Berlin, im März 2008
Stellungnahme Nr. 13/2008

im Internet abrufbar unter
www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Internationaler Rechtsverkehr

zum

Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen

Mitglieder des Ausschusses:

RA Prof. Dr. Hanns-Christian Salger, Frankfurt am Main (Vorsitzender)
RA Joachim Gres, Frankfurt am Main
RA und Notar Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig, Frankfurt am Main
RA Dr. Hartmut Lübbert, MCL, Freiburg i. Br.
RA Dr. Eberhard Ott, Stuttgart
RA Dr. Roland Steinmeyer, LL.M., Berlin (Berichterstatter)
RAin Dr. Annedore Streyl, Berlin

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Dr. Malaika Ahlers

Verteiler:

Bund:

Bundesgerichtshof
Bundesministerium der Justiz
Justizministerien der Länder
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie - Referat Freie Berufe -
Bundesnotarkammer
Deutscher Notarverein
Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung (NRV)
Deutscher Steuerberaterverband
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Bundesverband der Deutschen Industrie
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Juristinnenbund
CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
Rechtspolitischer Sprecher der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
Rechtspolitischer Sprecher der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
Rechtspolitischer Sprecher der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
Rechtspolitischer Sprecher der Fraktion die Linke im Deutschen Bundestag
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags
Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages
Europaausschuss des Deutschen Bundestages
Bundesrat
Ausschuss Europäisches Vertragsrecht
Ausschuss Handelsrecht
GFA der ARGE Internationaler Rechtsverkehr
GFA der ARGE Handels- und Gesellschaftsrecht
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzender des FORUMs Junge Anwaltschaft
Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Deutsche CCBE-Delegation
A-Rundschreiben, Redaktionen von NJW, IPRax, RIW, Anwaltsblatt

Europa:

Europäische Kommission
Europäisches Parlament, Rechtsausschuss
Rat der EU
CCBE

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 65.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Einleitung

Am 7. Januar 2008 hat das Bundesministerium für Justiz seinen Gesetzesentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht auf den Weg gebracht. Der Referentenentwurf beruht in wesentlichen Teilen auf Vorarbeiten der Kommission „Internationales Gesellschaftsrecht" des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht[1] und soll die Gründungstheorie im deutschen Internationalen Privatrecht verankern.

Der Gesetzesentwurf trägt zunächst europarechtlichen Vorgaben Rechnung. Seitdem der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) in einer Reihe von Entscheidungen[2] die uneingeschränkte Anwendung des Rechts am tatsächlichen Verwaltungssitz einer Gesellschaft (Sitztheorie) als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit aus Artt. 43, 48 EG-Vertrag angesehen und die Anwendung des Gründungsrechts nahe gelegt hat, ist die Frage des anzuwendenden Rechts bei grenzüberschreitend tätigen Gesellschaften für den Rechtsverkehr von zentraler Bedeutung. Diese Frage beantwortet der vorliegende Gesetzesentwurf, indem die grundsätzliche Anwendung der Gründungstheorie sowie deren Umfang, Ausgestaltung und Grenzen bestimmt werden. Dabei erstrecken sich die im Referentenentwurf vorgesehenen Regelungen auch auf Gesellschaften, Vereine und juristische Personen aus Drittstatten, die nicht der Europäischen Union oder dem Europäischen Wirtschaftsraum angehören.

Der Gesetzesentwurf enthält keine Regelungen zum Renvoi, zum Eingriffsrecht, zum *ordre public* oder zum allgemeinen Missbrauchstatbestand.

II. Bewertung des Richtlinienvorhabens

1. Generelle Bewertung

Der Referentenentwurf ist zu begrüßen. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung schafft sowohl für inländische als auch für im Ausland gegründete Unternehmen Rechtssicherheit im Hinblick auf das auf diese Gesellschaften anwendbare Recht. Mit der primären Anknüpfung an den Ort der registerrechtlichen Eintragung wird ein für die Praxis einfach zu handhabender und leicht nachprüfbarer Mechanismus zur Bestimmung des anwendbaren Rechts geschaffen. Umfangreiche Sachverhaltsermittlungen und damit einhergehende Prüfungen zur Bestimmung des effektiven Verwaltungssitzes werden damit in Zukunft entbehrlich.[3]

---

[1] Vgl. *Sonnenberger* (Hrsg.), Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, sowie *Sonnenberger/Bauer*, Vorschlag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationaler Ebene, RIW 2006, Beilage 1 zu Heft 4.

