

Grenzüberschreitende Restrukturierungen von Unternehmen

Eine bilaterale Untersuchung zwischen Deutschland
und Frankreich

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines doctor iuris der
Juristischen Fakultät der Bayerischen
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

vorgelegt von

Andrea Reik
aus Stuttgart

2001

Erstgutachter: Prof. Dr. Karl Kreuzer
Tag der mündlichen Prüfung: 31. 01. 2002

Meinen Eltern
und Großeltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im April 2001 von der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt, ebenso wie die durch die Neufassung des französischen Code de Commerce geänderte Bezeichnung bzw. Nummerierung der französischen handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften.

An dieser Stelle möchte ich, neben meiner Freude über den Abschluss des Promotionsprojekts, vor allem meine Dankbarkeit all denen gegenüber auszudrücken, deren Mitwirken für die Veröffentlichung dieses Buches entscheidend war.

In fachlicher Hinsicht danke ich Herrn Prof. Dr. Karl Kreuzer für die Überlassung des Themas, die fachliche Betreuung und die zügige Erstellung des Erstgutachtens sowie Prof. Dr. Weiß für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Persönlich danken möchte ich vor allem meinen Eltern, die mir nicht nur durch ihre finanzielle Unterstützung den Luxus einer Promotion überhaupt erst ermöglicht haben, sondern die auch darüber hinaus bereitwillig die Mühen des Korrekturlesens auf sich genommen haben. Unermüdlich haben sie sich auch ohne juristische Vorkenntnisse durch die vielen Seiten gearbeitet und sorgfältig sämtliche juristischen Gedankengänge nachvollzogen, um alle Fehler und Unschlüssigkeiten aufzudecken.

Weiterhin sei meinem Bruder gedankt, der ebenfalls ein sehr aufmerksamer Korrekturleser und, vor allem durch seinen tiefen Computer- und Buchdruckkenntnisse, eine unbezahlbare Hilfe war. Erst seine Formatierungen haben diese Arbeit veröffentlichungsfähig und „internettauglich“ gemacht.

Schließlich möchte ich mich auch bei meinem Freund Michael für seine konstruktive Kritik und für die unzähligen Stunden bedanken, die er in diese Arbeit investiert hat. Ohne sein Engagement und die notwendigen Tritte, die er mir verpasst hat, wäre dieses Buch heute noch nicht fertig.

München, im April 2002
Andrea Reik

Übersicht

Vorwort	9
Übersicht	11
Inhaltsverzeichnis	13
1 Einführung	25
2 Die rechtlichen Grundlagen des deutschen und französischen internationalen Gesellschaftsrechts für grenzüberschreitende Restrukturierungen	29
2.A Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich .	29
2.B Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich	54
2.C Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht	74
2.D Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen die EMRK	101
3 Die grenzüberschreitende deutsch-französische Sitzverlegung	107
3.A Die wesentlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung .	107
3.B Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung	110
3.C Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung	116
4 Die grenzüberschreitende deutsch-französische Fusion	237
4.A Die wesentlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion	237
4.B Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion .	238
4.C Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion .	249

Übersicht

5 Die grenzüberschreitende deutsch-französische Spaltung und Einbringung	297
5.A Die wesentlichen Aspekte	297
5.B Die kollisionsrechtlichen Aspekte	300
5.C Die materiellrechtlichen Aspekte	301
6 Ergebnisse und Schlußbemerkung	309
A Abkürzungsverzeichnis	319
B Literaturverzeichnis	329
C Lebenslauf	351

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	9
Übersicht	11
Inhaltsverzeichnis	13
1 Einführung	25
2 Die rechtlichen Grundlagen des deutschen und französischen internationalen Gesellschaftsrechts für grenzüberschreitende Restrukturierungen	29
2.A Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich .	29
2.A.I. Der Begriff „Gesellschaftsstatut“ in Deutschland und Frankreich	29
2.A.II. Die „Nationalität“ einer Gesellschaft nach deutschem bzw. französischem Recht	30
2.A.III. Der Begriff „Anerkennung“	32
2.A.III.1. Im deutschen und französischen internationalen Verfahrensrecht	32
2.A.III.2. Im deutschen und französischen internationalen Gesellschaftsrecht	33
2.A.III.3. Die geschichtlichen Wurzeln der Anerkennung im internationalen Gesellschaftsrecht	35
2.A.IV. Das Verhältnis von Anerkennung und Gesellschaftsstatut in Deutschland und Frankreich	37
2.A.IV.1. Die Überschneidung zwischen Anerkennung und Gesellschaftsstatut	37
2.A.IV.2. Der eigenständige Charakter der Anerkennung	39
2.A.IV.3. Stellungnahme	40
2.A.V. Die gesetzliche bzw. vertragliche Regelung der Anerkennung in Deutschland und Frankreich	41

Inhaltsverzeichnis

2.A.V.1.	Fehlende nationale Regelungen in Deutschland und Frankreich	41
2.A.V.2.	Die völkerrechtliche Anerkennung	44
2.A.V.2.a.	Das Haager Abkommen vom 1. Juni 1956	44
2.A.V.2.b.	Das Brüsseler EG-Übereinkommen vom 29. Februar 1968	46
2.A.V.3.	Der deutsch-französische Niederlassungs- und Schifffahrtsvertrag	49
2.A.V.3.a.	Der Inhalt des Niederlassungsvertrags	49
2.A.V.3.b.	Die Wirkung des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags	50
2.A.V.3.c.	Stellungnahme	52
2.B	Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich	54
2.B.I.	Die Anknüpfungsregeln	54
2.B.I.1.	Die Realsitzregel	54
2.B.I.1.a.	Die Betriebsstättentheorie (Exploitationstheorie)	55
2.B.I.1.b.	Die Verwaltungssitzregel	55
2.B.I.1.c.	Die Satzungssitzregel	57
2.B.I.2.	Die Gründungsrechtsregel	59
2.B.I.3.	Die Kombinations- und Differenzierungstheorien	61
2.B.I.4.	Die Kontrolltheorie	63
2.B.I.5.	Stellungnahme	65
2.B.II.	Die nationalen Anknüpfungsregeln	66
2.B.II.1.	In Deutschland	67
2.B.II.2.	In Frankreich	68
2.B.II.2.a.	Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537)	68
2.B.II.2.b.	Die Auslegung des Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537)	68
2.B.II.2.b.aa.	Der Begriff „siège social“ in Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537)	68
2.B.II.2.b.bb.	Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) als allseitige Kollisionsnorm	71
2.B.II.2.c.	Stellungnahme	72

2.C	Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht	74
2.C.I.	Inhalt und unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV	75
2.C.II.	Art. 48 (ex-Art. 58) EGV	76
2.C.II.1.	Der persönliche Anwendungsbereich und die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschrift	76
2.C.II.2.	Der kollisionsrechtliche Gehalt des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV	78
2.C.II.2.a.	Die Auslegung nach dem Wortlaut	80
2.C.II.2.b.	Die teleologische Auslegung	82
2.C.II.2.b.aa.	Der Rückschluß aus der Anerkennung	82
2.C.II.2.b.bb.	Der Art. 43 (ex-Art. 52) und der Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV	84
2.C.II.2.c.	Die systematische Auslegung: das Verhältnis der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV zu den Art. 293, 44 (ex-Art. 220, 54) EGV	87
2.C.II.2.c.aa.	Die Rechtsprechung des EuGH – Das Daily Mail-Urteil	88
2.C.II.2.c.bb.	Die in der Lehre vertretenen Ansichten	89
2.C.II.2.c.cc.	Stellungnahme	92
2.C.II.2.d.	Das Centros-Urteil des EuGH	95
2.C.II.2.d.aa.	Die Entscheidung	95
2.C.II.2.d.bb.	Die in der Lehre vertretenen Ansichten	97
2.C.II.2.d.cc.	Stellungnahme	99
2.C.II.2.d.dd.	Folgen des Centros-Urteils in der deutschen Rechtsprechung	100
2.D	Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen die EMRK	101
3	Die grenzüberschreitende deutsch-französische Sitzverlegung	107
3.A	Die wesentlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung	107
3.A.I.	Die Begriffsbestimmung nach deutschem und französischem Recht	107
3.A.II.	Die Unterscheidung zwischen kollisionsrechtlichen und materiellrechtlichen Problemen	109
3.B	Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung	110

Inhaltsverzeichnis

3.B.I.	Der Wechsel des Gesellschaftsstatuts nach deutschem und französischem Recht	110
3.B.I.1.	Grenzüberschreitende SATZUNGSSITZverlegung	111
3.B.I.2.	Grenzüberschreitende VERWALTUNGSSITZverlegung	112
3.B.I.3.	Grenzüberschreitende Verlegung von Satzungs- UND Verwaltungssitz	114
3.B.II.	Die Anerkennung der an der Sitzverlegung beteiligten Gesellschaften nach deutschem und französischem Recht	114
3.C	Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung	116
3.C.I.	Die Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung in Staatsverträgen und in Vorschlägen zur Regelung im europäischen Recht	116
3.C.I.1.	Das Haager Abkommen vom 1. Juni 1956	116
3.C.I.2.	Das Brüsseler EG-Übereinkommen vom 29. Februar 1968	117
3.C.I.3.	Die Vorschläge der KPMG-Studie für Richtlinienentwürfe über die grenzüberschreitende Sitzverlegung	118
3.C.I.4.	Vorschlag der Kommission für eine 14. gesellschaftsrechtliche Richtlinie	121
3.C.I.5.	Stellungnahme	124
3.C.II.	Die Identitätswahrung von weg- und zuziehender Gesellschaft	129
3.C.II.1.	Die Auswirkungen der Theorien über das Wesen der juristischen Personen auf die Frage der Identitätswahrung	130
3.C.II.2.	Der Einfluß der Art des verlegten Sitzes auf die Frage der Identitätswahrung	131
3.C.II.2.a.	Die Verlegung des SATZUNGSSITZES	131
3.C.II.2.a.aa.	Von Deutschland nach Frankreich	131
3.C.II.2.a.bb.	Von Frankreich nach Deutschland	135
3.C.II.2.b.	Die Verlegung des VERWALTUNGSSITZES	136
3.C.II.2.b.aa.	Von Deutschland nach Frankreich	136
3.C.II.2.b.bb.	Von Frankreich nach Deutschland	139
3.C.II.2.c.	Die Verlegung von Satzungs- UND Verwaltungssitz	142
3.C.II.2.c.aa.	Von Deutschland nach Frankreich	142
3.C.II.2.c.aa.(a)	Der Wegzug von Deutschland	142
3.C.II.2.c.aa.(b)	Der Zuzug nach Frankreich	145
3.C.II.2.c.bb.	Von Frankreich nach Deutschland	147

3.C.II.2.c.bb.(a)	Der Wegzug von Frankreich	147
3.C.II.2.c.bb.(b)	Der Zuzug nach Deutschland	150
3.C.II.2.d.	Stellungnahme	152
3.C.III.	Schutz der Interessen der von einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung betroffenen Personen	155
3.C.III.1.	Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich	155
3.C.III.1.a.	Wegzug aus Deutschland	155
3.C.III.1.a.aa.	Die Anwendbarkeit des UmwG	155
3.C.III.1.a.bb.	Mögliche Interessenschutzmaßnahmen	160
3.C.III.1.a.bb.(a)	Schutz der Anteilseigner	160
3.C.III.1.a.bb.(b)	Schutz der Gläubiger	164
3.C.III.1.a.bb.(c)	Schutz der Inhaber von Sonderrechten	169
3.C.III.1.a.bb.(d)	Schutz der Arbeitnehmer	171
3.C.III.1.a.bb.(e)	Publizität des Wegzuges	176
3.C.III.1.a.cc.	Stellungnahme	176
3.C.III.1.b.	Zuzug nach Frankreich	180
3.C.III.1.b.aa.	Mögliche Interessenschutzmaßnahmen	180
3.C.III.1.b.aa.(a)	Anpassung der zuziehenden Gesellschaft	180
3.C.III.1.b.aa.(b)	Publizität des Zuzuges	182
3.C.III.1.b.aa.(c)	Notwendigkeit der Gründungskontrolle und Überprüfung des Sitzverlegungsbe- schlusses	183
3.C.III.1.b.bb.	Stellungnahme	184
3.C.III.1.c.	Ergebnis: Zusammenfassung der erforderlichen Interessenschutzmaßnahmen bei einer Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich	185
3.C.III.2.	Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland	187
3.C.III.2.a.	Wegzug aus Frankreich	187
3.C.III.2.a.aa.	Anwendbarkeit der französischen For- mumwandlungsvorschriften	187
3.C.III.2.a.bb.	Mögliche Interessenschutzmaßnahmen	187
3.C.III.2.a.bb.(a)	Schutz der Anteilseigner	187
3.C.III.2.a.bb.(b)	Schutz der Gläubiger	188
3.C.III.2.a.bb.(c)	Schutz der Inhaber von Sonderrechten	190
3.C.III.2.a.bb.(d)	Schutz der Arbeitnehmer	191
3.C.III.2.a.bb.(e)	Zur Publizität des Wegzuges	192

3.C.III.2.a.cc.	Stellungnahme und Vergleich mit der Rechtslage bei Wegzug aus Deutschland	193
3.C.III.2.b.	Zuzug nach Deutschland	197
3.C.III.2.b.aa.	Mögliche Interessenschutzmaßnahmen	197
3.C.III.2.b.aa.(a)	Anpassung der zuziehenden Gesellschaft	197
3.C.III.2.b.aa.(b)	Publizität des Zuzuges	198
3.C.III.2.b.aa.(c)	Schutz der Gläubiger	200
3.C.III.2.b.bb.	Stellungnahme und Vergleich mit der Rechtslage bei Zuzug nach Frankreich	201
3.C.III.2.c.	Ergebnis: Zusammenfassung der erforderlichen Interessenschutzmaßnahmen bei einer Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland	204
3.C.IV.	Die mit einer Sitzverlegung verbundene aber über diese hinausgehende Umgründung nach deutschem und französischem Recht	205
3.C.V.	Die rechtlichen Folgen einer nicht identitätswahrenden grenzüberschreitenden Sitzverlegung	207
3.C.V.1.	Nach deutschem Recht	207
3.C.V.1.a.	Die rechtliche Behandlung einer nicht identitätswahrend zugezogenen Gesellschaft	207
3.C.V.1.b.	Die Möglichkeit einer anschließenden innerstaatlichen Umwandlung	211
3.C.V.2.	Nach französischem Recht	212
3.C.V.3.	Stellungnahme	214
3.C.VI.	Identitätsverlustes bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung und Niederlassungsfreiheit	216
3.C.VI.1.	Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV als Prüfungsmaßstab	217
3.C.VI.1.a.	Die Rechtsprechung des EuGH – Das Daily Mail-Urteil	217
3.C.VI.1.b.	Die in der Lehre vertretenen Ansichten	218
3.C.VI.1.c.	Stellungnahme	220
3.C.VI.2.	Die Überprüfung des Verlusts der Rechtspersönlichkeit an den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV	222
3.C.VI.2.a.	Die Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot	222

3.C.VI.2.b.	Das allgemeine Beschränkungsverbot der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV . . .	224
3.C.VI.2.b.aa.	Die Rechtsprechung des EuGH	225
3.C.VI.2.b.bb.	Die in der Lehre vertretenen Ansichten . .	227
3.C.VI.2.b.cc.	Stellungnahme	231
3.C.VI.2.c.	Vereinbarkeit des Identitätsverlusts bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung mit dem Beschränkungsverbot . . .	233
4	Die grenzüberschreitende deutsch-französische Fusion	237
4.A	Die wesentlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion	237
4.A.I.	Die Begriffsbestimmung nach deutschem und französischem Recht	237
4.A.II.	Die Unterscheidung zwischen kollisionsrechtlichen und materiellrechtlichen Problemen	238
4.B	Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion .	238
4.B.I.	Die Gesellschaftsstatutsanknüpfung bei einer grenzüberschreitenden Fusion nach deutschem und französischem Recht	238
4.B.I.1.	Fehlende staatsvertragliche, gemeinschaftsrechtliche und nationale kollisionsrechtliche Regelungen der grenzüberschreitenden Fusion	238
4.B.I.2.	Die Anknüpfungsregeln	239
4.B.I.2.a.	Die Einzeltheorien	240
4.B.I.2.b.	Die Vereinigungstheorie	240
4.B.I.2.c.	Stellungnahme	244
4.B.II.	Der Wechsel des Gesellschaftsstatuts nach deutschem und französischem Recht	247
4.B.III.	Die Anerkennung der an einer grenzüberschreitenden Fusion beteiligten Gesellschaften nach deutschem und französischem Recht	248
4.C	Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion .	249
4.C.I.	Die Regelung der grenzüberschreitenden Fusion in Staatsverträgen und in Vorschlägen zur Regelung im europäischen Recht	249
4.C.I.1.	Das Haager Abkommen vom 1. Juni 1956	249
4.C.I.2.	Das Brüsseler EG-Übereinkommen vom 29. Februar 1968 .	250

4.C.I.3.	Die Fusionsrichtlinie	250
4.C.I.4.	Der Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung	251
4.C.I.5.	Der Vorschlag für eine 10. Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung	253
4.C.I.6.	Die Fusionsbesteuerungsrichtlinie	258
4.C.I.7.	Zusammenfassung und Stellungnahme	259
4.C.II.	Fehlende gesetzliche Regelung der grenzüberschreitenden Fusion in Deutschland und Frankreich	262
4.C.III.	Die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Fusion nach deutschem und französischem Recht	263
4.C.III.1.	Die Zulässigkeit einer Fusion mit einem übertragenden deutschen und übernehmenden französischen Rechtsträger .	263
4.C.III.1.a.	Die Rechtslage in Deutschland	263
4.C.III.1.a.aa.	Die Bedeutung des § 1 Abs. 1 UmwG	263
4.C.III.1.a.bb.	Die in der deutschen Lehre und Rechtsprechung vertretenen Ansichten	264
4.C.III.1.b.	Die Rechtslage in Frankreich	265
4.C.III.2.	Die Zulässigkeit einer Fusion mit einem übertragenden französischen und übernehmenden deutschen Rechtsträger .	266
4.C.III.2.a.	Die Rechtslage in Frankreich	266
4.C.III.2.b.	Die Rechtslage in Deutschland	267
4.C.III.3.	Stellungnahme	267
4.C.IV.	Die Fusionsfähigkeit und der Fusionsvertrag nach deutschem und französischem Recht	269
4.C.IV.1.	Die aktive und passive Fusionsfähigkeit deutscher und französischer Gesellschaften	269
4.C.IV.2.	Die Anforderungen an den Fusionsvertrag bei einer deutsch-französischen grenzüberschreitenden Fusion	270
4.C.V.	Der Interessenschutz der von einer grenzüberschreitenden Fusion betroffenen Personen	270
4.C.V.1.	Fusion mit einem übertragenden deutschen und übernehmenden französischen Rechtsträger	271
4.C.V.1.a.	In Bezug auf den übertragenden deutschen Rechtsträger	271
4.C.V.1.a.aa.	Die Anwendbarkeit des UmwG	271
4.C.V.1.a.bb.	Mögliche Interessenschutzmaßnahmen	271

4.C.V.1.a.bb.(a)	Schutz der Anteilseigner	271
4.C.V.1.a.bb.(b)	Schutz der Gläubiger	273
4.C.V.1.a.bb.(c)	Schutz der Inhaber von Sonderrechten . .	275
4.C.V.1.a.bb.(d)	Schutz der Arbeitnehmer	276
4.C.V.1.a.bb.(e)	Publizität am Ort des übertragenden Rechtsträgers	276
4.C.V.1.a.cc.	Stellungnahme	277
4.C.V.1.b.	In Bezug auf den übernehmenden fran- zösischen Rechtsträger	280
4.C.V.1.b.aa.	Schutz der Gläubiger und Sonderrechts- inhaber	280
4.C.V.1.b.bb.	Publizität am Ort des übernehmenden Rechtsträgers	280
4.C.V.2.	Fusion mit einem übertragenden französischen und über- nehmenden deutschen Rechtsträger	281
4.C.V.2.a.	In Bezug auf den übertragenden franzö- sischen Rechtsträger	281
4.C.V.2.a.aa.	Die Anwendbarkeit des französischen nationalen Fusionsrechts	281
4.C.V.2.a.bb.	Mögliche Interessenschutzmaßnahmen . .	282
4.C.V.2.a.bb.(a)	Schutz der Anteilseigner	282
4.C.V.2.a.bb.(b)	Schutz der Gläubiger	283
4.C.V.2.a.bb.(c)	Zum Schutz der Inhaber von Sonderrechten	284
4.C.V.2.a.bb.(d)	Schutz der Arbeitnehmer	286
4.C.V.2.a.bb.(e)	Publizität am Ort des übertragenden Rechtsträgers	286
4.C.V.2.a.cc.	Stellungnahme und Vergleich mit der Rechtslage bei einer Fusion mit einem übertragenden deutschen Rechtsträger . .	287
4.C.V.2.b.	In Bezug auf den übernehmenden deut- schen Rechtsträger	290
4.C.V.2.b.aa.	Schutz der Gläubiger	290
4.C.V.2.b.bb.	Publizität am Ort des übernehmenden Rechtsträgers	290

4.C.V.2.b.cc.	Stellungnahme und Vergleich mit der Rechtslage bei einer Fusion mit einem übernehmenden französischen Rechtsträger	291
4.C.VI.	Der Wirksamkeitszeitpunkt einer grenzüberschreitenden deutsch-französischen Fusion	291
4.C.VII.	Verstoß des Verbots grenzüberschreitender Fusionen bzw. der Pflicht zu einem einstimmigen Fusionsbeschluß gegen die Niederlassungsfreiheit	293
4.C.VII.1.	Vereinbarkeit des Verbots grenzüberschreitender Fusionen bzw. der Pflicht zu einem einstimmigen Fusionsbeschluß mit dem Diskriminierungsverbot	293
4.C.VII.2.	Vereinbarkeit des Verbots grenzüberschreitender Fusionen bzw. der Pflicht zu einem einstimmigen Fusionsbeschluß mit dem Beschränkungsverbot	294
5	Die grenzüberschreitende deutsch-französische Spaltung und Einbringung	297
5.A	Die wesentlichen Aspekte	297
5.A.I.	Die Begriffsbestimmung der grenzüberschreitenden Spaltung und Einbringung nach deutschem und französischem Recht	297
5.A.II.	Die Vergleichbarkeit der grenzüberschreitenden Spaltung und Einbringung mit der grenzüberschreitenden Fusion	299
5.B	Die kollisionsrechtlichen Aspekte	300
5.C	Die materiellrechtlichen Aspekte	301
5.C.I.	Die Regelung der grenzüberschreitenden Spaltung in Staatsverträgen und in Vorschlägen zur Regelung im europäischen Recht	301
5.C.II.	Die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Spaltung bzw. Eingliederung nach deutschem und französischem Recht	302
5.C.III.	Die Spaltungs- bzw. Eingliederungsfähigkeit deutscher und französischer Gesellschaften	304
5.C.IV.	Der Interessenschutz der von einer grenzüberschreitenden Spaltung betroffenen Personen	305

5.C.IV.1. Die Grenzüberschreitende Spaltung einer deutschen Gesellschaft mit Vermögensübertragung auf eine französische Gesellschaft	305
5.C.IV.2. Die Grenzüberschreitende Spaltung einer französischen Gesellschaft mit Vermögensübertragung auf eine deutsche Gesellschaft	306
6 Ergebnisse und Schlußbemerkung	309
A Abkürzungsverzeichnis	319
B Literaturverzeichnis	329
C Lebenslauf	351

Einführung

Mit der Globalisierung der Wirtschaft und mit der Fortentwicklung des Europäischen Binnenmarktes geht eine Steigerung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs einher. Hierdurch vergrößert sich das Bedürfnis von Gesellschaften, sich nicht nur durch innerstaatliche, sondern auch durch grenzüberschreitende Restrukturierungen den neuen, sich ständig ändernden wirtschaftlichen Gegebenheiten anzupassen.

Auf NATIONALER Ebene haben die Gesellschaften in vielen Mitgliedstaaten – so auch in Deutschland und Frankreich – die Möglichkeit, durch Sitzverlegungen, Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel den Anforderungen des Wirtschaftslebens gerecht zu werden.

Auf INTERNATIONALER Ebene können sie augenblicklich in den meisten Mitgliedstaaten im wesentlichen nur ausländische Zweigniederlassungen errichten oder Tochtergesellschaften im Ausland gründen. Eine ausländische Zweigniederlassung ist für eine Gesellschaft nicht immer interessant, da sie zum Teil steuerlich benachteiligt wird,¹ während die Gründung einer Tochtergesellschaft für ein Unternehmen bedeutet, daß es sich mit dem ausländischen Konzernrecht auseinandersetzen muß.²

Die Restrukturierungsmöglichkeiten im grenzüberschreitenden Bereich sind, berücksichtigt man die Möglichkeiten der Gesellschaften auf nationaler Ebene, beschränkt, obwohl sich aus der Öffnung der Grenzen in der Europäischen Union gerade die Notwendigkeit ergibt, sich durch transnationale Restrukturierungen einem erhöhten ausländischen Wettbewerb zu stellen bzw. in neue, ausländische Absatzmärkte einzudringen. Das Recht einer Gesellschaft, sekundäre Niederlassungen im Ausland zu errichten, verschafft ihr zwar eine zusätzliche Standortwahl und damit eine gewisse wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit, doch ermöglicht es ihr nicht, die eigene rechtliche Struktur durch Restrukturierung den Marktverhältnissen anzupassen. Wie im nationalen Bereich kann es auch im europäischen Binnenmarkt wirtschaftlich angebracht sein, daß eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz

¹ Bechtel, S. 3 f.

² Kruse, S. 1; Bechtel, S. 4.

in einen anderen Staat verlegt, wenn sich ihre Hauptaktivitäten im Laufe der Zeit in ein anderes Land als den Gründungsstaat verlagert haben.³ Ebenso kann eine Gesellschaft an der Bildung einer rechtlichen und wirtschaftlichen Einheit mit einer einheitlichen zentralen unternehmenspolitischen Leitung durch grenzüberschreitende Fusion interessiert sein, um damit Absatzmärkte zu erweitern und Kosten zu senken;⁴ auch führt die Förderung der europäischen Unternehmenskonzentration durch Fusion zu einer Verbesserung der Wettbewerbslage europäischer Unternehmen gegenüber großen Wirtschaftseinheiten aus anderen Staaten.⁵ Unter Umständen kann für ein Unternehmen auch aus Konkurrenzgründen eine transnationale Gesellschaftsspaltung sinnvoll sein, und zwar zum Beispiel dann, wenn das Unternehmen eine Spezialisierung auf einen bestimmten nationalen Markt anstrebt und es sich daher empfiehlt, vom Kerngeschäft abweichende Unternehmensaktivitäten, die sich auf andere mitgliedstaatliche Märkte beziehen, abzuspalten. Um Gesellschaften innerhalb der Europäischen Union auch in Zukunft ausreichende Möglichkeiten zu bieten, ihre rechtliche Struktur den Änderungen des Wirtschaftslebens anzupassen, muß ihnen der Zugang zu grenzüberschreitenden Sitzverlegungen, Fusionen und Spaltungen eröffnet werden. Da ein entsprechender Erlaß europäischer Richtlinien bzw. Übereinkommen in nächster Zeit nicht erwartet werden kann,⁶ haben diejenigen Gesellschaften einen Konkurrenzvorteil, die in Mitgliedstaaten ansässig sind, welche grenzüberschreitende Restrukturierungen bereits durch nationale Bestimmungen regeln oder zumindest zulassen.⁷ Dieser Vorteil besteht darin, daß sie im Gegensatz zu Konkurrenten anderer Mitgliedstaaten sich besser an neue wirtschaftliche Gegebenheiten anpassen können.

Um den Konkurrenznachteil bis zu einer gemeinschaftlichen Regelung der grenzüberschreitenden Restrukturierungsarten so gering wie möglich zu halten, sollten die Mitgliedstaaten entsprechende gesetzliche Regelungen auf nationaler Ebene einführen bzw. es sollte überprüft werden, unter welchen Bedingungen bereits heute nach dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten grenzüberschreitende Restrukturierungen vorgenommen werden können. Mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung bzw. aufgrund fehlender Rechtsangleichung auf dem Gebiet der transnationalen Restrukturierung kann die Frage grenzüberschreitender Sitzver-

³ Bechtel, S. 6 f.

⁴ Steiger, S. 27.

⁵ Ganske, DB 1985, 581.

⁶ Schlenker, S. 2; vgl. auch Kap. 3.C.I., S. 116 ff., 4.C.I., S. 249 ff. und 5.C.I., S. 301 ff.

⁷ Vgl. für einen Überblick zur Möglichkeit grenzüberschreitender Restrukturierungen in den Mitgliedstaaten: Kreuzer, S. 16 ff.

legungen, Fusionen bzw. Spaltungen im Augenblick nur im bilateralen Bereich gelöst werden; die Zulässigkeit und die Voraussetzungen einer solchen Restrukturierung ergeben sich dabei aus den beteiligten nationalen Rechtsordnungen.

In der vorliegenden Arbeit werden speziell deutsch-französische Sitzverlegungen, Fusionen, Spaltungen und Eingliederungen untersucht. Konkret wird jeweils für den entsprechenden einzelnen Vorgang von Deutschland nach Frankreich bzw. von Frankreich nach Deutschland geprüft, ob und unter welchen Bedingungen der Vorgang möglich ist; insoweit wird die Rechtslage nach beiden Rechtsordnungen dargestellt und deren Zusammenwirken untersucht.

Da sich die deutsche und die französische Rechtsordnung in Teilbereichen ähnlich sind, decken sich gewisse bei grenzüberschreitenden Restrukturierungen auftauchende Rechtsfragen, Probleme und Literaturmeinungen der beiden Länder. Soweit Übereinstimmungen bestehen, erfolgt, um Wiederholungen zu vermeiden, die Untersuchung in der vorliegenden Arbeit für beide Rechtsstaaten gemeinsam. Die Fußnoten verweisen in diesen Fällen sowohl auf die deutsche als auch auf die französische Literatur und Rechtsprechung.

In allen anderen Fällen erfolgt eine gesonderte Darstellung der französischen und der deutschen Rechtslage.

Thematisch ist diese Arbeit auf die Untersuchung grenzüberschreitender Sitzverlegungen, Fusionen, Spaltungen und Eingliederungen von Aktiengesellschaften bzw. GmbH mit den jeweiligen korrespondierenden französischen Gesellschaftsformen der SA bzw. SARL beschränkt, da diese Gesellschaftsformen die größte praktische wirtschaftliche Bedeutung haben. Unberücksichtigt bleiben die Restrukturierungsmöglichkeiten von Personengesellschaften und europäischen Gesellschaftsformen.

Um den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen, werden die Bereiche der Übernahmeangebote und des Kartellrechts sowie alle steuerrechtlichen Aspekte von Restrukturierungen ausgenommen. Zur Übersichtlichkeit der Arbeit, und um nicht rechtliche Aspekte wiederholen zu müssen, die in Bezug auf alle untersuchten Restrukturierungsformen auftauchen und die als Grundlage zur Behandlung der jeweils speziellen Restrukturierungsproblematik dienen, wird den Einzeluntersuchungen der Restrukturierungsvorgänge ein Kapitel über die wesentlichen Aspekte des internationalen Gesellschaftsrechts für grenzüberschreitende Restrukturierungen vorangestellt. In diesem Kapitel werden allgemeine Probleme des internationalen Gesellschaftsrechts behandelt, die nicht speziell mit einzelnen Restrukturierungsvorgängen zusammenhängen, sich aber auf diese auswirken können.

Die rechtlichen Grundlagen des deutschen und französischen internationalen Gesellschaftsrechts für grenzüberschreitende Restrukturierungen

Bevor auf die einzelnen Restrukturierungsarten eingegangen wird, sollen die Grundlagen des internationalen Gesellschaftsrechts, die als rechtliche Basis bei allen grenzüberschreitenden Restrukturierungen Anwendung finden, gewissermaßen „vor die Klammer gezogen“ und unabhängig von den einzelnen Restrukturierungsformen behandelt werden.

A Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich

Der Begriff „Anerkennung“ wird in verschiedenen Rechtsgebieten jeweils mit unterschiedlichem Sinngehalt eingesetzt. Zur Klärung des Begriffs für den Bereich des internationalen Gesellschaftsrechts sollen vorab die mit der gesellschaftsrechtlichen Anerkennung im Zusammenhang stehenden Termini „Gesellschaftsstatut“ und „Nationalität“ erläutert werden.

I. Der Begriff „Gesellschaftsstatut“ in Deutschland und Frankreich

Das Gesellschaftsstatut wird häufig auch als „Personalstatut“ der Gesellschaft bzw. als „lex societatis“, in Frankreich als „statut personnel“ bzw. als „statut interne“ bezeichnet. Einheitlich wird in Deutschland und Frankreich das Gesellschaftsstatut als die Rechtsordnung bestimmt, die für die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft maßgeblich ist, d.h. nach den Vorschriften dieser Rechtsordnung richtet

sich das Entstehen, das Bestehen sowie das Funktionieren und die Auflösung der Gesellschaft.⁸

II. Die „Nationalität“ einer Gesellschaft nach deutschem bzw. französischem Recht

Die Termini „Nationalität“ und „Staatsangehörigkeit“ kommen heute im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht nicht mehr vor und werden bei Gesellschaften nur im Zusammenhang mit dem Fremdenrecht verwendet, um die Inländer- oder Ausländereigenschaft einer Gesellschaft für die Anwendbarkeit von Ausländersonderregelungen zu bestimmen.⁹ In Frankreich stützt sich jedoch die herrschende Meinung auf den Begriff „Nationalität“, um das Gesellschaftsstatut einer Gesellschaft festzulegen, d.h. das anwendbare Recht einer Gesellschaft richtet sich nach deren Nationalität.¹⁰

Der Begriff „Nationalität“ wird sowohl in gesetzlichen Regelungen¹¹ als auch von der Rechtsprechung¹² verwendet, wobei er allerdings weder gesetzlich noch richterrechtlich definiert worden ist.¹³ Die herrschende Meinung in der Literatur orientiert sich am Nationalitätsbegriff natürlicher Personen und beschreibt allgemein die Nationalität als Band, das eine natürliche oder juristische Person an einen Staat bindet.¹⁴ Sie möchte mit der Übernahme des Begriffs „Nationalität“ auf Gesellschaften auch die rechtliche Bedeutung des Terminus aus dem Bereich der natürlichen Personen auf die Gesellschaften übertragen, wobei jedoch der Begriff der „Nationalität“ bei natürlichen und juristischen Personen nicht absolut identisch verwendet werden dürfe,¹⁵ wo genau die Unterschiede liegen sollen, wird allerdings nicht konkretisiert.

Das französische Tribunal de Conflit hat festgestellt, daß die Nationalität von Gesellschaften durch gesetzliche Regelungen bestimmt wird, deren Anwend-

⁸ Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 107; Palandt/ Heldrich, Anhang zu Art. 12 EGBGB, Rn. 1; Batiffol/ Lagarde, n° 192; Menjucq, JCP, éd. E, 1999, pratiques, 1617, 1618.

⁹ Pohlmann, S. 58; Staudinger/ Großfeld, Rn. 14; anders noch das RG v. 22. 01. 1916 (RGZ 88, 53, 55) das von der Staatsangehörigkeit einer juristischen Person ausgeht.

¹⁰ Audit, n° 1074; Batiffol/ Lagarde, n° 192; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 692.

¹¹ Die Art. L. 222-9 Abs. 1, Art. L. 223-30 Abs. 1, Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 31 Abs. 1, Art. 60 Abs. 1, Art. 154 Loi n° 66-537) erwähnen z.B. den Wechsel der Nationalität.

¹² Cass. Civ., 21. 12. 1990, D. 1991, Jur., 305; Trib. Conf., 23. 04. 1959, Clunet 1959, 798.

¹³ Cour d'appel de Paris 17. 05. 1967, Clunet 1967, 874.

¹⁴ Batiffol/ Lagarde, n° 192; Jura Europae/ Schlachter, 30.80., n° 2; Merle, n° 85; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 692.

¹⁵ Batiffol/ Lagarde, n° 192; Jura Europae/ Schlachter, 30.80., n° 2; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 8, 24; Merle, n° 85; kritisch hierzu auch Süß (FS Lewald, S. 603, Fn. 1).

2.A. Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich

barkeit fraglich ist, weil es keine allgemeine gesetzliche Definition des Begriffs „Nationalität“ gibt.¹⁶ Da die französische Nationalität einer Gesellschaft für die Anwendbarkeit vieler, sehr unterschiedlicher Vorschriften maßgeblich ist, besteht nach herrschender Ansicht ein Bedürfnis, die Bestimmung der Nationalität an unterschiedliche Merkmale zu knüpfen, weil es nicht möglich sei, ein einheitliches Anknüpfungsmerkmal zu finden, das zu allen in Betracht kommenden Vorschriften passe.¹⁷ Nach dieser Ansicht gibt es daher im französischen Recht keinen einheitlichen Nationalitätsbegriff, d.h. eine Gesellschaft kann je nach Rechtsfragen und Anknüpfungsmerkmal verschiedenen Nationalitäten haben.¹⁸ Nach anderer Auffassung muß bezüglich der Nationalität jedoch an ein einheitliches Kriterium angeknüpft werden, da ein und dieselbe Gesellschaft nicht mehrere Nationalitäten besitzen könne.¹⁹ Schon aus Gründen der Rechtssicherheit dürfen nach dieser Ansicht einer Gesellschaft nicht mehrere Nationalitäten zukommen, da sonst die Vorhersehbarkeit der Nationalität verloren ginge.²⁰ Auch wenn man davon ausgeht, daß eine Gesellschaft mehrere Nationalitäten besitzen kann, interessiert in diesem Zusammenhang allerdings lediglich diejenige Nationalität, mit der das Gesellschaftsstatut bestimmt wird. Diese Nationalität wird sowohl von den Befürwortern des einheitlichen Nationalitätsbegriffs als auch von der herrschenden Meinung, die von einer uneinheitlichen Anknüpfung bei der Nationalitätsfrage ausgeht, einheitlich bestimmt: nämlich nach denselben Kriterien, die in Deutschland zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts dienen.²¹ Lediglich eine französische Mindermeinung schließt die Anknüpfung an die Nationalität der Gesellschaft im Bereich des Kollisionsrechts gänzlich aus und geht davon aus, daß dieser Begriff nur im Fremdenrecht Anwendung findet. Nach dieser Auffassung können politische Beziehungen nur zwischen natürlichen Personen und einem Staat hergestellt werden, während es bei Gesellschaften allein darauf ankommt, welchem Recht sie unterstellt sind, was unabhängig

¹⁶ Trib. Conf., 23. 11. 1959, Rev. crit. dr. int. pr. 1960, 180.

¹⁷ Audit, n° 1075; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 8; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 692.

¹⁸ Le Gall, in: Recueil Dalloz Sociétés, Siège Social, n° 72; Loussouarn/ Bourel, n° 704; Luchaire, Rev. jur. pol. 1971, 755, 758; Pohlmann, S. 35; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 692; so auch schon Cass. Civ., 25. 07. 1933, D. 1936, I, 121, 128 s.

¹⁹ Mayer, n° 1046; Batiffol/ Lagarde (n° 192) und Loussouarn/ Trochu (Fasc. 564-10, n° 74 s.) wollen zwar grundsätzlich von einem einheitlichen Nationalitätsbegriff ausgehen, doch lassen sie Ausnahmen zu, soweit diese gesetzlich festgelegt sind. Vgl. hierzu auch Kap. 2.B.I.4., S. 63 ff.

²⁰ Batiffol/ Lagarde, n° 192, Mayer, n° 1046.

²¹ Audit, n° 1074; Batiffol/ Lagarde, n° 193; Guéry, p. 699; Merle, n° 85; Menjucq, n° 17 ss., 24; Pohlmann, S. 27 ff.; so auch in Deutschland früher das RG v. 22. 01. 1916 (RGZ 88, 53, 54).

von der Nationalität zu bestimmen ist.²² Die Nationalität dient somit nur der Beantwortung der Frage, wann Fremdenrecht anwendbar ist, so daß zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung andere Kriterien herangezogen sind.

Im Ergebnis macht es jedoch keinen Unterschied, ob Anknüpfungsregeln – wie in Deutschland – für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts unmittelbar zur Anwendung kommen, oder ob der „Umweg“ über die Nationalität der Gesellschaft gewählt wird und zur Bestimmung der Nationalität Anknüpfungskriterien herangezogen werden.²³ Die Tatsache, daß die Anknüpfung an die Nationalität nur ein verzichtbares Zwischenstadium bei der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts ist sowie die Tatsache, daß der Gesellschaft möglicherweise mehrere Nationalitäten zugesprochen werden müssen, zeigt meines Erachtens, daß im Rahmen des Kollisionsrechts auf den überflüssigen Begriff der Nationalität verzichtet werden sollte.

III. Der Begriff „Anerkennung“

Die Bezeichnung „Anerkennung“ findet in vielen Rechtsgebieten Anwendung,²⁴ doch beschreibt sie nicht jeweils dieselben rechtlichen Erscheinungen. Daher muß die Anerkennung für jeden Bereich gesondert definiert werden.

1. Im deutschen und französischen internationalen Verfahrensrecht

Sowohl im deutschen als auch im französischen internationalen Zivilverfahrensrecht geht es bei der Anerkennung um die Anerkennung einer ausländischen staatlichen Entscheidung. Unter einer solchen Entscheidung versteht man einen staatlichen Ausspruch, der eine Rechtsfolge anordnet.²⁵ Die Anerkennung ist erforderlich, weil es sich bei solchen Entscheidungen um staatliche Hoheitsakte handelt, die von sich aus nur Wirkung im Urteilsstaat zeigen können.²⁶ Mit der Anerkennung wird der ausländischen Entscheidung im Inland dieselbe rechtliche Wirkung wie im Urteilsstaat beigemessen, d.h. ihre Wirkung erstreckt sich auch auf das Inland. Dies geschieht jedoch mit der Einschränkung, daß das Urteil im Inland

²² Lévy, n° 134; Luchaire, Rev. jur. pol. 1971, 755, 759 ss.; Niboyet, Rev. dr. int. pr. 1927, 402 ss.

²³ Caussain, Gaz. Pal., Gazette européenne n° 17, 23/ 24. 09. 1998, 24; Lévy, n° 134; Loussouarn/Bourel, n° 704; Mayer, n° 1031; Menjucq, n° 45; zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts vgl. Kap. 2.B, S. 54 ff.

²⁴ U.a. im Völkerrecht, im Internationalen Privatrecht, im Internationalen Zivilverfahrensrecht und im Internationalen Verwaltungsrecht.

²⁵ Jauernig, § 57, I.

²⁶ v. Hoffmann, § 3, Rn. 149.

2.A. Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich

keine weitergehenden Wirkungen als im Entscheidungsstaat haben kann, und daß Urteilstwirkungen nur soweit anerkannt werden, als sie dem inländischen Recht bekannt sind.²⁷

2. Im deutschen und französischen internationalen Gesellschaftsrecht

Sowohl im deutschen als auch im französischen internationalen Gesellschaftsrecht wird der Begriff Anerkennung zur Entscheidung über die Frage herangezogen, ob eine im Ausland gegründete Gesellschaft im Inland existent und rechtsfähig ist. In Deutschland wird der Begriff „Anerkennung“ darüber hinaus vereinzelt auch als Synonym für die Bestimmung des Personalstatuts eingesetzt.²⁸

Schließlich findet der Begriff auch noch im deutschen Fremdenrecht hinsichtlich der Gewerbezulassung ausländischer Unternehmer Anwendung.²⁹ Bei der FREMDENRECHTLICHEN Anerkennung geht es um die Genehmigung des Gewerbebetriebs einer ausländischen Gesellschaft durch einen inländischen Träger hoheitlicher Gewalt.³⁰ Dieser Anerkennungsbegriff soll hier jedoch außer Betracht bleiben, da nach herrschender Auffassung der fremdenrechtliche Aspekt der Zulassung zu einem Gewerbebetrieb nicht zur kollisionsrechtlichen Anerkennung zu zählen ist. Bei der Anerkennung soll daher allein auf den kollisionsrechtlichen Begriff abgestellt werden.³¹

Der KOLLISIONSRECHTLICHE Anerkennungsbegriff bestimmt nach einer in Deutschland³² und vor allem in Frankreich³³ vertretenen Auffassung, ob die rechtliche Existenz und die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft im Inland so, wie sie nach der ausländischen Rechtsordnung entstanden ist, anerkannt wird.

In Deutschland wird allerdings zum Teil auch die Auffassung vertreten, daß sich die Anerkennung auf „die Hinnahme einer Gesellschaft, so wie sie sich aus der Anwendung ausländischen Rechts ergibt, das durch die Kollisionsnorm berufen ist“,³⁴ bezieht. Nach dieser Ansicht decken sich Anerkennung und Bestimmung

²⁷ v. Hoffmann, § 3, Rn. 154 ff.; Gaudemet-Tallon, n° 328.

²⁸ So z.B. Schmidt-Hermesdorf, RIW 1990, 707, 710; Ebenroth/ Sura (RabelsZ 43 (1979), 315, 316) sehen dies zumindest als eine Bedeutung des Begriffs „Anerkennung“.

²⁹ So stellt z. B. Behrens (ZGR 1978, 499, 500 f.) fest, daß dies eine der Bedeutungen der Anerkennung ist.

³⁰ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 236.

³¹ Ebenroth/ Sura, RabelsZ 43 (1979), 315, 316; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 227; Staudinger/ Großfeld, Rn. 165.

³² Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 3; Egli, S. 39; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 156; Staudinger/ Großfeld, Rn. 158.

³³ Batiffol/ Lagarde, n° 200; Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel, n° 71; Lévy, n° 26; Pohlmann, S. 98.

³⁴ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 227; vgl. auch Schmidt-Hermesdorf, RIW 1990, 707,

des Personalstatuts.³⁵

Beiden Auffassungen ist gemeinsam, daß bei der kollisionsrechtlichen Anerkennung von ausländischen Gesellschaften im Inland ausländisches Recht angewandt wird. Die ausländischen Vorschriften über die Gesellschaft bzw. über deren Entstehung und Rechtspersönlichkeit werden genutzt, um auch für das Inland den rechtlichen Rahmen bzw. die Rechtssubjektivität der Gesellschaft zu bestimmen. Nach deutscher Auffassung führt die Anerkennung einer Gesellschaft dazu, daß sie vom anerkennenden Staat als rechtsfähig angesehen wird.³⁶

In Frankreich hat die Anerkennung zur Folge, daß die ausländische Gesellschaft, wie eine ausländische natürliche Personen behandelt wird. Kraft Umkehrschluß wird dem Art. 11 CC entnommen, daß ausländische natürliche Personen französischen natürlichen Personen gleichgestellt sind, soweit keine andere gesetzliche Regelung vorhanden ist. Dies bedeutet, daß ausländische Gesellschaften grundsätzlich wie französische Gesellschaften behandelt werden, wobei innerhalb der Gemeinschaft zusätzlich auch die Art. 43, 48 EGV (Ex-Art. 52, 58) zur Anwendung kommen.³⁷ Die Anerkennung der Rechtssubjektivität kann sowohl erfolgen, wenn der anerkennende Staat, oder der Staat in dem die Gesellschaft gegründet worden ist, von der Fiktionstheorie ausgeht, als auch, wenn er von der Realitätstheorie ausgeht.

Nach der Fiktionstheorie endet eine juristische Person an den Grenzen des Staates, der sie geschaffen hat. In diesem Fall verweist der ausländische Staat durch die Anerkennung auf die Fiktion bzw. auf die Vorschriften der ausländischen Rechtsordnung, die der Gesellschaft in ihrem Heimatstaat die Rechtspersönlichkeit verliehen haben,³⁸ so daß die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen nicht an den Grenzen ihres Heimatstaates endet.

Nach der Realitätstheorie wird die Gesellschaft zwar überall, d.h. auch im Ausland, als bestehende Realität angesehen und besitzt damit grundsätzlich auch im Ausland Rechtsfähigkeit. Eine Anerkennung ist dennoch sinnvoll, da ein ausländischer Staat einer Gesellschaft aus politischen Gründen die Rechtspersönlichkeit versagen kann,³⁹ so daß der Feststellung der Rechtsfähigkeit klarstellende

710; Soergel/ Luderitz, Anh. Art. 10 EGBGB, Rn. 16.

³⁵ Zur Bestimmung des Personalstatuts vgl. Kap. 2.B, S. 54 ff.

³⁶ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 3; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 156; Staudinger/ Großfeld, Rn. 158.

³⁷ Batiffol/ Lagarde, n° 202; Loussouarn/ Bourel, n° 714; Pohlmann, S. 101; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 1715.

³⁸ Großfeld, RabelsZ 31 (1967), 1, 5; Goldman, RabelsZ 31 (1967), 201, 205; Menjucq, n° 22; Pohlmann, S. 98 f.

³⁹ Behrens, ZGR 1978, 499, 513; Batiffol/ Lagarde, n° 200; Goldman, RabelsZ 31 (1967), 201,

2.A. Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich

Wirkung zukommt. Weiterhin ist für eine Anerkennung nach herrschender Meinung nicht erforderlich, daß das inländische Recht eine vergleichbare oder ähnliche Gesellschaftsform wie die anzuerkennende zur Verfügung stellt.⁴⁰ Der Anerkennungswirkung muß einer sowohl in Deutschland als auch in Frankreich vertretenen Ansicht zufolge eine Obergrenze gesetzt werden: Danach hat die Anerkennung einer Gesellschaft mit der Maßgabe zu erfolgen, daß die Rechte der anerkannten ausländischen Gesellschaft nicht weiter reichen als die Rechte der korrespondierenden nationalen Gesellschaft, damit die ausländischen Gesellschaft keine Vorteile gegenüber den inländischen Gesellschaften hat.⁴¹

3. Die geschichtlichen Wurzeln der Anerkennung im internationalen Gesellschaftsrecht

Zu Beginn des 18. Jahrhunderts entstanden in Europa die Verwaltungssitz- und Gründungsrechtsregel zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts.⁴² Die Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft beurteilte man zunächst nach dem Recht des Heimatstaates, gleichgültig, mit welcher Regel man den Heimatstaat bestimmte, d.h. es bedurfte keiner besonderen Anerkennung ausländischer Gesellschaften.⁴³ Erst Mitte des 18. Jahrhunderts kam in verschiedenen europäischen Ländern die Diskussion auf, ob es einer Anerkennung ausländischer Gesellschaften bedarf.⁴⁴

Begründet wurde das Bedürfnis für eine Gesellschaftsanerkennung damit, daß die Rechtsordnung, der die Gesellschaft unterliegt, die Rechtssubjektivität nur verleiht, wenn besondere Voraussetzungen erfüllt sind. So war die Gründung einer juristischen Person meist an individuelle Gesetzgebungs- oder Verwaltungsakte gebunden (sog. Konzessionssystem). Die Entscheidung über die Rechtsfähigkeit

205; Großfeld, *RabelsZ* 31 (1967), 1, 5, 7; Menjucq, n° 22, Pohlmann, S. 90.

⁴⁰ Beitzke, *ZHR* 127 (1965), 1, 3; Großfeld, *RabelsZ* 31 (1967), 1, 10; Schmidt-Hermesdorf, *RIW* 1990, 707, 710.

⁴¹ Drobniq, *FS Caemmerer*, S. 687, 699 f.; Batiffol/ Lagarde, n° 202; Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel, n° 71; Loussouarn/ Bourel, n° 714.

⁴² Die Verwaltungssitzregel bezeichnet die zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts vorgenommene Anknüpfung an das Recht des Verwaltungssitzortes einer Gesellschaft, während die Gründungsrechtsregel die Anknüpfung an das Recht des Staates beschreibt, in dem die Gesellschaft gegründet worden ist. In der Literatur wird vielfach auch von der Verwaltungssitz- bzw. Gründungssitztheorie gesprochen. Diese Begriffe sind jedoch irreführend, da in vielen Staaten entweder die Gründungsrechtsregel (z.B. Großbritannien, Dänemark) oder die Verwaltungssitzregel (z.B. Deutschland, Frankreich) von der Rechtsprechung tatsächlich zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts herangezogen wird. Vgl. hierzu auch näher Kap. 2.B, S. 54 ff.

⁴³ Drobniq, *FS Caemmerer*, S. 687, 688; Pohlmann, S. 101; Batiffol/ Lagarde, n° 201.

⁴⁴ Drobniq, *FS Caemmerer*, S. 687, 688 f.

wollte man für das Inland nicht einem ausländischen Staat überlassen, indem die dort erworbene Rechtsfähigkeit im Inland ohne Kontrolle übernommen wird. Die Rechtsfähigkeit war also territorial auf den Gründungsstaat begrenzt und mußte daher, sobald sie in einem anderen Staat Wirkung entfalten sollte, erst durch einen hoheitlichen Akt anerkannt werden.⁴⁵

Diese neue Idee der Anerkennung wurde rechtskonstruktiv von der Fiktionstheorie unterstützt,⁴⁶ denn wenn eine juristische Person als Fiktion gesehen wurde, mußte diese an den Grenzen des ausländischen Staates enden, d.h. eine Anerkennung der Gesellschaft war erforderlich.

Während man in Deutschland im wesentlichen an der ursprünglich vertretenen Auffassung festhielt und auch weiterhin auf einen positiven Anerkennungsakt verzichtete, entwickelte sich vor allem in den romanischen Ländern, ausgehend von Veränderungen der belgisch-französischen Beziehungen, eine Auffassung, nach der eine förmliche Anerkennung erforderlich ist.⁴⁷ So änderte die belgische Cour de Cassation plötzlich ihre liberale Rechtsprechung und forderte die ausdrückliche Anerkennung einer in Frankreich gegründeten SA.⁴⁸ Diese Wende in der belgischen Rechtsprechung beruhte auf der Angst vor einem zu großen Einfluß der französischen Aktiengesellschaften in Belgien. Es handelte sich also bei der Einführung der Anerkennung eigentlich um einen wirtschaftspolitischen protektionistischen Schachzug, der lediglich mit der ordre-public-Funktion des inländischen Aktienrechts begründet wurde.⁴⁹

In der Folge schlossen Belgien und Frankreich zwar den Handelsvertrag vom 27. Februar 1854 und verpflichteten sich zugleich in einer weiteren Erklärung, die automatische gegenseitige Anerkennung von Aktiengesellschaften gesetzlich einzuführen, was auch durch das belgische Gesetz vom 14. 03. 1855 und das französische Gesetz vom 30. 05. 1857 geschah.⁵⁰ Diese Gesetze änderten jedoch nicht die nunmehr in diesen Ländern vertretene Auffassung, daß grundsätzlich eine förmliche Anerkennung von ausländischen Gesellschaften erforderlich ist.

⁴⁵ Staudinger/ Großfeld, Rn. 159.

⁴⁶ Drobnig, FS Caemmerer, S. 687, 691.

⁴⁷ Batiffol/ Lagarde, n° 201; Pohlmann, S. 101; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 1712.

⁴⁸ Cass. Civ. belge, 08. 02. 1849, Pasirisie 1849, I, 221.

⁴⁹ Drobnig, FS Caemmerer, S. 687, 691.

⁵⁰ Batiffol/ Lagarde, n° 201; Pohlmann, S. 101; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 1712.

IV. Das Verhältnis von Anerkennung und Gesellschaftsstatut in Deutschland und Frankreich

Wenn davon ausgegangen wird, daß die Anerkennung auf die Frage der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft beschränkt ist, muß untersucht werden, inwieweit sich die rechtliche Bedeutung von Anerkennung und Gesellschaftsstatut überschneiden. Eine Überschneidung liegt vor, wenn das Gesellschaftsstatut alle rechtlichen Gesichtspunkte der Gesellschaft bestimmt. Die Anerkennung bezieht sich dann auf einen Teilbereich, nämlich die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, mit der Konsequenz, daß das Rechtsinstitut der Anerkennung überflüssig ist.

1. Die Überschneidung zwischen Anerkennung und Gesellschaftsstatut

In Deutschland geht die herrschende Meinung davon aus, daß es neben der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts keiner Gesellschaftsanerkennung bedarf, da die Rechtsfähigkeit nur einen Teilbereich der alle Rechtsaspekte der Gesellschaft umfassenden *lex societatis* darstellt.⁵¹ Damit kommt der Anerkennung keine eigenständige Funktion zu, sondern es findet hinsichtlich jeder Anerkennung nur eine Verweisung auf das Gesellschaftsstatut statt. Somit bedarf es keines Anerkennungsaktes im Inland: mit dem Vorliegen der Rechtsfähigkeit nach ausländischem Recht wird auch im Inland von der rechtlichen Existenz der Gesellschaft ausgegangen, d.h. die Gesellschaft wird *ipso jure* anerkannt.⁵²

Damit soll vermieden werden, daß hinsichtlich der Existenz der Gesellschaft und dem Gesellschaftsstatut unterschiedliche Rechtsordnungen maßgebend sind. Eine solche Durchbrechung der Einheit des Gesellschaftsstatuts würde nämlich einen Eingriff in die geschlossenen nationalen Gesellschaftsrechtssysteme bedeuten, da jede Rechtsordnung einen aufeinander abgestimmten Funktionszusammenhang zwischen den einzelnen gesellschaftsrechtlichen Regelungsbereichen enthält, der durch die Anwendung unterschiedlicher Rechtsordnungen auf eine Gesellschaft gestört werden würde. Voraussetzung für das Erlangen der Rechtsfähigkeit sind beispielsweise die Erfüllung der Kapitalaufbringungsvorschriften, die vom Ge-

⁵¹ OLG Saarbrücken v. 21. 04. 1989, IPRax 1989, 324; Baetge, JuS 1997, 35, 38; Behrens, ZGR 1978, 499, 512; Drobniq, AG 1973, 90, 92; Ebenroth, JZ 1988, 18, 23; Eschelbach, MittRhNotK 1993, 173, 174; Schmidt-Hermesdorf, RIW 1990, 707, 710; Soergel/ Lüderitz, Anh. Art. 10 EGBGB, Rn. 16.

⁵² BGH v. 05. 11. 1980, BGHZ 78, 318, 334; OLG Saarbrücken v. 21. 04. 1989, IPRax 1989, 324; Drobniq, in: Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, S. 185, 189; Egli, S. 41; Großfeld/Strotmann, IPRax 1990, 298; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 156; Koppensteiner, S. 107; Luchterhandt, S. 6, Fn. 10.

sellschaftstyp abhängig sind und die zugleich auch die Haftung bestimmen. Damit stehen die Regelungsbereiche Rechtsfähigkeit, Kapitalaufbringung und Haftung in einem eng verbundenen und aufeinander abgestimmten Funktionszusammenhang, der durch die Anwendung mehrerer Rechtsordnungen auf eine Gesellschaft verloren ginge.⁵³

Weiterhin wirft diese Ansicht den Vertretern der Eigenständigkeit der Anerkennung vor, daß der Eigenständigkeit im wesentlichen nur eine Aufgabe zukomme, nämlich durch Versagung der Rechtsfähigkeit gewerbliche Tätigkeiten ausländischer Gesellschaften im Inland zu verhindern bzw. zu kontrollieren.⁵⁴ Diese Möglichkeit dürfe jedoch nicht als Grund für die eigenständige Bedeutung der Anerkennung herangezogen werden, da es sich dabei um ein fremdenrechtliches Argument handle, welches bei einem kollisionsrechtlichen Anerkennungsbegriff nicht herangezogen werden dürfe. Für den Bereich des Fremdenrechts existierten schon gewerberechtliche Instrumente, deren Wirkungen zum einen ohne Einfluß auf die Anerkennung und zum anderen zielgerichteter und effektiver seien. Vor allem aber böten diese Maßnahmen die Möglichkeit, ohne das grobe Mittel der Versagung der Rechtsfähigkeit wirtschaftspolitische Regelungen zu treffen und die Geschäftstätigkeit ausländischer Gesellschaften zu kontrollieren.⁵⁵

So soll auch die Begründung, mit der Art. 10 EGBGB a.F.⁵⁶ aufgehoben worden ist, zeigen, daß die Anerkennung nicht mehr als Mittel fremdenrechtlicher Kontrolle benutzt werden soll: „das in Art. 10 EGBGB vorgesehene Verfahren zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer Vereine, das bisher eine gewisse Kontrolle über die Tätigkeit ausländischer Vereine im Bundesgebiet ermöglichte, kann, wenn die im Entwurf vorgesehenen Bestimmungen über ausländische Vereine Gesetz werden, entfallen.“⁵⁷

Nach dieser Ansicht hat die Anerkennung mit der allgemeinen Abwendung der Lehre und Rechtsprechung von der Fiktionstheorie,⁵⁸ die noch eine Anerkennung

⁵³ Ebenroth/ Sura, *RabelsZ* 43 (1979), 315, 317 f.; Hachenburg/ Behrens, *Einl. B*, Rn. 157; Koppensteiner, S. 108.

⁵⁴ Vgl. Staudinger/ Großfeld, Rn. 159 ff.

⁵⁵ Drobnig, *FS Caemmerer*, S. 687, 692; Koppensteiner, S. 107; Schmidt-Hermesdorf, *RIW* 1990, 707, 710.

⁵⁶ Art. 10 EGBGB (Ausländischer Verein) lautet: „Ein einem fremden Staate angehörender und nach dessen Gesetzen rechtsfähiger Verein, der die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach den Vorschriften der §§ 21, 22 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erlangen könnte, gilt als rechtsfähig, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluß des Bundesrates anerkannt ist. Auf nicht anerkannte ausländische Vereine der bezeichneten Art finden die Vorschriften über die Gesellschaft sowie die Vorschrift des § 54 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung.“ Aufgehoben durch § 30 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG vom 05. 08. 1964 (*BGBI.* 1964 I, 593).

⁵⁷ BT-Drs. 4/ 430, 26 zu § 25 Abs. 1 Nr. 4; Baetge, *JuS* 1997, 35, 37; Soergel/ Lüderitz, *Anh. Art. 10 EGBGB*, Rn. 16.

2.A. Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich

der Rechtspersönlichkeit außerhalb des Gründungsstaates erforderlich gemacht hatte, auch jegliche selbständige Funktion verloren, so daß sie nur noch als Teilspekt des Gesellschaftsstatuts gesehen werden kann.⁵⁹

2. Der eigenständige Charakter der Anerkennung

Vor allem in Frankreich, aber auch von einer deutschen Mindermeinung wird demgegenüber die Auffassung vertreten, daß die Frage der rechtlichen Existenz der Gesellschaft zwingend VOR der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts beantwortet werden muß, denn die kollisionsrechtliche Frage des Gesellschaftsstatuts könne nur gelöst werden, wenn eine juristische Person existiere, auf die das Kollisionsrecht angewandt werden könne.⁶⁰ Die Anerkennung einer ausländischen Gesellschaft führt demnach dazu, daß diese im Inland als Rechtsperson definiert werde und somit dort eine Tätigkeit ausüben könne. Das Gesellschaftsstatut hingegen konkretisiere lediglich die rechtliche Existenz der anerkannten Gesellschaft, indem es Bereich und Zeitpunkt festlege, in welchem die Gesellschaft eine juristische Person sei.⁶¹ Demzufolge gehe die Anerkennung nicht nur dem Kollisionsrecht, sondern auch dem Fremdenrecht vor. Nur auf eine rechtlich existente, ausländische Gesellschaft könne das Fremdenrecht zur Anwendung kommen, so daß der Anerkennung eine vom Fremden- und Kollisionsrecht unabhängige Bedeutung zukommen müsse.⁶²

Einer Anerkennung bedürfte es nach dieser Auffassung nur dann nicht, wenn es für die Zuerkennung der rechtlichen Existenz eine internationale juristische Regel gäbe, die für alle Zusammenschlüsse in allen rechtlichen Systemen die Anerkennung vorschreiben würde. Dann wäre die Voraussetzung für die Anwendung des Kollisions- bzw. Fremdenrechts sicher gegeben.⁶³ Eine solche Regel existiere jedoch nicht,⁶⁴ so daß es bei der Eigenständigkeit der Anerkennung bleibe, wobei allerdings diese Anerkennung nicht notwendigerweise durch einen förmlichen

⁵⁸ MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 124; Loussouarn, Recueil des Cours 1959 I, 460, 494; Perroud, Clunet 1926, 561, 564.

⁵⁹ Drobniq, in: Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, S. 185, 189; Drobniq, FS Caemmerer, S. 687, 691; Koppensteiner, S. 107, Fn. 48.

⁶⁰ Batiffol/ Lagarde, n° 199 ss.; Goldman, RabelsZ 31 (1967), 201, 204 s.; Menjucq, n° 71; Pohlmann, S. 105; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 1711 ss. Für die selbständige Bedeutung der Anerkennung in Deutschland: vgl. Luchterhandt (S. 5 und Fn. 10) und Staudinger/ Großfeld (Rn. 173 ff.).

⁶¹ Goldman, RabelsZ 31 (1967), 201, 209.

⁶² Menjucq, n° 71.

⁶³ Goldman, RabelsZ 31 (1967), 201, 205.

⁶⁴ Vgl. Kap. 2.A.V.2., S. 44 ff.

Anerkennungsakt erfolgen müsse, sondern auch ipso iure eintreten könne.⁶⁵ Neben der zwingenden Prüfungsreihenfolge von Anerkennung und Gesellschaftsstatut wird schließlich noch die Vielzahl der noch ungeklärten Interessen von juristischen Personen herangezogen, die es möglicherweise erforderlich machen sollen, daß die Rechtsfähigkeit und die Innenbeziehung der Gesellschaft nach unterschiedlichen Rechten beurteilt werden. Soweit man von der Eigenständigkeit der Anerkennung ausgeht, ist es nach dieser Auffassung nämlich denkbar, daß der Gesellschaft zwar prinzipiell die (ausländische) rechtliche Existenz zuerkannt, sie aber im übrigen den eigenen Sachnormen unterworfen wird.⁶⁶

3. Stellungnahme

Inzwischen besteht in Deutschland weitgehend Einigkeit darüber, daß fremdenrechtliche Zwecke als Begründung für die Notwendigkeit der Anerkennung nicht herangezogen werden dürfen, weil die fremdenrechtliche Gewerbekontrolle besser mit anderen Mitteln verfolgt werden kann. Weiterhin hat – auch in Frankreich – eine allgemeine Abwendung der Lehre von der Fiktionstheorie stattgefunden.⁶⁷ Damit ist eine weitere Basis für die Eigenständigkeit der Anerkennungsproblematik entfallen. Es kann nun nicht mehr davon ausgegangen werden, daß eine juristische Person als gedankliche, durch den nationalen Gesetzgeber geschaffene Fiktion nur dann außerhalb seines Einflußbereiches weiterbesteht, wenn ein fremder Staat sie durch einen besonderen Anerkennungsakt anerkennt. Außerdem ist man heute, sowohl in Frankreich als auch in Deutschland, von dem Konzessionssystem abgekommen, d.h. die Gründung einer juristischen Person ist in der Regel nicht mehr an einen Gesetzgebungs- oder Verwaltungsakt gebunden.

Damit bedarf es heute keiner förmlichen Anerkennung mehr, doch hat sich die Frage der Anerkennung bis heute als Relikt der Rechtsvorstellungen des 19. Jahrhunderts erhalten. Dieser Tatsache ist insofern Rechnung zu tragen, als die Anerkennung zumindest nicht als Synonym für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts verstanden werden kann, sondern als den die Rechtsfähigkeit betreffenden Teilbereich des Gesellschaftsstatuts.

Der Anerkennung sollte jedoch keine eigenständige Bedeutung zukommen, denn aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit muß eine Gesellschaft einem einzigen, in allen Rechtsfragen aufeinander abgestimmten Gesellschafts-

⁶⁵ Luchterhandt, S. 5 und Fn. 10.

⁶⁶ Großfeld, *RabelsZ* 31 (1967), 1, 3; Luchterhandt, S. 5, Fn. 10.

⁶⁷ *MünchKomm/ Ebenroth*, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 124; Loussouarn, *Recueil des Cours* 1959 I, 460, 494; Perroud, *Clunet* 1926, 561, 564.

2.A. Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich

rechtssystem unterliegen und kann daher prinzipiell nur einer Rechtsordnung unterstellt sein.⁶⁸ Es ist also dem Grundsatz der Einheit des Gesellschaftsstatuts zu folgen, so daß die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft durch die *lex societatis* bestimmt werden muß.

Allerdings ist jede vom Gesetzgeber geschaffene Gesellschaftsrechtsordnung hinzunehmen, auch wenn diese dem Grundsatz der Einheit des Gesellschaftsstatuts widerspricht. So ist z.B. eine durch Staatsverträge⁶⁹ oder bilaterale Abkommen⁷⁰ geschaffene Lage zu akzeptieren, bei der hinsichtlich der rechtlichen Existenz und den Innenbeziehungen der Gesellschaft möglicherweise unterschiedliche Rechtsordnungen zur Anwendung kommen. In diesem Fall beruht nämlich die Anwendbarkeit verschiedener Rechtsordnungen auf einem durchdachten und ausgeglichenen System, das der Gesetzgeber geschaffen hat.

V. Die gesetzliche bzw. vertragliche Regelung der Anerkennung in Deutschland und Frankreich

Im weiteren Verlauf ist zu prüfen, wie sich konkret die Anerkennung zwischen Deutschland und Frankreich gestaltet.

1. Fehlende nationale Regelungen in Deutschland und Frankreich

Die Anerkennung von Gesellschaften ist in Deutschland gesetzlich nicht geregelt, sie findet gewohnheitsrechtlich automatisch, d.h. ohne positiven Anerkennungsakt statt, wenn die Gesellschaft nach ihrem Gesellschaftsstatut die Rechtsfähigkeit erlangt hat.⁷¹ Das französische Recht trifft in Art. 1 und 2 des noch immer gültigen Gesetzes vom 30. 05. 1857 folgende Regelung: belgische Aktiengesellschaften werden kraft Gesetzes anerkannt, während die ANERKENNUNG nicht belgischer, ausländischer Gesellschaften eine Verordnung voraussetzt.⁷²

Unklar ist die Auslegung von Art. 1 des Gesetzes vom 30. 05. 1857, da sowohl eine restriktive als auch weite Auslegung denkbar ist. Eine restriktive Auslegung würde den Anwendungsbereich der Art. 1 und 2 des Gesetzes vom 30. 05. 1857 auf Aktiengesellschaften beschränken, während eine weite Auslegung des Geset-

⁶⁸ BGH v. 11. 07. 1957, BGHZ 25, 134, 144.

⁶⁹ Vgl. Kap. 2.A.V.2., S. 44 ff.

⁷⁰ Zum deutsch-französischen Niederlassungsvertrag vgl. Kap. 2.A.V.3., S. 49 ff.

⁷¹ Ständige Rspr.: vgl. schon RG v. 16. 12. 1913, RGZ 83, 367, 369; RG v. 19. 01. 1918, RGZ 92, 73, 76.

⁷² Zur geschichtlichen Entwicklung dieser Vorschrift: vgl. Kap. 2.A.III.3., S. 35 ff.

zes auch eine Regelung für andere Kapitalgesellschaften oder sogar Personengesellschaften umfassen würde. Der Wortlaut der Vorschrift ist nicht eindeutig, da neben der Aktiengesellschaft nur ganz allgemein sonstige Handels-, Finanz- und Industriezusammenschlüsse erwähnt sind. Theoretisch wäre es möglich, unter den Begriff des „Handels-, Finanz- und Industriezusammenschlusses“ alle Gesellschaftsformen zu subsumieren, da diese Formulierung ein allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Oberbegriff für alle Gesellschaften sein könnte.

Eine weite Auslegung des Gesetzes vom 30. 05. 1857 ist abzulehnen. Da es zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes vom 30. 05. 1857 noch keine GmbH bzw. SARL gab, sind diese nicht als Zusammenschluß im Sinne des Art. 1 des Gesetzes vom 30. 05. 1857 zu werten.⁷³ Ebenso fallen ordnungsgemäß gegründete ausländische Personengesellschaften nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes. Diese werden aufgrund von Art. 11 CC bereits automatisch anerkannt, soweit keine anderweitige gesetzliche Regelung besteht. Art. 11 CC, nach dem Ausländern alle Rechte außer den „droits civils“ zustehen, soweit sie ihnen nicht von einem Gesetz aberkannt werden, soll nämlich auch auf Personengesellschaften Anwendung finden.⁷⁴ Außerdem handelt es sich bei dem Gesetz vom 30. 05. 1857 um eine historisch überholte Regelung,⁷⁵ denn die wirtschaftspolitische Situation, aus der heraus das Gesetz entstanden ist, existiert nicht mehr, so daß das Gesetz möglichst restriktiv ausgelegt werden muß. Im Rahmen der heute vorhandenen Verflechtung der Wirtschaftsräume ist ein Gesetz, das nur für belgische Aktiengesellschaften eine automatische Anerkennung vorsieht, nicht praktikabel.

Für nicht belgische Aktiengesellschaften, die in den Anwendungsbereich des Gesetzes vom 30. 05. 1857 fallen, hat Frankreich mit vielen Ländern in bilateralen Handelsübereinkommen entsprechende Vereinbarungen zur gegenseitigen Anerkennung getroffen.⁷⁶ Obwohl die PARTEIFÄHIGKEIT das Vorhandensein einer Rechtsperson voraussetzt, wird auch nicht anerkannten Aktiengesellschaften in Frankreich schon lange die passive Parteifähigkeit gem. Art. 14 CC zugesprochen. Die Fähigkeit einer Gesellschaft, trotz fehlender Anerkennung Beklagte in einem Prozeß zu sein, soll verhindern, daß sie sich aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit ihren Verpflichtungen entziehen kann.⁷⁷

⁷³ Cour d'appel de Rennes 08. 07. 1981, Rev. crit. dr. int. pr. 1982, 81 s.

⁷⁴ Cass. Civ., 27. 07. 1948, D. 1948, 535; Batiffol/ Lagarde, n° 200; Jura Europae/ Schlachter, 30.80., n° 19, 30.80., n° 28; Menjucq, n° 72 s.; Pohlmann, S. 101 f.; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 1710.

⁷⁵ So auch Batiffol/ Lagarde, n° 201.

⁷⁶ Vgl. Ripert/ Roblot/ Germain, n° 1712 s.

⁷⁷ Cass. Civ., 19. 05. 1863, D. 1863 I, 218; Cour d'appel d'Aix 03. 07. 1952, Rev. crit. dr. int. pr. 1953, 842; Jura Europae/ Schlachter, 30.80., n° 27; Legros, Bull. Joly 1992, 42, 44; Menjucq,

2.A. Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich

In neuerer Zeit spricht die französische Rechtsprechung nicht anerkannten Gesellschaften auch die aktive Parteifähigkeit zu. So wurde einer liechtensteiner Anstalt, der die Anerkennung mangels eines französisch-liechtensteinischen Abkommens i.S.d. Art. 2 des Gesetzes vom 30. 05. 1857 versagt wurde, unter Berufung auf die Art. 6, 14 EMRK, Art. 1 und 5 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK die Möglichkeit eröffnet, gem. Art. 2 Code de procédure pénale vor einem französischen Gericht als Klägerin aufzutreten. Hervorgehoben wird in der Urteilsbegründung zum einen die Höherrangigkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention im Vergleich zum nationalen französischen Gesetz vom 30. 05. 1857; zum anderen wird ausgeführt, daß ein Gesetz durch Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt werden kann. Vorliegend sei dies in Bezug auf das Gesetz vom 30. 05. 1857 geschehen, da alle französischen Handelstreibenden, einschließlich des französischen Staates, mit ausländischen juristischen Personen, auch mit liechtensteiner Gesellschaften, Verträge schließen und damit ihre Rechtspersönlichkeit anerkennen würden.⁷⁸ Inzwischen ist diese Rechtsprechung für den zivilrechtlichen Bereich bestätigt worden.⁷⁹ Auch in diesem Fall ist die Europäische Menschenrechtskonvention als vorrangiges Recht angesehen worden. Insbesondere aus Art. 6 EMRK ergebe sich, daß jede juristische Person, unabhängig von ihrer Nationalität, in Frankreich aktiv parteifähig sein muß, um ihre Güter und Interessen schützen zu können.⁸⁰

Nach der in Frankreich herrschenden Meinung führen diese Urteile zwar nicht zur Unwirksamkeit des Gesetzes vom 30. 05. 1857, doch sei insoweit eine Einschränkung bei der Nichtanerkennung zu machen, als auch einer nicht anerkannten Gesellschaft die Möglichkeit zustehen müsse, ihre Interessen vor Gericht geltend zu machen.⁸¹

Nach anderer, vor allem in Deutschland vertretener Auffassung, sind die französischen Entscheidungen dahingehend zu verstehen, daß die generelle Nichtanerkennung, zumindest soweit sie Treu und Glauben widerspricht, gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstößt.⁸² Daher ist das Gesetz vom 30. 05. 1857 als unwirksam anzusehen, weil die Art. 1 und 2 des Gesetzes vom 30. 05. 1857 zu einer generellen Nichtanerkennung nicht belgischer Gesellschaften führen, soweit nicht ein entsprechendes Abkommen vereinbart worden ist. Da die

n° 73; Pohlmann, S. 104.

⁷⁸ Cass. Crim. 12. 11. 1990, Bull. Joly 1992, 42 ss.; Menjucq, n° 73.

⁷⁹ Cass. Civ., 25. 06. 1991, Rev. crit. dr. int. pr. 1991, 667, 671.

⁸⁰ Cass. Civ., 25. 06. 1991, Rev. crit. dr. int. pr. 1991, 667, 671.

⁸¹ Batiffol/ Lagarde, n° 201; von der Wirksamkeit des Gesetzes vom 30. 05. 1857 gehen auch Ripert/ Roblot/ Germain (n° 1712) aus.

⁸² Großfeld/ Boin, JZ 1993, 371; Staudinger/ Großfeld (Rn. 137) mit der Einschränkung, daß die generelle Nichtanerkennung gegen Treu und Glauben verstoßen muß.

Cour de Cassation jedoch in ihrer Urteilsbegründung allgemein von allen ausländischen Gesellschaften und von der Unanwendbarkeit des gesamten Gesetzes spricht,⁸³ ist meines Erachtens das Gesetz vom 30. 05. 1857 als solches obsolet geworden. Außerdem werden in Frankreich mit allen ausländischen Gesellschaften, d.h. mit Gesellschaften aus welchem Ausland auch immer, Verträge abgeschlossen, so daß eine Anerkennung schon gewohnheitsrechtlich automatisch stattfindet, denn mit nicht anerkannten Gesellschaften würden nicht ohne weiteres Verträge geschlossen werden. Das Urteil der Cour de Cassation⁸⁴ zeigt damit, daß das Gesetz vom 30. 05. 1857 allein schon aufgrund der gewohnheitsrechtlichen automatischen Anerkennung von Gesellschaften in Frankreich in seiner Gesamtheit obsolet geworden ist, und daher nicht mehr zur Anwendung kommen darf.

2. Die völkerrechtliche Anerkennung

a. Das Haager Abkommen vom 1. Juni 1956

Das Haager Abkommen über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit von ausländischen Gesellschaften, Personenverbindungen und Stiftungen vom 01. 06. 1956⁸⁵ ist bisher noch nicht in Kraft getreten, da es nicht gem. Art. 11 Abs. 1 durch fünf Vertragsstaaten ratifiziert wurde; ein Inkrafttreten ist auch nicht mehr zu erwarten.⁸⁶

Das Abkommen bestimmt in Art. 1, daß die nach dem Recht des Vertragsstaates, in dem sich der Satzungssitz befindet, erworbene Rechtspersönlichkeit von Gesellschaften ipso iure anerkannt wird. Dies gilt auch, wenn der Verwaltungssitz der Gesellschaft nicht mehr im Gründungsstaat liegt. Nach Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 9 des Abkommens hat jedoch ein Staat, der sich auf den wirklichen Sitz der Gesellschaft beruft, die Möglichkeit, die nach fremdem Recht gegründete Gesellschaft nicht anzuerkennen, wenn sie ihren Verwaltungssitz im anerkennenden Staat oder in einem anderen Staat hat, der sich auf den wirklichen Sitz der Gesellschaft beruft. Dabei ist gem. Art. 2 Abs. 3 des Abkommens der wirkliche Sitz der Gesellschaft am Ort ihrer zentralen Verwaltung. Die Regelungen des Haager Abkommens zeigen, daß es in dem Abkommen nicht gelungen ist, den Streit zwischen der Gründungsrechts- und der Verwaltungssitzregel zu bereinigen: Art. 1 folgt zwar dem Gründungsrechtsprinzip, doch Art. 2 des Abkommens

⁸³ Cass. Crim. 12. 11. 1990, Bull. Joly 1992, 42.

⁸⁴ Cass. Crim. 12. 11. 1990, Bull. Joly 1992, 42.

⁸⁵ Abgedruckt in: Rev. crit. dr. int. pr. 1951, 724, 727.

⁸⁶ Staudinger/ Großfeld, Rn. 135; Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel, n° 125, Pohlmann, S. 106.

2.A. Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich

läßt ein Abstellen auf den Verwaltungssitz zu und schafft damit die Möglichkeit einer Nichtanerkennung.⁸⁷

Gem. Art. 8 des Abkommens ist im übrigen jederzeit eine Nichtanerkennung auch aus Gründen des *ordre public* möglich.

Diese Regelungen gelten gem. Art. 1 des Abkommens für „sociétés, associations et fondations“, d.h. für alle Gesellschaften und Stiftungen des privaten Rechts; somit sind auch Gesellschaften ohne wirtschaftlichen Zweck in den Anwendungsbereich des Abkommens einbezogen. Die Regelung ist damit zum einen weiter als die des Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 2 EGV, der nur Gesellschaften mit Erwerbszweck erfaßt, zum anderen aber enger, denn anders als Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 2 EGV erfaßt das Abkommen nicht juristische Personen des öffentlichen Rechts.⁸⁸

Weiterhin bestimmt das Haager Abkommen in Art. 3 Abs. 1, daß die Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit bei einer Satzungssitzverlegung zwischen den Vertragsstaaten von allen Vertragsstaaten anerkannt wird, wenn die beteiligten Staaten die Identitätswahrung anerkennen. Im Rahmen einer solchen Sitzverlegung findet jedoch gem. Art. 3 Abs. 2 des Abkommens die Vorbehaltsmöglichkeit des Art. 2 Abs. 1 und 2 keine Anwendung, wenn die Gesellschaft innerhalb einer angemessenen Zeit ihren Satzungssitz in den Verwaltungssitzstaat verlegt. Das bedeutet, daß eine Nichtanerkennung durch den Verwaltungssitzstaat oder einen anderen Staat, der der Verwaltungssitzregel folgt, nicht möglich ist, wenn sich das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz im Rahmen einer Sitzverlegung ergibt.

Schließlich regelt Art. 4 S. 1 des Haager Abkommens die Anerkennung einer nationalen Fusion in einem Vertragsstaat durch die übrigen Vertragsstaaten. Nach Art. 4 S. 2 des Haager Abkommens werden grenzüberschreitende Fusionen zwischen Vertragsstaaten von allen Vertragsstaaten anerkannt, wenn auch die beteiligten Staaten diese Restrukturierung anerkennen. Auch wenn das Haager Abkommen nicht in Kraft getreten ist, blieb es aber gleichwohl nicht völlig ohne Bedeutung. So wurde es in Frankreich im Rahmen einer Entscheidung der Cour d'appel de Paris⁸⁹ als Gewohnheitsrecht herangezogen. In der Entscheidung geht es um die Frage der Zulassung des *Renvoi* bei der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts. Es wird geprüft welches Recht auf eine Gesellschaft anzuwenden ist, die in der Türkei gegründet wurde und ihren Verwaltungssitz in London hat. Das Urteil beruht auf der Überlegung, daß das Haager Abkommen auch von der Existenz

⁸⁷ Goldman, *Rev. trim. dr. europ.* 1968, 405, 408.

⁸⁸ Cerexhe, *Rev. marché com.* 1968, 578, 581; Goldman, *Rev. trim. dr. europ.* 1968, 405, 407.

⁸⁹ Cour d'appel de Paris 19. 03. 1965, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1967, 85.

des Renvoi ausgeht, da es auf das Recht des Satzungssitzes verweist (Art. 1). Der französische Gesetzgeber soll sich durch die Ratifizierung des Abkommens das Rechtsinstitut des Renvoi zu eigen gemacht haben, so daß die Existenz und Anerkennung des Renvoi als französisches Gewohnheitsrecht einzustufen sei. Somit kommt das Urteil zu dem Ergebnis, daß nach französischer Auffassung das Recht des Verwaltungssitzes über das Gesellschaftsstatut entscheidet; da England jedoch der Gründungsrechtsregel folgt, findet ein Renvoi auf das türkische Recht statt. Meines Erachtens kann dem Urteil jedoch nicht entnommen werden, daß Regelungen bezüglich der Anerkennung im Haager Übereinkommen durch eine Ratifizierung für die Vertragsstaaten zum nationalen Gewohnheitsrecht geworden sind. Zu berücksichtigen ist nämlich, daß sich das Urteil zum einen nur auf den Renvoi bezieht, so daß die Frage einer gewohnheitsrechtlichen, automatischen Anerkennung nicht berührt wird. Zum anderen existierte das Rechtsinstitut des Renvoi schon zuvor im französischen Recht, so daß das Haager Abkommen über die Frage der Rück- und Weiterverweisung kein „neues“ Gewohnheitsrecht geschaffen hat.⁹⁰

b. Das Brüsseler EG-Übereinkommen vom 29. Februar 1968

Auf der Grundlage des ex. Art. 293 (ex-Art. 220), Unterabsatz 3 EGV, wurde am 29. 02. 1968 in Brüssel das EG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen⁹¹ und am 03. 06. 1971 ein Protokoll betreffend die Auslegung des Übereinkommens durch den Gerichtshof unterzeichnet.⁹² Das Übereinkommen ist jedoch mangels Ratifikation durch die Niederlande nicht in Kraft getreten. Mit einem Inkrafttreten des Übereinkommens ist heute auch nicht mehr zu rechnen.⁹³

Nach dem Übereinkommen sollen Gesellschaften ohne weiteres anerkannt werden, wenn die in den Art. 1 bis 5, 8 und 9 Abs. 2 des Übereinkommens geltenden Voraussetzungen erfüllt sind. Gemäß Art. 1 sind alle Gesellschaften des Bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften anerkennungsfähig, sofern sie nach dem Recht, nach dem sie gegründet worden sind, Träger von Rechten und Pflichten sein können, wobei sie aber nach Art. 8 des Übereinkommens nicht eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen müssen.

⁹⁰ Vgl. Goldman, *Clunet* 1966, 117, 118; Pohlmann, S. 106.

⁹¹ BGBl. 1972 II, 370.

⁹² BGBl. 1972 II, 858.

⁹³ Drobniç, in: *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR*, S. 185, 191; Scholz/ Westermann, *Einl.*, Rn. 136; Schwarz, Rn. 1419.

2.A. Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich

Damit sind auch teilrechtsfähige Gesellschaften wie die OHG und KG in den Anwendungsbereich des Übereinkommens einbezogen.⁹⁴ Weiterhin zeigt Art. 9 Abs. 2 des Übereinkommens, daß auch Einmanngesellschaften von dem Übereinkommen erfaßt werden, denn die Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand führt zu keinem Verstoß gegen den *ordre public*.⁹⁵ Daneben werden von Art. 2 des Übereinkommens auch juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, die einen entgeltlichen, wirtschaftlichen Haupt- oder Nebenzweck verfolgen oder eine entsprechende Tätigkeit tatsächlich und dauerhaft ausüben, in den Anwendungsbereich des Übereinkommens einbezogen. Anders als bei Art. 1 reicht bei Art. 2 die Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft nicht aus, sondern nach dem Wortlaut des Art. 2 muß die Gesellschaft voll rechtsfähig sein. Art. 2 des Übereinkommens ist ein Auffangtatbestand, der alle Gesellschaften erfaßt, die in Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 2 EGV aufgeführt sind. Die Regelung des Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 2 EGV („Gesellschaften mit Erwerbszweck“) ist ein wenig enger als die Formulierung in Art. 2 des Übereinkommens, der auch Gesellschaften umfaßt, die keinem wirklichen Erwerbszweck nachgehen, aber dennoch eine wirtschaftlich bedeutsame Tätigkeit ausüben, wie z.B. Marktforschungsgesellschaften, die von mehreren Handelsunternehmen gegründet worden sind und nur für diese arbeiten.⁹⁶

In räumlicher Hinsicht findet das Übereinkommen nach Art. 1 Anwendung auf Gesellschaften, die nach dem Recht eines Vertragsstaates gegründet worden sind und ihren Satzungssitz innerhalb der Gemeinschaft haben. Dabei ist es nicht notwendig, daß sich der Satzungssitz auch im Gründungsstaat befindet.

Die Art. 3 und 4 des Übereinkommens lassen jedoch gewisse Vorbehalte zu: Gemäß Art. 3 kann der Vorbehalt ausgesprochen werden, daß das Übereinkommen nicht auf Gesellschaften i.S.d. Art. 1 und 2 angewandt wird, wenn sich ihr Sitz außerhalb des räumlichen Anwendungsbereichs des Übereinkommens befindet und die Gesellschaft keine wirkliche Verbindung mit der Wirtschaft eines der Vertragsstaaten aufweist. Ein Vorbehalt gem. Art. 4 führt dazu, daß nach Art. 4 Abs. 1 die zwingenden Vorschriften des Vorbehaltstaates zur Anwendung kommen, wenn die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in diesem Vorbehaltstaat hat. Außerdem kann der Vorbehaltstaat gem. Art. 4 Abs. 2 seine dispositiven Vorschriften durchsetzen, wenn die Gesellschaft in ihrer Satzung nicht etwas anderes geregelt hat, bzw. wenn sich die Gesellschaft nicht darauf beruft, daß sie ihre Tätigkeit auch

⁹⁴ Drobniq, AG 1973, 90, 93; Schwarz, Rn. 1420.

⁹⁵ Drobniq, AG 1973, 90, 93.

⁹⁶ Goldman, Rev. trim. dr. europ. 1968, 405, 409 s.; Drobniq, AG 1973, 90, 94.

tatsächlich während eines angemessenen Zeitraums im Gründungsstaat ausgeübt hat. Sowohl Frankreich (1969) als auch Deutschland (1972) haben einen solchen Vorbehalt gem. Art. 4 des Übereinkommens erklärt.⁹⁷

Der Grund für das Einführen einer solchen Vorbehaltsmöglichkeit in das Übereinkommen war die Befürchtung einiger Vertragsstaaten, daß das einheimische Gesellschaftsrecht durch die rein formelle Gründung der Gesellschaft in einem anderen Vertragsstaat umgangen werden könnte.⁹⁸ Allerdings wirkt die Erklärung des Vorbehalts nur für den Vorbehaltsstaat, d.h. alle anderen Vertragsstaaten haben die Rechtsordnung des Gründungsstaates anzuwenden, was dazu führt, daß auf Gesellschaften zwei verschiedene Rechtsordnungen zur Anwendung gelangen können.⁹⁹ Diese Folge ist vielfach als Mangel des Übereinkommens kritisiert worden; die Anwendung verschiedener Rechtsordnungen könne zu vielfältigen Problemen führen, da nicht aufeinander abgestimmte Gesellschaftsrechtssysteme aufeinander träfen.¹⁰⁰ Andererseits ist die Lösung als Verbesserung zur Alternative der Nichtanerkennung, wie sie z.B. noch im Haager Abkommen vorgesehen war, gelobt worden.¹⁰¹

Gem. Art. 6 des Übereinkommens bewirkt die Anerkennung, daß – vorbehaltlich der Regelung des Art. 4 – die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit, die der Gesellschaft von dem Recht, nach dem sie gegründet wurde, zuerkannt wird, auch von den anderen Vertragsstaaten anerkannt wird. Ein Staat kann aber gem. Art. 7 des Übereinkommens einer ausländischen Gesellschaft die Rechts-, Geschäfts- oder Handlungsfähigkeit versagen, wenn er sie auch einer entsprechenden inländischen Gesellschaft versagen würde. Dies darf jedoch gem. Art. 7 Abs. 1 S. 2 nicht dazu führen, daß der Gesellschaft die Fähigkeit entzogen wird, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

⁹⁷ Bzgl. Frankreich vgl. das französische Ratifikationsgesetz Nr. 69-1134 vom 20. 12. 1969, JO, Lois et Décrets, 23. 12. 1969, 12436 sowie JO, Documents de l'Assemblée Nationale et du Sénat, Annexes 1969, 1232 f.; bzgl. Deutschland vgl. Art. 2 Abs. 2, S. 1 des Zustimmungsgesetzes, BGBl. 1972 II, 369, 370.

⁹⁸ Drobniq, AG 1973, 90, 96; Goldman, Rev. trim. dr. europ. 1968, 405, 413.

⁹⁹ Drobniq, AG 1973, 90, 96; Schwarz, Rn. 1422; Goldman, Rev. trim. dr. europ. 1968, 405, 413; Pohlmann, S. 110.

¹⁰⁰ Drobniq, AG 1973, 90, 97 f.; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 42.

¹⁰¹ Goldman, Rev. trim. dr. europ. 1968, 405, 413.

3. Der deutsch-französische Niederlassungs- und Schiffsverkehrsvertrag

a. Der Inhalt des Niederlassungsvertrags

Eine gesellschaftsrechtliche Anerkennungsregelung findet sich in dem Niederlassungs- und Schiffsverkehrsvertrag, der zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik am 27. 10. 1956 geschlossen worden ist.¹⁰²

Art. VI Abs. 1 des Vertrags bestimmt, daß Gesellschaften, die in dem Gebiet einer Vertragspartei ihren Sitz haben und die nach den Gesetzen dieser Vertragspartei ordnungsgemäß errichtet sind, von der anderen Vertragspartei als zu Recht bestehend anerkannt werden

Die vom Anwendungsbereich des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags erfaßten Gesellschaften werden in § 4 des Protokolls zum deutsch-französischen Niederlassungs- und Schiffsverkehrsvertrag¹⁰³ aufgeführt. Vor allem Kapital- und Handelsgesellschaften sowie die Gesellschaften Bürgerlichen Rechts, aber auch Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, bergrechtliche Gewerkschaften, Genossenschaften, Stiftungen, soweit ihre Tätigkeit auf Gewinn gerichtet ist, und Körperschaften bzw. Anstalten des öffentlichen Rechts mit Aufgaben gewerblicher Art fallen unter den Gesellschaftsbegriff des Vertrags. Hinsichtlich der teilrechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Gesellschaften ist zu beachten, daß die Anerkennung lediglich dazu führt, daß der Gesellschaft dieselbe Rechtspersönlichkeit zugebilligt wird wie in dem Land, in dem sie gegründet wurde.¹⁰⁴

Die entsprechende Aufzählung der Gesellschaften auf französischer Seite entspricht im wesentlichen dem französischen Begriff der „sociétés“. Ausgeschlossen sind aus dem Anwendungsbereich des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags insbesondere die „associations“, da sich diese nicht wirtschaftlich betätigen.¹⁰⁵ Insgesamt entspricht die Definition des Gesellschaftsbegriffs in § 4 des Protokolls dem Gesellschaftsbegriff des Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 2 EGV.¹⁰⁶

Weiterhin muß sich der Sitz der Gesellschaft in dem Gebiet der anderen Vertragspartei befinden, wobei der Verwaltungssitz maßgeblich ist.¹⁰⁷ Art. VI Abs. 2 des Niederlassungsvertrags beschreibt einen Teil der sich aus der Anerkennung

¹⁰² BGBl. 1957 II, 1662.

¹⁰³ BGBl. 1957 II, 1669.

¹⁰⁴ Féblot, S. 79.

¹⁰⁵ Féblot, S. 78, 80.

¹⁰⁶ Féblot, S. 112.

¹⁰⁷ MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 124; Staudinger/ Großfeld, Rn. 203.

ergebenden Rechtsfolgen.¹⁰⁸ Gesellschaften der einen Vertragspartei können sich im Gebiet der anderen nach Maßgabe der geltenden Gesetze und Verordnungen betätigen und insbesondere dort Zweigniederlassungen, Agenturen oder Geschäftsstellen errichten und unterhalten.

Die Anerkennung steht jedoch gem. Art. VI Abs. 1 unter dem Vorbehalt, daß die Errichtung der Gesellschaft oder ihr Zweck nicht gegen die öffentliche Ordnung verstößt. Dazu bestimmt § 3 lit. a S. 2 des Protokolls, daß jede Partei das Recht hat, nach ihren innerstaatlichen Grundsätzen, deren Beurteilung ihr allein zusteht, die Gründe der öffentlichen Ordnung, der Volksgesundheit, der Sicherheit oder der Sittlichkeit, die der Anerkennung entgegengehalten werden können, festzulegen. Eine ähnliche Aufzählung von *ordre public*-Gründen enthält Art. 46 (ex-Art. 56) EGV („Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“), doch geht der deutsch-französische Niederlassungsvertrag wesentlich weiter, denn er erlaubt den Vertragsstaaten, selbst zu bestimmen, wann diese Gründe vorliegen und führt, anders als Art. 46 (ex-Art. 56) EGV auch den sehr dehnbaren Begriff der Sittlichkeit als *ordre public*-Grund auf. Damit ist die Anerkennung von Gesellschaften nach dem deutsch-französischen Niederlassungsvertrag weitgehend in das Belieben der Vertragsparteien gestellt, denn es wird jeder Partei sehr leicht gemacht, sich über den *ordre public*-Vorbehalt der Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften zu entziehen.¹⁰⁹

b. Die Wirkung des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags

Wenn Art. VI Abs. 1 des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags kollisionsrechtliche Regeln enthielte, würden diese jeweils das nationale Kollisionsrecht verdrängen.

Der Umfang der im bilateralen Vertrag geregelten Kollisionsnorm ist jedoch umstritten. Die Interpretation wird vor allem durch das Verhältnis zwischen Anerkennung und Personalstatut beeinflusst: insbesondere, ob die Frage der Anerkennung als Teilbereich des Gesellschaftsstatuts gesehen wird, oder ob ihr eigenständige Bedeutung in Bezug auf die Rechts-, Handlungs- und Parteifähigkeit der Gesellschaft zukommt.

Die herrschende Ansicht in der deutschen Literatur meint, daß in einer Anerkennungsregelung zwingend auch eine Regelung des Gesellschaftsstatuts gesehen

¹⁰⁸ Féblot, S. 81.

¹⁰⁹ Cerexhe, *Rev. marché com.* 1968, 578, 580; Goldman, *Rev. trim. dr. europ.* 1968, 405, 407; Pohlmann, S. 119; Féblot (S. 26, 80) mit dem Hinweis, daß Gesellschaften, deren Errichtung oder Zweck gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, außerordentlich selten sind.

2.A. Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich

werden muß, da der Grundsatz der Einheit des Gesellschaftsstatuts zu berücksichtigen sei, der einen Gleichlauf zwischen Anerkennung und Gesellschaftsstatuts erfordere.¹¹⁰

Einige Autoren schränken diese Folge ein und gehen davon aus, daß der Anerkennungsregelung in bilateralen Verträgen keine Regelung entnommen werden könne, die sich auf grenzüberschreitende Restrukturierungen, insbesondere auf Sitzverlegungen von Gesellschaften beziehe, weil in den Verträgen solche Restrukturierungen nicht ausdrücklich erwähnt seien.¹¹¹

Die Gegenansicht meint jedoch, daß in jedem Einzelfall zu prüfen sei, welche Aspekte des Gesellschaftsstatuts von der kollisionsrechtlichen Regelung im bilateralen Vertrag erfaßt sind, d.h. wie weit die Anerkennungsregel reicht;¹¹² soweit sich aus dem Vertrag nichts anderes ergebe, solle die Anerkennungsregelung nur die Frage betreffen, wann eine Gesellschaft im Vertragsstaat als rechtswirksam bestehend anzuerkennen sei.¹¹³ Davon müsse auch ausgegangen werden, wenn man die Anerkennung grundsätzlich als Teilbereich des Gesellschaftsstatuts sehe, da der Grundsatz der Einheit des Gesellschaftsstatuts nicht als Maßstab für die Auslegung internationaler Verträge herangezogen werden dürfe.¹¹⁴

Unabhängig von der Frage, ob die Anerkennungsregelung zugleich eine kollisionsrechtliche Regelung hinsichtlich des Gesellschaftsstatuts ist, wird diskutiert, ob die Anerkennungsregelung konstitutive oder deklaratorische Bedeutung hat. Zum Teil wird davon ausgegangen, daß die Regelung der Anerkennung in bilateralen Verträgen immer KONSTITUTIV ist, d.h. der Anerkennungsregel käme eine eigene Wirkung zu, unabhängig davon, welche Regelung das nationale Kollisionsrecht anordnet.¹¹⁵

Die herrschende Meinung in Deutschland geht jedoch davon aus, daß der bilateralen Bestimmung nur DEKLARATORISCHE Wirkung zukommt, zumindest soweit die bilaterale Verpflichtung darin besteht, eine ordnungsgemäß nach dem Recht

¹¹⁰ Eschelbach, MittRhNotK 1993, 173, 179; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 232; Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1547; in Bezug auf den deutsch-amerikanischen Niederlassungsvertrag auch Ebenroth/ Bippus (NJW 1988, 2137, 2141).

¹¹¹ Dötsch, DB 1989, 2296, 2297.

¹¹² Grothe, S. 16; Kaligin, DB 1985, 1449, 1451; Staudinger/ Großfeld, Rn. 211 ff.; Wiedemann, S. 797.

¹¹³ Staudinger/ Großfeld, Rn. 212.

¹¹⁴ Staudinger/ Großfeld, Rn. 213.

¹¹⁵ Eschelbach, MittRhNotK 1993, 173, 179; Grothe, S. 16; Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1547; für eine konstitutive Wirkung bei bilateralen Verträgen, die bezüglich der Anerkennung an das Gründungsrecht anknüpfen: Ebenroth/ Bippus, DB 1988, 842, 843; Kaligin, DB 1985, 1449, 1451; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 240; Scholz/ Westermann, Einl., Rn. 143; Staudinger/ Großfeld, Rn. 203.

der Vertragspartei gegründete Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Vertragsstaat anzuerkennen. Da die Rechtsfähigkeit aller ordnungsgemäß nach französischem Recht gegründeten Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz in Frankreich haben, in Deutschland ohnehin aufgrund ihres Personalstatuts anerkannt werde, komme dem bilateralen Vertrag keine eigenständige Wirkung zu.¹¹⁶

Soweit das Gesetz vom 30. 05. 1857 nicht als obsolet anzusehen ist,¹¹⁷ habe der deutsch-französische Niederlassungsvertrag aus französischer Sicht nicht nur deklaratorische Bedeutung, denn er weiche im Hinblick auf das Gesetz vom 30. 05. 1857 von der bestehenden französischen Rechtslage ab, so daß er KONSTITUTIVE Wirkung entfalte.¹¹⁸ Der deutsch-französische Niederlassungsvertrag werde als Verordnung gem. Art. 1 und 2 des Gesetzes vom 30. 05. 1857 anerkannt und schaffe damit eine Pflicht zur Anerkennung von Aktiengesellschaften, die nach dem Gesetz vom 30. 05. 1857 nicht anerkannt werden würden.¹¹⁹

c. **Stellungnahme**

Bei der Auslegung von Staatsverträgen sind nach allgemeiner Auffassung die Auffassungen der Vertragspartner zu berücksichtigen.¹²⁰ Es darf demnach nicht auf die Sichtweise nur einer Partei abgestellt werden, sondern der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien, den sie bei Vertragsschluß hatten, ist bei der Auslegung des Art. VI maßgeblich.

Ob der Wille der Vertragsparteien übereinstimmt ist fraglich, da die herrschende Meinung in Deutschland vom Gleichlauf der Anerkennung mit dem Gesellschaftsstatut ausgeht, während in Frankreich der Anerkennung jedenfalls im Ratifikationszeitpunkt eine eigenständige Funktion zur Bestimmung der Rechtsfähigkeit beigemessen wird. In Deutschland entnimmt daher ein Teil der Literatur der Anerkennungsregelung in Staatsverträgen zugleich eine Regelung des Gesellschaftsstatuts, während diese Möglichkeit nach französischer Auffassung nicht in Betracht kommt.¹²¹ Diese rechtliche Ausgangssituation in den Vertragsstaaten muß in die Auslegung des Vertrags einfließen.

Zu berücksichtigen ist, daß Art. VI des deutsch-französischen Niederlassungs-

¹¹⁶ Ebenroth/ Bippus, DB 1988, 842, 843; Kaligin, DB 1985, 1449, 1451; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 237; Scholz/ Westermann, Einl., Rn. 143; Staudinger/ Großfeld, Rn. 203.

¹¹⁷ Vgl. Kap. 2.A.V.1., S. 41 ff.

¹¹⁸ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 237; Féblot, S. 80; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 1713 s.

¹¹⁹ Batiffol/ Lagarde, n° 201; Goldman, Rev. trim. dr. europ. 1968, 405, 406; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 1713 s.

¹²⁰ Staudinger/ Großfeld, Rn. 210.

¹²¹ Vgl. Kap. 2.A.IV.2., S. 39 ff.

2.A. Die Anerkennung von Gesellschaften in Deutschland und Frankreich

vertrags nur den Ausdruck „Anerkennung“, nicht aber der Ausdruck „Gesellschaftsstatut“ enthält. Nach französischer Auffassung beschreibt der Begriff „Anerkennung“ die Kenntnisnahme von der Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft. Auch in Deutschland wird die Anerkennung als die Kenntnisnahme der Rechtsfähigkeit gesehen. Insoweit decken sich der in Deutschland und der in Frankreich verwendete Begriff der Anerkennung. Nur die Einordnung der Anerkennung als Teilbereich des Gesellschaftsstatuts deckt sich nicht mit der französischen Vorstellung, so daß die in Deutschland vertretene Vorstellung mangels einheitlichen Willens der Vertragsparteien meines Erachtens nicht in den Anerkennungsbegriff des Vertrags aufgenommen worden ist.

Für eine Auslegung des Vertrags zugunsten des französischen Anerkennungsbegriffs spricht auch, daß sich im Vertrag insgesamt der französische Sprachgebrauch durchgesetzt hat, da auch der Gesellschaftsbegriff in seiner französischen Bedeutung in dem Vertrag übernommen worden ist, was durch die Aufzählung im Zusatzprotokoll deutlich wird.¹²²

Schließlich zeigt auch Art. VI Abs. 2 des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags, der die Rechtsfolgen der Anerkennung umschreibt,¹²³ daß es bei der Anerkennungsfrage lediglich um die Betätigung der Gesellschaft im Ausland und damit um ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit geht, also der französische Anerkennungsbegriff zur Anwendung gelangt.

Insgesamt muß daher festgestellt werden, daß Art. VI des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags lediglich die Frage der Rechts- und Handlungsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft regelt, aber nicht auf die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts einwirkt.

Doch auch diesen eingeschränkten Bereich der Anerkennung regelt der deutsch-französischen Niederlassungsvertrag, nachdem das Gesetz vom 30. 05. 1857 obsolet ist, lediglich mit deklaratorischer Wirkung, denn die Fragen der Rechts- und Handlungsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft ist heute sowohl in Deutschland als auch in Frankreich unabhängig vom deutsch-französischen Niederlassungsvertrag anzuerkennen.¹²⁴

¹²² Féblot, S. 78.

¹²³ Féblot, S. 81.

¹²⁴ Vgl. Kap. 2.A.V.1., S. 41 ff.

B Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich

I. Die Anknüpfungsregeln

Zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts können die unterschiedlichsten Anknüpfungsmerkmale herangezogen werden.¹²⁵ Die wesentlichen in Deutschland und Frankreich diskutierten Regeln sollen hier vorgestellt werden.

1. Die Realsitzregel

Die Realsitzregel, im folgenden als Sitzregel bezeichnet, knüpft zur Bestimmung des anwendbaren Rechts an den TATSÄCHLICHEN Sitz der Gesellschaft an. Sie hat ihren historischen Ursprung in Frankreich und Deutschland, wo sie Mitte des letzten Jahrhunderts in Anlehnung an das Domizilprinzip natürlicher Personen entwickelt worden ist.¹²⁶ Die Sitzregel soll es dem Staat, in dem die Gesellschaft ihre wesentliche Tätigkeit entfaltet, ermöglichen, sie zu kontrollieren und seine wirtschaftlichen und politischen Vorstellungen auch ihr gegenüber zu verwirklichen. Damit sollen die Bürger geschützt werden, die durch die Tätigkeit der Gesellschaft in ihrem Land stärker als andere von der Gesellschaft betroffen sind. Denn die Gesellschaft hat dann die Schutzvorschriften des entsprechenden nationalen Gesetzgebers einzuhalten, auf dessen Gebiet sie die weitreichendste und umfangreichste Tätigkeit ausübt. Zum anderen sollte die Sitzregel auch dem Schutz der nationalen Gesellschaften und dem Gleichheitsprinzip dienen, indem alle Gesellschaften, die in demselben Staat tätig werden, auch denselben Vorschriften unterliegen. Somit erhält keine der Gesellschaften einen Konkurrenzvorteil aufgrund eines nachlässigeren, auf sie anwendbaren Gesellschaftsrechts.¹²⁷

Nicht einheitlich ist die Bestimmung des Sitzes, an den die Sitzregel anknüpfen soll. Vor allem in der französischen Rechtsprechung wird fast ausschließlich an den unbestimmten „siège social“ angeknüpft,¹²⁸ der jedoch mal als Sitz der Betriebsstätte, mal als Verwaltungssitz der Gesellschaft oder als Satzungssitz ausgelegt wird.¹²⁹

¹²⁵ Zu den Begriffen Verwaltungssitz- und Gründungsrechtsregel bzw. -theorie vgl. Fn. 42.

¹²⁶ Grothe, S. 43 f.; Staudinger/ Großfeld, Rn. 23; Lévy, n° 132.

¹²⁷ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 16; Grothe, S. 43 f.; Scholz/ Westermann, Einl., Rn. 81; Soergel/ Lüderitz, Anh. Art. 10 EGBGB, Rn. 4; Audit, n° 1082 s.; Batiffol/ Lagarde, n° 193; Pohlmann, S. 43.

¹²⁸ Lévy, n° 148; Mayer, n° 1048; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 1035.

¹²⁹ Vgl. hierzu Kap. 2.B.I.1.a., S. 55, 2.B.I.1.b., S. 55 und 2.B.I.2., S. 59

a. Die Betriebsstättentheorie (Exploitationstheorie)

Vor allem in Frankreich ist früher von der Rechtsprechung mehrfach an den Ort der Betriebsstätte angeknüpft worden.¹³⁰ Dort soll sich nämlich die Gesellschaftstätigkeit der Gesellschaft entfalten, da sich gerade am Betriebssitz die Aktivität und Effektivität der Gesellschaft manifestiere.¹³¹

Beim Vorhandensein mehrerer Betriebsstätten sei auf den Betriebsmittelpunkt abzustellen, doch ergäben sich in manchen Fällen große und unlösbare Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts, beispielsweise wenn eine Gesellschaft mehrere gleichwertige Betriebsstätten in verschiedenen Ländern hätte.¹³² Es wäre nicht klar, an welchen Ort angeknüpft werden solle, was zu einer Instabilität bzw. Unsicherheit bei der Anwendung dieser Anknüpfungsregel führen würde. Dies habe auch in Frankreich dazu geführt, daß man von einer Anknüpfung an den Betriebsort abgekommen sei.¹³³

b. Die Verwaltungssitzregel

Die Verwaltungssitzregel bestimmt das Gesellschaftsstatut nach dem Verwaltungssitzort der Gesellschaft. Dabei erfolgt die Auslegung des Terminus „Verwaltungssitz“ nach der lex fori, d.h. in Deutschland nach deutschem, in Frankreich nach französischem Recht.¹³⁴

Die Rechtsprechung in Deutschland definiert den Verwaltungssitz als den Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.¹³⁵ Entscheidend ist somit der Ort, an dem der Schwerpunkt des körperschaftlichen Lebens stattfindet, d.h. der Ort, an dem der Vorstand oder sonstige Vertretungsorgane die Kontrolle über die Gesellschaft ausüben und Weisungen erteilen, und an dem Beschlüsse nach außen umgesetzt werden.¹³⁶

Die deutsche Rechtsprechung stützt sich ausschließlich auf die Verwaltungs-

¹³⁰ Cass. Req 12. 05. 1931, D. 1936, I, 121, 127: die französische Nationalität der Gesellschaft ist mangels Betriebsstätte in Frankreich verneint worden.

¹³¹ Audit, n° 1082, Loussouarn/ Bourel, n° 707.

¹³² Sandrock, FS Beitzke, S. 669, 677 ff.; Audit, n° 1082; Batiffol/ Lagarde, n° 193; Merle, n° 86; Pohlmann, S. 46 f.

¹³³ Audit, n° 1082; Batiffol/ Lagarde, n° 193; Loussouarn/ Bourel, n° 707; Mayer, n° 1033.

¹³⁴ So auch Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1549; Staudinger/ Großfeld, Rn. 219; Batiffol/ Lagarde, n° 292; Pohlmann, S. 55.

¹³⁵ BGH v. 21. 03. 1986, BGHZ 97, 269, 272.

¹³⁶ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 316; Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1551; Staudinger/ Großfeld, Rn. 221.

sitzregel, so daß diese in Deutschland zu Richterrecht bei der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts geworden ist.¹³⁷

Beweisrechtlich ist zu berücksichtigen, daß die Rechtsprechung aufgrund eines allgemeinen Erfahrungssatzes grundsätzlich vermutet, daß eine Gesellschaft ihren effektiven Verwaltungssitz im Gründungsstaat hat. Diese Vermutung wird allerdings erschüttert, wenn tatsächliche und begründete Zweifel vorliegen, d.h. wenn die Gegenpartei konkrete Tatsachen vorbringt bzw. beweisen kann, daß sich der effektive Verwaltungssitz möglicherweise in einem anderen Staat als dem Gründungsstaat befindet.¹³⁸ Aufgrund dieser Beweisregelung ist die Verwaltungssitzregel in Deutschland als qualifizierte Gründungsrechtsregel zu werten, denn zunächst wird bei der Anknüpfung widerleglich von dem Satzungssitzstaat ausgegangen, was einer Anwendung der Gründungsrechtsregel gleichkommt.¹³⁹ Erst im zweiten Schritt stellt man dann bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte auf den Verwaltungssitz ab.¹⁴⁰

In Frankreich wird in der Rechtsprechung hinsichtlich des unbestimmten Anknüpfungsmerkmals „siège social“ vielfach auf den Verwaltungssitz („siège réel“) der Gesellschaft abgestellt.¹⁴¹ Diesen definiert die Rechtsprechung als den Ort, an dem sich das „Gehirn“ der Gesellschaft befindet und an dem die wichtigsten Geschäfte der Gesellschaft abgewickelt werden, d.h. den Ort, an dem sich das wirtschaftliche Leben der Gesellschaft konzentriert.¹⁴² In Frankreich ist also – ähnlich wie in Deutschland – der Ort maßgeblich, von dem aus das Unternehmen gelenkt wird, wo sich die juristischen Organe der Gesellschaft befinden und wo die Generalversammlung tagt.¹⁴³ Zur Begründung der Vorteile

¹³⁷ Vgl. hierzu den umfassenden Rechtsprechungsnachweis mit systematischer Analyse der Entscheidungen bei Soergel/ Lüderitz (Anh. Art. 10 EGBGB, Rn. 8) bzw. Grothe (S. 45).

¹³⁸ OLG Hamm v. 18. 08. 1994, DB 1995, 137, 138; nach OLG München v. 06. 05. 1986 (NJW 86, 2197, 2198) ist grundsätzlich zu vermuten, daß sich der Sitz in dem Staat befindet, nach dessen Recht die Gesellschaft organisiert ist; vgl. auch Bungert, DB 1995, 963 ff.; Soergel/ Lüderitz, Anh. Art. 10 EGBGB, Rn. 8.; a.A. BayObLG v. 18. 07. 1985, BayObLGZ 1985, 272, 278; und BayObLG v. 18. 09. 1986, RIW 1987, 52, 54; KG v. 11. 02. 1997 (GmbHR 1997, 708, 710) für das FGG-Verfahren; Großfeld/ Piesbergen, FS Mestmäcker, S. 881, 884 f.; Schlenker (S. 18), da es nicht angemessen ist, daß der gegnerischen Partei die Beweislast für das Bestehen eines Verwaltungssitzes im Ausland aufgebürdet wird. Es ist sachgerechter, der ausländischen Gesellschaft die Darlegungs- und Beweislast aufzuerlegen.

¹³⁹ Vgl. Kap. 2.B.I.1.c., S. 57 ff.

¹⁴⁰ Kreuzer, S. 14.

¹⁴¹ Cass. Req., 17. 07. 1935; Rev. crit. dr. int. pr. 1936, 767, 769; Cass. Civ., 15. 07. 1957, D. 1957, Jur., 596.

¹⁴² Cass. Req., 17. 07. 1935; Rev. crit. dr. int. pr. 1936, 767, 769; Cour d'appel de Montpellier 03. 05. 1926, Rev. dr. int. pr. 1927, 305.

