

Prof. Dr. Karsten Schmidt

Der Entwurf der 14. EU-Sitzverlegungsrichtlinie – gesellschaftsrechtliche Auswirkungen

Ich kann mir vorstellen, daß vor allem für unsere ausländischen Gäste die Materie in technischer Hinsicht relativ fremd ist. Deswegen macht es vielleicht nichts, daß es gewisse Überschneidungen gibt, mit dem was Herr Dr. *di Marco* gesagt hat. Ich will aber versuchen, das Prinzip dieser neuen Richtlinie deutlich zu machen, nicht die rechtstechnische Verwirklichung, darauf wird es hinauslaufen. Und deswegen wird es am Ende meines Referates auch sehr darauf ankommen, daß man wirklich hier einmal einen Blick in die Richtlinie wirft und mal bestimmte Artikel jedenfalls sich schon einmal anschaut, für die Diskussion vielleicht. Ich bemühe mich, ein wenig langsam zu sprechen, meistens spreche ich ziemlich schnell. Und für den Fall, daß ich doch nachher zu schnell werde, bitte ich Sie, ich meine vor allem die ausländischen Gäste, mir das deutlich zu machen. Man kann das ja machen wie der Dirigent, wenn das Orchester langsamer werden muß. Das läßt sich ja ohne weiteres machen, wenn mir ein Signal gegeben wird, falls ich zu schnell spreche.

Meine verehrten Damen und Herren, Globalisierung bewegt die Welt. Produktmärkte, Weltmärkte und Arbeitsmärkte verteilen sich ohne Grenzen auf die gesamte Wirtschaftswelt. Es konnte nicht ausbleiben, daß auch der Markt für Unternehmensanteile und der Markt für Unternehmenskontrolle in diesen Sog geraten mußte. Damit hat die Frage der Sitzverlegung in den letzten Jahren eine ganz neue Dimension gewonnen. Sehen wir einmal, der Vatikan mußte in tausend Jahren einmal in ein fremdes Land ziehen, bei Unternehmen kann das sehr viel häufiger passieren. Da wir nun kein Weltgesellschaftsrecht haben, hätten wir ein Weltgesellschaftsrecht, so wäre das ganze kein Problem, man würde sich derselben Rechtsformen hier und da bedienen können, da wir kein Weltgesellschaftsrecht haben, die Anerkennung juristischer Personen ... den einzelnen Nationen künftig vielleicht den einzelnen Wirtschaftsräumen -- das ist das Thema *Hommelhoff* -- überlassen ist, wird die Sitzverlegung immer wieder ein Thema -- es kann sein, daß ich hier nachher ein Gemälde mache, ich weiß noch nicht, ich will es mal ausprobieren ... -- wird die Sitzverlegung innerhalb der Wirtschaftsräume immer wieder zum Testfall. Und es versteht sich, daß supranationale Institutionen bei dieser Sitzverlegung eine Chance sein können. Sie können eine Chance sein dafür, supranationale Rechtsformen einzuführen -- das wird das Thema *Hommelhoff* sein -- ob wir für, bei Ihnen wäre das Mercosul, bei uns wäre das die EU eine neue Rechtsform schaffen, die dann für die es gar kein Sitzverlegungsproblem gibt innerhalb dieser Wirtschaftsform. Die andere Variante ist die, und das ist Dr. *di Marcos* Thema und mein Thema, wir haben die national verschiedenen Rechtsformen und wollen eine Möglichkeit schaffen, daß eine Gesellschaft von einem Land ins andere ziehen kann, obwohl sie in dem neuen Land sich einem neuen Recht unterwerfen muß. Die EU ist hierfür ein besonders interessanter Testfall, und zwar deswegen, weil die Mitgliedstaaten nach Art. 22 des Vertrages, dort 3. Spiegelstrich, folgendes sicherzustellen haben: Die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften i.S.d. Art. 58. Ich lasse die Details beiseite: Die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei

Verlegung des Sitzes von einem Mitgliedstaat in den anderen und die Möglichkeit der Verschmelzung von Gesellschaften, die den Rechtsformen verschiedener Mitgliedstaaten angehören, also sowohl die Sitzverlegung als auch die Verschmelzung soll zwischen Rechtsträgern verschiedener Nationalitäten möglich wird. Mit der Verwirklichung dieser Ziele liegt es bisher noch im Argen. Das frühere Abkommen von 1968 ist durch die Bundesrepublik ratifiziert aber mangels Ratifikation durch die Niederlande nicht in Kraft getreten, und nun soll über eine Richtlinie, die sich an die nationalen Gesetzgeber richtet, besseres geleistet werden. Es gibt eine Verschmelzungsrichtlinie, sie ist heute nicht unser Thema, also für die Fusion von Gesellschaften verschiedener Herkunft. Eine englische Ltd., eine deutsche GmbH, würden also verschmolzen werden, das ist jetzt nicht mein Thema, sondern mein Thema ist die englische Ltd. will nach Deutschland