

Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts

Herausgegeben von
HANS JÜRGEN SONNENBERGER

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Materialien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

47

Mohr Siebeck

Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

47

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts

Vorgelegt im Auftrag der zweiten Kommission
des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht,
Spezialkommission Internationales Gesellschaftsrecht

Herausgegeben von
Hans Jürgen Sonnenberger

Mohr Siebeck

Hans Jürgen Sonnenberger, geb. 1933; 1969 Habilitation; 1972–1986 Professor an der Universität Augsburg; 1986–2001 Direktor des Instituts für Internationales Recht, Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München; seit 2001 emeritiert.

e-ISBN PDF 978-3-16-151294-0

ISBN 978-3-16-149307-2

ISSN 0543-0194 (Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Der Vorschlag zur gesetzlichen Neuordnung des internationalen Privatrechts der Gesellschaften (juristischen Personen) schließt sich an die bisher erschienenen Bände von Vorschlägen und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts an, die die zwei Kommissionen des Deutschen Rates für internationales Privatrecht erarbeitet haben. Der hier vorgelegte Band weicht davon in Inhalt, Form und Methode in mehreren Punkten etwas ab. Inhaltlich ist die in Gang befindliche Europäisierung des internationalen Privatrechts Anlass, sich nicht auf einen Vorschlag für eine deutsche Regelung zu beschränken, sondern eine solche nur vorzuschlagen, sofern ein Vorschlag für eine EG-Verordnung nicht oder nur mit Verzögerung verwirklicht wird. Im Hinblick auf die für eine europäische Verordnung erforderliche europaweite Publizität des Vorschlags wurde dieser in die englische, französische und italienische Sprache übertragen. Die Erstellung der englischen und französischen Fassung, die Mitglieder des Sprachendienstes des Europäischen Gerichtshofs besorgt und Mitglieder der Spezialkommission nochmals überarbeitet haben, ist dank großzügiger Kostenübernahme des Max Planck Instituts für internationales und ausländisches Privatrecht erfolgt, wofür insbesondere Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow zu danken ist. Für die Erstellung der italienischen Fassung ist Herrn Prof. Dr. Kindler sowie Frau Dr. Pedriali-Kindler zu danken. Von früheren Bänden weicht der hier vorgelegte Band ferner insoweit ab, als neben den die Diskussion vorbereitenden Berichten einige ergänzende, die Diskussion strukturierende Kurzberichte aufgenommen wurden, um den Verlauf derselben verständlicher zu machen. Außerdem wurden aus den sehr umfangreichen Sitzungsprotokollen, die aus Raum- und Kostengründen nicht veröffentlicht werden können, Berichte erstellt, die über den Ablauf der Verhandlungen Auskunft geben und zum Verständnis des Vorschlags beitragen.

Der Beschluss, einen Vorschlag des Deutschen Rates für internationales Privatrecht mit dem Ziel einer Regelung des internationalen Privatrechts der Gesellschaften (juristischen Personen) zu erstellen, wurde in Absprache mit dem Bundesministerium der Justiz vom Plenum des Rates in der Sitzung vom 10.9.2003 anlässlich seines 50-jährigen Bestehens getroffen. Zugleich wurde für diese Aufgabe eine Spezialkommission geschaf-

fen. Die Einsetzung der Spezialkommission sowie deren Beratungen erfolgten aus Anlass der gesellschaftsrechtlichen Urteile des EuGH zur Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften. Diese machen nach der Überzeugung des Plenums des Rates und der Spezialkommission eine Neukonzeption des internationalen Gesellschaftsrechts erforderlich und gebieten auf interner Ebene eine gesetzliche Regelung jedenfalls dann, wenn eine auf europäischer Ebene im Interesse einheitlicher Handhabung anzustrebende Regelung in angemessener Zeit nicht zustande kommt.

Den Entwürfen einer EG-Verordnung bzw. Änderung des EGBGB folgt eine Begründung, die das Ergebnis der Beratungen der Spezialkommission ist, die von 2004 bis 2006 tätig war. Die abgedruckten Berichte dienen der Vorbereitung der Beratungen. Sie wurden hier gutem Brauch des Rates bei der Fassung seiner Kollegialentscheidungen folgend auch dann veröffentlicht, wenn die Spezialkommission den Vorschlägen der Berichterstatter nicht oder nur teilweise gefolgt ist.

Nach dem üblichen Verfahren des Deutschen Rates für internationales Privatrecht hat die Spezialkommission über die einzelnen Fragen förmlich Beschluss gefasst. Die Beschlüsse erfolgten teilweise einstimmig, teilweise mit wechselnden Mehrheiten. Letzteres liegt an der Schwierigkeit der Materie und teilweise auch daran, dass die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten von den Kommissionsmitgliedern im Lauf der Verhandlungen unterschiedlich gewichtet wurden. Der Vorschlag wurde abschließend im Interesse einer Gesamtregelung einstimmig beschlossen mit einem Vorbehalt betreffend ihrer räumlichen Reichweite.

Herr Frank Bauer, wissenschaftlicher Assistent am Institut für Internationales Recht – Rechtsvergleichung der Universität München, hat sich als Protokollführer der Spezialkommission sowie bei der Redaktion der Protokolle, der Schlussredaktion des Vorschlags und der Veröffentlichung hervorragendes Verdienst erworben. Dank gebührt auch Frau Ingeborg Stahl, im Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht für die Erstellung der Druckvorlage.

München/Augsburg, 30. August 2006

Hans Jürgen Sonnenberger

Inhaltsverzeichnis

Autoren und Mitglieder der Spezialkommission.....	XI
---	----

Erster Teil

Vorschlag der Spezialkommission für die Neugestaltung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/deutscher Ebene	1
Abschnitt I: Deutsche Fassung (Beschlussfassung)	3
Vorschlag der Spezialkommission für die Neugestaltung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/deutscher Ebene	
Redaktion: <i>Hans Jürgen Sonnenberger</i> und <i>Frank Bauer</i>	3
Abschnitt II: Englische Fassung (English Translation)	65
Proposal of the <i>Deutscher Rat für Internationales Privatrecht</i> for European and national legislation in the field of international company law	
edited by <i>Hans Jürgen Sonnenberger</i> and <i>Frank Bauer</i>	65
Abschnitt III: Französische Fassung (Traduction française)	123
Proposition du <i>Deutscher Rat für Internationales Privatrecht</i> en vue de l'adoption d'une réglementation du droit international des sociétés au niveau européen/national	
Direction: <i>Hans Jürgen Sonnenberger</i> et <i>Frank Bauer</i>	123
Abschnitt IV: Italienische Fassung (Traduzione italiana in parte).....	191
Proposta del <i>Deutscher Rat für Internationales Privatrecht</i> di regolamentazione del diritto internazionale privato delle società a livello europeo e nazionale	
cura di <i>Peter Kindler</i> e <i>Alessandra Pedriali-Kindler</i>	191

Zweiter Teil

Diskussionsberichte über die Sitzungen der Spezialkommission des Deutschen Rates für IPR	199
Abschnitt I: Sitzungsbericht vom 23./24. Januar 2004 <i>Daniel Zimmer</i>	201
Abschnitt II: Sitzungsberichte vom 21./22. Mai und vom 26./27. November 2004	217
Sitzungsbericht vom 21. Mai 2004 <i>Peter Kindler</i>	217
Sitzungsbericht vom 22. Mai und vom 26. November 2004 <i>Peter Behrens</i>	227
Sitzungsbericht vom 26./27. November 2004 <i>Peter Kindler</i>	241
Abschnitt III: Sitzungsbericht vom 10./11. März 2005 <i>Horst Eidenmüller</i>	251
Abschnitt IV: Sitzungsberichte vom 27./28. Juli 2005 und vom 9. Februar 2006	279
Sitzungsbericht vom 27./28. Juli 2005 <i>Eva-Maria Kieninger</i>	279
Sitzungsbericht vom 9. Februar 2006 <i>Frank Bauer</i>	327

Dritter Teil

Gutachten und vorbereitende Berichte	349
Abschnitt I: Sitzung vom 23./24. Januar 2004	351
Internationales Gesellschaftsrecht – Einleitender Bericht <i>Hans Jürgen Sonnenberger</i>	351
Fragen zum Internationalen Gesellschaftsrecht <i>Daniel Zimmer</i>	371

Abschnitt II: Sitzung vom 21./22. Mai 2004	389
Welche Anknüpfungspunkte sollte ein künftiges internationales Gesellschaftsrecht verwenden? (Arbeitspapier)	
<i>Peter Kindler</i>	389
Sonderanknüpfungen im Internationalen Gesellschaftsrecht	
<i>Peter Behrens</i>	401
 Abschnitt III: Sitzung vom 26./27. November 2004	 469
Die Reichweite des Gesellschaftsstatuts	
<i>Horst Eidenmüller</i>	469
Die Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut	
<i>Peter Kindler</i>	497
 Abschnitt IV: Sitzung vom 10./11. März 2005	 535
Formerfordernisse im Internationalen Gesellschaftsrecht	
<i>Peter Behrens</i>	535
Anknüpfung von Vorschriften zur Rechnungslegung und Publizität	
<i>Daniel Zimmer</i>	545
Vorschlag zur Rechnungslegung und Erläuterung (Arbeitspapier)	
<i>Hans Jürgen Sonnenberger</i>	551
 Abschnitt V: Sitzung vom 27./28. Juli 2005	 563
Anknüpfung von handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zur Rechnungslegung und Publizität (Thesenpapier)	
<i>Otto Sandrock</i>	563
Revidierter und geänderter Vorschlag zur Rechnungslegung und Erläuterung (Arbeitspapier)	
<i>Hans Jürgen Sonnenberger</i>	575
Anknüpfung grenzüberschreitender Umstrukturierungen von Gesellschaften – Sitzverlegung, Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung	
<i>Eva-Maria Kieninger</i>	581
Grenzüberschreitende Verschmelzung und Statutenwechsel durch Neuregistrierung (Arbeitspapier)	
<i>Hans Jürgen Sonnenberger</i>	619

Autoren und Mitglieder der Spezialkommission

Jürgen Basedow, Prof. Dr. Dr. h.c., LL.M. (Harvard), Hamburg

Frank Bauer, Wiss. Ass., München (Protokollführer)

Peter Behrens, Prof. Dr., M.C.J. (New York), Hamburg

Horst Eidenmüller, Prof. Dr., LL.M. (Cambr.), München

Eva-Maria Kieninger, Prof. Dr., Würzburg

Peter Kindler, Prof. Dr., Bochum

Otto Sandrock, Prof. Dr., LL.M. (Yale), Münster

Peter Schlechtriem, Prof. Dr. Dres. h.c., Freiburg

Hans Jürgen Sonnenberger, Prof. Dr. Dres. h.c., München (Vorsitzender)

Daniel Zimmer, Prof. Dr., LL.M. (UCLA), Bonn

Erster Teil

Vorschlag der Spezialkommission für die Neugestaltung
des Internationalen Gesellschaftsrechts auf
europäischer/deutscher Ebene

Abschnitt I

Deutsche Fassung (Beschlussfassung)

Vorschlag der Spezialkommission für die Neugestaltung des Internationalen Gesellschaftsrechts auf europäischer/deutscher Ebene*

Redaktion: HANS JÜRGEN SONNENBERGER und FRANK BAUER

- I. Einleitung
- II. Präambelbeschlüsse
- III. Regelungsvorschläge
 - A. Vorschlag für eine Regelung auf europäischer Ebene
 - B. Vorschlag für eine autonome deutsche Regelung im EGBGB
- IV. Begründung
 - 1. Präambelbeschlüsse
 - 2. Anwendungsbereich (Art. 1 EG-Verordnung, Art. 10 Abs. 1 EGBGB)
 - 3. Anwendbares Recht (Art. 2 EG-Verordnung, Art. 10 Abs. 2 und 3 EGBGB)
 - a) Allgemeines
 - b) Registrierte Gesellschaften (Art. 2 Abs. 1 EG-Verordnung, Art. 10 Abs. 2 EGBGB)
 - c) Nicht registrierte Gesellschaften (Art. 2 Abs. 2 EG-Verordnung, Art. 10 Abs. 3 EGBGB)
 - aa) Allgemeines
 - bb) Recht, nach dem die Gesellschaft organisiert ist (Satz 1)
 - cc) Vertragsrechtliche Anknüpfung (Satz 2)
 - dd) Die Behandlung von Vor- und Vorgründungsgesellschaft
 - ee) Verkehrsschutzregel (Satz 3)
 - 4. Reichweite des auf eine Gesellschaft anwendbaren Rechts (Art. 3 EG-Verordnung, Art. 10a EGBGB)
 - a) Allgemeines
 - b) Rechtsnatur, Rechts- und Handlungsfähigkeit (Abs. 1 Nr. 1)
 - c) Gründung, Umwandlung und Auflösung (Abs. 1 Nr. 2)
 - d) Name oder Firma (Abs. 1 Nr. 3)

* Der Vorschlag wurde vollständig abgedruckt in: RIW 2006, Beilage 1 zu Heft 4/2006, S. 1 ff. Er ist teilweise in der *Revue critique de droit international privé* 2006, S. 712 ff. sowie der *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2006, S. 876 ff. veröffentlicht. Siehe den Einführungsaufsatz von *Kindler* in: *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2006, S. 657 ff.

- e) Organisations- und Finanzverfassung (Abs. 1 Nr. 4)
 - aa) Organisationsverfassung
 - bb) Finanzverfassung
- f) Vertretungsmacht der Organe (Abs. 1 Nr. 5)
- g) Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft; mit ihr verbundene Rechte und Pflichten (Abs. 1 Nr. 6)
 - aa) Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft
 - bb) Mit der Mitgliedschaft verbundene Rechte und Pflichten
- h) Haftung der Gesellschaft, der Mitglieder ihrer Organe und der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (Abs. 1 Nr. 7)
- i) Haftung wegen der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten (Abs. 1 Nr. 8)
- j) Rechnungslegung, Prüfung, Offenlegung (Abs. 1 Nr. 9)
 - aa) Erstellung
 - bb) Offenlegung (Art. 3 Abs. 3 EG-Verordnung, Art. 10a Abs. 3 EGBGB)
 - cc) Besonderheiten bei Drittstaat-Gesellschaften
- k) Art. 3 Abs. 2 der EG Verordnung und Art. 10a Abs. 2 EGBGB
- l) Art. 3 Abs. 3 der EG-Verordnung und Art. 10a Abs. 3 EGBGB
- 5. Form gesellschaftsrechtlicher Rechtsakte (Art. 4 EG-Verordnung, Art. 11 Abs. 6 EGBGB)
- 6. Grenzüberschreitende Umstrukturierungen (Art. 5-7 EG-Verordnung, Art. 10b-10d EGBGB)
 - a) Allgemeines
 - b) Verschmelzungen (Art. 5 EG-Verordnung, Art. 10b EGBGB)
 - c) Wechsel des anwendbaren Rechts (Art. 7 EG-Verordnung, Art. 10d EGBGB)
- 7. Renvoi (Art. 8 EG-Verordnung)
- 8. Eingriffsnormen (Art. 9 EG-Verordnung)
- 9. Ordre public (Art. 10 EG-Verordnung)
- 10. Allgemeine Missbrauchsklausel

I. Einleitung

Das Plenum des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht hat am 10.9.2003 in Berlin in Abstimmung mit dem Bundesministerium der Justiz beschlossen, eine Spezialkommission für das internationale Gesellschaftsrecht¹ zu bilden, die aus Anlass und auf der Grundlage der Urteile des

¹ Mitglieder der Spezialkommission: Prof. Dr. Dr. h. c. Jürgen Basedow LL.M. (Harvard Univ.); Prof. Dr. Peter Behrens M.C.J. (New York); Prof. Dr. Horst Eidenmüller LL.M. (Cambr.), Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger; Prof. Dr. Peter Kindler; Prof. Dr. Otto Sandrock LL.M. (Yale); Prof. Dr. Dres. h. c. Peter Schlechtriem; Prof. Dr. Dres. h. c. Hans Jürgen Sonnenberger (Vorsitzender); Prof. Dr. Daniel Zimmer LL.M. (UCLA). Wiss. Ass. Frank Bauer (Protokollführer). Als Vertreter des Bundesjustizministeriums haben an den Sitzungen teilgenommen: Regierungsdirektorin Dr. Birte Timm LL.M. (Miami); Ministerialrat Dr. Rolf Wagner.

EuGH, insbesondere der Urteile *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*², unter Beachtung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 48 in Verbindung mit Art. 43 EGV Vorschläge für eine Regelung des internationalen Gesellschaftsrechts erarbeiten soll. Die Spezialkommission hat seit Januar 2004 in fünf jeweils mehrtägigen Sitzungen beraten und im Anschluss an Grundsatzbeschlüsse mit Präambelfunktion sowohl für eine EG-Verordnung als auch für eine autonome deutsche Regelung im EGBGB zwei Vorschläge formuliert. Die Vorschläge samt Begründung sind in einer abschließenden Sitzung am 9.2.2006 in Übereinstimmung mit den im Lauf der Verhandlungen gefassten Beschlüssen einstimmig verabschiedet worden, wobei sich ein Mitglied der Spezialkommission gegen eine Einbeziehung der Nicht-EU/EWR-Gesellschaften in die Regelungsvorschläge ausgesprochen hat (Kindler).

Der Auftrag beschränkt sich auf Vorschläge für das internationale Gesellschaftsrecht. Es gehört daher nicht zur Aufgabe der Kommission, Vorschläge zur Anknüpfung von Rechtsfragen zu unterbreiten, die zwar Bezug zum Gesellschaftsrecht haben, jedoch nicht zu diesem gehören. Es werden deshalb keine Vorschläge z.B. zu den im Wesentlichen sachrechtlichen Fragen der Mitbestimmung, zum internationalen Delikts-, Firmen-, Wettbewerbs-, Kapitalmarkt- und Insolvenzrecht gemacht. Dagegen gehört es zur Aufgabe der Kommission, einen Vorschlag zur Reichweite des Gesellschaftsstatuts und zu etwaigen Sonderanknüpfungen gesellschaftsrechtlicher Angelegenheiten zu erarbeiten, was zur Folge hatte, dass in den Beratungen auch solche Rechtsmaterien berücksichtigt wurden, die nicht zum internationalen Gesellschaftsrecht zu rechnen sind.

Die Konzeptionen des internationalen Gesellschaftsrechts in den autonomen Regelungen der Mitgliedstaaten der EU und des EWR unterscheiden sich in dem Sinn, dass eine Gruppe allseitige Kollisionsnormen formuliert und die in- und ausländischen Gesellschaften ohne weiteres nach dem berufenen Recht behandelt. Dies ist z.B. die deutsche, italienische und schweizerische Sicht. Eine zweite Gruppe legt nur einseitig die Anwendbarkeit des eigenen Rechts fest und definiert für Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen Staates gegründet sind, die Anerkennungsvoraussetzungen. Dies ist z.B. die französische Sicht. Auch hier werden aber Kriterien für die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts erforderlich, da die Anerkennungsfähigkeit voraussetzt, dass die Gesellschaft nach dem im Anerkennungsstaat für anwendbar erklärten Recht gegründet worden ist. Es bereitet daher keine Probleme, beide Konzeptionen in einem einheitlichen Instrument zusammenzuführen.

² EuGH v. 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999-I, 1459 – *Centros*; EuGH v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002-I, 9919 – *Überseering*; EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003-I, 10155 – *Inspire Art*.

Die Begründung der Vorschläge der Kommission spricht allgemein von Gesellschaften. Entsprechend Art. 1 Abs. 2 der EG-Verordnung, und dem dominierenden Verständnis der autonomen Rechte der Mitgliedstaaten der EU sowie Art. 10 Abs. 1 EGBGB beziehen sich die Vorschläge ebenfalls auf Vereine, Stiftungen und andere juristische Personen des Zivil- und Handelsrechts bzw. des Privatrechts, sodass der verwendete Begriff „Gesellschaft“ in diesem Sinn zu verstehen ist.