¹⁴³ Cass. Civ., 15. 07. 1957, D. 1957, Jur., 596; Cass. Req., 17. 07. 1935; Rev. crit. dr. int. pr. 1936, 767, 769; Audit, n° 1082; Batiffol/ Lagarde, n° 193; Le Gall, in: Recueil Dalloz Sociétés, Sièges

2.B. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich

der Verwaltungssitzregel wird die Tatsache herangezogen, daß es – anders als bei dem Ort der Betriebsstätte – meist nur einen einzigen Verwaltungsort der Gesellschaft gebe, der außerdem sicherer und stabiler als der Betriebsort sei. Eine Betriebsstätte könne nämlich geöffnet oder geschlossen werden, während der Verwaltungssitz meist unverändert bleibe.¹⁴⁴ Sollten doch einmal mehrere Verwaltungsorte in verschiedenen Staaten existieren, so sei, um eine Mehrfachanknüpfung und Normenhäufung zu vermeiden, der Verwaltungssitz an dem Ort festzumachen, an dem sich der Schwerpunkt der Verwaltung befindet.¹⁴⁵

Kritisiert wird von den Gegnern der Verwaltungssitzregel vielfach die fehlende Eindeutigkeit des Verwaltungssitzbegriffs.¹⁴⁶ Dem wird jedoch zum Teil entgegengehalten, daß zur Präzisierung des Begriffs sowohl auf den Gesellschaftszweck als auch auf die steuerrechtlichen Vorschriften der §§ 1 Abs. 1 KStG und § 10 AO und die dort enthaltenen Tatbestandsmerkmale der „Geschäftsleitung“ und „geschäftlichen Oberleitung“ zurückgegriffen werden könne.¹⁴⁷

c. Die Satzungssitzregel

Zum Teil wird zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts auch an den Satzungssitz der Gesellschaft angeknüpft. Hierbei ist zu unterscheiden ob an den „bloßen Satzungssitz“¹⁴⁸ oder nur an einen „nicht fiktiven Satzungssitz“¹⁴⁹ angeknüpft wird. Soweit an den BLOSSEN Satzungssitz angeknüpft wird, findet eine Anknüpfung auch dann statt, wenn der Satzungssitz fiktiv ist, d.h. wenn sich die Verwaltung der Gesellschaft in einem anderen Staat als der Satzungssitz befindet. In diesem Fall kann die Anknüpfung an den Satzungssitz jedoch nicht mehr als Unterfall der Sitzregel gesehen werden, sondern ist der Gründungsrechtsregel zuzuordnen.¹⁵⁰ Eine Gesellschaft erlangt nämlich in der Regel ihre Rechtsfähigkeit nur nach Eintragung in ein Register, wobei für die Eintragung der Gesellschaft immer das Re-

Social, n° 101 ss.; Lévy, n° 203. Im Ergebnis wird auch in Frankreich zunächst widerleglich vom Satzungssitzstaat ausgegangen und erst nachrangig auf den Verwaltungssitz abgestellt: vgl. hierzu näher Kap. 2.B.I.1.c., S. 57 ff. und 2.B.II.2., S. 68 ff.

¹⁴⁴ Batiffol/ Lagarde, n° 193; Loussouarn/ Bourel, n° 707; Pohlmann, S. 46 f.

¹⁴⁵ Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1553.

¹⁴⁶ Neumayer, ZVglRWiss 83 (1984), 129, 143; Audit, n° 1082.

¹⁴⁷ Schlenker, S. 15; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 321; Staudinger/ Großfeld, Rn. 42, 222; a.A.: Knobbe-Keuk (ZHR 154 (1990), 325, 355), die es nicht für zulässig hält, die steuerrechtlichen Vorschriften im Internationalen Privatrecht anzuwenden, da sie lediglich zur Abgrenzung der beschränkten von der unbeschränkten Steuerpflicht dienen.

¹⁴⁸ So z.B. Luchterhandt (S. 52) für abhängige Konzerngesellschaften.

¹⁴⁹ So zum Teil die französische Rechtsprechung und Literatur.

¹⁵⁰ Kreuzer, S. 15; Luchterhandt, S. 9 f.; Audit, n° 1082; Mayer, n° 1037.

gister des Satzungssitzortes zuständig ist.¹⁵¹ Damit muß der Satzungssitz zwingend im Gründungsstaat liegen, so daß im Ergebnis das Recht des Gründungsstaates auf die Gesellschaft zur Anwendung kommt.¹⁵² Insoweit kann also auf die Ausführungen zur Gründungsrechtsregel verwiesen werden.¹⁵³ Vor allem ein Teil der französischen Rechtsprechung¹⁵⁴ und Literatur stellt bei der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts auf den Satzungssitz ab, doch fordert er, daß dieser NICHT FIKTIV ist. Der Sitz der Gesellschaft sei dann nicht fiktiv, wenn die Gesellschaft einen tatsächlichen Bezug zum Satzungssitzstaat aufweisen könne.¹⁵⁵ Einen solchen tatsächlichen Bezug vermittele der Verwaltungssitz der Gesellschaft, d.h. es müsse auf den Verwaltungssitz abgestellt werden, wenn der Satzungssitz in Gesetzesumgehungsabsicht festgelegt worden oder fiktiv sei.¹⁵⁶ Begründet wird diese Einschränkung mit der Gefahr der Umgehung zwingender nationaler Vorschriften desjenigen Staates, in dem die Gesellschaft durch die Begründung eines fiktiven Satzungssitzes tätig wird.¹⁵⁷

Die Anknüpfung an den nicht fiktiven Satzungssitzes führt zu denselben Ergebnissen wie die Verwaltungssitzregel, denn ein nicht fiktiver Satzungssitz liegt nach herrschender Meinung nur vor, wenn Satzungs- und Verwaltungssitz im gleichen Staat liegen.¹⁵⁸ Diese etwas umständlichere Anknüpfung an einen eingeschränkten Satzungssitz leitet sich noch von der früher vertretenen Vorstellung ab, nach der eine Gesellschaft eine rein vertragliche Konstruktion war, die auch ihren Sitz und das auf sie anwendbare Recht privatautonom bestimmen konnte. Um der Mißbrauchsgefahr entgegenzuwirken, entstand daraufhin die umfassende Rechtsprechung zu den Voraussetzungen des nicht fiktiven Satzungssitzes.¹⁵⁹

Nur einer französischen Mindermeinung zufolge ist es möglich, daß ein nicht fiktiver Satzungssitz in einem anderen Land liegt als der Verwaltungssitz der Gesellschaft. Allerdings soll dies nur zulässig sein, wenn nicht zugleich eine Gesetzesumgehung (fraude) vorliege.¹⁶⁰

Dieser Mindermeinung kann jedoch nicht zugestimmt werden, denn eine Unter-

¹⁵¹ Behrens, ZGR 1994, 1, 5; Kreuzer, S. 15; Luchterhandt, S. 10.

¹⁵² Kreuzer, S. 15.

¹⁵³ Vgl. Kap. 2.B.I.2., S. 59 ff.

¹⁵⁴ Cass. Civ., 19. 03. 1956, D. 1956, Jur., 351; Cass. Req., 23. 06. 1924, D. 1924, Rec. heb., 541.

¹⁵⁵ Menjucq, n° 137.

¹⁵⁶ Loussouarn/ Bourel, n° 707; Mayer, n° 1037.

¹⁵⁷ Audit, n° 1083; Batiffol/ Lagarde, n° 194.

¹⁵⁸ Batiffol/ Lagarde, n° 194; Le Gall, in: Recueil Dalloz Sociétés, Siège Social, n° 28, 81; Lévy, n° 205; Merle, n° 83.

¹⁵⁹ Pohlmann, S. 50.

¹⁶⁰ Menjucq, n° 181.

2.B. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich

scheidung zwischen fiktivem Satzungssitz und Gesetzesumgehung kann nicht vorgenommen werden, weil ein fiktiver Satzungssitz automatisch eine Gesetzesumgehung darstellt. Es wird nämlich in jedem Fall das Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz hat und damit die am stärksten von der Gesellschaftstätigkeit berührte Rechtsordnung umgangen.

Die Anknüpfung an den nicht fiktiven Satzungssitz kann damit als Unterfall der Verwaltungssitzregel gewertet werden, so daß im übrigen auf die Ausführungen zur Verwaltungssitzregel verwiesen werden kann. Letztlich kommt man in Frankreich zu derselben Wertung wie in Deutschland, also einer qualifizierten Gründungsrechtsregel. Auch in Frankreich geht man nämlich zunächst vom Satzungssitzstaat aus, was einer Anwendung der Gründungsrechtsregel gleichkommt und stellt erst im zweiten Schritt auf den Verwaltungssitz ab, nämlich dann, wenn der Satzungssitz fiktiv ist.¹⁶¹

2. Die Gründungsrechtsregel

Im 18. Jahrhundert ist die Gründungsrechtsregel in England entwickelt worden, um die Wirtschaftsinteressen der damaligen Kolonialmacht zu schützen.¹⁶² Die Gründungsrechtsregel unterwirft alle Gesellschaften derjenigen Rechtsordnung, nach der sie erkennbar gegründet worden sind.¹⁶³ Damit ermöglichte man Gesellschaften, die in Kolonialstaaten tätig wurden, daß sie weiterhin dem, vor allem den Gesellschaftern und Gläubigern bekannten, englischen Recht unterstellt waren. Weiterhin stand eine solche nach englischem Recht gegründete Gesellschaft auch unter dem diplomatischen Schutz Englands.¹⁶⁴

Die Gründungsrechtsregel wird vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis, aber auch von einer immer größer werdenden Mindermeinung des deutschen Schrifttums vertreten,¹⁶⁵ während sie in Frankreich bisher nur wenige Anhänger

¹⁶¹ Audit, n° 1087; Le Gall, in: Recueil Dalloz Sociétés, Siège Social, n° 82; unklar Neumayer (ZVglRWiss 83 (1984), 129, 135 und Fn. 31), der feststellt, daß in Frankreich praktisch die Gründungsrechtsregel Anwendung findet, aber zugleich darlegt, daß in Frankreich zwar im Regelfall von der Zuständigkeit des Satzungssitzes ausgegangen wird, aber der effektive Geschäftssitz zur Anwendung kommt, wenn der Satzungssitz außerhalb des Gründungslandes liegt.

¹⁶² MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 265; Staudinger/ Großfeld, Rn. 27.

¹⁶³ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 263; Loussouarn/ Bourel, n° 707; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 692, Fn. 1.

¹⁶⁴ Behrens, ZGR 1994, 1, 5; Grothe, S. 30; Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1541; Soergel/ Lüderitz, Anh. Art. 10 EGBGB, Rn. 5; Batiffol/ Lagarde, 1981, n° 193; Pohlmann, S. 42.

¹⁶⁵ So z.B. Behrens, EuZW 1991, 97; Drobniç, ZHR 129 (1967), 93, 115; Fischer, IPRax 1991, 100 ff.; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 356; Neumayer, ZVglRWiss 83 (1984), 129, 139; Koppstein (S. 121 ff.) für das Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten untereinander.

gefunden hat.¹⁶⁶

Die Vertreter der Gründungsrechtsregel führen an, daß die Gründungsrechtsregel wesentlich praktikabler sei als die Verwaltungssitzregel und zur Rechtsklarheit beitrage, da das Anknüpfungsmerkmal, nämlich das Recht, nach der eine Gesellschaft gegründet wurde, durch die Gründungsdokumente und die Registrierung problemlos festgestellt werden könne.¹⁶⁷ Bei der Verwaltungssitzregel könne es hingegen Schwierigkeiten geben, wenn eine Gesellschaft mehrere Verwaltungssitze habe.¹⁶⁸ Schließlich trage die Gründungsrechtsregel der Privatautonomie Rechnung, da sie auf das Recht abstelle, nach dem eine Gesellschaft gegründet worden sei, d.h. der Wille der Gründer stehe im Vordergrund. Die Gesellschafter könnten nämlich nach dieser Anknüpfungsregel das Gesellschaftsstatut frei wählen, je nachdem, für welches Recht sie sich bei der Gründung der Gesellschaft entschieden, während sich der Verwaltungssitz einer Gesellschaft aus den tatsächlichen Gegebenheiten ergebe.¹⁶⁹

Weiterhin diene es auch der Rechtssicherheit, wenn die Gesellschaft nach Erfüllung der Gründungsvoraussetzungen rechtsfähig sei, unabhängig davon, wo sich ihr Verwaltungssitz befinde.¹⁷⁰ Schließlich soll die Gründungsrechtsregel auch die „zunehmende weltwirtschaftliche Integration“ unterstützen, da sie die Verlegung des Verwaltungssitzes ohne Änderung des Satzungssitzes und ohne Statutswechsel ermögliche.¹⁷¹

Allerdings werden zum Teil Einschränkungen der Gründungsrechtsregel mit Hilfe des *ordre public* (Art. 6 EGBGB) oder der Rechtsfigur des „*fraus legis*“ gemacht, um einen Mißbrauch der Wahlfreiheit zu verhindern.¹⁷² Vor allem in den USA hat sich eine umfassende Rechtsprechung zu den „Pseudo-Foreign-Corporations“ entwickelt, um Unbilligkeiten, die sich aus der Anwendung der Gründungsrechtsregel ergeben haben, zu korrigieren.¹⁷³ In den Vereinigten Staaten sind nämlich

¹⁶⁶ Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 67; Lévy, n° 170, 182 s. Als einer der wenigen französischen Anhänger der Gründungsrechtsregel kann Pillet (n° 739) bezeichnet werden.

¹⁶⁷ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 267; Schlenker, S. 8; Loussouarn/ Bourel, n° 707; Mayer, n° 1036.

¹⁶⁸ Koppensteiner, S. 121; Neumayer, ZVglRWiss 83 (1984), 129, 143 ff.

¹⁶⁹ Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1541; Soergel/ Lüderitz, Anh. Art. 10 EGBGB, Rn. 5; Audit, n° 1081 bis; Loussouarn/ Bourel, n° 707; Mayer, n° 1036; Pohlmann, S. 37.

¹⁷⁰ Koppensteiner, S. 122; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 267; Menjucq, n° 133.

¹⁷¹ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 24; Koppensteiner, S. 122; Neumayer, ZVglRWiss 83 (1984), 129, 139; Menjucq, n° 134.

¹⁷² Grothe, S. 36; Koppensteiner, S. 132; Neumayer, ZVglRWiss 83 (1984), 129, 138; Zimmer, S. 213; Audit, n° 1081 bis; Perrin, p. 104 ss.

¹⁷³ Grothe, S. 86 ff.; Schlenker, S. 9, 10; Staudinger/ Großfeld, Rn. 149; Audit, n° 1081 bis; Mayer, n° 1036.

2.B. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich

vielfach Gesellschaften nach dem Recht des Bundesstaates Delaware gegründet worden, weil Delaware eines der liberalsten Gesellschaftsrechte der USA aufweist; ihren effektiven Verwaltungssitz hatten diese Gesellschaften aber dann in einem anderen Bundesstaat. Andere Bundesstaaten ordnen dieses Verhalten als Gesetzesumgehung ein und gehen durch Beschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeiten von Gesellschaften, die in einem anderen Bundesstaat registriert sind, gegen das Unterlaufen ihrer Gesellschaftsrechte vor.¹⁷⁴

Der Gründungsrechtsregel wird daher von den Vertretern der Verwaltungssitzregel vorgeworfen, daß sie durch die Möglichkeit, ein laxeres Gesellschaftsrecht als Gesellschaftsstatut zu wählen, den Gesellschaftern, Gläubigern, Schuldnern und Dritten keinen ausreichenden Schutz biete und außerdem den nationalen Gesellschaften einen Konkurrenznachteil verschaffe, da diese sich an eventuell strengere nationale Vorschriften zu halten hätten.¹⁷⁵ Nach Ansicht der Vertreter der Verwaltungssitzregel überwiegen bei der Gründungsrechtsregel die Nachteile, daher sei diese Anknüpfungsregel abzulehnen.¹⁷⁶

3. Die Kombinations- und Differenzierungstheorien

Zum Teil werden in der Literatur die Elemente der Verwaltungssitz- und Gründungsrechtsregel zu eigenen Theorien vereint.

Die Überlagerungstheorie von Sandrock geht vom Gründungsrecht aus, doch sollen bestimmte Rechtssätze im Sitzstaat das Gründungsrecht „überlagern“, um gewisse Personenkreise vor der Anwendung des eventuell nachlässigeren Gründungsrechts zu schützen. Außen- wie Innenbeziehungen einer Gesellschaft sollen sich nach dem Gründungsrechtsstatut bestimmen, während Personen, die ein unmittelbares privatrechtliches Interesse an der Gesellschaft haben, sich auf die ihnen günstigeren zwingenden Vorschriften des Verwaltungssitzstaates berufen können. Gründung und Anerkennung richten sich also nach dem Gründungsrechtsstatut, während das Sitzrecht auf die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern oder Arbeitnehmern zur Anwendung kommen kann. Bei Nichtbeachtung der Vorschriften des Verwaltungssitzstaates sollen dessen Sanktionen eingreifen, um so die Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen zu erzwingen.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Audit, n° 1081 bis; Lévy, n° 174; Mayer, n° 1036.

¹⁷⁵ Schlenker, S. 9, 10; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 67.

¹⁷⁶ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 267; Schlenker, S. 9 f.; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 68.

¹⁷⁷ Sandrock, BerDGesVR 18 (1978), 169, 191, 201 f.; zustimmend Bungert (AG 1995, 489, 492)

Nach Auffassung Sandrocks ist im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft die Verwaltungssitzregel nicht mehr zeitgemäß, da sie den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft behindere, insbesondere weil sie die Verlegung des Verwaltungssitzes nicht zulasse.¹⁷⁸ Demgegenüber biete die Überlagerungstheorie den Vorteil der größeren Einzelfallgerechtigkeit, die sich aus der differenzierten Anknüpfung ergebe. Dies führe zu einer Vereinfachung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs ohne die Manipulationsgefahr, die sich aus der Anwendung der Gründungsrechtsregel ergebe.¹⁷⁹

Bestätigt werde die Idee der Überlagerungstheorie durch Art. 4 des bisher nicht in Kraft getretenen EG-Anerkennungsübereinkommens, da diesem Übereinkommen eine ähnliche Konzeption wie der Überlagerungstheorie zugrunde liegt. Auch dort kommt dispositives Recht des Gründungsstaates neben dem zwingenden Recht des Sitzstaates zur Anwendung.¹⁸⁰

Gegner der Überlagerungstheorie kritisieren vor allem, daß die kombinierte Anwendung von Gründungs- und Verwaltungssitzrecht zu unlösbaren Anpassungsproblemen führt, da die beiden Rechtsordnungen nicht aufeinander abgestimmt seien und es zu einer Durchbrechung des Prinzips der Einheit des Gesellschaftsstatuts komme.¹⁸¹ Eine der Überlagerungstheorie ähnliche Theorie vertritt Behrens, der die Gründungsrechtsregel durch eine über den *ordre public* hinausgehende Sonderanknüpfung einschränkt. Diese Sonderanknüpfung an den Verwaltungssitzort soll nur dann Anwendung finden, wenn „wirklich grundlegende Rechtsgrundsätze in Frage stehen“, die vom Verwaltungssitzstaat, nicht aber vom Recht des Gründungsortes geschützt werden. In diesen (Einzel-)Fällen soll, soweit es unbedingt erforderlich ist, eine Anknüpfung an das Recht des Verwaltungssitzstaates erfolgen.¹⁸² Anders als bei der Überlagerungstheorie finden damit nicht alle zwingenden Normen des Sitzstaates Anwendung, sondern nur diejenigen, die wirklich grundlegende Rechtsgrundsätze betreffen.¹⁸³

f.).

¹⁷⁸ Sandrock, RIW 1989, 505, 509.

¹⁷⁹ Bungert, AG 1995, 489, 491; Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1545; Sandrock, RIW 1989, 505, 512; Sandrock/ Austmann, RIW 1989, 249, 252 f.

¹⁸⁰ Bungert, ZVglRWiss 93 (1994), 117, 122; Sandrock, BerDGesVR 18 (1978), 169, 191, 201 f.; vgl. auch Kap. 2.A.V.2.b., S. 46 ff.

¹⁸¹ Ebenroth/ Sura, RabelsZ 43 (1979), 315, 317 f.; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 157; Koppensteiner, S. 10; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 293 ff.; Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1545; Soergel/ Lüderitz, Anh. Art. 10 EGBGB, Rn. 9; Staudinger/ Großfeld, Rn. 41 ff., 249 f.

¹⁸² Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 128; ähnlich auch Beitzke (in: Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen-internationalen Personen- und Sachenrechts, S. 94, 116 ff.); Grothe, S. 195; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 347; vgl. auch Menjucq, n° 165 s.

2.B. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich

Die Differenzierungslehre Grasmanns will bei der Anknüpfung zwischen Innen- und Außenverhältnis der Gesellschaft unterscheiden. Die inneren Beziehungen der Gesellschaft sollen dem Gründungsrecht unterliegen, weil dies das Recht sei, das dem Parteiwillen entspreche. Hingegen sollen die Beziehungen zu Dritten unter das Vornahme- oder Wirkungsstatut fallen, wenn dieses Statut für den Dritten günstiger ist.¹⁸⁴ Durch die Anwendung dieses Statuts werde das Interesse des Staates an der Sicherheit des inländischen Rechtsverkehrs berücksichtigt, da sich die mit der Gesellschaft verkehrenden Dritten nicht dem ausländischen Gründungsrecht unterwerfen müßten.¹⁸⁵ Die Gesellschafter hingegen seien nicht schutzwürdig, weil sie die Anwendbarkeit ausländischen Rechts bezüglich ihres Rechtsverhältnisses zur Gesellschaft durch den Eintritt in die Gesellschaft in Kauf genommen hätten.¹⁸⁶

Ähnlich wie bei der Überlagerungstheorie wird der Differenzierungstheorie vorgeworfen, gegen das Prinzip der Einheit des Gesellschaftsstatuts zu verstoßen, was zur Anwendung nicht aufeinander abgestimmter Rechtsordnungen führe.¹⁸⁷ Außerdem ergebe sich bei der Aufspaltung der Gesellschaftsbeziehungen in Innen- und Außenverhältnisse das Problem, daß manche Rechtsnormen nicht eindeutig einem der beiden Bereiche zuzuordnen seien bzw. daß ein Teil der Vorschriften zwar nur ein Verhältnis betreffe, dieses aber in innerem Zusammenhang zum anderen Verhältnis stehe. So könnten sich z.B. Arbeitnehmerinteressen und Gesellschafterinteressen widersprechen, und ein für beide günstigeres Recht ließe sich nicht finden. Außerdem stünden beispielsweise die Haftungsbeschränkungen, die auf das Außenverhältnis wirken, in innerem Zusammenhang mit den internen Zuständigkeitsregeln.¹⁸⁸

4. Die Kontrolltheorie

Die Kontrolltheorie stellt bezüglich des Gesellschaftsstatuts auf die Nationalität der Mehrheit der Gesellschafter oder auf die Nationalität der Geschäftsführer ab.¹⁸⁹

Die Kontrolltheorie wurde 1812 während des anglo-amerikanischen Krieges in

¹⁸³ Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 128.

¹⁸⁴ Grasmann, Rn. 615 ff.

¹⁸⁵ Grasmann, Rn. 618.

¹⁸⁶ Grasmann, Rn. 619.

¹⁸⁷ Vgl. auch Menjucq, n° 163.

¹⁸⁸ Koppensteiner, S. 110 f.; Soergel/ Lüderitz, Anh. Art. 10 EGBGB, Rn. 9.

¹⁸⁹ Grothe, S. 24; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 259 ff.; Batiffol/ Lagarde, 1981, n° 193; Pohlmann, S. 39, 65.

den Vereinigten Staaten entwickelt.¹⁹⁰ Sie wurde dann von den Vertretern der Fiktionstheorie aufgegriffen: Der Gesellschaft als Fiktion könne keine Nationalität zukommen, so daß auf die Nationalität der dahinterstehenden Personen abzustellen sei.¹⁹¹

In Deutschland hat die Kontrolltheorie für die kollisionsrechtliche Anknüpfung nie viele Anhänger gefunden und findet inzwischen überhaupt keine Anwendung mehr.¹⁹² Lediglich im fremdenrechtlichen Bereich wird sie noch zur Bestimmung der Ausländereigenschaft herangezogen.¹⁹³

Die Kontrolltheorie hat in Frankreich vor allem während des ersten Weltkrieges an Bedeutung gewonnen und lebte während des zweiten Weltkrieges wieder auf. In dieser Zeit ist sie immer wieder von der Rechtsprechung zur Bestimmung der Nationalität und damit des Gesellschaftsstatuts herangezogen worden.¹⁹⁴ Damit sollte es dem französischen Staat ermöglicht werden, Vermögensgegenstände einer feindlichen Gesellschaft mit französischem Verwaltungssitz zu beschlagnahmen.¹⁹⁵ Nach dem ersten Weltkrieg ist in Frankreich außerdem mit Hilfe der Kontrolltheorie festgestellt worden, welche Gesellschaften Kriegsentschädigung erhalten sollten.¹⁹⁶ Die Gründe zeigen, daß es nicht primär um die Bestimmung des anwendbaren Gesellschaftsstatus ging, sondern daß fremdenrechtliche Aspekte bei der Anwendung der Kontrolltheorie im Vordergrund standen. Weil in Frankreich zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts an die Nationalität der Gesellschaft angeknüpft wird, greifen die beiden Bereiche ineinander. Nach dem 2. Weltkrieg ist man auch in Frankreich wieder völlig von der kollisionsrechtlichen Kontrolltheorie abgekommen,¹⁹⁷ doch soll die Nationalität von Gesellschaften außerhalb des Kollisionsrechts oder in Krisensituationen durchaus auch weiterhin nach der Kontrolltheorie bestimmt werden.¹⁹⁸ Aufgrund der kollisionsrechtlichen Anknüpfung an die Nationalität führt diese Haltung zu dem Ergebnis, daß eine Gesellschaft kollisionsrechtlich eine andere Nationalität haben kann, als ihr fremdenrechtlich zuerkannt wird. Um eine solche doppelte Nationalität zu vermeiden, soll nach einer Auffassung von der kollisionsrechtlichen Anknüpfung nur abgewichen

¹⁹⁰ Grothe, S. 25; Kruse, S. 11.

¹⁹¹ Pohlmann, S. 39.

¹⁹² Egli, S. 44; Kruse, S. 11; Grothe, S. 25.

¹⁹³ Vgl. Staudinger/ Großfeld, Fn 902; Grothe, S. 25.

¹⁹⁴ Cour d'appel de Rouen 19. 01. 1916, D. 1918, II, 17, 19.

¹⁹⁵ Batiffol/ Lagarde, n° 197; Mayer, n° 1050; Pohlmann, S. 68 f.

¹⁹⁶ Cass. Civ., 25. 07. 1933, D. 1936, I, 121, 128 s.; Mayer, n° 1050; Pohlmann, S. 67.

¹⁹⁷ Mayer, n° 1050; Pohlmann, S. 82.

¹⁹⁸ Audit, n° 1085; Batiffol/ Lagarde, n° 197; Goldman, VIII, 64, S. 419; Loussouarn/ Bourel, n° 711; Mayer, n° 1050 s.

2.B. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich

werden, wenn die Anknüpfung an die Nationalität der Gesellschafter gesetzlich festgelegt wurde.¹⁹⁹

Zu kritisieren ist an der Kontrolltheorie, daß sie sehr unpraktikabel ist, weil zum einen nicht klar ist, ob auf die Nationalität der geschäftsführenden Personen oder auf die Mehrheit der Gesellschafter abgestellt werden soll, und sich zum anderen Schwierigkeiten ergeben können, wenn keine Nationalitätsmehrheit bei den Gesellschaftern vorliegt. Schließlich sind die Gesellschafter und ihre Nationalität vor allem bei Aktiengesellschaften meist unbekannt, bzw. besteht die Möglichkeit, daß auch juristische Personen Gesellschafter einer AG sind. Außerdem würde sich das Gesellschaftsstatut bei einem Nationalitätswechsel der Mehrheit der Gesellschafter oder der Geschäftsführungsbeteiligten ändern, obwohl die soziale Aktivität der Gesellschaft gleich geblieben ist. Damit ist das Anknüpfungskriterium der Nationalität zu unbeständig und für Dritte nur schwer erkennbar.²⁰⁰ Schließlich berücksichtigt die Kontrolltheorie nicht die Eigenständigkeit der juristischen Person, denn sie stellt ausschließlich auf die hinter der Gesellschaft stehenden natürlichen Personen ab.²⁰¹

5. Stellungnahme

Wenn man die Anknüpfungsregeln vergleichen will, muß man berücksichtigen, daß die Gründungsrechtsregel ursprünglich für Gesellschaften entwickelt worden ist, die nicht in ihrem Heimatstaat, sondern in einer Kolonie tätig werden wollten. In diesem Fall war es durchaus sinnvoll, eine Gesellschaft dem Gründungsrecht zu unterstellen, um ihr diplomatischen Schutz zukommen zu lassen und es den Gesellschaftern zu ermöglichen, die Gesellschaft weiterhin nach dem ihnen bekannten Recht zu führen. Diese Konzeption ist jedoch zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr angemessen. Anders als bei einem nicht autonomen Kolonialstaat, dessen Interessen vom Mutterstaat mitberücksichtigt werden können, fehlt es zwischen zwei autonomen Staaten an einem Abhängigkeitsverhältnis, so daß der eine Staat nicht die Interessen des anderen wahrnehmen kann und will. Statt eines Abhängigkeitsverhältnisses besteht ein Konkurrenzverhältnis, bei dem eine Anknüpfung an das Gründungsrecht nicht sinnvoll ist, denn jeder der autonomen Staaten hat seine eigenen Interessen zu schützen.

Ein wirksamer Interessenschutz kann nur durch die Verwaltungssitzregel gewährt

¹⁹⁹ Batiffol/ Lagarde, n° 197; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 74.

²⁰⁰ So insbesondere auch Audit, n° 1079; Batiffol/ Lagarde, 1981, n° 193; Lévy, n° 154; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 69; Menjuq, n° 131; Pohlmann, S. 39 f.

²⁰¹ Vgl. auch Audit, n° 1079; Pohlmann, S. 39.

werden, weil sie die Interessen des Staates schützt, der durch die Tätigkeit der Gesellschaft am stärksten betroffen ist. Dies gilt zumindest solange, bis die Interessen autonomer Staaten übereinstimmen, weil ihre Rechtsordnungen harmonisiert sind.²⁰² Bis dahin hat jeder Staat dafür Sorge zu tragen, daß die Gläubiger, Arbeitnehmer und Gesellschafter durch das eigene Gesellschaftsrecht geschützt werden, und daß für die Gesellschaften das Gleichheitsprinzip innerhalb seines Staatsgebiets zur Anwendung kommt.

Auch die Einschränkungen der Gründungsrechtsregel, die von manchen Vertretern zum Ausgleich der Nachteile dieser Regel befürwortet werden sowie die Kombinations- und Differenzierungslehren können die Mängel der Gründungsrechtsregel nicht sinnvoll beheben. Der durch diese Regeln bezweckte Interessenschutz ist, infolge einer Anknüpfung an verschiedene Rechtsordnungen und die dadurch möglicherweise auftretenden Wertungswidersprüche, nicht vollständig gewährleistet. Zusätzlich gefährden diese Theorien die Rechtssicherheit, da im Einzelnen nicht von vornherein klar ist, welche Rechtsordnung hinsichtlich welcher Rechte der Gesellschaft zur Anwendung kommt.

Auch die Kontrolltheorie muß aus Gründen der Rechtssicherheit abgelehnt werden, da es zum einen für außenstehende Dritte schwer feststellbar ist, welche überwiegende Nationalität die geschäftsführenden Personen bzw. Gesellschafter haben und diese sich zum anderen häufig ändern kann.

Die im Zusammenhang mit der Verwaltungssitzregel entstehenden Nachteile fallen im Verhältnis zu den Nachteilen der anderen Anknüpfungsregeln nicht ins Gewicht. So sind die Schwierigkeiten bei der Konkretisierung des Begriffs Verwaltungssitz auf Grund richterlich festgelegter Merkmale fast ausgeräumt. Die zwingende Auflösung der Gesellschaft bei Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland muß unter Umständen zum Schutz der oben erwähnten Interessen hingenommen werden.²⁰³

II. Die nationalen Anknüpfungsregeln

Maßgeblich sind vorrangig gesetzlich vorgeschriebene Anknüpfungsregeln, nachrangig kommen die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Kollisionsnormen zum Zuge.

Staatsvertragliche Regelungen, die die Anknüpfung regeln, existieren nicht, da

²⁰² Vgl. auch Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1545.

²⁰³ Zur Frage, inwieweit der Interessenschutz die Auflösung der Gesellschaft erfordert, vgl. Kap. 3.C.II., S. 129 ff.

2.B. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich

weder das Haager Abkommen über die Anerkennung ausländischer Gesellschaften vom 01. 06. 1956 noch das Brüsseler EG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29. 02. 1968 in Kraft getreten sind.²⁰⁴

Auch der deutsch-französische Niederlassungsvertrag kann nicht zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts herangezogen werden, da er nur eine Regelung hinsichtlich der Anerkennung, nicht aber zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts trifft.

1. In Deutschland

Im deutschen Kollisionsrecht gibt es keine gesetzliche Kollisionsregel für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts. Das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. 07. 1986 führt das Gesellschaftsrecht lediglich im Negativkatalog des Art. 37 Nr. 2 EGBGB auf, der bestimmt, daß die Vorschriften über vertragliche Schuldverhältnisse nicht auf das Gesellschaftsrecht anwendbar sind. In Hinblick auf Art. 1 Abs. 2 lit. e EVÜ²⁰⁵ sind die Rechtsverhältnisse von Vereinen, Gesellschaften und juristischen Personen vom Anwendungsbereich der Art. 27 ff. EGBGB ausgeschlossen worden.²⁰⁶ Dieser Ausschluß erfolgte vor allem im Hinblick auf eine Vereinheitlichung der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts im Rahmen der EG.²⁰⁷

Eine Mindermeinung geht davon aus, daß die Verwaltungssitzregel in Deutschland gesetzlich verankert ist. In dem in Kraft getretenen Zustimmungsgesetz zum Brüsseler EG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29. 02. 1968 zeigt sich dieser Auffassung zufolge nämlich, daß der Gesetzgeber von der Verwaltungssitzregel ausgegangen ist, denn gem. Art. 2 des Zustimmungsgesetzes²⁰⁸ v. 18. 05. 1972 sollte das Übereinkommen nicht auf Gesellschaften anwendbar sein, die ihren tatsächlichen Sitz außerhalb des Geltungsbereichs des Übereinkommens haben.²⁰⁹

Dieser Auffassung kann allerdings nicht zugestimmt werden: Zwar ist das Zustimmungsgesetz im Gegensatz zu dem Übereinkommen in Kraft getreten, doch bezieht sich das Zustimmungsgesetz nur auf das Übereinkommen und regelt in Art. 2 lediglich, daß Deutschland von der in Art. 4 des Übereinkommens vorge-

²⁰⁴ Vgl. Kap. 2.A.V.2.a. und 2.A.V.2.b., S. 46 ff.

²⁰⁵ Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. 06. 1980, BGBl. 1986, II, 810 (abgedruckt bei Jayme/ Hausmann, Nr. 43).

²⁰⁶ BT-Drs. 10/ 504, 84, 29.

²⁰⁷ BT-Drs. 10/ 504, 29; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 2.

²⁰⁸ BGBl. 1972 II, 369, 370.

²⁰⁹ Von Bar, Rn. 620; Brödermann, in: Brödermann/ Iversen, Rn. 101.

sehenen Möglichkeit eines Vorbehalts Gebrauch macht. Hieraus kann jedoch keine kollisionsrechtliche nationale Vorschrift zur Bestimmung des nationalen Gesellschaftsstatuts entnommen werden. Allerdings bestimmt die deutsche ständige Rechtsprechung das Gesellschaftsstatut einer Gesellschaft nach dem Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden, d.h. nach der Verwaltungssitzregel.²¹⁰

2. In Frankreich

a. Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537)

Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) trifft eine Regelung zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts für Handelsgesellschaften, die ihren Sitz in Frankreich haben.²¹¹ So ordnet Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) an, daß Gesellschaften, die ihren Sitz (siège social) auf französischem Territorium haben, dem französischen Recht unterliegen. Dritte können sich nach Art. L. 210-3 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 2 Loi n° 66-537) auf den Satzungssitz (siège statuaire) berufen, doch darf die Gesellschaft den Satzungssitz Dritten nicht entgeghalten, wenn sich der tatsächliche Sitz der Gesellschaft an einem anderen Ort befindet.

b. Die Auslegung des Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537)

aa. Der Begriff „siège social“ in Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537)

Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) enthält den allgemeinen Begriff „siège social“ (Gesellschaftssitz), bei dem umstritten ist, ob damit der tatsächliche oder der statutarische Sitz gemeint ist.

Ein Teil der Literatur geht davon aus, daß mit „siège social“ der VERWALTUNGSSITZ („siège réel“) gemeint ist.²¹² Zur Begründung wird Art. L. 210-3 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 2 Loi n° 66-537) herangezogen, der Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) präzisieren soll.²¹³ Abs. 2 soll dieser

²¹⁰ BGH v. 21. 03. 1986, BGHZ 97, 269, 272; OLG Nürnberg v. 07. 06. 1984, IPRax 1985, 342; OLG München v. 06. 05. 1986, NJW 1986, 2197 ff.; OLG Zweibrücken v. 27. 06. 1990, IPRax 1991, 406; BayObLG v. 07. 05. 1992, WM 1992, 1371 ff.; OLG Hamm v. 30. 04. 1997, IPRax 1998, 363 f.; a.A. OLG Frankfurt v. 23. 06. 1999, das die Gründungsrechtsregel zumindest anwendet, wenn die Geschäftsführung einer Gesellschaft auf mehrere Staaten verteilt ist.

²¹¹ Art. 1837 CC enthält eine entsprechende Regelungen für sonstige Gesellschaften.

²¹² Loussouarn, Rev. trim. dr. europ. 1974, 708, 716.

2.B. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich

Ansicht zufolge so zu verstehen sein, daß Dritte sich AUSSERDEM auf den Satzungssitz berufen können. Damit ergebe sich inzident, daß Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) primär auf den Verwaltungssitz abstelle.²¹⁴

Pohlmann meint hingegen, daß mit dieser grammatikalischen Auslegung keine eindeutige Lösung zu erreichen ist, da Art. L. 210-3 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 2 Loi n° 66-537) auch den Sitzbegriff des Abs. 1 erläutern kann. In diesem Fall würde Abs. 2 meinen, daß sich Dritte auf DIESEN Satzungssitz (des Abs. 1) und zusätzlich auf den Verwaltungssitz berufen könnten.²¹⁵ Das grammatikalische Verständnis der Vorschrift könnte somit auch dafür sprechen, daß im Rahmen des „siège social“ an den Satzungssitz anzuknüpfen sei. Nach dieser Ansicht läßt sich auch mit der teleologischen Auslegung kein eindeutiges Ergebnis ermitteln. So könne Abs. 1, wenn er sich auf den Verwaltungssitz beziehe, als eine Regelung zur Vermeidung der Mißbrauchsgefahr gesehen werden, indem er eine Anknüpfung an den tatsächlichen Gesellschaftssitz vorschreibe. Abs. 2 würde diese Auslegung unterstützen, da er deutlich mache, daß das Gesetz gegen die mißbräuchliche Festlegung des Gesellschaftssitzes angehe. Andererseits könne ebenso argumentiert werden, daß Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) an den Satzungssitz anknüpfe und der Wahlfreiheit der Gesellschafter diene. Der Mißbrauchsgefahr würde dann erst in Abs. 2 begegnet, um den Gründern eine möglichst große Wahlfreiheit zu belassen.²¹⁶

Nach der herrschenden Meinung führt jedoch die historische Auslegung zu einer eindeutigen Auslegung des Begriffs „siège social“. Während des Gesetzgebungsverfahrens sei man sich einig gewesen, daß Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) lediglich die bisherige Rechtsprechung kodifizieren sollte.²¹⁷ Daher sei bei der Auslegung des Begriffs „siège social“ die vor Einführung des französischen Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) ergangene, aber auch die aktuelle einschlägige Rechtsprechung heranzuziehen:²¹⁸ Diese Rechtsprechung beruft sich im wesentlichen entweder auf einen realen, nicht fiktiven und nicht in Gesetzesumgehungsabsicht festgelegten Satzungssitz,²¹⁹ oder sie zieht unmittelbar

²¹³ Loussouarn, Rev. trim. dr. europ. 1974, 708, 716, Fn. 1; Ripert/ Roblot/ Germain, n° 691.

²¹⁴ Pohlmann, S. 49.

²¹⁵ Pohlmann, S. 49.

²¹⁶ Pohlmann, S. 49.

²¹⁷ JO, Débats de l'Assemblée Nationale et du Sénat, 15. 04. 1966, 17; Audit, n° 1083, 1085; Le Gall, in: Recueil Dalloz Sociétés, Siège Social, n° 87; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 3; Pohlmann, S. 49.

²¹⁸ Batiffol/ Lagarde, n° 194; Pohlmann, S. 49; Merle, n° 82 s.

²¹⁹ Z.B. Cass. Req., 17. 07. 1935; Rev. crit. dr. int. pr. 1936, 767, 769; Cass. Civ., 15. 07. 1954,

den Verwaltungssitz heran. Sie vermengt somit SATZUNGS- und VERWALTUNGS-SITZ, um ein Auseinanderfallen dieser Sitze zu vermeiden.²²⁰

Im Ergebnis wird daher nach herrschender Ansicht der „siège social“ des Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) zunächst grundsätzlich von der Satzung bestimmt, in der ein Sitz gem. Art. L. 210-2 CCom (vorm. Art. 2 Loi n° 66-537) festzulegen sei. Soweit er aber fiktiv sei, hätten die Gerichte die Möglichkeit, sich hinsichtlich des „siège social“ auf den Verwaltungssitz der Gesellschaft zu stützen.²²¹ Daneben hätten außenstehende Dritte gem. Art. L. 210-3 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 2 die Wahl, ob sie sich auf den fiktiven Sitzungssitz oder auf den Verwaltungssitz der Gesellschaft berufen, während die Gesellschaft Dritten gegenüber gem. Abs. 2 den fiktiven Sitzungssitz nicht geltend machen dürfe.²²² Einer Mindermeinung zufolge ist jedoch unter dem Begriff „siège social“ im Rahmen des Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) der SATZUNGSSITZ der Gesellschaft zu verstehen.²²³ Eine mißbräuchliche Festlegung des Sitzungssitzes wird nach dieser Auffassung nur nach Abs. 2 sanktioniert, wobei Abs. 2 eine eigene Anknüpfung bewirkt.²²⁴

Es wird geltend gemacht, daß Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) sich auf den Sitzungssitz beziehen müsse, weil sonst Abs. 2 überflüssig wäre. Würde man nämlich schon in Abs. 1 vom Verwaltungssitz ausgehen, würde es für Dritte keinen Sinn machen, daß bei einem Auseinanderfallen des Sitzungs- und des Verwaltungssitzes ebenfalls über Abs. 2 eine Anknüpfung an den Verwaltungssitz erfolge, da bereits gem. Abs. 1 an diesen Sitz angeknüpft worden sei. Damit wäre auch die Regelung, daß sich die Gesellschaft gegenüber Dritten nicht auf den fiktiven Sitzungssitz berufen darf, überflüssig. Es könne jedoch von der Logik und Gesetzessystematik her nicht sein, daß eine Vorschrift so ausgelegt wird, daß sie zum Teil sinnlos ist. Das bedeute, daß der nicht fiktive Sitzungssitz (d.h. der tatsächliche Verwaltungssitz) nur hinsichtlich Dritter zur

D. 1954, Jur., 627; so auch die neuere Rechtsprechung nach Einführung des französischen Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537): Cass. Civ., 15. 07. 1970, D. 1971, Somm. Jur., 12; Cass. Com., 12. 12. 1972, Bull. civ. IV, n° 331, 307; Cass. Civ., 21. 07. 1987, Rev. soc. 1988, 97, 98; Cass. Civ., 21. 12. 1990, D. 1991, Jur., 305; Paris, 19. 03. 1992, Bull. Joly 1992, § 245, 759.

²²⁰ Batiffol/ Lagarde, n° 194; Le Gall, in: Recueil Dalloz Sociétés, Siège Social, n° 81; Cass. Civ., 21. 12. 1990, D. 1991, Jur., 305; vgl. auch Kap. 2.B.I.1.b. und 2.B.I.1.c., S. 57 ff.

²²¹ Batiffol/ Lagarde, n° 194; Le Gall, in: Recueil Dalloz Sociétés, Siège Social, n° 83; Merle, n° 83.

²²² Batiffol/ Lagarde, n° 194; Le Gall, in: Recueil Dalloz Sociétés, Siège Social, n° 83; Merle, n° 83.

²²³ Menjucq, n° 187; Neumayer, ZVglRWiss 83 (1984), 129, 135 f.; vom Ansatz her auch Lévy (n° 200 s.).

²²⁴ Menjucq, n° 187.

2.B. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich

Anwendung kommen dürfe.²²⁵ Die Mindermeinung beruft sich auch darauf, daß diese Auslegung dem Willen des Gesetzgebers entspreche, der bei der Erstellung des französischen Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) sowohl vom Gemeinschaftsrecht, das dem Satzungssitz positiv gegenüber steht, als auch von der französischen Lehre, die eine Gesetzesumgehung verhindern möchte, beeinflußt worden sei.²²⁶

Weiterhin weisen die Vertreter der Mindermeinung darauf hin, daß der rechtliche Bestand der Gesellschaft nicht von der Entscheidung abhängen könne, ob sich eine Drittpersonen auf den Satzungs- oder Verwaltungssitz der Gesellschaft beruft.²²⁷ Daher sei im Rahmen des Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) eine Anknüpfung an den Satzungssitz erforderlich, damit der rechtliche Bestand der Gesellschaft unabhängig von der Wahl des Dritten gesichert sei. Soweit nämlich an den Verwaltungssitz der Gesellschaft angeknüpft werde, führe das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz – anders als bei einer Anknüpfung an den Satzungssitz – zum Verlust des rechtlichen Bestandes der Gesellschaft.²²⁸

Demgegenüber meint Sandroock, daß Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) zu einem ähnlichen Ergebnis führe wie die Überlagerungstheorie, da beim Auseinanderfallen von Gründungs- und Verwaltungssitzstatut beide Statute nebeneinander zur Anwendung kämen, und Dritte in diesem Fall die Wahl hätten, welches der Statute für ihre Beziehungen zur Anwendung kommen soll.²²⁹ Im Unterschied zur Überlagerungstheorie halte Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) jedoch am Verwaltungssitz als Anknüpfungspunkt fest, was sich bei der Beurteilung der Innenbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern zeige, denn die Gesellschafter hätten nicht die Möglichkeit, sich auf die Regeln des Gründungsstatuts zu berufen.²³⁰

bb. Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) als allseitige Kollisionsnorm

Nach seinem Wortlaut stellt Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) lediglich eine EINSEITIGE Kollisionsnorm dar,²³¹ denn Abs. 1 bestimmt nur, wann

²²⁵ Menjucq, n° 187.

²²⁶ Menjucq, n° 192.

²²⁷ Neumayer, ZVglRWiss 83 (1984), 129, 135 f.

²²⁸ Vgl. Kap. 3.C.II.2.a. und 3.C.II.2.b., S. 136 ff.

²²⁹ Sandroock, BerDGesVR 18 (1978), 169, 195.

²³⁰ Sandroock, BerDGesVR 18 (1978), 169, 196.

²³¹ Audit, n° 1085; Batiffol/ Lagarde, n° 193; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 4; Lévy, n° 135.

das französische Recht anwendbar ist: „eine Gesellschaft unterliegt französischem Recht, wenn sie ihren Sitz auf französischem Territorium hat“. D.h. eine nicht französische Gesellschaft müßte ihre Nationalität bzw. ihr Gesellschaftsstatut von dem Staat herleiten, nach dessen Rechtsordnung sie ihre Rechtspersönlichkeit erlangt hat.²³² Einer Mindermeinung zufolge regelt Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) demnach lediglich die Anwendbarkeit des französischen Rechts, führt aber nicht zur Anwendbarkeit einer fremden Rechtsordnung.²³³

Die französische Rechtsprechung sieht jedoch in Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) eine ALLSEITIGE Kollisionsnorm zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts, d.h. wie in allen anderen Staaten Europas²³⁴ wird auch in Frankreich das anwendbare Gesellschaftsstatut generell nach dem Sitz der Gesellschaft bestimmt.²³⁵ Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber durch die Regelung in Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) keine einseitige Kollisionsnorm schaffen, sondern das richterrechtlich geschaffene Gewohnheitsrecht – das eine allseitige Kollisionsnorm vorsah – fortsetzen wollte.²³⁶ Auch die herrschende Meinung geht daher davon aus, daß Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) entgegen seinem Wortlaut allgemein zu verstehen und ihm daher eine allseitige Kollisionsnorm zu entnehmen sei²³⁷ bzw. daß zumindest durch die ständige Rechtsprechung eine entsprechende richterrechtliche Regelung geschaffen worden sei.²³⁸

Diese richterliche Vorgehensweise wird zum Teil kritisch gesehen, da sie die Gefahr in sich birgt, daß eine Gesellschaft einem Recht untergeordnet bzw. ihr eine Nationalität zugeschrieben wird, die ihr von dem entsprechenden Staat nicht zuerkannt wird.²³⁹

c. Stellungnahme

Meines Erachtens ist unter „siège social“ eine Anknüpfung an den Verwaltungssitz bzw. an den nicht fiktiven, also realen Satzungssitz zu verstehen. Bei diesen

²³² Batiffol/ Lagarde, n° 193.

²³³ Menjucq, n° 181.

²³⁴ Audit, n° 1085.

²³⁵ Cass. Civ., 18. 04. 1972, Rev. crit. dr. int. pr. 1972, 672, 673; Cass. Com., 21. 12. 1987, Rev. soc. 1988, 398, 400.

²³⁶ Lévy, n° 135.

²³⁷ Audit, n° 1085; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 4; Pohlmann, S. 48; ähnlich auch Goldman (VIII, 63, S. 418).

²³⁸ Lévy, n° 135.

²³⁹ Batiffol/ Lagarde, n° 193.

2.B. Die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts in Deutschland und Frankreich

beiden Formulierungen handelt es sich um unterschiedliche Ausdrucksweisen für denselben Sitz. Einmal wird nämlich der Satzungssitz soweit eingeschränkt, daß er mit dem Verwaltungssitz zusammenfallen muß, während in der anderen Variante direkt auf den Verwaltungssitz zurückgegriffen wird. Art. L. 210-3 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 2 Loi n° 66-537) ist hierbei als Präzisierung des Abs. 1 zu sehen, d.h. ihm kommt keine eigenständige Bedeutung zu. Er führt vielmehr dazu, daß sich zwar ein Dritter im Rahmen des Abs. 1 auf den Satzungssitz berufen kann, die Gesellschaft ihm diesen aber, wenn er fiktiv ist, nicht entgegenhalten kann. Damit ist also im Rahmen des Abs. 1 von einem nicht fiktiven Satzungssitz bzw. vom Verwaltungssitz auszugehen. Dritte müssen diesen Verwaltungssitz aber nicht ermitteln, da sie sich gem. Art. L. 210-3 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 2 Loi n° 66-537) auf den Satzungssitz berufen können. Es ist somit Sache des Gerichts, den Verwaltungssitz einer Gesellschaft zu bestimmen.²⁴⁰

Auch der Wortlaut deutet auf eine Anknüpfung an den Verwaltungssitz hin, denn Abs. 2, nach dem sich Dritte auf den (fiktiven) Satzungssitz berufen KÖNNEN, würde keinen Sinn machen, wenn schon Abs. 1 an den (fiktiven) Satzungssitz anknüpfen würde. Wäre in Abs. 1 eine Anknüpfung an den (fiktiven) Satzungssitz beabsichtigt gewesen, wäre es naheliegender gewesen, in Abs. 2 davon zu sprechen, daß Dritte sich auch auf den Verwaltungssitz berufen können.

Daneben ist vor allem die Rechtsprechung zum Begriff „siège social“ zu berücksichtigen, denn der Gesetzgeber ist, als er den Begriff „siège social“ in das Gesetz vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) aufnahm, von dem Begriff ausgegangen, wie ihn die Rechtsprechung bis dahin entwickelt hatte. Außerdem hat sich inzwischen eine gewohnheits- und richterrechtliche Auslegung des Begriffs „siège social“ bei der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts nach dem Gesetz vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) entwickelt. Auch die neuere Rechtsprechung bestimmt dabei das Gesellschaftsstatut nach dem nicht fiktiven Satzungssitz bzw. nach dem Verwaltungssitz der Gesellschaft.²⁴¹ Die Argumente der Lehre, die im Rahmen des Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) für den Satzungssitz angeführt werden, sind abzulehnen. Art. L. 210-3 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 2 Loi n° 66-537) will gerade keine eigenständige Anknüpfung begründen, da Abs. 2 lediglich Abs. 1 präzisiert und dessen Auslegung unterstützt. Über diese Funktion als Auslegungshilfe hinaus kommt Abs. 2 keine eigenständi-

²⁴⁰ Batiffol/ Lagarde, n° 194; Merle, n° 83; vgl. auch Cass. Civ., 21. 07. 1987 (Rev. soc. 1988, 97, 98), wo festgestellt wird, daß die Prüfung der Fiktivität des Gesellschaftssitzes unter den *ordre public* fällt, so daß sie vom Gericht und jedem Betroffenen geltend gemacht werden kann.

²⁴¹ Z.B. Cass. Civ., 17. 07. 1970, D. 1971, Somm. Jur., 12; Cass. Com., 12. 12. 1972, Bull. civ. IV, n° 331, 307; Cass. Civ., 21. 12. 1990, D. 1991, Jur., 305.

ge Funktion zu. Auch die Begründung, daß die Entscheidung über den rechtlichen Bestand der Gesellschaft in die Hand von Dritten gegeben wird, wenn nicht von der Anwendung des Satzungssitzes in Abs. 1 ausgegangen wird, ist falsch. Da Abs. 1 vom Verwaltungssitz ausgeht und von Abs. 2 präzisiert wird, bestimmen nicht Dritte über den rechtlichen Bestand der Gesellschaft. Die „Wahl des Dritten“ stellt lediglich eine Erleichterung für den Dritten dar, da er sich auf den leichter feststellbaren Satzungssitz berufen kann, während das Gericht den Verwaltungssitz ermitteln muß.

Daher muß auch der Aussage Sandrocks widersprochen werden, daß Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) zu einer Aufspaltung des Gesellschaftsstatuts führt. Das Gericht hat nämlich auch wenn sich ein Dritter auf den Satzungssitz berufen darf, auf den Verwaltungssitz der Gesellschaft abzustellen, wenn ihr Satzungssitz fiktiv ist, d.h. nicht mit dem Verwaltungssitz übereinstimmt. Weiterhin ist auch bei der Frage, ob es sich bei Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) um eine allseitige Kollisionsnorm handelt, die Auslegung der Rechtsprechung und das insoweit geschaffene Gewohnheitsrecht zu berücksichtigen. Danach handelt es sich um eine allseitige Kollisionsnorm, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob sich diese direkt durch Auslegung der Norm oder aufgrund der Rechtsprechung aus Richterrecht ergibt. Im Ergebnis kann festgestellt werden, daß Frankreich ebenso wie Deutschland letztlich an die allseitige Kollisionsnorm der Verwaltungssitzregel anknüpft.

C Verstoß der Anknüpfung an den Verwaltungssitz gegen das Gemeinschaftsrecht

Fraglich ist, ob die Verwaltungssitzregel (die sowohl in Deutschland als auch in Frankreich von der herrschenden Meinung vertreten wird) gegen das gem. Art. 23 GG bzw. Art. 54, 55 der französischen Verfassung höherrangige Gemeinschaftsrecht verstößt und deshalb eingeschränkt werden muß bzw. ob sie innerhalb der Mitgliedstaaten der EU nicht angewendet werden darf. Da der EGV keine ausdrückliche Kollisionsregel zugunsten der Bestimmung des Gesellschaftsrechts enthält, kann sich eine Beschränkung der Verwaltungssitzregel allenfalls stillschweigend aus den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV ergeben.

Entscheidend ist daher, festzustellen, welchen kollisionsrechtlichen Gehalt Art. 48 (ex-Art. 58) EGV aufweist.²⁴² Hierzu ist zunächst kurz auf Art. 43 (ex-Art.

²⁴² Brödermann, in: Brödermann/ Iversen, Rn. 102; Schnichels, S. 169.

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

52) EGV einzugehen, da Art. 48 (ex-Art. 58) EGV auf Art. 43 (ex-Art. 52) EGV verweist und daher die Bedeutung des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV nur im Zusammenhang mit Art. 43 (ex-Art. 52) EGV gesehen werden kann.

I. Inhalt und unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV

Die Niederlassungsfreiheit beinhaltet das Recht zur Ausübung einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedsstaat auf unbestimmte Dauer.²⁴³ Ziel der Artikel 43 bis 48 (ex-Art. 52 bis 58) EGV ist es, den Unternehmern eine freie Standortwahl zu gewährleisten, d.h. sie sollen dort tätig werden können, wo Produktionsfaktoren, Infrastruktur und Kosten für sie am günstigsten sind.²⁴⁴ Dabei unterscheidet Art. 43 (ex-Art. 52) EGV zwischen der primären und der sekundären Niederlassungsfreiheit. Die primäre Niederlassungsfreiheit umfaßt gem. Art. 43 (ex-Art. 52) Abs. 2 EGV die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften, wobei das Unternehmen den Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmers darstellt.²⁴⁵ Soweit eine Gesellschaft ihre primäre Niederlassungsfreiheit ausnutzt, darf ihr in ihrem Herkunftsland keine unabhängige Betriebsstätte verbleiben.²⁴⁶

Die sekundäre Niederlassungsfreiheit beinhaltet dagegen die Gründung und Leitung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften, d.h. von rechtlich abhängigen oder juristisch selbständigen Gebilden, die zu einem Mutterunternehmen in einem anderen Mitgliedsstaat gehören.²⁴⁷

Die Niederlassungsfreiheit hat eine fremdenrechtliche Funktion, da sie zu einem Diskriminierungsverbot führt, d.h., sie verpflichtet die Mitgliedstaaten, den Grundsatz der Ausländergleichbehandlung zu berücksichtigen.²⁴⁸

Begünstigte der primären Niederlassungsfreiheit sind gem. Art. 43 (ex-Art. 52)

²⁴³ EuGH v. 25. 07. 1991, Rs. C-221/ 89 (Factortame Ltd.), Slg. 1991, I-3905, 2965, Rz. 20; EuGH v. 04. 12. 1986, Rs. 205/ 84 (Kommission/ Deutschland), Slg. 1986, 3755, 3801, Rz. 21; Eyles, S. 39, 41; Loussouarn, Rev. jur. com. 1990, 145, 149; Domesticci-Met, Fasc. 164-F-2, n° 14, 37, 40.

²⁴⁴ Behrens, in: Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, E. III, Rn. 3; von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Troberg, Vorb. Art. 52-58 EGV, Rn. 3 f.; Schwarz, Rn. 107.

²⁴⁵ Eyles, S. 41; Domesticci-Met, Fasc. 164-F-2, n° 41.

²⁴⁶ Von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Troberg, Art. 52 EGV, Rn. 12.

²⁴⁷ Eyles, S. 42; Kruse, S. 58; von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Troberg, Art. 52 EGV, Rn. 14 ff.; Mestre/ Blanchard-Sébastien, n° 113.

²⁴⁸ Audinet, Clunet 1959, 982, 990; Eyles, S. 51.

Abs. 1 S. 1 EGV die Staatsangehörigen (natürliche Personen) eines Mitgliedsstaates, ohne daß es auf ihre Ansässigkeit in einem Mitgliedsstaat ankommt. Die Voraussetzung der Ansässigkeit wird erst in Art. 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 S. 2 EGV für die sekundäre Niederlassungsfreiheit erwähnt. Voraussetzung der sekundären Niederlassungsfreiheit ist, daß eine Person einem Mitgliedsstaat angehört (vgl. den Wortlaut des Art. 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 S. 2 EGV „das gleiche gilt“) und innerhalb der Gemeinschaft ansässig ist. Letzteres ist der Fall, wenn der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit der Person innerhalb der Gemeinschaft liegt, d.h. wenn die Hauptniederlassung der Person in einem der Mitgliedstaaten liegt.²⁴⁹

Der EuGH hat Art. 43 (ex-Art. 52) EGV in seiner Reyners-Entscheidung für unmittelbar anwendbar erklärt.²⁵⁰

II. Art. 48 (ex-Art. 58) EGV

1. Der persönliche Anwendungsbereich und die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschrift

Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 1 EGV erstreckt die Niederlassungsfreiheit auf Gesellschaften i.S.d. Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 2 EGV. Dieser setzt voraus, daß die Gesellschaft erwerbstätig ist, d.h. die Niederlassungsfreiheit ist nicht auf unentgeltlich, karitativ, politisch, religiös oder kulturell tätige Gesellschaften anwendbar.²⁵¹ Trotz des Wortlauts des Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 2 EGV, der von „sonstigen juristischen Personen“ spricht, werden auch nicht rechtsfähige Gesellschaften in den Anwendungsbereich des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV einbezogen, denn die durch die nationale Rechtsordnung gewährte Rechtsfähigkeit soll nicht über die Anwendung des Niederlassungsrechts entscheiden.²⁵²

Gesellschaften werden gem. Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 1 EGV natürlichen Personen gleichgestellt, wenn sie nach der Rechtsordnung eines Mitgliedsstaates gegründet wurden, d.h. die Satzung muß den Anforderungen des Gründungsrechts genügen, und (auch) die Registereintragung muß nach diesem Recht vorgenom-

²⁴⁹ Behrens, ZGR 1994, 1, 15 f.; Schwarz, Rn. 130; Domestic-Met, Fasc. 164-F-2, n° 42.

²⁵⁰ EuGH v. 21. 06. 1974, Rs. 2/ 74 (Reyners), Slg. 1974, 631, 651 ff., Rz. 15-28.

²⁵¹ Bleckmann, Rn. 1614; von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Troberg, Art. 52 EGV, Rn. 26 ff.; Domestic-Met, Fasc. 164-F-2, n° 59; Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel, n° 140, 144.

²⁵² Bleckmann, Rn. 1608; Eyles, S. 82; Luchsinger, S. 103; Roth, in: Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Bd. 1, E I, Rn. 55; Domestic-Met, Fasc. 164-F-2, n° 60; Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel (n° 141) meinen dagegen, daß der Gesellschaft zumindest eine gewisse Teilrechtsfähigkeit zustehen muß, damit sie in den Anwendungsbereich von Art. 48 (ex-Art. 58) EGV fällt.

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

men werden.²⁵³ Die Gesellschaft muß außerdem ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben.²⁵⁴

Zusätzlich zu diesen Voraussetzungen setzt die sekundäre Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften die tatsächliche Ansässigkeit der Gesellschaft in der Gemeinschaft voraus, denn über Art. 48 (ex-Art. 58) EGV kommt auch Art. 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 S. 2 EGV zur Anwendung.²⁵⁵ Diese Ansässigkeit bedeutet eine zusätzliche besondere Verbindung der Gesellschaft zur Gemeinschaft, die vermeiden soll, daß eine Gesellschaft nur ihren Satzungssitz in einem Mitgliedsstaat hat, sonst aber keine wirtschaftliche Verbindung zur Gemeinschaft aufweist.²⁵⁶ Wie diese Verbindung konkret aussehen muß, ist jedoch umstritten. Zum Teil wird das Bestehen einer Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft verlangt,²⁵⁷ zum Teil wird das Bestehen irgend einer Nebenniederlassung als ausreichend angesehen.²⁵⁸ Eine vermittelnde Meinung stellt, in Anlehnung an das zwar nur im Verhältnis zwischen Gemeinschaftsorganen anwendbare und inzwischen auch wegen Zeitablaufs obsolet gewordene „Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit“,²⁵⁹ auf eine feste, auf Dauer geschaffene Einrichtung der Gesellschaft innerhalb der Gemeinschaft ab, von der aus wirtschaftliche Betätigungen von einigem Gewicht wahrgenommen werden. Im Ergebnis ist nach dieser Auffassung eine Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft nicht notwendig, doch reicht auch nicht jede Zweigniederlassung aus.²⁶⁰

Wirkung kann die in Art. 48 (ex-Art. 58) EGV angeordnete Gleichstellung jedoch nur erlangen, wenn es sich bei dieser Norm nicht lediglich um einen Programmsatz handelt, sondern die Vorschrift unmittelbar anwendbar ist. Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 48 (ex-Art. 58) EGV neben Art. 43 (ex-Art.

²⁵³ Kruse, S. 61; Eyles, S. 84; Batiffol/ Lagarde, n° 198; Loussouarn, Rev. jur. com. 1990, 145, 149.

²⁵⁴ Von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Troberg, Art. 58 EGV, Rn. 5; Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel, n° 140. Zur Auslegung dieser Gleichstellungsvoraussetzung vgl. Kap. 2.C.II.2.a., S. 80 ff.

²⁵⁵ Behrens, ZGR 1994, 1, 17; Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 12; Eyles, S. 90, 101; Menjucq, n° 59.

²⁵⁶ Eyles, S. 90; Kruse, S. 64; Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel, n° 140, 145.

²⁵⁷ Behrens, RabelsZ 52 (1988), 498, 499; Bleckmann, Rn. 1618 (oder ihre Hauptverwaltung).

²⁵⁸ Von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Troberg, Art. 58 EGV, Rn. 8; Ebenroth/ Eyles, DB 1989, 363, 371; mit Einschränkungen jedoch inzwischen Eyles (S. 103).

²⁵⁹ ABl. EG 1962 Nr. 2/ 36.

²⁶⁰ Eyles, S. 103 f.; Kruse, S. 64; Domesticci-Met, Fasc. 164-F-2, n° 70; Loussouarn, Rev. trim. dr. europ. 1990, 229, 236 f.; vgl. auch Menjucq, n° 59.

52) EGV ist umstritten. Mit Hinweis auf die von Art. 48 (ex-Art. 58) EGV angeordnete Gleichstellung natürlicher Personen und Gesellschaften wird die Meinung vertreten, daß Art. 48 (ex-Art. 58) EGV unmittelbar anwendbar sein muß, da Art. 43 (ex-Art. 52) EGV für natürliche Personen auch unmittelbare Wirkung zukomme.²⁶¹

Nach anderer Auffassung enthält Art. 48 (ex-Art. 58) EGV lediglich einen Programmsatz, weil Gesellschaften das Niederlassungsrecht, wie es sich aus Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV ergibt, erst nach erfolgter Angleichung der materiellen nationalen Gesellschaftsrechte zustehe, so daß die Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV nicht einfach auf Art. 48 (ex-Art. 58) EGV übertragen werden könne.²⁶²

Der EuGH bestätigt die erstgenannte Auffassung: In mehreren Entscheidungen hat er Art. 48 (ex-Art. 58) EGV unmittelbare Wirkung zugesprochen, ohne diese von einer Angleichung gem. Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV abhängig zu machen.²⁶³ So hat der EuGH z.B. im Fall „Kommission/ Frankreich“ Art. 48 (ex-Art. 58) EGV unmittelbar angewandt, weil er in steuerrechtlichen Beschränkungen eine Ungleichbehandlung sah, die gegen das Niederlassungsrecht der Gesellschaft verstieß.²⁶⁴ In der Entscheidung „Segers“ hat er festgestellt, daß das niederländische Krankenversicherungsgesetz gegen die unmittelbar anwendbaren Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV verstößt; das Gesetz verweigerte einem Geschäftsführer den sozialen Schutz, weil dessen Gesellschaft ihren Sitz in einem andern Mitgliedsstaat hatte.²⁶⁵ Auch in seinem „Daily Mail-Urteil“ bestätigt der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV.²⁶⁶ Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH ist damit von der unmittelbaren Wirkung der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV auszugehen.

2. Der kollisionsrechtliche Gehalt des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV

Es muß festgestellt werden, ob Art. 48 (ex-Art. 58) EGV er einen kollisionsrechtlichen Gehalt hat, da nur dieser Einfluß auf die nationalen Kollisionsrechte – in

²⁶¹ Behrens, *RabelsZ* 52 (1988), 498, 504.; Ebenroth/ Eyles, *DB-Beilage* 2/ 88, 1, 11; Grothe, S. 132 ff.; Kruse, S. 124; Loussouarn, *Rev. jur. com.* 1990, 145, 151; Pohlmann, S. 111.

²⁶² Wiedemann, S. 793 f.; Bedenken gegen die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV auch von Ebke (*ZGR* 1987, 245, 250).

²⁶³ Kruse, S. 125.

²⁶⁴ EuGH v. 28. 01. 1986, Rs. 270/ 83 (Kommission/ Frankreich), *Slg.* 1986, 273, 304 ff., *Rz.* 18 ff.; Boutard Labarde, *Clunet* 1987, 436, 439.

²⁶⁵ EuGH v. 10. 07. 1986, Rs. 79/ 85 (Segers), *Slg.* 1986, 2375, 2389, *Rz.* 19; Boutard Labarde, *Clunet* 1987, 436, 439.

²⁶⁶ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), *Slg.* 1988, 5483, 5510, *Rz.* 15.

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

Deutschland und Frankreich also auf die Verwaltungssitzregel – nehmen kann. An dieser Stelle muß das materielle Recht, auf das die Verwaltungssitzregel verweist, noch außer Betracht bleiben. Zwar kann auch dieses gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, doch führt ein solcher Verstoß nicht zur Gemeinschaftswidrigkeit einer Anknüpfung an den Verwaltungssitz. Insbesondere die Frage, ob die Unmöglichkeit, eine identitätswahrende Sitzverlegung durchzuführen, gegen die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV verstößt, ist eine Frage des materiellen Rechts und nicht der Verwaltungssitzregel, da eine Anknüpfung an den Verwaltungssitz nicht zwingend dazu führt, daß eine identitätswahrende Sitzverlegung unmöglich ist.²⁶⁷ Der fremdenrechtliche Gehalt des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV wird nicht in Zweifel gezogen, da sich dieser allein schon aus der Verweisung auf die fremdenrechtliche Bestimmung des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV ergibt. Art. 48 (ex-Art. 58) EGV soll jede Benachteiligung, die allein auf der Ausländereigenschaft beruht, verhindern.²⁶⁸ Er schützt damit jedenfalls die Ausübung der SEKUNDÄREN Niederlassungsfreiheit von existierenden Gesellschaften, denn diese sind bei der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften genau so zu behandeln wie inländische Gesellschaften.²⁶⁹ Problematisch ist Art. 48 (ex-Art. 58) EGV allein hinsichtlich der PRIMÄREN Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften. So setzt zum einen die Ausübung des primären Niederlassungsrechts einer Gesellschaft ihre Anerkennung voraus, denn nur wenn sie anerkannt wird, kann sie tatsächlich von einem ihr möglicherweise zustehenden Niederlassungsrecht Gebrauch machen.²⁷⁰ Zum anderen wird im Rahmen der kollisionsrechtlichen Gesellschaftsstatutsbestimmung teilweise an den Verwaltungssitz angeknüpft, der zugleich die primäre Niederlassung der Gesellschaft darstellt.²⁷¹ Diese Überschneidung von Kollisionsrecht und Niederlassungsfreiheit sowie die Tatsache, daß die primäre Niederlassungsfreiheit die Anerkennung der Gesellschaft voraussetzt, führen zu der Frage, ob Art. 48 (ex-Art. 58) EGV eine kollisionsrechtlich relevante Regelung beinhaltet und ob ggf. die Verwaltungssitzregel mit dieser Regelung vereinbar ist.

²⁶⁷ Vgl. Kap. 3.C.II., S. 129 ff.

²⁶⁸ Ebenroth/ Eyles, DB 1989, 413, 415; Loussouarn, Rev. trim. dr. europ. 1974, 708, 713, 716 s.

²⁶⁹ EuGH v. 27. 09. 88, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483, 5510, Rz. 17; Brödermann, in: Brödermann/ Iversen, Rn. 119; Drobniç, in: Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, S. 185, 187; DB 1989, 363, 364; Pohlmann, S. 117.

²⁷⁰ Vgl. Ebenroth/ Eyles, DB 1989, 363, 365; Grothe, S. 141 ff.; Timmermans, RabelsZ 48 (1984), 1, 39; Pohlmann, S. 117.

²⁷¹ Behrens, RabelsZ 52 (1988), 498, 500.

a. Die Auslegung nach dem Wortlaut

In der französischen Literatur ist vor allem versucht worden, den Wortlaut des Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 1 EGV zu korrigieren. So wurde die Auffassung vertreten, daß im Rahmen des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV ein Redaktionsversehen vorliege, da nicht angenommen werden könne, daß die Unterzeichnerstaaten auch einer solchen Gesellschaft das Niederlassungsrecht einräumen wollten, die zwar nach den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft gegründet wurde und im Gemeinschaftsgebiet ihren Satzungssitz hat, nicht aber ihre Hauptverwaltung. Daher müßte es in Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 1 EGV richtigerweise heißen: „Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz UND ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben“.²⁷² Des weiteren ist eine Korrektur des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV durch das „Allgemeine Programm zur Aufhebung und Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit“²⁷³ angenommen worden, in dem eine tatsächliche und dauerhafte Verbindung mit der Wirtschaft der Gemeinschaft verlangt wird, wenn sich nur der Satzungssitz in einem Mitgliedsstaat befindet.²⁷⁴

In Deutschland ist eine ähnliche Korrektur des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV vorgenommen worden, indem zusätzlich zu den alternativen Merkmalen des Satzungssitzes, der Hauptverwaltung oder der Hauptniederlassung an die Staatsangehörigkeit der Kapitaleigner oder der Gesellschafter angeknüpft wird, um Drittstaatlern die Möglichkeit zu nehmen, sich auf die Niederlassungsfreiheit zu berufen.²⁷⁵ Alle diese Korrekturvarianten sind jedoch meines Erachtens abzulehnen, da sie gegen den Wortlaut des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV verstoßen. Für die Annahme eines Redaktionsversehens ist nämlich kein entsprechender Wille der Unterzeichnerstaaten feststellbar. Dem Heranziehen des „Allgemeinen Programms“ kann ebenfalls nicht zugestimmt werden, denn anders als bei der sekundären Niederlassungsfreiheit, bei der Art. 48 (ex-Art. 58) i.V.m. 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 S. 2 EGV das Kriterium der Ansässigkeit aufführt und das mit Hilfe des „Allgemeinen Programms“ ausgelegt werden kann, weist der Wortlaut des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV in Bezug auf primäre Niederlassungen kein entsprechendes Merkmal auf. Ebenso wenig er-

²⁷² Audinet, *Clunet* 1959, 982, 1016; Chesné, n° 236, 239.

²⁷³ ABl. EG 1962 Nr. 2/ 36.

²⁷⁴ Cerexhe, *Rev. marché com.* 1968, 578, 585; Houin, *Rev. trim. dr. europ.* 1965, 11, 23; Lous-souarn, in: *Mélanges Teitgen*, p. 239, 245 s.; vgl. auch Audit (n° 1093) und Lous-souarn/ Trochu (Fasc. 564-10, n° 223).

²⁷⁵ BayObLG v. 18. 09. 1986, RIW 1987, 52, 54; Ebke, ZGR 1987, 245, 253; ähnlich auch Batiffol (*Les conflits de lois en matière de contrats, problèmes juridiques et économiques du marché commun*, S. 73 f.).

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

gibt sich aus dem Wortlaut ein Kriterium, das auf eine zusätzliche Anknüpfung an die Kontrolltheorie hinweist, zumal die Kontrolltheorie auch nicht berücksichtigt, daß es sich bei der Gesellschaft und bei den Gesellschaftern um zwei voneinander zu unterscheidende Rechtskreise handelt.²⁷⁶ Weiterhin wird in der Literatur zum Teil die Formulierung des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV, der von Gesellschaften spricht, „die nach den Vorschriften eines Mitgliedsstaates gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben“, als kollisionsrechtliche Regelung zugunsten der Gründungsrechtsregel gesehen: Die Gesellschaft müsse nach dem Wortlaut des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV nicht notwendigerweise ihren Verwaltungssitz im Gründungsstaat haben, sondern es sei ausreichend, wenn sich der Sitz in einem der Mitgliedstaaten befinde. Es soll ein echtes Alternativverhältnis zwischen den Merkmalen des satzungsmäßigen Sitzes, der Hauptverwaltung und der Hauptniederlassung bestehen, so daß es ausreichend sei, wenn nur eines der Merkmale erfüllt ist, da die Anknüpfungspunkte gleichwertig und alternativ zur Disposition gestellt seien.²⁷⁷ Einigen Vertretern dieser Auffassung zufolge ist allerdings die Anwendung der Gründungsrechtsregel durch zwingende öffentlich-rechtliche Bindungen und Schranken eingeschränkt.²⁷⁸

Brödermann stellt fest, daß die Verweisung des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV auf „Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates“ sowohl eine Verweisung auf das IPR der Mitgliedstaaten als auch eine alternative Verweisung auf die nationalen Sachnormen der Mitgliedstaaten darstellen kann. Während der erste Fall eher gegen einen kollisionsrechtlichen Gehalt des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV spreche, zwingt die zweite Möglichkeit, einen solchen Gehalt anzunehmen. Wenn nämlich Art. 48 (ex-Art. 58) EGV nicht auf das nationale Internationale Privatrecht verwiesse, müßte der EGV kollisionsrechtliche Vorschriften beinhalten. Der Begriff „gegründet“ zeige jedoch, daß Art. 48 (ex-Art. 58) EGV lediglich auf die nationalen Sachnormen, nicht aber auf das nationale Kollisionsrecht verweise, denn die Gründung erfordere das Heranziehen einer Sachnorm. Damit müsse Art. 48 (ex-Art. 58) EGV einen kollisionsrechtlichen Inhalt haben, so daß für den Bereich der Niederlassungsfreiheit an das Gründungsrecht anzuknüpfen sei.²⁷⁹

²⁷⁶ Vgl auch Kruse, S. 62 f.; Loussouarn, Rev. jur. com. 1990, 145, 153.

²⁷⁷ Deville, RIW 1986, 295, 298 f.; Menjucq, n° 59.

²⁷⁸ Drobniq, in: Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, S. 185, 192 ff.; ähnlicher Ansatz bei Grothe (S. 190 ff.) und Behrens (RabelsZ 52 (1988), 498, 520), doch gehen diese nicht davon aus, daß Art. 48 (ex-Art. 58) EGV zwingend die Anwendung der Gründungsrechtsregel vorschreibt, sondern nur davon, daß die Verwaltungssitzregel nicht mit Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV vereinbar ist.

²⁷⁹ Brödermann, in: Brödermann/ Iversen, Rn. 122, 126 ff., 142.

Demgegenüber ist nach herrschender Meinung zwar aus der Aufzählung des Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 1 EGV, der den satzungsmäßigen Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung einer Gesellschaft nebeneinander nennt, zu entnehmen, daß das Gemeinschaftsrecht die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts an einen dieser Begriffe als gleichwertig und gleichrangig erachtet. Das bedeute allerdings nicht, daß es sich um eine echtes Alternativverhältnis handle. Die Aufzählung der Merkmale zeige nur, daß das Gemeinschaftsrecht Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen in Kauf nehme. Da eine kollisionsrechtliche Regel aber nicht an mehrere Merkmale anknüpfen dürfe, weil sonst möglicherweise auf eine Gesellschaft mehrere Rechtsordnungen zur Anwendung kämen, könne Art. 48 (ex-Art. 58) EGV keine kollisionsrechtliche Bedeutung beigemessen werden. Das Kollisionsrecht müsse daher allein durch die nationalen Rechtsordnungen bestimmt werden.²⁸⁰ Der Wortlaut des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV ist unklar, denn die Aufzählung des Satzungssitzes, der Hauptniederlassung und der Hauptverwaltung kann sowohl als Alternativanknüpfung als auch als Hinweis auf die Gleichrangigkeit der nationalen Anknüpfungsmethoden gesehen werden.²⁸¹ Daher kann meines Erachtens der Vorschrift allein aufgrund ihres Wortlauts kein kollisionsrechtlicher Gehalt entnommen werden. Auch die Verwendung des Begriffs „gegründet“ läßt nicht auf den kollisionsrechtlichen Gehalt der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV schließen, da nicht ausgeschlossen werden kann, daß neben der Verweisung auf Sachnormen, die das Wort „gegründet“ impliziert, auch auf die nationalen Kollisionsnormen verwiesen wird. Damit läßt die Tatsache, daß nationales Sachrecht hinsichtlich der Gründung der Gesellschaften zur Anwendung kommt, keinen Rückschluß auf den kollisionsrechtlichen Gehalt der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV zu.

b. Die teleologische Auslegung

aa. Der Rückschluß aus der Anerkennung

Zum Teil wird vertreten, daß die Anerkennung der rechtlichen Existenz der Gesellschaft Voraussetzung für die Verwirklichung ihrer Niederlassungsfreiheit ist. Nur wenn die Gesellschaft rechtlich anerkannt sei, könne sie auch Gebrauch von

²⁸⁰ Ebenroth/ Eyles, DB 1989, 413, 415; Eyles, S. 357; Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1546; Schnichels, S. 170 f.; Schwarz, Rn. 152, 155 f.; Batiffol/ Lagarde, n° 198; Cerexhe, Rev. marché com. 1968, 578, 585; Domestic-Met, Fasc. 164-F-2, n° 72; Goldman, Rev. trim. dr. europ. 1968, 405, 411.

²⁸¹ So auch Schnichels, S. 170.

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

ihren Niederlassungsrechten machen, denn nur dann könne sie wirksame Handlungen und Geschäfte im Ausland vornehmen.²⁸² Es sei daher erforderlich, daß eine juristische Person automatisch gem. Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 1 EGV anerkannt wird, wenn sie ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem der Mitgliedstaaten hat.²⁸³

Die herrschende Meinung geht hingegen nicht von einer Automatik zwischen Niederlassungsfreiheit und Anerkennung aus, weil der Grundsatz der Inländergleichbehandlung der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV keine Aussage über die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft treffe. So enthalte Art. 48 (ex-Art. 58) EGV keine Regelung hinsichtlich der Anerkennung, sondern setze diese vielmehr voraus. Daraus folge, daß Art. 48 (ex-Art. 58) EGV nur existierenden, also anerkannten Gesellschaften ein Niederlassungsrecht gewährt.²⁸⁴ Sofern man von einer Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung aufgrund der Art. 48, 43 (ex-Art. 58, 52) EGV ausgeht, stellt sich die Frage, ob diese Anerkennungspflicht Auswirkungen auf die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts hat.

Teilweise wird behauptet, daß die Regelung der Anerkennung durch die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV noch keine Aussage über den kollisionsrechtlichen Gehalt dieser Vorschriften hinsichtlich der Bestimmung des Gesellschaftsstatuts liefert. Es sei denkbar, daß aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Regelung „für Teile des Statuts unterschiedliche Kollisionsregeln in den Mitgliedstaaten angewandt werden, und daß auch in unterschiedlichem Maß eigenes Gesellschaftsrecht auf ausländische Gesellschaften Anwendung“ finde.²⁸⁵

Die Gegenauffassung gelangt unter Berufung auf den Gleichlauf von Anerkennung und Gesellschaftsstatut zu dem Ergebnis, daß Art. 48 (ex-Art. 58) EGV zugleich auch eine kollisionsrechtliche Regelung zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts enthalten muß. Wenn man davon ausgehe, daß die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV die Anerkennung konkludent regeln, müßten diese Normen auch eine Regelung des Gesellschaftsstatuts zu Gunsten des Gründungsrechts enthal-

²⁸² Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 11 f.; Brödermann, in: Brödermann/ Iversen, Rn. 178; Drobnig, in: Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, S. 185, 191; Kaligin, DB 1985, 1449, 1451; Schnichels, S. 172; Timmermans, RabelsZ 48 (1984), 1, 39; Goldman, RabelsZ 31 (1967), 201, 202; Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel, n° 71.

²⁸³ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 2 f., 22; Goldman, RabelsZ 31 (1967), 201, 202; Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel, n° 125.

²⁸⁴ Behrens, ZGR 1978, 499, 504; Ebenroth/ Eyles, DB-Beilage 2/ 88, 1, 12; Großfeld, RabelsZ 31 (1967), 1, 19 f.; Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1546; Goldman, Rev. trim. dr. europ. 1968, 405, 411.

²⁸⁵ Timmermans, RabelsZ 48 (1984), 1, 39; auch Brödermann (in: Brödermann/ Iversen, Rn. 103) plädiert dafür, zumindest im Rahmen der Auslegung des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV, auf den Grundsatz der Einheit des Gesellschaftsstatuts zu verzichten.

ten.²⁸⁶ Bei der teleologischen Auslegung des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV ist zu berücksichtigen, daß es in Europa ein unterschiedliches Verständnis des Begriffs Anerkennung gibt, und dieser von einigen Mitgliedstaaten, wie z.B. von der herrschenden Meinung in Deutschland, als Teil des Gesellschaftsstatuts gesehen wird, während andere Mitgliedstaaten – wie etwa Frankreich – von einer eigenständigen Bedeutung der Anerkennung ausgehen. Die Auslegung von Gemeinschaftsrecht, um die es vorliegend geht (Art. 48 (ex-Art. 58) EGV), darf jedoch nicht von nationalen Begriffsverständnissen abhängig gemacht werden, zumindest soweit die unterschiedlichen nationalen Auffassungen nicht zum selben Ergebnis führen.²⁸⁷ Damit kann die Einheit des Gesellschaftsstatuts nicht als Begründung für eine mit der Anerkennung gleichlaufende Regelung des Gesellschaftsstatuts in den Art. 48, 43 (ex-Art. 58, 52) EGV herangezogen werden.

Daneben ist aber auch schon die Annahme, daß die Art. 48, 43 (ex-Art. 58, 52) EGV eine Regelung zugunsten einer automatischen Anerkennung nach Gründungsrecht enthalten, abzulehnen. Das Niederlassungsrecht der Gesellschaften schließt nicht aus, daß der Ausübung des gemeinschaftsrechtlichen Anspruchs Tatbestände, die sich nach dem Recht der Mitgliedstaaten beurteilen, vorgelagert sind, wie beispielsweise die wirksame Gesellschaftsgründung bzw. die Anerkennung der Gesellschaft. So kann nur eine nach nationalem Recht wirksam gegründete Gesellschaft ihr Niederlassungsrecht geltend machen. Die Anerkennung ist ebenfalls dem Recht auf freie Niederlassung vorgeschaltet, denn nur eine anerkannte Gesellschaft ist im Ausland rechtsfähig und kann dort ihr Niederlassungsrecht in Anspruch nehmen.²⁸⁸

bb. Der Art. 43 (ex-Art. 52) und der Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV

Vielfach wird angenommen, das Niederlassungsrecht zwingt dazu, Art. 48 (ex-Art. 58) EGV eine kollisionsrechtliche Regelung zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts zu entnehmen, denn Art. 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 S. 2 EGV, der auf S. 1 verweise („das gleiche gilt für...“), zeige, daß die Gründung einer primären Niederlassung der Hauptanwendungsfall bei der Ausübung der Niederlassungsfreiheit sei.²⁸⁹ Wenn Art. 48 (ex-Art. 58) EGV keine eigene Kollisionsregel enthalte und zugleich die Anwendung der Verwaltungssitzregel zulasse, könnten Gesellschaften nur sekundäre Niederlassungen errichten, weil bei Anwendung der Verwaltungssitzregel eine Sitzverlegung unter Erhalt der Rechtspersönlichkeit nicht

²⁸⁶ Drobnig, in: Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, S. 185, 192 ff.

²⁸⁷ So auch Brödermann, in: Brödermann/ Iversen, Rn. 128.

²⁸⁸ Vgl. auch Schwarz, Rn. 151, 158.

²⁸⁹ Grothe, S. 144 f.; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 344 f.

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

möglich sei und eine grenzüberschreitende Sitzverlegung die einzige Möglichkeit einer bestehenden Gesellschaft sei, ihr Recht auf primäre Niederlassung auszuüben.²⁹⁰ Die Möglichkeit der Neugründung der Gesellschaft in einem der Mitgliedstaaten stelle nämlich nicht eine Verwirklichung des Niederlassungsrechts der Gesellschaft gem. Art. 48 (ex-Art. 58) EGV dar, sondern sei eine Verwirklichung des Niederlassungsrechts der Gesellschafter als natürliche Personen gem. Art. 43 (ex-Art. 52) EGV.²⁹¹ Um den Gesellschaftern ein Recht auf primäre Niederlassungsfreiheit zukommen zu lassen, müsse daher in Art. 48 (ex-Art. 58) EGV von einer Anknüpfung an die Gründungsrechtsregel ausgegangen werden.²⁹² Außerdem werde nur so eine einheitliche Geltung des Gemeinschaftsrechts gewährleistet, da sonst die Sitzverlegung der Gesellschaft nur möglich sei, wenn der Mitgliedsstaat der Gründungsrechtsregel folge.²⁹³

Teilweise wird auch Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV zur Begründung der kollisionsrechtlichen Relevanz von Art. 48 (ex-Art. 58) EGV herangezogen. Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV halte die Aufgabe der Gemeinschaft fest, einen Binnenmarkt zu schaffen, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet sei. Die Vorschrift ziele darauf ab, den Wirtschaftsbeteiligten innerhalb der Gemeinschaft eine Standortwahl allein nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu ermöglichen.²⁹⁴ Diese Wahlfreiheit sei jedoch nur gegeben, wenn den Gesellschaften ein Recht auf primäre und sekundäre Niederlassungsfreiheit zustehe. Soweit unterschiedliche nationale Kollisionsrechte existierten, insbesondere einige Mitgliedstaaten der Gründungsrechts- und andere der Verwaltungssitzregel folgten, würden bei der Standortwahl nicht allein wirtschaftliche Merkmale, sondern auch das anwendbare nationale Kollisionsrecht mit in die Entscheidung für den Standort einbezogen. Das Ziel des Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV solle daher die Auslegung des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV in der Weise beeinflussen, daß diesem eine kollisionsrechtliche Regelung i.S.d. Gründungsrechtsregel zu entnehmen sei, da den Gesellschaften nur so eine umfassende Niederlassungsfreiheit zukomme.²⁹⁵ Die herrschende Meinung folgt dieser Argumentation jedoch nicht und verweist lediglich auf den ausschließlich fremdenrechtlichen Charakter des Art. 48 (ex-

²⁹⁰ Kruse, S. 65 f.

²⁹¹ Eyles, S. 99; Kruse, S. 68.

²⁹² Grothe, S. 144 f.; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 344 f.

²⁹³ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 2 f., 22.

²⁹⁴ Grothe, S. 147; von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Troberg, Vorb. Art. 52-58 EGV, Rn. 3 f.

²⁹⁵ Grothe, S. 148.

Art. 58) EGV, der sich aus der Gleichstellung von natürlichen und juristischen Personen ergebe, da auch Art. 43 (ex-Art. 52) EGV, auf den Art. 48 (ex-Art. 58) EGV verweise, ausschließlich eine fremdenrechtliche Funktion habe.²⁹⁶ Außerdem wird angeführt, daß das Gemeinschaftsrecht auch keine Kompetenz habe, die Zugehörigkeit einer natürlichen Person zu einem Staat zu regeln. Diese Aufgabe werde vom nationalen Staatsangehörigkeitsrecht übernommen, und da Gesellschaften natürlichen Personen gleichgestellt sein sollen, könne das Gemeinschaftsrecht konsequenterweise auch keine Kollisionsnorm für das Gesellschaftsrecht bereithalten; die Bestimmung der Zugehörigkeit einer Gesellschaft zu einer bestimmten Rechtsordnung müsse vielmehr in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegen. Das Gemeinschaftsrecht gebe dabei nur einen groben Rahmen für die Rechte der Gesellschaft vor, der von den nationalen Rechten durch die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts auszufüllen sei.²⁹⁷

Nach anderer Auffassung ist Art. 48 (ex-Art. 58) EGV kein kollisionsrechtlicher Gehalt zu entnehmen, da eine Sitzverlegung schon durch das in den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV enthaltene Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot in ausreichendem Maße sichergestellt sei. Damit könne man sich nicht mehr auf den Grundsatz „in dubio pro libertate“ berufen, da dieser nur zur Anwendung komme, wenn dies die einzige Möglichkeit sei, um die identitätswahrende Sitzverlegung zu sichern.²⁹⁸ Meines Erachtens zwingt die Niederlassungsfreiheit nicht dazu, in Art. 48 (ex-Art. 58) EGV eine Gesellschaftsstatutsregelung zu sehen. Zum einen ist bei Anwendung der Verwaltungssitzregel die Realisierung der primären Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft nicht zwingend ausgeschlossen, da die Verwaltungssitzregel lediglich eine kollisionsrechtliche Vorschrift ist, die das anwendbare Gesellschaftsstatut regelt und nicht automatisch die grenzüberschreitende Sitzverlegung ausschließt.²⁹⁹ Bei der Identitätswahrung handelt es sich um eine materiellrechtliche Frage, so daß allein die kollisionsrechtliche Anknüpfung an den Verwaltungssitz nicht zur Auflösung der Gesellschaft bei einer Verwaltungssitzverlegung führen kann. Zum anderen zeigen die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV, daß eine unterschiedliche Behandlung von natürlichen und juristischen Personen von den Gründungsvätern des EGV durchaus beabsichtigt war, denn bei einer absoluten Gleichstellung hätte es keiner Gleichstellungsnorm mit eigenen Merkmalen bedurft, vielmehr wäre eine einheitliche Regelung ausreichend gewe-

²⁹⁶ Ebenroth/ Eyles, DB-Beilage 2/ 88, 1, 20; im Ergebnis auch MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 371.

²⁹⁷ Ebenroth/ Eyles, DB 1989, 413, 416; Eyles, S. 358.

²⁹⁸ Schnichels, S. 171 f.

²⁹⁹ Behrens, RIW 1986, 590; vgl. auch Kap. 3.C.II., S. 129 ff.

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

sen. Die Differenzierung erfolgt aufgrund der Unterschiede zwischen natürlichen und juristischen Personen. So entsteht eine Gesellschaft allein kraft rechtlicher Anordnung, d.h. sie ist von einer Rechtsordnung abgeleitet³⁰⁰ und gerade diese von der nationalen Rechtsordnung bestimmte rechtliche Ausgestaltung der Gesellschaft ist für ihre Sozialverträglichkeit maßgeblich.³⁰¹ Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß bei der Ausübung der sekundären Niederlassungsfreiheit geringere soziale Auswirkungen entstehen als bei der Ausübung der primären Niederlassungsfreiheit, denn die Hauptaktivität der Gesellschaft spielt sich grundsätzlich in ihrer primären Niederlassung ab. Dies rechtfertigt es, Gesellschaften eine sekundäre Niederlassungsfreiheit zukommen zu lassen, die weiter ist als die primäre, denn ein Mitgliedsstaat wird durch Nebenaktivitäten einer Gesellschaft an ihrer sekundären Niederlassung nicht so stark in seinem Sozialgefüge betroffen, wie durch die Hauptaktivität an der primären Niederlassung, so daß es hinsichtlich der sekundären Niederlassungsfreiheit keiner nationalen Regelungen und Schutzvorschriften bedarf.

Schließlich kann auch nicht Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV herangezogen werden, um einen kollisionsrechtlichen Gehalt des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV zu begründen, weil Art. 48 (ex-Art. 58) EGV bereits eine Ausgestaltung des in Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV enthaltenen Zieles ist,³⁰² die in Art. 48 (ex-Art. 58) EGV deutlich zu Tage tretende Berücksichtigung der Unterschiede zwischen Gesellschaften und natürlichen Personen darf nicht durch das Heranziehen der allgemeineren Vorschrift ausgehebelt werden.

c. Die systematische Auslegung: das Verhältnis der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV zu den Art. 293, 44 (ex-Art. 220, 54) EGV

Im Rahmen der systematischen Auslegung muß untersucht werden, ob – unabhängig von der bisherigen Auslegung der Art. 48, 43 (ex-Art. 58, 52) EGV – die Anwendbarkeit der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV im Bereich des Gesellschaftskollisionsrechts prinzipiell ausgeschlossen ist. Einen solchen Ausschluß könnten die Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich EGV und Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV bewirken.³⁰³ Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich EGV kann nämlich auch die Regelung einer Kollisionsnorm betreffen, wenn man von einem Gleich-

³⁰⁰ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483, 5512, Rz. 19; Ebenroth/ Eyles, DB-Beilage 2/ 88, 1, 10.

³⁰¹ Großfeld, IPRax 1986, 351, 352.

³⁰² Von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Zuleeg, Art. 3 EGV, Rn. 3.

³⁰³ Schnichels, S. 156.

lauf von Anerkennung und Gesellschaftsstatut ausgeht, da dann die gem. Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich EGV vorgesehene Anerkennungsregelung auch eine kollisionsrechtliche Gesellschaftsstatutsregelung beinhalten würde. Weiterhin stellt die Verwaltungssitzregel eine kollisionsrechtliche Schutzregelung i.S.d. Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV dar, auch wenn sie nicht unmittelbar Schutzbestimmungen enthält, sondern nur durch Bestimmung des anwendbaren Gesellschaftsrechts materielle Schutzbestimmungen zur Anwendung kommen läßt.³⁰⁴ Würden Art. 44 (ex-Art. 54) oder Art. 293 (ex-Art. 220) EGV gegenüber den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV vorrangig sein, dann könnte den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV keine kollisionsrechtliche Regelung zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts entnommen werden.

aa. Die Rechtsprechung des EuGH – Das Daily Mail-Urteil

Dem Daily Mail-Urteil des EuGH³⁰⁵ liegt folgender Fall zugrunde: Die mit Satzungssitz in England registrierte Daily Mail and General Trust private limited company wollte aus steuerlichen Gründen ihre Geschäftsleitung in die Niederlande verlegen. Das zu diesem Zeitpunkt in Großbritannien gültige Steuergesetz erforderte für eine solche Verwaltungssitzverlegung (da der Verwaltungssitz zugleich auch der steuerliche Sitz ist) die Zustimmung des Finanzministeriums, die jedoch versagt wurde. Im Rahmen eines Rechtsstreits gegen diese Entscheidung stellte die Queen's Bench Division des High Court of Justice dem EuGH die Frage nach der Zulässigkeit des Erfordernisses der steuerrechtlichen Zustimmung im Hinblick auf die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV.

Der EuGH betont in seinem Urteil zunächst die unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV.³⁰⁶ Im weiteren führt er aus, daß Gesellschaften, im Gegensatz zu natürlichen Personen, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts aufgrund nationaler Rechtsordnungen gegründet sind und jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, keine Realität haben.³⁰⁷ Hierbei geht er auf die Unterschiede in den nationalen Kollisionsrechten der Mitgliedstaaten ein, denen laut EuGH schon Art. 48 (ex-Art. 58) EGV mit seiner unterschiedlichen Anknüpfung Rechnung trägt, indem er nämlich den Satzungssitz, die Hauptniederlassung und die Hauptverwaltung als gleichwertig betrachtet.³⁰⁸ Vor allem aber auch die Existenz der Art. 44 (ex-Art.

³⁰⁴ Schnichels, S. 165; Timmermans, *RabelsZ* 48 (1984), 1, 41 f.; ohne Begründung auch Behrens (*ZGR* 1994, 1, 20).

³⁰⁵ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), *Slg.* 1988, 5483 ff.

³⁰⁶ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), *Slg.* 1988, 5510, Rz. 15.

³⁰⁷ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), *Slg.* 1988, 5511, Rz. 19.

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

54) Abs. 2 lit. g und Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich EGV zeigen laut EuGH, daß das Gemeinschaftsrecht die Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen berücksichtigt, da der EGV in den Art. 44, 293 (ex-Art. 54, 220) den Erlaß von Koordinierungsrichtlinien oder den Abschluß von Übereinkommen vorsehe. Doch weder ein entsprechendes Übereinkommen noch eine Koordinierungsrichtlinie seien bisher in Kraft getreten.³⁰⁹

Mangels solcher Regelungen dürfe Gesellschaften deshalb kein Recht auf primäre Freizügigkeit zuerkannt werden, d.h. bis zu einer Rechtsangleichung stehe den Gesellschaften also nur das sekundäre Niederlassungsrecht zu. Damit gewährten die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV nationalen Gesellschaften kein Recht zur Sitzverlegung.³¹⁰

bb. Die in der Lehre vertretenen Ansichten

Von der wohl noch herrschenden Meinung in der Lehre wird angenommen, daß Art. 293 (ex-Art. 220) EGV *lex specialis* zu den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV ist. Sie beruft sich dabei auf die in Art. 293 (ex-Art. 220) EGV enthaltene Formulierung, nach der ein Übereinkommen nur „soweit erforderlich“ zu erlassen ist. Der Begriff „soweit erforderlich“ beziehe sich dabei nicht auf ein wirtschaftliches Bedürfnis, denn ein solches sei im Hinblick auf die Errichtung des Binnenmarktes gem. Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV immer anzunehmen.³¹¹ Der Begriff müsse sich vielmehr auf die rechtliche Erforderlichkeit des Übereinkommens beziehen. Das Vorliegen eines solchen Bedürfnisses soll sich nach der nationalen Interessenlage richten, d.h. ein Übereinkommen sei dann erforderlich, wenn das materielle Gesellschaftsrecht zu sehr von den anderen Gesellschaftsrechten abweiche und daher die Gefahr bestehe, daß nationale Schutzvorschriften nicht zur Anwendung kommen bzw. unterlaufen werden könnten.³¹² Diese Auffassung soll der deutsche Gesetzgeber indirekt bestätigt haben, als er im Hinblick auf eine zukünftige gemeinschaftsrechtliche Regelung von einer (eigenen) Regelung des Gesellschaftsstatuts im Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. 07. 1986 abgesehen hat.³¹³ Unter Berufung auf den EuGH nehmen die Vertreter dieser Auffassung an, daß Gesellschaften gem. Art. 48 (ex-Art. 58) EGV nur

³⁰⁸ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5511 f., Rz. 20 f.

³⁰⁹ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483 ff.

³¹⁰ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5512, Rz. 23 ff.

³¹¹ Schnichels, S. 161; von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Schwartz, Art. 220 EGV, Rn. 30 ff.

³¹² Ebenroth/ Eyles, DB-Beilage 2/ 88, 1, 12; Ebke, ZGR 1987, 245, 252; Großfeld, IPRax 1986, 351, 353; *Domestici-Met*, Fasc. 164-F-2, n° 74.

³¹³ BT-Drs. 10/ 504, 29, 84; Ebke, ZGR 1987, 245, 252.

die sekundäre, nicht aber auch die primäre Niederlassungsfreiheit garantiert wird. Würde man den Gesellschaften auch ein Recht auf primäre Niederlassungsfreiheit zuerkennen, so käme es praktisch zu einer Angleichung der Gesellschaftsrechte, allerdings auf dem Niveau des nachgiebigsten nationalen Rechts, was den im EGV vorgesehenen Rechtsangleichungsprozeß mittels gemeinschaftsrechtlicher Regelungen verhindern würde.³¹⁴

Weiterhin zeige auch die Ermächtigungsnorm zum Erlaß einer kollisionsrechtlichen Regelung des Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV, daß die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV nicht die primäre Niederlassungsfreiheit schützen und insoweit - bis es zu einer Rechtsvereinheitlichung kommt - dem nationalen Recht Vorrang einzuräumen sei.³¹⁵ Dies bedeute, daß für alle Regelungsbereiche, in denen eine Harmonisierung durch Richtlinien oder durch ein Übereinkommen nicht hinreichend realisiert sei, das nationale Gesellschaftskollisionsrecht der Mitgliedstaaten Vorrang vor dem primären Gemeinschaftsrecht genieße.³¹⁶ Schon allein die in Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV vorgesehene Kompetenz zum Erlaß einer Kollisionsnorm zeige also, daß Art. 48 (ex-Art. 58) EGV keine kollisionsrechtliche Bedeutung haben könne.³¹⁷

Anderer Ansicht zufolge schränkt die Daily Mail-Rechtsprechung des EuGH nur die Annahme ein, daß Art. 48 (ex-Art. 58) EGV hinsichtlich der primären Niederlassungsfreiheit eine kollisionsrechtliche Bedeutung hat, da sich das Urteil nur auf dieses Niederlassungsrecht beziehe. Somit werde durch die Existenz des Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich EGV lediglich eine Regelung der primären Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften ausgeschlossen, da diese Vorschrift zeige, daß das Gemeinschaftsrecht auf die nationalen Unterschiede Rücksicht nimmt.³¹⁸ Nur bezüglich der primären Niederlassungsfreiheit seien also die nationalen Regelungen und insbesondere das nationale Kollisionsrecht vorrangig, so daß für den Anwendungsbereich der sekundären Niederlassungsfreiheit ein kollisionsrechtlicher Gehalt der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV angenommen werden könne. Insoweit könnten sich die Gesellschaften auch auf die Niederlassungsfreiheit berufen.³¹⁹ Allerdings wird von einem großen Teil der Literatur die Daily Mail-Entscheidung des EuGH kritisiert. So gibt es nach dieser Auffassung keine Anhaltspunkte, die es

³¹⁴ Ebenroth/ Eyles, DB 1989, 413, 415; Großfeld, WM 1992, 2121, 2123; *Domestici-Met*, Fasc. 164-F-2, n° 74.

³¹⁵ Ebenroth/ Eyles, DB-Beilage 2/ 88, 1, 12.

³¹⁶ Eyles, S. 350; *Domestici-Met*, Fasc. 164-F-2, n° 74.

³¹⁷ Schnichels, S. 171.

³¹⁸ Brödermann, in: Brödermann/ Iversen, Rn. 241 ff.

³¹⁹ Brödermann, in: Brödermann/ Iversen, Rn. 256 ff.

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

rechtfertigen würden, das Niederlassungsrecht der Gesellschaften nur auf die sekundäre Niederlassungsfreiheit zu beschränken.³²⁰ Das rechtliche Bedürfnis, auf das im Rahmen des Begriffs „soweit erforderlich“ in Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich EGV abgestellt wird, sei im Sinne eines gemeinschaftsrechtlichen Bedürfnisses zu verstehen.³²¹ Damit komme Art. 293 (ex-Art. 220) EGV nur subsidiär zur Anwendung, nämlich wenn keine anderweitige Lösung im EGV vorhanden ist, sei es durch eine konkludente Kollisionsnorm, sei es durch eine Kompetenzvorschrift zum Erlaß einer Kollisionsnorm.³²² Art. 293 (ex-Art. 220) EGV begründet also nach dieser Auffassung keine Sperrwirkung gegenüber anderen Vertragsbestimmungen, sondern übt lediglich eine Auffangfunktion aus,³²³ d.h. er verdrängt nicht die grundlegenden Bestimmungen des EGV über die Grundfreiheiten, sondern trägt nur ergänzend zu deren Durchsetzung bei.³²⁴ Unterstützt werde die Annahme der Subsidiarität von Art. 293 (ex-Art. 220) EGV durch seine systematische Stellung im EGV sowie durch seine Entstehungsgeschichte: Die Vorschrift befinde sich unter dem Kapitel „Allgemeine Schlußbestimmungen“ und könne daher keine Regel-, sondern nur eine Sondervorschrift darstellen. Außerdem sei sie erst kurz vor der Unterzeichnung in den EGV aufgenommen worden, weil man sich unsicher gewesen sei, inwieweit die dort aufgeführten Materien noch einer Regelung bedurften.³²⁵

Zum Teil werden Art. 293 (ex-Art. 220) und Art. 48 (ex-Art. 58) EGV auch als gleichrangige Vorschriften eingestuft, was aber ebenfalls bedeutet, daß Art. 293 (ex-Art. 220) EGV jedenfalls nicht vorrangig eingreift.³²⁶

Von den Kritikern des EuGH wird darauf hingewiesen, daß der EuGH auch in seiner bisherigen Rechtsprechung die Gewährung von Grundfreiheiten weder vom Abschluß eines Übereinkommens i.S.d. Art. 293 (ex-Art. 220) EGV³²⁷ noch von dem Stand der Rechtsangleichung gem. Art. 44 (ex-Art. 54) EGV abhängig ge-

³²⁰ Knobbe-Keuk, DB 1990, 2573, 2580; vgl. auch dies. ZHR 154 (1990), 325, 344; im Ergebnis auch Roth (RabelsZ 55 (1991), 623, 647 f.) und Behrens (EuZW 1991, 97); vgl. auch Menjuq, n° 123.

³²¹ Grothe, S. 153; von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Schwartz, Art. 220 EGV, Rn. 30.

³²² Schnichels, S. 161.

³²³ Grothe, S. 153.

³²⁴ Behrens, RabelsZ 52 (1988), 498, 505 f.; ders., ZGR 1994, 1, 20; Knobbe-Keuk, DB 1990, 2573, 2580.

³²⁵ Grothe, S. 152 f.; Schnichels, S. 162; von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Schwartz, Art. 220 EGV, Rn. 38.

³²⁶ Pohlmann, S. 116, Fn. 81; etwas unklar Timmermans, RabelsZ 48 (1984), 1, 38.

³²⁷ Z.B. EuGH v. 11. 07. 1985, Rs. 137/ 84 (Mutsch), Slg. 1985, 2681, 2694 ff., Rz. 11, 18; EuGH v. 28. 01. 1986, Rs. 270/ 83 (Kommission/ Frankreich), Slg. 1986, 273, 306 f., Rz. 23, 28; Behrens, IPRax 1989, 354, 358; Knobbe-Keuk, DB 1990, 2573, 2579 f.; Schnichels, S. 163 f.

macht hat.³²⁸ Daher wird das Daily Mail-Urteil als bloße Entscheidung über die Rechtmäßigkeit steuerlicher Wegzugsbeschränkungen gesehen, dem keine internationalprivatrechtliche Aussage entnommen werden könne.³²⁹

Nach wiederum anderer Ansicht enthält das Urteil zwar eine Aussage zum Internationalen Gesellschaftsrecht, sei jedoch inzwischen überholt, da der EuGH vom „gegenwärtigen Stand des Gesellschaftsrechts“ ausgegangen sei, sich dieses aber aufgrund einer weiter vorangeschrittenen Angleichung der materiellen Gesellschaftsrechte geändert habe.³³⁰

Außerdem sei es mit der unmittelbaren Anwendbarkeit der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV unvereinbar, wenn sich eine Gesellschaft vor Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen nur auf die sekundäre Niederlassungsfreiheit berufen könnte.³³¹

Nach der Auffassung der Daily Mail-Kritiker können die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV gemeinschaftsrechtliches Kollisionsrecht enthalten, da die Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g und 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich EGV nicht die Anwendbarkeit der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV hindern.

cc. Stellungnahme

Vorab ist festzustellen, daß es bei der Daily Mail-Entscheidung des EuGH um eine Sitzverlegung zwischen zwei Staaten ging, die der Gründungsrechtsregel folgen, nämlich den Niederlanden und Großbritannien. Damit wären die Ausführungen des EuGH zur Vereinbarkeit der unterschiedlichen nationalen Kollisionsrechte mit den Art. 48, 43 (ex-Art. 58, 52) EGV nicht erforderlich gewesen. Im Rahmen der Gründungsrechtsregel wäre die alleinige Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland, um die es im vorliegenden Fall ging, unproblematisch zulässig gewesen. Es wäre daher allein auf die Zulässigkeit der steuerrechtlichen Genehmigung angekommen. Dennoch sind, entgegen der Auffassung von Knobbe-Keuk,³³² eindeutige Ausführungen zu der Vereinbarkeit der nationalen Kollisionsrechte mit Art. 48, 43 (ex-Art. 58, 52) EGV erfolgt, die somit obiter dicta ergingen.³³³

³²⁸ EuGH v. 21. 06. 1974, Rs. 2/ 74 (Reyners), Slg. 1974, 631, 652, Rz. 29 ff.

³²⁹ Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 333.

³³⁰ Schnichels, S. 166 f.

³³¹ Behrens, RabelsZ 52 (1988), 498, 505 f. und in ZGR 1994, 1, 20.

³³² Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 333.

³³³ Drobniq, in: Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, S. 185, 205; Brödermann (in: Brödermann/ Iversen, Rn. 212) erkennt nur die Möglichkeit eines obiter dictum an, geht aber davon aus, daß die Frage nach der Reichweite der Niederlassungsfreiheit logisch vorrangig war und es daher NICHT zu einem obiter dictum kam; zur Überflüssigkeit der Ausführungen durch den EuGH vgl. auch Menjucq (n° 123).

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

Hinsichtlich der Frage, ob die Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g und 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich EGV die Annahme einer kollisionsrechtlichen Regelung verhindern, zeigt meines Erachtens die parallele Existenz der Art. 48 (ex-Art. 58), Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich und Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV, daß die Art. 48, 43 (ex-Art. 58, 52) EGV nicht alle in den Art. 293, 44 (ex-Art. 220, 54) EGV angesprochenen Bereiche umfassend regeln, sondern davon ausgehen, daß hinsichtlich gewisser Fragen, die in den Bereich der Niederlassungsfreiheit fallen, noch Regelungen benötigt werden. Der Daily Mail-Entscheidung muß insoweit zugestimmt werden, als sie deutlich macht, daß in den einzelnen Mitgliedstaaten erhebliche Unterschiede bestehen „hinsichtlich dessen, was für die Gründung einer Gesellschaft an Verknüpfung mit dem nationalen Gebiet erforderlich ist, wie hinsichtlich der Möglichkeit einer nach einem nationalen Recht gegründeten Gesellschaft, diese Verknüpfung nachträglich zu ändern“.³³⁴ Der EuGH macht weiterhin deutlich, daß zwischen den nationalen kollisionsrechtlichen Anknüpfungsmethoden der Mitgliedstaaten erhebliche Unterschiede existieren, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind.³³⁵ Auch dieser Aussage ist zuzustimmen, denn schon die Möglichkeit, eine Rechtsangleichung hinsichtlich des Kollisionsrechts vorzunehmen oder ein Übereinkommen in diesem Bereich zu schließen, macht deutlich, daß das Gemeinschaftsrecht nicht selber eine kollisionsrechtliche Vorschrift zur Verfügung stellt. Würde nämlich eine gemeinschaftsrechtliche Kollisionsnorm existieren, wäre weder eine Rechtsangleichung noch der Abschluß eines Übereinkommens sinnvoll, da der gemeinschaftsrechtlichen Regelung schon aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten Wirkung zukäme. In diesem Fall würde also eine einheitliche Regelung schon existieren, so daß der Rechtsangleichungsvorschrift bzw. der Möglichkeit, ein Übereinkommen abzuschließen, keine Funktion mehr zukäme.

Abzulehnen ist die Auffassung Brödermanns, der eine kollisionsrechtliche Regelung für den Bereich der sekundären Niederlassungsfreiheit für möglich hält, während er eine solche für das primäre Recht auf Niederlassung ausschließt. Diese Auffassung hätte zur Folge, daß eventuell hinsichtlich verschiedener Aktivitäten der Gesellschaft unterschiedliche Kollisionsrechte zur Anwendung kämen. So hat nach Brödermann das Gründungsrecht Vorrang, wenn zusätzlich die sachrechtlichen Voraussetzungen der Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 2, 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 und 49 (ex-Art. 59) Abs. 1 EGV erfüllt sind. Sollten diese aber nicht vorlie-

³³⁴ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5511, Rz. 20.

³³⁵ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5512, Rz. 23.

gen, so kann auch das Verwaltungssitzrecht eingreifen.³³⁶ Diese differenzierte Anknüpfung führt, vor allem wenn das Vorliegen der Voraussetzungen nicht klar ermittelt werden kann, zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit. Gewisse Sachverhalte spielen sich nämlich im „Grauzonenbereich zwischen primärer und sekundärer Niederlassungsfreiheit“ ab,³³⁷ wie beispielsweise im Fall der Segers-Entscheidung des EuGH.³³⁸ In diesem Fall wandelte der niederländische Staatsangehörige Segers sein einzelkaufmännisches Unternehmen in eine britische private limited company mit Satzungssitz in London um und deklarierte das Unternehmen in den Niederlanden, wo sich nach wie vor die Geschäftsaktivitäten konzentrierten, als Zweigniederlassung. Sein Antrag auf Leistungen beim staatlichen Träger der Krankenversicherung wurde mit der Begründung abgelehnt, daß er als Geschäftsführer und Mehrheitsinhaber nur dann als Arbeitnehmer seiner Gesellschaft gelten könnte, wenn diese ihren Satzungssitz in den Niederlanden hätte. Der EuGH ging in diesem Fall von einer Ausübung der sekundären Niederlassungsfreiheit durch die britische private limited company aus.³³⁹ Doch zugleich führte diese gesellschaftsrechtliche Konstruktion qualitativ zu einem Statutswechsel, denn die Unternehmensträger wurden ausgewechselt, ohne daß sich der örtliche Bezug zu beiden Staaten veränderte. Wirtschaftlich betrachtet vollzog sich also ein Vorgang, der in der Nähe einer grenzüberschreitenden formwechselnden Umwandlung oder einer transnationalen Verschmelzung durch Aufnahme anzusiedeln ist.³⁴⁰ In solchen Fällen, in denen sich primäre und sekundäre Niederlassungsfreiheit überschneiden, führt die Annahme einer gemeinschaftsrechtlichen Kollisionsnorm in Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV, die ausschließlich im Bereich der sekundären Niederlassungsfreiheit Anwendung findet, zu einiger Unsicherheit.

Offen bleiben kann an dieser Stelle die Frage, ob auch den Ausführungen des EuGH im Daily Mail-Urteil zu den nationalen Unterschieden bei den identitätswahrenden Sitzverlegungsmodalitäten und dem Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit beigeplant werden kann. An dieser Stelle ist nämlich nicht das materielle Problem der Identitätswahrung, sondern nur die Frage der kollisionsrechtlichen Relevanz der Art. 48, 43 (ex-Art. 58, 52) EGV zu prüfen. Hierbei hat sich ergeben, daß die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV keine kollisionsrechtliche Regelung enthalten und daher die nationale kollisionsrechtliche Anknüpfung nicht ver-

³³⁶ Brödermann, in: Brödermann/ Iversen, Rn. 272 f.

³³⁷ Eyles, S. 344.

³³⁸ EuGH v. 10. 06. 1986, Rs. 79/ 85 (Segers), Slg. 1986, 2375.

³³⁹ EuGH v. 10. 06. 1986, Rs. 79/ 85 (Segers), Slg. 1986, 2375, Rz. 13 f., 19.

³⁴⁰ Eyles, S. 346.

