

Formularbuch Recht und Steuern

10., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2021
ISBN 978-3-406-76232-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

aaa) Gewerbliche Tätigkeit der EWIV iSd. § 15 Abs. 2 EStG?

Gewerbebetrieb setzt eine selbstständige nachhaltige Betätigung voraus, die mit der Absicht unternommen wird, Gewinn zu erzielen und sich als Beteiligung am allgemeinen Wirtschaftsverkehr darstellt (wobei die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung selbstständiger Arbeit anzusehen ist). Von besonderer Bedeutung für die Qualifizierung der Tätigkeit einer EWIV als gewerblich ist die Beteiligung am allgemeinen Wirtschaftsverkehr und die Frage der Gewinnerzielungsabsicht. Fehlt es an einem der beiden Merkmale, erzielt die EWIV keine gewerblichen Einkünfte:

- Eine **Beteiligung am allgemeinen Wirtschaftsverkehr** liegt dann nicht vor, wenn die EWIV nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird.
- Für die **Gewinnerzielungsabsicht** ist es nach § 15 Abs. 2 EStG ausreichend, wenn diese nur ein Nebenzweck ist. Zwar hat die EWIV nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. EWIV-VO nicht den Zweck, Gewinn für sich selbst zu erzielen, sie darf aber Gewinn erzielen; daher ist die Gewinnerzielungsabsicht regelmäßig zu bejahen.

In der Praxis wird daher die Gewerblichkeit nur dann vorliegen, wenn die EWIV nicht nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird, sondern sich am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt. Eine „gewerblich geprägte“ EWIV iSd. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG kann auf Grund Fremdorganschaft (s. Rz. 73 ff.) leicht vermieden werden (*Knobbe-Keuck* § 9 II 4. b. cc). Die Frage der **Gewerblichkeit** ist auch dafür maßgebend, ob eine deutsche EWIV gewerbesteuerpflichtig wird (s. Rz. 26 ff.).

bbb) Mitunternehmerschaft iSd. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG?

Nur wenn die Tätigkeit der EWIV einen Gewerbebetrieb iSd. § 15 Abs. 2 EStG darstellt (s. Rz. 17–20), stellt sich die Frage, ob eine Mitunternehmerschaft vorliegt. Dies ist dann zu bejahen, wenn die Mitglieder Mitunternehmerisiko tragen und Mitunternehmerinitiative entfalten können. Das **Mitunternehmerisiko** ist auf Grund der unbeschränkten gesamtschuldnerischen Haftung der Mitglieder gem. Art. 24 Abs. 1 EWIV-VO gegeben. Auch die **Mitunternehmerinitiative** dürfte auf Grund des Einstimmigkeitsprinzips für die in Art. 17 Abs. 2 EWIV-VO vorgesehenen Beschlussgegenstände, bzw. für Beschlussgegenstände, die nicht gem. Art. 17 Abs. 3 vertraglich mit Mehrheit gefasst werden können, sowie auf Grund des Auskunfts- und Einsichtsrechts gem. Art. 18 EWIV-VO regelmäßig gegeben sein. Dem steht nicht entgegen, dass bei der EWIV durch die vorgesehene Fremdgeschäftsführung die Mitglieder regelmäßig nicht unmittelbar an unternehmerischen Entscheidungen teilhaben (vgl. *Autenrieth* EWIV S. 27f.). Danach ist eine gewerbliche EWIV grds. auch als „andere Mitunternehmerschaft“ iSv. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG anzusehen. Dies hat zur Folge, dass Vergütungen, die ein Mitglied von der EWIV für seine Tätigkeit im Dienst der Gesellschaft oder für die Hingabe von Darlehen oder für die Überlassung von Wirtschaftsgütern bezogen hat, dem gewerblichen Gewinn der EWIV als **Sondervergütungen** gem. § 15 Abs. 1 Nr. 2 2. Hs. EStG hinzugerechnet werden.

ccc) Inländische Betriebsstätte der EWIV?

Für die Besteuerung ausländischer Mitglieder einer gewerblichen EWIV ist weiter von Bedeutung, ob die EWIV eine Betriebsstätte iSd. jeweiligen zwischen Deutschland mit dem Ansässigkeitsstaat des Mitglieds abgeschlossenen DBA im Inland hat. Nur wenn eine **Betriebsstätte iSd. jeweiligen DBA** vorliegt, hat nämlich Deutschland das Recht, das Ergebnis des ausländischen Mitglieds im Rahmen der beschränkten deutschen Einkommensteuer/Körperschaftsteuer gem. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG zu besteuern. Regelmäßig zu keiner Betriebsstätte iSd. DBA führen sonstige Geschäftseinrichtungen, die ausschließlich zu dem Zweck unterhalten werden, Tätigkeiten vorbereitender Art oder Hilfstätigkeiten auszuüben (vgl. Art. 5 Abs. 4 OECD-MA; vgl. insbes. BMF v. 26.9.14, BStBl. I 14, 1258).

