



**Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer
zum Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der
Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen**

**erarbeitet durch den
Ausschuss Gesellschaftsrecht
der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

- RA Dr. Fritz-Eckehard **Kempter**, München
RA Rolf **Koerfer**, Düsseldorf
RA Rüdiger **Ludwig**, Hamburg
RA Dr. Dietrich **Max**, Düsseldorf
RAuN Wulf **Meinecke**, Hannover
RA Dr. Stephan **Zilles**, Köln
RA Jürgen **Wagner**, LL. M., Konstanz (Berichterstatter)
RA Dr. Hans-Joachim **Fritz**, Frankfurt
- RAin Anabel **von Preuschen**, BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Richterbund
Deutsche Rechtspflegervereinigung
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Redaktion der NJW, ZAP, AnwBI
per Mail: Beck aktuell, Lexis Nexis Rechtsnews, OVS Freie Berufe, Jurion Expertenbriefing,
juris Nachrichten

März 2008

BRAK-Stellungnahme-Nr. 10/2008

Im Internet unter www.brak.de (Stellungnahmen)

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit, zum Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen Stellung zu nehmen.

I. Vorbemerkung

Der Gesetzgeber reagiert nun mit mehrjähriger Verzögerung auf die Rechtsprechung des EuGH aus den Jahren bis Ende 2003, die das Internationale Gesellschaftsrecht in neue Bahnen gelenkt hat. Die Entscheidungen des EuGH, angefangen vor 20 Jahren mit Daily Mail, zu Beginn des neuen Jahrtausends mit Centros über Überseering und schließlich Inspire Art haben zu einem Richtungswechsel geführt - weg von der Sitztheorie, hin zur Gründungstheorie. Dies war zuvor jahrelang umstritten. Noch im Jahr 2004 hat Wiedemann¹ deutlich gemacht, „die Abwehr von Scheinauslandsgesellschaften, mit deren Hilfe zwingendes deutsches Recht zur Publizität, zur Kapitalsicherung und zur Mitbestimmung umgangen werden soll, ist und bleibt eine legitime Aufgabe des nationalen Kollisionsrechts“. In der Folgezeit, d.h. nach dem Inspire Art-Urteil des EuGH von September 2003 hat die erwähnte Rechtsprechung zu einer geänderten Behandlung von Gesellschaften geführt, die in Mitgliedstaaten der EU gegründet wurden, allerdings primär zu einer gespaltenen Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts.

Zunächst wurde die Behandlung der Gesellschaften aus EWR-Staaten geklärt. Hierzu entschied der BGH in seinem Urteil vom 19.09.2005², dass eine in dem EFTA-Staat Liechtenstein wirksam gegründete Gesellschaft in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens unabhängig von dem Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes in der Rechtsform anzuerkennen ist, in der sie gegründet wurde.³

Die Behandlung von Gesellschaften aus Drittstaaten wie z. B. der Schweiz war weiterhin ungeklärt und in der Literatur umstritten. Während das OLG Hamm der Gründungstheorie folgte⁴, entschied sich das OLG Hamburg in einem Zwischenurteil am 30.03.2007 für eine Gesellschaft auf der Isle of Man nach der Sitztheorie⁵. Je nach Gesellschafterkreis der Limited und deren Geschäftsbetrieb hätte die Gesellschaft im Inland als GmbH, OHG, GbR oder Einzelkaufmann behandelt werden können - mit allen persönlichen Haftungsfolgen. Dies ist in Deutschland zu Recht kritisiert worden.⁶

¹ Gesellschaftsrecht, München, 2004, Bd. 2, S. 50

² II ZR 372/03, NJW 2005, 3351

³ Hierzu bereits *Wagner/Dermühl/Plüss*, Handels- und Wirtschaftsrecht in der Schweiz und Liechtenstein, Frankfurt, 2006, S. 241 ff.

⁴ ZIP 2006, 1822

⁵ 11 U 231/04, n. rkr., NZG 2007, 597

⁶ siehe Hübner NotBZ 2002, 466

Erwirbt eine solche ausländische Gesellschaft, die nach dieser Rechtsprechung des BGH als „deutsche GbR“ behandelt wird, in Deutschland Immobilien, ergeben sich zusätzlich die nach wie vor streitigen Probleme der Grundbuchfähigkeit von BGB-Gesellschaften. Ob allerdings ausländische Gesellschaften rechts- und damit grundbuchfähig sind, muss nach der Gesetzesänderung nach ausländischem Recht festgestellt werden (Art. 10 Abs. 2 Nr. 1 E-EGBGB). So sind z. B. bis heute die niederländischen Personenhandelsgesellschaften nicht rechtsfähig und können somit nicht als Eigentümer in die deutschen Grundbücher eingetragen werden. Das langjährig andauernde Gesetzgebungsverfahren in den Niederlanden, wonach die derzeit als nicht rechtsfähig geltenden Personenhandelsgesellschaften rechtsfähig sein sollen, ist noch nicht abgeschlossen.