II. Präambelbeschlüsse

1. Eine Beschränkung gesetzgeberischer Aktivitäten ausschließlich auf die gesellschaftsrechtlichen Fragen, die sachrechtlich mit den EuGH-Urteilen Centros, Überseering und Inspire Art verbunden sind, übergeht die sich im Gefolge dieser Urteile ergebenden kollisionsrechtlichen Umstellungsprobleme und reicht nicht aus. Eine gesetzliche Regelung der kollisionsrechtlichen Fragen ist im Interesse der Wiedergewinnung der als Auswirkung der EuGH-Rechtsprechung verloren gegangenen Rechtsicherheit erforderlich (Beschlussergebnis: einstimmig). Die Anknüpfungen sind im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 48 in Verbindung mit Art. 43 EGV zu entwickeln. Bei etwaigen Sonderanknüpfungen, die für gesellschaftsrechtliche Teilbereiche davon abweichen, ist zu beachten, dass nach dem EuGH-Urteil vom 15.1.2002, Kommission/Italien³ eine gemeinschaftsrechtliche Rechtfertigung erforderlich ist, sofern sie die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen (Beschlussergebnis: einstimmig).

2. Der EGV enthält eine Kompetenzgrundlage für ein einheitliches Gemeinschaftsinstrument für das internationale Gesellschaftsrecht, am zweckmäßigsten eine EG-Verordnung. Als Kompetenzgrundlagen ergeben sich Art. 65 lit. b bzw. Art. 95 EGV (Beschlussergebnis: einstimmig).

3. Eine gemeinschaftsrechtliche Regelung der kollisionsrechtlichen Behandlung der Gesellschaften sollte im Interesse gemeinschaftsweit einheitlicher Handhabung angestrebt werden. Für den Fall, dass sich das hinauszögert oder nicht erreichbar ist, sollte eine autonome Regelung herbeigeführt werden. Aus dieser Optik werden zwei Vorschläge unterbreitet (Beschlussergebnis: einstimmig).

4. Eine künftige Regelung des internationalen Gesellschaftsrechts sollte eine Einheitsregelung für Gesellschaften aus EU/EWR-Staaten und aus Drittstaaten sein. Zwar wird nicht übersehen, dass eine einheitliche

³ EuGH v. 15.1.2002, Rs. C-439/99, Slg. 2002-I, 305 – Kommission/Italien.

Anknüpfung auch Probleme aufwirft. Gleichwohl ist sie zwecks Vermeidung unübersichtlich differenzierter Bestimmung des Gesellschaftsstatuts vorzugswürdig (Beschlussergebnis: 6:1:0)⁴.

III. Regelungsvorschläge

A. Vorschlag für eine Regelung auf europäischer Ebene

Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf Gesellschaften anzuwendende Recht

Art. 1 Anwendungsbereich. (1) Diese Verordnung gilt für Gesellschaften und diese betreffende Rechtsverhältnisse, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen, soweit es sich um Zivil- und Handels-sachen handelt.

(2) Gesellschaften sind die Gesellschaften einschließlich der Genossen-schaften, die Vereine, die Stiftungen und die sonstigen juristischen Per-sonen des Zivil- und Handelsrechts.

Art. 2 Anzuwendendes Recht. (1) Gesellschaften unterliegen dem Recht des Staates, in dem sie in ein öffentliches Register eingetragen sind.

(2) Sind sie nicht oder noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen, unterliegen sie dem Recht des Staates, nach dem sie organisiert sind. Lässt sich das anzuwendende Recht nach Satz 1 nicht bestimmen, finden die Kollisionsnormen über die vertraglichen Schuldverhältnisse Anwendung. Tritt eine Gesellschaft unter einem anderen als dem nach Satz 1 oder 2 bestimmten Recht auf, so kann sich ein gutgläubiger Dritter auf dieses Recht berufen.

Art. 3 Reichweite des auf eine Gesellschaft anzuwendenden Rechts.

(1) Das nach Art. 2 auf Gesellschaften anzuwendende Recht ist insbe-sondere maßgebend für

1. die Rechtsnatur, die Rechts- und Handlungsfähigkeit;
2. die Gründung, die Umwandlung und die Auflösung;
3. den Namen oder die Firma;
4. die Organisations- sowie die Finanzverfassung⁵;
5. die Vertretungsmacht der Organe;

⁴ Beschlussergebnis: Zustimmung:Ablehnung:Enthaltung.

⁵ Siehe zu einer etwaigen Sonderanknüpfung die Begründung des Art. 3 Abs. 1 Nr. 4.

6. den Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft und die mit ihr verbundenen Rechte und Pflichten;
7. die Haftung der Gesellschaft, der Mitglieder ihrer Organe und der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft;
8. die Haftung wegen der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten⁶
9. die Pflicht zur handelsrechtlichen Rechnungslegung, insbesondere der Jahresabschlüsse und deren Gestaltung, für die Prüfung der Jahresabschlüsse und deren Gestaltung sowie die Offenlegung und für die Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung einschließlich der Haftung.

(2) Hat eine Gesellschaft in einem anderen Staat als demjenigen, dessen Recht Gesellschaftsstatut ist, ein Rechtsgeschäft durch ein persönlich anwesendes Organ vorgenommen, so kann sie sich nicht auf Beschränkungen ihrer Rechtsfähigkeit oder auf Beschränkungen der Vertretungsmacht ihrer Organe berufen, die nach dem Recht des Vornahmeortes für eine entsprechende Gesellschaft nicht bestehen. Dies gilt nicht, wenn die Gesellschaft beweist, dass dem anderen Teil bekannt war, dass die Handlung die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft oder die Vertretungsmacht ihres Organs überschritt, oder dass er darüber nach den Umständen nicht in Unkenntnis sein konnte. Allein die Bekanntmachung der Gründungsdokumente der Gesellschaft reicht für diesen Beweis nicht aus.

(3) Befindet sich eine Niederlassung der Gesellschaft in einem anderen Staat als dem Registrierungsstaat, so bleiben Vorschriften zur Offenlegung der Unterlagen der handelsrechtlichen Rechnungslegung nach dem Recht am Ort der Niederlassung von Abs. 1 Nr. 9 unberührt.

Art. 4. Form gesellschaftsrechtlicher Rechtsakte. Ein Rechtsakt, der die Verfassung einer Gesellschaft betrifft, ist nur formgültig, wenn er die Formerfordernisse des nach Art. 2 maßgeblichen Rechts erfüllt. Andere Rechtsakte sind formgültig, wenn sie die Formerfordernisse des nach Art. 2 berufenen Rechts oder des Rechts des Vornahmeortes erfüllen.

Art. 5 Grenzüberschreitende Verschmelzung. (1) Die Voraussetzungen, das Verfahren und die Wirkung der grenzüberschreitenden Verschmelzung unterliegen für jede der beteiligten Gesellschaften dem nach Art. 2 zu bestimmenden Gesellschaftsstatut.

(2) Zu den Vorschriften nach Abs. 1 gehören insbesondere die Vorschriften über

⁶ Siehe zu einer etwaigen alternativen Anknüpfung die Begründung des Art. 3 Abs. 1 Nr. 8.

1. die gemeinsame Aufstellung des Verschmelzungsplans oder den Abschluss des Verschmelzungsvertrages einschließlich der Vorschriften über die Form, den Mindestinhalt, die Offenlegung sowie die Prüfungs- und Berichtspflichten;
2. das die Verschmelzung betreffende Verfahren der Beschlussfassung;
3. den Schutz der Gläubiger der sich verschmelzenden Gesellschaften und der Inhaber von Wertpapieren, die Rechte an diesen Gesellschaften verbriefen;
4. den Schutz der Minderheitsgesellschafter, welche die Verschmelzung abgelehnt haben.

(3) Unberührt bleiben Regelungen des im Übrigen auf die Rechte an einem Vermögensgegenstand anzuwendenden Rechts, welche die Wirksamkeit der Übertragung von Vermögensgegenständen auf die übernehmende oder die neue Gesellschaft gegenüber Dritten von der Erfüllung weiterer Voraussetzungen abhängig machen.

(4) Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung bestimmt sich nach dem Recht, dem die aus der Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft nach Art. 2 unterliegt.

Art. 6 Grenzüberschreitende Spaltung und Vermögensübertragung. Auf die grenzüberschreitende Spaltung und Vermögensübertragung findet Art. 5 entsprechende Anwendung.

Art. 7 Wechsel des anwendbaren Rechts. (1) Eine registrierte Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR gegründet ist, kann ihr Gesellschaftsstatut durch eine grenzüberschreitende Verlegung des nach Art. 2 maßgeblichen Registrierungsortes in einen anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR wechseln, ohne dass es einer Verlegung des tatsächlichen Sitzes bedarf. Sehen die Vorschriften des Mitgliedstaates der EU oder des EWR, dessen Recht sich die Gesellschaft unterstellen möchte, eine Registrierung nicht vor, so kann die Gesellschaft ihr Statut wechseln, indem sie ihre Organisation nach außen erkennbar dem Recht eines anderen Mitgliedstaates der EU oder des EWR unterstellt. Die Voraussetzungen für die Löschung im Register des ursprünglichen Registrierungsstaates unterliegen dessen Recht. Die Voraussetzungen für die Registrierung im neuen Registrierungsstaat unterliegen dem Recht dieses Staates. Der Statutenwechsel setzt voraus, dass die nach dem bisherigen Gesellschaftsstatut vorgesehenen Maßnahmen zum Schutz von Rechten Dritter und von Gesellschaftern, die dem Statutenwechsel nicht zugestimmt haben, erfüllt worden sind. In jedem Fall sind die Gläubiger

unter Hinweis auf die bevorstehende Änderung des Gesellschaftsstatuts öffentlich zur Anmeldung ihrer Forderungen aufzufordern.

(2) Im Falle von Absatz 1 Satz 1 ist bis zur Eintragung der Gesellschaft am neuen Registrierungsort das bisherige Gesellschaftsstatut anwendbar. Im Falle von Absatz 1 Satz 2 ist bis zur Löschung der Gesellschaft am alten Registrierungsort das bisherige Gesellschaftsstatut anwendbar.

(3) Eine nicht registrierte Gesellschaft, die ihren Sitz, ihre Hauptniederlassung oder ihre Hauptverwaltung in der EU oder dem EWR hat und nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet ist, kann ihr Statut wechseln, indem sie ihre Organisation nach außen erkennbar dem Recht eines anderen Mitgliedstaates der EU oder des EWR unterstellt, insbesondere, indem sie sich in einem anderen Mitgliedstaat registrieren lässt. Die vor dem Statutswechsel begründeten Rechte von Dritten richten sich weiterhin nach dem Altstatut. Für Gesellschaften, die nicht über eine Organisation verfügen, gilt das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht.

Art. 8 Renvoi. Die Verweisungen auf das Recht eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR sind Sachnormverweisungen. Wird auf das Recht eines anderen Staates verwiesen, so ist auch dessen Internationales Privatrecht anzuwenden, sofern dies nicht dem Sinn der Verweisung widerspricht. Verweist das Recht des anderen Staates auf das Recht eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR zurück, so sind die Sachvorschriften dieses Staates anzuwenden.

Art. 9 Eingriffsnormen [règles de police].

[siehe Begründung]

Art. 10 Ordre public. Die Anwendung einer Norm des nach dieser Verordnung anzuwendenden Rechts kann versagt werden, wenn die Anwendung offensichtlich mit wesentlichen Grundsätzen des Rechts des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar ist.

[Allgemeine Missbrauchsklausel: kein Regelungsvorschlag, siehe Begründung]

B. Vorschlag für eine autonome deutsche Regelung im EGBGB

[Neue Überschrift vor Art. 7:]

Zweiter Abschnitt. Recht der natürlichen Personen, *der juristischen Personen und Gesellschaften* und der Rechtsgeschäfte

1. Unterabschnitt. Natürliche Personen

[Art. 7 bleibt]

[Art. 9 wird inhaltsgleich zu Art. 8]

[Art. 10 wird inhaltsgleich zu Art. 9]

2. Unterabschnitt. Juristische Personen und Gesellschaften

Art. 10 Begriff und anzuwendendes Recht. (1) Gesellschaften im Sinne dieses Unterabschnittes sind Gesellschaften einschließlich der Genossenschaften, die Vereine, die Stiftungen und die sonstigen juristischen Personen des Privatrechts.

(2) Gesellschaften unterliegen dem Recht des Staates, in dem sie in ein öffentliches Register eingetragen sind.

(3) Sind sie nicht oder noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen, unterliegen sie dem Recht des Staates, nach dem sie organisiert sind. Lässt sich das anzuwendende Recht nach Satz 1 nicht bestimmen, finden die Kollisionsnormen über die vertraglichen Schuldverhältnisse Anwendung. Tritt eine Gesellschaft unter einem anderen als dem nach Satz 1 oder 2 bestimmten Recht auf, so kann sich ein gutgläubiger Dritter auf dieses Recht berufen.

Art. 10a Reichweite des auf eine Gesellschaft anzuwendenden Rechts.

(1) Das nach Art. 10 Abs. 2 und 3 auf Gesellschaften anzuwendende Recht ist insbesondere maßgebend für

1. die Rechtsnatur, die Rechts- und Handlungsfähigkeit;
2. die Gründung, die Umwandlung und die Auflösung;
3. den Namen oder die Firma;
4. die Organisations- sowie die Finanzverfassung⁷;
5. die Vertretungsmacht der Organe;
6. den Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft und die mit ihr verbundenen Rechte und Pflichten;
7. die Haftung der Gesellschaft, der Mitglieder ihrer Organe und der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft;
8. die Haftung wegen der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten;
9. die Pflicht zur handelsrechtlichen Rechnungslegung, insbesondere der Jahresabschlüsse und deren Gestaltung, für die Prüfung der Jahresabschlüsse und deren Gestaltung sowie die Offenlegung und

⁷ Siehe zu einer etwaigen Sonderanknüpfung die Begründung des Art. 10a Abs. 1 Nr. 4.

für die Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung einschließlich der Haftung.

(2) Hat eine Gesellschaft in einem anderen Staat als demjenigen, dessen Recht Gesellschaftsstatut ist, ein Rechtsgeschäft durch ein persönlich anwesendes Organ vorgenommen, so kann sie sich nicht auf Beschränkungen ihrer Rechtsfähigkeit oder auf Beschränkungen der Vertretungsmacht ihrer Organe berufen, die nach dem Recht des Vornahmeortes für eine entsprechende Gesellschaft nicht bestehen. Dies gilt nicht, wenn die Gesellschaft beweist, dass dem anderen Teil bekannt war, dass die Handlung die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft oder die Vertretungsmacht ihres Organs überschritt, oder dass er darüber nach den Umständen nicht in Unkenntnis sein konnte. Allein die Bekanntmachung der Gründungsdokumente der Gesellschaft reicht für diesen Beweis nicht aus.

(3) Befindet sich eine Niederlassung einer in einem anderen Staat registrierten Gesellschaft in Deutschland, so bleiben die inländischen Vorschriften zur Offenlegung der handelsrechtlichen Unterlagen der Rechnungslegung unberührt.

Art. 10b Grenzüberschreitende Verschmelzung. (1) Die Voraussetzungen, das Verfahren und die Wirkung der grenzüberschreitenden Verschmelzung unterliegen für jede der beteiligten Gesellschaften dem nach Art. 10 Abs. 2 und 3 zu bestimmenden Gesellschaftsstatut.

(2) Zu den Vorschriften nach Abs. 1 gehören insbesondere die Vorschriften über

1. die gemeinsame Aufstellung des Verschmelzungsplans oder den Abschluss des Verschmelzungsvertrages einschließlich der Vorschriften über die Form, den Mindestinhalt, die Offenlegung sowie die Prüfungs- und Berichtspflichten;
2. das die Verschmelzung betreffende Verfahren der Beschlussfassung;
3. den Schutz der Gläubiger der sich verschmelzenden Gesellschaften und der Inhaber von Wertpapieren, die Rechte an diesen Gesellschaften verbriefen;
4. den Schutz der Minderheitsgesellschafter, welche die Verschmelzung abgelehnt haben.

(3) Unberührt bleiben Regelungen des im Übrigen auf die Rechte an einem Vermögensgegenstand anzuwendenden Rechts, welche die Wirksamkeit der Übertragung von Vermögensgegenständen auf die übernehmende oder die neue Gesellschaft gegenüber Dritten von der Erfüllung weiterer Voraussetzungen abhängig machen.

(4) Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung bestimmt sich nach dem Recht, dem die aus der Verschmelzung hervorgegangene Gesellschaft nach Art. 10 Abs. 2 und 3 unterliegt.

Art. 10c Grenzüberschreitende Spaltung und Vermögensübertragung. Auf die grenzüberschreitende Spaltung und Vermögensübertragung findet Art. 10b entsprechende Anwendung.

Art. 10d Wechsel des anwendbaren Rechts. (1) Eine in Deutschland registrierte und nach deutschem Recht gegründete Gesellschaft kann ihr Gesellschaftsstatut durch eine grenzüberschreitende Verlegung des nach Art. 10 Abs. 2 maßgeblichen Registrierungsortes in einen anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR wechseln, ohne dass es einer Verlegung des tatsächlichen Sitzes bedarf. Die Voraussetzungen für die Löschung im deutschen Register unterliegen deutschem Recht. Die Voraussetzungen für die Registrierung im neuen Registrierungsstaat unterliegen dem Recht dieses Staates. Der Statutenwechsel setzt voraus, dass die nach dem deutschen Gesellschaftsstatut vorgesehenen Maßnahmen zum Schutz von Rechten Dritter und von Gesellschaftern, die dem Statutenwechsel nicht zugestimmt haben, erfüllt worden sind. Die Gläubiger sind unter Hinweis auf die bevorstehende Änderung des Gesellschaftsstatuts öffentlich zur Anmeldung ihrer Forderungen aufzufordern.

(2) Eine registrierte Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR gegründet ist, kann ihr Gesellschaftsstatut durch eine grenzüberschreitende Verlegung ihres nach Art. 10 Abs. 2 maßgeblichen Registrierungsortes nach Deutschland wechseln, ohne dass es einer Verlegung des tatsächlichen Sitzes bedarf. Die Voraussetzungen für die Registrierung in Deutschland unterliegen dem deutschen Recht. Der Statutenwechsel setzt voraus, dass das bisherige Gesellschaftsstatut den Wechsel gestattet und die nach diesem vorgesehenen Maßnahmen zum Schutz von Rechten Dritter und von Gesellschaftern, die dem Statutenwechsel nicht zugestimmt haben, erfüllt worden sind. Ist nach dem Recht des Wegzugsstaates eine Genehmigung erforderlich, so kann die Gesellschaft in Deutschland erst nach deren Vorlage eingetragen werden.

(3) Sehen die Vorschriften des deutschen Rechts oder des Rechts eines anderen Mitgliedstaates der EU oder des EWR, dem sich eine registrierte Gesellschaft unterstellen möchte, eine Registrierung nicht vor, so kann die Gesellschaft ihr Statut wechseln, indem sie ihre Organisation nach außen erkennbar diesem Recht unterstellt. Im Falle des Wegzugs gilt Abs. 1 S. 2, 4 und 5, im Falle des Zuzugs Abs. 2 S. 3 entsprechend.

(4) Im Falle von Absatz 1 und 2 ist bis zur Eintragung der Gesellschaft am neuen Registrierungsort das bisherige Gesellschaftsstatut anwendbar. Im Falle von Absatz 3 ist bis zur Löschung der Gesellschaft am alten Registrierungsort das bisherige Gesellschaftsstatut anwendbar.

