allerdings hat diese Konzeption im Kollisionsrecht der Kaufleute eine deutlich geringere Schlagkraft: Nur vereinzelt plädiert die Literatur dafür, das kaufmännische Personalstatut nach dem Recht zu bestimmen, nach dem das Unternehmen gegründet bzw. organisiert wurde.¹¹⁷

2. Eignung?

Im autonomen deutschen Kollisionsrecht empfiehlt sich für die Anknüpfung von Einzelunternehmern mit beschränkter Haftung die Sitztheorie. Die Gründungstheorie kommt nur zur Anwendung, wenn und soweit sich aus dem AEUV, dem EWR-Abkommen oder anderen völkerrechtlichen Verträgen das Erfordernis der Gründungsanknüpfung ergibt.¹¹⁸ Dieses Ergebnis könnte man auf die Regeln zur Anknüpfung der Kaufmannseigen-

¹¹⁴ *Baumbach/Hopt (-Hopt)*, Handelsgesetzbuch³⁴ (2010) § 1 Rz. 55; *Ebenroth* (oben N. 29) 19 f.; *Hagenguth* (oben N. 111) 251 ff.; *Soergel (-Kegel)* Anh Art. 12 Rz. 15; *Kegel/Schurig* § 17 IV.4; *Staudinger (-Magnus)*, Kommentar zum BGB¹³: Art. 27–37 EGBGB (2002) Art. 28 Rz. 179; *Palandt (-Thorn)* Art. 7 EGBGB Rz. 7.

¹¹⁵ KG 11.7. 1961, IPRspr. 1966/67 Nr. 190; LG Essen 20.6. 2001, IPRax 2002, 396 (398); LG Hamburg 12.11. 1957, IPRspr. 1958/59 Nr. 22.

¹¹⁶ BGH 29.1. 2003, BGHZ 153, 353 (355); 27.10. 2008, BGHZ 178, 192 (197); 8.10. 2009, ZIP 2009, 2385 (2386); BayObLG 20.2. 2003, DB 2003, 819 (820); OLG Hamburg 30.3. 2007, NZG 2007, 597 (598); *Fleischer/Schmolke*, Die Rechtsprechung zum deutschen internationalen Gesellschaftsrecht: JZ 2008, 233–242 (237 f.); Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 455; *Mansel/Thorn/Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation: IPRax 2009, 1–23 (4 f.); *Henssler/Strohn (-Servatius)* (oben N. 31) Rz. 14; Münch. Komm. GmbHG (-*Weller*) (oben N. 31) Einl Rz. 371. Für die Gründungstheorie hingegen *Ulmer/Habersack/Winter (-Behrens)*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar I (2005) Einl B Rz. 36; *Kieninger*, Anm. zu BGH 27.10. 2008: NJW 2009, 292–293 (293); *Koch/Eickmann*, Gründungs- oder Sitztheorie?, Eine »never ending story«?: AG 2009, 73–75 (74 f.); *Lieder/Kliebisch*, Nichts Neues im Internationalen Gesellschaftsrecht: Anwendbarkeit der Sitztheorie auf Gesellschaften aus Drittstaaten?: BB 2009, 338–343 (339 ff.).

¹¹⁷ *Von Gierke/Sandrock*, Handels- und Wirtschaftsrecht⁹ I (1975) 63 f.

¹¹⁸ Hierzu ausführlich unten Abschn. F.

schaft stützen. Vorzugswürdig ist jedoch eine Heranziehung der gesellschaftsrechtlichen Regeln. Denn die Sachgerechtigkeit von Sitz- und Gründungstheorie für die Anknüpfung von Einzelunternehmern mit beschränkter Haftung ergibt sich insbesondere aus der Erwägung, dass eine kollisionsrechtliche Gleichbehandlung mit Ein-Personen-Kapitalgesellschaften angezeigt ist: In beiden Fällen bedarf es eines Gesamtstatuts. Der juristische Charakter beider Rechtsformen wird durch das Unternehmen und nicht durch die Staatsangehörigkeit oder andere personale Aspekte des Unternehmers bzw. Gesellschafters geprägt. Die Interessen beider Personengruppen weisen keine relevanten Unterschiede auf. Der Rechtsverkehr erfordert aufgrund der beschränkten Haftung in beiden Fällen denselben Schutz. Unterschiede in der Rechtspersönlichkeit von Einzelunternehmern mit beschränkter Haftung und Kapitalgesellschaften vermögen eine kollisionsrechtliche Differenzierung nicht zu begründen: Manche Staaten, z.B. Costa Rica und Panama¹¹⁹, sprechen jenen die Qualität einer juristischen Person zu. Es gibt keinen Grund, Einzelunternehmer des französischen, portugiesischen¹²⁰ und salvadorianischen¹²¹ Rechts, die keine juristischen Personen sind, kollisionsrechtlich anders zu behandeln. Die mit der Zu- oder Aberkennung der Rechtspersönlichkeit für Einzelunternehmer verbundenen dogmatischen Feinheiten tangieren die internationalprivatrechtlichen Interessen nicht. Zudem stieße eine kollisionsrechtliche Differenzierung zwischen Einzelunternehmern mit und ohne Rechtspersönlichkeit auf praktische Schwierigkeiten, wenn – wie früher im liechtensteinischen Recht¹²² – umstritten ist, ob es sich um eine juristische Person handelt. Die mangelnde Eignung dieses Differenzierungskriteriums erkennt die h.M. auch an anderer Stelle an, wenn sie die kollisionsrechtliche Gleichbehandlung von Personenhandels-gesellschaften und juristischen Personen mit dem zutreffenden Hinweis begründet, eine Unterscheidung scheitere daran, dass einige Rechtsordnungen, insbesondere des romanischen Rechtskreises, jenen die Qualität einer juristischen Person zuerkennen.¹²³ Ferner finden sich auch im deutschen Recht Stimmen, die Personengesellschaften den juristischen Personen zuordnen.¹²⁴

¹¹⁹ Vgl. die Nachweise in N. 7.

¹²⁰ Vgl. die Nachweise in N. 3.

¹²¹ *Hustedt* (oben N. 5) 167.

¹²² Vgl. die Nachweise in N. 5.

¹²³ *Grasmann* (oben N. 105) Rz. 1140. Vgl. ferner *Göthel* 68; *Staudinger (-Großfeld)* Rz. 750, 196.

¹²⁴ Insbesondere *Raiser*, Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts: AcP 194 (1994) 495–512 (511); *ders.*, Der Begriff der juristischen Person, Eine Neubesinnung: AcP 199 (1999) 104–144 (107 ff.); ferner *Bälz*, Organisationsvertrag und Gesamthand, Zur Abgrenzung von Außen- und Innengesellschaften, in: FS Zöllner I (1998) 35–63 (62); *Timm*, Einige Zweifelsfragen zum neuen Umwandlungsrecht: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1996, 247–271 (251 ff.); sympathisierend auch K. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) § 8 I 3. Anders die h.M., vgl. BGH 29. 1. 2001, BGHZ

Eine Neujustierung des Begriffs der Gesellschaft i. S. d. Internationalen Privatrechts sollte demgemäß folgendes Ziel haben: Er sollte klar zum Ausdruck bringen, dass er Gebilde wie den Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung umfasst.

E. Neujustierung des Begriffs »Gesellschaft« im autonomen Kollisionsrecht

Die bisherige Bestimmung des Begriffs der Gesellschaft im deutschen IPR leidet an einer entscheidenden Schwäche: dem Kriterium der hinreichenden Organisationsstruktur. Es fehlt ein schlüssiges Konzept hinsichtlich der hierfür erforderlichen Voraussetzungen. Im deutschen und schweizerischen Schrifttum finden sich zwar verschiedene Kriterien, die bei der »Gesamtwertung« eine Rolle spielen können. Ein klarer Leitfaden hat sich jedoch nicht entwickelt. Dieser Mangel ist darauf zurückzuführen, dass das Kriterium der hinreichenden Organisationsstruktur die für die Bestimmung des Gesellschaftsbegriffs entscheidenden Wertungen nur ungenügend zum Ausdruck bringt.