Der Gesetzgeber sollte sich weiterhin dazu entschließen, konsequenterweise die diversen bilateralen Staatsverträge, die auf den Verwaltungssitz einer Gesellschaft abstellen (z. B. der deutsch-niederländischen Anerkennungsvertrag vom 11.02.1907) zu kündigen und aufzugeben, weil diese ansonsten nur Verwirrung bringen, gehen sie doch gemäß Art. 3 Abs. 2 EGBGB den autonomen Regelungen im EGBGB vor. Ein weiter bestehendes Nebeneinander von Gründungsrechtsanknüpfung und Anknüpfung an den Verwaltungssitz im Verhältnis zu etlichen Staaten⁷ ist nicht akzeptabel und sollte unbedingt beseitigt werden. Durch die vorgesehene Gründungsrechtsanknüpfung haben diese bilateralen Staatsverträge, die auf den Verwaltungssitz einer Gesellschaft abstellen, aus deutscher Sicht nicht mehr – wie bisher – nur deklaratorische Bedeutung. Auch die bilateralen Staatsverträge, die ohnehin auf das Gründungsrecht abstellen (z. B. mit den USA und Spanien) sollten gekündigt werden, weil sich ansonsten das Problem ergibt, ob die Rechtsfähigkeit einer z. B. im US-Staat Delaware gegründeten Gesellschaft in Deutschland gemäß Art. XXV des deutsch-amerikanischen Abkommens oder gemäß Art. 10 E-EGBGB anerkannt werden muss. Das Nebeneinander von bi- bzw. multilateralen Staatsverträgen mit den autonomen Regelungen im EGBGB sollte begrenzt werden.

Der Streit zwischen Sitz- und Gründungstheorie hat nicht nur rechtstechnische Bedeutung. Er reflektiert, wie dies Kübler und Assmann ausdrückten⁸ „elementare gesellschaftsrechtliche Strukturvorgaben und -vorstellungen“. Die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts an den effektiven Verwaltungssitz einer Gesellschaft war nicht nur ein Verstoß gegen die europäischen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheitsregelungen in Art. 43 und 48 EGV, sondern auch ansonsten in der Praxis immer schwerer zu handhaben, insbesondere wenn sich – z. B. aufgrund der zunehmenden Flexibilität/Mobilität und modernen Kommunikationsmittel – der Ort, an dem die geschäftlichen Entscheidungen der

⁷ (siehe die Übersichten bei Miko/Kindler, Band 11, 4. Aufl. 2006, Internationales Gesellschaftsrecht, Rdnr 307 ff. sowie Lüderitz, in Soergel/Kegel: BGB, Band 10, 12 Aufl., Anhang zu Art. 10 Rn 12)

Geschäftsführung gefasst werden, von dem Ort, an dem sie tatsächlich ökonomisch umgesetzt werden, unterscheidet (z. B. Geschäftsführung im Ausland, in Deutschland Produktions- oder Verkaufsstelle).

Der Referentenentwurf soll nun der Gründungstheorie endgültig zum Durchbruch verhelfen, was grundsätzlich zu begrüßen ist, aber nicht alle Probleme der „Anerkennung“⁹ lösen wird.

II. Zu den einzelnen Regelungen

1. Anwendungsbereich

Problematisch ist der Anwendungsbereich des Gesetzes, der „Gesellschaften, Vereine und juristische Personen“ umfassen soll. Nach der Begründung sei der Begriff „untechnisch“ zu verstehen und umfasse in Einklang mit Art. 48 Abs. 2 EG-Vertrag sämtliche Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts, Vereine und juristische Personen des Privatrechts. Ausdrücklich zählten hierzu auch Genossenschaften, BGB-Gesellschaften, rechtsfähige und nichtsrechtsfähige Vereine und Stiftungen. Mag dies auch europäischen Vorgaben und dem dort „dominierenden Verständnis“ entsprechen, klarer wird das deutsche Gesellschaftsrecht dadurch nicht.