(5) Eine nicht registrierte Gesellschaft, die ihren Sitz, ihre Hauptniederlassung oder ihre Hauptverwaltung in Deutschland oder einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR hat und nach dem Recht eines dieser Staaten gegründet ist, kann ihr Statut wechseln, indem sie ihre Organisation nach außen erkennbar dem Recht eines anderen Mitgliedstaates der EU oder des EWR unterstellt, insbesondere, in dem sie sich in einem anderen Mitgliedstaat registrieren lässt. Der Statutenwechsel tritt ein mit dem Wirksamwerden des Umstellungsbeschlusses bzw. der Eintragung im anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR. Die vor dem Statutenwechsel begründeten Rechte von Dritten richten sich weiterhin nach dem Altstatut. Für den Statutenwechsel von Gesellschaften, die nicht über eine Organisation verfügen, gilt das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht.

3. Unterabschnitt. Rechtsgeschäfte

Art. 11 Form von Rechtsgeschäften. (1) – (5) ... [bleiben unverändert]

(6) Ein Rechtsgeschäft, das die Verfassung einer Gesellschaft betrifft, ist nur formgültig, wenn es die Vorschriften des Rechts erfüllt, das auf die Verfassung der Gesellschaft anzuwenden ist.

[Renvoi: kein Regelungsvorschlag s. Begründung]

[Eingriffsnormen: kein Regelungsvorschlag, s. Begründung]

[ordre public: kein Regelungsvorschlag, s. Begründung]

[Allgemeine Missbrauchsklausel: kein Regelungsvorschlag, s. Begründung]

IV. Begründung

1. Präambelbeschlüsse

1. Als Reaktion auf die jüngste Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, die es ermöglicht, dass sich Unternehmen eines EU/EWR-Staates nach dem Gesellschaftsrecht eines anderen EU/EWR-Staates organisieren, ist eine Tendenz erkennbar, die Kollisionsnormen des internationalen Gesellschaftsrechts unangetastet zu lassen. Verbreitet wird die Auffassung vertreten, sich auf das materielle Gesellschaftsrecht zu konzentrieren und dieses so attraktiv umzugestalten, dass

den Gründern der Anreiz genommen wird, ihre Gesellschaft unter einem Recht zu gründen, das nicht dasjenige des Forums ist, bei dem im Regelfall gesellschaftsrechtliche Fragen verhandelt werden müssen, oder in dessen Geltungsbereich eine Gesellschaft ihren tatsächlichen Existenzschwerpunkt hat. Für die Rechtsordnungen, die bisher der Sitztheorie folgen, bliebe es auf dieser Grundlage weiterhin bei der Anknüpfung an den effektiven Verwaltungssitz. Die Beschränkung von Reformen auf das materielle Gesellschaftsrecht greift jedoch zu kurz. Zwar kann man z.B. das materielle deutsche Gesellschaftsrecht so attraktiv gestalten, dass die Anreize entfallen, eine Gesellschaft, die ihren Existenzschwerpunkt in Deutschland hat, nach ausländischem Recht zu gründen. Erfolgt die Gründung dennoch nach ausländischem Recht, so ist die kollisionsrechtliche Frage unausweichlich, ob dieses Recht überhaupt anzuwenden ist. Diese Frage wird besonders bedeutsam, wenn geplant ist, den Tätigkeitsschwerpunkt der Gesellschaft nicht im Gründungsland zu etablieren oder ihn später in ein anderes Land zu verlegen. Da in der EU die Gesellschaften Niederlassungsfreiheit genießen, kann dem nicht entgegengehalten werden, dass das derzeit geltende IPR vorgeschaltet ist. Es sprechen gute Gründe dafür, dass der EuGH die bloße Anwendung einer anderen als der Gründungsrechtsordnung auf eine Gesellschaft unabhängig von deren sachrechtlicher Ausgestaltung, die selbstverständlich ihrerseits europarechtskonform sein muss, als eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ansieht. Im Übrigen stellt sich die kollisionsrechtliche Frage des anwendbaren Rechts immer dann, wenn eine ausländische Gesellschaft im Inland Rechtsakte tätigt und ihre Rechts- und Geschäftsfähigkeit in Frage steht. In solchen Fällen hilft eine attraktive Ausgestaltung des materiellen Gesellschaftsrechts von vornherein nicht weiter, es muss vielmehr das Gesellschaftsstatut bestimmt werden.

Die im Beschluss (1) angeführten Urteile des EuGH haben eine Diskussion darüber ausgelöst, was sie für die derzeit angewendeten Kollisionsnormen des IPR bedeuten. Die Stellungnahmen sind nicht einheitlich. Aus nahe liegenden Gründen ist vor allem das IPR der Mitgliedstaaten ins Wanken geraten, die bisher das Recht des effektiven Verwaltungssitzes für maßgeblich erklärt haben. Die Gründung von Gesellschaften und die grenzüberschreitende Aktivität sowie Verlegung ihrer Aktivitäten erfordert rechtliche Planungssicherheit. Diese ist nur gesichert, wenn die Bestimmung des anwendbaren Rechts auf normativ eindeutiger Grundlage erfolgt, die außerdem die Garantie der Niederlassungsfreiheit respektiert. Das bedeutet, dass die Hauptaufgabe für den Gesetzgeber darin besteht, Anknüpfungen zu normieren, die mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sind bzw., soweit sie für einzelne gesellschaftsrechtliche Angelegenheiten davon abweichen und die Niederlassungsfreiheit unterbinden, behindern

oder weniger attraktiv machen, gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt werden können (Vierkonditionentest: Zwingendes Allgemeininteresse; Nichtdiskriminierung; Eignung; Verhältnismäßigkeit).

2. Ob der EGV eine Kompetenz für eine europäische Regelung des IPR eröffnet, ist wegen der unklaren Formulierung des Art. 65 lit. b EGV teilweise in Frage gestellt worden. Daneben ist auf Art. 95 EGV als weitere Grundlage zu verweisen, der allerdings bisher im Wesentlichen als Kompetenzregel für Sachrechtsangleichung herangezogen wurde. Die verklausulierte Formulierung des Art. 65 lit. b ergibt nur wenig Sinn, wenn man nicht unter „Herstellung der Vereinbarkeit“ des Kollisionsrechts die Kompetenz zur Schaffung gleicher bzw. einheitlicher Kollisionsnormen versteht, wie dies offenbar in anderem Zusammenhang sowohl die Gemeinschaftsorgane als auch ein großer Teil der Lehre sehen. Die gemeinschaftsrechtliche Kompetenz umfasst dabei, wie der EuGH⁸ anlässlich einer Prüfung des EuGVÜ festgestellt hat, nicht nur die Schaffung von Rechtsnormen für Fälle mit Binnenmarktbezug, d.h. im IPR binnenmarktbezogener Kollisionsregeln, sondern eine umfassende kollisionsrechtliche Regelung inklusive des Verhältnisses zu Drittstaaten. Dem schließt sich die Kommission an. Was die rechtspolitische Opportunität einer einheitlichen Regelung betrifft, ist auf Nr. 4 zu verweisen.

3. Der vom EuGH ausgehende Anstoß für eine Regelung des internationalen Gesellschaftsrechts betrifft den gesamten EU-Raum mit Ausstrahlung auf den EWR-Raum. Zwar sind im Ergebnis die einzelnen Mitgliedstaaten wegen der unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Konzepte unterschiedlich stark berührt. Aber auch die Mitgliedstaaten, deren Regelungen bereits de lege lata weitgehend der Garantie der Niederlassungsfreiheit Rechnung tragen, haben ein Interesse an einer Gleichheit der Konzepte, da diese auch den nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften zugute kommt, wenn in anderen Mitgliedstaaten gerichtlich über gesellschaftsrechtliche Angelegenheiten entschieden wird. Aus diesem Grund ist ein vorrangiges Interesse an der Schaffung einer europäischen Regelung zu bejahen. Das kann eine Richtlinie oder eine EG-Verordnung sein. Da eine Richtlinie nur begrenzt eine Gleichheit der Kollisionsnormen herbeiführen kann, vermag dieses Instrument eine anzustrebende wirkliche Gleichartigkeit der Regelungen und damit zugleich etwaiger gerichtlicher Entscheidungen über die Anknüpfung nicht zu gewährleisten. Deshalb ist einer EG-Verordnung der Vorzug zu geben. Nur sie gewährleistet, dass ein kollisionsrechtlicher Flickenteppich vermieden wird, die Gerichte aller Mitgliedstaaten eine gesellschaftsrechtliche Frage dem gleichen Sachrecht

⁸ EuGH v. 1.3.2005, Rs. C-281/02, Slg. 2005-I, 1383 – Owusu/Jackson.

unterstellen und die betroffenen Gesellschaften insoweit Rechts- und Planungssicherheit erhalten. Damit ist zugleich gesagt, dass eine EG-Verordnung mit dem Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 EGV in Einklang steht.

Obwohl eine europäische Regelung vorzuziehen ist, muss auch eine autonome deutsche Regelung ins Auge gefasst werden, weil einerseits eine europäische Normensetzung angesichts der unterschiedlichen Ausgangslagen in den Mitgliedstaaten nicht gesichert ist und außerdem das Verfahren langwierig sein kann; andererseits sind die gleichen Gründe, die eine europäische Regelung erforderlich machen, auch auf nationaler Ebene vorhanden. Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf die autonomen Kollisionsnormen des internationalen Gesellschaftsrechts sind sogar der ursprüngliche Anlass für die Notwendigkeit, Rechts- und Planungssicherheit im Interesse der Gesellschaften wiederherzustellen. Die gesetzliche Regelung eines autonomen deutschen internationalen Gesellschaftsrechts kann zusätzlich zwei positive Wirkungen haben. Sie kann dazu beitragen, dass Deutschlands Attraktivität als Immatrikulationsland für Gründungen und Zuwanderungen von Gesellschaften gestärkt wird, auch wenn man davon ausgeht, dass sich diese Attraktivität in erster Linie aus dem Sachrecht ergibt. Außerdem kann eine deutsche Regelung Vorbildcharakter für eine spätere europäische Regelung bzw. sogar für spätere Regelungen in anderen EU/EWR-Mitgliedstaaten erlangen.

4. Besonders schwierig ist die Frage, ob eine einheitliche kollisionsrechtliche Behandlung von EU/EWR-Gesellschaften und Drittstaat-Gesellschaften zu bevorzugen ist (zur Zulässigkeit einer dahin zielenden EG-Verordnung s. Nr. 2) oder ob eine gespaltene Lösung den Vorzug verdient, so dass man sich auf eine Regelung für EU/EWR-Gesellschaften beschränken könnte. Für Drittstaat-Gesellschaften würde es dann bei den bisherigen autonomen, in Deutschland richterrechtlichen, und bei konventionsrechtlichen Regelungen verbleiben. In einer EG-Verordnung wäre für Drittstaat-Gesellschaften nichts zu regeln.

Eine gespaltene Lösung bedeutet nach dem Stand der Entwicklung, dass man EU/EWR-Gesellschaften nach der Gründungs- bzw. Registrierungstheorie behandelt, während es bei Drittstaat-Gesellschaften in den einzelnen Mitgliedstaaten je nach der dominierenden autonomen Regelung oder den jeweiligen völkervertraglichen Bindungen entweder bei der Behandlung nach der Sitztheorie oder nach der Gründungstheorie bleibt. Eine solche gespaltene Lösung wäre insoweit denkbar, als sich Drittstaat-Gesellschaften nicht auf eine Freiheit der Niederlassung berufen können.

Der größte Nachteil einer gespaltenen Lösung besteht nach mehrheitlicher Überzeugung der Kommission darin, dass das Anknüpfungssystem an Kohärenz verliert, unübersichtlich wird und sich äußerst schwierige

Abgrenzungen ergeben, ohne dass dem unterscheidungskräftige Wertungsdifferenzen zugrunde gelegt werden können. Es müssten drei Ebenen unterschieden werden. Neben EU/EWR-Gesellschaften sind bei Drittstaat-Gesellschaften die Gesellschaften aus Staaten, mit denen völkervertragliche Anknüpfungs- bzw. Anerkennungsvorschriften oder völkerrechtliche Verträge mit einer Meistbegünstigungsklausel abgeschlossen wurden, von den übrigen Drittstaat-Gesellschaften zu unterscheiden, für die allein das autonome internationale Gesellschaftsrecht zur Anwendung käme. Es lässt sich nicht begründen, warum eine Gesellschaft aus einem solchen Drittstaat anders zu behandeln ist als eine Gesellschaft aus Delaware, für die der deutsch-amerikanische Freundschaftsvertrag bereits jetzt die Gründungstheorie vorsieht. Es sind sogar Fälle möglich, in denen es bei gespaltenem internationalem Gesellschaftsrecht zur Anknüpfungshäufung oder zum Anknüpfungsmangel kommen kann (z.B. Anknüpfungshäufung bei einer Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Drittstaat aber Registrierung im EU/EWR-Staat: Geht das autonome IPR des fraglichen Mitgliedstaates für Drittstaat-Gesellschaften von der Sitztheorie aus, so läge eine solche vor; dagegen läge eine EU/EWR-Gesellschaft vor, wenn es nach der Gründungstheorie auf den Registrierungsort ankommt).

Rein gesellschaftsrechtlich betrachtet liegen die Rechtsanwendungsinteressen bei Drittstaat-Gesellschaften im Grunde nicht anders als bei EU/EWR-Gesellschaften. Es ist daher nach Auffassung der Kommission überzeugender, die Anknüpfung gleich zu gestalten. Zwar erscheint nicht ausgeschlossen, dass Drittstaat-Gesellschaften, wenn man auch bei ihnen nach der Gründungstheorie vorgeht, einem „laxeren“ Gesellschaftsrecht unterliegen als EU/EWR-Gesellschaften. Aber dies hat schon bisher teilweise der Anwendung der Gründungstheorie nicht entgegengestanden (Beispiel: Delaware-Gesellschaften) und auch im EU/EWR-Raum gibt es laxere Gesellschaftsgesetze, obwohl bei diesen die Anknüpfung mit derjenigen anderer Gesellschaften aus den EU/EWR-Staaten identisch ist (Beispiel: Liechtenstein-Gesellschaften). Eine einheitliche Anknüpfung der EU/EWR- und Drittstaat-Gesellschaften bedeutet nicht, dass drittstaatliche Regelungen, die aus europäischer bzw. deutscher Sicht berechnete schützenswerte Interessen unberücksichtigt lassen oder vernachlässigen, uneingeschränkt zum Zuge kommen. Sie können jedoch mit den auch sonst in solchen Situationen eingreifenden Instrumenten ausgeschaltet werden: Einerseits ist zu berücksichtigen, dass der Vorbehalt des *ordre public* auch im internationalen Gesellschaftsrecht gilt; andererseits können Normen, die ein Gemeininteresse verfolgen, durch Sonderanknüpfung zur Anwendung gebracht werden. Bei Drittstaat-Gesellschaften sind keine Prüfungen der Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht vorgeschaltet.

Es wird daher eine Einheitslösung für das internationale Gesellschaftsrecht befürwortet. Dies gilt sowohl für eine europäische als auch für eine autonome deutsche Regelung.

2. Anwendungsbereich (Art. 1 EG-Verordnung, Art. 10 Abs. 1 EGBGB)

Die Kernaussage des Art. 1 Abs. 1 der vorgeschlagenen Regelung in einer EG-Verordnung betrifft Präambelbeschluss 4, in dem sich die Kommission für eine einheitliche Regelung des internationalen Gesellschaftsrechts ausgesprochen hat. Deshalb differenziert die Vorschrift nicht zwischen EU/EWR-Gesellschaften und Drittstaat-Gesellschaften. Die Verordnung kommt mithin unabhängig davon zur Anwendung, ob die Anknüpfung zum Recht eines EU/EWR-Staates oder eines Drittstaates führt. Wie sich aus dem Präambelbeschluss 4 entnehmen lässt, wurde eine Fassung „zum Recht der EU/EWR-Mitgliedstaaten aufweist“ mit großer Mehrheit (Beschlussergebnis: 5:1:0) wegen der Gefahren für die Kohärenz des Anknüpfungssystems und der kollisionsrechtlichen Interessenwertung abgelehnt. Unberührt von Abs. 1 bleiben etwaige völkervertragliche Anknüpfungen. Zum Grundsatz der Einheitsanknüpfung wird auf Nr. 4 der Begründung der Präambelbeschlüsse verwiesen.

Abs. 1 stellt ferner klar, dass die Anknüpfungen sich auf die Rechtsverhältnisse der Gesellschaften beschränken, die Zivil- oder Handels-sachen sind. Es geht mithin um gesellschaftsrechtliche Angelegenheiten. Diese Beschränkung ist sachlich gerechtfertigt, da für angrenzende Rechtsbereiche andere kollisionsrechtliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Sie liegen außerdem außerhalb des Auftrags der Kommission. Die Verordnung regelt nicht die Bestimmung des Delikts-, Firmen-, Wettbewerbs-, Kapitalmarkt- und Insolvenzstatuts. Sie ist ferner nicht anzuwenden, soweit es sich um kollektive Mitbestimmung der Arbeitnehmer handelt. Die Verordnung befasst sich ebenfalls nicht mit der Anknüpfung von Eingriffsnormen. Es hat sich zur Vermeidung von Zweifelsfragen aber als zweckmäßig erwiesen, insoweit eine Öffnungsklausel vorzusehen. Hierzu wird auf Art. 9 verwiesen.

Abs. 2 greift einerseits auf Art. 48 Abs. 2 EGV zurück, geht aber insoweit darüber hinaus, als er auch Gesellschaften umfasst, die keinen Erwerbszweck verfolgen, und andere privatrechtliche juristische Personen einschließt. Dies entspricht der bisher üblichen Vorgehensweise im Internationalen Privatrecht, in dem vielfach ohne Begrenzung auf Erwerbsorganisationen von Gesellschaften und privatrechtlichen juristischen Personen die Rede ist, vgl. z.B. Art. 25 des italienischen IPR-Gesetzes, legge Nr. 218 v. 31.5.1995 (das sogar „enti pubblici“ einschließt, die hier

nicht erfasst sind), Art. 150 Abs. 1 des schweizerischen IPRG (alle organisierten Personenzusammenschlüsse und Vermögenseinheiten). Die besondere Nennung der Genossenschaften soll Zweifeln über die Anwendbarkeit der Verordnung zuvorkommen, sofern diese eigenständig geregelt sind. In zahlreichen Staaten auch des EU/EWR-Raumes ist das ohnehin klar, da die Genossenschaften als Untergruppe der Gesellschaften normiert sind. Art. 48 Abs. 2 EGV erstreckt die Niederlassungsfreiheit auch auf juristische Personen des öffentlichen Rechts. Diese liegen jedoch außerhalb des Internationalen Privatrechts. Der Vorschlag bezieht sich folglich auf die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht.

Für eine autonome deutsche Regelung ist in dem Ersten Teil, Zweites Kapitel, Zweiter Abschnitt zunächst die Überschrift zu ändern, sodass die Aufnahme der juristischen Personen und Gesellschaften erscheint. Sodann ist durch Unterabschnitte kenntlich zu machen, dass sich der Zweite Abschnitt mit drei verschiedenen Materien befasst. Diese Gliederung hat zur Folge, dass man die bisherigen Art. 7-10 dergestalt neu zählt, dass der Leer-Artikel 8 verschwindet und Art. 9/10 zu Art. 8/9 werden. Auf diese Weise wird Art. 10 frei und kann als Art. 10-10d dem Gesellschaftsrecht gewidmet werden. Anschließend wird vor dem bisherigen Art. 11 neu der 3. Unterabschnitt eingefügt. Die Zählung der Art. 11 ff. bleibt unverändert. Der Unterabschnitt Juristische Personen und Gesellschaften beginnt in Art. 10 Abs. 1 mit einer Definition der Gesellschaften im Sinne dieses Unterabschnitts. Hierzu ergibt sich gegenüber Art. 1 Abs. 2 der EG-Verordnung nichts Besonderes.