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

drängen. Somit verstößt die Verwaltungssitzregel nicht gegen das Gemeinschaftsrecht.

d. Das Centros-Urteil des EuGH

Möglicherweise ergibt sich aber aus der Centros-Entscheidung des EuGH³⁴¹ die Konsequenz, daß auf die Verwaltungssitzregel verzichtet werden muß, wenn die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV die Anwendung der Gründungsrechtsregel für alle Mitgliedstaaten vorschreiben.

aa. Die Entscheidung

Ein in Dänemark wohnendes dänisches Ehepaar gründete im Mai 1992 in Großbritannien die Centros-private limited company mit einem Gesellschaftskapital von 100 Pfund, das jedoch nie eingezahlt worden ist. Allerdings wird vom Recht des Vereinigten Königreichs Großbritannien für eine private limited company kein Mindestgesellschaftskapital vorgeschrieben. Als Satzungssitz wurde die Adresse eines Freundes des Ehemanns, der im Vereinigten Königreich Großbritannien lebt, eingetragen. Obwohl die Gesellschaft seit ihrer Errichtung keine Geschäftstätigkeit im Vereinigten Königreich Großbritannien entfaltet hat, beantragte die Ehefrau im Sommer 1992 – wie bereits bei Gesellschaftsgründung geplant – die Gründung einer Zweigniederlassung in Dänemark, von der aus alle Geschäfte der Gesellschaft abgewickelt werden sollten.

Die dänische Zentralverwaltung lehnte jedoch die Eintragung mit der Begründung ab, daß die Gesellschaft unter Umgehung der nationalen Vorschriften über die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals von 200 000 DKR (heute: 125 000 DKR) in Dänemark eigentlich keine Zweigniederlassung sondern einen Hauptsitz errichten möchte. Im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens gegen diese Entscheidung legte der dänische Højesteret dem EuGH die Frage vor, ob die Ablehnung der Eintragung mit den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV vereinbar ist. Der EuGH führt aus, daß es für die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts ohne Bedeutung ist, ob die ausländische Gesellschaft nur gegründet wurde, um sich in einem anderen Mitgliedsstaat niederzulassen bzw. um dänisches Recht zu umgehen. Es handele sich nicht um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt, da eine in einem Mitgliedsstaat gegründete Gesellschaft in einem anderen Mitgliedsstaat eine Zweigniederlassung errichten wolle.³⁴² Die Tatsache, daß die Gesellschaft le-

³⁴¹ EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C-212/ 97 (Centros); Slg. 1999, I-1459 ff.

³⁴² EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C-212/ 97 (Centros); Slg. 1999, I-1459, 1490, Rz. 17.

diglich aus Gesetzesumgehungsgründen im Ausland gegründet wurde, wirke sich nicht auf die Anwendbarkeit der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV aus, sondern berechtige Mitgliedstaaten lediglich dazu, Maßnahmen gegen den Mißbrauch zu ergreifen.³⁴³

Außerdem stellt der EuGH fest, daß die Versagung der Eintragung eine Beschränkung des Rechts auf Niederlassungsfreiheit aus den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV darstellt, weil diese Vorschriften jeder Gesellschaft, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem Mitgliedsstaat hat, das Recht gewähren, ihre Tätigkeit auch durch eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedsstaat auszuüben.³⁴⁴

Schließlich prüft der EuGH, ob die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt ist. Er führt aus, daß Mitgliedstaaten zwar berechtigt seien, Maßnahmen gegen mißbräuchliches oder betrügerisches Verhalten zu treffen und daher nationale Gerichte unter Umständen auch die Berufung auf das einschlägige Gemeinschaftsrecht verwehren könnten, doch seien dabei immer die Ziele der fraglichen Bestimmung zu beachten. Das Ziel der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV bestehe darin, eine Gesellschaft in einem Mitgliedsstaat zu gründen und ihr die Tätigkeit durch Zweigniederlassungen in einem anderen Mitgliedsstaat zu ermöglichen. Daher hätten Gesellschafter das Recht, die Gesellschaft in dem Mitgliedsstaat zu gründen, der ihnen die größtmögliche Freiheit läßt und der es der Gesellschaft erlaubt – wie schon im Urteil Segers dargelegt³⁴⁵ – ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich im Mitgliedsstaat ihrer Zweigniederlassung auszuüben. Insoweit sei es unerheblich, daß das Gesellschaftsrecht in der Gemeinschaft noch nicht harmonisiert worden ist.³⁴⁶

Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit wird nach Ansicht des EuGH auch nicht durch Art. 46 (ex-Art. 56) EGV gerechtfertigt.³⁴⁷

Schließlich wäre die Beschränkung gerechtfertigt, wenn sie die von der Rechtsprechung – in den Fällen Kraus und Gebhard³⁴⁸ – erarbeiteten Voraussetzungen erfüllt: danach müßte die Beschränkung in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müßte den Gründen des Allgemeininteresses entsprechen und zur Erreichung ihres Ziels geeignet und verhältnismäßig sein.³⁴⁹ Nach Ansicht

³⁴³ EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C-212/ 97 (Centros); Slg. 1999, I-1459, 1491, Rz. 18.

³⁴⁴ EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C-212/ 97 (Centros); Slg. 1999, I-1459, 1491, Rz. 19 f.

³⁴⁵ EuGH v. 10. 06. 1986, Rs. 79/ 85 (Segers), Slg. 1986, 2375 ff., Rz. 16.

³⁴⁶ EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C-212/ 97 (Centros); Slg. 1999, I-1459, 1492 ff., Rz. 24 ff.

³⁴⁷ EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C-212/ 97 (Centros); Slg. 1999, I-1459, 1495, Rz. 34.

³⁴⁸ EuGH v. 31. 03. 1993, Rs. 19/ 92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, 1697, Rz. 32; EuGH v. 30. 11. 1995, Rs. 55/ 94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, 4197, Rz. 37; vgl. auch Kap. 3.C.VI.2.b.aa., S. 225 ff.

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

des EuGH scheitert die Rechtfertigung an der fehlenden Geeignetheit der Mindestkapitalanforderungen für den Gläubigerschutz, da bei Vorliegen einer Geschäftstätigkeit im Vereinigten Königreich die Zweigniederlassung eingetragen worden wäre, obwohl die dänischen Gläubiger in diesem Fall ebenso gefährdet gewesen wären. Außerdem sei der Gläubigerschutz schon durch die 4. und 11. gesellschaftsrechtliche Richtlinie gewährleistet und es sei den Gläubigern bekannt, daß die Gesellschaft nicht dänischem Recht unterliegt, da sie von Anfang an als private limited company englischen Rechts aufgetreten ist. Schließlich wäre als mildere Maßnahme zum Schutz der Gläubiger auch die Pflicht zum Einräumen von Sicherheiten denkbar.³⁵⁰

bb. Die in der Lehre vertretenen Ansichten

Zum Teil wird angenommen, daß es sich bei dem Centros-Urteil nicht nur um eine Entscheidung handelt, die das Recht betrifft, eine Geschäftstätigkeit mittels einer Zweigniederlassung im Ausland ausüben zu dürfen, sondern daß sich das Urteil darüber hinaus auf die Geltung des ausländischen Gesellschaftsstatuts auswirkt. So soll sich aus der Entscheidung ergeben, daß das Hauptsitzkriterium gegen die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV verstößt, mit der Folge, daß innerhalb der Gemeinschaft zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts zumindest teilweise an die Gründungsrechtsregel angeknüpft werden müsse.³⁵¹

Da der EuGH der Centros-Gesellschaft ein Recht auf sekundäre Niederlassung gewährt, erkennt er inzident die Hauptniederlassung an. Daraus wird allgemein entnommen, daß der EuGH Gesellschaften, deren Satzungs- und Verwaltungssitz auseinanderfallen, ein Recht auf sekundäre Niederlassungsfreiheit gewährt und diese Gesellschaften anerkennt. So sei auch ein Staat, der der Verwaltungssitzregel folgt, verpflichtet, diese Gesellschaften bei sich anzuerkennen und aufzunehmen.³⁵² Insoweit könne sich die Gesellschaft nicht mehr auf die Verwaltungssitzregel berufen, so daß diese allenfalls noch hinsichtlich inländischer Gründungen in einem Staat, der der Verwaltungssitzregel folgt, Anwendung finden könne.³⁵³

Das Centros-Urteil mache deutlich, daß es sich bei dem Niederlassungsrecht um

³⁴⁹ EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C-212/ 97 (Centros); Slg. 1999, I-1459, 1495, Rz. 34.

³⁵⁰ EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C-212/ 97 (Centros); Slg. 1999, I-1459, 1495 ff., Rz. 35 ff.

³⁵¹ Borges, RIW 2000, 167, 176; Cascante, RIW 1999, 447, 451; Freitag, EuZW 1999, 267, 269; Leible, NZG 1999, 298, 302; Lutter/ Lutter, § 1 UmwG, Rn. 9; Meilicke, DB 1999, 625, 627 f.; Roth, ZIP 1999, 861, 867; Sedemund/ Hausmann, BB 1999, 809, 810; Werlauff, ZIP 1999, 867, 874 f.

³⁵² Leible, NZG 1999, 298, 301; Meilicke, DB 1999, 625, 627; Roth, ZIP 1999, 861, 863; Werlauff, ZIP 1999, 867, 872.

³⁵³ Freitag, EuZW 1999, 267, 268 f.; Leible, NZG 1999, 298, 301; Roth, ZIP 1999, 861, 863.

ein absolutes Recht handelt, da ein Staat nicht einmal in klaren Umgehungsfällen, wie im vorliegenden Fall, seine nationale Gesellschaftsgesetzgebung gegenüber ausländischen Gesellschaften zur Anwendung bringen könne. Daher dürfe das nationale Gesellschaftsrecht des Verwaltungssitzstaates erst recht nicht über die Verwaltungssitzregel zum Zuge kommen. Außerdem dürften die Mitgliedstaaten das Niederlassungsrecht nicht umgehen, indem sie behaupten, es stehe den Staaten frei, die Nationalität ihrer Gesellschaften zu definieren;³⁵⁴ der EuGH habe insoweit ausgeführt, daß dem Satzungssitz die Funktion der „Nationalitätsbestimmung“ bei Gesellschaften und damit die Gesellschaftsstatutsbestimmung zugewiesen sei.³⁵⁵

Nach anderer Ansicht berührt die Centros-Entscheidung die mitgliedstaatlichen Kollisionsrechte nicht, sondern bezieht sich lediglich auf das sekundäre Niederlassungsrecht bei der Errichtung einer Zweigniederlassung unter Absicht der Umgehung der Mindestkapitalvorschriften.³⁵⁶

Zwar setze die Errichtung einer Zweigniederlassung das Bestehen einer Hauptniederlassung voraus, doch habe sich der EuGH im Centros-Fall nicht mit der Frage der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft beschäftigt. Da sowohl Dänemark als auch das Vereinigte Königreich der Gründungsrechtsregel folgen, sei der EuGH ohne weiteres davon ausgegangen, daß die Centros-private limited company von beiden beteiligten Staaten als wirksam errichtet anzusehen sei, auch wenn sie im Gründungsstaat keine geschäftliche Tätigkeit entfaltete, also dort keinen Verwaltungssitz hatte. Da der EuGH aufgrund dieser Rechtslage von vornherein von der Rechtsfähigkeit der Centros-Gesellschaft ausgehen mußte, habe er sich lediglich mit der gemeinschaftsrechtlichen Frage beschäftigt, ob die Beschränkung der sekundären Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt war.³⁵⁷ Die Gemeinschaft überlasse es also weiterhin den Mitgliedstaaten, zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts auf eines der in Art. 48 (ex-Art. 58) EGV genannten Kriterien, d.h. auf den Satzungssitz, die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung abzustellen; der EuGH nehme dieses Ergebnis dann als Anknüpfungspunkt für seine Prüfung.³⁵⁸ Dies ergebe sich auch aus den Bestimmungen des Vorentwurfs der Kommission für eine 14. Richtlinie, da in dieser auch die gemeinsame Verlegung des Satzungs-

³⁵⁴ Werlauff, ZIP 1999, 867, 874 f.

³⁵⁵ Roth, ZIP 1999, 861, 863; Werlauff, ZIP 1999, 867, 871.

³⁵⁶ Ebke, JZ 1999, 656, 658; Kindler, NJW 1999, 1993, 1996 f.; Lange, DNotZ 1999, 593, 604 f.; ohne Begründung auch Ulmer (JZ 1999, 662); Ducouloux-Favard, Petites affiches, 12. 11. 1999, 5, 11; Menjucq, JCP, éd. E, 1999, pratiques, 1617.

³⁵⁷ Ebke, JZ 1999, 656, 658 f.; Lange, DNotZ 1999, 593, 601, 604; Kindler, NJW 1999, 1993, 1996 f.; Schwarz, Rn. 180.

³⁵⁸ Kindler, NJW 1999, 1993, 1997; Lange, DNotZ 1999, 593, 604.

2.C. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen das Gemeinschaftsrecht

und des Verwaltungssitzes geregelt sei. Hierdurch habe die Kommission deutlich gemacht, daß sie von der Vereinbarkeit der Sitztheorie als Kollisionsnorm mit den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV ausgehe.³⁵⁹

Im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Prüfung des Rechts auf sekundäre Niederlassungsfreiheit habe der EuGH allerdings in dieser Entscheidung auf das Vorliegen des Ansässigkeitskriteriums im Zeitpunkt der Ausübung der sekundären Niederlassungsfreiheit verzichtet; er habe hierfür das Vorliegen des Satzungssitzes im Gründungsstaat der ausländischen Gesellschaft für ausreichend erachtet.³⁶⁰

cc. Stellungnahme

Der Centros-Entscheidung ist meines Erachtens keine kollisionsrechtliche Aussage zu entnehmen, da die Entscheidung sich allein auf die Frage bezieht, ob die Ablehnung der Eintragung der Zweigniederlassungseintragung einer Gesellschaft, die in ihrem Gründungsstaat keine Geschäftstätigkeit entfaltet, aus Gründen der Umgehung der Mindestkapitalvorschriften gegen das Recht auf sekundäre Niederlassungsfreiheit verstößt. Hierzu prüft der EuGH lediglich, ob der vorliegende Fall von dem Anwendungsbereich der sekundären Niederlassungsfreiheit erfaßt wird, ob es sich bei der Ablehnung der Eintragung um eine Niederlassungsbeschränkung handelt, und ob diese gerechtfertigt ist.

Diese Untersuchung wird vom EuGH jedoch nicht allgemein vorgenommen, sondern bezieht sich auf eine wirksam gegründete, anerkannte und rechtsfähige Gesellschaft. So gehen beide beteiligte Staaten von dem Bestand und der Rechtsfähigkeit der Centros-private limited company aus, denn sie folgen beide der Gründungsrechtsregel. Die Gesellschaft wurde nach dem Recht des Vereinigten Königreichs wirksam gegründet und erlangte dadurch ihre Rechtsfähigkeit, so daß es auf eine Geschäftstätigkeit im Gründungsstaat nicht ankommt. Der EuGH hat keinen Anlaß, diesen gemeinsamen Ausgangspunkt der Beteiligten in Frage zu stellen und legt die vorhandene kollisionsrechtliche Lage auch zugrunde, denn er sieht nach dänischem Recht die Centros-private limited company als ausländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung (des Vereinigten Königreichs) an.³⁶¹ Damit zeigt der EuGH, daß er seiner Entscheidung den Standpunkt des dänischen Kollisionsrechts (Gründungsrecht) zugrunde legt, daß also weiterhin das mitgliedsstaatliche Kollisionsrecht dem Niederlassungsrecht vorgeht. Zwar ging vorliegend aufgrund der Sachverhaltskonstellation das Gründungsrecht dem Nie-

³⁵⁹ Schwarz, Rn. 180.

³⁶⁰ Kindler, NJW 1999, 1993, 2000; Lange, DNotZ 1999, 593, 605; Schwarz, Rn. 180; vgl. zur Frage der Ansässigkeit auch Kap. 2.C.II.1., S. 76

³⁶¹ EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C-212/ 97 (Centros); Slg. 1999, I-1459, 1487, Rz. 4.

derlassungsrecht vor, doch muß dies auch in Bezug auf die Anwendung des Verwaltungssitzrechts gelten. Da der EuGH kein weiteres Wort zum Kollisionsrecht verliert, kann ihm nicht ein Abweichen von seiner bisherigen Rechtsprechung unterstellt werden. Es kann also nicht davon ausgegangen werden, daß der EuGH Gesellschaften, die nach dem Kollisionsrecht eines der beteiligten Staaten nicht anerkannt werden, weil beispielsweise ihr Satzungs- und Verwaltungssitz auseinanderfällt, ein Recht auf sekundäre Niederlassungsfreiheit gewährt. Damit wirkt sich das Centros-Urteil nicht auf die Anwendbarkeit der Verwaltungssitzregel aus.

dd. Folgen des Centros-Urteils in der deutschen Rechtsprechung

Dem BGH liegt die Revision einer niederländischen Gesellschaft vor, die in den Niederlanden wirksam gegründet wurde. Diese hat anschließend ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt und machte vor einem deutschen Landgericht vertragliche Mängelansprüche aus einem Bauvertrag geltend. In den Vorinstanzen wurde die Klage mangels Parteifähigkeit der Klägerin als unzulässig abgewiesen, da sich die Parteifähigkeit bei Anwendung der Verwaltungssitzregel nach deutschem Recht bestimme, welches von dem Verlust der Rechts- und damit Parteifähigkeit bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung ausgehe.

Durch Beschluß vom 30. 03. 2000 hat der BGH nun dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt: „a) Sind Art. 43 und Art. 48 (ex-Art. 52, 58) EGV dahin auszulegen, daß es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates wirksam gegründet worden ist, nach dem Recht des Staates beurteilt werden, in den die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt hat, und wenn sich aus dessen Recht ergibt, daß sie vertraglich begründete Ansprüche dort nicht mehr gerichtlich geltend machen kann? b) Sollte der Gerichtshof diese Frage bejahen: Gebietet es die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Art. 43 und Art. 48 (ex-Art. 52, 58) EGV), die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaates zu beurteilen?“³⁶²

Er beruft sich hierbei auf insbesondere die nach dem Daily Mail und Centros-Urteil des EuGH bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen umstrittene Rechtslage, ob die in Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV garantierte Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften der Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz entgegenstehe.³⁶³ Sollte der EuGH positiv im Sinne der Vorlagenfrage ent-

³⁶² BGH v. 30. 03. 2000, AG 2000, 473 ff. (=RIW 2000, 555).

³⁶³ BGH v. 30. 03. 2000, AG 2000, 473, 474.

scheiden, hätte dies zumindest eine Ablehnung der Verwaltungssitzregel für die Frage der Rechts- und Parteifähigkeit bzw. – sollte er beide Fragen positiv bescheiden – eine partielle Anknüpfung an das Gründungsrecht zur Folge.³⁶⁴ Dies würde, soweit nicht vollständig eine neue Anknüpfungsregel zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts herangezogen werden würde, zur Anwendung verschiedener Rechtsordnungen führen. Eine solche differenzierende Anknüpfung ist abzulehnen, da die Regelungen einer Rechtsordnung aufeinander abgestimmt sind und eine Mischung von Normen zu Interessenverletzungen, sowie Rechtswidersprüchen und -lücken führen kann.³⁶⁵

Darüber hinaus ist zu kritisieren, daß der BGH vor Erlaß des Beschlusses nicht geprüft hat, welcher Gesellschaftsform die zugezogene, nicht rechtsfähige Gesellschaft nach deutschem Recht zuzuordnen ist, welches aufgrund der Verwaltungssitzregel zur Anwendung kommt.³⁶⁶ Soweit die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betrieben hat, würde es sich bei dem zugezogenen, nicht rechtsfähigen Gebilde um eine OHG handeln, die gem. § 124 Abs. 1 HGB als rechts- und parteifähig anzusehen wäre.³⁶⁷

D Verstoß der Anknüpfung an den Verwaltungssitz gegen die EMRK

Bei der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, der gem. Art. 25 GG bzw. Art. 55 i.V.m. Art. 54 der französischen Verfassung Vorrang vor dem deutschen und französischen nationalen Recht und damit auch vor den nationalen Kollisionsrechten hat.³⁶⁸ Somit müßte von der Unwirksamkeit der Verwaltungssitzregel ausgegangen werden, wenn diese gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstoßen würde.³⁶⁹

Auf der Grundlage und unter Weiterführung der Entscheidung der Cour de Cassation vom 12. 11. 1990³⁷⁰ wird die Meinung vertreten, daß die Verwaltungssitzregel

³⁶⁴ Vgl. auch Bechtel, NZG 2001, 21.

³⁶⁵ Vgl. zu dieser Problematik auch die Stellungnahme zu den einzelnen Anknüpfungsmethoden: Kap. 2.B.I.5., S. 65 ff.

³⁶⁶ Zur Behandlung einer deutschen Gesellschaft in fehlerhafter Rechtsform vgl. Kap. 3.C.V., S. 207 ff.

³⁶⁷ So auch Bechtel, NZG 2001, 21, 22.

³⁶⁸ Cass. Crim. 12. 11. 1990, Bull. Joly 1992, 42 s.; Großfeld/ Boin, JZ 1993, 370; Meilicke, BB-Beilage 9/ 95, 1, 8.

³⁶⁹ Meilicke, BB-Beilage 9/ 95, 1, 8.

gegen wesentliche Grundsätze der Europäischen Menschenrechtskonvention verstößt.³⁷¹ Die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch die Cour de Cassation soll nämlich allgemeine Gültigkeit haben, da kein Grund dafür ersichtlich sei, daß die Konvention in Frankreich anders ausgelegt werde als in andern Ländern.³⁷² Bei dem Urteil der Cour de Cassation ging es um die Zuerkennung der aktiven Parteifähigkeit einer aufgrund des französischen Gesetzes vom 30. 05. 1857 nicht anerkannten Gesellschaft.³⁷³ Hinsichtlich der Verwaltungssitzregel wird nun argumentiert, daß auch diese – ähnlich wie das französische Gesetz vom 30. 05. 1857 – zu einer Nichtanerkennung der Gesellschaften führe, weil Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz nicht in dem Staat haben, nach dessen Recht sie gegründet sind, als nicht existent behandelt würden.³⁷⁴

Die Cour de Cassation ging davon aus, daß die Versagung der aktiven Parteifähigkeit einer nicht anerkannten Gesellschaft gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK, der zusammen mit Art. 14 EMRK gesehen werden müsse, sowie gegen Art. 1 und 5 des Zusatzprotokolls vom 20. 03. 1952 verstoße, weil jede juristische Person, gleich welcher Nationalität, ein Recht auf Achtung ihres Vermögens und auf Gehör vor einem französischen Gericht habe.³⁷⁵ Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährt nämlich auch juristischen Personen ein Recht auf rechtliches Gehör und damit einen uneingeschränkten Zugang zu den Gerichten,³⁷⁶ und die Art. 1 und 5 des Zusatzprotokolls schützen als Zusatzartikel zu der Konvention das Eigentum juristischer Personen. Art. 14 EMRK verbietet allgemein für die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten eine Diskriminierung aufgrund der nationalen Herkunft.

Dieser Entscheidung der Cour de Cassation wird entnommen, daß Gesetze, die zu einer generellen Nichtanerkennung führen, gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen, so daß auch die Verwaltungssitzregel aufgrund der von ihr hervorgerufenen oben erwähnten Nichtanerkennung gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoße.³⁷⁷ Zugleich soll nach dieser Auffassung die Nichtanerkennung der ausländischen Gesellschaft

³⁷⁰ Cass. Crim. 12. 11. 1990, Bull. Joly 1992, 42 s.; zur Entscheidung der Cour de Cassation: vgl. auch Kap. 2.A.V.1., S. 41

³⁷¹ Meilicke, RIW 1992, 578.

³⁷² Meilicke, RIW 1992, 578.

³⁷³ Cass. Crim. 12. 11. 1990, Bull. Joly 1992, 43.

³⁷⁴ Meilicke, RIW 1992, 578.

³⁷⁵ Cass. Crim. 12. 11. 1990, Bull. Joly 1992, 43.

³⁷⁶ Großfeld/ Boin, JZ 1993, 370, 371; Schlenker, S. 6; a.A. Legros (Bull. Joly 1992, 42, 44 f.) unter Hinweis auf den ausschließlich auf natürliche Personen bezogenen Inhalt der in der Konvention geschützten Rechte (Recht auf Leben, Schutz vor Folter und Sklaverei, Recht auf Privat- und Familienleben) und auf Art. 25 der Konvention, der nur natürlichen Personen oder Personengruppen ein Recht auf Appellation an die Kommission gewährt.

³⁷⁷ Meilicke, BB-Beilage 9/ 95, 1, 10 f.

2.D. Verstoß der Anknüpfung an den Verw.-sitz gegen die EMRK

eine Diskriminierung der Gesellschaft aufgrund ihrer Nationalität darstellen und damit gegen Art. 14 EMRK verstoßen.³⁷⁸ Schließlich könne die Verwaltungssitzregel auch Art. 1 i.V.m. Art. 5 des Zusatzprotokolls vom 20. 03. 1952 verletzen, denn die Nichtanerkennung könne zu einem Eingriff in das Eigentum führen, wenn die Gesellschaft ihre Rechte und Ansprüche vor Gericht mangels Parteifähigkeit nicht geltend machen bzw. durchsetzen kann.³⁷⁹

Die herrschende Meinung lehnt jedoch einen Verstoß der Verwaltungssitzregel gegen die Europäische Menschenrechtskonvention ab.³⁸⁰ Zum einen befaße sich das Urteil der Cour de Cassation nicht mit der Sitzproblematik, sondern nur mit der generellen Nichtanerkennung einer Gesellschaft, da in der Entscheidung lediglich Art. 2 des französischen Gesetzes vom 30. 05. 1857 herangezogen werde, der aber den Sitz der Gesellschaft gar nicht erwähne.³⁸¹ Zum anderen werde in der Europäischen Menschenrechtskonvention der Begriff „juristische Person“ nicht definiert, so daß die entsprechende Zuständigkeit bei den Vertragsstaaten liege und diese durch Anwendung der Verwaltungssitz- oder Gründungsrechtsregel selber bestimmen könnten, wann eine Rechtsperson vorliege.³⁸² Die Europäische Menschenrechtskonvention enthalte auch keine kollisionsrechtliche Regelung, sondern lediglich völkervertragliches Fremdenrecht, um gewisse materielle Rechte natürlicher oder juristischer Personen zu schützen.³⁸³ Weiterhin mache Art. 5 des Zusatzprotokolls vom 20. 03. 1952, der davon spricht, daß alle Vorschriften der Konvention entsprechend auf die Zusatzartikel aus dem Protokoll anzuwenden sind, deutlich, daß die Unterschiede zwischen juristischen und natürlichen Personen berücksichtigt würden. Die Formulierung „entsprechend anzuwenden“ zeige, daß den Besonderheiten bei juristischen Personen Rechnung getragen werden soll und gerade diesen Eigenarten werde die Verwaltungssitzregel gerecht.³⁸⁴ So lasse die Europäische Menschenrechtskonvention den Vertragsstaaten einen Gestaltungsspielraum, um die Umgehung ihrer nationalen Rechte zu

³⁷⁸ Meilicke, RIW 1992, 578, 579.

³⁷⁹ Meilicke, BB-Beilage 9/ 95, 1, 10 f.

³⁸⁰ Bechtel, S. 25; Bungert, ZVglRWiss 93 (1994), 117, 120, Fn. 4; Ebenroth/ Auer, GmbHR 1994, 16, 20; Engel, ZEuP 1993, 150, 152 ff.; Großfeld/ Boin, JZ 1993, 370, 371; Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1546; Schlenker, S. 60 f.; Staudinger/ Großfeld, Rn. 140. Im Ergebnis auch die herrschende Meinung in Frankreich, die dem Urteil lediglich – ohne auf die Sitztheorie einzugehen – entnimmt, daß eine nicht anerkannte Gesellschaft das Recht haben muß, vor Gericht als Klägerin auftreten zu dürfen: so z.B. Legros (Bull. Joly 1992, 42, 44 s.) und Batiffol/ Lagarde (n° 201).

³⁸¹ Bechtel, S. 25; Großfeld/ Boin, JZ 1993, 370, 371.

³⁸² Ebenroth/ Auer, GmbHR 1994, 16, 21; Großfeld/ Boin, JZ 1993, 370, 371 f.

³⁸³ Bungert, EWS 1993, 17, 21; Ebenroth/ Auer, GmbHR 1994, 16, 21.

³⁸⁴ Staudinger/ Großfeld, Rn. 140.

verhindern, auch wenn sie sie grundsätzlich dazu verpflichtete, bei der Schaffung nationalen Rechts die in der Konvention verankerten Rechte zu berücksichtigen. Da die Verwaltungssitzregel vor einer Umgehung des nationalen Gesellschaftsrechts durch ausländische Gesellschaften schützen wolle, halte sie sich innerhalb des Spielraums und verstoße somit nicht gegen die Europäische Menschenrechtskonvention.³⁸⁵

Schließlich verbürge Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht ein Recht auf rechtliches Gehör als juristische Person, sondern nur ein Klagerecht als solches. Dieses sei jedoch auch dann erfüllt, wenn der Gesellschaft das Recht aus Art. 6 EMRK in einer anderen Rechtsform gewährt werde. So würden insbesondere ausländische Gesellschaften in Deutschland nach einer Sitzverlegung die Voraussetzungen einer OHG oder GbR erfüllen und könnten in dieser Form klagen.³⁸⁶ Meines Erachtens ist zunächst einmal festzustellen, daß die Cour de Cassation in ihrem Urteil keinen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention durch die Verwaltungssitzregel festgestellt hat. Die Entscheidung besagt lediglich, daß jede juristische Person das Recht auf Achtung ihres Vermögens und auf rechtliches Gehör hat, und daher vor Gericht auch geltend machen können muß, daß sie Opfer einer Rechtsverletzung geworden ist. Insoweit dürfen die Art. 1 und 2 des Gesetzes vom 30. 05. 1857, nach denen nicht belgische Gesellschaften nicht in ihrer Rechtspersönlichkeit, Handlungs- und Parteifähigkeit anerkannt werden, nicht angewandt werden.³⁸⁷

Bei der Auslegung und Verallgemeinerung des Urteils ist jedoch zu beachten, daß der Anerkennung in Frankreich eine selbständige Funktion zukommt, nämlich die Rechts-, Handlungs- und Parteifähigkeit der Gesellschaft festzustellen, während die Anerkennung in Deutschland einen Teilaspekt der kollisionsrechtlichen Anknüpfung darstellt.³⁸⁸ Weiterhin ist mangels näherer Ausführungen des Gerichts davon auszugehen, daß die ausländische Gesellschaft (in diesem Fall eine Anstalt liechtensteiner Rechts) ihren Verwaltungssitz im Hoheitsgebiet ihres Gründungsstaates (hier also in Liechtenstein) hatte.³⁸⁹ Die Nichtanerkennung der Gesellschaft entsprang daher nicht der Verwaltungssitzregel, denn der Verwaltungssitz befand sich „ordnungsgemäß“ in dem Staat, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet worden ist, sondern ergab sich allein aus der Anordnung der Art. 1 und 2 des Gesetzes vom 30. 05. 1857, die aus diesem Grund auch als

³⁸⁵ Engel, ZEuP 1993, 150, 156 f.

³⁸⁶ Bungert, EWS 1993, 17, 21.

³⁸⁷ Cass. Crim. 12. 11. 1990, Bull. Joly 1992, 42 s.

³⁸⁸ Darauf weisen auch Ebenroth/ Auer (GmbHR 1994, 16, 20) hin.

³⁸⁹ Vgl. auch Großfeld/ Boin, JZ 1993, 370, 371.

unwirksam angesehen wurden. Die Cour de Cassation hat somit nicht die Anknüpfungsmethode zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts bestimmt, sondern die generelle Nichtanerkennung jeder Gesellschaft, die ausländischem Recht unterliegt, verurteilt. Zu einer vergleichbaren generellen Nichtanerkennung führt die Verwaltungssitzregel jedoch nicht, denn sie bestimmt lediglich, welcher Rechtsordnung eine Gesellschaft unterliegt, zwingt aber nicht zur Versagung der Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft. So wird die Rechtsfähigkeit einer ausländischen Gesellschaft nach der Verwaltungssitzregel jedenfalls dann anerkannt, wenn die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in dem Staat hat, nach dessen Recht sie gegründet worden ist.³⁹⁰ Damit kann das Urteil der Cour de Cassation nicht herangezogen werden, um einen Verstoß der Verwaltungssitzregel gegen die Europäische Menschenrechtskonvention zu begründen, da die Nichtanerkennungswirkung des Gesetzes vom 30. 05. 1857 nicht mit der Verwaltungssitzregel vergleichbar ist. Doch auch unabhängig von diesem Urteil kann nicht von einem Verstoß der Verwaltungssitzregel gegen die Europäische Menschenrechtskonvention ausgegangen werden. Die Konvention schützt nämlich nur das Recht auf rechtliches Gehör, regelt hingegen nicht das Kollisionsrecht für Gesellschaften.³⁹¹ Die Verwaltungssitzregel als solche behindert jedoch nicht das Recht einer Gesellschaft vor Gericht aufzutreten und greift somit gar nicht in den Schutzbereich der Konvention ein. Auch die Tatsache, daß die Existenz der juristischen Person von nationalem Recht bestimmt wird, nimmt der ausländischen juristischen Person nicht das Recht zur Klageerhebung. Ein Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention liegt nur dann vor, wenn, wie in dem von der Cour de Cassation zu entscheidenden Fall, eine nach nationalem Kollisionsrecht existente Gesellschaft kein Recht auf rechtliches Gehör gewährt wird. Wenn hingegen kollisionsrechtlich eine rechtsfähige, ausländische juristische Person existiert, so muß ihr rechtliches Gehör gewährt werden. Insoweit kann auch in Frankreich die Anerkennung der Rechtsfähigkeit nicht völlig selbständig und vom Kollisionsrecht losgelöst gesehen werden, sondern es ist von einem Gleichlauf von Gesellschaftsstatut und Anerkennung auszugehen.

³⁹⁰ MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 211.

³⁹¹ Bungert, EWS 1993, 17, 21; Ebenroth/ Auer, GmbHR 1994, 16, 21.

Kapitel 2. Die rechtlichen Grundlagen des dt. und fr. int. Gesellschaftsrechts

Die grenzüberschreitende deutsch-französische Sitzverlegung

A Die wesentlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

I. Die Begriffsbestimmung nach deutschem und französischem Recht

Eine Sitzverlegung kann sowohl nach deutschem als auch nach französischem Recht durch verschiedene Handlungen einer Gesellschaft erfolgen.

So kann eine Gesellschaft zum einen ihren Satzungssitz verlegen, indem sie ihre Satzung ändert und in dieser einen neuen Gesellschaftssitz bestimmt. In diesem Fall behält sie ihren bisherigen tatsächlichen Verwaltungssitz bei, d.h. der Sitz, von dem aus die Gesellschaft gelenkt wird, ändert sich nicht. Zum anderen kann eine Gesellschaft auch lediglich ihren Verwaltungssitz verlegen und dabei den Satzungssitz beibehalten. In diesem Fall erfolgt die tatsächliche Verwaltung der Gesellschaft von einem anderen Ort als bisher. Schließlich liegt eine Sitzverlegung auch dann vor, wenn Satzungs- und Verwaltungssitz gemeinsam an einen neuen Ort verlegt werden, d.h. die Gesellschaft von einem anderen Ort als bisher tatsächlich verwaltet wird. Zugleich ändert sie ihre Satzung und trägt dort den neuen Ort als Gesellschaftssitz ein.³⁹²

Zu einer GRENZÜBERSCHREITENDEN Sitzverlegung kommt es, wenn der neue Satzungssitzort der Gesellschaft, der Verwaltungssitzort oder beide gemeinsam in das Hoheitsgebiet eines anderen Staates verlegt werden.

Dagegen kann der bloße Wechsel der Souveränität eines Staates aufgrund Staatennachfolge nicht als Sitzwechsel bezeichnet werden, obwohl sich der Gesellschaftssitz nach solch einem Vorgang auch in einem anderen Staat befindet. Entscheidend für eine Sitzverlegung ist nämlich, daß einer der Gesellschaftssitze privatautonom verlegt wird, was bei einem Souveränitätswechsel gerade nicht der

³⁹² Vgl. hierzu Kruse, S. 21, 26; Staudinger/ Großfeld, Rn. 554.

Fall ist, da bei diesem weder der Satzungs- noch der Verwaltungssitz geändert wird.³⁹³

Bei der Sitzverlegung ist zwischen echter und unechter (auch eigentliche und uneigentliche Sitzverlegung genannt) zu unterscheiden. Von einer echten Sitzverlegung kann nur gesprochen werden, wenn die Gesellschaft, die ihren Sitz verlegt, auch an dem neuen Sitzort als dieselbe juristische Person weiterbesteht. Das bedeutet, daß es zu einer echten Sitzverlegung nur dann kommt, wenn die Gesellschaft sich nicht an dem bisherigen Sitzort auflösen und am zukünftigen Sitzort neu gründen muß. Führt die Sitzverlegung hingegen zu einer Auflösung der Gesellschaft am Ort des alten Gesellschaftssitzes und zur Neugründung der Gesellschaft am Ort des neu gewählten Sitzes, so handelt es sich um eine sogenannte unechte Sitzverlegung.³⁹⁴

Voraussetzung für eine echte Sitzverlegung ist die Wahrung der Identität der Gesellschaft,³⁹⁵ da nur in diesem Fall die juristische Person wirklich (nur) ihren Sitz in einen anderen Staat verlegt. Bei einer unechten Sitzverlegung mit Auflösung und Neugründung gibt die Gesellschaft nämlich ihren Sitz auf, während eine neue Gesellschaft mit einem neuen Sitz begründet wird; es liegt also kein einheitlicher Sitzverlegungsvorgang vor, sondern zwei Handlungsakte (Auflösung und Neugründung). Auch wenn sich bei der unechten Sitzverlegung die alte und die neue Gesellschaft aus denselben Gesellschaftern zusammensetzt, wird bei der Auflösung und Neugründung der Gesellschaft je ein Teil des eigentlich einheitlichen Sitzverlegungsvorgangs von zwei verschiedenen Gesellschaften vorgenommen, was die Bezeichnung als unechte Sitzverlegung rechtfertigt. Unter Bezugnahme auf das deutsche Umwandlungsgesetz und auf das Verhältnis von Vorgesellschaft und Gesellschaft liegt nach Ansicht von Bechtel eine identitätswahrende Sitzverlegung bereits vor, wenn es zum Fortbestand des ursprünglichen Rechtsträgers kommt, auch wenn die ursprüngliche juristische Person dabei untergeht. Für eine Identitätswahrung soll es nicht auf das „gesellschaftsrechtliche Kleid“, sondern auf das Gesellschaftsvermögen ankommen, das auf den Rechtsträger neuer Form übergehen müsse.³⁹⁶ Meines Erachtens bedarf jedoch eine identitätswahrende Sitzverlegung des Erhalts der Rechtsfähigkeit unter Fortbestand der juristi-

³⁹³ Pohlmann, S. 95; vgl. auch Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 253 und Mayer, n° 1068 ss.

³⁹⁴ Drobnig (in: Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, S. 185, 196) bezeichnet die „Sitzverlegung“ unter Auflösung und Neugründung als faktische Sitzverlegung; Kruse (S. 28) und Luchsinger (S. 15 f.) als uneigentliche Sitzverlegung; ähnlich auch Menjucq (n° 81).

³⁹⁵ So auch Drobnig, Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, S. 185, 196; Kruse, S. 7 f.; Luchsinger, S. 15 f.

³⁹⁶ Bechtel, S. 32 ff.

3.A. Die wesentlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

schen Person, da nur so sichergestellt werden kann, daß es nicht zu einer unbeschränkten Haftung der Gesellschaft kommt.³⁹⁷

II. Die Unterscheidung zwischen kollisionsrechtlichen und materiellrechtlichen Problemen

Der Vorgang der grenzüberschreitenden Sitzverlegung – gleichgültig ob es um die Verlegung des Satzungs- oder Verwaltungssitzes oder um die gemeinsame Verlegung beider Sitze geht – berührt automatisch die Rechtsordnungen zweier verschiedener Staaten. In dem einen Staat gibt die Gesellschaft ihren Gesellschaftssitz auf und im Hoheitsgebiet des anderen begründet sie ihn neu. Die Gesellschaft besitzt daher gewisse Beziehungen zu dem Staat, in dem sich ursprünglich ihr Gesellschaftssitz befunden hat (= Wegzugsstaat) und baut durch die Begründung des neuen Sitzes im Zuzugsstaat auch Verbindungen zu diesem Staat auf. Insoweit stellt sich die kollisionsrechtliche Frage, welche Rechtsordnung für die bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung auftauchenden Fragen maßgeblich ist. Daneben können sich materiellrechtliche Probleme ergeben, die durch die Anwendung der beteiligten Rechtsordnungen entstehen.³⁹⁸ Insoweit ist zu überprüfen, welche materiellrechtlichen Folgen das jeweilige nationale Gesellschaftsrecht an eine grenzüberschreitende Sitzverlegung knüpft. Soweit verschiedene Rechtsordnungen zur Anwendung kommen, ist im Rahmen der materiellrechtlichen Problembehandlung auch zu untersuchen, wie und mit welcher Folge die nationalen sachrechtlichen Anordnungen zusammenwirken.³⁹⁹ Die kollisionsrechtlichen und die materiellrechtlichen Probleme einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung sind dabei getrennt zu betrachten, da sie unterschiedliche Problemkreise behandeln.

³⁹⁷ Zur Möglichkeit der Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft über das Durchgangsstadium der OHG bzw. der société créée de fait und zur Sitzverlegung i.V.m. einer Umgründung vgl. Kap. 3.C.III. und 3.C.IV., S. 205 ff.

³⁹⁸ Behrens, ZGR 1994, 1, 4 f.; Kreuzer, S. 16; Kruse, S. 31; Steiger, S. 33; Menjucq, JCP, éd. E, 1999, pratiques, 1617, 1618; Perroud, Clunet 1926, 561, 564.

³⁹⁹ Mayer, n° 1065.

B Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

I. Der Wechsel des Gesellschaftsstatuts nach deutschem und französischem Recht

Bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung kommen nur dann mehrere Rechtsordnungen zur Anwendung, wenn es im Rahmen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts kommt.

Sobald auf eine Gesellschaft zwei Rechtsordnungen zur Anwendung gelangen, muß geklärt werden, welche Rechtsordnung welche Rechtsfragen zu beantworten hat. Hierbei wird einheitlich davon ausgegangen, daß die Rechtsordnung des Wegzugsstaates alle Gesellschaftsaspekte regelt, bis der Sitz der Gesellschaft im Wegzugsstaat aufgehoben wird. Die Rechtsordnung des Zuzugsstaates hingegen greift nach herrschender Meinung ein, sobald die Gesellschaft ihren Sitz in diesem Staat begründet.⁴⁰⁰ Die neue Rechtsordnung kommt also ex nunc zur Anwendung, da die Annahme einer rückwirkenden Wirkung der neuen Rechtsordnung fatale Folgen hätte. Mit einer solchen Rückwirkung würde nämlich sowohl das vorherige Rechtsleben der Gesellschaft als auch der Schutz der mit der Gesellschaft in vertraglichem Kontakt stehenden Dritten in Frage gestellt werden.⁴⁰¹ Somit kommen alte und neue Rechtsordnung nicht zeitgleich, sondern nacheinander zur Anwendung, um die Rechtsfragen der Gesellschaft zu regeln.

Um einen rechtsleeren Raum zu vermeiden, sprechen sich einige dafür aus, daß der Betrieb und das Funktionieren der Gesellschaft bis zur Registereintragung im Zuzugsstaat nach dem Recht des Wegzugsstaates erfolgen soll.⁴⁰² Dieses Vorgehen wird jedoch von anderer Seite kritisiert, denn bei einem Überleben der alten Rechtsordnung hinsichtlich einiger Rechtsfragen wäre der Zuzugsstaat gezwungen, eine ausländische Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich einer Gesellschaft, die mit dem ausländischen Staat keine Verbindung mehr aufweist, auf seinem Hoheitsgebiet zu akzeptieren.⁴⁰³

Meines Erachtens sollte bei einer Sitzverlegung diejenige Rechtsordnung zur Anwendung gelangen, zu der die Gesellschaft (aufgrund ihres Verwaltungssitzes)

⁴⁰⁰ Bechtel, S. 95; Behrens, ZGR 1994, 1, 10; Fritz, S. 66 f.; Le Bras, Bull. Joly 1983, 759, 797; Loussouarn/ Bredin, n° 276; Mayer, n° 1065; Pohlmann, S. 91.

⁴⁰¹ Le Bras (Bull. Joly 1983, 759, 797), Loussouarn/ Bredin (n° 279) und Pohlmann (S. 94) sprechen sich gegen eine Weiterwirkung des alten Rechts aus.

⁴⁰² Mayer, n° 1065, Fn. 55.

⁴⁰³ Le Bras, Bull. Joly 1983, 759, 797.

3.B. Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

die größte Nähe aufweist. Daher ist eine zeitlich parallele Anwendung beider Rechtsordnungen bei einer Sitzverlegung zu vermeiden. Die Rechtsordnungen müssen nacheinander zur Anwendung gelangen, d.h. alle Fragen des Wegzugs und sämtliche Rechtsfragen der Gesellschaft bis zum Wegzug richten sich nach der Rechtsordnung des Wegzugsstaates. Danach greift nur noch die Rechtsordnung des Zuzugsstaates ein.

Die Frage, ob es überhaupt zu einem Gesellschaftsstatutswechsel kommt, muß, da bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung mehrere Staaten berührt sind, aus dem Blickwinkel aller beteiligter Rechtsordnungen beurteilt werden.⁴⁰⁴

Zugleich ist der Statutswechsel auch für jede mögliche Variante der grenzüberschreitenden Sitzverlegung zu analysieren, d.h. sowohl für die Fälle der bloßen Satzungssitz- bzw. Verwaltungssitzverlegung, als auch für den Fall der gemeinsamen Verlegung beider Sitze.

1. Grenzüberschreitende SATZUNGSSITZverlegung

Eine grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung, gleichgültig ob sie von Deutschland nach Frankreich oder von Frankreich nach Deutschland erfolgt, führt aus deutscher Sichtweise nicht zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts, da in Deutschland an die Verwaltungssitzregel angeknüpft wird.

Entsprechendes gilt auch für Frankreich, soweit man mit der herrschenden Meinung in Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) eine Verankerung der Verwaltungssitzregel sieht.

Die Auffassung, die in Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) eine primäre Anknüpfung an den Satzungssitz annimmt, kommt hingegen zu dem Ergebnis, daß der Satzungssitz sehr wohl für die Bestimmung der Anwendbarkeit französischen Rechts maßgebend ist; nach dieser Ansicht kommt bei einer Verlegung des Satzungssitzes von Deutschland nach Frankreich ab dem Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft ins französische Handelsregister französisches Recht zur Anwendung. Zur Begründung führt die Mindermeinung an, daß das Handelsregister auch zu keinem Zeitpunkt überprüfe, ob Satzungs- und Verwaltungssitz auseinanderfallen.⁴⁰⁵

Diese Mindermeinung führt allerdings speziell bei grenzüberschreitenden

⁴⁰⁴ Behrens, ZGR 1994, 1, 4 f.; Le Bras, Bull. Joly 1983, 759, 797; Menjucq, n° 75 s.

⁴⁰⁵ Menjucq, n° 200; ähnlich auch Lévy (n° 210), doch mit der Maßgabe, daß das Auseinanderfallen der Sitze behoben werden muß, indem entweder der Verwaltungssitz nach Frankreich verbracht wird oder indem statt der Gesellschaftsgründung eine Zweigniederlassung in das Register eingetragen wird.

Satzungssitzverlegungen von Deutschland nach Frankreich zu praktischen Problemen. Nach deutscher Auffassung ist nämlich aufgrund der Verwaltungssitzregel auch NACH der Verlegung des Sitzungssitzes aus Deutschland ins Ausland weiterhin deutsches Recht auf die Gesellschaft anzuwenden; nach der französischen Mindermeinung müßte aber wegen des Sitzungssitzes in Frankreich französisches Recht gelten. Umgekehrt würde nach der französischen Mindermeinung mit der Verlegung des Sitzungssitzes von Frankreich nach Deutschland das französische Recht nicht mehr eingreifen, obwohl sich in Frankreich noch der Verwaltungssitz befände,⁴⁰⁶ während Deutschland aufgrund der Verwaltungssitzregel von der Anwendbarkeit französischen Rechts ausgehen würde.

Doch auch unabhängig von diesen praktischen Schwierigkeiten ist der französischen Mindermeinung zu Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) – wie bereits festgestellt – nicht zu folgen.⁴⁰⁷ So kann auch die fehlende Überprüfung des Auseinanderfallens von Satzungs- und Verwaltungssitz durch das Handelsregister nicht als Argument für die Anknüpfung an den Sitzungssitz herangezogen werden, da die fehlende Überprüfung noch nichts über die Zulässigkeit des Auseinanderfallens der Sitze aussagt.

2. Grenzüberschreitende VERWALTUNGSSITZVERLEGUNG

Bei einer Verlegung des Verwaltungssitzes von Deutschland nach Frankreich greift nach deutschem Recht die Verwaltungssitzregel ein, die auf das Recht des Zuzugsstaates, d.h. auf den Staat, in dem sich der neue Verwaltungssitz der Gesellschaft befindet, verweist. Somit hängt die Frage des Gesellschaftsstatutswechsels davon ab, welches Recht nach dem Kollisionsrecht des Zuzugsstaates zur Anwendung kommt.⁴⁰⁸

Sollte der Zuzugsstaat der Gründungsrechtsregel folgen, so bestimmt diese Regel, daß das Recht, nach dem die Gesellschaft gegründet worden ist – in diesem Fall deutsches Recht – zur Anwendung kommt. Es findet also ein Renvoi auf das deutsche Recht statt, so daß es nicht zu einem Gesellschaftsstatutswechsel kommt.⁴⁰⁹

Da nach herrschender Meinung in Frankreich der Verwaltungssitzregel gefolgt

⁴⁰⁶ Menjucq, n° 202; a.A. Lévy (n° 211), obwohl dieser auch primär an den Sitzungssitz anknüpft.

⁴⁰⁷ Vgl. hierzu die Ausführungen in Kap. 2.B.II.2.b. und 2.B.II.2.c., S. 72 ff.

⁴⁰⁸ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 390.

⁴⁰⁹ Ebenroth/ Eyles, DB-Beilage 2/ 88, 1, 7; Koppensteiner, S. 105, 122; Goldman, Clunet 1966, 117, 132, 134; Lagarde, Rev. crit. dr. int. pr. 1967, 101, 103; Menjucq, n° 198.

3.B. Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

wird und sich der Verwaltungssitz nach der grenzüberschreitenden Sitzverlegung in Frankreich befindet, ist in diesem Fall französisches Recht anzuwenden. Bei einer grenzüberschreitenden Verwaltungssitzverlegung von Deutschland nach Frankreich kommt es somit zu einem Gesellschaftsstatutswechsel.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man bei einer Verlegung des Verwaltungssitzes von Frankreich nach Deutschland, da beide Staaten der Verwaltungssitzregel folgen, und damit dasselbe wie für die Verlegung des Verwaltungssitzes von Deutschland nach Frankreich gilt. Auch hier kommt es zu einem Gesellschaftsstatutswechsel, denn vor der Verlegung des Verwaltungssitzes war französisches, nach der Verlegung ist deutsches Recht auf die Gesellschaft anwendbar.⁴¹⁰ Einer Mindermeinung zufolge soll jedoch französisches Recht anwendbar bleiben, solange die Gesellschaft in das französische Handelsregister eingetragen ist, da Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) primär auf den Satzungssitz abstelle.⁴¹¹ Die französischen Vorschriften des Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) dürfen nach dieser Ansicht nicht allein durch die Verlegung des Verwaltungssitzes ausgehebelt werden.⁴¹² Umstritten ist jedoch innerhalb der Mindermeinung, ob bei einem Auseinanderfallen von Satzungssitz und Verwaltungssitz eine ordnungsgemäße Registereintragung vorliegt,⁴¹³ oder ob diese gelöscht bzw. durch eine Änderung der Gründungseintragung in eine Zweigniederlassungseintragung berichtigt werden muß.⁴¹⁴

Nach der gesamten Mindermeinung kommt jedenfalls deutsches Recht zur Anwendung, soweit lediglich der Verwaltungssitz von Deutschland nach Frankreich verlegt wurde, denn der Satzungssitz der Gesellschaft befindet sich noch in Deutschland.⁴¹⁵

Diese Ansicht muß jedoch abgelehnt werden, da Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) gerade nicht auf den Satzungssitz sondern auf den Verwaltungssitz (= nicht fiktiver Satzungssitz) als maßgebliches Anknüpfungskriterium für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts abstellt.⁴¹⁶

⁴¹⁰ Kruse, S. 32, 37; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 401; Reithmann/ Martiny/ Hausmann, Rn. 1563 ff.; Menjucq, n° 76.

⁴¹¹ Lévy, n° 210; Menjucq, n° 199 s.

⁴¹² Lévy, n° 210.

⁴¹³ Menjucq, n° 200.

⁴¹⁴ Lévy, n° 210.

⁴¹⁵ Menjucq, n° 201, 203; a.A. jedoch Lévy (n° 211), der in diesem Fall das Recht des Verwaltungssitzes anwendet, was deutlich macht, daß er, obwohl er im Rahmen des Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) primär an den Satzungssitz anknüpft, auch Ansätze der Verwaltungssitzregel vertritt.

⁴¹⁶ Vgl. Kap. 2.B.II.2.c., S. 72 ff.

3. Grenzüberschreitende Verlegung von Satzungs- UND Verwaltungssitz

Die gemeinsame Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz von Deutschland nach Frankreich führt aus der Sicht des Wegzugsstaates Deutschland, der der Verwaltungssitzregel folgt, zur Anwendung des Rechts des Zuzugsstaates Frankreich, da sich dort auch der Verwaltungssitz der Gesellschaft befindet.⁴¹⁷ Der Zuzugsstaat Frankreich folgt ebenfalls der Verwaltungssitzregel, so daß französisches Recht zum Zuge kommt, weil sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft nach der Sitzverlegung in Frankreich befindet.⁴¹⁸ In diesem Fall ist also zunächst deutsches und dann französisches Recht anzuwenden, so daß es zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts kommt.

Entsprechendes gilt für eine grenzüberschreitenden Sitzverlegung des Satzungs- und Verwaltungssitzes von Frankreich nach Deutschland; da beide Staaten der Verwaltungssitzregel folgen, ist erst französisches und dann deutsches Recht anzuwenden; auch hier kommt es also zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts.⁴¹⁹ Selbst wenn man der französischen Mindermeinung folgen würde, die bei Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) primär an den Satzungs- und Verwaltungssitz anknüpft, käme man bei einer gemeinsamen Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz ins Ausland zu einem Gesellschaftsstatutswechsel.

II. Die Anerkennung der an der Sitzverlegung beteiligten Gesellschaften nach deutschem und französischem Recht

Da der Anerkennung in Deutschland keine eigenständige Bedeutung zukommt, bestimmt sich allein aus der Kombination von altem und neuem Gesellschaftsstatut, ob die Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland erhalten bleibt. Es kommt daher allein auf den rein materiellrechtlichen Aspekt der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft an: wenn die ausländische Gesellschaft nach dem durch das Gesellschaftsstatut bestimmten materiellen Recht ihre Rechtsfähigkeit behält, wird diese auch bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Deutschland automatisch anerkannt. Kommt es hingegen bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland zu einem Gesellschaftsstatutswechsel, wird die ursprünglich französische Gesellschaft zu einer deutschen Gesellschaft. Die Rechtsfähigkeit dieser Gesellschaft richtet sich dann allein nach

⁴¹⁷ Vgl. Kruse, S. 49; Le Bras, Bull. Joly 1983, 759, 796; Mayer, n° 1064 s.

⁴¹⁸ So auch Le Bras, Bull. Joly 1983, 759, 796; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 233.

⁴¹⁹ Kruse, S. 49; Le Bras, Bull. Joly 1983, 759, 796.

3.B. Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

dem deutschen Gesellschaftsstatut; einer Anerkennung in Deutschland bedarf es dann nicht mehr.

Bei einer Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich stellt sich die Frage der Anerkennung nur, wenn es zu einem Gesellschaftsstatutswechsel kommt, da die ursprünglich deutsche Gesellschaft durch den Statutswechsel zu einer französischen wird und so eine Anerkennung der nun ausländischen Gesellschaft durch Deutschland in Betracht kommt. Da allerdings nach deutscher Auffassung der Anerkennung keine eigenständige Bedeutung zukommt, sondern nur einen Teilbereich des Gesellschaftsstatuts entspricht, hängt es allein von dem „neuen“ französischen Gesellschaftsstatut ab, ob der ursprünglich deutschen Gesellschaft die Rechtsfähigkeit zuerkannt wird. In Frankreich kommt der Anerkennung jedoch nach herrschender Ansicht ein eigenständiger Charakter zu, weil davon ausgegangen wird, daß nur hinsichtlich einer bestehenden Gesellschaft das Gesellschaftsstatut bestimmt werden könne, so daß die Anerkennung der Bestimmung des anwendbaren Gesellschaftsrechts vorgehe.

Die Anerkennung einer Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung erfolgt nach herrschender Meinung nach Art. VI Abs. 1 des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags.⁴²⁰ Dagegen wird zwar von einigen Autoren eingewandt, daß der deutsch-französische Niederlassungsvertrag nicht im Rahmen von grenzüberschreitenden Sitzverlegungen zur Anwendung kommen dürfe. Diese Einschränkung wird allerdings nur von Stimmen in der Literatur vorgenommen, die davon ausgehen, daß Art. VI Abs. 1 des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags eine Regelung zugunsten des Gesellschaftsstatuts enthält, die verhindern soll, daß der Vorschrift eine zu weitreichende Wirkung zukommt. Da der Niederlassungsvertrag aber nur die Anerkennung, und nicht das anwendbare Gesellschaftsstatut regelt, bedarf es einer solchen Einschränkung nicht. Eine Gesellschaft muß also anerkannt werden, wenn die Voraussetzungen des Art. VI Abs. 1 des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags vorliegen.⁴²¹

Gem. Art. VI Abs. 1 des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags, das ein Abkommen i.S.d. Art. 2 des Gesetzes vom 30. 05. 1857 darstellt, wird eine deutsche Gesellschaft anerkannt, wenn sie ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat und nach deutschem Recht ordnungsgemäß errichtet worden ist. Die deutsche Gesellschaft wird also bereits vor der grenzüberschreitenden Sitzverlegung anerkannt.

Wenn es bei einer Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich zu einem Ge-

⁴²⁰ Vgl. Kap. 2.A.V.3., S. 49 ff.

⁴²¹ Zur Anerkennung und zum Niederlassungsvertrag vgl. Kap. 2.A.V.3., S. 49 ff.

sellschaftsstatutswechsel kommt (also bei Verlegung des Verwaltungssitzes bzw. beider Sitze), wird die Gesellschaft französischem Recht unterworfen, so daß sich nicht mehr die Frage der Anerkennung, sondern die Frage der Rechtsfähigkeit der (nun französischen) inländischen Gesellschaft stellt. Die Anerkennung ist daher im Fall der Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich nur problematisch bei Gesellschaften, bei denen es aufgrund einer grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegung nicht zu einem Statutswechsel kommt.

Bei einer Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland kommt es nur dann auf eine französische Anerkennung an, wenn eine französische Gesellschaft aufgrund eines Gesellschaftsstatutswechsels zu einer deutschen geworden ist (d.h. wenn der Verwaltungssitz von Frankreich nach Deutschland verlegt worden ist).

C Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

I. Die Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung in Staatsverträgen und in Vorschlägen zur Regelung im europäischen Recht

Bisher fehlt es an einer Regelung der grenzüberschreitenden, identitätswahrenden Sitzverlegung. Zwar sind verschiedene Entwürfe zur Regelung dieser Frage gemacht worden, doch sind diese bisher nicht in Kraft getreten.

1. Das Haager Abkommen vom 1. Juni 1956

Das Haager Abkommen über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit von ausländischen Gesellschaften, Personenverbindungen und Stiftungen vom 01. 06. 1956 ist von Frankreich aber nicht von Deutschland unterzeichnet worden. Es bestimmt in Art. 3 Abs. 1, daß die rechtliche Existenz der Gesellschaft bei einer Sitzverlegung von allen Vertragsstaaten als Drittstaaten anerkannt wird, wenn die an der Sitzverlegung beteiligten Staaten die rechtliche Existenz unabhängig von diesem Abkommen anerkennen.⁴²²

Durch Art. 3 Abs. 1 des Abkommens wird jedoch nicht die Möglichkeit einer identitätswahrenden, grenzüberschreitenden Sitzverlegung eingeführt. Das Abkommen regelt lediglich die Anerkennung der Sitzverlegung durch die

⁴²² Vgl. Kap. 2.A.V.2.b., S. 46 ff.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Vertragsstaaten als Drittstaaten, erzwingt aber nicht die Zulässigkeit einer identitätswahrenden, grenzüberschreitenden Sitzverlegung. Eine identitätswahrende, grenzüberschreitende Sitzverlegung ist daher auch im Rahmen des Haager Abkommens nur möglich, wenn sie von den beteiligten Staaten zugelassen und anerkannt wird.

2. Das Brüsseler EG-Übereinkommen vom 29. Februar 1968

Eine konkrete Regelung der grenzüberschreitenden, identitätswahrenden Sitzverlegung enthält auch das Brüsseler EG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29. 02. 1968 nicht.⁴²³ Nach Art. 1 des Übereinkommens werden jedoch von den Vertragsstaaten Gesellschaften anerkannt, die nach dem Recht eines Vertragsstaates gegründet wurden und deren Satzungssitz sich innerhalb der Gemeinschaft befindet. Das bedeutet, daß eine Gesellschaft grundsätzlich auch nach einer grenzüberschreitenden, identitätswahrenden Sitzverlegung zwischen den Vertragsstaaten anzuerkennen ist, denn die Voraussetzungen des Art. 1 liegen auch nach der Verlegung des Satzungs- und Verwaltungssitzes in einen anderen Vertragsstaat noch vor.

Da Frankreich und Deutschland allerdings einen Vorbehalt gem. Art. 4 des Übereinkommens ausgesprochen haben,⁴²⁴ können sie ihre zwingenden Vorschriften zur Anwendung bringen, wenn sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft in ihrem Hoheitsgebiet befindet. Insoweit wird das ansonsten anwendbare Gründungsrecht verdrängt, so daß mit Art. 4 des Übereinkommens das Verwaltungssitzrecht zur Anwendung kommt.⁴²⁵

Damit ändert das Übereinkommen bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung zwischen Deutschland und Frankreich nichts an der Anwendung der zwingenden Vorschriften des Verwaltungssitzstaates, die die Auflösung oder Neugründung der juristischen Person vorschreiben. Da sich nach deutscher herrschender Auffassung, die über den Vorbehalt zur Anwendung kommt, sowohl eine deutsche Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz nach Frankreich verlegt, als auch eine französische Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt, zwingend auflösen muß, ist eine identitätswahrende, grenzüberschreitende Sitzverlegung zwischen Deutschland und Frankreich trotz des Brüsseler EG-Übereinkommens nicht möglich.

⁴²³ Vgl. zu dem Übereinkommen auch Kap. 2.A.V.2.b., S. 46 ff.

⁴²⁴ Vgl. Kap. 2.A.V.2.b., S. 46 ff.

⁴²⁵ Menjucq, n° 118.

3. Die Vorschläge der KPMG-Studie für Richtlinienentwürfe über die grenzüberschreitende Sitzverlegung

1992 beauftragte die Kommission das KPMG European Business Centre in Brüssel, einen Vorschlag für eine Richtlinie nach Art. 44 (ex-Art. 54) EGV über die Verlegung des Sitzes aus einem Mitgliedsstaat in einen anderen Mitgliedsstaat ohne Auflösung der Gesellschaft zu erstellen.⁴²⁶ Der Auftrag selbst läßt nicht erkennen, um welche Sitzverlegung es geht,⁴²⁷ doch bezeichnet der Begriff „Sitz“ laut der Begriffsbestimmung der KPMG-Studie, den Ort, nach dem sich auch das für die Gesellschaft maßgebende Recht bestimmt.⁴²⁸ Aufgrund dieser Definition geht es, je nachdem, ob der Gründungsrechts- oder der Verwaltungssitzregel gefolgt wird, um die Verlegung des Satzungs- bzw. des tatsächlichen Verwaltungssitzes. Im Rahmen der Studie untersuchte das KPMG European Business Centre die aktuelle Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Bedeutung des Gesellschaftsstatuts und hinsichtlich des Gesellschaftsstatutswechsels sowie die Frage, ob eine identitätswahrende Verlegung des Verwaltungssitzes möglich sei.⁴²⁹ Weiterhin stellt die Studie fest, daß ein tatsächliches Bedürfnis für identitätswahrende, grenzüberschreitende Sitzverlegungen bestehe, daß sich auch aus der Niederlassungsfreiheit eine Pflicht zur Zulassung einer identitätswahrenden Sitzverlegung ergebe und daß diese sowohl im Rahmen der Gründungsrechts- als auch der Verwaltungssitzregel möglich sei.⁴³⁰ Allerdings sei es nicht möglich, daß die beiden Theorien nebeneinander bestehen, weil in diesem Fall Konstellationen entstehen könnten, in denen die Gesellschaft entweder zwei Rechtsordnungen oder keiner Rechtsordnung unterliege.⁴³¹ Auf der Grundlage dieser Ergebnisse wurden zwei Richtlinienvorschläge erarbeitet, wobei Vorschlag 1 eine Entscheidung für die Gründungsrechtsregel beinhaltet, während Vorschlag 2 die Möglichkeit einer identitätswahrenden, grenzüberschreitenden Sitzverlegung bei Anwendung der Verwaltungssitzregel regelt. Allerdings setzt Vorschlag 2 nicht eine ausschließliche Entscheidung für die Verwaltungssitzregel voraus, sondern möchte die identitätswahrende Sitzverlegung unabhängig von der angewandten Anknüpfungstheorie ermöglichen.⁴³²

⁴²⁶ KPMG-Studie, S. 1.

⁴²⁷ Auf der Grundlage des englischen Textes geht Bellingwout (RIW 1997, 550, 553) von einer Begrenzung des Auftrags auf die Verlegung des tatsächlichen Sitzes aus.

⁴²⁸ KPMG-Studie, S. 1.

⁴²⁹ KPMG-Studie, S. 4 ff.

⁴³⁰ KPMG-Studie, S. 14 ff.; 17 f.

⁴³¹ KPMG-Studie, S. 18.

⁴³² Bellingwout, RIW 1997, 550, 553 f.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Da bei Vorschlag 2 keine Entscheidung zugunsten einer bestimmten Anknüpfungstheorie gefällt werden muß, ist diesem die größere praktische Bedeutung beizumessen. Es ist nämlich nicht davon auszugehen, daß die Kontroverse zwischen Gründungsrechts- und Verwaltungssitzregel durch den Zwang für eines der Systeme beseitigt wird. Im übrigen verstößt das Nebeneinander beider Theorien auch nicht gegen das Gemeinschaftsrecht,⁴³³ so daß es effektiver scheint, die Existenz der verschiedenen Anknüpfungssysteme zu akzeptieren und auf dieser Grundlage eine identitätswahrende, grenzüberschreitende Sitzverlegung zu ermöglichen.⁴³⁴ Außerdem ist zu berücksichtigen – worauf ebenfalls im KPMG-Bericht ausdrücklich hingewiesen wird –, daß die Anwendung der Gründungsrechtsregel für Mitgliedstaaten, die der Verwaltungssitzregel folgen und schon bisher eine identitätswahrende Sitzverlegung zugelassen haben, ein Rückschritt wäre.⁴³⁵ Die in Vorschlag 1 entworfene Richtlinie soll gem. Art. 1 Abs. 1 und Abs. 3 lediglich auf Aktiengesellschaften und GmbH Anwendung finden, die sich nicht in einem Konkurs- oder Vergleichsverfahren befinden. Gem. Art. 3 Abs. 2 S. 2 des Richtlinienentwurfs müssen die Mitgliedstaaten zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts die Anknüpfung an die Gründungsrechtsregel einführen. Diese Pflicht besteht allerdings nur hinsichtlich Gesellschaften der Mitgliedstaaten, denn Drittstaaten gegenüber kann auch weiterhin die Verwaltungssitzregel angewandt werden.⁴³⁶ Art. 3 Abs. 2 S. 1 bestimmt, daß bei einer Verwaltungssitzverlegung der Satzungssitz beibehalten wird. Damit ist eine identitätswahrende, grenzüberschreitende Verwaltungssitzverlegung möglich, was durch Art. 3 Abs. 5 S. 1 und Art. 5 des Richtlinienentwurfs bestätigt wird. Der Zuzugsstaat kann dann lediglich gem. Art. 3 Abs. 3 verlangen, daß am Verwaltungssitzort eine Zweigniederlassung eingetragen wird.

Allerdings sieht die Richtlinie zwei Fälle vor, in denen in denen die Bestimmungen der Richtlinie nicht angewandt werden müssen:: zum einen gem. Art. 1 Abs. 4 des Vorschlags, wenn aufgrund der Sitzverlegung die nationalen Mitbestimmungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt werden, um zu verhindern, daß Unternehmen abwandern, nur um nationalen Mitbestimmungsvorschriften zu entgehen.⁴³⁷ Diese Einschränkung besteht laut Vorschlag bis zu einer gemeinschaftsrechtlichen Koordinierung der mitgliedsstaatlichen Mitbestimmungsregelungen.

⁴³³ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5511, Rz. 20 f.; vgl. auch Kap. 2.C.II.2., S. 78 ff.

⁴³⁴ Vgl. auch Bellingwout, RIW 1997, 550, 553 und Fn. 30.

⁴³⁵ KPMG-Studie, S. 16.

⁴³⁶ KPMG-Studie, S. 32.

⁴³⁷ KPMG-Studie, S. 32.

Zum anderen sieht Art. 3 Abs. 5 S. 2 in Fällen der mißbräuchlichen Rechtswahl die Möglichkeit vor, daß der Zuzugsstaat die Richtlinie nicht anwenden muß, wenn sich aus objektiven Umständen ergibt, daß die Gesellschaft zur Umgehung des Rechts des Zuzugsstaates nicht im Zuzugsstaat, sondern im Gründungsstaat errichtet worden ist. Vorschlag 2 bezieht sich gem. Art. 1 Abs. 1 des Richtlinienentwurfs auf dieselben Gesellschaften wie Vorschlag 1. Allerdings bestimmt Vorschlag 2 in Art. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 4, daß im Rahmen der mitgliedstaatlichen Bestimmung des Gesellschaftsstatuts an den Satzungssitz der Gesellschaft angeknüpft werden muß. Zugleich legt Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 fest, daß Vorschlag 2 die identitätswahrende SATZUNGSSITZVERLEGUNG regelt, während die Begründung der Studie feststellt, daß bei einer VERWALTUNGSSITZVERLEGUNG nach Maßgabe dieses Vorschlags die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Mitgliedstaaten nicht geändert wird.⁴³⁸ Dies macht deutlich, daß Vorschlag 2 eigentlich den Fall einer Verwaltungssitzverlegung regeln möchte und nur aus Gründen der Rechtssicherheit an den Satzungssitz anknüpft, da der tatsächliche Verwaltungssitz schwerer zu ermitteln ist als der Satzungssitz.⁴³⁹ Damit kommt es bei einer Verwaltungssitzverlegung nur dann zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts, wenn auch der Satzungssitz verlegt wird. Werden die beiden Sitze nicht zusammen verlegt, können sich Dritte gem. Art. 3 S. 2 des Vorschlags auf den Verwaltungssitz berufen. In diesem Fall kommt das Internationale Privatrecht des betreffenden Mitgliedsstaates zur Anwendung, in dem sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft befindet.⁴⁴⁰ Hierzu wird die Ansicht vertreten, daß Dritte sich vor einem Gericht in einem Staat, der der Gründungsrechtsregel folgt, nicht auf das Recht des Verwaltungssitzortes berufen dürfen. Mit der Berufung auf den Verwaltungssitz würde nämlich in diesem Fall das Recht des Gründungsortes zur Anwendung kommen, was zur Folge hätte, daß durch die Berufung ein umfassenderer Anwendungsbereich beansprucht würde, als durch die Gründungsrechtsregel selbst.⁴⁴¹ Für das Sitzverlegungsverfahren sieht Vorschlag 2 in Art. 5 vor, daß ein Verlegungsplan erstellt werden muß, der gem. Art. 6 offenzulegen ist und der gem. Art. 8 in einem Bericht rechtlich und wirtschaftlich erläutert werden soll. Weiterhin bestimmt Art. 7, mit welcher Mehrheit der Sitzverlegungsbeschluß gefaßt werden muß, und Art. 15 regelt seine Eintragung.

Die Art. 10, 11, 12 sehen einen Anspruch auf Befriedigung bzw. Rückkauf bei

⁴³⁸ KPMG-Studie, S. 42.

⁴³⁹ Bellingwout, RIW 1997, 550, 554.

⁴⁴⁰ KPMG-Studie, S. 42.

⁴⁴¹ Bellingwout, RIW 1997, 550, 555.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Verschlechterung der Rechtsposition für die gesicherten Gläubiger, Anleihegläubiger und Inhaber anderer Wertpapiere vor und dienen damit ihrem Interessenschutz. Doch wie Vorschlag 1 sieht auch Vorschlag 2 in Art. 1 Abs. 4 vor, daß die Mitgliedsstaaten die Bestimmungen dieser Richtlinie nicht anwenden müssen, wenn aufgrund der Sitzverlegung die nationalen Mitbestimmungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt werden.

Diese Vorschläge sind allerdings nicht in dieser Form in einer Richtlinie umgesetzt worden.

4. Vorschlag der Kommission für eine 14. gesellschaftsrechtliche Richtlinie

Die Kommission hat im April 1997 einen Vorschlag für die 14. gesellschaftsrechtliche Richtlinie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedsstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts vorgelegt.⁴⁴² Dieser stützt sich auf Vorarbeiten, die hinsichtlich der Einführung einer Sitzverlegungsregelung in das Statut der SE⁴⁴³ bereits vorgenommen worden sind.⁴⁴⁴

Der Vorschlag zielt nicht auf eine vollkommene Harmonisierung der nationalen Rechte, da dies eine einheitliche Entscheidung für eine Anknüpfung nach der Gründungsrechts- bzw. Verwaltungssitzregel erforderlich machen würde.⁴⁴⁵ Eine solche Angleichung ist allerdings auch nicht notwendig, da für eine identitätswahrende, grenzüberschreitende Sitzverlegung eine Regelung des Sitzverlegungsverfahrens auf der Grundlage des Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g. EGV ausreicht, wenn durch diese eine Löschung der Gesellschaft im Wegzugsstaat und deren Eintragung im Zuzugsstaat ohne Auflösung vorgesehen ist.⁴⁴⁶ Im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip des Gemeinschaftsrechts ist einer solchen Regelung auch der Vorzug zu geben, da sie nicht so weitreichend in das nationale Recht eingreift wie eine vollständige Rechtsharmonisierung.⁴⁴⁷

Art. 1 des Vorschlags, der von der Verlegung des satzungsmäßigen oder tatsächlichen Sitzes spricht, und Art. 2 b, der bestimmt, daß der tatsächliche Sitz

⁴⁴² Text: ZIP 1997, 1721.

⁴⁴³ Vgl. Art. 5a des Dritten geänderten Vorschlags für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft vom 16. 05. 1991, ABl. EG Nr. C 176/ 1.

⁴⁴⁴ Neye, ZGR 1999, 13, 15; Di Marco, ZGR 1999, 3, 7; vgl. Begründung zum Vorentwurf des Richtlinienvorschlags, ZGR 1999, 160.

⁴⁴⁵ Di Marco, ZGR 1999, 3, 6.

⁴⁴⁶ Vgl. die Begründung zum Vorentwurf des Richtlinienvorschlags, ZGR 1999, 159.

⁴⁴⁷ Di Marco, ZGR 1999, 3, 6; vgl. auch die Begründung zum Vorentwurf des Richtlinienvorschlags, ZGR 1999, 159.

der Gesellschaft derjenige Ort ist, an dem sie ihre Hauptverwaltung hat UND eingetragen ist, machen deutlich, daß die Richtlinie lediglich die Satzungssitzverlegung (Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes i.S.v. Art. 1 des Vorschlags) und die gemeinsame Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz (Verlegung des tatsächlichen Sitzes i.S.v. Art. 1 des Vorschlags) regelt. Damit untersteht die alleinige Verlegung des Verwaltungssitzes weiterhin ausschließlich innerstaatlichem Recht.⁴⁴⁸ Die Sitzverlegung im Sinne von Art. 1 des Vorschlags ist gem. Art. 3 des Vorschlags identitätswahrend, wenn sie zwischen zwei Mitgliedstaaten stattfindet. Dabei muß es für beide an der Sitzverlegung beteiligten Staaten gem. Art. 3 zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts kommen, der sich jedoch nach den nationalen Kollisionsrechten der an der Sitzverlegung beteiligten Staaten richtet. Damit kann bei einer Sitzverlegung zwischen Mitgliedstaaten, die der Gründungsrechtsregel folgen, entweder nur der Satzungssitz (Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes i.S.v. Art. 1 des Vorschlags) oder der Satzungssitz zusammen mit dem Verwaltungssitz verlegt werden (Verlegung des tatsächlichen Sitzes i.S.v. Art. 1 des Vorschlags). Sobald jedoch einer der beteiligten Mitgliedstaaten der Verwaltungssitzregel folgt, müssen für eine identitätswahrende Sitzverlegung der Satzungs- und der Verwaltungssitz gemeinsam verlegt werden, da es nur dann zu dem gem. Art. 3 erforderlichen Statutswechsel kommt.⁴⁴⁹ Zusätzlich können Mitgliedstaaten gem. Art. 11 Abs. 2 die Eintragung der Gesellschaft verweigern, wenn sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft nach der Sitzverlegung nicht in dem neuen Mitgliedsstaat befindet.

Gem. Art. 13 des Vorschlags dürfen Gesellschaften, die sich in Auflösung oder Liquidation befinden, ihren Sitz nicht nach Maßgabe der Richtlinie verlegen.

Das Sitzverlegungsverfahren erfordert nach Art. 4, 6 Abs. 1 und 5 die Erstellung eines Verlegungsplans und dessen Bekanntmachung sowie einen Bericht, in dem die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte der Verlegung erläutert werden. Gem. Art. 6 Abs. 2 muß der Sitzverlegungsbeschluß mit mindestens zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen gefaßt werden, doch kann von dem anwendbaren Recht der Mitgliedstaaten auch eine größere Mehrheit oder gem. Art. 6 Abs. 3 bei Anwesenheit der Hälfte des gezeichneten Kapitals auch eine einfache Mehrheit vorgeschrieben werden.

Schließlich muß die zuständige Behörde des Wegzugsstaates gem. Art. 9 des Vorschlags eine Bescheinigung ausstellen, aus der hervorgeht, daß die der Sitzverlegung vorausgehenden Handlungen und Formalitäten abgeschlossen worden

⁴⁴⁸ Di Marco, ZGR 1999, 3, 7; Schwarz, Rn. 816.

⁴⁴⁹ Di Marco, ZGR 1999, 3, 7; Schwarz, Rn. 816.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

sind.

Die Sitzverlegung wird gem. Art. 10, 11 und 12 des Vorschlags mit der Eintragung der Sitzverlegung wirksam, Dritten gegenüber allerdings erst mit der Bekanntgabe der Eintragung. Nach der Eintragung in das neue Register muß die Gesellschaft im alten Register gelöscht werden, wobei sich Dritte bis zur Löschung auf den alten Sitz der Gesellschaft berufen können.

Mit der Eintragung in das neue Register unterliegt die Gesellschaft dem Recht des Zuzugsstaates und muß sich an dessen Recht anpassen.⁴⁵⁰ Der Schutz der bei der Beschlußfassung überstimmten Minderheitsgesellschafter obliegt gem. Art. 7 demjenigen Mitgliedsstaat, dessen Recht die Gesellschaft unterliegt. Für den Gläubigerschutz trifft bereits Art. 8 Abs. 1 des Vorschlags eine Regelung, die vorsieht, daß Gläubiger, deren Forderungen vor der Sitzverlegung entstanden sind, eine angemessene Sicherheit von der Gesellschaft verlangen können. Die Ausübung dieses Gläubigerschutzrechts muß allerdings ebenfalls von den mitgliedersstaatlichen Rechtsordnungen geregelt werden.

Eine Regelung zum Schutz der Arbeitnehmer enthält bisher nur Art. 4 Abs. 1 lit. c des Vorschlags, der bestimmt, daß im Verlegungsplan die Form der Arbeitnehmermitbestimmung angegeben werden muß, soweit eine solche auch bereits vor der Sitzverlegung existierte. Im übrigen ist der Vorschlag in diesem Punkt mit Absicht unvollständig, da er durch die arbeitsrechtlichen und mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften ergänzt werden soll, die in das Statut der SE aufgenommen werden.⁴⁵¹ Bisher ist allerdings auch hinsichtlich des Statuts der SE noch kein Konsens erreicht worden.

Der Davignon-Bericht⁴⁵² schlägt vor, daß primär eine spezielle Vereinbarung über die Mitbestimmung zwischen Unternehmensleitung und Arbeitnehmern ausgehandelt wird, die unabhängig von jeglichen nationalen Regelungen und Standards ist. Kommt es zu keiner Einigung, so greifen subsidiär zwingende Auffangregelungen ein, die Arbeitnehmervertretern Informations- und Anhörungsrechte, ein Fünftel der Sitze in den Unternehmensorganen (mindestens zwei Mitglieder) sowie ein Stimmrecht in diesem Organ gewähren.⁴⁵³

Großbritannien hat während seiner Ratspräsidentschaft im Jahre 1998 einen neu-

⁴⁵⁰ Vgl. die Begründung zum Vorentwurf des Richtlinienvorschlags, ZGR 1999, 160.

⁴⁵¹ Heinze, ZGR 1999, 54, 55; Schwarz, Rn. 836.

⁴⁵² Sachverständigengruppe „european systems of worker involvement“ – Abschlußbericht (Davignon-Bericht), Mai 1997, Ziff. 41 ff., http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/labour/davignon/davi_de.htm vom 26. 02. 2001.

⁴⁵³ Sachverständigengruppe „european systems of worker involvement“ – Abschlußbericht (Davignon-Bericht), Mai 1997, Ziff. 74 ff., http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/labour/davignon/davi_de.htm vom 26. 02. 2001.

en Vorschlag eingebracht, bei dem ebenfalls zunächst Verhandlungen zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite vorgesehen sind, wobei das Arbeitnehmergremium Beschlüsse mit einer Mehrheit von zwei Dritteln fassen muß, wenn es sich für ein Mitbestimmungsmodells entscheidet, das einen geringeren Grad der Mitbestimmung als eines der bisherigen nationalen Systeme vorsieht. Führen die Verhandlungen zu keinem Ergebnis, so soll subsidiär das nationale Modell mit dem höchsten Grad der Mitbestimmung eingreifen.⁴⁵⁴

5. Stellungnahme

Da das Haager Abkommen die Frage einer identitätswahrenden Sitzverlegung ausschließlich in die Hand der beteiligten Staaten (Wegzugs- und Zuzugsstaat) legt, würde auch bei Inkrafttreten des Abkommens die bestehende Situation nicht geändert werden. Das Haager Abkommen stellt damit keinen wirklichen Regelungsentwurf für grenzüberschreitende Sitzverlegungen dar. Auch im Rahmen des Brüsseler Übereinkommens wird die grenzüberschreitende Sitzverlegung nicht geregelt, sondern die Gesellschaft wird lediglich dem Gründungsrecht bzw. zwingenden Vorschriften eines Vorbehaltsstaates i.S.d. Art. 4 des Übereinkommens unterstellt. Dies kann zur Anwendung zweier Rechtsordnungen auf die Gesellschaft auch hinsichtlich der Frage der Identitätswahrung bei einer Sitzverlegung führen.⁴⁵⁵ Auch hier kommt es somit auf die beteiligten Rechtsordnungen an (nämlich die des Gründungsstaates und die des Vorbehaltsstaates, in dem sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft befindet), so daß das Übereinkommen KEINE von den nationalen Rechtsordnungen unabhängige Möglichkeit einer grenzüberschreitenden, identitätswahrenden Sitzverlegung geschaffen hat. Bei den Vorschlägen für Richtlinien der KPMG-Studie handelt es sich hingegen um Regelungsentwürfe, die eine grenzüberschreitende, identitätswahrende Sitzverlegung unabhängig von dem bestehenden Recht der beteiligten nationalen Rechtsordnungen einführen möchten. Vorschlag 1 enthält eine zwingende kollisionsrechtliche Anknüpfung an das Gründungsrecht, so daß Staaten, die bisher der Verwaltungssitzregel folgen, eine Änderung ihres Kollisionsrechts vornehmen müßten. Dieser Vorschlag ist allerdings abzulehnen, da jeder Staat bis zu einer Harmonisierung der Gesellschaftsrechte ein legitimes Interesse daran hat, seine gesellschaftsrechtlichen Regelungen zur Anwendung zu bringen, wenn er durch die Tätigkeit einer Gesellschaft betroffen ist.⁴⁵⁶ Staaten, die trotz Anknüpfung an

⁴⁵⁴ EuroAS 1998, 43 ff.

⁴⁵⁵ Vgl. Kap. 2.A.V.2.b., S. 46 ff.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

den Verwaltungssitz eine grenzüberschreitende, identitätswahrende Sitzverlegung zulassen, zeigen, daß eine Anknüpfung an das Gründungsrecht für eine identitätswahrende Sitzverlegung nicht notwendig ist. Damit würde die Einführung einer solchen Anknüpfung zu einem übermäßigen Eingriff in das bestehende Recht der Mitgliedstaaten führen.⁴⁵⁷ Für Staaten, die an den Verwaltungssitz anknüpfen und eine identitätswahrende Sitzverlegung bereits kennen, würde die Anknüpfung an das Gründungsrecht wiederum einen Rückschritt bedeuten,⁴⁵⁸ da ihnen durch die Anwendung des Gründungsrechts in Bereichen, die die Frage der identitätswahrenden Sitzverlegung nicht berühren, der Einfluß auf die Gesellschaft, die zwar ihren Verwaltungssitz in ihrem Staat haben, aber einem anderen Gründungsrecht unterliegen, genommen werden würde.

Vorschlag 2 ist daher der Vorzug zu geben, da er lediglich das Sitzverlegungsverfahren, nicht aber die Anknüpfungsfrage regelt. Damit bleibt dem Staat, der durch die Tätigkeit der Gesellschaft am meisten berührt wird, aufgrund der Beibehaltung der Verwaltungssitzanknüpfung die Möglichkeit, bis auf die Frage der Identitätswahrung und des Sitzverlegungsverfahrens, seine Interessen im Rahmen seiner nationalen Rechtsordnung durchzusetzen.

Entgegen der Verwaltungssitzregel wird im Rahmen des Vorschlags 2 primär an den Satzungssitz der Gesellschaft angeknüpft und nur Dritten die Möglichkeit eingeräumt, durch Berufung auf den Verwaltungssitz das nationale Kollisionsrecht des Staates, in dem sich der Verwaltungssitz befindet, zur Anwendung zu bringen.

Der Ansicht, nach der dieses Recht nicht vor einem Gericht in einem Staat, der der Gründungsrechtsregel folgt, geltend gemacht werden kann, ist nicht zuzustimmen.⁴⁵⁹ Der Vorschlag unterscheidet nämlich nicht zwischen Dritten, die ihr Recht in einem Staat der Gründungsrechtsregel geltend machen und Dritten, die dies gegenüber einem Verwaltungssitzstaat tun. Die Begründung zu Art. 3 des Vorschlags 2 verweist vielmehr ausdrücklich auf das Internationale Privatrecht des Verwaltungssitzstaates und zwar unabhängig davon, welcher Anknüpfungstheorie gefolgt wird, und ob Dritte ihr Recht im Zuzugsstaat, im Wegzugsstaat oder in einem anderen Mitgliedsstaat geltend machen.⁴⁶⁰ Allerdings stellt sich die Frage, ob Vorschlag 2 auch wirklich – so wie er dies beabsichtigt – die nationalen Anknüpfungstheorien unberührt läßt.⁴⁶¹ Da nach Art. 3 der

⁴⁵⁶ Vgl. auch Kap. 2.B.I.5., S. 65 f.

⁴⁵⁷ So auch die Begründung zum Vorentwurf des 14. Richtlinienvorschlages, ZGR 1999, 159.

⁴⁵⁸ KPMG-Studie, S. 28.

⁴⁵⁹ Bellingwout, RIW 1997, 550, 555.

⁴⁶⁰ KPMG-Studie, S. 42.

Satzungssitz als Sitzort gilt und damit der Gesellschaftsstatutswechsel erst mit der Satzungssitzverlegung eintritt, verpflichtet Vorschlag 2 zu einer Anknüpfung an den Satzungssitz und enthält damit eine kollisionsrechtliche Regelung.⁴⁶² Auch die Tatsache, daß sich Dritte auf den Verwaltungssitz berufen können, ändert an der allgemeinen Anwendbarkeit des Satzungssitzrechts nichts. Art. 3 des Vorschlags 2 kann auch nicht mit Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) verglichen werden,⁴⁶³ denn dieser spricht in Abs. 1 nur vom „siège social“, mit dem nach herrschender Meinung der Verwaltungssitz oder ein NICHT FIKTIVER Satzungssitz gemeint ist. Damit kommt man zu dem Ergebnis, daß in Frankreich kollisionsrechtlich an den Verwaltungssitz angeknüpft wird, während im Rahmen von Vorschlag 2 eine Anknüpfung an den fiktiven Satzungssitz stattfindet.⁴⁶⁴ Damit ist Vorschlag 2, genau wie Vorschlag 1, der Vorwurf zu machen, daß er zu einem zu weitreichenden, nicht notwendigen Eingriff in das nationale Recht führt.

Im übrigen würden beide Vorschläge bei Sitzverlegungen zwischen Deutschland und Frankreich zu der Einschränkung führen, daß diese nur unterhalb der Schwelle unternehmerischer Mitbestimmung möglich wären. Gem. Art. 1 Abs. 4 der Vorschläge würden die Regelungen nämlich keine Anwendung finden, wenn durch die Sitzverlegung die nationalen Mitbestimmungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt werden. Damit werden gerade diejenigen Sitzverlegungen aus dem Anwendungsbereich der Vorschläge ausgeschlossen, bei denen eine rechtliche Regelung zwingend erforderlich wäre, da die Probleme im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung nicht ohne gesetzlich geregelte Interessenschutzmaßnahmen behoben werden können.⁴⁶⁵ Im Gegensatz zu den Vorschlägen der KPMG-Studie trifft der Vorschlag für die 14. gesellschaftsrechtliche Richtlinie keine kollisionsrechtliche Regelung und berührt somit nicht die nationalen Anknüpfungstheorien der Mitgliedstaaten. Der Vorschlag regelt nicht alle Varianten der Sitzverlegung: er betrifft nur die Satzungssitzverlegung bzw. die gemeinsame Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz für den Fall, daß beide beteiligten Staaten der Gründungsrechtsregel folgen. Außerdem regelt er die gemeinsame Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz, wenn zumindest einer der beteiligten Staaten die Verwaltungssitzregel vertritt. Doch bereits diese Möglichkeiten reichen aus, um den Gesellschaften die gewünschte Mobilität zu

⁴⁶¹ Vgl. die Begründung des Vorschlags, KPMG-Studie, S. 42.

⁴⁶² So auch Bellingwout, RIW 1997, 550, 554.

⁴⁶³ So aber die KPMG-Studie, S. 29.

⁴⁶⁴ Vgl. Kap. 2.B.II.2.b., S. 68 ff.

⁴⁶⁵ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(d), S. 171 ff.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

verschaffen. So ist zum einen die Verlegung des bloßen Verwaltungssitzes zwischen Ländern, die der Gründungsrechtsregel folgen, ohnehin unproblematisch; zum anderen achten Staaten, die der Verwaltungssitzregel folgen, grundsätzlich auf das Zusammenfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz, um sicherzustellen, daß die staatliche Kontrollmöglichkeit und das anwendbare Recht demselben Staat zufallen.⁴⁶⁶

Das in dem Vorschlag vorgesehene Sitzverlegungsverfahren und die Maßnahmen zum Schutz der Gläubiger ähneln dem Verfahren und den Interessenschutzmaßnahmen, die bereits für die bilaterale deutsch-französische identitätswahrende Sitzverlegung ausgearbeitet worden sind. Auch finden sich im Vorschlag ähnliche Regelungen wie bei einer formwechselnden Umwandlung (Erstellung eines Berichts, Sicherheitsleistung für die Gläubiger, Eintragung im Zuzugsregister und Löschung aus dem Wegzugsregister). Durch diese Regelungen kommt den Beteiligten ein umfassender Schutz zu. Zu einer spürbaren Erleichterung, verglichen mit einer Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland, würde allerdings Art. 6 Abs. 2 des Vorschlags führen, nach dem der Sitzverlegungsbeschluß mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen gefaßt werden kann. Bisher muß nämlich der Sitzverlegungsbeschluß für eine Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland gem. Art. L. 225-97 bzw. L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 154 bzw. Art. 60 Abs. 1 Loi n° 66-537) einstimmig gefaßt werden.⁴⁶⁷ Solange der Richtlinienvorschlag nicht durch eine mitbestimmungsrechtliche Regelung ergänzt wird, weist er allerdings einen wesentlichen Mangel auf, da im Augenblick gerade die Frage der Mitbestimmung Sitzverlegungen von Deutschland nach Frankreich scheitern läßt, weil sich bezüglich der Mitbestimmung keine Maßnahmen finden lassen, die umfassend interessenschützend wirken. Daher ist man gerade hinsichtlich des Schutzes der Arbeitnehmerinteressen bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen auf eine gesetzliche Regelung angewiesen, da sonst größere Unternehmen von einer identitätswahrenden Sitzverlegung ausgeschlossen wären, weil diese Restrukturierung nur unterhalb der Schwelle der Mitbestimmung zulässig wäre.

Die sowohl im Davignon-Bericht als auch im britischen Vorschlag enthaltene Regelung, wonach primär durch Verhandlungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern eine mitbestimmungsrechtliche Regelung gefunden werden soll, ist zu befürworten, da sich die bestehenden Beteiligungssysteme in Anbetracht ihrer Unterschiedlichkeit in den Mitgliedstaaten nicht harmonisieren lassen.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ Vgl. Kap. 3.C.II.2.c., S. 142 ff.

⁴⁶⁷ Vgl. Kap. 3.C.III.2.a.bb.(a), S. 187 ff.

Kapitel 3. Die grenzüberschreitende deutsch-französische Sitzverlegung

Auf dem Verhandlungsweg erhalten aber die Beteiligten die Möglichkeit, ihre Interessen selbst zu vertreten und zu schützen, und sich auf das für sie am besten geeignete Mitbestimmungssystem zu einigen.⁴⁶⁹

Damit jedoch die Beteiligten nicht die identitätswahrende, grenzüberschreitende Sitzverlegung verhindern können, sind Auffangvorschriften erforderlich, die bei Scheitern der Verhandlungen eingreifen. Der Vorschlag des Davignon-Berichts sieht mitbestimmungsrechtliche Vorschriften vor, die zum Teil jedoch hinter den deutschen Mitbestimmungsregelungen zurückbleiben. Demgegenüber käme nach dem britischen Vorschlag bei der Beteiligung einer deutschen Gesellschaft an der Sitzverlegung das deutsche Mitbestimmungsrecht zur Anwendung, weil es von den beteiligten nationalen Modellen den höchsten Grad der Mitbestimmung aufweisen würde. Die Lösung nach dem Davignon-Bericht hätte damit den Nachteil, daß die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer nicht in allen Fällen umfassend geschützt werden würden. Im Rahmen des britischen Vorschlags müßten allerdings deutsche Unternehmen damit rechnen, daß sie von grenzüberschreitenden Sitzverlegungen ausgeschlossen werden, um so eine Beibehaltung der deutschen Mitbestimmung im Ausland zu vermeiden, mit der Folge, daß deutsche Unternehmen im Verhältnis zu Unternehmen anderer Mitgliedstaaten ein Nachteil erwachsen würde. Im übrigen würde der britische Vorschlag auch „irreparable Widersprüche im Arbeitsrecht des Sitzlandes“⁴⁷⁰ verursachen, da eine Gesellschaft, die sich nach der Sitzverlegung dem Gesellschaftssystem des Zuzugslands angepaßt hat, weiterhin das Mitbestimmungsrecht ihres Heimatlandes anzuwenden hätte, im Gegensatz zu den anderen Gesellschaften des Zuzugslands, die dessen Mitbestimmungsrecht anzuwenden hätten.⁴⁷¹

Im Rahmen einer Interessenabwägung zwischen dem Interesse der Unternehmen an identitätswahrenden Sitzverlegungen und dem Interesse der Arbeitnehmer, die vor der Sitzverlegung deutschen Mitbestimmungsregelungen unterlagen und diese erhalten möchten, muß eine Entscheidung zugunsten einer der Lösungen getroffen und in den Vorschlag zur 14. gesellschaftsrechtliche Richtlinie eingearbeitet werden, damit diese identitätswahrende Sitzverlegungen wirksam regeln kann.

⁴⁶⁸ Vgl. auch Sachverständigengruppe „european systems of worker involvement“ – Abschlußbericht (Davignon-Bericht), Mai 1997, Ziff. 40, http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/labour/davignon/davi_de.htm vom 26. 02. 2001.

⁴⁶⁹ Vgl. auch Sachverständigengruppe „european systems of worker involvement“ – Abschlußbericht (Davignon-Bericht), Mai 1997, Ziff. 41, http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/labour/davignon/davi_de.htm vom 26. 02. 2001.

⁴⁷⁰ Heinze, ZGR 1999, 54, 66 f.

⁴⁷¹ Heinze, ZGR 1999, 54, 66 f.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Meines Erachtens ist dabei dem Davignon-Lösungsvorschlag der Vorzug zu geben, da bei diesem im wesentlichen lediglich die paritätische Mitbestimmung aufgegeben wird, die auch in Deutschland nur auf eine relativ geringe Zahl von Unternehmen Anwendung findet, während der britische Vorschlag dazu führt, daß bei Sitzverlegungen kein einheitliches mitbestimmungsrechtliches Auffangmodell zur Anwendung kommt, so daß indirekt Sitzverlegungen zwischen manchen Mitgliedstaaten gefördert und zwischen anderen gehemmt werden. Da grenzüberschreitende Sitzverlegung zu Zeit weder in Staatsverträgen noch in europäischen Richtlinien geregelt werden, richtet sind die materielle Zulässigkeit deutsch-französischer grenzüberschreitender Sitzverlegungen nach deutschem und französischem Recht.

II. Die Identitätswahrung von weg- und zuziehender Gesellschaft

Nur wenn die Identität von wegziehender und zuziehender Gesellschaft gewahrt ist, kann von einer echten grenzüberschreitenden Sitzverlegung gesprochen werden.⁴⁷²

Bei der Frage der Identitätswahrung handelt es sich um einen materiellrechtlichen Aspekt, der durch das Sachrecht der anwendbaren Rechtsordnung geregelt wird.⁴⁷³ Beeinflußt wird die Identitätswahrung bei der Sitzverlegung durch verschiedene Gesichtspunkte: dazu gehört die Auffassung, die man hinsichtlich des Wesens einer juristischen Person vertritt, aber auch die Tatsache, welcher Sitz bzw. welche Sitze der Gesellschaft verlegt werden.

Eine identitätswahrende Sitzverlegung kann nur dann erfolgen, wenn sowohl der Wegzugsstaat als auch der Zuzugsstaat von dem Erhalt der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft ausgehen.⁴⁷⁴ Insoweit kommt es zu einem Zusammenwirken der materiellen Regelungen beider Rechtsordnungen.⁴⁷⁵

⁴⁷² Vgl. Kap. 3.A.II., S. 109

⁴⁷³ Behrens, RIW 1986, 590; Kruse, S. 37; Roth, ZEuP 1994, 5, 20; ebenso im Ergebnis Schwarz (Rn. 162), der jedoch davon ausgeht, daß die kollisionsrechtliche Sitzregel zugleich den materiellen Aspekt der transnationalen Immobilität regelt; a.A. MünchKomm/ Ebenroth (2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 220) sieht die Frage der Identitätswahrung als kollisionsrechtliches Problem.

⁴⁷⁴ Behrens, ZGR 1994, 1, 10; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 329; Staudinger/ Großfeld, Rn. 553; Mayer, n° 1065; Menjucq, n° 68; a.A. Stüss (FS Lewald, S. 603, 608) bzgl. der Sitzverlegung ins Ausland; Hamel, RabelsZ 2 (1928), 1002, 1004.

⁴⁷⁵ Behrens, RIW 1986, 590; Schmidt, ZGR 1999, 20, 23 ff.; Hamel/ Lagarde/ Jaufret, n° 429; Loussouarn, Recueil des Cours 1959 I, 460, 499 s.; Mayer, n° 1065; Niboyet, n° 751; Vavasseur, Rev. soc. 1914, 321, 323.

1. Die Auswirkungen der Theorien über das Wesen der juristischen Personen auf die Frage der Identitätswahrung

Unter den Anhängern der Fiktionstheorie besteht Uneinigkeit, ob bei deren Anwendung eine identitätswahrende Sitzverlegung möglich ist.

Nach einer Ansicht ist dies nicht der Fall, weil die Fiktion der Rechtspersönlichkeit mit dem Verlassen des Gründungsstaates erlösche und nur der Zuzugsstaat das Recht habe, Gesellschaften zu juristischen Personen zu erheben. Die Gesellschaft könne daher ihren Sitz nicht unter Erhalt der Rechtspersönlichkeit in einen anderen Staat verlegen, sondern müsse sich vielmehr im Wegzugsstaat auflösen und im Zuzugsstaat neu gründen.⁴⁷⁶ Nach dieser Ansicht stehen der Fiktionstheorie keine Gläubigerschutzgründe entgegen, da die neue Gesellschaft Gesamtrechtsnachfolgerin der ersten wird, und somit den Gläubigern trotz Auflösung der alten Gesellschaft als neue Schuldnerin zur Verfügung steht.⁴⁷⁷

Zum Teil wird auch die Auffassung vertreten, daß es auch im Rahmen der Fiktionstheorie zu einer grenzüberschreitenden identitätswahrenden Sitzverlegung kommen kann, wenn sowohl das Recht des Wegzugsstaates, der die Fiktion geschaffen hat, als auch das Recht des Zuzugsstaates die Aufrechterhaltung der Rechtsperson ausdrücklich vorsehen.⁴⁷⁸

Die herrschende Meinung folgt heute allerdings fast einhellig der Realitätstheorie, nach der eine juristische Person als Rechtsinstrument gesehen wird.⁴⁷⁹ Danach handelt es sich bei der Rechtsfähigkeit um einen Rechtszustand, der sich nicht durch eine Verlegung von Sitz oder Wohnsitz ins Ausland ändern darf, sowenig wie die Geschäftsfähigkeit oder die Entmündigung an den Grenzen des Staates enden.⁴⁸⁰ Zur Begründung wird vor allem in Frankreich vielfach noch darauf hingewiesen, daß auch bei natürlichen Personen die Zuerkennung der Rechtspersönlichkeit im Grunde nur eine juristische Konstruktion sei, was zum Beispiel deutlich werde, wenn man bedenke, daß es in der Geschichte zu gewissen Zeiten natürliche Personen gab, wie z.B. Sklaven, denen keine Rechtspersönlichkeit zuerkannt worden sei; dennoch werde die Zuerkennung

⁴⁷⁶ RG v. 22. 01. 1916, RGZ 88, 53, 54; Hamel/ Lagarde/ Jaufret, n° 429; vgl. auch Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 237.

⁴⁷⁷ Guyon, n° 128; vgl. Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 235; Pohlmann, S. 84.

⁴⁷⁸ Menjucq, n° 93.

⁴⁷⁹ In Deutschland: Fritz, S. 57, 63 m.w.N.; Hamel, *RebelsZ* 2 (1928), 1002, 1004 s.; Süß, FS Lewald, S. 603, 607; in Frankreich: Bischoff, *Mélanges Bastian*, p. 23, 27; Coutinho de Abreu, *Rev. int. dr. éco.* 1996, 171 s.; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 238; Menjucq, n° 94; Pohlmann, S. 84 f.; so auch die Rechtsprechung: Cass. Civ., 28. 01. 1954, D. 1954, Jur., 217.

⁴⁸⁰ Süß, FS Lewald, S. 603, 607.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

der Rechtspersönlichkeit bei natürlichen Personen allgemein als Realität und nicht als Fiktion angesehen.⁴⁸¹ Der herrschenden Meinung ist zuzustimmen, da die Annahme einer Fiktion den Bedürfnissen einer selbständigen Person nicht gerecht wird, die durch die Gewährung der Rechtspersönlichkeit geschaffen werden soll.

Soweit beide an einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung beteiligten Rechtsordnungen von der Realitätstheorie ausgehen, was bei Frankreich und Deutschland der Fall ist, besteht ein Zwang zur Auflösung bzw. Neugründung der Gesellschaft bei einem Umzug jedenfalls nicht aufgrund der Theorie über das Wesen der juristischen Person.⁴⁸²

2. Der Einfluß der Art des verlegten Sitzes auf die Frage der Identitätswahrung

Weiterhin hängt die Frage der Identitätswahrung bei einer Sitzverlegung davon ab, ob der Satzungssitz, der Verwaltungssitz oder beide Sitze gemeinsam verlegt werden. Soweit die nationalen Rechte keine speziellen Regelungen für den Fall einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung enthalten, ist die Frage der Identitätswahrung nach den allgemeinen Bestimmungen des nationalen Rechts und nach den von der Rechtsprechung geschaffenen Grundsätzen zu beantworten. Eine identitätswahrende Sitzverlegung kann schließlich nur dann erfolgen, wenn sowohl Zuzugs- als auch Wegzugsstaat dies ermöglichen.

a. Die Verlegung des SATZUNGSSITZES

aa. Von Deutschland nach Frankreich

Für den Fall der bloßen Satzungssitzverlegung existieren weder in Deutschland noch in Frankreich gesetzliche Regelungen, d.h. die Frage der Identitätswahrung ist nach den allgemeinen Grundsätzen der nationalen Rechte zu beantworten.

Bei einer Verlegung des Satzungssitzes von Deutschland nach Frankreich unter Beibehaltung des Verwaltungssitzes in Deutschland wird die grenzüberschreitende Sitzverlegung mangels Gesellschaftsstatutswechsel allein nach deutschem Recht beurteilt.

Nach deutscher herrschender Meinung wird der Beschluß einer Gesellschaft, den Satzungssitz ins Ausland zu verlegen, als Auflösungsbeschluß gewertet.⁴⁸³

⁴⁸¹ Mazeaud, Clunet 1928, 30, 37; Pohlmann, S. 23 f.

⁴⁸² Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 238; Menjucq, n° 94.

Kapitel 3. Die grenzüberschreitende deutsch-französische Sitzverlegung

Dem ist zuzustimmen, da der Satzungssitz maßgeblich ist für die örtliche und internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte⁴⁸⁴ und Behörden, die die Kontrolle und Durchsetzung des deutschen Gesellschaftsrechts sichern.⁴⁸⁵ Bei einer Verlegung des Satzungssitzes würde Deutschland die Durchsetzungs- und Kontrollmöglichkeit hinsichtlich der dem deutschen Recht unterliegenden Gesellschaften genommen. Dies würde zu einer Rechtssicherheitslücke führen, so daß bei Verlegung des Satzungssitzes eine Auflösung der Gesellschaft erforderlich ist.

Gestützt wird diese Auffassung durch die Tatsache, daß die Registereintragung für das Erlangen der Rechtsfähigkeit konstitutive Wirkung hat. Wenn eine Gesellschaft also gerade den für die konstitutive Registerwirkung maßgeblichen Satzungssitz verlegt, so ist dies als Zeichen ansehen, daß sie ihre Rechtspersönlichkeit aufgeben möchte.⁴⁸⁶ Schließlich spricht auch die zum Teil schwierige Differenzierung zwischen Satzungssitz- und Verwaltungssitzverlegung für die Annahme eines Auflösungsbeschlusses, da hierdurch beide Fälle gleich behandelt werden würden.⁴⁸⁷

Der Auflösungsbeschluß muß entsprechend der gesetzlichen bzw. satzungsrechtlichen Bestimmungen (beispielsweise kann in der Satzung Einstimmigkeit für den Auflösungsbeschluß vorgesehen sein) getroffen werden. Da die Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit in jedem Fall verliert, kommt es hier nicht darauf an, ob in Frankreich die Rechtspersönlichkeit bei einem bloßen Zuzug des Satzungssitzes anerkannt wird.⁴⁸⁸

Nach anderer Ansicht ist der Beschluß einer Gesellschaft, ihren Satzungssitz zu verlegen, immer nichtig.⁴⁸⁹ Es wird argumentiert, daß der Sitzverlegungsbeschluß nicht automatisch als Auflösungsbeschluß qualifiziert und damit die Existenz und Parteifähigkeit der Gesellschaft in Frage gestellt werden dürfe. Die Gesellschafter faßten lediglich einen Beschluß, dessen Verwirklichung unmöglich

⁴⁸³ RG v. 22. 01. 1916, RGZ 88, 53, 54 f.; RG v. 05. 06. 1882, RGZ 7, 68, 70; Ebenroth/ Auer, RIW-Beilage 1/ 92, 1, 7; Hachenburg/ Ulmer, § 3, Rn. 18; Kruse, S. 46; Staudinger/ Großfeld, Rn. 603 f.

⁴⁸⁴ Registergericht: § 14 AktG, § 7 Abs. 1 GmbHG; Prozeßgericht: vgl. die Auslegung zu § 17 Abs. 1, S. 1 ZPO (z.B. Zöller/ Vollkommer, § 17 ZPO, Rn. 9; Thomas/ Putzo, § 17 ZPO, Rn. 3) und Art. 16 Nr. 2 EuGVÜ (z.B. Geimer/ Schütze, Art. 16, Rn. 143: die Zuständigkeit beurteilt sich nach dem Recht des Gerichts unter Einschluß des Kollisionsrechts).

⁴⁸⁵ Vgl. auch Ebenroth/ Auer, RIW-Beilage 1/ 92, 1, 7; Kruse, S. 46; Staudinger/ Großfeld, Rn. 600.

⁴⁸⁶ Kruse, S. 47.

⁴⁸⁷ Staudinger/ Großfeld, Rn. 603.

⁴⁸⁸ Staudinger/ Großfeld, Rn. 585.

⁴⁸⁹ Wiedemann, S. 870.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

sei. Die Liquidation der Gesellschaft sei jedoch nur dann notwendig, wenn der Sitzverlegungsbeschluß in einen Auflösungsbeschluß umgedeutet werde. Eine solche Umdeutung komme nur dann in Betracht, wenn die Gesellschafter mit ihrem Beschluß wenigstens eine unechte Sitzverlegung durch Liquidation und Neugründung erreichen wollten. Ansonsten bestehe kein Anlaß, dem Sitzverlegungsbeschluß, nur weil er nicht durchführbar sei, einen vom Gesellschafterwillen abweichenden Inhalt beizumessen. Der Sitzverlegungsbeschluß wäre also lediglich nichtig und würde ins Leere laufen, ohne daß die Gesellschaft zur Auflösung verpflichtet wäre.⁴⁹⁰ Nach dieser Auffassung ist eine Satzungssitzverlegung nicht möglich, da der Sitzverlegungsbeschluß entweder in einen Auflösungsbeschluß umzudeuten oder von vorne herein nichtig ist.

Einer Mindermeinung zufolge kann der Wegzugsbeschluß der Gesellschafter nicht einfach in einen Auflösungsbeschluß uminterpretiert werden, weil ein dahingehender Gesellschafterwille mit Sicherheit nicht vorgelegen hätte. Weiterhin soll § 23 BGB entnommen werden können, daß eine Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit durch Verlegung des Sitzes ins Ausland nicht verliert.⁴⁹¹ Da § 23 i.V.m. § 21 BGB die Möglichkeit eröffne, einen rechtsfähigen Verein mit Sitz im Ausland zu gründen, muß nach dieser Ansicht erst recht ein bereits im Inland nach deutschen Vorschriften begründeter rechtsfähiger Verein seinen Sitz ins Ausland verlegen können, ohne die Rechtsfähigkeit zu verlieren. Was für zivilrechtliche Vereine gelte, soll dieser Ansicht zufolge auch für handelsrechtliche Gesellschaften gelten, zumal diese strengeren Gründungsvorschriften unterliegen und nirgendwo gesetzlich festgelegt sei, daß der Sitz einer AG oder GmbH im Inland sein muß.⁴⁹² Schließlich sei auch kein rechtspolitischer Grund ersichtlich, warum der Beschluß, den Sitz ins Ausland zu verlegen, nicht wirksam sein soll, wenn alle deutschen gesetzlichen Gründungsvoraussetzungen beachtet worden sind.⁴⁹³ Damit ist nach dieser Auffassung eine identitätswahrende Satzungssitzverlegung von Deutschland nach Frankreich möglich. Damit kommt es entscheidend darauf an, ob auch in Frankreich eine Identitätswahrung bei einer Verlegung des Satzungssitzes vom Ausland nach Frankreich angenommen wird.⁴⁹⁴ Die zutreffende herrschende Meinung in Frankreich geht davon aus,

⁴⁹⁰ Wiedemann, S. 870.

⁴⁹¹ Süß, FS Lewald, S. 603, 604 f.

⁴⁹² Süß (FS Lewald, S. 603, 604 f.) mit Hinweis auf § 5 AktG und § 3 GmbHG (Süß spricht allgemein von einer „Sitzverlegung“, doch da die Gesellschaft „weiterhin nach deutschem IPR deutschem Recht untersteht“ (S. 605), meint er wohl eine Satzungssitzverlegung, da diese nicht zu einem Statutswechsel führt; im Widerspruch hierzu steht jedoch die Aussage, daß mit der Sitzverlegung die Nationalität und die rechtliche Situation der Gesellschaft wechselt (S. 610)).

⁴⁹³ Süß, FS Lewald, S. 603, 608.

daß Satzungs- und Verwaltungssitz nicht auseinanderfallen dürfen, weil sonst ein fiktiver Sitz (*siège social fictif*) entsteht.⁴⁹⁵ Die tatsächliche Verlegung einer der beiden Sitze ins Ausland führt zur Nichtigkeit der Gesellschaft, was zur Folge hat, daß die Gesellschaft zu liquidieren ist und damit im Ausland *ex tunc* lediglich als faktische Gesellschaft bestanden hat.⁴⁹⁶ Einer Gesellschaft, die ihren Sitzungssitz von Deutschland nach Frankreich verlegt, käme also in Frankreich keine Rechtsfähigkeit zu.

Anderer Auffassung zufolge führt das Auseinanderfallen der Sitze nicht zu einer Auflösung der Gesellschaft.⁴⁹⁷ Statt dessen hätten Dritte die Wahl, ob sie sich gem. Art. L. 210-3 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 2 Loi n° 66-537) auf den Satzungs- oder den Verwaltungssitz der Gesellschaft berufen.⁴⁹⁸ Erschwert wird die Untersuchung dadurch, daß diese Wahlmöglichkeit in der französischen Literatur meist im Zusammenhang mit der generellen Problematik des Auseinanderfallens von Satzungs- und Verwaltungssitz aufgeführt wird, ohne deutlich zu machen, ob sich die divergierenden Sitze durch eine Satzungs- bzw. Verwaltungssitzverlegung ergeben haben oder ob die Sitze von Anfang an in verschiedenen Staaten begründet wurden.⁴⁹⁹

Da diese Meinung von der grundsätzlichen Zulässigkeit auseinanderfallender Gesellschaftssitze ausgeht, ist anzunehmen, daß auch die bloße Verlegung des Sitzungssitzes möglich sein soll. Diese Annahme wird durch die Tatsache bestärkt, daß die Vertreter dieser Mindermeinung im Rahmen von Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) von einer Anknüpfung an den Sitzungssitz ausgehen, was dafür spricht, auch die Möglichkeit der Identitätswahrung bei einer Sitzverlegung nicht vom Verwaltungssitz abhängig zu

⁴⁹⁴ Süss, FS Lewald, S. 603, 608.

⁴⁹⁵ Cass. Civ., 07. 03. 1956, D. 1956, Somm. 170; Le Gall, in: Recueil Dalloz Sociétés, Siège Social, n° 28, 81; Loussouarn/ Bourel, n° 709; Mazeaud, Clunet 1928, 30, 53; Mestre/ Blanchard-Sébastien, n° 483; Pohlmann, S. 92; Lévy geht aufgrund des Verstoßes gegen die ständige Rechtsprechung von einer Irregularität der Gesellschaft aus (vgl. Fn. 533); a.A. Mayer, n° 1039; Menjucq, n° 200; vgl. auch Kap. 2.B.I.1. und 2.B.II.2., S. 68

⁴⁹⁶ Cass. Civ., 07. 03. 1956, D. 1956, Somm. 170; Mazeaud, Clunet 1928, 30, 60; zur faktischen Gesellschaft (d.h. eine nichtige Gesellschaft, die mit Willen der Gesellschafter vor ihrer Nichtigterklärung tätig geworden ist) vgl. Ripert/ Roblot/ Germain (n° 724) und Merle (n° 67).

⁴⁹⁷ Lévy, n° 210; Mayer, n° 1039; Menjucq, n° 181, 200.

⁴⁹⁸ Lévy, n° 210; Mayer, n° 1039; Menjucq, n° 181, 200.