Warum Vereine in dieses Gesetz einbezogen werden, ist auch nur aufgrund des weiten Verständnisses des Begriffs „Gesellschaften“ nachvollziehbar. Das deutsche Vereinsrecht geht immer noch vom idealtypischen „Idealverein“ aus, der keine wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet¹⁰. Ob er dem Art. 48 EG unterfällt, war bisher zweifelhaft¹¹.

Die Partei- und Prozessfähigkeit unterfällt hingegen nicht dem Gesellschaftsstatut. Es handelt sich um eine verfahrensrechtliche Frage, für die das jeweils am Gerichtsort anwendbare Prozessrecht (lex fori) maßgeblich ist. Dennoch werden sich durch das Gesetz schwierige verfahrensrechtliche Probleme mit Auslandsgesellschaften, wie jüngst vor dem OLG Hamburg, vermeiden lassen. Denn wenn bspw. eine ausländische Limited auch im Inland als Kapitalgesellschaft anzuerkennen ist, muss ihr als solche auch die Parteifähigkeit zuerkannt werden.

2. Grenzüberschreitende Umwandlungen

Für grenzüberschreitende Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung, Formwechsel) wird ebenfalls mehr Rechtsklarheit geschaffen. Die

⁸ Gesellschaftsrecht, Heidelberg, 2006, S. 555 f.

⁹ Ein echtes Anerkennungsverfahren sieht das deutsche Recht ohnehin nicht vor, es herrscht das Prinzip der automatischen Anerkennung von juristischen Personen.

¹⁰ aktuell s. Turner, NJW 2008, 16 ff.

¹¹ Palandt, Anh. zu EGBGB 12, RN 9; OLG Zweibrücken NZG 2005, 1019 ff.

Voraussetzungen, das Verfahren und die Wirkungen einer grenzüberschreitenden Umwandlung richten sich zukünftig für jeden der beteiligten Rechtsträger nach seinem eigenen Gesellschaftsstatut. Dies entspricht zukünftig den Regelungen der Verschmelzungsrichtlinie¹² des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005. Die Gesellschaft kann zukünftig unter Wahrung ihrer Identität dem Recht eines anderen Staates unterstellt werden (grenzüberschreitender Rechtsformwechsel). Eine deutsche GmbH kann also beispielsweise, folgt man dem Beispiel in NZG 2008, Heft 2, S. VI, unter bestimmten Voraussetzungen ihren Sitz nach Frankreich verlegen, indem sie sich als „Société à responsabilité limitée“ (S.A.R.L.) in das französische Register eintragen und im deutschen Handelsregister löschen lässt. Voraussetzung ist aber insbesondere, dass die beiden beteiligten Rechtsordnungen den Statutenwechsel generell und auf dem gewählten Wege überhaupt zulassen. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben, bleibt es bei der bisher anwendbaren Rechtsordnung. Sollen Gesellschaften, Vereine oder juristische Personen in diesem Fall trotzdem der Rechtsordnung eines anderen Staates unterliegen, müssen sie aufgelöst und nach den Rechtsvorschriften dieses anderen Staates neu gegründet werden. Alternativ hierzu kann eine deutsche GmbH zukünftig ihren Verwaltungssitz (nicht aber den Satzungssitz) in das europäische Ausland verlegen und ihre Geschäftstätigkeit auch außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets entfalten. Lässt sie sich im Ausland nicht als Auslandsgesellschaft des Zielstaates registrieren, findet auch im EU-Ausland deutsches GmbH-Recht Anwendung. Dies ist eine attraktive Möglichkeit für international operierende deutsche GmbHs, ihre Auslandstöchter in der Rechtsform der vertrauten GmbH zu führen und nicht mehr auf unbekannte ausländische Rechtsformen ausweichen zu müssen.

3. Art. 11 EGBGB-E

Die vorgesehene Regelung in Art. 11 Abs. 6 EGBGB-E ist zu begrüßen, weil sie zumindest die Geltung der Ortsform gemäß Art. 11 Abs. 12. Alt. EGBGB für derart wichtige Angelegenheiten einer Gesellschaft beseitigt. Ansonsten wiederholt diese Regelung im Prinzip die schon bestehende Regelung in Art. 11 Abs. 11. Alt. EGBGB. Die tatsächlichen Probleme der „Auslandsbeurkundungen im Gesellschaftsrecht“, die für das deutsche Notariat äußerst relevant sind, werden aber nicht beseitigt. Sind z. B. die deutschen Gerichte bei der Frage der Substitution, d. h. der Erfüllung der nach deutschem Recht bestehenden Beurkundungspflicht auch durch ausländische Notare, weiterhin so großzügig wie bisher, bleibt es bei der misslichen Lage für die deutschen Notare, dass vielfach zu Beurkundungen in das Ausland ausgewichen wird, weil dies (angeblich) billiger ist und die diversen Benachrichtigungspflichten des deutschen Notars für ausländische Notare nicht gelten.

