

BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen

BAND 4

ANNE RÖTHEL, KARSTEN SCHMIDT (HRSG.)

INTERNATIONALE FAMILIENUNTERNEHMEN



BUCERIUS LAW SCHOOL

---

PRESS

# Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen

Herausgegeben von den Direktoren des Notarrechtlichen  
Zentrums Familienunternehmen der Bucerius Law School

Prof. Dr. Anne Röthel Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Band 4

# Internationale Familienunternehmen

Verlag:

Bucerius Law School Press, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

Herausgeber:

Prof. Dr. Anne Röthel, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

1. Auflage 2016

Herstellung und Auslieferung:

trdition GmbH, Hamburg

ISBN: 978-3-86381-082-5

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

DIE BUCERIUS  
LAW SCHOOL IST EINE  
GRÜNDUNG DER



## Geleitwort

Familienunternehmen sind mit einem Anteil von über drei Vierteln aller Unternehmen das Rückgrat der deutschen Wirtschaft. Sie sichern die Mehrheit der deutschen Arbeitsplätze, sind überdurchschnittlich forschungsstark und übernehmen Verantwortung in ihrem sozialen Umfeld. Anders als in der Betriebswirtschaftslehre haben Familienunternehmen in der Rechtswissenschaft lange Zeit gleichwohl nur wenig Beachtung gefunden, fehlte ein systematischer Forschungszugriff auf das Spannungsfeld zwischen familiärer Verbundenheit und Verantwortung sowie unternehmerischen Realitäten und Notwendigkeiten. Dies zu ändern, haben sich die Hamburgische Notarkammer, die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V., die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung sowie die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – vor nunmehr rund fünf Jahren zur Aufgabe gemacht.

In der Zwischenzeit ist gemeinsam viel erreicht worden: Die Jahrestagungen des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen führen Wissenschaftler und Vertreter rechts- sowie wirtschaftsberatender Berufe aus ganz Deutschland zum wissenschaftlichen Austausch über Grundlagenthemen des Rechts der Familienunternehmen nach Hamburg – wobei stets herausragende Unternehmerpersönlichkeiten zu Wort kommen und selbstgewiss und selbstbewusst ihre Anforderungen an die (Rechts-) Wissenschaft und die beratenden Professionen formulieren. Mit den Werkstattgesprächen des Zentrums wurde ein Forum zur praxisnahen Erörterung aktueller Fragestellungen etabliert, das ebenfalls konsequent auf den Dialog mit Familienunternehmern setzt. Und schließlich konnte im vergangenen Jahr mit Unterstützung der Gebr. Heinemann SE & Co. KG eine Stiftungs-Juniorprofessur „Recht der Familienunternehmen“ an der Bucerius Law School eingerichtet werden, die insbesondere eine enge Verzahnung von Forschungsergebnissen und Lehrinhalten ermöglicht.

Mit Blick auf das Erreichte schuldet die Bucerius Law School den genannten Förderern – und Wegbereitern! – großen Dank für ihr ideelles sowie finanzielles Engagement und sieht sich in ihrem Streben bestärkt,

der Erforschung des Rechts der Familienunternehmen mit interessierten Partnern aus der Praxis und im Dialog mit Familienunternehmern weiterhin starke Impulse zu geben.

Hamburg, im März 2016

Dr. Hariolf Wenzler

Geschäftsführer der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft

## Vorwort

Das Notarrechtliche Zentrum Familienunternehmen besteht seit dem Sommer 2012 an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg. Seine Gründung ist einer gemeinsamen Initiative der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V., der Hamburgischen Notarkammer sowie der Bucerius Law School zu verdanken. Weitere Unterstützung erfährt das Zentrum durch die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg.

Das Notarrechtliche Zentrum Familienunternehmen versteht sich als ein Ort der Diskussion und der Begegnung. Es hat sich zum Ziel gesetzt, die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Familienunternehmen wirken, systematisch sichtbar zu machen und weiterzuentwickeln. Zum Selbstverständnis des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen gehört es, diese Fragen grundlagenorientiert und mit Blick auf die Bedeutsamkeit auch der juristischen Nachbarwissenschaften zu erschließen.

Viele deutsche Familienunternehmen sind der lebendige Beweis, dass familiäre Tradition, lokale Verwurzelung und globales Wirken keinen Widerspruch bedeuten müssen. Viele Familienunternehmen, die einst lokal begonnen haben, sind heute „Global Player“. Nicht selten haben sich die Unternehmerfamilien ebenso stark verändert und sind über die Zeit sowohl verzweigter als auch internationaler geworden. Die mit der Internationalisierung von Familienunternehmen und Unternehmerfamilien verbundenen Herausforderungen standen am 13. November 2015 im Mittelpunkt der 4. Jahrestagung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen, die dieser Band dokumentiert.

Den Auftakt bildete, wie schon in den vergangenen Jahren, ein Podiumsgespräch mit einer herausragenden Unternehmerpersönlichkeit: Die Familienunternehmerin *Marie-Christine Ostermann*, geschäftsführende Gesellschafterin der Rullko Großeinkauf GmbH & Co. KG, Hamm, sowie Mitglied des Mittelstandsbeirats des BMWi, vermittelte



im Gespräch mit Prof. *Dr. Hans-Joachim Priester* spannende Einblicke in die Realitäten und Herausforderungen deutscher Familienunternehmen.

Den weiteren Referenten danken wir dafür, dass sie uns ihre Beiträge zeitnah für diesen Band zur Verfügung gestellt haben: Prof. *Dr. Jochem Reichert* skizziert die Grundmodelle der Organisation internationaler Familienkonzerne und bewertet sie mit Blick auf aktuelle gesellschafts- und konzernrechtliche Entwicklungen. Prof. *Dr. Ulrich Prinz* erläutert die schwierigen Grundzüge steueroptimierter Strukturierung internationaler Familienkonzerne. *Dr. Dr. Jens Scherpe* warnt vor den Gefahren, die vom englischen Scheidungsfolgenrecht für die Wirksamkeit deutscher Eheverträge ausgehen können, und zeigt die Chancen vorsorgender internationaler Rechtsberatung. Schließlich führt Prof. *Dr. Christopher Keim* durch die kollisionsrechtlichen Grundkonzepte der Europäischen Erbrechtsverordnung und vermittelt einen Eindruck von der Fülle der daraus für Wissenschaft und Praxis noch resultierenden Zweifelsfragen.

Das Erscheinen des Bandes ist willkommener Anlass, allen Genannten erneut für Ihre Beiträge zum Gelingen der Tagung zu danken. Unser Dank gilt außerdem den Tagungsteilnehmern für ihre Diskussionsfreudigkeit und nicht zuletzt den Förderern und Initiatoren des Zentrums.

Hamburg, im März 2016

Prof. Dr. Anne Röthel

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

# Inhalt

Geleitwort

Vorwort

JOCHEM REICHERT

Internationale Familienkonzerne – Die gesellschaftsrechtliche Perspektive

ULRICH PRINZ

Internationale Familienkonzerne – Die steuerrechtliche Perspektive

JENS M. SCHERPE

Ehegüterrecht und Eheverträge im Rechtsvergleich – oder: Wer hat Angst  
vorn Common Law?

CHRISTOPHER KEIM

Der internationale Erbfall im Familienunternehmen

# Internationale Familienkonzerne – Die gesellschaftsrechtliche Perspektive

JOCHEM REICHERT\*

## I. Einleitung

Größere Familienkonzerne weisen regelmäßig internationale Bezüge auf. Sie gründen bisweilen Zweigniederlassungen, meist aber Tochtergesellschaften in mehreren Ländern innerhalb oder außerhalb der EU. Teils weisen sie auch deshalb internationale Bezüge auf, weil Teile ihrer Gesellschafter im Ausland leben.

Die Beteiligung ausländischer Gesellschafter oder die Notwendigkeit zur Gründung und Lenkung von Tochtergesellschaften im Ausland werfen regelmäßig schwierige steuerrechtliche Fragen auf. Diese haben teilweise einen großen Einfluss auf die Konzernstrukturierung, die Verwendung von Personen- oder Kapitalgesellschaften, ihre Schichtung innerhalb des Konzerns oder auch auf Entnahme- oder Rechtsnachfolgebestimmungen. Gelöst werden die steuerrechtlichen Probleme jedoch in aller Regel mit dem gesellschaftsrechtlichen Rüstzeug, das ganz allgemein für Gesellschaften oder in Sonderheit für Familiengesellschaften zur Verfügung steht.

Im ersten Teil will ich das exemplarisch mit Hilfe von drei Gestaltungsaufgaben, die ich für drei große internationale Familienkonzerne zu bearbeiten hatte, plastisch machen.

Im zweiten Teil gehe ich dann auf spezifische Fragestellungen ein, die sich ausschließlich aus der Internationalität ergeben. Es geht um die Strukturierung von Tochtergesellschaften in den unterschiedlichen Jurisdiktionen und die Möglichkeiten, sie in eine einheitliche Konzernleitung einzubeziehen.

## II. Gestaltungsmöglichkeiten auf der Ebene der

## Konzernobergesellschaft

Der erste Teil befasst sich mit der Gestaltung in Deutschland ansässiger Konzernobergesellschaften von großen Familiengesellschaften. Nicht selten wird dabei auch eine Doppelholdingstruktur verwendet. Häufig findet man selbst bei großen Familiengesellschaften in der Konzernspitze noch Personengesellschaften. Teilweise verfügen sie über natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter.

Meist hatten diese Funktionen regelmäßig Familienmitglieder inne, im Laufe der Generationen wird die Komplementärsfunktion bisweilen auch auf Fremdmanager übertragen. Gerade in großen, international tätigen Familiengesellschaften mit einer hohen Anzahl von Gesellschaftern sind typische Merkmale solcher Strukturen ausgeprägte Kontrollrechte der Kommanditisten gegenüber den Komplementären, die meist in einem Gesellschafterausschuss oder einem Beirat gebündelt werden.

Ausgehend von einer solchen Grundstruktur haben sich in meiner Praxis u.a. die folgenden gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfragen gestellt:

In einem Fall lag die Aufgabenstellung darin, die Konzernspitze in eine kapitalmarktfähige Gesellschaft zu überführen, so dass ein Rechtsformvergleich zwischen AG, SE und KGaA im Hinblick auf die Vor- und Nachteile als Konzernspitze einer Familienholding anzustellen war. In einer anderen Konstellation ging es darum, gerade die Konzernspitze als KG mit natürlichen Personen als persönlich haftenden Gesellschaftern zu erhalten. Es sollten jedoch die verschiedenen Auslandsgesellschaften in einer als SE zu strukturierenden Zwischenholding gebündelt werden. Wesentliche Entscheidungen sollten – das war auch eine steuerliche Vorgabe – weiterhin in der Holding KG getroffen werden.

Andererseits sollte die Umsetzung dieser Entscheidungen in der nachgelagerten SE, in der die Gewinne thesauriert werden sollten, sichergestellt werden. Aus der Doppelstockstruktur ergab sich mithin die interessante Aufgabe einer weitgehenden organisatorischen Verzahnung von KG und SE.

Schließlich bestand in zwei weiteren internationalen Familiengesellschaften der Wunsch, nicht nur die nachgelagerten

Gesellschaften als SE zu strukturieren, sondern zusätzlich eine SE als Komplementär der KG – im anderen Fall als Komplementär einer KGaA – vorzusehen und gleichwohl einen beachtlichen Familieneinfluss zu erhalten.

### *1. Fallbeispiel 1: Konzernspitze mit kapitalmarktfähiger Gesellschaft*

Dem ersten Fallbeispiel liegt die in der Praxis verbreitete Aufgabenstellung zu Grunde, die Konzernspitze in eine kapitalmarktfähige Gesellschaft zu überführen, so dass ein Rechtsformvergleich zwischen AG, SE und KGaA im Hinblick auf ihre Eignung als Konzernspitze einer Familienholding anzustellen ist<sup>1</sup>.

#### a) Wahl einer Auslandsrechtsform

In großen internationalen Familienkonzernen ist die Verbreitung ausländischer Gesellschaftsformen eher gering. Meist werden sie, wenn überhaupt, als Komplementärgesellschaft einer Personengesellschaft oder – wenn es um börsenfähige Gesellschaften geht – einer KGaA eingesetzt. Als solche kommen etwa die besonders flexible niederländischen BV oder die Limited in Betracht. Bekannt ist aber auch die als PLC verfasste börsennotierte Air Berlin. Die Zahlen für die Limited sind rückläufig<sup>2</sup>. Meines Erachtens kommt sie schon aus Imagegründen für eine große, renommierte und in Deutschland ansässige Familiengesellschaft kaum in Betracht.

Der Beratungsaufwand im ausländischen Recht, die Gefahren aus mangelnder Abstimmung zwischen nach dem Gesellschaftsstatut geltendem ausländischen Gesellschaftsrecht und deutschem Haftungsrecht, etwa nach deliktsrechtlichen Vorschriften, und die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten lassen es wenig empfehlenswert erscheinen, sich für eine solche Rechtsform zu entscheiden<sup>3</sup>.

Dies gilt jedenfalls, solange es handhabbare, deutschem Recht unterstehende Alternativen gibt. Als eines der Hauptargumente für die Verwendung ausländischer Rechtsformen begegnet einem meist die Vermeidung der Mitbestimmung. Diese lässt sich, wie jedenfalls die Praxis zeigt, trotz Kritik im Schrifttum wohl faktisch regelmäßig durch

den Einsatz ausländischer Gesellschaftsformen durchsetzen. Jedoch fragt es sich zum einen, ob die Vermeidung der Mitbestimmung einen solchen Preis wirklich wert ist. Zum anderen lässt sich mit Hilfe der SE in aller Regel eine Mitbestimmung ebenfalls vermeiden – sei es gegebenenfalls auch um den Preis einer Doppelholdingstruktur –, so dass es nicht einmal aus diesem Grund des Rückgriffs auf eine Auslandsgesellschaft bedarf.

## b) AG, SE und KGaA

### aa) Renommee und Verbreitung

Bei der Wahl der Rechtsform gilt das Renommee gemeinhin als ein „weicher Faktor“. Daran ist richtig, dass sicherlich für Unternehmen ein Gesichtspunkt wie die Gestaltungsmöglichkeiten der Corporate Governance größeres Gewicht hat. Doch deshalb ist die Frage nach der adäquaten Außendarstellung noch lange nicht belanglos. Als Faustregel gilt, dass deutsche Gesellschaftsformen in Deutschland ein höheres Ansehen genießen und umgekehrt ausländische Rechtsformen in den jeweiligen Auslandsrechtsordnungen als vertrauter und damit vertrauenswürdiger angesehen werden. Es kommt also grundsätzlich darauf an, auf welchem Markt die Gesellschaft schwerpunktmäßig präsent ist. Davon abgesehen lässt sich noch einmal differenzieren nach dem Renommee der verschiedenen Gesellschaften auf innerstaatlicher Ebene. So wird man beispielsweise der deutschen AG wegen der Satzungsstrenge und ihres höheren Mindestkapitals ein höheres Ansehen bei den Marktteilnehmern zubilligen müssen als der GmbH.

Seit der Einführung der SE im Jahr 2004 steht nun freilich eine Rechtsform zur Verfügung, die es bis zu einem gewissen Grade ermöglicht, nationale Vorbehalte sowohl innerhalb als auch außerhalb Deutschlands zu überwinden. Die SE sendet ein Signal nach innen und nach außen, dass es sich um ein europäisches Unternehmen handelt, das kein nationales, sondern ein europäisches Selbstverständnis hat<sup>4</sup>. Diese *European corporate identity* wird vielfach vom Kapitalmarkt und den Kunden eines Unternehmens, aber auch vom Markt für Führungskräfte und sonstige Angestellte als modern und fortschrittlich empfunden<sup>5</sup>.

Die öffentliche Wahrnehmung wird hierbei durch die großen,

börsennotierten Unternehmen geprägt. Als Beispiel seien neben der Allianz SE etwa die BASF SE, die E.ON SE, die SAP SE oder auch die Axel Springer SE genannt. Doch nicht nur gelistete Unternehmen haben sich in den vergangenen Jahren für die Rechtsform der SE entschieden, sondern auch große familiendominierte Unternehmen, darunter die Bertelsmann SE & Co. KGaA, Freudenberg und die Röchling-Gruppe.

In den wichtigsten deutschen Börsen-Indices, dem DAX30, dem MDAX sowie dem SDAX, die die 130 Gesellschaften mit der höchsten Marktkapitalisierung repräsentieren, machen insgesamt 20 Unternehmen von der Rechtsform der SE Gebrauch. Diese Zahl beinhaltet u.a. die Fresenius SE & Co. KGaA, bei welcher eine SE die Komplementärsfunktion innehat. Der Anteil der als SE firmierenden Gesellschaften beläuft sich damit auf knapp 17%. Die höchste SE-Quote weist der MDAX mit 20% auf. Im DAX30 sowie dem SDAX liegt die Quote bei 17% beziehungsweise 16%.

Interessant ist schließlich auch der Vergleich zum Gesamtbestand aller in Deutschland im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften. Danach existierten zum 1. Januar 2015 15.716 Aktiengesellschaften. Diesen standen 330 SEs sowie 294 KGaAs gegenüber, so dass sich – gemessen am Gesamtbestand kapitalmarktfähiger Gesellschaften (16.340)<sup>6</sup> – die SE-Quote auf gerade einmal 2 % beläuft. Zu beachten ist dabei jedoch, dass die Anzahl der AGs in den vergangenen Jahren konstant rückläufig war, während die SE mit jährlich zwischen 10% und 30% die mit Abstand höchste Zuwachsrate aller in das Handelsregister eingetragener Unternehmens- und Gesellschaftsformen aufwies. Die SE wird also durchaus vom Markt „angenommen“ und stellt mit ihrem modernen, europäischen Renommee eine ernst zu nehmende Alternative dar.

## bb) Allgemeine Erwägungen zur Corporate Governance

Eine erhebliche Relevanz für die Wahl der Rechtsform haben bei Familienunternehmen regelmäßig die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf die Corporate Governance. Hinsichtlich der AG gilt der Grundsatz der formellen Satzungsstrenge. Aufgaben und Befugnisse der Organe sind durch das Aktiengesetz in weitem Umfang zwingend vorgegeben. Für abweichende Regelungen in

der Satzung besteht nur ein geringer Spielraum. Die Strukturen der SE ähneln denjenigen der AG. Insbesondere gilt auch im SE-Recht der Grundsatz der Satzungsstrenge. Immerhin bietet die SE aber im Detail eine größere Flexibilität als die AG. So kann die Satzung im Vergleich zur AG längere Zeiträume für die Organbestellung vorsehen.

Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit schafft Art. 50 Abs. 1 SE-VO<sup>7</sup>. Nach dieser Bestimmung kann das Mehrheitserfordernis für Beschlussfassungen im einheitlichen Leitungsorgan oder auch – bei dualistischem System – im Aufsichtsrat bis hin zur Einstimmigkeit verschärft werden<sup>8</sup>. Schon die Einführung qualifizierter Mehrheiten lässt es zu, einem Minderheitsgesellschafter Vetorechte bei der Leitung der SE zu verschaffen. So kann statuiert werden, dass er das Recht erhält, ein Drittel der Organmitglieder zu benennen, und dass den von ihm benannten Board-Mitgliedern durch qualifizierte Mehrheitserfordernisse faktisch ein Vetorecht bei allen weitreichenden Entscheidungen zusteht. Eine solche Struktur wäre mit Hilfe einer Aktiengesellschaft nicht zu realisieren. Dort lassen sich neben der einfachen Stimmenmehrheit im Aufsichtsrat bei Entscheidungen kraft Gesetzes keine weiteren Verschärfungen anordnen<sup>9</sup>.

Der Umstand, dass die Satzungsstrenge ein gewisses Hindernis darstellt, bedeutet nicht, dass sich nicht auch bei der AG und der SE – teilweise unter Rückgriff auf konsortialvertragliche Vereinbarungen – ein angemessener Einfluss der Familie etablieren ließe.

Zwar gibt es grundsätzlich keine Weisungsrechte und auch keine unmittelbare Einflussnahme auf die Besetzung des Vorstands; Satzungsklauseln, die bestimmen, dass der Vorstand Familienzugehörigkeit haben oder einem bestimmten Stamm angehören muss, erscheinen im Hinblick auf die damit einhergehenden allzu starken Beschränkungen der gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsautonomie des Aufsichtsrats jedenfalls nicht ohne Rechtsrisiken (dazu sogleich cc)).

Konsortialvereinbarungen über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, gegebenenfalls auch flankiert durch Entsendungsrechte, erlauben indessen einen den Verhältnissen in der Familie gerecht werdenden Einfluss auf die Aufsichtsratszusammensetzung.

Daran anknüpfend kann im Konsortialvertrag eine Bemühungspflicht, auf eine bestimmte Konstellation im Vorstand Einfluss zu nehmen (ohne dass



damit eine unzulässige Beeinflussung des Aufsichtsrats verbunden wäre), verankert werden<sup>10</sup>.

Damit gelingt es bei entsprechenden Mehrheitsverhältnissen im Familienkreis in aller Regel, auch auf die Zusammensetzung des Vorstands einzuwirken. Sowohl die Bemühensklauseln als auch der faktische Einfluss versagen indessen dann, wenn es zu Zerwürfnissen innerhalb der Familie kommt und sie damit die Bündelung ihres Einflusses de facto in Frage stellt.

### cc) Einfluss auf die Vorstandsbesetzung

Nach herrschender Auffassung ist es zulässig, persönliche und sachliche Eignungsvoraussetzungen für Vorstandsmitglieder in der AG-beziehungsweise SE-Satzung vorzusehen, solange dies das Aufsichtsratsermessen nicht unverhältnismäßig einschränkt<sup>11</sup>. Zulässig sind etwa Vorgaben zu Mindest- und Höchstalter oder Voraussetzungen, die an eine hinreichende Ausbildung und Erfahrung zur Leitung eines Unternehmens anknüpfen<sup>12</sup>.

Die in Bezug auf Familienunternehmen höchst interessante Frage, ob auch Auswahlkriterien zur Sicherung des Familieneinflusses auf den Vorstand in die Satzung aufgenommen werden können, ist noch nicht hinreichend geklärt. Der Meinungsstand ist nicht zuletzt deshalb so unübersichtlich, weil innerhalb der verschiedenen Auffassungen zum Teil zwischen mitbestimmten und nicht-mitbestimmten Gesellschaften unterschieden wird. Nach allgemeinem Aktienrecht – also für nicht-mitbestimmte Gesellschaften – bejaht die h.M. (wiederum mit unterschiedlichen Akzenten) die Zulässigkeit von Eignungsvoraussetzungen, solange das Auswahlermessen des Aufsichtsrats nicht praktisch ausgeschlossen wird<sup>13</sup>. In Bezug auf mitbestimmte Gesellschaften legt die h.M. strengere Maßstäbe an, indem sie nur solche Auswahlkriterien zulässt, die sachbezogen und durch das Unternehmensinteresse begründet sind, ohne die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmervertreter über Gebühr einzuschränken<sup>14</sup>. Notwendig sei eine Abwägung im Einzelfall<sup>15</sup>.

Was im Besonderen die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie als Eignungsvoraussetzung anbelangt, so gehen selbst innerhalb ein und

desselben Lagers die Ansichten weit auseinander. So akzeptiert innerhalb der herrschenden Meinung ein Teil der Literatur keine Satzungsklauseln bei mitbestimmten Gesellschaften, die an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie anknüpfen, weil dadurch entgegen dem Geist des Mitbestimmungsrechts die Auswahl des Aufsichtsrats von vornherein auf von der Anteilseignerseite favorisierte Kandidaten beschränkt werde<sup>16</sup>. Ein anderer Teil der Literatur will solche Klauseln zulassen, zumindest dann, wenn das Kriterium der Familienzugehörigkeit bei sonst gleichwertigen Bewerbern den Ausschlag geben soll<sup>17</sup>. Ähnliche Meinungsverschiedenheiten bestehen innerhalb der h.M. mit Blick auf nicht-mitbestimmte Gesellschaften<sup>18</sup>, obwohl in diesem Rahmen die Einschränkung der Satzungsfreiheit (noch) fragwürdiger ist<sup>19</sup>.

Was die Einflussnahme auf die Geschäftsführung anbelangt, besteht in der KGaA, deren Komplementär eine beschränkt haftende Gesellschaft ist, eine weit höhere Flexibilität als in der AG und der SE. Andererseits ergeben sich Schwierigkeiten daraus, dass mit zwei Gesellschaften operiert werden muss<sup>20</sup> und es überdies offene Rechtsfragen gibt, die damit zusammenhängen, dass es sich um eine Mischform handelt, bei der personen- und kapitalgesellschaftsrechtliche Strukturelemente in Einklang zu bringen sind<sup>21</sup>.

Ein besonderer Vorteil der KGaA stellt die Gestaltungsfreiheit zwischen und unter den Gesellschaftergruppen dar. Denn das Verhältnis unter den Komplementären oder gegenüber der Gesamtheit der Kommanditaktionäre kann, da gemäß § 278 Abs. 2 AktG das Recht der KG gilt und nicht der Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) zur Anwendung gelangt, flexibel gestaltet werden. Eine häufige Satzungsregelung geht dahin, dass den Kommanditaktionären das Zustimmungserfordernis bei Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen (§ 278 Abs. 2 AktG; § 164 HGB), genommen und dementsprechend die Geschäftsführungsbefugnis des Komplementärs gestärkt wird<sup>22</sup>.

Der Einfluss der Familie auf die Geschäftsführung kann in der KGaA dadurch gewährleistet werden, dass als Komplementärin eine GmbH oder eine GmbH & Co. KG eingesetzt wird, der die Geschäftsführung in der KGaA obliegt. Die Anteile an der GmbH oder GmbH & Co. KG können

ausschließlich Familienmitgliedern zugewiesen werden, und es kann bestimmt werden, dass ausschließlich Familienmitglieder zu Geschäftsführern bestellt werden können. Darüber hinaus lässt sich der Einfluss der Familiengeschafter durch die Schaffung entsprechender Weisungsbefugnisse zugunsten der Geschafter sichern.

#### dd) Einfluss auf die Aufsichtsratsbesetzung

Ein Einfluss der Mehrheit der Aktionäre auf den Vorstand von AG und SE lässt sich nur mittelbar über die Beeinflussung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats nehmen. Dort wiederum ist der Einfluss jedenfalls dann stark eingeschränkt, wenn der Aufsichtsrat mitbestimmt ist. Aus der Perspektive von Familiengeschaftern, die nach Erhalt ihres Einflusses streben, stellt sich die Lage noch ungünstiger dar, wenn eine Börseneinführung ansteht oder aus sonstigen Gründen dritte Kapitalgeber beteiligt werden sollen, und nicht einmal völlig gesichert ist, dass die Familie noch über die Hauptversammlungsmehrheit verfügt.

Aber auch im Vorfeld solcher Überlegungen – gerade bei der nicht börsennotierten, aber mehrheitlich in Familienbesitz befindlichen Gesellschaft – stellt sich die Frage, auf welche Weise Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats durch statutarische oder konsortialvertragliche Bestimmungen genommen werden kann, um die Mitwirkung der Familie in Leitungs- und Kontrollorganen sicherzustellen sowie gegebenenfalls die Kontrollbefugnisse des Aufsichtsrats zu stärken.

Die Etablierung persönlicher Eignungsvoraussetzungen für den Aufsichtsrat von AG und SE ist grundsätzlich anerkannt. Häufig findet man Altersgrenzen oder auch Anforderungen an die berufliche Qualifikation. Ihre Grenzen finden derartige Erfordernisse dort, wo sie in unzulässiger Weise in das Auswahlermessen der Hauptversammlung eingreifen<sup>23</sup>. Unter diesem Aspekt ist es umstritten, ob es möglich ist, statutarisch festzuschreiben, dass die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat einer bestimmten Familie anzugehören haben. Die wohl herrschende Meinung in der Literatur verneint diese Möglichkeit mit dem Hinweis darauf, dass eine solche statutarische Bestimmung auf ein verkapptes Entsendungsrecht hinauslaufe<sup>24</sup>.

Unter diesen Bedingungen wird man eine „Durchbesetzung“ des Aufsichtsrats der AG und SE nur dann erreichen können, wenn man die Hauptversammlungsmehrheit hat und entsprechende Abstimmungen unter den Familienmitgliedern gegebenenfalls konsortialvertraglich trifft. Eine gewisse Begleitung kann durch Entsendungsrechte und statutarische Eignungsvoraussetzungen erreicht werden. Durch Zustimmungsvorbehalte kann ferner die Kontrollfunktion des Aufsichtsrats gestärkt werden.

Bei der KGaA ergeben sich Einschränkungen aus § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, Satz 3 AktG der anordnet, dass ein Komplementär, der Kommanditaktien hält, von der Wahl des Aufsichtsrats ausgeschlossen ist<sup>25</sup>. Es ist umstritten, inwieweit sich das Stimmrechtsverbot auch auf die Gesellschafter der Aktien haltenden Komplementärgesellschaft erstreckt. Die herrschende Lehre hält unter bestimmten Voraussetzungen eine solche Erstreckung mit dem Argument für möglich, dass einem Interessenkonflikt nur so begegnet werden könne<sup>26</sup>.

M.E. ist eine solche Ausdehnung kritisch zu hinterfragen. Zu Recht hat der BGH<sup>27</sup> zu § 287 Abs. 3 AktG ausgeführt, eine Ausdehnung der Vorschrift auf sämtliche unmittelbaren und erst recht auf die mittelbaren Gesellschafter der Komplementärgesellschaft widerspreche dem grundsätzlich geltenden Prinzip der Trennung zwischen der Gesellschaft als selbstständigem Rechtsträger und ihren Mitgliedern. Auch ginge sie über den Sinn und Zweck der Vorschrift hinaus. Selbst die Befürworter einer solchen Ausdehnung schränken sie auf solche Gesellschafter ein, welche mehr als nur unmaßgeblich an der Komplementärgesellschaft beteiligt sind. Richtigerweise seien im Wege einer etwaigen analogen Anwendung der Vorschrift allenfalls diejenigen Gesellschafter der Komplementärgesellschaft einzubeziehen, welche in ihr eine organschaftliche Leitungsfunktion tatsächlich ausüben oder an der Komplementärgesellschaft maßgeblich beteiligt sind und deshalb bestimmenden Einfluss auf deren Geschäftsführung ausüben können<sup>28</sup>.

Folgt man dem, so ergeben sich zumindest gewisse Schwierigkeiten, wenn gewichtige Gesellschafter, deren Einfluss auf den Aufsichtsrat sichergestellt werden soll, in der Komplementärgesellschaft als solche tätig sind oder einen maßgeblichen Einfluss haben. Hierin liegt ein Nachteil der KGaA als Rechtsform für Familiengesellschaften. Zu

berücksichtigen ist indessen, dass die Rechte des Aufsichtsrats in der KGaA weit hinter denen in der SE und AG zurückbleiben, da er weder über die Personalkompetenz noch über die sogenannte Kompetenz-Kompetenz verfügt und er auch nicht an der Feststellung der Bilanz mitwirkt<sup>29</sup>.

#### ee) Monistische oder dualistische Leitungsstruktur

Im Unterschied zu vielen ausländischen Kapitalgesellschaften ist für die deutsche Aktiengesellschaft zwingend eine dualistische Verfassung vorgeschrieben. Doch auch im deutschen Recht steht mit der SE eine Gesellschaftsform zur Verfügung, die den Beteiligten die Wahl lässt zwischen einer dualistischen Verfassung und einer monistischen Corporate Governance<sup>30</sup>. Neben den sachlichen Gründen, die für oder gegen die monistische beziehungsweise dualistische Verfassung sprechen, ist es häufig der Grad der Vertrautheit, der den Ausschlag gibt bei der Gestaltung der Leitungsstruktur. Deutsche Familienunternehmer werden gewöhnlich das ihnen aus dem Umgang mit deutschen Aktiengesellschaften bekannte dualistische System bevorzugen. Aber das muss nicht so sein. Insbesondere bei großen internationalen Familienkonzernen kann es vorkommen, dass die Gesellschafter – namentlich solche, die im Ausland leben – mit den Usancen einer monistischen Verfassung besser vertraut sind als mit dem deutschen Dualismus.

In diesen Fällen stellt die SE eine attraktive Alternative dar. Die Funktion von Vorstand und Aufsichtsrat können bei ihr in einem einheitlichen Board zusammengefasst werden, wonach – dem französischen Boardmodell folgend – zwischen einem Verwaltungsrat und den sogenannten geschäftsführenden Direktoren unterschieden wird. Der Verwaltungsrat ist oberstes Geschäftsführungsorgan. Er trägt die Gesamtverantwortung für die Unternehmensleitung, legt die Grundlinien der Unternehmenspolitik fest und ist mit einem Weisungsrecht gegenüber den geschäftsführenden Direktoren ausgestattet, welche er zugleich zu überwachen hat<sup>31</sup>. Der Verwaltungsrat wird, wie in der Aktiengesellschaft der Aufsichtsrat, von der Hauptversammlung bestellt<sup>32</sup>. Die geschäftsführenden Direktoren, die vom Verwaltungsrat ernannt werden,

sind ein diesem untergeordnetes Handlungsorgan<sup>33</sup>. Sie können indessen als Executive Directors auch gleichzeitig dem Verwaltungsrat angehören, wiewohl die nicht geschäftsführenden Direktoren, die Non-Executive Directors, im Verwaltungsrat die Mehrheit haben müssen. Den geschäftsführenden Direktoren obliegt die Führung des Tagesgeschäftes. Sie vertreten die SE im Außenverhältnis<sup>34</sup>.

Die monistische Ausgestaltung der SE ermöglicht die Einführung eines CEO-Modells amerikanischer Prägung, in dem der Vorsitzende des Verwaltungsrats gleichzeitig als Executive Director den Vorsitz in der Geschäftsführung übernehmen kann<sup>35</sup>. Es ist möglich, ihn mit einem Zweitstimmrecht bei Stimmgleichheit auszustatten<sup>36</sup> und ihm darüber hinaus ein Vorschlagsrecht hinsichtlich der übrigen geschäftsführenden Direktoren einzuräumen. Das CEO-Modell empfiehlt sich für Familiengesellschaften mit einem starken Familienoberhaupt<sup>37</sup>. Als Alternative bietet sich eine abgeschwächte Version in der Form an, dass das Familienoberhaupt, der „Firmenchef“, nur den Vorsitz im Verwaltungsrat übernimmt und die Position des geschäftsführenden Direktors beispielsweise dem designierten Nachfolger überlässt („Patriarchen-Modell“). Das hat im Vergleich zum dualistischen System den Vorteil, dass der „Firmenchef“ sich nicht mit dem Tagesgeschäft befassen muss, gleichwohl als Teil der Unternehmensleitung auf strategische Entscheidungen Einfluss nehmen kann<sup>38</sup>. Ähnliches gilt, wenn mehrere Familienstämme existieren: Der Verwaltungsrat kann in dem Fall aus dem Kreis der Familienaktionäre besetzt werden. Es liegt nahe, ein austariertes System von Mehrheitserfordernissen einzurichten, das für einen Ausgleich der unterschiedlichen Interessen sorgt. Die Aufgabe des geschäftsführenden Direktors übernimmt ein externer Manager. Wiederum spricht für die monistische Lösung, dass die Familienaktionäre im Verwaltungsrat viel stärker an wichtigen Entscheidungen mitwirken können als die Aufsichtsratsmitglieder einer deutschen AG<sup>39</sup>.

Uneingeschränkt gilt die Empfehlung für die SE in Angelegenheiten der Corporate Governance allerdings nur für diejenigen Gesellschaften, die nicht, oder jedenfalls noch nicht, unternehmerischer Mitbestimmung unterliegen<sup>40</sup>. In allen anderen Fällen kann der SE die Wahlmöglichkeit zwischen monistischem und dualistischem System nicht zugutegehalten

werden, weil diese Möglichkeit aufgrund einer undifferenzierten Mitbestimmungsgewährleistung im deutschen Recht nicht empfehlenswert ist, soweit eine Mitbestimmung zu etablieren ist<sup>41</sup>. Versteht man die Auffanglösung nämlich so, dass die Mitbestimmung – etwa die paritätische Mitbestimmung – eins zu eins auf das Leitungsorgan zu übertragen ist<sup>42</sup>, würde sich die Mitbestimmung nicht, wie bisher, auf die Kontrolle, sondern auch auf die unternehmerischen Leitungsentscheidungen erstrecken<sup>43</sup>. Dies wäre eine nicht zu rechtfertigende, eventuell sogar verfassungswidrige Ausdehnung der Mitbestimmung<sup>44</sup>. Da es der deutsche Gesetzgeber versäumt hat klarzustellen, dass sich die Parität oder Drittelparität ausschließlich auf die Non-Executive Directors im Leitungsorgan erstreckt, sieht man sich auf die schwierige Aufgabe verwiesen, derartige Modelle im Rahmen der Verhandlungslösung zu verwirklichen.

#### ff) Mitbestimmung

Die SE bietet im Rahmen der unternehmerischen Mitbestimmung Gestaltungsmöglichkeiten, die in diesem Maße unter den übrigen Kapitalgesellschaften nicht zu finden sind. Diese Vorteile können insbesondere für Familiengesellschaften von Interesse sein, da sich so der dauerhafte Einfluss auf die Verwaltung sichern lässt<sup>45</sup>.

Entscheidendes Grundprinzip und erklärtes Ziel der SE-RL und des SEBG ist der Schutz erworbener Rechte der Arbeitnehmer auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen (vgl. § 1 S. 2 SEBG). Dabei gilt das sogenannte „Vorher-Nachher-Prinzip“. Der bei den Gründungsgesellschaften vorhandene Bestand an Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer soll sich auch in der SE wiederfinden. Den Arbeitnehmern sollen mithin nach der Umwandlung nicht weniger, aber auch nicht mehr Rechte zustehen als zuvor. Insbesondere ist das nationale Mitbestimmungsrecht im Sitzstaat der SE nicht anwendbar (Art. 13 Abs. 2 SE-RL), was zur Folge hat, dass auf eine SE mit Sitz in Deutschland weder das DrittelbG noch das MitbestG Anwendung findet<sup>46</sup>. Ein Rechtsformwechsel in eine SE bietet sich daher für solche Familiengesellschaften an, die noch mitbestimmungsfrei sind oder sich auf dem Niveau der drittelparitätischen Mitbestimmung befinden<sup>47</sup>. In diesen

Fällen kann durch den Wechsel der gegenwärtige Mitbestimmungsstatus „eingefroren“ werden<sup>48</sup>. Besteht nach deutschem Recht zurzeit keine Mitbestimmung, dann wird eine solche auch nicht durch die Auffanglösung (vgl. Art. 7 Abs. 2 SE-RL, §§ 22, 34 ff. SEBG) eingeführt. Wie groß die Bedeutung des „Einfrierens“ als Argument für die Umwandlung in eine SE in Zukunft sein wird, hängt u.a. davon ab, ob – abweichend von der bisherigen Rechtspraxis – neben den „eigenen“ Arbeitnehmern der deutschen Muttergesellschaft auch Arbeitnehmer bei ausländischen Tochtergesellschaften<sup>49</sup> sowie Leiharbeiter<sup>50</sup> mitzuzählen sind. Hier wird es möglicherweise Veränderungen geben.

Eine Anpassungsverpflichtung scheidet nach zutreffender Auffassung auch dann aus, wenn die Arbeitnehmerzahl wächst und die Gesellschaft damit an sich der Mitbestimmung unterliegen würde. Das Recht der SE ist insoweit nicht dynamisch ausgestaltet. Es gibt mit § 18 Abs. 3 SEBG zwar eine Bestimmung, die im Falle „struktureller Änderungen“ eine Neuaufnahme von Verhandlungen über die Mitbestimmung verlangt (allerdings nur wenn – was häufig nicht der Fall ist – gegenüber dem bisherigen Mitbestimmungsregime eine nachteilige Änderung erfolgt [Vorher-Nachher-Prinzip]). Man ist sich jedoch zu Recht weitgehend einig, dass allein die Zunahme der Anzahl von Mitarbeitern keine strukturelle Änderung im Sinne des Gesetzes darstellt<sup>51</sup>. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass es häufig möglich ist, durch den Einsatz einer SE die Mitbestimmung zu vermeiden oder einzufrieren.

In der KGaA sieht dies anders aus, denn für sie gelten in weiten Teilen die mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften. Dieser Umstand fällt jedoch nicht allzu schwer ins Gewicht, da eine unternehmerische Mitbestimmung in der KGaA nur wenige Auswirkungen mit sich bringt. Die Ursache dafür liegt darin, dass die Aufsichtsratskompetenz gegenüber der AG/SE stark eingeschränkt ist, da dem Aufsichtsrat keine Personalkompetenz und keine Rechte bei der Feststellung der Bilanz zukommen. Auch über die sogenannte Kompetenz-Kompetenz verfügt der Aufsichtsrat nicht, was die Möglichkeit der präventiven Überwachung reduziert<sup>52</sup>. Ferner ist kein Arbeitsdirektor zu bestellen (§ 33 Abs. 1 S. 2 MitbestG)<sup>53</sup>.

Ein mitbestimmungsrechtliches Problemfeld besteht bei der KGaA im Hinblick auf die Komplementärin. Es fragt sich, ob die Arbeitnehmer der



KGaA der Komplementärin zugerechnet werden können, wie dies etwa bei der GmbH & Co. KG der Fall ist. In der Literatur wird teilweise eine Anwendbarkeit der §§ 4, 5 MitbestG jedenfalls für den Fall befürwortet, dass Anteils- oder Stimmenmehrheit der Gesellschafter der Komplementärgesellschaft und der KGaA übereinstimmen. Dann würden die Arbeitnehmer zugerechnet und es wäre bei entsprechender Arbeitnehmerzahl auch bei der Komplementärin ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden<sup>54</sup>. Der BGH hat einer analogen Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf eine KGaA mit einer Kapitalgesellschaft als Komplementärin mangels einer Regelungslücke mit Recht eine Absage erteilt<sup>55</sup>. Diesem Urteil hat sich die herrschende Literatur angeschlossen<sup>56</sup>, so dass insoweit hinreichende Rechtssicherheit hinsichtlich der mitbestimmungsrechtlichen Fragestellungen zu §§ 4, 5 MitbestG besteht.

#### gg) Vinkulierung

Eine ganz besondere Bedeutung für die Strukturierung von Familiengesellschaften kommt Vinkulierungsklauseln zu. Denn mit ihrer Hilfe kann der Erwerb von Anteilen durch Familienfremde verhindert oder der Einfluss familienfremder Aktionäre begrenzt werden<sup>57</sup>.

Für die SE gelten die gleichen Grundsätze wie für die AG<sup>58</sup>: Nach § 68 Abs. 3 AktG ist die Schaffung vinkulierter Namensaktien zulässig, so dass die Übertragung von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden kann. Die Entscheidung hierüber kann der Hauptversammlung oder dem Aufsichtsrat übertragen werden. Des Weiteren ist es möglich, trotz grundsätzlicher Vinkulierung zugleich zu bestimmen, dass bei der Übertragung auf einen bestimmten Personenkreis – etwa auf Familienangehörige – die Vinkulierung nicht greift, eine solche Übertragung also vom Zustimmungsvorbehalt ausgenommen ist<sup>59</sup>.

Umstritten ist hingegen, ob statutarische Zustimmungsverbote zulässig sind, also Anweisungen, dass die Zustimmung in bestimmten Konstellationen grundsätzlich verweigert werden muss. Die herrschende Meinung hält solche Verbote mit der Begründung für unzulässig, der Gesellschafter müsse Entscheidungsfreiheit über seine Zustimmung erhalten. In § 68 Abs. 2 Satz 4 AktG heißt es, die Satzung könne die Gründe bestimmen, aus denen die Zustimmung verweigert werden dürfe.

Dies stehe der Annahme einer Bestimmung, wonach die Zustimmung verweigert werden müsse, entgegen. Für wirklich überzeugend halte ich dieses Argument nicht. Zuzustimmen ist der herrschenden Auffassung indessen darin, dass ein Ausschluss der Übertragbarkeit problematisch wäre; auch die Etablierung von Vorkaufs- und Erwerbsrechten ist in § 68 AktG nicht angelegt<sup>60</sup>, so dass solche Bestimmungen wohl konsortialvertraglichen Regelungen vorbehalten sind.

Das für die SE und AG Gesagte gilt auch für die KGaA, woraus man den Schluss ziehen könnte, dass insoweit alle drei Gesellschaftsformen die gleiche Regelungsflexibilität bieten. Dabei würde man allerdings verkennen, dass die Gleichheit ja nur auf der Ebene der KGaA besteht; im Hinblick auf die Komplementärin lassen sich sehr viel flexiblere Regelungen treffen, wenn man dort eine GmbH oder GmbH & Co. KG einsetzt. So können auch dinglich wirkende Vorerwerbs- und Vorkaufsrechte statuiert werden, es können Anordnungen getroffen werden, wann die Zustimmung zu verweigern ist<sup>61</sup>. All das, was also bei AG, SE und KGaA an den Formulierungen des § 68 Abs. 2 AktG scheitert, ist in der GmbH möglich, so dass jedenfalls im Hinblick auf die Geschäftsführungsgesellschaft der KGaA eine sehr viel weitreichendere Möglichkeit besteht, satzungsfeste Vinkulierungsbestimmungen zu treffen, ohne insoweit auf konsortialvertragliche Regelungen ausweichen zu müssen.