⁴⁹⁹ Lévy (n° 210 s.) spricht nur generell vom Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz, geht aber teilweise von einer bloßen Verwaltungssitzverlegung aus; Mayer (n° 1039) geht bei seinen Ausführungen wohl davon aus, daß Satzungs- und Verwaltungssitz von Anfang an auseinanderfallen; so auch Menjucq (n° 200 s.), der aber zugleich auch den Fall der Verwaltungssitzverlegung einschließt. Vgl. daher auch die Ausführungen zur Verlegung des Sitzungssitzes von Frankreich nach Deutschland und zur Verlegung des Verwaltungssitzes: Kap. 3.C.II.2.a.bb., S. 135 ff. und 3.C.II.2.b., S. 136 ff.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

machen.⁵⁰⁰ Nach dieser Ansicht führt daher wohl eine Verlegung des Satzungssitzes von Deutschland nach Frankreich nicht zur Auflösung der Gesellschaft.⁵⁰¹ Eine identitätswahrende Satzungssitzverlegung von Deutschland nach Frankreich ist mithin nur denkbar, wenn man sowohl einer deutschen als auch einer französischen Mindermeinung folgt. Beide sind jedoch abzulehnen, da divergierende Gesellschaftssitze vermieden werden müssen.⁵⁰² Eine identitätswahrende Satzungssitzverlegung von Deutschland nach Frankreich ist somit nicht möglich.

bb. Von Frankreich nach Deutschland

Nach zutreffender herrschender Auffassung führt die Verlegung des bloßen Satzungssitzes von Frankreich ins Ausland zur Nichtigkeit der Sitzverlegung, da es sonst aufgrund des Auseinanderfallens von Satzungssitz und Verwaltungssitz zu einem fiktiven ausländischen Sitz käme.⁵⁰³ Die Gesellschaft ist in diesem Fall zu liquidieren, so daß eine identitätswahrende Sitzverlegung durch bloße Satzungssitzverlegung von Frankreich nach Deutschland nicht erfolgen kann.

Zum Teil wird auch die Ansicht vertreten, daß die Gesellschaft in diesem Fall behandelt werden soll, wie wenn sie ihren Satzungssitz nicht verlegt hätte.⁵⁰⁴ Bei einer Verlegung des Satzungssitzes von Frankreich nach Deutschland unterliegt die Gesellschaft zwar weiterhin französischem Recht, eine Eintragung der französischen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister müßte aber nach deutschem Recht erfolgen. Gem. § 4 AktG ist die Eintragung einer ausländischen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister nicht möglich, da § 4 AktG nur auf Gesellschaften anwendbar ist, die deutschem Recht unterliegen.⁵⁰⁵ Das gleiche gilt für die GmbH: auch bei dieser reicht für eine Eintragung in das Handelsregister nicht allein der deutsche Satzungssitz aus, sondern es ist eine Gesellschaft erforderlich, die deutschem Recht unterliegt.⁵⁰⁶

Darüber hinaus wird die Ansicht vertreten, daß die Eintragung einer Sitzverlegung

⁵⁰⁰ Menjucq, n° 187 ss., 200; Lévy (n° 209 s.), der ebenfalls nicht von einer reinen Anknüpfung an den Verwaltungssitz ausgeht, sondern für den nebenbei die Möglichkeit einer Satzungssitzanknüpfung besteht; Mayer (n° 1037, 1039), soweit sich Dritte nicht auf den Verwaltungssitz berufen.

⁵⁰¹ Zu den weiteren Voraussetzung vgl. den Fall der bloßen Verwaltungssitzverlegung: Kap. 3.C.II.2.b., S. 136 ff.

⁵⁰² Vgl. hierzu auch Stellungnahme Kap. 3.C.II.2.d., S. 152 ff.

⁵⁰³ Cass. Req., 17. 07. 1935, Rev. crit. dr. int. pr. 1936, 767, 769; Cass. Civ., 25. 04. 1950, Rev. soc. 1950, 269 s.

⁵⁰⁴ Cass. Civ., 07. 07. 1949, Rev. crit. dr. int. pr. 1949, 78, 79; Loussouarn, Rev. crit. dr. int. pr. 1949, 78, 83.

⁵⁰⁵ OLG Zweibrücken v. 27. 06. 1990, IPRax 1991, 406 f.

⁵⁰⁶ Ebenroth/ Auer, RIW-Beilage 1/ 92, 1, 8; Kruse, S. 48; Schlenker, S. 23.

ins Handelsregister für sich gesetzlich nicht vorgesehen und daher nicht möglich sei. Die Eintragung einer Sitzverlegung in das deutsche Handelsregister setze nämlich immer die Eintragung einer Gesellschaftsgründung voraus.⁵⁰⁷ Daran fehle es jedoch bei einer grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft vom Ausland nach Deutschland, weil sich die Gesellschaft zum Zeitpunkt ihrer Gründung noch im Ausland befunden hat und deshalb im dortigen Register eingetragen worden ist. Sollte eine ausländische Gesellschaft dennoch versehentlich in das deutsche Register eingetragen werden, so werde die ursprünglich ausländische Gesellschaft nicht deshalb als rechtsfähige inländische Gesellschaft angesehen: das Handelsregister könne insoweit keine rechtliche Wirkung entfalten, da eine entsprechende Eintragung gesetzlich nicht vorgesehen sei.⁵⁰⁸

Einer vereinzelt Ansicht zufolge, die von der Möglichkeit einer identitätswahrenden Satzungssitzverlegung ins Ausland ausgeht, ist beim Zuzug allerdings eine Einschränkung zu machen: die Rechtspersönlichkeit einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft soll nur dann erhalten bleiben, wenn auch die deutschen Gründungsvoraussetzungen erfüllt sind.⁵⁰⁹

Zusammenfassend ist festzustellen, daß eine identitätswahrende Satzungssitzverlegung von Frankreich nach Deutschland ebenso wenig möglich ist wie im umgekehrten Fall, da divergierende Gesellschaftssitze grundsätzlich abzulehnen sind.

b. Die Verlegung des VERWALTUNGSSITZES

aa. Von Deutschland nach Frankreich

Auch für die Verlegung des Verwaltungssitzes fehlen in Deutschland und Frankreich gesetzliche Regelungen.

Mit der Verlegung des Verwaltungssitzes verliert die Gesellschaft den Bezug zu dem Rechtskreis, aus dem sie ihre Rechtsfähigkeit herleitet, was in Deutschland zwingend zur Auflösung und Liquidation der Gesellschaft führt. Mit dem Verlassen des ursprünglichen Rechtskreises ändert sich das politische, kulturelle und wirtschaftliche Umfeld der Gesellschaft und dies wirkt sich auf die Gesellschafter, Arbeitnehmer und Gläubiger der Gesellschaft aus. Zum Schutz dieser Personengruppen hat sich die Gesellschaft nach den dafür vorgesehenen Regeln aufzulösen, verliert aber nicht automatisch ihre Rechtsfähigkeit.⁵¹⁰ Der Wegzugsbeschluß

⁵⁰⁷ Geßler/ Hefermehl/ Eckardt/ Eckardt, AktG, § 45, Rn. 19; Kruse, S. 48.

⁵⁰⁸ Schlenker, S. 23.

⁵⁰⁹ Sehr unklar Süß (FS Lewald, S. 603, 608 und Fn. 54).

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

bzw. die tatsächliche Verlegung des Sitzes ist insoweit als Auflösungsbeschuß zu werten. Soweit in der Satzung keine andere Regelung getroffen ist, muß der Beschluß gem. § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG bzw. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG mit einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals getroffen werden.⁵¹¹

Nach anderer Ansicht dient die Pflicht zu einem inländischen Verwaltungssitz dem Gläubigerschutz, so daß der Sitzverlegungsbeschuß nicht als Auflösungsbeschuß anzusehen, sondern lediglich gem. § 241 Nr. 3 AktG nichtig sei.⁵¹² Da der Gesellschaftssitz nach herrschender französischer Auffassung ernsthaft und real sein muß, d.h. weder fiktiv noch gesetzesumgehend sein darf, dürfen der Satzungs- und der Verwaltungssitz einer Gesellschaft nicht divergieren. Ein Zuzug des bloßen Verwaltungssitzes nach Frankreich würde also zu einer Gesetzesumgehung führen.⁵¹³ Die Gesellschaft ist daher zu liquidieren.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, daß jede Gesetzesumgehung einem Richter – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung – die Möglichkeit gebe, die Nichtigkeit einer Gesellschaft auszusprechen. Dies solle auch nach dem Erlaß des französischen Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) gelten, mit dem der Gesetzgeber versucht habe, die Fälle der Nichtigkeit von Gesellschaften einzuschränken.⁵¹⁴ Insoweit greife nämlich der ungeschriebene Grundsatz *fraus omnia corrumpit* ein.⁵¹⁵

Einer Mindermeinung zufolge ist allerdings die Annahme der Nichtigkeit bei Vorliegen eines fiktiven Gesellschaftssitzes seit Einführung des französischen Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) nicht mehr haltbar. Die Lösung der herrschenden Meinung widerspreche nämlich der Intention des Gesetzgebers, der zum Schutz Dritter versucht habe, das Entstehen nichtiger Gesellschaften möglichst zu verhindern.⁵¹⁶ Diesem Zweck soll nach Ansicht der Mindermeinung auch Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) dienen, doch legt sie diesen Artikel nicht einheitlich aus.

Einer Teilansicht zufolge ist eine Gesellschaft dem Satzungssitzrecht unterworfen

⁵¹⁰ BGH v. 11. 07. 57, BGHZ 25, 134, 144; Kruse, S. 33 f.; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 313; Staudinger/ Großfeld, Rn. 557, 565, 579 ff.; a.A. RG v. 10. 07. 1934, IPRspr. 1934 Nr. 14, 30 f.

⁵¹¹ Kruse, S. 34.

⁵¹² Hüffer, AktG, § 45, Rn. 2, § 5, Rn. 12.

⁵¹³ Pohlmann, S. 92; vgl. zu der französischen Rechtslage bei auseinanderfallenden Sitzen auch Kap. 3.C.II.2.a.aa., S. 131, insbes. S. 6.

⁵¹⁴ Lévy, n° 211; Menjucq, n° 202; Merle, n° 67.

⁵¹⁵ Merle, n° 68.

⁵¹⁶ Lévy, n° 211; Menjucq, n° 202.

und Dritte haben daneben die Möglichkeit, sich auf den Verwaltungssitz zu berufen. Die Gesellschaft sei, auch nachdem sie ihren Verwaltungssitz nach Frankreich verlegt habe, eine ausländische juristische Person, die dem Satzungssitzrecht unterliege. Sie könne daher nicht als nichtige bzw. faktische französische Gesellschaft eingestuft werden.⁵¹⁷ Französisches Recht kommt dieser Ansicht nach nur dann zur Anwendung, wenn die Verwaltungssitzverlegung in der Absicht erfolgt ist, französisches Recht zu umgehen, was aber allein durch das Vorliegen divergierender Sitze nicht angenommen werden könne.⁵¹⁸ Solange zu den auseinanderfallenden Sitzen nicht eine Gesetzesumgehungsabsicht hinzukomme, handele es sich um eine ausländische Gesellschaft, die dem Satzungssitzrecht unterliege und daher auch nicht verpflichtet sei, ihre Satzung dem französischen Recht anzupassen bzw. eine Handelsregistereintragung in Frankreich vorzunehmen.⁵¹⁹

Der anderen Teilansicht zufolge wird aufgrund des Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) jede Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Frankreich französischem Recht unterstellt, gleichgültig, wo sich ihr Satzungssitz befindet und in welchem Handelsregister sie eingetragen ist.⁵²⁰ Daneben hätten Dritte das Recht, sich auf den Rechtsschein zu berufen, der durch den ausländischen Satzungssitz bestehe.⁵²¹ Diese Auffassung geht also davon aus, daß es sich nun um eine französische Gesellschaft handelt, da sich ihr Verwaltungssitz nun in Frankreich befindet. Allerdings bestehe keine Notwendigkeit, soweit kein Fall offensichtlicher Gesetzesumgehung vorliegt, von der Nichtigkeit der Gesellschaft auszugehen, solange die Nichtigkeit nicht von einem Gericht erster Instanz ausgesprochen wurde. Die Gesellschaft soll, außer in Fällen von Gesetzesumgehung, bis zum Ausspruch der Nichtigkeit die Möglichkeit haben, durch Beantragung der Registereintragung in Frankreich rückwirkend ihre rechtliche Situation in Ordnung zu bringen.⁵²² Auch Art. L. 210-6 CCom (vorm. Art. 5 Loi n° 66-537) stehe dem nicht entgegen, denn Abs. 1 S. 1 knüpfe nur das Entstehen einer neuen juristischen Person an eine Registereintragung, verbiete aber nicht die rückwirkende Regulierung der Situation durch Registereintragung. Mit der Registereintragung werden analog Art.

⁵¹⁷ Menjucq, n° 202.

⁵¹⁸ Menjucq, n° 203.

⁵¹⁹ Menjucq, n° 203.

⁵²⁰ Lévy, n° 211.

⁵²¹ Lévy, n° 211.

⁵²² Lévy (n° 211) mit der Einschränkung des *ordre public* und dem Hinweis, daß ein Großteil der Rechtsprechung nicht herangezogen werden kann, da sie vor Erlass des französischen Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) erfolgt ist. Vgl. für die Möglichkeit einer Regulierung des Gesellschaftszustandes, allerdings ohne Rückwirkung, auch Rép. min., JO, Débats de l'Assemblée Nationale et du Sénat, 06. 06. 1987, 2000.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

L. 210-6 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 5 Abs. 2 Loi n° 66-537) Verbindlichkeiten, die im Namen der Gesellschaft in der Zeit zwischen Verwaltungssitzverlegung und Eintragung entstanden sind, als von Anfang an von der Gesellschaft begründet angesehen. Mit der rückwirkenden Eintragung ins Handelsregister wird auch die Handelndenhaftung aufgehoben. Die französische Registereintragung verlangt allerdings eine Anpassung der Gesellschaftssatzung an das französische Recht.⁵²³ Da Art. 3 Loi n° 66-537 (jetzt Art. L. 210-3 CCom) lediglich die vor Erlass des Gesetzes ergangene Rechtsprechung kodifizieren sollte,⁵²⁴ ist mangels anderweitiger ausdrücklicher Regelung davon auszugehen, daß auch die von der Rechtsprechung bestimmte Folge der Nichtigkeit der Gesellschaft, die bei Vorliegen eines fiktiven Gesellschaftssitzes eintrat, auch nach Erlass des französischen Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) erhalten bleiben sollte. Wie die Verlegung des Satzungssitzes führt daher auch die Verlegung des Verwaltungssitzes zu einer Auflösung der Gesellschaft, da es zu keinem Auseinanderfallen von Satzung- und Verwaltungssitz kommen darf.

bb. Von Frankreich nach Deutschland

Nach zutreffender herrschender Meinung in Frankreich ist eine Verlegung des bloßen Verwaltungssitzes ins Ausland ausgeschlossen, da dies gegen das Prinzip des nicht fiktiven Gesellschaftssitzes verstößt. Um einen fiktiven Gesellschaftssitz zu vermeiden, müssen Satzung- und Verwaltungssitz zusammenfallen. Befindet sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft ins Ausland, so ist die Gesellschaft nichtig und damit aufzulösen.⁵²⁵

Demgegenüber wird die Ansicht vertreten, daß das Auseinanderfallen der Sitze nicht zur Auflösung der Gesellschaft führt.⁵²⁶ Statt dessen hätten Dritte die Wahl, ob sie sich gem. Art. L. 210-3 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 2 Loi n° 66-537) auf den Satzung- oder den Verwaltungssitz der Gesellschaft berufen.⁵²⁷ Die Nichtigkeit der Gesellschaft könne nur in den in Art. L. 235-1 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 360 Abs. 1 Loi n° 66-537) aufgeführten Fällen eintreten, insbesondere wenn eine Vorschrift des französischen Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi

⁵²³ Lévy, n° 211.

⁵²⁴ JO, Débats de l'Assemblée Nationale et du Sénat, 15. 04. 1966, 17; Audit, n° 1083, 1085; Le Gall, in: Recueil Dalloz Sociétés, Siège Social, n° 87; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 3; Pohlmann, S. 49.

⁵²⁵ Cass. Req., 22. 12. 1896, Clunet 1897, 364 s.; Trib. Com. de la Seine, 27. 08. 1891, Clunet 1891, 1241 s.; Trib. Civ. de la Seine, 01. 03. 1903, Clunet 1910, 577; Hamel/ Lagarde/ Jaufret, n° 429; Mazeaud, Clunet 1928, 30, 49 s.; Pillet, n° 109.

⁵²⁶ Lévy, n° 210; Menjucq, n° 200; vgl. auch Mayer, n° 1039.

⁵²⁷ Lévy, n° 210; Mayer, n° 1039.

n° 66-537) dies ausdrücklich vorsehe. Da die Vertreter der Mindermeinung im Rahmen des Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) von einer Anknüpfung an den Satzungssitz bzw. von der Möglichkeit ausgehen, sich auf den französischen Satzungssitz zu berufen, kommt ein Verstoß gegen Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) nicht in Betracht. Nach dieser Auffassung ist nämlich für Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) bereits ausreichend, daß ein französischer Satzungssitz vorliegt.⁵²⁸ Allerdings enthalte diese Norm nicht nur eine kollisionsrechtliche Regelung, sondern impliziere zugleich, daß alle Formalitäten, die die Gesellschaft betreffen, in Frankreich erfüllt werden müßten. Hierzu gehöre insbesondere die Registereintragung der Gesellschaft, da Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537) französischen Behörden das ausschließliche Recht zur Registereintragung von Gesellschaften gewähre.⁵²⁹ Die Gesellschaft müsse daher in Frankreich im Handelsregister eingetragen sein, damit die Satzungssitzverlegung nicht zur Auflösung der Gesellschaft führe.⁵³⁰ Dies stelle aber kein Problem dar, da die Gesellschaft ja in Frankreich gegründet und somit die Eintragung in das französische Handelsregister schon bei der Gründung vorgenommen worden sei. Diese Eintragung bestehe auch nach der Verlegung des Verwaltungssitzes fort, da das französische Registergericht zu keinem Zeitpunkt überprüfe, ob Satzungs- und Verwaltungssitz im selben Staat liegen.⁵³¹

Im Rahmen der Mindermeinung ist jedoch umstritten, ob durch das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz ein irregulärer Zustand der Gesellschaft entsteht. Zum Teil wird von einem solchen Zustand ausgegangen, da divergierende Sitze gegen den allgemeinen, von der Rechtsprechung geschaffenen Grundsatz⁵³² verstießen, daß französische Gesellschaften ihren Verwaltungssitz in Frankreich haben müssen. Zusätzlich mißachte die Gesellschaft die richterrechtliche Vorgabe, nach der für die Registereintragung der Verwaltungssitzort maßgeblich sei,⁵³³ im Rahmen des Art. 281 Décret n° 67-236 i.V.m. Art. L. 210-4 CCom (vorm. Art. 4 Loi n° 66-537) werde nämlich der Begriff „siège social“ von der Rechtsprechung im Sinne einer Anknüpfung an den Verwaltungssitz ausgelegt.⁵³⁴ Diese Verstöße gegen das Richterrecht führten zu einem irregulären

⁵²⁸ Lévy, n° 210; Menjucq, n° 200.

⁵²⁹ So Mayer (n° 1038) zum inhaltlich identischen Art. 1837 CC.

⁵³⁰ Lévy, n° 210.

⁵³¹ Mayer, n° 1039; Menjucq, n° 200.

⁵³² Z.B. Cass. Req., 04. 05. 1857, D. 1857, I, 401.

⁵³³ Lévy, n° 210, Fn. 623.

⁵³⁴ Vgl. hierzu Cass. Req., 04. 05. 1857, D. 1857, I, 401.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Zustand der Gesellschaft, riefen aber nicht ihre Nichtigkeit hervor, weil es sich nicht um nichtigkeitsbegründende Regelungen i.S.d. Art. L. 235-1 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 360 Abs. 1 Loi n° 66-537) handele.

Der irreguläre Zustand der Gesellschaft müsse durch Verlagerung des Verwaltungssitzes nach Frankreich bzw. durch Löschung der Satzungssitzeintragung und dem damit folgenden Verlust der Anwendbarkeit französischen Rechts, oder durch Änderung der Satzungssitzeintragung in die Eintragung einer Zweigniederlassung behoben werden.⁵³⁵

Jeder Betroffene könne gem. Art. L. 210-7 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 6 Abs. 2 Loi n° 66-537) vor Gericht rügen, daß die Gesellschaft bei ihrer Gründung nicht alle vorgeschriebenen Formalitäten, hier also die Pflicht des Zusammenfallens von Satzungs- und Verwaltungssitz, beachtet habe. Dies habe zur Folge, daß die Gesellschaft unter Androhung von Zwang verpflichtet werde, ihren irregulären Zustand in Ordnung zu bringen.

Behebe die Gesellschaft ihren Zustand nicht und werde dieser auch nicht innerhalb der Frist des Art. L. 210-7 Abs. 4 i.V.m. Abs. 2 CCom (vorm. Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Abs. 2 Loi n° 66-537) von einem Betroffenen geltend gemacht, dürfe die Gesellschaft in dem irregulären Zustand verbleiben. Das bedeute, daß nach Ablauf der Verjährungsfrist das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz nicht mehr schade. Den Betroffenen bleibe jedoch die Möglichkeit, einen Haftungsanspruch nach Art. L. 210-8 CCom (vorm. Art. 7 Loi n° 66-537) gegenüber der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern geltend zu machen.⁵³⁶

Der anderen Ansicht zufolge führt die Tatsache, daß der Satzungs- und Verwaltungssitz in verschiedenen Ländern liegen, weder zur Nichtigkeit noch zu einer irregulären Situation der Gesellschaft.⁵³⁷ Somit könne die Gesellschaft auch nicht verpflichtet werden, nachträglich dafür zu sorgen, daß Verwaltungs- und Satzungssitz wieder zusammenfallen. Ebenso wenig führen divergierende Sitze zu einem Haftungsanspruch.⁵³⁸ In Deutschland muß eine Gesellschaft bei Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Deutschland die Rechtsfähigkeit durch Neugründung erwerben.⁵³⁹ Der Fortbestand der Rechtsfähigkeit im Inland ist

⁵³⁵ Lévy (n° 210) mit dem Hinweis auf mögliche steuerrechtliche Schwierigkeiten bei einer Löschung oder Änderung der Registereintragung.

⁵³⁶ Lévy (n° 210), der es jedoch auch für vertretbar erachtet, wenn davon ausgegangen wird, daß die Frist des Art. L. 210-7 Abs. 4 CCom (vorm. Art. 6 Abs. 4 Loi n° 66-537) wegen der fehlenden Eintragung der Verwaltungssitzverlegung ins Handelsregister nicht zu laufen beginnt.

⁵³⁷ Menjucq, n° 200.

⁵³⁸ Menjucq, n° 200.

⁵³⁹ BGH v. 21. 03. 1986 in BGHZ 97, 269, 271 f.; BGH v. 10. 06. 1957, BGHZ 25, 134, 144;

zum Schutz der Gesellschafter, Arbeitnehmer und Gläubiger abzulehnen, da sie ein schutzwürdiges Interesse am Fortbestand der Gesellschaft unter dem Statut ihres jeweiligen Verwaltungssitzes haben.⁵⁴⁰ Eine Neugründungspflicht besteht auch dann, wenn die Gesellschaft sich an die deutsche Gesellschaftsstruktur angepaßt hat bzw. wenn diese mit dem ausländischen Recht übereinstimmt.⁵⁴¹ Auch in diesen Fällen greift das Argument der Rechtssicherheit ein, da nur schwer bestimmbar ist, in wieweit eine Anpassung zu erfolgen hat.

Zum Teil wird die Möglichkeit der Anpassung auch aus praktischen Gründen abgelehnt, da es keine Prüfungsstelle gibt, die eine Anpassung kontrollieren könnte.⁵⁴² Da es zu einem Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz kommt, ist eine Verlegung des Verwaltungssitzes von Frankreich nach Deutschland nicht identitätswahrend möglich.

c. Die Verlegung von Satzungs- UND Verwaltungssitz

Die gemeinsame Verlegung von Satzungs- UND Verwaltungssitz soll ein Auseinanderfallen der Gesellschaftssitze vermeiden. Die Führung der Gesellschaftsgeschäfte im neuen Sitzstaat darf also erst zu dem Zeitpunkt aufgenommen werden, in dem die Verlegung des Sitzungssitzes rechtlich wirksam wird. Hierzu muß die Gesellschaft aufschiebend bedingt aus dem alten Handelsregister des Wegzugsstaates gelöscht werden, wobei die Bedingung darin liegt, die Eintragung ins Handelsregister des Zuzugsstaates vorzunehmen.⁵⁴³

aa. Von Deutschland nach Frankreich

(a) Der Wegzug von Deutschland

Die grenzüberschreitende Sitzverlegung ist in Deutschland gesetzlich nicht geregelt, denn § 45 AktG regelt ausdrücklich nur eine Sitzverlegung im Inland.⁵⁴⁴

OLG München v. 06. 05. 1986, NJW 1986, 2197, 2198; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 393 ff.; Staudinger/ Großfeld, Rn. 590.

⁵⁴⁰ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 393 ff.

⁵⁴¹ OLG Zweibrücken v. 27. 06. 1990, IPRax 1991, 406; Kruse, S. 38; Staudinger/ Großfeld, Rn. 590.

⁵⁴² MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 217.

⁵⁴³ Behrens (RIW 1986, 590, 592) unter Hinweis auf eine auf diese Weise in der Praxis durchgeführte Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die BRD; Schwarz, Rn. 169.

⁵⁴⁴ OLG Zweibrücken v. 27. 06. 1990, IPRax 1991, 406 f.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Nach herrschender Meinung in Literatur⁵⁴⁵ und Rechtsprechung⁵⁴⁶ besteht auch bei gleichzeitiger Verlegung des Satzungs- und Verwaltungssitzes ins Ausland eine Pflicht zur Auflösung und anschließenden Abwicklung der Gesellschaft.⁵⁴⁷ Diese Pflicht könne weder durch eine Satzungsbestimmung noch durch den entgegenstehenden Willen der Gesellschafter abbedungen werden.⁵⁴⁸ Die Auflösungspflicht wird mit denselben Argumenten begründet, mit denen auch die bloße Satzungssitz- bzw. Verwaltungssitzverlegung abgelehnt wird.⁵⁴⁹ Mit der Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland verlören deutsche Behörden ihre internationale Zuständigkeit, so daß die Durchsetzung des deutschen Gesellschaftsrechts gefährdet wäre. Damit wäre der Schutz der Gläubiger, Anteilseigner und Arbeitnehmer nicht mehr gewährleistet. Insbesondere ändere sich bei einer Sitzverlegung das anwendbare Gesellschaftsstatut sowie das ökonomische und politische Umfeld der Gesellschaft. Diese Änderungen seien für alle Betroffenen spürbar und unvorhersehbar.⁵⁵⁰ Außerdem könne der Verlust des deutschen Mitbestimmungsrechts und der damit verbundene Schutz der Arbeitnehmer nicht durch anderweitige Regelungen beseitigt werden. Ebenso wird die Möglichkeit, eine der Mitbestimmung vergleichbare Regelung in die Gesellschaftssatzung bzw. in den Gesellschaftsvertrag einzufügen, um einen entsprechenden Schutz zu erreichen, nicht als ausreichend angesehen, weil eine solche Regelung – anders als die gesetzlichen Vorschriften zur unternehmerischen Mitbestimmung in Deutschland – jederzeit vertraglich oder durch Gesellschaftsbeschluß wieder aufgehoben werden kann.⁵⁵¹ Schließlich reicht der herrschenden Ansicht zufolge auch die Anwendung der Vorschriften des Umwandlungsgesetzes zum Gesellschafter- und Gläubigerschutz nicht für einen vollständigen Interessenschutz aus, da es im Umwandlungsgesetz an gesetzlichen Vorschriften für die Handelsregistereintragung und die Vermögensnachfolge bei einer Sitzverlegung fehle.⁵⁵²

Mit der Auflösungspflicht der Gesellschaft werde berücksichtigt, daß sich die Gesellschaft mit dem Wegzugsbeschluß gerade aus der (deutschen) Rechtsordnung

⁵⁴⁵ Ebenroth/ Auer, JZ 1993, 374, 375; Ebenroth/ Eyles, DB-Beilage 2/ 88, 1, 7; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 400, 393 ff.; Staudinger/ Großfeld, Rn. 582.

⁵⁴⁶ RG v. 05. 06. 1882, RGZ 7, 68, 69; BayObLG v. 07. 05. 1992, WM 1992, 1371 f.; OLG Hamm v. 30. 04. 1997, ZIP 1997, 1696 f.; OLG Zweibrücken v. 27. 06. 1990, IPRax 1991, 406.

⁵⁴⁷ Nach a.A. ist der Sitzverlegungsbeschluß nichtig: vgl. hierzu Kap. 3.C.II.2.a.aa., S. 131 ff.

⁵⁴⁸ OLG Hamm v. 30. 04. 97, ZIP 1997, 1696, 1697.

⁵⁴⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen in Kap. 3.C.II.2.a.aa., S. 131 und 3.C.II.2.b.aa., S. 136

⁵⁵⁰ Staudinger/ Großfeld, Rn. 557, 565, 610.

⁵⁵¹ Staudinger/ Großfeld, Rn. 613 f.

⁵⁵² Wiedemann, S. 871.

lösen wolle, der sie ihre Rechtsfähigkeit verdanke. Nur wenn alle Betroffenen auf ihren Schutz verzichten und einem Wegzug zustimmen würden, käme eine Sitzverlegung unter Erhalt der Rechtspersönlichkeit in Betracht.⁵⁵³ Doch eine solch umfassende Zustimmung ist praktisch nicht zu erreichen. Schließlich wird der Einklang von Internationalem Privatrecht und Steuerrecht hervorgehoben, denn auch steuerrechtlich sei bei einem Gesellschaftswegzug aus Deutschland nach § 13 Abs. 1 KStG aufgrund des Wegfalls der unbeschränkten Körperschaftssteuerpflicht von einer Liquidation der Gesellschaft auszugehen, was die Besteuerung der stillen Reserven nach sich ziehe.⁵⁵⁴ Bei einer gemeinsamen Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz kann der Schutz der Betroffenen auch auf andere Weise als durch Auflösung und Liquidation gewährt werden, d.h., eine identitätswahrende Verlegung des Satzungs- und Verwaltungssitzes ins Ausland wäre grundsätzlich möglich.⁵⁵⁵

Insbesondere wird weder das Vertrauen der Arbeitnehmer in die Mitbestimmung noch die Interessen der Gesellschafter und Gläubiger durch eine Zwangsauflösung geschützt werden. So kann bei einer gemeinsamen Verlegung des Satzungs- und des Verwaltungssitzes der Schutz der Betroffenen in gewissen Fällen durch bestimmte Schutzmaßnahmen gewährleistet werden.⁵⁵⁶

Teilweise wird die Auffassung vertreten, daß sämtliche Interessen durch entsprechende Anwendung der Vorschriften zur formwechselnden Umwandlung ausreichend berücksichtigt werden könnten.⁵⁵⁷ Lediglich der Schutz der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung bleibe schwierig zu sichern, da durch den Wegzug aus Deutschland und der damit verbundenen notwendigen Anpassung an das Gesellschaftsrecht des Zuzugslandes wesentliche Voraussetzungen für die Anknüpfung der Mitbestimmung – wie zum Beispiel der Aufsichtsrat – verloren gehen.⁵⁵⁸ Allerdings wird darauf hingewiesen, daß durch die Auflösungspflicht der Gesellschaft das deutsche Mitbestimmungsrecht auch nicht erhalten bleibe und daß für mitbestimmte Gesellschaften kein Abwanderungsverbot bestehe.⁵⁵⁹

⁵⁵³ Großfeld, WM 1992, 2121, 2124.

⁵⁵⁴ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 400.

⁵⁵⁵ Vgl. insbesondere die Stellungnahme Kap. 3.C.II.2.d., S. 152 ff.; im Ergebnis auch Behrens, ZGR 1994, 1, 11; Großfeld/ König, RIW 1992, 433, 437; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 168; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 353; Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 650 f.; vgl. auch Süß (FS Lewald, S. 603, 604 ff.) der nur allgemein von einer „Sitzverlegung“ spricht (vgl. hierzu auch Fn. 492).

⁵⁵⁶ Vgl. hierzu Kap 3.C.II., S. 129 ff.

⁵⁵⁷ Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 53 ff.; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 353; vgl. hierzu auch Kap. 3.C.III., S. 155 ff.

⁵⁵⁸ Staudinger/ Großfeld, Rn. 613.

⁵⁵⁹ Behrens, ZGR 1994, 1, 12; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 353; a.A. Großfeld/ König,

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

In jedem Fall muß die wegziehende deutsche Gesellschaft ihre Satzungsregeln und ihre Firma an die Regelungen des Zuzugsstaates anpassen. Einer Teilansicht zufolge soll die Satzungsanpassung durch das Registergericht des Aufnahmelandes kontrolliert werden.⁵⁶⁰ Nach anderer Ansicht ist eine Anpassung nicht notwendig, da das zwingende Recht des Zuzugsstaates automatisch Anwendung findet.⁵⁶¹

(b) Der Zuzug nach Frankreich

Für den Zuzug nach Frankreich existieren keine gesetzlichen Regelungen, denn die Art. L. 222-9 Abs. 1, L. 223-30 Abs. 1, L. 225-97 CCom (vorm. Art. 31 Abs. 1, 60 Abs.1 und 154 Loi n° 66-537), die den Nationalitätswechsel regeln, beziehen sich lediglich auf den WEGZUG einer Gesellschaft aus Frankreich.⁵⁶²

Die zutreffende herrschende französische Meinung geht davon aus, daß ein identitätswahrender Zuzug einer ausländischen Gesellschaft nach Frankreich bei einer gemeinsamen Verlegung des Satzungs- und Verwaltungssitzes möglich ist.⁵⁶³ Der französische Gesetzgeber habe nur deshalb keine gesetzliche Regelung für den Fall des Zuzugs nach Frankreich getroffen habe, weil er nie daran gedacht habe, daß eine ausländische Gesellschaft Interesse an einem solchen Zuzug haben könnte.⁵⁶⁴

Zum Teil wird auch die Ansicht vertreten, daß es angemessen sei, die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen, die den Wegzug von Frankreich regeln, auch für den Fall des Zuzugs heranzuziehen.⁵⁶⁵ Umstritten ist jedoch, inwieweit zur Begründung der identitätswahrenden gemeinsamen Verlegung von Satzungs- und

RIW 1992, 433, 437.

⁵⁶⁰ Lutter, ZGR 1992, 435, 448.

⁵⁶¹ Fritz, S. 72.

⁵⁶² Le Bras, Bull. Joly 1983, 795, 798; Lévy, n° 211; Mayer, n° 1065.

⁵⁶³ Déron, n° 388 ss.; Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel, n° 72, 73 s.; Jura Europae/ Schlachter, 30.80., n° 15; Le Bras, Bull. Joly 1983, 795, 799; Loussouarn, Rev. crit. dr. int. pr. 1949, 78, 84; Loussouarn/ Bourel, n° 709; Mayer, n° 1067; Perroud, Clunet 1926, 561, 564; Pohlmann, S. 84 f. Die französische Rechtsprechung hat bisher noch über keinen wirklichen Zuzugsfall nach Frankreich zu entscheiden gehabt. Bei allen bisher entschiedenen Zuzugsfällen erfolgte der Zuzug nach Frankreich immer im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit Algeriens, d.h. mit einem Souveränitätswechsel. Auch bei der nach dem Souveränitätswechsel ergangenen Entscheidung der Tribunal de grande instance de la Seine (01. 02. 1967, JCP 1967, II, 15163) und der Cass. Civ. (30. 03. 1971, JCP 1972, II, 17101) handelte es sich nicht um wirkliche Zuzugsentscheidungen im Rahmen einer Sitzverlegung. Bei der Entscheidung des Tribunal de grande instance de la Seine handelte es sich nicht um eine ausländische algerische Gesellschaft, da ein Nationalitätswahlrecht bestand und die Gesellschaft als französische angesehen wurde. Bei dem Fall der Cour de Cassation ging es um den Zuzug einer Gesellschaft, die vor dem Souveränitätswechsel in Algerien französisch war.

⁵⁶⁴ Le Bras, Bull. Joly 1983, 795, 798.

⁵⁶⁵ Le Bras, Bull. Joly 1983, 795, 798.

Verwaltungssitz Art. L. 210-6 Abs. 1 S. 2 CCom (vorm. Art. 5 Abs. 1 S. 2 Loi n° 66-537) heranzuziehen ist und ob die Aufrechterhaltung der Rechtsfähigkeit von einer französischen Registereintragung abhängt. So soll gerade dieser Artikel zeigen, daß die Sitzverlegung identitätswahrende Wirkung hat, da er bestimme, daß bei einer ordnungsgemäßen Umwandlung die Rechtsfähigkeit erhalten bleibe. Unter den Begriff „Umwandlung“ (transformation) könne – aufgrund des sehr allgemein gefaßten Wortlauts des S. 2 – auch die grenzüberschreitende Sitzverlegung subsumiert werden, denn auch bei ihr finde eine Umwandlung der Gesellschaft von einer inländischen in eine ausländische bzw. umgekehrt statt.⁵⁶⁶ Eine identitätswahrende Sitzverlegung ist demnach möglich, doch setzt sie eine Eintragung in das französische Handelsregister gem. Art. L. 210-6 Abs. 1 S. 1 CCom (vorm. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Loi n° 66-537) voraus.⁵⁶⁷

Nach anderer Auffassung findet Art. L. 210-5 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 5 Abs. 1 Loi n° 66-537) jedoch nur auf Gesellschaften Anwendung, die in Frankreich gegründet wurden, während ausländische Gesellschaften die nach Frankreich ziehen, nicht von der Regelung erfaßt werden.⁵⁶⁸ Danach haben Gesellschaften, die im Rahmen einer Sitzverlegung im französischen Handelsregister immatrikuliert werden, ihre Rechtsfähigkeit schon vor der Eintragung in das französische Register erworben. Eine Eintragung in das Handelsregister sei für die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft also nicht mehr erforderlich, da die ursprüngliche ausländische juristische Person erhalten bleibe.⁵⁶⁹

Weiterhin wird damit argumentiert, daß die wirtschaftliche Bedeutung der Gesellschaften und die große Anzahl der von der Gesellschaftstätigkeit betroffenen Personen es erforderlich mache, daß Gesellschaften ausreichende Flexibilität gewährt werde, um sich den wirtschaftlichen Änderungen anzupassen. Hierzu sei insbesondere notwendig, daß eine grenzüberschreitende Sitzverlegung nicht zur Auflösung und Neugründung der Gesellschaft führe, sondern unter Identitätswahrung möglich sei. Der Verlust der Rechtspersönlichkeit würde nämlich die Gesellschaft gerade in dem Moment schwächen, in dem sie all ihre Kräfte braucht, um auf dem neuen Territorium Fuß zu fassen.⁵⁷⁰

Voraussetzung für eine Identitätswahrung ist eine Anpassung der zuziehenden

⁵⁶⁶ Batiffol/ Lagarde, n° 197-1, Fn. 1; Bischoff, *Mélanges Bastian*, p. 23, 27 s.; Loussouarn/ Trochu, *Fasc. 564-10*, n° 240; Mayer, n° 1065; ähnlich in Bezug auf Personengesellschaften Chartier (JCP 1978, I, 2917, n° 54 ff.) und Loussouarn/ Bourel (n° 709); kritisch Pohlmann (S. 87).

⁵⁶⁷ Loussouarn/ Bourel, n° 709; Mayer, n° 1065; *Rép. min., JO, Débats de l'Assemblée Nationale et du Sénat*, 06. 04. 1987, 2000.

⁵⁶⁸ Bischoff, *Mélanges Bastian*, 23, 29; Menjucq, n° 96.

⁵⁶⁹ Bischoff, *Mélanges Bastian*, 23, 29; Menjucq, n° 96.

⁵⁷⁰ Loussouarn/ Trochu, *Fasc. 564-10*, n° 240; Menjucq, n° 94; Pohlmann, S. 87.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

deutschen Gesellschaft an das französische Gesellschaftsrecht. Hierzu muß die Gesellschaft ihre Satzung den französischen gesetzlichen Regelungen anpassen und die französischen Gründungsvoraussetzungen erfüllen, insbesondere muß sie die französischen Publizitätserfordernisse berücksichtigen. Allerdings wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß eine Satzungsanpassung nicht erforderlich sei, da die zwingenden materiellen Vorschriften des Zuzugsstaates unabhängig davon gelten, ob eine Anpassung daran stattgefunden hat.⁵⁷¹

Schließlich wird teilweise gefordert, daß die Gründung der Gesellschaft und der Sitzverlegungsbeschluß im Wegzugsstaat ordnungsgemäß nach dessen gesetzlichen Vorschriften erfolgt sein muß.⁵⁷² Einer ältere Mindermeinung lehnt die Möglichkeit der identitätswahrenden gemeinsamen Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz ab, d.h. die Gesellschaft müßte sich im Wegzugsstaat auflösen und im Zuzugsstaat neu gründen.⁵⁷³ Vor allem die französische Steuerverwaltung geht davon aus, daß die Eintragung einer ausländischen Gesellschaft in das französische Handelsregister eine neue juristische Person entstehen läßt, und daß daher alle Gründungsvoraussetzungen von der Gesellschaft zu berücksichtigen sind.⁵⁷⁴

bb. Von Frankreich nach Deutschland

(a) Der Wegzug von Frankreich

Die Art. L. 223-30 Abs. 1 und L. 225-97 CCom (vorm. Art. 60 Abs. 1 und 154 Loi n° 66-537) regeln teilweise die Sitzverlegung einer SA bzw. SARL von Frankreich ins Ausland.⁵⁷⁵

Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 154 Loi n° 66-537) bestimmt für die SA, daß ein Nationalitätswechsel von der außerordentlichen Hauptversammlung beschlossen werden kann, wenn das Aufnahmeland mit Frankreich eine besondere Vereinbarung geschlossen hat, die es der Gesellschaft erlaubt, unter Erhalt ihrer Rechtspersönlichkeit die Staatszugehörigkeit des Zuzugslandes zu erwerben und ihren Gesellschaftssitz in das Aufnahmeland zu verlegen. Bisher hat Frankreich jedoch noch mit keinem Staat ein entsprechendes Abkommen geschlossen.⁵⁷⁶ Auch das

⁵⁷¹ Fritz, S. 71.

⁵⁷² Le Bras, Bull. Joly 1983, 795, 799 s.; Loussouarn/ Bourel, n° 709.

⁵⁷³ Hamel/ Lagarde/ Jaufret, n° 429; Vavasseur, Rev. soc. 1914, 321; Niboyet, n° 751; Pillet, n° 109, n° 739; vgl. auch Hamel/ Lagarde, Clunet 1895, 117 s.

⁵⁷⁴ Rép. min., JO, Débats de l'Assemblée Nationale, 19. 05. 1972, 1701, n° 22489; Rép. min., JO, Débats de l'Assemblée Nationale, 21. 10. 1979, 8678, n° 4159; Rép. min., JO, Débats de l'Assemblée Nationale, 06. 04. 1987, 2000; Menjucq, JCP, éd. E, 1999, pratiques, 1617, 1618.

⁵⁷⁵ Hinzuweisen ist auch auf Art. 31, der eine Regelung für den Nationalitätswechsel von Kommanditgesellschaften (sociétés en nom collectif) enthält.

⁵⁷⁶ Caussain, Gaz. Pal., Gazette européenne n° 17, 23/ 24. 09. 1998, 24.

von Frankreich ratifizierte Haager Abkommen stellt kein Abkommen im Sinne dieser Vorschrift dar.⁵⁷⁷ Im übrigen ist dieses Abkommen nicht in Kraft getreten und es ist fraglich, ob allein aus der Ratifikation durch Frankreich eine Bindung Frankreichs abgeleitet werden kann.

Daher stellt sich die Frage, ob eine SA eine Sitzverlegung auch beschließen darf, wenn ein solches Abkommen nicht vorhanden ist. Der Wortlaut des Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 154 Loi n° 66-537) ist insoweit unklar, da die Vorschrift sowohl als abschließende Regelung als auch als spezielle Sonderregelung für die SA in Fällen, in denen ein Abkommen mit dem Aufnahmestaat besteht, verstanden werden kann. Im Fall der ersten Auslegungsvariante wäre ein Abkommen Voraussetzung für jeden Nationalitätswechsel einer SA. Interpretiert man Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 154 Loi n° 66-537) jedoch lediglich als Sonderregelung, wäre – ähnlich wie bei der *société en commandite simple* und der SARL, gemäß Art. L. 222-9 Abs. 1 und L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 31 Abs. 1 und 60 Abs. 1 Loi n° 66-537) – ein Nationalitätswechsel durch einstimmigen Beschluß denkbar.

Die Tatsache, daß das Vorliegen eines Abkommens für eine Gesellschaftssitzverlegung im Gesetz vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) nur für die SA und sonst für keine andere Gesellschaftsform vorgesehen ist, rechtfertigt die Annahme, daß Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 154 Loi n° 66-537) lediglich eine Sonderregelung darstellt.⁵⁷⁸ Auch die historische Entwicklung dieser Norm macht deutlich, daß es sich bei der Vorschrift um eine Spezialregelung für die SA handelt. So wurde der Nationalitätswechsel zunächst durch den am 22. 11. 1913 eingefügten Art. 31 des Gesetzes vom 24. 07. 1867 geregelt, der bestimmte, daß die Hauptversammlung mehrheitlich den Gesellschaftsvertrag ändern kann, aber nicht berechtigt ist, einen Wechsel der Nationalität zu beschließen. Der herrschenden Meinung zufolge war Art. 31 implizit zu entnehmen, daß der Nationalitätswechsel einen einstimmigen Gesellschafterbeschluß erfordert. Bestätigt wurde diese Auslegung durch Art. 31 des Gesetzes vom 07. 03. 1915, der für die SARL ausdrücklich die Möglichkeit eines einstimmigen Nationalitätswechsels vorsah. Erst durch Verordnung vom 07. 01. 1959 hat Art. 31 des Gesetzes vom 24. 07. 1867 den Wortlaut erhalten, den heute Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 154 Loi n° 66-537) aufweist.⁵⁷⁹ Mit dieser Verordnung beabsichtigte der Gesetzgeber nicht, der Gesellschaft das bestehen-

⁵⁷⁷ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 34; Loussouarn, *Recueil de Cours* 1959 I, 460, 492, 500 s.

⁵⁷⁸ Fritz, S. 65; Bischoff, *Mélanges Bastian*, p. 23, 27 ss; Menjucq, JCP, éd. E, 1999, pratiques, 1617, 1618; im Ergebnis auch Batiffol/Lagarde (n° 197-1).

⁵⁷⁹ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 34; Le Bras, *Bull. Joly* 1983, 795, 798; Loussouarn/Trochu, *Fasc.* 564-10, n° 241 f.; Pohlmann, S. 85 f.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

de Recht auf einen einstimmig beschlossenen Nationalitätswechsel zu entziehen, sondern er wollte nur der Hauptversammlung zusätzliche Befugnisse einräumen, insbesondere um französischen Gesellschaften eine Sitzverlegung aus entkolonialisierten Ländern nach Frankreich zu erleichtern.⁵⁸⁰

Eindeutig wird zwar in Art. L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 60 Abs. 1 Loi n° 66-537) für die SARL geregelt, daß Gesellschafter einstimmig einen Nationalitätswechsel beschließen können, doch bleibt fraglich, ob dieser auch identitätswahrend stattfindet. Dies ist in Art. L. 223-30 Abs. 1, anders als in Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 60 Abs. 1 bzw. Art. 154 Loi n° 66-537), nicht ausdrücklich erwähnt. Die Frage der Identitätswahrung stellt sich ebenfalls bei der Sitzverlegung einer SA durch einstimmigen Beschluß. Doch auch in diesen Fällen geht die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung davon aus, daß ein Wegzug von Frankreich unter Erhalt der Rechtspersönlichkeit möglich ist.⁵⁸¹ Nur wenn ein Wegzug unter Erhalt der Rechtsperson zulässig ist, macht die strenge Anforderung des einstimmigen Wegzugsbeschlusses des Art. L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 60 Abs. 1 Loi n° 66-537) Sinn. Eine vorzeitige Auflösung der SARL – wie sie bei einer nicht identitätswahrenden Sitzverlegung erforderlich wäre – kann nämlich gem. Art. L. 223-42 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. L. 223-30 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 68 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. 60 Abs. 2 Loi n° 66-537) bereits mit einer Mehrheit von drei Vierteln beschlossen werden.⁵⁸²

Neben dem Beschluß der Gesellschaft, einen Sitzwechsel ins Ausland vorzunehmen, ist für die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei einer Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland eine Anpassung des Gesellschaftsvertrags an das neue Gesellschaftsrecht erforderlich.⁵⁸³ Nach der Anpassung muß der Gesellschaftsvertrag den Grunderfordernissen des deutschen Rechts entsprechen.

⁵⁸⁰ Hamel/ Lagarde/ Jaufret, n° 429; Loussouarn/ Bredin, *Droit du commerce international*, n° 274 ff.; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 241 f.; Pohlmann, S. 86.

⁵⁸¹ Batiffol/ Lagarde, n° 197-1; Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 34; Bischoff, *Mélanges Bastian*, 23, 28 s.; Loussouarn, *Recueil des Cours* 1959 I, 460, 493, 499; Mayer, n° 1065 ss.; Menjucq, n° 95. Ein Teil der Literatur, so z.B. Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 247; Pohlmann, S. 89 und Loussouarn/ Bredin (n° 275) ziehen aus der Rechtsprechung den Umkehrschluß, daß eine identitätswahrende Sitzverlegung möglich sein muß, soweit keine Gesetzesumgehung vorliegt, da in Urteilen die Nichtigkeit der Sitzverlegung immer aufgrund der mit ihr verbundenen Gesetzesumgehung ausgesprochen wurde (so z.B. Cass. Req., 17. 07. 1935, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1936, 767, 769 und Cass. Civ., 25. 04. 1950, *Rev. soc.* 1950, 269 s.).

⁵⁸² Menjucq, n° 95.

⁵⁸³ Loussouarn/ Bredin, n° 279; Perroud, *Clunet* 1926, 561, 569; Pohlmann, S. 95; vgl. im übrigen zur Satzungsanpassung auch Kap. 3.C.III.1.b.aa.(a), S. 180 und 3.C.III.2.b.aa.(a), S. 197

(b) Der Zuzug nach Deutschland

Bei einem Zuzug nach Deutschland fordert ein Teil der Literatur und die deutsche herrschende Rechtsprechung die Neugründung der Gesellschaft.⁵⁸⁴ Begründet wird dies mit dem Schutz der im Inland von der Sitzverlegung betroffenen Personen. Die Anteilseigner, Arbeitnehmer und Gläubiger hätten ein schutzwürdiges Interesse am Fortbestand der Gesellschaft unter dem Statut ihres jeweiligen Verwaltungssitzes.⁵⁸⁵ Mit der Sitzverlegung werde deutsches Recht anwendbar; da aber die deutschen Gründungsvorschriften nicht eingehalten worden seien, sei die Gesellschaft zur Neugründung verpflichtet. Eine bloße Anpassung an das inländische Gesellschaftsrecht reicht nach dieser Auffassung nicht aus, da zum einen schon die Zuordnung der ausländischen Gesellschaft zu einer inländischen Gesellschaftsstruktur schwierig sein könne und sich im übrigen unterschiedliche Strukturen nicht anpassen ließen.⁵⁸⁶ Aber selbst wenn das ausländische Recht mit dem deutschen inhaltlich übereinstimmt, lehnt diese Ansicht die Möglichkeit der identitätswahrenden Sitzverlegung ab.⁵⁸⁷ Gegen die Möglichkeit einer Anpassung wird die mangelnde Praktikabilität angeführt, insbesondere weil nicht klar sei, wer einen Anpassungsfehler geltend machen soll und wie die Rechtslage zwischen Zuzug und Anpassung zu beurteilen ist.⁵⁸⁸ Demgegenüber verbreitet sich in der Literatur richtigerweise immer mehr die Meinung, daß der Zuzug einer ausländischen Gesellschaft nach Deutschland grundsätzlich ohne Neugründung und damit ohne Neuerwerb der Rechtsfähigkeit möglich ist, weil der Schutz der Betroffenen auch anderweitig, nämlich durch ähnliche Schutzmaßnahmen wie die im Umwandlungsgesetz vorgesehenen, erreicht werden kann.⁵⁸⁹

Es wird argumentiert, daß auch registerrechtlich eine Neugründung der zuziehenden Gesellschaft nicht notwendig sei, da die Registereintragung bei der Sitzverlegung nur deklaratorische Bedeutung zum Erlangen der Rechtsfähigkeit habe; so werde auch bei der formwechselnden Umwandlung die Rechtsfähigkeit durch die

⁵⁸⁴ OLG Nürnberg v. 07. 06. 1984, IPRax 1985, 342; OLG München v. 06. 05. 1986, NJW 1986, 2197 f.; OLG Zweibrücken v. 27. 06. 1990, IPRax 1991, 406; Karl, AcP 159 (1960/ 61), 293, 307; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 405. Dabei werden von der Rechtsprechung und Lit. dieselben Argumente wie bei der Ablehnung der bloßen Verwaltungssitzverlegung herangezogen: vgl. Kap. 3.C.II.2.b., S. 136 ff.

⁵⁸⁵ MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 217.

⁵⁸⁶ OLG Zweibrücken v. 27. 06. 1990, IPRax 1991, 406; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 218; Staudinger/ Großfeld, Rn. 592.

⁵⁸⁷ Karl, AcP 159 (1960/ 61), 293, 307.

⁵⁸⁸ MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 218.

⁵⁸⁹ Behrens, RIW 1986, 590, 592; Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 43; Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 58 ff.; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 170; Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 650; Staudinger/ Großfeld, Rn. 593 f., Stüss, FS Lewald, S. 603, 608.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Registereintragung nicht neu begründet.⁵⁹⁰

Ein Urteil des OLG Frankfurt a.M. stellt fest, daß der Fortbestand der Rechtsfähigkeit bei einem Gesellschaftszuzug nur eintritt, wenn die Gesellschaft die Bedingungen erfüllt, von denen der Zuzugsstaat den Erwerb der Rechtsfähigkeit abhängig macht.⁵⁹¹ Dieses Urteil wird zum Teil so verstanden, daß grundsätzlich ein Erhalt der Rechtsfähigkeit bei einem Zuzug nach Deutschland möglich ist, wenn die entsprechenden Bedingungen des materiellen deutschen Gesellschaftsrechts erfüllt werden. So müsse bei einem Zuzug nach Deutschland die Satzung an das deutsche Gesellschaftsrecht angepaßt und die Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen werden.⁵⁹² Als Beispiel wird eine tatsächlich erfolgte identitätswahrende Sitzverlegung einer luxemburgischen GmbH nach Deutschland angeführt. Der Zuzug erfolgte mit identitätswahrender Wirkung und es fand eine Satzungsanpassung an das deutsche Gesellschaftsrecht und eine Eintragung in das deutsche Handelsregister statt.⁵⁹³ Es soll Aufgabe des Registergerichts sein, die Anpassung zu überwachen und bei der Eintragung die materielle Rechtmäßigkeit des Gesellschaftsvertrags zu überprüfen.⁵⁹⁴

Anderer Auffassung zufolge ist materiellrechtlich eine Satzungsanpassung nicht notwendig, da die zwingenden Vorschriften des Zuzugsstaates unabhängig von jeder Anpassung zur Anwendung kommen.⁵⁹⁵

Einer weiteren Ansicht zufolge ist zwar der Zuzug einer ausländischen Gesellschaft unter Wahrung ihrer Identität möglich, jedoch sei hierfür die bloße Anpassung des Gesellschaftsvertrags nicht ausreichend, es müßten vielmehr die Regeln über die formwechselnde Umwandlung auf die Sitzverlegung Anwendung finden.⁵⁹⁶ Die Einbeziehung der strengeren Umwandlungsbestimmungen sei erforderlich, weil sich die bloße Anpassung – anders als eine Umwandlung – nach erfolgter Registereintragung rückgängig machen ließe.⁵⁹⁷

⁵⁹⁰ Behrens, RIW 1986, 590, 593 f.

⁵⁹¹ OLG Frankfurt a.M. v. 03. 06. 1964, NJW 1964, 2355.

⁵⁹² Behrens, RIW 1986, 590, 592; Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 43; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 170; Süß, FS Lewald, S. 603, 608; vgl. insgesamt zur Anpassung auch Kap. 3.C.III.1.b.aa.(a), S. 180 und 3.C.III.2.b.aa.(a), S. 197

⁵⁹³ Vgl. den Erfahrungsbericht von Behrens (RIW 1986, 590 ff.).

⁵⁹⁴ Behrens, RIW 1986, 590, 593.

⁵⁹⁵ Fritz, S. 71 f.

⁵⁹⁶ Behrens, ZGR 1994, 1, 11; Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 58; Staudinger/ Großfeld, Rn. 593.

⁵⁹⁷ Großfeld/ König, IPRax 1991, 380, 381.

d. **Stellungnahme**

Eine identitätswahrende Sitzverlegung zwischen Frankreich und Deutschland ist nur zulässig, wenn die Gesellschaft sowohl ihren Satzungs- als auch ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegt.

Sowohl in Frankreich als auch in Deutschland wird das auf die Gesellschaft anwendbare Recht an den Verwaltungssitz geknüpft. Dagegen ist in Deutschland die staatliche Überprüfungsmöglichkeit – von der Zuständigkeit der Prozeßgerichte (§ 17 Abs. 1 S. 1 ZPO) bis zur Zuständigkeit der Registergerichte (§§ 7 Abs. 1 GmbHG, § 36 AktG) – an den Sitzungssitz der Gesellschaft gebunden. In Frankreich ist für diese Bereiche (Gesellschaftsstatut: Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537); Prozeßgericht: Art. 43 Nouv. C. pr. civ.; Registergericht: Art. L. 123-1 CCom (vorm. Art. 1^{er} Abs. 1 n° 2 Décret n° 84-406), Art. 14 Abs. 1 Décret n° 84-406) grundsätzlich der *siège social* maßgeblich, der allerdings nicht fiktiv sein darf. In Frankreich müssen somit Verwaltungs- und Sitzungssitz zusammenfallen. Wenn dies nicht der Fall ist, darf sich die Gesellschaft gem. Art. L. 210-3 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 3 Abs. 2 Loi n° 66-537) nicht auf den fiktiven Sitzungssitz berufen, während Dritte ein Wahlrecht zwischen dem Verwaltungssitz und dem fiktiven Sitzungssitz haben.⁵⁹⁸ In beiden Ländern hat also bei einer bloßen Verlegung des Satzungs- oder des Verwaltungssitzes der Staat, dessen Recht auf die Gesellschaft zur Anwendung kommt, keine rechtliche Kontrolle mehr über die juristische Person. Dieser Nachteil ergibt sich vor allem, wenn die Gesellschaft nur ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat. Wenn sich der bloße Verwaltungssitz in Frankreich befindet, ist die rechtliche Kontrolle hingegen nur dann eingeschränkt, wenn sich ein Dritter auf den Sitzungssitz beruft.

Die Anwendung einer Rechtsordnung ist nur sinnvoll, wenn es dem Staat auch möglich ist, für die Einhaltung seiner Vorschriften zu sorgen. Nur so ist gewährleistet, daß das mit der nationalen Rechtsordnung verfolgte System und der darin bezweckte Schutz bestimmter Personengruppen auch durchgesetzt wird. Daher muß der Staat, dessen Gesellschaftsrecht anwendbar ist, auch die Kontrollmöglichkeit über die Gesellschaft haben. Dieser Zustand wird im Verhältnis zwischen Deutschland und Frankreich nur sichergestellt, wenn bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung Sitzung- und Verwaltungssitz gemeinsam verlegt werden. Nur in diesem Fall geht mit dem Wechsel des Gesellschaftsstatuts auch die gesamte Überprüfungsbefugnis auf den Zuzugsstaat über.

Daher sind die deutschen und französischen Mindermeinungen abzulehnen, die

⁵⁹⁸ Merle, n° 83.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

von der Möglichkeit der Verlegung nur des Verwaltungs- bzw. des Satzungssitzes ausgehen. Damit braucht in Frankreich nicht zwischen Gesetzesumgehung und sonstigen Fällen des Auseinanderfallens von Satzungs- und Verwaltungssitz unterschieden werden. Weil die staatliche Kontrollmöglichkeit verloren geht, führen divergierende Sitze immer zu einer Gesetzesumgehung. Daraus ergibt sich auch, weshalb bisher keine Gesellschaft allein aufgrund divergierender Gesellschaftssitze, sondern nur im Zusammenhang mit einer Gesetzesumgehung für nichtig erklärt wurde. Dabei ist auch die Rechtsprechung, die vor Erlass des französischen Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) ergangen ist, zu berücksichtigen, denn durch dieses Gesetz sollte lediglich eine Regelung getroffen werden, die der bis dahin ergangenen Rechtsprechung entspricht. Bei einer gemeinsamen Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz zwischen Deutschland und Frankreich ist eine identitätswahrende Sitzverlegung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Entscheidend ist allein, ob durch die Sitzverlegung schützenswerte Interessen im Wegzugs- oder Zuzugsstaat verletzt werden. Soweit dies nicht der Fall ist, ist eine grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegung vorstellbar, da kein Grund ersichtlich ist, weshalb sich die Gesellschaft bei einer Sitzverlegung, die keine Interessen verletzt, zwingend auflösen und neu gründen sollte. Selbstverständlich kann es nur dann zu einem Erhalt der Rechtsperson kommen, wenn weder im Zuzugs- noch im Wegzugsstaat geschützte Interessen verletzt werden, die zu einer Auflösung bzw. Neugründung der Gesellschaft zwingen. Maßgeblich für die Frage der Interessenverletzung sollten aber allein konkret verletzte Interessen sein, da es keinen Sinn macht, pauschal auch solche identitätswahrende Sitzverlegungen zu verhindern, die keine schützenswerten Interessen verletzen;⁵⁹⁹ ansonsten würde das (Schutz-)Mittel des Identitätsverlusts bei einer Sitzverlegung grundlos über das anvisierte Ziel des Interessenschutzes hinausschießen.⁶⁰⁰ Ein unverhältnismäßiger Schutz muß vor allem im Hinblick auf das betriebswirtschaftliche Interesse an Sitzverlegungen vermieden werden, um den Unternehmen nicht die Möglichkeit der wirtschaftlichen Fortentwicklung und Flexibilität durch eine Sitzverlegung unnötig zu schmälern. Vor allem sind Interessenverletzungen, die nicht im konkreten Einzelfall auftreten, insbesondere solche, die nicht eine Sitzverlegung zwischen Deutschland und Frankreich betreffen, bei der Frage, ob eine deutsch-französische identitätswahrende Sitzverlegung möglich ist, außer Acht zu lassen. Bei der gemeinsamen Verlegung der Sitze kann das zum Teil in der Lite-

⁵⁹⁹ Gegen eine schematische Vorgehensweise Behrens (RIW 1986, 590, 593), Süß (FS Lewald, S. 603, 609) und Fritz (S. 80).

⁶⁰⁰ Ähnlich auch Großfeld/ König (RIW 1992, 433, 437) und Süß (FS Lewald, S. 603, 608).

ratur als Argument herangezogene staatliche Interesse des Wegzugsstaates an der Kontrolle über die Gesellschaften, mit dem eine Gefährdung des innerstaatlichen Gesellschaftsrechts vermieden werden soll, nicht geltend gemacht werden. Mit der Sitzverlegung kommt das Gesellschaftsstatut des Zuzugsstaates zur Anwendung, d.h. die Rechtsordnung des Wegzugsstaates greift nicht mehr ein, so daß auch kein Interesse des Wegzugslandes an einer Überprüfungsmöglichkeit mehr besteht. Mithin darf also das Kontrollinteresse nicht zu einer Auflösungspflicht der Gesellschaft führen.

Allein der Wechsel des Gesellschaftsstatuts und des politisch-kulturellen Umfelds der Gesellschaft darf nicht zum Identitätsverlust bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung führen. Nur wenn der Schutz der Anteilseigner, Gläubiger oder Arbeitnehmer durch eine Veränderung des Umfelds beeinträchtigt wird, kann sie den Verlust der Rechtsperson begründen. So kann vor allem der vielfach aufgeführte Verlust der deutschen Mitbestimmung nur insoweit einen Hinderungsgrund für eine identitätswahrende Sitzverlegung sein, als die deutsche Mitbestimmung überhaupt eingreift.⁶⁰¹

Wenn also die Gründungsvorschriften des Zuzugsstaates ab Zuzug der Gesellschaft in diesen Staat Berücksichtigung finden, kann die Neugründungspflicht der Gesellschaft nicht mit der Argumentation gefordert werden, daß die Gründungsvorschriften des Zuzugsstaates nicht eingehalten worden sind.

Die Gesellschaft muß auch die Möglichkeit haben, sich an die Vorschriften des Zuzugsstaates anzupassen. Die Möglichkeit der Anpassung darf daher nicht pauschal abgelehnt werden, sondern nur, wenn trotz einer Anpassung der Schutz der Betroffenen nicht gewahrt werden kann. Die Möglichkeit der Anpassung darf auch nicht wegen des Fehlens eines Kontrollorgans, das die Anpassung überwacht, versagt werden, da diese Funktion vom Registergericht übernommen werden kann.⁶⁰² Das Registergericht hat dabei dieselben Überprüfungen durchzuführen, die es auch bei einer Neugründung vornehmen würde (§§ 8 ff. GmbHG, 37 ff. AktG, 144 ff. FGG). Eine darüber hinausgehende Prüfung der Anpassung ist nicht erforderlich, denn solch eine Überprüfung wäre auch bei einer Neugründung der Gesellschaft nicht erfolgt; Gesellschaften mit Mängeln, auf die sich die Überprüfung nicht bezieht, hätten auch bei einer Neugründung einer Gesellschaft entstehen können, d.h. die ausländische Gesellschaft weist nach Zuzug und fehlerhafter Anpassung nicht mehr Fehler auf als eine inländische neu gegründete

⁶⁰¹ So auch Behrens, ZGR 1994, 1, 12; Großfeld/ König, RIW 1992, 433, 437.; S. Schmidt, DWiR 1992, 448, 451.

⁶⁰² Behrens, RIW 1986, 590, 593; Lutter, ZGR 1992, 435, 448.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Gesellschaft. Mängel, die im Rahmen einer anfänglichen Kontrolle durch das Registergericht nicht überprüft und aufgedeckt werden, müssen deshalb sowohl bei einer neu gegründeten als auch bei einer zugezogenen Gesellschaft nachträglich vor einem Prozeßgericht geltend gemacht werden.

Im Ergebnis kann festgestellt werden, daß eine identitätswahrende Sitzverlegung zwischen Deutschland und Frankreich nicht pauschal und grundsätzlich ausgeschlossen werden kann.

Entscheidend für die Zulässigkeit ist die Frage, ob und in welchem Umfang diese ohne Interessenbeeinträchtigungen möglich ist. Dies ist im folgenden zu untersuchen.

III. Schutz der Interessen der von einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung betroffenen Personen

1. Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich

a. Wegzug aus Deutschland

aa. Die Anwendbarkeit des UmwG

Der Schutz Interessen der betroffenen Personen bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung könnte durch Anwendung des Umwandlungsgesetzes – speziell der Vorschriften zur formwechselnden Umwandlung – gewährleistet werden.⁶⁰³ Wie bei der formwechselnden Umwandlung ändert sich auch bei der identitätswahrenden Sitzverlegung die Rechtsform der Gesellschaft – nämlich von einer inländischen in eine ausländische Gesellschaftsform – unter Beibehaltung der Gesellschaftsidentität und ohne Änderung der Beteiligungsverhältnisse.⁶⁰⁴ Das gesetzlich geregelte Verfahren zur formwechselnden Umwandlung enthält dabei Vorschriften sowohl zur Änderung der Gesellschaftsstruktur als auch zum Schutz der Gesellschafter und der Gläubiger, so daß durch die Anwendung der §§ 190 ff., 226 ff. UmwG der Interessenschutz der durch die identitätswahrende Sitzverlegung Betroffenen verwirklicht werden kann. Umstritten ist jedoch, ob das Umwandlungsgesetz auf grenzüberschreitende Sachverhalte Anwendung findet, da § 1 Abs. 1 UmwG bestimmt, daß Rechtsträger mit Sitz im INLAND umgewan-

⁶⁰³ Behrens, ZGR 1994, 1, 11; Großfeld, WM 1992, 2121, 2124; Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 53 ff.; Großfeld/ König, IPRax 1991, 380, 381; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 353; Staudinger/ Großfeld, Rn. 593.

⁶⁰⁴ Kronke, ZGR 1994, 26 ff.; zur Definition des Formwechsels vgl. Impelmann (DStR 1995, 769, 772).

delt werden können.⁶⁰⁵ Die herrschende Meinung verweist auf den Wortlaut des § 1 Abs. 1 UmwG und schließt die Anwendbarkeit des Umwandlungsgesetzes für transnationale Fälle aus.⁶⁰⁶ Ein Teil der Literatur zieht dabei den Schluß, daß § 1 Abs. 1 UmwG grenzüberschreitende Umwandlungen verbietet.⁶⁰⁷ Das Merkmal „Rechtsträger mit Sitz im Inland“ soll sich nach dieser Ansicht sowohl auf den Rechtsträger vor der Umwandlung als auch auf den Rechtsträger nach der Umwandlung beziehen.⁶⁰⁸ Zusätzlich wird auf die Gesetzesbegründung⁶⁰⁹ verwiesen, denn diese lege dar, daß die Regelung grenzüberschreitender Sachverhalte angesichts der Bemühungen der Europäischen Gemeinschaft um eine (gemeinsame) Regelung zurückgestellt werden sollte.⁶¹⁰ Die gesetzgeberische Beschränkung des Geltungsbereichs des Umwandlungsgesetzes auf inländische Umwandlungen werde auch durch das Analogieverbot des § 1 Abs. 2 UmwG deutlich.⁶¹¹

Nach anderer Ansicht handelt es sich bei § 1 Abs. 1 UmwG um eine „kodifikatorische Teilregelung“, die grenzüberschreitende Restrukturierungen nicht verbiete, sondern nur bestimme, daß das Umwandlungsgesetz lediglich inländische Umwandlungsfälle regule. Über die Zulässigkeit von grenzüberschreitenden Umwandlungen enthalte das Umwandlungsgesetz keine Aussage, so daß es die bis zum Erlaß des Umwandlungsgesetzes bestehende Rechtslage unberührt lasse.⁶¹²

Es stellt sich dann die Frage, inwieweit eine analoge Anwendung des Umwandlungsgesetzes möglich ist. Hierzu wird die Ansicht vertreten, daß diese nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß das Umwandlungsgesetz auf Inlandsfälle beschränkt sei.⁶¹³

⁶⁰⁵ Hierbei ist es gleichgültig ob auf den Satzungssitz (vgl. Bungert, AG 1995, 489, 502, Fn. 170.; Dötsch, BB 1998, 1029, 1030) oder auf den Verwaltungssitz der Gesellschaft (vgl. Widmann/Mayer/Schwarz, § 1 UmwG, Rn. 29.2.; Kallmeyer, ZIP 1996, 535) abgestellt wird, da eine identitätswahrende Sitzverlegung nur in Betracht kommt, wenn Satzungs- und Verwaltungssitz gemeinsam ins Ausland verlegt werden (vgl. hierzu oben Kap. 3.C.II.2.c. und 3.C.II.2.d., S. 152 ff.).

⁶⁰⁶ Bungert, AG 1995, 489, 502; Ebenroth/Eyles, DB-Beilage 2/ 88, 1, 9; Ganske, § 1 UmwG, S. 43; Kreuzer, EuZW 1994, 73, 76; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 681.

⁶⁰⁷ Sagasser/ Bula/ Brünger/ Sagasser, Umwandlungen, B 27; Schwarz, DStR 1994, 1694, 1698; Steiger, S. 28 ff.

⁶⁰⁸ Dehmer, § 1 UmwG, Rn. 3; Widmann/ Mayer/ Schwarz, § 1 UmwG, Rn. 29.

⁶⁰⁹ BT-Drs. 12/ 6699, 80.

⁶¹⁰ Dehmer, § 1 UmwG, Rn. 3 f.; Ganske, § 1 UmwG, S. 43; Widmann/ Mayer/ Schwarz, § 1 UmwG, Rn. 29.

⁶¹¹ Kallmeyer, ZIP 1994, 1746, 1752.

⁶¹² Bungert, AG 1995, 489, 502; Goutier/ Knopf/ Tulloch/ Bermel, § 1 UmwG, Rn. 16; Lutter/ Lutter (§ 1 UmwG, Rn. 6 ff.) unter Aufgabe der Auffassung aus ZGR 1994, 87, 91, daß § 1 Abs. 1 UmwG grenzüberschreitenden Umwandlungen verbietet.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Nach anderer Auffassung haben die Regelungen des Umwandlungsgesetzes Ausnahmecharakter, d.h. sie dürften nicht auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen übertragen werden.⁶¹⁴ Eine analoge Anwendung der des gesamten Umwandlungsgesetzes sei daher nicht möglich, weil die Regelungen für nationale Umwandlungssachverhalte vorgesehen seien und nicht die speziell bei transnationalen Vorgängen entstehenden Probleme berücksichtigen.⁶¹⁵

Anstelle einer analogen Anwendung des Umwandlungsgesetzes wird daher zum Teil vorgeschlagen, die in dem Umwandlungsgesetz enthaltenen Regelungen und Grundsätze – insbesondere für die Verschmelzung – aus der 3. und 6. gesellschaftsrechtliche Richtlinie sowie aus allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen.⁶¹⁶

Einer Mindermeinung zufolge sind bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel die Umwandlungsvorschriften der beteiligten Staaten nebeneinander anzuwenden, d.h. das Tatbestandsmerkmal „Rechtsträger mit Sitz im Inland“ beziehe sich lediglich auf den inländischen Teil des Umwandlungsvorgangs.⁶¹⁷

Der § 1 Abs. 1 UmwG sei als selbstbeschränkende Vorschrift zu sehen, die nur deutlich mache, daß das Umwandlungsgesetz keine Anwendungsansprüche bezüglich des beteiligten ausländischen Vorgangs erhebe. Somit sei das Tatbestandsmerkmal „Rechtsträger mit Sitz im Inland“ überflüssig, da es eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringe.⁶¹⁸ Die Auslegung des Umwandlungsgesetzes ergebe, daß es keine versteckte Anordnung enthalte, die seine Anwendung bei grenzüberschreitenden Fällen verbiete. Die entgegenstehende Gesetzesbegründung müsse außer Betracht bleiben, da die dort angeführte bewußte Aussparung von Auslandssachverhalten aus dem Anwendungsbereich des Umwandlungsgesetzes dem deutschen IPR zuwider laufen würde. Da die kollisionsrechtliche Anknüpfung an die Verwaltungssitzregel den Schutz aller durch die Sitzverlegung betroffenen Interessen verfolge und dieser Schutz durch die Anwendung des Umwandlungsgesetzes auf den inländischen Teil von Auslandsfällen sichergestellt werden könnte, würde eine transnationale Umwandlung, bei der das Umwandlungsgesetz nicht angewandt wird, eine Verschlechterung des durch die Verwaltungssitzregel verfolgten Interessenschutzes bedeuten. Dies könne vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, so daß die Begründung zum

⁶¹³ Großfeld/ Jasper (RebelsZ 53 (1989), 52, 60) allerdings bezogen noch auf § 365 AktG a.F.

⁶¹⁴ Ebenroth/ Eyles, DB-Beilage 2/ 88, 1, 9; Kreuzer, EuZW 1994, 73, 76.

⁶¹⁵ Kreuzer, EuZW 1994, 73, 76.

⁶¹⁶ Lutter/ Lutter, § 1 UmwG, Rn. 13.

⁶¹⁷ Kallmeyer (ZIP 1996, 535) unter Aufgabe der Auffassung aus ZIP 1994, 1746, 1752; Kronke, ZGR 1994, 26, 35 f.; Neye (in: Kölner Umwandlungsrechtstage 1995, S. 7) unter Aufgabe der Auffassung aus ZIP 1994, 165, 166; Schädler, S. 157.

⁶¹⁸ Kronke, ZGR 1994, 26, 35.

Umwandlungsgesetz keine Berücksichtigung finden dürfe.⁶¹⁹ Meines Erachtens darf jedoch die Gesetzesbegründung nicht einfach übergangen werden, so wie dies von der oben dargestellten Mindermeinung getan wird. In seiner Begründung hat der Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet, daß das Umwandlungsgesetz nicht auf transnationale Umwandlungen Anwendung finden soll. Damit muß § 1 Abs. 1 UmwG so verstanden werden, daß transnationale Fälle grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Umwandlungsgesetzes fallen und jedenfalls eine DIREKTE Anwendung des Gesetzes auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen ausgeschlossen ist. Auch der Begründung, daß die Nichtanwendung des Umwandlungsgesetzes auf transnationale Umwandlungssachverhalte der Verwaltungssitzregel zuwider laufe, kann nicht zugestimmt werden. Zum einen ist die Verwaltungssitzregel lediglich eine kollisionsrechtliche Regelung, die der Bestimmung des anwendbaren Gesellschaftsrechts dient, während sich der materiellrechtliche Interessenschutz primär aus der Anwendung von Sachvorschriften ergibt. Zum anderen ist auch bei Nichtanwendbarkeit des Umwandlungsgesetzes der Interessenschutz gewahrt, da es bei einer Interessenverletzung nicht zu einer identitätswahrende Sitzverlegung kommt. Mangels gesetzlicher Regelung ist eine identitätswahrende grenzüberschreitende Sitzverlegung nämlich nur zulässig, soweit es zu keiner Interessenverletzung kommt.⁶²⁰ Identitätswahrende Sitzverlegungen, die zu keiner Interessenverletzung führen, dürfen nicht verhindert werden, da ansonsten der Identitätsverlust grundlos über seinen Zweck, nämlich den Interessenschutz bei einer Sitzverlegung, hinausschießt und unverhältnismäßig wird.⁶²¹

Eine ANALOGE Anwendung von Gesetzen ist nur möglich, wenn eine Regelungslücke und ein ähnlicher Sachverhalt gegeben sind und die gesetzliche Regelung nicht ersichtlich auf einen bestimmten Sachverhalt begrenzt ist.⁶²² Weil das Umwandlungsgesetz auf inländische Umwandlungen zugeschnitten ist und dementsprechend spezielle Probleme, die sich bei grenzüberschreitenden Umwandlungen ergeben, nicht berücksichtigt, liegt eine Regelungslücke vor. Die Sachverhalte sind auch vergleichbar, da es sich in allen Fällen um Umwandlungen handelt. Problematisch ist allein, ob aufgrund der Gesetzesbegründung zum Umwandlungsgesetz davon auszugehen ist, daß die Regelungen des Umwandlungsgesetzes absichtlich nur auf einen bestimmten Sachverhalt – nämlich

⁶¹⁹ Kronke, ZGR 1994, 26, 31, 35.

⁶²⁰ Siehe Kap. 3.C.II.2.d., S. 152 ff. und 3.C.VI.2.b.cc., S. 231 ff.

⁶²¹ Vgl. auch Kap. 3.C.II.2.d., S. 152 ff.

⁶²² Palandt/Heinrichs, Einl., Rn. 40; Creifelds – Stichwort „Analogie“.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

inländische Umwandlungen – beschränkt sind und ob daraus ein Analogieverbot abzuleiten ist. Bei einer analogen Anwendung der Umwandlungsvorschriften würde nämlich der im Umwandlungsgesetz enthaltene gesetzgeberische Wille, auf gewisse Aspekte des Interessenschutzes zu verzichten, auf transnationale Fälle übertragen werden. Die Gesetzesbegründung zum Umwandlungsgesetz macht aber deutlich, daß der Gesetzgeber nur inländische Umwandlungen regeln wollte, so daß eine grenzüberschreitende Sitzverlegungen nicht durch eine analoge Anwendung der Vorschriften des Umwandlungsgesetzes zur formwechselnden Umwandlung gelöst werden kann.

Allerdings läßt sich der Gesetzesbegründung auch nicht entnehmen, daß grenzüberschreitende Umwandlungen grundsätzlich ausgeschlossen sein sollen. Die Begründung führt nur an, daß die Regelung dieser Sachverhalte zurückgestellt werden soll, nicht aber, daß die bisherige Rechtslage verändert und bisher zulässige grenzüberschreitende Umwandlungen von nun an unzulässig sein sollen. § 1 Abs. 1 UmwG bestimmt also, daß es sich bei dem Umwandlungsgesetz um eine KODIFIKATORISCHE TEILREGELUNG handelt, nach der transnationale Umwandlungen zulässig sein können. Mangels gesetzlicher Regelung ist dies der Fall, soweit sie zu keiner Interessenverletzung führen. Um Interessenverletzungen bei grenzüberschreitenden Umwandlungen zu vermeiden, können neben allgemeinen Interessenschutzerwägungen auch die im Umwandlungsgesetz umgesetzten Gedanken des Interessenschutzes herausgegriffen und auf grenzüberschreitende Umwandlungsfälle übertragen werden.⁶²³ Im Gegensatz zu einer analogen Anwendung des gesamten Umwandlungsgesetzes muß aber, da es sich bei § 1 Abs. 1 UmwG lediglich um eine kodifikatorische Teilregelung handelt, im Einzelfall und für jede betroffene Interessengruppe untersucht werden, ob ihre Interessen durch einzelne Schutzmaßnahmen umfassend gesichert werden.

Da keine gesetzliche Regelung der grenzüberschreitenden Umwandlungen vorliegt und das UmwG auch nicht analog anwendbar ist, sind die (Register-)Gerichte, selbst wenn bei der grenzüberschreitenden Umwandlung keine Interessen verletzt werden, NICHT VERPFLICHTET, solche Restrukturierungen als zulässig anzusehen, soweit eine solche Verpflichtung sich nicht aus höherrangigem Recht ergibt.⁶²⁴

⁶²³ Vgl. auch Lutter, § 1 UmwG, Rn. 13.

⁶²⁴ Zur Verpflichtung, grenzüberschreitende Umwandlungen aufgrund der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV zuzulassen, vgl. Kap. 3.C.VI., S. 216 und insbesondere 3.C.VI.2.b.cc., S. 231

bb. Mögliche Interessenschutzmaßnahmen

(a) Schutz der Anteilseigner

Des Schutzes der Anteilseigner bedarf es nur, wenn es durch die Sitzverlegung zu einer Interessenverletzung kommt. Entscheidend hierfür ist, daß in den beteiligten Staaten keine gleichwertigen Vorschriften existieren. Hierzu müssen die Regelungen beider Staaten hinsichtlich der Rechte sowohl der Mehrheits- als auch der Minderheitsgesellschafter einander gegenübergestellt werden. In Deutschland beinhaltet das Recht der Aktionäre einen Anspruch auf Bilanzgewinn bzw. Liquidationserlös (§§ 58 Abs. 4, 271 Abs. 1 und 2 AktG) sowie ein Recht auf Bezug neuer Aktien und auf die Teilnahme an der Hauptversammlung (§§ 186 Abs. 1, 118 Abs. 1 AktG), außerdem ein Auskunftsrecht (§ 131 AktG) in der Hauptversammlung über die Angelegenheiten der Gesellschaft, die einen Tagesordnungspunkt betreffen, und vor allem ein Stimmrecht (§ 143 AktG).

Neben diesen Hauptmitgliedschaftsrechten existieren spezielle Rechte für Minderheitsgesellschafter: Aktionäre, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals oder den Nennbetrag von 500.000 € erreichen (die Satzung kann auch das Recht an einen geringeren Anteil knüpfen), haben gem. § 122 AktG das Recht, die Einberufung einer Hauptversammlung bzw. die Ankündigung von Punkten zur Beschlußfassung zu verlangen. Auf Antrag von Aktionären, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals oder den Nennbetrag von zwei Millionen DM erreichen, kann gerichtlich gem. § 142 Abs. 2 AktG ein Sonderprüfer bestellt werden.

Da viele der Aktionärsrechte in der Hauptversammlung ausgeübt werden, sind die Befugnisse dieses Organs für die Aktionäre von Bedeutung.⁶²⁵ Gem. § 119 Abs. 1 AktG ist die Hauptversammlung für Beschlüsse über Gegenstände zuständig, die ihr durch Gesetz oder Satzung zugewiesen sind, doch ist ihre Kompetenz durch den Vorstand eingeschränkt; so kann sie nach § 119 Abs. 2 AktG über Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden, wenn dies der Vorstand verlangt. Ähnlich gestaltet sich die Rechtsstellung der Gesellschafter in der GmbH: auch hier steht jedem Gesellschafter ein Anspruch auf Gewinn und Liquidationserlös, Stimm- und Teilnahmerechte sowie ein Auskunfts- und Einsichtsrecht zu (§§ 29, 72, 47, 51a GmbHG). Daneben haben Minderheitsgesellschafter, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens dem zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen, gem. §§ 50, 61 Abs. 2, 66 Abs. 2 GmbHG das Recht, die Einberufung der Hauptversammlung zu verlangen, eine Auflösungsklage zu erheben und vor Gericht die

⁶²⁵ Ziegler, S. 84.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Bestellung von Liquidatoren zu fordern. Die Rechte der Gesellschafter in Bezug auf die Gesellschaft und die Geschäftsführung bestimmen sich gem. § 45 GmbHG vorrangig nach dem Gesellschaftsvertrag und nachrangig nach der gesetzlichen Regelung, die den Schwerpunkt gem. § 46 GmbHG auf die Gesellschafterversammlung legt.⁶²⁶ In Frankreich haben die Aktionäre auch einen Anspruch auf Gewinn und Liquidationserlös sowie ein Recht auf vorzugsweisen Bezug neuer Aktien (Art. L. 232-12 Abs. 1, Art. L. 237-29, L. 225-132 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 347 Abs. 1, Art. 417, 183 Abs. 1 Loi n° 66-537)). Außerdem stehen ihnen ein Stimmrecht und ein Recht auf Teilnahme an Hauptversammlungen sowie in und nach jeder Hauptversammlung Informationsrechte hinsichtlich der allgemeinen Situation der Gesellschaft und der Tagesordnungspunkte, ein Einsichtsrecht in das Informationsmaterial der letzten 3 Hauptversammlungen und ein Stimmrecht zu (Art. 1844 Abs. 1 CC, Art. L. 225-108, L. 225-115, L. 225-117 CCom (vorm. Art. 162, 168, 170 Loi n° 66-537) und Art. 151 ff., 133 ff., 142 ff. Décret n° 67-236).

Außerdem steht Minderheitsaktionären, deren Anteile ein Zehntel des Kapitals erreichen, gem. Art. L. 225-232 CCom (vorm. Art. 226-1 Loi n° 66-537) das Recht zu, schriftliche Fragen an den Präsidenten des Conseil d'administration oder an den Directoire über alle Angelegenheiten zu stellen, die den Bestand des Betriebes gefährden könnten.

Gesellschafter, deren Anteile zusammen ein Zehntel des Grundkapitals erreichen, können ferner vor Gericht gem. Art. L. 225-103 Abs. 2 n° 2 CCom (vorm. Art. 158 Abs. 2 n° 2 Loi n° 66-537) i.V.m. Art. 122 Décret n° 67-236 die Einberufung einer Hauptversammlung (assemblée des actionnaires) verlangen. Daneben können sie gem. Art. L. 225-105 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 160 Abs. 2 Loi n° 66-537) i.V.m. Art. 128 ff. Décret n° 67-236 die Aufnahme eines Beschlußpunktes in die Tagesordnung der Hauptversammlung fordern. Schließlich können sie gem. Art. L. 225-230, L. 225-233, L. 225-231 CCom (vorm. Art. 225, 227, 226 Loi n° 66-537) i.V.m. Art. 188, 195 Décret n° 67-236 vor Gericht die Ablehnung oder vorzeitige Absetzung eines Abschlußprüfers (Commissaire aux comptes) bzw. die Bestellung eines Experten zur Berichterstattung über Handlungen der Geschäftsleitung zu verlangen.

Die ordentliche Hauptversammlung trifft alle Entscheidungen der Gesellschaft bis auf Fragen der laufenden Geschäftsführung.⁶²⁷ Das bedeutet, daß der Hauptversammlung bei besonderen Geschäftsführungsaufgaben auch Beschlußbefugnisse

⁶²⁶ Kraft/ Kreutz, M.IV.2., insbes. S. 377 ff.

⁶²⁷ Ducouloux-Favard, p. 76; Guyon, n° 279; Jura Europae/ Bastian/ Germain, 30.10., n° 101.

zustehen. Den Gesellschaftern einer SARL stehen ähnliche Rechte zu wie französischen Aktionären. So haben sie ein Recht am Gewinn und am Liquidationserlös sowie das Recht zur Stimmabgabe und Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, außerdem Informationsrechte zur Situation der Gesellschaft, zu den Tagesordnungspunkten der Versammlung (*assemblée des associés*) und zu allem, was den Bestand des Betriebes gefährden könnte sowie Einsichtsrechte in das Informationsmaterial der letzten 3 Versammlungen (Art. L. 233-15 [für Gewinn und Liquidation], L. 223-28 Abs. 1, L. 223-26 Abs. 4, L. 223-36 CCom (vorm. Art. 357, Art. 58 Abs. 1, 56 Abs. 4, 64-1 Loi n° 66-537) und Art. 33, 44-3 Décret n° 67-236).

Weiterhin haben Minderheitsgesellschafter, deren Anteile ein Zehntel des Grundkapitals erreichen, das Recht, vor Gericht die Bestellung eines Experten zur Berichterstattung über Geschäftsleitungshandlungen zu verlangen (Art. L. 223-37 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 64-2 Abs. 1 Loi n° 66-537) i.V.m. Art. 44-4 Décret n° 67-236). Eine Gesellschafterversammlung können die Minderheitsgesellschafter einer SARL gem. Art. L. 223-27 CCom (vorm. Art. 57 Abs. 3 Loi n° 66-537) i.V.m. Art. 37, 38 Décret n° 67-236 allerdings nur dann einberufen, wenn ihre Anteile die Hälfte des Grundkapitals erreichen, oder wenn es sich um mehr als drei Viertel der Gesellschafter handelt und ihre Anteile zusammen ein Viertel des Kapitals erreichen.

Auch bei der SARL unterliegen die laufenden Geschäfte der Zuständigkeit der Geschäftsführer, während die Befugnis zu allen sonstigen Beschlüssen bei der Gesellschafterversammlung liegt.⁶²⁸ Die Rechte der Gesellschafter in Deutschland und Frankreich weisen einige Ähnlichkeiten auf. So stehen jedem Gesellschafter sowohl in der AG bzw. GmbH als auch in der SA bzw. SARL Ansprüche auf Gewinn und Liquidationserlös, ein Stimm- und Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung sowie umfangreiche Informations- und Einsichtsrechte bezüglich der Tagesordnungspunkte der Hauptversammlung zu.

Für Aktionäre ist in beiden Ländern die Möglichkeit vorgesehen, als Minderheitsgesellschafter die Einberufung einer Hauptversammlung zu verlangen, auch wenn die Regelung hinsichtlich des Prozentsatzes des Grundkapitals, das die Minderheitsgesellschafter innehaben müssen, Unterschiede aufweist. Auch gleichen sich die Rechte weitgehend, nach denen Minderheitsgesellschafter einer Aktiengesellschaft vor Gericht die Bestellung eines Sonderprüfers bzw. eines Experten verlangen können.

Dennoch muß man trotz der Ähnlichkeiten der Rechte der Gesellschafter einer

⁶²⁸ Vgl. Génin/ Chambaud, p. 129.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

AG bzw. GmbH im Vergleich mit den Rechten der Gesellschafter einer SA bzw. SARL zu dem Ergebnis kommen, daß die Position der Gesellschafter in einer deutschen und in einer französischen Gesellschaft nicht gleichwertig ist, insbesondere wegen des unterschiedlichen Minderheitenschutzes und der ungleichen Befugnisse der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft.⁶²⁹ So hat die Hauptversammlung einer französischen SA umfangreichere Befugnisse als die einer deutschen AG, da ihre Befugnisse nicht wie in Deutschland durch umfangreiche Befugnisse des Vorstandes im Bereich der Geschäftsführung beschränkt werden.⁶³⁰ Außerdem sieht die deutsche Rechtsordnung für die AG und GmbH andere Anteile am Kapital vor, die von den Minderheitsgesellschaftern erreicht werden müssen, um in den Genuß ihrer Sonderrechte zu kommen als die französische Rechtsordnung für die SA und SARL. Schließlich ähneln sich zwar die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung bei SARL und GmbH, da beide Rechtsordnungen der Gesamtheit der Gesellschafter weitreichende Befugnisse gewähren; sie gleichen sich jedoch nicht, da in Frankreich insbesondere die Möglichkeit der Minderheitsgesellschafter eingeschränkt ist, eine Versammlung einzuberufen.

Da die Gesellschafterrechte in Deutschland und Frankreich nicht gleichwertig sind, bedarf es bei einer Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich des Schutzes der deutschen Anteilseigner. Diesem kann nach einhelliger Meinung in Deutschland durch Einstimmigkeit des Wegzugsbeschlusses Rechnung getragen werden.⁶³¹ Eine Mindermeinung geht davon aus, daß die Interessen der Gesellschafter auch durch einen Mehrheitsbeschluß gewahrt werden können, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen ist.⁶³² Einige Vertreter dieser Ansicht fordern jedoch, daß den überstimmten Minderheitsgesellschaftern, ähnlich wie es für diesen Fall auch das italienische Recht in Art. 2437 it. CC vorsieht, ein Recht auf Ausscheiden gegen Abfindung zustehen muß.⁶³³ Dieses Recht bedarf es allerdings nicht, wenn in beiden Staaten ein gleichwertiger Minderheitenschutz existiert.⁶³⁴ Möglicherweise könnte der Gesellschafterschutz

⁶²⁹ A.A. Ziegler (S. 85 und S. 87), der zwar rechtliche Unterschiede feststellt, diese jedoch als unwesentlich ansieht, weil sonst grenzüberschreitende Restrukturierungen (Fusionen) de facto nie zu realisieren wären.

⁶³⁰ Jura Europae/ Hefermehl, 10.10., n° 74; Ziegler, S. 85.

⁶³¹ Behrens, ZGR 1994, 1, 11; Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 41 f.; Fritz, S. 126 f.; Großfeld/ König, RIW 1992, 433, 437; S. Schmidt, DWiR 1992, 448, 451.

⁶³² Fritz, S. 126 f.; Perroud, Clunet 1926, 561, 565.

⁶³³ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 41 f.; Lutter, ZGR 1992, 435, 448 f.; Staudinger/ Großfeld, Rn. 619.

⁶³⁴ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 41 f.

auch durch Heranziehen der Grundgedanken des Umwandlungsgesetzes zum Gesellschafterschutz und zur Beschlußfassung gewährleistet werden.

Das Umwandlungsgesetz sieht vor, daß der Umwandlungsbeschluß gem. § 192 durch einen ausführlichen Umwandlungsbericht vorbereitet wird, dem eine Vermögensaufstellung beizufügen und der bekannt zu machen ist. Es handelt sich dabei um ein formalisiertes Informationsrecht, das den Anteilsinhabern vorab die Gründe für die Umwandlung und die Folgen für ihre Anteile erläutert.⁶³⁵

Der Umwandlungsbeschluß, dessen Mindestinhalt vorgegeben ist, muß gem. §§ 193 f., 243 UmwG aufgrund der wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutsamkeit des Vorgangs notariell beurkundet werden.⁶³⁶ Gem. § 240 UmwG bedarf der Beschluß bei der Formumwandlung einer Kapitalgesellschaft drei Viertel der Gesellschafterstimmen bzw. des Grundkapitals. Weitere Zustimmungserfordernisse sind gem. §§ 241 f. UmwG beim Formwechsel einer Aktiengesellschaft in eine GmbH bzw. für den umgekehrten Fall vorgesehen, wenn ein Gesellschafter nicht entsprechend seiner bisherigen Beteiligung an der neuen Rechtsform beteiligt wird. Im übrigen hat die Gesellschaft gem. §§ 207 ff. UmwG widersprechenden Anteilsinhabern eine angemessene Barabfindung für den Erwerb der umgewandelten Anteile anzubieten, die sie innerhalb von zwei Monaten nach Eintragung der neuen Rechtsform annehmen können.⁶³⁷

Schließlich können Anteilsinhaber gem. § 205 f. UmwG Schadensersatz von den gesamtschuldnerisch haftenden Mitgliedern des Leitung- und Aufsichtsorgans verlangen, wenn sie durch pflichtwidriges Verhalten dieser Organe bei der Vorbereitung und Durchführung des Formwechsels geschädigt wurden.⁶³⁸

(b) Schutz der Gläubiger

Auch hinsichtlich des Gläubigerschutzes stellt sich zunächst die Frage der Vergleichbarkeit der nationalen Regelungen.

Bei den Aktiengesellschaften der europäischen Mitgliedstaaten ist ein gleichwertiger Gläubigerschutz vor allem durch die 1., 2. und 4. gesellschaftsrechtliche Harmonisierungsrichtlinie⁶³⁹ erreicht worden. So hat die 1. gesellschaftsrecht-

⁶³⁵ Ganske, § 192 UmwG, S. 214.

⁶³⁶ Ganske, § 193 UmwG, S. 216.

⁶³⁷ Ganske, § 207 UmwG, S. 232.

⁶³⁸ Ganske, § 205 UmwG, S. 230; Impelmann, DStR 1995, 769, 773.

⁶³⁹ Erste Richtlinie gesellschaftsrechtliche Richtlinie v. 09. 03. 1968 (Publizitätsrichtlinie), (68/151/ EWG), ABl. EG 1968 Nr. L 65/ 8 (zur Umsetzung vgl. Schwarz, Rn. 294 ff.); Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie v. 13. 12. 1976 (Kapitalschutzrichtlinie), (77/ 91/ EWG), ABl. EG 1977 Nr. L 26/ 1 (zur Umsetzung vgl. Schwarz, Rn. 566 ff.); Vierte gesellschaftsrechtliche Richtlinie v. 25. 07. 1978 (Bilanzrichtlinie), (78/ 660/ EWG), ABl. EG 1978 Nr. L 222/ 11,

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

liche Richtlinie insbesondere die Publikations- und Vertretungsregelungen zum Schutz Dritter angeglichen, während durch die 2. gesellschaftsrechtliche Richtlinie die Anforderungen an das Garantiekapital harmonisiert wurden. Schließlich fand durch die 4. gesellschaftsrechtliche Richtlinie eine Angleichung der Bilanzvorschriften statt.

Damit sind vor allem Grundregeln zur Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie zur Publizität aufgestellt worden, so daß die für den Gläubigerschutz maßgeblichen Bereiche – nach einer verbreiteten Ansicht – soweit angeglichen sind, daß es bei einer Sitzverlegung keiner besonderen Schutzmaßnahmen mehr bedarf.⁶⁴⁰

Die Harmonisierung der GmbH-rechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten ist noch nicht so weit fortgeschritten wie bei den Aktiengesellschaften, so daß von einer Gleichwertigkeit des Gläubigerschutzes in den Mitgliedstaaten bezüglich der GmbH noch nicht gesprochen werden kann. Zwar finden auf die GmbH auch die 1., 4., 7., und 8. gesellschaftsrechtliche Richtlinie Anwendung, doch bezieht sich vor allem die 2. Harmonisierungsrichtlinie, die die Gründungsregeln und das Kapital betrifft, nicht auf die GmbH, so daß vor die Regelungen zum Mindestkapital und zur Kontrolle der Sacheinlagen bisher nicht harmonisiert sind.⁶⁴¹

Doch auch ohne Harmonisierungsrichtlinien kann das ausländische Recht Schutzvorschriften bezüglich Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung aufweisen, die mit den entsprechenden deutschen Bestimmungen vergleichbar sind.⁶⁴² Insoweit ist ein Vergleich der französischen und der deutschen Gläubigerschutzvorschriften bei SARL und GmbH erforderlich.

Gem. Art. L. 223-2 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 35 Abs. 1 Loi n° 66-537) beträgt das Mindestkapital einer SARL 7.500 €, während sich das Mindestkapital einer GmbH gem. § 5 Abs. 1 GmbHG auf 25.000 € belaufen muß. Soweit das Kapital als Sacheinlage in eine SARL eingebracht wird, muß gem. Art. L. 223-9 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 40 Abs. 1 Loi n° 66-537) die Bewertung der Einlage in der Satzung durch einen Commissaire aux apports erfolgen. Durch einstimmigen Beschluß können die Gesellschafter gem. Art. L. 223-9 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 40 Abs. 2 Loi n° 66-537) auch auf die Bewertung durch den Commissaire aux

geändert durch Richtlinie vom 08. 11. 1990 (90/ 604/ EWG), ABl. EG 1990, Nr. L 317/ 57 und Richtlinie v. 08. 11. 1990 (90/ 605/ EWG), ABl. EG 1990, Nr. 317/ 16 (zur Umsetzung vgl. Schwarz, Rn. 397 ff.)

⁶⁴⁰ Fischer, IPRax 1991, 100, 104; Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 649; Knobbe-Keuk (ZHR 154 (1990), 325, 346 f.), die die Frage des Gläubigerschutzes beim Zuzug der Gesellschaft prüft, da sie an die Gründungsrechtsregel anknüpft.

⁶⁴¹ Fischer, IPRax 1991, 100, 104, Fn. 86; Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, S. 62.

⁶⁴² Knobbe-Keuk (ZHR 154 (1990), 325, 346 f.), die die Frage des Gläubigerschutzes beim Zuzug der Gesellschaft prüft, da sie an die Gründungsrechtsregel anknüpft.

apports verzichten, wenn die Sacheinlage nicht einen Wert über 7.500 € aufweist und nicht mehr als die Hälfte des Kapitals ausmacht. Werden Sacheinlagen ohne Bewertung oder mit einem anderen als dem von dem Commissaire aux apports vorgeschlagenen Wert eingebracht, haften die Gesellschafter fünf Jahre lang Dritten gegenüber gesamtschuldnerisch gem. Art. L. 223-9 Abs. 4 CCom (vorm. Art. 40 Abs. 4 Loi n° 66-537) für den gesamten Wert, mit der die Sacheinlage in der Satzung eingetragen worden ist.

Auch bei der deutschen GmbH muß gem. § 5 Abs. 4 GmbHG der Wert der Sacheinlage im Gesellschaftsvertrag festgehalten werden. Entspricht dieser Wert nicht dem tatsächlichen Wert der Einlage müssen die Gesellschafter, die eine Sacheinlage erbracht haben, die nicht dem Wert der dafür übernommenen Stammeinlage entspricht, gem. § 9 Abs. 1 GmbHG eine Einlage in Höhe des Fehlbetrages leisten. Dieser Gesellschaftsanspruch verjährt gem. § 9 Abs. 2 GmbHG in fünf Jahren ab der Registereintragung. Außerdem haben gem. § 9a Abs. 1 GmbHG die Gesellschafter und Geschäftsführer als Gesamtschuldner fehlende Einzahlungen zu leisten, wenn zum Zweck der Errichtung der Gesellschaft falsche Angaben gemacht wurden. Daneben hat das Registergericht gem. § 9c GmbHG die Eintragung der GmbH abzulehnen, wenn die Sacheinlagen überbewertet worden sind. Im Ergebnis kann festgestellt werden, daß hinsichtlich der Sacheinlagen in eine GmbH bzw. SARL ähnliche Regelungen bestehen, auch wenn in Frankreich die Gesellschafter Dritten gegenüber haften, während in Deutschland die Ansprüche aus einer fehlerhafter Sachbewertung der Gesellschaft zustehen. Weitere wesentliche Unterschiede bestehen vor allem darin, daß in Deutschland bei einer Überbewertung der Sacheinlagen keine Registereintragung vorgenommen werden darf und daß die Höhe des Mindestkapitals in beiden Staaten erheblich voneinander abweicht. Damit fehlt es an der Äquivalenz der Gläubigerschutzregelungen bei GmbH und SARL. In der Literatur wird zum Teil eine Zustimmung aller Gläubiger zur Sitzverlegung gefordert, da ihre Interessen dadurch in jedem Fall gewahrt würden.⁶⁴³ Zum Teil wird die Ansicht vertreten, daß ein Schutz der Gläubiger zwar erforderlich ist, doch könne dieser durch ihre Befriedigung bzw. durch eine Sicherheitsleistung erfolgen. Hierzu sei der Sitzverlegungsbeschluß zu veröffentlichen und die Gläubiger müßten, ähnlich wie im Abwicklungsverfahren gem. §§ 267 f., 272 AktG und § 65, Abs. 2 GmbHG, aufgefordert werden, ihre Ansprüche anzumelden.⁶⁴⁴ Weiterhin wird die Auffassung vertreten, daß eine – wenn auch verkürzte – Sperrfrist analog der §§ 272 AktG, 73 GmbHG eingreifen soll, nach

⁶⁴³ Großfeld/ König, RIW 1992, 433, 437; S. Schmidt, DWiR 1992, 448, 451.

⁶⁴⁴ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 42 f.; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 170.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

deren Ablauf die Sitzverlegung erst endgültig wird.⁶⁴⁵

Einer Mindermeinung zufolge bedarf es grundsätzlich keines Gläubigerschutzes, da jeder Gläubiger mit einer Veränderung der rechtlichen Situation seines Schuldners rechnen müsse. So wie ein natürlicher Schuldner jederzeit seine Nationalität wechseln oder sein Vermögen ins Ausland verbringen könne, sei eine juristische Person in der Lage, ihr Gesellschaftsstatut ändern.⁶⁴⁶

Nach anderer Ansicht ist der Verzicht auf den Gläubigerschutz nur zulässig, wenn im Wegzugs- und Zuzugsstaat identische bzw. gleichwertige Gläubigerschutzvorschriften existieren.⁶⁴⁷ Auch im Rahmen des Gläubigerschutzes kann möglicherweise auf Interessenschutzregelungen des Umwandlungsgesetzes zurückgegriffen werden. So werden nach den §§ 204 und 22 UmwG bei Umwandlungen auch Gläubiger, die keine Befriedigung verlangen können, durch einen Anspruch auf eine Sicherheitsleistung geschützt. Hierzu muß der Gläubiger jedoch die Gefährdung der Forderungserfüllung durch die Umwandlung glaubhaft machen und seinen Anspruch sechs Monate nach Registereintragung der Umwandlung angemeldet haben. Keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung haben die Gläubiger, die im Fall der Insolvenz ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer nach gesetzlichen Vorschriften errichteten und staatlich überwachten Deckungsmasse haben, da sie durch dieses Recht schon ausreichend gesichert sind.⁶⁴⁸ Ebenso wie die Gesellschafter können auch die Gläubiger gem. §§ 205 f. UmwG Schadensersatzansprüche gegen die Verwaltungsträger des formwechselnden Rechtsträgers geltend machen, wenn sie durch pflichtwidriges Verhalten geschädigt wurden. Auch wenn die Gläubiger durch materielle Schutzvorschriften vor einer Verletzung ihrer Interessen geschützt werden, kann es noch durch die Verfolgung und Vollstreckung ihrer Rechte im Ausland, die möglicherweise schwieriger ist als im Inland, zu einer Verletzung ihrer Interessen kommen.⁶⁴⁹ Da zwischen Frankreich und Deutschland das EuGVÜ⁶⁵⁰ Anwendung findet, müssen Gläubiger, die einen Prozeß gegen die Gesellschaft erst nach der Sitzverlegung aufnehmen, gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 EuGVÜ am Ort des neuen Gesellschaftssitzes klagen, d.h. im Ausland. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß normalerweise bei einer grenzüberschreitenden Restrukturierung die inländische, deutsche Betriebsstätte

⁶⁴⁵ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 42 f.

⁶⁴⁶ Süß, FS Lewald, S. 603, 610.

⁶⁴⁷ Fritz, S. 81, 130.

⁶⁴⁸ Ganske, § 22 UmwG, S. 77.

⁶⁴⁹ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 32; Staudinger/ Großfeld, Rn. 612, 620.

⁶⁵⁰ Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. 09. 1968 (abgedruckt bei Jayme/ Hausmann, Nr. 72).

bestehen bleibt,⁶⁵¹ so daß gem. Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ für Streitigkeiten aus dem Betrieb der Zweigniederlassung ein besonderer Gerichtsstand am Ort dieser Niederlassung besteht, der Gerichtsstand für viele Gläubiger also im Inland verbleibt. Außerdem ist die Schutzwürdigkeit der Gläubiger grundsätzlich abzulehnen, weil zumindest hinsichtlich erst nach der Sitzverlegung aufzunehmender Prozesse kein Anspruch des Gläubigers auf Beibehaltung eines inländischen Gerichtsstands existiert, d.h. der Gläubiger muß immer mit einem Wegzug seines Schuldners rechnen. Insbesondere muß innerhalb Europas von einer gewissen Beweglichkeit der Gesellschaften und Personen ausgegangen werden.⁶⁵² Wenn der Gläubiger diese Gefahr vermeiden möchte, muß er von Anfang an eine Gerichtsstandsvereinbarung mit seinem Schuldner treffen.⁶⁵³ Außerdem gewährt das EuGVÜ ausreichenden Rechtsschutz und sorgt dafür, daß Rechtsverfolgung und Vollstreckungen im Ausland keine wesentliche Erschwernis für die Gläubiger darstellen.⁶⁵⁴ So kann beispielsweise die Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung nur aus sehr eingeschränkten Gründen gem. Art. 27, 28 EuGVÜ abgelehnt werden. Weiterhin bringt sowohl das Haager Übereinkommen über die Zustellung⁶⁵⁵ als auch nach ihrem in Kraft treten am 31. 05. 2001 die Zustellungsverordnung⁶⁵⁶ im Rahmen deutsch-französischen Umwandlungen so wesentliche Erleichterungen für den Kläger bei einer Rechtsverfolgung im Ausland mit sich, daß seine Schutzbedürftigkeit entfällt.⁶⁵⁷ Schließlich behält bei Prozessen, die im Zeitpunkt der Sitzverlegung bereits und noch rechtshängig sind, das deutsche Gericht seine Zuständigkeit, da die *perpetuatio fori* auch bei internationalen Sachverhalten zur Anwendung kommt, weil der Kläger auch in diesem Fall schutzbedürftig ist und die Beibehaltung der Gerichtszuständigkeit der Prozeßökonomie dient.⁶⁵⁸

⁶⁵¹ Bessenich, S. 171.

⁶⁵² Staudinger/ Großfeld, Rn. 612, 620; Süß, FS Lewald, S. 603, 610; Ziegler, S. 58.

⁶⁵³ Ziegler, S. 58.

⁶⁵⁴ Allgemein: Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 32; a.A. Fritz, S. 131 f.

⁶⁵⁵ Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen v. 15. 11. 1965 (abgedruckt bei Jayme/ Hausmann, Nr. 107).

⁶⁵⁶ Verordnung (EG) des Rates über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten vom 29. 05. 2000, ABl. EG Nr. L 160 v. 30. 06. 2000, S. 37 ff.

⁶⁵⁷ Ziegler, S. 58.

⁶⁵⁸ RG v. 06. 04. 1936 (RGZ 1936, 104; 105 f.) bzgl. Wohnsitzwechsel natürlicher Personen; Sonnenberger (AG 1969, 381, 385) bzgl. transnationaler Fusion; Thomas/ Putzo, § 261 ZPO, Fn. 16; Ziegler, S. 61 ff.

(c) Schutz der Inhaber von Sonderrechten

Inhaber von Sonderrechten, zu denen gem. § 23 UmwG insbesondere Anteile ohne Stimmrecht, Wandel-, und Gewinnschuldverschreibungen sowie Genußrechte gehören, bedürfen eines besonderen Schutzes, weil sie mehr als eine Gläubigerstellung besitzen, aber kein Stimmrecht wie die Gesellschafter haben und daher nicht über die grenzüberschreitende Restrukturierung mitentscheiden können.⁶⁵⁹

In jedem Fall wären die Interessen der Inhaber von Sonderrechten geschützt, wenn sie ihre Zustimmung zu grenzüberschreitenden Sitzverlegungen geben müßten.

Zum Schutz der Inhaber von Sonderrechten kann aber auf den Rechtsgedanken der §§ 23, 204 UmwG zurückgegriffen werden. Insofern wären die Interessen dieser Personengruppe geschützt, wenn ihnen gleichwertige Rechte eingeräumt werden können.⁶⁶⁰ Eine Zustimmung der Inhaber von Sonderrechten zur Formumwandlung bzw. Verschmelzung ist damit nur erforderlich, wenn ihre Interessen betroffen werden, d.h. wenn ihnen nach der Restrukturierung keine gleichwertigen Rechte eingeräumt werden können.⁶⁶¹ Vergleichbar mit den deutschen Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, bei denen die Aktionäre gem. §§ 139 ff., 12 Abs. 1 S. 2 AktG lediglich ein Recht auf erhöhte Dividendenzahlung haben, sind die französischen actions à dividende prioritaire sans droit de vote gem. Art. L. 228-13 CCom (vorm. Art. 269-2 Loi n° 66-537), da sie den Aktionären dasselbe Recht gewähren. Darüber hinaus werden die Aktionäre ohne Stimmrecht in Deutschland und Frankreich auf gleichwertige Weise geschützt, denn sie müssen gem. § 141 AktG bzw. Art. L. 225-99 Abs. 2, L. 228-15 Abs. 5 CCom (vorm. Art. 156 Abs. 2, 269-4 Abs. 5 Loi n° 66-537) in beiden Ländern ihre Zustimmung zu Beschlüssen erteilen, die ihre Rechte ändern.

Fraglich ist aber, ob Aktionäre ohne Stimmrecht nicht grenzüberschreitenden Sitzverlegungen zustimmen müssen, da sie durch die Restrukturierung Gesellschafter einer ausländischem Recht unterliegenden Gesellschaft werden. Gem. § 141 AktG bedarf es einer Zustimmung der Versammlung der Vorzugsaktionäre nur, wenn der Vorzug aufgehoben oder beschränkt werden soll, oder wenn über die Vergabe von weiteren gleichrangigen oder vorrangigen Vorzugsaktien entschieden wird. Die Kombination dieser Zustimmungsregelung mit dem allgemeinen Grundsatz, daß Vorzugsaktionäre ohne Stimmrecht grundsätzlich nicht an der Entscheidungsfindung beteiligt sind, ergibt, daß der Gesetzgeber mit den §§ 139 ff. AktG eine abschließende Regelung der Rechtsstellung der Vorzugsaktionäre ohne Stimm-

⁶⁵⁹ Ganske, § 23, S. 77.

⁶⁶⁰ Ziegler, S. 43.

⁶⁶¹ Impelmann, DStR 1995, 769, 773.

recht treffen wollte. Damit bedarf es für Beschlüsse, die außerhalb des Anwendungsbereichs des § 141 AktG liegen, keiner Zustimmung der Versammlung der Vorzugsaktionäre ohne Stimmrecht. Neben § 141 AktG zeigt auch § 65 Abs. 2 UmwG, daß es bei Restrukturierungen keiner Zustimmung der Vorzugsaktionäre ohne Stimmrecht bedarf.⁶⁶² Gem. § 221 Abs. 1 S. 1 AktG steht den Gläubigern von Wandelschuldverschreibungen ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Aktien zu. Dieses Sonderrecht ist auch in Frankreich bekannt, denn Art. L. 228-91 CCom (vorm. Art. 339-1 Loi n° 66-537) sieht vor, daß eine Aktiengesellschaft Wertpapiere herausgeben kann, die dem Inhaber ein Recht auf Aktienerwerb gewähren. Bei Gewinnschuldverschreibungen werden nach § 221 Abs. 1 S. 1 AktG die Rechte der Gläubiger mit Gewinnanteilen von Aktionären in Verbindung gebracht, d.h. die laufende Verzinsung der Anleihen richtet sich nach den Gewinnanteilen der Aktionäre.⁶⁶³ In Frankreich sind Obligations, bei denen sich der Zinssatz nach dem Gewinn der Gesellschaft richten (*obligations participants*), bekannt, wenn auch nicht gesetzlich geregelt.⁶⁶⁴ Zwar richtet sich der Zinssatz im einen Fall nach den Gewinnanteilen der Aktionäre und im zweiten Fall nach dem Gewinn der Gesellschaft, doch sind sich die beiden Sonderrechte ähnlich, so daß die *obligations participants* durch schuldrechtliche Vereinbarung soweit modifiziert werden können, daß sie sich dem Inhalt von Gewinnschuldverschreibungen annähern. Durch ein Genußrecht gewährt die Aktiengesellschaft einer Person ein Vermögensrecht, meist einen Anteil am Reingewinn oder ein Bezugsrecht auf Aktien, ohne daß dieses Recht mit einer Mitgliedschaft verbunden ist.⁶⁶⁵ Entsprechende Rechte gibt es auch in Frankreich, denn die *obligations participants* gewähren ein Beteiligungsrecht am Gewinn und die *obligations à bons de souscription* ein Bezugsrecht auf Aktien.⁶⁶⁶ Da es in Frankreich Rechte gibt, die sowohl den Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, den Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen als auch den Genußrechten in Deutschland entsprechen, können die Inhaber von Sonderrechten bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich durch die Einräumung gleichwertiger Rechte in der französischen Gesellschaft entschädigt werden. Die Rechte der deutschen Sonderrechtsinhaber können somit im Rahmen einer deutsch-französischen Sitzverlegung umfassend geschützt werden.

⁶⁶² § 65 Abs. 2 bezieht sich auf Verschmelzungen; vgl. auch Ganske, § 65, S. 112.

⁶⁶³ Ziegler, S. 47.

⁶⁶⁴ Ripert/ Roblot/ Germain, n° 1406.

⁶⁶⁵ Creifelds, Stichwort: Genußschein.

⁶⁶⁶ Ziegler, S. 49.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

(d) Schutz der Arbeitnehmer

Besondere Schutzmaßnahmen zur Wahrung der Arbeitnehmerinteressen wären erforderlich, wenn der Arbeitnehmerschutz in Frankreich und Deutschland nicht gleichwertig wäre.⁶⁶⁷ Es stellt sich die Frage, ob in Frankreich eine der deutschen Mitbestimmung ähnliche Regelung vorhanden ist.