¹² Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (Verschmelzungsrichtlinie - ABI.

Auch das (noch größere) Problem der nach deutschem Recht gemäß § 15 Abs. 3 und 4 GmbH-Gesetz beurkundungspflichtigen Übertragung von Anteilen an einer deutschen GmbH im Ausland wird von Art. 11 Abs. 6 E-EGBB nicht erfasst, denn die Anteilsübertragung betrifft nicht die „Verfassung der Gesellschaft“. Durch die Zulassung dieser Anteilsübertragungen im Ausland entgehen dem deutschen Notariat nicht nur jährlich Gebühreneinnahmen im mehrstelligen Millionenbereich, sondern auch die Prüfung der Wirksamkeit dieser Anteilsübertragungen (insbesondere solcher in der Vergangenheit) wird erheblich erschwert. Neuerdings wird aufgrund der Gesetzesänderung in der Schweiz per 01.01.2008, wonach die Übertragung von Anteilen an einer schweizer GmbH nicht mehr beurkundungspflichtig ist, schon die Rechtsauffassung vertreten, bei bloßer schriftliche Übertragung von Geschäftsanteilen an einer deutschen GmbH in der Schweiz sei in Deutschland sowohl für das schuldrechtliche Rechtsgeschäft als auch die dingliche Übertragung anzuerkennen, da beide der Ortsform der Schweiz entsprechen (Müller-Chen: IPRax 1/2008, 45 ff.). Es wäre wünschenswert, dass in Art. 11 Abs. 5 EGBGB ausdrücklich die dingliche Übertragung von Geschäftsanteilen, die nach dem Gesellschaftsstatut der notariellen Beurkundung bedürfen, unabhängig von dem auf die Übertragung anzuwendenden Rechtsverhältnis der Beurkundung durch Urkundspersonen in dem Staat, dessen Recht gemäß Art. 10 EGBGB anzuwenden ist, unterliegen. Ähnlich wie bei dinglichen Rechten an einem Grundstück in Art. 11 Abs. 4 EGBGB sollte dies ausdrücklich in Art. 11 Abs. 5 EGBGB geregelt werden. Dann würden zwar für das deutsche Notariat die nach ausländischem Recht beurkundungspflichtigen Anteilsübertragungen an ausländischen Gesellschaften entfallen. Diese sind aber ohnehin mit derart vielen Problemen behaftet (selbst wenn die Vertragsparteien für den schuldrechtlichen Vertrag gem. Art. 27 Abs. 1 EGBGB das deutsche Recht gewählt haben), dass das deutsche Notariat darauf verzichten könnte, wenn andererseits sichergestellt wird, dass die Übertragungen von GmbH-Geschäftsanteilen ausschließlich durch deutsche Notare beurkundet werden können. Nach niederländischem Recht können z. B. die Übertragungen von Geschäftsanteilen an einer niederländischen B. V. nur durch niederländische Notare beurkundet werden

4. Vertrauensschutz (Art. 12 EGBGB-E)

Zum Schutz des Vertrauens natürlicher Personen auf eine nach dem Recht des Abschlussortes bestehende Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit des ausländischen Vertragspartners (und vice versa) bestimmt Artikel 12 EGBGB, dass sich der nach dem Recht des anderen Staates tatsächlich aber nicht rechts-, geschäfts- und handlungsfähige nur dann darauf berufen kann, wenn der andere Vertragsteil bei Vertragsabschluß diese Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit kannte oder kennen musste. Die analoge

Anwendung dieser Vorschrift auf nicht rechtsfähige ausländische Gesellschaften ist umstritten.¹³ Auch dieses Problem beseitigt der Gesetzentwurf durch Erstreckung des Vertrauensschutzes auf Gesellschaften, Vereine und juristische Personen. Wird ein Vertrag mit einer Gesellschaft, einem Verein oder einer juristischen Person geschlossen und befinden sich das Organ oder Organmitglied der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person und der andere Vertragsteil bei Vertragsabschluß in demselben Staat, ist die bisherige Schutzvorschrift des Artikel 12 EGBGB (zukünftig Abs. 1) auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person und die Vertretungsmacht des Organs oder Organmitglieds entsprechend anzuwenden.