kommen und sagt „ich möchte eine deutsche GmbH werden“, das ist das Thema der internationalen Sitzverlegung. Den gegenwärtigen Rechtszustand in dieser Frage brauche ich nur in Erinnerung zu bringen. Herr Dr. *di Marco* hat von der Sitztheorie und der Gründungstheorie gesprochen, das sind international privatrechtliche Theorien, die in der Praxis eine große Rolle spielen. Als Haupthindernis für die freie Beweglichkeit von Unternehmen über die Grenzen gilt heute bei uns diese Sitztheorie, von der Herr Dr. *di Marco* spricht. Die Sitztheorie wird in Deutschland vertreten, nicht nur in Deutschland, sondern in vielen Industriestaaten, z. B. in Frankreich, in Spanien, und wir werden auch sehen, daß der Richtlinienentwurf mit ihr vereinbar ist. In Italien gilt sie mit Modalitäten. Die Sitztheorie besagt in ihrer reinen Formulierung, daß der Verwaltungssitz einer Gesellschaft über das auf sie anwendbare Recht entscheidet. Die Sitztheorie ist also zunächst nur eine international privatrechtliche Anknüpfungsregel, welches Recht gilt für eine Gesellschaft, z. B. das deutsche oder das englische. Das ist die Anknüpfungsregel. Nur eine Anknüpfungsregel: Verwaltungssitz ist der Tätigkeitsort der Geschäftsführung. Das will ich jetzt nicht im einzelnen darlegen. Steuerrechtlich gibt es parallele Begriffe. Geschäftsleitung nennt es das Kapital, das Körperschaftsteuergesetz und unsere Abgabenordnung definiert diese als den Mittelpunkt der Oberleitung. Es gibt also gewissermaßen für jedes Unternehmen, für jede Gesellschaft eine Zentrale, und diese Zentrale kann in London oder in Berlin beispielsweise liegen, und das ist dann der Sitz. Das kann komplizierter sein, aber das ist die Idee. Die Sitztheorie sagt also: da, wo der Sitz ist, da ist auch das maßgebliche Recht. Selbst, wenn die Gesellschaft im Ausland gegründet worden ist. Dem Dogma der Sitztheorie stehen prominente Repräsentanten der Gegentheorie, der Gründungstheorie, z.B. die USA, England und die Niederlande gegenüber. Sie lassen das Recht des Gründungsstaates entscheiden. Das Recht des Gründungsstaates entscheidet über das für eine Gesellschaft maßgebliche Recht. Das setzt freilich für den Auszug von Gesellschaften, eine Ltd. kommt nach Deutschland, voraus, daß der Zuzugsstaat auch die Gründungstheorie anerkennt. Es nützt einer englischen Ltd. überhaupt nichts, wenn sie nach Deutschland kommt, daß sie sagen kann „Wieso, für mich als englische Ltd. gilt die Gründungstheorie, ich bin eine englische Ltd. wo immer ich mich befinde. Auch in der Antarktis bin ich eine englische Ltd.“ Es nützt ihr gar nichts, wenn die deutsche Praxis hier sagt „bei uns gilt die Sitztheorie. Wenn du in Berlin sitzt, dann gilt für dich deutsches GmbH-Recht“.

Ich muß mich etwas kurz fassen: Die Sitztheorie wirkt nun in der Praxis als ein Umzugshindernis. Das wird ihr immer wieder angekreidet. Die Sitztheorie gilt als ein Umzugshindernis. Die Gründungstheorie ist gewissermaßen auf den Export von

Gesellschaften ausgerichtet. England sagt „Unsere Ltd. ist so wunderschön. Überall darf sie agieren“. Die Sitztheorie gilt als ein Umzugshindernis. Mein Beispiel zeigte es ja. Es nützt der englischen Ltd. gar nichts, wenn der Registerrichter in Berlin sagt „Für mich gibt es keine englische Ltd. in Berlin. Für mich bist du eine unzulässige deutsche GmbH“. Sie wirkt also als Gründungshindernis, und das ist ihr immer wieder vorgehalten worden. Ich habe das hier im einzelnen in meiner schriftlichen Fassung sehr ausführlich dargestellt, ich will mich jetzt kürzer fassen. Die Sitztheorie, die in Deutschland herrscht, wirft im Zuzugsland, in meinem Beispiel wäre das also Deutschland, schwierige Rechtsfragen auf. Was machen wir nach der Sitztheorie eigentlich mit einer ausländischen Gesellschaft, die plötzlich ihren Hauptsitz ins Inland verlegt? Was tun wir mit ihr? Auslandsgesellschaft kann sie nach der Sitztheorie nicht sein. Denn die Sitztheorie sagt ja gerade, „wir erkennen dich als Auslandsgesellschaft nicht an“. Diese Antwort kann nicht die richtige sein. Also der deutsche Registerrichter kann ja nicht sagen „du bist für mich eine englische Ltd.“, denn die Sitztheorie verbietet das ja. Es kann auch nicht darum gehen, daß wir es mit zwei Gesellschaften zu tun haben. Man könnte ja auf den Gedanken kommen, die Sitztheorie sagt „du bist eine deutsche Gesellschaft, weil du deinen Sitz in Deutschland hast, und gleichzeitig bist du eine englische Ltd.