

Studien zum vergleichenden und internationalen Recht –
Comparative and International Law Studies

Herausgeber: Bernd von Hoffmann, Erik Jayme
und Heinz-Peter Mansel

161

Roland Weis

Rechnungslegungspflichten von
EU-Scheinauslandsgesellschaften
im Land ihrer tatsächlichen
wirtschaftlichen Betätigung

Insbesondere im Hinblick
auf in Deutschland tätige englische Limiteds



PETER LANG

A) Einleitung und Gang der Darstellung

I. Einleitung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit einem bis heute weitgehend ungeklärten Teilaspekt der Rechtsstellung von in Deutschland ansässigen Scheinauslandsgesellschaften. Dies sind Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen EG-Mitgliedstaates gegründet wurden, ihrer Geschäftstätigkeit aber ausschließlich in einem anderen Staat nachgehen. Zu den vielfältigen Problemen insbesondere des Gesellschafts- und Insolvenzrechts, die diese Gesellschaften aufwerfen, zählt auch die Frage, welche Rechnungslegungspflichten derartige Gesellschaften und ihre Organmitglieder zu befolgen haben.¹ Dass eine EU-ausländische Gesellschaft² ihren effektiven Verwaltungssitz nicht im Staat ihrer Gründung haben muss, ist nach der Entscheidungstris des EuGH Centros³, Überseering⁴, Inspire Art⁵ und der daraus resultierenden Abkehr von der Sitztheorie anerkanntermaßen möglich. Demnach sind EG-Auslandsgesellschaften grundsätzlich in einem anderen EG-Staat anzuerkennen⁶, selbst dann, wenn es sich um eine „Zweig“niederlassung handelt, zu der es keinen Hauptsitz im Gründungsland gibt⁷, also um eine *Scheinauslandsgesellschaft*.⁸ Von dieser Möglichkeit wurde

1 Dazu schon Eidenmüller/Rehberg, ZVglRWiss 105 (2006), 427 ff.; Ekkenga, FS Uni Gießen, 395 ff.

2 Zu drittstaatlichen Gesellschaften s. BGH v. 27.10.2008 - II ZR 158/06 = NZG 2009, 94 – *Trabrennbahn*.

3 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 *Centros*, Slg. 1999, I-1459 = NJW 1999, 2027.

4 EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 *Überseering*, Slg. 2002, I-9919 = NJW 2002, 3614.

5 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155 = NJW 2003, 3331.

6 Zum Begriff der Anerkennung vgl. MünchKomm, BGB, IntGesR/Kindler, Rdn. 6, 298 ff.; Staudinger, IntGesR/Großfeld, Rdn. 162 ff.; Kropholler, § 55 I 1,2.

7 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 *Centros*, Slg. 1999, I-1459 = NJW 1999, 2027; EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155 = NJW 2003, 3331, Rdn. 95 ff.; EuGH v. 10.7.1986 – Rs. 79/85 *Segers*, Slg. 1986, 2375 = NJW 1987, 571; Eidenmüller/Rehberg, § 5, Rdn 18; Schön, FS Heldrich, 391, 397 f.; Behrens, IPRax 2004, 20, 24; Binge/Thölke, DNotZ 2004, 21, 24; Wachter, GmbHR 2004, 88, 93; Leible/Hoffmann, EuZW 2003, 677, 679 f.; s. unten unter B) I. 1., S. 9 f.