I. Begriffsbestimmung

Nach der im autonomen deutschen Kollisionsrecht geltenden Sitztheorie führt die Qualifikation als Gesellschaft zu einer einheitlichen Lokalisierung der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse – d. h. aller Rechtsfragen, die das »Entstehen, Leben und Vergehen« der Gesellschaft betreffen¹²⁵ – am Ort ihres Verwaltungssitzes. Die Sitzanknüpfung ist zwingend, d. h. den Gesellschaftern steht keine Rechtswahlmöglichkeit zu. Vor diesem Hintergrund sollte sich die Bestimmung des Gesellschaftsbegriffs an folgender Frage ausrichten: Bei welchen Rechtsgebilden bietet eine einheitliche und zwingende Lokalisierung der das »Entstehen, Leben und Vergehen« betreffenden Rechtsfragen am Sitzort eine sachgerechte Lösung? Die Maßgeblichkeit dieser Fragestellung kommt in der Literatur bereits bei der Behandlung von Einzelproblemen zum Ausdruck. So findet sich im Schweizer Schrifttum in Bezug auf die Qualifikation von *trusts* beispielsweise folgende Äußerung: »Auch erscheint eine einheitliche Lokalisierung der verschiedenen Beziehungen und der sich daraus ergebenden Rechtsfragen [...] wünschbar, was mit der vertraglichen Qualifikation nicht gewährleistet wäre. Die Einheits-

146, 341 (343); 4. 12. 2008, NJW 2009, 594 (595); Münch. Komm. BGB (-Ulmer) Vor § 705 Rz. 12f.; Wiedemann § 1 I 2 b.

¹²⁵ BGH 11. 7. 1957, BGHZ 25, 134 (144); Kropholler (oben N. 97) § 55 II; Bamberger/Roth (-Mäsch) Anh Art. 12 EGBGB Rz. 73.

behandlung wird dagegen durch Unterstellung unter Art. 150 Abs. 1 sichergestellt.«¹²⁶

Eine einheitliche und zwingende Lokalisierung am Ort des Sitzes ist sachgerecht bei allen verselbständigten Gebilden, die nicht nur für die unmittelbar daran Beteiligten rechtliche Bedeutung erlangen und die nicht in den Anwendungsbereich von Sonderanknüpfungen etwa des Internationalen Familien-, Erb- oder Sachrechts fallen. Diese Gebilde sind Gesellschaften i. S. des deutschen IPR.

II. Die einzelnen Merkmale

1. Verselbständigte Gebilde

Nur gegenüber Inhabern, Mitgliedern bzw. Gründern verselbständigte¹²⁷ Gebilde entfalten eine eigene Existenz und bedürfen daher einer Regelung ihres »Entstehens, Lebens und Vergehens«. Somit gehören allein sie zum Adressatenkreis des Internationalen Gesellschaftsrechts. Verselbständigt sind alle folgenden Gebilde:

(1) *Rechtsfähige Gebilde (die keine natürlichen Personen sind)*. – Bei diesen ergibt sich die erforderliche Verselbständigung aus der Rechtsfähigkeit.

(2) *Sondervermögen*. – Im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Qualifikation ist für das Vorliegen eines Sondervermögens notwendig und hinreichend, dass ein Teil eines an sich einheitlichen Vermögens im Wege einer Haftungssonderung für einen bestimmten Zweck gebunden wird.¹²⁸ Darüber hinaus ist weder erforderlich, dass das Vermögen einem Zweck dienen soll, der über die ausschließlich persönlichen Interessen des Rechtsträgers hinausgeht,¹²⁹ noch dass der Rechtsträger von der Ausübung der in den Vermögensrechten »gebündelten Verhaltensberechtigungen« ausgeschlossen ist¹³⁰. Die Haftungssonderung für einen bestimmten Zweck begründet – ohne weitere Voraussetzungen – einen Verselbständigungsgrad, der eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation erforderlich macht. Dies führt das Beispiel des gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden EIRL, der ausschließlich seine persönlichen Interessen als Unternehmer verfolgt und die Rechtsmacht zur Ausübung der im *patrimoine affecté* gebündelten Verhaltensberechtigungen hat, eindrücklich vor Augen.

¹²⁶ Zürcher Komm. (-Vischer) Art. 150 Rz. 13.

¹²⁷ Der Aspekt der Verselbständigung wird vielfach hervorgehoben, vgl. neben den Nachweisen in N. 49 v. Bar Rz. 617; *Frankenstein* (oben N. 29) 338, 341; *Meier* (oben N. 78) 159.

¹²⁸ Dies deckt sich z. T. mit dem Sondervermögensbegriff von *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen (1998) 50. Zur Abweichung siehe sogleich oben im Text sowie N. 129.

¹²⁹ Merkmal des Sondervermögens ist dies hingegen nach *Dauner-Lieb* (vorige Note) 50.

¹³⁰ Charakteristikum des Sondervermögens ist dies hingegen nach *Jacoby*, Das private Amt (2007) 27 ff.

(3) *Einen gemeinsamen Zweck verfolgende Personenzusammenschlüsse.* – Diese sind gegenüber den Individualinteressen der beteiligten Einzelpersonen »emanzipiert« und damit gegenüber Mitgliedern und Gründern verselbständigt.

Die Verselbständigung hängt nicht davon ab, ob das Gebilde in Auftreten oder Bestand von bestimmten Personen abhängig ist, seine Bildung bewusst erfolgte oder sich sein Zweck in der Durchführung eines einzigen Geschäfts erschöpft. Diese drei Kriterien spielen für die Annahme einer hinreichenden Verselbständigung somit keine Rolle.

Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung wie der französische EIRL erfüllen das Kriterium der Verselbständigung. Durch die Bildung des *patrimoine affecté* entsteht ein Vermögen, das im Wege einer Haftungssonderung für einen bestimmten, über die Interessen des Vermögensträgers hinausgehenden Zweck, nämlich die Unternehmensführung, gebunden wird. Sie verfügen somit über ein Sondervermögen. Sofern bei *trusts* ein Sondervermögen gebildet wird, kommt ebenfalls eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation in Betracht.

2. Rechtliche Bedeutung für Dritte

a) Erfordernis des Verkehrsschutzes

Bei verselbständigten Gebilden, deren Rechtswirkungen sich nicht auf die unmittelbar daran Beteiligten beschränken, erfordert die Wahrung des Verkehrsinteresses eine Qualifikation als Gesellschaft. Die Sicherstellung eines hinreichenden Verkehrsschutzes verlangt – wie die Erwägungen zum Erfordernis eines Gesamtstatuts für Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung¹³¹ vor Augen führen – erstens eine *einheitliche Lokalisierung* aller gesellschaftsrechtlichen Fragen sowie zweitens eine Anknüpfung an ein feststehendes, *überprüfbares* Moment. Der Sitz einer Gesellschaft befindet sich nach h.M.¹³² an dem Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden. Maßgeblich für dessen Bestimmung sind also tatsächliche, nachprüfbare Gegebenheiten. Eine Qualifikation als Vertrag würde den Verkehrsinteressen hingegen nicht hinreichend Rechnung tragen. Die Zulässigkeit einer Rechtswahl gemäß Art. 3 Rom I-VO stünde zu diesen im Widerspruch. Problematisch im Hinblick auf den Gläubigerschutz sind die

¹³¹ Oben Abschn. D I 2.

¹³² BGH 21. 3. 1986, BGHZ 97, 269 (272) im Anschluss an *Sandrock*, Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen, in: FS Beitzke (1979) 669–696 (683); OLG Hamburg 30. 3. 2007 (oben N. 116) 598; OLG Hamm 18. 8. 1994, NJW-RR 1995, 469 (470); *Henssler/Strohn (-Servatius)* (oben N. 31) Rz. 15; *Palandt (-Thorn)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 3.