A. 4.01

Europäisches Recht

- 23 Die Frage der Betriebsstätte iSd. DBA ist ferner dafür maßgebend, ob eine ausländische gewerbliche EWIV mit deutscher Dependence gewerbsteuerpflichtig wird.

ddd) Ergebnisfeststellung

- 24 Das Ergebnis der EWIV wird **einheitlich und gesondert festgestellt**: Wenn es sich um eine gewerbliche EWIV handelt, gem. § 180 Abs. 1 Nr. 2a AO einschließlich von Sondervergütungen iSv. § 15 Abs. 1 Nr. 2 2. Hs. EStG; bei nicht gewerblichen EWIV gem. der Verordnung zu § 180 Abs. 2 AO, vgl. BMF v. 15.11.88, DB 89, 354, 355.
- 25 (*frei*)

bb) Gewerbesteuer

- 26 Nur eine EWIV mit gewerblicher Tätigkeit (s.Rz. 17ff.) unterliegt der Gewerbesteuer (die Begriffsbestimmung des Gewerbebetriebs iSd. § 15 Abs. 2 EStG gilt auch für den Begriff des Gewerbebetriebs iSd. § 2 Abs. 1 GewStG, vgl. GewStR 2.1 Abs. 1). Fehlt es an einem Gewerbebetrieb, entfällt die Gewerbesteuerpflicht.
- 27 Unterhält die EWIV einen Gewerbebetrieb, so bestimmt § 5 Abs. 1 Satz 4 GewStG (abweichend von § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG), dass die Gewerbesteuer von den **Mitgliedern als Gesamtschuldner** erhoben wird (bei Personengesellschaften ist Steuerschuldner ansonsten die Gesellschaft, § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG).
- 28 Der **Gewerbesteuermessbescheid** und der **Gewerbesteuerbescheid** werden gegen die Mitglieder der EWIV als Gesamtschuldner erlassen. Es ist in das Ermessen der Gemeinde gestellt, welchen Gesamtschuldner sie in Anspruch nimmt (GewStR 5.2); dies wird idR das inländische Mitglied sein. Im Gesellschaftsvertrag der EWIV sollte daher klargestellt werden, dass die **Gewerbesteuer als Aufwand der EWIV** behandelt wird (damit die Mitglieder im Ergebnis gleichmäßig belastet werden) und unmittelbar von der EWIV gezahlt werden soll (mit Wirkung für und gegen alle Mitglieder).
- 29 **Verlustanteile** eines deutschen Mitglieds einer nichtgewerblichen EWIV mindern den Gewerbeertrag des deutschen Mitglieds; Verlustanteile einer gewerblichen EWIV sind dagegen mit dem eigenen Gewerbeertrag eines Mitglieds nicht verrechenbar.
- 30–34 (*frei*)

cc) Gestaltungshinweis zur Steuerminimierung

- 35 Zur Minimierung der deutschen Belastung mit Ertragsteuer (Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer) sowie zur möglichst einfachen Abwicklung empfiehlt es sich, auf Folgendes zu achten:
- 36 – Die **Gewerblichkeit** der EWIV sollte von vorneherein **vermieden** werden, zB durch Beschränkung der Tätigkeit auf reine Hilfstätigkeiten für die Mitglieder (keine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr) und den möglichst weitgehenden Ausschluss der Gewinnerzielungsabsicht, zB nur reine Kostenerstattung der Mitglieder ohne Verrechnung von Gewinnaufschlägen.
- 37 – Für den Fall, dass die Gewerblichkeit nicht dem Grunde nach ausgeschlossen werden kann, sollten zur Vermeidung von Hinzurechnungen gem. § 15 Abs. 1 Nr. 2 2. Hs. EStG **Sondervergütungen** nicht unmittelbar an die Mitglieder, sondern möglichst an Kapitalgesellschaften vereinbart werden, die diesen nahe stehen.
- 38 Darüber hinaus sollte darauf geachtet werden, dass die EWIV keine Betriebsstätte iSd. jeweils einschlägigen DBA begründet.
- 39 (*frei*)

dd) Umsatzsteuer

- 40 Umsatzsteuerlich ist die EWIV **grundsätzlich Unternehmer**. Die Unternehmereigenschaft ist selbst bei einer nicht gewerblichen EWIV gegeben, die nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird (BMF v. 15.11.88, DB 89, 354, 355; *Busl* UR 89, 229f.).