## *2. Fallbeispiel 2: Holding-KG mit Zwischenholding-SE*

Dem zweiten Fallbeispiel liegt der Wunsch eines Familienkonzerns zu Grunde, eine Zwischenholding zwischen die weiterhin mit Leitungsbefugnissen ausgestattete KG und den Auslandstochtergesellschaften in Form der SE einzuziehen. Dahinter standen steuerliche Überlegungen sowie die Absicht, nach außen hin eher als SE aufzutreten und die im Ausland weithin unbekanntere KG, die – ebenfalls aus steuerlichen Gründen – Konzernspitze bleiben sollte, im Außenauftritt zurückzunehmen. Die seit Jahren bewährte und sehr detailliert geregelte Corporate Governance des Konzerns sollte durch die Einziehung der SE-Ebene im Wesentlichen unberührt bleiben. Zwei Umsetzungsvarianten kamen in Betracht: das Personalunionmodell (a) und

das Beherrschungsmodell (b)<sup>62</sup>.

#### a) Personalunionsmodell

Die in der Ausgangslage geschilderten Entscheidungsstrukturen lassen sich auf der Ebene einer SE als Zwischenholding mit Hilfe des sogenannten Personalunionsmodells und einer konzerndimensionalen Erstreckung der in der KG etablierten Mitwirkungsbefugnisse von Beirat und Gesellschafterversammlung aufrechterhalten. Das Modell setzt sich im Wesentlichen aus diesen Elementen zusammen:

- personenidentische Besetzung zwischen persönlich haftenden Gesellschaftern der KG und Vorstand der SE
- personenidentische Besetzung zwischen dem Beirat der Holding-KG und dem (mitbestimmungsfreien) Aufsichtsrat der SE
- Weisungsbefugnisse des Beirats oder der Gesellschafterversammlung zur Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung der SE
- konzerndimensionale Zustimmungserfordernisse zugunsten des KG-Beirats, denen die persönlich haftenden Gesellschafter auch bei der Ausübung der Gesellschafterrechte in der Hauptversammlung der SE unterliegen.

Die Personenidentität zwischen Beirat der KG und Aufsichtsrat der SE lässt sich durch entsprechende Stimmbindungen der Geschäftsführung der KG bei Ausübung der Gesellschafterrechte in der Hauptversammlung der SE umsetzen. Demgegenüber kann der Aufsichtsrat naturgemäß nicht dahin gebunden werden, nur diejenigen Personen als Vorstände der SE zu berufen, die zugleich Komplementäre der KG sind.

Bei einer konsortialvertraglich vereinbarten personenidentischen Besetzung von Beirat und Aufsichtsrat wird sich jedoch ein solcher Gleichklang in aller Regel sicherstellen lassen. Im KG-Vertrag kann bestimmt werden, dass die Gesellschafter im Rahmen des rechtlich Zulässigen darauf hinwirken, dass die persönlich haftenden Gesellschafter als SE-Vorstand bestellt werden<sup>63</sup>. Eine Bemühenspflicht, die gerade nur ein Bemühen und keinen Erfolg schuldet, ist zulässig und lässt die

rechtlich gebotene Entscheidungsautonomie des SE-Aufsichtsrats unberührt.

Das verbleibende Restrisiko, dass der Aufsichtsrat, der zudem personell identisch ist und als Beirat der Bestellung der persönlich haftenden Gesellschafter typischerweise zugestimmt hat, die Bestellung der persönlich haftenden Gesellschaftern zu Vorständen verweigert, ist gering und dürfte sich allenfalls im Falle heftiger Konflikte unter den Familiengesellschaftern manifestieren.

### b) Beherrschungsmodell

Als weitere Gestaltungsvariante zur Wahrung des Familieneinflusses in der Zwischenholding steht das Beherrschungsmodell offen. Der Name des Modells gibt bereits anschaulich wieder, mit welchen Mitteln die Corporate Governance Strukturen der Holding-KG in der Zwischenholding fortwirken sollen. Kennzeichnendes Merkmal dieses Modells ist demnach der Abschluss eines Beherrschungsvertrags (§ 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG). Dieser wird im Hinblick auf die mit ihm einhergehende zwingende Verlustausgleichspflicht in der Regel mit einem Ergebnisabführungsvertrag (§ 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 AktG) verbunden<sup>64</sup>. Ob die Begründung eines Vertragskonzerns indes steuerlich vorteilhaft ist, wird im Einzelfall zu prüfen sein.

### *3. Fallbeispiel 3: (Vorrats-) SE als Komplementärin von KG und KGaA*

Die Praxis hat in den vergangenen Jahren zunehmend auf die SE als Komplementärin zurückgegriffen: Als Beispiel für die SE & Co. KGaA seien etwa Bertelsmann, Fresenius oder OBI Group genannt; für die SE & Co. KG kann auf SAP Deutschland, Röchling, Zott oder Olympus Europa verwiesen werden, um nur einige zu nennen<sup>65</sup>. Die Gründe für die Beliebtheit der SE sind bereits dargelegt worden (II.1.b)). Allerdings stellt sich die Frage, ob die SE überhaupt eine zulässige Komplementärin von KG und KGaA sein kann (a) und – wenn ja – wie Weisungsrechte etabliert werden können (b) und welche mitbestimmungsrechtlichen Besonderheiten zu beachten sind (c).

## a) Zulässigkeit

Die AG & Co. KG ist eine KG, deren einziger persönlich haftender Gesellschafter eine AG ist. Die grundsätzliche Komplementärfähigkeit der AG wurde bereits im Jahr 1922 durch das Reichsgericht bestätigt. Die Rechtsform der AG & Co. KG ist heute allgemein anerkannt und wird, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Schrifttum nicht in Frage gestellt<sup>66</sup>.

Ebenso wie die AG kann auch die SE als Komplementärin einer KG fungieren, denn gemäß Art. 10 SE-VO wird die SE in jedem Mitgliedstaat vorbehaltlich der Bestimmung der SE-VO wie eine Aktiengesellschaft behandelt, die nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründet wurde.

Der BGH hat in einem grundlegenden Beschluss aus dem Jahr 1997 anerkannt, dass persönlich haftender Gesellschafter einer KGaA nicht nur eine natürliche Person, sondern auch eine GmbH sein kann<sup>67</sup>. Zwar hat sich der BGH in seiner Entscheidung lediglich auf die Zulässigkeit der Komplementär-GmbH bezogen. Aufgrund der vom BGH verwandten Argumente, die auf andere Rechtsformen in gleicher Weise Anwendung finden, besteht indes kein ernsthafter Zweifel, dass neben der GmbH auch sonstige juristische Personen – wie insbesondere die AG und die SE – in Betracht kommen<sup>68</sup>.

Zur Strukturierung einer SE & Co. KGaA kann gegebenenfalls auf eine Vorrats-SE zurückgegriffen werden. Die Gründung einer Vorrats-SE wird heute von der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum als zulässig anerkannt<sup>69</sup>. Die Vorrats-SE bietet gegenüber den genuinen Gründungsformen der SE-VO den Vorteil, dass die SE mit überschaubarem Zeit- und Kostenaufwand erworben und etabliert werden kann. Auf die Vorrats-SE finden hierbei die Vorgaben des BGH zur wirtschaftlichen Neugründung Anwendung<sup>70</sup>. Insbesondere ist die Aktivierung gegenüber dem Handelsregister offenzulegen<sup>71</sup>.

## b) Etablierung von Weisungsrechten

Gegen die Verwendung der SE als Komplementärin könnte sprechen, dass dadurch die Flexibilität einer KG oder KGaA und die Sicherstellung des

Einflusses der Familiengesellschafter auf die Unternehmensleistung konterkariert werde, da der Vorstand einer SE – sieht man von den Besonderheiten des monistischen Systems ab – weisungsunabhängig ist<sup>72</sup>.

Bei näherer Hinsicht erweisen sich derartige Sorgen indes als unbegründet. Der Vorstand einer Komplementär-SE kann nämlich nur so viel entscheiden, wie der Komplementärin aufgrund des Gesellschaftsvertrags der KG oder der KGaA an Rechten zusteht. Und diese Rechte können eingeschränkt werden; es ist möglich, einen umfassenden Zustimmungskatalog zugunsten der Kommanditisten beziehungsweise der Kommanditaktionäre oder eines in der KG oder KGaA gebildeten Beirats zu etablieren.

Es können sogar Weisungsrechte seitens der Kommanditisten oder eines entsprechenden Beirats begründet werden, die die Komplementärin gegebenenfalls umzusetzen hat. Insoweit lässt sich letztlich ein erheblicher Einfluss auf die Geschäftsführung durch die SE etablieren. Mit Hilfe dieses Mechanismus kann der Familieneinfluss auf die Konzernleitung demjenigen auf GmbH-Geschäftsführer angenähert werden.

Die Eigenverantwortlichkeit der Leitungsbefugnisse durch den SE-Vorstand steht dem nicht entgegen; denn die Einschränkungen bestehen nicht im Verhältnis zum SE-Vorstand, sondern zur SE. Der Vorstand der SE kann als Organ der SE nur die Rechte eigenverantwortlich ausüben, die der SE als geschäftsführender Gesellschafter der KG beziehungsweise der KGaA eingeräumt sind.

Die – wie bereits eingangs erwähnt – ausgezeichnete Eignung einer KGaA als Konzernspitze, die in idealer Weise den Familieneinfluss auf die Unternehmensleitung ermöglicht, lässt sich also auch bei Verwendung einer SE als Komplementärin erhalten. Dies stellt eine sehr reizvolle Alternative für international tätige Familienkonzerne dar.

c) Sicherstellung der Mitbestimmungsfreiheit; gegebenenfalls  
Durchführung eines Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens

Wird eine Vorrats-SE als Komplementärgesellschaft eingesetzt, stellt sich regelmäßig die Frage, ob, wann und in welchem Umfang das Verfahren zur Beteiligung der Arbeitnehmer nachzuholen ist.

## aa) Nachholung des Beteiligungsverfahrens

Die h.M. stellt im Hinblick auf die Nachholung des Beteiligungsverfahrens im Rahmen einer punktuellen Betrachtung auf den Zeitpunkt der „Aktivierung“ beziehungsweise „wirtschaftlichen Neugründung“ der Gesellschaft ab. Nur dann, wenn die Gesellschaft in diesem Zeitpunkt über mindestens zehn Arbeitnehmer verfügt, soll eine Pflicht zur Nachholung des Beteiligungsverfahrens bestehen. Demgegenüber sollen Veränderungen nach Aktivierung der Gesellschaft – vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 SEBG abgesehen (dazu bb)) – gerade keine Verhandlungspflicht auslösen<sup>73</sup>.

Soll eine Vorrats-SE als Komplementärin zum Einsatz gelangen, kommen für die Nachholung des Beteiligungsverfahrens in zeitlicher Hinsicht zwei Anknüpfungspunkte in Betracht: *Einerseits* die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Handelsregister, welche regelmäßig mit der Neubesetzung von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Anpassung von Unternehmensgegenstand und Satzung der Vorrats-SE verbunden wird. *Andererseits* der nachfolgende Beitritt der wirtschaftlich neu gegründeten SE als persönlich haftende Gesellschafterin der KG beziehungsweise KGaA.

Der Begriff der „Aktivierung“ wird in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend dahingehend verstanden, dass die Gesellschaft „mit einem Unternehmen ausgestattet“ oder „zum Leben erweckt wird“ beziehungsweise „die Geschäftstätigkeit aufnimmt“. Teilweise wird darüber hinaus auch ausdrücklich auf den Zeitpunkt der erstmaligen Anpassung von Unternehmens- und Geschäftsgegenstand sowie Satzung der bisherigen Vorrats-Gesellschaft abgestellt<sup>74</sup>.

Diese Anforderungen werden in der Regel bereits dann erfüllt sein, wenn im Rahmen des Erwerbs der Vorrats-SE die Organe der Gesellschaft neu besetzt, Unternehmensgegenstand und Satzung angepasst und die wirtschaftliche Neugründung gegenüber dem Registergericht offengelegt wurde. Denn durch die angeführten Maßnahmen wird die bis dato inaktive Vorrats-SE mit einer neuen unternehmerischen Zwecksetzung versehen und damit „zum Leben erweckt“. Für dieses Ergebnis spricht auch der Vergleich mit der Neugründung einer Komplementär-SE, etwa als Tochter-SE gemäß Art. 2 Abs. 3 SE-VO: Auch in diesem Fall ist zeitlicher

Anknüpfungspunkt für die Durchführung des Beteiligungsverfahrens nicht etwa die Aufnahme der operativen Tätigkeit, sondern der formelle Gründungsakt<sup>75</sup>.

Die Nachholung des Beteiligungsverfahrens setzt – wie bereits dargelegt – ferner voraus, dass „die SE“ zum maßgeblichen Zeitpunkt über mindestens zehn Arbeitnehmer verfügt beziehungsweise von Seiten der Leitung beabsichtigt ist, binnen Jahresfrist eine entsprechende Anzahl von Arbeitnehmern einzustellen. Verfügt die SE hingegen über *keine hinreichende Anzahl* von Arbeitnehmern, ist die Durchführung eines Beteiligungsverfahrens weder möglich noch erforderlich. Da die nationalen Mitbestimmungsgesetze auf die SE als europäische Rechtsform keine Anwendung finden und die Voraussetzungen der Mitbestimmung kraft Gesetz gemäß §§ 34 ff. SEBG nicht verwirklicht sind, bleibt die Komplementär-SE in diesem Fall dauerhaft mitbestimmungsfrei<sup>76</sup>.

Wird zum Zeitpunkt der Aktivierung das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren durchgeführt, ist dies wegen der meist geringen Arbeitnehmerzahl nicht sehr aufwendig; kommt es – entgegen aller Erwartung – nicht zu einer Einigung, sieht die dann geltende Auffanglösung wegen der geringen Arbeitnehmerzahl keine Mitbestimmung vor.

#### bb) Keine Neuverhandlungspflicht bei Übernahme der Komplementärstellung

Daran ändert sich auch nach dem Beitritt der Komplementär-SE als persönlich haftende Gesellschafterin der KG/KGaA nichts. Denn erstens liegt keine „strukturelle Änderung“ der SE im Sinne von § 18 Abs. 3 SEBG vor. Der Eintritt der SE als Komplementärin lässt die korporativen, das heißt satzungsrechtlichen Grundlagen der SE unberührt. Auf Ebene der SE ist hierfür weder eine Beschlussfassung der Hauptversammlung noch eine Änderung der Satzung erforderlich; vielmehr ist die Übernahme der Komplementärsfunktion regelmäßig bereits von vornherein in der SE-Satzung angelegt. Der Erwerb wesentlicher Beteiligungen durch die SE bewirkt keine strukturelle Änderung der SE. Dies muss erst recht für einen bloßen Beitritt ohne Kapitalbeteiligung gelten, welcher in der Regel gerade kein Mutter-/Tochterverhältnis zwischen SE und KG/KGaA begründet.



Ganz unabhängig hiervon wird es zweitens regelmäßig auch an einer „Minderung der Beteiligungsrechte“ der Arbeitnehmer fehlen, welche kumulativ zum Vorliegen einer strukturellen Änderung hinzutreten muss. Ausgangspunkt der Beurteilung sind hierbei – im Einklang mit dem das SE-Recht prägenden „Vorher-Nachher“-Prinzip (§ 1 Abs. 1 S. 2 SEBG) – die Beteiligungsrechte, welche den Arbeitnehmern vor Vollzug der strukturellen Änderung zustanden.

Den Arbeitnehmern nach dem BetrVG etwa zustehende Beteiligungsrechte werden durch den Beitritt der Komplementär-SE nicht berührt. So bestehen etwaige Konzern-, Gesamt- oder Einzelbetriebsräte auf Ebene der KG/KGaA unverändert fort (vgl. § 47 Abs. 1 SEBG). Ein innerhalb der Komplementär-SE bestehender, mitbestimmter Aufsichtsrat würde durch den Beitritt als persönlich haftende Gesellschafterin nicht berührt. Dasselbe gilt im Hinblick auf mitbestimmte Aufsichtsorgane, die auf Ebene der KG/KGaA oder deren Tochtergesellschaften existieren.

### **III. Konzernleitung im Ausland**

In den bisherigen Ausführungen hat der Umstand, dass Gegenstand dieses Vortrags nicht der Familienkonzern als solcher, sondern der *internationale* Familienkonzern ist, nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Gewiss: Bei der Wahl der passenden Rechtsform für die deutsche Muttergesellschaft wird man auch das internationale Renommee in Betracht ziehen müssen (II.1.). Doch die meisten übrigen Abwägungsgesichtspunkte (Vinkulierung, Mitbestimmung usw.) haben nicht nur Bedeutung für ein international agierendes Familienunternehmen, sondern ebenso für Gesellschaften, die ausschließlich auf dem deutschen Markt präsent sind.

Die besonderen Anforderungen an die Rechtsgestaltung im Bereich des internationalen Geschäftsverkehrs treten deutlicher hervor, wenn man die Konzernstrukturen, also die Ebene der Tochter- und Enkelgesellschaften, in den Blick nimmt. Weder die Organisationsform „Konzern“ noch die Präsenz deutscher Unternehmen auf ausländischen Märkten und in ausländischen Rechtsordnungen stellen Ausnahmekonstellationen dar, die nur für DAX-Unternehmen Relevanz haben: Zum einen sind fast drei Viertel der Aktiengesellschaften und mehr als die Hälfte der Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Konzernen organisiert<sup>77</sup>. Zum

anderen haben gerade familiengeführte Mittelstandsunternehmen nur eine Überlebenschance, wenn sie sich durch einen hohen Spezialisierungsgrad auszeichnen. Spezialisierung lohnt sich aber nur dann, wenn auch ausländische Märkte erschlossen werden und das Unternehmen zumindest auf dem europäischen Binnenmarkt mit eigenen Vertriebs- und Servicestellen gegenwärtig ist<sup>78</sup>.

Solche „Brückenkopf-Strukturen“ sind kostspielig und häufig nur rentabel, wenn es gelingt, die Kosten für das Personal vor Ort und für die Rechtsberatung gering zu halten. Idealerweise sollte auf alle Auslandsgesellschaften das gleiche Recht Anwendung finden, so dass die juristische Kompetenz in der Zentrale gebündelt werden kann und für die nach Möglichkeit in verschiedenen Ländern einsetzbaren Mitarbeiter eine einzige standardisierte Schulung ausreicht<sup>79</sup>. Außerdem möchte die Unternehmensleitung in Deutschland die Geschicke ihrer ausländischen „Dependancen“ unmittelbar lenken können, ohne wegen dieser Fremdbestimmung Haftungsrisiken einzugehen.

### *1. Überblick*

Auch wenn man aus der Praxis heraus häufig wenig Problembewusstsein im Hinblick auf die Einbindung von Auslandstochtergesellschaften in die einheitliche Konzernleitung ausmacht, ändert dies nichts daran, dass sich Muttergesellschaften und das Management der Tochtergesellschaft oft in einem Graubereich oder gar in einem rechtlich bedenklichen Bereich befinden, wenn sie Weisungen der Muttergesellschaft akzeptieren, die zwar dem Konzerninteresse, nicht aber dem Tochtereigeninteresse entsprechen. Dass dieses Problem bisweilen nicht als solches erkannt oder empfunden wird, hat seinen Grund darin, dass die Mehrzahl der Tochtergesellschaften als hundertprozentige Beteiligungsgesellschaft betrieben werden, so dass keine schützenswerten Interessen von Minderheitsgesellschaftern vorhanden sind.

Was den Gläubigerschutz angeht, so fehlt es aus der Sicht der Muttergesellschaft und aus Sicht des Managements bei der Tochtergesellschaft häufig deswegen an Problembewusstsein, weil die Tochtergesellschaft hinreichend finanziert ist und das Management der Tochtergesellschaft ohnehin davon ausgeht, im Ernstfall auf die finanzielle

Unterstützung der Muttergesellschaft zählen zu können. Dieser Hinweis auf nicht abgesicherte rechtstatsächliche Beobachtungen soll nicht bedeuten, dass kein Anlass besteht, sich mit den rechtlichen Defiziten auseinanderzusetzen. Er kann aber bereits erste Hinweise auf – je nach Situation – unterschiedliche Schwierigkeitsgrade für eine etwaige Problembewältigung geben: Eine *de lege ferenda* anzustrebende europäische Lösung kann umso leichter gelingen, als sie sich auf hundertprozentige Tochtergesellschaften konzentriert und deren hinreichende finanzielle und bilanzielle Ausstattung sichert. Dies ist einer der sehr einleuchtenden Ansätze in den Vorschlägen des „Forum Europaeum Konzernrecht“, auf die zurückzukommen sein wird.

Im Ausgangsbefund ist *de lege lata* zwischen zwei Problemkreisen zu unterscheiden:

- Zum einen das Weisungsrecht, um Maßnahmen gegebenenfalls auch gegen den Willen des Managements der Tochtergesellschaft umzusetzen.
- Zum anderen die Gestattung gegebenenfalls auch für die Tochtergesellschaften nachteiliger Maßnahmen, sofern sie im Konzerninteresse liegen.

Das in einigen europäischen Rechtsordnungen – je nach Wahl der Rechtsform – fehlende Weisungsrecht löst in aller Regel die weit geringeren Probleme aus, als ein etwaiger Konflikt zwischen Konzerninteresse und Tochtereigeninteresse. Entspricht die Maßnahme nämlich auch dem Tochtereigeninteresse, bedarf es in der Regel keiner Weisung durch die Konzernobergesellschaft.

Bevor wir einen Blick auf das Gefährdungspotential legen, das sich *de lege lata* aus den teilweise restriktiven Bestimmungen in hier nur exemplarisch heranzuziehenden Rechtsordnung ergibt, ist als Ausgangspunkt die Rechtslage in Deutschland in Erinnerung zu rufen. Das deutsche Konzernrecht, das indessen europaweit gegenwärtig als nicht vermittelbar gilt – die im Rahmen der neunten Richtlinie unternommenen Versuche sind bekanntlich gescheitert – unterscheidet zwischen dem Vertragskonzern und dem faktischen Konzern. Im Vertragskonzern sind nachteilige Weisungen zulässig (§ 308 AktG), um den Preis des umfassenden Gläubigerschutzes (§§ 302, 303 AktG) sowie eines

entsprechenden Schutzes der Minderheitsgesellschafter (§§ 302, 304 AktG), soweit solche vorhanden sind. Im faktischen AG-Konzern gibt es demgegenüber keine Folgepflicht des abhängigen Unternehmens gegenüber Veranlassungen der Konzernobergesellschaft, aber immerhin das Recht, solchen Rechnung zu tragen, wenn ein entsprechender Nachteilsausgleich vorgesehen wird (§ 311 AktG).

Für die GmbH ergibt sich außerhalb des Vertragskonzerns der Minderheitenschutz aus der gesellschaftlicherlichen Treupflicht; handelt es sich demgegenüber um eine 100%ige Tochtergesellschaft, so sind auch nachteilige Weisungen möglich, solange das Stammkapital erhalten bleibt und keine Existenzgefährdung eintritt. Durch die genannten Instrumentarien lassen sich passgenaue Lösungen entwickeln, wie wir sie in den europäischen Auslandsrechtsordnungen regelmäßig vermissen.

In der Praxis steht die hundertprozentige Tochtergesellschaft in der Rechtsform der GmbH (oder GmbH & Co. KG) im Mittelpunkt. Sie erlaubt das zu tun, was in der Parallelwertung vieler Manager auch in Auslandsrechtsordnungen für möglich gehalten wird, nämlich Einfluss auf die Tochtergesellschaft zu nehmen, sofern das gewünschte Verhalten im Konzerninteresse liegt, das Kapital der Tochtergesellschaft erhalten bleibt und sie nicht in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet wird.

Dass sich dieses Bild bei näherer Analyse einiger Auslandsrechtsordnungen nicht bestätigt, sei nachfolgend unter III.3.a) exemplarisch dargelegt. Inwieweit deutsche und supranationale Rechtsformen eine Alternative darstellen, ist unter III.3.b) und III.3.c) zu vertiefen. Schließlich könnte künftig die Societas Unius Personae (SUP) zur Problemlösung beitragen, wenngleich dies gegenwärtig weniger wahrscheinlich erscheint (dazu III.4.a)). Daher mag man auf eine Verwirklichung derzeit diskutierter Reformüberlegungen hoffen, auf die abschließend unter III.4.b) zurückzukommen sein wird.

## *2. Ausländische Zweigniederlassungen deutscher Rechtsformen*

Bevor wir uns mit dem Konzern im eigentlichen Sinn – dem Unternehmensverbund bestehend aus juristisch selbständigen in- und ausländischen Gesellschaften – beschäftigen, ist der Frage nachzugehen, warum die Etablierung ausländischer Zweigniederlassungen deutscher

Rechtsformen eine Alternative von lediglich begrenztem Wert darstellt.

Auf den ersten Blick erscheinen Zweigniederlassungen immerhin nicht unattraktiv. Ihre Errichtung ist günstig und erfordert im Ganzen gesehen einen geringeren bürokratischen Aufwand als die Gründung einer Gesellschaft<sup>80</sup>, wengleich bei der Registrierung durchaus erhebliche nationale Unterschiede bestehen und die unzureichende Rechtsvereinheitlichung im Einzelfall einer zeit- und kostengünstigen Umsetzung entgegenstehen kann<sup>81</sup>. Als unselbständige Einheit der Hauptniederlassung unterliegt die Zweigniederlassung grundsätzlich deutschem Gesellschaftsrecht<sup>82</sup>. Die Zentrale kann ihren Willen ohne weiteres durchsetzen. Die Vertreter vor Ort sind – da nicht Organ einer anderen juristischen Person – an die Weisungen der Unternehmensleitung gebunden<sup>83</sup>. Will sich das Unternehmen aus dem Markt zurückziehen, verursacht die Schließung einer Zweigniederlassung regelmäßig geringere Kosten als die Liquidation eigenständiger in- oder ausländischer Tochtergesellschaften<sup>84</sup>.

Diesen Vorteilen stehen handfeste Nachteile gegenüber. Von steuerrechtlichen Problemen einmal abgesehen<sup>85</sup> kann die Etablierung einer Zweigniederlassung die Akzeptanz der Geschäftstätigkeit auf dem ausländischen Markt gefährden, da das Unternehmen unvermittelt als ausländische Gesellschaft und nicht im Gewand einer vertrauten inländischen Gesellschaft in Erscheinung tritt<sup>86</sup>. Zwar dürfte im europäischen Ausland das Ansehen der AG und der GmbH nicht allzu schlecht sein<sup>87</sup>, dennoch genießen die nationalen, inländischen Rechtsformen in der Regel ein höheres Vertrauen. Freilich fällt dieses Argument weg, wenn eine SE Zweigniederlassungen einrichtet (was zusätzlich für die SE als „Kerngesellschaft“ spricht)<sup>88</sup>.

Ferner ist für das Führungspersonal in den jeweiligen Ländern die Position eines Geschäftsführers attraktiver als die eines Zweigstellenmitarbeiters<sup>89</sup>. Als besonders nachteilig wirkt sich aus, dass anders als bei der Verwendung selbständiger Tochtergesellschaften das mit Auslandsaktivitäten verbundene Risiko sich nicht im Sinne eines „Haftungsschotts“ segmentieren, also das deutsche Kernunternehmen sich nicht schützen lässt<sup>90</sup>. Vor allem wenn das Unternehmen auf sehr vielen Auslandsmärkten präsent ist, wird man die Notwendigkeit einer

Haftungssegmentierung bejahen müssen.

Diese gemischte Bilanz spiegelt sich in der Entwicklung der Zahl der Registereintragungen ausländischer Zweigniederlassungen, soweit statistisches Material vorliegt. Die Anzahl solcher Zweigniederlassungen hat im Zeitraum 2003 bis 2012 im Vereinigten Königreich sowie in Dänemark, Schweden und Norwegen zugenommen, doch der Zuwachs fällt moderat aus<sup>91</sup>. Die Nachfrage hält sich in Grenzen.

### *3. Konzernleitung de lege lata*

Die Etablierung ausländischer Zweigniederlassungen deutscher Unternehmen ist, wie gesehen, unter Umständen ein gangbarer Weg, um ein Unternehmen international aufzustellen, aber gewiss nicht der „Königsweg“. Wenn – wie häufig – organisatorische Verselbständigung und zumindest eine partielle Segmentierung der Haftungsrisiken angestrebt wird, gibt es zur Gründung von Tochtergesellschaften keine Alternative. Dann stellt sich die Frage, ob in Bezug auf diese vor Ort tätige Tochter eine ausländische (a), eine deutsche (b) oder eine supranationale (c) Rechtsform den Vorzug verdient. Die im ersten Teil erörterten Kriterien der Rechtsformwahl (Corporate Governance, Vinkulierung, Mitbestimmung usw.) blende ich aus, da sie eine untergeordnete Rolle spielen, jedenfalls wenn die abhängigen Gesellschaften nur als Vermarktungs-, Vertriebs- und Serviceeinheiten dienen und keine besonderen Strukturen erforderlich sind.

#### a) Ausländische (lokale) Tochtergesellschaften

Die nahe liegende Option ist die Gründung einer (Tochter-)Gesellschaft ausländischen Rechts. Das hat den unbestreitbaren Vorteil, dass die Rechtsform vor Ort anerkannt ist und das Unternehmen sofort auf dem Markt angenommen wird. Nachteilig wirkt sich hingegen aus, dass sich die Zulässigkeit einer Orientierung am Konzerninteresse nach den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen bestimmt, die überwiegend kein Konzernrecht im deutschen Sinne kennen<sup>92</sup>. Aus dem Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis nach einer einheitlichen Konzernleitung mit entsprechenden Direktionsmöglichkeiten und der Verpflichtung auf das Eigeninteresse der jeweiligen Tochter ergeben sich gewisse Risiken

sowohl für die Muttergesellschaft als auch für den Geschäftsführer der Tochtergesellschaft.

Was die Haftung der Muttergesellschaft anbelangt, so sind schon auf den ersten Blick Unterschiede zwischen den europäischen Rechtsordnungen festzustellen. Bekanntlich hält beispielsweise das englische Recht weiterhin an der strikten Trennung zwischen den Vermögensmassen von Mutter- und Tochtergesellschaften fest<sup>93</sup>. Zu einer Durchbrechung des Haftungsprivilegs zu Lasten der Mutter („piercing of the veil“) kommt es nur in eng begrenzten Ausnahmefällen, etwa wenn die Muttergesellschaft selbst als Geschäftsleiter der Tochtergesellschaft anzusehen ist („shadow director“: Sec. 251 Companies Act 2006), wobei der Companies Act von 2006 (Sec. 251 [3]) klarstellt, dass der Umstand allein, dass sich der Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft gewöhnlich nach den Vorgaben der Muttergesellschaft richtet, noch nicht ausreicht, um eine juristische Person als „shadow director“ zu qualifizieren<sup>94</sup>. Ebenso scheint in Polen das Haftungsrisiko für die Mutter nicht sehr hoch zu sein, wenngleich in krassen Fällen eine Haftung nach allgemeinen Grundsätzen nicht ausgeschlossen werden kann<sup>95</sup>.

Auch aus dem Haftungsverfahren für den Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft kann sich ein ernst zu nehmendes Hindernis für die einheitliche Leitung eines internationalen Konzerns ergeben.

#### aa) Frankreich

In Frankreich stellt die Strafbarkeit wegen *abus de biens sociaux* durchaus ein reales Risiko dar. Der Straftatbestand kommt sehr häufig zur Anwendung, hat also eine enorme praktische Bedeutung<sup>96</sup>. Bei einer Verurteilung droht eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und eine Geldstrafe bis zu 375.000 Euro. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn der Geschäftsführer das Vermögen der Gesellschaft, das heißt in diesem Fall der Tochtergesellschaft, in einer Weise verwendet, die gegen das Gesellschaftsinteresse verstößt, und wenn dies im eigenen Interesse oder im Interesse einer Gesellschaft, an der er direkt oder indirekt beteiligt ist, geschieht (L. 241-3 (4) [zur s.a.r.l.]: *Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser*

*une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement).*

Entschärft wird die Lage durch die berühmte „Rozenblum“-Rechtsprechung des Cour de Cassation (seit 1985). Nach der gleichnamigen Formel erfüllt die Verwendung von Vermögenswerten der Gesellschaft zu Zwecken, die im Konzerninteresse liegen, den Straftatbestand unter folgenden Voraussetzungen nicht: 1. Die Gesellschaftsgruppe weist eine gefestigte Struktur auf. 2. Die Maßnahme genügt den Anforderungen an eine ex ante zu beurteilende verantwortungsvolle Konzernpolitik, die sich durch ein insgesamt ausgewogenes Verhältnis der Vor- und Nachteile für die im Einzelfall benachteiligte Tochtergesellschaft und die Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit auszeichnet<sup>97</sup>.

Auch wenn die „Rozenblum-Formel“ einen Fortschritt darstellt, ist nicht zu übersehen, dass die einzelnen Merkmale sehr offen formuliert sind und viel Interpretationsspielraum lassen. In jedem Fall setzt eine Beratung vertiefte Kenntnisse im französischen Gesellschafts- und Strafrecht voraus. Auf die Expertise einer deutschen Rechtsabteilung sollte man sich in diesem Punkt angesichts der drohenden Konsequenzen lieber nicht verlassen.

## bb) England

Auch in England befindet sich der Geschäftsführer nicht unbedingt in einer komfortablen Situation, wenn er angehalten ist, dem Konzerninteresse Rechnung zu tragen. Sec. 172 des Companies Act 2006 verpflichtet den Direktor, „*to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole*“. Daraus folgt, dass Handlungen des Geschäftsführers im Interesse eines einzelnen Gesellschafters, also auch der Konzernmutter, einen Pflichtverstoß begründen, wenn daraus Nachteile für die Gesellschaft entstehen. Auf ein übergeordnetes Konzerninteresse kann sich der Direktor in der Regel nicht berufen<sup>98</sup>. Sein vergleichsweise hohes Haftungsrisiko verhält sich gleichsam spiegelbildlich zu den hohen Anforderungen an ein „piercing the veil“ zu Lasten der Muttergesellschaft, das, wie gesehen, in England nur selten zur Anwendung kommt<sup>99</sup>.



## cc) Osteuropäische Staaten

Ein Bedarf an ausländischen Tochtergesellschaften kann es nicht nur in den wirtschaftlich bedeutenden und durch die Rechtsvergleichung gut erschlossenen Rechtsordnungen geben. Gerade hochspezialisierte Familienunternehmen werden sich auch um kleinere Märkte bemühen müssen. Aus Sicht deutscher Unternehmen kommt insbesondere eine Expansion in Osteuropa, also eine Expansion in neuen Märkten mit einem großen technologischen Nachholbedarf, in Betracht. Auf die Einzelheiten des osteuropäischen Gesellschafts- und Konzernrecht kann ich hier nicht im Einzelnen eingehen. Aber schon ein erster Blick auf die Rechtslage in Staaten wie Polen, Ungarn und Tschechien zeigt, dass von einem gemeinsamen rechtlichen Fundament keine Rede sein kann.

In Polen ist der Geschäftsführer, der konzernleitende Weisungen ausführt, erheblichen Haftungsrisiken – sowohl zivilrechtlicher als auch strafrechtlicher Natur – ausgesetzt. Da das polnische Gesellschaftsrecht überdies ein Konzerninteresse nicht anerkennt, ist es dem Geschäftsführer verwehrt, ein solches zu berücksichtigen<sup>100</sup>.

Anders liegen die Dinge in Tschechien, das über ein Konzernrecht verfügt, das mit dem deutschen in Hinsicht auf Regelungsziel und Regelungsdichte in etwa vergleichbar ist<sup>101</sup>. Was die Haftungsrisiken anbelangt, so kommt es in Tschechien entscheidend darauf an, ob ein Vertragskonzern oder ein faktischer Konzern vorliegt<sup>102</sup>. Vergleichsweise günstig stellt sich die Lage für den Geschäftsführer in Ungarn dar, jedenfalls bei der ungarischen Einpersonen- „Kft“. Der Geschäftsführer ist an schriftliche Weisungen des Alleingeschafters gebunden. Setzt er die Weisung um, wird er von der Haftung befreit und zwar auch wenn die Weisung unsachgemäß oder unzweckmäßig ist<sup>103</sup>. Allerdings hat in diesem Fall der Geschäftsführer eine Hinweispflicht gegenüber dem Gesellschafter. Versäumt er den Hinweis, kann er dafür zur Verantwortung gezogen werden<sup>104</sup>.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass eine einheitliche Konzernleitung ausländischer Tochtergesellschaften schwer zu kalkulierende Haftungsrisiken mit sich bringt, sowohl für die Muttergesellschaft als auch – und vor allem – für den Geschäftsführer vor Ort. Die Rechtslage ist in

den einzelnen Ländern unterschiedlich. Der zusätzliche Beratungsaufwand kann bei kleinen nationalen Märkten beziehungsweise Rechtsordnungen im Einzelfall unverhältnismäßig sein.

#### b) Deutsche (extraterritoriale) Tochtergesellschaften

Angesichts dieser mit Auslandsgesellschaften verbundenen Nachteile drängt sich als Alternative die Verwendung der GmbH als einheitlicher Konzernbaustein sowohl im Inland als auch im Ausland auf. Wenn man beispielweise für die unternehmerische Aktivitäten in Frankreich eine eigenständige „Frankreich GmbH“ und für das Geschäft in Polen eine eigenständigen „Polen GmbH“ gründen und den Verwaltungssitz unproblematisch in die jeweiligen Länder verlegen könnte, wäre man dem Ziel eines einheitlichen Rechtsregimes für alle Tochtergesellschaften des Konzerns sehr nahe<sup>105</sup>. Überdies wäre das einheitliche Regime ein vertrautes: das Recht der bewährten GmbH. Kostspielige Beratungen im ausländischen Gesellschaftsrecht könnte man auf die Weise auf ein Minimum reduzieren.

#### aa) Liberalisierung des § 4a GmbHG

In der Tat hat diese Lösung einiges für sich und ist nach der Neufassung des § 4a GmbHG durch das MoMiG keineswegs unrealistisch. Das deutsche Sachrecht legt einer Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland seit 2008 keine Steine mehr in den Weg. Dass von Seiten des EuGH („Cartesio“<sup>106</sup>) ein solcher weitreichender Schritt des Gesetzgebers gar nicht gefordert gewesen wäre, man also die „Wegzugssperre“ hätte beibehalten können, ohne gegen europäisches Recht zu verstoßen, steht auf einem anderen Blatt<sup>107</sup>.

Von der sachrechtlichen ist die nicht minder bedeutsame kollisionsrechtliche Dimension des Problems zu unterscheiden. § 4a GmbHG kommt nämlich erst gar nicht zur Anwendung, wenn der Verwaltungssitz in einen der Sitztheorie folgenden Staat verlegt wird<sup>108</sup>. Da die Sitztheorie in zahlreichen wirtschaftlich bedeutenden Staaten innerhalb und außerhalb Europas gilt<sup>109</sup>, scheint das Kollisionsrecht den durch das MoMiG erzielten sachrechtlichen Fortschritt zu relativieren.

Glücklicherweise hat diese Relativierung nur eine beschränkte Auswirkung, da nach der in Deutschland ganz h.M. aufgrund der EuGH-Rechtsprechung der GmbH mit ausländischem Verwaltungssitz im EU-beziehungsweise EWR-Ausland eine Anerkennung nicht versagt werden darf. Auch in den EU-/EWR-Staaten, die grundsätzlich der Sitztheorie folgen, gilt wegen Art. 49, 54 AEUV insoweit die Gründungstheorie im Sinne des Herkunftslandprinzips („europarechtliche Gründungstheorie“)<sup>110</sup>. Zwar ist die Rechtslage nicht völlig unstrittig. So wird etwa vereinzelt bezweifelt, dass die vorstehenden Grundsätze auch dann Anwendung finden, wenn eine GmbH von vornherein mit einem ausländischen Verwaltungssitz gegründet wurde und lediglich die Registrierung in Deutschland erfolgte (sogenannte Scheinauslandsgesellschaft)<sup>111</sup>. Die überwiegende Mehrheit in der Literatur sieht das indes anders, so dass, wenn man ein gewisses Restrisiko außer Acht lässt, für den großen europäischen Wirtschaftsraum – in der Regel der Hauptmarkt für deutsche Unternehmen – seit 2008 die GmbH mit Verwaltungssitz im Ausland eine attraktive Rechtsform zur Standardisierung des juristischen Regimes innerhalb eines Konzerns darstellt.

Nur in Bezug auf Drittstaaten (Nicht-EU/EWR-Staaten), die an der Sitztheorie festhalten<sup>112</sup>, scheidet die „Auslands-GmbH“ gegenwärtig noch als praktikable Option aus<sup>113</sup> und auch nur dann, wenn nicht aufgrund von bi- oder multilateralen Vereinbarungen die Gründungstheorie anerkannt wurde, wie das etwa im Verhältnis zu den Vereinigten Staaten der Fall ist („Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag“ vom 29. Oktober 1954<sup>114</sup>)<sup>115</sup>.

#### bb) Einmann-GmbH als Konzernbaustein

Als Konzernbaustein bietet sich die „Auslands-GmbH“ nicht nur deshalb an, weil sie ein *einheitliches* Konzernrechtsregime für die ausländischen Standorte eines Unternehmens ermöglicht, sondern auch weil das GmbH-Recht erhebliche Gestaltungsspielräume in Bezug auf die Kontrolle und Steuerung abhängiger Gesellschaften eröffnet. Als besonders geeignet und flexibel hat sich die Einmann-GmbH erwiesen. Dieser Vorteil spiegelt sich auch in der rechtstatsächlich nachweisbaren Beliebtheit dieser

Gestaltungsform wider: Fast die Hälfte aller GmbHs sind Einmann-Gesellschaften<sup>116</sup>.

Dafür gibt es gute Gründe. Eine entscheidende Rolle spielt die Disponibilität der Treuepflicht. Da die Gläubiger der abhängigen GmbH in erster Linie über das aus der Treuepflicht resultierende Schädigungsverbot geschützt werden, ist der Gläubigerschutz bei der Einmann-Gesellschaft stark reduziert und beschränkt sich im Wesentlichen auf die Beachtung der Grundsätze über die Kapitalaufbringung und -erhaltung<sup>117</sup>. Zu beachten sind freilich die – vom Bestehen eines Konzernverhältnisses unabhängigen – Grundsätze der Existenzvernichtungshaftung, das heißt, existenzgefährdende Maßnahmen darf das herrschende Unternehmen nicht vornehmen<sup>118</sup>. Innerhalb dieses – sehr weiten – Rahmens verbleiben ihm jedoch erhebliche Möglichkeiten zur Steuerung der Einmann-GmbH im Konzerninteresse – Möglichkeiten, die in vielen anderen Rechtsordnungen so nicht ohne weiteres gegeben sind.

Allerdings ist gerade an dieser Stelle daran zu erinnern, dass der vorliegende Beitrag nur die gesellschaftsrechtsrechtlichen Aspekte abdeckt, nicht hingegen auch das Steuerrecht. Sofern kein Doppelbesteuerungsabkommen mit dem Staat, in dem die GmbH ihren Verwaltungssitz hat, vorliegt, besteht die reale Gefahr, dass die Gesellschaft doppelt zur Kasse gebeten wird<sup>119</sup>. Auch was das Bilanz-, Arbeits- und Sozialrecht anbelangt, wirft die „Auslands-GmbH“ eine Reihe noch nicht befriedigend beantworteter Fragen auf<sup>120</sup>. Ähnliches gilt für das Delikts- und Insolvenzrecht. Zu erinnern ist noch einmal an die wichtige Fallgruppe der Existenzvernichtungshaftung. Wenn es in der Praxis zu gerichtlich manifesten Konflikten im Verhältnis Mutter-Tochter-Gläubiger kommt, dann meist erst im Fall existenzbedrohender Krisen. Hier stellt sich die Frage nach der richtigen kollisionsrechtlichen Anknüpfung im Spannungsfeld von Delikts-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht<sup>121</sup>. Beachtung verdienen ferner die allgemeinen, schon mehrfach angesprochenen Vorbehalte gegenüber ausländischen Rechtsformen – in diesem Fall also der GmbH – von Seiten der mit diesen Rechtsformen nicht vertrauten Marktteilnehmer.

### c) SE als Konzernbaustein

Nationale Vorbehalte sind nicht zu befürchten, wenn der Familienkonzern über länderspezifische Tochtergesellschaften in der Rechtsform der SE verfügt, wenn also etwa statt einer „Frankreich GmbH“ eine „Frankreich SE“ für die Abwicklung der Geschäfte zuständig ist. In die Tochter-SEs können Anteile etwaiger bereits bestehender nationaler Untergesellschaften eingebracht und diese Gesellschaften anschließend auf die (SE-)Tochtergesellschaften verschmolzen werden<sup>122</sup>. Wenn Mutter und Töchter einheitlich als SE organisiert sind, vermittelt das Gesamtunternehmen nicht nur eine glaubhafte europäische Corporate Identity, sondern es kann auf diese Weise auch eine konzernweit einheitliche Corporate Governance implementiert werden. Insbesondere lässt sich für alle Konzerngesellschaften entweder das dualistische oder das monistische System festlegen, was Kontrolle und Steuerung erleichtert<sup>123</sup>.