Möglichkeit einer Teilrechtswahl (Art. 3 I 3 Rom I-VO), da sie zu einer Spaltung des Vertragsstatuts führen kann, sowie die aus der Zulässigkeit einer Rechtswahl resultierenden Missbrauchsmöglichkeiten.¹³³ Insbesondere bei Gesellschaften, deren Entstehung an keine Formalitäten geknüpft ist, lässt sich die Behauptung »Wir haben bei der Gründung Rechtsordnung X gewählt« kaum überprüfen. Es besteht die Gefahr, dass die Beteiligten diesen Spielraum zu Lasten der Gläubiger ausnutzen.

Den Vorzug des besseren Gläubigerschutzes verlore die Qualifikation als Gesellschaft auch nicht im Fall eines Inkrafttretens des Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, das nach den Vorschlägen des Referentenentwurfs von 2008 die Gründungstheorie im deutschen Recht verankern soll. Artikel 10 I 1 EGBGB Ref-E knüpft ebenfalls an ein feststehendes, überprüfbares Moment an: den Ort der Eintragung in ein öffentliches Register. Bedenken hinsichtlich des Verkehrsschutzes weckt zwar Art. 10 I 2 EGBGB Ref-E, nach dem Gesellschaften, die nicht oder noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen sind, dem Recht des Staates unterliegen, nach dem sie organisiert sind. Die Beteiligten können das Organisationsrecht frei wählen, so dass sich Parallelen zur Rechtswahlfreiheit nach Art. 3 Rom-I VO ergeben. Jedoch beinhalten Art. 12 II und III EGBGB Ref-E besondere Mechanismen zum Schutz des Rechtsverkehrs: Wird ein Vertrag mit einer Gesellschaft geschlossen und befinden sich deren Organ oder Organmitglied und der andere Vertragsteil bei Vertragsabschluss in demselben Staat, kann sich die Gesellschaft, die nach dem Recht dieses Staates rechts- und handlungsfähig wäre und deren Organ(mitglied) Vertretungsmacht hätte, auf eine nach dem Gesellschaftsstatut fehlende Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit oder Vertretungsmacht des Organ(mitglieds) nur berufen, wenn der andere Vertragsteil bei Vertragsschluss diesen Mangel kannte oder kennen musste (Art. 12 II EGBGB Ref-E). Tritt eine Gesellschaft unter einem anderem als dem nach Art. 10 EGBGB Ref-E anzuwendenden Recht auf, können sich Dritte, welche die Anwendbarkeit des Rechts nach Art. 10 EGBGB Ref-E nicht kannten oder kennen mussten, auf das Recht berufen, unter dem die Gesellschaft aufgetreten ist (Art. 12 III EGBGB Ref-E).

Bei verselbständigten Gebilden, die nur für die unmittelbar daran Beteiligten rechtliche Bedeutung erlangen, spielt der Verkehrsschutz hingegen keine Rolle. Hier entscheidet vielmehr das Parteiinteresse. Diesem trägt eine schuldvertragliche Qualifikation besser Rechnung: Art. 3 Rom-I VO eröffnet den Parteien die Möglichkeit, mittels Rechtswahl das Statut rechtsicher und ihren Bedürfnissen entsprechend festzulegen.

¹³³ Vgl. *v. Bar Rz.* 617, 645: »Aber auch der zweite Eckpfeiler des Internationalen Vertragsrechts, die Parteiautonomie, kann im Gesellschaftsrecht [...] jedenfalls nicht in der Weise zum Zuge kommen, in der Artikel 27 EG der Rechtswahlfreiheit Raum gibt [...], so kann es nicht wirklich eine freie Rechtswahl [...] geben.«

b) Konsequenzen

Das Bestehen eines rechtsfähigen Gebildes hat in jedem Fall rechtliche Bedeutung für Dritte. Dasselbe gilt für Sondervermögen: Für sie gelten besondere Vorschriften, die sich etwa auf den Gläubigerzugriff auswirken. Für rechtsfähige Gebilde und Sondervermögen bildet das Erfordernis »rechtliche Bedeutung nicht nur für die unmittelbar daran Beteiligten« somit kein einschränkendes Kriterium. Relevanz kommt ihm folglich ausschließlich für nichtrechtsfähige Personenvereinigungen zu, bei denen kein Sondervermögen gebildet wird: Sofern sich die Rechtswirkungen eines solchen Zusammenschlusses in der Begründung von Rechten und Pflichten zwischen den ihm angehörenden Personen erschöpfen, scheidet eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation aus. Stattdessen finden die Regeln des Internationalen Schuldvertragsrechts Anwendung. Im Einzelfall bedarf es einer sorgfältigen Prüfung, ob eine solche Personenvereinigung nur für die unmittelbar daran Beteiligten Bedeutung erlangt oder sie darüber hinausgehende Rechtswirkungen entfaltet.

Die im Schrifttum weit verbreitete Ausnahme von Innengesellschaften fügt sich in das hier vertretene Lösungskonzept ein, sofern man sich der h. M.¹³⁴ anschließt und Innengesellschaften durch die zwei folgenden Merkmale charakterisiert: Nichtteilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr sowie Verzicht auf die Bildung von Gesamthandsvermögen. Folgt man hingegen der Ansicht¹³⁵, die das Fehlen von Gesamthandsvermögen nicht als ein notwendiges Merkmal erachtet, geht die Ausnahme zu weit. Denn das Gesamthandsvermögen ist ein Sondervermögen, dessen Bildung, wie oben dargelegt, Relevanz für Dritte hat, und daher in jedem Fall dem Gesellschaftsstatut zu unterstellen ist.¹³⁶

¹³⁴ BGH 13. 6. 1994, BGHZ 126, 226 (234 ff.); 29. 4. 1965, WM 1965, 793; 21. 12. 1972, WM 1973, 296 (297); RG 20. 2. 1941, RGZ 166, 160 (163); *Blaurock*, Unterbeteiligung und Treuhand an Gesellschaftsanteilen (1981) 90 ff.; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/1 (1977) § 1 III; *Staudinger (-Habermeier)*, Kommentar zum BGB: § 705–740 BGB (Neubearbeitung 2003) § 705 Rz. 58 f.; *Schmidt* (oben N. 124) § 43 II 3, 58 II 2; *Scholz*, Die BGB-Gesellschaft nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 29. 1. 2001: NZG 2002, 153–163 (156); *Windbichler* (oben N. 25) § 2 Rz. 14.

¹³⁵ *Hadding*, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten: ZGR 2001, 712–743 (715); *Terlau* 228; *Bamberger/Roth (-Timm/Schöne)* § 705 Rz. 163; Münch. Komm. BGB (-Ulmer) § 705 Rz. 280; *Erman (-H. P. Westermann)*, Bürgerliches Gesetzbuch¹² I (2008) § 718 Rz. 2.

¹³⁶ In diese Richtung weist auch *Terlau* 228: »Zudem wird nicht berücksichtigt, daß selbst bei einer Innengesellschaft nach deutschem Recht eine gesamthänderische Vermögensbindung stattfinden kann. Diese Bindung des Gesellschaftsvermögens wird im Internationalen Vertragsrecht, insbesondere bei der Frage des Statutenwechsels, nicht ausreichend berücksichtigt.«

Die in der Literatur ebenfalls weit verbreitete Ausklammerung von Gelegenheitsgesellschaften aus dem Anwendungsbereich des Internationalen Gesellschaftsrechts vermag hingegen nicht zu überzeugen: Auch Gesellschaften, deren Zweck sich in der Durchführung eines einzigen Geschäfts erschöpft, können über den Gesellschafterkreis hinaus Rechtswirkungen entfalten. Besonders augenfällig wird dies bei Gelegenheitsgesellschaften mit erwerbswirtschaftlichem Zweck, z. B. einer ARGE. Für Dritte spielt es keine entscheidende Rolle, ob eine Gesellschaft langfristig angelegt ist oder nicht. Wie im Fall einer Dauergesellschaft haben sie ein schützenswertes Interesse an einer Anknüpfung an den Ort des Sitzes bzw. einer Anwendung von Artt. 10 I 1, 12 II, III EGBGB Ref-E.¹³⁷ Zudem zieht das Kriterium der Gelegenheitsgesellschaft aufgrund seiner Unbestimmtheit keine rechtssichere Trennlinie.