8 Kritisch zum Begriff „Scheinauslandsgesellschaften“: Berlin, S. 3 Fn. 12: Durch Klarstellung des EuGH in o.g. Urteilen dürfe nicht mehr von *Scheinauslandsgesellschaft* gesprochen werden, vielmehr handele es sich um eine „normale“ Auslandsgesellschaft. In vorliegender Arbeit wird auf Grund der guten Verständlichkeit weiterhin von „Scheinauslandsgesellschaft“ gesprochen; so auch weiterhin: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Pentz, § 13 d Rdn. 20 ff.; MünchKomm, BGB, IntGesR/Kindler, Rdn. 348 ff., 468 ff.; MünchKomm, AktG/Europäische Niederlassungsfreiheit/4. Kapitel/Altmeppen,

insbesondere in Gestalt der deutschen Rechtsform der GmbH vergleichbaren⁹ private company limited by shares (Ltd.) nach dem Recht von England und Wales (im Folgenden: englische Limited oder nur Limited) in der Praxis reger Gebrauch gemacht. Dies ist vor allem auf die günstiger erscheinenden Rahmenbedingungen, allen voran die geringere bzw. nicht vorhandene¹⁰ Mindesteinlagepflicht und die deutlich einfachere und damit schnellere Gründungsmöglichkeit zurückzuführen. So wird davon ausgegangen, dass gegenwärtig ca. jede vierte Neugründung einer geschlossenen Kapitalgesellschaft in Deutschland eine Limited sei¹¹ und damit um die 30 bis 40.000 Limiteds – gegenüber knapp 1 Million GmbHs¹² – existieren.¹³ Demgegenüber wird aber darauf hingewiesen, dass das vorhandene Zahlenmaterial hierzu aber kaum die Basis für eine zuverlässige Aussage bietet¹⁴ und die Anzahl englischer und irischer Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland schwer zu schätzen sei.¹⁵ Der Tendenz der zunehmenden Gründung von Auslandsgesellschaften versucht der deutsche Gesetzgeber in jüngster Zeit entgegenzutreten. Insbesondere das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)¹⁶ soll den Trend zur Gründung von Limiteds durch die Einführung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), der sog. „Mini-GmbH“, als Einstiegsvariante für kapitalschwache Existenzgründer, aufhalten.¹⁷ Ob sich dieses Vorhaben realisieren lässt, wird die Zukunft zeigen. Dem könnte bei-

Rdn. 1 ff.; zum meist als Synonym verwendeten Begriff der „pseudo foreign corporations“ s. Fn. 100.

9 Demgegenüber stellt das Pendant zur deutschen AG nach englischem Recht die Public Limited Company (PLC) dar.

10 Im Falle der englischen Limited beträgt die Mindesteinlage lediglich 1 £, bei der deutschen GmbH betrug diese traditionell 25.000 € nach § 5 I GmbHG. Seit dem Inkrafttreten des Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) (s. Fn. 16) besteht nach § 5a GmbHG die Möglichkeit einer Gründung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), die ohne ein bestimmtes Mindestkapital, d.h. faktisch mit einem Euro, gegründet werden kann. S. hierzu *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3249; *Wicke*, § 5a GmbHG, Rdn. 5.

11 *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 168 f.

12 *Kornblum*, GmbHR 2008, 19, 19; *Wicke*, Vorwort, V.

13 *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3249; *Westhoff*, GmbHR 2007, 474, 474; *Zimmer/Naendrup*, ZGR 2007, 789, 790.

14 *Triebel/von Hase/Melerski/von Hase*, Rdn. 647, der auch darauf verweist, dass eine nennenswerte Anzahl (ca. 15 %) der Gründungen schon wieder erloschen sei und darüber hinaus auch nicht gelöschte Limited aufgehört haben zu existieren.

15 *Eidenmüller/Eidenmüller*, § 1, Rdn. 16.

16 Gesetz vom 23.10.2008, BGBl. I S. 2026, in Kraft seit 1.11.2008; dazu *Seibert/Decker*, ZIP 2008, 1208 ff.; insb. mit Hinblick auf den Rechtsvergleich mit der Limited: *Kindler*, FS Buchner, passim.