Dennoch eignet sich die SE aus mehreren Gründen nur bedingt als Konzernbaustein. Zum einen wird von einem Teil der Literatur<sup>124</sup> nach wie vor die Auffassung vertreten, das deutsche Konzernrecht sei schon auf die SE mit Sitz in Deutschland wegen des Verstoßes gegen das Prinzip der eigenverantwortlichen Leitung nicht anwendbar, zumindest soweit es die Leitung oder sogar Schädigung einer vertraglich oder faktisch konzernierten SE ermögliche. Die herrschende Ansicht im Schrifttum<sup>125</sup> bejaht freilich die Anwendung, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung – meines Erachtens zu Recht, da die SE-VO, wie sich aus dem 15. Erwägungsgrund ergibt, das Konzernrecht überhaupt nicht regeln wollte<sup>126</sup>.

Zum anderen ist es, anders als bei der GmbH, bei der SE nicht möglich, dass sich der Sitz der Hauptverwaltung in einem anderen Mitgliedstaat befindet als der Satzungssitz (Art. 7 S. 1 SE-VO). Dass ausgerechnet die SE insoweit „uneuropäischer“ als die deutsche GmbH ist, verdient Widerspruch, de lege lata ist daran aber angesichts der eindeutigen Regelung des Sachverhalts in Art. 7 S. 1 SE-VO nichts zu ändern<sup>127</sup>. Auch verstößt Art. 7 S. 1 SE-VO nicht gegen die Niederlassungsfreiheit<sup>128</sup>. Eine Tochter-SE mit Verwaltungssitz in Frankreich muss demnach auch ihren Satzungssitz in Frankreich haben. Da jedenfalls nach deutschem Internationalen Gesellschaftsrecht für die Beziehungen zwischen den

Konzerngesellschaften das Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft maßgeblich ist<sup>129</sup>, findet auf eine Tochter-SE mit ausländischem Hauptverwaltungssitz und damit auch ausländischem Satzungssitz das deutsche Konzernrecht keine Anwendung. Ein einheitliches Konzernrechtsregime lässt sich so nicht herstellen.

#### *4. Konzernleitung de lege ferenda*

Der Überblick hat vor Augen geführt, dass die geltende Rechtslage nicht völlig befriedigend ist. De lege lata fehlt es an einem europaweiten Rechtsrahmen für eine einheitliche Konzernleitung. Insbesondere für mittelständische, familiengeführte Unternehmen, die auf ausländischen Märkten präsent sind oder es sein wollen, wirkt sich dieses Harmonisierungsdesiderat unter Umständen nachteilhaft aus. An ambitionierten Verbesserungsvorschlägen von Seiten der Wissenschaft besteht kein Mangel, nur hatten solche akademischen To-do-Listen bislang wenig Aussicht auf eine Realisierung.

Für die rechtspolitische Zurückhaltung gibt es mehrere Gründe. Zum einen spielt wohl nach wie vor die schlechte Erfahrung mit dem – schließlich gescheiterten – Entwurf einer neunten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie von 1984 („Konzernrechtsrichtlinie“)<sup>130</sup> eine Rolle. Da die Einwände gegen ein „europäisches Konzernrecht“ grundsätzlicher Natur waren und viele Mitgliedstaaten unverändert die Auffassung vertreten, eines eigenständigen Konzernrechts nach deutschem Vorbild bedürfe es nicht, will man sich nach Möglichkeit nicht noch einmal blamieren. Zum anderen dominierte bis vor kurzer Zeit in der Wahrnehmung des Konzernrechts eine perspektivische Verengung auf Aspekte des Gläubiger- und Minderheitenschutzes<sup>131</sup>. Von dieser Warte aus gesehen geht es allein darum, zu verhindern, dass eine Muttergesellschaft allzu eigenmächtig bei ihren Tochtergesellschaften schalten und walten kann.

Diesen Geist atmet auch noch der Vorschlag der EU-Kommission für eine Änderung der Aktionärsrichtlinie vom 9. April 2014<sup>132</sup> (modifizierter Kompromissvorschlag vom 10. November 2014<sup>133</sup>), dessen Regelungsbereich „Related Party Transactions“ gewisse konzernrechtliche Bezüge (nach deutschem Verständnis) aufweist. Zur Diskussion stehen Vorschläge für zusätzliche Schutzmaßnahme bei Rechtsgeschäften

zwischen beherrschter und herrschender Gesellschaft<sup>134</sup>. Auf die Details möchte ich an dieser Stelle nicht eingehen<sup>135</sup>, eben weil insoweit keine Verbesserungen für Unternehmen mit Bedarf an einem europaweit einheitlichen Konzernleitungsregime zu erwarten sind.

Doch parallel zu den traditionellen, auf Gläubiger- und Minderheitenschutz fixierten Ansätzen finden sich in neueren Verlautbarungen der EU-Kommission erste Anzeichen für ein Umdenken. Man scheint jetzt zu erkennen, dass die Schwierigkeiten bei der Umsetzung einer grenzüberschreitenden Konzernleitung ein Hindernis für die in Art. 49, 54 AEUV verbürgte Niederlassungsfreiheit darstellen können. So taucht in dem in der Folge des Berichts der „Reflection Group on the Future of EC Company Law“ (2011) ergangenen Aktionsplan für ein „Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance“ von 2012 unverhofft der Begriff „Gruppeninteresse“ auf, dessen EU-weite Anerkennung wünschenswert erscheine<sup>136</sup>. Dass die Erwähnung und damit die Aufwertung des „Gruppeninteresses“ kein Versehen war, zeigt der Richtlinienvorschlag „über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter“ vom 9. April 2014 (Societas Unius Personae – SUP)<sup>137</sup>. Darauf will ich im Folgenden kurz eingehen (a) ebenso wie auf alternative Lösungsansätze (b), die gegenwärtig in der Wissenschaft diskutiert werden.

#### a) SUP als Konzernbaustein

Bis vor kurzem ruhten die Hoffnungen auf einen neuen europaweit einsetzbaren Konzernbaustein vor allem auf der Einführung der SUP. Die jüngste Entwicklung spricht jedoch dafür, dass diese Hoffnungen sich nicht erfüllen werden. Inzwischen liegt nämlich ein Kompromisstext des Rates der Europäischen Union vor, der einige substantielle Änderungen an dem Richtlinienvorschlag vorsieht und die Tauglichkeit der SUP als Konzernbaustein weitgehend in Frage stellt<sup>138</sup>. Da zum gegenwärtigen Zeitpunkt allerdings noch nicht ganz sicher feststeht, welche Position sich am Ende durchsetzen wird, referiere ich im Folgenden sowohl den Inhalt des ursprünglichen Richtlinienvorschlags als auch die vom Rat der Europäischen Union befürworteten Änderungen.

Formal soll die SUP-Richtlinie an die Stelle der zwölften Richtlinie

2009/102/EG über Einpersonengesellschaften treten<sup>139</sup>. In Wahrheit handelt es sich indes, wie die Kommission selbst in der dem Entwurf vorangestellten „Begründung“ einräumt, bei dem SUP-Vorhaben in erster Linie um ein Surrogat für den vorläufig gescheiterten Vorschlag von 2008 zur Einführung einer Europäischen Privatgesellschaft<sup>140</sup> – freilich mit der Einschränkung, dass die SUP anders als die SEP keine supranationale, sondern eine nach den Richtlinienvorgaben ausgestaltete nationale Rechtsform sein soll<sup>141</sup>. Kein Zweifel lässt die Kommission auch daran, dass sie mit der SUP nicht zuletzt solche kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) unterstützen möchte, die bisher kostspielig ausländische Tochtergesellschaften gründen und in die Unternehmensstrukturen einbinden mussten<sup>142</sup>.

Um Misstrauen von Kunden und Geschäftspartnern in ausländische Unternehmen zu überwinden, heißt es in der „Begründung“, *„gründen Unternehmen häufig Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten. Dies hat den Vorteil, dass sie den Kunden mit der Marke und dem Ruf der Muttergesellschaft gegenüberreten und ihnen gleichzeitig die Sicherheit bieten können, Geschäfte mit einem Unternehmen zu tätigen, das rechtlich den Status eines einheimischen und nicht eines ausländischen Unternehmens hat. Bei der Gründung eines Unternehmens im Ausland entstehen unter anderem Kosten für die Erfüllung der dort geltenden rechtlichen und administrativen Voraussetzungen, die sich häufig von denjenigen unterscheiden, die die Unternehmen aus ihrem „Heimatland“ kennen. Diese Kosten (unter anderem für die zusätzlich erforderliche Rechtsberatung und Übersetzung) dürften für Unternehmensgruppen besonders hoch sein, da die Muttergesellschaft, vor allem wenn es sich um ein KMU handelt, derzeit in jedem Land, in dem sie eine Tochtergesellschaft gründen will, andere Voraussetzungen erfüllen muss“*<sup>143</sup>.

Aus dieser bemerkenswert offenen und realitätsnahen Problemanalyse zieht die Kommission die Konsequenz, dass es einer Gesellschaftsform bedürfe, die „Holdinggesellschaften mit hundertprozentigen Tochtergesellschaften“ ermögliche, „zusätzliche Transaktionskosten und unnötige Formalitäten“ zu vermeiden<sup>144</sup>. Die SUP solle daher „auch für Unternehmensgruppen ein attraktives Modell sein“<sup>145</sup>. Zur Attraktivität



der SUP beitragen soll vor allem das in Art. 23 Abs. 1 statuierte Weisungsrecht des alleinigen Gesellschafters („Der einzige Gesellschafter ist berechtigt, dem Leitungsorgan Weisungen zu erteilen“), das ausweislich Erwägungsgrund 23 „bindend“ ist, sowie das in Art. 22 Abs. 5 niedergelegte Recht des Gesellschafters, den Geschäftsführer „jederzeit durch Beschluss“ zu entlassen.

Allerdings steht das Weisungsrecht des Alleingesellschafters gemäß Art. 23 Abs. 2 unter dem Vorbehalt, dass es nicht gegen die Satzung oder das anwendbare nationale Recht verstoße („Die Weisungen des einzigen Gesellschafters sind für die Geschäftsführer nicht bindend, soweit sie gegen die Satzung oder das anwendbare nationale Recht verstoßen“). Beschwichtigend heißt es dazu in Erwägungsgrund 23, „nur“ wenn ein Verstoß gegen nationales Recht vorliege, „sollte das Leitungsorgan sie nicht befolgen“, was aber nichts an der Tatsache ändert, dass der Abs. 2 eine erhebliche Einschränkung bedeutet. Isoliert betrachtet hat es sogar den Anschein, als ob dadurch das ganze SUP-Projekt in sich zusammenfällt, denn es sind schließlich gerade die heterogenen nationalstaatlichen Restriktionen eines am Konzerninteresse ausgerichteten Weisungsrechts, die de lege lata einem einheitlichen Konzernleitungsregime entgegenstehen.

Dass die Einschränkung des Art. 23 Abs. 2 das SUP-Projekt in Wahrheit doch nicht erledigt, ergibt sich – etwas versteckt – aus dem Erwägungsgrund 12, der das Auseinanderfallen von Satzungs- und Hauptverwaltungssitz gestattet („Damit die Unternehmen die Vorteile des Binnenmarkts in vollem Umfang nutzen können, sollten die Mitgliedstaaten nicht verlangen, dass sich der satzungsmäßige Sitz und die Hauptverwaltung einer SUP in demselben Mitgliedstaat befinden müssen“)<sup>146</sup>. Damit wird in der Sache die Gründungstheorie in Bezug auf die SUP europarechtlich festgeschrieben und somit ein beachtlicher Fortschritt gegenüber der SE mit der ihr eigentümlichen Zwangsvereinigung von Satzungs- und Verwaltungssitz erzielt<sup>147</sup>.

Sollte die SUP-Richtlinie in dieser Form tatsächlich in Kraft treten (was derzeit unwahrscheinlich ist), wäre es einem Unternehmen möglich, für sein Europa-Geschäft in Deutschland Tochter-SUPs zu gründen und anschließend deren Verwaltungssitz in die jeweiligen Länder zu verlegen.

In einem Unternehmen mit einer „Frankreich SUP“ und einer „Polen SUP“ würde dann nicht nur ein einheitliches Weisungsrecht gelten, sondern überdies das vertraute deutsche, ohne dass die SUP als eine deutsche Rechtsform – mit den bei einer Auslandspräsenz bekannten Nachteilen – in Erscheinung tritt. Die Vorteile von SE und SUP könnte man in der Weise kombinieren, dass eine in Deutschland beheimatete SE-Muttergesellschaft ihr Europa-Geschäft über SUP-Tochtergesellschaften abwickelt. So ließe sich ein Konzern mit europäischer Fassade auf den stabilen, bewährten Fundamenten des deutschen Gesellschaftsrechts errichten<sup>148</sup>.

Abgesehen davon, dass schon auf der Grundlage des Kommissionsvorschlags vieles unklar und noch nicht befriedigend geregelt ist<sup>149</sup>, hat das eingangs erwähnte Kompromisspapier des Rates der Europäischen Union die Vorzüge des Kommissionsvorschlags in Bezug auf die „Konzern-tauglichkeit“ der SUP dadurch beseitigt, dass die beiden Grundpfeiler des soeben dargelegten Weisungsmechanismus – das Weisungsrecht gemäß Art. 23 und die Möglichkeit der Trennung von Satzungs- und Hauptverwaltungssitz gemäß Erwägungsgrund 12 – jetzt nicht mehr vorgesehen sind<sup>150</sup>.

#### b) Europaweite Anerkennung der „Rozenblum-Formel“; Privilegierung von „Servicegesellschaften“

Seit vielen Jahren steht der Vorschlag im Raum, der französischen „Rozenblum“-Formel<sup>151</sup> europaweite Anerkennung zu verschaffen. Bereits 1998 unterbreitete der Arbeitskreis „Forum Europaeum Konzernrecht“ einen Vorschlag für eine Richtlinienregelung, die es den Geschäftsleitern in nachgeordneten Gruppengesellschaften erlauben sollte, diese Gesellschaften dem Gruppeninteresse zu unterstellen, sofern ein Reihe von Voraussetzungen – beispielsweise eine verfestigte Gruppenstruktur und ein zeitnahe Nachteilsausgleich – erfüllt sind und die Erfüllung hinreichend dokumentiert ist<sup>152</sup>. An diesen Vorschlag knüpft das jüngst vorgelegte Eckpunktepapier des „Forum Eurpaeum on Company Groups“ an, das die europaweite Anwendung der „Rozenblum“-Grundsätze auf „reguläre Tochtergesellschaften“ in Erwägung zieht<sup>153</sup>.

Eine Vereinfachung der Konzernleitung sieht der Vorschlag für

sogenannte Servicegesellschaften vor. Sie sollen einem vereinfachten Regime unterliegen. Der Vorschlag geht insoweit von einem umfassenden Weisungsrecht der Muttergesellschaft aus. Eine Ausnahme für eine Weisungsbefugnis soll nur dann gelten, wenn die Servicegesellschaften außer Stande sind, ihre Verbindlichkeiten gegenüber gruppenfremden Dritten zu erfüllen, die in den der Weisung nachfolgenden 12 Monaten fällig werden<sup>154</sup>. Der Sache nach bedarf es also einer Art Solvency-Test, der jedoch dann nicht erfolgen muss, wenn entsprechende Garantien gestellt werden. Verständlicherweise findet das Weisungsrecht seine äußerste Begrenzung in der Existenzgefährdung der Servicegesellschaft.

Der Vorschlag enthält eine weitreichende Konzernprivilegierung hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Muttergesellschaft und abhängiger Servicegesellschaft, ohne dass die Legitimität des Konzerninteresses durch den Geschäftsführer der Servicegesellschaft bei Befolgung der Weisung überprüft oder hinterfragt werden muss. Andererseits ist durch die Verpflichtung, die Zahlungs- und Existenzfähigkeit aufrecht zu erhalten ein hinreichender Gläubigerschutz installiert. Die Rechtsunsicherheit, die mit der Anordnung eines Solvency-Tests verbunden ist, kann durch die Bestellung von Garantien vermieden werden. Damit ist der Gläubigerschutz zwar etwas komplexer gestaltet als der ausreichende und bewährte auf Stammkapitalerhaltung und Existenzgefährdung beschränkte Schutz der Ein-Mann-GmbH. Da unser bewährtes System auf europäischer Ebene kaum durchsetzbar sein dürfte, erhöht sich durch die vorgeschlagene Zweigleisigkeit die Chance auf Akzeptanz.

Insofern weist der Vorschlag des Forum Europaeum aus der Sicht der Praxis in die richtige Richtung. Es fragt sich allerdings, ob die Privilegierung auf reine Servicegesellschaften beschränkt sein sollte. Wie dem Vorschlag zu entnehmen ist, bezieht er sich nicht allein auf Gesellschaften, die keine Außenkontakte haben; er erfasst also auch typische Vertriebsgesellschaften, die in weitem Umfang mit Dritten kontrahieren. Daher liegt der Grund für die Privilegierung letztlich nicht darin, dass das Gläubigergefährdungspotential aufgrund geringer Außenkontakte geringer ist als bei anderen Gesellschaften. Der wesentliche Grund besteht vielmehr darin, dass sie ihr Interesse von vornherein deswegen dem Konzerninteresse unterordnen, weil der Konzern zu 100 % an ihnen beteiligt ist. Dann ergibt es allerdings Sinn,

die Privilegierung auf alle Gesellschaften auszudehnen, die zu 100 % im Besitz der Muttergesellschaft oder anderer Konzerngesellschaften stehen.

So gesehen könnte der Vorschlag des Forum Europaeum für einen hohen Prozentsatz von Beteiligungsgesellschaften, die als 100 %-Töchter ausgestaltet sind, einen erheblichen Fortschritt darstellen. Wichtig wäre allerdings, dass die Regeln nur für Auslandssachverhalte gelten, um zu verhindern, dass das weniger komplizierte deutsche Modell der 100 %-GmbH mit Satzungssitz in Deutschland in Frage gestellt wird.

Ob es bei einer Verwirklichung dieses Teils der Vorschläge des Forum Europaeum auch noch der Regelung für andere in dem Vorschlag als „reguläre Tochtergesellschaft“ bezeichneten konzernabhängigen Gesellschaften bedarf, sei dahingestellt. Der Rückgriff auf in dem Vorschlag enthaltene Rozenblum-Doktrin liegt zwar nicht fern, er eröffnet aber schwierige Abgrenzungsfragen. Zwar mag der Vorschlag von *Teichmann*, die Abgrenzung durch eine Anknüpfung an die Business Judgment Rule zu erleichtern, durchaus zu einer Verbesserung der Handhabbarkeit führen<sup>155</sup>. Es wäre jedoch weiter zu diskutieren, inwieweit die aus der Konzernsicht zu treffenden Abwägungen aus dem Blickwinkel des Tochter-Managements beurteilt werden können. Schwieriger als derartige Detailüberlegungen dürfte die Frage der Harmonisierung mit dem deutschen Konzernrecht zu lösen sein. Daher mag es klug sein, die ersten Reformvorstöße auf die hundertprozentige Tochtergesellschaft zu konzentrieren. So ließe sich auch wieder eine Brücke zur SUP schlagen, was indessen nicht bedeutet, dass sich der Paradigmenwechsel zum „enabling law“ auf diese Gesellschaftsform beschränken sollte.

#### **IV. Zusammenfassung**

1. Das gesellschaftsrechtliche Instrumentarium stellt eine ganze Reihe von Gestaltungsmöglichkeiten zur Strukturierung der Konzernobergesellschaft internationaler Familiengesellschaften zur Verfügung. Die Frage, ob die Konzernspitze als Personengesellschaft oder als Kapitalgesellschaft strukturiert oder möglicherweise auch eine Doppelstock-Holding (Personengesellschaft an der Spitze, nachgelagerte Kapitalgesellschaft) verwendet wird, hängt häufig von

steuerrechtlichen Vorfragen ab. Fällt die Wahl auf eine börsenfähige Gesellschaft, kommen insbesondere die KGaA (über die sich der Familieneinfluss am leichtesten festschreiben lässt) oder die SE in Betracht, die sich in gewisser Hinsicht gegenüber der AG als flexibler erweist und zumindest im europäischen Umfeld möglicherweise auch Image-Vorteile hat.

2. Trotz der Weisungsfreiheit des SE-Vorstands kann die SE als solche in ihrer Funktion als Komplementärin durch entsprechende Regelungen im KG- oder KGaA-Vertrag sowohl an Weisungen als auch an Zustimmungserfordernisse der KG/KGaA-Gesellschafter gebunden werden. Diese lassen die Vertretungsbefugnis des SE-Vorstands im Außenverhältnis unberührt, binden indes die SE bei Ausübung ihrer Geschäftsführungsfunktion im Innenverhältnis zur KG/KGaA. Die Ausübung der Weisungsbefugnisse kann durch die Gesellschafterversammlung der KG/KGaA erfolgen, aber auch auf einen Beirat oder Gesellschafterausschuss übertragen werden. Im Ergebnis ist es demnach möglich, als Komplementärin eine SE einzusetzen, den Kommanditaktionären oder Kommanditisten indes ähnliche Einflussnahmemöglichkeiten auf die Geschäftsführung zu eröffnen, wie sie diesen etwa im Hinblick auf eine Komplementär-GmbH zustehen würden.
3. In rechtstatsächlicher Hinsicht strukturieren internationale Familienkonzerne ihre Tochtergesellschaften meist als kleine Kapitalgesellschaften in der Rechtsform der Länder, in denen sie tätig sind. Soweit es sich um finanziell gut ausgestattete Ein-Mann-Gesellschaften handelt, treten, soweit ersichtlich, in der Rechtspraxis wenig Probleme auf. Gleichwohl ergeben sich selbst in solchen Situationen in den verschiedenen Auslandsrechtsordnungen Risiken, weil die Umsetzung von Maßnahmen im Konzerninteresse, die nicht dem Tochtereigeninteresse entsprechen, zu Haftungsrisiken insbesondere für das Management der Tochtergesellschaften führen kann.
4. Zur Vermeidung beziehungsweise Verringerung solcher Risiken kann es sich anbieten, die Tochtergesellschaften in Form einer GmbH mit Satzungssitz in Deutschland und Verwaltungssitz in dem jeweiligen europäischen Land, in dem sie tätig sind, zu wählen und sie damit

deutschem Konzernrecht zu unterstellen. Eine Patentlösung ist dies allerdings nicht. Dies gilt nicht nur im Hinblick darauf, dass die GmbH im Ausland weitgehend nicht die Anerkennung am Markt hat wie eine dort bekannte Rechtsform. Nachteile können sich auch unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten ergeben. Schließlich bleiben Rechtsrisiken aus einem etwaigen Auseinanderklaffen zwischen deutschem Gesellschafts- und Konzernrecht und dem zu beachtenden Auslandsrecht (insbesondere Delikts- und Insolvenzrecht).

5. Es knüpfen sich gewisse Erwartungen an die Tauglichkeit der SUP als Konzernbaustein. Dieses Vorhaben ist aber noch mit einer ganzen Reihe von Unsicherheiten verknüpft. Nach dem derzeitigen Diskussionsstand erscheint die konzernrechtliche Problematik nicht gelöst. Denkbar wäre es, die SUP in Deutschland zu gründen, so dass der Satzungssitz in Deutschland liegt, und anschließend den Verwaltungssitz ins europäische Ausland zu verlegen. Auch dem soll allerdings nach dem neuesten Kompromisspapier des Rates die Grundlage entzogen werden.
6. Eine sehr viel weitergehende Veränderung würde es mit sich bringen, wenn man den Weg des Konzernrechts vom reinen Schutzrecht zum „enabling law“ in Europa weiter voranbringen würde. Dazu liegt eine Reihe von diskutablen Ansätzen vor, wie sie zuletzt auch vom „Forum Europaeum Konzernrecht“ vorgetragen wurden. Per heute kann jedoch kaum erwartet werden, dass es auf europäischer Ebene in absehbarer Zeit gelingen wird, eine befriedigende Vereinheitlichung herbeizuführen. Insbesondere aus deutscher Sicht wären Kompromisse zweifelhaft, die das funktionierende deutsche Konzernrecht aus dem Nebeneinander zwischen Vertrags- und faktischem Konzern infrage stellen würde. Auch wäre es misslich, den Spielraum einzuschränken, den die Verwendung einer Ein-Mann-GmbH mit Satzungssitz in Deutschland eröffnet, da sie nicht nur Weisungen erlaubt, sondern auch nachteilige Einflussnahmen im Konzerninteresse, solange das Stammkapital erhalten bleibt und keine Existenzgefährdung herbeigeführt wird.
7. Demgegenüber ist der Einsatz des Forum Europaeum für ein Konzernprivileg zugunsten von Gesellschaften, die Serviceleistungen für den Konzern erbringen (was die Eingehung von Rechtsgeschäften

mit Dritten, wie sie für Vertriebs- und Produktionsgesellschaften typisch sind, nicht ausschließt), im Grundsatz zu begrüßen. Es wäre erwägenswert, das Privileg auf 100%-Tochtergesellschaften zu erweitern. Die vom Forum Europaeum für den Gläubigerschutz vorgeschlagenen Regelungen sind komplizierter als das bewährte Prinzip des Kapitalerhaltungsschutzes und der Existenzvernichtungshaftung bei der Ein-Mann-GmbH; verständlich ist dieser Vorschlag unter dem Gesichtspunkt einer möglichst hohen Akzeptanz auf europäischer Ebene. Er wäre gegenüber der heutigen Situation ein Fortschritt, sofern er jeweils auf Auslandstöchter beschränkt bliebe und daher auf Gesellschaften, die dem deutschen Konzernrecht unterstehen, keine Anwendung fände.

---

\* Prof. Dr. Jochem Reichert ist Partner der Anwaltssozietät Schilling, Zutt & Anschutz und Honorarprofessor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

<sup>1</sup> Vgl. zum Folgenden bereits *Reichert*, Wettbewerb der Gesellschaftsformen – SE oder KGaA zur Organisation großer Familiengesellschaften, ZIP 2014, 1957 ff.; *Reichert*, in: Leible/Reichert (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 6, 4. Aufl., 2013, § 62 Rn. 56 ff.

<sup>2</sup> Der Gesamtbestand der „deutschen“ Limited betrug zum Jahresende 2014 lediglich etwa 9.700, während es am 1. Januar 2010 noch über 17.000 Gesellschaften waren. Noch deutlicher wird der Rückgang, wenn man sich die Zahl der Gesellschaftsgründungen ansieht. Hier ist ein Absinken von 1.322 Gründungen im März 2006 auf 49 im Dezember 2011 zu verzeichnen – vgl. *Harbarth*, Zum Reformbedarf im GmbH-Recht: Generalrevision oder punktuelle Fortentwicklung?, ZGR 2016, 84, 88; *Kornblum*, Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 01.01.2015), GmbHR 2015, 687, 688; *Kornblum*, Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaft (Stand 01.01.2010), GmbHR 2010, 739, 746; *Fleischer*, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl., 2015, Einl. GmbHG Rn. 220; *Ringe*, Corporate Mobility in the European Union – a Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking and regulatory competition, ECFR 2013, 230, 248.

<sup>3</sup> Vgl. auch *Harbarth* (Fn. 2), ZGR 2016, 84, 88; *Dierksmeier*, Die englische Ltd. in Deutschland – Haftungsrisiko für Berater, BB 2005, 1516, 1518 ff.; *Klöhn*, Supranationale Rechtsformen und vertikaler Wettbewerb der Gesetzgeber im europäischen Gesellschaftsrecht, RabelsZ 76 (2012), 276, 291, 314 (allgemein zu den tatsächlichen Schranken der Rechtswahl); *Gelter*, Wettbewerbsbedingungen im europäischen Gesellschaftsrecht, ZfRV 45 (2004), 170, 180.

- 4 Vgl. *Seibt/Reinhard*, Umwandlung der Aktiengesellschaft in die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea), *Der Konzern* 2005, 407, 408.
- 5 Vgl. *Wollburg/Banerjea*, Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, *ZIP* 2005, 277.
- 6 *Kornblum* (Fn. 2), *GmbHR* 2015, 687, 688.
- 7 *Reichert*, in: *Münch. Hdb. GesR* (Fn. 1), § 62 Rn. 89.
- 8 Vgl. *Reichert/Brandes*, in: *Goette/Habersack* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum AktG*, 3. Aufl., 2012, Art. 50 SE-VO Rn. 22 ff.
- 9 Vgl. *Koch*, in: *Hüffer, AktG*, 11. Aufl., 2014, § 108 Rn. 8.
- 10 Zur Reichweite vgl. *Reichert*, *Business Combination Agreements. Fallgruppen und Problemkreise*, *ZGR* 2015, 1, 27 ff.; *Reichert/Ott*, *Investorenvereinbarung mit der Zielgesellschaft – Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme auf Gesellschaftsorgane*, in: *FS Goette*, 2011, S. 397, 401.
- 11 *Koch*, in: *Hüffer* (Fn. 9), § 76 Rn. 26; *Spindler*, in: *Münch. Komm. AktG* (Fn. 8), § 84 Rn. 28; *Wiesner*, in: *Hoffmann-Becking* (Hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 4, 4. Aufl., 2015, § 20 Rn.6; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht*, 3. Aufl., 2013, § 31 MitbestG Rn. 15; a.A. (AR kann sich über Auswahlkriterien nach pflichtgemäßen Ermessen hinwegsetzen) *Mertens/Cahn*, in: *Zöllner/Noack* (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum AktG*, 3. Aufl., 2010, § 76 Rn. 116; *Lutter/Krieger/Verse*, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 6. Aufl., 2014, Rn. 341; *Hommelhoff*, *Satzungsmäßige Eignungsvoraussetzungen für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft*, *BB* 1977, 322 ff.; *Meier/Pech*, *Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern in Aktiengesellschaften und Geschäftsführern in einer GmbH*, *DStR* 1995, 1195 ff.
- 12 *Spindler*, in: *Münch. Komm. AktG* (Fn. 8), § 84 Rn. 28, 32 ff.; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, 3. Aufl., 2015, § 76 Rn. 128; *Wiesner*, in: *Münch. Hdb. GesR* (Fn. 11), § 20 Rn. 6 f.
- 13 *Spindler*, in: *Münch. Komm. AktG* (Fn. 8), § 84 Rn. 28; *Koch*, in: *Hüffer* (Fn. 9), § 76 Rn. 26; *Wiesner*, in: *Münch. Hdb. GesR* (Fn. 11), § 20 Rn. 6 f.
- 14 *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 11), § 31 MitbestG Rn. 12 f.; *Duden*, *Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz*, *ZHR* 141 (1977), 144, 175; *Reuter*, *Der Einfluss der Mitbestimmung auf das Gesellschaftsrecht und Arbeitsrecht*, *AcP* 179 (1979), 509, 526 f.; *Koch*, in: *Hüffer* (Fn. 9), § 76 Rn. 26; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 20. Aufl., 2013, § 35 Rn. 25; *Koberski*, in: *Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht*, 4. Aufl., 2011, § 31 MitbestG Rn. 11.
- 15 *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 11), § 31 Rn. 14.
- 16 *Koberski*, in: *Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge* (Fn. 14), § 31 MitbestG Rn. 12; *Reuter* (Fn. 14), *AcP* 179 (1979), 508, 527; *Duden* (Fn. 14), *ZHR* 141 (1977), 145, 175.



- 17 *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 11), § 31 MitbestG Rn. 12 f.; *Ballerstedt*, Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, ZGR 1977, 133, 156; *Overlack*, Der Einfluß der Gesellschafter auf die Geschäftsführung in der mitbestimmten GmbH, ZHR 141 (1977), 125, 132.
- 18 Zulässig: *Wiesner*, in: *Münch. Hdb. GesR* (Fn. 11), § 20 Rn. 7; unzulässig oder nur unter engen Voraussetzungen zulässig: *Spindler*, in: *Münch. Komm. AktG* (Fn. 8), § 76 Rn. 110; vgl. auch *Immenga*, Zuständigkeit des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZGR 1977, 249, 255.
- 19 Dazu *Koch*, in: *Hüffer* (Fn. 9), § 76 Rn. 26; *Spindler*, in: *Münch. Komm. AktG* (Fn. 8), § 84 Rn. 28.
- 20 *Bachmann*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 12), § 278 Rn. 7.
- 21 Zu den offenen Rechtsfragen vgl. *Perlitt*, in: *Münch. Komm. AktG* (Fn. 8), § 278 Rn. 313 ff.
- 22 *Perlitt*, in: *Münch. Komm. AktG* (Fn. 8), § 278 Rn. 31.
- 23 Im Ausgangspunkt einheitliche h.M, vgl. RGZ 133, 90, 94; *Koch*, in *Hüffer* (Fn. 9), § 100 Rn. 20; *Habersack*, in: *Münch. Komm. AktG* (Fn. 8), § 100 Rn. 54; *Mertens/Cahn*, in: *Zöllner/Noack* (Hrsg.) (Fn. 11), § 100 Rn. 46.
- 24 Für die SE verneinend: *Paefgen*, in: *Zöllner/Noack* (Hrsg.) (Fn. 11), Art. 40 SE-VO Rn. 57; *Schwarz*, SE-VO, 2006, Art. 40 Rn. 48; *Seibt*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, 2013, Art. 40 Rn. 45; für die AG: Möglichkeit verneinend *Koch*, in *Hüffer* (Fn. 9), § 100 Rn. 20; *Spindler*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 12), § 100 Rn. 41; *Mertens/Cahn*, in: *Zöllner/Noack* (Hrsg.) (Fn. 11), § 100 Rn. 46; *Habersack*, in: *Münch. Komm. AktG* (Fn. 8), § 100 Rn. 54; zustimmend *Simmons*, in *Hölters*, *AktG*, 2. Aufl., 2014, § 100 Rn. 41; *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 11), Rn. 24.
- 25 Vgl. dazu *Perlitt*, in: *Münch. Komm. AktG* (Fn. 8), § 278 Rn. 25 ff.; *Bachmann*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 12), § 285 Rn. 16.
- 26 M.w.N. *Bachmann*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 12), § 285 Rn. 25 f.
- 27 BGHZ, 165, 192, 198.
- 28 BGHZ, 165, 192, 198; *Bachmann*, in: *Spindler/Stilz* (Fn. 12), § 285 Rn. 26; *Hoffmann-Becking/Herfs*, Struktur und Satzung der Familien-KGaA, in: *FS Sigle*, 2000, S. 273, 289; weitergehend: *Wichert*, Die GmbH & Co. KGaA nach dem Beschluss BGHZ 134, 392, AG 2000, 268, 274; *Halasz/Kloster/Kloster*, Die GmbH & Co. KGaA, *GmbHHR* 2002, 77, 85.
- 29 Vgl. *Perlitt*, in: *Münch. Komm. AktG* (Fn. 8), § 278 Rn. 282.
- 30 Zum Folgenden *Reichert*, in: *Münch. Hdb. GesR* (Fn. 1), § 62 Rn. 87 und den Überblick bei *Ihrig/Wagner*, Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) auf der Zielgeraden, *BB* 2004, 1749, 1756 ff.; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft, *BB* 2004, 53 ff.; *Merkt*, Die monistische

Unternehmensverfassung für die Europäische Aktiengesellschaft aus deutscher Sicht, ZGR 2003, 650, 651.

- <sup>31</sup> Vgl. dazu insgesamt *Reichert/Brandes*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), Art. 43 SE-VO Rn. 8 ff.
- <sup>32</sup> Vgl. Art. 43 Abs. 3 [S. 1](#) SE-VO.
- <sup>33</sup> Allgemein zu den geschäftsführenden Direktoren: *Ihrig*, Die geschäftsführenden Direktoren in der monistischen SE: Stellung, Aufgaben und Haftung, ZGR 2008, 809 ff.
- <sup>34</sup> Vgl. dazu insgesamt *Reichert/Brandes*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), Art. 43 SE-VO Rn. 13 ff.
- <sup>35</sup> Zum Folgenden *Reichert*, in: Münch. Hdb. GesR (Fn. 1), § 62 Rn. 88.
- <sup>36</sup> Vgl. Art. 50 Abs. 2 [S. 1](#) SE-VO.
- <sup>37</sup> *Reichert*, Erfahrung mit der Societas Europaea (SE) in Deutschland, GS Gruson, 2009, S. 321, 330.
- <sup>38</sup> *Bayer/Schmidt*, Europäische Gesellschaft (SE) als Rechtsform für den Mittelstand?!, AnwBl 2008, 327, 331.
- <sup>39</sup> *Bayer/Schmidt* (Fn. 38), AnwBl 2008, 327, 331; vgl. auch *Seibt/Saame*, Die Societas Europaea (SE) deutschen Rechts: Anwendungsfelder und Beratungshinweise, AnwBl 2005, 225, 229.
- <sup>40</sup> Dazu *Reichert*, in: Münch. Hdb. GesR (Fn. 1), § 62 Rn. 92.
- <sup>41</sup> Vgl. dazu *Reichert/Brandes*, Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE: Gestaltungsfreiheit und Bestandsschutz, ZGR 2003, 767 ff.; *Gruber/Weller*, Societas Europaea: Mitbestimmung ohne Aufsichtsrat? – Ideen für die Leitungsverfassung der monistischen Europäischen Aktiengesellschaft in Deutschland, NZG 2003, 297 ff.; *Niklas*, Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE), NZA 2004, 1200 ff.; *Weiss/Wöhlert*, Societas Europaea – Der Siegeszug des deutschen Mitbestimmungsrechts in Europa?, NZG 2006, 121, 126; *Götz*, Ist die Europäische Aktiengesellschaft eine überzeugende Option für die Praxis?, ZIP 2003, 1067; *Horn*, Die Europa-AG im Kontext des deutschen und europäischen Gesellschaftsrechts, DB 2005, 152.
- <sup>42</sup> So z. B. *Köstler*, Die Mitbestimmung in der SE, ZGR 2003, 800, 804 f.; *Niklas* (Fn. 41), NZA 2004, 1200, 1204.
- <sup>43</sup> Damit dürfte freilich auch ein erhöhtes Haftungsrisiko der Arbeitnehmervertreter im Vergleich zur Mitgliedschaft im Aufsichtsrat einhergehen.
- <sup>44</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Jacobs*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 35 SEBG Rn. 17 ff.
- <sup>45</sup> Einen Überblick zur mitbestimmungsrechtlichen Situation gibt *Austmann*, in: Münch. Hdb. GesR (Fn. 11), § 85 Rn. 29 ff.
- <sup>46</sup> *Austmann*, in: Münch. Hdb. GesR (Fn. 11), § 85 Rn. 29.
- <sup>47</sup> *Reichert*, in: Münch. Hdb. GesR (Fn. 1), § 62 Rn. 64.

- 48 *Reichert*, in: Münch. Hdb. GesR (Fn. 1), § 62 Rn. 64; *Thoma/Leuering*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, NJW 2002, 1449, 1454.
- 49 Nach Auffassung des LG Frankfurt v. 16.2.2015 (NZG 2015, 683 ff.) sind auch die Arbeitnehmer der ausländischen Tochterunternehmen mitzuzählen, soweit es um die Ermittlung der Arbeitnehmerzahl für die Unternehmensmitbestimmung geht. Das LG Berlin hat diese Frage jetzt mit Beschluss v. 16.10.2015 (Az.: 14 W 89/15) dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.
- 50 In diese Richtung weist der Beschluss des BAG v. 4.11.2015 (7 ABR 42/13), wonach wahlberechtigte Leiharbeiter auf Stammarbeitsplätzen für den Schwellenwert von in der Regel mehr als 8.000 Arbeitnehmern mitzuzählen sind, so dass ab dessen Erreichen die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem MitbestG grundsätzlich nicht mehr als unmittelbare Wahl, sondern als Delegiertenwahl durchzuführen ist. Es liegt nicht ganz fern, diesen Zählmodus auch auf die mitbestimmungsrechtlich besonders relevanten Schwellenwerte von 500 (DrittelbG) oder 2.000 (MitbestG) Arbeitnehmern anzuwenden – vgl. *Arnold*, Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der unternehmerischen Mitbestimmung, ArbRAktuell 2015, 556.
- 51 Vgl. hierzu ausführlich *Reichert*, in: Münch. Hdb. GesR (Fn. 1), § 62 Rn. 64 ff.; *Jacobs*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 18 SEBG Rn. 18.
- 52 Vgl. *Perlitt*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 278 Rn. 282.
- 53 *Perlitt*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 278 Rn. 61.
- 54 *Koberski*, in: Wlotzke/Wissmann/Koberski/Kleinsorge (Fn. 14), § 4 MitbestG Rn. 13a (m.w.N.).
- 55 BGHZ 134, 392, 400.
- 56 *Perlitt*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 278 Rn. 303 f.; *Koch*, in: Hüffer (Fn. 9), § 278 Rn. 22; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack (Fn. 11), Vor § 278 Rn. 19; *Bachmann*, in: Spindler/Stilz (Fn. 12), § 278 Rn. 85; a.A. *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Hrsg.) (Fn. 11), § 1 MitbestG Rn. 40 f.
- 57 Vgl. *Merkt*, in: Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., 2008, § 68 Rn. 206.
- 58 *Fleischer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.), SE-Kommentar, 2. Aufl., 2015, Art. 5 SE-VO Rn. 10; *Diekmann*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, 2013, Art. 5 SE-VO Rn. 23; *Oechsler*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), Art. 5 SE-VO Rn. 36.
- 59 *Koch*, in: Hüffer (Fn. 9), § 68 Rn. 14; *Bayer*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 68 Rn. 58; *Cahn*, in: Spindler/Stilz (Fn. 12), § 68 Rn. 37.
- 60 *Koch*, in: Hüffer (Fn. 9), § 68 Rn. 14; *Bayer*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 68 Rn. 39.
- 61 *Reichert/Weller*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 15 Rn. 93 ff.; *Reichert*, Vinkulierung von GmbH-Geschäftsanteilen – Möglichkeiten der Vertragsgestaltung, GmbHR 2012, 713, 721 ff.
- 62 Vgl. zum Folgenden bereits *Reichert* (Fn. 1), ZIP 2014, 1957, 1963 ff.

- <sup>63</sup> Zur Zulässigkeit solcher Einwirkungsklauseln, vgl. die ganz h.M.: *Reichert* (Fn. 10), ZGR 2015, 1, 27 ff.; *Reichert/Ott* (Fn. 10), S. 400, 401; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 84 Rn. 16; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.) (Fn. 11), § 84 Rn. 9; *Mayer*, Grenzen von Aktionärsvereinbarungen, MittBayNot 2006, 281, 288; *Nierwiarra*, Verträge zwischen Vorstand und Aktionär, BB 1998, 1961, 1963 f.; *Seibt/Wunsch*, Investorenvereinbarungen bei öffentlichen Übernahmen, Der Konzern 2009, 195, 204; a.A. *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 1981, S. 52.
- <sup>64</sup> Zur Anwendbarkeit des Konzernrechts auf eine SE *Altmeyen*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), Anh. Art. 9 SE-VO Rn. 19; kritisch *Hommelhoff*, Zum Konzernrecht in der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2003, 179 ff.
- <sup>65</sup> Vgl. zum Folgenden bereits *Reichert/Ott*, in: 10 Jahre SE: Erreichter Stand – verbleibende Anwendungsfragen – Perspektiven, 2015, S. 154, 165 ff., 186 ff.
- <sup>66</sup> RGZ 105, 101; *Liebscher*, in: *Reichert* (Hrsg.), GmbH & Co. KG, 7. Aufl., 2015, § 3 Rn. 49 ff.
- <sup>67</sup> BGHZ 134, 392.
- <sup>68</sup> Vgl. *Koch*, in: Hüffer (Fn. 9), § 278 Rn. 8; *Perlitt*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 278 Rn. 277 m.w.N.; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, GesellschaftsR, 2. Aufl. 2014, § 278 AktG Rn. 6; *K. Schmidt*, in: Lutter/K. Schmidt, AktG, 3. Aufl. 2015, § 278 Rn. 19.
- <sup>69</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 2009, 699 ff.; AG Düsseldorf, ZIP 2006, 287; AG München, ZIP 2006, 1300; *Schäfer*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), Art. 16 SE-VO Rn. 9; *Jacobs*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 3 SEBG Rn. 2 ff.; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.) (Fn. 58), Art. 2 Rn. 28 ff.
- <sup>70</sup> *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.) (Fn. 58), Art. 2 Rn. 32; *Forst*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Vorrats-SE, NZG 2009, 687, 688.
- <sup>71</sup> *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Hrsg.) (Fn. 58), Art. 2 Rn. 32.
- <sup>72</sup> Zum Vorstand: *Eberspächer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 12), Art. 39 SE-VO Rn. 4; *Koch*, in: Hüffer (Fn. 9), § 76 Rn. 25. Zum Verwaltungsrat: str., vgl. *Reichert/Brandes*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), Art. 43 SE-VO Rn. 9, Art. 38 SE-VO Rn. 15.
- <sup>73</sup> Siehe etwa *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.), SE-Recht, 2013, § 3 SEBG Rn. 12.
- <sup>74</sup> OLG Düsseldorf, DNotZ 2009, 699, 701; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.) (Fn. 73), § 3 SEBG Rn. 11; *Schäfer*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), Art. 16 SE-VO Rn. 10; *Jacobs*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), § 3 SEBG Rn. 2b.; vgl. auch BGH, BB 2012, 1756.
- <sup>75</sup> Im Einzelnen dazu *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.) (Fn. 73), § 18 SEBG Rn. 4 ff.
- <sup>76</sup> Vgl. dazu *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Hrsg.) (Fn. 73), § 18 SEBG Rn. 15.