Ebenso wenig spielt es für Dritte eine Rolle, ob das Gebilde in Auftreten oder Bestand von bestimmten Personen abhängig ist. Eine Ausnahme ver selbständiger Gebilde, die eine solche Abhängigkeit aufweisen, widersprüche folglich den Verkehrsschutzerfordernissen. Ebenfalls mit den Verkehrsinteressen in Widerspruch stände eine Ausklammerung nicht bewusst gegründeter Gesellschaften. Dieses Kriterium lässt sich kaum rechtssicher überprüfen. Die damit eröffneten Manipulationsmöglichkeiten bedeuteten eine Gefahr für den Verkehrsschutz.

In Bezug auf Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung wie den französischen EIRL folgt hieraus: Aufgrund der Entstehung eines Sondervermögens liegt bei ihnen auch die erforderliche Außenwirkung vor. Somit erfüllen sie sämtliche Kriterien des hier vertretenen Gesellschaftsbegriffs. Dasselbe gilt für *trusts*, bei denen ein Sondervermögen gebildet wird.

3. Kein einschränkendes Kriterium: Existenz eines für den Rechtsverkehr erkennbaren Sitzes

Das in der Literatur vereinzelt vorgeschlagene Erfordernis der Existenz eines für den Rechtsverkehr erkennbaren Sitzes schränkt den Kreis der durch die hier vertretene Begriffsbestimmung erfassten Gebilde nicht ein. Wie oben¹³⁸ dargelegt, befindet sich nach h. M. der Sitz einer Gesellschaft an dem Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden. Einige Literaturstimmen ergänzen, dass es auf die »nach außen erkennbare« Umset-

¹³⁷ In die gleiche Richtung, allerdings mit Einschränkungen, *Terlau* 230: »Da es aber Ausprägungen von Gelegenheitsgesellschaften [...] mit jedenfalls beträchtlichen Außenbeziehungen gibt, erscheint eine Differenzierung unter dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes geboten.«

¹³⁸ Abschn. E II 2 a.

zung ankomme.¹³⁹ Geschäftsführung im Sinne einer auf die Verfolgung des Zwecks des Gebildes gerichteten Tätigkeit rechtlicher oder tatsächlicher Art¹⁴⁰ ist – in mehr oder weniger großem Umfang – bei allen Arten verselbständigter Gebilde vonnöten. Dementsprechend gibt es bei jedem verselbständigten Gebilde einen entsprechenden »Umsetzungsort«. Auch wenn dessen Lokalisierung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann, so ist die von der h. M. gewählte Definition »geschmeidig genug, um die tatbestandlichen Voraussetzungen den Gegebenheiten des jeweiligen Sachverhalts anzupassen.«¹⁴¹ Da nach den hier vorgeschlagenen Kriterien der Gesellschaftsbegriff nur Gebilde erfasst, die über das Innenverhältnis der Gesellschaft hinaus Bedeutung erlangen, bietet sich in jedem Fall auch für den Rechtsverkehr ein Bild von der Belegenheit des Umsetzungsortes. Dieses Bild stimmt nicht zwangsläufig mit den tatsächlichen Gegebenheiten überein. Insbesondere in Fällen, in denen dem Gesamthandsvermögen für den Gesellschaftszweck nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt, können sich Abweichungen ergeben. Dieser Befund hindert jedoch nicht die Qualifikation eines Gebildes als Gesellschaft. Er ruft (nur) die Frage hervor, ob die tatsächlichen oder die erkennbaren Gegebenheiten für die Bestimmung des Sitzes entscheidend sind und aus wessen Perspektive gegebenenfalls die Erkennbarkeit zu beurteilen ist.¹⁴²

¹³⁹ Von Bar Rz. 621; *Staudinger* (-*Großfeld*) Rz. 227f.; Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 456.

¹⁴⁰ Zum Begriff der Geschäftsführung vgl. etwa *Windbichler* (oben N. 25) § 8 Rz. 1.

¹⁴¹ *Wiedemann* § 1 IV 2 a; im Ergebnis so auch Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 456, 462. Ausführlich zur Bestimmung des Sitzes in Problemfällen (Kleinst- und transnationale Unternehmen) *Borges*, Die Sitztheorie in der Centros-Ära, Vermeintliche Probleme und unvermeidliche Änderungen: RIW 2000, 167–178 (170 ff.).

¹⁴² Den Aspekt des Verkehrsschutzes unterstreicht beispielsweise *Wiedemann* § 1 IV 1 b bb: »Nach überwiegender Ansicht erfolgt die Anknüpfung an den Verwaltungssitz der Gesellschaft, also ein formales Kriterium. Das ist nach der Zielrichtung der Doktrin wenig geeignet. Wenn [...] ein entsprechender Verkehrsschutz garantiert werden soll, ist vielmehr der Ort maßgebend, an dem sich das Leben der Gesellschaft abspielt und an dem ein Großteil der Geschäfte mit Dritten abgewickelt wird.«

F. Gesellschaften unter dem Schutz von AEUV, EWR oder anderen völkerrechtlichen Verträgen

I. AEUV

Die im Gefolge der EuGH-Troika *Centros*¹⁴³, *Überseering*¹⁴⁴, *Inspire Art*¹⁴⁵ von der h.M.¹⁴⁶ vertretene Anwendung der Gründungstheorie auf unter dem Schutz der Niederlassungsfreiheit stehende Gesellschaften lässt für das IPR die Frage relevant werden, welche Gebilde Gesellschaften i. S. d. Art. 54 I AEUV sind und damit in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fallen. Den Ausgangspunkt für die Beantwortung bietet Art. 54 II AEUV, der folgende Legaldefinition enthält: »Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.«

1. Erwerbszweck

Aus der Legaldefinition folgt, dass Gebilde ohne Erwerbszweck nicht zu den Gesellschaften i. S. d. Art. 54 I AEUV gehören. Der AEUV hat insofern also ein engeres Verständnis vom Begriff der Gesellschaft als das deutsche Kollisionsrecht.

2. Rechtsfähigkeit oder Verselbständigung?

Fraglich ist, ob die Definition nur rechtsfähige Gebilde erfasst. Während einzelne Literaturstimmen sich unter Hinweis auf die Formulierung »sonstige juristische Personen« (in der englischen Fassung »other legal persons«, in der französischen Fassung »les autres personnes morales«) für eine Begrenzung auf rechts-¹⁴⁷ oder teilrechtsfähige¹⁴⁸ Gebilde aussprechen, bezieht die

¹⁴³ EuGH 9. 3. 1999 – Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459.

¹⁴⁴ EuGH 5. 11. 2002 – Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919.

¹⁴⁵ EuGH 30. 9. 2003 – Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155.

¹⁴⁶ BGH 13. 3. 2003, BGHZ 154, 185; 14. 3. 2005, NJW 2005, 1648; *Ulmer/Habersack/Winter (-Behrens)* (oben N. 116) Einl B Rz. 39; Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 145, 427 ff.; *Bamberger/Roth (-Mäsch)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 44; *Henssler/Strohn (-Servatius)* (oben N. 31) Rz. 18; *Palandt (-Thorn)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 6; Münch. Komm. GmbHG (-*Weller*) (oben N. 31) Einl Rz. 350.

¹⁴⁷ *Calliess/Ruffert (-Bröhmer)*, EUV/EGV³ (2007) Art. 48 EGV Rz. 4. Im Ergebnis so auch *Mustaki/Engammare*, *Droit européen des sociétés* (2009) 6; wohl auch *Paefgen*, »Cartesio«: *Niederlassungsfreiheit minderer Güte*: WM 2009, 529–536 (531).