“. Das wäre ja eine Spaltung des Rechtsträgers, die kann auch nicht ernsthaft gemeint sein. Also behauptet die Sitztheorie, daß die Auslandsgesellschaft im Inland nicht anerkannt wird. „Nicht anerkannt“, was immer das bedeutet. Sie wird jedenfalls nicht als rechtsfähig anerkannt, manche behaupten sogar, nach der Sitztheorie sei die eingewanderte Gesellschaft ein rechtliches Nullum. Ich werde noch zeigen, daß ich das für falsch halte. Was macht die Sitztheorie? Es steht immer in den Büchern: Nach der Sitztheorie wird die Auslandsgesellschaft, wenn sie im Inland sich befindet, nicht anerkannt. Und jeder drückt sich etwas um die Antwort „Was ist das genau?“. Und ich sage noch einmal: Auslandsgesellschaft kann sie nicht sein. Der deutsche Registerrichter kann nicht sagen „du bist eine englische Ltd.“, das ist ja gegen die Sitztheorie. Eine Verdoppelung des Rechtsträgers wäre praktisch unsinnig. Was also soll er sagen? „Du wirst nicht anerkannt“, ein rechtliches Nullum kann es wohl nicht sein. Gegen all das jedenfalls rebelliert die Rechtswirklichkeit. *Brigitte Knobbe-Keuk*, die berühmte Steuerrechtlerin aus Bonn, hat die Sitztheorie mit einer scharfen Gegenattacke angegriffen und hat ihr folgendes vorgeworfen: Destruktivität. Sie ist destruktiv, sie macht die Gesellschaften kaputt. Integrationsfeindlichkeit. Sie verstößt gegen europäisches Recht. Und Perplexität. Sie ist ja in sich widersprüchlich. Wir wissen gar nicht, was nun mit der Gesellschaft eigentlich ist. Richtig ist nur -- und jetzt kommt meine Auffassung --, daß die Sitztheorie in der Praxis destruktive Züge zeigt. Sie baut Brücken, um *tabula rasa* zu machen, wo wir eine juristische Auslandsperson nicht anerkennen wollen, wo wir sie nicht gebrauchen können. Wir wollen verhindern, daß sie hier Platz greift. Das ist das Problem. Wie Billigflaggen im Seerecht, das gibts hier bei den Gesellschaften auch. Man holt sich irgendwo eine billige, was weiß ich, ob es in Nicaragua eine besonders einfache Form gibt, zur GmbH zu werden, dann gründet man die GmbH in Nicaragua, weil es da für 5 DM geht, und verlegt ihren Sitz nach Bonn. Das ist das, was die Sitztheorie verhindern soll. Und für diese Mißbrauchsfälle, diese Companies, ist die Sitztheorie eigentlich eine nützliche Institution, sie ist eine Schutztheorie. Sie ist eine Schutztheorie -- was schützt sie? Sie schützt die nationale Normativbestimmung. Wir haben Normativbestimmungen, die dafür geschaffen sind, daß bestimmte Voraussetzungen vorliegen müssen, damit ein Rechtsträger gegenüber den Gläubigern usw. anerkannt wird. Und das schützt die

Sitztheorie. Sie ist also insofern wirklich eine Nichtanerkennungstheorie für die Mißbrauchsfälle. Das ist lästig. Die Sitztheorie ist von vielen als europarechtsfeindlich bezeichnet worden, z.B. von *Marcus Lutter*. Und die Sitztheorie ist trotzdem im Europäische Gerichtshof anerkannt worden, und zwar in dem berühmten „daily mail“-Fall. Der daily mail-Fall -- der Fall, natürlich, diese Fälle sind ja immer sehr kompliziert. Da ging es um die Auswanderung einer englischen Gesellschaft in die Niederlande. Und dieser daily mail-Fall, da hat der Europäische Gerichtshof gesagt: „Die Sitztheorie, die Nichtanerkennung des Ortswechsels, verstößt nicht gegen europäisches Recht“. Diese Entscheidung hat bei vielen Gesellschaftsrechtlern Empörung ausgelöst, und vor allem hat sie sehr viel Erstaunen ausgelöst. Warum? Ausgerechnet zwischen zwei Ländern, die die Gründungstheorie anerkennen -- England ist die Gründungstheorie, jetzt zieht die Gesellschaft aus England aus und plötzlich fängt England an zu sagen „das geht nicht, das unsere Gesellschaft weg ist“. Worauf beruhte das? Das beruhte darauf, daß die dieser Streit gar nicht wirklich um Sitztheorie und Gründungstheorie gefochten wurde, sondern es geht schlicht und einfach um Steuern. Der englische Steuerfiskus wollte nicht, daß sein Steuersubjekt plötzlich weg war. Das war das Problem. Sonst würde man ja sagen „Wie kommt das denn eigentlich, daß zwei Repräsentanten der Gründungstheorie plötzlich mit der Sitztheorie anfangen, ausgerechnet England vor allem?