3. *Anwendbares Recht (Art. 2 EG-Verordnung, Art. 10 Abs. 2 und 3 EGBGB)*

a) *Allgemeines*

Art. 2 EG-Verordnung zieht die internationalprivatrechtlichen Konsequenzen aus der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften und beseitigt zugleich die Unklarheiten, die sich daraus hinsichtlich der nicht entschiedenen Fragen ergeben haben. Diese Rechtsprechung hat eine umfangreiche Diskussion ausgelöst. Teilweise wird vertreten, dass aus der Entscheidung Überseering eine beschränkte europäische Kollisionsnorm zu entnehmen ist, wonach eine Gesellschaft ihrem Ursprungsstatut unterliegt, auch wenn sich durch effektive Sitzbegründung in einem anderen Staat nach dortigem internationalem Privatrecht ein Statutenwechsel ergibt. Teilweise wird die Entscheidung so verstanden, dass jedenfalls das autonome Internationale Privatrecht in dem Maße kassiert ist, als es einen Statutenwechsel zum Statut des effektiven Ver-

waltungssitzes anordnet. Der Impact der Niederlassungsfreiheit auf den Statutenwechsel hat die bisher in zahlreichen EU/EWR-Staaten praktizierte Anknüpfung an den effektiven Verwaltungssitz insgesamt in Frage gestellt, sodass eine Neukonzeption der internationalgesellschaftsrechtlichen Anknüpfung angezeigt bzw. erforderlich ist. Dem trägt die vorgeschlagene Anknüpfung Rechnung.

Es handelt sich dabei um eine Anknüpfungsleiter sukzessiv subsidiärer Anknüpfungen. Auf die jeweils nächste Stufe gelangt man nur, wenn die jeweils vorhergehende Stufe nicht Anwendung findet. Alle Anknüpfungspunkte sind mittelbar Ausdruck des Grundsatzes der Privatautonomie. Aus Verkehrsschutzgründen ist gegenüber gutgläubigen Dritten zum Teil eine Einschränkung geboten.

b) Registrierte Gesellschaften (Art. 2 Abs. 1 EG-Verordnung, Art. 10 Abs. 2 EGBGB)

Der Großteil der Gesellschaften, insbesondere der Handelsgesellschaften, teilweise auch der Zivilgesellschaften, ist bei der Gründung in ein öffentliches Register einzutragen. In der Regel erfolgt die Eintragung am Ort des Sitzungssitzes, doch ist der Vorgang, der die Gesellschaft erkennbar macht, meist sogar ihre Rechtsfähigkeit begründet, der Registrierungsakt. Deshalb wird als grundsätzlicher Anknüpfungspunkt in Abs. 1 das Recht des Staates für anwendbar erklärt, in dem die Gesellschaft in einem öffentlichen Register registriert ist (Beschlussergebnis 5:0:1). Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um eine konstitutive oder deklaratorische Registrierung handelt (Beschlussergebnis: 6:0:0). Bei der Eintragung im Sinne von Abs. 1 handelt es sich um die (Erst)eintragung als Hauptniederlassung, freilich in Übereinstimmung mit dem EuGH (Centros) unabhängig davon, ob es sich effektiv um die Hauptniederlassung handelt und diese sich in Wirklichkeit im Staat der (Zweit)eintragung einer Zweigniederlassung befindet.

Bei Gesellschaften, für die die Eintragung vorgesehen, aber nicht Gründungsvoraussetzung ist (z.B. für die deutsche oHG), ergibt sich bei einer Eintragung nach Entstehung der Gesellschaft in einem anderen Staat als dem, dessen Recht zunächst Gesellschaftsrecht ist, ein Statutenwechsel. Dieser ist Ausdruck des durch die Eintragung in dem anderen Staat zum Ausdruck kommenden Willens der Gesellschafter, die Gesellschaft einem anderen Recht zu unterstellen. Bis zur Eintragung ist die Gesellschaft nach den weiteren Anknüpfungen des Abs. 2 zu beurteilen. Zur Behandlung eines solchen Statutenwechsels vgl. unten Art. 7 Abs. 3 einer EG-Verordnung bzw. Art. 10d Abs. 5 EGBGB.

Meist wird die Gesellschaft im Registrierungsstaat auch ihren effektiven Sitz haben, doch ist das nicht erforderlich. Bei Anknüpfung an den

Registrierungsort ist es ohne Bedeutung, wenn die Gesellschaft ihren effektiven Sitz in einem anderen Staat hat oder dorthin verlegt.

c) *Nicht registrierte Gesellschaften (Art. 2 Abs. 2 EG-Verordnung, Art. 10 Abs. 3 EGBGB)*

aa) *Allgemeines*

Die Anknüpfung an den Ort der Registrierung ist ungeeignet für Gesellschaften, die nicht registriert werden. Desgleichen sind die Fälle zu berücksichtigen, in denen zwar eine Registrierung intendiert, aber noch nicht erfolgt ist (z.B. Vorgesellschaften im Sinne der deutschen Terminologie, unter Umständen deutsche oHG'en, siehe vorstehend b)). Auch für diese Gesellschaften ist eine Anknüpfung vorzuschlagen, die die Niederlassungsfreiheit respektiert. Es ist daher nicht angezeigt, auf den effektiven Verwaltungssitz zu rekurrieren.

bb) *Recht, nach dem die Gesellschaft organisiert ist (Satz 1)*

Sachrechtlich findet man häufig Gesellschaften mit einer nach außen sichtbaren Organisation und Gesellschaften, die keine Organisation haben, sondern sich als rein schuldrechtliche Gestaltungen der Gesellschafter darstellen. Der Entwurf trägt dieser Differenzierung in Abs. 2 S. 1 internationalprivatrechtlich in der Weise Rechnung, dass bei den Gesellschaften mit eigener Organisation die Gestaltung der Organisation das Gesellschaftsstatut bestimmt.

Der Auftritt der Gesellschaft nach außen spielt grundsätzlich keine Rolle. Er hat nur eine beweisrechtliche Bedeutung: Von dem Auftritt nach außen kann auf die Organisation geschlossen werden. Dies hindert die Gesellschaft aber nicht, den Beweis anzutreten, dass sie nach einem anderen Recht organisiert ist. Im Falle des Auseinanderfallens von Auftritt nach außen und Organisation ist freilich zugunsten des gutgläubigen Verkehrs auf den Auftritt nach außen abzustellen (siehe unten ee)).

cc) *Vertragsrechtliche Anknüpfung (Satz 2)*

Kann eine Organisation nicht festgestellt werden, so soll vertragsrechtlich angeknüpft werden, S. 2. Zur vertragsrechtlichen Anknüpfung gelangt man nur, wenn die nicht registrierte Gesellschaft keine Organisation hat und damit letztlich nur ein schuldrechtlicher Vertrag ist. Dafür wird auf die Anknüpfung schuldrechtlicher Verträge verwiesen. Nach derzeitigem Recht kommt es gemäß S. 2 zur Anwendung des Römischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980, Röm. Übk. (Rechtswahl, engste Verbindung, Art. 3, 4 Abs. 1). Die Vorschrift setzt dem Streit ein Ende, ob die Verweisungen des

Röm. Übk. angewendet werden können, obgleich Art. 1 Abs. 2 lit. c Röm. Übk. Gesellschaften ausnimmt. Bei der Anwendung der vertragsrechtlichen Anknüpfungen sind die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts und die aus der EuGH-Rechtsprechung resultierenden Grundfreiheiten des EGV zu berücksichtigen. So ist Art. 3 Abs. 3 Röm. Übk. unter Beachtung der Niederlassungsfreiheit auszulegen. Die objektive Anknüpfung kann nur nach Art. 4 Abs. 1 Röm. Übk. erfolgen, Abs. 2 ist auf Gesellschaftsverträge nicht anwendbar. Im Übrigen bleibt es der Rechtsprechung überlassen, die Verweisung auf die Anknüpfung schuldrechtlicher Verträge zu konkretisieren. Daran wird sich nach Inkrafttreten der EG-Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) nach derzeitigem Stand des Vorschlags der Kommission (KOM(2005) 650 endgültig) nichts ändern (Art. 3, Art. 4 Abs. 2 S. 2 des Vorschlags; Art. 3 Abs. 4 der Rom I-Verordnung tritt an die Stelle von Art. 3 Abs. 3 Röm. Übk.).

dd) Die Behandlung von Vor- und Vorgründungsgesellschaft

Zur Fallgruppe der nicht registrierten Gesellschaften gehören auch die Vorgesellschaften und die z.B. im deutschen Recht bekannten Vorgründungsgesellschaften. Bei der Bestimmung des Statuts hat das angestrebte Gesellschaftsstatut der zu gründenden Gesellschaft entscheidende Bedeutung. Dies wird sich in der Regel für die Vorgesellschaft aus den Gründungsdokumenten ergeben, sodass im Regelfall aus der später erfolgten Eintragung auf das Statut der Vorgesellschaft geschlossen werden kann. Zwingend ist dies allerdings nicht. Die Kommission hat im Hinblick auf die sehr unterschiedliche dogmatische Ausgestaltung der Vorgründungs- und Gründungsphase von Gesellschaften in den nationalen Gesellschaftsrechten von einem Regelungsvorschlag abgesehen. Die Konkretisierung der Anwendung des Art. 2 Abs. 2 bleibt folglich der Rechtsprechung vorbehalten.

ee) Verkehrsschutzregel (Satz 3)

Es gibt Fälle, in denen eine nach dem Recht eines Staates organisierte oder aufgrund vertragsrechtlicher Anknüpfung dem Recht eines Staates unterliegende Gesellschaft im Verkehr mit Dritten so auftritt, als habe sie ein anderes Gesellschaftsstatut. Bei einer solchen Sachlage erscheint es nicht zutreffend, den Dritten auf das Gesellschaftsstatut nach S. 1 oder S. 2 zu verweisen. Deshalb wird in Anlehnung an Art. L 210-3 des französischen CCom (aber mit anderer Anknüpfung) in S. 3 im Interesse der betreffenden Dritten eine Verweisung auf das Recht vorgesehen, das die Gesellschaft gutgläubigen Dritten gegenüber als ihr Statut angibt. Die Gutgläubensregel findet nur auf nicht registrierte Gesellschaften Anwendung. Bei registrier-

ten Gesellschaften ist die Existenz der Gesellschaft nach einem bestimmten Recht anhand des Registers nachprüfbar. Unabhängig von S. 3 ist auf die Sonderanknüpfung des Verkehrsschutzes in Art. 3 Abs. 2 hinzuweisen, die bei allen Gesellschaften bedeutsam werden kann. Sie knüpft nicht an das äußere Erscheinungsbild der Gesellschaft an, sondern an Beschränkungen der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bzw. der Vertretungsmacht, die für entsprechende Gesellschaften nach dem Recht des Handlungsortes nicht gegeben sind.

(Beschlussergebnis für den gesamten Abs. 2: einstimmig)

Der Vorschlag für eine autonome Regelung der Anknüpfung in Art. 10 Abs. 2 und 3 EGBGB ist deckungsgleich mit dem Vorschlag für Art. 2 Abs. 1 und 2 einer EG-Verordnung. Es kann daher insgesamt auf die vorstehende Begründung verwiesen werden.

4. Reichweite des auf eine Gesellschaft anwendbaren Rechts (Art. 3 EG-Verordnung, Art. 10a EGBGB)

a) Allgemeines

Neben der Grundregel des Art. 2 über die Anknüpfung ist Art. 3 EG-Verordnung, Art. 10a EGBGB über die Reichweite des Gesellschaftsstatuts die zweite Hauptnorm des internationalen Gesellschaftsrechts. Die Norm besagt positiv, welche Angelegenheiten dem Gesellschaftsstatut unterliegen. Sie beseitigt damit Zweifel über die Qualifikation. Ebenso wie in Art. 10 des Römischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (künftig Art. 11 Rom I-Verordnung) kann auch hier der Katalog nicht abschließend sein, da sich nicht ausschließen lässt, dass im Sachrecht eines Staates Fragen auftauchen, die sich nicht im Voraus erfassen lassen. Ein abschließender Katalog würde sie aus dem Gesellschaftsstatut ausschließen. Durch das Wort „insbesondere“ wird verdeutlicht, dass es sich um einen offenen Katalog von Angelegenheiten handelt. Auf der anderen Seite wird ein gesetzlich formulierter Katalog für erforderlich gehalten, obgleich die autonomen internationalprivatrechtlichen Regelungen darauf häufig verzichten oder nur unvollständige Angaben enthalten. Selten sind detaillierte Kataloge wie in Art. 155 schweizerisches IPRG. In einer für zahlreiche Staaten geltenden EG-Verordnung ist ein möglichst ausführlicher Katalog erforderlich, um Auslegungsdifferenzen von vornherein zu vermeiden. In einer autonomen deutschen Regelung ist er aus dem gleichen Grund jedenfalls zweckmäßig.

Erörtert wurde auch eine negative Qualifikationsnorm, was als nicht zum Gesellschaftsstatut gehörig zu behandeln ist. Auf die Aufnahme einer solchen Norm wurde aber verzichtet, um künftig sich ergebende Materien, die insbesondere aus der Rechtsprechung des EuGH resultieren können, ohne Änderung des Art. 3 in das internationale Gesellschaftsrecht integrieren zu können.

b) Rechtsnatur, Rechts- und Handlungsfähigkeit (Abs. 1 Nr. 1)

Zu Abs. 1 Nr. 1, die im Vorschlag einer EG-Verordnung und einer autonomen Regelung gleich lautet, ergibt sich kein besonderer Erörterungsbedarf dazu, dass es Angelegenheit des Gesellschaftsstatuts ist, welche Rechtsnatur eine Gesellschaft besitzt. Ausführlich hat die Kommission dagegen beraten, ob man die Parteifähigkeit, d.h. die Fähigkeit einer Gesellschaft, Partei in einem gerichtlichen Verfahren sein zu können, in den Regelungsvorschlag aufnehmen sollte. Es wird davon jedoch abgesehen, weil es sich um eine verfahrensrechtliche Frage handelt, die maßgeblich von der *lex fori* des befassten Gerichts abhängt. Diese kann ihrerseits allerdings auf die Rechtsfähigkeit Bezug nehmen, für die in Übereinstimmung mit zahlreichen europäischen IPR-Regelungen das Gesellschaftsstatut maßgeblich sein soll. Die Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts gebietet im Ergebnis auch die Rechtsprechung des EuGH.

Dagegen spielt die Handlungsfähigkeit, zu der vor allem die Geschäftsfähigkeit gehört, eine große Rolle, sodass klargestellt sein muss, dass diese nach dem Gesellschaftsstatut zu beurteilen ist. Die Fassung der Nr. 1 trägt dem in Anlehnung an die schweizerische Regelung (Art. 155 IPRG) Rechnung (Beschlussergebnis: 5:1:0), während zahlreiche europäische IPR-Gesetze darüber hinweggehen. Dazu gehört auch die Frage der Beteiligungsfähigkeit an einer Gesellschaft, also die Frage, ob die Gesellschaft selbst Gesellschafter einer anderen Gesellschaft werden kann. Freilich entscheidet das Gesellschaftsstatut der sich beteiligenden Gesellschaft nicht allein. Das Gesellschaftsstatut der Gesellschaft, dessen Gesellschafter eine Gesellschaft werden soll, entscheidet darüber, wer Gesellschafter sein kann.

Ein Problem ist die gerichtliche internationale Zuständigkeit zur Bestellung eines Notorgans einer handlungsunfähigen, ausländischem Gesellschaftsstatut unterliegenden Gesellschaft. Hierzu wird jedoch kein Vorschlag gemacht. Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass dieses Problem bei Zunahme von Gesellschaften mit effektivem Gesellschaftssitz in einem und Registrierung in einem anderen Staat häufiger auftreten kann. Es kann daher zweckmäßig sein, eine entsprechende Zuständigkeit zu begründen. Deren Voraussetzungen und die Bedingungen, bei deren Vorliegen eine gerichtliche Anordnung möglich sein soll, gehören jedoch nicht in eine

Regelung des internationalen Gesellschaftsrechts und liegen daher außerhalb des Kommissionsauftrags.

Wegen der stark voneinander abweichenden Konzeptionen der Rechtsfähigkeit juristischer Personen und ebenfalls der Vertretungsmacht der Organe (siehe dazu Nr. 5) wird es für erforderlich gehalten, abweichend vom Gesellschaftsstatut gesetzliche Schranken der Rechtsfähigkeit und der Vertretungsmacht auszuschalten, wenn diese im Recht des Staates unbekannt sind, in dem ein Organ gehandelt und rechtsgeschäftliche Erklärungen abgegeben hat, die nach dem Gesellschaftsstatut außerhalb der Rechtsfähigkeit bzw. der Vertretungsmacht liegen. Allerdings ist es nicht erforderlich, generell das Gesellschaftsstatut auszuschalten. Es handelt sich vielmehr lediglich um den Schutz von Personen, die mit der Gesellschaft im Rechtsverkehr stehen. Eine vergleichbare Regelung befindet sich in Art. 11 des Röm. Übk. (künftig Art. 21 Rom I-Verordnung), soweit es um die Rechts- und Geschäftsfähigkeit einer natürlichen Person geht, die in einem anderen Staat einen Vertrag geschlossen hat und nach dem Recht dieses Staates, nicht dagegen nach ihrem Heimatrecht Rechts- und Geschäftsfähigkeit besaß. Bereits nach jetziger Rechtslage wird im deutschen IPR die analoge Anwendung des Art. 12 S. 1 EGBGB auf juristische Personen vertreten. Wie in Art. 11 Röm. Übk. soll nur ein gutgläubiger Partner geschützt werden, wobei Gutgläubigkeit grundsätzlich vermutet wird und die Gesellschaft die Beweislast trifft, dass er nicht gutgläubig war. Der Zweck der Regelung ist es, den Partner einer juristischen und einer natürlichen Person grundsätzlich in vergleichbarer Weise zu schützen. Infolge der Rechtsangleichung in der EU wird die Vorschrift ihre Funktion voraussichtlich vor allem gegen Drittstaat-Gesellschaften entfalten. Es wurde gleichwohl eine allgemeine Regelung für richtig erachtet (Beschlussergebnis: einstimmig). Da es sich um eine Vorschrift des Verkehrsschutzes handelt, kann man sie in den hier behandelten gesellschaftsrechtlichen Vorschlägen in Art. 3 Abs. 2 der EG-Verordnung bzw. im Rahmen einer autonomen deutschen Regelung in Art. 10a Abs. 2 EGBGB platzieren. Ebenso gut ist sie in einem reformierten Röm. Übk. bzw. in einer entsprechenden EG-Verordnung unterzubringen, wo sie gemeinsam in eine Norm mit dem Verkehrsschutz gegenüber natürlichen Personen eingestellt werden kann. Die Kommission hat keine Platzierungspräferenz.

c) Gründung, Umwandlung und Auflösung (Abs. 1 Nr. 2)

Die Anwendbarkeit des Gesellschaftsstatuts auf die Gründung und Auflösung einer Gesellschaft nach Nr. 2 versteht sich von selbst. Der Wortlaut ist in der EG-Verordnung und im EGBGB identisch. Zur inhaltlichen Abgrenzung wird lediglich darauf hingewiesen, dass sich die EG-Ver-

ordnung nach Art. 1 Abs. 1 ausdrücklich nur auf zivil- und handelsrechtliche Angelegenheiten bezieht. Die Auflösung einer Gesellschaft durch Vorschriften des öffentlichen Rechts, des Strafrechts oder des Insolvenzrechts wird von Nr. 2 nicht erfasst. Keiner besonderen Normierung bedarf es, dass zur Auflösung nach Nr. 2 auch die anschließende Liquidation gehört, sodass im Gesetzesvorschlag nur der Begriff der Auflösung erscheint (Beschlussergebnis: 5:1:0).