[2] Vgl. insbesondere Urteil vom 5. November 2002, Rs. C-208/00, EuGHE I 2002, S. 9919 ff. („Überseering") und Urteil vom 30. September 2003, Rs. C-167/01, EuGHE I 2003, S. 10155 ff. („Inspire Art").

[3] Vor diesem Hintergrund dürfte für die Praxis im Ergebnis nicht mit einem Mehraufwand zu rechnen sein, vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes vom Februar 2008 (im Internet abrufbar unter http://www.drb.de/cms/index.php?id=460), der zudem mit Recht darauf verweist, dass für die weit

Entgegen der teilweise vertretenen Auffassung, wonach die Beschränkung auf eine attraktive Ausgestaltung des materiellen Gesellschaftsrechts vorzugswürdig sei, ist die Modifizierung des Internationalen Gesellschaftsrechts unausweichlich: Zum Einen wird es in der Praxis immer wieder vorkommen, dass nach dem Recht des einen Staates gegründete Gesellschaften ihren tatsächlichen Sitz in einen anderen Staat verlegen oder ihre effektive Verwaltung von Beginn an in einem anderen Staat ausgeübt wird; an diesem tatsächlichen Befund wird auch eine noch so attraktive Ausgestaltung des jeweiligen materiellen Gesellschaftsrechts nichts ändern. Zum Anderen ist eine eindeutige Bestimmung des Gesellschaftsstatuts bereits deshalb zwingend geboten, weil ausländische Gesellschaften im Inland laufend tätig werden und im Interesse der Rechtssicherheit eine klare Regelung insbesondere der Rechts- und Geschäftsfähigkeit dieser Gesellschaften angezeigt ist.

Das geplante Gesetz bedeutet zudem eine Angleichung des deutschen Rechts an die in anderen Rechtsordnungen überwiegend befolgte Anknüpfung an das Gründungsstatut. Die erhöhte Kompatibilität des deutschen Rechtssystem fördert mittelbar die Integration und Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen in der Weltwirtschaft.

Zu einzelnen wesentlichen Regelungen ist Folgendes anzumerken:

- **Erstreckung der Gründungstheorie auf Drittstaaten.** Erfreulich ist, dass sich der Referentenentwurf nicht auf eine Umsetzung des europarechtlich zwingend Gebotenen beschränkt, sondern die Anwendung der Gründungstheorie auch auf Drittstaaten erstreckt. Eine gespaltene Lösung hätte sachlich nicht zu rechtfertigende Differenzierungen zur Folge und würde überdies in Einzelfällen zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen.[4] Berechtigte schützenswerte Interessen aus europäischer oder deutscher Sicht lassen sich durch die auch sonst zur Verfügung stehenden Schutzmechanismen des Internationalen Privatrechts bewältigen (Vorbehalt des *ordre public*, Möglichkeit zur Schaffung von Sonderanknüpfungen, allgemeiner Missbrauchstatbestand).

- **Reichweite des Gesellschaftsstatuts.** Der Gesetzentwurf sieht in Artikel 10 Absatz 2 Nrn. 1 bis 8 eine klare Regelung der praktisch bedeutsamsten Inhalte des Gesellschaftsstatuts vor. Dass die Praxis darüber hinaus weitere Anknüpfungsfragen aufwerfen wird, die die Regelung nicht beantwortet, ist aus Sicht des Gesetzgebers nur verständlich: Zum Einen sollte der Rechtsprechung genügend Raum gelassen werden, zukünftigen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Zum Anderen gibt es in anderen Rechtsgebieten, insbesondere im internationalen Insolvenzrecht, bereits Sonderanknüpfungen, die das Gründungsstatut überlagern und die sachliche Regelungen treffen, die nicht Gegenstand einer Kodifizierung des Internationalen Gesellschaftsrechts sein könnten.

überwiegende Anzahl der in Deutschland tätigen Auslandsgesellschaften aufgrund der Rechtsprechung des EuGH sowie der mit den USA und der Schweiz bestehenden Staatsverträgen ohnehin im Streitfall eine Anwendung ausländischen Rechts erfolgen muss.

[4] Vgl. zutreffend *Sonnenberger/Bauer*, Vorschlag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationale Ebene, RIW 2006, Beilage 1 zu Heft 4, 1, 6 f.