Allerdings werden regelmäßig sonstige Leistung die die EWIV an ausländische Mitglieder (= Unternehmer) ausführt, nicht der Umsatzsteuer unterliegen, weil als Ort der sonstigen Leistungen der Ort gilt von dem aus der Empfänger sein Unternehmen betreibt (§ 3a Abs. 2 UStG). Diese Leistungen unterliegen damit nicht der deutschen Umsatzsteuer, gleichzeitig bleibt der EWIV aber der Vorsteuerabzug gem. § 15 UStG erhalten.

(frei)

41

2. Einzelerläuterungen

Mindestanforderungen an die Gründung einer EWIV:

42

- Abschluss eines **schriftlichen Gesellschaftsvertrags**, der als Mindestangaben (vgl. Art. 5 EWIV-VO) enthalten muss:
 - den Namen der Vereinigung mit den voran- oder nachgestellten Worten „Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung“ oder der Abkürzung „EWIV“,
 - den Sitz der Vereinigung,
 - den Unternehmensgegenstand,
 - Namen, Firma, Rechtsform mit Wohnsitz bzw. Sitz, sowie ggf. Nummer und Ort der Handelsregistereintragung eines jeden Mitglieds der Vereinigung und
 - die Dauer der Vereinigung, sofern sie nicht unbestimmt ist.
- Anmeldung und Eintragung der EWIV zum Handelsregister und
- die Hinterlegung des Gründungsvertrags und der Urkunde über die Bestellung der Geschäftsführer und ihre Befugnisse beim Handelsregister (Art. 7 Abs. 1 Abs. 2 Buchst. d EWIV-VO). Die Eintragungen im Handelsregister werden in einem elektronischen Informations- und Kommunikationssystem des jeweiligen Bundeslandes bekannt gemacht (Art. 38 Abs. 1, Art. 8 EWIV-VO, § 1 EWIV-AG iVm. § 10 HGB, vgl. *Baumbach/Hopt* § 10 HGB Rz. 1). Daneben erfolgen Veröffentlichungen im Amtsblatt der EG (Art. 38 Abs. 1, Art. 11 EWIV-VO). Die Mindestanforderungen für die Gründung werden in den nachfolgenden Einzelerläuterungen zum EWIV-Gesellschaftsvertrag erläutert. Hinsichtlich Anmeldung zum, Eintragung in das Handelsregister sowie Publizität vgl. Rz. 100ff. im Anschluss an das Formular zur Handelsregisteranmeldung.

(frei)

43, 44

Zu § 1 Abs. 1: Firma

Das Formular sieht eine Personenfirma vor. Danach muss die Firma der EWIV den Namen wenigstens eines ihrer Mitglieder und das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz enthalten. Nach **Neuregelung des Firmenrechts** darf die EWIV jede für die Individualisierung geeignete Firma führen, auch eine reine Sachfirma (§ 18 HGB; vgl. *Beck PersGes-HB/Bärwaldt* § 19 Rz. 24).

Streitig ist, ob bei einer EWIV, deren Mitglieder nur Kapitalgesellschaften sind, gem. § 19 Abs. 2 HGB ein die **Haftungsbeschränkung** zum Ausdruck bringender Zusatz in die Firma aufzunehmen ist (für die Aufnahme zB *Autenrieth* BB 89, 305, 309; gegen die Anwendung von § 19 Abs. 2 HGB: *Müller-Gugenberger* BB 89, 1923; *Gleichmann* EuZW 90, 136).

Zu § 1 Abs. 2: Sitz

Nach Art. 12 Satz 1 EWIV-VO muss der Sitz der EWIV in der Gemeinschaft liegen. Als Sitz ist zu bestimmen entweder der Ort, an dem die Vereinigung ihre Hauptverwaltung hat oder der Ort, an dem eines der Mitglieder der Vereinigung seine Hauptverwaltung hat, bzw. bei einer natürlichen Person als Mitglied, der Ort, an dem diese ihre Haupttätigkeit ausübt, sofern die Vereinigung dort auch tatsächlich eine Tätigkeit ausübt. Dies bedeutet einen Kompromiss zwischen der Sitz- und der Gründungstheorie (Art. 12 EWIV-VO; vgl. *Baumbach/Hopt* HGB Anh § 160 Rz. 20).

Das vorliegende Formular geht davon aus, dass als Sitz der EWIV ein Ort innerhalb der Bundesrepublik Deutschland bestimmt wird und damit das deutsche EWIV-AG zur Anwendung kommt.