Nach dem Vorschlag soll das Gesellschaftsstatut auch über die Umwandlung entscheiden. Dieser Begriff wurde in Anlehnung an das deutsche und italienische Recht (*trasformazione*, Art. 25 Abs. 2 lit. c italienisches IPR-Gesetz) als leicht verständlicher Oberbegriff für die in den einzelnen Rechtsordnungen unterschiedlichen Arten der Umstrukturierung von Gesellschaften gewählt, zu denen insbesondere Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung und Rechtsformwechsel gehören. Er ist auch geeignet, weitere Regelungen zusätzlicher Fallgruppen in ausländischen Rechtsordnungen zu umfassen. Internationale Umstrukturierungen werden gesondert in Art. 5-7 der EG-Verordnung, Art. 10b-10d EGBGB geregelt.

d) Name oder Firma (Abs. 1 Nr. 3)

Das Gesellschaftsstatut soll nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 3 EG-Verordnung über den Namen bzw. die Firma als Handelsnamen der Gesellschaft entscheiden (Beschlussergebnis: einstimmig). Ein besonderes Problem ergibt sich, wenn eine Gesellschaft mit diesem Namen in einem anderen Staat als dem Staat des Registrierungsortes im Rechtsverkehr auftritt oder am Geschäftsleben teilnimmt und die Verwendung des Namens bzw. der Firma Belange des Verkehrsschutzes (z.B. Irreführung über ihre geschäftlichen Verhältnisse oder ihre Rechtsform, Verwechslungsgefahr) oder andere öffentliche Belange (Verwendung von Hoheitszeichen oder von strafrechtlich sanktionierten Bezeichnungen) berührt. Dieses Problem wird noch gesteigert, wenn es sich nicht nur um gelegentliches Auftreten der Gesellschaft, sondern um ihre Niederlassung in einem anderen als dem Staat des Registrierungsortes handelt. Die Kommission hat sich grundsätzlich für Sonderanknüpfungen ausgesprochen (Beschlussergebnis: einstimmig). Soweit es sich um eine Niederlassung in einem anderen als dem Registrierungsstaat handelt, geht es in der Regel um die Eintragung im Handelsregister. Insofern ist die *lex fori* des Niederlassungsstaates maßgeblich, der zu entnehmen ist, welche firmenordnungsrechtlichen Anforderungen im Sinne der vorgenannten Beispiele an den Namen bzw. an die Firma als Voraussetzung ihrer Eintragung in das Handelsregister zu stellen sind. Die Diskussion hat insoweit ergeben, dass die Anwendbarkeit der *lex fori* des Handelsregisters aus dem Blickwinkel des EGV keine besonderen Probleme bereitet, sondern eher die Anforderungen des betreffenden Sach-

rechts auf ihre Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit des Art. 48 in Verbindung mit Art. 43 EGV zu prüfen sind. Die Anwendbarkeit der Vorschriften der *lex fori* des Handelsregisters liegt außerhalb des internationalen Gesellschaftsrechts und damit des Auftrags der Kommission, sodass dazu kein Normierungsvorschlag für eine EG-Verordnung formuliert wird. Eine Feststellung in Nr. 3, wonach handelsregisterrechtliche Vorschriften nach Maßgabe der jeweiligen *lex fori* unberührt bzw. vorbehalten bleiben, ist überflüssig, da sich dies von selbst versteht.

Ob unabhängig von einer Eintragung im Handelsregister aus Gründen des Verkehrsschutzes im Allgemeininteresse Anforderungen an die Verwendung der nach dem Gesellschaftsstatut sich ergebenden Firma zu stellen sind, gehört dem umfassenden Thema der Eingriffsnormen an, liegt aber ebenfalls außerhalb des Gesellschaftsrechts. In diesem Sinn ist die grundsätzliche Entscheidung der Kommission zugunsten von Sonderanknüpfungen zu verstehen. Auch insoweit ist von einem Normierungsvorschlag für die EG-Verordnung abzusehen und erscheint ein Vorbehalt als überflüssig, sodass es bei dem Hinweis sein Bewenden hat. Weitgehende Unterstützung fand der Vorschlag, dass Gesellschaften einen Rechtsformzusatz in ihre Firma aufzunehmen haben, der die Rechtsform und die Herkunftsrechtsordnung bezeichnet. Eine derartige fremdenrechtliche Regelung liegt aber außerhalb des Auftrags der Kommission. Im Übrigen ist auf die Öffnungsklausel für Eingriffsnormen in Art. 9 der EG-Verordnung hinzuweisen. Die Verwendung des Namens oder der Firma einer Gesellschaft kann außerdem gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstoßen (z.B. parasitäre Werbung darstellen) oder ein subjektives Recht einer anderen Gesellschaft verletzen (insbesondere deren Recht auf den Namen oder die Firma). Hierauf ist ebenfalls nur hinzuweisen, da diese Themen entweder ebenfalls nach internationalem Wettbewerbsrecht oder nach Deliktsrecht (Persönlichkeitsrechtsverletzung) anzuknüpfen sind.

Insgesamt ergibt sich damit, dass die Unterstellung des Namens oder der Firma einer Gesellschaft unter das Gesellschaftsstatut nur einen Teilkomplex betrifft. Neben den Regeln des Gesellschaftsstatuts müssen die Gesellschaften je nach den Umständen Vorschriften beachten, die sich nach den davon abweichend anzuknüpfenden handelsregister-, eingriffs-, wettbewerbs- und deliktsrechtlich anzuknüpfenden Vorschriften ergeben können. Auf die Parallelität zur Regelung des internationalen Namensrechts natürlicher Personen wird hingewiesen. Regelungsbedürfnisse dazu sind in einer EG-Verordnung über das internationale Gesellschaftsrecht nicht gegeben. Die Kommission macht sich insoweit eine gesellschaftsrechtliche Sonderanknüpfungsvorschrift entsprechend Art. 157 schweizeri-

ches IPRG nicht zu eigen, teilt aber inhaltlich die dort vorausgesetzten Qualifikationen.

Da Art. 10a Abs. 1 Nr. 3 des Vorschlags für eine autonome deutsche Regelung identisch ist, kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Hinsichtlich der firmenrechtlichen Sachnormen, die für die handelsregisterrechtliche Eintragung der Firma einer in Deutschland niedergelassenen Gesellschaft, die in einem anderen Staat registriert ist, zu beachten sind, kann man zwar eine Sonderregelung diskutieren, die in einem zusätzlichen Absatz des Art. 10a EGBGB hätte platziert werden können. Im Ergebnis wird aber von einem Vorschlag abgesehen, da die Maßgeblichkeit der deutschen *lex fori* für die Sachnormen, die die Eintragungen in das deutsche Handelsregister beherrschen, evident ist und aus deutscher Sicht für ausländische handelsregisterrechtliche Vorschriften keine Rechtsanwendungsregeln in Betracht kommen. Die Kommission hat desgleichen erörtert, ob außerhalb des Handelsregisterrechts Gründe des Verkehrsschutzes Sonderanknüpfungen gebieten. Im deutschen Sachrecht sind besondere Verkehrsschutznormen nicht vorhanden, sodass insoweit unter eingriffsrechtlichem Aspekt keine Regelung geboten ist. Der Verkehrsschutz wird ebenso wie der Drittschutz durch wettbewerbsrechtliche Regelungen bzw. durch das Deliktsrecht (Persönlichkeitsschutz, Namensschutz) bewirkt. Für eine autonome deutsche kollisionsrechtliche Regelung gilt daher das Gleiche wie für die EG-Verordnung, sodass sich im Rahmen des internationalen Gesellschaftsrechts ein Vorschlag erübrigt.

e) Organisations- und Finanzverfassung (Abs. 1 Nr. 4)

aa) Organisationsverfassung

Nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 4 des Vorschlags der EG-Verordnung ist dem Gesellschaftsstatut die Organisationsverfassung zu entnehmen (Beschlussergebnis: einstimmig). Soweit die autonomen Regelungen der Mitgliedstaaten die Reichweite des Gesellschaftsstatuts ansprechen, ist dieser Punkt unproblematisch. Teilweise wird verkürzt von der Organisation gesprochen. Da es um die gesetzlichen Strukturanforderungen geht, wird es für richtiger gehalten, den Begriff Organisationsverfassung zu verwenden. Was im Einzelnen dazu rechnet, ist Qualifikationsfrage, z.B. betrifft die Zulässigkeit von Abstimmungsverträgen unter Gesellschaftern das Funktionieren der Gesellschafterversammlung und ist daher in der Regel Teil der Organisationsverfassung; die Verträge selbst wie auch sonstige schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern sind dagegen in der Regel nicht zur Organisationsverfassung zu rechnen, sondern schuldvertragsrechtlich anzuknüpfen. Derartige Detailfragen sind jedoch nicht in

den Vorschlag aufzunehmen, sondern als Qualifikationsfragen erforderlichenfalls im Einzelfall von den Gerichten zu klären. Die Organisationsverfassung erfasst auch die Gesellschafter als Kollektiv. Soweit die individuelle Rechtsstellung der Gesellschafter betroffen ist, fällt dies unter Nr. 6 (mit der Mitgliedschaft verbundene Rechte und Pflichten). Hier kann es zu Überschneidungen kommen, die unschädlich sind, da beide Bereiche dem Gesellschaftsstatut unterliegen und nicht Gegenstand einer Sonderanknüpfung sind.

Die Organisationsverfassung umfasst die Frage, wer geschäftsführendes Organ bzw. Organmitglied sein kann. Dabei ergibt sich das Problem, wie es sich mit z.B. in Deutschland straffällig gewordenen und rechtskräftig verurteilten Personen verhalten soll, wenn eine Gesellschaft in Deutschland niedergelassen ist, aber ein ausländisches Gesellschaftsstatut hat. Die einschlägigen §§ 76 Abs. 3 S. 3, 4 AktG, 6 Abs. 2 S. 3, 4 GmbHG sind auf Organmitglieder von ausländischem Registrierungsortsrecht unterliegenden Gesellschaften nicht anwendbar, wenn es hierfür auf das Gesellschaftsstatut ankommt. Dies ist unproblematisch, wenn das Gesellschaftsstatut entsprechende Verbote vorsieht und ausländische, also im Beispiel deutsche Strafurteile berücksichtigt. Ist das nicht der Fall, so entsteht rechtspolitisch eine Lücke, wenn die Registrierung der Gesellschaft in einem anderen EU/EWR-Mitgliedstaat (bei allseitiger Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts auch in einem Drittstaat) nur gewählt wurde, um dem Bestellungsverbot auszuweichen. Die Kommission ist übereinstimmend der Auffassung, dass dies nicht hingenommen werden kann, sondern im Kollisionsrecht bzw. im Sachrecht eine Lösungsmöglichkeit gegeben sein muss, um diese Fälle, die als besondere Missbrauchstatbestände angesehen werden, zu erfassen. Die weitestgehende kollisionsrechtliche Lösung besteht in einer besonderen Anknüpfung von Vorschriften wie §§ 76 Abs. 3 S. 3, 4 AktG, 6 Abs. 2 S. 3, 4 GmbHG, wobei noch zu entscheiden ist, ob an den effektiven Verwaltungssitz der Gesellschaft oder an die Teilnahme am Rechtsverkehr in einem anderen EU/EWR-Mitgliedstaat als dem Registrierungsstaat (bei einer Regelung im EGBGB: auch in einem anderen Staat als Deutschland) angeknüpft werden soll. Nach allgemeiner Auffassung wäre dies eine Kollisionsnorm, die eine Ausnahmeanknüpfung einer organisationsrechtlichen Frage enthält. Eine solche Kollisionsnorm müsste im Vorschlag einer EG-Verordnung offen gehalten werden. Als Regelung wurde für die EG-Verordnung folgende Kollisionsnorm vorge schlagen, die in Art. 3 als Ausnahme von Nr. 4, 5 platziert werden könnte:

„Befindet sich eine Niederlassung der Gesellschaft in einem anderen Staat als dem Registrierungsstaat, oder tritt sie in einem anderen Staat als dem Registrierungsstaat auf, so bleiben Vorschriften dieses Staates unberührt, die Personen von der Geschäftsführung ausschließen, die wegen betrügerischem Bankrotts oder eines anderen

gesellschaftsbezogenen Delikts rechtskräftig verurteilt wurden. Dies gilt nur, wenn dieser Staat die Vorschriften für anwendbar erklärt.“

Die Kommission hat davon abgesehen, diese Regelung in den Vorschlag aufzunehmen, sich jedoch positiv dazu geäußert (Beschlussergebnis: 7:1:0). In einer deutschen Regelung im EGBGB müsste festgelegt werden, auf welche deutschen Vorschriften sich eine solche Sonderanknüpfung erstreckt. Diese sachrechtlichen Vorschriften müssten so ergänzt bzw. formuliert werden, dass sie nicht nur auf deutsche Gesellschaften zugeschnitten sind. Ferner müsste gegebenenfalls festgelegt werden, ob entsprechende Vorschriften anderer Staaten respektiert werden sollen (z.B. Auftreten einer Person als Geschäftsführer einer deutschen GmbH, obgleich sie in Frankreich wegen betrügerischen Bankrotts rechtskräftig verurteilt wurde, z.B. faillite personnelle oder die interdiction der Leitung eines Unternehmens, Art. L 625-2 und L 625-8 CCom).

Eine zweite Lösung bestünde darin, mit Hilfe der kollisionsrechtlichen Missbrauchsklausel im Einzelfall vom Recht des Registrierungsortes abzuweichen und so die sachrechtlichen Verbotsvorschriften des Niederlassungsstaates zur Anwendung zu bringen. Diese Lösung fand die Unterstützung mehrerer Mitglieder der Kommission. Es wurde darüber nicht abgestimmt, da es sich um bloße Anwendung der allgemeinen Missbrauchsklausel handelt, die dem Richter obliegt, nicht dagegen um einen Regelungsvorschlag. Eine dritte Lösung bestünde darin, in § 13 HGB eine sachrechtliche Regelung aufzunehmen, wonach für die Anmeldung der Eintragung in das deutsche Handelsregister, weil die Gesellschaft in Deutschland eine Niederlassung (evtl. ihre Hauptniederlassung) hat, §§ 76 Abs. 3 AktG, 6 Abs. 2 GmbHG entsprechend anzuwenden sind. Auch diese Lösung fand die Unterstützung mehrerer Mitglieder der Kommission. Da es sich um eine sachrechtliche deutsche Regelung handelt, wird jedoch ebenfalls kein Vorschlag unterbreitet. Eine kollisionsrechtliche Regelung ist hier aus deutschem Blickwinkel nicht erforderlich, weil § 13 HGB als handelsregisterrechtliche Vorschrift in Deutschland nach dem lex fori-Prinzip anzuwenden ist. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass es sich um eine streng einseitige Lösung des deutschen Rechts handelt; ferner dass nur Fälle erfasst werden, in denen es wegen Niederlassung der Gesellschaft in Deutschland zu einem Eintrag im deutschen Handelsregister kommt. Sonstige Fälle der Teilnahme am (deutschen, EU/EWR-mitgliedstaatlichen) Rechtsverkehr werden nicht erfasst.

bb) Finanzverfassung

Art. 3 Abs. 1 Nr. 4 der EG-Verordnung unterstellt dem Gesellschaftsstatut ebenfalls die Finanzverfassung (Beschlussergebnis: einstimmig). Dabei

wird davon ausgegangen, dass die Finanzverfassung die Kapitalstruktur betrifft und zu dieser Mindestkapitalerfordernisse, Kapitalaufbringung und -erhaltung, insbesondere Ausschüttungssperren, sowie die Behandlung von Gesellschafterdarlehen als Eigenkapital gehören, die als Mittel der Finanzierung der Gesellschaft anstelle erforderlichen Eigenkapitals gewährt worden sind, nicht dagegen die Haftung für Schulden der Gesellschaft, die in Nr. 7 gesondert aufgeführt ist. Desgleichen gehört die Rechnungslegung nicht zur Finanzverfassung und wird in Nr. 9 gesondert genannt. Der Begriff der Finanzverfassung taucht in den autonomen Regelungen des internationalen Gesellschaftsrechts nicht auf. Es ist aber in einer für mehrere Staaten geltenden EG-Verordnung zweckmäßig, dieses zentrale Thema des Gesellschaftsrechts ausdrücklich zu benennen.

Kontrovers wurden von der Kommission insbesondere der Mindestkapitalschutz (Auszahlungssperre, Rückzahlungsverpflichtungen ausgezahlter Beträge) und die Behandlung von Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen und gleichwertigen Finanzierungen erörtert, wobei die §§ 30, 31 sowie 32a, 32b des deutschen GmbHG und § 172a HGB im Mittelpunkt standen, die bei Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts nicht zur Anwendung kommen, wenn die Gesellschaft nicht in Deutschland registriert ist, auch wenn sie hier niedergelassen und einer deutschen GmbH vergleichbar ist. Bei § 172a HGB ergeben sich entsprechende Probleme bezüglich der Anwendung im Fall einer ausländischen Komplementärgesellschaft einer deutschen KG.

Was den Mindestkapitalschutz betrifft, hat sich zwar eine Tendenz zur Befürwortung einer Harmonisierung des materiellen GmbH-Rechts im Bereich von EU/EWR gezeigt, die außerhalb des Aufgabenbereichs der Kommission liegt. Diese Tendenz schließt jedoch nicht ein, dass eine internationalgesellschaftsrechtliche Sonderanknüpfung an den Niederlassungsort vorzuschlagen ist. Zugunsten einer solchen wurde angeführt, dass in der Festlegung eines Mindestkapitals eine Zusage an die Öffentlichkeit des Niederlassungslandes liege, diesen Betrag nicht auszuschütten. Die überwiegende Mehrheit der Kommission hat sich dieses Argument nicht zu eigen machen können. Seit dem Urteil des EuGH im Verfahren Inspire Art kann nicht damit gerechnet werden, dass eine darauf gestützte Sonderanknüpfung des Mindestkapitalschutzes gegenüber Art. 48 in Verbindung mit Art. 43 EGV Bestand haben würde. Sie wird auch sachlich nicht für gerechtfertigt erachtet. Wenn man von einer Zusage an die Öffentlichkeit sprechen wolle, so werde diese von den Gesellschaftern jedenfalls nur nach Maßgabe des maßgeblichen Gesellschaftsstatuts abgegeben. Bei einer englischen Private Limited Company handelt es sich folglich nicht um eine Erklärung im Lichte der §§ 30,31 GmbHG und zwar auch dann nicht, wenn die Gesellschaft in Deutschland niedergelassen ist. Die Mindest-

kapitalsicherung ist untrennbarer Bestandteil der Finanzverfassung der Gesellschaft und kann nicht im Wege einer Sonderanknüpfung herausgelöst werden. Eine Sonderanknüpfung der Vorschriften des Mindestkapitals wird deshalb abgelehnt (Beschlussergebnis: EU/EWR-Gesellschaften: einstimmig; Drittstaat-Gesellschaften: 6:1:0); desgleichen der Kapitalbindungsvorschriften, insbesondere Auszahlungssperren (Beschlussergebnis: EU/EWR-Gesellschaften: 6:1:0; Drittstaat-Gesellschaften: 6:1:0). Ein Mitglied der Kommission hat erklärt, dass seine Zustimmung hinsichtlich Drittstaat-Gesellschaften unter dem Vorbehalt stehe, dass etwaige Schutzlücken durch sachgemäße Anknüpfung der Außenhaftung der betreffenden Gesellschafter geschlossen werden können).