17 Begr. RegE BT-Drucks. 16/6140, S. 31 f.; *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3249; *Wicke*, § 5a, Rdn.1.

spielsweise entgegenstehen, dass im Falle der Gründung einer Unternehmergeellschaft (haftungsbegrenzt) nach § 5a Abs. 3 S. 1 GmbHG strenge Rücklagepflichten zu beachten sind oder durch den Missbrauchsverhinderungsaspekt des MoMiG potenzielle Gründer abgeschreckt werden, sodass diesen die Gründung einer Scheinauslandsgesellschaft attraktiver als der Weg in die GmbH erscheinen könnte.¹⁸ Außerdem wird vielfach davon ausgegangen, dass die Tendenz in Richtung Limited, vor allem in Hinblick auf die im englischen Recht durch die company law reform umgesetzten¹⁹ weiteren Vereinfachungen der Gründung einer Kapitalgesellschaft, anhalten bzw. sich sogar noch intensivieren wird.²⁰

Auch ist zu erwähnen, dass viele andere EG-Mitgliedstaaten ebenfalls eine Reformierung ihrer Gesellschaftsrechte begonnen haben, um international konkurrenzfähig zu bleiben. So wurde beispielsweise in Frankreich Anfang 2004 die Ein-Euro-SARL und in Spanien im Juni 2003 eine „Blitz-SL“, bei der die Gesellschaft innerhalb von 48 Stunden nach Gründung im Handelsregister eingetragen werden kann, eingeführt. Auch in Italien ist Anfang 2004 eine umfassende Reform mit dem Ziel, der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter breiten Raum zu schaffen, in Kraft getreten.²¹

Trotz dieser Bemühungen bleibt aber festzuhalten, dass die im Moment am stärksten in Erscheinung tretende Auslandsgesellschaftsform in anderen Staaten die englische Limited darstellt.²²

Selbst wenn aber die Flucht aus dem deutschen Gesellschaftsrecht gestoppt werden kann, ist die Frage zu klären, wie mit bereits existenten „deutschen“ Limiteds zu verfahren ist.

Bei diesen, von vielen professionellen Agenturen angepriesenen, Limited-Gründungen stellt sich jedoch die Frage, ob die erwarteten Vorteile nicht durch Nachteile in anderen Bereichen „erkauft“ werden müssen²³, sodass solche Konstruktionen wieder viel von ihrer Attraktivität einbüßen. Einen solchen Nachteil würde u.a. auf Grund deutlich höherer Kosten eine Rechnungslegungspflicht sowohl nach dem Recht des Gründungsstaates als auch des Staates der tatsächli-

18 So *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3255: „Allzu viele der potenziellen GmbH-Gründer wird man daher mit dem MoMiG nicht erreichen.“

19 Vgl. Companies Bill v. 20. 7. 2006; zur Gesetzesentwicklung s. www.berr.gov.uk; *Just*, Rdn. 22 ff.; *Torwegge*, GmbHR 2007, 195 ff.; *Hirte/Bücker/Kasolowsky/Schall*, § 4, Rdn. 2.

20 *Eidenmüller/Rehm*, § 10, Rdn. 3; *Just*, Rdn. 3.

21 Umfassender Überblick bei *Wachter*, GmbHR 2005, 717 ff.; vgl. auch *Karsten*, GmbHR 2007, 958, 960 ff. zu England, Frankreich und Spanien.

22 Zu Gesellschaftsformen aus anderen konkurrierenden Staaten, vgl. etwa die slowakische s.r.o., hierzu: *Härig*, WiRO 2007, 364.

23 Vgl. *Kanzleiter*, DNotZ 2003, 885 ff., der den Kostenaspekt betont; so auch *Kindler*, FS Buchner, 426, 427, Fn. 10: „Die GmbH ist vorne teuer und hinten billig, bei der Limited ist es umgekehrt.“; *Eidenmüller/Rehberg*, ZVglRWiss 105 (2006), 427, 427; *Ekkenga*, FS Uni Gießen, 395, 395.