Zu § 2: Gegenstand des Unternehmens

- 48 Art. 3 EWIV-VO enthält eine **Zweckbeschränkung** für den Unternehmensgegenstand einer EWIV. Wird dagegen verstoßen, ist auf Antrag eines Beteiligten oder einer zuständigen Behörde durch das Registergericht die Auflösung der Vereinigung auszusprechen. Die Zweckbeschränkung in Art. 3 ist zum einen in Abs. 1 positiv formuliert als wirtschaftliche Hilfstätigkeit für die Mitglieder (s.Rz. 49) und andererseits in Art. 3 Abs. 2 negativ abgegrenzt durch diverse Verwendungsverbote (s.Rz. 52 ff.).

Zu § 2 Abs. 1 und 3: Zulässige Hilfstätigkeiten

- 49 Zweck der EWIV kann nur sein, die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder zu fördern bzw. zu erleichtern oder zu entwickeln oder deren Ergebnisse zu verbessern oder zu steigern. Die EWIV soll nicht die Haupttätigkeit eines oder mehrerer Mitglieder ersetzen. Die Beschränkung des Unternehmensgegenstandes auf Hilfstätigkeiten verdeutlicht auch Art. 3 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. EWIV-VO, wonach die EWIV nicht den Zweck hat, Gewinn für sich selbst zu erzielen (denn Gewinnerzielung ist gem. Art. 21 nicht verboten).
- 50 Die EWIV wird also als Unternehmensgegenstand im Gesellschaftsvertrag nur einen Teil des Unternehmensgegenstands der Mitglieder erfassen, allerdings mit einem wirtschaftlichen Zusammenhang zum Unternehmensgegenstand der Mitglieder. Damit eröffnet sich ein äußerst breiter Anwendungsbereich (vgl. die Beispiele oben Rz. 1, sowie *Brindlmayer* EWIV, S. 24–55).

Zu § 2 Abs. 2: Vermeidung der steuerlichen Gewerblichkeit

- 51 Die im Formular vorgesehene Beschränkung der Geschäftstätigkeit dient der Vermeidung der steuerlichen Gewerblichkeit (s.Rz. 17), insb. der Gewerbesteuer (s.Rz. 26).

Zu § 2 Abs. 4: Verwendungsverbote

- 52 **Absolutes Konzernleitungsverbot:** Art. 3 Abs. 2 Buchst. a EWIV-VO enthält ein Konzernleitungsverbot, und zwar auch ein Teilleitungsverbot (zB auf Gebieten des Personal-, Investitions- oder Finanzwesens).
- 53 **Holdingverbot:** Art. 3 Abs. 2 Buchst. b EWIV-VO bestimmt, dass die EWIV keine Anteile ihrer Mitgliedsunternehmen halten darf, und zwar weder unmittelbar noch mittelbar. Lediglich das Halten von Anteilen an Drittunternehmen ist unter der Voraussetzung gestattet, dass dies für Rechnung der Mitglieder geschieht und zur Erreichung des Zwecks der EWIV erforderlich ist. Die EWIV kann also für eine Treuhänderstellung bzgl. der Anteile an Drittunternehmen ausgestaltet werden.
- 54 **Arbeitnehmergrenze:** Die EWIV darf nach Art. 3 Abs. 2 Buchst. c EWIV-VO nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Zweck dieser Regelung ist wohl, die Umgehung der Regelungen über betriebliche Mitbestimmung zu verhindern (vgl. *Baumbach/Hopt* HGB Anh § 160 Rz. 6). Ob diese Bestimmung in der Praxis ihr Ziel erreicht, ist fraglich, da neben dem Ausleihen von Arbeitnehmern auch mehrere EWIVs parallel gegründet werden können, die jeweils nur Teile eines gesamten Kooperationsprojekts durchführen.
- 55 **Darlehensgewährung** an leitende Personen eines Mitglieds oder verbundene Personen in Art. 3 Abs. 2 Buchst. d: Das Verbot zielt auf das britische Gesellschaftsrecht ab, wonach ein „conflict of interests“ vermieden werden soll; für die Rechtsbeziehungen zu Mitgliedern in anderen EG-Ländern, insb. in Deutschland, hat diese Bestimmung kaum praktische Bedeutung.