¹⁴⁸ *Strein* (-*Müller-Graff*), EUV/EGV (2003) Art. 48 EGV Rz. 4.

h. M.¹⁴⁹ ausdrücklich nichtrechtsfähige Gebilde ein, wobei manche Vertreter¹⁵⁰ stattdessen als Kriterium die rechtlich hinreichende Verselbständigung des Gebildes benennen. Einige Autoren meiden den Begriff der (Teil-) Rechtsfähigkeit und erachten es als entscheidend, dass die »Personenvereinigung gegenüber ihren Mitgliedern soweit verselbständigt ist, dass sie im Rechtsverkehr unter eigenem Namen handeln kann«.¹⁵¹

Die Formulierung in der deutschen Fassung des Vertragstextes »Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts« spricht gegen eine Beschränkung auf rechtsfähige Gebilde.¹⁵² Im Zeitpunkt der Wahl dieser Formulierung herrschte in der deutschen Dogmatik die Meinung vor, dass der Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine Rechtsfähigkeit zukomme.¹⁵³ Die englische und die französische Fassung »companies or firms constituted under civil or commercial law« bzw. »les sociétés de droit civil ou commercial« sprechen ebenfalls für ein weites Verständnis des Gesellschaftsbegriffs.¹⁵⁴ Der Terminus »firm« bezeichnet im englischen Recht ein als »partnership« geführtes Unternehmen (s. 4(1) Partnership Act 1890). Dieses besitzt keine Rechtsfähigkeit.¹⁵⁵ Im französischen Recht gehört die »société civile« gemäß Art. 1842 C. civ. zwar zu den »personnes morales«. Anders ist die Rechtslage aber in Belgien: So gab es dort früher die nichtrechtsfähige

¹⁴⁹ Frenz Rz. 2032; Geiger/Khan/Kotzur (-Kotzur) Art. 54 AEUV Rz. 2; Lackhoff 189; Leible/Hoffmann, »Überseering« und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie: RIW 2002, 925–936 (933); Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht⁴ (2009) § 29 Rz. 14; Dausen (-W.-H. Roth), EU-Wirtschaftsrecht²⁶ (2010) E.I. Rz. 70; Schmichels, Reichweite der Niederlassungsfreiheit (1995) 53 f.; v. der Groeben/Schwarze (-Troberg/Tiedje), EUV/EGV⁶ (2003) Art. 48 EGV Rz. 2 f.; Walden, Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Recht (2001) 215.

¹⁵⁰ Geiger/Khan/Kotzur (-Kotzur) Art. 54 AEUV Rz. 2.

¹⁵¹ R. Schulze/Zulegg/Kadelbach (-Pache), Europarecht² (2010) § 10 Rz. 174; Grabitz/Hilf (-Randelzhofer/Forsthoff), Das Recht der Europäischen Union⁴⁰ II (2009) Art. 48 EGV Rz. 7; Ehlers (-Tietje) § 10 Rz. 65. Ähnlich Teichmann, Binnenmarktkonformes Gemeinschaftsrecht (2006) 75: »jede organisatorische Einheit, die mit eigener rechtlicher Handlungsfähigkeit ausgestattet ist«. Vom Erfordernis einer hinreichenden Verselbständigung gegenüber den Mitgliedern im Rechtsverkehr spricht Schwarze (-Jung), EU-Kommentar² (2009) Art. 48 EGV Rz. 4.

¹⁵² Frenz Rz. 2032; Grabitz/Hilf (-Randelzhofer/Forsthoff) (vorige Note) Art. 48 Rz. 7.

¹⁵³ Darauf weist auch hin Frenz Rz. 2032.

¹⁵⁴ So meinen zum Begriffspaar »companies« und »firms« Leible/Hoffmann (oben N. 149) 933: »Schon dies zeigt, dass der Anwendungsbereich mehr umfassen muss als allein Körperschaften.« Vgl. ferner Craig/de Búrca, EU Law⁴ (2008) 806: »The definition of a company in Article 48 is wide.« Abweichend Calliess/Ruffert (-Bröhmer) (oben N. 147) Art. 48 EGV Rz. 4 mit N. 4: Die englischen und französischen »Formulierungen deuten mehr darauf hin, daß zivil- und handelsrechtliche Gesellschaften erfaßt werden sollten, nicht aber unbedingt die deutsche Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.«

¹⁵⁵ Im Gegensatz zur *partnership* in Schottland (s. 4(2) Partnership Act 1890). Zur fehlenden Rechtsfähigkeit englischer *partnerships* des näheren Morse, Partnership Law⁷ (2010) Rz. 1.01, 1.04.

»société civile«,¹⁵⁶ die im Jahr 1995 durch die ebenfalls nichtrechtsfähige »société de droit commun« abgelöst wurde (Art. 2 § 1, 46 Code des Sociétés).¹⁵⁷

Zudem widerspräche das Erfordernis der Rechtsfähigkeit dem Sinn und Zweck des Art. 54 II AEU.¹⁵⁸ Die Niederlassungsfreiheit soll die wirtschaftliche Mobilität innerhalb des Binnenmarktes gewährleisten.¹⁵⁹ Artikel 54 II AEUV verfolgt den Zweck, die Niederlassungsfreiheit zur Verwirklichung des gemeinsamen Marktes möglichst allen in den verschiedenen Mitgliedstaaten existierenden Gesellschaftsformen zuzusprechen.¹⁶⁰ Er trägt damit der Tatsache Rechnung, dass Gesellschaften als Binnenmarktakteure eine genauso wichtige Rolle spielen wie natürliche Personen.¹⁶¹ Die Förderungswürdigkeit der Marktakteure hängt nicht von der dogmatischen Unterscheidung zwischen rechts- und nichtrechtsfähigen Gebilden ab. Entscheidend ist vielmehr das Vorliegen eines verselbständigten Gebildes, das eines eigenständigen, d. h. von beteiligten natürlichen Personen unabhängigen, Schutzes bedarf. Die individuelle Niederlassungsfreiheit der hinter nichtrechtsfähigen Gebilden stehenden natürlichen Personen genügt nicht, um den erforderlichen Schutz sicherzustellen.¹⁶² Gesellschaften kommen gemäß Art. 54 I AEUV in den Genuss der Niederlassungsfreiheit, wenn sie nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder -niederlassung innerhalb der Union haben. Die Staatsangehörigkeit der Gesellschafter spielt keine Rolle.¹⁶³ Hingegen steht die individuelle Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 I AEUV nur Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats der EU zu. Ver-

¹⁵⁶ Peeters, Gesellschaftsrecht in Belgien (1993) 39.

¹⁵⁷ J. Malherbe/de Cordt/Lambrecht/P. Malherbe, Droit des sociétés³ (2009) Rz. 420, 602, 613.

¹⁵⁸ Frenz Rz. 2032; Lackhoff 189.

¹⁵⁹ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht⁷ (2010) Rz. 900; Lackhoff 28 f.; Ehlers (-Tietje) § 10 Rz. 2.

¹⁶⁰ Frenz Rz. 2032.

¹⁶¹ Geiger/Khan/Kotzur (-Kotzur) Art. 54 AEUV Rz. 1. Gleichsinnig Schwarze (-Jung) (oben N. 151) Rz. 1; Streinz (-Müller-Graff) (oben N. 148) Art. 48 EGV Rz. 1; Defalque/Pertek/Steinfeld/Vigneron, Commentaire J. Mégret: Libre circulation des personnes et des capitaux – Rapprochement des législations³ (2006) Rz. 55. Abweichend hingegen das Verständnis von W. Schön, The Mobility of Companies in Europe and the Organizational Freedom of Company Founders: European Company and Financial Law Review (ECFR) 3 (2006) 122–146 (127): »the mobility of companies is a misleading concept, as it draws an analogy between individuals and corporate entities [...]. We should rather look at the owners and other participants in the firm.«

¹⁶² Vgl. Frenz Rz. 2033: »Dies verkennt [...] die gerade in Art. 48 EG [...] verankerte korporative Seite der Niederlassungsfreiheit«; Lackhoff 189; Schmichels (oben N. 149) 54; v. der Groeben/Schwarze (-Troberg/Tiedje) (oben N. 149) Art. 48 EGV Rz. 3: »Die Freizügigkeit der Personengesamtheit, also im Fall der Gesellschaft diejenige der Gesamthandsgemeinschaft als Unternehmerin ist nur über Artikel 48 zu erreichen.« Abweichend Schön (vorige Note).