- <sup>77</sup> *Altmeyden*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), Einl. §§ 291 ff. Rn. 19; *Weller/Bauer*, Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae, ZEuP 2015, 6, 7.
- <sup>78</sup> *Teichmann*, Die Societas Privata Europaea (SPE) als ausländische Tochtergesellschaft, RIW 2010, 120, 120; *Münch/Franz*, Die passende Rechtsform für deutsche Unternehmen im Ausland, BB 2010, 2707 f.
- <sup>79</sup> *Teichmann* (Fn. 78), RIW 2010, 120 f.
- <sup>80</sup> *Sørensen*, Branches of Companies in the EU: Balancing the Eleventh Company Law Directive, National Company Law and the Right of Establishment, ECFR 2014, 53, 60; *Münch/Franz* (Fn. 78), BB 2010, 2707, 2710.
- <sup>81</sup> Zu den Defiziten eingehend *Sørensen* (Fn. 80), ECFR 2014, 53 ff.
- <sup>82</sup> *Münch/Franz* (Fn. 78), BB 2010, 2707, 2010.
- <sup>83</sup> *Münch/Franz* (Fn. 78), BB 2010, 2707, 2010.
- <sup>84</sup> *Münch/Franz* (Fn. 78), BB 2010, 2707, 2010.
- <sup>85</sup> *Sørensen* (Fn. 80), ECFR 2014, 53, 60; *Münch/Franz* (Fn. 78), BB 2010, 2707, 2710.
- <sup>86</sup> *Hommelhoff*, Förder- und Schutzrecht für den faktischen GmbH-Konzern, ZGR 2012, 535, 536; *Weller/Bauer* (Fn. 77), ZEuP 2015, 6, 8; *Münch/Franz* (Fn. 78), BB 2010, 2707, 2710.; *Sørensen* (Fn. 80), ECFR 2014, 53, 60.
- <sup>87</sup> *Münch/Franz* (Fn. 78), BB 2010, 2707, 2710.
- <sup>88</sup> *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Nomos-Kommentar SE, 2. Aufl., 2010, Teil A Rn. 78.
- <sup>89</sup> *Hommelhoff* (Fn. 86), ZGR 2012, 535, 536.
- <sup>90</sup> *Weller/Bauer* (Fn. 77), ZEuP 2015, 6, 8; *Hommelhoff* (Fn. 86), ZGR 2012, 535, 536; *Wiedemann*, Aufstieg und Krise des GmbH-Konzernrechts, GmbHR 2011, 1009, 1010; *Sørensen* (Fn. 80), ECFR 2014, 53, 60.
- <sup>91</sup> *Sørensen* (Fn. 80), ECFR 2014, 53, 61.
- <sup>92</sup> *Münch/Franz* (Fn. 78), BB 2010, 2707, 2708.
- <sup>93</sup> *Weller/Bauer* (Fn. 77), ZEuP 2015, 6, 11; *Teichmann*, Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law, AG 2013, 184, 192.
- <sup>94</sup> *Weller/Bauer* (Fn. 77), ZEuP 2015, 6, 11 f.; *Teichmann* (Fn. 93), AG 2013, 184, 192 f.
- <sup>95</sup> *Schubel*, in: Rodewald/Paulat, GmbHR 2013, 519, 526.
- <sup>96</sup> *Weller/Bauer* (Fn. 77), ZEuP 2015, 6, 13; *Teichmann* (Fn. 93), AG 2013, 184, 193.
- <sup>97</sup> *Weller/Bauer* (Fn. 77), ZEuP 2015, 6, 14; *Teichmann* (Fn. 93), AG 2013, 184, 193; *Maul*, Haftungsprobleme im Rahmen von deutsch-französischen Unternehmensverbindungen, NZG 1998, 965, 966; Forum Europaeum Konzernrecht, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672, 705.
- <sup>98</sup> *Teichmann* (Fn. 93), AG 2013, 184, 193; *Weller/Bauer* (Fn. 77), ZEuP 2015, 6, 10.

- 99 *Teichmann* (Fn. 93), AG 2013, 184, 193.
- 100 *Teichmann* (Fn. 93), AG 2013, 184, 194.
- 101 *Altmeyden*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), Einl. §§ 291 ff. Rn. 33.
- 102 *Hoffmann/Koblasova*, in: Rodewald/Paulat, GmbHR 2013, 519, 528 f.
- 103 *Fest*, in: Rodewald/Paulat (Fn. 95), 519, 527.
- 104 *Fest*, in: Rodewald/Paulat (Fn. 95), 519, 527.
- 105 Vgl. *Münch/Franz* (Fn. 78), BB 2010, 2707 ff.
- 106 EuGH, NZG 2009, 61 ff.
- 107 *J. Mayer*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 2), § 4a Rn. 68; *Mäsch*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 36. Edition, 2013, Art. 12 EGBGB Rn. 91; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 14), § 4a Rn. 11; *Kindler*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2015, IntGesR Rn. 428.
- 108 *C. Jaeger*, in: Ziemons/C. Jaeger (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, 24. Edition, 2015, § 4a Rn. 9a.
- 109 Ein Überblick bei *Kindler*, in: Münch. Komm. BGB (Fn. 107), IntGesR Rn. 508 ff.
- 110 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, § 4a Rn. 10.; *Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl., 2013, § 4a Rn. 18.; *J. Mayer*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 2), § 4a Rn. 74; *Mäsch*, in: Beck-OK BGB (Fn. 107), Art. 12 EGBGB Rn. 91.
- 111 *Emmerich*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl., 2012, § 4a Rn. 29
- 112 Für Staaten, die der Gründungstheorie folgen, wie zum Beispiel die Schweiz, gilt hingegen weitgehend das Gleiche wie für EU-/EWR-Staaten: *Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 110), § 4a Rn. 18.
- 113 *J. Mayer*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 2), § 4a Rn. 74 ff.
- 114 BGBI. II, 487.
- 115 *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 110), § 4a Rn. 9; *J. Mayer*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 2), § 4a Rn. 74.
- 116 *Liebscher*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 2), Anh. § 13 Rn. 511.
- 117 *Liebscher*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 2), § 13 Rn. 398 f., 510; *Emmerich*, in: Scholz (Fn. 111), Anh. § 13 Rn. 90.
- 118 Eingehend *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl., 2013, Anh. § 318 AktG Rn. 33 ff.; *Bitter*, in: Scholz (Fn. 111), § 13 Rn. 153 ff.; *Liebscher*, in: Münch. Komm. GmbHG (Fn. 2), Anh. § 13 Rn. 513 ff.
- 119 *Teichmann* (Fn. 78), RIW 2010, 120, 121 f.
- 120 *Teichmann* (Fn. 78), RIW 2010, 120, 122.
- 121 Dazu *Weller*, Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis, ZIP 2007, 1681, 1688 f.

- <sup>122</sup> *Reichert*, Die SE als Gestaltungsinstrument für grenzüberschreitende Umstrukturierungen, *Der Konzern* 2006, 821, 832.
- <sup>123</sup> *Reichert* (Fn. 122), *Der Konzern* 2006, 821, 832; *Kallmeyer*, Europa-AG: Strategische Optionen für deutsche Unternehmen, *AG* 2003, 197, 202.
- <sup>124</sup> *Hommelhoff* (Fn. 64), *AG* 2003, 179, 182 f.
- <sup>125</sup> Vgl. nur *Maul*, Konzernrecht der „deutschen“ SE – Ausgewählte Fragen zum Vertragskonzern und den faktischen Unternehmensverbindungen, *ZGR* 2003, 743 ff.; *Teichmann*, ECLR Die Einführung der europäischen Aktiengesellschaft, *ZGR* 2002, 383, 444 ff.; *Neye/Teichmann*, Der Entwurf für das Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, *AG* 2003, 169, 169 f., 178; *Brandi*, Die Europäische Aktiengesellschaft im deutschen und internationalen Konzernrecht, *NZG* 2003, 889, 889 f.
- <sup>126</sup> *Altmeyden*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), *KonzR SE* Rn. 23 ff.
- <sup>127</sup> *Oechsler*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), Art. 7 SE-VO Rn. 1 f.
- <sup>128</sup> *Oechsler*, in: Münch. Komm. AktG (Fn. 8), Art. 7 SE-VO Rn. 2; a.A. wohl *Ringe*, Die Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft, 2006, S. 47 ff.
- <sup>129</sup> *Kindler*, in: Münch. Komm. BGB (Fn. 107), *IntGesR* Rn. 731 f.; *Großfeld*, in: *Staudinger*, *IntGesR*, 1998, Rn. 556 ff.
- <sup>130</sup> Dazu *Grundmann*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., 2011, S. 594 ff.; *Hommelhoff*, Ein Neustart im europäischen Konzernrecht, *KSzW* 2014, 63, 63; *Weller/Bauer* (Fn. 77), *ZEuP* 2015, 6, 19.
- <sup>131</sup> Zu den unterschiedlichen Perspektiven *Teichmann*, Konzernrecht und Niederlassungsfreiheit, *ZGR* 2014, 45, 62; *Hommelhoff* (Fn. 86), *ZGR* 2012, 535, 537 ff.; *Weller/Bauer* (Fn. 77), *ZEuP* 2015, 6, 520 ff.
- <sup>132</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der RL 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung, COM(2014) 213.
- <sup>133</sup> Presidency Compromise Text, Dok. 13758/14; dazu *Bayer/Selentin*, Related Party Transactions: Der neueste EU-Vorschlag im Kontext des deutschen Aktien- und Konzernrechts, *NZG* 2015, 7 ff.
- <sup>134</sup> *Hommelhoff* (Fn. 130), *KSzW* 2014, 63, 66.
- <sup>135</sup> Eingehend *Bayer/Selentin* (Fn. 133), *NZG* 2015, 7 ff.; *Fleischer*, Related Party Transactions bei börsennotierten Gesellschaften: Deutsches Aktien(konzern)recht und Europäische Reformvorschläge, *BB* 2014, 2691 ff.; *Drygala*, Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions, *AG* 2013, 198 ff.; *Lutter*, Nochmal: Die geplante europäische Gesetzgebung zu „related party transactions“, *EuZW* 2014, 687 ff.; *Jung*, Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen und Personen (Related Party Transactions), *WM* 2014, 2351 ff.
- <sup>136</sup> Aktionsplan: Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige

- Unternehmen, COM(2012) 740 final, S. 17.
- 137 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final. Dazu *Jung*, *Societas Unius Personae (SUP) – Der neue Konzernbaustein*, GmbHR 2014, 579 ff.; *Weller/Bauer* (Fn. 77), ZEuP 2015, 6 ff.; *Krauß/Meichelbeck*, *Die Societas Unius Personae („SUP“) – insbesondere steuerliche Aspekte*, BB 2015, 1562 ff.
- 138 Rat der Europäischen Union, Dokument Nr. 8811/15; dazu und zum weiteren Verfahren *Böhm*, *Gesellschaftsrecht: Kompromiss im Rat zur Societas Unius Personae*, EuZW 2015, 451.
- 139 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final, S. 3.
- 140 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final, S. 2.
- 141 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final, S. 3; ferner *Weller/Bauer* (Fn. 77), ZEuP 2015, 6, 27.
- 142 Vgl. auch *Teichmann*, in: Lutter/Koch (Hrsg.), *Societas Unius Personae (SUP)*, 2015, S. 37, 48 f.
- 143 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final, S. 2.
- 144 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final, S. 4.
- 145 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final, S. 9.
- 146 Zur Sitztrennung (kritisch) *Bormann*, in: Lutter/Koch (Hrsg.) (Fn. 142), S. 23, 33 f. („radikal liberal“).
- 147 *Weller/Bauer* (Fn. 77), ZEuP 2015, 6, 29.
- 148 Vgl. auch *Weller/Bauer* (Fn. 77), ZEuP 2015, 6, 29.
- 149 Sehr kritisch *Hommelhoff*, *Die Societas Unius Personae: als Konzernbaustein momentan noch unbrauchbar*, GmbHR 2014, 1065 ff.
- 150 Rat der Europäischen Union, Dokument Nr. 8811/15.
- 151 Dazu III. 3. a) aa).
- 152 Forum Europaeum Konzernrecht (Fn. 97), 672, 768 f.
- 153 Forum Europaeum on Company Groups, ZGR 2015, 507, 513.



<sup>154</sup> Forum Europaeum on Company Groups (Fn. 153), 507, 512.

<sup>155</sup> *Teichmann* (Fn. 93), AG 2013, 184, 196 f.

# Internationale Familienkonzerne – Die steuerrechtliche Perspektive

ULRICH PRINZ\*

## **I. Zum Thema: Vielfältige Grundstrukturen internationaler Familienkonzerne mit hoher Steuerrelevanz**

Der Begriff „Familienunternehmen“ beschreibt eine Vielzahl höchst unterschiedlicher Unternehmenstypen, bei denen familiäre Mitgestaltung maßgeblicher Unternehmensstrategien und grundlegender unternehmerischer Entscheidungen eine Art typusmäßigen Begriffskern darstellt<sup>1</sup>. „Familienunternehmen“ ist kein legal definierter Rechtsbegriff. Entsprechend soll in den folgenden Überlegungen als „Internationaler Familienkonzern“ ein europa- oder weltweit tätiges Familienunternehmen typusmäßig umschrieben werden.

### *1. Wesentliche Grundcharakteristika des „Internationalen Familienkonzerns“*

Als erstes prägendes Merkmal eines „internationalen Familienkonzerns“ ist festzuhalten: Es bestehen familiäre Eigentums-, gegebenenfalls auch Leitungsstrukturen mit verschachteltem nationalen/internationalen Beteiligungsbesitz, der rechtlich „kunterbunt“ strukturiert ist. Als ausländische Legaleinheiten werden Kapitalgesellschaften, Betriebsstätten oder auch Personengesellschaften verwendet. Letztere haben international aber deutlich weniger Verbreitung als in Deutschland. Die Einordnung ausländischer Rechtsformen aus deutscher steuerlicher Sicht erfolgt nach den Grundsätzen des sogenannten Typenvergleichs. Auch wird in der Praxis im EU-Raum mitunter eine „deutsche“ GmbH mit ausländischem Verwaltungssitz (§ 4a GmbHG) verwendet. Die faktische oder rechtliche Konzernierung entsteht durch „einheitliche Leitung“ der Tochter- und Enkelgesellschaften durch das familiengeprägte Mutterunternehmen oder

durch dessen unmittelbaren/mittelbaren beherrschenden Einfluss<sup>2</sup>. Der ausländische Beteiligungsbesitz kann sich in der EU beziehungsweise dem EWR befinden – mit den garantierten europäischen Grundfreiheiten und DBA-Schutz – oder in Drittstaaten (mit/ohne DBA). Eine ertragsteuerliche Konzernierung mit einer Art „Ergebnispooling“ (Verrechnung von Gewinnen und Verlusten im Organkreis) ist nur über das Instrumentarium der Organshaft im Inland möglich. Dabei sind nur Kapitalgesellschaften organschaftsfähig, Organträger kann aber auch eine Personengesellschaft sein. Die Steuerbelastung der Legaleinheiten im Ausland wird entweder im Wege der inländischen Steuerfreistellung (gegebenenfalls mit Progressionsvorbehalt) oder mittels Steueranrechnung berücksichtigt (Vermeidung einer Doppelbesteuerung, gegebenenfalls auch einer Nichtbesteuerung).

Zum zweiten grundcharakteristischen Merkmal: Häufig ist an der Unternehmensspitze des internationalen Familienkonzerns eine Personengesellschaft anzutreffen, die hohe Freiheitsgrade für familiären Einfluss belässt, Haftungsbegrenzungen erlaubt und zudem Erleichterungen bei der Rechnungslegung, Mitbestimmung und Ähnlichem bietet. Mitunter bestehen finanzierungsbedingte Kapitalmarkterfordernisse, sodass eine KGaA als „hybride Mischform“ oder eine AG/SE & Co. KG an der Unternehmensspitze anzutreffen ist. Im Gesellschafterkreis oberhalb der Konzernspitze sind häufig gesellschaftsrechtliche „Stammesstrukturen“ ohne freie Verfügbarkeit der Beteiligungsanteile vorzufinden. Traditionell spielen bei der Verwendung von Personengesellschaften im „höchstpersönlichen Gesellschafterbereich“ angesiedelte erbschaft- und schenkungsteuerliche Aspekte eine wichtige Rolle.

In typusmäßiger Betrachtung lassen sich die alternativen Rechtsstrukturen eines internationalen Familienkonzerns wie folgt veranschaulichen:

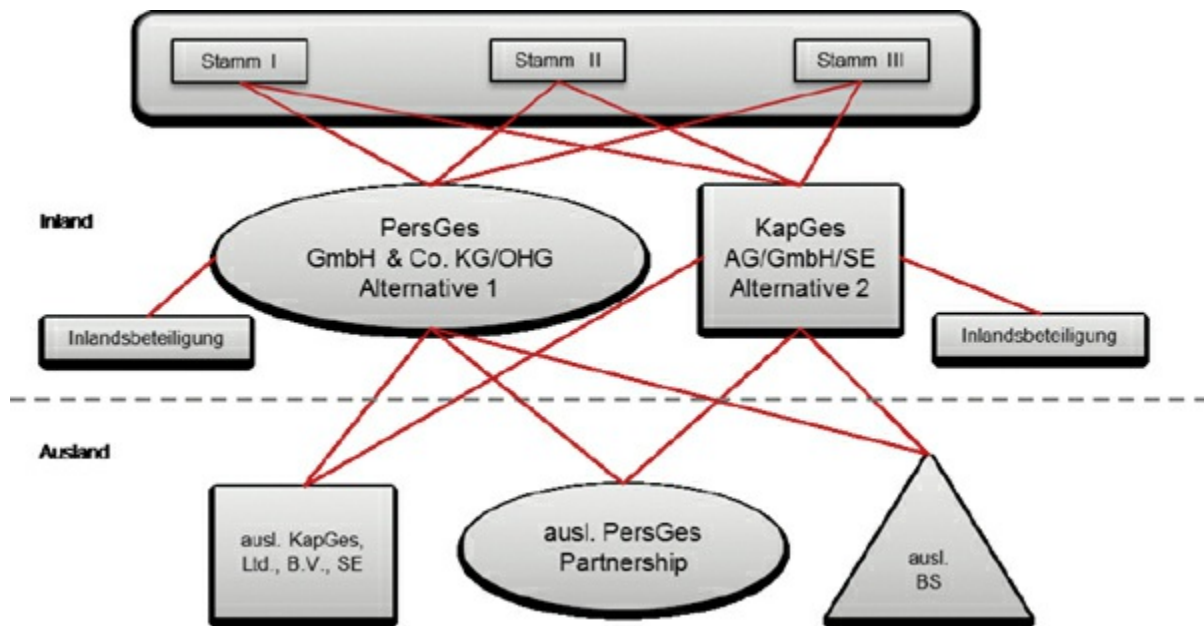


Abb. 1.

## 2. Steuerliche Rechtsformunterschiede an der Unternehmensspitze

Steuerliche Optimierungsfragen sind häufig „Treiber“ der nationalen/internationalen Rechtsstruktur des Familienkonzerns<sup>3</sup>. Im Folgenden sollen Ertragsteuerfragen des internationalen Familienkonzerns in den Mittelpunkt gestellt werden. Als wegweisende Grundunterscheidung ist festzuhalten: Personengesellschaften unterliegen einer ausschüttungsunabhängigen transparenten Mitunternehmerbesteuerung bei progressivem Einkommensteuertarif, zusätzlicher Gewerbesteuer, aber pauschalierter Gewerbesteueranrechnung (§ 35 EStG) sowie der antragsgebundenen Möglichkeit zu einer komplexen Thesaurierungsbegünstigung (§ 34a EStG mit einem „schedulingierten“ Sondersteuersatz von 28,25% und Nachbelastung bei späterer Entnahme). Die Kapitalgesellschaft wird dagegen von ihren Gesellschaftern getrennt besteuert, was einen „Drittvergleichstest“ mittels der Grundsätze „verdeckter Gewinnausschüttung/verdeckter Einlage“ erfordert. Die Belastung der Körperschaft mit Körperschaftsteuer und hebesatzabhängiger Gewerbesteuer liegt mit durchschnittlich 30% deutlich unter den einkommensteuerlichen Spitzenbelastungen. Eine „Nachbelastung“ an die Anteilseigner erfolgt erst bei Durchführung von Gewinnausschüttungen (Geltung der 25%igen Abgeltungsteuer beziehungsweise des Teileinkünfteverfahrens).

Zur Veranschaulichung dieser wichtigen Rechtsformunterschiede zwei Beispiele:

**Beispiel 1:** Schüttet eine ausländische Kapitalgesellschaft ihre Gewinne an eine Personengesellschaft an der Spitze des Familienkonzerns aus, so erfolgt eine Teileinkünftebesteuerung mit 60% der erlangten Bezüge bei den Mitunternehmern (natürliche Personen) nach Maßgabe des progressiven Einkommensteuertarifs (§ 15 Abs. 1 [S. 1](#) Nr. 2 i.V.m. § 3 Nr. 40 EStG). Gewerbesteuerlich wird meist das internationale Schachtelprivileg des § 9 Nr. 7, Nr. 8 GewStG zur Anwendung gelangen. Im Zusammenhang mit der Auslandsbeteiligung entstehende Aufwendungen sind teilabzugsgesperrt gemäß § 3c Abs. 2 EStG. Schüttet dieselbe ausländische Kapitalgesellschaft ihre Gewinne dagegen an eine Kapitalgesellschaft an der Konzernspitze aus, so greift die 95%ige Steuerfreistellung des § 8b Abs. 1, Abs. 5 KStG ein, falls kein sogenannter Streubesitz vorliegt und das sogenannte Korrespondenzprinzip nicht zur Anwendung gelangt. Das gewerbesteuerliche Schachtelprivileg gilt auch hier. Eine Besteuerung der Familiengesellschafter erfolgt erst bei „Weiterausschüttung“ an die Anteilseigner. Solange die Kapitalgesellschaft die ihr zuzurechnenden Gewinne thesauriert, entstehen deutliche Belastungsvorteile der Kapitalgesellschaftsstruktur, zumal die Thesaurierungsrücklage bei Personengesellschaften in der Praxis nicht einfach zu handhaben ist. Auch bei Personengesellschaften an der Unternehmensspitze sind daher häufig Kapitalgesellschaften „vorgesaltet“, um einer vollständig transparenten Besteuerung im Hinblick auf den Beteiligungsbesitz zu entgehen.

**Beispiel 2:** Eine „Typenvermischung“ auch in steuerlicher Hinsicht lässt sich mit der Rechtsform einer KGaA erreichen (§ 278 AktG), bei der als Vollhafter natürliche Personen, Personengesellschaften oder auch eine haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaft fungieren kann. Es handelt sich um eine sogenannte hybride Mischform, die an der Konzernspitze einen Kapitalmarktzugang eröffnet. Aus steuerlicher Sicht unterliegt die KGaA als Kapitalgesellschaft der Körperschaftsteuer (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG). Die Gewinnanteile der persönlich haftenden Gesellschafter unter Einschluss der sogenannten Sondervergütungen werden dagegen „wie bei einem Mitunternehmer“ erfasst (§ 15 Abs. 1 [S. 1](#) Nr. 3 EStG). Dies bewirkt steuerliche Chancen und Risiken zugleich. Die Abgrenzung der

Körperschaftsphäre vom Mitunternehmerbereich bereitet in der Praxis Probleme<sup>4</sup>. Zwei bedeutsame Teilaspekte sollen genannt werden: So hat der BFH in seinem Urteil vom 19.05.2010<sup>5</sup> das volle DBA-Schachtelprivileg für französische Dividendeneinnahmen einer KGaA anerkannt, auch soweit sie auf eine Personengesellschaft mit natürlichen Personen als persönlich haftenden Gesellschaftern entfallen. Bewirkt wurde damit eine partielle steuerfreie Vereinnahmung von Dividenden durch die persönlich haftenden Gesellschafter ohne „Nachbelastung“ im Zuge des Teileinkünfteverfahrens. Wegen der vom Fiskus befürchteten Steuerausfälle wurde daraufhin der Gesetzgeber tätig und hat mit § 50d Abs. 1 S. 11 EStG eine rechtsprechungsbrechende Gesetzesänderung nach Maßgabe des „*beneficial ownership concept*“ eingeführt, und zwar mit Wirkung für Zahlungen, die nach dem 30. Juni 2013 erfolgen (sogenannter *Treaty Override*). Weiterhin können sich bei einer KGaA auch im Hinblick auf die Gewerbesteuer eine Reihe von Abgrenzungsfragen ergeben, weil bestimmte Gewinnanteile der persönlich haftenden Gesellschafter dem KGaA-Ergebnis hinzuzurechnen sind (§ 8 Nr. 4 GewStG, Kürzung für Verluste gemäß § 9 Nr. 2b GewStG). Der gesamte Gewerbeertrag von persönlich haftenden Gesellschaftern und Kommanditaktionären wird deshalb bei der KGaA selbst gewerbesteuerlich versteuert. Allerdings sind die gewerbesteuerlich zu erfassenden Gewinnbestandteile im Detail nicht mit den Vorgaben des § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG, § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG abgestimmt. Dies schafft steuerungspraktische Rechtsunsicherheit.

Neben den Ertragsteueraspekten ist häufig auch die Erbschaft- und Schenkungsteuer „Mitauslöser“ für Strukturierungsüberlegungen in Familienkonzernen. So gilt etwa nach derzeitigem (verfassungswidrigen) „Erbschaftsteuerrecht 2009“<sup>6</sup> die Betriebsvermögensbegünstigung bei Kapitalgesellschaften nur bei Einhaltung der 25%igen Beteiligungsgrenze mit Poolungsmöglichkeiten, nicht dagegen bei Mitunternehmerschaften. Gesellschafterinteresse und Unternehmensinteresse können gerade bei Strukturierungsüberlegungen im Hinblick auf die Erbschaftsteuer auseinanderlaufen. Schließlich erfordert der sogenannte Verwaltungsvermögenstest in seiner bisherigen Ausgestaltung (§ 13b ErbStG) und mit der komplexen Unterscheidung zwischen „gutem“ und „schädlichem“ Vermögen eine vollständige Durchleuchtung der

Konzernstruktur. Dies muss dann jeweils stichtagsbezogen nach Maßgabe des konkreten Erbschaft- oder Schenkungsteuerdatums durchgeführt werden, was letztlich einen erheblichen Administrationsaufwand erfordert und damit verbundene Kosten auslöst. Insoweit hat eine komplexe Schenkungsteuerplanung in Familienkonzernen einen erheblichen „Preis“. Der Gesetzgeber muss die verfassungswidrigen Teile des zunächst weitergeltenden Erbschaft- oder Schenkungsrechts bis zum 30. Juni 2016 beseitigen.

### *3. Steuerliche Internationalisierungsstrategien*

Eine Rechtsformneutralität der Besteuerung gibt es weder im Inland noch im Ausland. Die „Gestaltungskunst“ liegt deshalb darin, eine optimierte Aufbaustruktur des internationalen Familienkonzerns zu bewerkstelligen, die nicht zuletzt – aber sicher auch nicht ausschließlich – das Steuerbelastungsniveau in der Gruppe insgesamt mitberücksichtigen muss. Dies schließt die Steueroptimierung von Dividendenrouten, Verrechnungspreisen, Finanzierungs-gestaltungen, Lizenzierungen bis hin zu Arbeitnehmerentsendungen ein. Natürlich müssen daneben auch die betrieblichen und organisatorischen Abläufe in Familienkonzernen in die Optimierungsüberlegungen einbezogen werden<sup>7</sup>. In Anbetracht der gewerbesteuerlichen Hebesatzunterschiede in Deutschland – der Mindesthebesatz beträgt gemäß § 16 Abs. 4 GewStG 200% – werden zunehmend auch sogenannte Gewerbesteuer-oasen für lokal verlagerbare Geschäftsaktivitäten (etwa die Lizenzierung von Patenten) genutzt<sup>8</sup>.

Im Übrigen ist die Aufbaustruktur des Familienkonzerns für etwaige Steuerfolgen einer Internationalisierung des Gesellschafterkreises entscheidend<sup>9</sup>. Ein Beispiel: Ist etwa die Konzernspitze als Kapitalgesellschaft strukturiert, so kann beim Anteilseigner eine Wegzugsteuer gemäß § 6 AStG ausgelöst werden. Eine zinslose Stundung des entstehenden deutschen Steueranspruchs ist nur bei einem Wegzug im EU/EWR-Raum möglich. Ist die Konzernspitze dagegen als Personengesellschaft strukturiert, so erfolgt eine gewinnrealisierende Entstrickung nur bei Fehlen einer doppelbesteuerungsrechtlichen Betriebsstätte (§ 4 Abs. 1 S. 3, 4 EStG). Denn sofern beispielsweise eine Holding-Personengesellschaft im Inland eine Betriebsstätte unterhält (Art.

7 OECD-MA), wird das inländische Besteuerungsrecht trotz des persönlichen Gesellschafterwegzugs weder beendet noch eingeschränkt. Nicht ausreichend ist allerdings eine bloße Gepräge-Personengesellschaft, die ausschließlich vermögensverwaltende Tätigkeiten ausübt. Denn die Rechtsprechung erkennt insoweit trotz gewerblicher Einkünfte die doppelbesteuerungsrechtliche Unternehmenstätigkeit nicht an, was Entstrickungsfolgen nach sich zieht. Wegen anderweitiger Beurteilung durch die Finanzverwaltung in früherer Zeit wurde § 50i EStG als inländische *Treaty Override*-Regelung zur Sicherstellung inländischen Besteuerungszugriffs trotz Wegzugs mit völlig überbordenden Rechtsfolgen in Umstrukturierungsfällen geschaffen<sup>10</sup>. Im umgekehrten Fall eines Gesellschafterzuzugs ergeben sich entsprechende Verstrickungsfolgen. Man sieht: Die rechtsförmliche Struktur der Konzernspitze und deren funktionale Ausgestaltung ist auch bei einer Internationalisierung des Gesellschafterkreises von besonderer Bedeutung.

## **II. Ausgewählte Strukturierungsfragen internationaler Familienkonzerne**

### *1. Ergebnispooling im Familienkonzern durch ertragsteuerliche Organschaft*

Ein in weltweit tätigen Familienkonzernen häufig genutztes Gestaltungsinstrument ist die ertragsteuerliche Organschaft, deren Wirkungen zwar in den letzten Jahren behutsam internationalisiert, im Wesentlichen aber auf das Inland beschränkt sind. Organschaften führen häufig zu Verlustnutzungs-, Finanzierungs- und Administrationsvorteilen. Haftungsverbund und Verlustübernahmeverpflichtungen der Muttergesellschaft sind die „Schattenseiten“. Rechtsgrundlage dafür sind die §§ 14 bis 19 KStG mit den Erfordernissen einer finanziellen Eingliederung, eines qualifizierten, auf mindestens fünf Jahre abgeschlossenen Gewinnabführungsvertrags sowie § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG, wonach die Organgesellschaft – bei identischen Tatbestandsvoraussetzungen wie bei der Körperschaftsteuer – als Betriebsstätte des Organträgers gilt<sup>11</sup>. Durch das Erfordernis des Gewinnabführungsvertrages besteht eine enge Verbindung zum Gesellschaftsrecht, die zu wechselseitigen Einflüssen führt und



„Verzerrungen“ in die eine oder andere Richtung bewirkt. Das ertragsteuerliche Organschaftsrecht und das „Gesellschaftsrecht der Unternehmensverträge“ (§§ 291 ff. AktG) weist zwar vielfältige Verbindungen auf, insgesamt harmonisiert ist dieser Konzernrechtsbereich aber nicht. Das ertragsteuerliche Organschaftsrecht entfaltet vielmehr jenseits des Zivilrechts selbst bei tatbestandssymmetrischen Voraussetzungen ein „teleologisches Eigenleben“.

Bei einer Personengesellschaft als Organträger mit internationalem Mitunternehmerkreis und internationalem Beteiligungsbesitz treten eine Reihe von schwierigen Sonderfragen auf, die steuerlich sorgsam analysiert, strukturiert und hinsichtlich der weiteren Durchführung „überwacht“ werden müssen<sup>12</sup>. Im Folgenden sollen organschaftsbezogene Strukturierungsfragen eines Familienkonzerns an drei Beispielen illustriert werden.

## *2. Internationales Organschaftsmodell mit Personengesellschaft an der Unternehmensspitze (Österreich-Struktur)*

Bei einem international tätigen Familienunternehmen besteht im Ausgangspunkt eine personengesellschaftsbezogene Doppelstockstruktur, die aus einer inländischen operativ tätigen GmbH & Co. KG und einer österreichischen Kommanditgesellschaft (ggf. auch einer anderweitigen ausl. Personengesellschaft) besteht. Wegen der Administrations- und Steuernachteile der „reinen“ Doppelstockstruktur erfolgt eine Optimierung in zwei Schritten: Im ersten Schritt wird die österreichische Kommanditgesellschaft zu Buchwerten in eine inländische „Vorschalt“-GmbH eingebracht (§ 20 UmwStG). In einem zweiten Schritt wird diese Vorschalt-GmbH dann mittels Organschaft mit der operativ tätigen GmbH & Co. KG verbunden. Dies erfordert neben der finanziellen Eingliederung den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags zwischen Vorschalt-GmbH und operativ tätiger GmbH & Co. KG. Anstelle einer Vorschalt-GmbH könnte auch jegliche andere Kapitalgesellschaftsform (etwa eine SE oder AG) Verwendung finden.

Veranschaulichen lässt sich dies wie folgt:

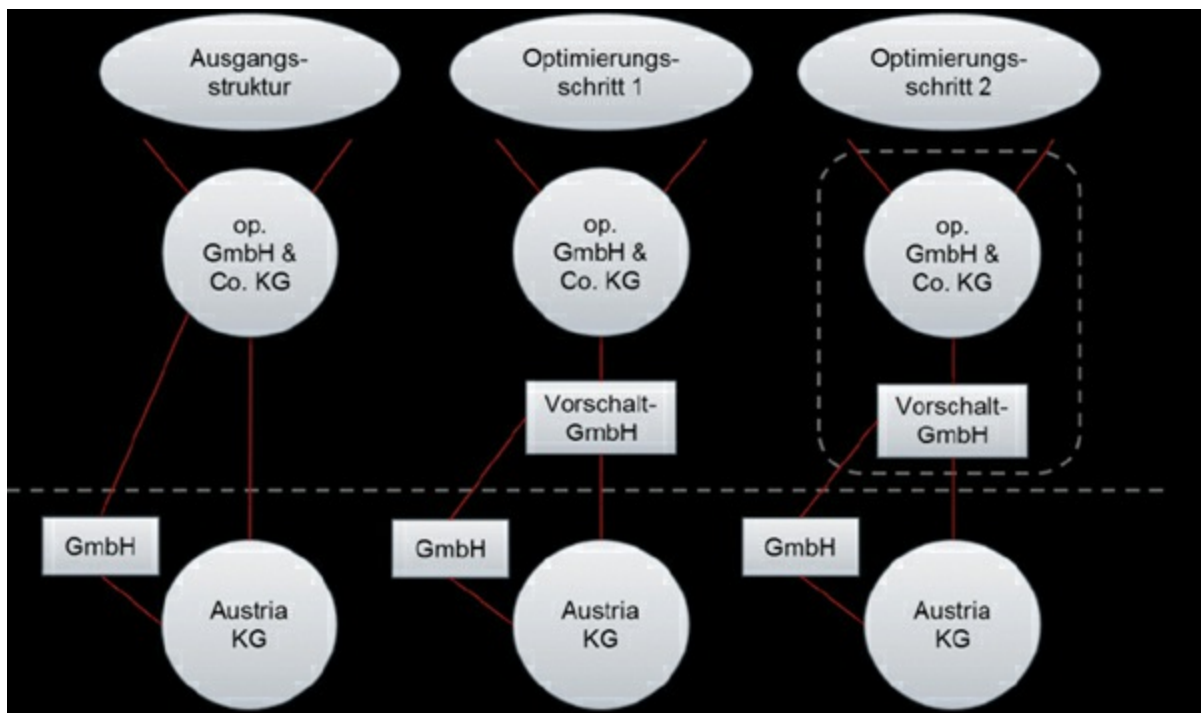


Abb. 2.

In der Ausgangsstruktur werden die Einkünfte der österreichischen Personengesellschaft nach Transparenzgrundsätzen von den Mitunternehmern der inländischen operativen GmbH & Co. KG im Rahmen der beschränkten österreichischen Steuerpflicht erfasst. Zu diesem Zweck müssen die inländischen Mitunternehmer jeweils österreichische Einkommensteuererklärungen im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht abgeben. Die Einkommensteuerspitzenbelastung in Österreich beträgt derzeit bis zu 50%; seit dem 01. Januar 2016 ist für Einkünfte über 1 Mio. Euro ein Spitzensteuersatz von 55% vorgesehen. Da die ausländische Personengesellschaft nach dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Deutschland und Österreich keine eigenständige Abkommensberechtigung hat, wird auf die Mitunternehmer der inländischen operativen GmbH & Co. KG abgestellt. Insoweit erfolgt bei inländischen Mitunternehmern der Doppelstock-KG eine Freistellung in Deutschland unter Progressionsvorbehalt (Art. 23 Abs. 1a DBA Österreich).

Im **Optimierungsschritt 1** wird die inländische Vorsicht-GmbH Gesellschafter der österreichischen Personengesellschaft. Damit unterliegen die Ergebnisse der österreichischen KG der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht in Höhe von 25% in Österreich. Eine zusätzlich anfallende Gewerbesteuer existiert in Österreich nicht. Zur Sicherstellung

der Abkommensberechtigung der Vorschalt-GmbH wird allerdings eine funktionsadäquate Ausgestaltung vorausgesetzt. Andernfalls könnten die jeweiligen Betriebsstätteneinkünfte der österreichischen KG direkt den „Naturalgesellchaftern“ in Deutschland zugerechnet werden. Eine funktionsgerecht ausgestaltete Vorschalt-GmbH als Mitunternehmer der österreichischen KG hat also zwei Vorteile: Zum einen wird die Gewinnbesteuerung auf 25% Körperschaftsteuer begrenzt, zum anderen muss für den österreichischen Mitunternehmer lediglich eine Körperschaftsteuererklärung im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht erstellt werden. Die Mitunternehmer der inländischen operativen GmbH & Co. KG bleiben dabei im Rahmen der steuerlichen Erfassung der österreichischen KG „außen vor“. Erst wenn die Vorschalt-GmbH die im Rahmen der Mitunternehmerstellung erzielten Einkünfte an die inländische operative GmbH & Co. KG ausschüttet, werden die zunächst im Inland freigestellten Auslandseinkünfte durch eine Teileinkünftebesteuerung nachbelastet. Insoweit werden die im Inland steuerfreien Auslandseinkünfte auf inländisches Steuerbelastungsniveau „hochgeschleust“.

Aus diesem Grund könnte sich im Einzelfall **Optimierungsschritt 2** empfehlen. Danach wird die Vorschalt-GmbH in einen körperschaftsteuerlichen/gewerbsteuerlichen Organkreis mit der inländischen GmbH & Co. KG „eingebunden“. Da die Sonderregelung des § 15 S. 1 Nr. 2 KStG nur § 8b KStG-Einkünfte erfasst, also nicht auf ausländische Betriebsstätteneinkünfte anwendbar ist, bleiben die Auslandseinkünfte im Inland unter Progressionsvorbehalt freigestellt und werden über den Gewinnabführungsvertrag bis zu den natürlichen Personen als Mitunternehmer „weitergereicht“. Damit wirkt letztlich nur die österreichische 25%ige Steuerbelastung definitiv. Das Beispiel verdeutlicht, wie bei einer inländischen Personengesellschaft-Konzernspitze eine Steueroptimierung für ausländische Betriebsstätteneinkünfte mittels Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft erreicht werden kann. Dies betrifft letztlich nicht nur operativ tätige ausländische Personengesellschaften und Betriebsstätten, sondern kann auch für Innengesellschaften beispielsweise in Gestalt einer atypisch stillen Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft eingesetzt werden. Unter international steuerlichen Aspekten vermittelt

eine solche Personengesellschaft jeweils anteilige Betriebsstätteneinkünfte für die inländischen Mitunternehmer.

### 3. „Gefahren“ bei einer Holding-Personengesellschaft als Organträger mit Auslandsbezug

Viele Familienholding-Personengesellschaften verfügen mittlerweile über einen „gemischten Mitunternehmerkreis“ mit Inlands- und Auslandsgeschaftern. Bei einer solchen Struktur kommt zum einen der Ausgestaltung der Familienholding-Personengesellschaft besondere Bedeutung zu. Zum anderen wird man sich hinsichtlich des inländischen Beteiligungsbesitzes der Personengesellschaft gut überlegen müssen, ob eine ertragsteuerliche Organschaft begründet werden sollte. Der Gewinnabführungsvertrag kann zwar zu einer gewollten Ergebnispoolung beitragen, hat aber naturgemäß die Durchbrechung der Haftungsabschottung einer Kapitalgesellschaft zur Folge. Die Vor- und Nachteile einer solchen Organschaftsstruktur wird man deshalb nicht zuletzt auch für gesellschaftsrechtliche und steuerliche Planungszwecke eingehend prüfen müssen<sup>13</sup>.

Zur Verdeutlichung der denkbaren Problemfelder einer solchen Personengesellschafts-Organschaftsstruktur folgendes Beispiel:

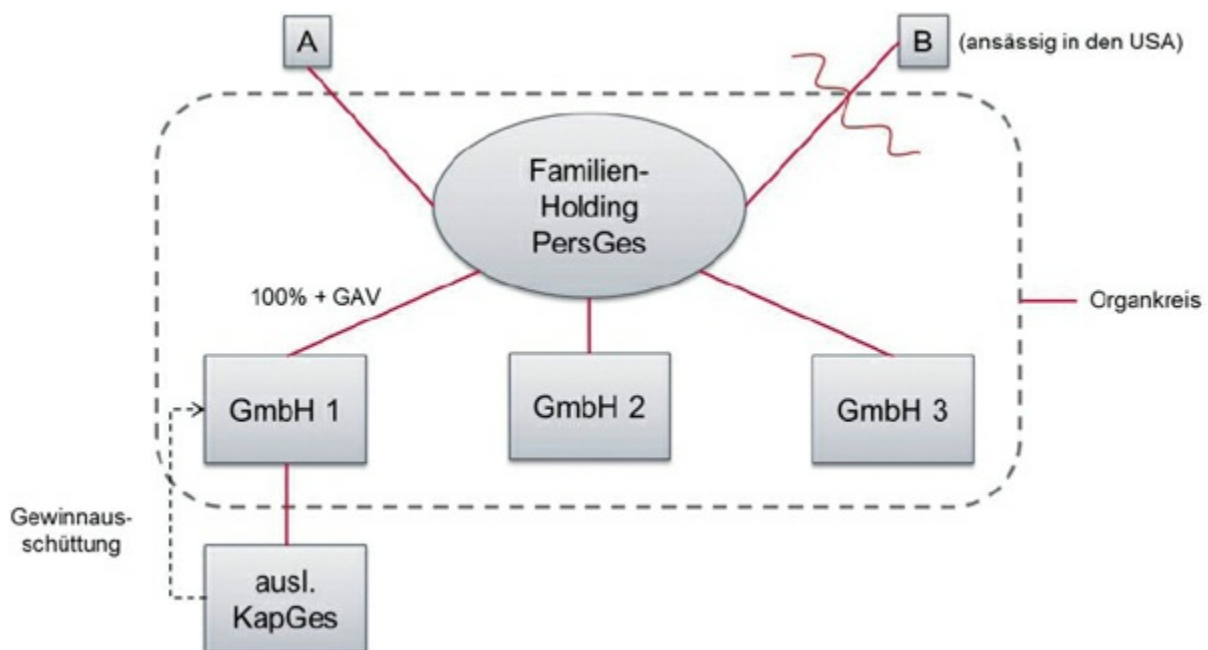


Abb. 3.

Während der Mitunternehmerkreis A der Familienholding-Personengesellschaft im Inland lebt, verfügt der Mitunternehmerkreis B über eine doppelte Staatsbürgerschaft (deutsche und US-Staatsbürgerschaft) und ist teils im Inland, teils in den USA ansässig. Im Wesentlichen entstehen bei einer solchen Legalstruktur eines internationalen Familienkonzerns „drei Problemfelder“.