- **Grenzüberschreitende Umstrukturierungen.** Der Referentenentwurf stellt in Art. 10a in begrüßenswerter Weise klar, dass bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen die jeweiligen Gesellschaftsstatute aller beteiligten Rechtsträger kumulativ zur Anwendung gelangen. Mit der Verabschiedung eines entsprechenden Gesetzes würde damit für die Praxis geklärt, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen in Zukunft generell zulässig sein sollen, sofern das jeweilige Sachrecht entsprechende Möglichkeiten eröffnet. Dies wäre ein erheblicher Fortschritt im Vergleich zur gegenwärtigen Rechtslage, in der allein für grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften innerhalb der Europäischen Union bzw. des Europäischen Wirtschaftsraums aufgrund der speziellen Regelungen in §§ 122a ff. UmwG die für die Praxis erforderliche Rechtssicherheit besteht. Die Neuregelung würde international agierenden Unternehmen die dringend erforderliche Gestaltungsfreiheit bei internationalen Zusammenschlüssen einräumen.

- **Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel (Statutenwechsel).** Bedauerlicherweise sieht der Referentenwurf anders als der Vorschlag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht[5] lediglich eine Kollisionsnorm über den Wechsel des anwendbaren Rechts vor. Da das inländische Sachrecht bisher einen Wechsel ohne Auflösung und Neugründung nicht explizit zulässt und die Verlegung des Satzungssitzes nach überwiegender Auffassung gegen zwingendes Recht verstößt,[6] bliebe für die Praxis ein Statutenwechsel einer deutschen Gesellschaft auch nach Umsetzung des geplanten Gesetzgebungsverfahrens ausgeschlossen; insoweit würde der vorgeschlagene Regelungen daher weitgehend lediglich die Funktion eines Platzhalters zukommen,[7] wenn man einmal von dem Fall eines Statutenwechsels zwischen ausländischen Rechtsordnungen absieht. Es wäre wünschenswert, wenn im laufenden Gesetzgebungsverfahren noch entsprechend dem Vorschlag des Deutschen Rates die Voraussetzungen für einen grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel geschaffen würden. Ein hinreichender Schutz unbeteiligter Dritter und der Gesellschafter, die einem Statutenwechsel nicht zugestimmt haben, ließe sich durch eine kollisionsrechtliche Weitergeltung des bisherigen Gesellschaftsstatuts verbundenen mit einer Feststellung, welche Maßnahmen zum Schutz dieser Personenkreise ergriffen werden können, erreichen.[8]

- **Mitbestimmung.** Der Referentenentwurf enthält keine Regelung dazu, welche Rechtsordnung auf die Beteiligung von Arbeitnehmern in der Verwaltung einer Gesellschaft Anwendung findet. Die Begründung zum Entwurf verweist insoweit für grenzüberschreitende Sachverhalte auf die entsprechenden EG-Richtlinien und das zu ihrer Umsetzung ergangene Recht. Für die Rechtspraxis ist zu bedauern, dass keine ausdrückliche Regelung vorgesehen ist; da diese Frage in der in der juristischen

---

[5] Vgl. *Sonnenberger/Bauer*, Vorschlag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationale Ebene, RIW 2006, Beilage 1 zu Heft 4, 1, 21 ff.

[6] Vgl. zuletzt OLG München, Beschluss vom 4. Oktober 2007, 31 Wx 036/07 t/v, BeckRS 2007, 16389.

[7] So die Formulierung von *Leuering*, NJW-Spezial 2008, 111, 112. Die geplanten Änderungen von § 4a GmbHG und § 5 AktG würden hieran nichts ändern, weil nach gegenwärtigem Stand weiterhin ein satzungsmäßiger Sitz im Inland erforderlich sein wird; durch die geplante Ermöglichung der Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland würde daher lediglich die Wegzugsfreiheit unter Wahrung von Form und Identität der Gesellschaft gewährleistet.

[8] Vgl. *Sonnenberger/Bauer*, Vorschlag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationale Ebene, RIW 2006, Beilage 1 zu Heft 4, 1, 22.

Diskussion bisher kontrovers diskutiert wird,[9] steht damit jedenfalls für grenzüberschreitende Sachverhalte mit Bezug zu Drittstaaten die für die Praxis erforderliche Rechtssicherheit weiter aus. Gleichwohl ist es angesichts der politischen Brisanz des Themas nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber von einer Regelung im Rahmen einer Kodifizierung des Internationalen Gesellschaftsrechts absieht.

2. Weitere einzelne Anmerkungen

Hinsichtlich einzelner weiterer Regelungen ist auf Folgendes hinzuweisen:

- **Verkehrsschutz.** Die im Referentenentwurf vorgeschlagene Ergänzungen in Art. 12 EGBGB zum Schutz des Rechtsverkehrs sind sinnvoll und begegnen keinen Einwänden.