“ Aber das war das Problem. Der Europäische Gerichtshof hat jedenfalls gesagt „es ist vereinbar mit dem europäischen Recht“. Die meisten Gesellschaftsrechtler, die sich dafür interessieren, halten das für ein großes Unglück und völlig falsch. Ich halte es für richtig. Wir werden es gleich sehen. Die Sitztheorie -- und jetzt kommt meine Wertung -- wird vielfach mißverstanden. Die Literatur liebt es, die Sitztheorie als eine Ausgeburt des vor allem im 19. Jahrhundert herrschenden Nationalstaatsgedankens und als eine Wucherung obrigkeitlicher Konzessionszwänge zu denunzieren. Genau das ist unrichtig. Unbestreitbar übrigens hat die Sitztheorie deswegen im vorigen Jahrhundert so viel Anhängerschaft gefunden, weil man so national dachte. Aber aus heutiger Sicht ist das nicht richtig. Die an der Sitztheorie immer wieder geäußerte Grundsatzkritik beruht auf dem elementaren Mißverständnis, daß der mit ihr angeblich verbundene Neugründungszwang Inhalt der Sitztheorie sei. Wenn Sie in die deutschen Bücher hineingucken, steht überall „Was sagt die Sitztheorie? Die Sitztheorie sagt, die Gesellschaft ist und wird nicht anerkannt und muß neu gegründet werden“. Das ist aber gar nicht der Inhalt der Sitztheorie. Die Sitztheorie -- noch einmal in Erinnerung zu rufen -- ist eine international privatrechtliche Regel. Die Sitztheorie besagt nur etwas über die Anknüpfung. Die Sitztheorie sagt also: „Wenn die Gesellschaft ihren Sitz in Deutschland hat, dann gilt für sie deutsches Recht“. Was das deutsche Recht dann daraus macht, ist nicht die Angelegenheit der Sitztheorie, sondern die Angelegenheit des deutschen Sachrechts, nicht Sachenrechts, sondern des Sachrechts, also des materiellen Rechts. Das wäre hier das Gesellschaftsrecht. Und was macht das deutsche Gesellschaftsrecht mit einer Gesellschaft, die sich in Deutschland befindet, aber es bisher versäumt hat, sich den deutschen Normativbestimmungen zu unterwerfen? Das deutsche Gesellschaftsrecht sagt nicht, diese Gesellschaft sei ein rechtliches Nullum. Sondern das deutsche Gesellschaftsrecht unterwirft eine solche Gesellschaft einem Rechtsformzwang und sagt „du bist existent, aber denk bloß nicht, daß wir dich als GmbH oder als Ltd. anerkennen, sondern du bist ein Rechtssubjekt, das sich keine anständige Verfassung gegeben hat und darum behandeln wir dich als eine inländische Gesellschaft mit unbeschränkter Haftung des Managements und der Gesellschafter“. Die Botschaft jedenfalls, daß die Sitztheorie dazu führe, daß die

Gesellschaft überhaupt nicht als existent angesehen wird, ist nicht richtig, weil die Sitztheorie eine solche Aussage gar nicht enthält. Das hat erst der *Peter Behrens*, ein Hamburg lehrender Gesellschaftsrechtler, entdeckt, immer wieder vorgetragen. Es ist richtig. ***, aus Heidelberg und ich haben sich dem angeschlossen, mit dann immer etwas neueren Folgerungen, aber darum geht es jetzt nicht. D.h. die Gesellschaft ist im Inland existent. Sie hat auch ein Vermögen. Es geht ja wohl nicht an, daß man sagt, die Gesellschaft ist plötzlich ... das Unternehmen hat keinen Rechtsträger, ist trägerlos wie ein Abendkleid, habe ich mal gesagt. Das ist nicht die Folge der Sitztheorie. Das Unternehmen ist doch da, es kann doch nicht sein, daß die Arbeiter keinen Arbeitgeber mehr haben, daß die Grundstücke herrenlos sind, daß die Konten alle keinen Rechtsträger haben. Der Rechtsträger ist da, nur wir erkennen ihn nicht als juristische Person, als GmbH mit den Vorteilen an, die damit verbunden sind. Wir sagen „denke bloß nicht, daß für dich die beschränkte Haftung gilt. Das gilt nicht. Aber du bist da. Und deine Gesellschafter haften unbeschränkt.“ Dann ist die Sitztheorie immer noch lästig, aber wir erkennen: Die Sitztheorie ist nicht nur eine Verhinderungstheorie, sondern die Sitztheorie sagt zu der Gesellschaft „unterwirf dich den Normativbestimmungen des inländischen Rechts“. Und die Frage ist jetzt -- das ist keine Frage der Sitztheorie, sondern es ist eine Frage des Gesellschaftsrechts -- „wie macht man das?