Die Mitbestimmung gliedert sich in die betriebliche Mitbestimmung und in die Unternehmensmitbestimmung.

Die betriebliche Mitbestimmung wird in Deutschland im wesentlichen durch die Institution des Betriebsrats verwirklicht.⁶⁶⁸ Dieser übt gewisse Mitbestimmungsrechte aus, d.h. der Arbeitgeber kann Maßnahmen im Betrieb nur im einvernehmlichen Zusammenwirken mit dem Betriebsrat treffen (z.B. §§ 87 Abs. 1, 91 S. 1, 94 Abs. 1 S.1, Abs. 2 BetrVG). Des weiteren stehen dem Betriebsrat Informations-, Vorschlags-, Anhörungs- und Beratungsrechte (§§ 80 Abs. 2, 89, 90, 92 BetrVG) zu; seine Befugnisse beschränken sich allerdings auf Entscheidungen auf betrieblicher Ebene und greifen nicht in sonstige unternehmerische und wirtschaftliche Fragen ein.⁶⁶⁹ Neben dem Betriebsrat ist in Unternehmen mit mehr als 100 Arbeitnehmern gem. § 106 BetrVG ein Wirtschaftsausschuß zu bilden, der die Aufgabe hat, den Unternehmer in wirtschaftlichen Angelegenheiten zu beraten und den Betriebsrat zu unterrichten.

Die Aufgaben, die in Deutschland dem Betriebsrat und dem Wirtschaftsausschuß zugeordnet sind, übernehmen in Frankreich im wesentlichen das Comité d'entreprise, die Délégués du personnel und das Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).⁶⁷⁰ Zur Erfüllung der Aufgaben stehen diesen Institutionen der Arbeitnehmervertretung, anders als dem Betriebsrat in Deutschland, nur Informations-, Anhörungs- und Beratungsrechte, nicht aber echte Mitwirkungsrechte zu.⁶⁷¹

⁶⁶⁷ Fritz, S. 80 f.; Staudinger/ Großfeld, Rn. 614.

⁶⁶⁸ MünchArbR/ Hoyningen-Huene, § 289, Rn. 10; zu den Aufgaben des Betriebsrats vgl. §§ 74 ff. BetrVG und Dütz (Rn. 827 ff.).

⁶⁶⁹ MünchArbR/ Hoyningen-Huene, § 289, Rn. 34.

⁶⁷⁰ Vgl. Art. 422 ff. Code de travail; Ray, n° 360 ss. Dem Comité d'entreprise steht die Verwaltung sämtlicher sozialer und kultureller Aktivitäten des Unternehmens zu (n° 384 ff.), ebenso das Recht über bestimmte betriebliche Entscheidungen (Änderung der Dauer oder Organisation der Arbeitszeit, Einführung neuer Technologien,...) (n° 390 ff.) und über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens (n° 392 ff.) informiert oder angehört zu werden. Die Délégués du personnel sind für Einzel- und Kollektivbeschwerden hinsichtlich der Anwendung von gesetzlichen und sonstigen Vorschriften zuständig (Lohnfragen, Anwendung von Vorschriften über die soziale Absicherung, die Hygiene, die Sicherheit oder aus Kollektivvereinbarungen,...) (n° 402 ff.). Der CHSCT soll die Einhaltung von Sicherheits- und Hygienevorschriften absichern (n° 409 ff.).

Damit ähneln sich zwar die Aufgaben der betrieblichen Mitbestimmungsinstitutionen in Deutschland und Frankreich, doch hat der Betriebsrat durch seine echten Mitwirkungsrechte weitergehende Kompetenzen als die französischen Institutionen. Hinzu kommt, daß die Schwelle des Eingreifens der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften in beiden Ländern unterschiedlich geregelt sind: während die *Délégués du personnel*, der *Comité d'entreprise* und der *CHSCT* in Betrieben oder Unternehmen mit mehr als 10 bzw. 49 Arbeitnehmern eingeführt werden müssen (Art. L-422-1; L-431-1 ff. Code de travail), können Arbeitnehmer einen Betriebsrat gem. § 1 BetrVG schon in Betrieben mit 5 Arbeitnehmern einrichten. Die Mitbestimmung auf der Ebene der Unternehmen erfolgt durch Mitglieder der Arbeitnehmer in den Organen der Kapitalgesellschaften.⁶⁷²

In Deutschland greift das Mitbestimmungsgesetz ein, das gem. § 1 Abs. 1 MitbestG 1976 auf Aktiengesellschaften und GmbH Anwendung findet, die mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen.⁶⁷³ In diesem Fall setzt sich der Aufsichtsrat gem. § 7 MitbestG 1976 paritätisch aus Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zusammen. Daneben ist gem. § 33 MitbestG ein Arbeitnehmer in der Funktion des Arbeitsdirektors als Vorstandsmitglied zu bestellen. Soweit das Mitbestimmungsgesetz (bzw. Montan-MitbestG) nicht eingreift, richtet sich die Mitbestimmung im Unternehmen gem. § 85 Abs. 2 BetrVG 1952 nach den §§ 76 ff. BetrVG 1952.⁶⁷⁴ Gem. §§ 76 Abs. 6 und 77 Abs. 1 BetrVG 1952 unterliegen Aktiengesellschaften und GmbH mit 500 bzw. mehr Arbeitnehmern der Mitbestimmung. In diesem Fall besteht der Aufsichtsrat gem. §§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 BetrVG 1952 zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer, wobei auch der Aufsichtsrat bei der GmbH ggf. erst gebildet werden muß. In Frankreich kann gem. Art. L. 225-27 und Art. L. 225-79 CCom (vorm. Art. 97-1 und Art. 137-1 Loi n° 66-537) in die Satzung einer SA eine Regelung aufgenommen werden, die den Arbeitnehmern die Teilnahme an Sitzungen des *Conseil de surveillance* bzw. des *Conseil d'administration* erlaubt und ihnen eine beratende Stimme einräumt.⁶⁷⁵ Es darf aber weder die Anzahl der Arbeitnehmer höher als

⁶⁷¹ Ducouloux-Favard, p. 209; Ray (n° 400) bezüglich dem *Comité d'entreprise*; Teichmann, S. 244 f.

⁶⁷² Dütz, Rn. 897.

⁶⁷³ Das Montanmitbestimmungsgesetz findet gem. § 1 Abs. 1 Montan-MitbestG auf Kapitalgesellschaften der Montanindustrie Anwendung, die mehr als 1000 Arbeitnehmer beschäftigen.

⁶⁷⁴ Anwendbarkeit der §§ 76 ff. BetrVG 1952 gem. § 129 BetrVG.

⁶⁷⁵ Merle, n° 382, 447, 541. Aufgrund des Gesetzes vom 25. 07. 1994 müssen bei einer SA, die nach dem Gesetz vom 19. 07. 1993 privatisiert wird, zwei bzw. drei Arbeitnehmervertreter und ein Arbeitnehmer-Aktionär-Vertreter in den *Conseil de surveillance* bzw. den *Conseil d'administration* aufgenommen werden. Im übrigen ermöglicht dieses Gesetz fakultativ eine Regelung in die Satzung nicht privatisierter Aktiengesellschaften aufzunehmen, nach der ein

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

ein Drittel der Mitgliederzahl des Conseils sein, noch darf die absolute Zahl der Arbeitnehmer vier Conseil-Mitglieder überschreiten. Da die Arbeitnehmer im Conseil nur eine beratende Stimme haben und es sich nur um eine fakultative Regelung handelt, liegt kein Fall einer sogenannten „echten Mitbestimmung“ vor.⁶⁷⁶

Im Unterschied zur deutschen GmbH ist die Unternehmensmitbestimmung in der französischen SARL überhaupt nicht vorgesehen. Da sie auch hinsichtlich der SA lediglich auf freiwilliger Basis beruht und keine paritätische Mitbestimmung kennt, ist auch bei Aktiengesellschaften mit 500 bis 2000 Arbeitnehmern, unbeschadet der Tatsache, daß in beiden Staaten eine nicht paritätische Mitbestimmung eingreifen kann, eine Äquivalenz der Mitbestimmungsregelungen nicht gegeben. Zu den bisher aufgeführten Unterschieden kommt hinzu, daß sich auch die Organe der AG und der SA, in denen die Mitbestimmung in beiden Ländern ausgeübt wird, nicht gleichen. In Deutschland ist der Vorstand, der sich nicht notwendigerweise aus Aktionären zusammensetzt, das Leitungsorgan der AG und vertritt diese nach außen. Der Aufsichtsrat, der aus Vertretern der Aktionäre, die nicht selber Aktionäre sein müssen, und im Fall der Unternehmensmitbestimmung auch aus Arbeitnehmern besteht, überwacht gem. § 111 AktG vor allem den Vorstand. Diesen bestellt er und kann ihn auch aus wichtigem Grund abberufen (§ 84 Abs. 3 AktG). Die Satzung oder der Aufsichtsrat selber können bestimmen, daß bestimmte Geschäftsarten nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen.

In Frankreich hingegen gibt es zwei Möglichkeiten des Organaufbaus in einer SA. Zum einen kann die Leitung und Vertretung der Gesellschaft nach außen durch den Präsidenten des Conseil d'administration erfolgen, dem alle Befugnisse zustehen, soweit diese nicht ausdrücklich dem Conseil d'administration zugewiesen sind. Daneben hat der Conseil d'administration die Aufgaben, die Gesellschaftsleitung zu kontrollieren, so daß er Geschäftsleitungs- und Kontrollaufgaben in sich vereint.⁶⁷⁷ Der Präsident wird vom Conseil d'administration gewählt, der aus Aktionären besteht und in dem, soweit die Unternehmensmitbestimmung eingreift, Arbeitnehmer eine beratende Stimme haben.

Zum anderen kann die Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand (Directoire) erfolgen, soweit bestimmte Aufgaben nicht ausdrücklich durch Gesetz oder Statut

oder zwei Arbeitnehmer-Aktionär-Vertreter in den Conseil de surveillance bzw. den Conseil d'administration aufgenommen werden müssen, wenn die Arbeitnehmer mehr als 5 % des Kapitals innehaben (vgl. näher Merle, n° 541-1).

⁶⁷⁶ Ducouloux-Favard, p. 218; Merle, n° 542.

⁶⁷⁷ Merle, n° 437 s.

dem Aufsichtsrat (Conseil de surveillance) oder der Gesellschafterversammlung (Assemblées d'actionnaires) vorbehalten sind (Art. L. 225-68 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 128 Abs. 2 Loi n° 66-537)). In diesem Fall wird die Gesellschaft durch den Präsidenten des Vorstands vertreten, der, ebenso wie der gesamte Vorstand, vom Conseil de surveillance bestellt ist. Der Conseil de surveillance setzt sich aus Aktionären und, soweit die Unternehmensmitbestimmung eingreift, aus (beratenden) Arbeitnehmern zusammen und übt eine ständige Kontrolle über den Vorstand und dessen Gesellschaftsleitung aus.

Anders als der Aufsichtsrat hat der Conseil de surveillance aber nicht die Möglichkeit, bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Er kann lediglich seine Beobachtungen über den Vorstand und dessen Gesellschaftsleitung der Assemblée d'actionnaires mitteilen und fungiert damit als Vermittler zwischen der Assemblée d'actionnaires und dem Vorstand.⁶⁷⁸ Dieser Unterschied macht deutlich, daß, trotz Einführung der dualistischen Struktur (Directoire, Conseil de surveillance) neben der monistischen (Conseil d'administration) in Frankreich, das französische System nicht mit dem deutschen gleichwertig ist.⁶⁷⁹ Da es an einer Gleichwertigkeit der Mitbestimmungssysteme in Deutschland und Frankreich fehlt, müssen bei einer grenzüberschreitenden, identitätswahrenden Sitzverlegung Arbeitnehmerschutzmaßnahmen getroffen werden.

In der Literatur wird die Frage aufgeworfen, inwieweit sich die deutsche Mitbestimmung auch auf die wegziehende ausländische Gesellschaft erstrecken kann. Da das Mitbestimmungsgesetz an die Formen deutscher Kapitalgesellschaften nach deutschem Recht gebunden sei, soll eine Erstreckung der deutschen Mitbestimmung auf die ausländische Gesellschaft nach herrschender Meinung nicht möglich sein.⁶⁸⁰ Würde man nämlich eine solche Erstreckung annehmen, so würde der deutsche Gesetzgeber gezwungenermaßen ausländischen Gesellschaften ihre Organisation vorschreiben, was jedoch nicht zulässig sei, da ein völkerrechtlicher Grundsatz Staaten verbiete, Hoheitsakte auf fremdem Gebiet vorzunehmen.⁶⁸¹ Auch anderweitige Schutzmaßnahmen seien nicht ersichtlich, so daß eine identitätswahrende Sitzverlegung nur unterhalb der Schwelle unter-

⁶⁷⁸ Ducouloux-Favard, p. 128.

⁶⁷⁹ Merle, n° 541; a.A. Ducouloux-Favard (p. 126) für den ein Fall, daß in beiden Ländern eine nicht paritätische Mitbestimmung vorliegt.

⁶⁸⁰ Bellstedt, BB 1977, 1326, 1327; Meilicke/ Meilicke, BB 1977, 1063 f.; Raiser, § 1 MitbestG, Rn. 15; nach a.A. ist nur das Recht des tatsächlichen Verwaltungssitzes, nicht aber das Gesellschaftsstatut entscheidend: Grothe, S. 318 f.; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 348; MünchArbR/ Birk, § 21, Rn. 14.

⁶⁸¹ Kimminich, S. 128, 148.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

nehmerischer Mitbestimmung zulässig sei.⁶⁸²

Demgegenüber wird die Auffassung vertreten, daß der Arbeitnehmerschutz gewährleistet werden kann, indem die Mitbestimmung in der wegziehenden Gesellschaft vertraglich abgesichert wird. So könnten mit den Mitbestimmungs- und Betriebsverfassungsorganen Vereinbarungen über die Einführung von Satzungsregelungen getroffen werden, die inhaltlich der deutschen Mitbestimmung entsprechen.⁶⁸³

Einer Mindermeinung zufolge wird die deutsche Mitbestimmung ohnehin nicht konsequent verfolgt, so daß ein Schutz der Arbeitnehmer in diesem Bereich überhaupt nicht erforderlich sei. So verzichte Deutschland z.B. bei Gesellschaften, die nach dem Recht eines US-Staates gegründet wurden, auf die Durchsetzung der Mitbestimmungsregelung.⁶⁸⁴ Aufgrund von Art. XXV Abs. 5 des Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika⁶⁸⁵ vom 29. 10. 1954 komme nämlich bei Sitzverlegungen zwischen diesen Staaten Gründungsrecht und damit keine deutsche Mitbestimmungsregelung zur Anwendung.⁶⁸⁶ Außerdem unterlägen auch Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften in Deutschland nicht dem deutschen Mitbestimmungsgesetz, selbst wenn sie mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen.⁶⁸⁷ Auch das Umwandlungsgesetz kann hier nicht weiterhelfen. Es enthält nämlich keine Regelungen zum Schutz der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer. Lediglich für den Fall der Abspaltung und Ausgliederung bestimmt § 325 UmwG, daß die vor der Umwandlung geltenden Vorschriften zur unternehmerischen Mitbestimmung noch fünf Jahre weiter anzuwenden sind. Diese Regelung zielt jedoch lediglich darauf ab, die unternehmerische Mitbestimmung befristet in den Fällen zu erhalten, in denen durch die Umwandlung die mitbestimmungsrechtlich erforderliche Arbeitnehmeranzahl in dem Unternehmen reduziert wird. Eine solche Reduzierung der Arbeitnehmer tritt jedoch bei einer Formumwandlung bzw. Sitzverlegung nicht ein, da kein Unternehmensteil abgetrennt wird.

⁶⁸² Behrens, ZGR 1994, 1, 11; Großfeld/ König, RIW 1992, 433, 437; S. Schmidt, DWiR 1992, 448, 451.

⁶⁸³ Bungert, AG 1995, 489, 502; Heinze, ZGR 1994, 47, 62 ff.; Kallmeyer, ZIP 1996, 535, 537.

⁶⁸⁴ Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 651.

⁶⁸⁵ BGBl. 1956 II, 487, 500.

⁶⁸⁶ Ebenroth/ Bippus, NJW 1988, 2137, 2142; Roth, RabelsZ 55 (1991), 623, 651.

⁶⁸⁷ Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 349.

(e) Publizität des Wegzuges

Die Publizitätsregelung des § 198 Abs. 2 S. 2, 3, 4 und 5 UmwG, die eine Regelung für den Fall trifft, daß ein Formwechsel mit einer Sitzverlegung zusammenfällt, läßt sich auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen übertragen. § 198 Abs. 2 UmwG bestimmt, daß der neue Rechtsträger in das zuständige Register eingetragen wird, und daß der Formwechsel in das Register der alten formwechselnden Gesellschaft einzutragen und mit dem Vermerk zu versehen ist, so daß die Umwandlung erst mit der Eintragung des neuen Rechtsträgers wirksam wird.

cc. Stellungnahme

Auch wenn im Ergebnis festgestellt werden kann, daß sich die im Umwandlungsgesetz vorgesehenen Schutzmaßnahmen zugunsten der Anteilseigner und Gläubiger im wesentlichen mit denen decken, die für eine grenzüberschreitende Sitzverlegung notwendig wären, kann bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nicht unmittelbar auf das Umwandlungsgesetz zurückgegriffen werden, um die Interessen der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer zu schützen, da das Umwandlungsgesetz weder direkt noch analog anwendbar ist. Allerdings kann man sich an den Grundsätzen des Umwandlungsgesetzes orientieren, um bei einem Wegzug von Deutschland einen vollständigen Interessenschutz zu erreichen. Darüber hinaus ist aber noch ein weitergehender Interessenschutz in den Bereichen erforderlich, in denen das Umwandlungsgesetz auf den vollständigen Schutz gewisser Interessen verzichtet bzw. in denen es aufgrund seines Inlandsbezugs Interessen nicht schützt, die speziell bei transnationalen Fällen gefährdet wären. In jedem Fall wird dem Schutz der Gesellschafter durch die Forderung nach einem einstimmigen Sitzverlegungsbeschluß Rechnung getragen. Dieser wird jedoch in der Praxis nur selten erreicht werden, vor allem wenn an der Gesellschaft eine größere Anzahl von Gesellschaftern beteiligt ist. Die identitätswahrende Sitzverlegung wäre daher, wenn dies die einzige Möglichkeit wäre, in den meisten Fällen zum Scheitern verurteilt.

Der im Umwandlungsgesetz für Formumwandlungen von Kapitalgesellschaften vorgesehene Mehrheitsbeschluß kann nicht einfach auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen übertragen werden, weil ein solcher Beschluß keinen umfassenden Gesellschafterschutz bietet. Der Schutz der Gesellschafter kann aber auch durch einen Mehrheitsbeschluß in Anlehnung an § 240 UmwG erreicht werden, wenn er ausdrücklich in der Satzung vorgesehen ist. In diesem Fall kann jeder „zukünftige“ Gesellschafter bei Gründung der Gesellschaft oder beim Erwerb von Gesell-

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

schaftsanteilen von der Gefahr eines zukünftigen mehrheitlichen Sitzverlegungsbeschlusses Kenntnis nehmen und kann selbst entscheiden, ob er dieses Risiko durch Mitgründung der Gesellschaft bzw. Beitritt zur Gesellschaft in Kauf nimmt. Die Satzungsregelung muß allerdings zum Schutz der Gesellschafter schon bei Gründung der Gesellschaft oder durch einen einstimmigen Beschluß in die Satzung aufgenommen worden sein. Nur in diesem Fall ist das Risiko einer Sitzverlegung durch Mehrheitsbeschluß von Anfang an für die Gesellschafter kalkulierbar oder wurde von allen Gesellschaftern akzeptiert. Im übrigen wird der Interessenschutz der Gesellschafter nach dem Umwandlungsgesetz bei einer Formumwandlung durch den Umwandlungsbericht, den Mindestinhalt, die vorgeschriebene notarielle Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses, die Zustimmungserfordernisse bei Verletzung von Sonderrechten, die Pflicht der Gesellschaft, widersprechenden Anteilseignern eine angemessene Barabfindung anzubieten und durch den Schadensersatzanspruch gegenüber den Verwaltungsorganen sichergestellt. Diese Regelungen runden den Interessenschutz ab und sollten daher auf grenzüberschreitende Sitzverlegungsfälle übertragen werden. Die Gläubiger wären umfassend geschützt, wenn von jedem die Zustimmung zur Sitzverlegung gefordert würde. Doch ebenso wie ein einstimmiger Beschluß der Gesellschafter wird auch die Zustimmung aller Gläubiger zu einer Sitzverlegung in der Praxis nur äußerst selten erreicht. Allerdings bietet die Befriedigung oder eine Sicherheitsleistung den Gläubigern einen umfassenden Schutz, und damit kann eine identitätswahrende Sitzverlegung die Gläubiger nicht mehr in ihren Interessen beeinträchtigen: Mit der Befriedigung erlischt nämlich der Anspruch des Gläubigers, d.h. seine Gläubigerstellung geht verloren; die Sicherheitsleistung führt gem. §§ 232 ff. BGB dazu, daß der Anspruch des Gläubigers durch Sach-, hilfsweise durch Personalsicherheiten gesichert wird, so daß der Anspruch durch Zugriff auf die Sicherheitsleistung verwirklicht werden kann. Nach dem Umwandlungsgesetz (§ 22 UmwG) können alle Gesellschaftsgläubiger, die eine Gefährdung ihres Anspruchs durch die Formumwandlung glaubhaft machen, Sicherheitsleistung von der Gesellschaft verlangen. Soweit jedoch gleichwertige Gläubigerschutzvorschriften im Wegzugs- und im Zuzugsstaat vorliegen, kann der Gläubiger keine Anspruchsgefährdung glaubhaft machen. Die notwendige Glaubhaftmachung der Anspruchsgefährdung stellt keine Beeinträchtigung des Gläubigerschutzes dar, da es billig ist, Schutzmaßnahmen nur zu gewähren, wenn die Gefahr einer Interessenbeeinträchtigung besteht. Die Gläubiger dürfen nicht mit einer automatischen Sicherheitsleistung bei einer Sitzverlegung rechnen, da es sonst in den Fällen, in denen keine Anspruchsgefährdung vorliegt, zu einer Ungleichbehandlung zwi-

schen Alt- und Neugläubigern kommen würde.⁶⁸⁸ Der Rechtsschutz im Ausland stellt im Anwendungsbereich des EuGVÜ kein wesentliches Erschwernis für den Gläubiger dar, da das Übereinkommen die Anerkennung von Entscheidungen erleichtert und ein beschleunigtes Verfahren zur Vollstreckung von Entscheidungen einführt.

Während die europäischen Harmonisierungsrichtlinien zu einer Äquivalenz der Gläubigerschutzrechte in den Aktiengesellschaften der Mitgliedstaaten geführt haben, fehlt es an einer entsprechenden Harmonisierung für die GmbH. Auch eine bilaterale Gleichwertigkeit liegt nicht vor, da das deutsche und das französische GmbH-Recht – insbesondere in Bezug auf das Mindestkapital – unterschiedliche Gläubigerschutzvorschriften aufweisen. Dies hat zur Folge, daß der Gläubigerschutz bei einer Sitzverlegung einer GmbH durch Befriedigung bzw. Sicherheitsleistung zu erfolgen hat. Da es in Frankreich den deutschen Sonderrechten gleichwertige Rechte gibt, kann der Rechtsgedanke des § 23 UmwG aufgegriffen werden und allen Inhabern von Sonderrechten ein gleichwertiges Recht bei der französischen Gesellschaft eingeräumt werden. Insofern bedarf es keiner gesonderten Zustimmung zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung durch die Sonderrechtsinhaber, denn diese werden bereits durch die Einräumung gleichwertiger Rechte geschützt. Bei der Mitbestimmung ist zwischen der Unternehmensmitbestimmung und der betrieblichen Mitbestimmung zu unterscheiden. Während die Unternehmensmitbestimmung dem Gesellschaftsrecht angehört und damit dem Gesellschaftsstatut unterliegt,⁶⁸⁹ ist für die betriebliche Mitbestimmung das Territorialitätsprinzip, d.h. das Recht des Ortes des Betriebes, maßgeblich.⁶⁹⁰ Damit führt die Verlegung des Verwaltungssitzes lediglich zu einer Änderung des auf die Unternehmensmitbestimmung anwendbaren Rechts, während sich die betriebliche Mitbestimmung nur ändert, wenn mit der Sitzverlegung eine Betriebsverlegung verbunden ist.⁶⁹¹ Da es sich um zwei voneinander unabhängige Aktionen handelt, kann es für die Frage einer identitätswahrenden Sitzverlegung dahingestellt bleiben, ob (auch) eine Betriebsverlegung erfolgt und dadurch Arbeitneh-

⁶⁸⁸ Vgl. auch Ganske, § 22 UmwG, S. 76.

⁶⁸⁹ Däubler, RabelsZ 39 (1975), 444, 467; Dütz, Rn. 897; Kaligin, DB 1985, 1449, 1454; Fritz, S. 171; Heinze, ZGR 1999, 54, 56.

⁶⁹⁰ BAG v. 09. 11. 1977; DB 1978, 451; BAG v. 25. 04. 1978, DB 1978, 1840; Heinze, ZGR 1999, 54, 56; Kaligin, DB 1985, 1449, 1454.

⁶⁹¹ Bechtel, S. 154; Fritz, S. 173; Kaligin, DB 1985, 1449, 1454. Im übrigen greift für gemeinschaftsweit operierende Unternehmen (vgl. zur Definition des Begriffs Art. 2, Nr. 1a der Richtlinie) die Richtlinie über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer v. 22. 09. 1994, (94/ 45/ EG), ABl. EG 1994, Nr. L 254/ 64.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

merinteressen beeinträchtigt werden. Es ist also lediglich zu prüfen, ob Arbeitnehmerinteressen an der Unternehmensmitbestimmung durch eine Sitzverlegung beeinträchtigt werden. Da sowohl die Gesellschaftsorgane, in denen die Unternehmensmitbestimmung ausgeübt wird, als auch die Regelung der unternehmerischen Mitbestimmung in Deutschland und Frankreich entscheidend voneinander abweichen, kommt es bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich zu einer Beeinträchtigung der Arbeitnehmerinteressen. Auf den Schutz dieser Interessen kann auch nicht ohne gesetzliche Grundlage verzichtet werden, da das deutsche Mitbestimmungsrecht deutlich macht, daß der deutsche Gesetzgeber den Arbeitnehmern einen besonderen Schutz zukommen lassen wollte. So beruht auch der im Rahmen des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags enthaltene Verzicht auf die deutsche unternehmerische Mitbestimmung, auf die in der Literatur zum Teil verwiesen wird, auf einer gesetzgeberischen Entscheidung. Nicht ausreichend für den Schutz der Arbeitnehmer ist daher das bloße Einfügen einer der deutschen Mitbestimmung vergleichbaren Regelung in die Gesellschaftssatzung, weil eine solche Regelung – anders als die gesetzlichen Vorschriften zur unternehmerischen Mitbestimmung – jederzeit wieder vertraglich oder durch Gesellschaftsbeschluß aufgehoben werden könnten.⁶⁹² Zu einer Verletzung der Arbeitnehmerinteressen kommt es bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich allerdings nicht, soweit das deutsche Unternehmen keiner gesetzlichen Mitbestimmungsregelung unterliegt. Dies ist der Fall, wenn eine GmbH oder Aktiengesellschaft 500 bzw. weniger Arbeitnehmer angestellt hat, denn in diesem Fall sehen weder das Montan-MitbestG noch die §§ 76 BetrVG 1952 eine unternehmerische Mitbestimmung vor.

Im Ergebnis kann daher eine grenzüberschreitende, identitätswahrende Sitzverlegung nur unterhalb der Schwelle unternehmerischer Mitbestimmung erfolgen. Die Publizitätsregelung des § 198 Abs. 2 S. 2-5 UmwG, die eine deklaratorische Registereintragung in das für die alte, formwechselnde Rechtsform zuständige Handelsregister vorsieht, ist aus Drittschutzgründen notwendig, damit Dritte im Wegzugsstaat von der grenzüberschreitenden Sitzverlegung Kenntnis erlangen.⁶⁹³ Um bei einer identitätswahrenden Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich das Fortbestehen der ursprünglichen deutschen Registereintragung zu vermeiden, ist die Regelung des § 198 Abs. 2 S. 2-5 UmwG auf den Sitzverlegungsfall zu über-

⁶⁹² Staudinger/ Großfeld, Rn. 613 f.; a.A. Bungert, AG 1995, 489, 502; Heinze, ZGR 1994, 47, 62 ff.; Kallmeyer, ZIP 1996, 535, 537.

⁶⁹³ Dehmer, § 198 UmwG, Rn. 9; Ganske, § 198, S. 223.

tragen und eine deklaratorische Eintragung der Sitzverlegung in das deutsche Register notwendig.

Die Bekanntmachung des Formwechsels regelt § 201 UmwG, der diese Aufgabe dem für die Eintragung der neuen Rechtsform zuständigen Gericht zuweist. Dieses befindet sich allerdings in Frankreich, so daß im Wegzugsland Deutschland nur eine eingeschränkte Publizität, nämlich nur die Registereintragung des Wegzugs, nicht aber dessen Bekanntmachung vorhanden wäre. Hier ist daher im Wege der Anpassung der Grundgedanke des § 201 UmwG aufzugreifen, d.h. im Wege der Angleichung ist eine Bekanntmachung durch das für die Wegzugseintragung zuständige Registergericht zu fordern, da nur so die Publizität im Wegzugsstaat Deutschland sichergestellt werden kann. Diese Bekanntmachung kann dann für die Frist, in der Gläubiger ihre Ansprüche geltend machen müssen, und die für die Verjährung der Schadensersatzansprüche von Gläubiger und Gesellschafter maßgeblich ist (vgl. §§ 204, 22 Abs. 1 S. 2, 205 Abs. 2 UmwG), herangezogen werden.

b. Zuzug nach Frankreich

aa. Mögliche Interessenschutzmaßnahmen

(a) Anpassung der zuziehenden Gesellschaft

Die zuziehende deutsche Gesellschaft muß sich nach herrschender Meinung an das französische Gesellschaftsrecht anpassen, indem sie ihre Satzung den französischen gesetzlichen Regelungen anpaßt und hierbei insbesondere die Gründungsvorschriften berücksichtigt.⁶⁹⁴

In Bezug auf die Satzungsanpassung ist umstritten, ob lediglich die Vorschriften, die das Außenverhältnis der Gesellschaft betreffen, anzupassen sind, oder ob die Gesellschaft an sämtliche gesellschaftsrechtliche Regelungen angepaßt werden muß. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, daß nur die Vorschriften, die die Tätigkeit der Gesellschaft nach außen betreffen, für Dritte von Interesse sind, so daß nur diese anzupassen sind; sonstige Regelungen, die das Innenleben der Gesellschaft betreffen, sollen beibehalten werden können.⁶⁹⁵ Diese Auffassung ist zu kritisieren, da Vorschriften, die das Innenverhältnis betreffen – insbesondere solche über Struktur und Befugnisse der Gesellschaftsorgane – auch für

⁶⁹⁴ Le Bras, Bull. Joly 1983, 795; Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel, n° 73; Jura Europae/ Schlachter, 30.80., n° 16; Loussouarn/ Bourel, n° 709; Mayer, n° 1065 s.; Menjucq, n° 305; Perroud, Clunet 1926, 561, 569; vgl. zur Anpassung im Einzelnen Kap. 3.C.III.2.b.aa.(a), S. 197

⁶⁹⁵ Démassieux, p. 114.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Außenstehende von Bedeutung sein können, wenn diese mit der Gesellschaft in geschäftlichen Kontakt treten. Eine Aufteilung in Bestimmungen, die das Innen- bzw. das Außenverhältnis der Gesellschaft betreffen, ist für die Frage der Satzungsanpassung also nicht geeignet, da der Schutz Dritter immer Vorrang haben muß.

Nach anderer Ansicht ist zwischen Vorschriften, die eine bleibende Funktion haben, und Vorschriften, die nur bei Gründung der Gesellschaft von Interesse sind, zu unterscheiden. Eine Anpassung soll nur an solche gesellschaftsrechtliche Regelungen erfolgen, denen ein dauerhaftes und nicht nur kurzfristiges Interesse bei Gründung der Gesellschaft zugrunde liegt.⁶⁹⁶ Eine solche Einteilung berücksichtigt jedoch nicht, daß gewisse Vorschriften des französischen Rechts, auch wenn ihnen nur ein kurzfristiges Interesse zugrunde liegt, zwingenden Charakter haben.⁶⁹⁷

Nach der zutreffenden herrschenden Meinung kann nicht in Kategorien festgelegt werden, welche Bestimmungen der Satzung anzupassen sind. Dies muß in jedem Einzelfall und für jede Satzungsregelung gesondert entschieden werden, abhängig auch vom Gründungsrecht der zuziehenden Gesellschaft.⁶⁹⁸ Soweit sich im Wegzugs- und Zuzugsstaat gesetzliche Regelungen entsprechen, ist eine Satzungsanpassung nicht notwendig, wobei allerdings bloße Ähnlichkeiten der Regelungen beider Staaten nicht ausreichen. So werden z.B. bei der Leitung von Aktiengesellschaften in Deutschland und in Frankreich hinsichtlich der neuen Leitungsform einer SA ähnliche Begriffe verwandt – nämlich: Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand bzw. Assemblée, Conseil de surveillance, Directoire, doch besteht keine Identität zwischen den Organen, so daß eine Anpassung erforderlich ist.⁶⁹⁹

Die Anpassung muß derart erfolgen, daß die Satzung den Grunderfordernissen des neuen Rechts entspricht:⁷⁰⁰ es muß also jedenfalls eine Anpassung an die zwingenden Vorschriften des Zuzugsstaates erfolgen. Die Frage welche Vorschriften dispositiven und welche obligatorischen Charakter haben, muß durch Auslegung, insbesondere an Hand des Ziels bestimmt werden, das vom Gesetzgeber des Zuzugsstaates mit der Regelung verfolgt wird.⁷⁰¹ Hierbei ist zu

⁶⁹⁶ Perroud, *Clunet* 1926, 561, 569 s.

⁶⁹⁷ Le Bras, *Bull. Joly* 1983, 795, 803.

⁶⁹⁸ Le Bras, *Bull. Joly* 1983, 795, 803; Loussouarn/ Bredin, n° 280; Loussouarn/ Trochu, *Fasc.* 564-10, n° 251 f.; Pohlmann, S. 95.

⁶⁹⁹ Vgl. die Gegenüberstellung der Organe einer deutschen und einer französischen Aktiengesellschaft in Kap. 3.C.III.1.a.bb.(d), S. 171 vgl. im übrigen Pohlmann, S. 95.

⁷⁰⁰ Pohlmann, S. 95.

berücksichtigen, daß Gesellschaften sowohl einen vertraglichen Charakter haben als auch wirtschaftliche Institutionen sind. Soweit Regelungen den letzteren Aspekt betreffen, insbesondere bei Vorschriften bezüglich der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft, handelt es sich um zwingende Vorschriften. Regelungen, die nur die Anteilsinhaber betreffen, haben vertraglichen Charakter und werden eher dispositiv sein.⁷⁰²

Daneben wird jedoch auch die Auffassung vertreten, daß die Bewertung der Sacheinlagen, die auf die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft Einfluß nimmt, nach deutschem Recht ausreichend sei und die Anpassung auf Grundlage der alten Bewertung erfolgen könne.⁷⁰³ Eine Anpassung der Gesellschaft an die gesetzlichen Regelungen der neuen Rechtsform ist auch bei einer Formumwandlung vorgesehen. So müssen alle Wirksamkeitsvoraussetzungen der neuen Rechtsform erfüllt werden, wobei insbesondere eine Anpassung des Gesellschaftskapitals und der Anzahl der Gesellschafter erforderlich ist. Weiterhin verlieren die bisherigen Leitungs- und Aufsichtsorgane mit dem Formwechsel automatisch ihre Aufgabe, doch können sie möglicherweise in der angepaßten Gesellschaft entsprechende Funktionen wahrnehmen.⁷⁰⁴ Nach anderer Auffassung finden die zwingenden materiellen Vorschriften des Zuzugsstaates unabhängig davon Anwendung, ob eine Satzungsanpassung erfolgt ist.⁷⁰⁵ Alle Satzungsbestimmungen, die das Außenverhältnis der Gesellschaft betreffen und die von obligatorischen Vorschriften abweichen, seien Dritten gegenüber gem. Art. L. 221-5 Abs. 3 CCom (vorm. Art. 14 Abs. 3 Loi n° 66-537) ohnehin unwirksam. Ebenso gälten Satzungsregelungen, die das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffen und gegen zwingendes Recht verstoßen, gem. Art. L. 221-7 Abs. 3 CCom (vorm. Art. 16 Abs. 3 Loi n° 66-537) als nicht geschrieben.⁷⁰⁶

(b) Publizität des Zuzuges

Neben der Anpassung der Gesellschaftssatzung an das französische Recht muß die Gesellschaft die französischen Publizitätserfordernisse berücksichtigen.⁷⁰⁷ Erforderlich ist eine Eintragung der Gesellschaft ins französische Handelsregister, denn erst durch diese Eintragung gilt sie als französische juristische Person, was

⁷⁰¹ Fritz, S. 70; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 252.

⁷⁰² Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-10, n° 252.

⁷⁰³ Pohlmann, S. 95.

⁷⁰⁴ Merle, n° 101, 585.

⁷⁰⁵ Fritz, S. 71; Leleux, Clunet 1967, 140, 143.

⁷⁰⁶ Fritz, S. 71.

⁷⁰⁷ Goldman/ Lyon-Caen/ Vogel, n° 73; Jura Europae/ Schlachter, 30.80., n° 16; Loussouarn/ Bourel, n° 709; Mayer, n° 1065 s.; Menjucq, n° 305.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

wiederum Voraussetzung ist, um sich wirtschaftlich in Frankreich zu betätigen.⁷⁰⁸ Zum Teil wird jedoch die Ansicht vertreten, daß bis zur Eintragung in das französische Handelsregister die Gesellschaft bereits als juristische Person des Wegzugsstaates existiert, so daß durch die Eintragung in das französische Register nicht eine neue juristische Person entsteht, sondern nur die bisherige fortgeführt werde. Daher bestehe zwischen Löschung der Gesellschaft im Register des Wegzugsstaates und der Eintragung der Gesellschaft in das französische Handelsregister die juristische Person zur Durchführung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung (fiktiv) fort.⁷⁰⁹ Dieser Auffassung ist jedoch nicht zuzustimmen, da eine Gesellschaft aus Publizitätsgründen lückenlos entweder im deutschen oder im französischen Handelsregister eingetragen sein muß. In Anlehnung an Art. 289 Décret n° 67-236, der die Bekanntmachung des Sitzverlegungsbeschlusses bei einer den Zuständigkeitsbereich des bisherigen Registergerichts verlassenden inländischen Sitzverlegung regelt, muß auch bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung eine Bekanntmachung des Beschlusses am Zuzugsort verlangt werden.⁷¹⁰

Die anschließende Registereintragung hat nach dem Rechtsgedanken des auf inländische Sitzverlegungsfälle anwendbaren Art. 19 Abs. 1 lit. a Décret n° 84-406 zu erfolgen. Danach muß die Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung in das für den Zuzugsort zuständige Handelsregister eingetragen werden, wobei das Eintragungsverfahren wie bei einer Gesellschaftsneugründung durchgeführt werden muß.⁷¹¹ Außerdem sind dem Registergericht gem. Art. 53 Décret n° 84-406 Ausfertigungen des Sitzverlegungsbeschlusses und der neuen Gesellschaftssatzung zu übergeben. Schließlich ist die Registereintragung gem. Art. 73 Décret n° 84-406 bekannt zu machen.

(c) Notwendigkeit der Gründungskontrolle und Überprüfung des Sitzverlegungsbeschlusses

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, daß eine grenzüberschreitende Sitzverlegung nur wirksam wird, wenn die Gesellschaft im Wegzugsstaat ordnungsgemäß nach dessen Recht errichtet worden ist. Sollte die Gesellschaft wegen der Nichtbeachtung von Formalitäten oder sonstigen Fehlern bei der Errichtung im Gründungsstaat nichtig sein, könne eine grenzüberschreitende Sitzverlegung nicht vorgenommen werden. Der französische Richter habe nicht die Möglichkeit, die

⁷⁰⁸ Le Bras, Bull. Joly 1983, 795, 801.

⁷⁰⁹ Le Bras, Bull. Joly 1983, 795, 801.

⁷¹⁰ Menjucq, n° 308.

⁷¹¹ Mayer, n° 1065; Menjucq, n° 308.

unter dem Recht des Gründungsstaates gemachten Fehler zu beheben. Er müsse vielmehr den Mangel der zuziehenden Gesellschaft berücksichtigen und dafür sorgen, daß der Gesellschaft keine rechtliche Wirkung auf französischem Hoheitsgebiet zukommt.⁷¹²

Nach anderer Ansicht erfordert die Zulässigkeit einer identitätswahrenden grenzüberschreitenden Sitzverlegung außerdem, daß der Sitzverlegungsbeschluß ordnungsgemäß nach den Vorschriften des Wegzugsstaates ergangen ist.⁷¹³

bb. Stellungnahme

Die Anpassung der Gesellschaft an die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen des Zuzugsstaates Frankreich ist unabdingbar, denn erst durch diese Anpassung vollzieht sich die grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegung: mit der Anpassung wird die ausländische Gesellschaft zur französischen Gesellschaft.

Die Gesellschaft muß sich an alle zwingenden französischen Vorschriften anpassen, da sie dieselben gesetzlichen Erfordernisse erfüllen muß wie eine französische Gesellschaft. Es kann daher bei der Anpassung nicht darauf abgestellt werden, ob die gesetzlichen Bestimmungen das Außen- oder das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffen bzw. ob sie von dauerhaftem oder kurzfristigem Nutzen sind. Allerdings werden vielfach Vorschriften, die das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffen, dispositiv sein, während Bestimmungen die das Außenverhältnis regeln, meist zwingenden Charakter haben.

In Frankreich ist daher auch eine Anpassung an die für die neue Rechtsform geltende Anzahl der Gesellschafter notwendig. So existiert nämlich in Frankreich für die SARL eine maximale Gesellschafteranzahl (Art. L. 223-3 CCom (vorm. Art. 36 Loi n° 66-537)) und für die SA eine Mindestanzahl an Gesellschaftern (Art. L. 225-1 S. 2 CCom (vorm. Art. 73 S. 2 Loi n° 66-537)), wobei sich diese Zahlen nicht nur auf die Gründung der Gesellschaft beziehen, sondern während der gesamten Existenz der Gesellschaft Gültigkeit haben. Daher sind die Vorschriften über die Anzahl der Gesellschafter auch auf bereits existierende Gesellschaften anzuwenden. Die Bekanntmachung des Sitzverlegungsbeschlusses und die Registereintragung sowie die Bekanntmachung des Zuzugs der deutschen Gesellschaft nach Frankreich sind für die Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach Frankreich notwendig. Registereintragung und Bekanntmachung dienen dem Drittschutz und haben daher zwingenden Charakter.

⁷¹² Le Bras, Bull. Joly 1983, 795, 799.

⁷¹³ Loussouarn/ Bourel, n° 709.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Die Gesellschaft, die bisher als deutsche juristische Person existierte, wird mit der Eintragung in das französische Handelsregister unter Aufrechterhaltung ihrer Rechtspersönlichkeit zu einer französischen juristischen Person. Allerdings verliert die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit, wenn sie bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung zeitweilig in keinem der beteiligten Staaten im Handelsregister eingetragen ist. Das Fortbestehen der juristischen Person kann in diesem Fall nicht angenommen werden, da sowohl nach den zwingenden deutschen als auch nach den französischen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen eine Registereintragung notwendig ist. Daher muß die grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegung in einer Weise durchgeführt werden, daß die Gesellschaft immer die Rechtsfähigkeit nach dem Recht wenigstens eines der beteiligten Staaten behält.⁷¹⁴ Nicht zugestimmt werden kann der Auffassung, die bei Zuzug einer deutschen Gesellschaft nach Frankreich eine vollständige Gründungskontrolle durch den französischen Richter verlangt. Es kommt nicht darauf an, ob die deutsche Gesellschaft alle deutschen Gründungsvoraussetzungen eingehalten hat, da sie sich ohnehin vollständig dem französischen Recht anpassen muß. Die Anpassungskontrolle erfolgt dabei auf dieselbe Weise wie bei einer Gesellschaftsneugründung. So hat das französische Handelsregister bei einer Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich in Anlehnung an Art. 30 Abs. 2 Décret n° 84-406 zu prüfen, ob die angepaßte Gesellschaftssatzung den französischen Vorschriften entspricht. Allerdings muß beim Zuzug überprüft werden, um welchen Gesellschaftstyp es sich bei dem zuzuziehenden deutschen Gebilde handelt. Ein Gründungsfehler in Deutschland kann insoweit bewirken, daß nicht der beabsichtigte Gesellschaftstyp zustande gekommen ist, sondern daß aufgrund des Typenzwangs von einer anderen deutschen zuziehenden Gesellschaftsform auszugehen ist.⁷¹⁵

c. Ergebnis: Zusammenfassung der erforderlichen Interessenschutzmaßnahmen bei einer Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich

Weder aus einer nationalen gesetzlichen Regelung noch aus dem (auch nicht analog anwendbaren) Umwandlungsgesetz ergibt sich eine Verpflichtung der deutschen (Register)Gerichte, grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegungen von Deutschland nach Frankreich zuzulassen. Theoretisch ist allerdings eine nicht interessenverletzende grenzüberschreitende Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich möglich, wenn entsprechende Interessenschutzvorkehrun-

⁷¹⁴ Dies ist durch einen Bedingungs Zusammenhang möglich: vgl. Kap. 3.C.II.2.c., S. 142

⁷¹⁵ Vgl. hierzu auch Kap. 3.C.V., S. 207 ff.

gen vorgenommen werden:

Hierzu ist, im Interesse des Gesellschafterschutzes, bei Wegzug aus Deutschland zunächst die Erstellung eines Sitzverlegungsberichts und anschließend ein einstimmiger bzw. ein bereits in der Gesellschaftssatzung vorgesehener mehrheitlicher Sitzverlegungsbeschluß erforderlich. Der Sitzverlegungsbeschluß muß in Anlehnung an das Umwandlungsgesetz einen gewissen Mindestinhalt aufweisen und notariell beurkundet werden. Außerdem sind auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen diejenigen Formumwandlungsvorschriften zu übertragen, die die Zustimmungserfordernisse bei Verletzungen von Sonderrechten regeln (§ 241 f. UmwG), die den Schadensersatzanspruch der Gesellschafter gegenüber den Verwaltungsorganen vorsehen (§ 205 f. UmwG) und die die Gesellschaft verpflichten, widersprechenden Anteilseignern eine angemessenen Barabfindung anzubieten (§ 207 UmwG).

Weiterhin müssen Gläubiger, die eine Gefährdung ihres Anspruchs durch die Formumwandlung glaubhaft machen, das Recht haben, eine Sicherheitsleistung von der Gesellschaft zu verlangen (§§ 22, 204 UmwG). Den Sonderrechtsinhabern sind nach dem Rechtsgedanken des § 23 UmwG gleichwertige Rechte in der französischen Satzung einzuräumen. Unter Berücksichtigung der im Umwandlungsgesetz vorgesehenen Publizitätsregelungen muß schließlich die grenzüberschreitende Sitzverlegung in das deutsche Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht werden.

Allerdings ist ein Wegzug aus Deutschland nur unterhalb der Schwelle unternehmerischer Mitbestimmung möglich, weil sich die deutschen und französischen Mitbestimmungsregelungen nicht gleichen.

Die Gesellschaft muß sich an alle zwingenden französischen Vorschriften anpassen, den Sitzverlegungsbeschluß bekannt machen und den Zuzug der Gesellschaft ins französische Handelsregister eintragen, wobei dem Registergericht eine Ausfertigung des Sitzverlegungsbeschlusses und der neuen Gesellschaftssatzung zu übergeben ist. Anschließend ist die Registereintragung bekannt zu machen.

Die Löschung der Gesellschaft aus dem deutschen Register und die Eintragung in das französische Handelsregister müssen durch einen Bedingungszusammenhang so gekoppelt werden, daß die Gesellschaft immer die Rechtsfähigkeit nach dem Recht wenigstens eines der beteiligten Staaten behält.

2. Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland

a. Wegzug aus Frankreich

aa. Anwendbarkeit der französischen Formumwandlungsvorschriften

Gem. Art. L. 210-6 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 5 Abs. 1 Loi n° 66-537) führt eine ordnungsgemäß vollzogene Formumwandlung in Frankreich nicht zur Schaffung einer neuen Rechtsperson, sondern läßt die Rechtsperson bestehen. Da die Formumwandlung auch in Frankreich die Änderung der Rechtsform einer Gesellschaft unter Aufrechterhaltung ihrer Rechtsfähigkeit bedeutet,⁷¹⁶ können die Vorschriften für eine inländische französische Formumwandlung auf grenzüberschreitende Sitzverlegungsfälle übertragen werden.

Ähnlich wie in Deutschland beim UmwG, dürfen auch in Frankreich die inländischen französischen Formumwandlungsvorschriften nicht direkt oder analog auf grenzüberschreitende Sitzverlegungsfälle angewandt werden, da sie sich lediglich auf Inlandsfälle beschränken. Dies ergibt sich aus der eigenständigen Regelung der transnationalen Sitzverlegung in den Art. L. 223-30 Abs. 1 und Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 60 Abs. 1 und Art. 154 Loi n° 66-537).⁷¹⁷ Soweit allerdings die gesetzliche Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung Lücken aufweist, ist eine Sitzverlegung nur möglich, wenn keine Interessenverletzung eintritt. Insofern können auch einzelne Rechtsgedanken des Interessenschutzes, die in den Formumwandlungsvorschriften enthalten sind auf grenzüberschreitende Sitzverlegungsfälle übertragen werden.

bb. Mögliche Interessenschutzmaßnahmen

(a) Schutz der Anteilseigner

Art. L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 60 Abs. 1 Loi n° 66-537) sieht für die Sitzverlegung einer SARL von Frankreich ins Ausland einen einstimmigen Gesellschafterbeschuß vor, während Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 154 Loi n° 66-537) für eine SA einen mehrheitlichen Sitzverlegungsbeschuß vorsieht, allerdings nur, soweit ein besonderes Abkommen mit dem Aufnahmeland existiert. Da ein solches Abkommen zwischen Deutschland und Frankreich nicht besteht, ist nach herrschender Meinung der Wegzug einer SA nur aufgrund eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses möglich,⁷¹⁸ durch den grundsätzlich alle

⁷¹⁶ Merle, n° 98.

⁷¹⁷ Vgl. zum UmwG Kap. 3.C.III.1.a.aa., S. 155 ff.

⁷¹⁸ Zu den Art. L. 223-30 und L. 225-97 CCom (vorm. Art. 60 und 154 Loi n° 66-537) vgl. näher

Gesellschafterinteressen gewahrt werden.

Da sich die Forderung nach Einstimmigkeit des Sitzverlegungsbeschlusses aus dem Gesetz ergibt, ist keine Abweichung möglich. Insbesondere kann nicht, wie in Deutschland, mit Hilfe einer entsprechenden ausdrücklichen Satzungsregelung ein Mehrheitsbeschluß hinsichtlich der grenzüberschreitenden Sitzverlegung eingeführt werden.⁷¹⁹

Bezüglich einer Formumwandlung verlangt Art. L. 223-43 Abs. 3 bzw. Art. L. 225-244 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 69 Abs. 3 bzw. Art. 237 Abs. 1 Loi n° 66-537), daß vor der Abstimmung über den Formumwandlungsbeschluß ein Bericht über die Situation der Gesellschaft vom Commissaire aux comptes erstellt wird. Dieser muß bei einer Formumwandlung von einer SA in eine SARL bestätigen, daß das tatsächliche Kapital (capitaux propres) der Gesellschaft mindestens dem Stammkapital entspricht. Außerdem ist gem. Art. L. 224-3 CCom (vorm. Art. 72-1 Loi n° 66-537) bei der Formumwandlung einer SARL in eine SA die Erstellung eines Berichts durch den auf Antrag eines Gesellschaftsgeschäftsführers gerichtlich bestellten Commissaire à la transformation notwendig, der für die Bewertung der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens und der Sondervorteile zuständig und verantwortlich ist.

Auch wenn die Gesellschafter bei einer Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland bereits durch den notwendigen einstimmigen Beschluß umfassend geschützt werden, würde sowohl ein Bericht über die Situation der Gesellschaft durch den Commissaire aux comptes als auch die Erstellung eines Berichts über die Bewertung der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens und der Sondervorteile durch den Commissaire à la transformation den Gesellschaftern die Entscheidung über den Sitzverlegungsbeschluß erleichtern. Daher sollten die in den erwähnten Formumwandlungsvorschriften enthaltenen Rechtsgedanken zum Gläubigerschutz auf Sitzverlegungsfälle übertragen werden.

(b) Schutz der Gläubiger

Zum Teil wird behauptet, daß ein Schutz der Gläubiger bei einer internationalen Sitzverlegung nicht erforderlich sei.⁷²⁰ Verwiesen wird hierzu auf den Gläubiger einer natürlichen Person, der gegen die Verlegung des Wohnsitzes und die Änderung der Staatsangehörigkeit seines Schuldners keine Einwände vorbringen kann, da beide Vorgänge Wirkung erga omnes haben. Ebenso müsse der Gläubiger einer

Kap. 3.C.II.2.c.bb.(a), S. 147

⁷¹⁹ A.A. Perroud (Clunet 1926, 561, 565), jedoch in Bezug auf die Rechtslage vor Einführung des französischen Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537).

⁷²⁰ Arminjon, p. 91; ebenso Süß, FS Lewald, S. 603, 611.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

juristischen Person eine grenzüberschreitende Sitzverlegung der Gesellschaft und die daraus folgende Änderung des Gesellschaftsstatuts und der Nationalität hinnehmen, da auch diese erga omnes wirken.⁷²¹ Nach richtiger Ansicht darf auch die erga omnes Wirkung der Sitzverlegung zu keiner Interessenverletzung auf Seiten der Gläubiger führen, da die Sitzverlegung gerade nur zulässig ist, wenn sie zu keiner Interessenverletzung führt. Allerdings bewirken die Publizitätsregelungen, daß die Gläubiger bei einer grenzüberschreitenden identitätswahrenden Sitzverlegung ausreichend geschützt werden, soweit der Anspruch des Gläubigers durch Immobiliarsicherheiten gesichert ist. Die Sitzverlegung kann Gläubigern gegenüber erst geltend gemacht werden, wenn ihre Eintragung ins Register erfolgt ist, wobei den Altgläubigern gegenüber die Eintragung im Wegzugsstaat maßgeblich ist, während für Dritte die Eintragung im Zuzugsstaat entscheidend ist. Wenn der Anspruch des Gläubigers durch eine dingliche Immobiliarsicherheit geschützt wird, ist ein weitergehender Schutz nicht erforderlich, da die Sicherheit auch nach der Sitzverlegung weiterbesteht und sich auch weiterhin nach dem bisherigen Recht richtet, nämlich nach dem Recht des Staates, in dem sich die Immobilie befindet.⁷²² Alle anderen Gläubiger, d.h. solche, deren Ansprüche durch Mobiliarsicherheiten oder überhaupt nicht gesichert sind, werden durch die Sitzverlegung in ihren Interessen beeinträchtigt und haben daher einen Anspruch auf bessere Sicherheiten vor dem Wirksamwerden der Sitzverlegung oder auf Befriedigung ihres Anspruchs.⁷²³ Bei einer Formumwandlung behalten Gläubiger, deren Ansprüche vor der Formumwandlung entstanden sind, alle Rechte und Ansprüche, wobei die Vorschriften weitergelten, die vor der Umwandlung auf die Gesellschaft Anwendung gefunden haben. Damit kann die Gesellschaft durch die Formumwandlung nicht ihren Verpflichtungen den Gläubigern gegenüber entkommen.⁷²⁴ Die Gläubiger haben somit nach der Formumwandlung dieselbe Rechtsstellung wie vor der Restrukturierung und sind in ihren Interessen nicht betroffen. Insbesondere behalten sie auch die Sicherheiten, die ihnen vor der Formumwandlung bestellt worden sind, da bei der Formumwandlung keine neue juristische Person geschaffen wird, sondern lediglich die alte Gesellschaft umgewandelt wird.⁷²⁵ Zugleich profitieren die Altgläubiger auch von den neuen Sicherheiten, die ihnen die Gesellschaft neuer Rechtsform möglicherweise bietet, wie z.B. ein erhöhtes

⁷²¹ Arminjon, p. 91; ebenso Süß, FS Lewald, S. 603, 611.

⁷²² Menjucq, n° 334.

⁷²³ Menjucq, n° 334.

⁷²⁴ Paris 25. 05. 1993, Bull. Joly 1993, n° 54, 871; Rép. min., Rev. Soc. 1994, 170; Merle, n° 103.

⁷²⁵ Cass. Com., 02. 10. 1979, Rev. Soc. 1981, 73, 74; Cass. Com., 09. 04. 1973, D. 1973, Jur., 753; Rép. min., Rev. Soc. 1994, 170; Merle, n° 103.

Stammkapital. Da die Gesellschafter mit der Zustimmung zur Formumwandlung auch der Übernahme der Passiva unter die neue Rechtsform zugestimmt haben, ist dieser Gläubigervorteil unschädlich.⁷²⁶

(c) Schutz der Inhaber von Sonderrechten

Fraglich ist, wie die Interessen von Gesellschaftern ohne Stimmrecht bei einer Sitzverlegung geschützt werden, da die Regelung des Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 154 Loi n° 66-537) diese Gesellschafter nicht berücksichtigt. Zu der Zeit, als die diesem Artikel zu Grunde liegende steuerrechtliche Verordnung vom 07. 01. 1959 erlassen wurde, waren Aktien ohne Stimmrecht noch weitgehend unbekannt. Heute ist die Vergabe von Aktien ohne Stimmrecht wesentlich weiter verbreitet, doch der Gesetzgeber hat bisher die erforderliche Anpassung dieses Artikels nicht vorgenommen. Er ist wohl davon ausgegangen, daß grenzüberschreitende Sitzverlegungen in (noch zu schließenden) Abkommen im Sinne des Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 154 Loi n° 66-537) detaillierter geregelt werden, so daß ihm das Bedürfnis einer Regelung hinsichtlich der Aktionäre ohne Stimmrecht nicht dringlich erschien. Allerdings ist es nie zum Abschluß solcher Verträge gekommen, was bei der Auslegung dieser Norm Berücksichtigung finden muß. Insbesondere mit der Einführung von Art. 376 des Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537, jetzt Art. L. 236-9 CCom) durch das Reformgesetz vom 05. 01. 1988 hat der französische Gesetzgeber gezeigt, daß er der zunehmenden Ausgabe von Aktien ohne Stimmrecht Rechnung trägt. Deshalb muß der hinter Art. L. 236-9 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 376 Abs. 2 Loi n° 66-537) stehende Gedanke des Schutzes von Aktionären ohne Stimmrecht bei Fusionen und Spaltungen auf Sitzverlegungen übertragen werden, was bedeutet, daß auch eine Sitzverlegung von der Versammlung der Aktionäre ohne Stimmrecht gebilligt werden muß.⁷²⁷

Gem. Art. L. 228-13 CCom (vorm. Art. 269-2 Loi n° 66-537) geben die französischen Aktien ohne Stimmrecht ein Anrecht auf eine erhöhte Dividendenauszahlung und entsprechen somit den deutschen Vorzugsaktien ohne Stimmrecht gem. §§ 139 ff., 12 Abs. 1 S. 2 AktG. Damit reicht für eine grenzüberschreitende Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland Sitzverlegung durch die Versammlung der Aktionäre ohne Stimmrecht mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen (Art. L. 225-99 Abs. 3, Art. L. 225-96 Abs. 3 CCom (vorm. Art. 156 Abs. 3, Art. 153 Abs. 3 Loi n° 66-537)) analog Art. L. 236-9 Abs. 2 CCom (vorm.

⁷²⁶ Merle, n° 103.

⁷²⁷ Menjuq, n° 313; vgl. zu dieser Regelung auch die Ausführungen bei der transnationalen Fusion: Kap. 4.C.V.2.a.bb.(a), S. 282

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Art. 376 Abs. 2 Loi n° 66-537) aus. Weiterhin ist der Rechtsgedanke des Art. L. 225-244 Abs. 4 CCom (vorm. Art. 237 Abs. 2 Loi n° 66-537) auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen zu übertragen, der bei einer französischen Formumwandlung die Zustimmung der Versammlung der Obligationeninhaber vorschreibt. Die Vorschrift dient dem Schutz der Obligationeninhaber, der ihnen auch bei der „Formumwandlung“ in der Form einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung zukommen muß. Danach bedarf der Sitzverlegungsbeschluß der Zustimmung der Versammlung der Obligationeninhaber mit der einfachen Mehrheit der Stimmen.

(d) Schutz der Arbeitnehmer

Teilweise enthält das französische Recht der betrieblichen Mitbestimmung Ordnungsvorschriften, die zwingend Anwendung finden, soweit eine Gesellschaft auf französischem Hoheitsgebiet tätig wird, und zwar unabhängig von dem auf die Gesellschaft anwendbaren Gesellschaftsrecht. So sind die Vorschriften hinsichtlich des Comité central d'entreprise und des Délégué central d'entreprise (= Délégué du personnel) auch bei einer Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Ausland anzuwenden.⁷²⁸ Die Arbeitnehmer einer Gesellschaft behalten nach einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung dieselben Rechte der Arbeitnehmervertretung wie vor der Restrukturierung, allerdings nur, soweit die französischen Vorschriften über die Arbeitnehmervertretung mit dem Recht des Auslandes, in dem sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft befindet, kompatibel sind.⁷²⁹

Die unternehmerische Mitbestimmung unterliegt allerdings sowohl nach deutscher als auch nach französischer Auffassung dem Gesellschaftsstatut,⁷³⁰ so daß die französischen Regelungen zur unternehmerischen Mitbestimmung nach einer Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland nicht mehr zur Anwendung kommen. Da die Arbeitnehmer einer französischen Gesellschaft keinen Anspruch auf unternehmerische Mitbestimmung haben, sie aber nach einer Sitzverlegung nach Deutschland als Arbeitnehmer einer deutschen Gesellschaft dem zwingenden deutschen Mitbestimmungsrecht unterliegen, werden sie durch die Sitzverlegung in ihren Rechten besser gestellt.⁷³¹

⁷²⁸ Conseil d'Etat, 29. 06. 1973, Rev. crit. dr. int. pr. 1974, 344, 348 f.; Cass. Soc., 03. 03. 1988, Clunet 1989, 78, 79.

⁷²⁹ Cass. Soc., 03. 03. 1988, Clunet 1989, 78, 79.

⁷³⁰ Dütz, Rn. 897; Fritz, S. 171; Kaligin, DB 1985, 1449, 1454.

⁷³¹ Vgl. hierzu auch die Ausführungen zur deutschen und französischen Mitbestimmung in Kap. 3.C.III.1.a.bb.(d), S. 171 ff.

(e) Zur Publizität des Wegzuges

Die Registereintragung und die Bekanntmachung des Wegzuges einer französischen Gesellschaft ist gesetzlich nicht geregelt. Nach einhelliger Meinung ist jedoch bei Wegzug einer Gesellschaft die Eintragung der Sitzverlegung und die Löschung der französischen Gesellschaft im französische Handelsregister erforderlich.⁷³² Art. 19, 53, 75 Décret n° 84-406 und die Art. 287 und 289 Décret n° 67-236 sehen eine Regelung der Registereintragung und Bekanntmachung der Sitzverlegung lediglich bei inländischen Sitzverlegungen vor.

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, daß diese Vorschriften auch auf grenzüberschreitende Sitzverlegungsfälle heranzuziehen sind.⁷³³ Die grenzüberschreitende Sitzverlegung sei nämlich mit der inländischen Sitzverlegung vergleichbar, da in beiden Fällen der Zuständigkeitsbereich des bisherigen Registergerichts verlassen wird.

Die französischen Vorschriften können allerdings nur hinsichtlich der Eintragung und Bekanntmachung am Wegzugsort Anwendung finden, da das französische Recht nicht den Zuzug nach Deutschland und insbesondere nicht die dortige Registereintragung bzw. Bekanntmachung regeln kann.⁷³⁴

Zunächst ist daher die Sitzverlegung bekannt zu machen. Dies erfolgt analog Art. 289 Décret n° 67-236,⁷³⁵ da diese Vorschrift eigentlich nur eine Bekanntmachung am Zuzugsort vorsieht; der Drittschutz verlangt jedoch auch eine Bekanntmachung der Sitzverlegung am Wegzugsort.

Für die anschließende Registereintragung im Wegzugsstaat ist die Regelung des Art. 19 Décret n° 84-406 maßgeblich, nach der das Register des Wegzugsortes vom Register des Zuzugsortes über die Sitzverlegung informiert wird, so daß die Löschung der weggezogenen Gesellschaft im Register des Wegzugsortes von Amts wegen erfolgen kann.

Allerdings fehlt es bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung an der Mitteilung des Zuzugsregistergerichts, da sich dieses in Deutschland befindet und nicht der zur Mitteilung zwingenden Regelung des Art. 19 Décret n° 84-406 unterliegt. Das Register des Zuzugsortes kann daher die Gesellschaft verpflichten die Information über die Eintragung des Sitzwechsels in ihr Register dem Register des Wegzugsortes bekannt zu geben. Da Eintragung in das Register des Zuzugsortes

⁷³² Le Bras, Bull. Joly 1983, 759, 797; Mayer, n° 1065; Menjucq, n° 308.

⁷³³ So Mayer, n° 1065, Fn. 52; Menjucq (n° 308) zumindest für die Bekanntmachung der Sitzverlegung.

⁷³⁴ Vgl. Mayer, n° 1065; allgemein: Le Bras, Bull. Joly 1983, 759, 797; Pohlmann, S. 91.

⁷³⁵ Menjucq, n° 308.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

unter der Bedingung der Löschung der Gesellschaft aus dem Register des Wegzugsortes erfolgt ist, liegt es im Interesse der Gesellschaft, daß die Löschung der Gesellschaft aus dem Register des Wegzugsortes erfolgt, denn erst dann wird die Sitzverlegung wirksam.

Als Anlage sind dem Antrag auf Löschung gem. Art. 53 Abs. 1 n° 1 und n° 2 Décret n° 84-406 zwei Ausfertigungen oder Originale des Sitzverlegungsbeschlusses und der neuen Gesellschaftssatzung beizufügen.

Die Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister des Wegzugsstaates ist schließlich gem. Art. 75 Décret n° 84-406 bekannt zu machen. Ein ähnliches Ergebnis ergibt sich auch bei Übertragung der französischen Formumwandlungsvorschriften auf die Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland, da die Formumwandlung den auch bei sonstigen Satzungsänderungen anzuwendenden Publizitätsvorschriften unterliegt.⁷³⁶ Erst mit der vollständigen Erfüllung aller Publizitätsformalitäten wird die Formumwandlung Dritten gegenüber wirksam.⁷³⁷ Dies muß aus Drittschutzgründen auch für die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland gelten.

cc. Stellungnahme und Vergleich mit der Rechtslage bei Wegzug aus Deutschland

Aufgrund der ausdrücklichen Regelung in den Art. L. 225-97 und L. 223-230 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 154 und 60 Abs. 1 Loi n° 66-537) ist ein einstimmiger Beschluß über eine grenzüberschreitende Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland erforderlich, so daß der Schutz der stimmberechtigten Anteilseigner gewahrt ist.

Demgegenüber ist eine Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich mangels anderweitiger ausdrücklicher gesetzlicher Regelung auch durch einen Mehrheitsbeschluß möglich, wenn dieser in der Gesellschaftssatzung vorgesehen ist. Die in den Art. L. 223-43, L. 225-244 Abs. 1, L. 224-3 CCom (vorm. Art. 69 Abs. 3, 237 Abs. 1, Art. 72-1 Loi n° 66-537) enthaltenen Grundgedanken, nämlich der Bericht über die Situation der Gesellschaft und die Werthaltigkeitsbericht, der eine Bewertung des Gesellschaftsvermögens und der Sondervorteile enthält, können auf Sitzverlegungen von Frankreich nach Deutschland übertragen werden, denn sie führen dazu, daß die Gesellschafter die für eine Entscheidung über die Sitzverlegung notwendigen Informationen erhalten und dienen damit dem (zusätzlichen) Schutz der Gesellschafterinteressen.

⁷³⁶ Art. L. 225-244 Abs. 3 CCom (vorm. Art. 237 Abs. 3 Loi n° 66-537); vgl. auch Merle, n° 100.

⁷³⁷ Cour d'appel de Paris 28. 03. 1990, D. 1990, Jur., 428.

Eine ähnliche Funktion hat im umgekehrten Fall einer Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich die dem Umwandlungsgesetz entnommene und auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen übertragene Pflicht zur Erstellung eines Sitzverlegungsberichts, der den Anteilsinhabern vorab die Gründe für die Sitzverlegung und die Folgen für ihre Anteile erläutert und dem eine Vermögensaufstellung beigelegt ist.

Durch die Befriedigung des Gläubigeranspruchs werden die Gläubigerinteressen bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung umfassend geschützt, da mit der Befriedigung der Anspruch des Gläubigers erlischt. Der Schutz der Gläubigerinteressen ist jedoch auch dann gewahrt, wenn den Gläubigern bereits ausreichende Sicherheiten zustehen oder ihnen diese vor der grenzüberschreitenden Sitzverlegung eingeräumt werden. Als Sicherheiten kommen vor allem Immobiliarsicherheiten in Betracht, da diese auch noch nach der Sitzverlegung dem Recht des Wegzugsstaates unterliegen, wenn sich die Immobilie im Hoheitsgebiet dieses Staates befindet.

Maßgeblich für den Schutz der Gläubigerinteressen ist eine Gefährdung der Ansprüche, d.h. Gläubigerschutzmaßnahmen sind nicht erforderlich, wenn beispielsweise die Gläubigerschutzvorschriften in Wegzugs- und Zuzugsstaat gleichwertig sind und der Rechtsschutz im Ausland keine wesentliche Erschwernis für den Gläubiger darstellt.⁷³⁸ Der Auffassung, die aufgrund der erga omnes-Wirkung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung davon ausgeht, daß ein Schutz der Gläubigerinteressen nicht notwendig ist, kann nicht zugestimmt werden. Gerade weil die grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegung Wirkung gegen jedermann hat und keine anderweitige gesetzliche Regelung vorhanden ist, kann sie nur vorgenommen werden, wenn durch die Restrukturierung keine beteiligten Interessen verletzt werden. Anders als bei der französischen Formumwandlung kann bei einer Sitzverlegung nicht davon ausgegangen werden, daß die Anteilsinhaber nach dem Restrukturierungsvorgang noch dieselben Rechte haben wie zuvor. Zwar „übernimmt“ die zuziehende Gesellschaft aufgrund der identitätswahrenden Wirkung der Sitzverlegung automatisch die zuvor eingegangenen Verpflichtungen, denn zuziehende und wegziehende Gesellschaft sind dieselbe juristische Person; aufgrund des Gesellschaftsstatutswechsels richtet sich jedoch die Haftung nach der Sitzverlegung nach den Vorschriften des Zuzugsstaates. Der materiellrechtliche Aspekt des Gläubigerschutzes darf das kollisionsrechtliche Ergebnis des Gesellschaftsstatutswechsels⁷³⁹ nicht umgehen bzw. aushebeln, so

⁷³⁸ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(b), S. 164 ff. und 3.C.III.1.a.cc., S. 176 ff.

⁷³⁹ Vgl. hierzu Kap. 3.B.I.1., S. 111 ff.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

daß es nicht möglich ist, hinsichtlich der Altgläubiger noch gesellschaftsrechtliche Regeln des Wegzugsstaates anzuwenden. Soweit den Gläubigern hieraus Nachteile erwachsen, können sie zum Ausgleich Befriedigung ihrer Ansprüche vor der grenzüberschreitenden Sitzverlegung verlangen. Gesellschafter ohne Stimmrecht bedürfen eines besonderen Interessenschutzes, weil sie mangels Stimmrecht nicht in den Entscheidungsprozeß über die grenzüberschreitende Sitzverlegung einbezogen sind. So macht Art. L. 236-9 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 376 Abs. 2 Loi n° 66-537) deutlich, daß der Gesetzgeber die Interessen der Gesellschafter ohne Stimmrecht bei Restrukturierungen schützen möchte. Der Grundgedanke dieser Regelung kann und muß auch auf grenzüberschreitende Sitzverlegungsfälle übertragen werden.

Fraglich ist, ob Art. L. 236-9 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 376 Abs. 2 Loi n° 66-537) bzw. der hinter dieser Vorschrift stehende Grundgedanke dispositives Recht darstellt und durch eine anderweitige Satzungsregelung umgangen werden kann. Da aber der Gesetzgeber die Möglichkeit abweichender Satzungsvereinbarungen ausdrücklich in den Vorschriften des Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) geregelt hat (vgl. beispielsweise Art. 57, 58 Abs. 3, 118, 259 (jetzt Art. L. 223-27, L. 223-28 Abs. 3, L. 225-57, L. 226-11 CCom), muß der Gesetzessystematik entnommen werden, daß Vorschriften ohne entsprechende ausdrückliche Ausnahmeregelung nicht zur Disposition stehen und daher nicht durch Satzungsvereinbarungen aufgehoben werden können. Diese Systematik muß auch für den hinter einer nicht dispositiven Vorschrift stehenden Grundgedanken gelten, der auf andere Fälle übertragen wird.

Bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland bedarf es deshalb, anders als im umgekehrten Fall, eines mehrheitlichen Zustimmungsbeschlusses der Versammlung der Gesellschafter ohne Stimmrecht.⁷⁴⁰

Dasselbe gilt für die Versammlung der Obligationeninhaber: auch diese muß durch einen Mehrheitsbeschluß der grenzüberschreitenden Sitzverlegung zustimmen. Denn auch bei Art. L. 225-244 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 237 Abs. 2 Loi n° 66-537), dessen Interessenschutzregelung auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen übertragen wird, handelt es sich aus den oben dargestellten Gründen um eine nicht dispositive Vorschrift. Allein die Tatsache, daß mit dem durch die grenzüberschreitende Sitzverlegung verursachten Gesellschaftsstatutswechsel die französischen Vorschriften zur unternehmerischen Mitbestimmung keine Anwendung mehr finden, führt nicht zu einer Interessenbeeinträchtigung der Arbeitnehmer. Zu dieser kommt es lediglich dann, wenn Rechte und Ansprüche der

⁷⁴⁰ In Bezug auf Verschmelzungen vgl. Ziegler, S. 19.

Arbeitnehmer durch die Nichtanwendung französischen Rechts verletzt werden. Die unternehmerische Mitbestimmung ist jedoch in Frankreich für die SARL gesetzlich überhaupt nicht vorgesehen, so daß es keine Rechte oder Ansprüche gibt, die verletzt werden könnten. Auch hinsichtlich der unternehmerischen Mitbestimmung in einer SA ist kein Interessenschutz erforderlich, da die unternehmerische Mitbestimmung in der SA auf freiwilliger Basis beruht.⁷⁴¹ Den Arbeitnehmern steht somit nach französischem Recht zu keiner Zeit ein Anspruch auf eine unternehmerische Mitbestimmung zu, so daß ihnen durch die grenzüberschreitende Sitzverlegung auch kein Recht entzogen wird und daher kein Schutzbedürfnis besteht. Die Registerlöschung der wegziehenden Gesellschaft im französischen Handelsregister und die Bekanntmachung dieser Löschung sind aus Gründen des Schutzes Dritter erforderlich, damit diese am Wegzugsort vom Wegzug der bisher französischen Gesellschaft Kenntnis nehmen können. Die Notwendigkeit der Registerlöschung besteht aus den gleichen Gründen zwar auch bei einem Wegzug von Deutschland nach Frankreich, doch bedarf die Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland zusätzlich einer vorhergehenden Bekanntmachung des Sitzverlegungsbeschlusses am Wegzugsort. Dieser Publizitätsakt ist erforderlich, auch wenn nachfolgend die Löschung der Gesellschaft aus dem französischen Handelsregister und die Bekanntmachung der Löschung erfolgen muß und bereits hierdurch schon die Publizität der grenzüberschreitenden Sitzverlegung erreicht wird. Anders als in Deutschland rechnen nämlich Dritte in Frankreich mit einer entsprechenden Bekanntmachung, weil die vorausgehende Bekanntmachung des Gesellschaftsbeschlusses auch bei der Gründung einer französischen Gesellschaft bzw. bei einer innerstaatlichen französischen Sitzverlegung vorgesehen ist (vgl. Art. 285, 289 Décret n° 67-236).

Den Formumwandlungsvorschriften ist schließlich zu entnehmen, daß die Registereintragung die Einreichung des Sitzverlegungsbeschlusses und der neuen Gesellschaftssatzung beim Handelsgericht erfordert.

Die Registereintragung der Löschung der Gesellschaft im deutschen Handelsregister als Register des Wegzugsstaates hat in Deutschland lediglich deklaratorische Bedeutung, während in Frankreich die Sitzverlegungswirkung nur für die Anteilhaber bereits mit dem Beschluß über die grenzüberschreitende Sitzverlegung eintritt, Dritten gegenüber aber erst mit Erfüllung aller Publizitätsvorschriften.

⁷⁴¹ Vgl. auch Kap. 3.C.III.1.a.bb.(d), S. 171

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

b. Zuzug nach Deutschland

aa. Mögliche Interessenschutzmaßnahmen

(a) Anpassung der zuziehenden Gesellschaft

Beim Zuzug einer ausländischen Gesellschaft muß nach allgemeiner Auffassung eine Anpassung der Gesellschaft und ihrer Satzung an das deutsche Gesellschaftsrecht stattfinden,⁷⁴² so daß sie die inländischen Gründungsvorschriften erfüllt.⁷⁴³ Hierzu ist die Übersetzung der Satzung, die Änderung der Firma und der Organe nach den Bestimmungen des deutschen Rechts, die Umstellung des Kapitals bzw. der Kapitalanteile an die neue Währung, soweit das Kapital nicht bereits in Euro bemessen ist, und die Anpassung der Kapitalhöhe und der Mitgliederart an das neue Sitzrecht erforderlich. Daneben muß möglicherweise eine Stückelung der Anteile, verbunden mit einer Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, vorgenommen werden; die Mindesteinzahlungen des deutschen Sitzortes sind zu berücksichtigen.⁷⁴⁴

Nach anderer Auffassung ist materiellrechtlich eine Anpassung nicht notwendig, da die zwingenden Vorschriften des Zuzugsstaates unabhängig von einer Anpassung zur Anwendung kommen.⁷⁴⁵

Auch § 197 S. 1 UmwG sieht für einen Formwechsel die Anwendung der Gründungsvorschrift auf die Gesellschaft neuer Rechtsform vor, um zu verhindern, daß möglicherweise strengere Gründungsvorschriften der neuen Rechtsform unterlaufen werden.⁷⁴⁶ Insoweit hat eine Anpassung der Gesellschaft und ihrer Satzung an die §§ 1 ff. AktG und 1 ff. GmbHG zu erfolgen.

Nach § 197 S. 2 UmwG sind jedoch die Vorschriften, die für Unternehmensgründungen eine Mindestzahl an Gründern vorsehen, nicht anzuwenden, da der Formwechsel eine bereits gegründete Gesellschaft betrifft. Im übrigen wird die Ansicht vertreten, daß die Vorschriften über die Bildung und Zusammensetzung des ersten Aufsichtsrats keine Anwendung finden und der Aufsichtsrat lediglich durch Wahl in der nach Deutschland gezogenen Gesellschaft zu bestellen sei.⁷⁴⁷

Weiterhin konkretisiert durch § 245 UmwG der Grundsatz der Anwendbarkeit des

⁷⁴² Behrens, ZGR 1994, 1, 10; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 170; Süss, FS Lewald, S. 603, 608 f.

⁷⁴³ Süss, FS Lewald, S. 603, 608 f.

⁷⁴⁴ Behrens, RIW 1986, 590, 593 f.; Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 43; Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 61.

⁷⁴⁵ Fritz, S. 71 f.

⁷⁴⁶ Ganske, § 197 UmwG, S. 220.

⁷⁴⁷ Ganske, § 197 UmwG, S. 221.

Gründungsrechts, indem er festlegt, wer bei einem Formwechsel den Gründern der Gesellschaft neuer Rechtsform gleichsteht und wann ein Sachgründungsbericht nicht erforderlich ist. Schließlich bestimmt § 243 Abs. 1 S. 2 UmwG, daß die Anwendung gründungsrechtlicher Vorschriften nicht von der Übernahme bereits vor der Umwandlung vorhandener Festsetzungen über Sondervorteile, Sacheinlagen und Sachübernahmen in die Satzung der neuen Rechtsform entbindet.⁷⁴⁸

(b) Publizität des Zuzuges

Neben dem Erfordernis der Satzungsanpassung muß die Gesellschaft aus Gründen des Drittschutzes in das Register des Zuzugsstaates eingetragen werden,⁷⁴⁹ da das deutsche Recht die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft von der Registereintragung abhängig macht. Vor der Eintragung der Gesellschaft in das deutsche Register gilt die Gesellschaft als nicht zugezogen und verliert ihre rechtliche Existenz: es entsteht damit auch kein rechtlicher Schwebestand für die Gesellschaft zwischen Wegzug und Anpassung, denn der Gesellschaft kommt vor Anpassung und Registereintragung keine Rechtsfähigkeit zu.⁷⁵⁰ Das französische Recht ermöglicht einer Gesellschaft zwar gem. Art. L. 225-97 bzw. Art. L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 154 bzw. Art. 60 Abs. 1 Loi n° 66-537), ohne Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit ihren Sitz ins Ausland zu verlegen,⁷⁵¹ doch kommt es tatsächlich nur dann nicht zu einem Identitätsverlust, wenn auch das Recht des Aufnahmestaates einen identitätswahrenden Zuzug kennt.⁷⁵² Ebenso ist nach französischem Recht für die Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung eine Anpassung an das neue, deutsche Gesellschaftsrecht, mithin auch an die deutschen Publizitätsregeln, notwendig.⁷⁵³ Damit verliert die nach Deutschland gezogene, aber nicht ins deutsche Register eingetragene Gesellschaft auch nach französischem Recht ihre Rechtspersönlichkeit, so daß kein Schwebestand zwischen Wegzug nach Deutschland und Anpassung eintreten kann.

Eine ähnliche Regelung, nämlich eine konstitutive Registereintragung, sieht das Umwandlungsgesetz in den §§ 198, 199 UmwG auch für den Formwechsel vor.⁷⁵⁴ So ist gem. § 198 Abs. 1 UmwG der neue Rechtsträger grundsätzlich in das Re-

⁷⁴⁸ Ganske, § 243 UmwG, S. 259 f.

⁷⁴⁹ Behrens, RIW 1986, 590, 593 f.; Süß, FS Lewald, S. 603, 608 f.

⁷⁵⁰ Behrens, RIW 1986, 590, 593 f.

⁷⁵¹ Vgl. Kap. 3.C.II.2.c.bb.(a), S. 147 ff.

⁷⁵² Vgl. Kap. 3.B.I., S. 110 f.

⁷⁵³ Vgl. Kap. 3.C.II.2.c.bb.(a), S. 147 ff.

⁷⁵⁴ Ganske, § 198 UmwG, S. 222 f.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

gister einzutragen, in dem die ALTE, formwechselnde Gesellschaft registriert war. Für die Eintragung ist jedoch gem. § 198 Abs. 2 S. 2 UmwG das für die NEUE Rechtsform zuständige Registergericht maßgebend, wenn der Formwechsel mit einer Sitzverlegung verbunden wird. Zusätzlich ist eine deklaratorische Eintragung des Formwechsels gem. § 198 Abs. 2 S. 2, 3, 4 und 5 UmwG in das Register der alten, formwechselnden Gesellschaft erforderlich, die mit dem Vermerk zu versehen ist, daß die Umwandlung erst mit der Eintragung des neuen Rechtsträgers wirksam wird. Die Gesellschaft muß nach Eintragung am Zuzugsort das Registergericht am Wegzugsort darüber informieren; dies liegt auch in ihrem Interesse, da hierdurch die Bedingung für die Löschung im Register des Wegzugsorts erfüllt und somit die Sitzverlegung erst wirksam wird.

Gem. § 199 UmwG müssen als Anlagen zur Anmeldung der Registereintragung insbesondere eine Niederschrift des Umwandlungsbeschlusses und des Umwandlungsberichts beigelegt werden.

Abschließend hat das deutsche Registergericht den Formwechsel gem. §§ 201 UmwG bekannt zu machen. Nach überwiegender Auffassung ist es Sache des Registergerichts, im Rahmen des Eintragungsverfahrens die Anpassung zu überprüfen, da das Registergericht auch im Fall einer Neugründung zum Teil die materielle Rechtmäßigkeit (z.B. § 38 AktG, § 9c GmbHG) des Gesellschaftsvertrags und die ordnungsgemäße Gründung kontrolliert.⁷⁵⁵ Das Registergericht muß eine Frist angeben, innerhalb der die Anpassung zu erfolgen hat. Sollte sich die Gesellschaft nach Ablauf dieser Frist nicht dem deutschen Gesellschaftsrecht angepaßt haben, wird sie aus dem Handelsregister gelöscht.⁷⁵⁶ Die §§ 36 ff. AktG, 7 ff. GmbHG, die die Eintragung einer neu gegründeten Gesellschaft regeln, sind auf die Sitzverlegungseintragung am Zuzugsort in Deutschland analog anzuwenden, da eine vollständige Gründungskontrolle durch das Registergericht zu erfolgen hat. Diese ist aus Gründen der Rechtsicherheit notwendig, da sichergestellt werden muß, daß der Formwechsel ordnungsgemäß und vollständig vollzogen und damit eine Anpassung an das deutsche Gesellschaftsrecht erreicht wurde.⁷⁵⁷

Im übrigen werden von einem Teil der Literatur zusätzliche Nachweise für die Eintragung der zuziehenden Gesellschaft gefordert. Insbesondere soll ein Nachweis notwendig sein, daß die Gesellschaft nach ausländischem Recht entstanden und ein satzungändernder Gesellschafterbeschuß über die Rechtsanpassung er-

⁷⁵⁵ Behrens, RIW 1986, 590, 593 f.; Lutter, ZGR 1992, 435, 448; Süß, FS Lewald, S. 603, 608 f.; a.A. Fritz, S. 71 f.

⁷⁵⁶ Behrens, RIW 1986, 590, 593 f.; Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 43.

⁷⁵⁷ Behrens, RIW 1986, 590, 593 f.

gangen ist. Außerdem muß analog 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG der notariell beglaubigte vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrags und die Verlegungsbilanz vorgelegt werden, zum Nachweis, daß die Gesellschaft ein Vermögen besitzt, das das Stamm- bzw. Grundkapital deckt.⁷⁵⁸

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, daß es unzumutbar sei, bei einer bereits im Ausland wirksam errichteten Gesellschaft, die gesamte Gründungskontrolle nochmals durchzuführen sei. Die Gründungskontrolle diene vor allem der Überprüfung, ob das Stamm- bzw. Grundkapital erstmalig ordnungsgemäß aufgebracht wurde. Statt einer Gründungskontrolle soll daher lediglich die Sitzverlegungsbilanz geprüft werden.⁷⁵⁹

(c) Schutz der Gläubiger

Eine Gesellschaft gilt erst dann als zugezogen und erlangt ihre Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht erst dann, wenn sie in das deutsche Handelsregister eingetragen ist. Um bei einer Sitzverlegung den lückenlose Bestand der Rechtsperson zu sichern, darf die Gesellschaft nur aufschiebend bedingt aus dem Handelsregister des Wegzugsstaates gelöscht werden, wobei Bedingung ist, daß die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister des Zuzugsstaates erfolgt ist.⁷⁶⁰ Wenn nämlich die Löschung nicht aufschiebend bedingt durchgeführt und die Gesellschaft nicht zugleich in Deutschland wieder eingetragen wird, verliert sie ihre Rechtsfähigkeit.⁷⁶¹

Um die Risiken, die dadurch für die Gläubiger entstehen auszuschließen wird zum Teil die analoge Anwendung der für die Vorgesellschaft entwickelten Haftungsgrundsätze befürwortet.⁷⁶² Danach haften die Gesellschafter der nicht eingetragenen Zuzugsgesellschaft – gleichgültig ob es sich um eine AG oder GmbH handele – wie die Gesellschafter einer Vorgesellschaft für das Handeln des Gesellschaftsorgans gesamthänderisch mit dem Gesellschaftsvermögen. Sie würden dabei persönlich in Höhe ihrer Einlage oder, wenn diese noch nicht erbracht wurde, mit ihrem Privatvermögen haften. Im übrigen hafte auch persönlich, wer gem. § 41 Abs. 1 S. 2 AktG analog im rechtsgeschäftlichen Verkehr im Namen der Gesellschaft aufgetreten sei. Auch wenn § 41 Abs. 2 AktG die automatische Über-

⁷⁵⁸ Behrens, RIW 1986, 590, 593 f.

⁷⁵⁹ Beitzke, ZHR 127 (1965), 1, 43.

⁷⁶⁰ Behrens, RIW 1986, 590, 592; Schwarz, Rn. 169.

⁷⁶¹ Großfeld/Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 60 f.; von Falkenhausen, RIW 1987, 818, 819; Bogler, DB 1991, 848, 849; vgl. auch Kap. 3.C.II.2.c., S. 142

⁷⁶² Behrens, RIW 1986, 590, 593 f.; Großfeld/Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 61 f.; vgl. auch Staudinger/ Großfeld, Rn. 404, 623.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

tragung der Verbindlichkeiten von der Vorgesellschaft auf die Aktiengesellschaft nicht vorsehe, so sollen sowohl bei der GmbH als auch bei der Aktiengesellschaft mit der Registereintragung der Zuzugsgesellschaft – wie bei der Eintragung einer Vor-GmbH – die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft auf die Gesellschaft übergehen.⁷⁶³

bb. Stellungnahme und Vergleich mit der Rechtslage bei Zuzug nach Frankreich

Es ist erforderlich, daß eine Anpassung der Gesellschaft an das deutsche Gesellschaftsrecht erfolgt. Durch diese Anpassung wird nicht nur den zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts entsprochen, sondern es wird auch ein Formwechsel der Gesellschaft von der ausländischen in eine inländische Rechtsform und damit die grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegung vollzogen. Die Anpassung ist erforderlich, damit die zuziehende französische Gesellschaft nicht besser gestellt ist als eine inländische deutsche Gesellschaft, die ja die Vorschriften der deutschen Rechtsordnung beachten muß. So sieht auch § 197 S. 1 UmwG bei einem Formwechsel als allgemeinen Grundsatz die Anwendung der Gründungsvorschriften vor. Daher können die Einschränkung des § 197 S. 2 HS 1 UmwG und die Regelungen der §§ 245, 243 Abs. 1 S. 2 UmwG auf Sitzverlegungsfälle übertragen werden. Da bei einem grenzüberschreitenden Sitzwechsel, wie bei einem inländischen Formwechsel, eine bereits gegründete Gesellschaft von der Restrukturierung betroffen ist, muß auch bei der Sitzverlegung, in Anlehnung an den Gedanken des § 197 S. 2 HS 1 UmwG, auf die Anwendung der Vorschriften über die bei einer Unternehmensgründung erforderliche Mindestzahl der Gründer verzichtet werden. Es ist vielmehr ausreichend, wenn der Beschluß über die Sitzverlegung von den zuständigen Organen der Gesellschaft – gleichgültig aus wie vielen Gesellschaftern sie besteht – gefaßt wird. Auch der Rechtsgedanke des § 243 Abs. 1 S. 2 UmwG muß auf den Fall einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung übertragen werden. Trotz Anpassung an die Gründungsvorschriften des Zuzugsstaates muß die zuziehende Gesellschaft, soweit dadurch nicht gegen zwingende Vorschriften des Zuzugsstaates verstoßen wird, bereits vor der Sitzverlegung vorhandene Festsetzungen über Sondervorteile, Sacheinlagen und Sachübernahmen übernehmen. Der Grund dafür ist, daß keine Neugründung der Gesellschaft stattfindet; die angepaßte zugezogene Gesellschaft ist vielmehr mit der ursprünglichen ausländischen

⁷⁶³ Behrens, RIW 1986, 590, 593 f.; Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 61 f.; vgl. auch Staudinger/ Großfeld, Rn. 404, 623.

Gesellschaft identisch. Sonderregelungen der ursprünglichen Gesellschaft sind daher so weit wie möglich von der angepaßten Gesellschaft zu übernehmen.

Lediglich § 197 S. 2 HS 2 UmwG, der bestimmt, daß die Vorschriften über die Bildung des ersten Aufsichtsrats nicht anzuwenden sind, kann nicht auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen übertragen werden. Der Sinn dieser Regelung besteht darin, bei einer Formumwandlung die Neubildung des Aufsichtsrats zu vermeiden, um eine bereits vorhandene Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat sofort, d.h. schon zum Zeitpunkt des Formwechsels, weiterführen zu können.⁷⁶⁴ Dieser Zweck kann aber bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nicht erreicht werden, da in der ausländischen Gesellschaft ja bisher kein nach deutschem Recht gegründeter Aufsichtsrat oder eine deutsche Arbeitnehmerbeteiligung bestanden hat. Ein deutscher Aufsichtsrat wird vielmehr erstmalig beim Zuzug nach Deutschland im Wege der Anpassung an das deutsche Gesellschaftsrecht gebildet, so daß die Vorschriften zur Bildung des ersten Aufsichtsrats Anwendung finden müssen. Damit kann festgestellt werden, daß jede zuziehende Gesellschaft – gleichgültig in welche Richtung die grenzüberschreitende Sitzverlegung erfolgt – ihre Satzung an die zwingenden Gründungsvorschriften des Zuzugsstaates anpassen muß.

In Deutschland ist allerdings, im Gegensatz zu Frankreich, entsprechend dem Rechtsgedanken des § 197 S. 2 UmwG keine Anpassung an die Zahl der Gründungsgesellschafter erforderlich; sie wäre im übrigen auch überflüssig, da es gem. §§ 1 GmbHG, 2 AktG sowohl für die GmbH als auch für die Aktiengesellschaft ohnehin nur jeweils eines Gründungsgesellschafters bedarf. Außerdem ist in Deutschland – anders als in Frankreich – für beide Gesellschaftstypen keine maximale Gesellschafteranzahl vorgesehen, so daß eine zuziehende französische Gesellschaft ihre Gesellschafterzahl nicht beschränken muß. Zu den deutschen Gründungsvorschriften, die die Gesellschaft berücksichtigen muß, um den mit der Sitzverlegung verbundenen Formwechsel zu vollziehen, gehört auch die Eintragung der zuziehenden Gesellschaft in das Handelsregister. So wie § 198 Abs. 2 S. 2 UmwG dies für eine inländische mit einer Formumwandlung verbundene Sitzverlegung vorsieht, muß auch bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung das für den neuen Sitz der Gesellschaft zuständige Register zur Eintragung berufen sein. Dabei hat eine vollständige Gründungskontrolle durch das Registergericht zu erfolgen, wie sie auch bei der Neugründung einer deutschen Gesellschaft durchzuführen wäre. Diese Überprüfung dient der Rechtssicherheit und stellt sicher, daß der Formwechsel ordnungsgemäß und vollständig vollzo-

⁷⁶⁴ Ganske, § 197 UmwG, S. 221.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

gen wurde. Sie darf sich daher nicht auf die Prüfung der Sitzverlegungsbilanz beschränken, denn nur wenn eine ausländische Gesellschaft ALLE deutschen Gründungsvoraussetzungen erfüllt, kann sie als deutsche Gesellschaft angesehen werden. Allerdings braucht die Kontrolle auch nicht weiter zu gehen als bei der Neugründung einer deutschen Gesellschaft. Die ausländische Gesellschaft soll ja durch den Formwechsel zu einer deutschen Gesellschaft werden und daher auch keiner weitergehenden Kontrolle unterliegen als eine in Deutschland gegründete Gesellschaft. Die deutschen und französischen Regelungen zur Registereintragung und Anpassungskontrolle sind gleichwertig, da in beiden Staaten aufgrund der Anpassung die zwingenden Gründungsvorschriften des Zuzugsstaates zur Anwendung kommen. Außerdem wird jeweils die Anpassung wie bei einer Gesellschaftsneugründung durch das Registergericht überprüft. Die gem. § 199 UmwG der Registereintragung beizufügende Niederschrift des Sitzverlegungsbeschlusses und des Sitzverlegungsberichts sollen dem Registergericht bei einer Formumwandlung die Prüfung der Erfüllung der Eintragungsvoraussetzungen erleichtern und dem Schutz der Anteilsinhaber dienen.⁷⁶⁵ Demzufolge müssen diese Unterlagen auch bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung dem Eintragungsantrag beigefügt werden. Auch eine Niederschrift des Sitzverlegungsbeschlusses ist in jedem Fall erforderlich, da erst diese deutlich macht, daß die ausländische Gesellschaft zu einer deutschen Gesellschaft werden möchte und daher die Registereintragung notwendig ist. Schließlich ist – ähnlich wie dies in § 201 UmwG für den Formwechsel vorgesehen ist – bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung in Deutschland als Zuzugsstaat die Bekanntmachung der Registereintragung zu fordern, damit Dritte von der neu zugezogenen Gesellschaft Kenntnis nehmen können. Für eine identitätswahrende Sitzverlegung – gleichgültig ob sie von Deutschland nach Frankreich oder in umgekehrter Richtung erfolgt – ist es unerlässlich, daß Satzungs- und Verwaltungssitz gemeinsam verlegt werden und zu keinem Zeitpunkt auseinanderfallen. Dies kann durch einen Bedingungs Zusammenhang erreicht werden.⁷⁶⁶

Sollte die ausländische Gesellschaft in Deutschland Geschäfte tätigen, noch bevor sie ihren Verwaltungs- und Sitzungssitz dorthin verlegt hat, so haben die Gläubiger Ansprüche gegenüber der ausländischen Gesellschaft und sind nicht weiter schutzbedürftig, da sie bei Eingehung der Verbindlichkeit wußten, daß die Gesellschaft französischem Recht unterliegt. Sobald die ausländische Gesellschaft ihren Satzungs- und Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt, greifen die

⁷⁶⁵ Ganske, § 199 UmwG, S. 224.

⁷⁶⁶ Vgl. hierzu auch Kap. 3.C.II.2.c., S. 142

französischen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zum Schutz der Gläubiger bei Wegzug einer französischen Gesellschaft ein.⁷⁶⁷ Aus deutscher Sicht besteht bei Zuzug einer Gesellschaft daher kein Schutzbedürfnis hinsichtlich der Interessen der Altgläubiger, da diese sich bei Eingehen der Verbindlichkeit nicht auf das Eingreifen des deutschen, sondern auf die Weitergeltung des französischen Rechts verlassen haben. Die nach der Sitzverlegung entstehenden Neugläubiger hingegen werden nun durch die Anwendung des deutschen Gesellschaftsrechts geschützt.

Kommt es allerdings (ausnahmsweise) zu einem Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz, so richten sich die Ansprüche der Gläubiger nach den Haftungsgrundsätzen für fehlerhafte Rechtsformwahl, da keine identitätswahrende Sitzverlegung stattgefunden hat.⁷⁶⁸

c. Ergebnis: Zusammenfassung der erforderlichen Interessenschutzmaßnahmen bei einer Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland

Nach französischem Recht sehen die Art. L. 223-30 Abs. 1, L. 225-97 CCom (vorm. Art. 60 Abs. 1, 154 Loi n° 66-537) grundsätzlich eine grenzüberschreitend identitätswahrende Sitzverlegung von Frankreich ins Ausland, d.h. auch nach Deutschland vor, während es keine deutsche Vorschrift gibt, die dazu verpflichtet, eine solche Restrukturierung als zulässig anzusehen. Unter Berücksichtigung folgender Voraussetzungen würde eine grenzüberschreitende Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland keine Interessen verletzen:

In Anlehnung an die französischen Forumumwandlungsvorschriften muß vor der Abstimmung über den Forumumwandlungsbeschluß ein Bericht über die Situation der Gesellschaft vom Commissaire aux comptes erstellt werden. Anschließend ist der Sitzverlegungsbeschluß gem. Art. L. 223-30 Abs. 1 bzw. Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 60 Abs. 1 bzw. Art. 154 Loi n° 66-537) einstimmig zu fassen. Gläubiger sind durch einen Sicherheitsanspruch bzw. durch einen Befriedigungsanspruch zu schützen, wenn ihnen nicht bereits Immobiliarsicherheiten zustehen, die auch noch nach der Sitzverlegung dem Recht des Wegzugsstaates unterliegen. Die Versammlung der Obligationsinhaber und Gesellschafter ohne Stimmrecht muß durch Mehrheitsbeschluß der Sitzverlegung zustimmen.

Der Sitzverlegungsbeschluß ist bekannt zu machen und die wegziehenden Gesellschaft ist aus dem französischen Handelsregister zu löschen, wobei in An-

⁷⁶⁷ Vgl. Kap. 3.B.I., S. 110 ff.

⁷⁶⁸ Vgl. Kap. 3.C.V., S. 207 ff.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

lehnung an die französischen Forumwandlungsvorschriften der Sitzverlegungsbeschuß und die neue Gesellschaftssatzung beim Handelsgericht vorzulegen ist. In Deutschland ist die Anpassung der zuziehenden französischen Gesellschaft an die deutsche Rechtsordnung und die Eintragung der zuziehenden Gesellschaft in das deutsche Handelsregister erforderlich. Beim Handelsgericht muß dabei eine Niederschrift des Sitzverlegungsbeschlusses und des Sitzverlegungsberichts eingereicht werden. Abschließend hat das Registergericht die Eintragung der zugezogenen Gesellschaft bekannt zu machen.

Für eine identitätswahrende Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland ist es unerläßlich, daß Satzungs- und Verwaltungssitz gemeinsam verlegt werden und zu keinem Zeitpunkt auseinanderfallen. Dies erreicht man, wenn die Löschung der Gesellschaft in Frankreich unter der aufschiebenden Bedingung erfolgt, daß die Eintragung der Gesellschaft ins deutsche Handelsregister vorgenommen worden ist.

IV. Die mit einer Sitzverlegung verbundene aber über diese hinausgehende Umgründung nach deutschem und französischem Recht

Auch wenn die deutsche Aktiengesellschaft und die französische SA bzw. die GmbH und SARL vergleichbare Gesellschaftsformen sind, so werden sie doch in der Praxis in Deutschland und Frankreich unterschiedlich genutzt. Die GmbH ist in Deutschland die am weitesten verbreitete Gesellschaftsform, während die Aktiengesellschaft im Verhältnis hierzu nur eine untergeordnete Rolle spielt. In Frankreich hingegen hat die SA eine wesentlich größere wirtschaftliche Bedeutung, so daß Unternehmen, für deren Beibehaltung in Deutschland meist die Form einer GmbH gewählt wird, in Frankreich häufig von einer SA ausgeübt werden.⁷⁶⁹

Die unterschiedliche Nutzung der Gesellschaftsformen in Deutschland und Frankreich ergibt sich mitunter aus den in Frankreich vorhandenen Bestimmungen zur Gesellschafteranzahl. Während in Deutschland die Gesellschafterzahl für beide Gesellschaftstypen nicht bestimmt ist, darf in Frankreich eine SARL gem. Art. L. 223-3 CCom (vorm. Art. 36 Loi n° 66-537) nicht mehr als 50 Gesellschafter aufweisen und eine SA muß gem. Art. L. 225-1 S. 2 CCom (vorm. Art. 73 S. 2 Loi n° 66-537) mindestens 7 Gesellschafter haben. Da eine

⁷⁶⁹ Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, S. 174, Fn. 9; Schwarz, Rn. 530, 534, 538.

Anpassung an diese Vorschriften bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich notwendig ist,⁷⁷⁰ muß beispielsweise ein deutsches Unternehmen mit mehr als 50 Gesellschaftern in der Form einer GmbH bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach Frankreich die Form einer SA annehmen. Umgekehrt kann aber auch ein französisches mittelständisches Unternehmen, das in der Form einer SA geführt wird, daran interessiert sein, bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach Deutschland die dort für mittelständische Unternehmen übliche Form der GmbH anzunehmen.

Abgemildert wird die unterschiedliche Verwendung der Gesellschaftstypen in Deutschland und Frankreich durch die Regelungen zur kleinen Aktiengesellschaft im deutschen Aktienrecht,⁷⁷¹ denn damit wird mittelständischen Unternehmen in Deutschland der Zugang zur Rechtsform der Aktiengesellschaft erleichtert. So kann ein französisches mittelständisches Unternehmen in der Form einer SA bei einer Sitzverlegung nach Deutschland zu einer kleinen Aktiengesellschaft werden.

Dennoch stellt sich die Frage, inwieweit die grenzüberschreitende Sitzverlegung mit einer über die Sitzverlegung hinausgehenden Umgründung verbunden werden kann. In diesem Fall würde, neben dem zwingend mit der Sitzverlegung einhergehenden Formwechsel von der Gesellschaftsform des Gründungsstaates in die entsprechende rechtliche Form des Zuzugsstaates, ein zusätzlicher (freiwilliger) Formwechsel erfolgen.

Wenn von der Zulässigkeit grenzüberschreitender Sitzverlegungen ausgegangen wird, kann eine Gesellschaft in jedem Fall nach erfolgter Sitzverlegung einen Formwechsel nach den nationalen Bestimmungen des Zuzugsstaates oder vor der Sitzverlegung nach den Bestimmungen des Wegzugsstaates vornehmen. Dies würde aber bedeuten, daß sich die Gesellschaft sowohl bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung an die Vorschriften der ihrem bisherigen Gesellschaftstyp entsprechenden ausländischen Rechtsform, als auch bei dem vorausgehenden oder anschließenden Formwechsel an die gesetzlichen Bestimmungen für die angestrebte Rechtsform anpassen müßte. Diese doppelte Anpassung ist umständlich, so daß die Gesellschaft ein Interesse daran hat, die Sitzverlegung mit dem Formwechsel zu verbinden.

Hierzu wird die Auffassung vertreten, daß die Kombination von grenzüberschreitender Sitzverlegung und Formwechsel zulässig ist und nicht die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit beeinträchtigt. Dies müsse jedenfalls dann gelten, wenn

⁷⁷⁰ Vgl. hierzu Kap. 3.C.III.1.b.aa. und 3.C.III.1.b.bb., S. 184 ff.

⁷⁷¹ Kreuzer, S. 57; Menjucq, n° 306.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

beide Restrukturierungen für sich identitätswahrend möglich sind, da kein Grund ersichtlich sei, weshalb die Kombination der beiden Möglichkeiten zu einem Verlust der Rechtspersönlichkeit führen sollte.⁷⁷²

Die Gesellschaft müsse sich nur einmalig an die zwingenden Bestimmungen der letztlich gewünschten Rechtsform anpassen. Dabei stehe die Umgründung und die Anpassung an die Vorschriften der neuen Rechtsform im Vordergrund, doch zusätzlich seien auch die Bestimmungen und Voraussetzungen, die auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen Anwendung finden, zu berücksichtigen.⁷⁷³ Dabei darf die Kombination von Sitzverlegung und Formwechsel nicht zu einer Beeinträchtigung der beteiligten Interessen führen. Im wesentlichen sind bei einer Sitzverlegung und bei einem Formwechsel ähnliche Interessen der Gesellschafter, Gläubiger, Arbeitnehmer und Dritter betroffen, da bereits die Sitzverlegung rechtlich einen Formwechsel darstellt. Daher werden die vom Formwechsel betroffenen Interessen schon durch die Beachtung der Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Sitzverlegung geschützt. Im Ergebnis kann daher die kombinierte Restrukturierung durch eine grenzüberschreitende Sitzverlegung durchgeführt werden, bei der lediglich die Anpassung nicht an die vergleichbare ausländische Rechtsform, sondern an den nach dem Formwechsel angestrebten Gesellschaftstyp erfolgt.

V. Die rechtlichen Folgen einer nicht identitätswahrenden grenzüberschreitenden Sitzverlegung

1. Nach deutschem Recht

a. Die rechtliche Behandlung einer nicht identitätswahrend zugezogenen Gesellschaft

Soweit mit der herrschenden deutschen Meinung davon ausgegangen wird, daß jede grenzüberschreitende Sitzverlegung zur Auflösung der Gesellschaft und damit zum Verlust der Rechtspersönlichkeit führt, stellt sich die Frage, wie eine dennoch zugezogene Gesellschaft im Zuzugsstaat behandelt wird.⁷⁷⁴

Auch wenn die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit – bei der grundsätzlichen Befürwortung einer identitätswahrenden grenzüberschreitenden Sitzverlegung – an einer mangelnden Anpassung an das Recht des Zuzugsstaates scheitert, muß

⁷⁷² Menjuq, n° 307.

⁷⁷³ Menjuq, n° 307.

⁷⁷⁴ Bechtel, NZG 2001, 21, 22; Bogler, DB 1991, 848.

untersucht werden, was mit der zugezogenen, nicht angepaßten Gesellschaft geschieht.⁷⁷⁵

Schließlich verliert die Gesellschaft nach herrschender Auffassung auch ihre Rechtspersönlichkeit, wenn ihr Satzungs- und Verwaltungssitz auseinanderfallen.⁷⁷⁶ Es stellt sich dann die Frage, wie die Gesellschaft, die durch die bloße Verlegung des Satzungs- bzw. Verwaltungssitzes ihre Rechtspersönlichkeit verloren hat, zu behandeln ist.⁷⁷⁷

In allen Fällen geht es also um die Lösung der Probleme, die sich aus dem Verlust der Rechtspersönlichkeit bei Zuzug einer Gesellschaft ergeben.⁷⁷⁸ Ergibt sich der Verlust der Rechtspersönlichkeit aus einer Sitzungssitzverlegung, bleibt mangels Gesellschaftsstatutswechsels weiterhin das bisherige Recht auf die Gesellschaft anwendbar. Die Behandlung einer nicht identitätswahrend mit dem Sitzungssitz nach Deutschland zugezogenen Gesellschaft richtet sich mithin nach französischem Recht,⁷⁷⁹ während die Sitzungssitzverlegung von Deutschland nach Frankreich deutschem Recht unterliegt. Bei einer Verwaltungssitzverlegung ist aufgrund der Verwaltungssitzregel deutsches Recht auf die zugezogene Gesellschaft anzuwenden, da sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft nach der Sitzverlegung in Deutschland befindet. Es geht somit jeweils nicht um die Anerkennung einer ausländischen Gesellschaft in Deutschland, sondern um die Behandlung einer deutschen Gesellschaft in fehlerhafter Rechtsform.⁷⁸⁰ Die fehlerhafte Rechtsform ergibt sich entweder aus der Tatsache, daß sich die Gesellschaft vor ihrer Sitzverlegung nicht aufgelöst hat oder aus der mangelnden Anpassung an das deutsche Recht bzw. aus dem Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz. Da nach der Verwaltungssitzregel deutsches Recht auf die zugezogene Gesellschaft zur Anwendung kommt, bestimmt auch das deutsche Recht, welche Rechtsnatur der Gesellschaft zukommt. Der *numerus clausus* des deutschen Gesellschaftsrechts legt also fest, um welchen Gesellschaftstyp es sich bei der Gesellschaft handelt.⁷⁸¹

Die „Grundsätze über die fehlerhafte gegründete Kapitalgesellschaft“, nach

⁷⁷⁵ Schmidt, in: *Multimedia: Kommunikation ohne Grenzen – grenzenloser Wettbewerb?*, S. 41, 47, 50.

⁷⁷⁶ Vgl. hierzu Kap. 3.C.II.2., S. 131 ff.

⁷⁷⁷ Bogler, DB 1991, 848; von Falkenhausen, RIW 1987, 818, 819; Fischer, IPRax 1991, 100.

⁷⁷⁸ Kruse, S. 38.

⁷⁷⁹ Vgl. Kap. 3.C.V.2., S. 212 ff.

⁷⁸⁰ Schmidt, in: *Multimedia: Kommunikation ohne Grenzen – grenzenloser Wettbewerb?*, S. 41, 48.

⁷⁸¹ Bechtel, NZG 2001, 21, 22 f.; Schmidt, FS Zöllner, S. 521, 535; Staudinger/ Großfeld, Rn. 399.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

denen die Nichtigkeit bzw. mangelnde Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, die ihre Geschäftstätigkeit aufgenommen hat, nicht mehr mit rückwirkender Kraft geltend gemacht werden kann, finden nach herrschender Ansicht auf die zuziehende Gesellschaft keine Anwendung.⁷⁸² Die Sanktion der fehlenden Rechtsfähigkeit als Reaktion auf die grenzüberschreitende Sitzverlegung oder auf die mangelhafte Anpassung bzw. auf das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz dürfe nicht durch die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft umgangen werden.⁷⁸³

Abhängig von der Struktur und dem Gewerbe der Gesellschaft – personengesellschaftsrechtliche oder körperschaftliche Struktur bzw. Ausübung eines Handelsgewerbes i.S.d. § 1 Abs. 2 HGB oder eines sonstigen Gewerbes – unterliegt die Gesellschaft kraft Rechtsformzwangs dem Recht der OHG, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder des nicht rechtsfähigen Vereins.⁷⁸⁴ Bei einer von Frankreich zugezogenen SA bzw. SARL wird es sich in den meisten Fällen um personengesellschaftsrechtlich ausgestaltete Gebilde handeln, die ein Handelsgewerbe betreiben und daher gem. § 105 Abs. 1 HGB als OHG einzuordnen sind. In diesem Fall haften die Gesellschafter gem. § 128 HGB persönlich und unbeschränkt für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten. Sollte es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handeln, kann aufgrund der ihr neuerdings zugesprochenen Teilrechtsfähigkeit gegen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorgegangen werden, d.h. die Gesellschaft haftet primär mit ihrem Gesellschaftsvermögen.⁷⁸⁵ Zusätzlich haften die Gesellschafter persönlich mit ihrem gesamten Vermögen für die Gesellschaftsschulden. Hinsichtlich der Haftung der Handelnden wird von der herrschenden Meinung auf die für Vorgesellschaften geltenden §§ 11 Abs. 2 GmbHG und 41 Abs. 1 S. 2 AktG analog zurückgegriffen.⁷⁸⁶ Da eine Vorgesellschaft nur vorliegt, wenn sich eine in Gründung befindliche Aktiengesellschaft oder GmbH nach Abschluß des Gesellschaftsvertrags noch nicht in das Handelsregister eingetragen hat, können die Vorschriften vorliegend

⁷⁸² Von Falkenhausen, RIW 1987, 818, 820; Kruse, S. 38; Staudinger/ Großfeld, Rn. 396.

⁷⁸³ Von Falkenhausen, RIW 1987, 818, 820; Kruse, S. 38; Staudinger/ Großfeld, Rn. 396; a.A. (Bechtel NZG 2001, 21, 22 f.), der darüber hinaus eine grundsätzliche Anwendung der auf die Vorgesellschaft anzuwendenden Vorschriften auf die zugezogene, nicht rechtsfähige Gesellschaft befürwortet, soweit die Gesellschafter beabsichtigen die Gesellschaft zum Handelsregister anzumelden.

⁷⁸⁴ RG v. 09. 03. 1904, JW 1904, 231, 232 f.; OLG Frankfurt v. 03. 06. 1964, NJW 1964, 2355, 2356; Bogler, DB 1991, 848, 850; Kösters, NZG 1998, 241, 244; Kruse, S. 38; Schmidt, in: Multimedia: Kommunikation ohne Grenzen – grenzenloser Wettbewerb?, S. 41, 48.

⁷⁸⁵ Vgl. hierzu auch die Pressemitteilung des BGH vom 29.01.2001 (abgedruckt in: NJW 2001, Heft 7, LIII); Palandt/ Sprau, § 718 BGB, Rn. 7.

⁷⁸⁶ Fischer, IPRax 1991, 100, 102; Kruse, S. 43; Schmidt, FS Zöllner, S. 521, 535.

nicht direkt angewandt werden. Bei der zugezogenen Gesellschaft handelt es sich nämlich nicht um eine Vorgesellschaft, sondern um eine nicht rechtsfähige, zugezogene Gesellschaft. Anders als bei der Gründung, in der die Vor-GmbH bzw. Vor-AG nur während eines kurzfristigen Zwischenstadiums besteht, handelt es sich bei der nicht rechtsfähigen, zugezogenen Gesellschaft fremdenrechtlicher Ursprungs um eine dauerhafte Erscheinung.⁷⁸⁷ Durch die Handelndenhaftung soll dem Gläubiger einer Vorgesellschaft ein weiterer Schuldner zur Verfügung gestellt werden, weil es vor der Eintragung der Gesellschaft an einer gesicherten Kapitalgrundlage fehlt.⁷⁸⁸ Diese fehle auch einer zugezogenen, nicht rechtsfähigen Gesellschaft, die ebenfalls nicht im inländischen Register eingetragen sei. Dies erschwere im übrigen dem Gläubiger zusätzlich eine Verfolgung seiner Rechte, da die Ermittlung der haftenden Gesellschafter ohne Registereintragung schwierig sein könne. Diese Nachteile könnten durch die Anwendung der Handelndenhaftung analog §§ 11 Abs. 2 GmbHG, 41 Abs. 1 S. 2 AktG ausgeglichen werden.⁷⁸⁹

Nach anderer Ansicht ist die Handelndenhaftung auf § 179 Abs. 1 BGB analog zu stützen,⁷⁹⁰ da die analoge Anwendung dieser Vorschrift beim Handeln einer Person für eine nicht existente juristische Person allgemein anerkannt sei.⁷⁹¹ Hiergegen wird allerdings eingewandt, daß § 179 Abs. 1 BGB dem Gläubiger einen (anderen) Schuldner für den Fall zur Verfügung stellen will, daß der angeblich Vertretene nicht verpflichtet werden kann. Im Gegensatz zu den Fällen des § 179 Abs. 1 BGB sind aber im vorliegenden Fall hinter dem Handelnden zusätzlich die nicht rechtsfähige Gesellschaft und ihre Gesellschafter vorhanden, die dem Gläubiger auch für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Damit geht es bei der Handelndenhaftung nicht darum, einen anderen, sondern einen zusätzlichen Schuldner bereitzustellen, so daß die Handelndenhaftung nicht die für eine Analogie zu § 179 Abs. 1 BGB erforderliche vergleichbare Situation aufweist.⁷⁹² Eine analoge Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB kommt danach nicht in Betracht. Sollte die Gesellschaft eine körperschaftliche Struktur aufweisen, so handelt es sich bei ihr um einen nicht rechtsfähigen wirtschaftlichen Verein, bei dem die Mitglieder grundsätzlich unbeschränkt haften (vgl. § 54 S. 1 BGB).⁷⁹³ In

⁷⁸⁷ Kruse, S. 39.

