

REZENSIONEN / REVIEWS

EVA SCHWITTEK

Internationales Gesellschaftsrecht in Japan

*Im Vergleich mit dem Internationalen Gesellschaftsrecht in der
EU und in Deutschland*

Mohr Siebeck, Tübingen 2015, Studien zum ausländischen und internationalen
Privatrecht 330, XXV + 398 S., 74 €, ISBN: 978 3 16 153368 6.

Eva Schwittek, Rechtsanwältin in Frankfurt am Main, hat im letzten Jahr ein beeindruckendes rechtsvergleichendes Werk zum Internationalen Gesellschaftsrecht in Japan vorgelegt.

Das Internationale Gesellschaftsrecht in Japan betrifft zum einen das Gesellschaftskollisionsrecht, aber auch Normen des materiellen Rechts, das sog. „Fremdenrecht“, das von ausländischen Unternehmen, die in Japan z.B. eine Tochtergesellschaft, eine Zweigniederlassung oder eine Repräsentanz gründen möchten, zu beachten ist. Das Werk geht auf beide Bereiche ausführlich ein.

Vorab ein paar einleitende Bemerkungen: Fragestellungen des anwendbaren Rechts im Gesellschaftsrecht treten auf, wenn ausländische Unternehmen im Inland eine Marktpräsenz z.B. durch Gründung einer Zweigniederlassung erlangen möchten. Es kann im Zusammenhang mit einer Niederlassung oder einer anderen Form der Marktpräsenz zu klären sein, nach welchem Recht z.B. die Rechtmäßigkeit der Gründung (der Muttergesellschaft), die Anforderungen an das Mindestkapital, die Haftung der Gesellschaftsorgane (Stichwort: Durchgriffshaftung), die Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft und die Auflösung und Liquidation einer Gesellschaft zu beurteilen sind.

Die Frage des anwendbaren Rechts kann sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten stellen. Es ist dann das Internationale Privatrecht (auch Kollisionsrecht) des Landes zur Klärung anzuwenden, in dem die Frage des anwendbaren Rechts gestellt wird. Das nationale Kollisionsrecht unterscheidet sich inhaltlich von Land zu Land, wenn es auch z.B. in Europa in Bezug auf wichtige Teilbereiche (mit Ausnahme des Internationalen Gesellschaftsrechts) vereinheitlicht wurde. Die Kollisionsnorm oder der Rechtsprechungsgrundsatz, der für einen Sachverhalt mit internationalem Bezug eine Regel enthält, nach der das anwendbare Recht aufzufinden ist, wird als „Statut“ bezeichnet. Bei gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten spricht man vom „Gesellschaftsstatut“. Im Gesellschaftsrecht bietet sich an, dass eine Kollisionsnorm auf das Recht am Ort der Gründung der Gesellschaft verweist („Gründungstheorie“) oder alternativ auf das Recht am Ort des Hauptsitzes („Sitztheorie“). Liegt keine ausdrückliche Kollisionsnorm vor, wie es in Japan und auch in Deutschland der Fall ist, muss der herrschende Rechtssatz, z.B. gebildet durch Richterrecht, der Verweisung auf eine Rechtsordnung dienen.

Die Anwendung der Sitz- oder Gründungstheorie hat jeweils rechtspolitische Folgen. Gilt in einem Land die Gründungstheorie als Gesellschaftsstatut, kann sich eine Gründung im Ausland lohnen, um die dortigen Gesetze in Fragen des Außen- und Innenverhältnisses einer Gesellschaft zur Anwendung kommen zu lassen, obwohl der Hauptsitz nicht in dem Gründungsland liegt. Daraus ergibt sich das Problem der *Scheingesellschaften*, auf die in dem Werk von *Schwittek* ausführlich eingegangen wird.

Da grenzüberschreitende gesellschaftsrechtlich zu bewertende Handlungen mangels einheitlichen Völkerrechts letztlich einer nationalen Rechtsordnung unterstellt werden müssen, kann das internationale Gesellschaftsrecht nicht verhindern, dass Regelungsgelände zwischen Staaten ausgenutzt werden. Unternehmen werden in ihrer privaten Gestaltungsfreiheit grundsätzlich nicht durch das Internationale Gesellschaftsrecht eingeschränkt, und Nationalstaaten können selbstverständlich Anreize für Investitionen durch rechtliche Rahmenbedingungen setzen. Mit der „Sitztheorie“ kann ein Staat wirtschafts- und rechtspolitische Interessen verwirklichen, mit der Gründungstheorie hingegen nicht. Als Korrektiv zu den Folgen der „Gründungstheorie“ kann dann zwingend durch ausländische Unternehmen zu beachtendes nationales Recht geschaffen werden, so wie es in Japan der Fall ist. Das internationale Gesellschaftsrecht bildet für die Angebote eines Staates einen Bezugsrahmen, der eine Rolle für die organisatorische Implementierung der Investition spielt.