chen wirtschaftlichen Betätigung darstellen. Eine weiter bestehende Rechnungslegungspflicht nach dem Recht des Gründungsstaates gilt nach o.g. genannten EuGH-Entscheidungen im Schrifttum als sicher²⁴, anderenfalls entstünden im Falle der Limited erhebliche Rechtsunsicherheiten in einzelnen Regelungsbereichen, wie etwa in der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Limited Gewinne ausschütten darf.²⁵

Bereits die Kosten, die durch die Rechnungslegungspflicht im *Gründungsstaat* entstehen, sind nicht unerheblich. So besteht im Falle der Limited eine laufende Buchführungspflicht nach Sec. 386 CA 2006, d. h. sämtliche Einnahmen und Ausgaben müssen täglich aufgezeichnet und ein Vermögensverzeichnis erstellt werden. Diese Aufzeichnungen sind drei Jahre lang aufzubewahren, Sec. 388 CA 2006. Am Ende eines jeden Geschäftsjahres hat die Limited nach Sec. 226 seq. CA 1985²⁶ einen Jahresabschluss, die annual accounts, bestehend aus balance sheet (Bilanz), profit and loss account (GuV), notes (Anhang) und director's report (Geschäftsbericht der Direktoren), zu erstellen.²⁷ Die korrekte Erfüllung dieser Pflichten verursacht in der Regel intensiven Beratungsbedarf und damit nicht zu unterschätzende Beratungskosten, welche die anfängliche Ersparnis schnell übersteigen können.²⁸ Dies haben viele der Neugründer von englischen Limiteds bereits erfahren. Hierbei hat sich gezeigt, dass diese Verpflichtungen, allen voran diejenige des annual accounts, von vielen unterschätzt wurden.²⁹ Diese Pflichten bleiben auch, obwohl Neuregelungen auch die Umsetzung der Änderungsvorschriften zur Publizitätsrichtlinie³⁰ betrafen, nach der Neufassung des Companies Act, in Form des Companies Act 2006, der die Companies Acts 1985 und 1989 schrittweise von Januar 2007 bis Oktober 2008 ablösen sollte, erhalten.³¹ Überwiegend ist der Companies Act 2006 bereits in Kraft, wenn auch die letzte Umsetzungsstufe auf Oktober 2009 verschoben wurde.³²

24 Für die englische Limited auf Grund ihres Registersitzes in Großbritannien: *Wachter*, FR 2006, 393, 394; *Just*, Rdn. 261; *Ekkenga*, FS Uni Gießen, 395, 395; *Korts/Korts*, BB 2005, 1474, 1475; *Graf/Bisler*, IStR 2004, 873, 875; *Ebert/Levedag*, GmbHR 2003, 1337, 1339.

25 *Degenhardt*, VI, 3., Fn. 94 und V, 2.5.

26 Ab 1.10.2009: Sec. 854 seq. CA 2006.

27 *Kußmaul/Ruiner*, IStR 2007, 696, 697.

28 *Kanzleiter*, DNotZ 2003, 885 ff.; so auch *Kindler*, FS Buchner, 426, 427, Fn. 10: „Die GmbH ist vorne teuer und hinten billig, bei der Limited ist es umgekehrt.“

29 *Ekkenga*, FS Uni Gießen, 395, 395; *Dierksmeier*, BB 2005, 1516, 1518.

30 Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie 68/151/EWG – Publizitätsrichtlinie, insb. nicht zu verwechseln mit der elften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie 89/666/EG – Publizitätsrichtlinie für Zweigniederlassungen. Irreführend bei *Riegger*, ZGR 2004, 510, 516.

31 Vgl. Companies Bill v. 20. 7. 2006; zur Gesetzesentwicklung s. www.berr.gov.uk; *Just*, Rdn. 22 ff.; *Torwegge*, GmbHR 2007, 195, 195; *Ekkenga*, FS Uni Gießen, 395, 396.

32 *Just*, Vorwort zur 3. Auflage und Rdn. 3.