“. Wie kann man einen Rechtsträger, von dem wir im Inland sagen „wir können leider dich nicht als GmbH ansehen. Du bist zwar da, aber du bist keine GmbH“ -- wie können wir aus dem eine GmbH oder AG oder so etwas machen? Und damit befaßt sich die Richtlinie. Und deswegen gilt folgendes: Die Richtlinie ist keine Richtlinie gegen die Sitztheorie. Sie nimmt dazu gar nicht Stellung. Und sie ist mit der recht verstandenen Sitztheorie sehr wohl vereinbar. Wie passiert das? Also, die Aufgabe, die man sich stellt ist -- bleiben wir bei unserer Ltd., die nach Berlin zieht. Die ist in London eingetragen. Sie eingetragen in London, aber plötzlich stellt sich heraus, der Verwaltungssitz dieser Gesellschaft ist „Unter den Linden Nr. sowieso in Berlin“. Was machen wir mit dieser Gesellschaft? Wie machen wir, wenn sie es will, aus dieser Gesellschaft eine deutsche GmbH? Das ist das Problem der Richtlinie. Wie macht das die Richtlinie? Und dazu muß ich sie ganz kurz befreunden mit dem Umwandlungsrecht in Deutschland. Die Richtlinie muß nun die Technik vorbereiten, wie man diese Legitimation -- ich betone noch einmal, noch einmal in Erinnerung zu bringen, die Sitztheorie hat verschiedenen Inhalt: für die Mißbrauchsfälle ist sie eine Verhinderungstheorie, das ist klar. Die schrägen Fälle, die schlechten, bösen Fälle, da sagt sie „dich erkennen wir nicht an als GmbH, und deine Gesellschafter haften unbeschränkt“. Aber wenn die Gesellschaft sich dem deutschen GmbH-Recht unterwerfen will, dann ist das hier das Rezept, wie sie es tun kann. Und wie geschieht das? Und dazu muß man sich an das Umwandlungsrecht gewöhnen. Es gibt in Deutschland ein sehr modernes Umwandlungsgesetz. Es hat schon eine lange Geschichte des Umwandlungsrechts gegeben. Und vor allem der Formwechsel, von dem ich jetzt sprechen will, hat eigentlich eine lange Geschichte. Aber das Gesetz, in dem alles zusammengebracht worden ist, ist in Deutschland sehr neu. Es gibt einen sehr berühmten Kommentar, *Marcus Lutter*, Umwandlungsgesetz. Es gibt einen weiteren sehr berühmten Kommentar, *Kallmeyer*, Umwandlungsrecht, also die großen Kommentatoren genau dieses Gesetzes. Es gibt zwei berühmte Kommentare dazu, die Kommentatoren sind hier unter uns. Und in dem Umwandlungsrecht der klassische Fall der Umwandlung, der ist schon im vorigen Jahrhundert erfunden worden, aber noch nicht allgemein, sondern nur für Aktiengesellschaften und GmbHs. Im vorigen Jahrhundert erfunden worden ist der

Formwechsel. Was heißt Formwechsel? Wir stellen uns einmal vor, wir denken jetzt mal nicht an das Internationale, sondern nur an Gesellschaften überhaupt. Wir haben eine Gesellschaft. Wir haben eine GmbH. Und diese GmbH möchte an die Börse. Nach deutschem Recht geht das nur, wenn sie Aktiengesellschaft wird. Ich kann mir vorstellen, daß es in Brasilien ähnlich ist. Man kann mit Aktien an der Börse handeln, aber nicht mit GmbH-Geschäftsanteilen. Diese GmbH, es kann ein mittelständisches Unternehmen sein, braucht Kapital vom Kapitalmarkt und will an die Börse. Was kann es tun? Die Beteiligten sagen „wir müssen in die Aktiengesellschaft“. Wenn wir Umwandlungsrecht haben, dann müssen wir eine neue Aktiengesellschaft gründen und müssen das Vermögen der GmbH übertragen auf diese neue Aktiengesellschaft. Das Umwandlungsrecht sorgt nun dafür, daß diese GmbH unter Wahrung ihrer Identität Aktiengesellschaft werden kann. Das hat große Vorteile. Zum einen technische Vorteile. Wir brauchen kein Grundstück zu übertragen. Sie bekommt nur ein neues Rechtskleid, wie man sagt. Sie bekommt eine neue Verfassung. Diese GmbH bleibt identisch. Ihre Grundstücke bleiben eingetragen. Ihr Vermögen, ihre Arbeitnehmer bleiben Arbeitnehmer derselben Gesellschaft, nur die Gesellschaft ist am Ende eine Aktiengesellschaft und keine GmbH mehr. Das ist das Prinzip des Formwechsels, und dieser Formwechsel löst natürlich Probleme aus. Der Formwechsel wirft vor allem Schutzprobleme auf, z.B. gegenüber den Gläubigern. Es könnte ja auch sein daß eine offene Handelsgesellschaft Aktiengesellschaft wird. Bisher hafteten die Gesellschafter unbeschränkt, jetzt haften sie nur noch beschränkt, usw. Es wirft Gläubigerschutzprobleme auf, es wirft auch Minderheitenschutzprobleme auf, es kann sein, daß in der GmbH ein Mehrheitsbeschluß gefaßt wird, und in der GmbH gibt es einen Minderheitsgesellschafter, der ist dagegen. Er stimmt dagegen, aber er wird überstimmt. Was können wir mit ihm tun? Wir müssen ihn abfinden. Es gibt Schutzprobleme, die das auslöst, aber die Technik, die Idee ist die der identitätswahrenden Überführung aus der einen Rechtsform in die andere. Und wie wird das technisch bewerkstelligt? Es sind die §§ 190 des deutschen Umwandlungsgesetzes. Bewerkstelligt wird es durch einen Umwandlungsbericht. Da muß ein **Umwandlungsbericht** erstellt