¹⁶³ Hobe, Europarecht⁵ (2010) § 17 Rz. 173; Geiger/Khan/Kotzur (-Kotzur) Art. 54 AEUV Rz. 9.

wiese man nicht- oder teilrechtsfähigen Gebilde ausschließlich auf die individuelle Niederlassungsfreiheit der hinter ihnen stehenden Personen, so kämen diese Gebilde nicht in den Genuss des Niederlassungsrechts des AEUV, wenn die hinter ihnen stehenden Personen keine Staatsangehörigen der EU sind – selbst wenn sie nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder -niederlassung innerhalb des EU haben.¹⁶⁴ Mit dem Ziel der Niederlassungsfreiheit, die Mobilität von Marktakteuren zu fördern, die der Rechtsordnung eines EU-Staates angehören, wäre dies nicht zu vereinbaren.

3. Voraussetzungen einer hinreichenden Verselbständigung

Das Erfordernis der hinreichenden Verselbständigung erfüllen rechtsfähige Gebilde sowie Zusammenschlüsse von zwei oder mehr Personen, die einen gemeinsamen Zweck verfolgen. Entgegen der überwiegenden Zahl der Literaturstimmen¹⁶⁵, die unter Gesellschaften – neben juristischen Personen – nur Personenmehrheiten verstehen, fallen in den Schutzbereich des Art. 54 AEUV auch Sondervermögen, die nur einer Person zustehen.¹⁶⁶ Bei diesen handelt es sich ebenfalls um verselbständigte Gebilde und damit Marktteilnehmer, die eines eigenständigen Schutzes durch die Niederlassungsfreiheit bedürfen. Diese Gleichwertigkeit kommt auch in der Richtlinie 2009/102/EG vom 16. 9. 2009 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter¹⁶⁷ zum Ausdruck, welche die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Möglichkeit der Gründung einer Einpersonen-GmbH vorzusehen: Nach Art. 7 der Richtlinie – der dem portugiesischen EIRL Rechnung trägt¹⁶⁸ –

¹⁶⁴ Vgl. *Mustaki/Engammaré* (oben N. 147) 3.

¹⁶⁵ *Schwarze (-Jung)* (oben N. 151) Art. 48 EGV Rz. 4; *Lackhoff* 189; *Schulze/Zulegg/Kadelbach (-Pache)* (oben N. 151) § 10 Rz. 174; *Grabitz/Hilf (-Randelzhofer/Forsthoff)* (oben N. 151) Art. 48 EGV Rz. 7; *Schnichels* (oben N. 149) 53; *Ehlers (-Tietje)* § 10 Rz. 65; *Walden* (oben N. 149) 215.

¹⁶⁶ Keine Begrenzung auf Personengesamtheiten nimmt auch vor *Streinz (-Müller-Graff)* (oben N. 148) Art. 48 EGV Rz. 2: »umfasst [...] alle [...] rechtlich konfigurierten Marktakteure«. Keine Begrenzung findet sich auch in der Aussage von *Teichmann* (oben N. 151) 75: »fällt darunter jede organisatorische Einheit, die mit eigener rechtlicher Handlungsfähigkeit ausgestattet ist«; jedoch äußert er an anderer Stelle, Art. 48 EGV setze »das Grundelement des Gesellschaftsrechts voraus, nämlich die Vereinigung mehrerer Personen« (a.a.O. 21). Ferner *Geiger/Khan/Kotzur (-Kotzur)* Art. 54 AEUV Rz. 2: »Umfasst sind [...] alle rechtlich hinreichend verselbständigten Akteure«; allerdings deuten dessen Ausführungen an anderer Stelle (a.a.O. Rz. 1, 3) darauf hin, dass er damit nur Personengesamtheiten meint.

¹⁶⁷ ABl. 2009 L 258/20.

¹⁶⁸ Vgl. zur gleichlautenden Vorgängerregelung in Art. 7 der 12. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie vom 21. 12. 1989 (89/667/EWG), ABl. 1989 L 395/40: *Eckert*, Die Harmonisierung des Rechts der Einpersonen-GmbH: *EuZW* 1990, 54–57 (56); *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht² (2006) § 9 Rz. 10.

braucht ein Mitgliedstaat die Einpersonen-GmbH ausnahmsweise nicht zuzulassen, »wenn sein innerstaatliches Recht Einzelunternehmern die Errichtung eines Unternehmens ermöglicht, dessen Haftung auf ein Vermögen beschränkt ist, das für eine bestimmte Tätigkeit eingesetzt wird«.

4. Rechtliche Bedeutung für Dritte

Gebilde, die nur für die unmittelbar daran Beteiligten rechtliche Bedeutung erlangen, insbesondere weil sie *als solche* nach außen nicht in Erscheinung treten, nimmt die Literatur vielfach nicht aus dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit aus. Vielmehr wird für die Einordnung eines Gebildes als Gesellschaft verbreitet dessen *Möglichkeit* als ausreichend erachtet, im Rechtsverkehr unter eigenem Namen handeln zu können.¹⁶⁹

Gebilde, die für Dritte keine rechtliche Bedeutung erlangen, sind jedoch selbst keine Marktakteure. Sie gehören damit – in Übereinstimmung mit manchen Literaturstimmen¹⁷⁰ – nicht zum Adressatenkreis der Niederlassungsfreiheit. Folglich sind sie nicht als Gesellschaften i. S. d. Art. 54 II AEUV zu behandeln.

5. Maßgeblichkeit des nationalen Gründungsrechts

Die Existenz von *rechtsfähigen* Gebilden und *Sondervermögen* sowie die Möglichkeit von Personenvereinigungen, für Dritte *rechtliche* Bedeutung zu erlangen, sind dem positiven Recht nicht vorgegeben. Es bedarf vielmehr einer positivrechtlichen Begründung. Diese liegt – wie aus Art. 54 I AEUV folgt, der die Niederlassungsfreiheit auf »nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaften« erstreckt – in den Händen des jeweiligen Gründungsstaates.¹⁷¹ Insoweit bestimmen also die nationalen

¹⁶⁹ Schulze/Zulegg/Kadelbach (-Pache) § 10 Rz. 174; Grabitz/Hilf (-Randelzhofer/Forsthoff) Art. 48 EGV Rz. 7 (beide oben N. 151); Ehlers (-Tietje) § 10 Rz. 65.

¹⁷⁰ Schwarze (-Jung) (oben N. 151) Art. 48 EGV Rz. 5: »Die nicht im Rechtsverkehr selbstständigen Innengesellschaften [...] werden hingegen nicht von Art. 48 erfasst«; Streinz (-Müller-Graff) (oben N. 148) Art. 48 EGV Rz. 2: »umfasst seinem Normzweck entsprechend [...] alle [...] rechtlich konfigurierten Marktakteure, die als solche im Rechtsverkehr auftreten«. Vgl. ferner v. der Groeben/Schwarze (-Troberg/Tiedje) (oben N. 149) Art. 48 EGV Rz. 3: »Die Anwendung des Artikels 43 auf eine Gesellschaft ohne Heranziehung von Artikel 48 kommt allenfalls da in Betracht, wo im Außenverhältnis nur eine natürliche Person als Unternehmer auftritt, wie dies etwa bei der stillen Gesellschaft der Fall ist.«

¹⁷¹ Vgl. Münch. Komm. BGB (-Kindler) IntGesR Rz. 131, 133: »Das nationale Recht bestimmt, ob überhaupt ein Rechtssubjekt besteht, das sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann; nicht etwa ist – umgekehrt – die Rechtssubjektivität von der Niederlassungsfreiheit gewährleistet, wie manche dies dem Urteil »Überseering« entnommen haben«; Teichmann, Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug: ZIP 2009, 393–404 (397): »Ohne rechtliches Rahmenwerk kann eine Gesellschaft nicht entstehen und nicht funktionieren. Das Gemeinschaftsrecht kann den existenziell nötigen Rechtsrahmen nicht bieten [...]. Eine Ge-

Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, welche Gebilde zu den Gesellschaften i. S. d. Art. 54 AEUV gehören.