Bezüglich der Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen wurde vorgeschlagen, entweder eine Sonderanknüpfung vorzusehen und statt des Rechts des Registrierungsortes als Gesellschaftsstatut das Recht der Niederlassung der Gesellschaft zu berufen bzw. dieses Thema insgesamt dem Insolvenzrecht zuzuordnen und damit die *lex concursus* für maßgeblich zu erklären. Anlass für diese Überlegungen ist die Behandlung Eigenkapital ersetzender Gesellschafterdarlehen und gleichwertiger Finanzoperationen (z.B. auch Nutzungsüberlassung, Leasingverträge) in §§ 30-32b des deutschen GmbHG in einem Zeitpunkt, in dem ein ordentlicher Kaufmann der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt hätte. In der Finanzierung der GmbH mittels Darlehen sei eine Erklärung an die Umwelt zu sehen, so dass man diese nicht nach dem Recht des Registrierungsortes beurteilen könne, wenn die Gesellschaft in einem anderen Staat niedergelassen ist. Die Kommission hält dieses Argument mehrheitlich nicht für zutreffend. Welche Finanzierungsinstrumente während des Lebens einer Gesellschaft zulässig sind und wie sie zu behandeln sind, ist eine typische Angelegenheit der Finanzverfassung. Es ist kein Grund erkennbar, der im EGBGB eine Sonderanknüpfung bzw. in der EG-Verordnung eine Regelung rechtfertigt, durch die den EU/EWR-Mitgliedstaaten eine solche Sonderanknüpfung ermöglicht wird. Sonderanknüpfungen sind kein Instrument, die Anwendbarkeit sachrechtlicher mitgliedstaatlicher Spezialregelungen anzuordnen, wenn dafür nicht besondere kollisionsrechtliche Argumente sprechen. Demgemäß bleibt es bei der Anwendung des Gesellschaftsstatuts (Beschlussergebnis: 7:1:0). Eine andere Frage ist, wie nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens Rückzahlungsforderungen von Gesellschaftern aus Eigenkapital ersetzender Zuführung von Fremdkapital zu behandeln sind. Dabei geht es insbesondere um die Frage des Forderungsranges. Der Rang von Forderungen im Insolvenzverfahren ist ein Kerngegenstand des Insolvenzrechts, nicht des Gesellschaftsrechts. Ist ein Darlehen als Eigenkapital ersetzend und nach dem Gesellschaftsstatut gesellschaftsrechtlich gebunden qualifiziert, so ist es Angelegenheit des

Insolvenzstatuts, die Rückzahlungsforderung als nachrangig gegenüber Forderungen normaler Gläubiger zu behandeln und damit den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger zu lockern. Dies ist jedoch kein Thema einer gesellschaftsrechtlichen Sonderanknüpfung, die im Vorschlag der EG-Verordnung ausdrücklich formuliert werden müsste, sondern der Abgrenzung des Gesellschaftsstatuts vom Insolvenzstatut (Beschlussergebnis: 6:1:0), auf die zur Erläuterung des Vorschlags lediglich hinzuweisen ist. Sieht das Gesellschaftsstatut keine Sonderstellung Eigenkapital ersetzender Gesellschafterdarlehen vor und kann es deshalb auch nach dem Insolvenzstatut nicht zu einem Rangrücktritt kommen, so kann allenfalls die *ordre public*-Klausel des Art. 10 der EG-Verordnung bzw. Art. 6 EGBGB eingreifen. Es ist aber die Begründung zu Art. 10 der EG-Verordnung zu beachten, wonach innerhalb des EU/EWR-Raumes für den Einsatz des *ordre public* nur noch äußerst selten Raum ist. Es ist außerdem zweifelhaft, ob die Behandlung Eigenkapital ersetzender Gesellschafterdarlehen im deutschen GmbHG als Bestandteil des deutschen *ordre public* anzusehen ist.

Was vorstehend zur Rangfrage gesagt wird, gilt entsprechend für die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen einschließlich der Rückzahlung von Darlehen, die Gesellschafter gegeben haben (Beschlussergebnis: 6:1:0). Die Diskussion über Drittstaat-Gesellschaften hat keinen Anlass erkennen lassen, jedenfalls insoweit eine Sonderanknüpfung ins Auge zu fassen.

Im Hinblick auf § 172a HGB in Verbindung mit §§ 32a, 32b GmbH und die entsprechende Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG hat die Kommission erörtert, ob besondere kollisionsrechtliche Überlegungen erforderlich sind oder es sich ausschließlich um sachrechtliche Fragen des deutschen Rechts der Kommanditgesellschaft handelt. Anlass hierfür war die Überlegung, dass im Fall der Beteiligung einer EU/EWR- oder drittstaatlichen Kapitalgesellschaft an einer GmbH & Co. KG deutschen Rechts, die Haftung auf Rückerstattung eines in der kritischen Phase zurückgezahlten Eigenkapital ersetzenden Darlehens, die die hinter der ausländischen Gesellschaft stehenden Gesellschafter treffen kann, als Eingriff in die Haftungsstruktur der ausländischen Kapitalgesellschaft zu werten ist. Soweit dafür das Gesellschaftsstatut der ausländischen Gesellschaft berufen ist, sei eine Sonderanknüpfung erforderlich, um zu § 172a HGB zu gelangen. Es sei allerdings zweifelhaft, ob diese Sonderanknüpfung mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EGV vereinbar wäre. Die Kommission hält eine Sonderanknüpfung nicht für erforderlich, da es nicht um eine vom Gesellschaftsstatut der ausländischen Komplementärgesellschaft abweichende Haftung ihrer Gesellschafter geht, sondern um eine Angelegenheit des KG-Rechts, teilweise auch des Insolvenzrechts. Maßgeblich sei infolgedessen das KG- bzw. Insolvenzstatut. Es ist heute davon auszugehen, dass über

die Zulassung ausländischer Kapitalgesellschaften als Gesellschafter einer KG deren Gesellschaftsstatut entscheidet, sofern sie beteiligungsfähig sind (hierüber entscheidet das Statut der ausländischen Kapitalgesellschaft, da die Beteiligungsfähigkeit von der Rechtsfähigkeit als Voraussetzung des Beteiligungsumfangs ihrer Rechtsfähigkeit abhängt, Nr. 1). Ist deutsches Recht KG-Statut, so ist nach überwiegender Auffassung die Zulassung zu bejahen. Ob Darlehen Eigenkapital ersetzende Funktion haben, ist nach oben wiedergegebener mehrheitlicher Auffassung der Kommission ebenfalls eine Angelegenheit des Gesellschaftsstatuts der KG, das folglich auch über die Haftung für die Erstattung von Rückzahlungen entscheidet, die mit der Eigenkapital ersetzenden Funktion des Darlehens unvereinbar sind. Dies gilt sowohl für die Erstattung durch die Komplementärgesellschaft als auch für die Haftung ihrer Gesellschafter, soweit es sich nicht um eine insolvenzrechtliche Frage handelt. An der Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts der KG bestehen aus dem Blickwinkel der Niederlassungsfreiheit keine Bedenken. Allenfalls mag eine Kollision des § 172a HGB mit Art. 43, 48 EGV in Betracht kommen. Zwar liegt eine Diskriminierung gegenüber deutschen Kapitalgesellschaften als Komplementärgesellschaften nicht vor. Man kann aber erwägen, ob die Regel eine Beteiligung der ausländischen Kapitalgesellschaft an einer deutschen KG erschwert und darin ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit liegt. Die Diskussion in der Kommission lässt zwar insoweit Zweifel aufkommen. Die EG-Vereinbarkeit einer deutschen Sachnorm liegt aber außerhalb ihres internationalprivatrechtlichen Aufgabenbereichs und gab deshalb keinen Anlass zu einer abschließenden Diskussion bzw. zu einer Beschlussfassung.

Der Vorschlag für eine autonome deutsche Regelung in Art. 10a Abs. 1 Nr. 4 entspricht in vollem Umfang Art. 3 Abs. 1 Nr. 4 des Vorschlags einer EG-Verordnung. Die Problempunkte sind identisch, so dass die Begründung zur EG-Verordnung in Bezug genommen wird.

f) Vertretungsmacht der Organe (Abs. 1 Nr. 5)

Art. 3 Abs. 1 Nr. 5 EG-Verordnung, der die Vertretungsmacht der Organe dem Gesellschaftsrecht unterstellt, entspricht einer weit verbreiteten Regelung, die allerdings unterschiedlich formuliert ist (Art. 25 Abs. 2 lit. f italienisches IPR-Gesetz: *rappresentanza dell'ente*; Art. 33 Abs. 2 portugiesischer *Código Civil*: *competência dos seus órgãos*; Art. 42 lit. e rumänisches IPR-Gesetz: *raprezentarea acesteia prin intermediul organelor proprii*; Art. 155 lit. i schweizerisches IPRG: Vertretung der aufgrund ihrer Organisation handelnden Personen). Am deutlichsten ist die Formulierung „der Organe“, da damit auf das maßgebliche Gesellschaftsstatut Bezug genommen wird (Beschlussergebnis: einstimmig): Organe sind sowohl die im Regelfall nach Gesellschaftsrecht zur Vornahme rechtsgeschäftlicher

Akte für die Gesellschaft berufenen Personen als auch solche Personen, denen das Gesellschaftsrecht für bestimmte Aufgaben Vertretungsmacht verleiht. Die Formulierung erfasst mit dieser Begründung auch die Vertretungsmacht für Personengesellschaften. Sie erfasst dagegen nicht die Vertretungsmacht von Personen, denen diese durch rechtsgeschäftlichen Akt der Gesellschaft übertragen wird (siehe dazu Art. 7 des Vorschlags der Rom I-Verordnung). Die Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts wird verdrängt, soweit eine Sonderanknüpfung zum Schutz des Rechtsverkehrs im Staat der Vornahme eines Rechtsgeschäfts der Gesellschaft nach Abs. 2 erfolgt.

Der Vorschlag für eine autonome Regelung in Art. 10a Abs. 1 Nr. 5 EGBGB entspricht dem Vorschlag für eine EG-Verordnung, desgleichen die Sonderanknüpfung aus Gründen des Verkehrsschutzes in Abs. 2, so dass sich eine zusätzliche Begründung erübrigt.

Das nach Nr. 5 berufene Gesellschaftsstatut regelt mit der Kompetenz der Organe zugleich die Bindung der Gesellschaft an die getätigten rechtsgeschäftlichen Akte. Ergibt sich, dass die Gesellschaft nicht gebunden ist, so ist je nach Sachlage noch zu prüfen, ob sich aus dem kraft Sonderanknüpfung berufenen Recht eine Bindung ergibt. Führt auch dies zu keinem Ergebnis, sodass der Betreffende ohne organschaftliche Vertretungsmacht gehandelt hat, so kann sich noch die Frage ergeben, ob etwa allgemeines Recht eingreift (z.B. Rechtsscheinvollmacht) und vor allem, ob sich eine eigene Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht ergibt. Diese Themen gehören zur internationalprivatrechtlichen Behandlung der Überschreitung der Vertretungsmacht im Allgemeinen, so dass dazu kein Vorschlag zu formulieren ist. Das gilt nicht nur für den Vorschlag einer EG-Verordnung, sondern auch für eine autonome deutsche Regelung (Beschlussergebnis: einstimmig). Auf Art. 7 Abs. 2 des Vorschlags der Rom I-Verordnung wird hingewiesen. Diese Vorschrift bestätigt die Sicht der Kommission.

g) Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft; mit ihr verbundene Rechte und Pflichten (Abs. 1 Nr. 6)

aa) Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft

Nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 6 des Vorschlags der EG-Verordnung und Art. 10a Abs. 1 Nr. 6 EGBGB entscheidet das Gesellschaftsstatut über Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft (Beschlussergebnis: einstimmig). Unter Mitgliedschaft ist bei Gesellschaften die Gesellschafterstellung zu verstehen. Es handelt sich um einen Oberbegriff, sodass es nicht erforderlich ist, beides zu benennen (so die Formulierung in Art. 3 Abs. 2 lit. g italienisches IPR-Gesetz: *associato o socio*). Die Formulierung „Erwerb und

Verlust“ meint die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft, nicht dagegen ohne weiteres auch den Vorgang der Übertragung selbst. Dieser kann nur insoweit dem Gesellschaftsstatut unterliegen, als nicht andere Rechtsgebiete berührt sind. Das ist zunächst der Fall, wenn die Mitgliedschaft durch Wertpapiere oder Wertrechte repräsentiert wird, deren Übertragung dem Wertpapier- bzw. Wertrechtsstatut unterliegt. Besondere Regelungen, die nicht uneingeschränkt dem Gesellschaftsstatut unterliegen, können für die Übertragung im Rahmen öffentlicher Übernahmeangebote zu beachten sein, die gesondert anzuknüpfen und nicht dem Gesellschaftsstatut zu entnehmen sind. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist im Unterschied zu Art. 25 Abs. 2 lit. g italienisches IPR-Gesetz nicht von „le modalità“ des Erwerbs und Verlustes der Mitgliedschaft bzw. zu Art. 33 Abs. 2 portugiesischer Código Civil von „os modos de aquisição o perda“ die Rede. Im Übrigen hat die Kommission bei der Formulierung „Erwerb und Verlust“ die erbrechtlichen Aspekte des Erwerbs der Mitgliedschaft von Todes wegen ausgeklammert (Beschlussergebnis: einstimmig). Das Zusammenspiel von Gesellschaftsstatut und Erbstatut eines Gesellschafters, vorausgesetzt die Mitgliedschaft ist überhaupt vererblich bzw. fällt in den Nachlass, ist infolge unterschiedlicher Gestaltung der gesellschafts- und der erbrechtlichen Regelungen höchst unterschiedlich und hängt von der Qualifikation im Einzelfall ab, sodass eine generelle kollisionsrechtliche Regelung in einem auf das Gesellschaftsrecht beschränkten europäischen Normierungsinstrument ausscheidet.

bb) Mit der Mitgliedschaft verbundene Rechte und Pflichten

Nr. 6 unterstellt die mit der Mitgliedschaft verbundenen Rechte und Pflichten ebenfalls dem Gesellschaftsstatut (Beschlussergebnis: einstimmig). Dies ist an sich eine Selbstverständlichkeit, da diese den Inhalt der Mitgliedschaft ausmachen. Das Gesellschaftsstatut ist deshalb auch berufen, über die Zulässigkeit von schuldrechtlichen Vereinbarungen der Gesellschafter über mitgliedschaftsrechtliche Rechte und Pflichten zu entscheiden. Die schuldrechtlichen Vereinbarungen selbst unterliegen dagegen nicht dem Gesellschafts-, sondern dem Vertragsstatut. Ein Regelungsvorschlag ist nicht erforderlich, da es sich um Einzelfragen der Abgrenzung handelt, die von der Rechtsprechung zu entscheiden sind (Beschlussergebnis: einstimmig).

h) Haftung der Gesellschaft, der Mitglieder ihrer Organe und der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (Abs. 1 Nr. 7)

Nr. 7 unterstellt gleichlautend in der europäischen und der autonomen Regelung die Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft dem Gesellschaftsstatut und präzisiert, dass dies die Haftung der Gesellschaft

selbst mit ihrem eigenen Vermögen, die Haftung von Mitgliedern der Gesellschaftsorgane und die Haftung der Mitglieder der Gesellschaft umfasst. Diese Haftung ist aus dem Anwendungsbereich des Vorschlags einer Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II-Verordnung) vom 22.7.2003 ausdrücklich ausgenommen (Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom II-Verordnung, KOM(2003) 427 endgültig). Nr. 7 setzt eine Verbindlichkeit der Gesellschaft voraus. Ob diese Verbindlichkeit besteht, ist eine Vorfrage und bestimmt sich nach dem jeweiligen Statut dieser Verbindlichkeit. Eine ähnliche Regelung enthält Art. 33 Abs. 2 des portugiesischen Código Civil. Art. 25 Abs. 2 lit. h des italienischen IPR-Gesetzes ist unbestimmter formuliert, da es nur die „responsabilità per le obbligazioni dell’ ente“ dem Statut unterstellt, was auch an die Haftung Dritter denken lässt. Entsprechend verhält es sich bei Art. 155 lit. h des schweizerischen IPRG. Art. 42 lit. f des rumänischen IPR-Gesetzes ist demgegenüber enger, da er nur die Haftung der juristischen Person und ihrer Organe, „și a organelo“, anspricht. In der Tendenz liegen trotz teilweise erheblicher Formulierungsunterschiede die Regelungen, die sich ausdrücklich mit der Haftungsfrage beschäftigen, auf der Linie des Vorschlags.

Zu verdeutlichen ist, dass es in Nr. 7 nur um die Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft geht, nicht um eigene Verbindlichkeiten der Organmitglieder und der Mitglieder bzw. Gesellschafter. Was diese anbetrifft ist Nr. 8 einschlägig. Unter Haftung im Sinne von Nr. 7 ist ausschließlich die sog. Außenhaftung zu verstehen, also die Frage, ob ein Gläubiger der Gesellschaft die betreffenden Personen wegen einer ihm gegenüber bestehenden Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch nehmen kann. Es geht infolge dessen nicht um interne Ausgleichsansprüche der Gesellschaft, der Organmitglieder oder der Mitglieder, wenn sie an einen Gläubiger auf Grund einer ihr obliegenden Verbindlichkeit geleistet hat. Ob derartige Ausgleichspflichten bestehen, ist eine Frage der Organisationsverfassung (Ausgleichspflicht oder Ausgleichsanspruch von Organmitgliedern) bzw. der aus der Mitgliedschaft resultierenden Rechte und Pflichten (Ausgleichsanspruch oder -pflicht der Mitglieder, auch der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft), verschiedentlich auch öffentlichen (Subventions-) Rechts (z.B. Ausgleichsleistungen des Staates zwecks Erhaltung eines Unternehmens). Mit der Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft hat das unmittelbar nichts zu tun. Das Gleiche gilt für die sog. Innenhaftung von Organmitgliedern oder Mitgliedern gegenüber der Gesellschaft wegen Verletzung von Pflichten, die ihnen dieser gegenüber obliegen. Dies ist von Nr. 8 erfasst.

Dass die Frage der Haftung einer Gesellschaft mit ihrem eigenen Vermögen für ihre Verbindlichkeiten eine Angelegenheit des Gesell-

schaftsstatuts ist, bedarf keiner besonderen Begründung. Das Gleiche gilt für die unmittelbare Außenhaftung von Organmitgliedern. Insoweit kann man sogar sagen, dass die Regelung einer Außenhaftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten zur Ausgestaltung der Organstellung gehört. Ein besonderes Problem ist die unmittelbare Außenhaftung der Gesellschafter. Wie sich bei den Personengesellschaften zeigt, kann unabhängig von ihrer Natur als juristische Personen oder als besonders ausgestaltete Personengemeinschaften eine primäre oder sekundäre, unbeschränkte oder beschränkte Außenhaftung der Gesellschafter zur Natur dieser Gesellschaften gehören. Es steht daher außer Frage, dass es sich um eine Angelegenheit des Gesellschaftsstatuts handelt.