**Problemfeld 1:**  *Holding-Personengesellschaft als wirksamer Organträger gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KStG.* Eine Holding-Personengesellschaft kann nur dann wirksamer Organträger gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KStG sein, wenn eine originär gewerbliche Tätigkeit ausgeübt wird und sich die Beteiligungen an den Tochtergesellschaften im Gesamthandsvermögen der Personengesellschaft befinden. Eine gewerblich geprägte Vermögensverwaltungs-KG reicht ebenso wenig aus wie eine bloße „Gewerblichkeitsinfektion“. Diese rechtsformbezogenen Verschärfungen der Anforderungen an eine Personengesellschaft als Organträger liegen in der Abschaffung der früheren sogenannten „Mehrmütterorganschaft“ seit dem Jahre 2003 begründet. Vorsicht ist geboten, wenn im Zusammenhang mit dem Organträger und/oder der Organgesellschaft atypisch stille Beteiligungen installiert werden; für typisch stille Beteiligungen gilt dies nicht. Die Finanzverwaltung geht in ihrem BMF-Schreiben vom 20. August 2015<sup>14</sup> davon aus, dass eine atypisch stille Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft sowohl den Organträger- wie auch den Organgesellschaftsstatus zerstört. Lediglich für bereits bestehende, ertragsteuerlich anerkannte Organschaften mit atypisch Stillen soll eine steuerliche Anerkennung im Wege der Billigkeit und aus Gründen des Vertrauensschutzes begrenzt auf den Organträger möglich sein. Die von der Finanzverwaltung vertretene Rechtsauffassung ist meines Erachtens deutlich zu pauschal, muss aber dessen ungeachtet für Gestaltungen berücksichtigt werden<sup>15</sup>.

**Problemfeld 2:**  *Verluste der Holding-Personengesellschaft oder im Organkreis bei Auslandsberührung.* Bei ausländischen Mitunternehmern, ausländischen Konzerneinheiten und steuerlichen Verlusten im Organkreis ist die Sondernorm des § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 KStG zu beachten. Sie wurde durch die sogenannte „Kleine Organschaftsreform“ vom 20. Februar 2013 verschärft, enthält ein umfassend ausgestaltetes Verbot „doppelter Verlustnutzung“ und gilt zudem für alle offenen Fälle. Immer

dann, wenn im Organkreis des Familienkonzerns steuerliche Verluste entstehen, die potentiell auch im Ausland nutzbar sind, – hier konkret im Rahmen der amerikanischen Steuerveranlagung von B –, besteht möglicherweise Handlungsbedarf. Meines Erachtens sollten von § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 KStG letztlich nur Gestaltungen von nach Deutschland importierten Verlusten erfasst werden. Ein Verlustexport kann eigentlich nur im Ausland Abwehrmaßnahmen auslösen. Die Rechtslage ist prekär, weil eine Verwaltungsanweisung zu § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 KStG bislang nicht existiert<sup>16</sup>.

**Problemfeld 3:** *Gewinnausschüttungen der ausländischen Kapitalgesellschaft.* Schüttet eine inländische/ausländische Kapitalgesellschaft ihre Gewinne an eine Organgesellschaft aus, bei deren Organträger nur natürliche Personen als Mitunternehmer auftreten, kommt die Steuerbefreiungsnorm des § 8b Abs. 1, Abs. 5 KStG nicht zur Anwendung. Obgleich die Gewinnausschüttung bei einer Kapitalgesellschaft „ankommt“, wird wegen der Zurechnung des Einkommens zum Organträger via Gewinnabführungsvertrag das für natürliche Personen geltende Besteuerungsregime für Gewinnausschüttungen – nämlich die Teileinkünftebesteuerung – angewandt (§ 15 S. 1 Nr. 2 KStG). Hinsichtlich des gewerbsteuerlichen Schachtelprivilegs gemäß § 9 Nr. 2a, Nr. 7, Nr. 8 GewStG ist nach der Rechtsprechung des BFH ein „Sondereffekt“ zu beachten. Denn laut BFH-Entscheidung vom 17. Dezember 2014<sup>17</sup> kommt im gewerbsteuerlichen Organkreis infolge der sogenannten Bruttomethode eine volle Schachtelprivilegierung ohne die 5%ige Hinzurechnung nicht abziehbarer Betriebsausgaben hinzu; ggf. ist dann die Abzugssperre des § 3c Abs. 1 EStG anwendbar.. Allerdings ist zu erwarten, dass diese „5%-Lücke“ durch den Gesetzgeber auf Betreiben der Finanzverwaltung geschlossen wird. Wichtig ist: Diese Sondereffekte der ertragsteuerlichen Organschaft müssen bei der Ausschüttungsstrategie im internationalen Familienkonzern Berücksichtigung finden. Gegebenenfalls empfiehlt sich eine *stand alone*-Lösung für GmbH 1, die dann zur Optimierung der Ausschüttungsrouten nicht in den ertragsteuerlichen Organkreis eingebunden wird.

#### 4. Grenzüberschreitende Gewinnabführung bei doppelt ansässigen Kapitalgesellschaften

Im Hinblick auf die Schaffung von Organschaftsstrukturen bei EU/EWR-Gesellschaften mit divergierendem Satzungs- und Verwaltungssitz oder Drittstaatengesellschaften mit inländischer Betriebsstätte sind zwei Grundkonstellationen zu unterscheiden, die wegen der „Kleinen Organschaftsreform“ vom 20. Februar 2013 steuerlich möglich sind, gegebenenfalls aber gesellschaftsrechtlich und faktisch an Grenzen stoßen.

a) Inboundstruktur mit ausländischer Konzernmutter (§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 4-7 KStG)

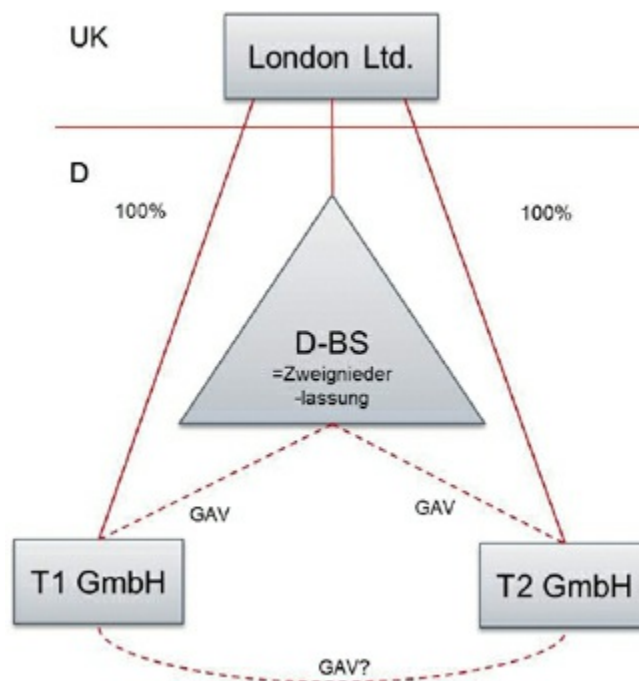


Abb. 4.

Im Ausgangspunkt verfügt eine ausländische Konzernmutter („Spitzeneinheit“ einer ausländischen Familiengruppe in EU/EWR oder auch Drittstaat) über zwei körperschaftlich strukturierte Inlandsbeteiligungen, deren Ergebnisse über eine Organschaft gepoolt werden sollen. Dies ist im Ergebnis nur möglich, wenn die Organbeteiligungen einer inländischen Betriebsstätte des Organträgers (nach § 12 AO und Doppelbesteuerungsrecht) zuzurechnen sind. Dieses durch den Gesetzgeber neu kreierte Betriebsstättenerfordernis bereitet insbesondere Probleme bei inländischen Personengesellschaften beziehungsweise Betriebsstätten eines ausländischen Stammhauses oder mit beherrschenden ausländischen Gesellschaftern. Letztlich ist eine

funktionale Zuordnung der Beteiligungen zur inländischen Betriebsstätte sicherzustellen, was von der Finanzverwaltung mittlerweile sehr kritisch geprüft wird. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob – wie früher von § 18 KStG a.F. verlangt – ausdrücklich die inländische Betriebsstätte den Gewinnabführungsvertrag mit den beiden GmbHs abschließen sollte oder ob dies zukünftig direkt über die ausländische Muttergesellschaft erfolgen muss. Im Ergebnis sollte beides möglich sein, da es letztlich nur auf die tatsächlich funktionale Zuordnung der beiden Tochter-GmbHs zur inländischen Betriebsstätte ankommt. Schließlich ist nach der *SCA Group Holding BV*-Entscheidung des EuGH vom 12. Juni 2014 auch denkbar, dass ein „horizontaler Gewinnabführungsvertrag“ zwischen den beiden Tochter-GmbHs abgeschlossen wird. Der EuGH hatte dies für einen niederländischen Fall zur Sicherstellung der Diskriminierungsfreiheit verlangt. Aus deutscher steuerlicher Sicht dürfte ein solcher Gewinnabführungsvertrag gesellschaftsrechtlich zwar zulässig sein, letztlich aber nach geltendem Recht keine wirksame Organschaft begründen, da insoweit neben dem Gewinnabführungsvertrag eine finanzielle Eingliederung der beiden GmbHs in die Betriebsstätte der London Limited nach Maßgabe der jeweiligen Stimmrechte verlangt wird. Ein solches hierarchisches Über- und Unterordnungsverhältnis wird durch den horizontalen Gewinnabführungsvertrag letztlich nicht bewirkt. Allerdings stellt sich die Frage, ob der deutsche Steuergesetzgeber eine solche Öffnung des Organschaftsrechts unter unionsrechtlichen Aspekten vornehmen sollte oder gar müsste. Die Frage ist derzeit nicht abschließend geklärt<sup>18</sup>.

b) Outboundstruktur mit inländischer Konzernmutter (§§ 14 Abs. 1 S. 1, 17 Abs. 1 S. 1 KStG)

Der früher geltende sogenannte „doppelte Inlandsbezug“ für Organgesellschaften wurde durch die „Kleine Organschaftsreform“ vom 20.02.2013 nicht zuletzt auch wegen des Vertragsverletzungsverfahrens der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland rückwirkend für alle noch nicht bestandskräftigen Veranlagungen aufgehoben. Als Organgesellschaften kommen deshalb Körperschaften in Betracht, sofern sie ihre Geschäftsleitung im Inland haben und über einen Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR verfügen.



Drittstaatenkapitalgesellschaften sind dagegen nicht „organgesellschaftsfähig“. Gleiches gilt für Inlandskapitalgesellschaften mit ausländischer Geschäftsleitung. Offen bleibt trotz dieser Auslandsöffnung der ertragsteuerlichen Organschaft die Frage, ob und gegebenenfalls wie ein grenzüberschreitender Gewinnabführungsvertrag mit einer EU/EWR-Kapitalgesellschaft abgeschlossen werden kann. Dazu folgendes Beispiel:

Eine inländische Holdingpersonengesellschaft hält drei ausländische Kapitalgesellschaften (Österreich, Niederlande, USA), die jeweils über inländische Geschäftsleitungen verfügen. Die US-Delaware Ltd. ist mangels EU/EWR-Bezug nicht organgesellschaftsfähig. Bei der österreichischen / niederländischen KapGes kommt wegen der inländischen Geschäftsleitung eine Organschaft in Betracht. Fraglich ist, ob und gegebenenfalls wie der GAV mit der ausländischen Tochtergesellschaft abgeschlossen werden kann.

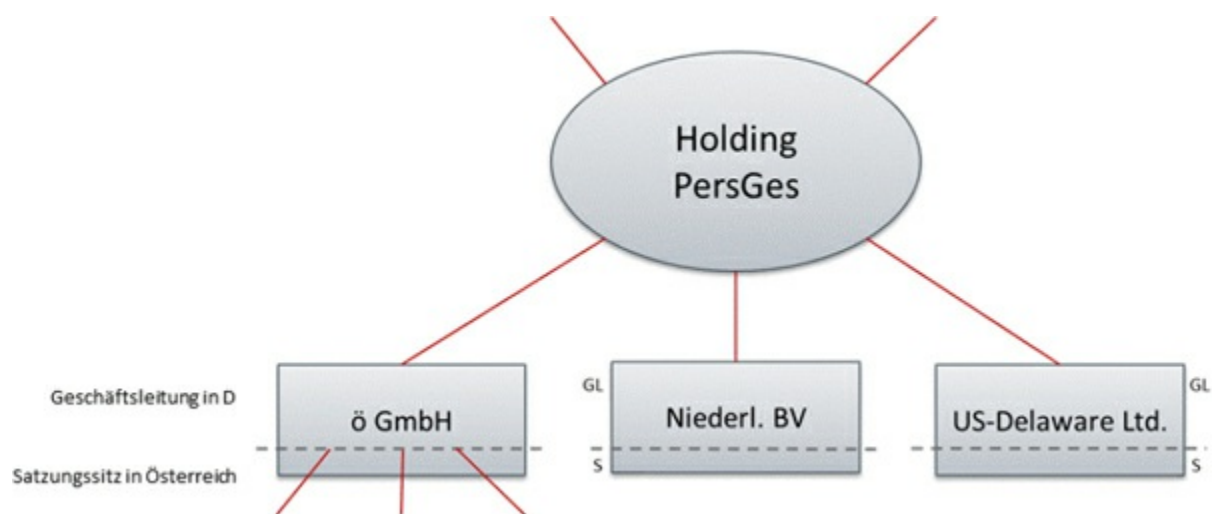


Abb. 5.

Grundsätzlich richtet sich in einem solchen Fall der Vertragsabschluss nach den Regelungen der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung der abhängigen Kapitalgesellschaften. Allerdings ist dort das Instrument des Gewinnabführungsvertrages in den meisten Fällen unbekannt. Die steuerlichen Vorschriften erlauben deshalb eine ertragsteuerliche Organschaft teilweise für Fälle, in denen das ausländische Recht Gewinnabführungsverträge gar nicht kennt. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein steuerwirksamer Gewinnabführungsvertrag mit rein schuldrechtlichen Konstruktionen

„nachmoduliert“ werden kann. Die dabei auftretenden Rechtsfragen sind letztlich derzeit noch ungeklärt<sup>19</sup>. Gegebenenfalls kann die neue EuGH-Entscheidung vom 02. September 2015 in der Sache *Groupe Steria SCA* (Frankreich-Fall) Impulse für die deutsche Rechtslage geben<sup>20</sup>.

### **III. Steuerchancen/Steuergefahren für internationale Familienkonzerne**

#### *1. Wichtige Rahmenbedingungen einer Internationalisierungsstrategie*

Eine kürzlich veröffentlichte Studie des ZEW vom 28. September 2015<sup>21</sup> kommt zu dem Ergebnis:

*„Insgesamt werden die steuerlichen Standortbedingungen für Unternehmen in Deutschland unattraktiver. In Deutschland steigt die effektive Steuerbelastung langsam, aber kontinuierlich an, während andere EU-Mitgliedstaaten die effektive Steuerbelastung erheblich senken.“* Diesen steuerlichen Standortnachteil versuchen viele international tätige Familienkonzerne dadurch abzumildern, dass sie im niedriger besteuerten Ausland Legaleinheiten für Produktions-, Vertriebs- und Finanzierungstätigkeiten begründen; gegebenenfalls werden ausländische *Shared Service Center* errichtet. Das deutsche Steuerrecht enthält dazu eine Reihe von „Abwehrinstrumenten“, wie etwa die Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG, die Zinsschranke zur Finanzierungskostenbegrenzung (§ 4h EStG, § 8a KStG) oder das neue AOA-Konzept zur funktionsadäquaten Verrechnungspreisgestaltung (einschließlich Funktionsverlagerung; § 1 AStG). All dies muss bei der steuerlichen Gestaltung eines internationalen Familienkonzerns beachtet werden. Zur Erlangung „steuerlicher Gestaltungssicherheit“ kann an die Einholung verbindlicher Auskünfte, tatsächlicher Verständigungen und *tax rulings* gedacht werden. Auch kommen internationale Abstimmungen in Gestalt von APAs (Advance Pricing Agreements) in Betracht.

#### *2. Offene Betriebsstättenfragen*

Zentrale Bedeutung für die steuerliche Behandlung eines Familienkonzerns im Ausland hat die Frage, ob durch die

Auslandsaktivitäten eine Betriebsstätte begründet wird. Dies würde einerseits ein ausländisches Besteuerungsrecht im Rahmen beschränkter Steuerpflicht auslösen, welches unter Umständen zu einer gegenüber Deutschland günstigeren Belastungswirkung führt, andererseits erfolgt im Inland gegebenenfalls eine DBA-Freistellung. Umgekehrt stellt sich für Auslandsgruppen, die Geschäftsaktivitäten in Deutschland vornehmen, die Frage der Begründung einer inländischen Betriebsstätte im Rahmen einer deutschen beschränkten Steuerpflicht (§ 49 Abs. 1 Nr. 2a EStG).

In- und ausländische Betriebsstätten sind in ihrem Grundverständnis unselbstständiger Bestandteil eines Stammhauses. Eine Betriebsstätte ist rechtlich nicht verselbstständigt. Besonderheiten gelten für in- oder ausländische Personengesellschaften, die im internationalen Steuerrecht als anteilige Betriebsstätten der Gesellschafter gelten. Die rechtliche Unselbstständigkeit der Betriebsstätte ist der tiefere Grund für die zahlreichen Abgrenzungsfragen. Wird eine ausländische Kapitalgesellschaft durch den inländischen Familienkonzern verwendet, so begründet das inländische Stammhaus üblicherweise keine eigene Betriebsstätte im Ausland.

Der innerstaatliche Betriebsstättenbegriff ist in § 12 AO definiert als „jede feste Geschäftseinrichtung oder Anlage, die der Tätigkeit eines Unternehmens dient“. Es werden exemplarisch Betriebsstättentypen aufgezählt, wie Geschäftsleitungsbetriebsstätte, Zweigniederlassung, Bau- und Montageausführungen und Ähnliches. Der doppelbesteuerungsrechtliche Betriebsstättenbegriff des Art. 5 OECD-Musterabkommen ist für Verteilungszwecke ergänzend heranzuziehen; üblicherweise ergeben sich Einschränkungen zum inländischen Betriebsstättenbegriff. Sonderregelungen bestehen für sogenannte Vertreterbetriebsstätten. Die Erfolgs- und Vermögenszuordnung zu einer Betriebsstätte in Abgrenzung zum Stammhaus folgt nach dem neuen Konzept des OECD-Musterabkommen 2010 einer weitreichenden Selbstständigkeitsfiktion, die die steuerliche Behandlung einer Betriebsstätte der einer eigenständigen Tochterkapitalgesellschaft annähert. Man spricht vom sogenannten AOA (Authorised OECD Approach). Fremdüblich ausgestaltete Leistungsbeziehungen zwischen Stammhaus und Betriebsstätte werden dabei als *Dealings* anerkannt. Die in jüngerer Zeit in der Konzeption der OECD angestrebte steuerliche

Verselbstständigung der Betriebsstätte unter Berücksichtigung ihrer Funktionen, der dort eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken wurde zwischenzeitlich in neueren DBAs entsprechend der deutschen Abkommenspolitik berücksichtigt. Ergänzend findet sich eine nationalstaatliche Regelung in § 1 Abs. 5 AStG und der darauf basierenden Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung (BsGaV) vom 13. Oktober 2014. Die Details sind komplex und in weiten Teilen streitig<sup>22</sup>. Zwei Aspekte der Betriebsstättenthematik sind für internationale Familienkonzerne von besonderer Bedeutung:

#### a) Ungewollte Betriebsstätten

Während die Steuergestaltung in international aufgestellten Familienunternehmen mit „bewusst im Ausland etablierten Betriebsstätten“ umzugehen gelernt hat, bestehen in Einzelfällen nicht unerhebliche Gefahren ungewollt begründeter Betriebsstätten, die schwierige Ergebniszuordnungsfragen nach sich ziehen können. Dies ist etwa dann denkbar, wenn eine im Ausland eingesetzte Tochtergesellschaft zugleich im Rahmen einer sogenannten Vertreterbetriebsstätte für das inländische Mutterhaus tätig wird. Dies kann im Ergebnis zu einer Verdoppelung der Steuerpflichten im Ausland führen, da zum einen die ausländische Kapitalgesellschaft dort unbeschränkt steuerpflichtig ist und zudem das inländische Stammhaus eine Vertreterbetriebsstätte im Rahmen beschränkter Steuerpflicht begründen kann. Derart ungewollte Betriebsstätten sollten gestalterisch möglichst vermieden werden. Denkbar sind auch Situationen, in denen Geschäftsführungsmitglieder aus dem inländischen Mutterhaus zugleich Funktionen im Ausland wahrnehmen und die unterschiedlichen Tätigkeitsbereiche nicht sorgsam auseinandergehalten werden. In einem solchen Fall ist vorstellbar, dass das deutsche Vorstands- oder Geschäftsführungsmitglied zugleich eine Geschäftsleitungsbetriebsstätte im Ausland begründet.

#### b) Zentralfunktion des Stammhauses

Die Finanzverwaltung geht in der Besteuerungspraxis ungeachtet des neuen AOA-Konzepts davon aus, dass nicht betriebsstättenspezifische Beteiligungen, immaterielle Wirtschaftsgüter, allgemeine Finanzmittel und

der Geschäfts- oder Firmenwert (sogenanntes neutrales oder ungebundenes Vermögen) dem Stammhaus eines Unternehmens zugeordnet werden. Dies hat Bedeutung für Umstrukturierungen „aus Deutschland hinaus“. Wird etwa eine inländische Kapitalgesellschaft einer Familienunternehmensgruppe, die Holding-, Finanzierungs- und Lizenzgeberfunktionen ausübt, auf eine andere EU-Kapitalgesellschaft „hinaus verschmolzen“, so wandern nach Meinung der Finanzverwaltung automatisch die dem Gesamtunternehmen dienenden Beteiligungen usw. ins Ausland, mit der Folge einer Zwangsgewinnrealisation zum gemeinen Wert (allerdings unter Anwendung von § 8b Abs. 2 KStG). Dies kann im Einzelfall eine erhebliche praktische Mobilitätsbremse für Hinausumwandlungen darstellen und ist in den Details stark streitig<sup>23</sup>. Insoweit denkbare Steuerrisiken sollten vorab im Zusammenspiel mit der Finanzverwaltung geklärt werden.

### *3. Hinzurechnungsbesteuerung: Niedrig besteuerte passive Einkünfte, Motivtest*

Das deutsche AStG aus dem Jahre 1972 sieht in den §§ 7-14 für bestimmte Auslandsaktivitäten aus Gründen typisierter Missbrauchsabwehr – Vermeidung von Einkünfteverlagerungen in Niedrigsteuerländer – eine Durchbrechung des Trennungsprinzips bei ausländischen Kapitalgesellschaften vor. Als Rechtsfolge daraus werden die Auslandseinkünfte ungeachtet der rechtsförmlichen Abschirmwirkung einer Kapitalgesellschaft den deutschen Anteilseignern zugerechnet. Dies ist (vereinfacht) dann der Fall, wenn

- inländische unbeschränkte Steuerpflichtige zu mehr als der Hälfte an der ausländischen Kapitalgesellschaft beteiligt sind,
- diese sogenannte passive Einkünfte erzielt, beispielsweise durch Wahrnehmung bestimmter Finanzierungs- oder Lizenzierungsfunktionen und schließlich
- die Auslandseinkünfte einer niedrigen Besteuerung unterliegen, was gemäß § 8 Abs. 3 AStG die Unterschreitung eines Schwellenwerts von 25% Steuerbelastung erfordert.

Grundlagen und Details der Hinzurechnungsbesteuerung sind stark

umstritten, zumal der Passivitätskatalog nicht mehr den Erfordernissen einer modernen Dienstleistungsgesellschaft entspricht und die 25%-Niedrigbesteuerungsgrenze in Anbetracht des inländischen Steuerbelastungsniveaus (15% Körperschaftsteuer und hebesatzabhängiger Gewerbesteuer) überhöht erscheint<sup>24</sup>. Bei sogenannten Kapitalanlageeinkünften genügt bereits eine „mindestens 1%-Beteiligung“ unbeschränkt Steuerpflichtiger. Unter unionsrechtlichen Aspekten suspendiert § 8 Abs. 2 AStG allerdings die Hinzurechnungsbesteuerung, sofern es sich um eine EU/EWR-Kapitalgesellschaft handelt und nachgewiesen werden kann, dass sie „einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ im niedrigbesteuernden Auslandsstaat nachgeht (sogenannter Motivtest). Ungeachtet ihrer steuerrechtlichen Problematik müssen internationale Familienkonzerne bei der Organisation ihrer Auslandsaktivitäten die Rahmenbedingungen der Hinzurechnungsbesteuerung einhalten und gerade auch bei ausländischen Finanzierungs- und Lizenzierungsfunktionen sorgsam überwachen. Eine die Hinzuberechnungsbesteuerung ergänzende Regelung enthält § 20 Abs. 2 AStG für ausländische Betriebsstätten mit niedrig besteuerten passiven Einkünften. Insoweit erfolgt ein „switch-over“ von der doppelbesteuerungsrechtlichen Freistellungs- zur Anrechnungsmethode.

#### *4. Qualifikationskonflikte durch hybride Strukturen, aktuelle BEPS-Diskussion*

Im Mittelpunkt der internationalen Steuerdiskussion steht derzeit das sogenannte BEPS-Projekt (Base Erosion and Profit Shifting) der OECD/G20-Staaten<sup>25</sup>. Es zielt zwar im Kern auf die Beschränkung aggressiver Steuergestaltung internationaler Konzerne, trifft aber im Ergebnis auch international agierende Familienunternehmen. Konkret werden zwei Gesetzgebungsmaßnahmen zur Umsetzung von BEPS in Deutschland diskutiert, die beide Relevanz auch für international tätige Familienkonzerne haben können und Anfang des Jahres 2016 angegangen werden sollen:

- Dies ist zum einen der Maßnahmenkatalog 2, der auf hybride Gestaltungen abzielt. Derartige Qualifikationskonflikte können vor allem auch bei Personengesellschaften als Spitzeneinheit einer

international tätigen Familiengruppe entstehen<sup>26</sup>. In diesem Zusammenhang wird an der Einführung einer neuen Betriebsausgabenabzugsbeschränkung durch § 4 Abs. 5a EStG bei Zahlungen an niedrigbesteuerte ausländische Tochtergesellschaften mit *double dip*-Möglichkeiten gearbeitet.

- Zum anderen ist an das *Country-by-Country-Reporting* (Maßnahmenkatalog Nr. 13) zu denken. Bei einer solchen länderbezogenen Berichterstattung über lokale Wertschöpfungsbeiträge soll den jeweiligen Steuerverwaltungen ein umfassendes Bild von den Wirtschaftsaktivitäten multinationaler Unternehmen gegeben werden. Zwischenzeitlich hat allerdings das FG Köln in einem bemerkenswerten Aussetzungsbeschluss vom 07. September 2015<sup>27</sup> entschieden, dass ein Informationsaustausch ohne Anonymisierung und unabhängig von der konkreten Besteuerung der Gesellschaften jedenfalls nach deutschem Steuerrecht unzulässig ist. Es ist abzuwarten, ob und gegebenenfalls wie der deutsche Gesetzgeber derartigen Informationsaustauschbeschränkungen innerhalb der EU/EWR und im Verhältnis zu Nicht-EU-Staaten Rechnung trägt (Multilaterale Abkommen zum automatischen Austausch des CbC-Reports sind in Arbeit).

Die geplante Umsetzung des BEPS-Projekts in der deutschen Steuergesetzgebung dürfte auch für die Modernisierung der AStG-Hinzurechnungsbesteuerung genutzt werden. Details dazu bleiben abzuwarten.

### 5. IFRS-Rechnungslegung eines Familienkonzerns?

Internationale Familienkonzerne werden sich die Frage stellen müssen, ob wegen der Zugangsmöglichkeiten zu einem internationalen Kapitalmarkt ein IFRS-Konzernabschluss erstellt werden sollte (§ 315a HGB). Dabei entstehen besondere Fragen bei Personengesellschaften an der Konzernspitze, da deren Eigenkapitalausstattung möglicherweise nach dem Rechnungslegungsstandard IAS 32 zu Fremdkapital „mutieren“ könnte, was die Bonitätseinschätzung der Unternehmensgruppe in erheblichem Umfang beeinträchtigen würde. Zwischenzeitlich wurde

durch eine Anpassung des IAS 32.16A im Februar 2008 sichergestellt, dass ein Eigenkapitalausweis bei „*puttable instruments*“ (kündbare Anteile) unter bestimmten, kumulativ einzuhaltenden Voraussetzungen erreicht werden kann<sup>28</sup>. Dies erfordert allerdings möglicherweise rechnungslegungsinduzierte Eingriffe in den Gesellschaftsvertrag des Familienkonzerns, was in der Praxis erfahrungsgemäß nicht einfach umzusetzen sein wird. Bei einer Kapitalgesellschaft an der Spitze des Familienkonzerns ist eine IFRS-Rechnungslegung deutlich einfacher zu bewerkstelligen<sup>29</sup>.

#### **IV. Zum Schluss: Integrierte gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Sicht tut Not!**

Die optimierte Strukturierung internationaler Familienkonzerne hinsichtlich Aufbau, Leitung, Administration und Finanzierung im In- und Ausland ist eine komplexe Gestaltungsaufgabe. Es gibt Erfahrungswissen, welches stets auf Aktualität und Machbarkeit im Einzelfall geprüft werden muss und eines ganzheitlichen rechtlichen Blickes bedarf. Dies zu tun und umzusetzen ist nicht einfach. Denn eine Kernbeobachtung zum „Umgang des Rechts“ mit Familienunternehmen ist: Der wissenschaftlich-praktische Rechtsdiskurs ist entlang der Fächergrenzen juristischer Disziplinen mehr oder weniger stark segmentiert<sup>30</sup>. Dessen ungeachtet bedarf gerade die praktische Gestaltungsberatung der Familienunternehmen (einschließlich ihrer Gesellschafter) eines integrierten Ansatzes, der Gesellschaftsrecht, Bilanzrecht und Steuerrecht miteinander vereint. An den Schluss der Überlegungen zur steuerrechtlichen Perspektive internationaler Familienkonzerne soll deshalb die Aufforderung gestellt werden: Integrierte gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Sicht tut Not bei der Betrachtung internationaler Familienkonzerne!

Konkretisiert werden kann dies wie folgt:

- Die Etablierung von ertragsteuerlichen Organschaftsstrukturen mit dem Kernanfordernis eines rechtlich einwandfreien Gewinnabführungsvertrages erfordert ein Zusammenspiel von Gesellschafts- und Steuerrecht.
- Die Optimierung der Auslandsstrukturen des Familienkonzerns



macht eine intensive Projektkoordination unter Federführung von Inlandsexperten erforderlich, die benötigte ausländische Rechtsexpertise bei Bedarf heranziehen.

- Stets ist eine proaktive Abstimmung von Steuerrisiken im In- und Ausland unter Einbezug von Gesellschafterinteressen erforderlich. Ein insoweit strukturiertes Risikoprofil gelingt nur, wenn Auslands- und Inlandsexperten möglichst friktionsfrei zusammenarbeiten.
- Schließlich erfordert die Entscheidung über den geeigneten Rechnungslegungsstandard des Familienkonzerns nicht zuletzt auch eine Hinzuziehung von Bilanzexperten.

Alles in Allem: Die steuerrechtliche Perspektive ist zwar ein wichtiger, aber sicher nicht der einzige Baustein für das Gelingen der Internationalisierungsstrategie eines Familienkonzerns. Wichtige Einzelaspekte aus Steuersicht – wie etwa internationale Organschaftsfragen, betriebsstättenbezogene Umstrukturierungsprobleme sowie das komplexe Instrumentarium der Hinzurechnungsbesteuerung – wurden dargestellt.

---

\* Prof. Dr. Ulrich Prinz, WP/StB, ist Honorarprofessor an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Direktor des Instituts für Unternehmensrecht und Partner Of Counsel bei WTS in Köln.

<sup>1</sup> Zur Typologie von Familienunternehmen vgl. *Lange*, Die Familiencharta und das Familienunternehmen, in Röthel/K. Schmidt (Hrsg.), Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen, Bd. 1, 2013, S. 34 f.; ergänzend auch *Simon*, Einführung in die Theorie des Familienunternehmens, 2012, S. 15 f.

<sup>2</sup> Zu den Unterschieden zwischen aktienrechtlichem Konzernbegriff (§ 18 AktG) und dem Konzernbegriff im Rechnungslegungsrecht (§§ 290, 271 Abs. 2 HGB) vgl. IDW (Hrsg.), WP-Handbuch 2012, Bd. 1, S. 2703, 2753; *Scherrer*, in: Claussen/Scherrer (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, 1. Aufl., 2011, § 271 HGB, Rn. 37-45.

<sup>3</sup> Vgl. auch *Blumers*, Familienunternehmen mit internationaler Struktur, BB 2015, 1371.

<sup>4</sup> Zu weiteren Details vgl. *Bielinis*, Die Besteuerung der KGaA, 2013.

<sup>5</sup> BFH/NV 2010, 1919.

<sup>6</sup> Vgl. BVerfG v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, BStBl. II 2015, 50.

- 7 Wegweisend zu den unternehmensrechtlichen/steuerlichen Globalisierungsfragen bereits *Raupach/K. Schmidt* u.a., JbFSt 1994/95, S. 307-474.
- 8 Vgl. zu Details *Bier*, Die Gewerbesteuer aus Sicht der Unternehmen, in: Wieland (Hrsg.), DStJG, Bd. 35, 2012, S. 219-247.
- 9 Siehe auch *Siemers*, Die internationale Unternehmerfamilie – Herausforderungen aus steuerlicher Sicht, IStR 2015, 598.
- 10 Vgl. zu den streitigen Details *Rödder*, Der neue § 50i EStG muss entschärft werden!, DB 2015, 1422; *Rödder/Kuhr/Heimig*, § 50i EStG – Strukturen nach dem „Kroatiengesetz“ – Warum massive Kollateralschäden drohen, Ubg 2014, 477; *Prinz*, Hochproblematische Verschärfung der „§ 50i EStG-Entstrickungsregelung“ im Kroatien-Anpassungsgesetz, GmbHR 2014, 241; *Roderburg/Richter*, Offene Fragen und Probleme bei der Anwendung des § 50i EStG idF des Kroatiengesetzes, IStR 2015, 227; *Lüdicke*, Gedanken zu § 50i EStG, FR 2015, 128. Zu verwaltungsseitigen Billigkeitsregelungen s. BMF v. 21.12.2015 - IV B 5 - 1300/14/100007, BStBl. I 2016, 7. Erläuterungen dazu bei *van Lishaut/Hannig* Zwangsrealisation nach § 50i Abs. 2 EStG wird durch das BMF-Schreiben v. 21.12.2015 entschärft, FR 2016, 50 sowie *Benz/Böhme*, Das BMF-Schreiben zu § 50i Abs. 2 EStG, DStR 2016, 145. Wegen verfassungsrechtlicher Zulässigkeit von *treaty overrides* s. BVerfG, Beschluss v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, DStR 2016, 359.
- 11 Zur Grundkonzeption der ertragsteuerlichen Organschaft *Prinz*, in: Prinz/Witt (Hrsg.), Steuerliche Organschaft, 2015, S. 1-48.
- 12 Zu den Sonderfragen der Personengesellschaft als Organträger eingehend *Bäumli*, in: Prinz/Witt (Hrsg.) (Fn. 11), S. 650-689.
- 13 Zu den Vor- und Nachteilen der ertragsteuerlichen Organschaft und der Organschaft als Gestaltungsinstrument vgl. *Prinz*, in: Prinz/Witt (Hrsg.) (Fn. 11), S. 38-40, 42.
- 14 BMF, DStR 2015, 1979.
- 15 Kritisch dazu auch *Hageböke*, Körperschaftsteuerliche Organschaft unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften & atypischen Still-Strukturen, DB 2015, 1993; *Hölzer*, Stille Beteiligung an Kapitalgesellschaft schädlich für deren Eignung als Organgesellschaft?, FR 2015, 1065 sowie *Suchanek*, Körperschaftsteuerliche Organschaft und atypisch stille Gesellschaft, GmbHR 2015, 1031.
- 16 Vgl. zu den zahlreichen streitigen Details, einschließlich unionsrechtlicher Aspekte, *M. Müller*, in: Prinz/Witt (Hrsg.) (Fn. 11), S. 1011-1055.
- 17 BFH, DStR 2015, 637; zur Anwendung durch die Finanzverwaltung s. BStBl. II 2015, 1052.
- 18 Vgl. SCA Group Holding BV, EuGH v. 12.06.2014, C-39/13 und C-40-41/13, DB 2014, 1582. Zur weiterführenden Diskussion auch v. *Brocke/Müller*, Die Auswirkung des SCA Group Holding-Urteils auf das deutsche Steuerrecht, DStR 2014, 2106; *Schnitger*, Urteil des EuGH in der Rechtssache SCA als Katalysator

für eine deutsche Organschaftsreform, IStR 2014, 587; *Walter*, Gewinnabführungsvertrag mit Schwestergesellschaft aus zivilrechtlicher Sicht, DB 2014, 2016; *Strobl-Haarmann*, Zur grenzüberschreitenden Organschaft (Gruppenbesteuerung), in: FS Haarmann, 2015, S. 927.

- <sup>19</sup> Vgl. zu Details *Krüger/Epe*, in: Prinz/Witt (Hrsg.) (Fn. 11), S. 960-975; ergänzend auch *Hoene*, Der grenzüberschreitende Gewinnabführungsvertrag, IStR 2012, 462; *Winter/Marx*, „Grenzüberschreitende“ Organschaft mit zugezogenen EU-/EWR-Gesellschaften, DStR 2011, 1101.
- <sup>20</sup> EuGH, IStR 2015, 782.
- <sup>21</sup> ZEW, DB 41/2015, M13; zu weiteren Erläuterungen der Ergebnisse der Studie vgl. *Spengel/Bräutigam*, Steuerpolitik in Deutschland – Eine Halbzeitbilanz der aktuellen Legislaturperiode im Kontext europäischer Entwicklungen, Ubg 2015, 569.
- <sup>22</sup> Zu Details vgl. *Wassermeyer*, Die BFH-Rechtsprechung zu Betriebsstättenbesteuerung vor dem Hintergrund des § 1 Abs. 5 AStG und der BsGaV, IStR 2015, 37; *Ditz/Luckhaupt*, Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung – Neues Gewinnermittlungsrecht für Betriebsstätten, ISR 2015, 1; *Kraft/Dombrowski*, Die praktische Umsetzung des „Authorised OECD Approach“ vor dem Hintergrund der Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung, FR 2014, 1105. Als Überblick ergänzend auch *Prinz*, Umwandlungen im internationalen Steuerrecht, 2013, S. 22 ff. sowie *Lübbehüsen/Kahle*, Brennpunkte der Besteuerung von Betriebsstätten, 2016, 1-25.
- <sup>23</sup> Vgl. im einzelnen *Breuninger*, Die „Zentralfunktion des Stammhauses“ bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, in: FS Schaumburg, 2010, S. 587.
- <sup>24</sup> Zu Details der Hinzurechnungsbesteuerung vgl. *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl., 2011, S. 374 ff.
- <sup>25</sup> Als Überblick zu dem BEPS-Projekt, das derzeit durch entsprechende EU-Maßnahmen „flankiert“ wird, siehe *Fehling*, Das BEPS-Projekt auf der Zielgeraden – Was bedeutet dies für Deutschland?, FR 2015, 817; kritisch dazu *Geberth*, BEPS – Unsichere Umsetzungsperspektiven!, Editorial DB 41/2015; *Benz/Böhmer*, Das BEPS-Projekt der OECD/G20: Vorlage der abschließenden Berichte zu den Aktionspunkten, DB 2015, 2535 sowie ergänzend *Benz/Böhme*, Das Anti Tax Avoidance Package (ATA Paket) der EU-Kommission zur Umsetzung der BEPS-Maßnahme in der EU, DB 2016, 307; *Krauß*, EU-BEPS-Aktionsplan für eine faire und effiziente Unternehmensbesteuerung in der EU, IStR 2016, 59; *Lüdicke/Oppel*, Der Vorschlag der EU-Kommission einer Anti-BEPS-Richtlinie, BB 2016, 351; *Benz/Eilers*, Empfehlungen zur Umsetzung der Maßnahmen zum BRPS-Projekt von OECD/G20 in Deutschland, IStR 2016, Beihefter 4.
- <sup>26</sup> Zur Anwendung des DBA auf Personengesellschaften vgl. BMF v. 26.09.2014, BStBl. I 2014, 1258.

- <sup>27</sup> FG Köln, IStR 2015, 835 mit Anm. *Scholz*.
- <sup>28</sup> Kumulative Eigenkapitalerfordernisse sind danach: proportionale Beteiligung am Liquidationsergebnis, Nachrang gegenüber allen anderen Finanzinstrumenten, identische Ausstattungsmerkmale, keine weiteren Zahlungsverpflichtungen sowie substantielle Beteiligung an buchmäßigen/ökonomischen Unternehmenserfolgen (Problem: HGB-Buchwertklausel); zu Details vgl. *Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg*, Haufe IFRS-Kommentar, 13. Aufl., 2015, § 20 Rn. 29 ff.; *Clemens*, in: Beck'sches IFRS-Handbuch, 5. Aufl., 2016, S. 630 - 632.
- <sup>29</sup> Zur Diskussion vgl. *Prinz*, Bilanzierung und Finanzierung – IAS/IFRS auch im Mittelstand?, JbFSt 2006/2007, S. 389-409 mit ergänzenden Hinweisen *K. Schmidt/Raupach* u.a.
- <sup>30</sup> Vgl. zu dieser Beobachtung und den Herausforderungen daraus *Röthel*, Die Verträge der Familienunternehmer: Einführende Beobachtungen, in: *Röthel/K. Schmidt* (Hrsg.) (Fn. 1), 1-7.

# Ehegüterrecht und Eheverträge im Rechtsvergleich – oder: Wer hat Angst vorm Common Law?

JENS M. SCHERPE\*

## **I. Einleitung – Familienrechtliche Fallstricke im Common Law**

Dass das Common Law sich grundlegend von den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen unterscheidet, ist ein Allgemeinplatz. Dennoch birgt gerade das englische Scheidungsfolgenrecht<sup>1</sup>, insbesondere im Zusammenspiel mit dem englischen internationalen Familienrecht, selbst für erfahrene Rechtsanwender und Rechtsvergleicher noch immer einige recht erstaunliche und oft unangenehme Überraschungen – und für den Praktiker damit auch nicht unerhebliche Haftungsrisiken. Diese Risiken bestehen auch dann, wenn der Sachverhalt noch überhaupt keinen Bezug zu England (oder einer anderen Common Law-Rechtsordnung) hat, sondern dieser sich später entwickelt beziehungsweise, durchaus mit Blick auf die möglichen Scheidungsfolgen, bewusst herbeigeführt wird. Insofern ist zumindest eine oberflächliche Kenntnis des englischen Scheidungsfolgenrechts und des englischen internationalen Familienrechts für die Praxis absolut unerlässlich, damit in den entsprechenden Sachverhaltskonstellationen zumindest festgestellt werden kann, dass hier Risiken und weiterer Beratungsbedarf bestehen.

Hierzu (auch als Anreiz zum Weiterlesen) einleitend nur einige kurze Schlaglichter sowie ein Beispielfall, der von einem englischen Gericht entscheiden wurde:

Zunächst ist zu konstatieren, dass das englische Recht kein Ehegüterrecht kennt; eine Eheschließung ändert also nichts an den vermögensrechtlichen Beziehungen der Partner<sup>2</sup>. Allerdings stehen die finanziellen Folgen einer Scheidung vollumfänglich im Ermessen des angerufenen Gerichtes. Bemerkenswert aus kontinentaleuropäischer Sicht ist hierbei, dass es zu einer Umverteilung nicht nur desjenigen Vermögens kommen kann,

welches während der Ehe erwirtschaftet wurde, sondern eben auch des vorehelichen Vermögens, während der Ehe geerbten oder durch Schenkung erhaltenen Vermögens und sogar des nahehelichen Vermögens. Mit anderen Worten: das *gesamte* Vermögen der Parteien ist im Falle einer Scheidung „in Gefahr“ beziehungsweise kann Gegenstand gerichtlicher Anordnungen sein (siehe dazu unten III.). Wer nun darauf setzt, dass Eheverträge hier Abhilfe und Rechtssicherheit schaffen können, muss zunächst einmal eine weitere englische Überraschung verkraften. Denn zumindest derzeit<sup>3</sup> sind Eheverträge in England und Wales für die Ehegatten untereinander<sup>4</sup> weder bindend noch durchsetzbar (dazu unten IV.).