Nach diesen Vorbemerkungen zu *Schwittek*s Werk:

Im *Ersten Teil* der Arbeit geht die Autorin mit Daten und Fakten auf die Internationalisierung der Unternehmenswelt in Japan ein. Auffällig ist das hohe Engagement japanischer Unternehmen im Ausland, aber auch die eher stagnierende Zahl ausländischer Niederlassungen in Japan. Weitere statistische Angaben zeigen den aktuellen Stand der Direktinvestitionen ausländischer, häufig chinesischer Unternehmen in Japan. Es wird erläutert, dass die japanische Regierung bemüht ist, die Öffnung des Marktes weiter voranzutreiben z.B. durch erneute Wirtschafts- und Rechtsreformen wie die Neuordnung des Verwaltungsverfahrens, die Umstrukturierung des Finanzmarkts oder die Reform des Übernahmerechts, um damit mehr ausländische Investitionen ins Land zu locken. Im *Ersten Teil* wird auch kurz und übersichtlich der aktuelle rechtliche Rahmen vorgestellt: Im Jahre 2007 ist ein neues Kollisionsrecht, das Rechtsanwendungsgesetz, in Kraft getreten, allerdings ohne Vorschriften zum Gesellschaftskollisionsrecht. Das Gesellschaftsrecht im Handelsgesetz (HG), ursprünglich nach deutschem Vorbild geschaffen, mit starkem Einfluss des US Rechts nach dem Zweiten Weltkrieg, erfuhr in den letzten Jahrzehnten zahlreiche Reformen, insbesondere solche, die der Deregulierung und Internationalisierung dienen. Mit der großen Reform im Jahr 2005 wurde dem Gesellschaftsrecht eine neue Systematik gegeben und u.a. die GmbH abgeschafft und durch die LLC ersetzt. Ferner wurde das Erfordernis des Mindestgrundkapitals aufgehoben. Insgesamt kam zu einer noch stärkeren Anpassung des Gesellschaftsrechts an das US-amerikanische Recht. Das Verbot, im Ausland Scheingesellschaften zu gründen, die auf dem japanischen Markt aktiv sind, wurde jedoch beibehalten. Eine systematische Kodifikation des Konzernrechts erfolgte nicht.

Der *Zweite Teil* des Werks beschäftigt sich rechtsvergleichend mit der Historie, den Diskussionen und den Gesetzgebungsvorschlägen in Bezug auf das Gesellschaftsstatut in Deutschland, Japan und Europa. Die Autorin geht zunächst auf die Entwicklung der kontinentaleuropäischen Sitztheorie ein (Anknüpfung an den Sitz der Hauptverwaltung, wobei dieser nicht immer leicht zu bestimmen ist). Die „modifizierte Sitztheorie“ ist in Deutschland nun herrschendes Richterrecht. Sie gilt zwar auch für im Ausland gegründete Gesellschaften, aber aufgrund europäischer Rechtsprechung nicht für solche, die im EWR gegründet wurden, bzw. für solche, für die anderslautende Staatsübereinkommen gelten. Der Autorin gelingt es, die vielen Anwendungsprobleme, die mit der Sitztheorie verbunden sind, und die Kontroversen in der Literatur, die eher der Gründungstheorie folgt, klar und übersichtlich darzustellen. Ein vollständiger Übergang zur Gründungstheorie in Deutschland sah der Referentenentwurf zur IPR-Reform von 2011 vor, der jedoch nicht umgesetzt wurde. Nach gründlicher Erläuterung der deutschen Sitztheorie im Verhältnis zur EuGH-Rechtsprechung, erfolgt der historische Blick auf die Gründungstheorie, die ihren Ursprung in England hat. Nach der „Gründungstheorie japanischer Prägung“, ist auf eine Gesellschaft immer das Recht anzuwenden, das bei Gründung der Gesellschaft zugrunde gelegt wurde. Eine Rückverweisung (*renvoi*) kommt im Gesellschaftskollisionsrecht nicht in Betracht, d.h. das Kollisionsrecht des Gründungslandes wird nicht befragt, ob es die Verweisung annimmt. Besonderheiten gelten, wenn die im Ausland gegründete Gesellschaft ihren Hauptsitz in Japan hat. Art. 821 GesG sieht ein Korrektiv in Bezug auf diese „Scheingesellschaften“ vor, wonach die Gründer persönlich haften, wenn sie eine Gesellschaft im Ausland mit dem Zweck gründen, dass deren Hauptsitz in Japan sein soll. Die in Japan für und gegen die Gründungstheorie diskutierten Argumente arbeitet die Verfasserin anschaulich heraus und setzt die „Gründungstheorie japanischer Prägung“ in einen rechtsvergleichenden Kontext. Erwähnt wird u.a., dass die Gründungstheorie in anderen Rechtsordnungen mit veränderlichen Anknüpfungsmomenten (z.B. Statutenwechsel bei verlagertem Sitz) angewendet wird. Der *Zweite Teil* schließt mit einer sorgfältigen Darstellung der sowohl in Japan als auch in Deutschland geplanten Kodifikationen des Gesellschaftskollisionsrechts und erläutert zunächst die Diskussionsinhalte und dann die Ursachen dafür, dass sie in beiden Ländern bislang scheiterten, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen. Es folgt ein rechtsvergleichendes Resümee zwischen Sitz- und Gründungstheorie, in dem die Unterschiede, die verschiedenen rechtspolitischen Interessen und die wesentlichen Pro und Contra Argumente griffig zusammengefasst werden. Eine Kodifikation würde nach Ansicht der Autorin in beiden Ländern zur besseren Rechtssicherheit beitragen.