Umso gravierender würden zusätzliche, im Staat der wirtschaftlichen Betätigung bestehende Rechnungslegungspflichten zu Buche schlagen.

Ob solche zusätzlichen Verpflichtungen bestehen, soll diese Arbeit klären.

1. Umfang der Rechnungslegungspflichten

Diese Rechnungslegungspflichten lassen sich im deutschen Recht unterteilen in die handelsrechtlichen Rechnungslegungspflichten im engeren Sinne (§§ 238 ff. HGB), in Publizitäts- und Offenlegungsvorschriften (§§ 325 ff. HGB) sowie Prüfungspflichten (§§ 331 ff. HGB). Die Rechnungslegungspflichten im engeren Sinne wiederum sind aufzugliedern in die Pflichten zur Führung von Handelsbüchern (§§ 238 f. HGB), der Aufstellung des Inventars und die Inventur (§ 240 f. HGB), die Bilanzierung (§§ 242, 264 ff. HGB) sowie die Aufbewahrung der Handelsbücher und sonstiger Aufzeichnungen (§§ 257 ff. HGB).³³ Inhaltlich sind diese Differenzierungen schon auf Grund unterschiedlicher Rechtsgrundlagen zwingend geboten.³⁴

Die hier verwendeten Begrifflichkeiten sind jedoch keineswegs unumstritten. So ist es nicht einhellige Meinung, die Abschlussprüfung und die Publizitätsvorschriften zum Oberbegriff der Rechnungslegungspflichten zu zählen.³⁵

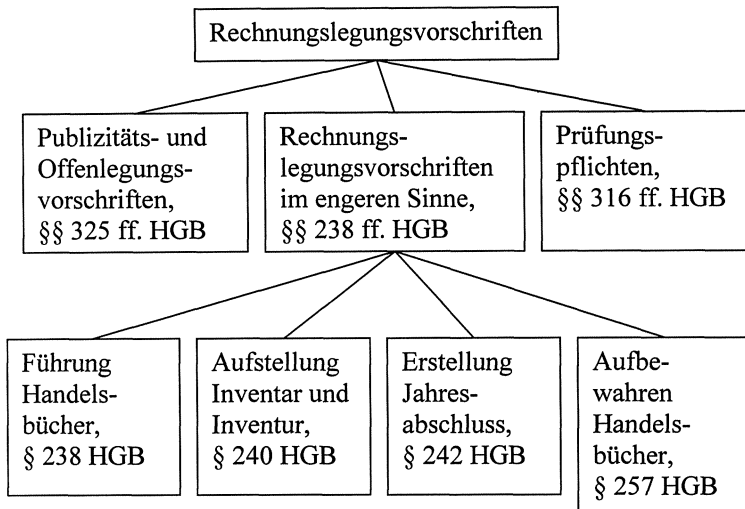
In der vorliegenden Arbeit soll aber vom herrschenden Begriffsverständnis ausgegangen werden, wonach Offenlegung und Abschlussprüfung als Teil der Rechnungslegungspflichten zu verstehen sind.

33 Vgl. Staub/Hüffer, vor § 238, Rdn. 1; MünchKomm, BGB, IntGesR/Kindler, Rdn. 253.

34 Vgl. Eidenmüller/Rehberg, ZVglRWiss 105 (2006), 427, 429, Fn. 9; nicht beachtet bei Riegger, ZGR 2004, 510, 516; Spahlinger/Wegen/Spahlinger/Wegen, C 565.