- **Form gesellschaftsrechtlicher Akte.** Der in Art. 11 Abs. 6 EGBGB vorgesehene Ausschluss der Ortsform für Rechtsakte, die die Verfassung der Gesellschaft betreffen, ist konsequent und sorgt für die erforderliche Rechtsklarheit. Erfreulich ist, dass die Exklusivität des Gesellschaftsstatus auf die die Verfassung der Gesellschaft betreffende Rechtsakte[10] beschränkt ist und damit für Rechtsakte unterhalb dieser Schwelle, also etwa auch für die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen, vorbehaltlich anderweitiger Sonderanknüpfungen alternativ die Wahrung der Ortsform genügt.

- **Rechnungslegung.** Anders als in dem Vorschlag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht vorgesehen,[11] unterstellt der Referentenentwurf die handelsrechtliche Rechnungslegung nicht dem Gesellschaftsstatut. Dies ist schon deshalb entbehrlich, weil – wie die Begründung zum Referentenentwurf zutreffend ausführt – das Sachrecht insoweit bereits auf Grundlage der in der Europäischen Union ergangenen Richtlinien weitgehend vereinheitlicht ist. Zudem ist nicht zu verkennen, dass den Rechnungslegungsvorschriften ordnungspolitischer Charakter zukommt und zudem viele Staaten ohnehin zwingende Regelungen mit Sonderanknüpfungen vorsehen.[12] Vor diesem Hintergrund erscheinen die vom Deutschen Rat für Internationales Privatrecht geäußerten Bedenken nicht als gerechtfertigt.[13]

- **Internationales Konzernrecht.** Der Gesetzesentwurf regelt das internationale Konzernrecht nicht ausdrücklich. In Anbetracht der Vielgestaltigkeit grenzüberschreitender Rechtsbeziehungen zwischen Konzerngesellschaften ist fraglich,

---

[9] Teilweise wird die unternehmerische Mitbestimmung als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierende Regelung der Organisationsverfassung betrachtet; nach anderer Ansicht sollen hingegen die deutschen Mitbestimmungsregeln trotz ausländischen Gesellschaftsstatuts unter Berufung auf das Vorliegen einer Sonderanknüpfung im Sinne des Art. 34 EGBGB bzw. die Geltung des *ordre public* nach Art. 6 EGBGB zur Anwendung gelangen. Vgl. etwa *Drouven/Mödl*, NZG 2007, 7, 9 f. mit Nachweisen zum Stand der Diskussion.

[10] Vor allem Gründung, Satzungsänderung, Umwandlung sowie Auflösung.

[11] Vgl. *Sonnenberger/Bauer*, Vorschlag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationale Ebene, RIW 2006, Beilage 1 zu Heft 4, 1, 17 ff.

[12] Zu denken ist insbesondere an steuer-, kapitalmarkt- und insolvenzrechtliche Rechnungslegungsvorschriften, die von vornherein nicht dem Gesellschaftsstatut unterliegen.

[13] Vgl. *Sonnenberger/Bauer*, Vorschlag des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht für eine Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/nationale Ebene, RIW 2006, Beilage 1 zu Heft 4, 1, 17, wonach die Beachtung einer Vielzahl nationaler Rechte eine massive Einschränkung der Niederlassungsfreiheit bedeute.

ob eine positive Regelung zweckmäßig wäre, oder ob die wesentlichen praktischen Probleme nicht besser unter Rückgriff auf existierende Lösungsansätze auf Grundlage der neu geschaffenen Regelungen gelöst werden können. Dabei würde sich eine Orientierung an der bisher überwiegend vertretenen Auffassung anbieten, der zufolge im internationalen Konzern das Recht der jeweils betroffenen Gesellschaft maßgeblich ist (Anknüpfung an den „Gefahrenschwerpunkt“).[14] Dies würde beispielsweise für den Unterordnungskonzern zukünftig bedeuten, dass das (Gründungs-)Statut der abhängigen Gesellschaft deren Beziehungen zum herrschenden Unternehmen regelt, während umgekehrt die Rechte und Pflichten des herrschenden Unternehmen dessen jeweiligen Gründungsstatut unterliegen würden. Die Zulässigkeit und Wirksamkeit eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages richtete sich folglich entsprechend nach dem (Gründungs-)Statut sowohl der abhängigen als auch der herrschenden Gesellschaft. Aus Gründen der Klarheit wäre es deshalb zu begrüßen, wenn Artikel 10 Absatz 2 des Gesetzentwurfes um folgende Nr. 9 ergänzt würde: „die Rechtsbeziehungen zu verbundenen Unternehmen (Konzernrecht)“.

[14] Vgl. *Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 1998, Rz. 556 (freilich ausgehend von der Geltung der Sitztheorie).