Der *Dritte Teil* widmet sich dem japanischen Fremdenrecht. Dies sind Vorschriften im materiellen Recht (ZG und GesG), die von Auslandsgesellschaften in Japan befolgt werden müssen, wenn sie als unselbständiges Unternehmen (Repräsentanz oder Niederlassung) oder als selbständige Tochtergesellschaft, welche die ausländische Muttergesellschaft alleine oder gemeinsam mit einem japanischen Unternehmen als Joint Venture gründen kann, Marktpräsenz zeigen. Diese Vorschriften sollen der Transparenz und der Sicherheit im Rechtsverkehr dienen. Die Autorin zeigt auf, dass die Liberalität der Grün-

dungstheorie in Japan durch Vorschriften des „Fremdenrechts“ erheblich eingeschränkt wird. Als fremdenrechtliche Vorschrift im ZG spielt die Anerkennung ausländischer juristischer Personen (Art. 35 ZG) anders als im deutschen Recht eine herausragende Rolle. Art. 35 ZG verlangt die Anerkennung der Rechtsfähigkeit für die nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften, damit diese als juristische Personen in Japan handlungsfähig sind. An dieser Stelle wäre es wünschenswert gewesen, klarer darzustellen, in welchen Fällen es zur Ablehnung der Rechtsfähigkeit kommt.

Eine fremdenrechtliche Vorschrift im GesG ist die Definition der „Auslandsgesellschaft“ gemäß Art. 2 Nr. 2. Dies ist eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft. Eine „Auslandsgesellschaft“ gem. Art. 2 Nr. 2 GesG muss vorliegen, damit diese nach Art. 35 ZG anerkannt werden kann. Weiterhin müssen sich Auslandsgesellschaften nach den Regeln des VI. Buches des GesG eintragen lassen, wenn sie in Japan „dauerhaft Handel treiben“ wollen. Damit sind die o.g. Formen der Marktpräsenz gemeint. Das Merkmal „dauerhaft in Japan Handel treiben“ ist bei Zweckgesellschaften diskutiert worden, die für die Finanzierung eines Großprojekts von japanischen Gesellschaften gegründet wurden (z.B. ein Trust nach dem Recht der Cayman Inseln). Offensichtlich wird in diesen Fällen das Merkmal „dauerhaft Handel treiben“ abgelehnt, da sie nur der (einmaligen) Finanzierung dienen. Damit entfällt auch die Bußgeldpflicht wegen Umgehung der Gründung einer japanischen Gesellschaft. Hier wäre interessant zu wissen gewesen, ob es in anderen Sachverhalten Bußgeldfälle gab. Dieses Thema ist möglicherweise jetzt gerade vor den Olympischen Spielen im Jahre 2020 mit seinen Großprojekten von Interesse. Im *Dritten Teil* geht die Autorin auch im Einzelnen auf die einzutragenden Tatsachen ein. Weiterhin muss für die Eintragung ein Vertreter der Gesellschaft nach dem Recht des Auslandsstatuts in Japan benannt werden. Ausführlich wird auf die „Scheingesellschaftsregelung“ des Art. 821 GesG eingegangen. Diese betrifft Gesellschaften, die nach ausländischem Recht gegründet wurden, ihren Hauptsitz aber in Japan haben. Für sie haften die Gründer gesamtschuldnerisch, offensichtlich zur Unzufriedenheit ausländischer Wertpapierunternehmen, denen aber wohl mit einer engen Auslegung der Norm geholfen wird.