⁷⁸⁸ Fischer, IPRax 1991, 100, 102; Kruse, S. 43.

⁷⁸⁹ Fischer, IPRax 1991, 100, 102; Kruse, S. 43; Staudinger/ Großfeld, Rn. 402.

⁷⁹⁰ LG Stuttgart vom 31. 07. 1989, IPRax 1991, 118, Nr. 15; von Falkenhausen, RIW 1987, 818, 820.

⁷⁹¹ BGH v. 07. 05. 1984, BGHZ 91, 148, 152 ff.; Palandt/ Heinrichs, § 178, Rn. 3.

⁷⁹² Fischer, IPRax 1991, 100, 103; Kruse, S. 42.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

jedem Fall kommt es aber wegen der fehlenden Rechtsfähigkeit des Vereins zu einer Handelndenhaftung nach § 54 S. 2 BGB. Schließlich können Gläubiger zum Teil auch die Gesellschaft zur Haftung heranziehen. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, daß die passive Parteifähigkeit der zugezogenen Gesellschaft aufgrund von Rechtsscheinsgrundsätzen anzuerkennen ist, wenn sie als juristische Person im Geschäftsverkehr aufgetreten ist, auch wenn sie tatsächlich keine Rechtspersönlichkeit aufweist.⁷⁹⁴ In diesem Fall würde sie auch als Scheingesellschaft haften und könne sich nicht auf ihre fehlende Rechtsfähigkeit berufen, weil ihr Verhalten sonst ein *venire contra factum proprium* darstellen würde.⁷⁹⁵

Richtigerweise ergibt sich jedoch die aktive und passive Parteifähigkeit einer zugezogenen Gesellschaft, die aufgrund des Typenzwangs als OHG einzustufen ist, bereits aus § 124 Abs. 1 HGB.⁷⁹⁶

b. Die Möglichkeit einer anschließenden innerstaatlichen Umwandlung

Einer Mindermeinung zufolge ist eine Gesellschaft, die wegen einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung oder wegen mangelnder Anpassung an das Gesellschaftsrecht des Zuzugsstaates keine Rechtsfähigkeit besitzt, nicht gezwungen, im Zuzugsstaat eine Neugründung zu betreiben. Statt dessen könne sie eine innerstaatliche Umwandlung von dem Gesellschaftstyp, den sie aufgrund des Typenzwangs in Deutschland einnehme, in eine Inlands-Vor-Kapitalgesellschaft vornehmen. Eine solche Umwandlung soll in Fällen der Rechtsformverfehlung zulässig sein, damit die Gesellschaft durch Umstellung auf das gewollte Kapitalgesellschaftsrecht von der Rechtsformverfehlung wegkommen könne. Wenn bei der Umwandlung in die Vorgesellschaft alle zwingenden Bestimmungen und Gründungsvoraussetzungen des gewünschten Kapitalgesellschaftstyps erfüllt seien, so sei kein Grund ersichtlich, ihr den identitätswahrenden Zugang zu der Kapitalgesellschaft zu verwehren und sie zu einer Neugründung zu zwingen.⁷⁹⁷

Einer Umwandlung in eine Vorgesellschaft steht auch nicht § 1 Abs. 2 UmwG entgegen, da das Umwandlungsgesetz nur hinsichtlich des Formwechsels direkt in eine Kapitalgesellschaft, nicht aber für den Formwechsel in eine Vorgesellschaft

⁷⁹³ Zu den Ausnahmen vgl. Fischer (IPRax 1991, 100).

⁷⁹⁴ Kruse, S. 44; Staudinger/ Großfeld, Rn. 410, 231.

⁷⁹⁵ Kruse, S. 44; Staudinger/ Großfeld, Rn. 410, 231.

⁷⁹⁶ Bechtel, S. 32.

⁷⁹⁷ Schmidt, in: Multimedia: Kommunikation ohne Grenzen – grenzenloser Wettbewerb?, S. 41, 48 f.; Bechtel (S. 36), der jedoch eine Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz von der OHG direkt in eine Aktiengesellschaft oder GmbH für möglich hält; ähnlich auch Großfeld (AG 1996, 302, 305).

eine abschließende Regelung enthält. So kann eine zugezogene, nicht rechtsfähige Gesellschaft, die als OHG einzustufen ist, in eine deutsche Vor-AG oder Vor-GmbH gem. §§ 1, 191 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 UmwG umgewandelt werden.⁷⁹⁸

2. Nach französischem Recht

Grundsätzlich geht zwar die herrschende französische Meinung von der Zulässigkeit eines identitätswahrenden Zuzugs einer ausländischen Gesellschaft aus, doch setzt sie eine existierende Gesellschaft voraus.⁷⁹⁹ Soweit mit der herrschenden deutschen Meinung davon ausgegangen wird, daß der deutsche Sitzverlegungsbeschluß als Auflösungsbeschluß gewertet wird, stellt sich die Frage, wie eine dennoch zugezogene deutsche Gesellschaft in Frankreich behandelt wird. Aufgrund des Auflösungsbeschlusses handelt es sich allerdings bei der von Deutschland nach Frankreich ziehenden Gesellschaft nicht um eine deutsche Kapitalgesellschaft, sondern auf Grund des Rechtsformzwangs meist um eine OHG.

Weiterhin kann es auch durch eine mangelhafte Anpassung an das französische Recht zu einem Verlust der Rechtsfähigkeit der zuziehenden Gesellschaft kommen, weil in diesem Fall eine identitätswahrende Sitzverlegung nicht mehr möglich ist. Ebenso richtet sich die Satzungssitzverlegung von Frankreich nach Deutschland nach französischem Recht.

Fraglich ist, wie die nach deutschem Recht aufgelöste Kapitalgesellschaft zu behandeln ist, wenn sie in Frankreich als SA auftritt. Einer Mindermeinung zufolge handelt es sich um eine *société de fait*,⁸⁰⁰ d.h. um eine Gesellschaft, die zwar von den Beteiligten gewollt, aber mit einem zur Nichtigkeit führenden Gründungsmangel behaftet sei. Wenn die Gesellschaft vor ihrer Auflösung tätig geworden sei, könne sie ihre mangelnde Rechtsfähigkeit – ähnlich wie bei einer fehlerhaften Gesellschaft in Deutschland – nicht mit rückwirkender Kraft geltend machen, sondern werde so behandelt, wie wenn sie nicht nichtig gewesen wäre.⁸⁰¹ Nach zutreffender herrschender Meinung handelt es sich jedoch um eine *société créée de fait*, weil mehrere Personen als Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft auftreten, ohne die für die Gründung notwendigen Schritte unternommen zu haben. Entscheidend für die *société créée de fait* ist nämlich, daß die Gesellschaft nicht willentlich gegründet wurde, sondern sich allein aus dem Verhalten der

⁷⁹⁸ Schmidt, FS Zöllner, S. 521, 536; 523 ff.

⁷⁹⁹ Vgl. Kap. 3.C.II.2.c.aa.(b), S. 145 ff.

⁸⁰⁰ Lévy, n° 125.

⁸⁰¹ Ripert/ Roblot/ Germain, n° 724.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Gesellschafter ergibt.⁸⁰² Dies ist vorliegend der Fall, da es um eine Gesellschaft geht, die bei Zuzug nach Frankreich ihre Rechtspersönlichkeit verloren hat, und deshalb in Frankreich neu gegründet werden müßte. Die Gesellschaft tritt aber nach dem Zuzug lediglich als zugezogene Gesellschaft auf und unternimmt keinerlei Versuch, sich in Frankreich neu zu gründen. Weiterhin ist für eine *société créée de fait* Voraussetzung, daß alle notwendigen Elemente des Gesellschaftsvertrags erfüllt werden. Hierzu bedarf es mehrerer Personen (soweit im Gesetz nicht anderes geregelt ist, wie z.B. bei der EURL: Art. 1832 CC), die sich alle verpflichten, Beiträge zu leisten, an Gewinnen und Verlusten beteiligt sind und einen gemeinsamen Zweck (*affectio societatis*) verfolgen.⁸⁰³ Bei einer von Deutschland nach Frankreich ziehenden nicht rechtsfähigen Gesellschaft liegen diese Bedingungen vor, da die Gesellschafter weiterhin die Kapitalgesellschaft, die vor dem Wegzug aus Deutschland bestand, fortführen wollen, so daß es sich um eine *société créée de fait* handelt. Gem. Art. 1873 CC sind auf eine *société créée de fait* die Vorschriften der Art. 1871 ff. CC über die *société en participation* anzuwenden. Hinsichtlich der Gesellschafterhaftung ergibt sich daher gem. Art. 1872-1 Abs. 1 CC für eine nicht gewerbliche *société créée de fait*, daß jeder Gesellschafter grundsätzlich in eigenem Namen handelt und Dritten gegenüber persönlich für die von ihnen eingegangenen Verpflichtungen haftet. Soweit ein Gesellschafter allerdings im Namen der Gesellschaft auftritt, werden gem. Art. 1872-1 Abs. 2 CC alle Gesellschafter durch sein Handeln verpflichtet und haften persönlich. Außerdem haften sie gesamtschuldnerisch, wenn die *société créée de fait* ein Handelsgewerbe betreibt.

Daneben kommt eine Gesellschaftshaftung der *société créée de fait* nicht in Betracht, da sie gem. Art. 1871 Abs. 1 S. 2 CC keine Rechtspersönlichkeit besitzt,⁸⁰⁴ es sei denn, ein Gesellschaftsvermögen wird von den Gesellschaftern ausdrücklich geschaffen.⁸⁰⁵

Die Handelndenhaftung ergibt sich bei der *société créée de fait* aus Art. 1872-1 Abs. 1 CC bzw. aus Art. L. 210-6 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 5 Abs. 2 Loi n° 66-537), d.h. aus den Vorschriften zur Vorgesellschaft, wenn die Gründungsvorschriften herangezogen werden.⁸⁰⁶

Auch in Frankreich wird also das Interesse des Gläubigers einer zugezogenen,

⁸⁰² Merle, n° 614.

⁸⁰³ Merle, n° 615, 25.

⁸⁰⁴ Cass. Com., 16. 12. 1975, D. 1978, Jur., 292; Cass. Com., 27. 04. 1993, Bull. Joly 1993, n° 228, 776; Merle, n° 617.

⁸⁰⁵ Bechtel, S. 44; Mercadal/ Janin, n° 393.

⁸⁰⁶ So Loussouarn/ Bourel, n° 709.

nicht rechtsfähigen Gesellschaft dadurch geschützt, daß ihm neben den Gesellschaftern auch derjenige als Schuldner zur Verfügung gestellt wird, der für die Gesellschaft nach außen aufgetreten ist. Außerdem wäre ansonsten aufgrund der fehlenden inländischen Registereintragung die Rechtsverfolgung für den Gläubiger erschwert.

3. Stellungnahme

Bei einem Zuzug des Verwaltungssitzes von Frankreich nach Deutschland bzw. bei einer Verlegung des Satzungssitzes von Deutschland nach Frankreich bestimmt sich die Behandlung der nicht rechtsfähigen Gesellschaft nach deutschem Recht.

Auf einen solchen Fall sind die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht anzuwenden, weil sie sich auf eine fehlerhaft gegründete Gesellschaft, nicht aber auf eine aus Sanktionsgründen nicht rechtsfähige Gesellschaft beziehen.⁸⁰⁷

Die genannten Grundsätze würden bei einer fehlerhaft gegründeten und daher nicht rechtsfähigen Gesellschaft dazu führen, daß die Gesellschaft bis zu ihrer Anfechtung als juristische Person behandelt wird. Die zugezogene Gesellschaft darf keine Rechtspersönlichkeit erhalten, bis sie sich auf das gewollte Kapitalgesellschaftsrecht umgestellt hat.

Allerdings kann die zugezogene, nicht rechtsfähige Gesellschaft nicht als rechtliches Nullum angesehen werden. In Deutschland führt der Zusammenschluß von Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, verbunden mit der Pflicht Beiträge zu erbringen und der gemeinsamen Beteiligung an Verlusten und Gewinnen, aufgrund des gesellschaftsrechtlichen Rechtsformzwangs zu einer OHG oder Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die Vorschriften für diesen Gesellschaftstyp bestimmen, wie die Gesellschafter der zugezogenen, nicht rechtsfähigen Gesellschaft haften. Insbesondere eine Handelndenhaftung bei einer zugezogenen, nicht rechtsfähigen Gesellschaft ist zu befürworten, da die Gläubiger nur auf diese Weise vor erhöhten Risiken bei der Verfolgung ihrer Rechte gegenüber einer nicht im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft geschützt werden können.

Diese Handelndenhaftung ist mit der deutschen herrschenden Meinung auf eine analoge Anwendung der Vorschriften bei der Vorgesellschaft zu stützen.

Abzulehnen hingegen ist eine analoge Anwendung des § 179 BGB, weil das Tätigwerden der zugezogenen, nicht rechtsfähigen Gesellschaft im Zuzugsstaat

⁸⁰⁷ Kraft/ Kreutz, D.V.1., S. 210; Merle, n° 614.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

eher dem Handeln für eine Vorgesellschaft als dem Handeln für eine nicht existente juristische Person entspricht; die zugezogene Gesellschaft besitzt zwar keine Rechtsfähigkeit, ist aber dennoch als nicht rechtsfähige Gesellschaft im Zuzugsstaat existent. Da hier dem Gläubiger nicht ein anderer, sondern ein zusätzlicher Schuldner an die Hand gegeben werden soll, liegen mangels Vergleichbarkeit die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 179 BGB nicht vor. Die in der deutschen Literatur vorgeschlagene Lösung, eine nicht rechtsfähige, zugezogene Gesellschaft in die Vorgesellschaft der gewünschten Kapitalgesellschaft innerstaatlich umzuwandeln, darf nur neben der Möglichkeit einer identitätswahrenden grenzüberschreitenden Sitzverlegung bestehen. Entgegen der dieser Auffassung zugrunde liegenden Meinung, daß die zugezogene Gesellschaft aufgrund Rechtsformverfehlung ihre Rechtspersönlichkeit verliert und durch Rechtsformzwang als OHG weiterbesteht, sollte die juristische Person bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung erhalten bleiben, soweit bei der Restrukturierung keine beteiligten Interessen verletzt werden.⁸⁰⁸

Die innerstaatliche Umwandlung der aufgrund Rechtsformzwangs bestehenden nicht rechtsfähigen OHG in eine Vorgesellschaft erfordert einen einstimmigen Beschluß, die förmliche und sachliche Anpassung an die Zielrechtsform und die Berücksichtigung der Haftungsinteressen der Altgläubiger.

Es handelt sich somit um die gleichen Anforderungen, die bei einem identitätswahrenden, grenzüberschreitenden und rechtspersönlichkeitserhaltenden Zuzug von Frankreich nach Deutschland notwendig wären.⁸⁰⁹ Daher kann die Möglichkeit der Umwandlung einer nicht rechtsfähig zugezogenen Gesellschaft in eine Vorgesellschaft nicht als Argument für die Unzulässigkeit der identitätswahrenden Sitzverlegung herangezogen werden. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesellschaft zunächst ihre Rechtspersönlichkeit entzogen werden sollte, wenn ihr anschließend die Möglichkeit eingeräumt wird, durch Umwandlung in eine Vorgesellschaft und der darauffolgenden Errichtung einer Kapitalgesellschaft ihre Rechtsfähigkeit wieder zu erlangen. Eine Gesellschaft sollte daher vorrangig die Möglichkeit haben, rechtsfähigkeitserhaltend eine grenzüberschreitende Sitzverlegung vorzunehmen, um die Möglichkeit zu haben, bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung eine im Wegzugsland bestehende, beschränkte Haftung der Gesellschafter lückenlos zu erhalten.

Daneben sollten Gesellschaften, wenn es im Ausnahmefall bei einer Sitzverlegung zu einem Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit kommt – beispielsweise

⁸⁰⁸ Vgl. hierzu Kap. 3.C.II.2.d., S. 152

⁸⁰⁹ Vgl. Kap. 3.C.III.2., S. 187 ff.

weil es bei der Sitzverlegung zu einem Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz kam oder weil sich die Gesellschaft nicht ausreichend an das Recht des Zuzugsstaates angepaßt hat – die Möglichkeit haben, den zugezogenen nicht rechtsfähigen Rechtsträger in eine Vorgesellschaft umzuwandeln. Französisches Recht kommt hingegen bei einer Verlegung des Verwaltungssitzes von Deutschland nach Frankreich bzw. bei einer Verlegung des Sitzungssitzes von Frankreich nach Deutschland zur Anwendung.

Ebenso wenig wie die Grundsätze der fehlerhaft gegründeten Gesellschaft in den umgekehrten Sitzverlegungsfällen bei Anwendung des deutschen Rechts herangezogen werden dürfen, darf in den oben genannten Fällen die nicht rechtsfähig zugezogene Gesellschaft als *société de fait* angesehen werden. Nur so kann sichergestellt werden, daß die Sanktion des Identitätsverlusts bei einer Sitzverlegung nicht ins Leere läuft.

Die nicht rechtsfähige Gesellschaft erfüllt allerdings die Voraussetzungen einer *société crée de fait*, so daß die Vorschriften dieses Gesellschaftstyps die Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter bestimmen. So unterliegen die Gesellschafter der *société crée de fait* vor allem der Handelndenhaftung gem. Art. 1872-1 Abs. 1 CC.

VI. Identitätsverlustes bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung und Niederlassungsfreiheit

Möglicherweise ergibt sich eine Pflicht zur Zulassung einer identitätswahrenden, grenzüberschreitenden Sitzverlegung aus Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV. Bei der Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung handelt es sich um eine Frage des materiellen Rechts.⁸¹⁰ Daher kann die Feststellung, daß aus den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV keine kollisionsrechtliche Regelung zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts abgeleitet werden darf,⁸¹¹ nicht als Grundlage für eine Antwort auf die vorliegende Frage herangezogen werden.

Aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts dürfen materielle Regelungen der Mitgliedstaaten nicht gegen Regelungen des EGV verstoßen.

Bisher ist festgestellt worden, daß unter Berücksichtigung entsprechender Interessenschutzmaßnahmen grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegungen,

⁸¹⁰ Vgl. Kap. 3.A.II., S. 109

⁸¹¹ Zum kollisionsrechtlichen Gehalt der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV vgl. Kap. 2.C.II.2., S. 78 ff.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

bei denen keine Interessen verletzt werden, sowohl von Deutschland nach Frankreich (allerdings nur unterhalb der Schwelle unternehmerischer Mitbestimmung) als auch von Frankreich nach Deutschland durchführbar sind.⁸¹² Die Weigerung der deutschen Rechtsprechung, auch solche grenzüberschreitenden Sitzverlegungen für zulässig zu erklären, könnte einen Verstoß gegen die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV darstellen. Insoweit ist zu prüfen, ob sich aus dem EGV eine Pflicht zur Zulässigkeit grenzüberschreitender identitätswahrender Sitzverlegungen ergibt.⁸¹³

1. Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV als Prüfungsmaßstab

Da sich die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV⁸¹⁴ auch auf die primäre Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft erstrecken und diese von der Gesellschaft vor allem durch eine grenzüberschreitende, identitätswahrende Sitzverlegung ausgeübt werden kann, ist zu prüfen, ob die von der herrschenden deutschen Meinung angenommene Auflösungspflicht bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nicht gegen den sich aus der fremdenrechtlichen Funktion der Niederlassungsfreiheit ergebenden Grundsatz der Inländergleichbehandlung verstößt.

Voraussetzung hierfür ist, daß die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV als Prüfungsmaßstab für die Frage der Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung herangezogen werden können.

a. Die Rechtsprechung des EuGH – Das Daily Mail-Urteil

Im Daily Mail-Urteil⁸¹⁵ hat der EuGH festgestellt, daß die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV den Gesellschaften der Mitgliedstaaten nicht das Recht gewähren, eine identitätswahrende Sitzverlegung vorzunehmen.⁸¹⁶ Das bedeute, daß die Frage der Identitätswahrung nicht an dem Niederlassungsrecht gemessen werden könne und sich allein nach den nationalen Gesellschaftsrechten bestimme. Dies soll sich zum

⁸¹² Vgl. Kap. 3.C.III.1.c., S. 185 und 3.C.III.2.c., S. 204

⁸¹³ Da die grenzüberschreitende Sitzverlegung in Deutschland nicht gesetzlich geregelt ist und eine analoge Anwendung der Umwandlungsvorschriften auf diese Restrukturierung nicht möglich ist, besteht ohne entsprechende gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung in Deutschland kein Zwang, eine grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegung zuzulassen, auch wenn sie zu keiner Interessenverletzung führt. Vgl. auch Kap. 3.C.III.1.a.aa., S. 155 ff.

⁸¹⁴ Zum Inhalt und zum persönlichen Anwendungsbereich der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV sowie zu ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit wird auf die dazu bereits gemachten Ausführungen verwiesen, vgl. Kap. 2.C.I., S. 75 und 2.C.II.1., S. 76 ff.

⁸¹⁵ Zum Sachverhalt, der dem Daily Mail-Urteil des EuGH zugrunde liegt, wird auf die Darstellung an anderer Stelle verwiesen, vgl. Kap. 2.C.II.2.c.aa., S. 88 f.

⁸¹⁶ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483, 5512, Rz. 24.

einen aus der Tatsache ergeben, daß Art. 48 (ex-Art. 58) EGV den Mitgliedstaaten die Wahl der kollisionsrechtlichen Anknüpfung bei Gesellschaften überlasse. So zeige der Wortlaut des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV, daß er die Anknüpfung an den satzungsmäßigen Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung als gleichwertig erachte.⁸¹⁷ Zum anderen sollen auch die Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich und Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV deutlich machen, daß der EGV die Frage der Identitätswahrung bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen den nationalen Gesellschaftsrechten überlassen wollte, und die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV insoweit kein Recht der Gesellschaften auf primäre Niederlassungsfreiheit gewähren.⁸¹⁸ So könnte eine Koordinierungsrichtlinie gem. Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV die Frage der Identitätswahrung bei Sitzverlegungen regeln, da der Verlust der Rechtsfähigkeit bei Sitzverlegungen nur zum Schutz der an der Sitzverlegung beteiligten Gesellschafter, Gläubiger, Arbeitnehmer und Dritten angenommen.

Im übrigen wird im Daily Mail-Urteil darauf hingewiesen, daß juristische Personen – anders als natürliche Personen – ihre Rechtsfähigkeit von der nationalen Rechtsordnung erhalten,⁸¹⁹ woraus der Schluß gezogen wird, daß auch das Recht der Mitgliedstaaten bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung über die Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit entscheiden muß.⁸²⁰

Damit wird die Frage der Identitätswahrung bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach Auffassung des EuGH zumindest im Zeitpunkt der Daily-Mail Entscheidung in das Belieben jedes Mitgliedsstaates gestellt. Spätere Entscheidungen des EuGH über grenzüberschreitende Sitzverlegungen liegen nicht vor.⁸²¹

b. Die in der Lehre vertretenen Ansichten

Ein Teil der Literatur folgt der Argumentation des EuGH und geht wie dieser davon aus, daß sich die Zulässigkeit einer identitätswahrenden Sitzverlegung allein aus den nationalen Rechten der Mitgliedstaaten ergibt. Nach dieser Auffassung entscheidet das Gemeinschaftsrecht in den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV nicht über die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung.⁸²² Anderer Ansicht zufolge ist Art. 293 (ex-Art. 220) EGV für die

⁸¹⁷ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483, 5512, Rz. 21, 23.

⁸¹⁸ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483, 5512, Rz. 21 ff.

⁸¹⁹ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483, 5512, Rz. 19.

⁸²⁰ Vgl. auch Großfeld, WM 1992, 2121, 2124.

⁸²¹ Vgl. aber in diesem Zusammenhang auch das Centros-Urteil des EuGH und die daraufhin ergangenen Vorlagen zum EuGH: Kap. 2.C.II.2.d., S. 95 ff.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Frage der Identitätswahrung bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nicht *lex specialis*, sondern greift nur subsidiär oder gleichrangig zu dem Niederlassungsrecht gem. Art. 48, 43 (ex-Art. 58, 52) EGV ein.⁸²³ Auch könne der Wahlmöglichkeit, die Art. 48 (ex-Art. 58) EGV den nationalen Gesellschaftsrechten hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Anknüpfung läßt, nicht entnommen werden, daß die Art. 48, 43 (ex-Art. 58, 52) EGV auch die materielle Frage der Identitätswahrung bei einer Sitzverlegung offen lassen wollen, da kollisionsrechtliche Anknüpfung und materielle Wirkung streng voneinander zu trennen seien.⁸²⁴ Schließlich komme es nur dann zu einer wirklichen Gleichstellung von Gesellschaften und natürlichen Personen gem. Art. 48 (ex-Art. 58) EGV, wenn den Gesellschaften ein durchsetzbares Recht auf primäre Niederlassungsfreiheit zugestanden werde.⁸²⁵ Außerdem wird geltend gemacht, daß der EuGH in seinem Daily Mail-Urteil Gesellschaften nur für den Fall kein Recht auf primäre Niederlassungsfreiheit gewähre, daß sie ihren Sitz unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaats ihrer Gründung verlegen wollen. Daraus sei zu schließen, daß der EuGH bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung, bei der es zu einem Gesellschaftsstatutswechsel und zur Notwendigkeit einer Gesellschaftsanpassung an das Recht des Zuzugsstaats kommt, nicht das primäre Niederlassungsrecht der Gesellschaften einschränken wollte. Im Daily Mail-Fall ging es nämlich lediglich um die Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes einer Gesellschaft, die zu keinem Statutswechsel führte, da beide an der Restrukturierung beteiligten Staaten der Gründungsrechtsregel folgten.⁸²⁶ Damit würde die Einschränkung der primären Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften nicht deutsch-französische, identitätswahrende Sitzverlegungsfälle betreffen, da diese eine gemeinsame Verlegung des Satzungs- und Verwaltungssitzes voraussetzen, bei der es zu einem Gesellschaftsstatutswechsel kommt.⁸²⁷

⁸²² Behrens, EuZW 1991, 97; Ebenroth/ Eyles, DB 1989, 363, 365, 413, 414 ff.; Großfeld, WM 1992, 2121, 2124; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 202; Schlenker, S. 60; Schwarz, Rn. 184.

⁸²³ Schnichels, S. 161; Pohlmann, S. 116, Fn. 81; vgl. ausführlicher zu den Stellungnahmen der Lehre zum Daily Mail Urteil: Kap. 2.C.II.2.c.bb., S. 89 ff.

⁸²⁴ Behrens, IPRax 1989, 354.

⁸²⁵ Behrens, IPRax 1989, 354, 355; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 342; Kruse, S. 69.

⁸²⁶ Bechtel, S. 86 f. unter Verweis auf EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483, 5512, Rz. 24.

⁸²⁷ Vgl. Kap. 3.B.I.1., S. 111 ff.

c. Stellungnahme

Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich bei dem Verlust der Rechtspersönlichkeit um eine zwingende Folge der Verwaltungssitzregel handelt, die dann konsequenterweise als Teil der kollisionsrechtlichen Anknüpfung nicht von den Art. 48, 43 (ex-Art. 58, 52) EGV geregelt wird,⁸²⁸ oder ob die Frage der Identitätswahrung als materielle Folge einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung als Niederlassungsbeschränkung am fremdenrechtlichen Gehalt der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV zu messen ist.

Der Verlust der Identität bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung kann meines Erachtens nicht als zwingende Folge der Verwaltungssitzregel gesehen werden. So zeigt die Tatsache, daß in Frankreich trotz Anknüpfung an die Verwaltungssitzregel von der Möglichkeit einer identitätswahrenden Sitzverlegung ausgegangen wird (vgl. beispielsweise Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 154 Loi n° 66-537)), daß es sich bei der kollisionsrechtlichen Anknüpfung und der Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit um zwei verschiedene Fragen handelt. Kollisionsrechtlich findet sowohl in Deutschland als auch in Frankreich eine Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft statt. Die unterschiedliche Behandlung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung erfolgt erst im Sachrecht, da die materiellen Folgen einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach deutschem bzw. französischem Recht unterschiedlich sind.⁸²⁹ Da die Frage der Identitätswahrung bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung eine materielle Frage ist, die der primären Niederlassungsfreiheit zuzuordnen ist, muß festgestellt werden, ob die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV den Gesellschaften die primäre Niederlassungsfreiheit gewähren. Ist dies der Fall, so sind Niederlassungsbeschränkungen, insbesondere die Frage der Identitätswahrung bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen, an Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV zu messen.

Meines Erachtens räumen Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV den Gesellschaften ein geschütztes Niederlassungsrecht ein. Art. 48 (ex-Art. 58) EGV geht nämlich von der Gleichstellung von natürlichen und juristischen Personen hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit aus, auch wenn er die kollisionsrechtliche Anknüpfungsfra­ge den nationalen Rechten überläßt und dadurch berücksichtigt, daß juristische Personen im Gegensatz zu natürlichen Personen ihre Rechtsfähigkeit von der

⁸²⁸ Vgl. zur Tatsache, daß die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV keine kollisionsrechtliche Regelung enthalten, Kap. 2.C.II.2., S. 78 ff.

⁸²⁹ Vgl. hierzu auch Kap. 3.C, S. 116 ff.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

nationalen Rechtsordnung erhalten. Die Gleichstellung in Art. 48 (ex-Art. 58) EGV muß sich auch auf die primäre Niederlassungsfreiheit beziehen, denn Art. 48 (ex-Art. 58) EGV verweist auf alle Vorschriften des 2. Kapitels, mithin auch auf Art. 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 S. 1 EGV.

Unklar ist, ob der EuGH in seinem Daily Mail-Urteil Gesellschaften nur für den Fall kein Niederlassungsrecht gewährt, daß sie ihren Sitz unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaats ihrer Gründung verlegen wollen. Eindeutig kann dies dem Urteil meines Erachtens nicht entnommen werden, da der EuGH auch allgemein davon spricht, daß die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV Gesellschaften nicht das Recht gewähren ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.⁸³⁰

Entgegen der im Daily Mail vertretenen Auffassung des EuGH ist aber auch aus der Existenz der Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich und Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV nicht zu entnehmen, daß der EGV die Frage der Identitätswahrung bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen den nationalen Gesellschaftsrechten überlassen wollte. Zwar zeigt die Existenz dieser Vorschriften, daß es hinsichtlich des Erhalts der Rechtspersönlichkeit bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen mitgliedstaatlichen Regelungen gibt, doch bedeutet dies nicht, daß das primäre Niederlassungsrecht für Gesellschaften gem. Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV ausgeschlossen sein soll. Ein Übereinkommen zur Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Sitzverlegungen bzw. eine Richtlinie, die die Frage der Identitätswahrung bei Sitzverlegungen regelt, ist auch sinnvoll, wenn die Frage der Identitätswahrung am Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV gemessen wird. So besteht ein Interesse an einem Übereinkommen oder einer Koordinierungsrichtlinie, wenn die im Verlust der Rechtspersönlichkeit liegende Niederlassungsbeschränkung gerechtfertigt ist.⁸³¹ Dieses Nebeneinander von Grundfreiheit und Übereinkommen bzw. Richtlinie macht auch die Formulierung „soweit erforderlich“ in Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich und Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV deutlich.

Die Tatsache, daß eine juristische Person ihre Rechtsfähigkeit von der nationalen Rechtsordnung ableitet, steht dem Recht einer Gesellschaft auf primäre Niederlassungsfreiheit nicht entgegen, da die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft nicht in den Bereich der Niederlassungsfreiheit fällt, so daß die Gründung juristischer

⁸³⁰ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483, 5512, Rz. 25.

⁸³¹ Vgl. näher zu Überprüfung der Frage der Identitätswahrung an den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV: Kap. 3.C.VI.2., S. 222 ff.

Personen auch weiterhin den nationalen Rechten überlassen bleibt. Aus dieser Kompetenz der Mitgliedstaaten kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß der Identitätsverlust bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nicht am Gemeinschaftsrecht zu messen ist. Darüber hinaus darf die veränderte und weiterentwickelte Auslegung der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV durch den EuGH nicht unberücksichtigt bleiben. Erst in den nach dem Daily Mail-Urteil ergangenen Entscheidungen entwickelte sich die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 43 (ex-Art. 52) EGV von der Existenz eines bloßen Diskriminierungsverbots immer weiter hin zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot.⁸³² Nationale Vorschriften dürfen nun weder diskriminierende Verstöße gegen die Niederlassungsfreiheit noch unverhältnismäßige bzw. nicht durch das Allgemeininteresse gerechtfertigte Regelungen, die die Niederlassungsfreiheit unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell behindern enthalten. Im Rahmen dieser zusätzlichen Beschränkungsüberprüfung kann differenziert und sachgerecht auf die Interessen der an einer Sitzverlegung beteiligten Staaten eingegangen werden.⁸³³ Daher ist es nicht notwendig, das Niederlassungsrecht der Gesellschaften einzuschränken, denn im Rahmen der Prüfung des Allgemeininteresses und der Verhältnismäßigkeit können die Unterschiede zwischen der primären und sekundären Niederlassungsfreiheit ausreichend Beachtung finden. Daher sind Niederlassungsbeschränkungen durch Rechtspersönlichkeitsverlust bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen an Art. 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 S. 1, Art. 48 (ex-Art. 58) EGV zu messen.

2. Die Überprüfung des Verlusts der Rechtspersönlichkeit an den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV

a. Die Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot

Das Niederlassungsrecht in Art. 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 EGV enthält ein Diskriminierungsverbot, da es allen Angehörigen der Mitgliedstaaten das Recht gewährt, eine Wirtschaftstätigkeit in einem Mitgliedsstaat neu aufzunehmen oder von einem Mitgliedsstaat in einen anderen überzusiedeln.⁸³⁴ Durch die Gleichstellungsvorschrift des Art. 48 (ex-Art. 58) EGV findet das Diskriminierungsverbot auch auf Gesellschaften Anwendung.

Das Diskriminierungsverbot beinhaltet das Verbot offener Diskriminierungen,

⁸³² Vgl. zu dieser Entwicklung insbesondere Kap. 3.C.VI.2.b., S. 224 ff.

⁸³³ Ähnlich Bechtel, S. 89.

⁸³⁴ Von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Troberg, Art. 52 EGV, Rn. 35 ff.; Schnichels, S. 40.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

die vorliegen, wenn Unterschiede zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten aufgrund der Staatsangehörigkeit gemacht werden, sowie ein Verbot versteckter Diskriminierungen.⁸³⁵ Diese entstehen, wenn nicht nach der Staatsangehörigkeit, sondern nach einem anderen Kriterium differenziert wird, dabei aber letztendlich das gleiche tatsächliche Ergebnis eintritt wie bei einer offenen Diskriminierung.⁸³⁶

Jede zu- bzw. wegziehende Gesellschaft hat somit einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung. Der Verlust der Rechtspersönlichkeit bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung wäre eine Diskriminierung, wenn zwei gleiche Tatbestände unterschiedlich behandelt würden und dies auf eine direkte oder indirekte Differenzierung nach der „Staatsangehörigkeit“ der Gesellschaft hinausläufe.⁸³⁷

Nach der herrschenden deutschen Auffassung ergibt sich eine solche unterschiedliche Behandlung einer ausländischen, zuziehenden Gesellschaft und einer inländischen Gesellschaft daraus, daß die zuziehende Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit verliert, während eine innerstaatliche Sitzverlegung unter Wahrung der Identität möglich ist.

Umstritten ist jedoch, ob es sich bei der grenzüberschreitenden und der innerstaatlichen Sitzverlegung um vergleichbare Tatbestände handelt. Zum Teil wird die Vergleichbarkeit dieser Tatbestände angenommen. Nach dieser Auffassung kommt es bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung zu einem Verstoß gegen das Gebot der Inländergleichbehandlung, da der ausländischen Gesellschaft allein aufgrund ihrer Nationalität der grenzüberschreitende Zuzug versperrt werde, während eine innerstaatliche Sitzverlegung ohne weiteres möglich sei.⁸³⁸ Meines Erachtens ist allerdings der Gegenauffassung zuzustimmen, die davon ausgeht, daß die Tatbestände nicht miteinander vergleichbar sind. Hierfür spricht, daß eine Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit von der nationalen Rechtsordnung verliehen bekommen hat und daher ein Sitzwechsel innerhalb dieser Rechtsordnung nicht mit einem Sitzwechsel vergleichbar ist, bei dem diese Rechtsordnung verlassen wird.⁸³⁹

Vergleichbar sind also nur grenzüberschreitende Sitzverlegungen untereinander, so daß der Zuzug einer ausländischen Gesellschaft mit dem Wegzug einer

⁸³⁵ Kruse, S. 83 f.; Luchsinger, S. 113; Schwarz, Rn. 132.

⁸³⁶ EuGH v. 05. 12. 1989, Rs. 3/ 88 (Kommission/ Italien), Slg. 1989, 4035, 4059, Rz. 8.

⁸³⁷ Luchsinger, S. 113.

⁸³⁸ Behrens, ZGR 1994, 1, 18f.; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 344; Schwarz, Rn. 176; im Ergebnis auch Sandrock (RIW 1989, 505, 509 f.).

⁸³⁹ Vgl. auch Schnichels, S. 177 f.

deutschen Gesellschaft verglichen werden muß. Nach herrschender deutscher Auffassung verliert sowohl eine nach Deutschland kommende ausländische Gesellschaft, als auch eine in einen der Verwaltungssitzregel folgenden Staat ziehende inländische Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit, d.h. es kommt nicht zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Inländergleichbehandlung.⁸⁴⁰ Bei einem Zuzug nach Deutschland werden auch sämtliche ausländischen Gesellschaften gleich behandelt, denn eine Neugründung der Gesellschaft in Deutschland ist nach herrschender Meinung unabhängig davon erforderlich, ob der Wegzugsstaat der Verwaltungssitz- oder Gründungsrechtsregel folgt.⁸⁴¹

Die Tatsache, daß ein Wegzug einer Gesellschaft in einen Staat, der der Gründungsrechtsregel folgt, zulässig ist, muß unberücksichtigt bleiben.⁸⁴² Bei dieser Konstellation verläßt nämlich die Gesellschaft nicht ihre Rechtsordnung, denn aufgrund des Renvoi des Zuzugsstaates bleibt deutsches Recht anwendbar. Damit ist der Wegzug in einen der Gründungsrechtsregel folgenden Staat weder mit dem Wegzug in ein Land, das der Verwaltungssitzregel folgt, noch mit dem Zuzug einer ausländischen Gesellschaft nach Deutschland vergleichbar. Der Identitätsverlust einer Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung hat deshalb keine diskriminierende Wirkung.

b. Das allgemeine Beschränkungsverbot der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV

Es besteht Einigkeit, daß die Waren- und Dienstleistungsfreiheit neben dem Diskriminierungsverbot auch durch ein Verbot nicht diskriminierender Beschränkungen geschützt wird. Dieses verbietet Beschränkungen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, soweit sie nicht verhältnismäßig und durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind.⁸⁴³ Umstritten ist jedoch, ob ein solches Beschränkungsverbot auch für den Bereich der Niederlassungsfreiheit gilt.

⁸⁴⁰ Ebke, ZGR 1987, 245, 255 f.

⁸⁴¹ Schnichels, S. 178.

⁸⁴² Grothe, S. 163; Ebke (ZGR 1987, 245, 255), jedoch nur wenn sich der Verwaltungssitz von Anfang an in dem Staat befindet, der der Gründungsrechtsregel folgt.

⁸⁴³ EuGH v. 11. 07. 1974, Rs. 8/ 74 (Dassonville), Slg. 1974, 837, 852, Rz. 5; EuGH v. 03. 12. 1974, Rs. 33/74 (Van Binsbergen), Slg. 1974, 1299, 1309, Rz. 10, 12; EuGH v. 20. 02. 1979, Rs. 120/ 78 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 649, 662, Rz. 8.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

aa. Die Rechtsprechung des EuGH

Früher ist der EuGH im Rahmen der Niederlassungsfreiheit lediglich von einem Diskriminierungsverbot ausgegangen.⁸⁴⁴ Im Laufe der Zeit hat sich jedoch die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 43 (ex-Art. 52) EGV immer weiter zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot entwickelt.

Im Klopp-Urteil hat der EuGH entschieden, daß eine französische Regelung, die sowohl für In- als auch für Ausländer gilt, gegen Art. 43 (ex-Art. 52) EGV verstößt, wenn sie bestimmt, daß ein Rechtsanwalt nur eine Kanzlei und nur in dem Bezirk haben kann in dem er zugelassen ist.⁸⁴⁵ Anlaß für diese Entscheidung war ein deutscher Anwalt, der in Frankreich seine Zulassung beantragte und zugleich seine Kanzlei in Deutschland beibehalten wollte. Der EuGH stützt sich in seiner Entscheidung auf den Wortlaut des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV, aus dem sich keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit auf nur eine einzige Niederlassung entnehmen läßt.⁸⁴⁶

Bei der Kommission/ Frankreich-Entscheidung des EuGH, die sich ebenfalls auf das Problem der Doppelniederlassung bezieht, ging der EuGH davon aus, daß eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nur dann mit Art. 43 (ex-Art. 52) EGV vereinbar ist, wenn sie nicht diskriminierend ist und den Zugang zum Beruf nicht über das zur Erreichung der genannten Ziele erforderliche Maß hinaus behindert.⁸⁴⁷ Im Gullung-Fall des EuGH ging es um die Vereinbarkeit der sowohl für inländische Rechtsanwälte als auch für Rechtsanwälte der Mitgliedstaaten bestehenden Pflicht zur Zulassung zur französischen Rechtsanwaltschaft mit Art. 43 (ex-Art. 52) EGV. Hierzu führte der EuGH aus, daß diese Zulassungsregelung mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sei, weil sie einem schutzwürdigen Zweck diene.⁸⁴⁸ Später hatte sich der EuGH mit der Anerkennung ausländischer Diplome auseinanderzusetzen und entschied im Fall Kraus, daß Deutschland LL.M.-Titel anerkennen muß, die in Großbritannien erworben worden sind. Er stellte dabei fest, daß nicht diskriminierende Regelungen über die Führung eines in einem Mitgliedsstaat erworbenen akademischen Titels, die geeignet sind, die Ausübung der

⁸⁴⁴ EuGH v. 21. 06. 1974, Rs. 2/ 74 (Reyners), Slg. 1974, 631, 651, Rz. 24, 28; EuGH v. 28. 01. 1986, Rs. 270/ 83 (Kommission/ Frankreich), Slg. 1986, 273, 303, Rz. 14; EuGH v. 10. 07. 1986, Rs. 79/ 85 (Segers), Slg. 1986, 2375, 2387, Rz. 15; weitere Nachweise bei Kruse, S. 99, Fn. 127 f.

⁸⁴⁵ EuGH v. 12. 07. 1984, Rs. 107/ 83 (Klopp), Slg. 1984, 2971, 2989, Rz. 19.

⁸⁴⁶ EuGH v. 12. 07. 1984, Rs. 107/ 83 (Klopp), Slg. 1984, 2971, 2989, Rz. 19.

⁸⁴⁷ EuGH v. 30. 04. 1986, Rs. 96/ 85 (Kommission/ Frankreich), Slg. 1986, I-1475, 1485 f., Rz. 11.

⁸⁴⁸ EuGH v. 19. 01. 1988, Rs. 292/ 86 (Gullung), Slg. 1988, 111, 140, Rz. 29 ff.

Niederlassungsfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, gegen Art. 43 (ex-Art. 52) EGV verstoßen.⁸⁴⁹ Schließlich legte der EuGH in der Gebhard-Entscheidung nochmals dar, welche nicht diskriminierenden Beschränkungen mit dem in Art. 43 (ex-Art. 52) EGV verankerten Niederlassungsrecht unvereinbar sind. Bei dieser Entscheidung ging es um einen in Deutschland zugelassenen deutschen Rechtsanwalt, der dort als freier Mitarbeiter in einer Kanzlei tätig war und zugleich in Italien unter der Bezeichnung *avvocato* eine eigene Kanzlei führte. Die italienische Rechtsanwaltskammer leitete gegen ihn ein Disziplinarverfahren ein, weil es einem Ausländer nach italienischem Recht nicht gestattet ist, unter der Bezeichnung *avvocato* eine dauerhafte Berufstätigkeit in einer italienischen Kanzlei auszuüben. Im Rahmen eines Rechtsbehelfs gegen eine stillschweigende Ablehnung des Antrags des deutschen Rechtsanwalts auf Zulassung als Anwalt in Italien entschied der EuGH über die Vereinbarkeit der italienischen Regelung, die es Angehörigen anderer Mitgliedstaaten nicht erlaubt, eine Kanzlei in Italien zu führen, mit Art. 43 (ex-Art. 52) EGV. Der EuGH befand, daß Angehörige eines anderen Mitgliedsstaates grundsätzlich alle Bedingungen erfüllen müssen, die im Niederlassungsstaat für die Aufnahme oder Ausübung einer Tätigkeit vorgesehen sind. Allerdings ist bei Maßnahmen, die die Ausübung der durch den EG-Vertrag gewährten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen, eine Einschränkung zu machen.⁸⁵⁰ Diese sind nur zulässig, wenn sie in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, wenn sie zur Verwirklichung des verfolgten Ziels geeignet sind und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist.⁸⁵¹

Diese Rechtsprechung bestätigte der EuGH dann auch nochmals in der *Futura Participations*- und in der *Centros*-Entscheidung.⁸⁵²

In Bezug auf den Umfang der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften ist das *Daily Mail*-Urteil des EuGH heranzuziehen.⁸⁵³ Dort führte der EuGH aus, daß die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV vor allem der Inländergleichbehandlung dienen sollen. Das bedeutet, daß die Vorschriften ein Diskriminierungsverbot beinhalten und zugleich den Mitgliedstaaten verbieten, Wegzugsschranken für Gesellschaften zu erlassen, die sich in einem anderen Mitgliedsstaat niederlassen wollen. Die

⁸⁴⁹ EuGH v. 31. 03. 1993, Rs. 19/ 92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, 1697, Rz. 32.

⁸⁵⁰ EuGH v. 30. 11. 1995, Rs. 55/ 94 (Gebhard), Slg. 1995, 4165, 4197, Rz. 36.

⁸⁵¹ EuGH v. 30. 11. 1995, Rs. 55/ 94 (Gebhard), Slg. 1995, 4165, 4197, Rz. 37.

⁸⁵² EuGH v. 15. 05. 1997, Rs. C-250/ 95 (*Futura Participations*), Slg. 1997, I-2471, 2500, Rz. 24, 26; EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C-212/ 97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459, 1495, Rz. 34.

⁸⁵³ Zum Sachverhalt des Urteils vgl. Kap. 2.C.II.2.c.aa., S. 88 ff.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

in Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV gewährten Rechte wären nämlich sinnentleert, wenn der Herkunftsstaat Unternehmen die Auswanderung und Niederlassung in anderen Mitgliedstaaten verbieten könnte.⁸⁵⁴

bb. Die in der Lehre vertretenen Ansichten

Ein Teil der Lehre interpretiert die Rechtsprechung des EuGH in der Weise, daß der EuGH von einem sehr weiten und umfassenden Diskriminierungsbegriff ausgeht und in allen oben aufgeführten Entscheidungen von versteckten Diskriminierungen ausging, die durch Ziele des Allgemeinwohls und bei Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein können.⁸⁵⁵ Der Niederlassungsfreiheit sei danach also insgesamt nur fremdenrechtliche Bedeutung beizumessen, d.h. es sei lediglich von einem Diskriminierungsverbot, nicht aber von einem allgemeinen Beschränkungsverbot auszugehen.⁸⁵⁶

Auch sind nach dieser Ansicht Niederlassungsfreiheit und Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit nicht miteinander vergleichbar, da es bei der Niederlassungsfreiheit zu einem dauerhaften Kontakt zu dem Empfängerstaat komme, während dieser bei den anderen beiden Grundfreiheiten nur kurzfristig stattfindet. Insoweit müsse berücksichtigt werden, daß ein allgemeines Beschränkungsverbot nicht hinreichend bestimmbar sei, weil im Rahmen des Beschränkungsverbots eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen habe.⁸⁵⁷ Diese würde zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen, da bei einer dauerhaften Eingliederung in eine fremde Wirtschaft nicht klar sei, welche Beschränkungen zulässig seien und welche gegen Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV verstießen.⁸⁵⁸ Außerdem würde dem Beschränkungsverbot mangels Bestimmbarkeit keine unmittelbare Wirkung zukommen.⁸⁵⁹ Allgemeine Niederlassungsbeschränkungen sollen daher nicht durch eine erweiterte Auslegung des Rechts auf Niederlassungsfreiheit vermieden werden, sondern müßten durch Rechtsangleichung behoben werden.⁸⁶⁰

Schließlich führe die Annahme eines allgemeinen Beschränkungsverbots bei Art. 43 (ex-Art. 52) EGV auch zu einer unerträglichen Inländerdiskriminierung und damit zu einer Wettbewerbsverzerrung, da sich inländische Konkurrenten nicht gegen solche Beschränkungen wehren könnten.⁸⁶¹

⁸⁵⁴ EuGH v. 27. 09. 1988, Rs. 81/ 87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483, 5510, Rz. 16.

⁸⁵⁵ Brinkmann, S. 55; Schlenker, S. 57.

⁸⁵⁶ Everling, DB 1990, 1853, 1857; Eyles, S. 71; von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Troberg, Art. 52 EGV, Rn. 60; Schlenker, S. 57.

⁸⁵⁷ Ebenroth/ Eyles, DB 1989, 413; Ebke, ZGR 1987, 245, 258.

⁸⁵⁸ Eyles, S. 72 f.

⁸⁵⁹ Ebenroth/ Eyles, DB-Beilage 2/ 88, 1, 15; Ebke, ZGR 1987, 245, 258.

⁸⁶⁰ Eyles, S. 65 f.

Lediglich hinsichtlich der Wegzugsbeschränkungen wird zum Teil vertreten, daß ein Beschränkungsverbot angenommen werden könne, da bei diesen kein sinnvoller Vergleich möglich sei, der eine Überprüfung am Grundsatz der Inländergleichbehandlung erlaube.⁸⁶² Voraussetzung sei allerdings, daß die „spiegelbildliche Seite der fremdenrechtlichen Zielsetzung des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV“ betroffen sei, d.h. daß die Ausübung der Niederlassungsfreiheit gegenüber dem Aufnahmestaat durch eine Wegzugsbeschränkung beeinträchtigt werde. Diese Ausnahmeregelung gelte jedoch nicht für Zuzugsbeschränkungen, denn bezüglich eines Zuzugs seien Vergleichsfälle denkbar und sei somit ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot möglich.⁸⁶³ Bereits der Wortlaut des Art. 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 EGV, der zwar nicht wie Art. 28 (ex-Art. 30) EGV die Formulierung „Maßnahme gleicher Wirkung“ aber dafür den Begriff „Beschränkung“ enthält, zeigt nach anderer Ansicht, daß der Inhalt des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV über das Gebot der Inländergleichbehandlung hinausgeht. Dem letzten Halbsatz des Art. 48 (ex-Art. 58) Abs. 2 EGV könne auch keine Beschränkung auf das Diskriminierungsverbot entnommen werden, denn der Begriff „umfaßt“ im Abs. 2 zeige, daß das in der Formulierung des letzten Halbsatzes deutlich werdende Diskriminierungsverbot nur ein Teilaspekt der Niederlassungsfreiheit sei. Da der Wortlaut des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV keine Beschränkung auf das Diskriminierungsverbot vorschreibe, müsse der Inhalt dieses Artikels mit Hilfe der Rechtsprechung des EuGH und der Ziele des EGV ausgelegt werden.⁸⁶⁴ So soll die Rechtsprechung des EuGH zeigen, daß dieser im Laufe der Zeit bei der Interpretation des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV immer mehr von einem Verbot offener Diskriminierungen zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot übergegangen sei.⁸⁶⁵

Sowohl das Klopp-Urteil als auch die Kommission/ Frankreich-Entscheidung des EuGH zeigt nach dieser Auffassung, daß der EuGH dem Niederlassungsrecht eine über ein bloßes Diskriminierungsverbot hinausgehende Bedeutung beimißt. In diesen Fällen wurde nämlich jeweils ein Verstoß der Vorschriften gegen Art. 43 (ex-Art. 52) EGV festgestellt, obwohl diese unterschiedslos auf In- und Ausländer Anwendung fanden.⁸⁶⁶

⁸⁶¹ Eyles, S. 73.

⁸⁶² Vgl. Kap. 3.C.VI.2.a., S. 222

⁸⁶³ Eyles, S. 74 f., 55 f.

⁸⁶⁴ Knobbe-Keuk, DB 1990, 2573, 2574; Kruse, S. 106 ff.; Schnichels, S. 126 f., Steindorff, EuR 1988, 19, 21 f.

⁸⁶⁵ Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 353; Kruse, S. 99 f., 106; Roth, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 647 ff.; Sack, *JuS* 1990, 352, 355; Sandrock/ Austmann, *RIW* 1989, 249, 250; Schnichels, S. 140; Steindorff, *EuR* 1988, 19, 20 ff.; kritisch Schwarz, *Rn.* 140.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Umstritten ist in der Lehre jedoch, ob der EuGH in der Klopp-Entscheidung ein über das Diskriminierungsverbot hinausgehendes Beschränkungsverbot angenommen hat, oder ob die streitige französische Regelung noch unter ein weites Diskriminierungsverbot subsumiert werden kann.⁸⁶⁷ Bei der Gullung-Entscheidung müsse allerdings festgestellt werden, daß eine Prüfung am Allgemeininteresse stattgefunden habe. Das bedeute, daß die französische Zulassungsregelung nicht als Diskriminierungsverbot, sondern als Beschränkungsverbot eingeordnet wurde.⁸⁶⁸ Zum Teil wird jedoch behauptet, daß der EuGH in der Gullung-Entscheidung keine Aussage darüber getroffen habe, ob beim bloßem Vorliegen einer allgemeinen Niederlassungsbeschränkung diese auch wegen Verstoßes gegen Art. 43 (ex-Art. 52) EGV verworfen werden kann, denn im Urteil gelange der EuGH zum Ergebnis, daß die streitige Regelung mit Art. 43 (ex-Art. 52) EGV vereinbar sei.⁸⁶⁹ Im Rahmen der Gebhard-Entscheidung greift nach dieser Auffassung der EuGH seine im Kraus-Urteil ergangene Auslegung zum Inhalt der Niederlassungsfreiheit auf und bestimmt, daß nationale, nicht diskriminierende Beschränkungen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen, eine unzulässige Einschränkung des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV darstellen. In Anlehnung an den im Waren- und Dienstleistungsverkehr entwickelten Rechtfertigungsgrund bestimme der EuGH, daß Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zulässig seien, wenn sie durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt und verhältnismäßig sind.⁸⁷⁰

Die Entwicklung der Rechtsprechung zeigt nach Ansicht der Lehre, daß sämtliche im Gemeinschaftsrecht niedergelegten Grundfreiheiten parallel ausgestaltet sind, so daß auch hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit von einem Beschränkungsverbot ausgegangen werden muß. Die Aufgabe der Grundfreiheiten bestehe gem. Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV darin, einen gemeinsamen Markt zu schaffen, welcher nur gewährleistet sei, wenn alle Grundfreiheiten auch vor unzulässigen allgemeinen Beschränkungen geschützt werden.⁸⁷¹

Einschränkend hierzu vertritt eine andere Ansicht, daß das Beschränkungsverbot nur bei einer Niederlassungsgründung zur Anwendung kommen soll, um so zu verhindern, daß der Marktzugang begrenzt wird, während bezüglich der

⁸⁶⁶ Kruse, S. 99 f.

⁸⁶⁷ Subsumtion unter das Diskriminierungsverbot: Everling, DB 1990, 1853, 1855 f.; Eyles, S. 76; a.A. Behrens, RabelsZ 52 (1988), 498, 510; Sack, JuS 1990, 352, 355; Steindorff, EuR 1988, 19, 23; Kruse, S. 100.

⁸⁶⁸ Kruse, S. 100.

⁸⁶⁹ Behrens, EuR 1992, 145, 153.

⁸⁷⁰ Kruse, S. 102 f.

⁸⁷¹ Kruse, S. 109 f.; Schnichels, S. 134 f.; Schwarz, Rn. 140.

Ausübung der Niederlassungsfreiheit das Diskriminierungsverbot ausreiche.⁸⁷² Diese Ansicht wird dahingehend kritisiert, daß eine Unterscheidung zwischen Niederlassungsgründung und Ausübung der Niederlassungsfreiheit schwierig und häufig sogar unmöglich sei.⁸⁷³ Anderer Auffassung zufolge bezieht sich das Beschränkungsverbot bei Gesellschaften nur auf die primäre Niederlassungsfreiheit, da nur in diesem Fall zwei Rechtsordnungen miteinander konkurrieren, die unterschiedliche Anforderungen an die Gesellschaft stellen. Aus der Übertragung des für die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit geltenden Herkunftslandprinzips auf die Niederlassungsfreiheit ergebe sich die Notwendigkeit, daß zwei Rechtsordnungen betroffen sein müssen, um von einer allgemeinen Beschränkung ausgehen zu können. Wenn – wie bei der Gründung einer Zweigniederlassung – nur eine Rechtsordnung zur Anwendung komme, könne keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eintreten.⁸⁷⁴ Diese Auffassung wird jedoch mit der Begründung abgelehnt, daß eine allgemeine Beschränkung nicht allein auf dem Herkunftsprinzip beruhe, sondern auch bei einer unverhältnismäßigen, nicht diskriminierenden Beeinträchtigung der sekundären Niederlassungsfreiheit eintreten könne, beispielsweise wenn einer Gesellschaft verboten wird, mehr als eine Tochtergesellschaft zu gründen.⁸⁷⁵

Schließlich wird von anderer Seite behauptet, daß das allgemeine Beschränkungsverbot nur dann Anwendung finde, wenn eine Tätigkeit über das Hoheitsgebiet eines einzigen Mitgliedsstaates hinaus ausgedehnt werde, d.h. wenn neben der streitigen Niederlassung eine weitere Niederlassung im Herkunftsstaat erhalten bleibe.⁸⁷⁶ Nach dieser Auffassung findet das Beschränkungsverbot im wesentlichen nur auf die sekundäre Niederlassungsfreiheit Anwendung. Dem wird entgegengehalten, daß eine Regelung, die die sekundäre Niederlassungsfreiheit unzulässig einschränkt, ebenso beeinträchtigend wäre, wenn die zusätzliche Niederlassung im Herkunftsstaat nicht vorhanden wäre.⁸⁷⁷ Der gemeinsame Markt sei nur zu erreichen, wenn die Gründung einer primären Niederlassung nicht durch allgemeine, nicht gerechtfertigte Beschränkungen behindert werden dürfe.⁸⁷⁸

⁸⁷² Steindorff, EuR 1988, 19, 28 ff.; vom Ansatz her auch Schwarz (Rn. 140).

⁸⁷³ Kruse, S. 111; Schnichels, S. 124.

⁸⁷⁴ Knobbe-Keuk, DB 1990, 2573, 2584; Bechtel (S. 80 f.) unter Verweis auf die ähnliche Regelung bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

⁸⁷⁵ Kruse, S. 110 f.; Schnichels, S. 122.

⁸⁷⁶ GA van Gerven, Schlußanträge v. 28. 11. 1990, Rs. 340/ 89 (Vlassopoulou), Slg. 1991, I-2357, 2370.

⁸⁷⁷ Schnichels, S. 123.

⁸⁷⁸ Kruse, S. 111.

cc. Stellungnahme

Aus dem Wortlaut des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV läßt sich weder eindeutig ein allgemeines Beschränkungsverbot noch eine Begrenzung der Niederlassungsfreiheit auf ein Diskriminierungsverbot entnehmen. Jedenfalls dürfen die Art. 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 und Abs. 2 EGV nicht voneinander getrennt betrachtet werden, sondern sie beschreiben gemeinsam den Inhalt der Niederlassungsfreiheit.⁸⁷⁹

Bei der Auslegung des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV ist vor allem die Interpretation der Vorschrift durch den EuGH und die Entwicklung dieser Rechtsprechung im Laufe der Zeit zu berücksichtigen. Diese macht deutlich, daß Art. 43 (ex-Art. 52) EGV nicht nur Diskriminierungen verhindern soll, sondern daß darüber hinaus auch gewisse anderweitige Behinderungen der Niederlassungsfreiheit verboten sein sollen. Diese anderweitigen Behinderungen können auch nicht mehr unter einen weiten versteckten Diskriminierungsbegriff subsumiert werden, da sie mit keinem Unterscheidungsmerkmal gekoppelt sind, das zu demselben tatsächlichen Ergebnis führt wie bei einer Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Besonders deutlich wird dies in der Klopp-Entscheidung,⁸⁸⁰ wo die streitige Regelung sowohl auf In- als auch auf Ausländer anwendbar war und auch nicht indirekt zu einer Diskriminierung geführt hat. So kann die Vorschrift, die im Fall Klopp zur Überprüfung stand, auch einen Inländer, d.h. einen französischen Anwalt betreffen, der in einem Mitgliedsstaat eine Kanzlei eröffnen will, mit der Folge, daß keine versteckte Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit vorliegt. Somit muß es sich bei der streitigen Regelung um eine allgemeine Beschränkung handeln. Besonders deutlich aber wird die Auslegung des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV im Sinne eines Beschränkungsverbots schließlich im Gebhard-Urteil,⁸⁸¹ da der EuGH dort ausdrücklich festgelegt hat, daß nicht gerechtfertigte mitgliedsstaatliche Regelungen, die die Niederlassungsfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen, nicht mit Art. 43 (ex-Art. 52) EGV vereinbar sind, auch wenn sie nicht diskriminierende Wirkung haben.

Die Auffassung, nach der der mit der Niederlassungsfreiheit verbundene dauerhafte Kontakt zum Empfängerstaat zu einer vollständigen Eingliederung in den Aufnahmestaat ohne Beschränkungskontrolle zwingt, ist abzulehnen. Das Beschränkungsverbot findet nämlich – anders als das Diskriminierungsverbot, das nur von Art. 46 (ex-Art. 56) EGV begrenzt wird – nicht unbeschränkt Anwendung. So sind allgemeine Beschränkungen gerechtfertigt und verstoßen daher

⁸⁷⁹ So auch Schnichels, S. 127.

⁸⁸⁰ Vgl. zum Sachverhalt Kap. 3.C.VI.2.b.aa., S. 225

⁸⁸¹ Vgl. Kap. 3.C.VI.2.b.aa., S. 225

nicht gegen Art. 43 (ex-Art. 52) EGV, wenn sie im Allgemeininteresse liegen und verhältnismäßig sind. Diese Einschränkung des Beschränkungsverbots sichert die notwendige Integration des Niederlassungswilligen in den Empfängerstaat und überläßt den Mitgliedstaaten ausreichende innerstaatliche Regelungskompetenzen, um die nationale Wirtschafts- und Rechtsordnung in wesentlichem Maße selbst zu gestalten.⁸⁸²

Schließlich kann auch nicht die Rechtsunsicherheit, die sich aus der Überprüfung der Beschränkung am Allgemeininteresse und am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt, als Argument gegen ein Beschränkungsverbot des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV herangezogen werden. Denn bei der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit kommt es zu derselben Rechtsunsicherheit und auch dort finden die unbestimmten Rechtsbegriffe des Allgemeininteresses und der Verhältnismäßigkeit Anwendung. Die Tatsache, daß es im Rahmen der Niederlassungsfreiheit zu einem dauerhaften Kontakt mit dem Empfängerstaat kommt, rechtfertigt es nicht, die Rechtsunsicherheit bei der Niederlassungsfreiheit anders zu beurteilen als bei der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit. Bei diesen kann es durch immer wiederkehrende kurzfristige Kontakte zu einer ähnlichen Situation kommen wie bei einer dauerhaften Einrichtung im Empfängerstaat.⁸⁸³ So liegt beispielsweise bei einer ständigen Dienstleistungserbringung in einem Mitgliedsstaat ein fast ebenso dauerhafter Kontakt zum Empfängerstaat vor wie bei der Ausübung der Niederlassungsfreiheit. Da das allgemeine Beschränkungsverbot trotz der in ihm enthaltenen Rechtsunsicherheit im Rahmen der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit auch dann gilt, wenn es sich um häufig wiederkehrende Kontakte handelt, spricht die Rechtsunsicherheit nicht gegen ein Beschränkungsverbot des Art. 43 (ex-Art. 52) EGV.

Im übrigen hält sich die Rechtsunsicherheit durch das Beschränkungsverbot in Grenzen, da eine Rechtmäßigkeitskontrolle durch den EuGH erfolgen kann. Außerdem führt die bereits ergangene und auch zukünftige Rechtsprechung des EuGH zu einer immer gesicherteren Rechtssituation, die die durch das Beschränkungsverbot entstehende Rechtsunsicherheit ausreichend eindämmt.⁸⁸⁴

Schließlich spricht auch die durch ein Beschränkungsverbot verursachte Inländerdiskriminierung nicht gegen ein solches Verbot. Zur Inländerdiskriminierung kommt es nur, weil das Gemeinschaftsrecht lediglich Fälle regeln darf, die einen Auslandsbezug haben. Soweit ein solcher fehlt, liegt die Regelungskompetenz

⁸⁸² Vgl. auch Schnichels, S. 130 f.; Schwarz, Rn. 140.

⁸⁸³ Vgl. auch Kruse, S. 114 f.

⁸⁸⁴ Schnichels, S. 131 f.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

ausschließlich bei den Mitgliedstaaten. Es ist daher nicht Aufgabe des Gemeinschaftsrechts, eine Inländerdiskriminierung zu vermeiden.⁸⁸⁵

Das Beschränkungsverbot muß im übrigen für alle Formen der Niederlassung Gültigkeit haben. Es darf weder auf die primäre noch auf die sekundäre Niederlassungsfreiheit beschränkt werden, da beide Formen der Niederlassungsfreiheit gleich schützenswert sind; die Niederlassungsfreiheit ist also, wie auch die Warenverkehrs- und die Dienstleistungsfreiheit, umfassend zu schützen.

Auch der bei einer Niederlassung entstehende dauerhafte Kontakt mit dem Empfängerstaat rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung der Grundfreiheiten nicht, da es bei der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit durch eine ständige Wiederholung des Kontakts ebenfalls zu einer dauerhaften Beziehung zum Empfängerstaat kommen kann.

Berücksichtigung muß bei der Rechtfertigung einer Beschränkung hingegen die Tatsache finden, daß es sich bei der Niederlassungsausübung vor allem um eine Eingliederung in den Empfängerstaat handelt, und daß nur im Fall der primären Niederlassungsfreiheit die Konkurrenz zweier Rechtsordnungen vorliegt. Im Rahmen der Prüfung des Allgemeininteresses und der Verhältnismäßigkeit können dann geringe die Unterschiede zwischen den verschiedenen Grundfreiheiten bzw. Unterschiede des Einzelfalls sowie zwischen der primären und sekundären Niederlassungsfreiheit Beachtung finden. Außerdem würde ein vollständiger Ausschluß des Beschränkungsverbots zu einem unflexiblen und teilweise unvollständigen Schutz der Niederlassungsfreiheit führen.

c. Vereinbarkeit des Identitätsverlusts bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung mit dem Beschränkungsverbot

Soweit mit der herrschenden deutschen Meinung zwingend vom Verlust der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung ausgegangen wird, liegt eine Beschränkung der primären Niederlassungsfreiheit vor, da damit jede grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegung unmöglich gemacht wird.⁸⁸⁶ Der herrschender Meinung zufolge liegt der Verlust der Rechtspersönlichkeit bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung im Allgemeininteresse, da er dem Interessenschutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer diene. Der Auflösungszwang wirke danach vor allem präventiv,

⁸⁸⁵ Schnichels, S. 135 f.

⁸⁸⁶ Behrens, ZGR 1994, 1, 19; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 345; Schnichels, S. 181; Schwarz, Rn. 176.

denn aufgrund seiner haftungsrechtlichen und steuerrechtlichen Folgen verhindere er meist, daß eine Gesellschaft ins Ausland ziehe.⁸⁸⁷

Nach anderer Ansicht werden durch den Verlust der Rechtspersönlichkeit gerade nicht die Interessen der Betroffenen gewahrt,⁸⁸⁸ da die Gesellschafter zur Haftung herangezogen werden könnten und die Gläubiger ihren Schuldner bzw. die Arbeitnehmer ihren Arbeitgeber verlieren würden. Meines Erachtens ist im Ergebnis der herrschenden Meinung zuzustimmen. Es werden zwar die Gesellschafter und Arbeitnehmer bei der Auflösung einer Gesellschaft im Wegzugsstaat durch die Auflösung der Gesellschaft in ihren Interessen betroffen, da die Arbeitnehmer ihren Arbeitgeber verlieren und die Gesellschafter die Kosten der Liquidation und Neugründung sowie den Verlust des Firmenwerts tragen müssen, doch werden zugleich die Gläubiger durch die Anwendung der nationalen Schutzvorschriften des Liquidationsverfahrens geschützt. Bei der Neugründung der Gesellschaft findet der Interessenschutz durch die Beachtung der nationalen Gründungsvorschriften des Zuzugsstaates statt. Außerdem kann der Auflösungs- und Neugründung nicht eine präventive Schutzwirkung abgesprochen werden, weil insbesondere die Interessen der Gesellschafter, die über die Sitzverlegung beschließen bei der Auflösung und Neugründung in ihren Interessen betroffen werden, was sie von einem entsprechenden Beschluß abhalten wird. Trotz der Interessen, die zum Teil bei der Auflösung und Neugründung einer Gesellschaft betroffen werden, muß im Hinblick auf die Gläubiger und sonstigen Dritten, die im Wegzugs- oder Zuzugsstaat in Kontrakt mit der Gesellschaft treten festgestellt werde, daß insgesamt auch ein Identitätsverlust noch im Allgemeininteresse liegt. Fraglich ist jedoch, ob auch der Auflösungszwang erforderlich ist. Dies wäre der Fall, wenn die Interessen der Betroffenen nicht durch eine einheitliche europäische Regelung geschützt werden und im Zuzugsstaat auch keine den Vorschriften des Wegzugsstaates gleichartigen oder zumindest gleichwertigen nationalen Bestimmungen vorhanden sind, die den Interessen der Betroffenen Rechnung tragen.⁸⁸⁹

Der Auflösungszwang ist damit erforderlich, wenn die durch den Auflösungszwang geschützten Interessen durch die Sitzverlegung betroffen werden. Hierbei kann nicht allgemein die grenzüberschreitenden Sitzverlegung untersucht werden, sondern es muß für jeden Einzelfall überprüft werden, ob bei der konkreten

⁸⁸⁷ Ebke, ZGR 1987, 245, 259; Eyles, S. 361; Kruse, S. 159 ff.; Roth, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 649.

⁸⁸⁸ Behrens, *RabelsZ* 52 (1988), 498, 522.

⁸⁸⁹ Bechtel, S. 77; Ebke, ZGR 1987, 245, 259; Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990), 325, 344, Fn. 85; Kruse, S. 165.

3.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Sitzverlegung (beispielsweise einer SA von Frankreich nach Deutschland) entsprechende Interessen verletzt werden. Im Rahmen eines konkreten grenzüberschreitenden Sitzverlegungsfalls muß entschieden werden, ob die durch die Auflösung geschützten Interessen im Wegzugsstaat bei der Sitzverlegung nicht betroffen werden, weil der Zuzugsstaat gleichwertige oder gleichartige Schutzvorschriften wie der Wegzugsstaat aufweist.⁸⁹⁰

Damit verstößt die deutsche herrschende Auffassung, nach der jede grenzüberschreitende Sitzverlegung ohne weiteres zu einer Auflösung und Neugründung der Gesellschaft führt, gegen das Beschränkungsverbot des Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV, weil der Verlust der Identität nur erforderlich und damit nur gerechtfertigt ist, wenn die Sitzverlegung zu einer Interessenverletzung führt. Darüber hinaus ist fraglich, ob der Identitätsverlust verhältnismäßig ist, d.h. es ist zu untersuchen, ob der Interessenschutz nicht auch durch eine mildere Maßnahme erreicht werden kann, die die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkt.⁸⁹¹

Zum Teil wird davon ausgegangen, daß die kombinierte Anwendung der Vorschriften zur formwechselnden Umwandlung des Zuzugs- und des Wegzugsstaates ein milderes Mittel darstellt, weil hierdurch derselbe Schutzzweck wie bei einer Neugründung erreicht werden könne, nämlich die Anpassung an das Gesellschaftsrecht des Zuzugsstaates.⁸⁹²

Dem gegenüber wird auch die Ansicht vertreten, daß der Verlust der Identität bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung verhältnismäßig ist, weil lediglich durch den Rechtspersonlichkeitsverlust sichergestellt werden könne, daß die Interessen der Betroffenen vollständig geschützt seien, denn nur bei einer Auflösung der Gesellschaft mit anschließender Neugründung im Zuzugsstaat unterliege die zuziehende Gesellschaft denselben Vorschriften wie eine inländische.⁸⁹³

Meines Erachtens stellt die Anwendung der Vorschriften zur formwechselnden Umwandlung nicht allgemein ein milderes Mittel dar, da die Interessen der durch eine grenzüberschreitende Sitzverlegung Betroffenen durch diese Vorschriften nicht umfassend geschützt werden. Die Umwandlungsvorschriften regeln nur Inlandsfälle, so daß Vorschriften fehlen, die die Betroffenen vor Interessenverletzungen schützen, die sich speziell aus dem grenzüberschreitenden Sachverhalt und der Anwendung von zwei verschiedenen Rechtsordnungen

⁸⁹⁰ Zur Frage, welche Interessen bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung zwischen Deutschland und Frankreich betroffen werden vgl. Kap. 3.C.III., S. 155 ff.

⁸⁹¹ Kruse, S. 178; Schnichels, S. 193.

⁸⁹² Behrens, RIW 1986, 590, 593; Großfeld/ Jasper, *RabelsZ* 53 (1989), 52, 57, 60 ff.; Großfeld/ König, *IPRax* 1991, 380, 381; Roth, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 650.

⁸⁹³ Ebenroth/ Eyles, *DB-Beilage* 2/ 88, 1, 15; Ebke, *ZGR* 1987, 245, 264.

ergeben. Beispielsweise sind im UmwG keine Regelungen hinsichtlich der Mitbestimmung bei einem innerstaatlichen Formwechsel enthalten, weil auch nach dem Formwechsel deutsches Mitbestimmungsrecht auf den umgewandelten Rechtsträger Anwendung findet. Dagegen kommt es bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung durch die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland zu einem Statutswechsel, der dazu führt, daß deutsches Mitbestimmungsrecht nicht mehr angewandt werden kann. Der durch das Umwandlungsgesetz gewährte Interessenschutz ist somit im Fall einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nicht umfassend, so daß die Anwendung der Vorschriften zur formwechselnden Umwandlung nur insoweit ein milderes Mittel darstellen, als sie zu einem vollständigen Schutz der betroffenen Interessen führen. Ob ein milderes Mittel sich aus der Anwendung der Vorschriften zur formwechselnden Umwandlung oder aus allgemeinen Schutzerwägungen entnommen wird ist gleichgültig.

Ein milderes Mittel ist jedoch nur geeignet, wenn es die Interessen bei einer konkreten grenzüberschreitenden Sitzverlegung umfassenden schützt. Abzustellen ist hierbei auf die konkrete Sitzverlegung im Einzelfall.

Damit gelangt man zu dem Ergebnis, daß der Identitätsverlust bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nur dann ein verhältnismäßiges Mittel zum Schutz der Betroffenen und damit eine gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist, wenn ein vollwertiger Interessenschutz nicht durch eine mildere Schutzmaßnahme erreicht werden kann. Eine pauschale Beschränkung der grenzüberschreitenden, identitätswahrenden Sitzverlegungen in Gestalt der Auflösung stellt hingegen einen Verstoß gegen das Beschränkungsverbot der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV dar, wenn im konkreten Fall schützenswerte Interessen verletzt werden.⁸⁹⁴

⁸⁹⁴ Im Ergebnis ähnlich Schädler (S. 152), der jedoch von einer Fiktion der Identität bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen durch die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV ausgeht (S. 146 ff.), und Lutter (Lutter/ Lutter, § 1 UmwG, Rn. 9, 12).

Die grenzüberschreitende deutsch-französische Fusion

A Die wesentlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

I. Die Begriffsbestimmung nach deutschem und französischem Recht

Eine Gesellschaftsfusion liegt sowohl nach deutschem als auch nach französischem Recht vor, wenn mehrere Gesellschaften ihr Vermögen vereinigen und mindestens eine von ihnen dabei ihre Existenz ohne Liquidation aufgibt. Dabei kann die Verschmelzung durch Aufnahme geschehen, d.h. das Vermögen einer Gesellschaft wird auf eine andere übertragen, oder sie erfolgt durch Neugründung, wenn das Vermögen aller beteiligten Gesellschaften auf einen neuen Rechtsträger übergeht. Die Mitglieder der untergehenden Gesellschaft müssen dabei durch Aktien oder Gesellschaftsanteile der übernehmenden oder neu zu gründenden Gesellschaft entschädigt werden.⁸⁹⁵

Zu einer grenzüberschreitenden Fusion (transnationalen Verschmelzung) kommt es, wenn bei der Fusion Rechtsgrenzen überschritten werden, d.h. es müssen mindestens zwei der beteiligten Gesellschaften verschiedenen Rechtsordnungen angehören.⁸⁹⁶

⁸⁹⁵ § 2 UmwG; Art. 371 und Art. 372-1 des Gesetzes vom 24. 06. 1966 (Loi n° 66-537); vgl. auch die Definition in Art. 2 lit. a der Richtlinie des Rates vom 23. 07. 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (Fusionsbesteuerungsrichtlinie), ABl. EG 1990, Nr. L 225/ 1; Kallmeyer, ZIP 1994, 1746, 1747; Krause, S. 2, 68; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 636; Caussain, Gaz. Pal, Gazette européenne n° 17, 23/ 24. 09. 1998, 24, 25; Goldman, Rev. marché com. 1968, 297, 299; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 327 f.

⁸⁹⁶ Behrens, ZGR 1994, 1, 13; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 644; Goldman, Rev. marché com. 1968, 297, 300; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 327 f.

II. Die Unterscheidung zwischen kollisionsrechtlichen und materiellrechtlichen Problemen

Da die transnationale Fusion Gesellschaften betrifft, die unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstehen, stellt sich die Frage, welche Rechtsordnung die transnationale Fusion regelt. Hierbei handelt es sich um ein kollisionsrechtliches Problem, das von den materiellrechtlichen Problemen unterschieden werden muß. Wenn kollisionsrechtlich mehrere Rechtsordnungen zur Anwendung kommen, können sich allerdings auch materiellrechtliche Fragestellungen ergeben, da sich aufgrund der sachrechtlich nicht aufeinander abgestimmten Regelungen der beteiligten Gesellschaftsstatute im materiellen Bereich Widersprüche ergeben können.⁸⁹⁷

B Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

I. Die Gesellschaftsstatutsanknüpfung bei einer grenzüberschreitenden Fusion nach deutschem und französischem Recht

1. Fehlende staatsvertragliche, gemeinschaftsrechtliche und nationale kollisionsrechtliche Regelungen der grenzüberschreitenden Fusion

Gemeinschaftsrechtliche bzw. staatsvertragliche Kollisionsregelungen im Hinblick auf transnationale Fusionen existieren nicht. Weder das Haager Abkommen über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit von ausländischen Gesellschaften, Personenverbindungen und Stiftungen vom 01. 06. 1956⁸⁹⁸, noch der Entwurf eines Europäischen Übereinkommens über die transnationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften nach Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich EGV⁸⁹⁹, noch die 10. gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung)⁹⁰⁰ sind bisher in Kraft getreten und ein Inkrafttreten ist auch nicht mehr zu erwarten.⁹⁰¹

⁸⁹⁷ Behrens, ZGR 1994, 1, 13; Steiger, S. 33.

⁸⁹⁸ Text: Rev. crit. dr. int. pr. 1951, 724, 227 ff.

⁸⁹⁹ Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften, EG-Bull. Beilage 13/ 73, 3 ff.

⁹⁰⁰ Vorschlag einer 10. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften v. 08. 01. 1985, ABl. EG 1985, Nr. C 23/ 11 ff.

4.B. Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

Die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie vom 09. 10. 1978 (Verschmelzungsrichtlinie)⁹⁰² führt lediglich zur Angleichung der NATIONALEN Fusionsbestimmungen, bestimmt aber weder kollisions- noch materiellrechtlich etwas über die INTERNATIONALE Fusion. Die Fusionsbesteuerungsrichtlinie⁹⁰³ betrifft zwar die transnationale Fusion, doch schafft sie lediglich die steuerrechtlichen Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende Verschmelzung, während sie keine Regelung hinsichtlich des Kollisionsrechts einer transnationalen Fusion enthält.⁹⁰⁴ Auch Deutschland und Frankreich besitzen keine gesetzlichen Kollisionsvorschriften für transnationale Fusionen. Gem. § 1 Abs. 1 UmwG bzw. nach den Art. L. 236-1 ff., Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 371 ff., Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) beziehen sich die vorhandenen Fusionsregelungen in beiden Ländern nur auf nationale Fusionen und berühren nicht die Frage des anwendbaren Fusionsrechts bei grenzüberschreitenden Fusionen.

Auch die Art. L. 225-97, L. 229-9 und L. 223-30 CCom (vorm. Art. 154, 31 und 60 Loi n° 66-537) enthalten keine kollisionsrechtliche Regelung für die transnationale Fusion, weil sie sich zum einen auf Sitzverlegungen beziehen und zum anderen auch in diesen Fällen nicht das anwendbare Recht bestimmen; das auf Gesellschaften anwendbare Recht regelt nur Art. L. 210-3 CCom (vorm. Art. 3 Loi n° 66-537).⁹⁰⁵

2. Die Anknüpfungsregeln

Mangels gesetzlicher Regelung müssen daher die kollisionsrechtlichen Fragen der transnationalen Fusion sowohl in Deutschland als auch in Frankreich an Hand der von Rechtsprechung bzw. Literatur entwickelten Anknüpfungsregeln gelöst werden.

⁹⁰¹ Zum Haager Abkommen über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit von ausländischen Gesellschaften, Personenverbindungen und Stiftungen vom 01. 06. 1956 vgl. Kap. 3.C.I.1., S. 116 ff.; zum Entwurf eines Europäischen Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften nach Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich EGV und zur 10. gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung) vgl. Kap. 4.C.I.4. und Kap. 4.C.I.5., S. 253 ff.

⁹⁰² Dritte Richtlinie betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG), ABl. EG 1978 Nr. L 295/ 36, (zur Umsetzung vgl. Schwarz, Rn. 634 ff.).

⁹⁰³ Richtlinie des Rates vom 23. 07. 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und dem Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (90/ 434/ EWG), ABl. EG Nr. L 225/ 1.

⁹⁰⁴ Staudinger/ Großfeld, Rn. 606; Steiger, S. 30.

⁹⁰⁵ Vgl. hierzu auch Kap. 2.B.II.2.b., S. 68 ff.

a. Die Einzeltheorien

Die Einzeltheorie war vor allem früher in Deutschland herrschende Lehre und wurde auch von der Rechtsprechung vertreten.⁹⁰⁶ Sie knüpft ausschließlich an das Personalstatut einer der an der transnationalen Fusion beteiligten Gesellschaften an. Soweit an das Gesellschaftsstatut der übernehmenden bzw. neu zu bildenden Gesellschaft angeknüpft wird, spricht man von der Aufnahmetheorie. Wenn das Recht der übertragenden Gesellschaft maßgeblich sein soll, handelt es sich um die Übertragungstheorie.⁹⁰⁷ Die Aufnahmetheorie hat zur Folge, daß der gesamte Fusions Sachverhalt und damit insbesondere auch die Auflösung und Gesamtrechtsnachfolge der zu übertragenden Gesellschaft dem Recht der übernehmenden bzw. neu zu gründenden Gesellschaft, d.h. einer ausländischen Rechtsordnung, unterstellt wird. Infolgedessen wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur festgestellt, daß die grenzüberschreitende Fusion bei Anwendung der Aufnahmetheorie unzulässig ist, weil nur das Gesellschaftsstatut über die Gründung und das Erlöschen einer Gesellschaft entscheiden kann. Aufgrund der Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung auf die übertragende Gesellschaft kommt es bei Anwendung der Aufnahmetheorie zu unlösbaren kollisionsrechtlichen Widersprüchen, die nur vermieden werden können, wenn man die grenzüberschreitende Fusion als unzulässig erachtet.⁹⁰⁸

Bei der Anwendung der Übertragungstheorie kommt hingegen das Personalstatut der übernehmenden Gesellschaft nicht zur Anwendung, da die Fusion der fremden Rechtsordnung der übertragenden Gesellschaft unterstellt wird. Auch hier werden das Gesellschaftsstatut und damit die Belange einer der beiden fusionierenden Gesellschaften nicht berücksichtigt; eine transnationale Fusion darf daher auch bei Heranziehen der Übertragungstheorie nicht zulässig sein.⁹⁰⁹

b. Die Vereinigungstheorie

Seit einiger Zeit hat sich in der deutschen Literatur fast einheitlich die Vereinigungstheorie als Anknüpfungstheorie für transnationale Fusionen durchgesetzt.⁹¹⁰

⁹⁰⁶ Kammergericht v. 18. 02. 1901, KJG 21 (1901), A 294; Krause, S. 12 m.w.N.; Lutter, Gutachten, S. H 17.

⁹⁰⁷ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 569; Steiger, S. 34.

⁹⁰⁸ Krause, S. 12; Lutter, Gutachten, S. H 17; Ziegler, S. 5.

⁹⁰⁹ Vgl. MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 659 ff.

⁹¹⁰ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 20 f.; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 174; Koppensteiner, S. 261; Kreuzer, S. 27; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 661; Rixen/ Böttcher, GmbHR 1993, 572, 573; Staudinger/ Großfeld, Rn. 628; Soergel, Anh. Art. 10 EGBGB, Rn. 53; Steiger,

4.B. Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

Auch in Frankreich wird an diese Theorie angeknüpft.⁹¹¹

Mangels Entscheidungen im Bereich transnationaler Fusionen ist die Vereinigungstheorie bisher allerdings weder in Deutschland noch in Frankreich von der Rechtsprechung bestätigt worden, so daß offen bleibt, ob eine solche Bestätigung erfolgen würde.⁹¹² Es ist zu berücksichtigen, daß alle beteiligten Gesellschaften in ihrem Bestand von der Fusion betroffen werden, da die übernehmende Gesellschaft erweitert oder neu gegründet wird und die übertragende Gesellschaft erlischt. Daher kommt es auf die Statute ALLER fusionierenden Gesellschaften an.⁹¹³ Die Beachtung sämtlicher Personalstatute darf jedoch nicht einfach nur zu ihrer Kumulierung führen. Hinsichtlich gesellschaftsinterner Vorgänge reicht die Anwendung des jeweils eigenen entsprechenden Gesellschaftsstatuts aus, denn von diesem Fusionsvorgang wird jeweils nur jede Gesellschaft einzeln berührt. Bei Fusionserfordernissen hingegen, die alle an der Fusion beteiligten Gesellschaften betreffen, ist eine Kumulation der Rechte vorzunehmen, mit der Folge, daß sich die strengste Rechtsordnung durchsetzt.⁹¹⁴

Dabei wird von einer deutschen Mindermeinung vertreten, daß der Fusionsvorgang in seine Einzelteile zu gliedern sei und für jeden Vorgang eine gesonderte Anknüpfung erfolgen müsse, weil jeder Akt seiner eigenen Wertung bedürfe.⁹¹⁵

Um zu verhindern, daß zu jedem Fusionserfordernis gesondert die anwendbare Rechtsordnung festgesetzt werden muß, wird die Fusion von der herrschenden Meinung in Deutschland in drei Stufen (Voraussetzungen, Verfahren, Wirkung) eingeteilt, so daß im wesentlichen jeweils nur für diese Stufen das Personalstatut bestimmt werden muß.⁹¹⁶

S. 34.

⁹¹¹ Batiffol/ Lagarde, n° 203; Beitzke, Rev. crit. dr. int. pr. 1967, 1, 5 ss.; Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 26; Caussain, Gaz. Pal., Gazette européenne n° 17, 23/ 24. 09. 1998, 24, 25; Hatzigayos, n° 140; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 335; Mayer, n° 1041; Menjucq, n° 88, 234; Pohlmann, S. 155 ff.

⁹¹² Rechtsprechung zu transnationalen Fusionen ist sowohl in Deutschland als auch in Frankreich äußerst selten: vgl. Goldman, Rev. marché com. 1968, 297, 300. Die in Frankreich bisher ergangenen Entscheidungen betreffen keine echten transnationalen Fusionen, da der französischen Rechtslage vor Umsetzung der Fusionsrichtlinie kein liquidationsloses Erlöschen einer Gesellschaft bekannt war (vgl. Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 33).

Die in Deutschland ergangenen Entscheidungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung stammen aus einer Zeit, als die herrschende Meinung noch der Einheitstheorie folgte: BayObLG v. 20. 10. 1906, OLGRspr. (=BayObLGZ 7, 505, 506 ff.) 14, 357; Kammergericht v. 18. 02. 1901, KJG 21 (1901), A 294.

⁹¹³ So bereits v. Spindler, S. 78.

⁹¹⁴ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 20 f.; Koppensteiner, S. 261; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 174; Kreuzer, S. 27; Rixen/ Böttcher, GmbHR 1993, 572, 573; Steiger, S. 34; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 335; Menjucq, n° 88, 234; Mayer, n° 1041; Pohlmann, S. 155 ff.

⁹¹⁵ Züllig, S. 104 f.

Eine ähnliche Aufteilung wird zum Teil auch in Frankreich vorgenommen.⁹¹⁷ Darüber hinaus wird dort von der herrschenden Meinung jeweils hinsichtlich der einzelnen Fusionsfragen entschieden, ob diese eine direkte Beziehung zur anderen Gesellschaft aufweisen, die eine Kumulation der Rechtsordnungen erforderlich machen würde.⁹¹⁸ Im Ergebnis werden in der Lehre sowohl in Deutschland als auch in Frankreich folgende Anknüpfungen vorgenommen:

Die Voraussetzungen der Fusion, wie die Zulässigkeit der Verschmelzung und die Verschmelzungsfähigkeit, richten sich nach allgemeiner Auffassung für jede Gesellschaft nach ihrem Gesellschaftsstatut, da es sich um eine Vorstufe der Fusion handele, bei der jede Gesellschaft noch gesondert betrachtet werden könne, weil sie noch keinem gemeinsamen Verfahren unterliege und es daher noch zu keiner Berührung der verschiedenen Gesellschaftsrechte komme.⁹¹⁹

Beim Verschmelzungsverfahren soll hingegen unterschieden werden, inwieweit die Gesellschaft isoliert an dem Verfahren beteiligt ist bzw. wann ein gemeinsames Tätigwerden der Gesellschaften erforderlich ist, weil die Voraussetzungen aufeinander bezogen seien. Im ersteren Fall führe die gesonderte Anknüpfung dazu, daß jede Gesellschaft sich nach ihrem Statut richte, während es im zweiten Fall zu einer Kumulation der Rechtsordnungen komme, so daß sich das strengste Recht durchsetze. Entscheidend sei somit, ob eine Verfahrensfrage nur eine der beteiligten Gesellschaften oder alle Gesellschaften in gleichem Maße betreffe.⁹²⁰ Der Verschmelzungsbeschluß, eine eventuelle Genehmigung, die Fusionskontrolle sowie die Registereintragung bzw. Publizität wiesen keine Beziehung zu den anderen Gesellschaften auf, so daß das jeweilige Personalstatut maßgebend sei.⁹²¹ Von einer Verschmelzungsvereinbarung und der Formvorschrift, die der Verschmelzungsvertrag aufweisen muß, seien hingegen alle Gesellschaften in gleichem Maße betroffen, so daß die Vorschriften der einzelnen Rechtsordnungen

⁹¹⁶ Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 174; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 662 ff.; Steiger, S. 35.

⁹¹⁷ Vgl. Caussain, Gaz. Pal., Gazette européenne n° 17, 23/ 24. 09. 1998, 24; Loussouarn/ Trochu (Fasc. 564-30, n° 330 ff.), der für die kollisionsrechtliche Anknüpfung zwischen der Zulässigkeit, den Voraussetzungen und der Wirkung der Fusion unterscheidet und Bener (p. 56), der zwischen dem Fusionsakt und der Wirkung der Fusion differenziert.

⁹¹⁸ Beitzke, Rev. crit. dr. int. pr. 1967, 1, 5 ss.; Pohlmann, S. 155 ff.

⁹¹⁹ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 22; Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 174; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 665; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 330; Pohlmann, S. 153.

⁹²⁰ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 668 ff.; Steiger, S. 35; Ziegler, S. 5 f.; nach Hachenburg/ Behrens (Einl. B, Rn. 174) kommt es beim Fusionsverfahren nicht zu einer Kumulation der Rechte, sondern das anwendbare Recht richtet sich für jede Gesellschaft ausschließlich nach ihrem Gesellschaftsstatut; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 330.

⁹²¹ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 22 f.; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 668 ff.; Pohlmann, S. 156; Ziegler, S. 5 f.; für den Verschmelzungsbeschluß auch Bener (p. 56).

4.B. Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

zu kumulieren seien.⁹²² Nach einhelliger Meinung kann für die Form des Fusionsvertrags nicht einfach aufgrund der *locus regit actum* – Regel bzw. gem. Art. 11 EGBGB die Form des Vertragsschlußortes herangezogen werden, da die Formvorschriften bei einer Fusion nicht nur den Schutz der Vertragsparteien, sondern auch den Schutz der Gesellschaftsgläubiger bezwecken. Insoweit sei zu berücksichtigen, daß der Verschmelzungsvertrag kein rein rechtsgeschäftlicher, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang sei, der die Veränderung des rechtlichen Bestandes der Gesellschaft zum Gegenstand habe und sich daher nach dem Gesellschaftsstatut richten müsse.⁹²³

Auch hinsichtlich der Wirkung der Fusion ist nach herrschender Auffassung eine Kumulation der anwendbaren Rechte notwendig, da die Fusionswirkungen alle an der Fusion beteiligten Gesellschaften betreffen. Hierzu gehören vor allem der Vermögensübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge und der Wechsel der Gesellschafter von der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft sowie der Wirksamkeitszeitpunkt der Fusion.⁹²⁴

Einer Mindermeinung zufolge muß jedoch hinsichtlich der Frage des Wirksamkeitszeitpunktes der Fusion eine Einzelanknüpfung erfolgen, da die Kumulation der Rechtsordnungen in diesem Fall zu Rechtsunsicherheit führe. In dieser Frage müsse auf das allgemeine kollisionsrechtliche Kriterium der „engsten Verbindung“ und damit auf das Statut der übernehmenden Gesellschaft zurückgegriffen werden, da die Wirksamkeit der Fusion nur von der Rechtsordnung abhängig gemacht werden könne, in der die Gesellschaft nach der Fusion weiter bestehen bleibe. Allerdings wird diese Anknüpfung insoweit eingeschränkt, als die Fusionswirkung nicht vor Ausübung sämtlicher Kontrollen der übertragenden Gesellschaft eintreten darf, da die Übergehung dieses Kontrollsystems einen zu weitgehenden, nicht gerechtfertigten Eingriff in die Rechtsordnung der übertragenden Gesellschaft darstellen würde.⁹²⁵

Umstritten ist auch, nach welcher Rechtsordnung sich der Schutz der betroffenen Personen richtet. Zum Teil wird vertreten, daß die Personenkreise beider Ge-

⁹²² Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 22 f.; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 670; Ziegler, S. 5 f.; Mayer, n° 1041; Menjucq, n° 88.

⁹²³ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 23; Ebenroth/ Wilken, ZVglRWiss 90 (1991), 235, 252; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 670; Staudinger/ Großfeld, Rn. 629; Beitzke, Rev. crit. dr. int. pr. 1967, 1, 8; Loussouarn/ Bredin, n° 339; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 337; Pohlmann, S. 154.

⁹²⁴ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 27 ff.; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 672 ff.; Rixen/ Böttcher, GmbHR 1993, 572, 273; Staudinger/ Großfeld, Rn. 633; Bener, p. 56; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 343 f.; Menjucq, n° 88; Pohlmann, S. 157.

⁹²⁵ Ziegler, S. 94 ff.

sellschaften zu schützen sind und daher eine Kumulation der Rechtsordnungen stattfinden muß.⁹²⁶ Anderer Ansicht zufolge ist lediglich der Personenkreis der übertragenden Gesellschaft schutzbedürftig, da nur deren Gesellschaft untergehe, mit der Folge, daß ihr Schutz durch die Anwendung des Personalstatuts der übertragenden Gesellschaft sichergestellt werden müsse.⁹²⁷ Nach dieser Auffassung findet erst mit dem Eintritt der Fusionswirkung, d.h. ab dem Erlöschen der übertragenden Gesellschaft, ausschließlich das Statut der übernehmenden Gesellschaft Anwendung.⁹²⁸

Soweit bei der Anknüpfung eine Kumulation der Rechtsordnungen erforderlich sei, könne es zu Schwierigkeiten kommen, wenn ein Normwiderspruch eintrete, d.h. wenn sich die Regelungen der nebeneinander anwendbaren Rechtsordnungen gegenseitig ausschließen. In diesem Fall sei eine Anpassung erforderlich, mit der der Normwiderspruch überbrückt werden könne. Hierzu müßten entweder die sich widersprechenden Rechtssätze aufeinander abgestimmt werden oder es müsse eine Substitution erfolgen, wobei ersatzweise nur die Vorschriften einer der beiden Rechtsordnungen heranzuziehen seien, die den entsprechenden Zweck in der anderen Rechtsordnung verfolgen.⁹²⁹

Soweit die beteiligten Rechtsordnungen dies zuließen, bestehe danach auch die Möglichkeit, Normwidersprüche durch die vertragliche Regelung einzelner Fusionsvorgänge zu vermeiden. So könne, wenn sich die Bestimmungen der anwendbaren Rechtsordnungen gegenseitig ausschließen,⁹³⁰ vertraglich eine Entscheidung zugunsten der strengeren der beteiligten Regelungen getroffen werden, da durch eine solche Vereinbarung keine der beteiligten Rechtsordnung unterlaufen werde.

c. Stellungnahme

Da die Vereinigungstheorie die Personalstatute aller beteiligten Gesellschaften berücksichtigt, ist sie der Einzeltheorie vorzuziehen, denn die Einzeltheorie würde dazu führen, daß für einen Teil der betroffenen Personen grundlos eine auslän-

⁹²⁶ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 674; Ziegler, S. 31.

⁹²⁷ Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 342, 345; Pohlmann, S. 157; Beitzke (FS Hallstein, S. 14, 26 ff.), nach dem sich das System des Gläubigerschutzes der übertragenden Gesellschaft im Wege der Anpassung durchsetzen muß.

⁹²⁸ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 26; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 674.

⁹²⁹ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 23 f.; Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 64; MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 675; Staudinger/ Großfeld, Rn. 628; a.A. Wiedemann, S. 873; Ziegler, S. 7, 36.

⁹³⁰ Menjucq, n° 302.

4.B. Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

dische Rechtsordnung zur Anwendung käme, die ihre Interessen möglicherweise nicht in ausreichender Weise schützt. So kann es bei Anwendung der Einzeltheorie durch das Heranziehen eines Fusionsrechts, dessen Regelungen weniger weit reichen, zu einer Umgehung der strengeren Rechtsordnung kommen. Diese Gefahr wird durch die Anwendung der Vereinigungstheorie ausgeschlossen, bei der alle beteiligten Rechtsordnungen zur Anwendung kommen. Dabei muß in Kauf genommen werden, daß aufgrund der kollisionsrechtlichen Kumulation der Rechtsordnungen grenzüberschreitende Fusionen nur unter schwereren Bedingungen als nationale möglich sind.⁹³¹ Fraglich ist, inwieweit der Fusionsvorgang bei Anwendung der Vereinigungstheorie aufgegliedert werden muß, um zu entscheiden, ob sich die Anknüpfung für jede Gesellschaft nach ihrem Statut richtet, oder ob die Fusionsvorschriften zu kumulieren sind.

Die Aufgliederung des Fusionsvorgangs in seine Einzelteile hat den Nachteil, daß für jeden Akt gesondert bestimmt werden muß, welche Anknüpfung zu erfolgen hat, doch führt dies nicht notwendigerweise zu einer Rechtsunsicherheit. Die Rechtssicherheit ist nämlich dann noch gewährleistet, wenn die Vorgänge der Fusion trotz ihrer Aufteilung in Einzelakte so allgemein gehalten werden, daß sie nicht nur einen Einzelfall betreffen, sondern Allgemeingültigkeit haben. So finden die Merkmale der Zulässigkeit der Fusion und der Fusionsfähigkeit, des Verschmelzungsbeschlusses, der Fusionsgenehmigung und -kontrolle, der Publizitätserfordernisse, des Fusionsvertrags und seiner Formvorschriften, des Vermögensübergangs, des Gesellschafterwechsels sowie des Wirksamkeitszeitpunkts der Fusion und die Schutzregelungen zugunsten der betroffenen Personenkreise auf alle Fusionen Anwendung. Wenn hinsichtlich dieser Merkmale abstrakt bestimmt wird, ob eine Kumulation der Personalstatute stattzufinden hat oder ob die Anknüpfung an die eigene Rechtsordnung eingreift, kommt man auch bei einer differenzierten Anknüpfung an die einzelnen Fusionsakte zu einem klaren, allgemeingültigen und damit rechtssicheren Ergebnis.

Die Anknüpfung an die drei Stufen der Fusion hat allerdings den Nachteil, daß sie teilweise zu pauschal ist, so daß im Rahmen des Fusionsverfahrens und der Fusionswirkung nicht für alle Teilakte einer Stufe einheitlich die Kumulation der Rechtsordnungen bzw. die Anknüpfung an das entsprechende Gesellschaftsstatut festgelegt werden kann. Dies führt dazu, daß die deutsche herrschende Meinung innerhalb der Fusionsstufen eine weitergehende Differenzierung in einzelne ab-

⁹³¹ Diese kollisionsrechtliche Folge kann durch gemeinschaftsrechtliche Regelung der grenzüberschreitenden Fusion vermieden werden, doch existiert eine solche Regelung bisher nicht (Vgl. Kap. 4.C.VI., S. 291 ff.)

strakte Fusionsvorgänge vornimmt, so daß auch sie der eigenständigen Bedeutung der Fusionsteilakte ausreichend Rechnung trägt.

Im Ergebnis unterscheiden beide Auffassungen zur Bestimmung des Fusionsstatuts gewisse Fusionsteilakte, so daß dahingestellt bleiben kann, ob eine Einzeldifferenzierung oder eine Stufenaufteilung des Fusionsvorgangs zum Zweck der Anknüpfung zu erfolgen hat. Unstreitig richten sich die Fusionsvoraussetzungen nach dem eigenen Gesellschaftsstatut der Gesellschaften, während hinsichtlich der Fragen des Verschmelzungsverfahrens überprüft werden muß, ob eine gemeinsame Beteiligung der Gesellschaften an dem Verfahren erforderlich ist, so daß es zu einer Kumulation der Rechtsordnungen käme. Im Rahmen des Fusionsverfahrens betrifft nur der Fusionsvertrag und seine Form beide Gesellschaften, so daß sich insoweit wegen der Statutenkumulation das strengere der beteiligten Rechte durchsetzt.

Die Anknüpfungsfrage ist sowohl in Deutschland als auch in Frankreich im Rahmen der Fusionswirkung nur hinsichtlich des Wirksamkeitszeitpunktes und des Schutzes der betroffenen Personen umstritten. Demgegenüber erfordert der Vermögensübergang durch Gesamtrechtsnachfolge und der Wechsel der Gesellschafter unstreitig die Kumulation der Gesellschaftsstatute.

Zu einer Kumulation der Rechtsordnungen muß es meines Erachtens auch bezüglich des Wirksamkeitszeitpunktes der Fusion kommen, da jede der beteiligten Gesellschaften von der Wirkung der Fusion betroffen ist, so daß der Wirksamkeitszeitpunkt ein gemeinsames Merkmal darstellt. Zum einen ist es bei Anwendung der Vereinigungstheorie systemwidrig, einen einzelnen Fusionsteilvorgang der Einzeltheorie zu unterstellen. Zum anderen macht es keinen Sinn, hinsichtlich des Wirksamkeitszeitpunktes auf das Kriterium der „engsten Verbindung“ abzustellen, da in diesem Fall nicht berücksichtigt wird, daß alle beteiligten Gesellschaften von der Fusion und ihrer Wirkung betroffen sind. So bestimmt der Wirksamkeitszeitpunkt nicht nur über die Gesamtrechtsnachfolge und den Gesellschafterwechsel, sondern auch über die Frage, wann die übertragende Gesellschaft erlischt. Das Erlöschen einer Gesellschaft und folglich auch der Zeitpunkt, in der die Erlöschungswirkung eintritt, bestimmt sich nach den Grundsätzen der Vereinigungstheorie ausschließlich nach dem eigenen Personalstatut einer Gesellschaft.⁹³² Damit muß die Vereinigungstheorie zur Anwendung kommen, denn nur diese stellt sicher, daß sämtliche Personalstatute bei einer transnationalen Fusion berücksichtigt werden. Hinsichtlich des Interessenschutzes der beteiligten Personenkreise kommt kollisionsrechtlich für jede Gesellschaft (nur) ihr eigenes Perso-

⁹³² Vgl. hierzu auch Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 20.

nalstatut zur Anwendung, d.h. es findet keine Kumulation der Rechtsordnungen statt. Der Personenkreis der übertragenden Gesellschaft wird durch die Rechtsordnung der übertragenden Gesellschaft gesichert, während sich der Schutz der betroffenen Personen der übernehmenden Gesellschaft nach deren Statut richtet. Da sich durch eine transnationale Fusion die rechtliche Situation aller beteiligten Gesellschaften ändert, müssen auch die Interessen aller beteiligten Personen geschützt werden. Dieser Schutz erfordert die gemeinsame Anwendung der beteiligten Rechtsordnungen; soweit jedoch die Rechtskreise der beteiligten Gesellschaften unterschieden werden können, sind die Personenkreise isoliert zu betrachten und ist nur die jeweils betroffene Rechtsordnung anzuwenden. Erst im Rahmen der materiellrechtlichen Überprüfung des Interessenschutzes ist dann zu untersuchen, ob durch die kollisionsrechtliche Regelung im Einzelfall bestimmte Personen einer tatsächlichen Interessenverletzung ausgesetzt sind.⁹³³ Im Ergebnis kann festgehalten werden, daß bei Anwendung der Vereinigungstheorie einer transnationalen Fusion zwischen Deutschland und Frankreich weder nach deutscher noch nach französischer Auffassung ein kollisionsrechtliches Hindernis im Wege steht.

II. Der Wechsel des Gesellschaftsstatuts nach deutschem und französischem Recht

Zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts kommt es nach der sowohl in Deutschland als auch in Frankreich anwendbaren Verwaltungssitzregel, wenn der Verwaltungssitz der Gesellschaft in das Hoheitsgebiet eines anderen Staates verlegt wird. Eine transnationale Fusion ist jedoch nicht notwendigerweise mit einer Verlagerung des Unternehmenssitzes verbunden.⁹³⁴ Bei einer Fusion durch Aufnahme ändert die übernehmende Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nicht, da sie ihren bisherigen Geschäftssitz beibehält, so daß es nicht zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts kommt. Auch bei einer Fusion durch Neugründung kommt es nicht zu einer Sitzverlegung, denn es wird lediglich eine neue Gesellschaft mit eigenem Gesellschaftssitz gegründet.⁹³⁵

Unklar ist, ob es bei der übertragenden Gesellschaft (gleichgültig ob es sich um eine Fusion durch Aufnahme oder Neugründung handelt) zu einem Statutswechsel kommt, da die Gesellschaft durch ihr Erlöschen nicht mehr der bisherigen Rechtsordnung unterliegt. Gleichzeitig sind aber das Gesellschaftsvermögen, die

⁹³³ Vgl. Kap. 4.C.V., S. 270 ff.

⁹³⁴ Ebenroth/ Wilken, ZVglRWiss 90 (1991), 235, 254.

⁹³⁵ Behrens, ZGR 1994, 1, 13; Ebenroth/ Wilken, JZ 1991, 1116, 1119.; Menjucq, n° 82.

Anteile und die Rechtsstellung der Anteilshaber einer anderen Rechtsordnung unterstellt, denn mit der Fusion sind sie der übernehmenden bzw. neu gegründeten Gesellschaft zuzuordnen.

Nach herrschender Ansicht ist für einen Statutswechsel erforderlich, daß dieselbe Gesellschaft nacheinander zwei verschiedenen Rechtsordnungen unterstellt wird. Da die übertragende Gesellschaft erlösche und somit keine Identität zwischen ihr und der übernehmenden Gesellschaft bestehe, komme es auch nicht zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts. Der Verlust des bisherigen Geschäftssitzes der übertragenden Gesellschaft sei insoweit ohne Bedeutung, da sie nicht in einem anderen Staat einen neuen Verwaltungssitz gründe.⁹³⁶

Einer Mindermeinung zufolge erfordert zwar der Gesellschaftsstatutswechsel rechtlich die Identität der Gesellschaften, für die das Gesellschaftsstatut bestimmt wird. Nachdem allerdings bei einer Fusion die Rechtsstellung der Anteilshaber nacheinander zwei verschiedenen Rechtsordnungen unterstellt werde, entstände eine Situation, die mit dem Gesellschaftsstatutswechsel bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung vergleichbar sei.⁹³⁷ Nach dieser Mindermeinung kommt es also zu einem Statutswechsel. Meines Erachtens ist zu berücksichtigen, daß es sich bei dem Gesellschaftsstatutswechsel um einen kollisionsrechtlich festgelegten Begriff handelt. Zu einem solchen Wechsel kommt es nur, wenn sich die anwendbare Rechtsordnung hinsichtlich derselben Gesellschaft ändert. Ohne Bedeutung ist insoweit, daß für die Gesellschafter bei einer Fusion durch Aufnahme eine mit einem Gesellschaftsstatutswechsel vergleichbare Änderung der Rechtslage eintritt. Daher kommt es meines Erachtens bei einer Fusion nicht zu einem Statutswechsel.

III. Die Anerkennung der an einer grenzüberschreitenden Fusion beteiligten Gesellschaften nach deutschem und französischem Recht

Voraussetzung für eine grenzüberschreitende Fusion ist auch die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften nach dem Restrukturierungsvorgang.⁹³⁸

In Deutschland werden ausländische Gesellschaften automatisch anerkannt, wenn ihnen ihr Gesellschaftsstatut die Rechtsfähigkeit gewährt. Insoweit kommt es al-

⁹³⁶ Behrens, ZGR 1994, 1, 13; Ebenroth/ Wilken, JZ 1991, 1116, 1119; Schwarz, Rn. 175.

⁹³⁷ Menjucq, n° 82; 87; Synvet, Rev. trim. dr. europ. 1990, 253, 261, Fn. 17.

⁹³⁸ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 20; Krause, S. 100 ff.; Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 26; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 335; Menjucq, n° 253.

lein auf die Zulässigkeit der transnationalen Verschmelzung im konkreten Einzelfall an. Wenn diese vorliegt behält bzw. erhält die übernehmende Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit und wird damit automatisch anerkannt.

Nach französischer Auffassung kommt der Anerkennung ein eigenständiger Charakter zu, doch wird die übernehmende Gesellschaft aufgrund von Art. VI Abs. 1 des deutsch-französischen Niederlassungsvertrags anerkannt, wenn die Gesellschaft „ordnungsgemäß errichtet worden ist“, d.h. wenn die transnationale Fusion nach dem Recht aller betroffenen Rechtsordnungen im konkreten Fall wirksam war.⁹³⁹

Für die Anerkennung kommt es demnach allein darauf an, daß die grenzüberschreitende Verschmelzung materiellrechtlich wirksam war.

C Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

I. Die Regelung der grenzüberschreitenden Fusion in Staatsverträgen und in Vorschlägen zur Regelung im europäischen Recht

1. Das Haager Abkommen vom 1. Juni 1956

Das nicht in Kraft getretene Haager Abkommen über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit von ausländischen Gesellschaften, Personenverbindungen und Stiftungen vom 01. 06. 1956 regelt in Art. 4 S. 2 lediglich die Anerkennung grenzüberschreitender Fusionen durch die Vertragsstaaten als Drittstaaten, nicht aber die Zulässigkeit einer solchen Restrukturierung.⁹⁴⁰

Eine grenzüberschreitende Fusion ist daher auch im Rahmen des Haager Abkommens nur möglich, wenn sie von den beteiligten Staaten zugelassen und anerkannt wird.

⁹³⁹ Die Anerkennung der transnationalen Fusion gleicht der Anerkennungsfrage bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen: vgl. daher dort die entsprechenden Ausführungen Kap. 3.B.II., S. 114 ff.; vgl. im übrigen allgemein zur Problematik der Anerkennung Kap. 2.A, S. 29 ff.

⁹⁴⁰ Vgl. Kap. 2.A.V.2.a., S. 44 ff.

2. Das Brüsseler EG-Übereinkommen vom 29. Februar 1968

Das Brüsseler EG-Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen vom 29. 02. 1968 enthält keine Regelung der grenzüberschreitenden Fusion. Dennoch werden Gesellschaften gem. Art. 1 nach einer transnationalen Fusion grundsätzlich von den Vertragsstaaten anerkannt, wenn die übernehmende Gesellschaft nach dem Recht eines Vertragsstaates gegründet worden ist und ihren Satzungssitz innerhalb der Gemeinschaft hat.

Allerdings können Frankreich und Deutschland gegenüber Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz in ihrem Hoheitsgebiet haben, aufgrund eines Vorbehaltes gem. Art. 4 des Übereinkommens ihre zwingenden Vorschriften – wie beispielsweise auch ein Fusionsverbot – zur Anwendung bringen.⁹⁴¹

Damit ermöglicht auch das Brüsseler EG-Übereinkommen keine grenzüberschreitende Fusion zwischen Deutschland und Frankreich, wenn das nationale Recht dieser Staaten eine solche nicht ermöglicht.

3. Die Fusionsrichtlinie

Die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie vom 09. 10. 1978 (Fusionsrichtlinie)⁹⁴² bezieht sich gem. Art. 1 nur auf Aktiengesellschaften und verpflichtet gem. Art. 2 zur Einführung der NATIONALEN Verschmelzung durch Aufnahme bzw. Neugründung. Die Mitgliedstaaten werden verpflichtet, entsprechende Regelungen zu erlassen, wenn sie gem. Art. 3, 4 und 19 keine Fusion kennen, bei der es zur Gesamtrechtsnachfolge, zum liquidationslosen Untergang der übertragenden Gesellschaft und zur Übertragung von Aktien der übernehmenden oder neu zu gründenden Gesellschaft auf die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft kommt.⁹⁴³

In Art. 5, 6, 10 und 11 sieht die Richtlinie zum Schutz der Anteilseigner insbesondere vor: die Erstellung und Offenlegung des Verschmelzungsplanes, die Prüfung des Planes durch unabhängige Sachverständige sowie die Offenlegung von Jahresabschlüssen, einer Zwischenbilanz, des Verschmelzungs- und der Sachverständigenberichte.

Die Richtlinie enthält keine konkreten Regelungen zum Schutz der Gläubiger, Anleihegläubiger und der Inhaber von Sonderrechten, sondern verpflichtet die Mitgliedstaaten in den Art. 13 ff. lediglich zum Erlaß eines angemessenen Schutzsy-

⁹⁴¹ Vgl. Kap. 2.A.V.2.b., S. 46 ff. und Kap. 3.C.V.2., S. 212

⁹⁴² Dritte Richtlinie Vertrags betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG), ABl. EG 1978 Nr. L 295/ 36, (zur Umsetzung vgl. Schwarz, Rn. 634 ff.).

⁹⁴³ Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, S. 128 f.; Pfister, S. 42.

stems.

Da Art. 12 auf die Richtlinie⁹⁴⁴ über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer bei der Übertragung von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen vom 14. 02. 1977 verweist, ist zur Wahrung der Arbeitnehmerinteressen lediglich ein Informations- und Konsultationsverfahren erforderlich.