Kaskadenverbot: Schließlich enthält Art. 3 Abs. 2 Buchst. e das Verbot, dass eine EWIV nicht Mitglied einer anderen EWIV sein darf; allerdings dürfen Mitglieder auch gleichzeitig Mitglieder in weiteren EWIVs sein. 56

Kapitalmarktausschluss: Die Vereinigung darf sich nicht öffentlich an den Kapitalmarkt wenden (Art. 23 EWIV-VO). Daher findet das Sonderrecht der Publikums-personengesellschaften keine Anwendung (*Baumbach/Hopt Anh § 160 HGB Rz. 56*). 57

(frei)

58, 59

Zu § 3: Dauer, Geschäftsjahr

Das Formular sieht als Dauer der Gesellschaft eine unbestimmte Zeit vor. Falls die Dauer der EWIV beschränkt werden soll, ist es zweckmäßig, anstelle eines festen Termins die sachlichen Kriterien der Beendigung zu definieren (zB Verbrauch von Fördermitteln, Erteilung eines Patentes u.ä.). 60

Das Formular geht weiter davon aus, dass die EWIV ihre Geschäftstätigkeit nach der konstitutiven Eintragung im Handelsregister zum 1. Januar eines Kalenderjahres aufnimmt und als Wirtschaftsjahr das Kalenderjahr bestimmt wird. Sollte aus praktischen Erwägungen die EWIV ihre Geschäftstätigkeit im Laufe eines Geschäftsjahres aufnehmen, wird entweder für den verbleibenden Zeitraum bis zum Ablauf des Kalenderjahres ein Rumpfwirtschaftsjahr gebildet oder es kann bereits bei Gründung ein vom Kalenderjahr abweichendes Wirtschaftsjahr (ohne Genehmigung des Finanzamts) bestimmt werden. 61

Zu § 4 Abs. 1: Mitglieder

Art. 4 Abs. 1 EWIV-VO bestimmt, wer Mitglied einer EWIV werden kann. Es sind dies gem. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a EWIV-VO Gesellschaften iSv. Art. 48 Abs. 2 EGV (jetzt: Art. 54 AEUV) mit Sitz und Hauptverwaltung innerhalb der EU (s. dazu unten Rz. 63–65) und gem. Art. 4 Abs. 1 Buchst. b **natürliche Personen** mit Erwerbstätigkeiten innerhalb der EU (s. dazu Rz. 66 ff.). 62

Als **Gesellschaften** iSd. Art. 48 Abs. 2 EGV (jetzt: Art. 54 AEUV) können Mitglieder einer EWIV werden insbes. 63

- Gesellschaften des Handelsrechts (Personenhandelsgesellschaften, Kapitalgesellschaften),
- Gesellschaften des bürgerlichen Rechts,
- Genossenschaften und
- andere juristische Einheiten des öffentlichen und des privaten Rechts (auf deutscher Seite: sogenannte sonstige juristische Personen des privaten Rechts, zB Vereine, Stiftungen, Anstalten und dergl.; in anderen Ländern: „legal bodies“ bzw. „entités juridiques“).

Die Mitgliedschaft in der EWIV setzt für die vorgenannten Gesellschaften iSd. Art. 48 Abs. 2 EGV (jetzt: Art. 54 AEUV) voraus, dass diese nach dem Recht eines EG-Staates gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen oder gesetzlichen **Sitz und ihre Hauptverwaltung** (zulässig auch in anderem Land als Sitzland) in der Gemeinschaft haben. Braucht nach dem Recht eines Mitgliedstaats eine Gesellschaft oder eine andere juristische Einheit keinen satzungsmäßigen oder gesetzlichen Sitz (zB eine englische „partnership“, oder eine französische „Société en Participation“), genügt es, wenn sich allein die Hauptverwaltung in der Gemeinschaft befindet. 64

Auch Gesellschaften und andere juristische Personen, die **keinen Erwerbszweck** verfolgen, können Mitglied einer EWIV werden (vgl. *Meyer-Landrut EWIV*, 1988, S. 127; *Gleichmann ZHR* 85, 638; *Ganske DB* 85, Beil. 20, 4). Damit können auch gemeinnützige Unternehmen, wie zB staatliche oder private Forschungsorganisationen, staatliche Regiebetriebe und gemeinwirtschaftliche Unternehmen Mitglieder einer EWIV werden. 65