werden. Man kann also nicht einfach ohne Vorbereitung, also in dem die Details drin stehen, dieses Umwandlungsvorgangs, ohne Vorbereitung geht das nicht. Es wird dann ein Umwandlungsbeschluß gefaßt, d.h. die Gesellschafter dieser GmbH müssen den Beschluß fassen „wir wollen Aktiengesellschaft werden“. Dann müssen die Gründungsvorschriften des Aktienrechts natürlich gewahrt werden, denn sonst wäre es ja, die Vorschriften nach denen man die Normativbestimmungen für die Aktiengesellschaft, diese AktGmbH? muß dafür sorgen, daß sie diese Normativbestimmungen wahrt. Der überstimmt Minderheitsgesellschafter M. muß ein Abfindungsrecht haben, weil er möglicherweise in der Aktiengesellschaft nicht mehr beteiligt sein möchte. Es gibt Gläubigerschutzvorschriften, und am Ende steht eine Eintragung ins Handelsregister. Und mit dieser Eintragung wird *uno actu*? diese GmbH unter Wahrung ihrer Identität zur Aktiengesellschaft. Ich habe das so ausführlich erklärt, weil ich mir vorstellen kann, daß das in Brasilien so technisch einfach nicht ist. Ich weiß es nicht. Der Charme dieser Regelung besteht, sagte ich ja schon, darin, daß man nicht übertragen muß. Die Arbeitnehmer haben denselben Arbeitgeber. Die Grundstücke sind die Grundstücke derselben Gesellschaft. Die Bankkonten dieser GmbH sind jetzt eben Bankkonten derselben Gesellschaft, man muß nur GmbH durchstreichen und schreibt Aktiengesellschaft daneben. Sie hat eine andere Verfassung. Sie hat einen anderen Firmenzusatz, aber sie ist identisch.

Und das interessanteste ist natürlich das steuerliche Problem. Man muß die stillen Reserven nicht auflösen. Wenn das jetzt alles in unserem günstigen Sinne gelöst ist. Also, man muß nicht, wie bei einer Einbringung immer die Gefahr besteht, daß man plötzlich Reserven aufdecken und versteuern muß, sondern das Vermögen bleibt völlig unverändert. Die Gesellschaft bekommt eine neue Verfassung. Und nun sind wir wieder beim Thema. Und jetzt schauen wir uns mal die Richtlinie an. Wir werden sehen, das Konzept dieses Richtlinienentwurfs entspricht dem Formwechsel. Die Idee, ich hatte die Absicht das hier vorzulesen, aber ich spreche jetzt ganz frei, die Idee des Richtlinienentwurfs besteht darin, daß die Gesellschaft unter Wahrung ihrer Identität -- in meinem Beispiel z. B. von einer englischen Ltd. zu einer deutschen GmbH -- gemacht werden kann. Sehen wir uns das einmal an. Zunächst fangen wir an mit dem Art. 4--8 des Richtlinienentwurfs. In Art. 4 haben wir einen **Verlegungsplan**. Das Verwaltungsorgan, also der Geschäftsführer einer GmbH z. B., stellt einen Verlegungsplan auf. Das ist unser Umwandlungsplan, den wir auch beim Formwechsel haben. Sodann Art. 5 ein **Bericht**. Das Leitungs- und Verwaltungsorgan erstellt einen Bericht über die ***. Warum? Damit die beteiligten Gesellschafter, wenn sie abstimmen, auch genau wissen was sie da tun. Es muß ein Bericht erstellt werden, dessen Inhalt hier in der Richtlinie deutlich gemacht worden ist. Das entspricht auch dem Umwandlungsgesetz. Da muß auch ein Umwandlungsbericht gemacht werden. Es kommt dann in Art. 6 der **Beschluß**. Die Gesellschafter müssen einen Beschluß fassen, wahrscheinlich in Deutschland würde man es machen mit qualifizierter 3/4-Mehrheit, Einzelheiten stehen hier in der Richtlinie. Es wird ein Beschluß gefaßt, und das ist der Art. 6. Und der Art. 8 schließlich befaßt sich mit dem **Gläubigerschutz**, aber nur mit dem Schutz der Gläubiger im Wegzugsstaat. Wir müssen uns ja vorstellen, beim Gläubigerschutz geschützt werden müssen die Gläubiger, bei der Sitzverlegung im Wegzugstaat und im Zuzugsstaat. Die Gläubiger der englischen Ltd. müssen davor geschützt werden, daß eines Tages ihre englische Ltd. überhaupt nicht mehr -- sie existiert ja noch. Aber sie erstens keine englische Ltd. und zweitens ist sie nicht mehr in England. Sondern sie ist eine deutsche GmbH. Also muß man die Altgläubiger schützen. Im Gegenzug aber nicht im Richtlinienentwurf erwähnt ist -- darauf komme ich gleich noch -- der Schutz der Gläubiger im neuen, im Zuzugsstaat. Die Gläubiger in Berlin oder die Gläubiger der deutschen GmbH nunmehr müssen auch geschützt werden, und zwar dagegen, daß möglicherweise eine Gesellschaft entstanden ist, die die Kapitalschutzvoraussetzungen nicht erfüllt. Jedenfalls sehen wir schon hier an den Art. 4--8, daß ganz eindeutig