Dagegen wurde bezüglich des Haftungsdurchgriffs auf Gesellschafter von Kapitalgesellschaften, der in einigen Rechtsordnungen ausnahmsweise zugelassen wird (z.B. weil der Gesellschafter das Vermögen der Gesellschaft geschmälert hat oder er bei der Entstehung der Verbindlichkeit mitgewirkt hat und die Gesellschaft infolge der Einflussnahme des Gesellschafters nicht in der Lage ist, diese zu erfüllen), eine Sonderanknüpfung an den Handlungsort und damit eine Herauslösung aus dem Gesellschaftsstatut vorgeschlagen. Der Grund für eine solche Regelung, die im Wortlaut des Art. 159 schweizerisches IPRG Unterstützung findet (dagegen wohl nicht in der Interpretation der Vorschrift) ist im Kern, dass der Haftungsdurchgriff nur unter Voraussetzungen zugelassen wird, bei denen man auch an eine eigene Verbindlichkeit des Gesellschafters gegenüber Dritten denken kann, sodass das Recht des Registrierungsortes als Gesellschaftsstatut nicht passte. Im Ergebnis ist die Kommission dem nicht gefolgt (Beschlussergebnis: einstimmig), da es eine typisch gesellschaftsrechtliche Frage ist, ob und in welchem Maße bei Kapitalgesellschaften und anderen juristischen Personen die vermögensrechtliche Verselbständigung, die an sich einen Haftungsdurchgriff auf das Vermögen einzelner Gesellschafter ausschließt, beiseite geschoben werden kann. Mit dieser Entscheidung wird implizit zugleich ein besonderer ordre public-Vorbehalt, der eine spezielle ordre public-Klausel zugunsten des Niederlassungsstaates rechtfertigen würde, abgelehnt. Führt im Einzelfall die Anwendung des Rechts des Registrierungsstaates zu einem Ergebnis, das mit wesentlichen Grundsätzen des Niederlassungsstaates kollidiert, so ist die Anwendung des Art. 10 der EG-Verordnung bzw. Art. 6 EGBGB in Erwägung zu ziehen. Dies ist der Rechtsprechung vorbehalten, ein zusätzlicher Regelungsvorschlag ist nicht zu machen. Es ist aber zu erinnern, dass die Anwendung des ordre public gegenüber dem Recht von EU/EWR-Staaten in gesellschaftsrechtlichen Fragen wesentlich eingeschränkt ist. Hinzuzufügen ist, dass in der Regel die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen hierzu Instrumente enthalten, die zwar nicht alle ein identisches Schutzniveau bieten,

aber im Sinne der Rechtsprechung des EuGH äquivalent sind. Beispielhaft zu nennen ist etwa das wrongful trading im englischen Recht. Ist das der Fall, erübrigt sich der Einsatz des *ordre public*.

Unter die offene Formulierung der Nr. 7 fallen auch die Haftung eines faktischen Organs und die Fälle echter Durchgriffshaftung im Konzern.

*i) Haftung wegen der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten
(Abs. 1 Nr. 8)*

Nach übereinstimmender Auffassung der Kommission, die eine förmliche Beschlussfassung erübrigt hat, rechnet Art. 3 Abs. 1 Nr. 8 EG-Verordnung die Haftung wegen Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten zum Gesellschaftsstatut. Die Formulierung entspricht im Wesentlichen der Regelung des Art. 155 lit. g des schweizerischen IPRG, der von Verletzung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften spricht. Art. 25 Abs. 2 des italienischen IPR-Gesetzes spricht dagegen von den Rechtsfolgen einer Verletzung der Gesetze oder des Gesellschaftsvertrages, was offen lässt, welche Gesetze gemeint sind bzw. ob es sich, wie in der schweizerischen Regelung, nur um gesellschaftsrechtliche Vorschriften handeln soll. Die meisten gesetzlichen Regelungen in Europa, die sich mit internationalem Gesellschaftsrecht oder juristischen Personen befassen, sprechen das Thema nicht an.

Da der Vorschlag generell von gesellschaftsrechtlichen Pflichten spricht, bezieht er sich sowohl auf gesellschaftsvertragliche bzw. sich aus den Statuten ergebende wie auf gesetzliche Pflichten. Es wird auch nicht unterschieden, ob es sich um Haftung gegenüber Mitgesellschaftern, gegenüber der Gesellschaft oder gegenüber Dritten handelt. Nr. 8 erfasst demnach im Sinne der deutschen Terminologie sowohl die Innen- als auch die Außenhaftung. Unter Nr. 8 fällt insbesondere die Haftung gegenüber Mitgesellschaftern wegen Verletzung der allgemeinen Treuepflicht im Sinne des deutschen Gesellschaftsrechts, die allerdings keine Standardpflicht aller europäischen und außereuropäischen Gesellschaftsrechte ist, oder einer sonstigen besonderen Verhaltenspflicht, die aus dem Gesellschaftsvertrag oder dem Gesetz abzuleiten ist. Es wird aber auch der Fall umfasst, dass eine gesellschaftsrechtliche Vorschrift Interessen Dritter schützt und deshalb bei einer Verletzung dem betroffenen Dritten Ersatzansprüche gegen den Gesellschafter oder ein Organmitglied zustehen, die den durch die Verletzung entstandenen Schaden ausgleichen. Gleichgültig soll es sein, ob die Haftung im Gesellschaftsrecht vorgesehen ist oder als Fall der außervertraglichen Haftung angesehen wird. Bei Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht ist die Haftung in beiden Fällen dem Recht des Staates zu entnehmen, das Gesellschaftsstatut ist. Demnach ist z.B. gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren, wenn das deutsche Recht nach

§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einer gesellschaftsrechtlichen Schutznorm einem Dritten einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung gewährt. Nr. 8 qualifiziert in diesem Sinne die einschlägigen Vorschriften der außervertraglichen Haftung als gesellschaftsrechtlich und greift damit auf, was in einigen EU/EWR-Staaten kraft Gesetzes oder Richterrecht durch die sog. akzessorische Anknüpfung der außervertraglichen Haftung im Rahmen einer sog. Ausweichklausel erreicht wird, vgl. Art. 3 Nr. 3 S. 2 des Vorschlags der Rom II-Verordnung, sowie auf nationaler Ebene in Deutschland Art. 41 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB. Die Kommission schlägt keine Sonderanknüpfung der gesellschaftsrechtlichen Haftung vor. Bezüglich der neben dem Gesellschaftsstatut in Frage kommenden deliktsrechtlichen Haftung besteht im Ausgangspunkt Einigkeit, dass diese grundsätzlich akzessorisch an das Gesellschaftsstatut anzuknüpfen ist. Zur Frage, ob daneben eine deliktsrechtliche Anknüpfung nach den herkömmlichen Anknüpfungspunkten möglich ist, wenn weder Gesellschaftsstatut noch akzessorisch angeknüpftes Deliktsstatut zu einer Entschädigung führt, konnte in der Kommission keine einheitliche Position gefunden werden. Da es sich insoweit um eine Frage der Anknüpfung des Deliktsrechts handelt, das nicht primär Teil des Auftrags der Kommission ist, wurde hierzu kein Beschluss gefasst, sondern lediglich ein Meinungsbild erhoben. Dies gilt insbesondere für die Anwendbarkeit von Art. 3 des Verordnungsvorschlags über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht und die Relation zwischen Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 S. 2.

Bezüglich des Verhältnisses von gesellschaftsrechtlicher zu deliktsrechtlicher Haftung ergibt sich ein Problem, das nicht allein aus der Sicht des Gesellschaftsrechts zu lösen ist und zu ausführlicher Diskussion Anlass gegeben hat. Einerseits ist nicht allgemein vorauszusetzen, dass das Gesellschaftsrecht Drittinteressen berücksichtigt und eine entsprechende Haftung im Fall einer Verletzung vorsieht. Andererseits kann das Deliktsrecht so gestaltet sein, dass es eine Haftung dessen, der durch sein Verhalten einem Dritten einen Schaden zufügt, nicht auf gesellschaftsrechtliche sondern auf allgemeine Verhaltenspflichten gründet, für die der gesellschaftsrechtliche Vorgang lediglich als Tatsache eine Rolle spielt. Es handelt sich insbesondere um Rechtsordnungen, die eine außervertragliche Haftung auf Generalklauseln stützen (z.B. „faute“ im französischen und anderen romanischen Rechten; „negligence“ im Common Law). Infolge dieser Rechtslage können sich Haftungslücken ergeben, wenn das Recht des Registrierungsstaates den Schutz von Drittinteressen nicht in Betracht nimmt, das Recht des Staates, in dem die schädigende Handlung stattfindet oder ihr Erfolg eintritt (in der Regel identisch mit dem Recht des Staates, in dem die Gesellschaft tatsächlich niedergelassen ist) jedoch nicht

anwendbar ist (weil die Qualifizierung nach Nr. 8 zum Gesellschaftsstatut führt). Es kommt hinzu, dass der Verordnungsvorschlag über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht die außervertragliche Haftung von Gesellschaftsorganen nicht aus dem Anwendungsbereich dieser Verordnung ausnimmt. Es wurde vorgeschlagen, dem durch eine alternative Anknüpfung mit folgendem Wortlaut Rechnung zu tragen:

„Der Geschädigte kann Ersatz seines Schadens auch (alternativ) nach dem gemäß Art. 3, 9 Nr. 2 und 5, 10 der EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht geltend machen, wenn das gemäß Abs. 1 Nr. 8 anwendbare Recht zu keiner Entschädigung führt (keine Entschädigung vorzieht).“

Die Kommission sieht davon ab, eine alternative Anknüpfung, die zum Deliktsstatut führt, in ihren Vorschlag aufzunehmen. Sie bringt aber zum Ausdruck, dass sie sich einer solchen deliktsrechtlichen Anknüpfung in einer EG-Verordnung nicht verschließen würde, die zugleich das Verhältnis der gesellschafts- zur deliktsrechtlichen Anknüpfung klarstellen würde. Eine solche Regelung könnte in Art. 3 platziert werden. (Beschlussergebnis: einstimmig).

Eine Meinungsverschiedenheit, die von der Kommission nicht ausgeräumt werden konnte, besteht über die allgemeine Abgrenzung gesellschaftsrechtlicher und deliktsrechtlicher Pflichten, woraus sich ein Qualifikationsproblem ergibt. Da es sich um eine Frage der Rechtsanwendung handelt, die dem Richter obliegt, ist dazu kein Vorschlag zu unterbreiten. Es ist lediglich zu erwähnen, dass die in Deutschland vom BGH mit Urteil vom 25.2.2002 (NJW 2002, 1803) entwickelte Haftung auf der Grundlage des § 826 BGB (Haftung wegen sittenwidrigen, planmäßigen Vermögensabzugs aus dem Gesellschaftsvermögen) neben einer gesellschaftsrechtlich begründeten Haftung aus dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs als Beispiel des Qualifikationsproblems und der Schwierigkeiten der Qualifikation erörtert wurde. Ein Meinungsbild für dieses Sonderproblem der kollisionsrechtlichen Behandlung einer Regelung des deutschen Sachrechts ergab weder eine Mehrheit für eine (allein) gesellschaftsrechtliche Qualifikation noch für die grundsätzliche Möglichkeit des Rückgriffs auf das Deliktsstatut. Es wurde aber darauf hingewiesen, dass auch bei deliktsrechtlicher Qualifikation auf der Ebene des maßgeblichen Sachrechts, falls dieses das deutsche Recht ist und § 826 BGB einschlägig ist, beim Maßstab für die Sittenwidrigkeit das maßgebliche Gesellschaftsstatut nicht außer Betracht bleiben kann. Dies entspricht der einhelligen deutschen Auffassung in Rechtsprechung und Lehre (Stichwort: Konkretisierung einer deutschen Generalklausel bei Auslandssachverhalten).

Ein Sonderproblem sind Pflichtverletzungen und die daran geknüpfte Haftung von Organmitgliedern oder anderen Personen, z.B. herrschenden

Gesellschaftern, die sich wie Organe verhalten haben und durch ihr Verhalten eine Lage herbeigeführt haben, die einen ordentlichen Kaufmann zum Marktaustritt veranlasst hätte, bzw. die eine Pflicht zum Marktaustritt versäumt haben. Hier ist z.B. an die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags zu denken sowie an die sich daraus ergebende Verschleppungshaftung und die Ersatzpflicht für Zahlungen z.B. nach § 64 des deutschen GmbHG oder an Verstöße gegen Geschäftsführungspflichten, die zu einer Überschuldung und Masseschmälerung führen, und eine Pflicht zur Auffüllung der Masse begründen, z.B. Art. L 624-3 franz. CCom. Die Notwendigkeit der Abgrenzung des Gesellschafts- vom Insolvenzstatut legt eine negative Qualifikationsnorm nahe. Es wurde davon gleichwohl abgesehen (Beschlussergebnis: 6:2:0), da das einen Übergriff auf das internationale Insolvenzrecht bedeutet hätte und außerdem die sachrechtlichen Regelungen unterschiedlich gestaltet sind, sodass die Qualifikation im konkreten Zusammenhang eher eine Aufgabe der Gerichte ist. Negative Qualifikationsnormen sind im IPR zudem unüblich. Die Kommission bringt lediglich zum Ausdruck, dass Akte der Masseschmälerung und daran geknüpfte Ersatzpflichten der dafür Verantwortlichen eher insolvenz- und nicht gesellschaftsrechtlicher Natur sind, auch wenn sie im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Funktionen erfolgen (Beschlussergebnis: Insolvenverschleppungshaftung 6:1:1; Masseschmälerung: einstimmig). Das Gleiche gilt für die Insolvenzantragspflicht.

Ein weiteres besonderes Problem ist die Haftung der geschäftsführenden Organe, insbesondere der Geschäftsführer im Ausland registrierter Gesellschaften, die der deutschen GmbH vergleichbar sind, die trotz (alleiniger) Niederlassung in Deutschland die Pflicht zur Anmeldung der Eintragung ins Handelsregister versäumt haben. Es ist von der deutschen Rechtsprechung, der sich einzelne Stimmen der Lehre angeschlossen haben, auf trichterlicher Ebene entschieden worden, dass dieser Fall analog der Nichteintragung einer GmbH zu behandeln und durch (einseitige) Sonderanknüpfung an den effektiven Verwaltungssitz am Ort der Hauptniederlassung die Handelndenhaftung des § 11 Abs. 2 GmbHG zur Anwendung zu bringen ist, wenn dieser in Deutschland liegt. Dem ist der BGH im Urteil vom 14.3.2005 (NJW 2005, 1648) nicht gefolgt, da es sich um ein rein registerrechtliches Versäumnis handelt, das ausschließlich durch registerrechtliche Sanktionen zu ahnden ist (in Deutschland § 14 HGB). Diese Lösung wird von der Kommission mehrheitlich für zutreffend erachtet und eine Sonderanknüpfung des § 11 Abs. 2 GmbHG in dem Sinn, dass die Vorschrift auf ausländische (EU/EWR-) Gesellschaften anwendbar ist, die in Deutschland niedergelassen sind und hier ihren effektiven Verwaltungssitz haben, abgelehnt (8:1:0). Es ist daher in Art. 3 des Vorschlags der EG-Verordnung nichts vorzusehen. Die Analogie zu § 11 Abs. 2

GmbHG geht außerdem aus sachrechtlichen Gründen fehl und würde durch die Nichtanerkennung der ausländischen Gesellschaft einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellen.

Die autonome Regelung in Art. 10a Abs. 1 Nr. 8 EGBGB entspricht dem Vorschlag der EG-Verordnung und bedarf keiner zusätzlichen Begründung. Eine alternative deliktsrechtliche Anknüpfung, wie die Kommission sie für die EG-Verordnung als Möglichkeit offen hält, wird für eine autonome Regelung im EGBGB nicht formuliert. Nach noch aktuellem Recht würde Art. 41 Abs. 1 EGBGB in der Regel wegen akzesorischer Anknüpfung des deliktischen Verhaltens ebenfalls zum Gesellschaftsstatut führen. Trifft das im Einzelfall nicht zu und käme es deliktsrechtlich abweichend vom Gesellschaftsstatut zur Anknüpfung nach Art. 40 Abs. 1 oder 2 EGBGB, so ist das sachverhaltsbezogene Rechtsanwendung, die dem Gericht obliegt. Die Kommission hat zu dieser Frage der einzelfallbezogenen Anknüpfung nach den vorgeschlagenen Art. 10, 10a Abs. 1 Nr. 8 EGBGB oder nach Art. 40 Abs. 1, 2 EGBGB keinen Vorschlag zu unterbreiten.

j) Rechnungslegung, Prüfung, Offenlegung (Abs. 1 Nr. 9)

Die in Nr. 9 dem Gesellschaftsstatut zugeordnete handelsrechtliche Rechnungslegung und ihre Offenlegung ist jedenfalls in Deutschland Gegenstand einer bis heute anhaltenden Auseinandersetzung über ihre Rechtsnatur. Nach ausführlicher Erörterung hat sich die Kommission gegen den Vorschlag einer besonderen Kollisionsnorm und gleichzeitig für die Aufnahme in Nr. 9 des Katalogs des Art. 3 Abs. 1 einer EG-Verordnung und des Art. 10a Abs. 1 Nr. 9 EGBGB ausgesprochen (Beschlussergebnis: 6:0:1). Dies betrifft zunächst Gesellschaften, deren Statut das Recht eines EU/EWR-Mitgliedstaates ist (auf Drittstaat-Gesellschaften wird unten noch besonders eingegangen). Danach gehören die Pflicht der handelsrechtlichen Rechnungslegung und ihre Gestaltung sowie Prüfung und anschließende Offenlegung zum Gesellschaftsstatut. Diesem sollen auch die Folgen einer Nichtbeachtung einschließlich der Haftung unterliegen, soweit diese nicht ohnehin unter Nr. 8 fällt.

Nr. 9 bezieht sich nur auf die handelsrechtliche Rechnungslegung. Sie lässt folglich unberührt, dass insbesondere steuerrechtlich, kapitalmarkt-rechtlich und insolvenzrechtlich eine besondere Rechnungslegung auferlegt sein kann, die nicht dem Gesellschaftsstatut unterliegt. Auf die insoweit maßgeblichen besonderen Anknüpfungen ist hier nur hinzuweisen, da diese Themen außerhalb des Auftrags der Kommission liegen. Aus dem gleichen Grund erfolgt keine Stellungnahme zur Rechnungslegung in besonderen wirtschaftlichen Betätigungsbereichen wie dem Banken- und Versicherungsrecht. Auf die diesbezüglich bestehenden Sonderbestim-

mungen und ihre kollisionsrechtliche Behandlung wird ebenfalls nur hingewiesen.

aa) Erstellung

Hinsichtlich der handelsrechtlichen Rechnungslegung war bis zuletzt umstritten, ob es sich ausschließlich um ein Instrument der Information der Gesellschafter und der Gläubiger der Gesellschaft oder auch der Allgemeinheit handelt. In letzterem Fall kann es sich um Eingriffsnormen handeln, die keine Privatinteressen, sondern Gemeininteressen verfolgen. Seit der vierten Richtlinie über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (Bilanzrichtlinie) (78/660/EWG) ist aber auch in letzterem Fall davon auszugehen, dass die Regelungskompetenz dem Gesetzgeber übertragen ist, dessen Recht Gesellschaftsstatut ist. Der Streitpunkt kann daher offen bleiben.