66 **Natürliche Personen**, die eine gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche, landwirtschaftliche oder freiberufliche Tätigkeit in der Gemeinschaft ausüben oder dort andere Dienstleistungen erbringen (Art. 3 Abs. 1 Buchst. b EWIV-VO), können Mitglieder einer EWIV sein. Demnach steht natürlichen Personen die Mitgliedschaft in einer EWIV offen, auch wenn sie in Nicht-EU-Staaten ansässig sind, sofern sie nur eine Tätigkeit in der Gemeinschaft ausüben. Deutschland hat von dem in Art. 4 Abs. 4 EWIV-VO vorgesehenen Recht, bestimmte Gruppen von natürlichen Personen, Gesellschaften oder anderen juristischen Einheiten von der Beteiligung auszuschließen, keinen Gebrauch gemacht. Damit dürfen auch **Freiberufler** (zB Notare, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Apotheker, Architekten, Ärzte etc) Mitglied einer EWIV werden. Zu beachten ist aber, dass nach Erwägungsgrund Nr. 5 die EWIV selbst keinen freien Beruf ausüben darf und Erwägungsgrund Nr. 6 ausdrücklich auf die Ständevorschriften verweist.

Der Vertrag muss Mindestangaben zu den Mitgliedern enthalten, nämlich Name, Firma, Rechtsform, Wohnsitz oder Sitz, bei Gesellschaften auch Nummer und Ort der Registereintragung (Art. 5 Buchst. d EWIV-VO), vgl. Rz. 42.

67 **Grenzüberschreitender Charakter**. Entsprechend dem Ziel der EWIV, die wirtschaftliche Zusammenarbeit in Europa grenzüberschreitend zu erleichtern, müssen mindestens zwei Mitglieder einer Vereinigung verschiedenen Staaten der Gemeinschaft angehören. Bei Gesellschaften und juristischen Einheiten wird hierfür auf den Ort der Hauptverwaltung abgestellt, bei natürlichen Personen auf den Ort der Ausübung der Haupttätigkeit. Fällt der grenzüberschreitende Charakter einer EWIV nachträglich weg, ist ein zwingender Auflösungsgrund gegeben (Art. 31 Abs. 3 EWIV-VO).

68 Für die Gründung einer EWIV sind mindestens zwei Mitglieder notwendig (Art. 4 Abs. 2 EWIV-VO); von der Ermächtigung in Art. 4 Abs. 3 EWIV-VO, die Mitgliederzahl auf 20 zu begrenzen, hat der deutsche Gesetzgeber im EWIV-AG keinen Gebrauch gemacht.

Zu § 4 Abs. 2: Einlagen

69 Wegen der unbeschränkten und gesamtschuldnerischen Haftung der Mitglieder für jegliche Verbindlichkeiten der Vereinigung (Art. 24 Abs. 1 Satz 1 EWIV-VO) und der unmittelbaren Verlustausgleichsverpflichtung der Mitglieder gem. Art. 21 Abs. 2 EWIV-VO, kann die Vereinigung grds. auch **ohne festes Kapital** gegründet werden. Danach müssten die Mitglieder aber fortlaufend Nachschüsse in Höhe der Fehlbeträge gem. Art. 21 Abs. 2 EWIV-VO leisten. Zu diesem Zweck müssten Einnahme- und Ausgabenrechnungen als Budget erstellt und fortlaufend zur Ermittlung des jeweiligen Nachschussbedarfs fortgeschrieben werden. Dies erscheint nur schwer praktikierbar, daher wird im Formular vorgeschlagen, dass im Gründungsvertrag bereits die Einlagen, zumindest in Höhe der Anfangskapitalausstattung, als Kapitaleinlagen festgelegt werden. Dies erscheint auch aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten der Mitglieder empfehlenswert: Denn abweichend zur Haftung im deutschen OHG-Recht enthält Art. 24 Abs. 2 EWIV-VO eine nur subsidiäre Haftung der Mitglieder. Die Inanspruchnahme eines Mitglieds durch einen Gläubiger der EWIV setzt nämlich voraus, dass die Vereinigung zur Zahlung aufgefordert worden und die Zahlung nicht in angemessener Frist erfolgt ist.

70 Es empfiehlt sich darüber hinaus, auch alle weiteren Beiträge im Gründungsvertrag festzulegen, zB Sacheinlagen, Dienstleistungen, die Einlage von Rechten, gewerblichen Schutzrechten, Know-how und dergleichen.

71 Die **Quote** der Einlageleistungen ist dann gesondert anzugeben, wenn diese von der gleichmäßigen Verteilung auf die Mitglieder abweicht.

72 Die Einlage- und Beitragsregelungen sollten im Gründungsvertrag im Hinblick auf den konkreten Unternehmensgegenstand so detailliert und flexibel als möglich gere-

gelt sein, weil Änderungen nach Art. 17 Abs. 2 Buchst. e EWIV-VO zwingend nur einstimmig, dh. durch die Gesamtheit der Mitglieder beschlossen werden können.