Doch auch wer sich als Notar, Rechtsberater oder Mandant auf der sicheren Seite wähnt, da der eigene Sachverhalt derzeit keinerlei Bezüge zur englischen Rechtsordnung hat, muss weiter auf der Hut sein. Denn das englische internationale Familienrecht sieht grundsätzlich die Anwendung des eigenen nationalen Rechts vor, wenn das Gericht eine eigene Zuständigkeit bejaht. Die Voraussetzungen hierfür sind erstaunlich niedrig. Daher kann es auch in Fällen, in denen bei Eheschließung oder Abschluss des Ehevertrages keinerlei Bezüge zum englischen Recht vorliegen, im Nachhinein zur Anwendung des englischen Rechts kommen – sehr zum Nachteil derjenigen Partei, die sich auf die Anwendung eines anderen Rechts oder die vollständige Wirksamkeit des Ehevertrages verlassen hat, und auch sehr zum Nachteil eines jeden Rechtsberaters, der diese Entwicklung hätte vorhersehen können oder müssen und deshalb im Nachhinein in die Haftung genommen werden kann.

Um die Dramatik der Situation zu verdeutlichen, ein vom High Court entschiedener Fall<sup>5</sup> als Beispiel:

Ein Mann und eine Frau, beide französische Staatsbürger, heiraten 1994 in Frankreich. Zuvor haben sie vor einem französischen Notar einen nach französischem Recht vollwirksamen Ehevertrag geschlossen, der eine Gütertrennung vorsah. Das Paar lebt in Frankreich, drei Kinder werden geboren. Die Frau gibt ihre durchaus lukrative Karriere zugunsten der Kinderbetreuung auf. Nach einem Aufenthalt in den Niederlanden zieht die Familie nach London um, da der Mann dort eine sehr gute Stellung angeboten bekommen hat. Die Kinder gehen zum Zeitpunkt des

Scheidungsantrages dort zur Schule. Die Entscheidung des Gerichts:

- 1) England ist das *forum conveniens* (dazu sogleich unter II.) und das Gericht daher zuständig.
- 2) Daher ist englisches Recht auf den Fall anzuwenden, welches weder einen Güterstand noch eine Bindungswirkung von Eheverträgen kennt.
- 3) Der Frau werden 40% des Gesamtvermögens zugesprochen, trotz der Tatsache dass das Vermögen nahezu ausschließlich vom Mann erwirtschaftet und in seinem Namen gehalten wurde, und obwohl im französischen Ehevertrag eine Gütertrennung vereinbart wurde.

Das hatten sich der Ehemann und auch der Notar, der den Ehevertrag in Frankreich beurkundet hatte, sicherlich anders vorgestellt. Hätte der Notar zum Zeitpunkt des Ehevertragsabschlusses absehen können, dass das Paar nach England umzieht beziehungsweise die Scheidung und Scheidungsfolgen vor einem englischen Gericht verhandelt werden, dann wäre er einem beträchtlichen Haftungsrisiko ausgesetzt. Denn wenn er in seiner Beratung nicht darauf hingewiesen hatte, dass der so schön ausgehandelte und beurkundete Ehevertrag unter diesen Umständen vielleicht keine bindende Wirkung im eigentlichen Sinne haben kann, dann handelte es sich schlicht und einfach um eine fahrlässige Fehlberatung.

Böse Zungen behaupten, dass es nicht nur der angenehme Lebenswandel, das hervorragende Wetter und das fantastische Essen ist, das London zum Anziehungspunkt für internationale Paare macht. Dem Vernehmen nach ist London internationale Scheidungshauptstadt der Welt und rund 25% aller in London ausgesprochenen Scheidungen haben ein sogenanntes „internationales Element“<sup>6</sup>.

Es gibt also gute Gründe, Angst vor dem Common Law zu haben. Mit Sachkenntnis und kompetenter Beratung lassen sich jedoch viele der tückischen Klippen leicht umschiffen.

## **II. Englisches Internationales Familienrecht – My home is my castle**

Bekanntlich ist England relativ unberührt von den europäischen Bemühungen zur Vereinheitlichung des Europäischen Internationalen

Familienrechts. Denn von sehr wenigen Ausnahmen<sup>7</sup> abgesehen hält sich das Vereinigte Königreich bei den Europäischen Verordnungen etc. sehr vornehm zurück – und nimmt nicht teil. Die Gründe hierfür sind nicht nur Euroskepsis und Inselmentalität, sondern auch sehr handfeste Gründe aus dem materiellen Recht. Denn das englische Familienrecht unterscheidet sich vom Grundansatz her sehr stark von den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen (siehe dazu unten III. und IV.)<sup>8</sup>. Was aber vor allem im internationalen Privatrecht hervorsteicht, ist das ausgeprägte Misstrauen hinsichtlich der Anwendung ausländischen Rechts. Das hat vielerlei systemimmanente Gründe, nicht zuletzt das adversarische Gerichtsverfahren und die daraus resultierende Tatsache, dass im Prinzip die Parteien das ausländische Recht zu beweisen haben. Zudem sind die Rechtsanwender und vor allem die Richterschaft (bis vor kurzem alles ehemalige Barrister) der festen Meinung, dass eine korrekte Anwendung ausländischen Rechts im Grunde nicht möglich ist.

Daher ist die von der Rechtsprechung entwickelte Grundregel, dass in Familiensachen grundsätzlich *lex fori*, also das englische Recht, Anwendung findet – sofern das Gericht sich denn für zuständig erachtet<sup>9</sup>. Daher verlagern sich eine Vielzahl von Konflikten nahezu vollständig auf die Zuständigkeitsebene und werden bis aufs Letzte durchgefochten<sup>10</sup>. Wenn dann die Zuständigkeit geklärt ist, nahezu immer unter erheblichem Kosten- und Zeitaufwand, dann neigen die Parteien dazu, sich zu vergleichen – nicht zuletzt aus Kostengründen, aber auch, weil dann angesichts der Anwendbarkeit des englischen Rechts mit seinen Unwägbarkeiten (dazu unten III. und IV.) ein größerer Einigungsanreiz besteht.

Im ersten Schritt genügt ein „*domicile*“ in England, welches durchaus relativ zügig etabliert werden kann, um eine grundsätzliche Zuständigkeit der englischen Gerichte zu begründen. Nur wenn das Gericht angesichts der Sachlage zu dem Schluss kommt, dass es *forum non conveniens* (also ein ungeeignetes Forum) ist, wird daher das Gericht die Sache an das geeignetere Gericht verweisen, anderenfalls wird das Gericht die Sache nach englischem Recht entscheiden. Die *forum non conveniens*-Doktrin wurde von der englischen Rechtsprechung in dem (nicht familienrechtlichen) Fall *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*<sup>11</sup> entwickelt und lässt sich – etwas vereinfacht – wie folgt erklären:



Um zu ermitteln, ob es selbst das *convenient forum* ist, stellt sich das Gericht sich im Grunde nur eine Frage: Gibt es ein anderes Gericht, das im Interesse aller Parteien das besser geeignete Forum wäre (*the more convenient forum*)? Aber um diese Frage zu beantworten, muss diejenige Partei, die den Rechtsstreit von einem anderen Gericht entschieden lassen möchte, beweisen,

- 1) dass England *nicht* das „natürliche oder geeignete“ Forum für den Fall ist; geeignet heißt, dass England eine reale und substanzielle Verbindung zum Fall hat; nur sehr wenige familienrechtliche Klagen scheitern hier, da ja ein Domizil Voraussetzung für Scheidungs- und Scheidungsfolgenklagen ist und damit meist eine reale Verbindung automatisch gegeben ist;
- 2) dass ein anderes Gericht das „offensichtlich oder eindeutig“ (*clearly or distinctly more appropriate*) besser geeignete Forum ist; hier liegt das eigentliche Problem, denn diese Hürde ist, wie der Wortlaut schon nahelegt, sehr, sehr hoch.

Aber selbst wenn es gelingen sollte, diese Voraussetzungen zu erfüllen, so kann der englische Gerichtsstand dennoch „gerettet“ werden, wenn der/die Beklagte beweisen kann, dass eine Klage vor einem anderen Gericht ihn/sie um einen legitimen persönlichen oder juristischen Vorteil bringen würde. Sollte das der Fall sein, so muss das englische Gericht abwägen, ob die Vorteile des anderen Forums die Nachteile für den/die Beklagte(n) überwiegen.

Angesichts dieser hohen Hürden werden Familiensachen nur sehr selten an ausländische Gerichte verwiesen beziehungsweise die eigene Unzuständigkeit von englischen Gerichten angenommen, wenn der Kläger/die Klägerin in England domiziliert ist. Als Beispiel hierfür kann der bereits erwähnte französische Fall dienen<sup>12</sup> oder aber folgender Fall<sup>13</sup>: Ein spanischer Mann und eine spanische Frau heiraten in Spanien, vereinbaren in einem nach spanischem Recht vollumfänglich wirksamen Ehevertrag die Gütertrennung, die Kinder werden in Spanien geboren. Die Familie zieht nach London um, als der Mann dorthin versetzt wird. Kurze Zeit später reicht die Frau die Scheidung ein. Obwohl die Mutter umgehend mit den Kindern, die zum Zeitpunkt des Scheidungsantrages in England zur Schule gehen, nach Spanien zurückkehren will und hierfür die

Zustimmung des Mannes gerichtlich erzwungen hat, befindet das englische Gericht, dass England *forum conveniens* sei und damit der Fall englischem Recht unterliegen solle.

Aus dem Gesagten sowie den Beispielfällen sollte ersichtlich sein, dass diese Herangehensweise des englischen Rechts die Rechtsberatung für den kontinentaleuropäischen Rechtsanwender und insbesondere Notare sehr verkompliziert.

Denn wenn auch immer nur die Möglichkeit besteht, dass ein englisches Gericht zuständig ist oder irgendwann in der Zukunft sein könnte, ist eine sehr genaue Prüfung und Beratung unter Berücksichtigung des englischen Verfahrensrechts und auch des englischen materiellen Rechts erforderlich. Insbesondere bei international mobilen Familien ist es eine sehr reale Möglichkeit, dass irgendwann einmal ein Domizil in England begründet wird. Und bei kompetenter Rechtsberatung kann es durchaus sein, dass eine Partei sich später bewusst für einen Wohnort in England entscheidet, um in den „Genuss“ der Anwendung des englischen Rechtes zu kommen.

Beratungsbedarf besteht daher im Grunde zu *jedem* Zeitpunkt des Ehelebens:

- *Vor Eheschließung:* Beratung über die Folgen eines möglichen Ehescheidungsverfahrens in England.
- *Bei Verhandlung von Eheverträgen:* wenn auch nur die Möglichkeit der Etablierung eines Domizils in England durch eine Partei in der Zukunft besteht.
- *Während der Ehe bei Bestehen eines Ehevertrages:* wenn nach Abschluss des Ehevertrages eine oder beide Parteien einen Umzug nach England in Betracht ziehen. Dann wäre der Ehevertrag mit Blick auf die englische Rechtslage unter Umständen nachzuverhandeln beziehungsweise zu bestätigen.
- *Bei drohender Scheidung:* eingehende und sehr eilbedürftige Prüfung, ob ein Gerichtsstand in England durch eine der Parteien auf irgendeine Weise etabliert werden kann. Sollte dass der Fall sein, so ist eine extrem schnelle Entscheidung erforderlich, da sonst das *race to the court* verloren werden kann. Es gilt also unverzüglich herauszufinden, welches Forum für den Mandanten

oder die Mandantin das günstigere ist, und dieses durch Klageeinreichung zu sichern. Hier machen nicht nur Tage, sondern gelegentlich sogar Stunden den Unterschied. Vor allem bei bestehenden Eheverträgen über Gütertrennung ist England ein sehr willkommener Fluchthafen für diejenigen, die durch den Ehevertrag schlechter gestellt würden (siehe dazu unten IV.). Aber auch wenn kein Ehevertrag vorliegt, so kann der englische Gerichtsstand attraktiv sein, etwa bei Vorhandensein von erheblichem vorehelichen oder ererbten Vermögen der anderen Partei, denn auch dieses ist in England nicht „sicher“ vor dem Zugriff des Gerichts (siehe dazu unten III.).

- Und selbst *nach der Scheidung*: denn „*maintenance needs*“ werden in England vor allem im Spektrum der Wohlhabenden eher großzügig verstanden und können sehr deutlich über das hinausgehen, was etwa nach deutschem Verständnis den Unterhalt umfassen würde (siehe dazu unten III.).

### **III. Land ohne Güterstand – Scheidungsfolgen im englischen Recht<sup>14</sup>**

#### *1. „Fairness“ als alleiniges Verfahrensziel – Gesetzliche Grundlagen*

Das englische Scheidungsfolgenrecht<sup>15</sup> ist davon geprägt, dass es nicht auf einem besonderen Familienvermögensrecht im eigentlichen Sinne fußt. Vielmehr ändert eine Eheschließung nichts an den Vermögens- oder Eigentumsverhältnissen der Parteien. Oftmals wird hieraus fälschlicherweise geschlossen, dass England daher einen gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung habe. Dabei ist bei genauerer Betrachtung ohne weiteres ersichtlich, dass der Gesetzgeber und das dem heutigen Recht zugrundeliegende Reformkonzept der *Law Commission* die Einführung eines gesetzlichen Güterstandes ausdrücklich abgelehnt haben<sup>16</sup>. Schon das Konzept eines Güterstandes ist dem englischen Recht völlig fremd, und eine „Einführung“ eines (Quasi-)Güterstandes durch Gesetzesinterpretation<sup>17</sup> wird von der Rechtsprechung für das geltende Recht auch ausdrücklich ausgeschlossen<sup>18</sup>.

Stattdessen werden die finanziellen beziehungsweise eigentumsrechtlichen Folgen der Scheidung durch Part II des Matrimonial Causes Act 1973<sup>19</sup>

gänzlich in das Ermessen des Gerichts gestellt. Hiermit folgte der Gesetzgeber der damaligen Empfehlung der *Law Commission*<sup>20</sup>. Grund hierfür war die Ansicht, dass eine pauschale Regelung der Vermögensaufteilung nach kontinentaleuropäischem Vorbild angesichts der sozialen Realität und Lebensverhältnisse in England ungeeignet wäre, Gerechtigkeit im Einzelfall herbeizuführen. Letzteres, im Englischen zumeist unter dem Begriff „*fairness*“ gefasst, ist daher ausdrückliches Verfahrensziel von Scheidungsfolgenverfahren („*overarching principle of fairness*“). In jedem individuellen Fall eine den individuellen Umständen angemessene Lösung finden zu können, wurde überragende Bedeutung beigemessen und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit billigend in Kauf genommen<sup>21</sup>.

Konsequenterweise sind den Gerichten bei der Ermessensausübung nur sehr wenige Grenzen gesetzt. Es kann nicht nur einmalige oder regelmäßige Zahlungen (gesichert und ungesichert) und Vermögensübertragungen, sondern darüber hinaus sogar den Verkauf von bestimmten Vermögensgegenständen anordnen, und zwar grundsätzlich unabhängig von Zeitpunkt und Art des Erwerbs<sup>22</sup>. Daher können auch voreheliches und ererbtes Vermögen in die Entscheidung miteinbezogen beziehungsweise übertragen werden. Darüber hinaus kann das Gericht auch Anordnungen über Pensions- oder Rentenansprüche der Ehegatten treffen<sup>23</sup>.

Für den vom kontinentaleuropäischen Rechtsdenken geprägten Rechtsanwender ist es daher unerlässlich, bei Überlegungen zum englischen Recht das Konzept eines wie auch immer definierten „Ehevermögens“ völlig zu vergessen<sup>24</sup>. Auch eine Aufteilung der finanziellen Scheidungsfolgen in verschiedene „Säulen“ (etwa in Güterteilung, Unterhalt, Versorgungsausgleich etc.) findet nicht statt. Vielmehr erfolgt in England die gerichtliche Anordnung in einer Gesamtschau („*holistic view*“)<sup>25</sup>. Folglich besteht nur die *Möglichkeit*, eine oder mehrere der oben genannten Anordnungen zu treffen – aber keine *Pflicht*. So ist es durchaus nicht ungewöhnlich, dass zum Beispiel der die Kinder betreuenden Ehefrau bei Scheidung die nahezu das gesamte Ehevermögen ausmachende Ehewohnung übertragen wird, es aber keine weiteren Anordnungen (wie etwa Unterhaltszahlungen für die Ehefrau

selbst oder Übertragung von Rentenanwartschaften) getroffen werden.

Dem Ermessen des Richters sind hierbei durch das Gesetz zunächst keine wirklichen Grenzen gesetzt<sup>26</sup>. Dies wird schon durch den Titel der zentralen Vorschrift, Section 25 des Matrimonial Causes Act 1973, deutlich: „*Matters to which court is to have regard in deciding how to exercise its powers (...)*“<sup>27</sup>. Die gelisteten Kriterien sind deshalb nur „zu berücksichtigen“ – zwingend sind sie aber nicht. Section 25(2) enthält dann auch eine Vielzahl von Kriterien, die das Gericht bei seiner Ermessensausübung insbesondere („*in particular*“) berücksichtigen soll, abschließend sind diese jedoch eben gerade nicht, und dem Gericht steht es deshalb ausdrücklich frei, sämtliche Umstände des Falles bei seiner Ermessensausübung zu berücksichtigen (*to have regard to all the circumstances*)<sup>28</sup>. Eine Vorgabe hinsichtlich der Gewichtung der genannten (oder ungenannten) Kriterien findet sich nicht und ist auch von der Rechtsprechung nicht entwickelt worden<sup>29</sup>. Die einzige – und praktisch sehr bedeutsame – Ausnahme hierzu findet sich in section 25(1): das Wohl der Kinder der Familie<sup>30</sup> ist als „*first consideration*“ bei der Vermögensaufteilung besonders zu beachten.

## 2. Was ist „Fairness“? Interpretationsleitlinien aus der Rechtsprechung

Somit bleibt es bei dem überragenden Ermessenziel der „*fairness*“. Doch wie soll die erkennende Richterin oder der erkennende Richter außer mit Bauchgefühl erkennen, was „*fair*“ im Sinne des Gesetzes ist? In *White v. White*, einer der grundlegenden Entscheidungen zum englischen Scheidungsfolgenrecht, hat Lord Nicholls das Kernproblem der absoluten Subjektivität solcher Entscheidungen sehr klar erkannt: „*(...) fairness, like beauty, is in the eye of the beholder*“<sup>31</sup>. Und Lord Denning, eine der Richter-Ikonen Englands, hat die Aufgabe des Gerichtes in einem anderen Fall zuvor wie folgt beschrieben:

„*The Family Court takes the rights and obligations of the parties all together and puts the pieces into a mixed bag. Such pieces are the right to occupy the matrimonial home or have a share in it, the obligation to maintain the wife and children, and so forth. The court then takes out the pieces and hands them to the two parties – some to one party and some to the other – so that each can provide for the future with the pieces allotted*

*to him or to her. The court hands them out without paying any too nice a regard to their legal or equitable rights but simply according to what is the fairest provision for the future – for mother and father and the children“<sup>32</sup>*

So weit, so unbestimmt. Dankenswerterweise hat die höchstrichterliche Rechtsprechung seit *White v. White* etwas klarere Ermessensleitlinien erarbeitet. So entschied das House of Lords in 2006 in *Miller v. Miller/McFarlane v. McFarlane* dass sich das Konzept der „*fairness*“ aus drei, sich durchaus überschneidenden Prinzipien (oder auch Ermessenssäulen) zusammensetzt<sup>33</sup>: *needs*, *compensation* und *equal sharing*.

#### a) Needs – Bedürfnisse der Parteien

Die Befriedigung der materiellen Bedürfnisse der Parteien ist eines der Kernziele von „*fairness*“. Da damit in der Mehrzahl der Scheidungsfälle die vorhandenen Ressourcen (zur Erinnerung: einschließlich des vorehelichen und ererbten Vermögens) erschöpft sind, verbleibt es häufig hierbei. Der die Kinder betreuende Elternteil wird hier besonders privilegiert, da die Bedürfnisse der Kinder nach Section 25(1) „*first consideration*“ sind.

#### b) Compensation – Ausgleich ehebedingter Nachteile

Da die Ehe auch in England als gleichwertige Partnerschaft und Schicksalsgemeinschaft verstanden wird, hat der eine Ehegatte den anderen Ehegatten grundsätzlich für diejenigen Opfer und Aufwendungen zu entschädigen, die jener – oder im Noch-Regelfall – jene für die Ehe gebracht hat. Typischerweise sind dies Vermögenseinbußen eines der Ehegatten aufgrund von Kinderbetreuung etc., aber letztlich fallen hierunter alle ehebedingten Nachteile, also zum Beispiel auch Karrierelücken die entstehen, wenn etwa einer der Ehegatten mit Rücksicht auf die Ehe/die Kinder/Betreuung der Eltern einige Zeit mit dem Beruf ausgesetzt hat oder Ähnliches. Wie freilich eine solche „*compensation*“ genau zu berechnen ist, verbleibt auch nach zahlreichen instanzgerichtlichen Entscheidungen unklar. Aber allen Beteiligten ist natürlich bewusst, dass es im Regelfall schlicht unmöglich sein wird, den

hypothetischen Alternativ-Karriereverlauf so exakt zu prognostizieren, dass sich daraus ein konkreter Betrag errechnen ließe. Insofern wird „*compensation*“ häufig schlicht in der *needs*-Analyse absorbiert (Schlagwort: „*needs, generously interpreted*“).

### c) Equal sharing – Grundsätzliche Gleihteilung des vorhandenen Vermögens

Nach dem *equal sharing*-Prinzip wird das Vermögen der Parteien (nochmals zur Erinnerung: einschließlich des vorehelichen und ererbten Vermögens) hälftig geteilt, es sei denn, besondere Umstände sprechen dafür, eine anderweitige Verteilung (oder gar keine Umverteilung) vorzunehmen.

Wie zu erwarten war, wurde und wird hierüber erbittert gestritten. So haben in der Vergangenheit vor allem Männer angeführt, dass der phänomenale Vermögenszuwachs während der Ehe ausschließlich auf die eigene wirtschaftliche Brillanz zurückzuführen sei und dass die Frau hieran unmöglich zur Hälfte partizipieren könne<sup>34</sup>. Solchen Bestrebungen wird aber inzwischen regelmäßig der Riegel vorgeschoben, denn seit *White v. White* gilt der Grundsatz der Gleichwertigkeit von Haus- und Erwerbstätigkeit<sup>35</sup>.

In der Entscheidung *Miller v. Miller/McFarlane v. McFarlane*<sup>36</sup> hat das House of Lords darüber hinaus aber auch zu erkennen gegeben, dass „*fairness*“ es auch gebieten könne, dass nicht zwingend alle Vermögensbestandteile den im Fall entwickelten Prinzipien in gleichem Maße unterliegen. In den beiden *lead speeches* (von Lord Nicholls and Lady Hale) wird insgesamt neunmal von „*fruits of the marriage/matrimonial partnership/the couple’s labours*“<sup>37</sup> gesprochen und darüber hinaus dreimal von „*joint/common endeavours*“<sup>38</sup>. Dadurch wurde bewusst erstmalig eine Differenzierung zwischen gemeinsam während der Ehe erwirtschaftetem Vermögen (von Lord Nicholls und in den Folgeentscheidungen<sup>39</sup> als „*matrimonial property*“ bezeichnet) und „sonstigem“ Vermögen vorgenommen<sup>40</sup>. Gleichzeitig wurde aber auch klargestellt, dass das während der Ehe anders als durch Erbschaft und Schenkung erworbene Vermögen grundsätzlich hälftig zu teilen ist<sup>41</sup>.

Hieraus darf jedoch keinesfalls geschlossen werden, dass nunmehr voreheliches und ererbtes Vermögen im Scheidungsfall „sicher“ ist. Denn die Ausführungen der Richter bezogen sich ausschließlich auf das *equal sharing*-Prinzip und stehen damit ausdrücklich unter dem Vorbehalt der beiden anderen Leitprinzipien *needs* und *compensation*, die in der Praxis in den meisten Fällen angesichts der Vermögensumstände der Parteien die dominantere Rolle spielen<sup>42</sup>. Überdies, so die Richter in *Miller v. Miller/McFarlane v. McFarlane*, je länger die Ehe dauere, desto geringer sei die Bedeutung der Herkunft des Vermögens und desto zugänglicher sei jegliches Vermögen zur Aufteilung im Scheidungsfall.

#### d) Eine Daumenregel für das englische Scheidungsfolgenrecht

Etwas vereinfacht könnte man, wie bereits an anderer Stelle vorgeschlagen<sup>43</sup>, sagen, dass die Vermögensaufteilung bei Ehescheidung in England nunmehr grob nach folgendem Ansatz erfolgt:

- *Matrimonial property* ist grundsätzlich hälftig zu teilen, es sei denn Fairnesserwägungen sprechen *dagegen* (und hier insbesondere *needs* und *compensation*, aber auch etwa dass die Ehe nur von kurzer Dauer war oder der Vermögenserwerb tatsächlich ausschließlich auf das „Genie“ eines der Ehegatten zurückzuführen ist).
- *Anderes Vermögen* ist grundsätzlich *nicht* zu teilen, es sei denn Fairnesserwägungen sprechen *dafür* (und hier wiederum insbesondere *needs* und *compensation*).

Es muss aber nochmals wiederholt werden, dass auch nach dieser Daumenregel *needs* und *compensation* die dominanten Faktoren sind. Daher, und das ist vor allem für die Beratungspraxis außerhalb Englands wichtig, wird auch voreheliches und ererbtes Vermögen im Rahmen einer Scheidung grundsätzlich in die Vermögensumverteilung miteinbezogen. Daraus ergibt sich, vorsichtig formuliert, ein nicht unerhebliches Beratungspotential. Denn ein Gerichtsstand in England (und damit die Anwendung englischen Rechts) kann somit für die Scheidungsfolgen in den „richtigen“ Fällen einen ganz erheblichen Unterschied für den Ausgang des Verfahrens machen.



#### IV. Wirkung ohne Bindungswirkung – Eheverträge im Recht von England und Wales<sup>44</sup>

Wie bereits eingangs ausgeführt, sind Eheverträge, gleich welchen Inhalts, in England nach wie vor nicht bindend für die Gerichte. Mit anderen Worten: Selbst wenn ein im Ausland (oder Inland) wirksam abgeschlossener Ehevertrag vorliegt, so kann jede Partei in England grundsätzlich das Gericht anrufen und die Gerichte entscheiden dann, wie beschrieben, grundsätzlich nach ihrem freien Ermessen.

Diese strikte Grundhaltung wird damit begründet, dass der Gesetzgeber die finanziellen Scheidungsfolgen bewusst und ausdrücklich in das Ermessen der Gerichte gestellt hat und es daher den Parteien nicht zustünde, die Ermessensfreiheit der Gerichte, die diesen per Gesetz zugewiesen wurde, durch privaten Vertrag einzuschränken<sup>45</sup>.

Aus der Tatsache, dass Eheverträge die Gerichte – und damit letztlich die Parteien – nicht binden, folgt aber seit der Entscheidung *Radmacher v. Granatino* in 2010, die eine radikale Kehrtwende von der früheren Rechtslage bedeutete, nicht, dass solche Eheverträge keinen praktischen Nutzen haben. Im Gegenteil, denn in *Radmacher* heißt es in Randnummer [75]:

*„The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement.“*

Das Gericht kann – und soll – sein Ermessen vom Inhalt des Ehevertrages leiten lassen (*give effect*), wenn – und nur wenn – die Umstände des Sachverhaltes dafür sprechen. Der Supreme Court sieht hier eine zweistufige Prüfung vor, ähnlich derjenigen in Deutschland<sup>46</sup> und vielen anderen Rechtsordnungen<sup>47</sup>.

##### 1. Erste Stufe: Schutz der Privatautonomie

Schutzgut der ersten Prüfungsstufe ist die Privatautonomie der Parteien. Durch eine Gesamtschau der Umstände bei Ehevertragsschluss unter besonderer Berücksichtigung der sozialen Situation der Eheschließung ist

festzustellen, ob beide Parteien tatsächlich frei und wohlinformiert gehandelt haben („*freely entered into*“ und „*with a full appreciation of its implications*“). Die Kontrolle geht folglich über diejenige hinaus, die im „einfachen Vertragsrecht“ üblich ist.

Nach Common Law-Verständnis wurden hierfür vor der *Radmacher*-Entscheidung vor allem unabhängiger und separater Rechtsrat für jede der Parteien (*independent legal advice*) und Offenlegung der Vermögensverhältnisse (*disclosure*) als absolut zwingend angesehen. Eheverträge, die wie von den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen vorgesehen, vor einem Notar geschlossen werden, erfüllen diese Voraussetzungen daher nicht. Überdies erfolgt in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen häufig auch keine detaillierte Vermögensoffenlegung, da die gesetzlichen oder gewählten Güterstände eine solche unnötig machen.

In *Radmacher* hat der Supreme Court zunächst festgestellt, dass *independent legal advice* und *disclosure* natürlich stets wünschenswert seien. Fehle es aber daran, so bestehe kein Grund, dem Ehevertrag bei der Ermessensausübung weniger oder gar kein Gewicht beizumessen, wenn – und nur wenn – den Parteien die wesentlichen Vermögensverhältnisse und vor allem die wesentlichen Folgen des Ehevertrages bekannt und bewusst waren<sup>48</sup>. Die Voraussetzungen „unabhängiger Rechtsrat“ und „Vermögensoffenlegung“ sind folglich seit *Radmacher* nicht mehr absolut; es kommt vielmehr darauf an, ob die Nichterfüllung dieser Voraussetzungen (und damit die Unkenntnis der Vermögensverhältnisse und gegebenenfalls der exakten Rechtsfolgen des Ehevertrages) für den Abschluss des Ehevertrages erheblich (*material*) waren. Im Fall *Radmacher* selbst wurde eine Gütertrennung vereinbart und der spätere Ehemann wusste im Grunde nur, dass seine Verlobte ausgesprochen vermögend war. Da er als Investmentbanker aber kein Problem hatte zu verstehen, dass „nichts“ von sehr viel eben „nichts“ bedeutet, verhinderten das Fehlen von *independent legal advice* und *disclosure* auf dieser Stufe zunächst nicht, dass das Gericht sich von der ehevertraglichen Vereinbarung in seinem Ermessen grundsätzlich hätte leiten lassen können (zur zweiten Prüfungsstufe aber sogleich unten).

In der Praxis raten dennoch alle Anwälte in England ausnahmslos und sehr

nachdrücklich zu separatem Rechtsrat und Vermögensoffenlegung, da nur so die Erfüllung der Kriterien der ersten Stufe mit Sicherheit als erfüllt anzusehen sind. „*Material*“ ist eben auch ein weit auslegbarer Begriff.

## 2. Zweite Stufe: Schutz vor der Privatautonomie

Auf der zweiten Stufe gibt der Supreme Court den Gerichten letztlich eine Ergebniskontrolle beziehungsweise Inhaltskontrolle auf („*unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement*“). Diese Stufe schützt demnach nicht die Privatautonomie der Parteien, vielmehr soll sie die Parteien vor ihrer ursprünglich privatautonomen Entscheidung schützen. Daher müssen auch zu dem Zeitpunkt, an dem sich eine Seite vor Gericht auf den Ehevertrag beruft, die im Ehevertrag vorgesehenen Scheidungsfolgen noch „*fair*“ sein. Fairness bleibt natürlich, wie oben ausgeführt, ein weitestgehend unbestimmter (und unbestimmbarer) Rechtsbegriff.

Um aber zumindest für ein wenig mehr Rechtssicherheit zu sorgen, hat der Supreme Court in der *Radmacher*-Entscheidung einige weitere Leitlinien für die Ermessensausübung beziehungsweise Kriterien für „*fairness*“ bei Eheverträgen aufgestellt<sup>49</sup>.

Zunächst sei es nach dem Gesetzeswortlaut in Section 25(1) MCA 1973 zwingend, dem Wohl der Kinder Vorrang zu geben<sup>50</sup>. Deren Bedürfnisse – und damit auch die des die Kinder betreuenden Elternteils – müssen angemessen berücksichtigt sein (*reasonable requirements*). Einen Schwerpunkt bildet hier in der Praxis die Notwendigkeit gesicherter Wohnverhältnisse, was, sofern dies finanziell darstellbar ist, in England angesichts der Miet- und Immobilienpreise grundsätzlich Wohneigentum bedeutet<sup>51</sup>. Daher wird sehr häufig die im Eigentum der Eheleute stehende Immobilie, die der Familie als Wohnraum diene, auf den die Kinder betreuenden Elternteil oder aber zumindest für einen bestimmten Zeitraum „*on trust*“ zugunsten der Kinder übertragen.

Abgesehen davon, so der Supreme Court, seien aber die ehevertraglichen Regelungen, insbesondere wenn sie bereits vor der Ehe vorhandene Vermögenswerte und Erbschaften betreffen, grundsätzlich zu respektieren – mit einer Einschränkung. Sind nämlich die Lebensumstände zu dem

Zeitpunkt, an dem sich eine Seite auf den Ehevertrag beruft (*in the circumstances prevailing*), so, dass der Vertragsinhalt „unfair“ ist, so kann von den Bestimmungen im Ehevertrag bei der Ermessenentscheidung abgewichen werden. Hierfür orientiert sich der Supreme Court dann an den in der Entscheidung *Miller v. Miller/McFarlane v. McFarlane* identifizierten Fairness-Prinzipien *needs*, *compensation* und *equal sharing*<sup>52</sup>. Eine Einschränkung beziehungsweise ein Ausschluss der Halbteilung der Vermögen (*sharing*) der Eheleute sei dabei im Regelfall an sich nicht zu beanstanden, wohl aber ein Ausschluss von *needs*<sup>53</sup> und *compensation*. Folglich sind auch bei Vorliegen eines Ehevertrages *needs* und *compensation* die dominanten Ermessenskriterien, die durch ehevertragliche Regelungen nur sehr schwer einzuschränken sind. Hierbei ist auch zu beachten, dass das englische Recht ein sehr weites Verständnis davon hat, was „*needs*“ umfassen kann. Je nach Sachverhalt kann dies zum Beispiel auch bedeuten, dass weiterhin ein eigenes Reitpferd zu unterhalten ist, wöchentliche Reitstunden zu bezahlen sind sowie vier Restaurantbesuche pro Woche, drei Fernreisen pro Jahr und ein jährliches Kleider- und Schmuckbudget von mehreren zehntausend Pfund (!).

## **V. Wie beraten angesichts der „Bedrohung“ durch das Common Law?**

Für kontinentaleuropäische Eheverträge birgt ein möglicher englischer Gerichtsstand somit erhebliches Bedrohungspotential. Nach deutschem (oder sonstigem kontinentaleuropäischem) Recht geschlossene Eheverträge laufen sehr konkrete Gefahr, bei einem Rechtsstreit vor englischen Gerichten nicht das (zumindest von einer Partei) gewünschte Ergebnis zu bringen. Der eingangs erwähnte Fall *Z v. Z* ist hierfür ein sehr konkretes Beispiel: Es wurde zwar Gütertrennung vereinbart, der Ehefrau wurde dennoch 40% des Gesamtvermögens der Eheleute zugesprochen.

Für die Beratungspraxis ist es daher wichtig (nicht zuletzt aus Haftungsgründen), insbesondere bei (potentiell) international mobilen Paaren, die Anwendung englischen Rechts zu antizipieren und daher

- Vermögensverzeichnisse oder entsprechende Verzichtserklärungen mit Begründung in den Ehevertrag mitaufzunehmen<sup>54</sup>;

- unabhängigen und separaten Rechtsrat für beide Parteien sicherzustellen (oder gegebenenfalls Verzichtserklärungen mit Begründung in den Ehevertrag mitaufzunehmen)<sup>55</sup>;
- keinen Ausschluss von „needs“ oder „compensation“ nach englischem Verständnis im Ehevertrag zu vereinbaren; insbesondere sollte die finanzielle Absicherung der (potentiellen) Kinder sowie des Kindesbetreuenden Ehegatten durch die ehevertraglichen Vereinbarungen nicht beeinträchtigt werden; selbst nach deutschem Verständnis großzügige Unterhaltsverpflichtungen des anderen Ehegatten können hierfür unter Umständen nicht ausreichend sein;
- im Zweifel Rechtsrat bei Kollegen einzuholen, die sowohl im deutschen als auch englischen Recht ausreichend versiert sind; denn die erforderliche rechtliche und kulturelle Transferleistung darf keinesfalls unterschätzt werden: Was bedeutet „needs“ nach englischem Verständnis im konkreten Fall? Welcher Unterhalt und sonstige Leistungen sind voraussichtlich ausreichend zur Befriedigung von „needs“?

Aber auch ohne Ehevertrag ist eine Beratung über die Folgen eines möglichen Ehescheidungsverfahrens in England aus den dargelegten Gründen dringend ratsam, wenn denn die Möglichkeit eines Domizils einer der Parteien in England absehbar ist. Dies gilt insbesondere bei sehr ungleichen Vermögensverhältnissen vor Eheschließung oder größeren Erbschaften einer Partei während der Ehe.

Besonders wichtig ist aber in entsprechend gelagerten Fällen, dass sehr schnell reagiert wird, wenn eine Scheidung droht. Zunächst muss geprüft werden, ob ein Gerichtsstand in England durch eine der Parteien auf irgendeine Weise etabliert werden kann. Sollte das der Fall sein, muss umgehend eine schnelle Sachverhaltsprüfung vorgenommen und der günstigere Gerichtsstand für den eigenen Mandanten/die eigene Mandantin ermittelt werden, da sonst das „race to the court“ verloren werden kann – was mögliche Haftungsfolgen nach sich ziehen kann. Hierbei sind insbesondere bestehende Eheverträge und voreheliches Vermögen sowie Erbschaften und deren potentielle Behandlung vor englischen Gerichten zu berücksichtigen. So unschön das ist, hier gilt: Wer zuerst klagt, gewinnt.

Kompetenter und schneller Rechtsrat ist daher in den aufgezeigten Situationen absolut unumgänglich.

# **Anhang**

## *1. Matrimonial Causes Act 1973, Section 25*

(1) It shall be the duty of the court in deciding whether to exercise its powers under section 23, 24, 24A, 24B or 24E above and, if so, in what manner, to have regard to all the circumstances of the case, first consideration being given to the welfare while a minor of any child of the family who has not attained the age of eighteen.

(2) As regards the exercise of the powers of the court under section 23(1) (a), (b) or (c), 24, 24A, 24B or 24E above in relation to a party to the marriage, the court shall in particular have regard to the following matters —

(a) the income, earning capacity, property and other financial resources which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future, including in the case of earning capacity any increase in that capacity which it would in the opinion of the court be reasonable to expect a party to the marriage to take steps to acquire;

(b) the financial needs, obligations and responsibilities which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future;

(c) the standard of living enjoyed by the family before the breakdown of the marriage;

(d) the age of each party to the marriage and the duration of the marriage;

(e) any physical or mental disability of either of the parties to the marriage;

(f) the contributions which each of the parties has made or is likely in the foreseeable future to make to the welfare of the family, including any contribution by looking after the home or caring for the family;

(g) the conduct of each of the parties, if that conduct is such that it would in the opinion of the court be inequitable to disregard it;

(h) in the case of proceedings for divorce or nullity of marriage, the value to each of the parties to the marriage of any benefit which, by reason of the

dissolution or annulment of the marriage, that party will lose the chance of acquiring. (...)

(...)

## 2. Auszug aus *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42

(75) (...) The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement. (...)

(81) Of the three strands identified in *White v White* and *Miller v Miller*, it is the first two, needs and compensation, which can most readily render it unfair to hold the parties to an antenuptial agreement. The parties are unlikely to have intended that their ante-nuptial agreement should result, in the event of the marriage breaking up, in one partner being left in a predicament of real need, while the other enjoys a sufficiency or more, and such a result is likely to render it unfair to hold the parties to their agreement. Equally if the devotion of one partner to looking after the family and the home has left the other free to accumulate wealth, it is likely to be unfair to hold the parties to an agreement that entitles the latter to retain all that he or she has earned.

(82) Where, however, these considerations do not apply and each party is in a position to meet his or her needs, fairness may well not require a departure from their agreement as to the regulation of their financial affairs in the circumstances that have come to pass. Thus it is in relation to the third strand, sharing, that the court will be most likely to make an order in the terms of the nuptial agreement in place of the order that it would otherwise have made.

---

\* *Dr. Dr. Jens M. Scherpe* ist University Senior Lecturer in Law an der University of Cambridge, Fellow am Gonville and Caius College (Cambridge), Cheng Yu Tung Visiting Professor in Law an der University of Hong Kong sowie Academic Door Tenant, Queen Elizabeth Building, Temple, London.

<sup>1</sup> Im Folgenden wird ausschließlich auf das englische Recht (und damit die Rechtsordnung England und Wales) Bezug genommen. Die Ausführungen gelten



jedoch auch für die Rechtsordnungen mit nahezu gleichem Recht (wie etwa Hong Kong, Nordirland, die Kanalinseln etc.) sowie, zumindest bis zu bis zu einem gewissen Grad, für andere Common Law-Rechtsordnungen (wie etwa Singapur, dazu *Leong*, in: Scherpe [Hrsg.] [Fn. 1], S. 311-349). Unterschiede bestehen aber vor allem dort, wo der Gesetzgeber interveniert und andere Regelungen zum Ehegüterrecht und zu Eheverträgen getroffen hat, wie etwa in Australien und Neuseeland. Siehe hierzu *Jessep*, in: Scherpe (Hrsg.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, 2012, S. 17-50 (Australien) und *Briggs*, in: Scherpe (Hrsg.) (Fn. 1), S. 257-288 (Neuseeland).

- <sup>2</sup> Da das englische Recht seit dem 13. März 2014 auch Ehen zwischen Personen gleichen Geschlechts kennt (eingeführt durch den Marriage [Same Sex Couples] Act 2013), gelten die Ausführungen im Folgenden selbstverständlich auch für gleichgeschlechtliche Ehen. Da überdies die englische *civil partnership*, die nur gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht, im Grunde identischen Regelungen unterliegt (siehe Civil Partnership Act 2004), gelten die folgenden Ausführungen auch für *civil partner*. Verschiedengeschlechtlichen Paaren steht hingegen eine *civil partnership* nicht offen, so dass in England gleichgeschlechtliche Paare hinsichtlich der Wahlmöglichkeiten zur Verrechtlichung ihrer Beziehung besser gestellt sind als verschiedengeschlechtliche. Siehe hierzu *Scherpe*, Quo vadis, civil partnership?, (2015) 46 Victoria University of Wellington Law Review 755 sowie *Steinfeld v. The Secretary of State for Education* [2016] EWHC 128 (Admin).
- <sup>3</sup> Die Law Commission hat zwei Consultations (Nos. 198 und 208) und einen Report (No. 343) durchgeführt und in ihrem Bericht die Einführung von „*qualified pre-nuptial agreements*“ empfohlen (abrufbar unter <http://www.lawcom.gov.uk/project/matrimonial-property-needs-and-agreements/>). Zumindest in näherer Zukunft scheint eine diesbezügliche Rechtsreform aber nicht auf der Agenda zu stehen.
- <sup>4</sup> Es ist umstritten, ob Eheverträge dritten Personen gegenüber Bindungswirkung entfalten können. Hierauf kann im Rahmen dieses Beitrages nicht näher eingegangen werden. Siehe hierzu *Miles*, Marriage and Divorce in the Supreme Court and the Law Commission: for Love or Money, (2011) 74 MLR 430-455 sowie *Karsten*, Financial Agreements and Applicable Law in Divorce Cases, FamRZ 2011, 1475, 1478.
- <sup>5</sup> *Z v. Z* [2011] EWHC 2878 (Fam); der Verfasser dieses Beitrags war als Consultant/Academic Door Tenant auf Seiten der Klägerin beteiligt. Der Sachverhalt ist gekürzt und vereinfacht dargestellt. Für eine umfassende Darstellung siehe die Randnummern [1]-[17] der Entscheidung.
- <sup>6</sup> *Thorpe*, London – The Divorce Capital of the World, (2009) 39 (1) Fam Law 21.
- <sup>7</sup> Etwa der Unterhaltsverordnung, Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Februar 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen.
- <sup>8</sup> Insofern sind auch die Schwierigkeiten bei der Schaffung eines einheitlichen

europäischen Kollisionsrecht für Scheidungsfolgen verständlich; zu den praktischen Problemen, etwa bei der Urteilsvollstreckung, siehe BGH, FamRZ 2009, 1659 = MDR 2009, 1225 = NJW-RR 2010, 1; dazu *Scherpe/Dutta*, Cross-border enforcement of English ancillary relief orders – Fog in the channel, Europe cut off?, (2010) 40 (4) Fam Law 385 ff.