Die Fusionsrichtlinie bewirkt eine weitreichende Rechtsangleichung der nationalen Fusionsvorschriften für Aktiengesellschaften der Mitgliedstaaten, doch enthält sie keine Regelungen zur grenzüberschreitenden Fusion. Allerdings ermöglicht sie durch die Angleichung der nationalen Fusionsrechte, daß durch Rückgriff auf nationales Recht eine Regelung der transnationalen Fusion möglich wird.⁹⁴⁵

4. Der Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung

Im Jahre 1973 legte die Kommission auf der Grundlage von Art. 293 (ex-Art. 220), 3. Spiegelstrich EGV den Entwurf vom 27. 09. 1972 eines europäischen Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften vor.⁹⁴⁶ Die Verhandlungen zu dem Übereinkommen wurden bis 1980 fortgeführt, aber nicht erfolgreich beendet. Schließlich ist der Übereinkommensentwurf durch den Vorschlag zur Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ersetzt worden.⁹⁴⁷

Der Übereinkommensentwurf sah sowohl kollisionsrechtliche als auch materiellrechtliche Regelungen vor, die eine grenzüberschreitende Fusion ermöglichen bzw. erleichtern sollten.⁹⁴⁸

Da zum Zeitpunkt der Vorlage des Übereinkommensentwurfes die Fusionsrichtlinie zur Koordinierung der nationalen Fusionsrechte noch nicht in Kraft getreten war, enthält der Übereinkommensentwurf materielle Regelungen, die sich nicht auf die spezielle Problematik der Grenzüberschreitung beziehen, sondern inhaltlich den Bestimmungen der Fusionsrichtlinie entsprechen. Diese Vorschriften waren notwendig, um grenzüberschreitende Fusionen überhaupt durchführen zu können, da jeder grenzüberschreitende Vorgang eine gewisse Übereinstimmung der materiellen Regelungen der beteiligten Staaten voraus-

⁹⁴⁴ (77/ 187/ EWG), ABl. EG 1977, Nr. L 61/ 26.

⁹⁴⁵ Pfister, S. 42; Priester, NJW 1983, 1459; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 332 ff.

⁹⁴⁶ EG-Bull. Beilage 13/ 73, 3 ff.

⁹⁴⁷ Ganske, DB 1985, 581; Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, S. 257; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 332; Menjuq, n° 118 s.; vgl. auch Kap. 4.C.I.5., S. 253 ff.

⁹⁴⁸ Hachenburg/ Behrens, Einl. B, Rn. 176.

setzt.⁹⁴⁹ Gem. Art. 3 i.V.m. Kapitel II und III, Art. 2 und Art. 29 regelt das Übereinkommen GRENZÜBERSCHREITENDE Verschmelzungsvorgänge durch Aufnahme bzw. Neugründung von Aktiengesellschaften, bei der es zur Universal sukzession kommt. Gem. Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 des Übereinkommens können nur solche Aktiengesellschaften Beteiligte einer internationalen Fusion sein, die nach dem Recht eines der Mitgliedstaaten errichtet worden sind und von den Vertragsstaaten aufgrund des Anerkennungsübereinkommens⁹⁵⁰ vom 29. 02. 1968 anerkannt werden oder ihren Sitz nicht in dem Staat haben, der ihnen die Anerkennung verweigert. Allerdings wird dieser Regelung vorgeworfen, daß sie nicht berücksichtige, daß durch eine grenzüberschreitende Fusion der Nichtanerkennungsgrund auch entfallen könne.⁹⁵¹

Weiterhin sieht eine Variante des Übereinkommens in einem zusätzlichen Absatz zu Art. 1 (Abs. 3) vor, daß bei fehlender Anerkennung der Gesellschaft im Sitzstaat eine grenzüberschreitende Fusion zwar möglich ist, diese dem Sitzstaat gegenüber jedoch nicht wirksam wird. Durch diese Regelungen soll einer Nichtanerkennung die volle Wirksamkeit verschafft werden, indem auch grenzüberschreitende Fusionen in diesem Zustand gegenüber dem nichtanerkennenden Staat nicht mehr wirksam durchgeführt werden können.⁹⁵²

Dieser Variante wird allerdings vorgeworfen, daß sie praktisch nicht durchführbar sei und zu unlösbaren Problemen führe, da es nicht möglich sei, die Wirksamkeit einer Fusion gegenüber einem Staat anzunehmen und gegenüber einem anderen Staat abzulehnen.⁹⁵³ Ähnlich wie die NATIONALE Fusionsrichtlinie bestimmt das Übereinkommen materiellrechtlich in den Art. 7, Art. 13 Abs. 1, Art. 8, Art. 11, Art. 12 Abs. 4, Art. 16 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 2 die Erstellung und Offenlegung eines Fusionsplanes und dessen Mindestinhalt, die Fertigung eines Erläuterungsberichts und die Überprüfung des Berichts und des Plans durch einen Sachverständigen sowie die Zustimmung der Hauptversammlung zur Fusion.

Allerdings werden die Zuständigkeit des Verwaltungsorgans für den Plan bzw. die Formvorschriften des Plans gem. Art. 7 Abs. 2 kollisionsrechtlich geregelt, nämlich durch Verweisung auf das Personalstatut jeder Gesellschaft bzw. durch

⁹⁴⁹ Koppenssteiner (RabelsZ 39 (1975), 405, 411, 425 ff.), der jedoch kritisiert, daß in dem Übereinkommen nicht mit Konsequenz von dem zukünftigen Inkrafttreten bzw. Nichtinkrafttreten der Fusionsrichtlinie ausgegangen werde. Vgl. auch Goldman (EG-Bull. Beilage 13/ 73, 33, 50), der in der Begründung zu dem Übereinkommen ausführt, daß materielle Bestimmungen notwendig seien, da der derzeitige Stand der Rechtsordnungen berücksichtigt werden müsse.

⁹⁵⁰ Vgl. hierzu näher Kap. 2.A.V.2.b., S. 46 ff.

⁹⁵¹ Koppenssteiner, RabelsZ 39 (1975), 405, 416 ff.

⁹⁵² Goldman, EG-Bull. Beilage 13/ 73, 33, 43.

⁹⁵³ Koppenssteiner, RabelsZ 39 (1975), 405, 416 ff.

die Verpflichtung zur Kumulation der Gesellschaftsstatute. Ebenso regeln die Art. 16 Abs. 3 und 17 Abs. 1 die Vorbereitung und Durchführung des Fusionsbeschlusses durch kollisionsrechtliche Verweisung auf die Statute der beteiligten Gesellschaften. Hinsichtlich des Schutzes der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft enthält das Übereinkommen eigene materielle Regelungen: die Art. 18 und 19 bestimmen, daß die Gläubiger Sicherheitsleistung verlangen können, wenn die Gesellschaft offensichtlich nicht zahlungsfähig ist.

Zum Schutz der Sonderrechtsinhaber wird allerdings in Art. 22 des Übereinkommens eine kollisionsrechtliche Verweisung jeweils auf das nationale Gesellschaftsstatut der Gesellschaft vorgenommen, gegenüber der die Ansprüche der Sonderrechtsinhaber bestehen.

Dem gegenüber wird der Schutz der Arbeitnehmer in Art. 30 wiederum durch materiellrechtliche Sonderregelungen abgesichert, die sich jedoch nur auf die Weitergeltung und Anrechnung der von der übertragenden Gesellschaft eingegangenen Arbeitsverhältnisse bezieht. Art. 30 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 des Übereinkommens gewährt den Arbeitnehmern außerdem ein Kündigungsrecht, wenn die Verschmelzung eine wesentliche Änderung der Arbeitsverhältnisse zur Folge hätte. In einer dem Übereinkommen beigefügten Gemeinsamen Erklärung zum Schutz der Rechte der Arbeitnehmer⁹⁵⁴ haben die Unterzeichnerstaaten festgehalten, daß sie den Wunsch hegen, einen wirksamen Schutz der Arbeitnehmer bei Fusionen zu sichern und daß diese Frage in einer Arbeitsgruppe bearbeitet wird. Schließlich regelt das Übereinkommen durch materielle Normen zum Teil die Rechtmäßigkeitskontrolle (Art. 23 Abs. 2, 24, 25), den Wirksamkeitszeitpunkt (Art. 26) und die Nichtigkeit der Fusion (Art. 34 ff.), während die Frage der gerichtlichen Überprüfung bzw. Verwaltungskontrolle der Fusion, (Art. 23 Abs. 1) sowie der Haftung (Art. 33) kollisionsrechtlich gelöst werden.

5. Der Vorschlag für eine 10. Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung

Zur Regelung grenzüberschreitender Verschmelzungen hat die Kommission am 08. 01. 1985 auf der Grundlage von Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV den Vorschlag zu einer 10. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften verabschiedet.⁹⁵⁵

Dieser Vorschlag beruht sowohl auf der Fusionsrichtlinie als auch auf den Vorar-

⁹⁵⁴ EG-Bull., Beilage 13/ 73, 110 ff.

⁹⁵⁵ Vorschlag einer zehnten Richtlinie (Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung) v. 08. 01. 1985, (85/ C 23/ 08), ABl. EG 1985, Nr. C 23/ 11.

beiten und dem Entwurf zu einem Übereinkommen über die grenzüberschreitende Verschmelzung.⁹⁵⁶ Begründet wird der Wechsel vom Übereinkommen nach Art. 293 (ex-Art. 220) EGV zur Richtlinie gem. Art. 44 (ex-Art. 54) EGV zur Regelung der grenzüberschreitenden Fusion damit, daß die Richtlinie einer einheitlichen Interpretation des EuGH unterliege, und daß sie im Gegensatz zu einem Übereinkommen durch eine Mehrheitsentscheidung verabschiedet werden könne.⁹⁵⁷

Kollisionsrechtlich geht der Richtlinienvorschlag von der Vereinigungstheorie aus, denn er sieht grundsätzlich vor, daß sich die einzelnen Fusionsvorgänge für jede Gesellschaft nach ihrem Statut richten, so daß es keiner vereinheitlichten Vorschriften zur grenzüberschreitenden Fusion bedarf.⁹⁵⁸ Dieses Vorgehen wird jedoch zum Teil kritisiert, da im IPR ansonsten grundsätzlich nur auf ein anwendbares Recht verwiesen werde, was die Rechtsanwendung erleichtere. Demzufolge soll die grenzüberschreitende Verschmelzung grundsätzlich nur dem Recht der übertragenden Gesellschaft unterliegen, da die Beteiligten dieser Gesellschaft schutzbedürftiger seien.⁹⁵⁹

Inhaltlich stützt sich die Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung stark auf die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie („NATIONALE“ Fusionsrichtlinie) und versucht lediglich, die speziellen grenzüberschreitenden Problemfragen zu behandeln.⁹⁶⁰ Hierzu bedient sich der Richtlinienvorschlag, ebenso wie der Übereinkommensentwurf, sowohl materieller Regelungen als auch kollisionsrechtlicher Verweisungen.⁹⁶¹ Soweit es bei der internationalen Verschmelzung allgemein um die Fusionsvoraussetzungen, das Fusionsverfahren bzw. um die Fusionswirkungen geht, werden in dem Richtlinienvorschlag weitreichende Verweisungen auf die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie vorgenommen. Diese Verweisungstechnik ist mehrfach kritisiert worden, da sie angeblich zu Unübersichtlichkeit und Unverständlichkeit des Regelungswerkes führt. Ein einheitlicher Text würde den Vorteil bieten, daß zur Prüfung einer grenzüberschreitenden Fusion neben der Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung nicht auch

⁹⁵⁶ Ganske, DB 1985, 581; Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, S. 257; Ziegler, S. 106; Boucourecliev, JCP, éd. E, 1996, I, 225, 229; Menjucq, n° 119.

⁹⁵⁷ Motive zum Vorschlag einer 10. Richtlinie, EG-Bull. Beilage 3/ 85, 5, 6, Anm. 7; Ganske, DB 1985, 581; Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, S. 258; Schwarz, Rn. 842; Boucourecliev, JCP, éd. E, 1996, I, 225, 229.

⁹⁵⁸ Motive zum Vorschlag einer 10. Richtlinie, EG-Bull. Beilage 3/ 85, 5, 6, Anm. 7; Routier, n° 428.

⁹⁵⁹ Ganske, DB 1985, 581, 582.

⁹⁶⁰ Vgl. die in der Richtlinie vor Art. 1 aufgeführten Gründe des Rats der Europäischen Gemeinschaft (ABl. EG 1985, Nr. C 23/ 11 ff.); Schwarz, Rn. 845; Routier, n° 428.

⁹⁶¹ Ganske, DB 1985, 581; Menjucq, n° 301.

4.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

noch die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie und die eventuell fremdsprachlichen Rechtsordnungen der beteiligten Staaten herangezogen werden müßten.⁹⁶² Art. 1 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags legt fest, daß sich die Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung wie die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie nur Aktiengesellschaften erfaßt.

Art. 2 des Richtlinienvorschlags enthält einen Generalverweis auf die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie und verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, die grenzüberschreitende Verschmelzung entsprechend dieser Richtlinie zu regeln, soweit der Vorschlag zur Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung keine anderweitigen Regelungen vorschreibt. Insoweit definieren Art. 3 und 4 des Richtlinienvorschlags durch Verweis auf die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie die internationale Fusion durch Aufnahme bzw. Neugründung, mit der Einschränkung, daß an der Fusion mindestens zwei Gesellschaften beteiligt sind, die dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen. Eine spezielle Regelung für die grenzüberschreitende Fusion sieht Art. 5 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags vor. Er bestimmt, daß bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hinsichtlich des Fusionsplans nicht mehr Angaben verlangt werden dürfen, als in der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie vorgesehen sind. Erforderlich ist diese Regelung, weil Art. 5 Abs. 2 der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie nur einen Mindestkatalog vorschreibt und die Mitgliedstaaten daher bei nationalen Fusionen höhere Anforderungen stellen können. Wenn z.B. zumindest eines der beteiligten Rechtssysteme die notarielle Beurkundung des Planes vorschreibt, so ist diese Formvorschrift gem. Art. 5 Abs. 2 und 3 des Richtlinienvorschlags zu berücksichtigen. Sie richtet sich dann nach dem Recht des Staates, der diese Form vorschreibt. Sollten beide Staaten die notarielle Form vorschreiben, können die Gesellschaften das Recht wählen, nach dem sie die Formvorschrift erfüllen wollen.

Weiterhin enthält Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 und Art. 8 Abs. 2, Abs. 3 des Richtlinienvorschlags hinsichtlich der Offenlegung und Prüfung des Plans durch unabhängige Sachverständige eine eigene materielle und kollisionsrechtliche Regelung für die grenzüberschreitende Fusion. So wird materiellrechtlich festgelegt, welche Angaben die Bekanntmachung des Planes enthalten muß und daß sich die Prüfung des Plans kollisionsrechtlich grundsätzlich für jede Gesellschaft nach ihrem Recht richtet. Soweit die Mitgliedstaaten auch für nationale Fusionen die

⁹⁶² Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. EG 1985, Nr. C 303/ 27 ff.; Ganske, DB 1985, 581, 582; Ziegler, S. 109; a.A. (in Bezug auf das Übereinkommen über internationale Fusionen) Koppenscheider, RabelsZ 39 (1975), 405, 425 ff.

Möglichkeit einer einheitlichen Prüfung der übertragenden und übernehmenden Gesellschaft durch einen Prüfer vorsehen, ist diese auch bei der grenzüberschreitenden Fusion zulässig. Sie richtet sich dann nach dem Recht, dem das prüfende Gericht oder die zuständige Verwaltungsbehörde angehört.

In Bezug auf den Verschmelzungsbericht sowie das Einsichtsrecht der Aktionäre in Plan, Berichte und Bilanzen fehlt es im Richtlinienvorschlag an einer Regelung, so daß über Art. 2 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags allein auf die Bestimmungen der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (Art. 8 und 11) zurückgegriffen werden muß.

Kollisionsrechtlich bestimmt Art. 7 des Richtlinienvorschlags, daß Art. 7 der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie auf jede der beteiligten Gesellschaften Anwendung findet und bestimmt damit, daß sich die Zustimmung der Hauptversammlung zur Fusion für jede Gesellschaft nach ihrem Gesellschaftsstatut richtet.⁹⁶³ Weiterhin regelt der Richtlinienvorschlag, daß bei der Zustimmung zur grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht eine größere Mehrheit verlangt werden darf als in der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie vorgesehen. Auch hier ist eine begrenzende Regelung erforderlich, weil die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie diesbezüglich nur eine Mindestregelung enthält. Zum Schutz der Gläubiger wird in Art. 9 Abs. 1 und 2 des Richtlinienvorschlags auf die Regelung in der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie verwiesen und festgelegt, daß sich ihr Schutz bei einer grenzüberschreitenden Fusion nicht von dem Schutz unterscheiden darf, der ihnen bei einer nationalen Fusion zukommt.

Nach Art. 9 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags ist auch hinsichtlich des Schutzes der Sonderrechtsinhaber die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie heranzuziehen, d.h. den Sonderrechtsinhabern sind in der übernehmenden Gesellschaft gleichwertige Rechte einzuräumen, soweit nicht eine gegebenenfalls vorhandene Inhaberversammlung der Fusion zugestimmt hat oder den Sonderrechtsinhabern ein Rückkaufsrecht zusteht. Dabei macht jedoch Art. 9 Abs. 3 die Einschränkung, daß das Recht der übertragenden Gesellschaft über die Zustimmung durch eine Inhaberversammlung und das Recht der übernehmenden Gesellschaft über ein Rückkaufsrecht entscheidet. Insoweit wird von der Vereinigungstheorie abgewichen, denn nach dieser Theorie würde sich auch das Rückkaufsrecht des Sonderrechtsinhabers der übertragenden Gesellschaft nach dem Recht dieser Gesellschaft richten. Diese Regelung wird kritisiert, da kein Grund dafür ersichtlich sei, weshalb hinsichtlich des Rückkaufsrechts von der Anwendbarkeit des eigenen Gesellschaftsstatuts abgewichen wird.⁹⁶⁴

⁹⁶³ Ziegler, S. 113.

4.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

Eine spezielle Regelung zum Schutz der Arbeitnehmerinteressen sieht der Richtlinienvorschlag nicht vor. Er gibt den Mitgliedstaaten in Art. 1 Abs. 3 und Abs. 4 lediglich das Recht, bis zu einer Koordinierung der Mitbestimmung in der 5. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie⁹⁶⁵ die Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung nicht anzuwenden, sofern eine grenzüberschreitende Fusion dazu führen würde, daß ein Unternehmer nicht mehr die Mitbestimmungsvoraussetzungen erfüllt.

In der Literatur wird diese Regelung bemängelt, da sie dazu führe, daß Gesellschaften, die strengen Mitbestimmungsvorschriften unterliegen – wie zum Beispiel deutsche Gesellschaften –, nicht mehr die übertragende Gesellschaft einer Fusion sein können.⁹⁶⁶ Hinsichtlich der Offenlegung der grenzüberschreitenden Fusion findet eine Verweisung auf die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie statt, mit der Folge, daß sich die Offenlegung für jede Gesellschaft nach ihrem Recht richtet. Einschränkend sieht der Richtlinienvorschlag jedoch vor, daß die Offenlegung für die übertragende Gesellschaft vor der Offenlegung der übernehmenden Gesellschaft zu erfolgen hat.

Schließlich bestimmt Art. 11 des Richtlinienvorschlags den Wirksamkeitszeitpunkt und verweist hierfür auf das Recht der übernehmenden Gesellschaft, wobei die Wirksamkeit frühestens mit Abschluß der Kontrolle des Fusionsverfahrens eintreten kann. Diese Lösung steht jedoch im Widerspruch zur Vereinigungstheorie, nach der für die gemeinsame Frage des Wirksamkeitszeitpunkts sämtliche Gesellschaftsstatute kumuliert werden müssen.⁹⁶⁷ Zum Teil wird diese Regelung damit begründet, daß durch die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie nicht alle Fusionsbestimmungen angeglichen worden sind, so daß der Richtlinienvorschlag hinsichtlich gewisser Fragen das maßgebliche Recht entgegen der Vereinigungstheorie bestimmen muß, um Probleme wegen fehlender Übereinstimmung der nationalen Rechte zu vermeiden.⁹⁶⁸ Einer Mindermeinung zufolge kann die Wirksamkeit der Fusion aus Rechtssicherheitsgründen ohnehin nur von der Rechtsordnung abhängig gemacht werden, in der die Gesellschaft nach der Fusion weiter bestehen bleibt, so daß die Vereinigungstheorie bezüglich des Wirksamkeitszeitpunktes ohnehin nicht zur Anwendung komme.⁹⁶⁹

⁹⁶⁴ Ziegler, S. 119.

⁹⁶⁵ Dritter geänderter Vorschlag einer fünften Richtlinie (Strukturrichtlinie) vom 20. 11. 1991, ABl. EG 1991, Nr. C 321/ 9.

⁹⁶⁶ Däubler, DB 1988, 1850, 1853; Ganske, DB 1985, 581, 583; Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, S. 259; Schwarz, Rn. 847.

⁹⁶⁷ Vgl. Kap. 4.B.I.2.b. und Kap. 4.B.I.2.c., S. 244 ff.

⁹⁶⁸ Menjucq, n° 301.

Gem. Art. 13 des Richtlinienvorschlags sind die Wirkungen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung dieselben wie bei einer nationalen Fusion.

Die Prüfung grenzüberschreitender Fusionen ist, ebenso wie die Haftungsfrage, in Art. 10 und 14 vor allem durch kollisionsrechtliche Verweisungen geregelt.

Abschließend enthält Art. 15 Regelungen zur Nichtigkeit der grenzüberschreitenden Fusion, die sich ebenfalls an der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie orientieren, aber wesentliche Einschränkungen erfahren, um die Nichtigkeit grenzüberschreitender Fusionen möglichst zu vermeiden.⁹⁷⁰

6. Die Fusionsbesteuerungsrichtlinie

Am 23. 07. 1990 ist die Richtlinie über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen,⁹⁷¹ vom Rat verabschiedet worden. Gem. Art. 1 gilt die Richtlinie für die aufgeführten Restrukturierungsvorgänge nur, wenn Gesellschaften aus zwei Mitgliedstaaten beteiligt sind.

In Deutschland fand durch das Steueränderungsgesetz⁹⁷² 1992 vom 25. 02. 1992 lediglich eine Teilumsetzung statt, denn der deutsche Gesetzgeber setzte die Regelungen der Richtlinie zur Besteuerung einer grenzüberschreitenden Fusion nicht um. Er ging nämlich davon aus, daß internationale Fusionen gesellschaftsrechtlich unzulässig sind und daher keine Umsetzungspflicht besteht.⁹⁷³

In Frankreich ist streitig, ob die Richtlinie vollständig umgesetzt worden ist. In jedem Fall fand durch das Gesetz vom 30. 12. 1991 eine Umsetzung statt, doch wird diese zum Teil nur als Teilumsetzung angesehen, da Art. 25 des Gesetzes vom 30. 12. 1991 keine Regelung hinsichtlich grenzüberschreitender Fusionen enthält.⁹⁷⁴ Zum Teil wird die Auffassung vertreten, daß die Umsetzung der Richtlinie auch für internationale Verschmelzungen erfolgt ist, da Art. 210c Abs. 2 CGI von der französischen Steuerverwaltung auch auf grenzüberschreitende Fusionen angewandt werde.⁹⁷⁵

Im übrigen schafft die Richtlinie inhaltlich lediglich die steuerrechtlichen Vor-

⁹⁶⁹ Vgl. Kap. 4.B.I.2.b. und Kap. 4.B.I.2.c., S. 244 ff.

⁹⁷⁰ Ziegler, S. 130.

⁹⁷¹ (90/ 434/ EWG), ABl. EG 1990, Nr. L 225/ 1.

⁹⁷² BGBl. 1992 I, 297.

⁹⁷³ BT-Drs. 12/ 1108, 35, 36, 80.

⁹⁷⁴ Ziegler, S. 144 ff.; im Ergebnis auch Derouin/ Ladreyt (Droit fiscal 1992, 224 ss.) und Menjucq (n° 115, Fn. 498).

⁹⁷⁵ Doc. adm. CGI 4 I, 1222 vom 15. 12. 1988; Saß, DB 1993, 1892.

aussetzungen für eine grenzüberschreitende Verschmelzung, enthält aber keine gesellschaftsrechtlichen Regelungen für diesen Vorgang.⁹⁷⁶

7. Zusammenfassung und Stellungnahme

Weder das Haager Abkommen noch das Brüsseler Übereinkommen regeln die identitätswahrende Fusion. Beide Regelungswerke legen die Zulässigkeit des Vorgangs in die Hand der beteiligten Staaten, so daß in beiden Fällen keine von den nationalen Rechtsordnungen unabhängige Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Fusion geschaffen wird. Die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie enthält keine Regelungen zur grenzüberschreitenden Fusion, doch gleicht sie die nationalen Fusionsrechte der Mitgliedstaaten an und erleichtert dadurch eine Regelung der internationalen Fusion. Diese wird nach Angleichung der nationalen Fusionsrechte im wesentlichen durch kollisionsrechtliche Bestimmungen möglich, so daß einzelne materielle Bestimmungen nur noch für speziell auftretende Probleme bei internationalen Fusionen notwendig sind. Erst durch den Übereinkommensentwurf sollte die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Fusion unabhängig von dem bestehenden Recht der beteiligten nationalen Rechtsordnungen eingeführt werden. Gesellschaften mit beschränkter Haftung blieben allerdings von dieser Möglichkeit ausgeschlossen.

Durch die vielen kollisionsrechtlichen Verweisungen auf das nationale Fusionsrecht stellt das Übereinkommen sicher, daß die beteiligten Staaten in vielen Bereichen ihre gesellschaftsrechtlichen Regelungen zur Anwendung bringen können und ihre Regelungskompetenzen so zum Teil erhalten bleiben. Im Rahmen der kollisionsrechtlichen Verweisungen, geht der Entwurf nur bezüglich der meisten kollisionsrechtlichen Vereinbarungen von der Vereinigungstheorie aus. Dieser Theorie sollten jedoch ausnahmslos alle kollisionsrechtlichen Verweisungen unterliegen, da sie dafür sorgt, daß jeder Staat die Regelungskompetenz für die seinem Recht unterstehende Gesellschaft behält.⁹⁷⁷ Der Entwurf enthält auch materielle Regelungen, die eigentlich in die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten fallen. Dies verstößt aber nicht gegen das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 (ex-Art. 3 b) EGV, da gewisse materielle Regelungen bei grenzüberschreitenden Fusionen unumgänglich sind. Eine grenzüberschreitende Fusion ist nämlich nur möglich, wenn eine gewisse Übereinstimmung oder Ähnlichkeit der jeweiligen nationalen Fusionsregeln gegeben ist, weil nur dann die beteiligten Rechtsordnungen ohne

⁹⁷⁶ Staudinger/ Großfeld, Rn. 606; Steiger, S. 30.

⁹⁷⁷ Vgl. näher zur Vereinigungstheorie: Kap. 4.B.I.2.b. und Kap. 4.B.I.2.c., S. 244 ff.

größere Probleme parallel angewandt werden können.

Nicht ersichtlich ist allerdings, weshalb der Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft durch eine eigene materielle Regelung erfolgen muß, während hinsichtlich des Schutzes der Sonderrechtsinhaber eine kollisionsrechtliche Verweisung auf das nationale Gesellschaftsstatut ausreicht. Beide Personengruppen sind bei grenzüberschreitenden Fusionen schutzbedürftig, so daß – soweit die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie noch nicht in Kraft getreten war – auch in beiden Fällen materielle Mindestvorschriften erforderlich gewesen wären.

Weiterhin muß die Regelung des Art. 1 Abs. 3, die eine relative Wirksamkeit der Fusion vorsieht, abgelehnt werden. Die Tatsache, daß die grenzüberschreitende Fusion nicht gegenüber allen Vertragsstaaten wirksam ist, führt zu praktischen Schwierigkeiten und höhlt den Sinn des Übereinkommens aus, da dieses gerade die Möglichkeit wirksamer grenzüberschreitender Fusionen einführen soll.

Schließlich ist zu kritisieren, daß der Übereinkommensentwurf keinen umfassenden Schutz der Arbeitnehmer bietet, da die Frage des Erhalts der unternehmerischen Mitbestimmung bei einer grenzüberschreitenden Fusion nicht geregelt worden ist. Mit der 10. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie wurde ein weiterer Versuch unternommen, die grenzüberschreitende Fusion einer Aktiengesellschaft unabhängig vom bestehenden Recht der beteiligten nationalen Rechtsordnungen zu regeln.

Die hierfür gewählte Rechtsgrundlage des Art. 44 (ex-Art. 54) Abs. 2 lit. g EGV ist gegenüber einem Übereinkommen nach Art. 293 (ex-Art. 220) EGV bzw. einer Verordnung gem. Art. 308 (ex-Art. 235) EGV zur Regelung der grenzüberschreitenden Fusion zu bevorzugen. Sowohl eine Verordnung als auch eine Richtlinie gem. Art. 44 (ex-Art. 54) EGV bieten den Vorteil einer einheitlichen Interpretation durch den EuGH; darüber hinaus kann eine Richtlinie durch eine Mehrheitsentscheidung des Ministerrats verabschiedet werden, während eine Verordnung eines einstimmigen Beschlusses bedarf. Bei dem Erlaß einer Richtlinie ist daher am ehesten mit einem zukünftigen Inkrafttreten zu rechnen. Außerdem führt eine Verordnung zu einer Rechtsvereinheitlichung, bei der den Mitgliedstaaten kein eigener Gestaltungsspielraum verbleibt, im Gegensatz zu einer Rechtsharmonisierung durch eine Richtlinie. Soweit keine Notwendigkeit für den Erlaß einer Verordnung vorliegt, ist aufgrund des Subsidiaritätsprinzips des Art. 5 (ex-Art. 3 b) EGV, nach dem den Mitgliedstaaten immer ein größtmöglicher Gestaltungsspielraum erhalten bleiben soll, einer Richtlinie der Vorzug zu geben.⁹⁷⁸ Eine absolut einheitliche Regelung der grenzüberschreitenden Fusion durch eine Verordnung

⁹⁷⁸ Ziegler, S. 107.

ist auch nicht notwendig, da viele Teilvorgänge der Fusion nur eine der beteiligten Gesellschaften betreffen und sich daher ohne weiteres nach nicht vollständig harmonisiertem nationalem Fusionsrecht richten können. Auch die Tatsache, daß es bei einer Richtlinie zu Verweisungen auf die nationalen Rechtsordnungen und zur Anwendung verschiedener Rechtsordnungen auf grenzüberschreitende Fusionen kommt, spricht nicht gegen ihren Erlaß. Diese Folgen sind nämlich gerade Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips und der Tatsache, daß jedem Mitgliedsstaat eigene Kompetenzen belassen bleiben indem seine Rechtsordnung zur Anwendung kommt.

Allerdings könnten die Verweisungen zur Übersichtlichkeit des Regelungswerkes durch Wiedergabe des Textes der 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie in dem Richtlinienvorschlag reduziert werden. Richtigerweise geht der Richtlinienvorschlag kollisionsrechtlich von der Vereinigungstheorie aus, wobei das Vorhandensein notwendiger materieller Regelungen nicht zu kritisieren ist.⁹⁷⁹ Insoweit kann zur Regelung einer grenzüberschreitenden Fusion keinesfalls nur auf das Recht der übertragenden Gesellschaft verwiesen werden, da nicht nur die Beteiligten dieser Gesellschaft, sondern auch die Beteiligten der übernehmenden Gesellschaft schutzbedürftig sind. Außerdem würde es einen erheblichen Eingriff in die Regelungskompetenz des Staates der übernehmenden Gesellschaft bedeuten, wenn die Rechtsordnung dieses Staates auf den Fusionsvorgang nicht anwendbar wäre. Lediglich Art. 9 Abs. 3 des Richtlinienvorschlages, der hinsichtlich des Rückkaufsrechts der Sonderrechtsinhaber auf das Recht der übernehmenden Gesellschaft verweist, und Art. 11 des Richtlinienvorschlages, der bestimmt, daß sich der Wirksamkeitszeitpunkt entgegen der Vereinigungstheorie nach dem Recht der übernehmenden Gesellschaft richtet, weichen von der Vereinigungstheorie ab.

Inhaltlich ergeben sich ansonsten bei dem Richtlinienvorschlag im Vergleich zu einer bisher zulässigen deutsch-französischen Fusion keine wesentlichen Unterschiede, da die grenzüberschreitende Fusion in beiden Fällen auf der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie beruht. Allerdings bietet Art. 7 des Richtlinienvorschlages eine gewisse Erleichterung im Verhältnis zu den bereits zulässigen grenzüberschreitenden Fusionen, da die Zustimmung der Hauptversammlung durch einen Mehrheitsbeschluß von zwei Dritteln des vertretenen Kapitals ermöglicht wird, ohne daß dies in der Satzung vorgesehen sein muß.

Zusätzlich sichert der Richtlinienvorschlag auch die Möglichkeit grenzüberschreitender Fusionen durch diejenigen Bestimmungen, die festsetzen, daß in Fällen,

⁹⁷⁹ Vgl. die entsprechenden Ausführungen zum internationalen Verschmelzungsübereinkommen: Kap. 4.C.I.4., S. 251

in denen die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie nur eine Mindestregelung vorsieht, die darin vorgesehenen Regelungen direkt zur Anwendung kommen. Dadurch können höhere Anforderungen, die die Mitgliedstaaten möglicherweise für nationale Fusionen vorgesehen haben, grenzüberschreitende Fusionen nicht behindern. Einen wesentlichen Mangel des Richtlinienvorschlags stellt die Regelung des Art. 1 Abs. 3 und Abs. 4 dar, die dazu führt, daß bis zu einer Koordinierung der Mitbestimmung eine deutsch-französische Fusion nur unterhalb der Schwelle unternehmerischer Mitbestimmung möglich ist. Gerade die Probleme im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung können bei einer deutsch-französischen Fusion nicht ohne gesetzlich geregelte Interessenschutzmaßnahmen behoben werden. Damit sind aus dem Anwendungsbereich des Vorschlags gerade diejenigen grenzüberschreitenden Fusionen ausgeschlossen, bei denen eine rechtliche Regelung erforderlich wäre.⁹⁸⁰ Da die Fusionsbesteuerungsrichtlinie keine gesellschaftsrechtlichen Regelungen enthält und aus den steuerrechtlichen Bestimmungen nicht auf die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Fusion geschlossen werden kann, bestimmt sich auch nach Erlaß der Fusionsbesteuerungsrichtlinie die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Fusion allein nach dem Recht der beteiligten Rechtsordnungen.

II. Fehlende gesetzliche Regelung der grenzüberschreitenden Fusion in Deutschland und Frankreich

Die transnationale Verschmelzung wird bisher nicht gemeinschaftsrechtlich geregelt, da weder Entwurf eines europäischen Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften, noch die 10. gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung) in Kraft getreten sind. Außerdem enthalten weder die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie vom 09. 10. 1978, die das nationale Recht der Mitgliedstaaten für innerstaatliche Fusionen angleicht, noch die Fusionsbesteuerungsrichtlinie materielle gesellschaftsrechtliche Regelungen für eine grenzüberschreitende Verschmelzung.⁹⁸¹ Sowohl in Deutschland als auch in Frankreich werden durch die vorhandenen Fusionsregelungen gem. § 1 Abs. 1 UmwG und Art. L. 236-1 ff., Art. L. 210-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 371 ff., Art. 3 Abs. 1 Loi n° 66-537) nur innerstaatliche Fusionen geregelt.

Fraglich ist jedoch, ob die materiellen Regelungen der Art. L. 225-97 und L. 223-

⁹⁸⁰ Vgl. Kap. 4.C.V.2.a.bb.(c) und Kap. 4.C.V.2.a.cc., S. 287 ff.

⁹⁸¹ Vgl. auch Kap. 4.B.I.1., S. 238

30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 154 und 60 Abs. 1 Loi n° 66-537), die den Nationalitätswechsel einer Gesellschaft regeln, nicht nur auf Sitzverlegungen, sondern auch auf transnationale Fusionen Anwendung finden. Da es bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung aber nicht zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts kommt,⁹⁸² wechselt die Gesellschaft auch nicht ihre Nationalität, so daß die materiellen Regelungen der Art. L. 225-97 und L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 154, 60 Abs. 1 Loi n° 66-537) transnationale Fusionen nicht betreffen.⁹⁸³

III. Die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Fusion nach deutschem und französischem Recht

In Deutschland und Frankreich ist man sich einig, daß eine grenzüberschreitende Fusion nur möglich ist, wenn sie von den beteiligten Rechtsordnungen als zulässig erachtet wird, wobei die Zulässigkeit für jede Gesellschaft nach ihrer Rechtsordnung bestimmt wird.⁹⁸⁴

1. Die Zulässigkeit einer Fusion mit einem übertragenden deutschen und übernehmenden französischen Rechtsträger

a. Die Rechtslage in Deutschland

aa. Die Bedeutung des § 1 Abs. 1 UmwG

Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, daß der Gesetzgeber durch § 1 Abs. 1 UmwG grenzüberschreitende Fusionen für unzulässig erklärt hat, da nach dem Wortlaut dieser Vorschrift (nur) Rechtsträger mit Sitz im Inland umgewandelt werden können.⁹⁸⁵ Nach anderer Ansicht ist § 1 Abs. 1 UmwG als selbstbeschränkende Vorschrift zu sehen und zeige, daß das Umwandlungsgesetz nur auf den inländischen Teil einer transnationalen Umwandlung Anwendung finde.⁹⁸⁶ Schließlich

⁹⁸² Vgl. Kap. 4.B.II., S. 247

⁹⁸³ Zur Frage, inwieweit Art. L. 225-97 und L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 154 und 60 Abs. 1 Loi n° 66-537) analog auf transnationale Fusionen anzuwenden sind bzw. inwieweit Gedanken des Interessenschutzes der Vorschriften auf grenzüberschreitende Fusionen übertragen werden können vgl. Kap. 4.C.V., S. 270 ff.

⁹⁸⁴ Großfeld/ Jasper, *RabelsZ* 53 (1989), 52, 64; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 489; Bolze, *Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission* –, n° 26; Loussouarn/ Trochu, *Fasc. 564-30*, n° 330; Menjucq, n° 301; Pohlmann, S. 153.

⁹⁸⁵ MünchKomm/ Kindler, *IntGesR*, Rn. 681; Sagasser/ Bula/ Brünger/ Sagasser, B 27; Schwarz, *DStR* 1994, 1694, 1698; Steiger, S. 28 ff.

⁹⁸⁶ Kronke, *ZGR* 1994, 26, 35 f.; Kallmeyer (*ZIP* 1996, 535) unter Aufgabe der Auffassung (in *ZIP* 1994, 1746, 1752), daß § 1 Abs. 1 UmwG grenzüberschreitende Umwandlungen ver-

wird die Auffassung vertreten, daß es sich bei § 1 Abs. 1 UmwG um eine kodifikatorische Teilregelung handelt, was bedeute, daß das Umwandlungsgesetz nur inländische Umwandlungsfälle regele und keine Aussage zu transnationalen Umwandlungen enthalte, mit der Folge, daß diese durch § 1 Abs. 1 UmwG auch nicht verboten seien.⁹⁸⁷

bb. Die in der deutschen Lehre und Rechtsprechung vertretenen Ansichten

Von einem Teil der deutschen Lehre und der älteren deutschen Rechtsprechung werden grenzüberschreitende Fusionen grundsätzlich als unzulässig erachtet, weil sie gesetzlich nicht geregelt seien.⁹⁸⁸ Zum Teil wird außerdem geltend gemacht, daß es bei der Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft mit einer ausländischen Gesellschaft zu einer Sitzverlegung und damit zur zwingenden Auflösung der deutschen Gesellschaft komme, was zur Unzulässigkeit der transnationalen Fusion führe.⁹⁸⁹ Dem gegenüber wird die Ansicht vertreten, daß Hinausfusionen aus Deutschland nicht zulässig sind, weil dadurch die Interessen von Gesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern der übertragenden Gesellschaft im gleichen Maße wie bei einer Sitzverlegung beeinträchtigt würden.⁹⁹⁰ Insbesondere könnten in diesem Fall auch nicht die Überprüfungen und Kontrollen hinsichtlich der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft durchgeführt werden, die das deutsche Gesetz bei einer Fusion vorschreibt.⁹⁹¹ Von anderer Seite wird für Hinausfusionen aus Deutschland aufgrund der Beeinträchtigungen, die sie nach sich ziehen, eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gefordert, zumindest solange das Sachrecht des Wegzugsstaates nicht dem Sachrecht des Zuzugsstaates entspricht.⁹⁹² Aus Rechtssicherheitsgründen dürfe der Interessenschutz der betroffe-

bierte; Neye (in: Kölner Umwandlungsrechtstage 1995, S. 7) ebenfalls unter Aufgabe seiner bisherigen Auffassung in (ZIP 1994, 165, 166), daß § 1 Abs. 1 UmwG grenzüberschreitende Umwandlungen verbiete; Schädler, S. 157.

⁹⁸⁷ Bungert, AG 1995, 489, 502; Goutier/ Knopf/ Tulloch/ Bermel, UmwG, 1995, § 1 UmwG, Rn. 16; Lutter/ Lutter (§ 1 UmwG, Rn. 6 ff.) unter ausdrücklicher Aufgabe der Auffassung (in ZGR 1994, 87, 91), daß § 1 Abs. 1 UmwG grenzüberschreitende Umwandlungen verbiete. Vgl. insgesamt zur Auslegung des § 1 Abs. 1 UmwG die entsprechenden Ausführungen bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung, die auch für grenzüberschreitende Fusionen gelten: Kap. 3.C.III.1.a.aa., S. 155 ff.

⁹⁸⁸ BayObLG v. 20. 10. 1906 (BayObLGZ 7, 505, 506 ff.) und Kammergericht v. 18. 02. 1901 (KJG 21 (1901), A 294), beide unter Anwendung der kollisionsrechtlichen Einzeltheorie; Gessler, p. 29, 41 ss.; Krause, S. 12 f.; Wiedemann, S. 872; Routier, n° 524 ss.

⁹⁸⁹ Krause, S. 13.

⁹⁹⁰ Ebenroth/ Wilken, JZ 1991, 1116, 1120; Eyles, S. 467; Förster/ Herzig, DB 1994, 1, 2; Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 63; Staudinger/ Großfeld, Rn. 636 ff.; vgl. auch die bei der Sitzverlegung aufgeführten Argumente: Kap. 3.C.II.2., S. 131 ff. insbesondere Kap. 3.C.II.2.c.aa.(a), S. 142 ff.

⁹⁹¹ Gessler, p. 29, 41 s.

nen Personengruppen auch nicht lediglich durch Anpassungen und Modifikationen des für interne Fusionen geltenden Rechts erreicht werden.⁹⁹³

Außerdem wird geltend gemacht, daß die Durchsetzung der Ansprüche der Gläubiger und Arbeitnehmer bei einer Hinausfusion von Deutschland ins Ausland wesentlich erschwert werde, weil die übernehmende Gesellschaft einer anderen Rechtsordnung unterstellt sei, was dazu führe, daß die prozessuale Durchsetzung meist einem ausländischen Gericht obliegt oder eine Vollstreckung im Ausland notwendig werde.⁹⁹⁴ Schließlich wird von dem wohl überwiegenden Teil der Lehre die Auffassung vertreten, daß transnationale Fusionen grundsätzlich zulässig sind, soweit sie ohne Interessenverletzung durchgeführt werden können.⁹⁹⁵ Das materielle Verschmelzungsrecht sei durch die Umsetzung der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie vom 09. 10. 1978 (Verschmelzungsrichtlinie) angeglichen worden,⁹⁹⁶ so daß die nationalen Rechte der Mitgliedstaaten nicht völlig voneinander abwichen und eine Interessenschutzlösung durch das Mittel der Anpassung gefunden werden könne.⁹⁹⁷ Teilweise wird auch befürwortet, den Interessenschutz bei einer transnationalen Fusion durch die Anwendung des Umwandlungsgesetzes hinsichtlich des deutschen Sachverhaltsteils zu gewähren.⁹⁹⁸

b. Die Rechtslage in Frankreich

Einer Mindermeinung zufolge ist eine transnationale Fusion nur möglich, wenn zwischen den beteiligten Rechtsordnungen einheitliche Grundsätze gelten und die gesetzlichen Vorschriften harmonisiert sind. Dies müsse zumindest für Fusionsakte gelten, bei denen der Rechtskreis beider Gesellschaften betroffen sei – wie z.B. für den Fusionsplan und für die Umrechnung und Berechnung des Wertes des übertragenden Vermögens sowie für die Registereintragungen und den Schutz der Gläubiger –, so daß die beteiligten Rechtsordnungen ohne Schwierigkeiten gemeinsam auf diese Fusionsvorgänge angewandt werden könnten, ohne daß es zu Normwidersprüchen komme.⁹⁹⁹ Eine weitere Mindermeinung geht allerdings

⁹⁹² Ebenroth/ Wilken, ZVglRWiss 90 (1991), 235, 253.

⁹⁹³ Eyles, S. 470.

⁹⁹⁴ Eyles, S. 467 f.; Koppensteiner, S. 259; Staudinger/ Großfeld, Rn. 638.

⁹⁹⁵ Behrens, ZGR 1994, 1, 13 f.; Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 34; Bungert, AG 1995, 489, 502; Kronke, ZGR 1994, 26, 30; Lutter, ZGR 1994, 87, 89 f.; Weitnauer, EWS 1992, 165, 171 f.; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 501 ff.; Soergel/ Lüderitz, Anh. Art. 10 EGBGB, Rn. 53; in Bezug auf die schweizer Rechtslage auch Bessenich (S. 36 ff.).

⁹⁹⁶ Dritte Richtlinie betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG), ABl. EG 1978, Nr. L 295/ 36, (zur Umsetzung vgl. Schwarz, Rn. 634 ff.).

⁹⁹⁷ MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 500.

⁹⁹⁸ Kallmeyer, ZIP 1996, 535, 536.

davon aus, daß die Hereinfusion vom Ausland nach Frankreich zulässig ist, weil die fusionierte „neue“ Gesellschaft französischem Recht unterstellt sei, während dies für den umgekehrten Fall der Hinausfusion nicht gelten soll.¹⁰⁰⁰

Nach herrschender Auffassung sind grenzüberschreitende Fusionen in beide Richtungen grundsätzlich zulässig, wenn es im konkreten Einzelfall nicht zu einer Interessenverletzung der betroffenen Personenkreise kommt, demnach auch eine Fusion von Deutschland nach Frankreich.¹⁰⁰¹

2. Die Zulässigkeit einer Fusion mit einem übertragenden französischen und übernehmenden deutschen Rechtsträger

a. Die Rechtslage in Frankreich

Wie in Deutschland vertritt auch in Frankreich eine Mindermeinung, daß die Hinausfusion aus dem Heimatland ins Ausland unzulässig sei, weil nur so der Schutz der Gläubiger und Anteilseigner sichergestellt werden könne.¹⁰⁰² Nach herrschender Meinung ist der Schutz der durch die Fusion betroffenen Personen jedoch kein Grund, die Hinausfusion von Frankreich generell zu verbieten, da es nur darauf ankomme, ob im Einzelfall Interessen verletzt würden. Soweit dies nicht der Fall sei, gebe es keinen Grund, grenzüberschreitende Verschmelzungen von Frankreich ins Ausland zu verbieten.¹⁰⁰³ Insbesondere nach der Umsetzung der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie seien die Fusionsvorschriften der Mitgliedstaaten soweit harmonisiert, daß der Schutz der Gläubiger und Anteilseigner nicht mehr gegen eine Hinausfusion spreche. Es könne insoweit auch nicht angeführt werden, daß in der Richtlinie eine Regelung des Arbeitnehmerschutzes fehle, denn nach französischem Recht unterlägen die Arbeitnehmer ohnehin keinem besonderen Schutz, so daß die Hinausfusion einer französischen Gesellschaft zulässig sei.¹⁰⁰⁴

⁹⁹⁹ Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 26 s.

¹⁰⁰⁰ Brouillard, p. 71, 90 ss.; Houin, p. 9, 25; Krause (S. 105 f.), die davon ausgeht, daß die Verschmelzung mit einer Sitzverlegung der übertragenden Gesellschaft verbunden ist. Die Entscheidung des Trib. Com. de Lyon, 15. 01. 1907 (Journ. soc. 1908, 21) betrifft keine echte transnationale (Herein-)Fusion, da es zur Liquidation der „übertragenden“ ausländischen Gesellschaft kam.

¹⁰⁰¹ Bener, p. 63; Goldman, Rev. marché com. 1968, 297, 300; Loussouarn/ Bredin, n° 203; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 335 ff., 341 ff.; Kreuzer, S. 28; Menjuq, n° 114 s.; Pohlmann, S. 154.

¹⁰⁰² Krause (S. 105), mit der Begründung, daß die Fusion mit einer vorhergehenden Sitzverlegung gekoppelt werden muß, so daß es lediglich zu einer innerstaatlichen Fusion kommt. Brouillard, p. 71, 90 ss.; Houin, p. 9, 25; vgl. auch die Ausführungen zur Hinausfusion von Deutschland: Kap. 4.C.III.1.a., S. 263 ff.

¹⁰⁰³ Bener, p. 63, Fn. 26.

b. Die Rechtslage in Deutschland

Einem Teil der Literatur und Rechtsprechung zufolge ist jede grenzüberschreitende Verschmelzung unzulässig,¹⁰⁰⁵ und zwar auch dann, wenn die deutsche Gesellschaft die übernehmende Gesellschaft sei und somit deutsches Recht auf den fusionierten „neuen“ Rechtsträger zur Anwendung komme, weil das deutsche Fusionsrecht eine ausländische Kapitalgesellschaft nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zum Erlöschen bringen könne.¹⁰⁰⁶

Hereinfusionen vom Ausland nach Deutschland werden vereinzelt von der Rechtsprechung und von einem Großteil der Literatur akzeptiert, da in diesem Fall die deutsche Gesellschaft als übernehmende Gesellschaft bestehen bleibe oder die neu gegründete Gesellschaft deutschem Recht unterworfen sei.¹⁰⁰⁷ Es bleibe daher bei der Anwendung des deutschen Rechts, so daß die Interessen der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer in ausreichendem Maß geschützt würden, da es zu keiner weiterreichenden Beeinträchtigung als bei einer inländischen Fusion komme.¹⁰⁰⁸ Auch nach der Ansicht möglich, die transnationale Fusionen grundsätzlich als zulässig erachtet, soweit es zu keiner Interessenverletzung kommt, ist eine Hereinfusionen vom Ausland nach Deutschland möglich.¹⁰⁰⁹

3. Stellungnahme

§ 1 Abs. 1 UmwG steht einer grenzüberschreitenden Fusion zwischen Deutschland und Frankreich nicht entgegen, da man aufgrund der Gesetzesbegründung zu dem Ergebnis kommen muß, daß es sich bei dem Umwandlungsgesetz gem. § 1 Abs. 1 UmwG um eine kodifikatorische Teilregelung handelt, die keine Aussage über transnationale Verschmelzungen enthält. Damit sind grenzüberschreitende Fusionen nicht grundsätzlich unzulässig. Zwar dürfen die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes weder direkt noch analog auf diese Fälle angewandt werden, da sie sich ausschließlich auf inländische Sachverhalte beziehen; es bleibt jedoch die Möglichkeit, die im Umwandlungsgesetz enthaltenen Interessenschutzgedan-

¹⁰⁰⁴ Menjucq, n° 254.

¹⁰⁰⁵ Vgl. bereits Kap. 4.C.III.1.a., S. 263 ff.

¹⁰⁰⁶ BayObLG v. 20. 10. 1906, BayObLGZ 7, 505, 506 ff.; Kammergericht v. 18. 02. 1901, KJG 21 (1901), A 294; Krause, S. 11 f.

¹⁰⁰⁷ OLG Danzig (v. 18. 10. 1928, LZ 1929, 62), soweit das materielle Recht der beteiligten Rechtsordnungen identisch ist und es daher zu keiner Interessenverletzung kommen kann; Ebenroth/Wilken, JZ 1991, 1116, 1120; Eyles, S. 463; Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 69; Koppensteiner, S. 255, 258; Staudinger/ Großfeld, Rn. 645.

¹⁰⁰⁸ Eyles, S. 463.

¹⁰⁰⁹ Vgl. Kap. 4.C.III.1.a., S. 263 ff.

ken auf grenzüberschreitende Umwandlungsfälle zu übertragen.¹⁰¹⁰ Auch aus der Tatsache, daß die transnationale Fusion weder in Deutschland noch in Frankreich gesetzlich geregelt ist, läßt sich nicht schließen, daß dieser Restrukturierungsvorgang unzulässig ist. Die fehlende gesetzliche Regelung zeigt lediglich, daß es bisher an einer entsprechenden gesetzgeberischen Interessenabwägung mangelt, mit der der Gesetzgeber seinen Willen kund tut, auf gewisse Aspekte des Schutzes der betroffenen Personen zu verzichten. Damit muß eine grenzüberschreitende Fusion zwischen Frankreich und Deutschland zulässig sein, wenn sie zu keiner Interessenverletzung führt.

Außerdem kann auch nicht der Argumentation gefolgt werden, nach der die transnationale Fusion unzulässig sein muß, weil das deutsche Recht die ausländischen Gesellschaft nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zum Erlöschen bringen kann. Kollisionsrechtlich unterliegen grenzüberschreitende Verschmelzungen der Vereinigungstheorie, so daß sich das Erlöschen der ausländischen Gesellschaft nach ihrem Personalstatut richtet.¹⁰¹¹

Weiterhin ist für die Zulässigkeit der transnationalen Fusion auch im Bereich der Fusionsvorgänge, die den Rechtskreis beider Gesellschaften betreffen, keine vollständige Angleichung der Fusionsbestimmungen erforderlich. Eine weitgehende Harmonisierung der Bestimmungen in Frankreich und Deutschland, die innerstaatliche Fusionen betreffen, ist durch die Umsetzung der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie erfolgt. Da die Richtlinie aber lediglich Mindestanforderungen vorschreibt,¹⁰¹² bestehen auch weiterhin Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Regelungen und können daher Normwidersprüche nicht generell ausgeschlossen werden. Wenn es im konkreten Einzelfall jedoch nicht zu Normwidersprüchen kommt, oder diese durch Anpassung behoben werden können, ohne daß es zu einer Interessenverletzung kommt, ist kein Grund ersichtlich, weshalb transnationale Fusionen grundsätzlich unzulässig sein sollen. Eine Anpassung führt auch nicht zu Rechtsunsicherheit und damit auch nicht zur Unzulässigkeit der transnationalen Fusion aus Interessenschutzgründen, da sie so zu erfolgen hat, daß keine der von einer grenzüberschreitenden Verschmelzung betroffenen Personen in ihren Interessen verletzt wird.

Ebenso spricht die Gefahr einer Verletzung von Gläubiger-, Anteilseigner- und Arbeitnehmerinteressen nicht für die grundsätzliche Unzulässigkeit der transna-

¹⁰¹⁰ Vgl. auch die Ausführungen zu § 1 Abs. 1 UmwG im Rahmen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung: Kap. 3.C.III.1.a.aa., S. 155

¹⁰¹¹ Vgl. Kap. 4.B.I.2.b. und Kap. 4.B.I.2.c., S. 244 ff.

¹⁰¹² Ebenroth/ Wilken, ZVglRWiss 90 (1991), 235, 253; Rixen/ Böttcher, GmbHR 1993, 572, 573.

tionalen Fusion, da der Schutz dieser Personengruppen gewährleistet ist, wenn es gelingt, den Eintritt einer Interessenverletzung im konkreten Einzelfall zu verhindern.¹⁰¹³

Auch wenn es für die betroffenen Personengruppen zu einer eventuell notwendigen Anspruchsdurchsetzung im Ausland kommt, muß auf den Einzelfall abgestellt werden; die grenzüberschreitende Fusion ist zulässig, soweit keine schützenswerten Interessen verletzt werden.

Eine Fusion, dies gilt sowohl für die Hinaus- als auch Hineinfusion, ist somit weder pauschal als zulässig noch als unzulässig einzustufen, ihre Zulässigkeit kann vielmehr nur im jeweiligen Einzelfall festgestellt werden.

IV. Die Fusionsfähigkeit und der Fusionsvertrag nach deutschem und französischem Recht

1. Die aktive und passive Fusionsfähigkeit deutscher und französischer Gesellschaften

Zu den Voraussetzungen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung gehört die aktive und die passive Fusionsfähigkeit der beteiligten Gesellschaften. Eine Gesellschaft ist aktiv fusionsfähig, wenn sie von ihrer Rechtsordnung als übertragende Gesellschaft für Fusionen zugelassen wird. Ihre passive Fusionsfähigkeit liegt vor, wenn sie nach ihrem Personalstatut eine Verschmelzung als übernehmende oder neu zu gründende Gesellschaft eingehen kann.¹⁰¹⁴

Gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG sind in Deutschland GmbH und Aktiengesellschaft sowohl aktiv als auch passiv verschmelzungsfähig. Dabei kann die Verschmelzung gem. § 3 Abs. 4 UmwG unter gleichzeitiger Beteiligung von Rechtsträgern derselben oder unterschiedlicher Rechtsformen erfolgen.

Auch in Frankreich sind die SA und die SARL aktiv und passiv verschmelzungsfähig,¹⁰¹⁵ wobei gem. Art. L. 236-2 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 372 Abs. 1 Loi n° 66-537) eine Verschmelzung auch mit Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsformen durchgeführt werden kann.

¹⁰¹³ Die Zulässigkeit der transnationalen Fusion ist mit der Frage der Identitätswahrung bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung vergleichbar, da es in beiden Fällen um den Interessenschutz der beteiligten Personen geht. Vgl. daher die entsprechende Begründung bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung: Kap. 3.C.II.2.d., S. 152 ff.

¹⁰¹⁴ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 666; Rixen/ Böttcher, GmbHR 1993, 572, 573.

¹⁰¹⁵ Bertrel/ Jeantin, n° 805; vgl. auch Art. L. 233-15 ff. und Art. 236-23 ff. CCom (vorm. Art. 357 ff. und Art. 388 ff. Loi n° 66-537).

2. Die Anforderungen an den Fusionsvertrag bei einer deutsch-französischen grenzüberschreitenden Fusion

Hinsichtlich der Anforderungen an den Inhalt des Fusionsvertrags sind die beteiligten Rechtsordnungen zu kumulieren.¹⁰¹⁶

Daher sind sowohl die von den §§ 5, 37, 46 UmwG geforderten Mindestinhalte des Vertrags als auch die französischen Mindestanforderungen gem. Art. L. 236-6 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 374 Abs. 1 Loi n° 66-537) i.V.m. Art. 254 Décret n° 67-236 zu berücksichtigen. Aufgrund Art. 5 Abs. 2 der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie¹⁰¹⁷ sehen die deutsche und die französische Rechtsordnung zum Teil dieselben Erfordernisse vor: so ist beispielsweise nach beiden Rechtsordnungen die Angabe des Namens und des Sitzes der Gesellschaft (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 UmwG und Art. 254 Abs. 2 n° 1 Décret n° 67-236) sowie die Angabe der Sonderrechte, die einzelnen Personen zustehen (§ 5 Abs. 1 Nr. 7, 8 UmwG und Art. 254 Abs. 2 n° 8 Décret n° 67-236), notwendig.

Das deutsche Recht sieht jedoch gem. § 6 UmwG die notarielle Beurkundung des Verschmelzungsvertrags vor, während das französische Recht keine Form für diesen Vertrag vorschreibt, so daß in Frankreich grundsätzlich die Schriftform genügt, soweit nicht ein Grundstück durch die Fusion übertragen wird.¹⁰¹⁸ Die Kumulation der Rechtsordnungen muß hier zur Durchsetzung des strengeren Rechts führen, d.h. bei grenzüberschreitenden Fusionen zwischen Deutschland und Frankreich muß der Fusionsvertrag immer notariell beurkundet werden, wobei die Beurkundung sowohl in Deutschland als auch in Frankreich erfolgen kann.

V. Der Interessenschutz der von einer grenzüberschreitenden Fusion betroffenen Personen

Auch wenn es bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nicht zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts kommt, so werden doch die Rechte der Anteilseigner, Gläubiger und Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft einer anderen Rechtsordnung, nämlich dem Personalstatut der übernehmenden Gesellschaft, unterstellt, so daß es zu einer Verletzung der Interessen dieser Personen kommen kann.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁶ Vgl. Kap. 4.B.I.2.b. und Kap. 4.B.I.2.c., S. 244 ff.

¹⁰¹⁷ Dritte Richtlinie vom 09. 10. 1978 (Fusionsrichtlinie) betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/ 855/ EWG), ABl. EG 1978 Nr. L 295/ 36, (zur Umsetzung vgl. Schwarz, Rn. 634 ff.)

¹⁰¹⁸ Krause, S. 115; Rixen/ Böttcher, GmbHR 1993, 572, 573 f.; Ziegler, S. 6, Fn. 18; Bertrel/ Jeantin, n° 882.

Aber auch auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft ist eine Verletzung der Interessen ihrer Mitglieder, Gläubiger und Arbeitnehmer möglich, da zu diesen nun die Mitglieder, Gläubiger und Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft hinzukommen.

Wegen der fehlenden gesetzlichen Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung in Deutschland und Frankreich muß durch außergesetzliche Interessenschutzmaßnahmen verhindert werden, daß es bei einer transnationalen Fusion zwischen einer deutschen und französischen Gesellschaft zu Interessenverletzungen kommt.

1. Fusion mit einem übertragenden deutschen und übernehmenden französischen Rechtsträger

a. In Bezug auf den übertragenden deutschen Rechtsträger

aa. Die Anwendbarkeit des UmwG

Das Umwandlungsgesetz findet zwar auf transnationale Fusionen weder direkt noch analog Anwendung, doch können hinsichtlich des Interessenschutzes die im Umwandlungsgesetz enthaltenen Regelungen und Grundsätze als Orientierung für den Interessenschutz bei grenzüberschreitenden Verschmelzung herangezogen werden. Voraussetzung ist allerdings, daß die Interessen aller betroffenen Personen bei der transnationalen Fusion gewahrt bleiben.¹⁰²⁰

bb. Mögliche Interessenschutzmaßnahmen

(a) Schutz der Anteilseigner

Zu einer Beeinträchtigung der Interessen der Mitglieder der übertragenden Gesellschaft kommt es, wenn durch die grenzüberschreitende Verschmelzung die Wahrnehmung ihrer Mitgliedschaftsrechte beeinträchtigt wird. Da die Gesellschafterrechte in Deutschland und Frankreich nicht gleichwertig sind,¹⁰²¹ kann es bei grenzüberschreitenden Fusionen zu einer Interessenverletzung kommen, so daß es des Schutzes der Anteilseigner bedarf. Ein Mehrheitsbeschluß, so wie ihn die §§ 50 Abs. 1 S. 1 bzw. 65 Abs. 1 S. 1 UmwG für innerstaatliche Fusionen vorsehen, bietet keinen umfassenden Schutz der Anteilseigner und ist daher bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nicht ausreichend. Anders ist dies

¹⁰¹⁹ MünchKomm/ Kindler, IntGesR, Rn. 674.

¹⁰²⁰ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.aa., S. 155 ff.; vgl. auch Lutter/ Lutter, § 1 UmwG, Rn. 13.

¹⁰²¹ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(a), S. 160 ff.

nur, wenn ein Mehrheitsbeschluß bereits in der Gesellschaftssatzung vorgesehen ist. Im übrigen müssen die Anteilseigner durch einen einstimmigen Beschluß geschützt werden.¹⁰²² Nach § 8 Abs. 1 UmwG müssen die Anteilseigner bei einer Verschmelzung vor der Beschlußfassung durch einen Verschmelzungsbericht rechtlich und wirtschaftlich über die Verschmelzung informiert werden. Hierdurch soll den Anteilseignern vor allem ermöglicht werden, sich ein Bild über die tatsächlichen Grundlagen für die Ermittlung des angemessenen Umtauschverhältnisses zu machen.¹⁰²³

Daneben haben die Anteilseigner ein Interesse daran, daß das Umtauschverhältnis der Aktien und dessen Angemessenheit von unabhängigen Prüfern kontrolliert werden.¹⁰²⁴ Daher sehen §§ 9, 48, 60 Abs. 1 UmwG vor, daß vor der Beschlußfassung eine Fusionsprüfung durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer erfolgt. Diese Prüfung ist zwingend, soweit eine AG an der Fusion beteiligt ist und erfolgt bei Fusionen von GmbH auf Antrag eines Anteilseigners.

Wenn das Umtauschverhältnis der Anteile zu niedrig bemessen wird oder die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger kein ausreichender Gegenwert ist, können die Anteilseigner gem. § 15 Abs. 1 UmwG von der übernehmenden Gesellschaft einen Ausgleich durch Zuzahlung verlangen.

Der Schutz der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft richtet sich kollisionsrechtlich nach ihrem eigenen Personalstatut, d.h. bei einer Hinausfusion aus Deutschland kommt deutsches Recht zur Anwendung. Insoweit kann auf die Gesellschafterschutzregelung des Umwandlungsgesetzes zurückgegriffen werden. Bei der Übertragung der Umwandlungsvorschriften auf die grenzüberschreitende Verschmelzung ist jedoch problematisch, daß sich der Anspruch gem. § 15 UmwG gegen die übernehmende Gesellschaft richtet; diese unterliegt nämlich französischem Recht, das keine Zuzahlungspflicht der übernehmenden Gesellschaft kennt. Das bedeutet, daß ein umfassender Gesellschafterschutz nur gewährleistet ist, wenn auch die französische übernehmende Gesellschaft nach

¹⁰²² Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(a), S. 160 ff und Kap. 3.C.III.1.a.cc., S. 176 ff.; für einstimmigen Beschluß bzw. Mehrheitsbeschluß i.V.m. entsprechender Satzungsregelung auch: Beitzke, FS Hallstein, S. 25; Staudinger/ Großfeld, Rn. 638; von Spindler, S. 79; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 504 ff. (jedoch nur für den außereuropäischen Bereich); Koppensteiner, S. 259 (jedoch gegen einen Mehrheitsbeschluß i.V.m. ausdrücklicher Satzungsbestimmung); a.A. Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 66; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 506 (für den innereuropäischen Bereich); Rixen/ Böttcher, GmbHR 1993, 572, 573; Ziegler (S. 76) unter Verweis auf die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV; Lutter (Lutter/ Lutter, § 1 UmwG, Rn. 14 f.) unter Verweis auf Art. 7 der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie und Art. 3 der 6. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie.

¹⁰²³ Ganske, § 8, S. 54; Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 65.

¹⁰²⁴ Ganske, § 9, S. 55.

dem Rechtsgedanken des § 15 UmwG zur Zuzahlung verpflichtet ist. Insoweit muß das französische Recht im Sinne einer Zuzahlungspflicht nach § 15 UmwG angepaßt werden. Einer solchen Anpassung steht auch kein Schutzbedürfnis der übernehmenden Gesellschaft entgegen, denn mit dem Fusionsbeschluß zu einer Fusion von Deutschland nach Frankreich wird auch der Geltung des deutschen Gesellschafterschutzes im Wege der Anpassung zugestimmt.¹⁰²⁵ Damit können die Anteilsinhaber des deutschen übertragenden Rechtsträgers einen Ausgleich durch Zuzahlung von der übernehmenden französischen Gesellschaft verlangen, wenn das Umtauschverhältnis ihrer Anteile bei der Fusion zu niedrig bemessen oder die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger kein ausreichender Gegenwert ist.

Schließlich können Anteilsinhaber nach § 25 Abs. 1 UmwG Schadensersatz von den gesamtschuldnerisch haftenden Mitgliedern des Leitungs- und Aufsichtsorgans der übertragenden Gesellschaft verlangen, wenn sie durch pflichtwidriges Verhalten dieser Organe bei der Fusion geschädigt wurden.

(b) Schutz der Gläubiger

Maßgeblich für den Gläubigerschutz ist die Äquivalenz der nationalen Regelungen. Aufgrund der europäischen Harmonisierungsrichtlinien sind die Gläubigerschutzvorschriften in den Aktiengesellschaften der Mitgliedstaaten weitgehend einander angeglichen.¹⁰²⁶ Bezüglich der GmbH und SARL sind die Gläubigerschutzvorschriften allerdings noch nicht vollständig harmonisiert.¹⁰²⁷ Zusätzlich werden die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht nur – wie bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung – den Vorschriften einer fremden Rechtsordnung unterstellt, sondern es ändert sich auch ihr Schuldner, da die übertragende Gesellschaft erlischt und ihre Verbindlichkeiten durch Universalsukzession auf die übernehmende Gesellschaft übergehen.¹⁰²⁸ Allein schon aufgrund dieses Schuldnerwechsels ist ein spezieller Schutz der Gläubiger bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen erforderlich. Dieser richtet sich kollisionsrechtlich für jede Gesellschaft nach ihrem Personalstatut, d.h. für die übertragende deutsche Gesellschaft nach deutschem Recht.¹⁰²⁹ Für die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft tritt

¹⁰²⁵ Ziegler, S. 69 f.

¹⁰²⁶ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(b), S. 164 ff. und Kap. 3.C.III.1.a.bb.(d), S. 171 ff.. Lediglich die nationalen fusionsrechtlichen Bestimmungen sind nicht vollständig harmonisiert, da die 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie nur Mindestanforderungen festgesetzt hat.

¹⁰²⁷ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(b), S. 164 ff. und Kap. 3.C.III.1.a.bb.(d), S. 171 ff.

¹⁰²⁸ Bolze, *Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission* –, n° 87.

hingegen kein Schuldnerwechsel ein.

Der Gläubigerschutz kann in jedem Fall durch Zustimmung aller Gläubiger zur transnationalen Fusion gewährt werden, allerdings können die Interessen der Gläubiger auch aufgrund anderer Interessenschutzmaßnahmen gesichert werden. Insoweit kann der Rechtsgedanke des § 22 UmwG herangezogen werden. Dieser sieht sowohl für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft als auch für die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft einen Anspruch auf Sicherheitsleistung vor, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können.¹⁰³⁰ Erforderlich ist hierzu, daß der Gläubiger innerhalb von 6 Monaten nach der Registereintragung der Fusion seine Ansprüche schriftlich anmeldet und glaubhaft macht, daß durch die Verschmelzung die Erfüllung seiner Forderung gefährdet wird. Bei Heranziehen dieser Regelung werden die Gläubigerinteressen so umfassend geschützt, daß es der Zustimmung der Gläubiger zur Fusion nicht bedarf.¹⁰³¹

Allerdings richtet sich der Anspruch des § 22 UmwG, gleichgültig ob er von Gläubigern der übertragenden oder der übernehmenden Gesellschaft geltend gemacht wird, gegen die übernehmende Gesellschaft, denn mit der Eintragung der Fusion in das Handelsregister gilt diese gem. §§ 20 Abs. 1 i.V.m. 19 Abs.1 UmwG als vollzogen, d.h. der übertragende Rechtsträger existiert zu diesem Zeitpunkt nicht mehr.¹⁰³² Damit richtet sich der Anspruch der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft gegen eine Gesellschaft, die einer ausländischen Rechtsordnung unterliegt. In diesem Zusammenhang ist streitig, ob eine Anpassung des französischen Rechts erforderlich ist, um einen entsprechenden Anspruch gegen die französische Gesellschaft zu erlangen. Zum Teil wird davon ausgegangen, daß es sich um einen Fall der Anpassung handelt, wenn gegen die übernehmende französische Gesellschaft Ansprüche geltend gemacht werden, die der deutschen Rechtsordnung entnommen werden, der die übertragenden Gesellschaft angehört.¹⁰³³

Nach anderer Ansicht ist eine Anpassung nur erforderlich, wenn die Rechtsordnung der übernehmenden französischen Gesellschaft den geltend gemachten Anspruch überhaupt nicht kennt. Da es im französischen Recht Ansprüche aus Sicherheitsleistung grundsätzlich gebe, auch wenn die Anspruchsvoraussetzungen

¹⁰²⁹ Vgl. Kap. 4.B.I.2.b. und Kap. 4.B.I.2.c., S. 244 ff.

¹⁰³⁰ a. A. Lutter (Lutter/ Lutter, § 1 UmwG, Rn. 15) der den Gläubigern unter Bezugnahme auf Art. 13 der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie bereits einen Anspruch auf Garantien gewährt, wenn die finanzielle Lage der verschmelzenden Gesellschaft dies erforderlich macht.

¹⁰³¹ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(b), S. 164 ff. und Kap. 3.C.III.1.a.bb.(d), S. 171 ff.

¹⁰³² Großfeld/ Jasper, *RabelsZ* 53 (1989), 52, 68 f.; Ziegler, S. 34.

¹⁰³³ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 29 f.; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 510; ähnlich auch Koppensteiner (S. 259).

und das Verfahren der Geltendmachung in Deutschland und Frankreich voneinander abweichen, sei eine Anpassung nicht notwendig.¹⁰³⁴ In diesem Fall soll es bei der bloßen Anwendung der kollisionsrechtlichen Regelung bleiben, die deutsches Recht zur Anwendung bringe, so daß der Anspruch auf Sicherheitsleistung auch gegenüber der übernehmenden französischen Gesellschaft bestehe.

In jedem Fall besteht – gleichgültig ob eine Anpassung stattfindet oder nicht – kein Schutzbedürfnis der übernehmenden französischen Gesellschaft vor einem Anspruch auf Sicherheitsleistung, da sich die Gesellschafter mit der Zustimmung zur Fusion auch mit dem Fusionsverfahren einverstanden erklären.¹⁰³⁵ Daneben müssen die Interessen der Gesellschaftsgläubiger auch bei einer durch die transnationale Fusion notwendigen Anspruchsdurchsetzung im Ausland gewahrt werden.¹⁰³⁶ Grundsätzlich hat ein Gläubiger keinen Anspruch darauf, daß sein Schuldner nicht ins Ausland zieht. Außerdem kommt der Grundsatz der *perpetuatio fori* auch hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit zur Anwendung, so daß das deutsche Gericht für bereits anhängige Prozesse auch nach einer transnationalen Fusion zuständig bleibt. Schließlich wird der Gläubiger, der einen Prozeß erst nach der Fusion anstrengt bzw. aus einem zuvor schon ergangenen Urteil vollstreckt, ausreichend durch das EuGVÜ bzw. durch die am 31. 05. 2001 in kraft tretende Zustellungsverordnung und das Haager Übereinkommen über die Zustellung geschützt.¹⁰³⁷

Zusätzlich ergibt sich bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung das Problem, daß die übernehmende Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin bereits laufende Prozesse der übertragenden Gesellschaft weiterführen muß, da die übertragende Gesellschaft mit Eintritt der Fusionswirkung erlischt. Die herrschende Meinung wendet hier § 239 ZPO an, so daß es zu einer Unterbrechung des Verfahrens bis zur Aufnahme durch die Rechtsnachfolgerin kommt.¹⁰³⁸

(c) Schutz der Inhaber von Sonderrechten

Da kollisionsrechtlich deutsches Recht hinsichtlich der Inhaber von Sonderrechten der übertragenden Gesellschaft zur Anwendung kommt, werden ihre Interessen geschützt, wenn ihnen nach dem Rechtsgedanken des § 23 UmwG bei der übernehmenden Gesellschaft gleichwertige Rechte eingeräumt werden.¹⁰³⁹ An-

¹⁰³⁴ Ziegler, S. 39; für das schweizerische Recht auch Bessenich (S. 21).

¹⁰³⁵ Ziegler, S. 39, bzw. falls es zu einer Anpassung kommt vgl. S. 70.

¹⁰³⁶ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 30; Koppensteiner, S. 259; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 510; Staudinger/ Großfeld, Rn. 638; Ziegler, S. 56.

¹⁰³⁷ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(b), S. 164 ff.

¹⁰³⁸ RG v. 25. 01. 1904, RGZ 56, 331 f.; Thomas/ Putzo, § 239 ZPO, Rn. 3; Ziegler, S. 60.

sonsten müssen die Inhaber der Sonderrechte vor der grenzüberschreitenden Verschmelzung befriedigt werden bzw. ist ihre Zustimmung zu der Restrukturierung zu fordern.¹⁰⁴⁰

Da es aber den deutschen Sonderrechten gleichwertige französische Rechte gibt, die den Rechtsinhabern bei einer grenzüberschreitenden Fusion eingeräumt werden können, ist der Schutz der Sonderrechtsinhaber gewährleistet; ihre Zustimmung zur Fusion ist also nicht erforderlich.¹⁰⁴¹

(d) Schutz der Arbeitnehmer

Da sich die Unternehmensmitbestimmung in Deutschland wesentlich von der französischen Regelung unterscheidet, müssen die Arbeitnehmerinteressen bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung geschützt werden.

Dem für Inlandsrestrukturierungen einschlägigen Umwandlungsgesetz hält keine Regelungen bereit, die sich auf eine grenzüberschreitende Verschmelzung übertragen ließen, doch bedeutet dies nicht, daß auf den Schutz dieser Interessen verzichtet werden kann. Daher geht die herrschende Meinung davon aus, daß grenzüberschreitende Fusionen mangels Schutzmöglichkeiten für die Arbeitnehmer nur unterhalb der Schwelle der Mitbestimmung zulässig sind.¹⁰⁴²

Zum Teil wird allerdings auch die Meinung vertreten, daß die Mitbestimmung in Deutschland ohnehin nicht konsequent verfolgt wird, so daß auf ihren Schutz verzichtet werden könne. So bestehe insbesondere die Möglichkeit, mitbestimmte Gesellschaften aufzulösen oder innerstaatliche Fusionen durchzuführen, bei denen es zu einer Änderung bzw. zu einem Verlust der Mitbestimmungsregeln komme.¹⁰⁴³ Nach wieder anderer Ansicht ist es ausreichend, daß die Mitbestimmung vertraglich in die ausländische Gesellschaft eingeführt wird.¹⁰⁴⁴

(e) Publizität am Ort des übertragenden Rechtsträgers

Die Publizität der übertragenden deutschen Gesellschaft richtet sich kollisionsrechtlich nach deutschem Recht, so daß die Vertretungsorgane der übertragenden Gesellschaft die Verschmelzung nach dem Rechtsgedanken des § 16 Abs. 1 S.

¹⁰³⁹ Ziegler, S. 43; Lutter (Lutter/ Lutter, § 1 UmwG, Rn. 16) plädiert hingegen bezüglich der Minderheitsgesellschafter für ein Austrittsrecht aus wichtigem Grund.

¹⁰⁴⁰ Großfeld/ Jasper, *RabelsZ* 53 (1989), 52, 69; Impelmann, *DStR* 1995, 769, 773.

¹⁰⁴¹ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(c), S. 169 ff.

¹⁰⁴² Vgl. zur Gesamtproblematik auch die entsprechenden Ausführungen zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung: Kap. 3.C.III.1.a.bb.(d), S. 171 ff. und Kap. 3.C.III.1.a.cc., S. 176 ff.

¹⁰⁴³ Koppensteiner, S. 260; Lutter, *ZGR* 1994, 87, 89; Weitnauer, *EWS* 1992, 165, 171 f.

¹⁰⁴⁴ Bungert, *AG* 1995, 489, 502; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 517.

1 UmwG zur Eintragung in das für sie zuständige Handelsregister anzumelden haben.¹⁰⁴⁵ Dieser Anmeldung ist nach § 17 UmwG der Fusionsvertrag, die Niederschrift des Fusionsbeschlusses, der Verschmelzungs- und Prüfungsbericht, der Umwandlungsbericht und eine Abschlußbilanz beizufügen.

Die Eintragung muß nach § 19 Abs. 1 UmwG vor der Eintragung der übernehmenden Gesellschaft erfolgen und ist mit der Bedingung zu versehen, daß die Verschmelzung erst mit der Eintragung der übernehmenden Gesellschaft in das Register wirksam wird. Problematisch ist dabei, daß das französische Recht keine Registereintragung der Fusion in das Register der übernehmenden Gesellschaft vorsieht, wenn die Fusion durch Übertragung einer Gesellschaft auf eine bestehende übernehmende Gesellschaft stattfindet.¹⁰⁴⁶ Insoweit muß eine Anpassung durch Substitution erfolgen, d.h. die Registereintragung der übernehmenden Gesellschaft, die das deutsche Recht voraussetzt, muß dadurch ersetzt werden, daß alle nach dem französischen Recht notwendigen Publizitätserfordernisse erfüllt werden.¹⁰⁴⁷

cc. **Stellungnahme**

Wie bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung müssen auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung alle Interessen, die durch die Restrukturierung berührt werden, umfassend geschützt werden.¹⁰⁴⁸ Zum Schutz der Gesellschafter ist ein bloßer Mehrheitsbeschluß, wie ihn das Umwandlungsgesetz vorsieht, nicht ausreichend, da auf diese Weise die überstimmten Gesellschafter übergangen werden; ein solcher Mehrheitsbeschluß wäre nur dann ausreichend, wenn er durch eine entsprechende Satzungsregelung vorgesehen ist. Daher muß bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zwischen Deutschland und Frankreich ein einstimmiger Fusionsbeschluß in dem übertragenden deutschen Rechtsträger gefaßt werden.

Für einen umfassenden Schutz der Anteilseigner sorgt hingegen die zusätzliche Verpflichtung, einen Verschmelzungsbericht zu erstellen, da dieser sicherstellt, daß die Anteilseigner vor der Entscheidung über die grenzüberschreitende Fusion weitreichende Informationen darüber erhalten und daß eine Prüfung des Ver-

¹⁰⁴⁵ Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 65; Lutter (Lutter/ Lutter, § 1 UmwG, Rn. 14) weil es sich bei der Fusion um eine Satzungsänderung handelt.

¹⁰⁴⁶ Vgl. Kap. 4.C.V.2.b.bb., S. 290

¹⁰⁴⁷ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 23 f.; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 497; Staudinger/ Großfeld, Rn. 629; vgl. Kap. 4.C.V.2.b.bb., S. 290 und zu einem weiteren Fall der Anpassung durch Substitution insbesondere Kap. 4.C.VI., S. 291 ff.

¹⁰⁴⁸ Vgl. auch dort die Stellungnahme: Kap. 3.C.III.1.a.cc., S. 176 ff.

schmelzungsvertrags durch eine außenstehende, unabhängige Person erfolgt.¹⁰⁴⁹ Dieser Schutz wird außerdem durch den Ausgleichsanspruch bei Vorliegen eines unangemessenen Umtauschverhältnisses und den Schadensersatzanspruch ergänzt; diese Ansprüche gewährleisten, daß nachträglich ein finanzieller Ausgleich bzw. Schadensersatz erfolgt, falls dies erforderlich ist. Daß sich der nachträgliche Ausgleichsanspruch gegen die übernehmende ausländische Gesellschaft richtet, deren Rechtsordnung einen solchen Anspruch nicht kennt, ist unschädlich. Im Wege der Anpassung muß der sich aus deutschem Recht ergebende Ausgleichsanspruch im französischen Recht umgesetzt werden, dafür die Frage des Gesellschafterschutzes der übertragenden Gesellschaft die Vorschriften der deutschen Rechtsordnungen heranzuziehen und auch auf die französische übernehmende Gesellschaft anzuwenden sind. Die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft müssen zum einen geschützt werden, weil ihre Schuldnerin erlischt und ihre Ansprüche im Wege der Universalsukzession auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, und zum anderen, weil die übernehmende Gesellschaft einer fremden Rechtsordnung unterliegt. Auch wenn die Gläubigerrechte in den beteiligten Staaten gleichwertig sind, bedarf es bei der grenzüberschreitenden Fusion wegen des Schuldnerwechsels immer eines besonderen Gläubigerschutzes. Ein solcher umfassender Schutz wird den Gläubigern durch Übertragung des Rechtsgedankens des § 22 UmwG auf grenzüberschreitende Fusionen gewährt. Danach sind sie berechtigt, von der übernehmenden Gesellschaft eine Sicherheitsleistung zu verlangen, wenn sie eine Gefährdung ihres Anspruchs durch die Verschmelzung glaubhaft machen können. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Gewährung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung nach deutschem Recht, der sich gegen die französische Gesellschaft richtet, um einen Fall der Angleichung oder um die bloße kollisionsrechtliche Anwendung des deutschen Personalstatuts handelt,¹⁰⁵⁰ da es in beiden Fällen im Ergebnis zu einer Anwendung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung gegen die französische Gesellschaft kommt. Auch wenn ein solcher Anspruch auf Sicherheitsleistung in Frankreich grundsätzlich bekannt ist, spricht die Tatsache, daß er sich gegen eine ausländische Gesellschaft richtet, für eine Anpassung, da der deutsche Begriff des Anspruchs auf Sicherheitsleistung in der französischen Rechtsordnung umgesetzt werden muß.

Schließlich werden die Gläubiger ausreichend durch das EuGVÜ sowie die am

¹⁰⁴⁹ Im Ergebnis ähnlich Lutter (Lutter/ Lutter, § 1 UmwG, Rn. 14 f.) unter Verweis auf Art. 5 der 3. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie und Art. 3 der 6. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie.

¹⁰⁵⁰ Vgl. auch MünchKomm/ Sonnenberger, 2. Aufl., Einl. Rn. 419 ff., 430.

31. 05. 2001 in kraft tretende Zustellungsverordnung und das Haager Übereinkommen über die Zustellung geschützt, so daß ihre Interessen bei einer eventuellen Durchsetzung ihrer Ansprüche im Ausland nicht verletzt werden. Da die Sonderrechte in Deutschland und Frankreich gleichwertig sind, schützt die Übertragung des Rechtsgedankens des § 23 UmwG auf die Fusion eines übertragenden deutschen Rechtsträgers auf eine übernehmende französische Gesellschaft die Inhaber von Sonderrechten der übertragenden Gesellschaft ausreichend, da sie mit gleichwertigen Rechten in der übernehmenden französischen Gesellschaft entschädigt werden. Das Fortbestehen der unternehmerischen Mitbestimmung hingegen, die an das Gesellschaftsstatut gekoppelt ist, ist gefährdet, weil bei einer grenzüberschreitenden Fusion von Deutschland nach Frankreich die übertragende deutsche Gesellschaft erlischt und die übernehmende Gesellschaft einem anderen Gesellschaftsstatut unterliegt.

Die Regelungen der deutschen Mitbestimmung stehen weder zur Disposition der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber, so daß eine vertragliche Regelung der Mitbestimmung, die – wenn auch einvernehmlich, so doch jederzeit – von den Vertragsparteien aufgehoben werden kann, nicht ausreicht. Da auf die deutsche Mitbestimmung nicht ohne gesetzliche Grundlage verzichtet werden kann und eine vertragliche Regelung der Mitbestimmung nicht ausreicht, sind zum Schutz der Arbeitnehmerinteressen bei einer transnationalen Fusion Schutzmaßnahmen erforderlich. Solche Schutzmaßnahmen sind allerdings nicht ersichtlich, so daß eine grenzüberschreitende Verschmelzung nur durchgeführt werden darf, soweit die deutsche Mitbestimmung nicht beeinträchtigt wird. Das bedeutet, daß eine Fusion nur dann zulässig ist, wenn der übertragende Rechtsträger nicht der Mitbestimmung unterliegt, oder zwar der übertragende Rechtsträger der Mitbestimmung unterliegt, aber die übernehmende Gesellschaft auch nach deutschem Recht keiner Mitbestimmung unterläge. Im letzteren Fall verhindert nämlich auch das deutsche Recht bei einer inländischen Fusion nicht das Erlöschen des mitbestimmten Rechtsträgers. Daher muß der Übergang von Arbeitnehmern in eine ausländische nicht mitbestimmte Gesellschaft nur dann verhindert werden, wenn der Rechtsträger nach deutschem Recht der Mitbestimmung unterläge, denn nur in diesem Fall wären die Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Fusion in ihren Interessen verletzt. Eine Eintragung der Verschmelzung in das für die übertragende Gesellschaft zuständige Register dient der Publizität und damit dem Schutz Dritter. Außerdem ist die Eintragung in Anlehnung an § 20 UmwG auch für den Wirksamkeitszeitpunkt der Fusion von Bedeutung.

Die in § 17 UmwG mit der Anmeldung vorgesehene Einreichung des Fusionsvertrags, der Niederschrift des Fusionsbeschlusses, des Verschmelzungs- und Prüfungsberichts, des Umwandlungsberichts und einer Abschlußbilanz muß auch bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung gefordert werden, da sie dem Registergericht des übertragenden deutschen Rechtsträgers die Prüfung der Verschmelzungsvoraussetzungen erleichtert und damit vor allem dem Schutz der Anteilseigner dient.¹⁰⁵¹

b. In Bezug auf den übernehmenden französischen Rechtsträger

aa. Schutz der Gläubiger und Sonderrechtsinhaber

Die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft werden grundsätzlich durch die Fusion nicht in ihren Interessen betroffen.¹⁰⁵² Wenn allerdings der Rechtsgedanke des Art. L. 236-14 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 381 Abs. 2 Loi n° 66-537) auf grenzüberschreitende Fusionen übertragen wird, sind ihnen dieselben Rechte zu gewähren wie den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft bei einer Fusion von Frankreich nach Deutschland.¹⁰⁵³ Die Versammlung der Sonderrechtsinhaber der übernehmenden Gesellschaft braucht der Fusion in Anlehnung an Art. L. 236-15 CCom (vorm. Art. 381 bis Loi n° 66-537) nicht zuzustimmen, da sie das ganze Vermögen der übertragenden Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erhält.¹⁰⁵⁴ Allerdings kann die Versammlung der Sonderrechtsinhaber auf eigene Initiative die représentants de la masse ermächtigen, Widerspruch gegen die Fusion zu erheben, was zu denselben Folgen führt wie der Widerspruch der Gläubiger gegen die Fusion eines französischen übertragenden Rechtsträgers auf einen deutschen.¹⁰⁵⁵

bb. Publizität am Ort des übernehmenden Rechtsträgers

Der Fusionsplan muß gem. Art. L. 236-6 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 374 Abs. 2 Loi n° 66-537) und Art. 255 Décret n° 67-236 auch beim Handelsgericht der übernehmenden Gesellschaft bekannt gemacht werden. Außerdem ist eine Konformitätsbestätigung gem. Art. L. 236-6 Abs. 3 CCom (vorm. Art. 374 Abs. 3 Loi n° 66-537) bei diesem Gericht einzureichen.

¹⁰⁵¹ Ganske, § 17 UmwG, S. 71.

¹⁰⁵² Vgl. Kap. 4.C.V.2.b.aa., S. 290

¹⁰⁵³ Vgl. Kap. 4.C.V.2.a.bb.(b), S. 283 ff.

¹⁰⁵⁴ Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 94.

¹⁰⁵⁵ Vgl. Kap. 4.C.V.2.a.bb.(b), S. 283 ff.

Bei einer Fusion, bei der die übernehmende Gesellschaft neu gegründet wird, hat eine Registereintragung der übernehmenden Gesellschaft in Anlehnung an Art. 1 Décret n° 67-236, Art. 14 ff. Décret n° 84-406 und Art. L. 236-4 n° 1 CCom (vorm. Art. 372-2 n° 1 Loi n° 66-537) zu erfolgen. Bei einer Fusion durch Aufnahme ist allerdings keine Registereintragung der Fusion vorgesehen.

2. Fusion mit einem übertragenden französischen und übernehmenden deutschen Rechtsträger

a. In Bezug auf den übertragenden französischen Rechtsträger

aa. Die Anwendbarkeit des französischen nationalen Fusionsrechts

Da die grenzüberschreitende Fusion in Frankreich nicht gesetzlich geregelt ist, stellt sich die Frage, ob eine analoge Anwendung der nationalen Fusionsvorschriften in Betracht kommt.

In der Literatur werden zum Teil die Bestimmungen zur nationalen Fusion ohne weiteres direkt bzw. analog auf grenzüberschreitende Verschmelzungen angewandt,¹⁰⁵⁶ während anderer Ansicht zufolge lediglich Parallelen zu diesen Vorschriften gezogen werden.¹⁰⁵⁷

Da jedoch in Frankreich die Problematik transnationaler Fusionen schon bei der Einführung des Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537) bekannt war und der Gesetzgeber sie trotzdem nicht geregelt hat, liegt keine unbeabsichtigte gesetzgeberische Regelungslücke vor, so daß eine analoge Anwendung der nationalen Fusionsvorschriften auf grenzüberschreitende Verschmelzungen ausgeschlossen ist.¹⁰⁵⁸ Den nationalen französischen Fusionsvorschriften können daher lediglich Interessenüberlegungen und Rechtsgedanken entnommen werden, die als Orientierung für Interessenschutzmaßnahmen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen dienen können. Eine transnationale Fusion ist also nur zulässig, wenn sie ohne Interessenverletzung möglich ist.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁶ Goldman, Rev. marché com. 1968, 297, 306 ss.; Ziegler, S. 15 ff.

¹⁰⁵⁷ Pohlmann, S. 153.

¹⁰⁵⁸ Zum französischen Recht bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen vor Erlass des französischen Gesetzes vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537): Bener, p. 62 ff.

¹⁰⁵⁹ Vgl. die Ausführungen zur Anwendbarkeit des UmwG: Kap. 4.C.V.1.a.aa., S. 271 ff.

bb. Mögliche Interessenschutzmaßnahmen

(a) Schutz der Anteilseigner

Da die Rechte der Anteilseigner im französischen und im deutschen Recht nicht gleichwertig sind, bedarf es bei einer grenzüberschreitenden Fusion des Schutzes der Anteilseigner.¹⁰⁶⁰

In Frankreich wäre zum Schutz der Anteilseigner für eine Fusion, wie für eine grenzüberschreitende Sitzverlegung, ein einstimmiger Gesellschafterbeschluß erforderlich, wenn Art. L. 225-97 bzw. Art. L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 154 bzw. Art. 60 Abs. 1 Loi n° 66-537), die einen einstimmigen Beschluß bei einem Nationalitätswechsel vorschreiben, auch bei einer grenzüberschreitenden Fusion zur Anwendung kommen würden.¹⁰⁶¹ Eine direkte Anwendung der Vorschriften ist ausgeschlossen, da es bei keiner der beteiligten Gesellschaften zu einem Gesellschaftsstatutswechsel und damit auch nicht zu einem Nationalitätswechsel kommt.¹⁰⁶²

Zum Teil wird allerdings die analoge Anwendung der Art. L. 225-97, L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 154, 60 Abs. 1 Loi n° 66-537) auf grenzüberschreitende Fusionen befürwortet, da die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft bei einer transnationalen Fusion ebenso schutzwürdig seien wie im Fall eines Nationalitätswechsels der Gesellschaft, denn durch die Universalsukzession der übernehmenden Gesellschaft würden die Gesellschafter ja einer fremden Rechtsordnung unterstellt.¹⁰⁶³ Nach anderer Ansicht dürfen die Art. L. 225-97, L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 154, 60 Abs. 1 Loi n° 66-537) nicht angewandt werden, da es gerade nicht zu einem Nationalitätswechsel komme.¹⁰⁶⁴ In diesem Fall werden zum Teil die nationalen Fusionsvorschriften herangezogen, die gem. Art. L. 236-2 Abs. 2 i.V.m. Art. L. 225-96 bzw. Art. L. 223-30 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 372 Abs. 2 i.V.m. Art. 153 Abs. 3 bzw. Art. 60 Abs. 2 Loi n° 66-537) einen bloßen Mehrheitsbeschluß vorsehen.¹⁰⁶⁵ Nach einer weiteren Auffassung besteht zwar die Möglichkeit eines Mehrheitsbeschlusses, jedoch nur, wenn er in Verbindung mit einer entsprechenden Satzungsregelung erfolge.¹⁰⁶⁶ Ansonsten sei zum

¹⁰⁶⁰ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(a), S. 160 ff.

¹⁰⁶¹ Vgl. zu den Art. 154, 60 Abs. 1: Kap. 3.C.III.2.a.bb.(a), S. 187 ff.

¹⁰⁶² Vgl. Kap. 3.B.I., S. 110 ff.

¹⁰⁶³ Goldman, *Rev. marché com.* 1968, 297, 300; Kreuzer, S. 28; Pohlmann, S. 154; Menjucq, n° 236, 254; Krause (S. 103 ff.), die allerdings von einem Nationalitätswechsel bei der Fusion ausgehen.

¹⁰⁶⁴ *Trib. Com. de Lyon*, 15. 01. 1907, *Journ. soc.* 1908, 21; Bener, p. 62; Houin, p. 9, 25; Ziegler, S. 72.

¹⁰⁶⁵ Ziegler, S. 19, 72.

Schutz der Gesellschafter Einstimmigkeit zu fordern. Gem. Art. L. 236-9 Abs. 4 CCom (vorm. Art. 376 Abs. 4 Loi n° 66-537) i.V.m. Art. 256 und Art. 258 Abs. 1 n° 2 Décret n° 67-236 muß das Direktorium bzw. der Conseil d'administration von Aktiengesellschaften einen Bericht anfertigen, in dem das Fusionsprojekt rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet wird, und ihn den Aktionären vor der Beschlußfassung vorlegen. Insbesondere sind in dem Bericht das Umtauschverhältnis der Anteile, die Bewertungsmethode sowie eventuelle Schwierigkeiten bei der Bewertung anzugeben.

Schließlich werden sowohl bei einer SA als auch bei einer SARL vor der Beschlußfassung der Fusionsplan und die Angemessenheit der Umtauschverhältnisse der Anteile gem. Art. L. 236-10, L. 236-23 CCom (vorm. Art. 377, 388 Loi n° 66-537) i.V.m. Art. 257 und 258 Décret n° 67-236 von gerichtlich bestellten Fusionsprüfern kontrolliert, deren Bericht ebenfalls den Aktionären vorgelegt werden muß.

Außerdem muß den Aktionären gem. Art. 258 Abs. 1 n° 1, 3, 4 des Dekrets n° 67-236 vom 23. 03. 1967 die Einsicht in den Fusionsplan, in die von der Hauptversammlung bestätigte Jahresbilanz, in die letzten drei Geschäftsführungsberichte und in eine aktuelle Rechnungslegung (etat comtable) gewährt werden.

(b) Schutz der Gläubiger

Der Schutz der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Fusion von Frankreich nach Deutschland richtet sich kollisionsrechtlich nach französischem Recht.¹⁰⁶⁷

Gem. Art. L. 236-14 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 381 Abs. 2 Loi n° 66-537) i.V.m. Art. 261 Décret n° 67-236 steht den Gläubigern der beteiligten Gesellschaften in Frankreich bei Verschmelzungen ein Widerspruchsrecht zu, wenn ihr Anspruch vor Bekanntmachung des Fusionsplans entstanden ist. Das Recht muß innerhalb von 30 Tagen nach Bekanntmachung des Fusionsplans beim Handelsgericht ausgeübt werden, wobei das Gericht dann die sofortige Rückzahlung der Schulden anordnen kann. Die Anordnung kann gerichtlich wieder aufgehoben werden, wenn die übernehmende Gesellschaft dem Gläubiger von sich aus Garantien anbietet. Kommt die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht nach, kann den widersprechenden Gläubigern die Fusion nicht entgegeng gehalten werden: das bedeutet, daß die Gläubiger ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem

¹⁰⁶⁶ Bener, p. 62; vgl. auch die Ausführungen zum Mehrheitsbeschluß i.V.m. einer entsprechenden Satzungsregelung, die zur deutschen Rechtslage gemacht wurden: Kap. 3.C.III.1.a.bb.(a), S. 160 ff., Kap. 3.C.III.1.a.cc., S. 176 ff. und Kap. 4.C.V.1.a.bb.(a), S. 271 ff.

¹⁰⁶⁷ Vgl. Kap. 4.C.V.1.a.bb.(b), S. 273 ff.

Vermögen derjenigen Gesellschaft haben, die ihre bisherige Schuldnerin war. Insoweit bleiben also die Vermögensmassen der beteiligten Gesellschaften nach der Fusion getrennt.¹⁰⁶⁸

Dieses Widerspruchsrecht der Gläubiger führt nach herrschender Meinung zu einem umfassenden Schutz der Gläubigerinteressen.¹⁰⁶⁹

Problematisch ist allerdings, daß die Trennung der Vermögensmassen in Bezug auf die übernehmende Gesellschaft vorzunehmen ist, die deutschem Recht unterliegt, welches eine Trennung der Vermögensmassen von übertragender und übernehmender Gesellschaft nach einer Fusion nicht kennt.¹⁰⁷⁰ Dies wird zum Teil als ein Fall der Anpassung des deutschen Rechts gesehen, während von einer anderen Ansicht vertreten wird, daß das deutsche Recht die getrennte Verwaltung von Vermögensmassen grundsätzlich kennt, so daß es sich um die bloße Anwendung der kollisionsrechtlichen Regelung handelt und die französische Regelung über die Vermögensstrennung ohne Anpassung des deutschen Rechts zur Anwendung kommt.¹⁰⁷¹ Meines Erachtens handelt es sich um einen Fall der Anpassung, da die der französischen Rechtsordnung entnommene Regelung der Trennung der Vermögensmassen der übernehmende Gesellschaft einer Fusion ins deutsche Recht umgesetzt werden muß. Eine eventuell notwendige Rechtsverfolgung der Ansprüche durch die Gläubiger im Ausland führt bei einer transnationalen Fusion zwischen Frankreich und Deutschland nicht zu Verletzung der Gläubigerinteressen, da das EuGVÜ, die am 31. 05. 2001 in Kraft tretende Zustellungsverordnung und das Haager Übereinkommen über die Zustellung zur Anwendung kommen.¹⁰⁷²

(c) Zum Schutz der Inhaber von Sonderrechten

Die Einräumung gleichwertiger Rechte in der übernehmenden Gesellschaft, wie § 23 UmwG sie zum Schutz der Sonderrechtsinhaber bei Fusionen vorsieht, ist in Frankreich gesetzlich nicht vorgesehen. Allerdings sieht Art. L. 236-9 Abs. 2 und 3 CCom (vorm. Art. 376 Abs. 2 und 3 Loi n° 66-537) vor, daß die besondere Hauptversammlung der Gesellschafter ohne Stimmrecht einer Aktiengesellschaft der Fusion zustimmen muß. Hierbei werden Beschlüsse der Versammlung gem.

¹⁰⁶⁸ Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 89 ss.

¹⁰⁶⁹ Beitzke, Rev. crit. dr. int. pr. 1967, 1, 17 ff.; Hatzigayos, n° 313; Loussouarn/ Trochu, Fasc. 564-30, n° 345; Pohlmann, S. 154, 157.

¹⁰⁷⁰ Ziegler, S. 41.

¹⁰⁷¹ Ziegler, S. 41 f.; vgl zur Angleichungsproblematik auch MünchKomm/ Sonnenberger, 2. Aufl., Einl. Rn. 419 ff.

¹⁰⁷² Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(b), S. 164 ff.

4.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

Art. L. 225-99 Abs. 4 i.V.m. Art. L. 225-96 Abs. 3 CCom (vorm. Art. 156 Abs. 4 i.V.m. Art. 153 Abs. 3 Loi n° 66-537) durch Mehrheitsbeschluß mit einer zwei Drittel Mehrheit gefaßt. Die Inhaber von obligations à bons de souscription der übertragenden Gesellschaft haben gem. Art. L. 225-156 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 194-7 Abs. 1 Loi n° 66-537) nach der Fusion das Recht, von der übernehmenden Gesellschaft Aktien zu verlangen. Die Versammlung der Inhaber von obligations convertibles en actions muß gem. Art. L. 225-164 CCom (vorm. Art. 197 Loi n° 66-537) der Fusion zustimmen, doch kann sich die übertragende Gesellschaft über die fehlende Zustimmung der Versammlung hinwegsetzen. Im Fall der Zustimmung behalten die Inhaber gem. Art. L. 225-164 Abs. 1 S. 2, Art. L. 228-73 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 197 Abs. 1 S. 2, Art. 321-1 Abs. 2 Loi n° 66-537) ihr Recht auf Umtausch in Aktien auch gegenüber der übernehmenden Gesellschaft. Dabei werden die Sonderrechte nicht wie bei § 23 UmwG durch gleichwertige Rechte der anderen Rechtsordnung ersetzt, sondern es kann lediglich das französische Sonderrecht auch gegenüber der übernehmenden deutschen Gesellschaft geltend gemacht werden.¹⁰⁷³

Weiterhin haben die représentants de la masse gem. Art. L. 225-164 Abs. 1 S. 2, Art. L. 228-73 Abs. 3, Art. L. 236-14 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 197 Abs. 1 S. 2, Art. 321-1 Abs. 3, Art. 381 Abs. 2 Loi n° 66-537) auch ein Widerspruchsrecht, das dieselben Folgen nach sich zieht wie das Widerspruchsrecht der Gläubiger.¹⁰⁷⁴ Gem. Art. L. 225-175 CCom (vorm. Art. 207 Loi n° 66-537) muß die Hauptversammlung der Inhaber von obligations échangables contre actions ebenfalls ihre Zustimmung zu einer Fusion erteilen. Wird diese erteilt, haben die Inhaber die Möglichkeit, bis zum Ablauf von drei Monaten nach der ursprünglich vorgesehenen Rückzahlungsfrist ihre Schuldverschreibungen in Aktien der übernehmenden Gesellschaft umzuwandeln. Geben die Inhaber ihre Zustimmung zur Fusion nicht, so ist sie unzulässig.¹⁰⁷⁵ Eine Fusion bedarf im übrigen gem. Art. L. 236-13 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 380 Abs. 1 Loi n° 66-537) auch der Zustimmung durch die Hauptversammlung aller sonstigen Inhaber von Schuldverschreibungen der übertragenden Gesellschaft, soweit den Inhabern nicht die Rückzahlung der Forderungen auf bloße Anfrage angeboten worden ist. Dabei wird die übernehmende Gesellschaft Schuldnerin der Rückzahlungsforderung bzw. behält der Schuldverschreibungsinhaber ihr gegenüber seine Rechtsstellung, wenn er nicht innerhalb

¹⁰⁷³ Ziegler, S. 54.

¹⁰⁷⁴ Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 101; vgl. Kap. 4.C.V.2.a.bb.(b), S. 283 ff.

¹⁰⁷⁵ Bertrel/ Jeantin, n° 925 ff.

von 3 Monaten seit dem letzten Publizitätsakt des Angebots (vgl. Art. 264 Décret n° 67-236) Rückzahlung verlangt hat.

Verweigert die Hauptversammlung der Inhaber sonstiger Schuldverschreibungen ihre Zustimmung, so entsteht ein Widerspruchsrecht, das dieselben Folgen nach sich zieht wie das Widerspruchsrecht der Gläubiger.¹⁰⁷⁶ In allen Fällen, in denen die Zustimmung einer Versammlung von Schuldrechtinhabern verlangt wird, muß der Zustimmungsbeschluß gem. Art. L. 228-46, L. 228-65 Abs. 2, L. 225-98 Abs. 3 CCom (vorm. Art. 293, 313 Abs. 2, 155 Abs. 3 Loi n° 66-537) mit einfacher Mehrheit getroffen werden.¹⁰⁷⁷

(d) Schutz der Arbeitnehmer

Die französischen Fusionsvorschriften enthalten keine Regelungen zum Schutz der unternehmerischen Mitbestimmung. Da die Unternehmensmitbestimmung in Deutschland jedoch wesentlich stärker ausgeprägt ist als in Frankreich,¹⁰⁷⁸ werden durch eine grenzüberschreitende Fusion von Frankreich nach Deutschland keine Interessen der französischen Arbeitnehmer beeinträchtigt.¹⁰⁷⁹

(e) Publizität am Ort des übertragenden Rechtsträgers

Zunächst muß der Fusionsplan gem. Art. L. 236-2 Abs. 2, 3 CCom (vorm. Art. 374 Abs. 2, 3 Loi n° 66-537) und Art. 255 Décret n° 67-236 beim Handelsgericht, das für die untergehende Gesellschaft zuständig ist, niedergelegt und bekannt gemacht werden. Zugleich ist auch eine Konformitätsbestätigung beim Handelsgericht einzureichen, in der versichert wird, daß der Vorgang in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Bestimmungen durchgeführt wurde.

Daneben müssen die Rückzahlungsangebote der Gesellschaft gegenüber den Inhabern von Schuldverschreibungen gem. Art. 263 Décret n° 67-236 veröffentlicht werden.

Anschließend ist der Fusionsbeschluß und das hieraus folgende Erlöschen der übertragenden Gesellschaft gem. Art. 1 Décret n° 67-236 i.V.m. Art. 22, 23 n° 4 Décret n° 84-406 in das Handelsregister der übertragenden Gesellschaft einzutragen, und ihr Erlöschen gem. Art. 287 Décret n° 67-236 am Sitz der übernehmenden Gesellschaft bekannt zu machen. Dabei sind die Protokolle der Verhandlungen der Hauptversammlung beim Handelsregister niederzulegen.¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁶ Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 95 ss.; Hatzigayos, n° 335 ss.; vgl. Kap. 4.C.V.2.a.bb.(b), S. 283 ff.

¹⁰⁷⁷ Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 98.

¹⁰⁷⁸ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(d), S. 171 ff.

¹⁰⁷⁹ Menjucq, n° 254.

cc. Stellungnahme und Vergleich mit der Rechtslage bei einer Fusion mit einem übertragenden deutschen Rechtsträger

Bei einer grenzüberschreitenden Fusion muß die Anwendung des Einstimmigkeitserfordernisses aus Art. L. 225-97 bzw. L. 223-30 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 154 bzw. 60 Abs. 1 Loi n° 66-537) für den Gesellschafterbeschuß abgelehnt werden, da es nicht zu einem Nationalitätswechsel kommt. Da für den Fall der grenzüberschreitenden Fusion keine gesetzliche Regelung existiert, die einen einstimmigen Beschuß vorschreibt, ist es ausreichend, daß der allgemeine Grundsatz gewahrt wird, nach dem eine grenzüberschreitende Restrukturierung zulässig ist, soweit es zu keiner Interessenverletzung kommt. Da der Schutz der Gesellschafter auch durch einen in der Satzung vorgesehenen Mehrheitsbeschuß i.S.d. Art. L. 236-2, L. 225-96, L. 223-30 CCom (vorm. Art. 372, 153 bzw. Art. 60 Loi n° 66-537) erreicht werden kann, ist ebenso wie auch für den umgekehrten Fall einer Fusion von Deutschland nach Frankreich kein einstimmiger Beschuß erforderlich, wenn eine entsprechende Regelung in der Satzung aufgenommen worden ist.

Der Gesellschafterschutz wird durch das Erfordernis eines Fusionsberichts, durch Einsichtsrechte der Aktionäre in gewisse Unterlagen und durch die Kontrolle des Fusionsplans ergänzt. Damit wird sichergestellt, daß die Gesellschafter vor dem Fusionsbeschuß informiert werden und eine zusätzliche, von der Gesellschaft unabhängige Überprüfung des Plans erfolgt.

Sowohl in Deutschland als auch in Frankreich steht den Gläubigern bei entsprechender Gefährdung ihrer Forderungen ein Anspruch auf Rückzahlung bzw. Sicherheitsleistung zu.

Allerdings kann diese Sicherheitsleistung in Frankreich nur freiwillig von der Gesellschaft eingeräumt werden. Ferner richtet sich der fusionsrechtliche Gläubigerschutz in Deutschland nach Vollzug der Fusion gegen die übernehmende Gesellschaft, während er in Frankreich vor dem Fusionsvollzug eingreift. Schließlich unterscheiden sich in Deutschland und Frankreich auch die Fristen, in denen die Gläubiger ihre Ansprüche geltend machen müssen.

Trotz dieser Unterschiede sind sowohl in Deutschland als auch in Frankreich die Interessen Gläubiger der übernehmenden und der übertragenden Gesellschaft ausreichend geschützt, da ihnen ein Anspruch auf Befriedigung bzw. Sicherheitsleistung zusteht. Das französische Fusionsrecht gewährt auch einen umfassenden Schutz der Sonderrechtsinhaber, obwohl es nicht wie das deutsche Fusionsrecht

¹⁰⁸⁰ Ziegler, S. 19.

die Möglichkeit kennt, den Sonderrechtsinhabern der übertragenden Gesellschaft gleichwertige Rechte in der übernehmenden Gesellschaft einzuräumen.

Die Gesellschafter ohne Stimmrecht erhalten als Anteilseigner gem. Art. L. 236-1 Abs. 4, Art. L. 236-3 Abs. 1 S. 2 CCom (vorm. Art. 371 Abs. 4, Art. 372-1 Abs. 1 S. 2 Loi n° 66-537) die für sie im Fusionsvertrag festgelegte Gesellschafterstellung, soweit ihre Versammlung der Fusion zugestimmt hat. Der für französische innerstaatliche Fusionen vorgesehene Mehrheitsbeschluß ist bei einer grenzüberschreitenden Fusion nur dann ausreichend, wenn es durch die Fusion zu keiner Interessenverletzung der Gesellschafter ohne Stimmrecht kommt. Eine Interessenverletzung tritt nicht ein, soweit den Gesellschaftern ohne Stimmrecht in Deutschland dieselbe Rechtsposition eingeräumt wird wie in Frankreich. Da in Deutschland Gesellschafter ohne Stimmrecht bekannt sind und ihre Rechtsstellung mit der französischen Position gleichwertig ist,¹⁰⁸¹ bedarf die grenzüberschreitende Fusion von Frankreich nach Deutschland keines einstimmigen Zustimmungsbeschlusses, sondern reicht ein Mehrheitsbeschluß der Versammlung der Gesellschafter ohne Stimmrecht aus.

Die Inhaber der obligations à bons des souscription können nach einer deutsch-französischen Fusion ihr Recht, Aktien zu verlangen, auch gegenüber der übernehmenden deutschen Gesellschaft geltend machen, da nach der Vereinigungstheorie französisches Recht Anwendung findet. Die Rechtsdurchsetzung in Deutschland stellt dabei grundsätzlich keine Interessenbeeinträchtigung dar,¹⁰⁸² so daß die Inhaber der obligations à bons des souscription bei grenzüberschreitenden Fusionen umfassend geschützt sind.

Der Interessenschutz der Inhaber der obligations convertibles en actions ist bei einer transnationalen Verschmelzung gewahrt, da grundsätzlich die Zustimmung ihrer Versammlung zu dieser Restrukturierung erforderlich ist. Doch auch wenn sich die Gesellschaft über eine ablehnende Entscheidung hinwegsetzt, werden ihre Interessen ausreichend geschützt, da ihnen in diesem Fall dieselben Rechte wie den Gesellschaftsgläubigern eingeräumt werden, die einen umfassenden Schutz sicherstellen.¹⁰⁸³

Weiterhin ist die Zustimmung der Versammlung der Inhaber von obligations échangables contre des actions erforderlich, wobei sich die Gesellschaft über eine Ablehnung nicht hinwegsetzen kann. Insoweit kommt es nicht darauf an, daß

¹⁰⁸¹ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(c), S. 169 ff.

¹⁰⁸² Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(b), S. 164 ff.

¹⁰⁸³ Vgl. zum Interessenschutz der Gläubiger: Kap. 4.C.V.2.a.bb.(b), S. 283 f. und Kap. 4.C.V.2.b.cc., S. 291 ff.

4.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

der Schutz der Inhaber von obligations échangables contre des actions der übertragenden Gesellschaft auch ohne die zwingende Zustimmung erreicht werden könnte, denn kollisionsrechtlich kommt französisches Recht zur Anwendung und dieses sieht auch für innerstaatliche Fusionen eine solche Zustimmung vor.

Schließlich sind die Inhaber sonstiger Schuldverschreibungen dadurch geschützt, daß ihnen bei Zustimmung zur Fusion dieselben Rechte wie den Gesellschaftsgläubigern eingeräumt werden, die einen umfassenden Schutz sicherstellen. Stimmt die Versammlung der grenzüberschreitenden Fusion nicht zu, so findet das französische Recht, das einen Rückzahlungsanspruch oder die Aufrechterhaltung der Rechte gegenüber der übernehmenden Gesellschaft vorsieht, aufgrund der Heranziehung der Vereinigungstheorie auch gegenüber der deutschen übernehmenden Gesellschaft Anwendung. Hierdurch werden die Interessen der Inhaber sonstiger Schuldverschreibungen geschützt.

Die Tatsache, daß der Zustimmungsbeschluß der Versammlung der Inhaber von obligations convertibles en actions, der Inhaber von obligations échangables contre des actions sowie die Versammlung sonstiger Schuldverschreibungsinhaber in allen Fällen durch Mehrheitsbeschluß erfolgen muß, beeinträchtigt den Schutz dieser Inhaber nicht. In allen Fällen, bei denen es zu einer Zustimmung kommt, behalten nämlich die Inhaber ihr Recht auch gegenüber der übernehmenden deutschen Gesellschaft, so daß ihre Interessen nicht verletzt werden.