Zu § 5: Geschäftsführung und Vertretung

Der (oder die) Geschäftsführer ist (sind) neben den „gemeinschaftlich handelnden Mitgliedern“ (s.Rz. 81 ff. zu § 6) das **zweite obligatorische Organ** der Vereinigung (Art. 16 Abs. 1 EWIV-VO). Diesem Organ obliegt im Innenverhältnis die **Geschäftsführung** (Art. 19 EWIV-VO) und im Außenverhältnis die **Vertretung** (Art. 20 EWIV-VO). Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EWIV-VO bestimmt, dass die Geschäfte der Vereinigung von einer oder mehreren natürlichen Personen geführt werden, die durch den Gründungsvertrag oder durch Beschluss der Mitglieder bestellt werden. Zu beachten ist danach die Beschränkung der Geschäftsführung auf **natürliche Personen** und die Möglichkeit der Drittorganschaft (**Fremdgeschäftsführung**). Da das EWIV-AG von der Ausnahmemöglichkeit in Art. 19 Abs. 2 EWIV-VO, dass auch eine juristische Person Geschäftsführer werden kann, keinen Gebrauch gemacht hat, können bei einer deutschen EWIV nur natürliche Personen Geschäftsführer werden.

§ 5 Abs. 1 Satz 1 des Formulars gibt zur Klarstellung die Grundregel der Fremdgeschäftsführung wieder, wonach zur Geschäftsführung im Innenverhältnis und zur Vertretung nach außen nur das jeweilige Geschäftsführungsorgan berechtigt und verpflichtet ist. Satz 2 bestimmt die Vertretungsberechtigung im Außenverhältnis, wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind; er weicht damit von der in Art. 20 Abs. 1 EWIV-VO vorgesehenen Regel ab, dass auch bei Bestellung mehrerer Geschäftsführer jeder einzeln vertreten kann. Die Rechtsgrundlage hierfür liegt in Art. 20 Abs. 2 EWIV-VO, wonach im Gründungsvertrag auch die Gesamtvertretung angeordnet werden kann. Sie ist im Außenverhältnis allerdings nur dann wirksam, wenn sie gem. Art. 8 EWIV-VO veröffentlicht wird und (über Art. 9 Abs. 1 EWIV-VO) § 15 HGB beachtet wird, dh. die Gesamtvertretung kann Dritten erst auf Grund der Publizität des Handelsregisters entgegengesetzt werden (vgl. *Scriba* EWIV, 1988, S. 155). Die Gesamtvertretung muss darüber hinaus auch auf dem Briefkopf und allen anderen Schriftstücken der Vereinigung vermerkt werden (Art. 25 Buchst. d EWIV-VO).

Zu § 5 Abs. 2: Bestellung/Abberufung

Das Formular enthält in **Satz 1** aus Praktikabilitätsgründen bereits die Bestellung des ersten Geschäftsführers mit dem Hinweis, dass auf diesen keiner der Ausschlussgründe für „unwürdige“ Personen zutrifft. Die **Ausschlussgründe** richten sich

1. nach dem auf die betreffende Person anzuwendenden einzelstaatlichen Recht (zB für britische Staatsbürger Ausschlussgründe von Sec. 295–310 des Corporation Act 1985 oder Teil II Kap. 1 des Insolvency Act 1985) und
2. nach dem innerstaatlichen Recht des Sitzstaats der Vereinigung (im Falle des Formulars nach deutschem Recht) sowie
3. nach gerichtlichen oder behördlichen Entscheidungen, die nur in einem Mitgliedsstaat ergangen oder anerkannt sind (einschließlich Entscheidungen aus Drittstaaten, vgl. *Ganske* DB 85, Beil. 20, 8 Fn. 129).

Welche Vorschriften des deutschen Rechts in Bezug auf die zweite Alternative (Recht des Sitzstaats) anzuwenden sind, ist unklar. Nachdem § 1 EWIV-AG nur auf das subsidiäre Recht der OHG verweist, dieses aber nur Selbstorganschaft kennt (und deshalb die Fähigkeit zum Geschäftsführer nur von den allgemeinen Regeln des BGB über die Geschäftsfähigkeit abhängig ist), dürfte die zweite Alternative bei einer deutschen EWIV leerlaufen. Dies wird als unbefriedigend empfunden; die an sich sachgerechte Regelung des § 6 Abs. 2 GmbHG (bzw. § 76 Abs. 2 AktG) wird wegen der eindeutigen Bestimmung von § 1 EWIV-AG auch nicht analog anwendbar sein (*Meyer-Landrut* aaO, S. 56). *Müller-Gugenberger* (NJW 89, 1457) will dagegen für den Bereich der Geschäftsführung die Vorschriften des GmbH-Rechts zur Ergänzung von

§ 19 EWIV-AG anwenden. Zu den sehr weitreichenden Folgen der dritten Alternative (vgl. *Scriba* aaO, S. 144). Wird eine Person unter Verstoß gegen eine (oder mehrere) der vorstehenden drei Ausschlussgründe zum Geschäftsführer bestellt, ist eine solche Bestellung nichtig.