Der zukünftige Artikel 12 Abs. 3 EGBGB enthält eine weitere Vertrauensschutzregelung für den Fall des „Handelns unter falschem Recht“. Untersteht eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft nach Maßgabe der Sitztheorie oder dem neuen Artikel 10 EGBGB deutsches Gesellschaftsrecht, so liegt ein Fall des „Handelns unter falschem Recht“ vor.¹⁴ Davon betroffen sind sog. Scheinauslandsgesellschaften („Pseudo Foreign Corporations“), d.h. Gesellschaften ausländischer Rechtsform mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland.

III. Nicht gelöste und ausgeklammerte Fragen

Art. 10 b des Entwurfes enthält eine Regelung zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung, die verdeutlicht, dass sich Deutschland mit europarechtlichen Einflüssen immer noch sehr schwer tut: Danach kann eine Gesellschaft unter Wahrung ihrer Identität dem Recht eines anderen Staates unterstellt werden, wenn die betroffenen Rechtsordnungen dies zulassen. Art. 10 b ist nun aber nicht die Vorschrift, die dies künftig zulässt, sondern eine reine Anknüpfungsnorm. Das deutsche Gesellschaftsrecht lässt die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland und damit den Statutenwechsel gerade nicht zu. Nach derzeitigem Recht soll eine Sitzverlegung zur Auflösung führen. So weit Leuering¹⁵ wohl zu Recht mutmaßt, hier handle sich um einen „Platzhalter für zukünftige Regelungen“, ist dies jedenfalls für die Gesetzgebungsarbeit des Bundes bedenklich.

Ausgeklammert werden auch die Fragen grenzüberschreitender Sitzverlegung und der steuerlichen Reaktion hierauf (bisher als „Wegzugsbesteuerung“ in Art. 6 AStG geregelt und durch die Laysterie-Entscheidung des EuGH¹⁶ als europarechtswidrig eingestuft). Franz Wassermeyer ist ohne Weiteres beizupflichten, beklagt er doch die „Merkwürdigkeiten bei

¹³ Ablehnend bspw. *Palandt-Heldrich*, 67. Auflage, 2008, EGBGB 12, Rdnr. 2 m.w.N..

¹⁴ *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB, 4. Auflage 2006, Band 11, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht [Kaufleute, Juristische Personen und Gesellschaften], Rdnr. 464 und 465-467.

¹⁵ NJW-spezial 2008, S. 111

¹⁶ s. NJW 2004, 893 ff.

der Wegzugsbesteuerung“¹⁷. Die inneren Widersprüche der profiskalischen Gesetzgebung sollten aufgelöst und die steuerliche Behandlung mit der zivilrechtlichen harmonisiert werden. Das rechtliche Thema des Zuzugs und Wegzugs von Gesellschaften sollte endlich umfassend geregelt werden. Dies schließt gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Regelungen mit ein.

IV. Fazit

Die Verlegung des Satzungssitzes in Drittstaaten ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Ebenso wenig ist etwas gegen die Durchsetzung der Gründungstheorie zu sagen. Das Ergebnis der Kommissionsarbeiten zum Entwurf zu diesem Gesetz wurde allerdings bereits vor zwei Jahren vorgestellt¹⁸. Die Kommission war sich darüber einig, es solle künftig eine Einheitsregelung für Gesellschaften aus EU, EWR und Drittländern geben, um möglichst zwischen Drittländern nicht differenzieren zu müssen. Eine europarechtliche Regelung sei einer autonomen deutschen Regelung vorzuziehen. Allerdings sind die Arbeiten an der geplanten 14. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie¹⁹ eingestellt worden, so dass eine autonome nationale Regelung nötig ist.

Lediglich die Ausklammerung der steuerrechtlichen Aspekte, die für die angeführte Wettbewerbsfähigkeit deutscher Gesellschaften von entscheidender Bedeutung ist, ist schwer hinzunehmen. Sie ist nur dadurch nachvollziehbar, weil die vorbereitende Expertenkommission überhaupt nur den Auftrag hatte, eine Lösung im Internationalen Gesellschaftsrecht zu suchen²⁰. Zu befürchten ist, dass das Gesellschaftsrecht damit der internationalen Entwicklung hinterherhinkt und außerdem ein Stück weit undurchsichtiger wird, was für das Steuerrecht schon notorisch beklagt wird.

* * *

¹⁷ IStR 2007, 833 ff.

¹⁸ Sonnenberger/Bauer, RIW 2006, Anl. zu Heft 4

¹⁹ s. bereits ZGR 1999, 3 ff und 157 ff.

²⁰ Sonnenberger/Bauer, a.a.O., S. 2

²¹ *EVCA Barometer, issue 52 - june 2007,*