- 9 *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42 [103]; siehe etwa auch *Collins/Dicey/Morris*, The Conflict of Laws, Bd. 2, 14. Aufl., 2006, Rule 91(7) sowie *C v. C (Ancillary Relief: Nuptial Settlement)* [2005] EWHC 250 (Fam) [31]. Siehe hierzu auch die familienrechtlichen Entscheidungen *de Dampierre v. de Dampierre* [1988] 1 AC 92 (UKHL); *R v. R (Divorce: Stay of Proceedings)* [1994] 2 FLR 1036; *S v. S (Divorce: Stay of Proceedings)* [1997] 2 FLR 100; *C v. C (Divorce: Stay of English Proceedings)* [2001] 1 FLR 624 sowie aus jüngerer Zeit *Ella v. Ella* [2007] EWCA Civ 99 und *Z v. Z (Divorce: Jurisdiction)* [2009] EWHC 2626 (Fam).
- 10 Siehe hierzu etwa jüngst den Fall *SPH v. SA (formerly known as SA)* [2014] HKCFA 56 aus Hong Kong, bei dem der Verfasser dieses Beitrages als Parteigutachter auf Seiten der Klägerin tätig war.
- 11 *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.* [1987] AC 460 (HL).
- 12 *Z v. Z* [2011] EWHC 2878 (Fam).
- 13 Der Verfasser war an diesem Fall als Consultant/Academic Door Tenant auf Seiten des Beklagten beteiligt. Die Parteien schlossen nach eingehender Rechtsberatung und auf Hinweis des Gerichtes einen Vergleich.
- 14 Dieser Teil beruht zu großen Teilen auf einem Festschriftbeitrag (*Scherpe*, in: FS Brudermüller, 2014, 643-652).
- 15 Bis vor kurzem noch üblicherweise als „*ancillary relief*“ bezeichnet. Seit der Einführung von Rule 2.3 Family Procedure Rules 2010 ist jedoch der Begriff „*financial orders*“ zu verwenden. In der Literatur und sogar in Gerichtsentscheidungen wird dennoch häufig weiterhin von „*ancillary relief*“ gesprochen.
- 16 Vgl. dazu *Dicey*, Lectures on the Relations between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century, 2. Aufl., 1962, S. 387: „*radically opposed to English habits*“, sowie *Masson/Bailey-Harris/Probert*, Cretney – Principles of Family Law, 8. Aufl., 2008, S. 115.
- 17 Wie etwa vorgeschlagen für Singapur; siehe dazu *Leong*, Marital Agreements and Private Autonomy in Singapore, in: *Scherpe* (Hrsg.) (Fn. 1), S. 311-349.
- 18 *Bennett J in Sorrell v. Sorrell* [2005] EWHC 1717 (Fam) [96] sowie Baroness Hale in *Miller v. Miller/McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24 [151].
- 19 Dieses Gesetz beruht zum größten Teil auf dem Vorgängergesetz, dem Matrimonial Proceedings and Property Act 1970. Ein Auszug der zentralen Bestimmung, Section 25, findet sich im Anhang.
- 20 *Law Commission*, Report No. 25 on Financial Provision in Matrimonial

Proceedings, 1969.

- 21 Siehe etwa Thorpe LJ in *Dart v. Dart* [1996] 2 FLR 286, 294: „*Parliament might have opted for a community of property system or some fraction approach. It opted instead for a wide judicial discretion that would produce a bespoke solution to fit the infinite variety of individual cases.*“  
Eine weitere zwingende Folge dieses Ansatzes ist daher, dass klare und präzise Aussagen zu einem möglichen Verfahrensausgang nur sehr eingeschränkt möglich sind, bis ein Gericht in letzter Instanz über die Sache entschieden hat. Da aber in England die Gerichts- und Anwaltskosten erstaunlich hoch sind, können sich sehr viele Scheidungspaare keine umfassende Rechtsberatung (und schon gar kein mehrinstanzliches Gerichtsverfahren) leisten. Für einen familienrechtlichen Fall, bei dem die Kosten völlig außer Kontrolle gerieten, siehe etwa *Seagrove v. Sullivan* [2014] EWHC 4110 (Fam).
- 22 Vgl. Matrimonial Causes Act 1973, Sections 21, 23 und 24.
- 23 Vgl. Matrimonial Causes Act 1973, Sections 25B-25D sowie 21A und 24B.
- 24 Anders aber zum Beispiel das Recht in Singapur oder Neuseeland; dazu rechtsvergleichend *Scherpe*, A comparative overview of the treatment of non-matrimonial assets, indexation and value increases, (2013) 25 *Child and Family Law Quarterly* 61-79.
- 25 Dazu etwa *Röthel*, Familiäre Vermögensteilhabe im englischen Recht: Entwicklung und Erklärungsversuche, *RabelsZ* 76 (2012), 131, und *Röthel*, Englische family provision und ordre public, in: FS von Hoffmann, 2011, S. 348; *Scherpe*, Towards a Matrimonial Property Regime for England and Wales?, in: Probert/Barton (Hrsg.), *Fifty Years in Family Law – Essays for Stephen Cretney*, 2012, S. 129-142; *Scherpe*, Marital Agreements und Private Autonomy in Comparative Perspective, in: *Scherpe* (Hrsg.) (Fn. 1), S. 476 ff.; *Scherpe/Dutta* (Fn. 8), (2010) *Fam Law* 385 ff.
- 26 So ausdrücklich Waite LJ in *Thomas v. Thomas* [1996] 2 FCR 544, 546: „*almost limitless*“.
- 27 Hervorhebung vom Verfasser. Ein Auszug aus der Vorschrift findet sich im Anhang.
- 28 So der Wortlaut in Section 25(11).
- 29 Vgl. dazu *Piglowska v. Piglowski* [1999] 1 WLR 1360, 1370.
- 30 Was nach englischem Recht auch Kinder einschließt, die nicht Kinder beider Ehegatten sind (als „*child of the family*“). Siehe dazu *Lowe/Douglas*, *Bromley's Family Law*, 10. Aufl., 2007, S. 338 ff.
- 31 *White v. White* [2001] 1 AC 596, 599 (HL).
- 32 *Hanlon v. Law Society* [1981] AC 124, 147 (HL).
- 33 Siehe hierzu und zur historischen Entwicklung *Scherpe* (Fn. 14), 643-652 m.w.N.
- 34 Siehe etwa *Cowan v. Cowan* [2001] EWCA Civ 679.

- 35 So sehr deutlich *Lambert v. Lambert* [2002] EWCA Civ 1685.
- 36 *Miller v. Miller/McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24.
- 37 In den Randnummern [17], [19], [20], [21], [85], [141], [149] und [154] (zweimal).
- 38 In den Randnummern [22], [91] und [143].
- 39 Siehe etwa *K v. L* [2011] EWCA Civ 550; *AR v. AR* [2011] EWHC 2717 (Fam); *N v. F (Financial Orders: Pre-Acquired Wealth)* [2011] EWHC 586 (Fam); *Jones v. Jones* [2011] EWCA Civ 41.
- 40 Die Familienwohnung wurde, angesichts der englischen Immobiliensituation wenig überraschend, sowohl von Lord Nicholls als auch von Baroness Hale ausdrücklich als immer zum *matrimonial property* gehörend qualifiziert, unabhängig von Art und Zeitpunkt des Erwerbs derselben. Siehe dazu *Miles/Scherpe*, *The Future of Family Property in Europe*, in: Boele-Woelki/Miles/Scherpe (Hrsg.), *The Future of Family Property in Europe*, 2011, S. 428.
- 41 Siehe insbesondere *Miller v. Miller/McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24 [21 ff.], [149 ff.].
- 42 Vgl. dazu auch *Charman v. Charman* [2007] EWCA Civ 503.
- 43 *Scherpe* (Fn. 14), 643-652; *Scherpe*, in: Probert/Barton (Hrsg.) (Fn. 25), S. 129-142.
- 44 Dieser Teil beruht zu großen Teilen auf dem früheren Aufsatz *Scherpe*, *Wirkung ohne Bindungswirkung – Eheverträge im Recht von England und Wales*, ZEuP 2012, 615-630.
- 45 Erstmals ausdrücklich entschieden in *Hyman v. Hyman* [1929] AC 601 und ausdrücklich bestätigt in *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42 [2]. In anderen Common Law-Rechtsordnungen wurde daher per Gesetzgebung die Möglichkeit zum Abschluss bindender Eheverträge geschaffen, etwa in Australien, Neuseeland und den meisten Bundesstaaten der USA. Siehe dazu die Länderberichte zu Australien (*Jessep*, in: *Scherpe* [Hrsg.] [Fn. 1], S. 17-50), Neuseeland (*Briggs*, in: *Scherpe* [Hrsg.] [Fn. 1], S. 256-288) und den USA (*Ellman*, in: *Scherpe* [Hrsg.] [Fn. 1], S. 403- 442). In England hat die *Law Commission* die Einführung eines solchen Gesetzeswerkes vorgeschlagen (siehe Fn. 3). Bisher sind aber keine weiteren Schritte in diese Richtung erfolgt.
- 46 Begründet durch BGH v. 11.02.2004 - XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601.
- 47 Siehe dazu die rechtsvergleichende Analyse in *Scherpe*, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, in: *Scherpe* (Hrsg.) (Fn. 1), S. 443, 489 ff., 514 ff.; die anderen Beiträge in demselben Band sowie die Beiträge in: Hofer/Schwab/Henrich (Hrsg.), *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im Familienrecht*, 2005.
- 48 *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42 [69].
- 49 Siehe dazu die Auszüge aus der Entscheidung im Anhang.

- 50 *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42 [77].
- 51 Dazu *Miles/Scherpe*, in: Boele-Woelki/Miles/Scherpe (Hrsg.) (Fn. 40), S. 428.
- 52 Siehe dazu die Auszüge aus der Entscheidung im Anhang.
- 53 Das Gericht verwendet hier, der vorangegangenen Entscheidung des Court of Appeal folgend, den Begriff „*real needs*“. Was hiervon genau umfasst ist und ob „*real needs*“ eine Einschränkung von „*needs*“ sein soll, ist bislang ungeklärt. Vgl. *Miles* (Fn. 4), (2011) 74 MLR 439.
- 54 Die Wirksamkeit solcher Verzichtsklauseln ist allerdings nicht vollständig gesichert, da sie bislang noch nicht höchstrichterlich überprüft worden sind. Je umfassender die Begründung/Erläuterung, desto wahrscheinlicher ist es deshalb, dass sie von den Gerichten akzeptiert werden.
- 55 Siehe Fn. 54; beim Erfordernis der unabhängigen Rechtsberatung werden die Gerichte allerdings (noch) höhere Maßstäbe anlegen als bei der Vermögensoffenlegung. Daher ist, wie bereits oben erwähnt, dringend dazu zu raten, dass die Parteien unabhängigen Rechtsrat über den Ehevertrag einholen. Die hierfür anfallenden Kosten dürften im Vergleich zum Risiko der (Quasi-) Unwirksamkeit des Vertrages sehr gering sein.

# Der internationale Erbfall im Familienunternehmen

CHRISTOPHER KEIM\*

## **I. Die Europäische Erbrechtsverordnung – unser neues internationales Erbrecht!**

## **I. Die Europäische Erbrechtsverordnung – unser neues internationales Erbrecht!**

### *1. Allgemeines*

Die Europäische Erbrechtsverordnung (Verordnung Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, kurz: EuErbVO) wurde am 13. März 2012 vom Europäischen Parlament und am 07. Juni 2012 vom Rat angenommen und auch im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht (ABl. EG L 201 vom 27. Juli 2012). Gemäß Art. 84 Abs. 1 EuErbVO ist sie am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt, also am 16. August 2012, in Kraft getreten. Bis zur Anwendbarkeit der Vorschriften wurde allerdings ein Übergangszeitraum bis zum 17. August 2015 vorgesehen (näher Art. 84 Abs. 2 EuErbVO), so dass ihre Regelungen erst für ab diesem Zeitpunkt eingetretene Erbfälle gelten. Die Verordnung findet im Bereich der gesamten EU, mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks, Anwendung (vergleiche Erwägungsgründe Nrn. 82, 83 EuErbVO). Die EuErbVO gilt für die Erbfolge nach Personen, die ab dem 17. August 2015 verstorben sind, Art. 83 Abs. 1 EuErbVO.

Für die Testamentsgestaltung des Familienunternehmers ist die EuErbVO damit das zu berücksichtigende Internationale Privatrecht (IPR) bei Auslandsbezug, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei der

ausländischen Rechtsordnung um die eines EU-Mitgliedstaates oder Nichtmitgliedstaates handelt. Die Verordnung beansprucht universelle Geltung, Art. 20 EuErbVO.

Innerhalb der Europäischen Union ist mit der EuErbVO

- eine Vereinheitlichung des Internationalen Erbrechts,
- eine Klärung der Zuständigkeitsfragen in Erbsachen und
- die Anerkennung von Nachlassverfahrensakten geregelt.

Mit ihr wird ein einheitliches IPR für das Erbrecht in den teilnehmenden EU-Staaten (dies sind als „Mitgliedstaaten“ alle EU-Staaten außer Dänemark, Großbritannien und Irland) und ein „Europäisches Nachlasszeugnis“ eingeführt. Dänemark, Großbritannien und Irland haben in Bezug zur EuErbVO nunmehr (wie Nicht-EU-Staaten) den Status eines „Drittstaates“. Die EuErbVO ist das neue deutsche IPR-Erbrecht!

Unser bisheriges „autonomes deutsches Internationales Erbrecht“, Art. 25, 26 EGBGB, ist damit weitgehend außer Kraft getreten. Die EuErbVO gilt für alle Erbfälle und erbrechtlich einschlägigen Sachverhalte, also ausdrücklich auch für alle Bürger von Nicht-EU-Staaten sowie für alle Bürger der drei EU-Staaten Dänemark, Großbritannien und Irland („Drittstaaten“).

## *2. Die wesentlichen Grundzüge*

- 1) Es gilt das „Aufenthaltsprinzip“. Die bisherige Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Erblassers (Art. 25 Abs. 1 EGBGB) wird aufgegeben. Stattdessen kommt es für das anwendbare Erbrecht auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers vor seinem Tod an (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO).
- 2) Der Erblasser kann durch eine Rechtswahl in Form einer Verfügung von Todes wegen das Recht eines Staates wählen, dessen Staatsangehörigkeit er hat (Art. 22 Abs. 2 EuErbVO).
- 3) Es gilt der Grundsatz der Sachrechtsverweisung. Die häufig verwirrende Technik der Gesamtverweisung mit Rück- und Weiterverweisungen entfällt in den Kernbereichen des Erbrechts. Eine Ausnahme besteht bei einer Verweisung auf das Erbstatut

eines Drittstaates (Art. 34 Abs. 1 EuErbVO).

- 4) Es gilt allgemein der Grundsatz der Nachlassseinheit, das heißt grundsätzlich unterliegt der gesamte Nachlass demselben Erbrecht.
- 5) Ungeklärt ist, in wie weit sich künftig dingliche Vermächtnisse und Teilungsanordnungen nach ausländischen Rechtsordnungen auch für in Deutschland belegene Nachlassgegenstände durchsetzen. Sie sind einerseits dem deutschen Sachenrecht inhaltlich fremd, die „Richtigkeit des Grundbuchs“ bliebe erhalten<sup>1</sup>. Andererseits erfasst das Erbstatut gemäß Art. 23 Abs. 2 lit. e EuErbVO auch den Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte, Rechte und Pflichten auf die Erben und gegebenenfalls auf die Vermächtnisnehmer<sup>2</sup>.

Abgesehen vom Immobiliarsachenrecht könnten im deutschen Bereich noch gesellschaftsrechtliche Übertragungsvorgänge bei der GmbH von diesem Problem erfasst werden<sup>3</sup>.

- 6) Nach der Übergangsregel des Art. 83 Abs. 2, 3 der EuErbVO bleiben vor dem Beginn der Anwendung der EuErbVO getroffene Rechtswahlen weiterhin meist gültig, wenn sie im Zeitpunkt der Rechtswahl zulässig und gültig waren. Entsprechendes gilt für „Altverfügungen“ von Todes wegen.

Die Übergangsregelung versagt nur, wenn ein Ausländer, der keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, für die in Deutschland belegenen Immobilien gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB deutsches Erbrecht gewählt hat: Denn eine solche Rechtswahl ist weder nach der EuErbVO noch nach seinem Heimatrecht oder dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthaltes zulässig<sup>4</sup>.

- 7) Nationale Erbscheine und Nachlasszeugnisse und das für sie geltende Recht bleiben weiterhin bestehen. Damit verbleiben auch der deutsche Erbschein und das deutsche Erbscheinsverfahren – und es bleibt bei der Nichtanerkennung ausländischer nationaler Erbrechtszeugnisse im deutschen Rechtsbereich. Daneben tritt nun aber das Europäische Nachlasszeugnis, welches innerhalb der teilnehmenden EU-Staaten allgemein anerkannt wird.
- 8) Gemäß Art. 75 Abs. 1 EuErbVO bleiben Staatsverträge mit



Drittstaaten weiterhin vorrangig und beachtlich. Die Staatsverträge bleiben nur für diejenigen Staaten vorrangig beachtlich, die daran beteiligt sind – die dortigen Regelungen gelten nur für die von den Verträgen erfassten Personen und nur für das Nachlassvermögen, welches sich im Bereich des betreffenden Staates befindet<sup>5</sup>.

Daher werden nur erfasst die „Inlandsvermögen“

- von Iranern (deutsch-iranisches Niederlassungsabkommen von 1928),
- von Türken (deutsch-türkischer Konsularvertrag von 1929) und
- von Angehörigen der GUS-Staaten (deutsch-sowjetischer Konsularvertrag von 1958).

## **II. Stabiles Erbstatut trotz Aufenthaltsprinzip des Art. 21 EuErbVO?**

### *1. Ausgangslage: Unbefriedigendes Erbkollisionsrecht*

Das deutsche Erbrecht galt nach alter Rechtslage aus deutscher Sicht vorbehaltlich vorrangiger Staatsverträge<sup>6</sup> für Erblasser, die zumindest auch die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen, Art. 25 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB (Staatsangehörigkeitsprinzip). Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit galt für den gesamten Nachlass (Prinzip der Nachlassseinheit)<sup>7</sup>. Hiervon ausgenommen waren lediglich Nachlassgegenstände, die sich in einem ausländischen Staat befanden, dessen Rechtsordnung nach besonderen Vorschriften ihre eigene Anwendung forderte, Art. 3a Abs. 2 EGBGB. Eine Rechtswahl war bisher nach deutschem IPR nur für Inlandsimmobilien zugunsten des deutschen Erbrechts nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB möglich<sup>8</sup>.

Diese Rechtslage wurde aus mehreren Gründen als unbefriedigend angesehen. Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in Deutschland führte dazu, dass auf den Erbfall des Erblassers auch dann dessen Heimatrecht angewendet wurde, wenn er bereits seit Jahren seinen Wohnsitz in einem anderen Land hatte und sich die meisten seiner Vermögensgegenstände ebenfalls dort befanden. In der Regel werden auch die Erben in diesem Lande wohnen<sup>9</sup>. Falls die Gerichte am gewöhnlichen

Aufenthalt zuständig waren, waren sie zudem gezwungen, ein fremdes Recht, nämlich dasjenige der Staatsangehörigkeit des Erblassers, anzuwenden<sup>10</sup>. Die frühere beschränkte Rechtswahlmöglichkeit des Art. 25 Abs. 2 EGBGB hatte darüber hinaus häufig zur Folge, dass auf den unbeweglichen Nachlass das Recht des Ortes der Belegenheit und auf den übrigen Nachlass ein anderes Recht anwendbar war (Nachlassspaltung)<sup>11</sup>.

## 2. Allgemeines Erbstatut

### a) Anknüpfung des Erbstatuts an den gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 21 EuErbVO)

Die für die Praxis wohl bedeutendste Änderung durch das Inkrafttreten der EuErbVO ergibt sich daraus, dass die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit durch eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes ersetzt wurde (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO). Art. 21 Abs. 1 EuErbVO verwirklicht das Prinzip der Nachlassseinheit. In allen EuErbVO-Mitgliedsstaaten richtet sich jetzt die Erbfolge sowohl in bewegliches als auch in unbewegliches Vermögen nach dem Recht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers<sup>12</sup>. Gemäß Art 20 EuErbVO gilt diese Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt auch im Verhältnis zu Drittstaaten (universelle Geltung).

Besitzt der Erblasser beim Erbfall allerdings eine „offensichtlich engere Verbindung“ zu einem anderen Staat als seinem gewöhnlichen Aufenthaltsstaat, so soll nach Art. 21 Abs. 2 EuErbVO dessen Recht Anwendung finden. Leider gelten die bisherigen Abkommen Deutschlands mit der Türkei, dem Iran und den Nachfolgestaaten der UDSSR weiter, sodass es weiterhin zu Nachlassspaltungen kommen wird (Art. 75 Abs. 1 EuErbVO)<sup>13</sup>.

### b) Begriff des gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers

Allerdings hat der Gesetzgeber den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts in der Verordnung nicht näher erläutert. Erwägungsgrund Nr. 23 EuErbVO bestimmt, dass die mit der Erbsache befasste Behörde bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eine Gesamtbeurteilung der

Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und im Zeitpunkt seines Todes vornehmen und dabei alle relevanten Tatsachen berücksichtigen soll. Insbesondere spielen hierbei die Dauer und Regelmäßigkeit des Aufenthalts des Erblassers im betreffenden Staat sowie die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe eine Rolle. Der so bestimmte gewöhnliche Aufenthalt sollte unter Berücksichtigung der spezifischen Ziele der Verordnung eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat erkennen lassen. Hat der Erblasser berufliche Verbindungen zu einem Staat und familiäre Beziehungen eher zu einem anderen Staat, so sollen im Zweifel die familiären Bindungen den Vorrang bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts haben (Erwägungsgrund Nr. 24 S. 3 EuErbVO). Ungeklärt ist noch, ob die zu Art. 8 EheVO ergangene Rechtsprechung des EuGH<sup>14</sup> und des BGH<sup>15</sup> zur Interpretation des gewöhnlichen Aufenthalts herangezogen werden kann. Danach soll mit dem gewöhnlichen Aufenthalt der Daseinsmittelpunkt als Schwerpunkt der familiären, sozialen und beruflichen Beziehungen einer Person gemeint sein. Gegen eine Übertragbarkeit spricht, dass unter Berücksichtigung der spezifischen Ziele der Verordnung (vergleiche Erwägungsgrund Nr. 23 S. 2 EuErbVO) eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat erkennbar sein muss<sup>16</sup>.

Problematisch kann dies insbesondere beim Familienunternehmer sein, der im Alter wegen des besseren Klimas im Süden überwintert, oder aber für denjenigen, der aufgrund günstigerer Steuersätze in ein Nachbarland umgezogen ist, aber weiterhin in Deutschland sein Unternehmen leitet und gegebenenfalls dort einen Zweitwohnsitz unterhält.

Nicht maßgeblich ist der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts des Steuerrechts (§ 9 AO und AEO zu § 9), wonach als gewöhnlicher Aufenthalt in der Regel ein Aufenthalt von mehr als sechs Monaten anzusehen ist<sup>17</sup>. Von dem englischen Begriff des *domicile* unterscheidet sich der gewöhnliche Aufenthalt dadurch, dass er grundsätzlich keinen Bleibewillen (*animus manendi*) voraussetzt<sup>18</sup>. Als maßgeblich wird beim gewöhnlichen Aufenthalt allein eine gewisse Eingliederung in die soziale Umwelt angesehen, wofür objektive Merkmale sprechen müssen.

Bei der Verweisung auf das Recht solcher Staaten, bei denen das Erbrecht nicht einheitlich geregelt ist, bleibt es nach Art. 36 Abs. 1 EuErbVO

dessen interner Kollisionsvorschrift überlassen, die Gebietseinheit zu bestimmen, deren Erbrecht Anwendung finden soll. Eine direkte Verweisung auf eine bestimmte Teilrechtsverordnung kommt nach Art. 36 Abs. 2 EuErbVO nur in Ermangelung interner Kollisionsvorschriften in Betracht.

**Beispiel<sup>19</sup>** : *Ein Deutscher mit letztem Wohnsitz in Mallorca stirbt, ohne eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen.*

Nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO fragt es sich, ob gemeinspanisches Erbrecht oder mallorcinisches Recht zur Anwendung kommt. Nach Art. 36 Abs. 1 EuErbVO und Art. 14.1, 16.1 Ziff. 1 CC kommt es nach spanischem Kollisionsrecht auf die bürgerlich-rechtliche Gebietszugehörigkeit an. Da eine Gebietszugehörigkeit für einen Ausländer nicht möglich ist, muss nach dem spanischen Kollisionsrecht wohl auf den gewöhnlichen Aufenthalt abgestellt werden (Art. 9.10 CC). Nimmt man dagegen an, die internen spanischen Kollisionsregelungen sähen keine Lösung vor, so wäre über Art. 36 Abs. 2 EuErbVO die direkte Verweisung auf das Recht der Gebietseinheit, also mallorcinisches Erbrecht, frei<sup>20</sup>.

#### c) Ausweichklausel des Art. 21 Abs. 2 EuErbVO

Nach dieser Vorschrift kann bei offensichtlich engerer Verbindung zu einem anderen Staat als dem Aufenthaltsstaat das Recht dieses Staates angewandt werden. Die Notwendigkeit dieser Klausel wird in der Literatur allerdings teilweise bezweifelt<sup>21</sup>. Nach dem Erwägungsgrund Nr. 25 EuErbVO soll dies beispielsweise der Fall sein, wenn der Erblasser erst kurz vor seinem Tod umgezogen ist. Daraus ergibt sich, dass die EuErbVO offensichtlich davon ausgeht, dass für einen gewissen Zeitraum noch eine engere Verbindung zu dem Wegzugsort besteht, die gewissermaßen ausklingt. Im Übrigen schafft die Klausel aber mehr Unsicherheit als Sicherheit, da die Gefahr droht, dass sich Schwierigkeiten bei der Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts mit den wenig trennscharfen Tatbestandsmerkmalen der Ausnahmeregel vermischen<sup>22</sup>. In Erwägungsgrund Nr. 25 S. 2 EuErbVO mahnt der Gesetzgeber immerhin, die Ausnahmeregelung nicht als subsidiären Anknüpfungspunkt zu gebrauchen, wenn sich die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Erblassers als schwierig erweist. Die Norm wird aber in der

gerichtlichen Praxis wahrscheinlich nur eine geringe Rolle spielen, da sie die internationale Zuständigkeit unberührt lässt. Die zuständigen Gerichte am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts müssten also fremdes Recht anwenden, wozu sie wohl nur selten bereit sein werden.

#### d) Fazit

Trotz teilweiser Unsicherheiten bei der Ermittlung des letzten gewöhnlichen Aufenthalts im Einzelfall dürfte in der absolut überwiegenden Anzahl der Fälle eine eindeutige Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts und damit des Erbstatuts möglich sein. Für den Unternehmer, der zwischen mehreren Wohnsitzen pendelt, empfiehlt sich aber eine Wahl des Erbstatuts gemäß Art. 22 EuErbVO. Es kann aber für die Praxis nicht oft genug betont werden, dass lediglich das Recht der Staatsangehörigkeit gewählt und nicht das des gewöhnlichen Aufenthalts durch eine Rechtswahl gefestigt werden kann.

### *3. Errichtungsstatut für Verfügungen von Todes wegen*

#### a) Die materielle Wirksamkeit von Testamenten

Klar ist, dass bei Verfügungen von Todes wegen eine andere Anknüpfung notwendig ist. Das Erbstatut ist zu Lebzeiten des Erblassers wandelbar, da er seinen gewöhnlichen Aufenthalt jederzeit wechseln kann. Um zu verhindern, dass sich die Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen erst im Todeszeitpunkt feststellen lässt, musste eine stabilere Anknüpfung gefunden werden. Daher werden Verfügungen von Todes wegen, die nur den Nachlass eines Erblassers zum Gegenstand haben, nach Art. 24 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 1 EuErbVO dem Recht unterstellt, das hypothetisch nach der allgemeinen Kollisionsnorm auf den Erbfall zum Zeitpunkt der Errichtung dieser Verfügung von Todes wegen anwendbar wäre<sup>23</sup> (sogenanntes Errichtungsstatut). Diese Anknüpfung stellt sicher, dass ein Testament, das der Erblasser nach dem an seinem Aufenthaltsort geltenden Recht errichtet, nicht durch einen späteren Statutenwechsel durch Umzug unwirksam oder undurchführbar wird.

#### b) Materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung von Erbverträgen

Materielle Wirksamkeit, Zulässigkeit und Bindungswirkung von Erbverträgen mit nur einem Erblasser beurteilen sich nach dessen hypothetischem Erbstatut zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Art. 25 Abs. 1 EuErbVO). Bei Erbverträgen über mehrere Nachlässe ist dagegen eine kumulative Prüfung erforderlich. Nur wenn das hypothetische Erbstatut jedes der beteiligten Erblasser den Erbvertrag für wirksam erachtet, ist dieser insgesamt wirksam. Materielle Wirksamkeit und Bindungswirkungen richten sich dann einheitlich nach dem Recht, zu dem der Erbvertrag die engste Verbindung hat (Art. 25 Abs. 2 EuErbVO). Auch in den Erwägungsgründen hat der Gesetzgeber allerdings keine Vorgaben gemacht, wie diese Vorschrift auszulegen ist. Zumindest für beurkundungsbedürftige Verfügungen von Todes wegen dürfte der Abschlussort wohl häufig den Ausschlag für die anwendbare Rechtsordnung geben<sup>24</sup>.

#### c) Das deutsche gemeinschaftliche Ehegattentestament als Erbvertrag?

Die Verordnung legt unionsrechtlich in Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO einen weiten Erbvertragsbegriff fest, der über das Verständnis des deutschen Rechts vom Erbvertrag nach § 1941 Abs. 1 BGB hinausgeht<sup>25</sup>. Ein Erbvertrag bezeichnet danach eine Vereinbarung einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die mit oder ohne Gegenleistung Rechte am künftigen Nachlass oder an künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, ändert oder entzieht. Andererseits wird in Art. 3 Abs. 1 lit. c EuErbVO auch das gemeinschaftliche Testament eigenständig als ein von zwei oder mehr Personen in einer einzigen Urkunde errichtetes Testament definiert. Es ist daher bereits jetzt in der Literatur umstritten, ob auch ein deutsches Ehegattentestament, das wechselbezügliche und insofern nach § 2271 BGB bindende Verfügungen enthält, unter den Begriff des Erbvertrages subsummiert werden kann. Aus Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO lässt sich ferner entnehmen, dass gemeinschaftliche Testamente neben Testamenten und Erbverträgen dem Oberbegriff der Verfügung von Todes wegen unterfallen. Nach Ansicht einiger Autoren unterliegen sie damit jedenfalls nicht der Sonderanknüpfung für Erbverträge des Art. 25 EuErbVO<sup>26</sup>. Für diese Auffassung spricht außerdem, dass sich die Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen

Ehegattentestaments nach deutschem Recht nicht aus einer vertraglichen Vereinbarung, sondern aus dem gegenseitigen Vertrauen heraus ergibt, das eine Folge des gemeinschaftlichen Errichtungsaktes ist<sup>27</sup>. Bei der Schaffung des Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO war allerdings bekannt, dass in Deutschland nicht nur Erbverträge, sondern auch in ihrer Wirkung Erbverträgen nahe kommende gemeinschaftliche Testamente weit verbreitet und alltägliche Rechtspraxis sind. Außerdem war bekannt, dass solche gemeinschaftlichen Testamente sich nach der ganz überwiegenden deutschen Rechtsmeinung und Rechtspraxis auch aus mehreren, in selbständigen Testamentsurkunden niedergelegten Verfügungen ergeben können<sup>28</sup>. Wenn Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO daher ausdrücklich auch Vereinbarungen aufgrund gegenseitiger Testamente mit einbeziehen möchte, so dürfte dies erst recht auch für wechselbezügliche Verfügungen in einer einzigen gemeinsamen Testamentsurkunde gelten<sup>29</sup>. Es ist allerdings zu erwarten, dass insbesondere Autoren und Gerichte aus den romanischen Ländern, die eine erbrechtliche Bindung ablehnen, sich der Gegenmeinung anschließen werden<sup>30</sup>.

#### *4. Rechtswahlmöglichkeiten*

##### a) „Große“ Rechtswahl nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO

Gemäß Art. 22 Abs. 1 EuErbVO kann der Erblasser bestimmen, dass er nach seinem Heimatrecht – bei Doppelstaatern nach einem der Heimatrechte – zum Zeitpunkt seines Todes oder aber demjenigen Heimatrecht zum Zeitpunkt der Rechtswahlerklärung beerbt werden will. Der Erblasser kann so die Anwendung des Aufenthaltsrechtes zugunsten einer ihm möglicherweise besser vertrauten Rechtsordnung, nämlich der seines Heimatstaates, vermeiden<sup>31</sup>. Eine besonders enge Verbindung zu diesem Staat ist nicht erforderlich. Bei mehreren Staatsangehörigkeiten kann jede Einzelne gewählt werden, ohne dass es auf den Vorrang einer effektiven Staatsangehörigkeit ankommt (Art. 22 Abs. 1 S. 2 EuErbVO)<sup>32</sup>. Eine dynamische Rechtswahl dergestalt, dass man abstrakt das im Todeszeitpunkt geltende Heimatrecht wählt, ist dagegen nicht möglich<sup>33</sup>.

Ob bei Mehrrechtsstaaten, wie zum Beispiel Spanien, auch die Wahl einer Teilrechtsordnung zulässig ist, ist strittig<sup>34</sup>. Dies ergibt sich aus der

Auslegung des Art. 36 I EuErbVO: Bei Mehrrechtsstaaten richtet sich die Frage, auf welche Rechtsordnung verwiesen wird, nach den internen Kollisionsregelungen dieses Staates. Stellt man dabei auf den Zeitpunkt der Rechtswahl ab, so könnte er unmittelbar die Teilrechtsordnung wählen, die anwendbar wäre, wenn der Erbfall jetzt eintreten würde<sup>35</sup>. Nach dem Wortlaut des Art. 22 EuErbVO ist andererseits nur das Recht eines Staates wählbar, nicht unmittelbar eine Teilrechtsordnung. Welche Teilrechtsordnung anwendbar ist, könnte damit erst im Todeszeitpunkt nach den internen Kollisionsregelungen des Staates selbst festgestellt werden<sup>36</sup>.

Die Rechtswahl muss in der Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen (Art. 22 Abs. 2 EuErbVO). Die letztwillige Verfügung kann sich dabei auch auf die bloße Rechtswahl oder ihren Widerruf beschränken<sup>37</sup>. Die materielle Wirksamkeit der Rechtshandlung, zum Beispiel in Bezug auf Auslegung oder Willensmängel, in der die Rechtswahl vorgenommen wird, unterliegt dem jeweils gewählten Recht (Art. 22 Abs. 3 EuErbVO). Änderung und Widerruf der Rechtswahl müssen den Formvorschriften für die Änderung und den Widerruf einer Verfügung von Todes wegen entsprechen (Art. 22 Abs. 4 EuErbVO)<sup>38</sup>.

### **Formulierungsvorschlag:**

*Ich wähle hiermit für die Rechtsnachfolge von Todes wegen in mein gesamtes Vermögen einschließlich der Zulässigkeit und materiellen Wirksamkeit dieses Testamentes/Erbvertrages das deutsche Recht.*

*Der Notar hat mich darauf hingewiesen, dass ohne Rechtswahl das Erbrecht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes zur Anwendung kommen würde.*

*Der Notar muss ausländisches Recht nicht kennen und darüber auch nicht belehren. Die nachstehenden Verfügungen von Todes wegen treffe ich aber unabhängig davon, ob diese Rechtswahl Wirkungen entfaltet.*

Nach dem Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 EuErbVO kann eine Rechtswahl sich auch „aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung ergeben“. Durch die Zulassung einer solchen konkludenten Rechtswahl kann es zu Auslegungsschwierigkeiten kommen<sup>39</sup>. Wann man im Rahmen der Auslegung von einer solchen konkludenten Rechtswahl ausgehen kann,



bleibt unklar, und allein die verwendete Sprache oder spezielle rechtliche Begriffe aus einer Rechtsordnung dürften dafür nicht reichen, wenn es sich inhaltlich um Verfügungen handelt, die mit vergleichbarem Inhalt praktisch in allen betroffenen Rechtsordnungen bekannt sind (wie zum Beispiel eine allgemeine Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis)<sup>40</sup>. Handelt es sich dagegen um spezielle Rechtsinstitute, die nur ein Recht kennt, wie zum Beispiel die deutsche Vor- und Nacherbfolge, wird man in der Regel eine Rechtswahl unterstellen können, um eine durch ein Handeln unter falschem Recht notwendige Umdeutung zu vermeiden<sup>41</sup>. In diese Richtung geht auch Erwägungsgrund Nr. 39 S. 2 EuErbVO. Dafür, dass an eine solche stillschweigende Rechtswahl höhere Anforderungen zu stellen sind als die Wahl der Begriffe einer Rechtsordnung, spricht auch die Übergangsregelung des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO. Hiernach gilt das Recht als gewählt, nach dem in der Übergangszeit vor dem 17. August 2015 die Verfügung von Todes wegen errichtet ist. Im Umkehrschluss zu dieser Regelung dürften daher an die spätere konkludente Rechtswahl höhere Anforderungen zu stellen sein.

b) Die „kleine“ Rechtswahl beschränkt auf Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung (Art. 25 Abs. 3 EuErbVO)

Art. 24 Abs. 2 EuErbVO und Art. 25 Abs. 3 EuErbVO stellen klar, dass der Erblasser und die Parteien beim Erbvertrag das anwendbare Recht auch nur isoliert für die Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Bindungswirkung der betreffenden Verfügung ihr Heimatrecht wählen können. Für den zweiseitigen Erbvertrag ist einheitlich auch eine Wahl der Staatsangehörigkeit einer der beteiligten Personen möglich. Damit ist jedoch keine erweiterte Rechtswahlmöglichkeit zum gesamten Erbstatut verbunden, sondern lediglich zum Erbvertragsstatut.

So könnte etwa ein deutsch-französisches Ehepaar mit gewöhnlichem Aufenthalt in Frankreich bezüglich Zulässigkeit, materieller Wirksamkeit und Bindungswirkung die Geltung des deutschen Rechts wählen und zwar unabhängig davon, ob der deutsche Ehepartner zusätzlich für sich deutsches Recht nach Art. 22 EuErbVO als Erbstatut wählt. Dagegen kann der französische Ehepartner für das materielle Erbrecht nicht das deutsche Erbrecht wählen. Auf diese Weise wird gesichert, dass unabhängig vom

anwendbaren materiellen Erbrecht diese mehrseitige Verfügung von Todes wegen wirksam und bindend ist und bleibt.

### c) Bindungswirkung der Rechtswahl?

In der EuErbVO nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob eine solche Rechtswahl selbst der Bindungswirkung unterliegt, oder ob der Erbvertrag durch eine einseitige Aufhebung der Rechtswahl zerstört werden kann. Diese Frage ist dem für die materielle Wirksamkeit gewählten Recht zu entnehmen, da dieses auch über den Umfang der Bindungswirkung entscheidet. Nach wohl überwiegender Auffassung zum früheren deutschen Recht konnte die Rechtswahl erbvertraglich nicht bindend vereinbart werden<sup>42</sup>. Da mit dem Begleitgesetz zur EuErbVO auch bindende Rechtswahlen sowohl in gemeinschaftlichen Testamenten (§ 2270 Abs. 3 BGB n.F.) als auch in Erbverträgen (§ 2278 Abs. 2 BGB n.F.) möglich sind, kann damit zumindest eine Rechtswahl des deutschen Erbstatuts oder auch nur des Errichtungsstatuts künftig mit Bindungswirkung getroffen werden<sup>43</sup>.

### d) Verhältnis der Wahl des Erbstatuts zur Wahl des Errichtungsstatuts

Fraglich ist schließlich, ob die allgemeine Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO stets auch die auf die Verfügung von Todes wegen getroffene Rechtswahl nach Art. 24 Abs. 2 beziehungsweise Art. 25 Abs. 3 EuErbVO miterfasst. Zwingend ist dies nicht, da insofern bereits kraft Gesetzes gegebenenfalls unterschiedlich angeknüpft wird<sup>44</sup>. Jedoch dürfte regelmäßig in der umfassenden materiellen Rechtswahl auch die Rechtswahl für die Wirksamkeit und Bindung enthalten sein. Zur Sicherheit empfiehlt sich jedoch, diese noch einmal ausdrücklich mit zu erwähnen.

### **Formulierungsvorschlag<sup>45</sup>:**

*Für die Zulässigkeit, die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkungen dieses Erbvertrages (beziehungsweise gemeinschaftlichen Testaments) soll einheitlich das deutsche Recht gelten. Diese Rechtswahl vereinbaren wir, soweit rechtlich möglich, mit erbvertraglicher Bindungswirkung.*

*Für die Erbfolge in seinen gesamten Nachlass wählt ..... das Erbrecht des Landes ..... (Heimatrecht), unabhängig vom Ort seines gewöhnlichen Aufenthalts im Zeitpunkt seines Todes.*

### *5. Rück- und Weiterverweisung bei Recht eines Drittstaates*

Verweist die Verordnung auf das Recht eines Drittstaates, verweist sie in bestimmten Fällen auch auf dessen Rechtsvorschriften des IPRs. Art. 34 Abs. 1 EuErbVO lässt eine Rückverweisung oder Weiterverweisung zu, wenn sie auf das Recht eines Mitgliedstaates, oder auf das Recht eines Drittstaates erfolgt, der die Verweisung annimmt.

Gemäß Art. 34 Abs. 2 EuErbVO gilt dies allerdings nicht im Falle einer Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO. Es handelt sich bei einer aufgrund Rechtswahl anwendbaren Rechtsordnung um eine reine Sachnormverweisung. Auf diese Weise können die Regelungen des fremden IPR zu Rück- und Weiterverweisungen ausgeschaltet werden.

**Beispiel:***Ein Deutscher wohnt dauerhaft in England und hat in Deutschland eine Immobilie.*

Gemäß Art. 20, 21 EuErbVO gilt für seine Erbfolge zunächst englisches Recht. Die Verweisung erfolgt jedoch auch auf die englischen Regelungen des IPRs. Von der EuErbVO wird die Nachlassspaltung des englischen IPR angenommen, sodass für sein deutsches Grundstück das deutsche Erbrecht gilt (Art. 34 Abs. 1a EuErbVO).

## **III. Störfaktoren**

### *1. Störfaktor Gesellschaftsrecht*

#### a) Abgrenzung Erbstatut/Gesellschaftsstatut

Gerade in Familienunternehmen kommt es regelmäßig vor, dass sich Gesellschafter häufiger über einen längeren Zeitraum im Ausland aufhalten. Ein weiterer „Trend“ geht dahin, dass gerade der nicht mehr im operativen Geschäft tätige „Altgesellschafter“ zwar noch immer beträchtliche Gesellschaftsanteile hält, jedoch nach seinem Rückzug aus der Unternehmensleitung seinen Wohnsitz in einen anderen Staat verlegt.

**Beispiel<sup>46</sup>**: *Der deutsche Unternehmer ist Gesellschafter einer GmbH und Kommanditist einer KG. Er lebt in Frankreich und verstirbt dort unter Hinterlassung seiner zweiten Ehefrau und seiner zwei Söhne, ohne ein Testament errichtet zu haben. Nach dem Inhalt des KG-Vertrages können nur Abkömmlinge in die KG nachfolgen (qualifizierte Nachfolgeklausel). Die GmbH enthält eine entsprechende Einziehungsklausel für den Fall, dass andere Erben als Abkömmlinge durch den Erbfall in die GmbH eintreten.*

Die EuErbVO regelt nur den Übergang von Gesellschaftsanteilen von Todes wegen, nicht aber Fragen des Gesellschaftsrechts (Art. 1 Abs. 2 lit. h EuErbVO). Entsprechend entscheidet weiterhin das anwendbare Gesellschaftsstatut, ob mehrere (und welche) Miterben jeweils eigenständige Gesellschaftsanteile erhalten können (etwa bei deutschen Personengesellschaften), oder ob insoweit nur eine Beteiligung entsprechend der deutschen Gesamthand (etwa bei deutschen Kapitalgesellschaften) entsteht<sup>47</sup>.

Das – deutsche – Gesellschaftsstatut<sup>48</sup> bestimmt also, ob ein Gesellschaftsanteil vererblich ist und in den Nachlass fällt<sup>49</sup>. Die GmbH-Anteile sind zwingend vererblich, § 15 Abs. 1 GmbHG, so dass hier keine Probleme bestehen. Im Beispiel gilt nach Art. 21 EuErbVO französisches Erbstatut aufgrund des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers. Die Erben treten als Erbengemeinschaft französischen Rechts in die GmbH ein<sup>50</sup>.

Da die Sondererbfolge in Personengesellschaftsanteilen in der Struktur des deutschen Personengesellschaftsrechts begründet ist, muss sie sich auch gegenüber einem ausländischen Erbrecht durchsetzen<sup>51</sup>. Aus dem Vorrang des Gesellschaftsrechts folgt, dass die strukturelle Unvereinbarkeit der Erbengemeinschaft mit der Stellung als Kommanditisten eine gesellschaftsrechtlich gebotene Aufspaltung des Anteils zwischen den Erben bewirkt<sup>52</sup>. Ob das nach Art. 4 EuErbVO für die Nachlassregelung des verstorbenen Gesellschafters jeweils zuständige Gericht dies allerdings genauso sieht, bleibt abzuwarten: Gerade in Staaten, die eine erbvertragliche Bindung nicht erlauben, wie die romanischen und slawischen Staaten, könnte die qualifizierte Nachfolgeklausel als unzulässige vertragliche Nachlassregelung aufgefasst werden<sup>53</sup>.