- 77 Die im Formular vorgesehene Bestellung des ersten Geschäftsführers im Rahmen eines Gründungsvertrags ist aus Praktikabilitätsgründen vorgesehen (wegen der überragend wichtigen Bedeutung der Fremdgeschäftsführung). Natürlich kann die Bestellung auch außerhalb des Gründungsvertrags erfolgen.
- 78 **Satz 2** des Formulars weicht vom Regelstatut ab, wonach grds. (ohne anderweitige Regelung im Vertrag) die Bestellung von Geschäftsführern durch Mehrheitsbeschluss der Mitglieder möglich ist (vgl. *Meyer-Landrut* aaO, S. 56). Normalerweise reicht für die Bestellung einfache Mehrheit aus, wegen der für jedes einzelne Mitglied großen Tragweite der Fremdorganshaft ist in § 5 Abs. 2 Satz 2 hierfür aber die Einstimmigkeit vorgesehen, wiewohl man das damit verbundene Blockaderisiko beachten muss.
- 79 **Satz 3** des Formulars bestätigt zunächst die Grundregel, dass für den Widerruf grds. ein einfacher Mitgliederbeschluss ausreichend ist. Wegen der großen Bedeutung der Fremdorganshaft für jedes einzelne Mitglied wird zusätzlich vorgesehen, dass bei Vorliegen eines wichtigen Grundes iSd. § 38 Abs. 2 GmbHG auch jedes Mitglied alleine einen wirksam bestellten Geschäftsführer abberufen kann. Dies erscheint notwendig, weil auch bei Missbrauch der Befugnisse eines Geschäftsführers im Falle der EWIV die „Ultra-Vires“-Lehre nicht weiter hilft (vgl. *Gleichmann* ZHR 85, 644; *Ganske* aaO, S. 8; *Wüst* JZ 89, 274; *Müller-Gugenberger* NJW 89, 1457).

Zu § 5 Abs. 3

- 80 Die im Vertragsmuster vorgesehene Formulierung wiederholt das Regelstatut, wonach das oberste Organ, die „gemeinschaftlich handelnden Mitglieder“, jederzeit das Recht hat, auch die den Geschäftsführern vorbehaltenen Entscheidungen an sich zu ziehen und der Geschäftsführung Weisung zu erteilen (Devolutivrecht, vgl. dazu die Einzelerläuterungen zu § 6 Abs. 1 unter Rz. 82).

Zu § 6: Beschlüsse der gemeinschaftlich handelnden Mitglieder (oberstes Organ der EWIV)

- 81 Den gemeinschaftlich handelnden Mitgliedern der EWIV kommt wegen der fremdorganschaftlichen Struktur (den Geschäftsführern) eine eigenständige Organstellung zu (abweichend von der Struktur einer deutschen OHG, jedoch ähnlich der Struktur eines französischen Groupement).

Zu § 6 Abs. 1: Absolute Herrschaft der Mitglieder

- 82 Der im Vertragsformular vorgesehene Text wiederholt und umschreibt die in Art. 16 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EWIV-VO enthaltene Regelung: die absolute Herrschaft der Mitglieder über die Geschicke der Vereinigung (vgl. *Scriba* aaO, S. 113f.; *Meyer-Landrut* aaO, S. 36).

Zu § 6 Abs. 2: Beschlussfassung

- 83 Da in der EWIV-VO das Beschlussverfahren nicht geregelt ist, sondern lediglich in Art. 17 Abs. 4 EWIV-VO auf Veranlassung eines Geschäftsführers oder auf Verlangen eines Mitglieds durch die Geschäftsführung vor Beschlussfassung eine Anhörung der Mitglieder durchzuführen ist, empfiehlt es sich, das Beschlussverfahren vertraglich zu regeln.
- 84 Nach Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EWIV-VO hat **jedes Mitglied eine Stimme**; in Abweichung zum deutschen Recht einer Personenhandelsgesellschaft ist ein variables Stimmrecht oder ein Stimmrecht nach Kapitalanteilen bei einer EWIV nicht möglich (*Meyer-Landrut* aaO, S. 39). Allerdings lässt Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EWIV-VO für ein-