Der *Vierte Teil* widmet sich dem Anwendungsbereich des Gesellschaftsstatuts. Die Autorin geht auf den aktuellen Stand der Rechtsprechung und Literatur in Bezug auf die einzelnen Fallgestaltungen ein. Japan hat traditionell wenig Rechtsprechung, da auch die Zahl ausländischer Unternehmen in Japan nicht allzu hoch ist. Daher sind viele Fragestellungen noch nicht durch die Gerichte entschieden bzw. in der Literatur noch nicht geklärt.

Auch nach japanischem Recht gilt der Grundsatz des „Einheitsstatuts“, d.h. alle gesellschaftsrechtlichen Beziehungen unterliegen grundsätzlich einem einheitlichen Statut. Die Rechtmäßigkeit der Gründung, sowie (grundsätzlich) die allgemeine Rechtsfähigkeit, als auch die Geschäftsfähigkeit, d.h. welches Organ die Gesellschaft in welchem Umfang berechtigen und verpflichten kann, beurteilt sich daher nach dem Recht des Gründungslands. Die Partei- und Prozessfähigkeit einer Gesellschaft unterliegt zwar nach der Literatur dem Gesellschaftsstatut, aber gemäß der Rechtsprechung der *lex fori*, d.h. eine ausländische Gesellschaft kann auch partei- und prozessfähig nach japanischem Recht sein, wenn

sie dies nach ihrem Gesellschaftsstatut nicht wäre. Auch in Bezug auf die innere Verfassung einer Gesellschaft findet das Gesellschaftsstatut Anwendung. Dies betrifft z.B. das Verfahren zur Ausgabe von Aktien oder Unternehmensanleihen oder Gesellschafterverträge mit Wirkung gegenüber der Gesellschaft, aber grundsätzlich auch die Haftung von Organpersonen. Fragen der Durchgriffshaftung werden anhand der Rechtsprechung dargestellt. Schließlich müssen auch Fragen in Bezug auf die Auflösung und Liquidation nach dem Gesellschaftsstatut beurteilt werden, d.h. nach dem Recht des Gründungslands bzw. bei Auslandsvermögen nach der *lex fori* des Belegenheitsstaates. Im Insolvenzfall wird in Abkehr vom strengen Territorialitätsprinzip des Insolvenzrechts die *lex fori concursus* angewendet, d.h. das Recht des Staates, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Die Autorin behandelt eine Reihe kollisionsrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Fragestellungen aus dem Insolvenz- und Sanierungsrecht. Weiterhin wird auf die grenzüberschreitende Sitzverlegung eingegangen, die nach japanischem Recht nicht zu einem Statutenwechsel führt, aber bei einer japanischen Gesellschaft zur Folge hat, dass diese nach nationalem japanischem Recht aufzulösen ist, da eine Eintragungsvoraussetzung fehlt. *Schwittek* geht sodann noch auf die internationale Verschmelzung ein, bei der hinsichtlich der Voraussetzungen und der Verfahren in Bezug auf die beteiligten Gesellschaften das jeweilige Gesellschaftsstatut anzuwenden ist. Der Verschmelzungsvertrag muss allen anzuwendenden Rechtsordnungen genügen. Dasselbe Prinzip gilt beim internationalen Aktientausch bzw. bei der Aktienübertragung sowie bei der internationalen Spaltung. Nach einem Abschnitt zu M&A werden konzernrechtliche Fragestellungen behandelt.

Die Autorin zieht als Fazit, dass trotz der Reformwünsche der Literatur, die ihrer Ansicht nach überholte Anerkennungsvorschrift für ausländische Unternehmen (Art. 35 ZG) und auch die Regelung für Scheingesellschaften bislang beibehalten wurden. Die geplante, dann aber nicht durchgeführte Reform des Gesellschaftskollisionsrechts hätte aber immerhin eine lebhafte Diskussion dieser Themen in der Wissenschaft ausgelöst. Das Gesellschaftskollisionsrecht sei aufgrund der nur mäßig steigenden Zahlen von ausländischen Gesellschaften in Japan derzeit kein dringendes Reformthema.

Das Werk schließt mit der Übersetzung aller wichtigen Gesetzesnormen, einem Verzeichnis der relevanten japanischen Gesetze und Normen, einer Übersicht der einschlägigen Staatsverträge und japanischen Gerichtsentscheidungen (rund 30 seit 1904) und einem umfassenden Literatur- und Stichwortverzeichnis.

Schwittek's Werk ist eine außerordentlich sorgfältige und umfassende Bearbeitung des Themas Internationales Gesellschaftsrecht. Es gewährt einen hervorragenden Einblick nicht nur in das japanische, sondern auch in das deutsche und europäische Internationale Gesellschaftsrecht. Die komplizierte Materie ist klar und sprachlich exzellent dargestellt. Das Werk ist eine große Bereicherung für die Forschung zum japanischen Recht und für die Rechtsvergleichung.

*Anja Petersen-Padberg**

* Dr. iur., Rechtsanwältin in München.