Ein weiteres Problem betrifft die Frage, ob es bei der Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts auch bleiben kann, wenn die Gesellschaft in einem anderen EU/EWR-Staat eine Zweigniederlassung oder, in Übereinstimmung mit der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, sogar ihre Hauptniederlassung errichtet hat (die der EuGH ebenfalls als Zweigniederlassung behandelt). Diese Entwicklung war zum Zeitpunkt der Formulierung der Bilanzrichtlinie noch nicht absehbar. Die Kommission hält gleichwohl mehrheitlich sowohl aus europa- wie auch internationalgesellschaftsrechtlichen Gründen auch in diesen Fällen an der Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts fest. Die Einführung einer gegenständlich beschränkten handelsrechtlichen Rechnungslegungspflicht bezüglich der Geschäftsvorgänge und Vermögensgegenstände, die sich der Zweigniederlassung zuordnen lassen, wurde abgelehnt (Beschlussergebnis: 1:7:0). Zur Begründung ist insbesondere die massive Einschränkung der Niederlassungsfreiheit zu nennen, die sich bei Anknüpfung an den Niederlassungsort ergibt, wenn eine Gesellschaft aus einem EU/EWR-Staat von dieser umfassend Gebrauch macht und in allen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen begründet, da sie in diesem Fall ungeachtet der Harmonisierung eine Vielzahl nationaler Rechte zu beachten hätte. Die Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatus beugt dem vor. Die Anwendung des Gesellschaftsstatuts wird außerdem auch zur Vermeidung von Missbrauch für zutreffend erachtet.

bb) Offenlegung (Art. 3 Abs. 3 EG-Verordnung, Art. 10a Abs. 3 EGBGB)

Schon die Bilanzrichtlinie hat eine Ausnahme vom Gesellschaftsstatut hinsichtlich der Offenlegung vorgesehen, wenn die Gesellschaft in einem anderen EU/EWR-Staat niedergelassen ist. Der Vorschlag lässt in Art. 3 Abs. 3 der EG-Verordnung und in Art. 10a Abs. 3 EGBGB die Anordnung

einer zusätzlichen Veröffentlichung im Niederlassungsstaat zu (Beschlussergebnis: einstimmig). Diese Regelung gilt nur für registrierte Gesellschaften. Nicht registrierte Gesellschaften werden im Vorschlag nicht angesprochen, da eine Pflichtpublizität bei ihnen regelmäßig nicht besteht. Sollte sich Bedarf ergeben, steht der Rechtsprechung eine analoge Anwendung offen. Mit der vorgeschlagenen Regelung wird zugleich ein Streit vermieden, ob es sich um eine register- oder gesellschaftsrechtliche Regelung handelt. Die Regelung bedeutet für eine englische Ltd., auch wenn sie ausschließlich in Deutschland niedergelassen ist, dass sie nach englischem Recht Rechnung legen muss, die Prüfung der Abschlüsse nach englischem Recht erfolgen muss und die Veröffentlichung ebenfalls in England geschieht. Zusätzlich muss die Veröffentlichung – und nur diese – in Deutschland erfolgen. Diese Offenlegungspflicht folgt aus Art. 3 Abs. 3 EG-Verordnung/Art. 10a Abs. 3 EGBGB selbst nicht. Beide Regelungen eröffnen lediglich die Anwendbarkeit einer entsprechenden fremdenrechtlichen Vorschrift im Sachrecht (vgl. derzeit § 325a HGB). Mit dieser Regelung wird die in Art. 1, 2 Abs. 1 lit. g, 3 der elften Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen (Zweigniederlassungsrichtlinie) (89/666/EWG) vorgesehene Publizitätspflicht nachvollzogen.

Es war ursprünglich erwogen worden, Verstöße gegen die Veröffentlichungspflicht und ihre Rechtsfolgen ebenfalls ausdrücklich dem Recht des Niederlassungsstaates zu unterstellen. Davon wurde aber abgesehen, weil es ohnehin selbstverständlich erscheint, dass das verletzte Recht auch über die Rechtsfolgen einer Verletzung entscheidet. Im deutschen Internationalen Privatrecht ist dies allgemeines Prinzip, sodass es auch im Vorschlag einer autonomen Regel im EGBGB keiner besonderen Formulierung bedarf. Im Übrigen handelt es sich um eine Selbstverständlichkeit, die umso weniger einer ausdrücklichen Erwähnung im Regelungsvorschlag des Abs. 3 bedarf, als sie schon von Abs. 1 Nr. 9 erfasst ist. Zu erwähnen ist im Interesse der Rechtsklarheit nur noch, dass die Anwendbarkeit des Rechts des Niederlassungsortes in einer autonomen deutschen Regelung nicht bedeutet, dass die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Sanktionen des Niederlassungsrechts zur Anwendung berufen sind (Beschlussergebnis 8:1:0). Insoweit bleibt es beim maßgeblichen Gesellschaftsstatut, im obigen Beispiel (BGH v. 14.3.2005, NJW 2005, 1648) beim englischen Recht. Als Sanktionsvorschriften des Rechts des Niederlassungsortes sind nur solche berufen, die sich unmittelbar auf den Verstoß gegen die Offenlegungspflicht des Rechts des Niederlassungsortes beziehen.

cc) Besonderheiten bei Drittstaat-Gesellschaften

Ein besonders problematischer Punkt ist die Behandlung der handelsrechtlichen Rechnungslegung von Drittstaat-Gesellschaften, sofern man dem Vorschlag der Kommission folgt, die Anknüpfung an den Registrierungs-ort zum Gegenstand einer allseitigen Kollisionsnorm zu machen. Betrachtet man die Rechnungslegung entsprechend Art. 3 Abs. 1 Nr. 9 des Vorschlags der EG-Verordnung bzw. Art. 10a Abs. 1 Nr. 9 EGBGB als Angelegenheit des Gesellschaftsstatuts, so ist für Drittstaat-Gesellschaften, die sich in einem EU/EWR-Staat bzw. in Deutschland niedergelassen haben, zu fragen, ob es für die Rechnungslegung bei den Grundsatzan- knüpfungen in den beiden Vorschlägen bleiben kann oder zum Schutz des Rechtsverkehrs im Niederlassungsstaat eine Sonderanknüpfung an den Niederlassungsort erforderlich wird. Dabei geht es um die Anforderungen an die Rechnungslegung, die Prüfung und die Offenlegung.

Die Offenlegung hat sich als im Wesentlichen unstrittig erwiesen. Es ergeben sich keine zusätzlichen Argumente zur Offenlegung bei Gesell- schaften aus EU/EWR-Staaten. Die Kommission hat deshalb in Art. 3 Abs. 3 der EG-Verordnung und in Art. 10a Abs. 3 EGBGB einstimmig eine Formulierung vorgesehen, die Gesellschaften aus EU/EWR-Staaten und aus Drittstaaten in gleicher Weise erfasst: Es besteht zusätzlich zu der sich aus dem Gesellschaftsstatut ergebenden Pflicht zur Offenlegung eine Pflicht nach Maßgabe des Rechts des Niederlassungsortes auch für Dritt- staat-Gesellschaften. Da die vorgeschlagene kollisionsrechtliche Regelung nur die Anwendbarkeit einer inländischen Offenlegungspflicht ermöglicht und das Bestehen einer solchen voraussetzt, wird darauf hingewiesen, dass abweichend vom derzeitigen Rechtszustand eine generelle fremdenrecht- liche Offenlegungspflicht für drittstaatliche Gesellschaften vorzusehen ist. Andernfalls würde die Regelung leer laufen. Bisher sieht § 325a HGB eine Offenlegungspflicht nur für EU/EWR-Gesellschaften vor. Eine Offen- legungspflicht für Drittstaat-Gesellschaften findet sich bisher nur für bestimmte Geschäftszweige (vgl. etwa § 340I Abs. 2 HGB).

Als weitaus schwieriger hat sich die Frage erwiesen, ob eine zusätzliche Rechnungslegung neben derjenigen nach dem Recht des Registrierungs- ortes als Gesellschaftsstatut nach dem Recht des Niederlassungsortes jedenfalls dann erfolgen muss, wenn die Haupt- bzw. alleinige Nieder- lassung sich in einem anderen Staat als dem Registrierungsstaat befindet. Die Gründe, die für EU/EWR-Gesellschaften Anlass gaben, davon abzu- weichen, so dass es insoweit bei den Regelungen des Gesellschaftsstatuts verbleibt, sind hier weniger greifbar. Für eine zusätzliche Rechnungs- legung nach den Regeln des Rechts des Niederlassungsortes sind das Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs des Niederlassungsstaates, der ordnungspolitische Charakter der Rechnungslegungsvorschriften, die Ge-

fahr des Entstehens unkontrollierbarer rechtsfreier Räume, wenn man das Rechnungslegungsrecht am Niederlassungsort ausschaltet, und Zweifel ins Feld geführt worden, ob statt Anordnung des Rechts des Niederlassungsstaates eine Prüfung der Gleichwertigkeit der Anforderungen an die Rechnungslegung nach Maßgabe des Gesellschaftsrechtsstatuts möglich ist, wie sie Art. 9 Abs. 1 der Zweigniederlassungsrichtlinie und etwa § 340I Abs. 2 HGB vorsehen. Dem standen als Argumente vor allem gegenüber, dass eine Anknüpfung an die Niederlassung bei weltweit aufgestellten Unternehmen zu einer Häufung von Rechnungslegungsvorschriften führt, wenn alle Staaten entsprechend verfahren; dass dies zwar nicht zutrefte, wenn eine einzige Niederlassung in einem anderen als dem Registrierungsstaat bestehe, jedoch auch hier kein Interesse erkennbar sei, die Handelsbilanz anders anzuknüpfen als sonst auch, weil es nur um private Interessen geht; Dritte, die mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten, seien durch Offenlegung im Niederlassungsstaat ausreichend geschützt. Zudem wurde auf den engen Zusammenhang der Regelung über die Finanzverfassung und des Bilanzrechts hingewiesen. Regelungen wie Ausschüttungssperren seien auf die Regelungen des Bilanzrechts abgestimmt, sodass die Kombination mit anderen Bilanzierungsregeln zu einer Verfälschung der Ergebnisse führen könnte. Die unterschiedlichen Erwägungen blieben in der Kommission bis zuletzt umstritten. Ein Kompromissvorschlag, der eine Pflicht drittstaatlicher Gesellschaften zur Rechnungslegung nach den Vorschriften des Niederlassungsstaates vorsieht, falls die Rechnungslegung nach dem Registrierungsortsrecht nicht den durch die europäischen Richtlinien zur Rechnungslegung vorgegebenen Standards entspricht, lautete:

„Genügen die nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 9 erstellten Unterlagen der Rechnungslegung einer Gesellschaft, die in einem nicht zur EU oder zum EWR gehörenden Staat registriert ist, nicht den Richtlinien 78/660/EWG bzw. 83/349/EWG oder sind sie diesen nicht gleichwertig, so bleibt auch die Pflicht zur Erstellung der Rechnungslegung bezogen auf die Tätigkeiten der Zweigniederlassung dem Recht des Niederlassungsstaates vorbehalten.“

Dieser Vorschlag verfehlte knapp die Mehrheit (Beschlussergebnis: 4:3:2). Ausschlaggebend dafür war, dass eine Prüfung der Gleichwertigkeit, die bei jeder einzelnen Rechnungslegung erfolgen müsste, als nicht praktikabel erachtet wird. Angesichts der Pattsituation bei der Abstimmung über verschiedene Regelungsversionen wird derzeit vom Vorschlag einer Regelung sowohl in der EG-Verordnung, als auch im EGBGB abgesehen (Beschlussergebnis 5:0:4). Dies wird aus deutscher Sicht aus zwei Gründen für vertretbar erachtet: Aktuell gibt es im deutschen Sachrecht keine Regelung, die mit Blick auf die Niederlassung in Deutschland einer im Ausland registrierten Gesellschaft eine Rechnungslegung anordnet. Die Vorschriften des HGB beschränken sich auf deutsche Gesellschaften. Ob

sich daran im Anschluss an die EuGH-Rechtsprechung zum Gesellschaftsstatut etwas ändern wird, weil die einschlägigen HGB-Vorschriften zu einem Zeitpunkt formuliert worden sind, als das Phänomen einer exklusiv in Deutschland niedergelassenen Gesellschaft mit ausländischem Gesellschaftsstatut unbekannt war, ist völlig offen. Als zweiter Grund für den Verzicht auf eine kollisionsrechtliche Regelung ist darauf hinzuweisen, dass angesichts internationaler Vereinheitlichung der Rechnungslegung durch die International Accounting Standards, die nach der EG-Verordnung Nr. 1606/2002 vom 19.7.2002, ABl. EG L-243 S. 1 vom 11.9.2002 für Konzernabschlüsse kapitalmarktorientierter Unternehmen in der EU verbindlich sind, die kollisionsrechtlichen Streitpunkte und eine Sonderanknüpfung an Bedeutung verlieren.

k) Art. 3 Abs. 2 der EG Verordnung und Art. 10a Abs. 2 EGBGB

Bezüglich Art. 3 Abs. 2 der EG-Verordnung und Art. 10a Abs. 2 EGBGB wird auf die Begründung sub b) verwiesen.

l) Art. 3 Abs. 3 der EG-Verordnung und Art. 10a Abs. 3 EGBGB

Bezüglich des Art. 3 Abs. 3 der EG-Verordnung und Art. 10a Abs. 3 EGBGB wird auf die Begründung sub j) verwiesen.

5. Form gesellschaftsrechtlicher Rechtsakte (Art. 4 EG-Verordnung, Art. 11 Abs. 6 EGBGB)

Art. 4 des Vorschlags der EG-Verordnung stellt als Grundsatz in S. 1 fest, dass die Form aller die Verfassung der Gesellschaft betreffenden Rechtsakte dem Statut unterliegen, dem die Verfassung selbst unterliegt. Der Begriff Rechtsakt wurde gewählt, weil der deutsche Begriff des „Rechtsgeschäfts“ nicht in allen Rechtsordnungen verwendet wird. Verfassung ist in einem weiten Sinn zu verstehen und umfasst auch Gesellschaftsverträge. Reine Innengesellschaften unterstellt Art. 2 Abs. 2 Satz 2 EG-Verordnung dem Röm. Übk., so dass es für die Form zur Anwendung des Art. 9 Röm. Übk. (künftig Art. 10, insbesondere Abs. 1 Rom I-Verordnung) kommt.

Die derzeit in Europa existierenden Verweisungsnormen für Gesellschaften sprechen die Form nur indirekt an, indem sie alle zur Gründung gehörenden Fragen, also auch die Form und sonstige Formalitäten nach dem Gesellschaftsstatut beurteilen. Das gilt auch für Rechtsordnungen, die das internationale Gesellschaftsrecht nur rudimentär oder überhaupt nicht gesetzlich erfasst haben. Der Grund ist vor allem, dass die Formwahrung zugleich Voraussetzung für die Registrierung der Gesellschaft ist.

Der Deutsche Rat für Internationales Privatrecht hat sich bereits in einem 1972 veröffentlichten Gutachten⁹ für die Anwendung des Statuts der Gesellschaft ausgesprochen, soweit es um die Verfassung geht. Damit ist ein Begriff gewählt, der sich sowohl auf die Gründung der Gesellschaft als auch auf Änderungen der Verfassung, insbesondere Satzungsänderungen, Umwandlungen inklusive Umstrukturierungen und die Auflösung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 bezieht.

Für alle Rechtsakte, die nicht die Verfassung im vorstehend definierten Sinn betreffen, wird eine Exklusivität des Gesellschaftsstatuts nicht für erforderlich gehalten. Dies gilt z.B. für einfache Gesellschaftsbeschlüsse, Vereinbarungen der Gesellschafter unterhalb der Verfassungsebene und die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen. S. 2 des Vorschlags lässt daher alternativ die Wahrung der Form des Statuts der Gesellschaft oder des Vornahmeortes genügen. Bezüglich der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen sieht das Sachrecht verschiedentlich notarielle Form vor, mit der materiellrechtliche Zwecke verfolgt werden. Dabei kann es sich um gesellschaftsrechtliche Zwecke handeln (Übereilungsschutz, Beschränkung der Verkehrsfähigkeit des Anteils im Interesse der Gesellschafter, z.B. § 15 Abs. 3, 4 deutsches GmbHG) oder um Zwecke des Gemeininteresses. Letzteres kann zu eingriffsrechtlicher Sonderanknüpfung führen, sodass es genügt, auf die Begründung zu Art. 9 zu verweisen. Ein Normvorschlag ist insoweit nicht zu machen. Die Kommission hat dagegen ausführlich erörtert, ob die alternative Anknüpfung der aus privatrechtlichen Gründen vorgeschriebenen Form der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an den Vornahmeort ausgeschlossen und ausschließlich das Statut der Gesellschaft maßgeblich sein soll. Bejaht man das, so wäre in Art. 4 des Vorschlags einer EG-Verordnung ein dritter Satz anzufügen. Bezüglich des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG geht die überwiegende Tendenz in Deutschland nicht in diese Richtung, vgl. BGH Urteil v. 4.11.2004, NZG 2005, 41, 42, der sich aber in der Sache nicht festlegt. Zwar wurde von der Kommission über eine Formulierung diskutiert:

„Verträge, die die Übertragung des Gesellschaftsanteils zu Folge haben, unterliegen abweichend von S. 2 den zwingenden Formvorschriften des Gesellschaftsstatuts [, sofern sie nach diesem Recht ohne Rücksicht auf den Ort des Abschlusses des Vertrages anzuwenden sind].“

Eine solche Regelung, die nicht nur das deutsche GmbHG betreffen, sondern allgemein gelten würde, ist jedoch abgelehnt worden (Beschlussergebnis: einstimmig). Sie ist im deutschen Internationalen Privatrecht, insbesondere mit Blick auf § 15 GmbHG, auch nicht geltendes Recht.

⁹ Vgl. den Vorschlag Art. E bei *Beitzke*, Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen in: Lauterbach (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts, 1972, S. 94 ff., 126.

Die alternative Anknüpfung des Art. 4 S. 2 der EG-Verordnung betrifft nicht etwaige Erfordernisse der registerrechtlichen Publizität des Vertrages, und die förmlichen Voraussetzungen derselben, wie sie sich z.B. in Frankreich aus Art. 14, 31 D. 67-236 in Verbindung mit Art. L 221-14 CCom als Voraussetzung für die *opposabilité* gegenüber Dritten ergeben. Insoweit gilt die *lex fori* des Registrierungsorgans, dessen Sachnormen auch darüber entscheiden, auf welche Gesellschaften derartige Vorschriften anzuwenden sind (nur auf Gesellschaften, die eigenem Recht unterliegen oder auch Gesellschaften aus anderen Staaten).

Es bleibt abschließend darauf hinzuweisen, dass die Kommission zu Fragen der Substitution nicht Stellung nimmt. Es ist eine rein sachrechtliche Frage, ob das nach S. 1 oder 2 maßgebliche Formstatut, sofern es insbesondere eine notarielle Form verlangt, eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar ausreichen lässt.

Der Vorschlag zur Form gesellschaftsrechtlicher Akte in einer autonomen deutschen Regelung weicht redaktionell, jedoch nicht inhaltlich vom Vorschlag einer EG-Verordnung ab. Es wird daher keine besondere Begründung erforderlich. Dem Vorschlag des Art. 4 S. 1 der EG-Verordnung entspricht der Vorschlag eines neuen Art. 11 Abs. 6 EGBGB. Eine dem Art. 4 S. 2 der EG-Verordnung entsprechende Ergänzung des EGBGB ist nicht erforderlich; die Regelung ist in Art. 11 Abs. 1 EGBGB enthalten und bereits geltendes Recht.

6. Grenzüberschreitende Umstrukturierungen (Art. 5-7 EG-Verordnung, Art. 10b-10d EGBGB)

a) Allgemeines

Nach mehrheitlicher Auffassung zum bisher geltenden autonomen, auch deutschem, Recht standen einer grenzüberschreitenden Umstrukturierung von Gesellschaften Hindernisse entgegen, die die Umstrukturierung jedenfalls insofern unmöglich machten, als darin eine Abwanderung und ein Rechtsformwechsel gesehen wurden. Ohne gesetzliche Regelung waren nach bisher mehrheitlicher Auffassung in Deutschland Verschmelzungen über die Grenze jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn die beteiligte deutsche Gesellschaft als übertragende liquidationslos unterging. Für den umgekehrten Fall galt Entsprechendes für die Mehrheit der EU-Staaten. Desgleichen ist nach bisher mehrheitlicher Auffassung in Deutschland eine statutsändernde Verlegung aus dem Inland ins Ausland oder aus dem Ausland ins Inland bei Identitätswahrung als Fall der Umwandlung (internationale Umwandlung) nicht möglich. Auch hier gilt in der Mehrheit der EU-Staaten Entsprechendes. Die Ursachen liegen sowohl im Sachrecht als