In diesem Sinne sind auch die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache *Cartesio* zu verstehen, in denen es heißt: »In Ermangelung einer einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Definition der Gesellschaften, denen die Niederlassungsfreiheit zugutekommt [...] ist die Frage, ob Art. 43 EG auf eine Gesellschaft anwendbar ist [...] gemäß Art. 48 EG eine Vorfrage, die beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nur nach dem geltenden nationalen Recht beantwortet werden kann.«¹⁷² Der EuGH überlässt den nationalen Rechtsordnungen damit nicht die Bestimmung, welche *Arten* von Gebilden in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen.¹⁷³ Er überantwortet ihnen nur die Entscheidung, ob und mit welcher Ausgestaltung derartige Gebilde in der EU geschaffen werden können und unter welchen Voraussetzungen sie fortbestehen.¹⁷⁴ Deutlich ergibt sich dies aus dem Kontext der oben zitierten Ausführungen: Zum einen¹⁷⁵ nimmt er vorher auf die Grundaussage des Urteils *Daily Mail*¹⁷⁶ Bezug. Danach hat eine auf Grund einer nationalen Rechtsordnung gegründete Gesellschaft jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität. Zum anderen¹⁷⁷ konkretisiert er seine Ausführungen und geht hierbei allein darauf ein, dass die Bestimmung der Voraussetzungen für Gründung und Fortbestand einer Gesellschaft der nationalen Rechtsordnung des Gründungsstaates zusteht.¹⁷⁸

6. Konsequenzen

In den persönlichen Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fallen somit alle verselbständigten Gebilde, die nicht nur für die unmittelbar daran Beteiligten rechtliche Bedeutung erlangen, einen Erwerbszweck verfolgen, nach dem Recht eines Mitgliedstaates gebildet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder -niederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben. Auf all diese Gebilde findet die Gründungstheorie An-

sellschaft kann daher [...] nicht ohne Rückbindung an eine bestimmte nationale Rechtsordnung existieren«; ferner *Calliess/Ruffert (-Bröhmer)* (oben N. 147) Art. 48 EGV Rz. 5; *Ehlers (-Tietje)* § 10 Rz. 66.

¹⁷² EuGH 16. 12. 2008 – Rs. C-210/06 (*Cartesio*), Slg. 2008, I-9641 Rz. 109.

¹⁷³ *Teichmann* (oben N. 171) 397 ff.; *Thiermann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen deutscher Gesellschaften (2010) 124f. Anders die Interpretation hingegen von *Knof/Mock*, Anmerkung zu EuGH 16. 12. 2008 – Rs. C-210/06: ZIP 2009, 30–34 (31).

¹⁷⁴ Gleichsinnig Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 131, 133; *Thiermann* (vorige Note) 125.

¹⁷⁵ EuGH 16. 12. 2008 (oben N. 172) Rz. 104.

¹⁷⁶ EuGH 27. 9. 1988 – Rs 81/87 (*Daily Mail*), Slg. 1988, 5483 Rz. 19.

¹⁷⁷ EuGH 16. 12. 2008 (oben N. 172) Rz. 110.

¹⁷⁸ Darauf weist auch hin *Thiermann* (oben N. 173) 124. Vgl. ferner *Weller*, Die Rechtsquellendogmatik des Gesellschaftskollisionsrechts: IPRax 2009, 202–209 (205).

wendung. Nicht zu überzeugen vermag die Auffassung¹⁷⁹, die – obwohl sie den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit auch für andere Gesellschaftsformen als eröffnet ansieht – die Gründungstheorie auf Körperschaften und Kommanditgesellschaften beschränkt.¹⁸⁰ Zwar betrafen die maßgeblichen Entscheidungen des EuGH bislang ausschließlich Kapitalgesellschaften¹⁸¹ sowie eine Kommanditgesellschaft¹⁸². Jedoch gibt es keinen Grund, der Mobilität anderer Gesellschaften i. S. d. Art. 54 AEUV weniger Schutz angedeihen zu lassen. Das Schutzbedürfnis einer Gesellschaft hängt nicht davon ab, ob ihre Entstehung an einen formalisierten Gründungsvorgang mit konstitutiver Registereintragung anknüpft. Ebenfalls keine Rolle spielt, dass europäische Mitgliedstaaten, die traditionell der Gründungstheorie folgen, deren Anwendung auf Körperschaften beschränken. Das Zusammenwachsen der europäischen Märkte erfordert es, die Mobilität in Europa unabhängig von bestehenden Traditionen bestmöglich zu fördern und zu diesem Zweck bestehende Instrumentarien gegebenenfalls auszubauen oder neue zu entwickeln.

Französische EIRL sind demnach Gesellschaften i. S. d. Art. 54 II AEUV und kommen folglich in den Genuss der Gründungstheorie. Auch *trusts* können in den persönlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen, so dass die Gründungstheorie ebenfalls zur Anwendung gelangt.

II. EWR

Für Gesellschaften, die unter dem Schutz von Artt. 31, 34 EWR stehen, gelten dieselben Erwägungen wie für EU-Gesellschaften.¹⁸³ Artikel 31, 34 EWR sind in Übereinstimmung mit den im Wesentlichen gleichlautenden Artt. 49, 54 AEUV auszulegen und anzuwenden.¹⁸⁴ Die Gründungstheorie

¹⁷⁹ *Leible/Hoffmann* (oben N. 149) 933 f. (Begrenzung der Gründungstheorie auf Körperschaften); *dies.*, *Cartesio* – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen: BB 2009, 58–63 (59) (Anwendung der Gründungstheorie auch auf KGs).

¹⁸⁰ H. M., vgl. *Erman (-Hohloch)* Anh II Art. 37 EGBGB Rz. 44; *Baumbach/Hopt (-Hopt)* (oben N. 114) Einl § 105 Rz. 29; Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 283; *Palandt (-Thorn)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 7, 22; *Wiedemann* § 1 IV 3 c aa.

¹⁸¹ EuGH 9. 3. 1999 (oben N. 143); 5. 11. 2002 (oben N. 144); 30. 9. 2003 (oben N. 145); 13. 12. 2005 – Rs. C-411/03 (*Sevic*), Slg. 2005, I-10825; 12. 9. 2006 – Rs. C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), Slg. 2006, I-7995.

¹⁸² EuGH 16. 12. 2008 (oben N. 172).

¹⁸³ BGH 19. 9. 2005, BGHZ 164, 148 (151 f.); *Ulmer/Habersack/Winter (-Behrens)* (oben N. 116) Einl B Rz. 6 ff., 39; *Bamberger/Roth (-Mäsch)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 57; *Palandt (-Thorn)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 6; *Weller*, Niederlassungsfreiheit via völkerrechtlicher EG-Assoziierungsabkommen: ZGR 2006, 748–768 (750, 765).

¹⁸⁴ BGH 19. 9. 2005 (vorige Note) 152; *Ulmer/Habersack/Winter (-Behrens)* (oben N. 116) Einl B Rz. 6; *Weller* (vorige Note) 764 f.

findet demgemäß auf alle rechtlich verselbständigten Gebilde Anwendung, die nicht nur für die unmittelbar daran Beteiligten rechtliche Bedeutung erlangen, einen Erwerbszweck verfolgen, nach den Rechtsvorschriften eines EU-Mitgliedstaats oder eines EFTA-Staats gebildet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder -niederlassung im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien des EWR haben.