dieses gedacht werden kann als ein Formwechsel. Die Gesellschaft behält ihre Identität, wir müssen nur dafür sorgen, daß hier die Schutzmechanismen funktionieren und daß die Gesellschaft im Ausland gelöscht und im Inland eingetragen wird, und dann ist die nämliche, die identische Gesellschaft, die nunmehr als deutsche GmbH fortbesteht. Jetzt kommen wir zu den Art. 11 und 12 des Entwurfs, und da sehen wir, jetzt kommen wir zur Eintragung und zu ihren Folgen. Art. 11: Die Sitzverlegung wird mit dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie in das Register eingetragen wird. Art. 11 Abs. 1. Art. 12: Mit der Bekanntgabe der neuen Eintragung der Gesellschaft ist der neuen Sitz Dritten gegenüber wirksam, und nun ist die Gesellschaft in unserem Beispiel eine deutsche GmbH geworden. Das sind die Art. 11 und 12. Nicht ausdrücklich geregelt ist der Gläubigerschutz im Zuzugsland. Was ist, wenn wir uns mal vorstellen, es gäbe ein GmbH-Recht, bei dem nicht das Kapital so geschützt ist wie in Deutschland. Jetzt ist es eine deutsche GmbH geworden. Wie schützen wir die Gläubiger im Inland? Die Gläubiger im

Wegzugsland sind geschützt durch Art. 8, da steht sie können Sicherheit verlangen. Das habe ich eben etwas schnell gemacht. Also im Wegzugsland, die englischen Gläubiger der englischen Ltd. können Sicherheit verlangen, Art. 8. Weil ihnen ja möglicherweise Gefahr droht aus dem Wegzug und dem Formwechsel. Die Gläubiger im Inland, im Zuzugsland, darüber sagt die Richtlinie nichts. Darüber sagt aber das deutsche Umwandlungsgesetz etwas, und wenn der nationale Gesetzgeber das so umsetzt, wie es im deutschen Gesetz ist, dann wäre das richtlinienkonform. Was steht im deutschen Umwandlungsgesetz? Es ergibt sich daraus, daß die Normativbestimmungen der neuen Gesellschaft gewahrt werden müssen, und man folgert, es muß eine sog. Unterbilanz verhindert werden. Was heißt Unterbilanz? Es muß verhindert werden, daß das Reinvermögen der Gesellschaft nicht mehr das Stammkapital deckt. Im Moment der Gründung – ich kann mir vorstellen, daß das in Brasilien auch so ist – muß man ja dafür sorgen, daß das Garantiekapital auch wirklich da ist. Wir können ja nicht verbieten, daß eine Gesellschaft im Laufe ihrer Existenz Verluste macht. D. h. während sie existiert, kommt es sehr häufig bei GmbHs dazu, daß das Reinvermögen der Gesellschaft (Aktiva minus Passiva) geringer ist als das im Handelsregister eingetragene Kapital. Das deutsche Umwandlungsrecht sagt nun: wenn die Gesellschaft umgewandelt wird, dann muß das Kapital so aufgefüllt werden, daß das Reinvermögen wieder das Stammkapital deckt. So würde ich im Inland die Gläubiger schützen. Das steht nicht in der Richtlinie. Es wäre aber, meine ich, eine richtlinienkonforme Lösung des Gläubigerschutzes. Ich habe ja eben betont, der Art. 8 schützt die Gläubiger, aber nur die Gläubiger der Wegzugsgesellschaft. Und die Gläubiger der Zuzugsgesellschaft müssen dadurch geschützt werden, daß man sagt: Wenn die Gesellschaft sich den Normativbestimmungen des Zuzugslandes unterstellt, dann muß sie sich behandeln lassen, als wäre sie in dieser Hinsicht neu gegründet. Sie wird gar nicht neu gegründet, aber sie muß das Stammkapital decken. Das wäre eine Frage der Umsetzung des Richtlinienentwurfs. Und dann komme ich schließlich noch zu der technischen Verzahnung. Warum brauchen wir für das ganze eigentlich eine Richtlinie. Es gibt in Deutschland Wissenschaftler, d. h. dieser *Peter Behrens*, das ist *Kronke* und das bin ich, die sagen: das ganze geht schon jetzt. Wir müssen das mit einem etwas komplizierten Umwandlungsverfahren, Umgründungsverfahren im nationalen Recht lösen. Aber das Hauptproblem ** jetzt -- die Gerichte erkennen das nur z. T. an, es gibt Gerichte die das so machen. Aber was nützt es Ihnen, wenn die Gerichte sagen, da gibt es Professoren, die sagen das geht, wir sagen das geht nicht. Das zweite ist aber die Verzahnung mit dem Ausland. Es genügt ja gar nicht, daß Sie die Gesellschaft irgendwie in deutsche Register hineinbekommen, sondern Sie müssen ja für eine simultane Löschung im Ausland sorgen. Es muß eine Verzahnung geben zwischen der Wegzugslösung und der Zuzugslösung. Und deswegen ist die Richtlinie genau das richtige Vehikel, um diesen Formwechsel, wie ich es nenne, um den Umzug von Gesellschaften mit dieser Technik, mit der Identitätswahrung