35 Nachweis zum Begriffstreit bei Icking, S. 51.

Graphisch lässt sich dies folgendermaßen darstellen:



2. Bedeutung der Rechtsgebietsabgrenzung öffentliches Recht – Gesellschaftsrecht

Von zentraler Bedeutung für die Beantwortung der Frage nach einer zusätzlichen inländischen Rechnungslegungspflicht ist im Hinblick auf die Rechnungslegungspflichten im engeren Sinne die Frage, ob die Rechnungslegungsvorschriften öffentlich-rechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Natur sind. Auf diesen Zuordnungsunterschied stützen sich, seitdem der EuGH – so jedenfalls die herrschende Lesart³⁶ – die Anwendung der Sitztheorie für einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit erklärt hat³⁷, letztlich beide vertretenen Hauptansichten bezüglich pro oder contra inländischer Rechnungslegungspflicht.³⁸ Viele Au-

36 BGH v. 14.3.2005 - II ZR 5/03 = BGHZ 154, 185 = NJW 2005, 1648.

37 S. dazu unter B) III. 4., S. 20 ff.

38 Zusätzliche inländische Rechnungslegungspflichten wegen öffentlich-rechtlichem Charakter: Staub/Hüffer, § 238, Rdn. 24 und § 13b, Rdn. 15; MünchKomm, BGB, Int-GesR/Kindler, Rdn. 253 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Pentz, § 13d, Rdn. 21; ADS, § 238, Rdn. 18; Röhrich/Graf von Westphalen/Röhrich, Einl. Rdn. 52; Schumann, ZIP 2007, 1189, 1190;

keine zusätzliche inländische Rechnungslegungspflichten wegen gesellschaftsrechtlichem Charakter: Eidenmüller/Rehberg, § 5, Rdn. 99; Schön, FS Heldrich, 391, 393 ff.; Riegger, ZGR 2004, 510, 516; Staudinger/Großfeld, Rdn. 362; Zimmer, S. 179; Just, Rdn. 258; Graf/Bisle, IStR 2004, 873, 873 f.; Kaligin, DB 1985, 1449, 1454; Ul-

toren bejahen eine solche jedoch auch ohne Begründung³⁹ oder verneinen sie mit der Begründung inländische Rechnungslegungspflichten können aus anderen Gründen nicht vorliegen, insbesondere aus der Argumentation der Ausdehnung der sekundärrechtlichen Abgeschlossenheit auch auf Rechnungslegungspflichten im engeren Sinne und Abschlussprüfung.⁴⁰

II. Gang der Darstellung

Vorliegende Arbeit beschreibt zunächst die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts und zwar in einem weiteren Sinne, d.h. mit Blick auf das Sekundärrecht wie auch auf die primärrechtlich verbürgte Niederlassungsfreiheit. Sodann werden die verschiedenen vertretenen Ansichten bezüglich strittiger Einzelprobleme dargestellt, um dann letztendlich diese Ansichten kritisch zu bewerten.

Hierbei wird auf Grund der praktischen Bedeutung vor allem auf die Rechtsform der englischen Limited eingegangen, dies wiederum vor allem im Hinblick auf Deutschland als Land der tatsächlichen wirtschaftlichen Betätigung.

mer/Habersack/Winter/Behrens, Einl. Rdn. B 95 f.; wie auch schon in der „Vorauslage“: Hachenburg/Behrens, Einl., Rdn. 151.

39 Ohne Begründung pro zusätzlicher inländischer Rechnungslegungspflicht z.B. Römermann/Johnen, G, Rdn. 75; Baumbach/Hopt/Merki, § 238, Rdn. 9; MünchKomm, HGB/Ballwieser, § 238 Rdn. 13; MünchKomm, HGB, Krafska, § 13d; Rdn. 15; ADS, § 238, Rdn. 18; BeckBilKomm/Winkeljohann/Klein, §238, Rdn. 37.

40 S. dazu unter C) I. 1. b), S. 29 f.; MünchKomm, HGB/Fehrenbacher, § 325a, Rdn. 12; Spahlinger/Wegen/Spahlinger/Wegen, C 567; Riegger, ZGR 2004, 510, 516; Binge/Thölke, DNotZ 2004, 21,31; Just, Rdn. 259; Schön, FS Heldrich, 391, 398; Habersack, § 5, Rdn. 56.; BeckBilKomm/Ellroth/Spremann, § 325a, Rdn. 2 und 31.