Auch eine eventuell notwendige Rechtsdurchsetzung in Deutschland beeinträchtigt die Sonderrechtinhaber nicht, da die Rechtsverfolgung in Deutschland für französische Gläubiger aufgrund der Anwendbarkeit des EuGVÜ, die am 31. 05. 2001 in Kraft tretende Zustellungsverordnung und des Haager Übereinkommens über die Zustellung keine Erschwernis darstellt.¹⁰⁸⁴ Da den Arbeitnehmern in Deutschland hinsichtlich der Mitbestimmung weitreichendere Rechte zustehen als in Frankreich, sind sie bei einer Fusion von Frankreich nach Deutschland nicht schutzbedürftig. Die Bekanntmachung des Fusionsplans sowie die Registereintragung des Erlöschen der übertragenden Gesellschaft dienen dem Schutz Dritter, während die Vorlage des Fusionsplans und der Konformitätsbestätigung dem Registergericht die Prüfung erleichtern soll, ob die Eintragungsvoraussetzungen erfüllt wurden. Da diese Maßnahmen also dem Schutz der Betroffenen dienen, sind sie Voraussetzung einer grenzüberschreitenden Fusion einer französischen übertragenden auf eine deutsche übernehmende Gesellschaft. Dabei entspricht die Notwendigkeit der Registereintragung und der Einreichung des Fusionsplans in Frankreich den deutschen Erfordernissen bei einer Fusion. Die

¹⁰⁸⁴ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(b), S. 164 ff.

deutschen und französischen Publizitätsregeln unterscheiden sich vor allem darin, daß in Deutschland keine Bekanntmachung des Fusionsplans vorgesehen ist. In Frankreich hat die Registereintragung nicht wie in Deutschland unter der Bedingung zu erfolgen, daß die Verschmelzung erst mit der Eintragung in das Register der übernehmenden Gesellschaft wirksam wird, da die Eintragung in das Register der übertragenden Gesellschaft die einzige Registereintragung bei einer französischen Fusion ist.¹⁰⁸⁵

b. In Bezug auf den übernehmenden deutschen Rechtsträger

aa. Schutz der Gläubiger

Fraglich ist, ob bei einer Fusion Gläubigerinteressen verletzt werden. Zwar nimmt die Anzahl der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft bei einer Fusion zu, da durch die Universalsukzession die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft hinzukommen. Zum einen können sich aber Gläubiger grundsätzlich nicht gegen die Aufnahme neuer Schulden durch ihren Schuldner nicht wehren. Zum anderen wird bei einer Fusion die Zunahme der Schuldner durch einen Vermögenszuwachs ausgeglichen, da die übernehmende Gesellschaft auch das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft erhält. Ein besonderer Schutz der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft ist also eigentlich nicht erforderlich.¹⁰⁸⁶

Schließlich werden die Gläubiger sogar geschützt, und zwar durch das Heranziehen des Rechtsgedankens von § 22 UmwG: denn nach dieser Vorschrift haben auch die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft einen Anspruch auf Sicherheitsleistung, wenn sie nicht Befriedigung verlangen können, und sie glaubhaft machen, daß ihre Forderung durch die Verschmelzung gefährdet ist.

bb. Publizität am Ort des übernehmenden Rechtsträgers

Kollisionsrechtlich kommt deutsches Recht zur Anwendung, so daß die Vertretungsorgane der übernehmenden Gesellschaft die Verschmelzung nach dem Rechtsgedanken des § 16 Abs. 1 S. 1 UmwG zur Eintragung in das für sie zuständige Handelsregister anzumelden haben.¹⁰⁸⁷ Dabei darf die Verschmelzung gem. § 19 Abs. 1 UmwG erst nach der Eintragung der übertragenden Gesellschaft in das Register der übernehmenden Gesellschaft eingetragen werden. Weiterhin sind

¹⁰⁸⁵ Vgl. Kap. 3.C.III.2.a.cc., S. 193 ff.; Kap. 4.C.V.1.a.bb.(e), S. 276

¹⁰⁸⁶ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 29.; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 502.

¹⁰⁸⁷ Großfeld/ Jasper, RabelsZ 53 (1989), 52, 65.

der Anmeldung nach § 17 Abs. 1 UmwG der Fusionsvertrag, die Niederschrift des Fusionsbeschlusses sowie der Verschmelzungs- und Prüfungsbericht und der Umwandlungsbericht beizufügen.

cc. Stellungnahme und Vergleich mit der Rechtslage bei einer Fusion mit einem übernehmenden französischen Rechtsträger

Sowohl nach der deutschen als auch nach der französischen Rechtslage haben die Gläubiger der übernehmenden deutschen Gesellschaft dieselben Rechte wie die Gläubiger einer übertragenden deutschen Gesellschaft. Damit ist ihr Schutz in jedem Fall gesichert und ihre Interessen werden bei der Fusion eines deutschen übertragenden Rechtsträgers auf einen französischen übernehmenden Rechtsträger gewahrt.

Nach beiden Rechtsordnungen erhalten die Gläubiger allerdings nicht ohne weiteres die jeweiligen Schutzansprüche, sondern nach deutschem Recht nur, soweit eine Anspruchsgefährdung glaubhaft gemacht werden kann und nach französischem Recht lediglich, wenn das Gericht einen entsprechenden Anspruch für notwendig erachtet und dem Gläubiger einräumt. Hinsichtlich der notwendigen Publizität der Fusion am Sitz der übernehmenden Gesellschaft unterscheiden sich die deutsche und französische Rechtslage erheblich. Während in Deutschland keine Bekanntmachung des Fusionsplans vorgesehen ist, dafür aber eine Registereintragung der Fusion, wird in Frankreich die Fusion nicht in das Handelsregister eingetragen, sondern lediglich bekannt gemacht, soweit bei der Fusion nicht eine neue Gesellschaft gegründet wird. Auch die französische Regelung sichert dabei in ausreichendem Umfang die Interessen Dritter, da Dritte in Frankreich nicht mit einer Registereintragung rechnen, weil eine solche auch bei französischen innerstaatlichen Fusionen nicht erfolgt, aber dennoch durch die bloße Veröffentlichung des Fusionsplans Kenntnis von der Fusion erhalten. Den Interessen der Anteilseigner an einer registerrechtlichen Überprüfung der Fusion wird bereits durch die Eintragung der Fusion in das Register der übertragenden Gesellschaft Rechnung getragen.

VI. Der Wirksamkeitszeitpunkt einer grenzüberschreitenden deutsch-französischen Fusion

Eine deutsche Fusion wird gem. § 19 Abs. 1 S. 2 und § 20 Abs. 1 UmwG mit der Eintragung der Fusion in das Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft wirksam.

Soweit keine Fusion durch Neugründung stattgefunden hat, wird die Fusion nach französischem Recht gem. Art. L. 236-4 CCom (vorm. Art. 372-2 Loi n° 66-537) bereits wirksam, wenn die letzte Hauptversammlung der beteiligten Gesellschaften der Fusion zugestimmt hat. Allerdings besteht die Möglichkeit, den Wirksamkeitszeitpunkt gem. Art. L. 236-4 n° 2 CCom (vorm. Art. 372-2 n° 2 Loi n° 66-537) vertraglich vor oder zurück zu verlagern. Wird allerdings die übernehmende Gesellschaft neu gegründet, wird auch in Frankreich die Fusion in jedem Fall erst mit der Registereintragung der übernehmenden Gesellschaft wirksam.

Bei einer grenzüberschreitenden deutsch-französischen Fusion muß bezüglich der Fusionswirkung eine Kumulation der Rechtsordnungen erfolgen.¹⁰⁸⁸ Werden die beiden Wirksamkeitszeitpunkte kombiniert, so tritt die Wirksamkeit einer grenzüberschreitenden Fusion erst dann ein, wenn die Wirksamkeitsbedingungen beider Rechtsordnungen erfüllt sind. Damit setzt sich meines Erachtens der spätere Wirksamkeitszeitpunkt durch, d.h. eine grenzüberschreitende deutsch-französische Fusion wird erst mit der Registereintragung der übernehmenden Gesellschaft wirksam.¹⁰⁸⁹ Bei einer grenzüberschreitenden deutsch-französischen Fusion durch Aufnahme können alternativ auch die sich widersprechenden Wirksamkeitszeitpunkte durch eine vertragliche Regelung in Übereinstimmung gebracht werden. Zwar legt das deutsche Recht den Wirksamkeitszeitpunkt einer Fusion zwingend durch gesetzliche Regelung fest, doch ist nach der französischen Rechtsordnung ein vertraglicher Aufschub des Wirksamkeitszeitpunktes auf den Zeitpunkt der Registereintragung der übernehmenden Gesellschaft ohne weiteres möglich.¹⁰⁹⁰ Soweit nach französischem Recht, z.B. bei einer Fusion durch Aufnahme, keine Registereintragung der übernehmenden Gesellschaft vorgesehen ist, muß im Wege der Anpassung durch Substitution die nach deutschem Recht notwendige Registereintragung der übernehmenden Gesellschaft durch einen französischen Publizitätsakt ersetzt werden.¹⁰⁹¹ Die deutsche Regelung stellt – soweit keine anderweitige vertragliche Regelung vorgenommen wurde – in den § 19 Abs. 1 S. 1 und § 20 UmwG hinsichtlich der Wirksamkeit der Fusion auf die Registereintragung am Ort der übernehmenden Gesellschaft ab, weil es sich bei dieser Eintragung um den letzten Publizitätsakt der Fusion handelt. Bei einer Anpassung durch Substitution muß daher der letzte französische Publizitätsakt

¹⁰⁸⁸ Vgl. Kap. 4.B.I.2.b. und Kap. 4.B.I.2.c., S. 244 ff.

¹⁰⁸⁹ So auch Rixen/ Böttcher, GmbHR 1993, 572, 574.

¹⁰⁹⁰ Menjucq, n° 302.

¹⁰⁹¹ Beitzke, FS Hallstein, S. 14, 23 f.; MünchKomm/ Ebenroth, 2. Aufl., Nach Art. 10 EGBGB, Rn. 497; Rixen/ Böttcher, GmbHR 1993, 572, 574; Staudinger/ Großfeld, Rn. 629.

maßgeblich sein. Bei einer Fusion durch Aufnahme ist die Bekanntmachung des Fusionsplans am Ort der übernehmenden Gesellschaft gem. Art. L. 236-6 Abs. 2 CCom (vorm. Art. 374 Abs. 2 Loi n° 66-537) der letzte Publizitätsakt, so daß die nach deutschem Recht notwendige Registereintragung durch diesen substituiert wird. Damit wird eine Fusion von Frankreich nach Deutschland mit der Registereintragung der übernehmenden Gesellschaft wirksam. Hingegen erhält eine Fusion von Deutschland nach Frankreich ihre Wirksamkeit mit der Bekanntmachung des Fusionsplans als letzten Publizitätsakt in Frankreich. Allerdings gibt es sowohl für die Fusion von Deutschland nach Frankreich als auch bei einer Fusion von Frankreich nach Deutschland die Möglichkeit, die Wirksamkeit der grenzüberschreitenden Fusion vertraglich nach hinten zu verschieben. Der vertragliche Wirksamkeitszeitpunkt darf allerdings nicht vor dem Wirksamkeitszeitpunkt liegen, der sich aus einer der beteiligten Rechtsordnungen ergibt.

VII. Verstoß des Verbots grenzüberschreitender Fusionen bzw. der Pflicht zu einem einstimmigen Fusionsbeschluß gegen die Niederlassungsfreiheit

Im Folgenden wird der Einfluß der Niederlassungsfreiheit auf die materiellrechtliche Frage der Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Fusion und auf die Möglichkeit ihrer Durchführung durch Mehrheitsentscheidung untersucht.

Hinsichtlich der Frage, ob die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV als Prüfungsmaßstab für diese materiellen Fragen herangezogen werden können, wird auf die Ausführungen zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung verwiesen. Dort ist bereits festgestellt worden, daß ein solches Heranziehen, insbesondere hinsichtlich der Frage der Identitätswahrung, möglich ist.¹⁰⁹²

1. Vereinbarkeit des Verbots grenzüberschreitender Fusionen bzw. der Pflicht zu einem einstimmigen Fusionsbeschluß mit dem Diskriminierungsverbot

Die transnationale Fusion fällt nach einhelliger Auffassung in den Anwendungsbereich der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV.¹⁰⁹³ Ein Verbot grenzüberschreitender

¹⁰⁹² Vgl. Kap. 4.C.VII., S. 293 ff.

¹⁰⁹³ Bungert, AG 1995, 489, 502; Kallmeyer, ZIP 1996, 535, 537; Koppensteiner, RabelsZ 39 (1975), 405, 423; Lutter, ZGR 1994, 87, 91; Pohlmann, S. 155; Ziegler, S. 74.

Fusionen (beispielsweise aufgrund von § 1 Abs. 1 UmwG) könnte einen Verstoß gegen das in Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV enthaltene Diskriminierungsverbot darstellen. Das wäre der Fall, wenn inländische und transnationale Verschmelzungen vergleichbare Sachverhalte wären, die durch das Verbot grenzüberschreitender Fusionen ungleich behandelt würden. Die beiden Vorgänge sind jedoch nicht miteinander vergleichbar, da bei grenzüberschreitenden Restrukturierungen immer auch eine ausländische Rechtsordnung berührt wird und eine Koordination zwischen dieser und der inländischen Rechtsordnung stattfinden muß, während diese Problematik bei innerstaatlichen Restrukturierungen entfällt.¹⁰⁹⁴

Aus denselben Gründen stellt auch das Erfordernis eines einstimmigen Beschlusses bei grenzüberschreitenden Restrukturierungen keine Diskriminierung dar, auch wenn die entsprechende inländische Restrukturierung durch Mehrheitsbeschluß möglich ist.¹⁰⁹⁵

2. Vereinbarkeit des Verbots grenzüberschreitender Fusionen bzw. der Pflicht zu einem einstimmigen Fusionsbeschluß mit dem Beschränkungsverbot

Da die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV auch ein allgemeines Beschränkungsverbot enthalten, ist zu überprüfen, ob ein Verbot grenzüberschreitender Fusionen bzw. das Erfordernis eines einstimmigen Fusionsbeschlusses gegen dieses Beschränkungsverbot verstößt.¹⁰⁹⁶

Beide Einschränkungen stellen eine Beschränkung der primären Niederlassungsfreiheit dar, da die grenzüberschreitende Fusion durch das Verbot vollständig unmöglich bzw. durch das Einstimmigkeitserfordernis faktisch unmöglich gemacht wird.¹⁰⁹⁷

Voraussetzung für die Zulässigkeit von Niederlassungsbeschränkungen ist, daß sie im Allgemeininteresse liegen. Dieses erfordert ein höherrangiges Interesse, d.h. der Staat bedarf eines sachlichen Grundes, der die Regelung rechtfertigt. Ein solcher sachlicher Grund ist in tragenden wirtschaftlichen und sozialpolitischen Grundvorstellungen des regelnden Staates zu sehen, wobei eine Abwägung

¹⁰⁹⁴ Vgl. näher zum Diskriminierungsverbot und seinen Voraussetzungen Kap. 4.C.VII.1., S. 293 ; a.A. Pohlmann, S. 155.

¹⁰⁹⁵ Im Ergebnis auch Ziegler (S. 74 f.).

¹⁰⁹⁶ Vgl. zum Beschränkungsverbot der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV: Kap. 4.C.VII.2., S. 294 ff.

¹⁰⁹⁷ Zur faktischen Unmöglichkeit einer Restrukturierung durch das Einstimmigkeitserfordernis vgl. Ziegler (S. 73); Goldman, EG-Bull. Beilage 13/ 73, 33, 35.

4.C. Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Fusion

im Einzelfall zu erfolgen hat¹⁰⁹⁸. Das Einstimmigkeitserfordernis und das Verbot grenzüberschreitender Fusionen liegt im Allgemeininteresse, soweit es dem Schutz der Interessen der Anteilseigner, Gläubiger oder Arbeitnehmer dient, da der Schutz dieser Personen als wesentliche Teilnehmer am Wirtschaftsleben im wirtschaftlichen Interesse des Staates steht, und damit ein höherrangiges staatliches Interesse darstellt.¹⁰⁹⁹ Die Nichtzulassung von Fusionen ist grundsätzlich geeignet, das Allgemeininteresse zu schützen, denn wenn nicht fusioniert wird, können auch keine Rechte verletzt werden. Auch das Einstimmigkeitserfordernis ist geeignet, Interessen zu schützen, da alle Interessen berücksichtigt werden. Weiterhin müßte das Verbot bzw. das Einstimmigkeitserfordernis auch erforderlich sein, was der Fall wäre, wenn das höherrangige Ziel nicht bereits durch das Herkunftsland ausreichend geschützt wird oder die an der grenzüberschreitenden Fusion beteiligten Rechtsordnungen insoweit bereits einander angeglichen bzw. vereinheitlicht worden sind.¹¹⁰⁰

Nicht erforderlich ist demnach das Verbot einer grenzüberschreitenden Fusion, um gemeinschaftsrechtliche Regelungen zu ermöglichen, da diese auch ohne das Verbot des § 1 Abs. 1 UmwG erfolgen können. Jede nationale Praxis oder nationale Regelung, die einer zukünftigen gemeinschaftsrechtlichen Regelung grenzüberschreitender Fusionen widerspricht, wird nämlich automatisch mit Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts verdrängt.

Zwar fehlt es sowohl in Deutschland als auch in Frankreich an nationalen Regelungen hinsichtlich grenzüberschreitender Fusionen, doch ein generelles Verbot ist im Interesse der Anteilseigner, Gesellschafter und Arbeitnehmer nicht erforderlich, da es nicht bei jeder grenzüberschreitenden Fusion zu Interessenverletzungen kommt. Insoweit ist es zum Schutz der Allgemeinheit ausreichend, wenn die grenzüberschreitende Fusion im Einzelfall bei tatsächlicher Interessenverletzung unzulässig ist.

Ein generelles Fusionsverbot ist also nach dem Gesagten nicht erforderlich. Insoweit ist bereits ein Verstoß gegen Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV gegeben.

Ein einstimmiger Gesellschafterbeschluß hingegen ist bei transnationalen Fusionen erforderlich, da die Interessen der Anteilseigner durch einen bloßen Mehrheitsbeschluß beeinträchtigt werden, wenn nicht eine entsprechende Satzungsregelung einen Mehrheitsbeschluß in Verbindung mit einer Abfindungsregelung bei

¹⁰⁹⁸ Schnichels, S. 118.

¹⁰⁹⁹ Von der Groeben/ Thiesing/ Ehlermann/ Troberg, Art. 58 EGV, Rn 18.

¹¹⁰⁰ Schnichels, S. 118 f., 75.

einer Restrukturierung vorsieht.¹¹⁰¹

Schließlich ist zu prüfen, ob die Beschränkungen auch verhältnismäßig und damit gerechtfertigt sind, d.h. ob der Interessenschutz nicht auch durch mildere Maßnahmen erreicht werden kann, die die Niederlassungsfreiheit weniger beschränken.¹¹⁰²

Da das generelle Fusionsverbot bereits an der Erforderlichkeit scheitert, sind hier nur noch die Verhältnismäßigkeit des Einstimmigkeitserfordernisses und die Unzulässigkeit der Fusion bei einer konkreten Interessenverletzung zu prüfen.

Das Einstimmigkeitserfordernis ist nicht verhältnismäßig, soweit ein umfassender Schutz der Anteilseigner auch durch einen Mehrheitsbeschluß erreicht werden kann. Der Mehrheitsbeschluß muß zu seiner Wirksamkeit allerdings von vorne herein in der Gesellschaftssatzung vorgesehen sein oder aufgrund eines einstimmigen Beschlusses in die Satzung eingefügt worden sein, damit die Anteilseigner die Möglichkeit der Kenntnisnahme von dieser Regelung haben.¹¹⁰³ Wenn die Satzung keine Regelung hinsichtlich eines Mehrheitsbeschlusses bei grenzüberschreitenden Fusionen enthält, ist zum Schutz der Anteilseigner das Einstimmigkeitserfordernis notwendig und verhältnismäßig.

Die Unzulässigkeit einer grenzüberschreitenden Fusion bei Eintritt einer konkreten Interessenverletzung ist ein verhältnismäßiges Mittel zum Schutz der Betroffenen und damit eine gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, wenn ein vollwertiger Interessenschutz nicht durch eine sonstige Schutzmaßnahme erreicht werden kann. Damit gelangt man zu dem Ergebnis, daß das Einstimmigkeitserfordernis bei einer grenzüberschreitenden Fusion eine gerechtfertigte Beschränkung des Niederlassungsrechts ist, soweit die Satzung nicht einen Mehrheitsbeschluß vorsieht.¹¹⁰⁴ Ein pauschales Verbot transnationaler Verschmelzungen stellt hingegen einen Verstoß gegen das Beschränkungsverbot der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV dar.¹¹⁰⁵

¹¹⁰¹ Vgl. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(a), S. 160 ff. und Kap. 3.C.III.1.a.cc., S. 176 ff.

¹¹⁰² Kruse, S. 178; Schnichels, S. 193.

¹¹⁰³ Vgl. Kap. 4.C.V.1.a.bb.(a), S. 271 ff. bzw. Kap. 3.C.III.1.a.bb.(a), S. 160 ff.

¹¹⁰⁴ A.A. Ziegler, S. 73 ff.

¹¹⁰⁵ Bungert, AG 1995, 489, 502; Kallmeyer, ZIP 1996, 535, 537.

Die grenzüberschreitende deutsch-französische Spaltung und Einbringung

A Die wesentlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Spaltung und Einbringung

I. Die Begriffsbestimmung der grenzüberschreitenden Spaltung und Einbringung nach deutschem und französischem Recht

Die nationale Spaltung einer Gesellschaft wird in Deutschland gem. § 123 UmwG in drei Varianten unterteilt, nämlich in die Aufspaltung, die Abspaltung und die Ausgliederung. Daneben existiert die Eingliederung einer Gesellschaft in eine andere.

In Frankreich wird zwischen der scission gem. Art. L. 236-1 Abs. 2 i.V.m. Art. L. 236-3 CCom (vorm. Art. 371 Abs. 2 i.V.m. Art. 372-1 Loi n° 66-537), dem apport partiel d'actif i.S.d. Art. L. 236-22, L. 236-24 CCom (vorm. Art. 387, 388-1 Loi n° 66-537) und der réunion de toutes les parts sociales en une seule main nach Art. 1844-5 CC bzw. Art. L. 223-4 CCom (vorm. Art. 36-1 Loi n° 66-537) unterschieden. Die Aufspaltung bzw. scission einer Gesellschaft liegt vor, wenn eine Gesellschaft ihr Vermögen als Gesamtheit unter Auflösung, aber ohne Liquidation, auf mindestens zwei Rechtsträger überträgt. Dabei kann die Aufspaltung durch Aufnahme erfolgen, d.h. das Vermögen wird auf bestehende Rechtsträger übertragen oder sie geschieht zur Neugründung, wenn die übernehmenden Rechtsträger neu gegründet werden. In beiden Fällen müssen die Mitglieder der aufgespaltenen, übertragenden Gesellschaft durch Anteile der übernehmenden Gesellschaften entschädigt werden.¹¹⁰⁶ Zu einer Abspaltung kommt es gem. Art. 123 Abs. 2 UmwG,

¹¹⁰⁶ § 123 Abs. 1 UmwG; Art. L. 236-1 Abs. 2 i.V.m. Art. L. 236-3 CCom (vorm. Art. 371 Abs. 2 i.V.m. Art. 372-1 Loi n° 66-537); vgl. auch die Definition in Art. 2 lit. b der Richtlinie

wenn bei dem soeben erläuterten Spaltungsvorgang die übertragende Gesellschaft nicht erlischt. Diese Spaltungsvariante ist dem französischen Recht unbekannt, da eine Spaltung gem. Art. L. 236-3 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 372-1 Abs. 1 Loi n° 66-537) immer zu einer Auflösung der gespaltenen Gesellschaft führt. Die Einbringung bzw. der *apport partiel d'actif* ist der Vorgang, durch den eine Gesellschaft, ohne aufgelöst zu werden, ihren Betrieb insgesamt oder einen oder mehrere Teilbetriebe in eine andere Gesellschaft einbringt. Hierbei werden im Gegenzug dem ausgegliederten, übertragenden Rechtsträger Anteile an der übernehmenden Gesellschaft gewährt.¹¹⁰⁷

Dieser Restrukturierungsvorgang kann in zwei Unterfälle unterteilt werden: Zum einen besteht die Möglichkeit einer Ausgliederung gem. § 123 Abs. 3 UmwG, die zugleich auch eine Spaltungsvariante ist. Sie liegt vor, wenn die Gesellschaft nur einen oder mehrere Teile aus ihrem Vermögen als Gesamtheit ausgegliedert und diese auf eine oder mehrere bestehende bzw. neu zu gründende Rechtsträger überträgt. Nur dieser Vorgang fällt nach französischem Recht unter den *apport partiel d'actif*.¹¹⁰⁸ Die Ausgliederung bzw. der *apport partiel d'actif* ist durch das Bestehenbleiben der ausgegliederten Gesellschaft gekennzeichnet, denn die übertragende Gesellschaft behält einen Teil ihres Kapitals und ihrer Aktivitäten.¹¹⁰⁹ Im Unterschied zur Auf- und Abspaltung bzw. *scission* werden durch die Ausgliederung bzw. den *apport partiel d'actif* die Anteilseigner der ausgegliederten, übertragenden Gesellschaft nicht in ihrer rechtlichen Stellung berührt. Sie werden nicht Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers, sondern die als Gegenwert übertragenden Anteile an der übernehmenden Gesellschaft gelangen in das Vermögen der übertragenden Gesellschaft selbst.¹¹¹⁰

Zum anderen existiert für deutsche Aktiengesellschaften die Möglichkeit der Eingliederung gem. § 319 ff. AktG, d.h. die einzugliedernde Gesellschaft kann ihren Betrieb insgesamt auf die Hauptgesellschaft übertragen, wenn diese alle Aktien bzw. 95 % des Kapitals der einzugliedernden Gesellschaft hält. Mit der Einglie-

des Rates vom 23. 07. 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (Fusionsbesteuerungsrichtlinie), ABl. EG 1990, Nr. L 225/ 1.

¹¹⁰⁷ Art. 2 lit. c der Richtlinie des Rates vom 23. 07. 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (Fusionsbesteuerungsrichtlinie), ABl. EG 1990, Nr. L 225/ 1.

¹¹⁰⁸ Vgl. die der Ausgliederung entsprechende Definition des *apport partiel d'actif* bei Bolze (Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 39).

¹¹⁰⁹ Bei Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 39.

¹¹¹⁰ Ganske, § 123, S. 50; Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 39.

derung gehen dann alle Aktien auf die Hauptgesellschaft über und den Aktionären der eingegliederten Gesellschaft müssen zum Ausgleich Aktien der Hauptgesellschaft gewährt werden.

Das französische Recht kennt diese Möglichkeit nicht, sondern sieht lediglich in Art. 18445 CC bzw. für die SARL in Art. L. 223-4 CCom (vorm. Art. 36-1 Loi n° 66-537) eine Regelung für den Fall vor, daß SÄMTLICHE Anteile einer Gesellschaft in einer Hand vereint sind. Dabei kann jedoch nicht von einer Eingliederung gesprochen werden, da bei einer Vereinigung des gesamten Kapitals in einer Hand die Anteile von den Anteilseignern auf die Erwerber übertragen werden, während bei einer Eingliederung die Übertragung des Gesellschaftsvermögens durch die übertragende Gesellschaft auf die Hauptgesellschaft selbst erfolgt. Sobald an diesen Vorgängen mindestens zwei Gesellschaften beteiligt sind, die unterschiedlichen Rechtsordnungen unterliegen, handelt es sich jeweils um eine grenzüberschreitende Spaltung bzw. Eingliederung.

II. Die Vergleichbarkeit der grenzüberschreitenden Spaltung und Einbringung mit der grenzüberschreitenden Fusion

Da die Auf- und Abspaltung bzw. scission, ebenso wie die Fusion, aus einer Vermögensübertragung mit Gesamtrechtsnachfolge besteht und die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft in beiden Fällen Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erwerben, sind die Vorgänge mit der Fusion vergleichbar. Daher kann die Aufspaltung als Verschmelzung mit zwei oder mehr Aktiengesellschaften und die Abspaltung als eine Teilfusion gesehen werden.¹¹¹¹

Das französische Recht unterstellt deshalb Fusionen und Spaltungen in den Art. L. 236-1 ff. CCom (vorm. Art. 371 ff. Loi n° 66-537) im wesentlichen denselben Regelungen. Auch in Deutschland werden die Spaltungen gem. § 125 UmwG in vielen Bereichen den Verschmelzungsvorschriften unterstellt; soweit die §§ 126 ff. UmwG eigenständige Bestimmungen für nationale Spaltungen enthalten, weisen diese große Ähnlichkeiten zu den Verschmelzungsvorschriften auf. Die Ausgliederung bzw. der apport partiel d'actif unterscheidet sich zwar von den übrigen Spaltungsvarianten, da die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nicht Anteilseigner der übernehmenden Gesellschaft werden, doch ist diesem Vorgang und der Fusion gemeinsam, daß im Wege der Universalsukzession Vermögensteile von einer Gesellschaft auf die andere übertragen werden. So wird die Ausgliederung

¹¹¹¹ Ebenroth/ Wilken, ZVglRWiss 90 (1991), 235, 257; Eyles, S. 492; Lutter/ Teichmann, § 123 UmwG, Rn. 9 f.

zung in Deutschland auch gem. § 123 Abs. 3 UmwG als Spaltung eingestuft und den Spaltungsvorschriften unterstellt. In Frankreich können die beteiligten Kapitalgesellschaften gem. Art. L. 236-22 bzw. L. 236-24 CCom (vorm. Art. 387 bzw. Art. 388-1 Loi n° 66-537) vertraglich festlegen, daß sich der Vorgang des apport partiel d'actif nach den Spaltungsregeln richtet.

Dies zeigt, daß es sich bei Fusionen, Ausgliederungen und sonstigen Spaltungen um verwandte Vorgänge handelt, die ähnlich zu behandeln sind.¹¹¹²

Auch die Eingliederung zeichnet sich durch eine Übertragung des Gesellschaftsvermögens von einer Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge aus. Damit weist auch dieser Vorgang – auch wenn er nicht unter die Spaltungsregeln fällt, sondern für die Aktiengesellschaft in den §§ 319 ff. AktG gesondert geregelt ist – Ähnlichkeit zur Fusion auf. Aufgrund der Ähnlichkeiten dieser Restrukturierungsvorgänge treten in grenzüberschreitenden Fällen auch vergleichbare Probleme auf, so daß hinsichtlich der grenzüberschreitenden Spaltung und Eingliederung auf die Ausführungen zur grenzüberschreitenden Fusion verwiesen werden kann. Daher werden im Folgenden bei der Behandlung der grenzüberschreitenden Spaltung und Eingliederung nur die Fragestellungen und Probleme behandelt, bei denen sich Unterschiede zu den bei der Fusion ermittelten Ergebnissen zeigen.

B Die kollisionsrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Spaltung und Einbringung nach deutschem und französischem Recht

Da die kollisionsrechtliche Anknüpfung bei grenzüberschreitenden Spaltungen bzw. Eingliederungen gesetzlich nicht geregelt ist, muß man auf die Vereinigungstheorie zurückgreifen, denn bei diesen Restrukturierungen werden die Rechtsordnungen beider beteiligten Staaten berührt, die daher beide zum Schutz der an der Restrukturierung Beteiligten Anwendung finden müssen.¹¹¹³ Ein Gesellschaftsstatutswechsel findet weder bei einer der Spaltungsvarianten noch bei der Eingliederung statt, da in keinem der Fälle eine Gesellschaft einer anderen Rechtsordnung unterstellt wird. Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Spaltung bzw. Ein-

¹¹¹² Vgl. auch Eyles, S. 493 f.; Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 39; Goldman, Rev. marché com. 1968, 297, 299 s., 310.

¹¹¹³ Zur Spaltung: Eyles, S. 494; Menjucq, n° 301. Zu substituierenden Spaltungsmodellen auch Ebenroth/ Wilken (JZ 1991, 1116, 1120).

gliederung ist die Anerkennung der beteiligten Gesellschaften nach dem Restrukturierungsvorgang.¹¹¹⁴ Deutsch-französische Spaltungen werden anerkannt, wenn die Restrukturierung materiell zulässig ist.¹¹¹⁵

C Die materiellrechtlichen Aspekte der grenzüberschreitenden Spaltung und Einbringung

I. Die Regelung der grenzüberschreitenden Spaltung in Staatsverträgen und in Vorschlägen zur Regelung im europäischen Recht

Zur Bedeutung der Haager Konvention über die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit, des Brüsseler EG-Übereinkommens vom 29. Februar 1968 und der Fusionsbesteuerungsrichtlinie bei grenzüberschreitenden Spaltungen wird auf die entsprechenden Ausführungen zur grenzüberschreitenden Fusion verwiesen.¹¹¹⁶ Durch die 6. Richtlinie vom 17. 12. 1982 (Spaltungsrichtlinie)¹¹¹⁷ werden die Spaltungsrechte der Mitgliedstaaten hinsichtlich innerstaatlicher Spaltungen von Aktiengesellschaften angeglichen. Die Spaltungsrichtlinie enthält wie die Fusionsrichtlinie keine Regelungen grenzüberschreitender Fälle, doch gleicht sie die nationalen Rechte der Mitgliedstaaten an und ermöglicht dadurch eine erleichterte Regelung der grenzüberschreitenden Spaltung.

Bisher ist allerdings noch kein Versuch unternommen worden, die grenzüberschreitende Spaltung gemeinschaftsrechtlich zu regeln. Da Art. 293 (ex-Art. 220) EGV für grenzüberschreitende Spaltungen keinen Verhandlungsauftrag enthält und die Regelung dieser Restrukturierungsart durch eine Verordnung aus denselben Gründen abzulehnen ist wie der Erlass einer Verordnung zur Regelung der grenzüberschreitenden Fusion,¹¹¹⁸ wäre vor allem eine Richtlinie zur Regelung der grenzüberschreitenden Spaltung wünschenswert. Da eine Pflicht zur Umsetzung der Richtlinie gem. Art. 1 Abs. 1 nur besteht, soweit die Mitgliedstaaten die

¹¹¹⁴ Ebenroth/ Wilken, ZVglRWiss 90 (1991), 235, 257.

¹¹¹⁵ Vgl. die entsprechenden Ausführungen zur grenzüberschreitenden Fusion, Kap. 4.B.III., S. 248 f.

¹¹¹⁶ Vgl. die entsprechenden Ausführungen zur grenzüberschreitenden Fusion, Kap. 4.C.I., S. 249 ff.

¹¹¹⁷ (82/ 891/ EWG), ABl. EG 1982, Nr. L 378/ 47. In Deutschland umgesetzt durch Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen vom 05. 04. 1991, BGBl. 1991 I, 854 und durch das Umwandlungsgesetz vom 28. 10. 1994, BGBl. 1994 I, 3210.

¹¹¹⁸ Kap. 4.C.I.7., S. 259 ff.

Spaltung von Aktiengesellschaften zulassen, ist trotz der Harmonisierungsrichtlinie eine einheitliche Behandlung der Spaltungen in den Mitgliedstaaten nicht gewährleistet.¹¹¹⁹ Durch die Richtlinie soll vor allem eine Umgehung der Fusionsrichtlinie vermieden werden, da sonst diejenigen Mitgliedstaaten, die eine innerstaatliche Spaltung kennen, die Möglichkeit hätten, durch die Anwendung ihres nicht angeglichenen nationalen Spaltungsrechts bereits angegliche Fusionsbestimmungen zu unterlaufen.¹¹²⁰ Aus diesem Grunde ähneln sich auch die Bestimmungen der Spaltungsrichtlinie und Fusionsrichtlinie. So unterscheidet auch die Spaltungsrichtlinie wie die Fusionsrichtlinie zwischen der Spaltung durch Aufnahme (Art. 2 ff.) und Neugründung (Art. 21 f.). Grundsätzlich geht die Richtlinie dabei gem. Art. 2 Abs.1 und Art. 21 Abs. 1 von dem Erlöschen der gespaltenen Gesellschaft ohne Liquidation aus, doch sieht sie in Art. 23 auch die Teilabspaltung unter Fortbestand der gespaltenen Gesellschaft vor.

Zum Schutz der Aktionäre enthält die Richtlinie in den Art. 3 ff. ähnliche Regelungen wie die Fusionsrichtlinie, insbesondere die Erstellung eines Spaltungsplans, die Erstellung eines Spaltungsberichts, die Kontrolle des Plans durch einen unabhängigen Prüfer, Informationsrechte der Aktionäre, die Beschlußfassung durch einen Mehrheitsbeschluß und die Registereintragung und Bekanntmachung der Spaltung.

Die Gläubiger werden gem. Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie wie bei der Fusion durch Sicherheitsleistung und zusätzlich bei nicht erfolgter Befriedigung gem. Art. 12. Abs. 3 der Richtlinie durch Gesamtschuldnerschaft aller an der Fusion beteiligten Gesellschaften geschützt.

Zum Schutz der Arbeitnehmer wird schließlich in Art. 11 auf die Arbeitnehmerrichtlinie¹¹²¹ verwiesen, die den Arbeitnehmern Informations- und Anhörungsrechte gewährt.

II. Die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Spaltung bzw. Eingliederung nach deutschem und französischem Recht

Die grenzüberschreitende Spaltung bzw. Eingliederung ist weder in Deutschland noch in Frankreich gesetzlich geregelt. Auch die 6. gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Spaltungsrichtlinie) vom 17.12.1989 enthält lediglich Regelungen für nationale Spaltungen.¹¹²²

¹¹¹⁹ Pfister, S. 44; Eyles, S. 494; Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, S. 196.

¹¹²⁰ Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, S. 196; Pfister, S. 44.

¹¹²¹ (77/ 187/ EWG), ABl. EG 1977, Nr. L 61/ 26.

Zum Teil werden grenzüberschreitende Spaltungen und Eingliederungen in Deutschland als unzulässig erachtet, weil sie gesetzlich nicht geregelt sind und auch keine bilateralen Übereinkommen existieren, die diese Restrukturierungen regeln.¹¹²³ Außerdem wird angeführt, daß für diese Vorgänge bisher die erforderlichen zivilrechtlichen Grundlagen in der Gemeinschaft fehlen.¹¹²⁴ Schließlich werden auch Gläubigerschutzgründe für die Unzulässigkeit geltend gemacht, da durch eine grenzüberschreitende Eingliederung oder Spaltung die Interessen der Gläubiger beeinträchtigt würden.¹¹²⁵

Nach anderer Ansicht ist eine grenzüberschreitende Spaltung zulässig, soweit die deutsche Gesellschaft die übernehmende Gesellschaft sei, da diese bestehen bleibe und die Interessen ihrer Anteilseigner, Gläubiger und Arbeitnehmer durch den Vorgang nicht berührt würden. Soweit die deutsche Gesellschaft die übertragende sei, wären die Interessen der betroffenen Personengruppen nur dann ausreichend geschützt, wenn die entsprechenden Schutzvorschriften der beteiligten Rechtsordnungen angeglichen worden seien. Im übrigen sei die grenzüberschreitende Spaltung einer deutschen Gesellschaft als übertragender Rechtsträger unzulässig.¹¹²⁶

In Frankreich wird die Ansicht vertreten, daß die fehlende gesetzliche Regelung eine transnationale Spaltung nicht verbiete.¹¹²⁷ Allerdings wird zum Teil für die Zulässigkeit der Spaltung verlangt, daß es gewisse Angleichungen der Gesetzgebung zwischen den beteiligten Rechtsordnungen gebe, da nur in diesem Fall die beteiligten Rechtsordnungen bei einer grenzüberschreitenden Spaltung sinnvoll zusammenwirken könnten.¹¹²⁸ Eine Angleichung der Regelungen für eine nationale Auf- bzw. Abspaltung ist für Aktiengesellschaften durch die 6. gesellschaftsrechtliche Richtlinie¹¹²⁹ grundsätzlich erreicht worden. Allerdings besteht die Rechtsangleichung nur, soweit die Mitgliedstaaten das Institut der Auf- bzw. Abspaltung kennen, da die Richtlinie gem. Art. 1 nicht zur Einführung dieser Rechtsinstitute zwingt. Meines Erachtens ist eine grenzüberschreitende

¹¹²² Sechste Richtlinie vom 17. 12. 1982 (Spaltungsrichtlinie), (82/ 891/ EWG), ABl. EG 1982, Nr. L 387/ 47, (zur Umsetzung vgl. Schwarz, Rn. 669 ff.).

¹¹²³ Ebenroth/ Wilken, JZ 1991, 1116, 1120.

¹¹²⁴ Zur Spaltung: vgl. BT-Drs. 12/ 1108, 36, 80.

¹¹²⁵ Zur Eingliederung: vgl. Koppensteiner, S. 219 f.

¹¹²⁶ Vgl. die entsprechende Problematik bei grenzüberschreitenden Fusionen, Kap. 4.C.III.1., S. 263 ff.

¹¹²⁷ Goldman, Rev. marché com. 1968, 297, 309 s.; Menjucq, n° 114.

¹¹²⁸ Goldman, Rev. marché com. 1968, 297, 310.

¹¹²⁹ Sechste Richtlinie vom 17. 12. 1982 (Spaltungsrichtlinie), (82/ 891/ EWG), ABl. EG 1982, Nr. L 387/ 47, (zur Umsetzung vgl. Schwarz, Rn. 669 ff.).

Spaltung bzw. Eingliederung unabhängig vom Stand der Rechtsangleichung zulässig, wenn im konkreten Einzelfall keine schützenswerten Interessen verletzt werden.¹¹³⁰

III. Die Spaltungs- bzw. Eingliederungsfähigkeit deutscher und französischer Gesellschaften

Eine grenzüberschreitende deutsch-französische Spaltung bzw. Eingliederung ist nur möglich, wenn alle beteiligten Rechtsordnungen den entsprechenden Restrukturierungsvorgang kennen.¹¹³¹ Da im französischen Recht der Fall der Abspaltung und Eingliederung unbekannt ist,¹¹³² kann weder eine grenzüberschreitende deutsch-französische Abspaltung noch eine deutsch-französische Eingliederung erfolgen. Die Rechtsinstitute der Aufspaltung und Ausgliederung sind sowohl in Deutschland als auch in Frankreich bekannt. Dabei sind sowohl die GmbH als auch die Aktiengesellschaft gem. §§ 124, 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG nach deutschem Recht aktiv und passiv aufspaltungs- und ausgliederungsfähig. Ebenso ist in Frankreich die aktive und passive Aufspaltungs- und Ausgliederungsfähigkeit der SA und der SARL gem. Art. L. 236-1, L. 236-22, 236-24 CCom (vorm. Art. 371, 387, 388-1 Loi n° 66-537) gegeben.

Die Ausgliederung ist in Deutschland nach §§ 124, 3 Abs. 4 UmwG zwischen Rechtsträgern unterschiedlicher Rechtsform möglich, während die Art. L. 236-2 Abs. 1, L. 236-24 CCom (vorm. Art. 372 Abs.1, 388-1 Loi n° 66-537) den französischen Ausgliederungsvorgang nur innerhalb der Rechtsform der SA bzw. SARL vorsehen.¹¹³³

¹¹³⁰ Vgl. die entsprechende Problematik bei grenzüberschreitenden Fusionen, Kap. 4.C.III., S. 263 ff.

¹¹³¹ Im Ergebnis Ebenroth/ Wilken (ZVglRWiss 90 (1991), 235, 256), Eyles (S. 492 f.) und Menjucq (n° 114) in Bezug auf die deutsche Rechtslage vor Einführung des UmwG, die das Rechtsinstitut der Spaltung nicht kannte.

¹¹³² Vgl. Kap. 5.A.I., S. 297 f.

¹¹³³ Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 39.

IV. Der Interessenschutz der von einer grenzüberschreitenden Spaltung betroffenen Personen

1. Die Grenzüberschreitende Spaltung einer deutschen Gesellschaft mit Vermögensübertragung auf eine französische Gesellschaft

In Bezug auf die übertragende deutsche Gesellschaft ergeben sich aus dem Umwandlungsgesetz einige Besonderheiten gegenüber den Fusionsregelungen, die auch im Fall einer grenzüberschreitenden Spaltung heranzuziehen sind.

Besonderheiten des Interessenschutzes ergeben sich bei einer grenzüberschreitenden Spaltung, im Vergleich zur grenzüberschreitenden Fusion, beim Anteilseignerschutz durch die Regelung des § 128 UmwG. Danach ist die Zustimmung aller Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft zu einer Aufspaltung erforderlich, wenn ihre Beteiligungsquote an der übernehmenden Gesellschaft von der Quote ihrer Beteiligung an dem übertragenden Rechtsträger abweicht. Durch diese Regelung soll verhindert werden, daß es aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses zu einer nicht verhältnismäßigen Aufspaltung kommt. Diese würde nämlich die einzelnen Anteilsinhaber in ihrem Besitzstand beeinträchtigen.¹¹³⁴

Da die Anteilseigner auch bei einer grenzüberschreitenden Spaltung vor einer nicht verhältnismäßigen Aufspaltung geschützt werden müssen, ist der Rechtsgedanke des § 128 UmwG auch auf grenzüberschreitende Aufspaltungen zu übertragen. Insoweit darf das Einstimmigkeitserfordernis auch nicht durch eine Satzungsregelung ausgehebelt werden, die die Möglichkeit eines Mehrheitsbeschlusses vorsieht. Weiterhin sehen die §§ 133 Abs.1, 134, 135 Abs. 1 UmwG hinsichtlich des Gläubigerschutzes bei einer Aufspaltung verschiedene Zusatzregelungen vor.

§ 133 Abs. 1 S. 1 UmwG bestimmt, daß die übernehmende Gesellschaft für die Ansprüche der Gläubiger, die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind, als Gesamtschuldner einzustehen hat. In Satz 2 wird geregelt, daß eine Sicherheitsleistung nur von derjenigen Gesellschaft verlangt werden kann, gegen die sich auch die Forderung richtet. Die Bestimmung des § 133 Abs. 1 UmwG dient dem Schutz der Gläubiger. Eine solche Schutzregelung ist notwendig, weil eine Aufspaltung mit einer Vermögensübertragung verbunden ist, bei der im Gegensatz zu einer Fusion mehrere Rechtsträger bestehen bleiben, was zu einer Änderung der Haftungsmassen führt.¹¹³⁵ Zum Schutz der Arbeitnehmer als Gläubiger, die sich nicht wie sonstige Gläubiger auf die verminderte Haftungsmasse

¹¹³⁴ Ganske, § 128 UmwG, S. 159.

¹¹³⁵ Ganske, § 133 UmwG, S. 165.

nach einer Aufspaltung einstellen können, enthält § 134 UmwG eine Zusatzregelung für den Fall, daß der übertragende Rechtsträger in eine Anlage- und in eine Betriebsgesellschaft gespalten wird, da die Arbeitnehmer in diesem Fall bei Zahlungsschwierigkeiten der Betriebsgesellschaft nicht auf die zur Führung des Betriebs notwendigen Vermögensteile zurückgreifen können. Zum Schutz der Inhaber von Sonderrechten bestimmt § 133 Abs. 2 S. 1 UmwG die gesamtschuldnerische Haftung durch die an der Aufspaltung beteiligten Gesellschaften. Außerdem besteht nach § 133 Abs. 2 S. 2 UmwG die Möglichkeit, daß den Inhabern von Sonderrechten gleichwertige Rechte statt in der übernehmenden auch in der übertragenden Gesellschaft eingeräumt werden können. Die §§ 130, 137 UmwG sehen bei der Aufspaltung ähnliche Regelungen wie bei der Fusion für die Eintragung und Anmeldung vor. Weiterhin enthalten die §§ 139, 140 bzw. 145, 146 UmwG spezielle Regelungen für den Fall, daß an der Spaltung eine GmbH bzw. Aktiengesellschaft beteiligt ist. So darf eine Spaltung, bei der es zu einer Herabsetzung des Stammkapitals der übertragenden Gesellschaft kommt, zum Schutz des Rechtsverkehrs erst dann eingetragen werden, wenn die Herabsetzung bereits im Handelsregister eingetragen ist, damit Dritte klar zwischen der Kapitalherabsetzung und der Vermögensminderung durch Spaltung unterscheiden können. Außerdem müssen die Geschäftsführer bzw. der Vorstand einer übertragenden GmbH oder Aktiengesellschaft bei einer Ausgliederung dem Handelsregister gegenüber erklären, daß auch nach der Restrukturierung die Gründungsvoraussetzungen der übertragenden Gesellschaftsform vorliegen. Dies gilt insbesondere für die Mindesthöhe des Stammkapitals und der Stammeinlagen sowie für die Deckung des im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Stammkapitals durch Aktiva.¹¹³⁶ In Bezug auf die übernehmende französische Gesellschaft ergibt sich bei einer Aufspaltung lediglich die Besonderheit, daß die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft keine eigenen Rechte geltend machen können, während die Sonderrechtsinhaber gem. Art. L. 236-19 CCom (vorm. Art. 384-1 Loi n° 66-537) vergleichbare Rechte haben wie bei einer Fusion.

2. Die Grenzüberschreitende Spaltung einer französischen Gesellschaft mit Vermögensübertragung auf eine deutsche Gesellschaft

Bei einer Spaltung ergeben sich in Bezug auf die übertragende französische Gesellschaft Unterschiede zur Fusion vor allem hinsichtlich des Gläubigerschutzes und des Schutzes der Interessen der Inhaber von Sonderrechten. Zum Schutz der

¹¹³⁶ Ganske, § 140, S. 174 f.

Gläubiger bei einer Spaltung ordnet Art. L. 236-20, L. 236-23 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 385, 388 Abs. 1 Loi n° 66-537) lediglich an, daß alle Gesellschaften, die nach der Spaltung weiterbestehen, gesamtschuldnerisch für die vor der Spaltung entstandenen Gläubigerforderungen haften. Ein weitergehender Gläubigerschutz ist grundsätzlich nicht vorgesehen, da der Gesetzgeber davon ausgeht, daß die gesamtschuldnerische Haftung die Interessen der Gläubiger ausreichend schützt.¹¹³⁷

Allerdings können die Gesellschaften gem. Art. L. 236-21, L. 236-23 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 386, 388 Abs. 1 Loi n° 66-537) vereinbaren, daß die Passiva, die bei der Spaltung übertragen werden, zwischen den übernehmenden Gesellschaften aufgeteilt werden, mit der Folge, daß es für diese Gesellschaften nicht zu einer gesamtschuldnerischen Haftung kommt. In diesem Fall steht den Gläubigern dasselbe Widerspruchsrecht und -verfahren zu wie bei einer Fusion.¹¹³⁸ Auch beim Schutz der Inhaber von Sonderrechten ergeben sich gewisse Abweichungen im Vergleich zu den Regelungen bei Fusionen. So unterliegen zwar die Gesellschafter ohne Stimmrecht gem. Art. L. 236-16 i.V.m. Art. L. 236-9 CCom (vorm. Art. 382 i.V.m. Art. 376 Loi n° 66-537) denselben Bestimmungen wie bei einer Fusion, doch weichen die Rechte der Inhaber von Schuldverschreibungen bei Spaltungen zum Teil von den Fusionsvorschriften ab. Grundsätzlich gilt gegenüber den Inhabern von Schuldverschreibungen, daß die bei der Spaltung beteiligten Gesellschaften gem. Art. L. 326-20, L. 326-23 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 385, 388 Abs. 1 Loi n° 66-537) gesamtschuldnerisch für die Verpflichtungen der übertragenden Gesellschaft haften.

Während die Inhaber der obligations à bons de souscription der übertragenden Gesellschaft gem. Art. L. 225-156 CCom (vorm. Art. 194-7 Loi n° 66-537) bei einer Spaltung dieselben Rechte haben wie bei einer Fusion, regeln die Art. L. 225-164 und L. 225-175 CCom (vorm. Art. 197 und 207 Loi n° 66-537) die Rechte der Inhaber von obligations convertibles en actions bzw. der Inhaber von obligations échangables contre actions lediglich für den Fall einer Fusion. Das bedeutet, daß sich die Rechte dieser Sonderrechtsinhaber bei einer Spaltung mangels anderweitiger spezieller Regelungen nach den allgemeinen Bestimmungen für Inhaber sonstiger Schuldverschreibungen richten.¹¹³⁹

Die sonstigen Inhaber von Schuldverschreibungen haben nach Art. L. 236-18

¹¹³⁷ Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 89.

¹¹³⁸ Vgl. Kap. 4.C.V.2.a.bb.(b), S. 283 f.

¹¹³⁹ a.A. ohne weitere Begründung wohl Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 101.

CCom (vorm. Art. 384 Loi n° 66-537) im wesentlichen dieselben Rechte wie bei einer Fusion, doch haften die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften gesamtschuldnerisch für den Rückzahlungsanspruch.

Außerdem sieht Art. L. 236-18 im Gegensatz zu Art. L. 236-13 Abs. 3 CCom (vorm. Art. 384 bzw. Art. 380 Abs. 3 Loi n° 66-537) für die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs keine Frist vor. Schließlich regelt Art. L. 236-13 Abs. 3 CCom (vorm. Art. 380 Abs. 3 Loi n° 66-537) bei Fusionen neben der Frist für die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs auch die Beibehaltung der Schuldverschreibungsinhaberposition bei fehlender oder verspäteter Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs.

Die Interessenlage der Schuldverschreibungsinhaber bei Spaltungen differiert jedoch nicht von der bei Fusionen: auch bei Spaltungen möchten sie selbst entscheiden, ob sie ihre Rechtsposition nach der Spaltung behalten. Ohne eine solche Regelung, die für die Beibehaltung der Position des Schuldverschreibungsinhabers sorgt, wenn dieser seinen Anspruch nicht oder verspätet geltend macht, hätte die übertragende Gesellschaft bei einer Spaltung im Gegensatz zu einer Fusion die einseitige Möglichkeit, die Forderung vorzeitig zu befriedigen. Für diese unterschiedliche Behandlung von Fusionen und Spaltungen ist jedoch kein Grund ersichtlich. Daher muß im Wege der Analogie des Art. L. 236-13 Abs. 3 CCom (vorm. Art. 380 Abs. 3 Loi n° 66-537) die 3-Monatsfrist und die Schuldverschreibungsinhaberposition bei fehlender oder verspäteter Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs erhalten bleiben.¹¹⁴⁰ In Bezug auf die übernehmende deutsche Gesellschaft ergeben sich bei der grenzüberschreitenden Spaltung keine Besonderheiten zur transnationalen Fusion.

¹¹⁴⁰ Bolze, Recueil Dalloz Sociétés – Fusion et Scission –, n° 97.

Ergebnisse und Schlußbemerkung

In der vorliegenden Arbeit wurde untersucht, ob und unter welchen Bedingungen bereits heute de lege lata deutsch-französische Sitzverlegungen, Fusionen, Spaltungen und Eingliederungen vorgenommen werden können.

Hierbei ist zunächst festgestellt worden, daß sowohl Deutschland als auch Frankreich der Verwaltungssitzregel folgen.

Mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung bzw. aufgrund fehlender Rechtsangleichung auf dem Gebiet der transnationalen Restrukturierung mußte die Ausgangsfrage allein auf der Grundlage der deutschen und der französischen Rechtsordnung gelöst werden.

Dabei war festzustellen, daß das deutsche Recht keine gesetzliche Regelung für den Fall grenzüberschreitender Restrukturierungen vorsieht. Im französischen Recht waren nur für den Fall des Nationalitätswechsels, zu dem es lediglich bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung kommt, in den Art. L.223-30 Abs. 1 und Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art 60 Abs. 1 und Art. 154 Loi n° 66-537) Bestimmungen aufzufinden. Diese Regelung stellt sich jedoch als sehr lückenhaft dar, da sie lediglich die Möglichkeit eines identitätswahrenden Nationalitätswechsels und das Erfordernis eines einstimmigen Beschlusses vorsieht. Auch in Bezug auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen fehlt also im französischen Recht im wesentlichen eine Regelung der notwendigen Voraussetzungen und Modalitäten der Restrukturierung.

Damit war die Ausgangsfrage, in Bezug auf die grenzüberschreitende Fusion, Spaltung und Eingliederung ausschließlich und in Bezug auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen im wesentlichen, nur auf Grundlage der allgemeinen Regeln zu beantworten. Die weitgehend fehlende gesetzliche Regelung bewirkt, daß die Zulässigkeit grenzüberschreitender Restrukturierungen nur dann angenommen werden kann, wenn sie keine Interessenverletzungen mit sich bringen, da ein Interesseneingriff eine „gesetzgeberische Genehmigung“ voraussetzt. Die hier aufgezeigten Wege für grenzüberschreitende Restrukturierungen können von (Handelsregister)Gerichten übernommen werden.¹¹⁴¹

¹¹⁴¹ Ähnlich auch Ziegler, S. 159.

Allerdings hat die weitere Untersuchung ergeben, daß sich aus Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV unter Umständen eine Pflicht zur Zulassung grenzüberschreitender Restrukturierungen ergibt. So muß von der Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung, Fusion und Spaltung ausgegangen werden, wenn sie ohne Verletzung der Rechte der Restrukturierung beteiligten Personen durchgeführt werden kann, da sonst ein Verstoß gegen das Recht auf primäre Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften vorläge. Die Niederlassungsbeschränkungen infolge eines Rechtspersönlichkeitsverlusts bzw. der Unzulässigkeit einer grenzüberschreitenden Restrukturierung ist nämlich an den Art. 43 (ex-Art. 52) Abs. 1 S. 1, Art. 48 (ex-Art. 58) EGV zu messen, da Art. 48 (ex-Art. 58) EGV von der Gleichstellung natürlicher und juristischer Personen auch hinsichtlich des primären Niederlassungsrechts ausgeht.

Daher kann das in Bezug auf die primäre Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften ergangene Daily Mail-Urteil nicht als abschließende Aussage des EuGH gesehen werden. Insbesondere auch aufgrund der Weiterentwicklung und Änderung der Rechtsprechung des EuGH zum Inhalt des Niederlassungsrechts im Sinne eines allgemeinen Beschränkungsverbots ist davon auszugehen, daß er heute nicht mehr an seiner Daily Mail-Rechtsprechung festhalten würde.¹¹⁴²

Damit sind nationale Gerichte, die nicht aufgrund des primären Niederlassungsrechts von der Zulässigkeit grenzüberschreitender, nicht interessenverletzender Sitzverlegungen, Fusionen bzw. Spaltungen ausgehen, verpflichtet, eine entsprechende Vorlage zum EuGH einzubringen.¹¹⁴³ Da die Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV lediglich die Versagung nicht interessenverletzender grenzüberschreitender Restrukturierungen verbieten, aber keine konkrete Restrukturierungsregelungen vorschreiben, bleibt es den nationalen Rechtsordnungen überlassen, welche Interessenschutzmaßnahmen sie bezüglich der Restrukturierungen einführen. Sie sind nur insoweit beschränkt, als die Maßnahmen nicht gegen das allgemeine Beschränkungsverbot verstoßen, also insbesondere nicht unverhältnismäßig sein dürfen. Da in Deutschland und Frankreich so gut wie keine gesetzlichen Regelungen vorhanden sind, können die in der Arbeit dargestellten Interessenschutzmaßnahmen als Vorschläge aufgefaßt werden, mit denen de lege lata deutsch-französische Restrukturierungen durchführbar sind. Der von den Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV vorgegeben Rahmen läßt ebenso andere Interessenschutzmaßnahmen zu, wenn diese die bei der grenzüberschreitenden Restrukturierung betroffenen Interessen umfassend wahren.

¹¹⁴² Vgl. auch Bechtel, S. 205 und Schwarz, Rn. 180.

¹¹⁴³ Ähnlich auch Bechtel, S. 205.

Maßgebend sind immer nur die im Einzelfall betroffenen Interessen, da jede Schutzmaßnahme, die im konkreten Restrukturierungsfall (z.B. bei der Sitzverlegung einer deutschen GmbH nach Frankreich) grundlos über das anvisierte Ziel des Interessenschutzes hinaus schießt, unverhältnismäßig ist und damit gegen das allgemeine Beschränkungsverbot der Art. 43, 48 (ex-Art. 52, 58) EGV verstößt. Für die einzelnen konkreten deutsch-französischen Restrukturierungsfälle sind im Rahmen der Arbeit mögliche Interessenschutzmaßnahmen ermittelt worden. Diese konnten allerdings mangels direkter und analoger Anwendbarkeit weder ausschließlich dem Umwandlungsgesetz noch ausschließlich den französischen nationalen Restrukturierungsvorschriften entnommen werden. Dies ergibt sich in Deutschland aus der ausdrücklichen Beschränkung des Umwandlungsgesetzes auf inländische Restrukturierungsfälle und in Frankreich aus der eigenständigen Regelung der Sitzverlegung in den Art. L. 223-30 Abs. 1 und Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 60 Abs. 1 und Art. 154 Loi n° 66-537) bzw. aus der Regelung lediglich inländischer Fusionen und Spaltungen im Gesetz vom 24. 07. 1966 (Loi n° 66-537), obwohl bei Einführung dieser Vorschriften die Problematik grenzüberschreitender Restrukturierungen bereits bekannt war.

Beim Umwandlungsgesetz handelt es sich nämlich um eine kodifikatorische Teilregelung, die zwar grenzüberschreitenden Restrukturierungen nicht verbietet, sie aber auch nicht positiv erfaßt. Somit sind grenzüberschreitende Restrukturierungen zwischen Frankreich und Deutschland zwar nicht verboten, doch fehlt es an nationalen Regelungen über die Voraussetzungen und das Verfahren solcher Vorgänge. Da sich die deutschen und französischen nationalen Restrukturierungsvorschriften nur auf Inlandsfälle beziehen, können diese Vorschriften nicht ausschließlich herangezogen werden, um die rechtlichen Lücken, die sich aufgrund der fehlenden Regelung transnationaler Restrukturierungen ergeben, zu schließen. Diese Vorschriften berücksichtigen nämlich nicht die speziell bei grenzüberschreitenden Vorgängen entstehenden Probleme. So hat der deutsche Gesetzgeber im Umwandlungsgesetz bzw. der französische Gesetzgeber in den französischen nationalen Restrukturierungsvorschriften zum Teil eine Interessenabwägung vorgenommen, die nicht auf internationale Fälle übertragen werden darf. Mangels spezieller gesetzlicher Regelung sind grenzüberschreitende Restrukturierungen nur zulässig, wenn keiner der Beteiligten in seinen Interessen verletzt wird. Zum umfassenden Schutz aller Beteiligten können allerdings, neben allgemeinen Interessenschutzabwägungen, auch diejenigen im Umwandlungsgesetz umgesetzten Gedanken des Interessenschutzes herausgegriffen und auf grenzüberschreitende Umwandlungsfälle übertragen werden, die für einen

umfassenden Schutz der Beteiligten sorgen. Es ist also eine Orientierung am Umwandlungsgesetz bzw. den französischen Formumwandlungs-, Fusions- und Spaltungsvorschriften möglich, um Schutzmaßnahmen zu finden, die die Interessen der betroffenen Personengruppen umfassend sichern. Insoweit können also einzelne nationale Restrukturierungsvorschriften, nicht jedoch das gesamte Regelungswerk des Umwandlungsgesetzes bzw. der französischen nationalen Restrukturierungsvorschriften, analog angewandt werden.

Soweit allerdings – wie zum Teil hinsichtlich grenzüberschreitender Sitzverlegungen in Frankreich – eine gesetzliche Regelung bereits vorhanden ist, ist die Anwendung von allgemeinen Interessenüberlegungen und die Heranziehung einzelner Schutzmaßnahmen der nationalen Restrukturierungsvorschriften nur zulässig, soweit die Vorschriften zu den transnationalen Restrukturierungen Lücken aufweisen. Die Arbeit kommt zu dem Ergebnis, daß bei entsprechenden Interessenschutzvorkehrungen grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegungen von Deutschland nach Frankreich möglich sind, sofern die deutsche Gesellschaft nicht der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegt und durch einen Bedingungs Zusammenhang sichergestellt wird, daß bei der Sitzverlegung Satzungs- und Verwaltungssitz nicht auseinanderfallen. Die Koppelung der Gesellschaftssitze ist erforderlich, damit der (Verwaltungssitz-)Staat, dessen Recht auf die Gesellschaft zur Anwendung kommt, auch die an den Satzungssitz geknüpfte rechtliche Kontrolle über die juristische Person hat. Nur so kann das aufeinander abgestimmte Rechts- und Schutzsystem der anwendbaren Rechtsordnung auch umgesetzt werden. Erforderlich ist außerdem, daß die Gesellschaft sich den zwingenden französischen Vorschriften anpaßt und der Sitzverlegungsbeschluß in Frankreich bekannt gemacht wird. Außerdem ist die Sitzverlegung sowohl in das deutsche als auch in das französische Handelsregister einzutragen und bekannt zu machen.

Unabhängig von den an der Sitzverlegung beteiligten Gesellschaftsform können die Anteilseigner durch die Erstellung eines Sitzverlegungsberichts und durch einen einstimmigen oder bereits in der Gesellschaftssatzung vorgesehenen mehrheitlichen Sitzverlegungsbeschluß geschützt werden. Zum Schutz der Gläubiger kann ihnen ein Anspruch auf Sicherheitsleistung bei Glaubhaftmachung einer Forderungsgefährdung eingeräumt werden, während den Sonderrechtsinhabern lediglich gleichwertige Rechte bei der französischen Gesellschaft zu gewähren sind. Auch die grenzüberschreitende identitätswahrende Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland kann nur durchgeführt werden, wenn Satzungs- und Verwaltungssitz zu keinem Zeitpunkt auseinanderfallen und sich die zuziehende

französische Gesellschaft der deutschen Gesellschaftsrechtsordnung anpaßt. Der Sitzverlegungsbeschluß muß in Frankreich bekannt gemacht werden und die Sitzverlegung sowohl ins französische als auch ins deutsche Handelsregister eingetragen werden. Beide Eintragung sind außerdem bekannt zu machen. Gem. Art. L. 223-30 Abs. 1 bzw. Art. L. 225-97 CCom (vorm. Art. 60 Abs. 1 bzw. Art. 154 Loi n° 66-537) ist unabhängig von der beteiligten Gesellschaftsform ein einstimmiger Sitzverlegungsbeschluß der französischen Gesellschaft notwendig, während die Versammlung der Obligationsinhaber und Gesellschafter ohne Stimmrecht nur durch Mehrheitsbeschluß der Sitzverlegung zustimmen muß. Darüber hinaus ist zum Schutz der Anteilseigner ein Sitzverlegungsbericht zu erstellen, der ihnen vor der Abstimmung die entscheidungserheblichen Informationen vermittelt. Gläubiger, denen nicht bereits eine dingliche Immobiliarsicherheiten zustehen, sind durch einen Sicherheits- bzw. Befriedigungsanspruch zu schützen. Eine grenzüberschreitende Verschmelzung eines deutschen übertragenden Rechtsträgers auf einen französischen übernehmenden Rechtsträger ist möglich, wenn die übertragende Gesellschaft nicht der Mitbestimmung unterliegt, oder sie zwar der Mitbestimmung unterliegt, die übernehmende Gesellschaft aber auch nach deutschem Recht keiner Mitbestimmung unterläge.

Der Schutz der Anteilseigner, Gläubiger und Sonderrechtsinhaber der übertragenden Gesellschaft erfolgt durch die gleichen Interessenschutzmaßnahmen wie bei einer Sitzverlegung von Deutschland nach Frankreich. Dabei richtet sich der Gläubigeranspruch gegen die übernehmende Gesellschaft. Zum Schutz der Gesellschafter ist außerdem eine unabhängige Prüfung des Verschmelzungsvertrags notwendig. In Anlehnung an die nationalen französischen Fusionsvorschriften können die Sonderrechtsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers Widerspruch gegen die Fusion erheben, was zu denselben Folgen führt, wie ein Widerspruch der Gläubiger bei einer Fusion von Frankreich nach Deutschland. Außerdem stehen den Gläubigern der übernehmenden französischen Gesellschaft dieselben Rechte zu wie den Gläubigern einer übertragenden französischen Gesellschaft, nämlich ein Widerspruchsrecht gegen die Fusion.

Die Fusion ist im deutschen Handelsregister einzutragen, und zwar unter der Bedingung, daß die Verschmelzung erst mit der Eintragung in das Register der übernehmenden Gesellschaft wirksam wird. Anschließend ist die Eintragung bekannt zu machen, während in Frankreich lediglich der Fusionsplan bekannt gemacht werden muß und eine Konformitätsbestätigung im Sinne des Art. L. 236-6 Abs. 3 CCom (vorm. Art. 374 Abs. 3 Loi n° 66-537) beim Registergericht einzureichen ist. Bei einer Fusion durch Übertragung ist nach französischem

Recht keine Registereintragung vorgesehen; eine solche hat nur zu erfolgen, wenn die übernehmende Gesellschaft neu gegründet wird. Für eine grenzüberschreitende Fusion eines französischen übertragenden Rechtsträgers auf einen deutschen übernehmenden Rechtsträger ist im Gegensatz zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Frankreich nach Deutschland kein einstimmiger Beschluß erforderlich, sondern es reicht ein Mehrheitsbeschluß aus, wenn dies in der Satzung vorgesehen ist. Ergänzt wird der Gesellschafterschutz durch das Erfordernis eines Fusionsberichts und durch die Kontrolle des Fusionsplans. Den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft steht ein Widerspruchsrecht gegen die Fusion zu, wenn ihr Anspruch vor Bekanntmachung des Fusionsplans entstanden ist. Wird ein Widerspruch erhoben, so kann das Handelsgericht die sofortige Rückzahlung der Schulden anordnen, wenn die Gesellschaft vor Fusionsvollzug nicht freiwillig dem Gläubiger eine Sicherheitsleistung einräumt. Ansonsten haben die Gläubiger ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Vermögen der übertragenden Gesellschaft, was bedeutet, daß die Vermögensmassen der beteiligten Gesellschaften nach der Fusion getrennt bleiben. Den Gläubigern der übernehmenden deutschen Gesellschaft sind die gleichen Rechte einzuräumen wie den Gläubigern der übertragenden deutschen Gesellschaft. Der Schutz der Sonderrechtsinhaber kann durch Heranziehung der französischen Fusionsvorschriften gewährleistet werden, die differenzierte Interessenschutzmaßnahmen für die einzelnen Sonderrechtsinhaber aufstellen. In Frankreich ist die Bekanntmachung des Fusionsplans notwendig. Außerdem muß die Fusion sowohl in Deutschland als auch in Frankreich in das jeweilige Handelsregister eingetragen und anschließend bekannt gemacht werden, wobei dem französischen Registergericht eine Konformitätsbestätigung vorzulegen ist. Für eine grenzüberschreitende Aufspaltung einer deutschen Gesellschaft mit Vermögensübertragung auf eine französische Gesellschaft sind im wesentlichen die gleichen Erfordernisse wie bei einer grenzüberschreitenden Fusion von Deutschland nach Frankreich erforderlich. Zulässig ist auch diese Restrukturierung nur, wenn zumindest der übernehmende Rechtsträger nach deutschem Recht keiner Mitbestimmung unterläge.

Abweichend von einer grenzüberschreitenden Fusion bedarf es jedoch in Anlehnung an § 128 UmwG eines einstimmigen Aufspaltungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft, wenn die Beteiligungsquote der Anteilseigner der übernehmenden Gesellschaft von der Quote ihrer Beteiligung an dem übertragenden Rechtsträger abweichen soll. Die Gläubiger der übertragenden deutschen Gesellschaft können außerdem bei einer grenzüberschreitenden Aufspaltung eine Sicherheitsleistung nur von derjenigen Gesellschaft verlangen, gegen die

sich auch ihre Forderung richtet. Allerdings haften die nach der Aufspaltung weiterbestehenden Gesellschaften den Gläubigern gegenüber als Gesamtschuldner für Ansprüche, die vor Wirksamwerden der Aufspaltung begründet wurden. Die Gläubiger der übernehmenden französischen Gesellschaft können hingegen – anders als bei der Fusion – keine eigenen Rechte geltend machen. Hinsichtlich der Sonderrechtsinhaber der übertragenden Gesellschaft ergibt sich bei der grenzüberschreitenden Aufspaltung die Besonderheit, daß ihnen gleichwertige Rechte auch in der übertragenden statt in der übernehmenden Gesellschaft eingeräumt werden können. Eine grenzüberschreitende Aufspaltung einer französischen Gesellschaft mit Vermögensübertragung auf eine deutsche Gesellschaft ist zulässig, wenn ähnliche Voraussetzungen beachtet werden wie im umgekehrten Fall. Auch hier haften die übertragende und die übernehmende Gesellschaft gesamtschuldnerisch für die vor der Aufspaltung entstandenen Gläubigerforderungen. Ein darüber hinausgehender Gläubigerschutz ist nicht erforderlich, wenn die beteiligten Gesellschaften nicht in Anlehnung an die Art. L. 236-21, L. 236-23 Abs. 1 CCom (vorm. Art. 386, 388 Abs. 1 Loi n° 66-537) vereinbaren, daß die Passiva, die bei der Spaltung übertragen werden, zwischen den übernehmenden Gesellschaften aufgeteilt werden. In diesem Fall steht den Gläubigern dasselbe Widerspruchsrecht und -verfahren zu wie bei einer Fusion. Der Schutz der Sonderrechtsinhaber kann durch Heranziehen der französischen Aufspaltungsvorschriften gewährleistet werden, die zwar hinsichtlich des Rechts der Inhaber von Schuldverschreibungen von den Fusionsvorschriften abweichen, aber ausreichende Interessenschutzmaßnahmen aufstellen. Eine eventuell aufgrund einer grenzüberschreitenden Restrukturierung notwendige Rechtsdurchsetzung im Ausland beeinträchtigt die von der Restrukturierung betroffenen Personen, insbesondere die Gläubiger, nicht, da sie aufgrund der Anwendbarkeit des EuGVÜ, der am 31. 05. 2001 in Kraft tretenden Zustellungsverordnung und des Haager Übereinkommens über die Zustellung keine wesentliche Erschwernis darstellt. Obwohl grenzüberschreitende deutsch-französische Restrukturierungen wie in dieser Arbeit festgestellt, in begrenztem Rahmen *de lege lata* zulässig sind, blieben sie bisher in der Praxis Ausnahmefälle.¹¹⁴⁴ Dies liegt vor allem daran, daß die Zulässigkeit dieser Vorgänge vor allem von der deutschen Rechtsprechung und den deutschen Handelsregistergerichten nicht anerkannt worden ist. In der Vergangenheit blieb Unternehmen daher alleine die Möglichkeit, Ersatzhand-

¹¹⁴⁴ Vgl. den Erfahrungsbericht von Behrens (RIW 1986, 590 ff.) über eine grenzüberschreitende, identitätswahrende Sitzverlegung einer GmbH von Luxemburg nach Deutschland bzw. von Rixen/ Böttcher (GmbHR 1993, 572 ff.) über eine Fusion einer französischen Aktiengesellschaft mit einer deutschen GmbH.

lungen vorzunehmen, die zu demselben Ergebnis wie grenzüberschreitende Restrukturierungen führen. So kann eine grenzüberschreitende Sitzverlegung durch Auflösung der „wegziehenden“ Gesellschaft und Neugründung einer Gesellschaft im Ausland erreicht werden. Das durch eine grenzüberschreitende Fusion erzielte Ergebnis entsteht auch, wenn die „übernehmende“ Gesellschaft das Vermögen der „übertragenden“ Gesellschaft erwirbt und ihr dafür Aktien überläßt, die bei einer anschließender Liquidation der „übertragenden“ Gesellschaft an deren Gesellschafter übertragen werden. Alternativ kann die „übernehmende“ Gesellschaft auch direkt von den Mitgliedern der übertragenden Gesellschaft Anteile gegen Ausgabe eigener Anteile erwerben und anschließend die „übertragende“ (Tochter-)Gesellschaft auflösen. In beiden Fällen entsteht wie bei einer Fusion eine Vermögenseinheit und die „übertragende“ Gesellschaft verschwindet. Wenn die Vorgänge nur hinsichtlich eines Teils der „übertragenden“ Gesellschaft vorgenommen werden, kann eine grenzüberschreitende Abspaltung substituiert werden.¹¹⁴⁵

In der Praxis werden auch vielfach grenzüberschreitende Unternehmenskonzerne gebildet,¹¹⁴⁶ doch bleiben in diesem Fall beide Gesellschaften als eigenständige Rechtsträger erhalten. Auch wenn die beiden Gesellschaften dann unter einer einheitlichen Leitung stehen und ein vertraglicher Gewinn- und Verlustausgleich vereinbart worden ist, so wird doch nicht das Endstadium der grenzüberschreitenden Fusion bzw. Spaltung erreicht.

Alle diese Ersatzvorgänge haben den Nachteil, daß sie zu komplizierten und undurchsichtigen Beteiligungsverhältnissen führen. Oder es kommt zur Auflösung einer Gesellschaft und damit zu einem Durchgangsstadium, bei dem die Gesellschafter einer unbegrenzten Haftung unterliegen sowie zu einem Verlust des goodwill; außerdem ist eine Auflösung steuerrechtlich sehr nachteilig, weil aufgrund der Liquidation der ursprünglichen Gesellschaft die stillen Reserven des Unternehmens besteuert werden.¹¹⁴⁷ Um grenzüberschreitende Restrukturierungen für die Praxis auf eine rechtssichere Grundlage zu stellen, ist eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung, Fusion und Spaltung *de lege ferenda* notwendig.¹¹⁴⁸ Nur auf diese Weise können außerdem grenzüberschreitende Restrukturierungen möglich gemacht werden, die bisher *de lege lata* nicht zulässig sind. So ist speziell bei Restrukturierungen von

¹¹⁴⁵ Wiedemann, S. 878.

¹¹⁴⁶ Beitzke, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1967, 1, 2; Schwarz, Rn. 841.

¹¹⁴⁷ Bechtel, S. 197; Wiedemann, S. 878.

¹¹⁴⁸ Ziegler, S. 159.

Deutschland nach Frankreich, bei denen eine mitbestimmte deutsche Gesellschaft beteiligt ist, eine gesetzliche Regelung erforderlich, da dieser Restrukturierungsvorgang zu einer Verletzung der Arbeitnehmerinteressen führt. Diese Regelung kann sowohl durch nationale als auch durch gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen erfolgen. Für eine Regelung auf mitgliedstaatlicher Ebene spricht der Subsidiaritätsgedanke des Art. 5 (ex-Art. 3 b) EGV und das Aufrechterhalten des Wettbewerbs der mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechtsordnungen.¹¹⁴⁹ Eine gemeinschaftsrechtliche materielle Regelung hätte dagegen den Vorteil, daß sie sich nicht nur wie eine nationale Regelung gezwungenermaßen auf das Kollisionsrecht bzw. auf den jeweils innerstaatlichen Teil einer grenzüberschreitenden Restrukturierung beziehen muß. Da statt dessen eine hinsichtlich des inländischen und ausländischen Restrukturierungsteils aufeinander abgestimmte materielle Regelungen getroffen werden kann, ist einer gemeinschaftsrechtlichen Lösung der Vorzug zu geben.

Alle bisher hinsichtlich grenzüberschreitender Restrukturierungen erlassenen Regelungsentwürfe sind jedoch lückenhaft und unbefriedigend, da sie vor allem die Frage des Arbeitnehmerschutzes nicht regeln. Darüber hinaus wäre es wünschenswert, wenn, im Interesse der weiteren Fortentwicklung des europäischen Binnenmarktes und im Interesse der Unternehmen an einer Globalisierung der Wirtschaft, grenzüberschreitende Restrukturierungen über die in den Entwürfen bisher vorgesehenen Regelungen hinaus nicht nur ermöglicht, sondern auch erleichtert werden. Insoweit könnte im Rahmen einer gesetzgeberischen Gesamtinteressenabwägung auf einige Erfordernisse verzichtet werden, die die einzelnen grenzüberschreitenden Restrukturierungsvorgänge noch erschweren. So wäre beispielsweise in Bezug auf grenzüberschreitende Sitzverlegungen eine Regelung wünschenswert, nach der die zuziehende Gesellschaft im Rahmen der Anpassung an die ausländische Gesellschaftsrechtsordnung nicht alle Gründungserfordernisse erfüllen muß.¹¹⁵⁰

Auf alle Fälle ist jedoch der Vorentwurf für die 14. gesellschaftsrechtliche Richtlinie und der Vorschlag für die 10. gesellschaftsrechtliche Richtlinie begrüßenswert und es bleibt zu hoffen, daß diese Regelungen bald in Kraft treten und dabei auch den Aspekt der Arbeitnehmerinteressen regeln. Außerdem sollte eine entsprechende Regelung für die grenzüberschreitenden Spaltungen getroffen werden.

¹¹⁴⁹ Bechtel, S. 196.

¹¹⁵⁰ Schwarz, Rn. 839.

Abkürzungsverzeichnis

- a.A. andere Ansicht
- a.F. alte Fassung
- a.M. andere Meinung
- a.M. am Main
- ABl. EG Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
- Abs. Absatz
- AcP Archiv für die civilistische Praxis
- AG Aktiengesellschaft
- AG Die Aktiengesellschaft
- AktG Aktiengesetz v. 06. 09. 1965, BGBl. 1965 I, 1089
- Anh. Anhang
- Anm. Anmerkung
- AO Abgabenordnung v. 16. 03. 1976, BGBl. 1976 I, 613
- Art. Artikel
- Aufl. Auflage
- AWD Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
- BAG Bundesarbeitsgericht
- BayObLG Bayerisches Oberstes Landesgericht
- BayObLGZ Amtliche Entscheidungssammlung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
- BB Betriebs-Berater
- Bd. Band

Anhang A. Abkürzungsverzeichnis

BerDGesVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz i.d. F. der Bekanntmachung v. 23. 12. 1988, BGBl. 1989 I, 1
BetrVG 1952	Betriebsverfassungsgesetz 1952 v. 11. 10. 1952, BGBl. 1952 I, 681
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 08. 1896, RGBl. 1896, 195
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly
bzw.	Beziehungsweise
Cass. belge	Cour de cassation belge
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale et financière
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. Req.	Cour de cassation, chambre de requêtes
Cass. Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CC	Französischer Code civil
CCom	Code de Commerce du 18. 09. 2000
CGI	Code général des impôts
Chr.	Chronique
CHSCT	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

Clunet	Journal du droit international
D.	Recueil Dalloz
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Decrét n° 67-236	Décret n° 67-236 du 23. 03. 1967
Decrét n° 84-406	Décret n° 84-406 du 30. 05. 1984
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DKR	Dänische Kronen
DM	Deutsche Mark
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Doc.	Doctrine
Doc. adm.	Documentation administrative
DStR	Deutsches Steuerrecht
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
€	Euro
éd.	Édition
Éd.	Éditeur
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche i.d.F. der Bekanntmachung v. 21. 09. 1994, BGBl. 1994 I, 2494
EG-Bull.	Bulletin der Europäischen Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. 03. 1957, BGBl. 1957 II, 766, i.d.F. des Vertrags von Amsterdam vom 02.10.1997
Einl.	Einleitung

Anhang A. Abkürzungsverzeichnis

- EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundrechte (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 04. 11. 1950, BGBl. 1952 II, 657
- EuGH Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
- EuGVÜ Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. 09. 1968, BGBl. 1972 II, 744, i.d.F. des 3. Beitrittsübereinkommens vom 26. 05. 1989, BGBl. 1994 II, 519
- EuR Europarecht
- EURL L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
- EuroAS Informationsdienst Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
- EuZW Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
- EVÜ (Römisches) Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. 06. 1980, ABl. EG 1980, Nr. L 266/ 1
- EWG Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
- EWS Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
- f. folgende Seite
- Fasc. Fascicule
- FF Französische Francs
- ff. folgende Seiten
- FGG Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. 05. 1898, RGBl. 1898, 189 i.d.F. der Bekanntmachung v. 20. 05. 1898, RGBl. 1898, 771
- Fn. Fußnote
- FS Festschrift
- GA Generalanwalt
- Gaz. Pal. Gazette du Palais

GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. 05. 1949, BGBl. 1949, 1
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. 04. 1892, RGBl. 1892, 477, i.d.F. der Bekanntmachung vom 20. 05. 1898, RGBl. 1898, 846
GmbHR	GmbH-Rundschau
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10. 05. 1897, RGBl. 1897, 219
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.S.d.	im Sinne des/ der
i.V.m.	in Verbindung mit
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr.	Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts
it. CC	Italienischer Codice Civile
JCP	Semaine juridique
JCP éd. E	Semaine juridique, Édition entreprise
JO	Journal Officiel
Journ. soc.	Journal des sociétés civiles et commerciales
Jur.	Jurisprudence
JuS	Juristische Schulung

Anhang A. Abkürzungsverzeichnis

JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft/ Kammergericht
KJK	Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts
KStG	Körperschaftssteuergesetz 1996, i.d.F. vom 22. 02. 1996, BGBl. 1996 I, 340
LG	Landgericht
lit.	littera
LL.M.	Magister legum
Loi n° 66-537	Loi n° 66-537 du 24. 07. 1966, Sur les sociétés commerciales
Ltd.	Private limited company
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer v. 04. 05. 1976, BGBl. 1976 I, 1153
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
Montan-MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie v. 21. 05. 1951, BGBl. 1951 I, 347
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
n°	numéro
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nouv. C. pr. civ.	Nouveau Code de procédure civile
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
p.	page
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rec. Heb.	Recueil hebdomadaire
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rev. crit. dr. int. pr.	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. aff. int.	Revue de droit des affaires internationales
Rev. dr. imm.	Revue de droit immobilier
Rev. dr. int. pr.	Revue de droit international privé
Rev. int. dr. éco.	Revue internationale de droit économique
Rev. jur. com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. jur. dr. aff.	Revue de jurisprudence de droit des affaires
Rev. jur. pol.	Revue juridique et politique
Rev. marché com.	Revue du marché commun et de l'union européenne
Rev. Soc.	Revue des Sociétés
Rev. trim. dr. europ.	Revue trimestrielle de droit européen
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer

Anhang A. Abkürzungsverzeichnis

S.	Seite/ Satz
s.	suivant(e)
SA	Société Anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SE	Societas Europaea
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
sog.	sogenannt(er)
Somm.	Sommaire
Somm. Jur.	Sommaire de Jurisprudence
ss.	suivant(e)s
t.	tome
Trib. Com.	Tribunal Commercial
Trib. Conf.	Tribunal de Conflit
u.a.	unter anderem / und andere
UmwG	Umwandlungsgesetz v. 28. 10. 1994, BGBl. 1994 I, 3210
US	Vereinigte Staaten (United States)
USA	Vereinigte Staaten von Amerika (United States of America)
v.	vom / von
VereinsG	Vereinsgesetz v. 05. 08. 1964, BGBl. 1964 I, 593
vgl.	vergleiche
vol.	volume
Vorb.	Vorbemerkung
vorm.	vormals
WiVerw	Wirtschaftsverwaltung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung i.d.F. v. 12. 09. 1950, BGBl. 1950 I, 533
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Literaturverzeichnis

- [Arminjon] Précis de droit international privé commercial, Paris 1948
- [Audinet] Le droit d'établissement dans la Communauté économique européenne, Clunet 1959, 982 ss.
- [Audit] Droit international privé, 2^{ième} éd., Paris 1997
- [Baetge] Grundfälle zum Internationalen Privatrecht, JuS 1997, 35 ff.
- [Batiffol] Les conflits de lois en matière de contrats, Paris 1938
- [Batiffol; Lagarde]
Droit international privé, t. 1, 8^{ème} éd., Paris 1993
- [Bechtel] Parteifähigkeit trotz Verlegung des Gesellschaftssitzes nach Deutschland, in NZG 2001, 21 ff.
- [Bechtel] Umzug von Kapitalgesellschaften unter der Sitztheorie, Frankfurt a. M. 1999, zugl. Diss. jur., Heidelberg, Univ., 1998
- [Behrens] Der Anerkennungsbegriff des Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 1978, 499 ff.
- [Behrens] Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG, IPRax 1989, 354 ff.
- [Behrens] Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland, RIW 1986, 590 ff.
- [Behrens] Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, 145 ff.
- [Behrens] Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht, RabelsZ 52 (1988), 498 ff.

Anhang B. Literaturverzeichnis

- [Behrens] Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Lichte der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (Art. 52 und 58 EWGV), ZGR 1994, 1 ff.
- [Behrens] Sind Gesellschaften Niederlassungsberechtigte minderen Rechts?, EuZW 1991, 97 ff.
- [Beitzke:] Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und juristischen Personen im EWG-Bereich, ZHR 127 (1965), 1 ff.
- [Beitzke] Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés, Rev. dr. int. pr. 1967, 1 ss.
- [Beitzke] Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht, München 1938
- [Beitzke] Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen, in: Lauterbach (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts, Tübingen 1972, S. 94 ff.
- [Beitzke] Probleme des Europäischen Rechts, in: Caemmerer (Hrsg.), Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1966, S. 14 ff., [zit.: FS Caemmerer]
- [Bellingwout] Die internationale Sitzverlegung juristischer Personen in Bewegung, RIW 1997, 550 ff.
- [Bellstedt] Der territoriale Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, BB 1977, 1326 ff.
- [Bener] La fusion des sociétés anonymes en droit international privé, Genf 1967
- [Bertrel; Jeantin]
Acquisitions et fusions des sociétés commerciales, 2^{ème} éd., Paris 1991
- [Bessenich] Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und des OR, Basel u.a. 1991

-
- [Biel] Multinationale Unternehmen: Probleme und Kontrolle auf internationaler, regionaler und nationaler Ebene, München 1979
- [Bischoff] Observations sur la validité du transfert international de siège social, in: Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, Paris 1974, p. 23 ff., [zit.: Mélanges Bastian]
- [Bleckmann] Dogmatik des Niederlassungsrechts im EWG-Vertrag, WiVerw 1987, 119 ff.
- [Bleckmann] Europarecht, Das Recht der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Basel u.a. 1997
- [Bogler] Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung bei Auseinanderfallen von Gründungs- und Sitzstaat, DB 1991, 848 ff.
- [Bolze] Fusion et Scission, in: Recueil Dalloz Sociétés, Paris 1996
- [Borges] Die Sitztheorie in der Centros-Ära, in: RIW 2000, 167 ff.
- [Boucourechliev]
Les voies de l'Europe de sociétés, JCP éd. E, 1996, I, n° 560
- [Boutard Labarde]
note, EuGH 28. 01. 1986, Clunet 1987, 436 ff.
- [Brinkmann] Der Einfluß des Europäischen Rechts auf die Unternehmensbesteuerung, Baden Baden 1996, zugl. Diss. jur., Konstanz, Univ., 1996
- [Brödermann; Iversen]
Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Tübingen 1994, [zit.: Bearbeiter, in: Brödermann; Iversen
- [Brouillard] Les fusions de sociétés en droit français, in: Association Belge pour le Droit Européen (Éd.), Rapports au colloque international de droit européen, Bruxelles 1962, p. 71 ss.
- [Bungert] Deutsch-amerikanisches internationales Gesellschaftsrecht, ZVgl-RWiss 93 (1994), 117 ff.
- [Bungert] Rechtsfähigkeit ausländischer Kapitalgesellschaften und Beweislast, DB 1995, 963 ff

Anhang B. Literaturverzeichnis

- [Bungert] Entwicklungen im internationalen Gesellschaftsrecht Deutschlands, AG 1995, 489 ff.
- [Bungert] Internationales Gesellschaftsrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, EWS 1993, 17 ff.
- [Cascante] Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie - Goodbye „Daily Mail“, RIW 1999, 447 ff.
- [Caussain] Le cas de l'entreprise moyenne de croissance, in: Darmon (Éd.), De nouvelles perspectives pour la société européenne - Vers une société ferme européenne?, Gaz. Pal., Gazette européenne n° 17, 23; 24. 09. 1998, 24 ss.
- [Cerexhe] La reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales dans la communauté économique européenne, Rev. marché com. 1968, 578 ss.
- [Chartier] La société dans le code civil après la loi du 4. Janvier 1978, JCP 1978, I, 2917 ss.
- [Chesné] L'établissement des étrangers en France et la Communauté Économique Européenne, Paris 1962
- [Coutinho de Abreu] Personnalité morale, subjectivité juridique et entreprises, Rev. int. dr. éco. 1996, 171 ss.
- [Creifelds] Rechtswörterbuch, Weber (Hrsg.), 15. Aufl., München 1999
- [Däubler:] Grenzüberschreitende Fusion und Arbeitsrecht, DB 1988, 1850 ff.
- [Däubler] Mitbestimmung und Betriebsverfassung im internationalen Privatrecht, RabelsZ 39 (1975), 444 ff.
- [Dehmer] Umwandlungsgesetz – Umwandlungssteuergesetz, 3. Aufl., München 1999
- [Démassieux] Le Changement de nationalité des sociétés commerciales, Lille 1928, thèse pour le doctorat en droit, Lille, université, 1928
- [Déron] Les problèmes posés par la nationalité des sociétés en marché commun, Paris 1963

-
- [Derouin; Ladreyt] L'incomplète adaptation du régime fiscal des fusions des sociétés et opérations assimilées à la directive communautaire du 23. 07. 1990, *Droit fiscal* 1992, 224 ff.
- [Deville] Voraussetzungen für die Anmeldung und Eintragung der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft, *RIW* 1986, 295 ff.
- [Di Marco] Der Vorschlag der Kommission für eine 14. Richtlinie, *ZGR* 1999, 3 ff.
- [Domestici-Met] Droit d'établissement et libre prestation des services, Fasc. 164-F-2, in: *Juris-Classeurs, Droit international*, Paris (Stand: April 1999)
- [Dötsch] Inländische Umwandlungsvorgänge mit Auslandsberührung, *BB* 1998, 1029 ff.
- [Dötsch:] Körperschaftssteuerliche Behandlung der Verlegung des Sitzes bzw. der Geschäftsleitung über die Grenze, *DB* 1989, 2296 f.
- [Drobnig] Das EWG- Übereinkommen über die Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen, *AG* 1973, 90 ff.
- [Drobnig] Gemeinschaftsrecht und internationales Gesellschaftsrecht – „Daily Mail“ und die Folgen, in: von Bar (Hrsg.) *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR*, Köln u.a. 1991, S. 185 ff.
- [Drobnig] Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften, *ZHR* 129 (1967), 93 ff.
- [Drobnig] Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Anerkennung, in: Ficker u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen 1978, S. 687 ff., [zit.: FS Caemmerer]
- [Ducouloux-Favard] Société Anonyme, Aktien Gesellschaft, Società per Azioni, Paris 1992

Anhang B. Literaturverzeichnis

- [Dütz] Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 1999
- [Ebenroth] Neuere Entwicklung im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht, JZ 1988, 18 ff.
- [Ebenroth; Auer]
 Anm. zu BayObLG v. 07. 05. 1992, JZ 1993, 374 ff.
- [Ebenroth; Auer]
 Grenzüberschreitende Verlagerung von unternehmerischen Leitungsfunktionen im Zivil- und Steuerrecht, RIW-Beilage 1; 92, 1 ff.
- [Ebenroth; Auer]
 Die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit europäischem Recht, GmbHR 1994, 16 ff.
- [Ebenroth; Bippus] Die Anerkennungsproblematik im Internationalen Gesellschaftsrecht, NJW 1988, 2137 ff.
- [Ebenroth; Bippus]
 Die staatsvertragliche Anerkennung ausländischer Gesellschaften in Abkehr von der Sitztheorie, DB 1988, 842 ff.
- [Ebenroth; Eyles]
 Die Beteiligung ausländischer Gesellschaften an einer inländischen Kommanditgesellschaft, DB-Beilage 2; 88, 1 ff.
- [Ebenroth; Eyles]
 Die innereuropäische Verlegung des Gesellschaftssitzes als Ausfluß der Niederlassungsfreiheit, DB 1989, 363 ff. und 413 ff.
- [Ebenroth; Sura]
 Das Problem der Anerkennung im internationalen Gesellschaftsrecht, RabelsZ 43 (1979), 315 ff.
- [Ebenroth; Wilken]
 Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht - Teil 3, JZ 1991, 1116 ff.

-
- [Ebenroth; Wilken] Kollisionsrechtliche Einordnung transnationaler Unternehmensübernahmen, ZVglRWiss 90 (1991), 235 ff.
- [Ebke] Die „ausländische Kapitalgesellschaft Co. KG“ und das europäische Gemeinschaftsrecht, ZGR 1987, 245 ff.
- [Ebke] Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, JZ 1999, 656 ff.
- [Egli] Sitzverlegung juristischer Personen im IPR, Zürich 1965, zugl. Diss. jur., Zürich (Schweiz), Univ., 1965
- [Engel] Versetzt die Europäische Menschenrechtskonvention der Sitztheorie des internationalen Gesellschaftsrechts den Todesstoß?, ZEuP 1993, 150 ff.
- [Eschelbach] Das Internationale Gesellschaftsrecht in der notariellen Praxis, MittRhNotK 1993, 173 ff.
- [Everling] Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, DB 1990, 1853 ff.
- [Eyles] Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1990
- [Féblot] Das deutsch-französische Niederlassungsabkommen, Herne u.a. 1963
- [Fischer] Haftung für Scheininlandsgesellschaften, IPRax 1991, 100 ff.
- [Freitag] Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht, EuZW 1999, 267 ff.
- [Fritz] Die internationale Sitzverlegung von Personengesellschaften im deutschen und französischen Rechtskreis, Konstanz 1982, zugl. Diss. jur., Konstanz, Univ., 1982
- [Ganske] Internationale Fusion von Gesellschaften - ein neuer Ansatz, DB 1985, 581 ff.
- [Ganske] Umwandlungsrecht, 2. Aufl., Düsseldorf 1995

Anhang B. Literaturverzeichnis

[Gaudemet-Tallon]

Les conventions de Bruxelles et de Lugano, 2^{ème} éd., Paris 1996

[Geimer; Schütze]

Europäisches Zivilverfahrensrecht, München 1997

[Génin; Chambaud]

Je réussis ma SARL, Genève u.a. 1991

[Geßler; Hefermehl; Eckardt]

Aktiengesetz: Kommentar, Bd. 1, München 1984, [zit.: Geßler; Hefermehl; Eckardt; Bearbeiter]

[Gessler]

Fusion des sociétés en droit allemand, in: Association Belge pour le Droit Européen (Éd.), Rapports au colloque international de droit européen, Bruxelles 1962, p. 29 ss.

[Goldman]

Bericht über den Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften, EG-Bull. Beilage 13; 73, 33 ss.

[Goldman]

Europäisches Handelsrecht, Karlsruhe 1973

[Goldman]

La nationalité des sociétés dans la Communauté européenne, in: Travaux du comité de droit international privé, Paris 1969, p. 215 ss.

[Goldman]

note, Cour d'appel de Paris 19. 03. 1965, Clunet 1966, 117 ss.

[Goldman]

Rapport concernant la convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, Rev. trim. dr. europ. 1968, 405 ss.

[Goldman]

Rapport sur les obstacles juridiques aux fusions internationales des sociétés, Rev. marché com. 1968, 297 ss.

[Goldman]

Le projet de convention entre les Etats membres de la communauté économique européenne sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, RabelsZ 31 (1967), 201 ss.

[Goldman; Lyon-Caen; Vogel]

Droit commercial européen, 5^{ème} éd., Paris 1994

-
- [Goutier; Knopf; Tulloch (Hrsg.)]
Kommentar zum Umwandlungsrecht, Heidelberg 1996, [zit.: Goutier; Knopf; Tulloch; Bearbeiter]
- [Grabitz; Hilf (Hrsg.)]
Vertrag über die Europäische Union, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd. 1, München (Stand: Oktober 1999), [Grabitz; Hilf; Bearbeiter]
- [Grasmann] System des internationalen Gesellschaftsrechts, Außen- und Innenstatut der Gesellschaften im internationalen Privatrecht, München 1970
- [Großfeld] Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, Ra-belsZ 31 (1967), 1 ff.
- [Großfeld] Die „ausländische juristische Person Co. KG“, IPRax 1986, 351 ff.
- [Großfeld] Europäisches Gesellschaftsrecht, WM 1992, 2121 ff.
- [Großfeld] Internationales Umwandlungsrecht, AG 1996, 302 ff.
- [Großfeld; König]
Identitätswahrende Sitzverlegung in der Europäischen Gemeinschaft, IPRax 1991, 380 ff.
- [Großfeld; Piesbergen]
Internationales Gesellschaftsrecht in der Diskussion, in: Immega u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 1996, S. 881 ff., [zit.: FS Mestmäcker]
- [Großfeld; Strotmann]
Ausländische juristische Personen aus Nicht-EG-Staaten als Komplementär einer KG, IPRax 1990, 298 ff.
- [Grothe] Die „ausländische Kapitalgesellschaft Co“, Köln u.a. 1989, zugl. Diss. jur., Osnabrück, Univ., 1989
- [Guéry] Pratique du droit des affaires, 6^{ee} éd., Paris 1994
- [Guyon] Droit des affaires, t. 1, 8^{ee} éd., Paris 1994

Anhang B. Literaturverzeichnis

- [Hachenburg] Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Großkommentar, Ulmer (Hrsg.), Band I, 8. Aufl., Berlin 1990 [zit.: Hachenburg; Bearbeiter]
- [Hamel] Die Verlegung des Sitzes juristischer Personen ins Ausland, *RabelsZ* 2 (1928), 1002 ff.
- [Hamel; Lagarde]
note, *Cass. Civ.*, 26. 11. 1894, *Clunet* 1895, 117 s.
- [Hamel; Lagarde; Jaufret]
Traité de droit commercial, t. 1, vol. 2, Paris 1981
- [Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts]
Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Dausen (Hrsg.), München 1995, Stand: Juli 1995 [zit.: Bearbeiter, in: *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*]
- [Hatzigayos] *La fusion de sociétés anonymes en droit communautaire et en droit comparé*, Nancy 1984, zugl. *Diss. jur.*, Nancy II, Univ., 1984
- [Heinze] Arbeitsrechtliche Probleme bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung in der Europäischen Gemeinschaft, *ZGR* 1999, 54 ff.
- [Heinze] Probleme der Mitbestimmung und Betriebsverfassung bei einer grenzüberschreitenden Umstrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, *ZGR* 1994, 47 ff.
- [Herzig; Förster]
Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, *DB* 1994, 1 ff.
- [Houin] *Rapport général sur la fusion des sociétés*, in: *Association Belge pour le Droit Européen (Éd.), Rapports au colloque international de droit européen*, Bruxelles 1962, p. 9 ss.
- [Houin] *Le régime des sociétés dans la Communauté Economique Européenne*, *Rev. trim. dr. europ.* 1965, 11 ss.
- [Hüffer] *Aktiengesetz*, 3. Aufl., München 1997

-
- [Impelmann] Die Verschmelzung und der Formwechsel von Unternehmen nach dem neuen Umwandlungsrecht, DStR 1995, 769 ff.
- [Jauernig] Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl., München 1999
- [Jayme; Hausmann (Hrsg.)]
Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 9.Aufl., München 1998
- [Jura Europae]
Jura Europae, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, Bd. 3, Hefermehl (Hrsg.), München, Stand: Oktober 1994 [zit.: Jura Europae; Bearbeiter]
- [Kaligin] Das internationale Gesellschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, DB 1985, 1449 ff.
- [Kallmeyer] Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen?, ZIP 1996, 535 ff.
- [Kallmeyer] Das neue Umwandlungsgesetz, ZIP 1994, 1746 ff.
- [Karl] Zur Sitzverlegung deutscher juristischer Personen des privaten Rechts nach dem 8. Mai 1945, AcP 159 (1960; 61), 293 ff.
- [Kimminich] Einführung in das Völkerrecht, 6. Aufl., Tübingen u.a. 1997
- [Kindler] Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften?, NJW 1999, 1993 ff.
- [Knobbe-Keuk]
Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154 (1990), 325 ff.
- [Knobbe-Keuk]
Niederlassungsfreiheit: Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot?, DB 1990, 2573 ff.
- [Kölner Kommentar]
Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Zöllner (Hrsg.), Band 1, 2. Aufl., Köln u.a. 1986, [zit.: Kölner Kommentar; Bearbeiter]

- [Koppensteiner] Grundlagenkritische Bemerkungen zum EWG- Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften, *RabelsZ* 39 (1975), 405 ff.
- [Koppensteiner] Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, Frankfurt a. M. 1971
- [Kösters] Rechtsträgerschaft und Haftung bei Kapitalgesellschaften ohne Verwaltungssitz im Gründungsstaat, *NZG* 1998, 241 ff.
- [KPMG] Studie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen, durchgeführt von: KPMG European Business Centre, Brüssel für die Kommission der Europäischen Gemeinschaft
- [Kraft; Kreutz] Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Neuwied 2000
- [Krause] Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im deutschen und französischen Recht, Berlin 1966
- [Kreuzer] Grenzüberschreitende Restrukturierungen von Gesellschaften im Gemeinsamen Markt, *EuZW* 1994, 73 ff.
- [Kreuzer] Die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften im Gemeinsamen Markt, *Ress; Stein (Hrsg.)*, Saarbrücken 1993
- [Kronke] Deutsches Gesellschaftsrecht und grenzüberschreitende Strukturänderungen, *ZGR* 1994, 26 ff.
- [Kruse] Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG, Köln u.a. 1997
- [Lagarde] note, *Cour d'appel de Paris* 19. 03. 1965, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1967, 101 ss.
- [Lange] Anm. zu *EuGH v. 09. 03. 1999 - Rs. C 212; 97*, *DNotZ* 1999, 593 ff.

-
- [Le Bras] Le transfert du siège social des sociétés étrangères en France, Bull. Joly 1983, 795 ss.
- [Le Gall] vgl. Recueil Dalloz Sociétés - Siège Social -
- [Legros] La reconnaissance de la personnalité morale des sociétés étrangères, Bull. Joly 1992, 42 ff.
- [Leible] Anm. zu EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C 212; 97, NZG 1999, 298 ff.
- [Leleux] note, Cass. belge 12. 11. 1965, Clunet 1967, 140 ss.
- [Levasseur] Du changement de nationalité des sociétés anonymes, Rev. soc. 1914, 321 ss.
- [Lévy] La nationalité des sociétés, Paris 1984
- [Loussouarn] Le droit d'établissement des sociétés, Rev. trim. dr. europ. 1990, 229 ss.
- [Loussouarn] Le rattachement des sociétés et la communauté économique européenne, Manin u.a. (Éd.), Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen, Études de droits des communautés européennes, Paris 1984, p. 239 ss., [zit.: Mélanges Teitgen]
- [Loussouarn] La nationalité des sociétés, Recueil de Cours 1959 I, 492 ss.
- [Loussouarn] Nationalité des sociétés et communauté économique européenne, Rev. jur. com. 1990, 145 ss.
- [Loussouarn] Les incidences des Communautés Européennes sur la conception française du droit international privé, Rev. trim. dr. europ. 1974, 708 ss.
- [Loussouarn] note, Cass. Civ., 07. 07. 1947, Rev. crit. dr. int. pr. 1949, 78 ss.
- [Loussouarn; Bourel]
Droit international privé, 6^{ee} éd., Paris 1999
- [Loussouarn; Bredin]
Droit du commerce international, 5^{ee} éd., Paris 1994

Anhang B. Literaturverzeichnis

- [Loussouarn; Trochu] Juris-Classeurs, Droit international, Paris (Stand: April 1999) Les sociétés étrangères en France, Fasc. 564-20, Nationalité des sociétés, Fasc. 564-10, Conflits de lois en matière de sociétés, Fasc. 564-30
- [Luchaire] La „nationalité“ des personnes morales, Rev. jur. pol. 1971, 755 ss.
- [Luchsinger] Die Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften in der EG, den USA und der Schweiz, Freiburg 1992
- [Luchterhandt] Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen, Stuttgart 1971
- [Lutter] Perspektiven eines europäischen Unternehmensrechts - Versuch einer Summe, ZGR 1992, 435 ff.
- [Lutter] Umstrukturierung von Unternehmen über die Grenze: Versuch eines Resümees, ZGR 1994, 87 ff.
- [Lutter] Empfehlen sich für die Zusammenfassung europäischer Unternehmen neben oder statt der europäischen Handelsgesellschaft und der internationalen Fusion weitere Möglichkeiten der Gestaltung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts?, Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag, herausgegeben von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band 1, Teil H, München 1970 [zit.: Lutter, Gutachten]
- [Lutter (Hrsg.)] Umwandlungsgesetz, Kommentar, Köln 2000 [zit.: Lutter; Bearbeiter]
- [Lutter (Hrsg.)] Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl., Berlin 1996
- [Mayer] Droit international privé, 6. Aufl., Paris 1998
- [Mazeaud] De la nationalité des Sociétés, Clunet 1928, 30 ss.

-
- [Meilicke, H.; Meilicke, W.]
Zur ausländischen Kapitalgesellschaft als Unternehmen in der Rechtsform des § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG, BB 1977, 1063 ff.
- [Meilicke, W.] Unvereinbarkeit der Sitztheorie mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, RIW 1992, 578 f.
- [Meilicke, W.] Zur Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und anderem höherrangigem Recht, BB-Beilage 9; 95, 1 ff.
- [Meilicke, W.] Sitztheorie und EWG-Vertrag nach Handels- und Steuerrecht, RIW 1990, 449 ff.
- [Meilicke, W.] Zum Vorschlag der Europäischen Kommission für die 14. EU-Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts - Sitzverlegungs-Richtlinie, GmbHR 1998, 1053 ff.
- [Meilicke, W.] Anm. zu EuGH v. 09. 03. 1999, Rs. C 212; 97, DB 1999, 625 ff.
- [Menjucq] Transfert international de siège social: état du droit positif, JCP éd. E 1999, 1617 ff.
- [Menjucq] La mobilité des sociétés dans l'espace européen, Paris 1997
- [Mercadal; Janin]
Sociétés commerciales, 20^{ee} éd, Paris 1990
- [Merle] Droit commercial, 6^{ee} éd., Paris 1998
- [Mestre; Blanchard-Sébastien]
Lamy Sociétés Commerciales, Paris 1997
- [Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht]
Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Richardi u.a. (Hrsg.), Bd. 1, Bd. 3, München 1992, [zit.: MünchArbR; Bearbeiter]
- [Münchener Kommentar]
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 11, 3. Aufl. München 1999, [zit.: MünchKomm; Bearbeiter] Bd. 7, 2. Aufl., München 1990, [zit.: MünchKomm; Bearbeiter, 2. Aufl.]

Anhang B. Literaturverzeichnis

- [Neumayer] Betrachtungen zum internationalen Konzernrecht, ZVglRWiss 83 (1984), 129 ff.
- [Neye] Verschmelzungen, Spaltungen, Formwechsel nach neuem Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht, Kölner Umwandlungsrechtstage 1995, Lutter (Hrsg.), Köln u.a. 1995, S. 1 ff.
- [Neye] Die Vorstellungen der Bundesregierung zum Vorschlag einer 14. Richtlinie, ZGR 1999, 13 ff.
- [Neye] Der Regierungsentwurf zur Reform des Umwandlungsrechts, ZIP 1994, 165 ff.
- [Niboyet] Traité de droit international privé français, t. II, 2^{ième} éd., Paris 1951
- [Niboyet] note, Cass. Civ., 11. 07. 1928, Clunet 1931, 389 ss.
- [Niboyet] Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés?, Rev. dr. int. pr. 1927, 402 ss.
- [Palandt] Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Aufl., München 2001 [zit.: Palandt; Bearbeiter]
- [Perrin] La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets, Genève 1969
- [Perroud] Le changement de nationalité des sociétés anonymes, Clunet 1926, 561 ss.
- [Pfister] Europäisches Gesellschaftsrecht, Frankfurt a. M. u.a. 1993
- [Pillet] Des personnes morales en droit international privé, Paris 1914
- [Pillet] Traité pratique de droit internationale privé, t. II, Grenoble 1923-24
- [Pohlmann] Das französische Internationale Gesellschaftsrecht, Berlin 1988
- [Priester] Das neue Verschmelzungsrecht, NJW 1983, 1459 ff.
- [Raiser] Mitbestimmungsgesetz, 3. Aufl., Berlin u.a. 1998

-
- [Ray] Droit du travail, 5. Aufl., Reuil-Malmaison 1996
- [Recueil Dalloz Sociétés]
Recueil Dalloz Sociétés, Paris 1996 [zit.: Bearbeiter, in: Recueil Dalloz Sociétés]
- [Reithmann; Martiny; Hausmann]
Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl., Köln 1996
- [Ripert; Roblot; Germain]
Traité de droit commercial, 16^{ee} éd., Paris 1996
- [Rixen; Böttcher]
Erfahrungsbericht über eine transnationale Verschmelzung, GmbHR 1993, 572 ff.
- [Roth, G.] Gründungstheorie: ist der Damm gebrochen?, ZIP 1999, 861 ff.
- [Roth, W.] Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht, ZEuP 1994, 5 ff.
- [Roth, W.-H.] Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht, RabelsZ 55 (1991), 623 ff.
- [Routier] Les fusions de sociétés commerciales, Paris 1994
- [Sachverständigengruppe „european systems of worker involvement“]
Abschlußbericht (Davignon-Bericht), Mai 1997,
http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/labour/davignon/davi_de.htm vom 26. 02. 2001; [Server der Europäischen Union: das Parlament, der Rat, die Kommission, der Gerichtshof, der Rechnungshof und alle übrigen Organe der Europäischen Union]
- [Sagasser; Bula; Brüniger (Hrsg.)]
Umwandlungen, 2. Aufl., München 2000 [Sagasser; Bula; Brüniger; Bearbeiter]
- [Sandrock] Die Multinationalen Kooperationen im Internationalen Privatrecht, BerDGesVR 18 (1978), 169 ff.

- [Sandrock] Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Fragen, Testschrift für Günter Beitzke zum 70. Geburtstag, Sandrock (Hrsg.), Berlin 1979, S. 669 ff., [zit.: FS Beitzke]
- [Sandrock] Sitztheorie, Überlagerungstheorie und der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer, RIW 1989, 505 ff.
- [Sandrock; Austmann]
Das Internationale Gesellschaftsrecht nach der Daily Mail-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs: Quo vadis?: RIW 1989, 249 ff.
- [Saß] Probleme der Umsetzung der steuerlichen EG-Fusionsrichtlinie in Deutschland, Frankreich Belgien, Niederlande, Großbritannien, DB 1993, 1892 ff.
- [Schädler] Die grenzüberschreitende Realsitzverlegung und sonstige Restrukturierungsformen von Handelsgesellschaften im Verhältnis von Deutschland und Spanien, Marburg 1999
- [Schlenker] Gestaltungsmodelle einer identitätswahrenden Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften über die Grenze, Konstanz 1998
- [Schmidt, K.] Umwandlungen von Vorgesellschaften? - §§ 41 AktG, 11 GmbHG und umwandlungsrechtlicher numerus clausus, Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Lieb u.a. (Hrsg.), Köln u.a. 1999, S. 521 ff. [zit.: FS Zöllner]
- [Schmidt, K.] Freie Beweglichkeit von Unternehmen über nationale Grenzen, Multimedia: Kommunikation ohne Grenzen - grenzenloser Wettbewerb, Köln u.a. 1998, S. 41 ff.
- [Schmidt, K.] Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis, ZGR 1999, 20 ff.
- [Schmidt, S.] Grenzüberschreitende Sitzverlegung innerhalb der EG, DWiR 1992, 11 ff.
- [Schmidt-Hermesdorf]
Ausländische Gesellschaften als Komplementäre deutscher Personengesellschaften?, RIW 1990, 707 ff.

-
- [Schnichels] Reichweite der Niederlassungsfreiheit, Baden-Baden 1995
- [Scholz] Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd. 1, 8. Aufl., Köln 1993, [zit.: Scholz; Bearbeiter]
- [Schwarz] Das neue Umwandlungsrecht, DStR 1994, 1694 ff.
- [Schwarz] Europäisches Gesellschaftsrecht, Baden-Baden 2000
- [Sedemund; Hausmann]
Niederlassungsfreiheit contra Sitztheorie- Abschied von Daily Mail?, BB 1999, 809 ff.
- [Soergel] Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl., Stuttgart u.a. 1996 [zit.: Soergel; Bearbeiter]
- [Sonnenberger]
Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. Heidelberg 1991
- [Sonnenberger]
Der Vorentwurf eines Abkommens über die internationale Fusion, AG 1969, 381 ff.
- [Staudinger] Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Internationales Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Berlin 1993 [zit.: Staudinger; Bearbeiter]
- [Steiger] Grenzüberschreitende Fusion und Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU nach spanischem und portugiesischem Recht, Frankfurt u.a. 1996
- [Steindorff] Reichweite der Niederlassungsfreiheit, EuR 1988, 19 ff.
- [Süss] Sitzverlegung juristischer Personen vom Inland ins Ausland und umgekehrt, Festschrift für Hans Lewald, Basel 1953, S. 603 ff., [zit.: FS Lewald]
- [Synvet] Enfin la société européenne?, Rev. trim. dr. europ. 1990, 253 s.
- [Synvet] L'organisation juridique du groupe international des sociétés, Rennes 1979

Anhang B. Literaturverzeichnis

- [Thomas; Putzo] Zivilprozeßordnung, 21. Aufl., München 1998
- [Teichmann] Die Gesellschaftsgruppe im französischen Recht, Baden-Baden 1999
- [Timmermans] Die europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, Ra-belsZ 48 (1984), 1 ff.
- [Ulmer] Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, JZ 1999, 662 ff.
- [Vavasseur] Du changement de nationalité des sociétés anonymes, Rev. soc. 1914, 321 ss.
- [von Bar] Internationales Privatrecht, Band 1, München 1987
- [von der Groeben; Thiesing; Ehlermann] Kommentar zum EU; EG-Vertrag, Bd. 1, 5. Aufl., Baden-Baden 1997, [zit.: von der Groeben; Thiesing; Ehlermann; Bearbeiter]
- [von Hoffmann] Internationales Privatrecht, 6. Aufl., München 2000
- [von Falkenhausen] Durchgriffshaftung mit Hilfe der Sitztheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts, RIW 1987, 818 ff.
- [von Spindler] Wanderungen gewerblicher Körperschaften von Staat zu Staat als Problem des internationalen Privatrechts, Berlin 1932
- [Weitnauer] Die Europäische grenzübergreifende Gesellschaft, EWS 1992, 165 ff.
- [Werlauff] Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität, ZIP 1999, 867 ff.
- [Widmann; Mayer; Schwarz] Umwandlungsrecht, 4. Aufl., Bonn (Stand: 1999)

-
- [Wiedemann] Gesellschaftsrecht, Bd. 1, München 1980
- [Ziegler] Gesellschafts- und steuerrechtliche Probleme der Fusion zwischen deutschen und französischen Aktiengesellschaften, Stuttgart 1997
- [Zimmer] Internationales Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1996
- [Zöller] Zivilprozeßordnung, 20. Aufl., Köln 1997, [zit.: Zöller; Bearbeiter]
- [Züllig] Die internationale Fusion im schweizerischen Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung des deutschen und italienischen Rechts, Basel u.a. 1975

Lebenslauf

Andrea Reik, 1972 in Stuttgart geboren, studierte nach ihrem Abitur an der Europäischen Schule in Brüssel/Belgien von 1990 bis 1994 Rechtswissenschaft an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Im Anschluss daran absolvierte sie ihren juristischen Vorbereitungsdienst in Aschaffenburg und Würzburg und schloss diesen 1997 mit dem zweiten Juristischen Staatsexamen ab. In der Folgezeit war sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Rechtsvergleichung sowie ausländisches Zivil- und Handelsrecht der Universität Würzburg beschäftigt und widmete sich daneben ihrer Promotion. Seit dem Jahr 2000 arbeitet sie als Rechtsanwältin in der Rechtsabteilung einer größeren mittelständischen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in München, wo sie vor allem im Bereich des Gesellschaftsrechts tätig ist.