## b) Vermeidung von Divergenzen von Erb- und Gesellschaftsstatut

In der Praxis sollte auf einen Gleichlauf zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht hingewirkt werden. Deutsche Gesellschafter von deutschen Unternehmen sollten eine Verfügung von Todes wegen mit einer Rechtswahl deutschen Erbrechts treffen, um bei einem Wegzug im Alter Probleme zu vermeiden.

Im Gesellschaftsvertrag können Gesellschafter dagegen wohl nicht zu einer erbrechtlichen Rechtswahl gezwungen werden. Denn gemäß Art. 22 Abs. 2 EuErbVO ist für die Rechtswahl selbst die Form einer Verfügung von Todes wegen notwendig. Sie kann sich auch konkludent aus den Bestimmungen einer Verfügung von Todes wegen ergeben. Da sie somit so eng mit den inhaltlichen Verfügungen von Todes wegen verbunden ist, dürfte eine Verpflichtung zu einer solchen Rechtswahl als Verpflichtung zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen in Deutschland einen Verstoß gegen § 2302 BGB darstellen<sup>54</sup>.

Gesellschaftsrechtlich möglich wäre noch eine einfache Fortsetzungsklausel, wonach der Gesellschaftsanteil unvererblich ist, verbunden mit einem Eintrittsrecht genehmer Erben. Damit könnten dann auch komplexe Verfahren nach den Erbrechtsordnungen vermieden werden, die zunächst eine behördliche Zuweisung des Nachlasses (österreichisches Einantwortungsverfahren) oder eine Zuweisung durch einen Treuhänder (*personal representative* in den USA) vorsehen<sup>55</sup>.

## 2. Störfaktor Pflichtteil

### a) Anwendbares Recht

Nach Art. 23 Abs. 2 lit. h EuErbVO sind der verfügbare Teil des Nachlasses, die Pflichtteile und andere Beschränkungen der Testierfreiheit sowie etwaige Ansprüche gegen den Nachlass oder gegen die Erben von Personen, die dem Erblasser nahe stehen, vom Erbstatut erfasst. Es kommt nicht darauf an, ob das berufene Recht den Pflichtteilsberechtigten nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung gewährt (wie in Deutschland § 2303 BGB), oder ob die Pflichtteilsberechtigung als dinglich wirkendes Noterbrecht ausgestaltet ist, so dass ein bestimmter

Anteil an der Erbschaft gar nicht vom Erblasser verteilt werden kann.

#### b) Pflichtteilsvermeidung durch Erb- und Pflichtteilsverzichte

Nach deutscher Erbrechtsdogmatik ist ein Erb- und Pflichtteilsverzicht kein Erbvertrag, sondern ein Rechtsgeschäft unter Lebenden<sup>56</sup>. Unter Geltung der EuErbVO fallen Erb- und Pflichtteilsverzichte kollisionsrechtlich unter die Definition des Erbvertrages nach Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO, da durch sie Rechte des Verzichtenden am Nachlass entzogen werden<sup>57</sup>. Die materielle Wirksamkeit des Erb- und Pflichtteilsverzichts richtet sich damit nach Art. 25 EuErbVO. Es kommt also auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung an, ein späterer Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes in ein anderes Land kann folglich dessen Wirksamkeit eigentlich nicht mehr beeinträchtigen.

Man sollte sich allerdings nicht auf die Wirksamkeit eines Pflichtteilsverzichts bei Wegzug verlassen: Verlagert der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt beispielsweise nach Spanien, wo es weder Pflichtteil noch Pflichtteilsverzicht gibt<sup>58</sup>, fragt es sich, ob der Pflichtteilsverzicht Wirkungen entfalten kann. Soweit in einigen Staaten ein Pflichtteilsverzicht ausdrücklich verboten ist (zum Beispiel nach zentralspanischem Recht), wird vertreten, dass dieses materiell-rechtliche Verbot nicht unter das stabile Errichtungsstatut des Art. 25 EuErbVO, sondern unter das wandelbare allgemeine Erbstatut des Art. 21 EuErbVO falle<sup>59</sup>. Dieser Auffassung dürfte zwar nicht zu folgen sein, da die Wirkungslosigkeit de facto zu einem Unterlaufen der Regelung des Art. 25 EuErbVO führen würde<sup>60</sup>. Folgt man aber dieser Meinung, könnte der Erbverzicht unwirksam werden, wenn der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt nach Spanien verlagert. Eine umfassende Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO ist daher trotz der Kosten angebracht, wenn ein Wegzug im Bereich des Möglichen liegt. Mindestens ist aber eine notarielle Belehrung darüber erforderlich, dass die Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts in diesem Fall nicht sichergestellt ist.

#### c) Pflichtteilsvermeidung durch Forumshopping

## aa) Pflichtteilsvermeidung durch Rechtswahl?

Die Ängste vor einem „Pflichtteilsshopping“ haben dazu geführt, dass die Rechtswahlmöglichkeiten nach der EuErbVO relativ beschränkt sind<sup>61</sup>. Immerhin kann derjenige, der in einem „pflichtteilsfreundlichen“ Staat oder gar in einem Staat mit Noterbrecht (zum Beispiel in Frankreich oder der Schweiz) lebt, durch Wahl seines Heimatrechtes gemäß Art. 22 Abs. 1 EuErbVO seine Testierfreiheit erweitern<sup>62</sup>. Insofern ist auch das deutsche Erbrecht nicht mehr so pflichtteilsfreundlich, wie es auf den ersten Blick scheint: Wer beispielsweise in Belgien größere Schenkungen gemacht hat, kann das seit 01. Januar 2010 geltende Abschmelzungsmodell für die Pflichtteilsergänzung gemäß § 2325 Abs. 3 BGB zur Verminderung der Pflichtteilsergänzung nutzen. Denn das belgische Erbrecht kennt insofern keine zeitliche Schranke<sup>63</sup>.

Denkbar wäre auch die Erlangung einer zweiten Staatsangehörigkeit, deren Erbrecht kein oder nur ein schwächeres Pflichtteilsrecht kennt, um anschließend eine Rechtswahl zugunsten des Erbstatuts dieses Staates der Zweitstaatsangehörigkeit vorzunehmen.

## bb) Pflichtteilsvermeidung durch Auslandsimmobilien?

Früher galt der Erwerb von Immobilien in Ländern, deren Pflichtteil schwach ausgestaltet ist, als probates Mittel zur Pflichtteilsvermeidung, weil Sonderanknüpfungen, die Immobilien dem Erbrecht des Lageortes unterstellen, vom deutschen Kollisionsrecht anerkannt wurden, Art. 3a Abs. 2 EGBGB<sup>64</sup>.

**Beispiel:** *Der reiche deutsche Privatier gönnt seinem missratenen Sohn nicht den Pflichtteil. Also verkauft er sein Mietshaus in Deutschland und kauft sich für das Geld eine Wohnung in London. Da das englische Erbrecht kein echtes Pflichtteilsrecht in unserem Sinne kennt, hofft er, auf diese Weise den Pflichtteil seines Sohnes auf sein Mobiliarvermögen zu beschränken<sup>65</sup>.*

Gemäß § 25 Abs. 1 EGBGB galt für seinen Nachlass zwar bisher deutsches Erbstatut. Nach englischem IPR besteht jedoch Nachlassspaltung, wonach das unbewegliche Vermögen nach dem Recht

des Lageorts vererbt wird<sup>66</sup>. Das deutsche IPR erkannte diese Nachlassspaltung für die im betreffenden Staat belegenen Immobilien auch dann an, wenn ausländische Rechtsordnungen im Übrigen gar nicht als Erbstatut berufen sind (Art. 3a Abs. 2 EGBGB)<sup>67</sup>.

Dieses Mittel zur Pflichtteilsreduzierung scheidet jetzt aus<sup>68</sup>. Ein Pflichtteilsberechtigter, der für diese Auslandsimmobilien bislang leer ausgegangen ist, kann in seine Anspruchsberechnung jetzt auch diese Auslandswerte mit einbeziehen<sup>69</sup>. Nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO ist künftig umfassendes Anknüpfungsmerkmal der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers im Erbfall. Auch Art. 30 EuErbVO hilft nicht weiter. Danach finden besondere Regelungen im Recht eines Staates, in dem sich bestimmte unbewegliche Sachen befinden, auch gegebenenfalls unabhängig vom Erbstatut Anwendung. Damit ist zum Beispiel unser spezielles Höfeerbrecht gemeint<sup>70</sup>. Nicht ausreichend ist es, dass das Kollisionsrecht dem Grundsatz der Nachlassspaltung folgt und die Erbfolge in unbewegliches Vermögen allgemein gesondert anknüpft<sup>71</sup>. Allerdings bringt ein solches Pflichtteilsverlangen nur den gewünschten Erfolg, wenn im Inland noch genügend Vermögen vorhanden ist, da die Gerichte im Ausland regelmäßig ihr eigenes Erbrecht bevorzugen werden<sup>72</sup>.

### cc) Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts zur Pflichtteilsvermeidung?

Wegen der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wird künftig nicht mehr die Verlagerung des Vermögens, sondern die „Verlagerung“ des Erblassers selbst ein probates Mittel sein, Pflichtteilsansprüche zu reduzieren<sup>73</sup>.

Vorsicht ist angebracht bei einer Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts in das Vereinigte Königreich, um damit Pflichtteile zu vermeiden. Das englische Erbrecht kennt zwar kein bedarfsunabhängiges Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge<sup>74</sup>. Das Vereinigte Königreich ist jedoch nicht Mitgliedsstaat im Sinne der Verordnung<sup>75</sup>. Aus deutscher Sicht ist die Verordnung damit gemäß Art. 34 Abs. 1 EuErbVO anwendbar, die teilweise auch Rück- und Weiterverweisungen zulässt. Nach dieser Vorschrift erfolgt eine Gesamtverweisung auf das Recht des Vereinigten



Königreichs einschließlich dessen IPRs, soweit dieses auf das Recht eines Mitgliedsstaates zurückverweist (Art. 34 Abs. 1 lit. a EuErbVO). Nach englischem IPR gilt jedoch für Grundstücke das Recht des Belegenheitsstaates, sodass selbst wenn ein deutsches Gericht zuständig wäre, insofern deutsches Pflichtteilsrecht gilt. Erst recht ist dies der Fall, wenn die englischen Gerichte ihr eigenes Recht anwenden. Die Flucht über den Ärmelkanal lohnt daher nur, falls es sich um bewegliche Vermögensgegenstände handelt, die man an den pflichtteilsberechtigten Kindern vorbeivererben möchte.

Umgekehrt kann aber durch unbedachten Wohnsitzwechsel eine unbeabsichtigte Pflichtteilsvermehrung drohen, wenn er in einem zwar sonnigen aber pflichtteilsfreundlicheren Land seinen Lebensabend verbringen möchte<sup>76</sup> (zum Beispiel Umzug von Deutschland nach Frankreich oder Spanien). Es fragt sich aber immer, ob es allein die Pflichtteilsvermeidung wert ist, die gegebenenfalls sonstigen Nachteile eines Wegzugs ins Ausland in Kauf zu nehmen (zum Beispiel Wegzugsbesteuerung nach §§ 6 AStG, 50i EStG).

#### dd) EU-Ausländer mit Immobilien in der EU

Der Ausländer aus dem Bereich außerhalb der EuErbVO, der selbst Immobilien in der EU hat, kann aber durch eine Rechtswahl unter Umständen Pflichtteilsrechte mindern.

Ein Engländer mit gewöhnlichem Aufenthalt und *domicile* in England muss jetzt beispielsweise wie bisher mit deutschen Pflichtteilsansprüchen wegen dieser Immobilie rechnen<sup>77</sup>. Nach altem IPR folgte dies aus der Gesamtverweisung des Art. 25 Abs. 1 EGBGB, wobei das englische IPR für das Grundstück auf deutsches Erbrecht zurückweist. Gemäß Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB nimmt das deutsche Recht diese Rückverweisung an.

Nach neuem Recht ergibt sich das gleiche Ergebnis aus der Gesamtverweisung nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO auf das englische Recht, die zu einer teilweisen Rückweisung nach Art. 34 Abs. 1 lit. a EuErbVO auf deutsches Erbrecht führt<sup>78</sup>.

Allerdings kann er sich jetzt durch eine Rechtswahl des englischen Erbrechts nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO helfen. Dies führt gemäß Art. 34

Abs. 2 EuErbVO dazu, dass nur die Sachnormen des englischen Rechts anwendbar sind, die die deutschen Gerichte dann ohne das dortige Kollisionsrecht anwenden müssen. Deutsches Pflichtteilsrecht gilt dann nicht<sup>79</sup>.

Auch die englischen Gerichte würden danach ihr eigenes Erbrecht anwenden. Zwar erkennen sie die Rechtswahl nicht an, jedoch gilt insofern für ausländische Vermögensgegenstände die *foreign court theory*<sup>80</sup>. Danach muss der englische Richter bei Rück- und Weiterverweisungen durch fremdes IPR ebenso entschieden, wie der fremde Richter entscheiden würde<sup>81</sup>.

#### ee) Der Vorbehalt des ordre public des Art. 35 EuErbVO

In Art. 35 EuErbVO enthält die Verordnung auch einen Vorbehalt der öffentlichen Ordnung. Bemerkenswert ist allerdings, was die Verordnung nicht mehr enthält. Der Kommissionsvorschlag hatte noch die Klarstellung enthalten, dass Abweichungen beim Pflichtteil als solche nicht für einen ordre public-Verstoß ausreichen<sup>82</sup>. Da alle europäischen Länder, in denen die Verordnung unmittelbar gilt, Pflichtteilsansprüche und Noterbrechte naher Angehöriger kennen, wird man zumindest innerhalb dieser Länder keinen Grund sehen, das jeweilige nationale Recht durch diesen Vorbehalt aufrecht zu erhalten<sup>83</sup>.

**Beispiel:** *Ein in Frankreich lebender verwitweter Deutscher wählt deutsches Erbrecht, weil er dem französischen Noterbrecht seines Sohnes „ausweichen“ und seine Tochter als Alleinerbin einsetzen möchte.*

Da es in Deutschland einen Pflichtteilsanspruch des Sohnes in Höhe von  $\frac{1}{4}$  (§ 2303 BGB) gibt, dürfte dies trotz der höheren Quote in Frankreich (1/3 Art. 913 c.c.) keinen Verstoß gegen ordre public darstellen. Offen ist diese Frage allerdings – auch im Hinblick auf die vom deutschen Bundesverfassungsgericht geforderte Mindestteilhabe der Abkömmlinge am Nachlass<sup>84</sup> – soweit ein ausländisches Recht zur Anwendung kommt, das gar kein Pflichtteilsrecht kennt<sup>85</sup>. Nach bisheriger Rechtsprechung des BGH zu deutsch/US-amerikanischen Nachlässen soll allerdings auch bei Fehlen eines Pflichtteilsrechtes kein ordre public-Verstoß vorliegen<sup>86</sup>.

## IV. Probleme der internationalen Nachlassabwicklung<sup>87</sup>

### 1. Internationale Gerichtszuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit richtet sich – für die streitige und die freiwillige Gerichtsbarkeit gleichermaßen – nach dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers, Art. 4 EuErbVO. Um das Gleichlaufen internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht auch bei einer Rechtswahl zu ermöglichen, sieht Art. 5 EuErbVO eine Gerichtsstandvereinbarung vor, wonach die Parteien das Gericht eines Mitgliedsstaates für zuständig erklären können, dessen Recht der Erblasser nach Art. 22 EuErbVO gewählt hat. Außerdem ist in diesem Falle eine Begründung der Zuständigkeit durch formlose Gerichtsstandanerkennung (Art. 7 lit. b EuErbVO) sowie auf Antrag einer Vertragspartei durch eine Ermessensentscheidung des nach der Grundregel zuständigen Gerichts möglich, wenn es aufgrund der Umstände des Einzelfalls die Gerichte des gewählten Rechts zur Entscheidung für besser geeignet hält (*forum non conveniens*-Klausel, Art. 6 lit. a EuErbVO). Ferner können die Vertragsparteien durch Vereinbarung einer außergerichtlichen einvernehmlichen Regelung gemäß Art. 8 EuErbVO, in dem Mitgliedsstaat, dessen Recht gewählt wurde, die Zuständigkeit der eigentlich nach Art. 4 und Art. 10 EuErbVO zuständigen Gerichte abbedingen, selbst wenn diese Gerichte ein Verfahren von Amts wegen eingeleitet haben. Dies gilt auch dann, wenn das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht eine einvernehmliche Beendigung des Verfahrens durch die Beteiligten nicht gestattet (etwa § 22 Abs. 4 FamFG). Dagegen gestattet die Verordnung dem Erblasser keine einseitige Gerichtsstandwahl durch Verfügung von Todes wegen. Gegebenenfalls kann der Erblasser mit den künftigen Vertragsparteien eine Gerichtsstandvereinbarung nach Art. 5 EuErbVO treffen, die er beispielsweise mit einem Erbvertrag verbindet, wobei die Erben jedenfalls später diese Gerichtsstandvereinbarung wieder aufheben können<sup>88</sup>.

### 2. Erbnachweise, insbesondere das Europäische Nachlasszeugnis

Gänzlich neu ist die Einführung eines europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ) durch die EuErbVO, also eines Erbnachweises, der in allen

Mitgliedsstaaten als Ausweis gilt<sup>89</sup>. Es bestanden bisher noch erhebliche Schwierigkeiten, die Erbberechtigung gegenüber ausländischen Gerichten, den dortigen registerführenden Stellen oder ausländischen Banken nachzuweisen. Häufig mussten jeweils nationale Nachweise in den verschiedenen Ländern beantragt werden, da ausländische Erbscheine nach derzeitiger Rechtslage grundsätzlich nicht in Deutschland anerkannt werden<sup>90</sup>. Das Gleiche gilt umgekehrt; auch der deutsche Erbschein wird vielen Staaten regelmäßig nicht akzeptiert.

Das ENZ verdrängt den innerstaatlichen Erbnachweis nicht (Art. 62 Abs. 3 EuErbVO). Es tritt neben die mitgliedschaftlichen Erbnachweise, wenn Erben ihre Rechtsstellung in einem anderen Mitgliedsstaat geltend machen wollen (Art. 63 Abs. 1 EuErbVO). Beide Zeugnisse können auch nebeneinander beantragt und erteilt werden. Auch nach Erteilung des ENZ fehlt es nicht am Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung eines nationalen Erbnachweises, gleiches gilt umgekehrt<sup>91</sup>. Sobald allerdings ein ENZ erteilt wird, ist ein nationaler Erbnachweis in einem anderen Staat entbehrlich (Art. 62 Abs. 3 EuErbVO). Ob aus der Institutsgarantie des Art. 62 Abs. 3 EuErbVO für nationale Erbnachweise allerdings auch zu folgern ist, dass deutsche Nachlassgerichte weiterhin international für gegenständlich beschränkte Erbscheine für Inlandsvermögen zuständig bleiben, wird derzeit kontrovers diskutiert. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung soll die internationale Zuständigkeit nach Art. 4 EuErbVO dazu führen, dass neben dem danach grundsätzlich zuständigen Gericht des letzten gewöhnlichen Aufenthalts kein weiteres Gericht in einem anderen Land zuständig sein soll, auch nicht für die Erteilung eines Erbscheins<sup>92</sup>.

**Beispiel:** *Ein Deutscher mit letztem Wohnsitz in Spanien hinterlässt umfangreiches Immobilienvermögen in Deutschland.*

Nach dieser Auffassung wäre ein deutsches Gericht nicht zuständig für die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Fremdrechterscheines nach § 2369 BGB. § 343 Abs. 3 FamFG würde nach Art. 4 EuErbVO verdrängt.

Der deutsche Gesetzgeber ist in seinem Begleitgesetz ausdrücklich dieser Auffassung nicht gefolgt und hat gemäß § 343 Abs. 2, 3 FamFG weiterhin eine nachlassgerichtliche Zuständigkeit für die Erbscheinerteilung auch dann bejaht, wenn lediglich Nachlassgegenstände im Inland vorhanden

sind. Dafür sprechen insbesondere praktische Erwägungen, wenn der Unternehmer an seinem „Alterswohnsitz“ im Ausland verstorben ist, aber sich sowohl sämtliche Vermögensgegenstände einschließlich des Unternehmens als auch die Erben in Deutschland befinden.

### *3. Wirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses*

#### a) Vermutung der Richtigkeit und öffentlicher Glaube

Das Zeugnis hat in allen Mitgliedsstaaten die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit (Art. 69 Abs. 2 EuErbVO). Im Unterschied zum Erbschein wird der gute Glaube jedoch nicht nur bei positiver Kenntnis, sondern auch bei grober Fahrlässigkeit zerstört. Gemäß Art. 69 Abs. 4 EuErbVO erwirbt ein gutgläubiger Dritter von einem im ENZ als verfügungsberechtigt Ausgewiesenen wie von einem Berechtigten. Der gute Glaube an die Zugehörigkeit des konkreten Gegenstands zum Nachlass selbst wird freilich nicht geschützt, denn Art. 69 Abs. 4 EuErbVO setzt eine Verfügung über Nachlassgegenstände voraus. Dies gilt auch dann, wenn das ENZ aufgrund der Geltung eines ausländischen Erbstatuts einzelne Vermögensgegenstände, für die Vindikationslegatate bestehen, auflistet.

#### b) Erteilung beglaubigter Abschriften

Dem Antragsteller wird – anders als im deutschen Erbscheinsverfahren – nur eine beglaubigte Abschrift des ENZ ausgehändigt. Die Urschrift verwahrt die Ausstellungsbehörde (Art. 70 Abs. 1 EuErbVO). Aus Gründen des Verkehrsschutzes hat die Ausstellungsbehörde den Beglaubigungsvermerk mit einem Verfallsdatum (sechs Monate nach Ausstellung) zu versehen, mit dessen Ablauf die beglaubigte Abschrift ihre Gültigkeit verliert. Die Wirkungsdauer kann jedoch von der ausstellenden Behörde verlängert werden. Die Kombination von Ausstellungs-/Beglaubigungsmonopol der Ausstellungsbehörde und einem Verfallsdatum soll die Gefahr bannen, dass die Zirkulation der ENZ perpetuiert und multipliziert wird<sup>93</sup>.

#### c) Das Europäische Nachlasszeugnis im deutschen Grundbuchverfahren

Nach Art. 69 Abs. 5 EuErbVO stellt das ENZ ein wirksames Schriftstück für die Eintragung des Nachlassvermögens in die einschlägigen Register der Mitgliedsstaaten dar, vorbehaltlich der Regelung des Art. 1 Abs. 2 lit. k und lit. l EuErbVO, wonach die Voraussetzungen der Eintragung von Rechten in einem Register sich nach dem Recht des registerführenden Staates richten. Eine entsprechende Änderung des § 35 GBO ist erfolgt<sup>94</sup>. Nach wohl überwiegender Auffassung gilt jedoch der Vorrang des Grundbuchrechts, sodass trotzdem eine Auflassung erforderlich ist, um eine dinglich wirkende Teilungsanordnung oder ein dinglich wirkendes Vermächtnis vollziehen zu können<sup>95</sup>.

## **V. Verbesserung durch Testamentsvollstreckung und postmortale Vollmachten?**

### *1. Testamentsvollstreckung und Auslandsberührung*

Da unter das allgemeine Erbstatut auch die Nachlassabwicklung – also auch die Testamentsvollstreckung – fällt (Art. 23 Abs. 1 lit. f), kann in Zukunft ein nach deutschem Erbrecht ernannter Testamentsvollstrecker seine nach deutschem Recht weiten Verfügungsbefugnisse (§§ 2205, insbesondere 2209 BGB – Dauertestamentsvollstreckung!) auch im Ausland ausüben<sup>96</sup>. Dies gilt auch für Länder, deren Rechtsordnungen das Institut der Dauertestamentsvollstreckung gar nicht zulassen. In wie weit die Gerichte und Behörden in den Staaten, die derart weitgehende Befugnisse eines Testamentsvollstreckers nicht kennen, dies faktisch akzeptieren werden, bleibt abzuwarten. In jedem Fall wird der Testamentsvollstrecker ein entsprechendes, seine Befugnisse ausdrücklich ausweisendes ENZ benötigen.

### *2. Vollmachten*

Hilfreich ist sicherlich auch eine Vollmacht über den Tod hinaus, die aber nicht in allen Staaten anerkannt wird. Das Vollmachtsstatut ist im deutschen IPR nicht ausdrücklich geregelt. Als Vollmachtsstatut maßgebend ist das Recht des Landes, in dem das Geschäft vorgenommen werden soll, also des Wirkungslandes<sup>97</sup>. Daher lässt sich mit einer deutschen Vollmacht nicht in jedem Land etwas anfangen. Viele

Rechtsordnungen akzeptieren beispielsweise keine Generalvollmachten und keine postmortalen Vollmachten<sup>98</sup>.

Trotzdem ist die Vollmacht in jedem Fall ein geeignetes Instrument, um die Nachlassabwicklung durch die Erben und gegebenenfalls auch durch einen Testamentsvollstrecker zu erleichtern: Die Erben können auf der Grundlage einer entsprechend ausgestalteten Nachlassvollmacht vom Erblasser gewollte Vermögensübertragungen posthum vornehmen, ohne mitunter langwierige und kostspielige Nachlassverfahren durchführen zu müssen. Der Bevollmächtigte kann vielmehr unmittelbar nach dem Tod des Erblassers handeln, ohne die Erteilung eines Erbzeugnisses abwarten zu müssen. Das Rechtsinstitut ist jedenfalls grundsätzlich in den meisten Staaten der Welt anerkannt, wohingegen im Bereich des Erbrechts erhebliche Unterschiede bestehen<sup>99</sup>.

Bei der Ausgestaltung der Nachlassvollmachten sollten daher folgende Aspekte berücksichtigt werden: Eine ausdrückliche Wahl des deutschen Rechts sollte enthalten sein und klargestellt werden, dass die Vollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers nicht erlischt<sup>100</sup>. Die Vollmacht sollte nicht in einer Verfügung von Todes wegen enthalten, sondern zu Lebzeiten des Erblassers wirksam sein und über dessen Tod hinaus fortgelten (transmortale Vollmacht), da rein postmortale Vollmachten in vielen Ländern nicht anerkannt werden. Weil auch Generalvollmachten von vielen Rechtsordnungen nicht anerkannt werden, sollte die Vollmacht als Spezialvollmacht mit genauer Beschreibung ihres Umfangs ausgestaltet sein<sup>101</sup>.

## **VI. Einige „Faustregeln“ für die Testamentsgestaltung bei Auslandsbezug**

- Bei jeder Nachfolgeregelung sind Auslandsbeziehungen möglich (zum Beispiel: durch Wegzug), daher sollte immer die (große) Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO in Betracht gezogen werden.
- Bei Rechtsbeziehungen zu Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der EuErbVO sind nach wie vor Einzeltestamente sicherer als Erbverträge oder gemeinschaftliche Ehegattentestamente, gegebenenfalls sollten dabei gesonderte

nationale Formvorschriften anderer Staaten beachtet werden.

- Inhaltlich sollten möglichst knappe, klare und „international anerkannte“ Regelungen verwandt werden, da bei zu komplizierten Regelungen die Gefahr besteht, dass diese in anderen Rechtsordnungen nicht anerkannt oder zumindest aber anders interpretiert werden.
- Wenn möglich sollte der gesamte Nachlass in einem einzigen Testament geregelt werden, um Widersprüche in verschiedenen Verfügungen zu vermeiden.
- Flankierend können Vollmachten und lebzeitige Übergaben im Wege vorweggenommener Erbfolge genutzt werden.
- Fast immer ist die Abstimmung mit (steuer-)rechtlichen Beratern im Ausland nötig.

---

\* Prof. Dr. *Christopher Keim* ist Notar in Bingen am Rhein und Honorarprofessor an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

<sup>1</sup> So etwa *Dörner*, EuErbVO: Die Verordnung zum internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!, ZEV 2012, 505, 509; *Leitzen*, EuErbVO: Praxisfragen an der Schnittstelle zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht, ZEV 2012, 520, 521; *Hohloch*, in: Grunewald/Maier-Reimer/Westermann (Hrsg.), Erman BGB, Bd. 2, 14. Aufl., 2014, Art. 1 EuErbVO Rn. 13; *Odersky*, Die Europäische Erbrechtsverordnung, notar 2013, 3, 4.

<sup>2</sup> So *Thorn*, in: Palandt, 75. Aufl., 2016, Art. 1 EuErbVO Rn. 15; *Looschelders*, in: Hüßtege/Mansel (Hrsg.), Nomos Kommentar zum BGB, Bd. 6, 2. Aufl., 2015, Art. 1 EuErbVO Rn. 60; *Dutta*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 10, 6. Aufl., 2015, Art. 1 EuErbVO Rn. 32; *J. P. Schmidt*, Ausländische Vindikationslegat über im Inland belegene Immobilien – zur Bedeutung des Art. 1 Abs. 2 lit. 1 EuErbVO, ZEV 2014, 133, 134.

<sup>3</sup> Dazu *Paulus*, Das Schicksal von Gesellschaftsanteilen in internationalen Erbfällen, notar 2016, 3, 10.

<sup>4</sup> Zu den Übergangsregelungen ausführlich *Schoppe*, Die Übergangsbestimmungen zur Rechtswahl im internationalen Erbrecht: Anwendungsprobleme und Gestaltungspotential, IPRax 2014, 27 ff.

<sup>5</sup> Dazu ausführlich *Süß*, in: Dutta/Herrler (Hrsg.), Die Europäische Erbrechtsverordnung, 20 Jahre DNotI, S. 181 ff.; *Kaya*, Der Nachlass eines deutsch-türkischen Doppelstaaters, ZEV 2015, 208.



- 6 Staatsverträge Deutschlands existieren mit dem Iran, der Türkei und Nachfolgestaaten der Sowjetunion, siehe *Thorn*, in: Palandt (Fn. 2), Art. 25 EGBGB Rn. 4.
- 7 *Lehmann*, Die EU-Erbrechtsverordnung zur Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe, DStR 2012, 2085.
- 8 *Lehmann* (Fn. 7), DStR 2012, 2085.
- 9 *Dörner*, Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme, ZEV 2010, 221, 222; *Kindler*, Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union, IPRax 2010, 44, 47.
- 10 *Kindler* (Fn. 9), IPRax 2010, 44, 47.
- 11 *Dörner* (Fn. 9), ZEV 2010, 222; *Dörner*, in: Staudinger BGB, 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 760 ff.
- 12 *Dörner* (Fn. 1), ZEV 2012, 505, 512.
- 13 DNotI-Report 2012, 123; *Lehmann*, Der Referentenentwurf für ein Begleitgesetz zur EuErbVO, ZEV 2014, 232.
- 14 EuGH v. 02.04.2009 - C-523/07, FamRZ 2009, 843.
- 15 BGH, NJW 2011, 855.
- 16 So wohl DNotI-Report 2012, 121.
- 17 *Wachter*, Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis, ZNotP 2014, 2, 4.
- 18 Zum Domizilbegriff *Odersky*, in: Süß (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 3. Aufl., 2015, Großbritannien: England und Wales Rn. 5-8.
- 19 Nach *Steinmetz/Löber/Alcazar*, Die EuErbVO und ihre Anwendbarkeit im Mehrrechtsstaat Spanien, ZEV 2013, 535, 536.
- 20 *Steinmetz/Löber/Alcazar* (Fn. 19), ZEV 2013, 535, 537.
- 21 Kritisch *Dutta*, in: Münch. Komm. BGB (Fn. 2), Art. 21 EuErbVO Rn. 6.
- 22 Insbesondere *Lange*, Das Erbkollisionsrecht im neuen Entwurf einer EuErbVO, ZErB 2012, 160, 163.
- 23 *Dutta*, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung, FamRZ 2013, 4, 9; *Döbereiner*, MittBayNot 2013, Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil I), 358, 365 ff.
- 24 *Buschbaum/Simon*, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, NJW 2012, 2393, 2396; *Buschbaum/Kohler*, Eine kritische Würdigung des Kommissionsvorschlags zur Erbrechtsverordnung, GPR 2010, 106, 113.
- 25 *Dutta* (Fn. 23), FamRZ 2013, 4, 10.
- 26 *Buschbaum/Simon* (Fn. 24), NJW 2012, 2393, 2396; *Nordmeier*, EuErbVO: Neues Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente, ZEV 2012, 513, 514;

- Nordmeier*, Erbverträge und nachlassbezogene Rechtsgeschäfte in der EuErbVO – eine Begriffsklärung, ZEV 2013, 117, 120; offen gelassen bei *Odersky* (Fn. 1), notar 2013, 3, 8 und bei *Wachter* (Fn. 17), ZNotP 2014, 2, 17.
- <sup>27</sup> *Weidlich*, in: Palandt (Fn. 2), § 2270 BGB Rn. 2; BGHZ 112, 229; *Nordmeier* (Fn. 26), ZEV 2013, 117, 120.
- <sup>28</sup> *Lechner*, Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung, NJW 2013, 26; *Leipold*, Das Europäische Erbrecht (EuErbVO) und das deutsche gemeinschaftliche Testament, ZEV 2014, 139, 143; *Lehmann*, Die EuErbVO: Babylon in Brüssel und Berlin, ZErB 2013, 25, 26 ff.; *Kanzleiter*, Das Berliner Testament: immer aktuell und fast immer ergänzungsbedürftig, ZEV 2014, 225; *Heinig*, Rechtswahlen in Verfügungen von Todes wegen nach der EU-Erbrechts-Verordnung, RNotZ 2014, 197, 200; *Thorn*, in: Palandt (Fn. 2), Art. 25 EuErbVO Rn. 3; *Weber*, Ausgewählte Fragen der Testamentsgestaltung unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung, notar 2015, 296, 304.
- <sup>29</sup> *Lechner* (Fn. 28), NJW 2013, 26, 27; *Dutta* (Fn. 23), FamRZ 2013, 4, 10; *Herzog*, Die EU-ErbVO, ErbR 2013, 2, 8; *Weber* (Fn. 28), notar 2015, 296, 304.
- <sup>30</sup> *Wachter* (Fn. 17), ZNotP 2014, 2, 18.
- <sup>31</sup> *Dörner* (Fn. 1), ZEV 2012, 505, 511.
- <sup>32</sup> *Vollmer*, Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick, ZErB 2012, 227, 231; *Leitzen*, Die Rechtswahl nach der EuErbVO, ZEV 2013, 128.
- <sup>33</sup> *Dörner* (Fn. 1), ZEV 2012, 505, 511; *Janzen*, Die EU-Erbrechtsverordnung, DNotZ 2012, 484, 486.
- <sup>34</sup> *Leitzen* (Fn. 32), ZEV 2013, 128.
- <sup>35</sup> *Leitzen* (Fn. 32), ZEV 2013, 128.
- <sup>36</sup> *Steinmetz/Löber/Alcazar* (Fn. 19), ZEV 2013, 535, 537.
- <sup>37</sup> *Dutta* (Fn. 23), FamRZ 2013, 4, 8; a. A. *Kunz*, Die neue Europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil I), GPR 2012, 208.
- <sup>38</sup> *Leitzen* (Fn. 32), ZEV 2013, 128, 129.
- <sup>39</sup> *Vollmer* (Fn. 32), ZErB 2012, 227, 223; *Dörner* (Fn. 1), ZEV 2012, 505, 511.
- <sup>40</sup> *Odersky* (Fn. 1), notar 2013, 3, 5; *Leitzen* (Fn. 32), ZEV 2013, 128, 129.
- <sup>41</sup> *Odersky* (Fn. 1), notar 2013, 3, 5.
- <sup>42</sup> *Thorn*, in: Palandt (Fn. 2), Art. 25 EGBGB Rn. 8 mit Darstellung des Streitstands; a. A. zum Beispiel *Lichtenberger*, Zum Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, DNotZ 1986, 644, 665.
- <sup>43</sup> *Soutier*, Verbindliche Rechtswahlen im Erbrecht, ZEV 2015, 515 ff.
- <sup>44</sup> *Döbereiner* (Fn. 23), MittBayNot 2013, 358, 366.
- <sup>45</sup> Nach *Odersky* (Fn. 1), notar 2013, 3, 9; *Leitzen* (Fn. 32), ZEV 2013, 128, 131.
- <sup>46</sup> Nach *Buschbaum*, Skript ZEV-Tagung 2015/2016, S. 13.

- 47 J. Schmidt, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Mayer (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMENTAR Zivilrecht, 2015, Art. 1 EuErbVO Rn. 38; Paulus (Fn. 3), notar 2016, 3, 10.
- 48 Nach dem Sitz der Gesellschaft *Thorn*, in: Palandt (Fn. 2), Anhang zu Art. 12 EGBGB Rn. 1.
- 49 Dutta, in: Münch. Komm. BGB (Fn. 2), Art. 1 EuErbVO Rn. 26; Paulus (Fn. 3), notar 2016, 3, 9.
- 50 Leitzen (Fn. 1), ZEV 2012, 520, 523; Buschbaum, Skript ZEV-Tagung 2015/2016, S. 15.
- 51 Leitzen (Fn. 1), ZEV 2012, 520, 522.
- 52 Leitzen (Fn. 1), ZEV 2012, 520, 523.
- 53 Reimann, Unternehmertestament und Gesellschaftsvertrag: Neue Risiken, neuer Gestaltungsbedarf, ZEV 2014, 521, 526.
- 54 Streitig: Kunz (Fn. 37), GPR 2012, 208; Wachter (Fn. 17), ZNotP 2014, 2, 19; a. A. Reimann (Fn. 53), ZEV 2014, 521, 526; Döbereiner, (Bindende?) Rechtswahlen nach der EU-Erbrechtsverordnung, DNotZ 2014, 323, 324.
- 55 Dazu Gruber, Ausländische Nachlassabwickler vor deutschen Gerichten, RPfl 2000, 250; Reinsdorf, Abwicklung der testamentarischen Erbfolge in den USA, ZErB 2007, 138.
- 56 Weidlich, in: Palandt (Fn. 2), § 2346 BGB Rn. 5.
- 57 Dutta, in: Münch. Komm. BGB (Fn. 2), Art. 3 EuErbVO Rn. 8; Dutta (Fn. 23), FamRZ 2013, 4, 10; Nordmeier (Fn. 26), ZEV 2013, 117, 120.
- 58 Hertel, in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.), Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl., 2015, Teil 7 Kap. 4 Rn. 371 ff.
- 59 Odersky, Der wirksam-wirkungslose Erb- und Pflichtteilsverzicht nach der EuErbVO, notar 2014, 139; Wachter (Fn. 17), ZNotP 2014, 2, 13; Döbereiner, Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil II), MittBayNot 2013, 437, 443; a. A. Weber, Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge im Spiegel der EuErbVO, ZEV 2015, 503; Everts, Fälle und Formulierungsbeispiele zur EU-Erbrechtsverordnung, NotBZ 2014, 3, 4; Hertel, in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.) (Fn. 58), Teil 7 Kap. 3 Rn. 142.
- 60 Weber (Fn. 59), ZEV 2015, 503, 506.
- 61 Lechner (Fn. 28), NJW 2013, 26, 27.
- 62 Lehmann (Fn. 7), DStR 2012, 2085, 2087.
- 63 Lehmann (Fn. 7), DStR 2012, 2085, 2087; Süß, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz (Hrsg.), Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl., 2013, § 19 Rn. 15.
- 64 Müller-Lukoschek, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, 2. Aufl., 2015, § 5 Rn. 4 ff.
- 65 Beispiel nach Hertel, in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.) (Fn. 58), Teil 7 Kap. 3 Rn. 44.

- 66 *Hertel*, in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.) (Fn. 58), Teil 7 Kap. 4 Rn. 397.
- 67 *Thorn*, in: Palandt (Fn. 2), Art. 3a EGBGB Rn. 2; BGH v. 21.04.1993 - XII ZR 248/91, FamRZ 1993, 1065.
- 68 *Everts*, Neue Perspektiven zur Pflichtteilsdämpfung aufgrund der EuErbVO?, ZEV 2013, 124, 126.
- 69 *Lehmann* (Fn. 28), ZErb 2013, 25, 30.
- 70 *Dutta* (Fn. 23), FamRZ 2013, 4, 11.
- 71 Erwägungsgrund Nr. 54 S. 4 EuErbVO; *Dutta* (Fn. 23), FamRZ 2013, 4, 11; *Lehmann* (Fn. 28), ZErb 2013, 25, 30.
- 72 *Lehmann* (Fn. 28), ZErb 2013, 25, 30.
- 73 *Everts* (Fn. 68), ZEV 2013, 124, 126.
- 74 *Süß*, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz (Hrsg.) (Fn. 63), § 19 Rn. 166.
- 75 *Dutta* (Fn. 23), FamRZ 2013, 4; Erwägungsgründe Nrn. 82, 83 EuErbVO; *Richters*, Anwendungsprobleme der EuErbVO im deutsch-britischen Rechtsverkehr, ZEV 2012, 576, 577; *Lehmann* (Fn. 28), ZErb 2013, 25.
- 76 *Everts* (Fn. 68), ZEV 2013, 124, 126.
- 77 *Lehmann* (Fn. 28), ZErb 2013, 25, 30.
- 78 *Lehmann* (Fn. 28), ZErb 2013, 25, 30.
- 79 *Lehmann* (Fn. 28), ZErb 2013, 25, 30.
- 80 *Lehmann* (Fn. 28), ZErb 2013, 25, 30; *Hausmann*, in: Staudinger (Fn. 11), Art. 4 EGBGB Rn. 255.
- 81 *Lehmann* (Fn. 28), ZErb 2013, 25, 30; *Hertel*, in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.) (Fn. 58), Teil 7 Kap. 5 Rn. 399.
- 82 Art. 27 Abs. 2 des Vorschlages der Kommission; *Dutta* (Fn. 23), FamRZ 2013, 4, 13.
- 83 *Odersky* (Fn. 1), notar 2013, 3, 6.
- 84 BVerfG, ZEV 2005, 301 = NJW 2005, 1561.
- 85 *Odersky* (Fn. 1), notar 2013, 3, 6; *Lorenz*, Erbrecht in Europa – Auf dem Weg zu kollisionsrechtlicher Rechtseinheit, ErbR 2012, 39, 48; *Dörner* (Fn. 1), ZEV 2012, 505, 511.
- 86 BGH, NJW 1993, 1920, 1921.
- 87 Dazu aktuell *Lange*, Das neue Internationale Erbverfahrensrecht, ErbR 2016, 58 ff.
- 88 *Dutta* (Fn. 23), FamRZ 2013, 4, 7.
- 89 *Buschbaum/Simon*, EuErbVO: Das Europäische Nachlasszeugnis, ZEV 2012, 525 f.; *Müller-Lukoschek*, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, 2. Aufl., 2015, § 2 Rn. 18 ff.; *Volmer*, Die EU-Erbrechtsverordnung – erste Fragen an Dogmatik und Forensik, RPfl 2013, 421, 430; zum Erbnachweis durch ENZ und Erbschein *J. Schmidt*, Der Erbnachweis in Deutschland ab 2015: Erbschein vs. Europäisches

Nachlasszeugnis, ZEV 2014, 389.

- <sup>90</sup> KG, NJW-RR 1997, 1094; OLG Bremen, ZEV 2011, 481; *Hertel*, Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren – bisher und nach der EuErbVO, ZEV 2013, 539, 540.
- <sup>91</sup> *Buschbaum/Simon* (Fn. 89), ZEV 2012, 525, 528.
- <sup>92</sup> *Volmer*, Definitive Entscheidung von Vorfragen aufgrund der Gerichtszuständigkeit nach der Eu-ErbVO, ZEV 2014, 129, 132; *Odersky* (Fn. 1), notar 2013, 3, 4; a. A. *Dörner* (Fn. 1), ZEV 2012, 505, 512.
- <sup>93</sup> *Buschbaum/Simon* (Fn. 89), ZEV 2012, 525, 526.
- <sup>94</sup> *Hertel* (Fn. 90), ZEV 2013, 539, 540.
- <sup>95</sup> *Hertel* (Fn. 90), ZEV 2013, 539, 540; a. A. *J. P. Schmidt* (Fn. 2), ZEV 2014, 133 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen
- <sup>96</sup> Dazu *Reimann*, Testamentsvollstrecker im Auslandseinsatz: Änderungen nach Inkrafttreten der EuErbVO?, ZEV 2015, 510.
- <sup>97</sup> *Thorn*, in: Palandt (Fn. 2), Anhang zu Art. 10 EGBGB Rn. 1; BGH, NJW 1970, 2088; BGHZ 128, 41, 47; BGH, NJW 2004, 1315, 1316; *Süß*, Nachlassabwicklung im Ausland mittels postmortaler Vollmachten, ZEV 2008, 69, 71.
- <sup>98</sup> *Süß* (Fn. 97), ZEV 2008, 69 f.
- <sup>99</sup> *Wachter*, DAI-Skript: Grenzüberschreitendes Erbrecht 2014, S. 117 f.
- <sup>100</sup> *Wachter* (Fn. 99), S. 119; kritisch zur Rechtswahl *Süß* (Fn. 97), ZEV 2008, 69, 72.
- <sup>101</sup> *Wachter* (Fn. 99), S. 120; *Süß* (Fn. 97), ZEV 2008, 69, 72.