III. Deutsch-amerikanischer Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag

Im Rahmen der bilateralen Staatsverträge hat vor allem der Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen Deutschland und den USA vom 29. 10. 1954 Bedeutung für das Internationale Gesellschaftsrecht. Dieser enthält in Art. XXV Abs. 5 Satz 2 nach h. M.¹⁸⁵ eine Kollisionsnorm. Gesellschaftsstatut einer nach dem Recht eines US-Bundesstaats gegründeten Gesellschaft ist danach das Recht dieses Bundesstaats. Es stellt sich auch hier die Frage, welche Gebilde die Norm erfasst. Eine Hilfestellung für die Beantwortung bietet Art. XXV Abs. 5 Satz 1, der folgende Legaldefinition enthält: »Der Ausdruck Gesellschaften in diesem Vertrag bedeutet Handelsgesellschaften, Teilhabergesellschaften sowie sonstige Gesellschaften, Vereinigungen und juristische Personen; dabei ist unerheblich, ob ihre Haftung beschränkt oder nicht beschränkt und ob ihre Tätigkeit auf Gewinn oder nicht auf Gewinn gerichtet ist.«

Die Legaldefinition bringt ein weites Verständnis des Gesellschaftsbegriffs zum Ausdruck. Keine Rolle spielen insbesondere Rechtsfähigkeit¹⁸⁶ und Gesellschaftszweck. Der im deutschen Recht ansonsten nicht gebräuchliche Begriff der »Teilhabergesellschaften« könnte sogar als Anhaltspunkt für eine Einbeziehung stiller Gesellschaften und damit von Innengesellschaften zu deuten sein.¹⁸⁷ Die englische Fassung untermauert diese Deutung jedoch nicht. Sie verwendet den Terminus »partnership«. Dieser umfasst im US-amerikanischen Recht nicht nur Innengesellschaften, sondern dient vielmehr der allgemeinen Bezeichnung von Personengesellschaften.¹⁸⁸ Aus dem Wortlaut der Legaldefinition lässt sich somit kein zwingender Hinweis für die Einbeziehung von Innengesellschaften ableiten.

¹⁸⁵ BGH 29. 1. 2003 (oben N. 116) 356; 13. 10. 2004, NZG 2005, 44; *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5072; Münch. Komm. BGB (-*Kindler*) IntGesR Rz. 334; *Bamberger/Roth (-Mäsch)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 45; *Palandt (-Thorn)* Anh Art. 12 EGBGB Rz. 23.

¹⁸⁶ Dahin tendiert auch *Stoll* (oben N. 37) 257 mit N. 41.

¹⁸⁷ Für eine Einbeziehung von Innengesellschaften – ohne Begründung – *Dammann*, Amerikanische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland: RabelsZ 68 (2004) 607–652 (642f.).

¹⁸⁸ *Wiedemann* § 1 V 6.

Angesichts der weiten Interpretationsspielräume, die der Text offenlässt, hat sich die Präzisierung des Gesellschaftsbegriffs am Zweck von Art. XXV zu orientieren. Ausweislich der Präambel dient der Vertrag der Förderung der freundschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Beziehungen zwischen Deutschland und den USA. Diesem Förderungszweck trägt eine Auslegung bestmöglich Rechnung, die unter Gesellschaften i. S. v. Art. XXV des Vertrags alle verselbständigten Gebilde versteht, die nicht nur für die unmittelbar daran Beteiligten rechtliche Bedeutung erlangen:¹⁸⁹ All diese Gebilde haben Bedeutung für die Beziehungen zwischen den USA und Deutschland. Unterstellt man sie dem Gründungsrecht, erleichtert dies die staatenübergreifende Kooperation. Gebilde, die nur für die unmittelbar daran Beteiligten rechtliche Bedeutung erlangen, sind hingegen nicht zu erfassen. Im Hinblick auf die deutsch-amerikanischen Beziehungen unterscheiden sie sich nicht von sonstigen gegenseitigen Verträgen (z. B. Kauf- oder Darlehensverträgen), deren kollisionsrechtliche Behandlung der Staatsvertrag nicht regelt.

G. Zusammenfassung

1. Der Begriff der »Gesellschaft« im deutschen Internationalen Privatrecht umfasst alle verselbständigten Gebilde, die nicht nur für die unmittelbar daran Beteiligten rechtliche Bedeutung erlangen und die nicht in den Anwendungsbereich von Sonderanknüpfungen etwa des Internationalen Familien-, Erb- oder Sachrechts fallen. Entgegen der h. M. stellt die Organisationsstruktur eines Gebildes somit nicht das zentrale Merkmal dar.

2. »Verselbständigte Gebilde« im Sinne dieser Begriffsbestimmung sind (1) alle rechtsfähigen Gebilde (die keine natürlichen Personen sind), (2) alle Sondervermögen sowie (3) alle einen gemeinsamen Zweck verfolgenden Personenzusammenschlüsse.

3. Das Erfordernis »rechtliche Bedeutung nicht nur für die unmittelbar daran Beteiligten« begründet für rechtsfähige Gebilde und Sondervermögen kein einschränkendes Kriterium, da diese in jedem Fall rechtliche Bedeutung für Dritte haben. Relevanz kommt dem Erfordernis damit nur für nichtrechtsfähige Personenvereinigungen zu, bei denen kein Sondervermögen gebildet wird. Sofern sich die Rechtswirkungen eines solchen Zusammenschlusses in der Begründung von Rechten und Pflichten zwischen den ihm angehörenden Personen erschöpfen, scheidet eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation aus.

4. Die in der Literatur weit verbreitete Ausklammerung von Gelegenheitsgesellschaften aus dem Anwendungsbereich des Internationalen Gesell-

¹⁸⁹ Für eine Beachtung von Art. XXV bei *business trusts* Stoll (oben N. 37) 257 mit N. 41.

schaftsrecht vermag nicht zu überzeugen: Auch Gesellschaften, deren Zweck sich in der Durchführung eines einzigen Geschäfts erschöpft, können über den Gesellschafterkreis hinaus Rechtswirkungen entfalten.

5. Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung wie der französische EIRL sind auf der Basis der hier entwickelten Kriterien gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren. Gleiches gilt für *trusts*, bei denen ein Sondervermögen entsteht.

6. Der Gesellschaftsbegriff des Art. XXV des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags umfasst dieselben Gebilde wie das autonome deutsche IPR. Gleiches gilt im Grundsatz für den Gesellschaftsbegriff der Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit (Art. 54 AEUV, Art. 34 EWR); ausgeklammert werden hier allerdings Gebilde, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Für Gebilde, die in den Schutzbereich dieser Regelungen fallen, gilt nach h. M. die Gründungstheorie. Folglich kommen auch französische EIRL in deren Genuss. Bei *trusts* kann sie ebenfalls zur Anwendung gelangen.

Summary

THE CONCEPT OF “COMPANY” IN THE CONFLICT OF LAWS – DOES IT ENCOMPASS THE “ENTREPRENEUR INDIVIDUEL À RESPONSABILITÉ LIMITÉE”?

On 1 January 2011 the French legislator introduced a new legal entity: the “entrepreneur individuel à responsabilité limitée” (EIRL). This reform poses new challenges for the conflict of laws: How is the EIRL to be characterised? Can it be characterised as a company? This problem leads to the general question of how to define the concept “company” in the conflict of laws. The article develops a new definition: in international private law, “company” covers all distinct entities which have legal relevance for more than just the parties immediately involved and which are not covered by special conflict rules such as international family law, succession law or property law. Contrary to the prevailing opinion, organisational structure does not constitute a relevant criterion. “Distinct entities” are all entities with separate legal personality, all separate estates and all associations of individuals which pursue a common objective. Therefore, entrepreneurs with limited liability such as the French EIRL are to be characterised as companies. The same goes for trusts having separate estates. The definition developed in this article applies not only to national conflict rules but also to the concept of “company” in the European provisions concerning the freedom of establishment (Art. 54 TFEU and Art. 34 EEA, which, however, exclude non-profit-making companies) and to conflict rules in international conventions such as the “Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the USA and Germany”.