hinzubekommen. Und siehe, auch daran haben die Verfasser der Richtlinie gedacht. Art. 9, Art. 10 und Art. 12 sorgen dafür, daß hier eine Verzahnung stattfindet. Wenn Sie Art. 9 sehen: In dem Mitgliedstaat, in dem sich der Sitz der Gesellschaft vor dessen Verlegung befindet, erteilt das zuständige Gericht eine Bescheinigung, aus der hervorgeht, daß bestimmte Formalitäten erfüllt sind. Und Art. 10: Der neue Sitz kann erst nach Vorlage der Bescheinigung eingetragen werden und nach Erbringung des Nachweises. Und Art. 12 sagt dann: Mit der Eintragung wird das wirksam, und die Eintragung -- Art. 11 Abs. 3: Die Eintragung der Gesellschaft im Register des früheren Sitzes kann erst gelöscht werden,

wenn nachgewiesen ist, daß die Gesellschaft im Register des neuen Sitzes eingetragen ist. D.h. wir tragen sie in Berlin ein, dann wird das in London mitgeteilt, dann wird die Ltd. in London gelöscht. Diese Verzahnung, die können Sie mit noch so viel Gelehrsamkeit nicht hinbekommen, dazu brauchen wir die Richtlinie. Sie ist also genau das richtige Vehikel. So viel also zu der Idee des ganzen. Ich habe da noch einiges aufgeschrieben, wie man das in Deutschland ins Gesetz hineinbrächte, das wird Sie nicht so sehr interessieren. Was ich aber noch ergänzen möchte, ist folgendes: Der Gesetzgeber stellt sich das immer vor mit dieser Sitzverlegung als wenn eine Ltd. eine GmbH werden möchte. Aber ich behaupte, diese Umsetzung dieser Richtlinie sollte so geschehen, daß man auch eine Art cross-over machen kann. Man muß gleichzeitig auch die Rechtsform wechseln können. Mein Beispiel ist immer: in Europa z. B. die Aktiengesellschaft ist bisher in Deutschland eine elitäre Rechtsform für große Gesellschaften. Das ändert sich ja z. Zt. sehr stark. Herkömmlich war es ja so: Aktiengesellschaften stellte man sich in Deutschland als größere Industrieunternehmen vor. In der Schweiz ... in Griechenland beispielweise kann es sein, daß eine Tankstelle von einer Aktiengesellschaft betrieben wird. Ich kann mir vorstellen, daß auch in Brasilien sehr kleine Aktiengesellschaften bestehen. Aus Argentinien weiß ich, daß es Eheleute gibt, die wollen gemeinsam eine Eigentumswohnung kaufen und gründen eine Aktiengesellschaft, und die Aktiengesellschaft kauft dann die Wohnung. Warum die das tun, weiß ich nicht, aber solche Beispiele soll es in Buenos Aires gar nicht so selten geben. Also, der Gebrauch von diesen Rechtsformen ist unterschiedlich. Jetzt kann es doch sein, daß eine griechische Aktiengesellschaft nur eine Tankstelle betreibt, diese Tankstelle will vielleicht nicht nach Berlin ziehen, schlechtes Beispiel, aber ein kleines griechisches Unternehmensberatungsbüro, also eine kleine Dienstleistungsgesellschaft, die in Deutschland niemals Aktiengesellschaft wäre, die will nach Deutschland ziehen. Muß sie nun Aktiengesellschaft bleiben? Es muß in meinen Augen gewährleistet werden, daß man die Sitzverlegung mit einer Umwandlung hier nach dem deutschen Formwechsel kombiniert. Einen cross-over nenne ich das, daß man also nicht nur sagt „wir wollen aus der griechischen Aktiengesellschaft eine deutsche Aktiengesellschaft machen“, sondern es muß in einem Zuge gehen, daß man auch sagt „wir machen aus der griechischen Aktiengesellschaft eine deutsche GmbH“ oder Kommanditgesellschaft, je nach Geschmack. Das muß auch zulässig sein. Und die Brücke zu all dem schafft diese Richtlinie. Sie zeigt auch, daß die Sitztheorie, wenn man von ihr den rechten Gebrauch macht, gar nicht so ein Hindernis ist. Man muß nur das technische Instrumentarium schaffen, um diese Sitzverlegung zu legitimieren. In Deutschland wurde immer über die nicht, die illegitimen Sitzverlegungen gesprochen. Nichtanerkennung der Gesellschaft. Aber es gibt eben hier die Legitimation. Das muß möglich sein. Und schließlich: Soll die Sitzverlegung eigentlich beschränkt bleiben auf die geplante Sitzverlegung? Oder soll man auch illegitime Kinder gewissermaßen hier nachträglich legitimieren können? Mein Vorschlag ist der, daß bei der Umsetzung der Richtlinie nicht nur gedacht wird an die Gesellschaften, die ganz planvoll da rangehen, sondern es kann ja auch passieren, daß eines Tages die Nichtanerkennungsvariante der Sitztheorie zuschnappt. Nehmen wir doch mal an, die englische Ltd. ist in London eingetragen, ihre Aktivitäten gehen allmählich im Laufe der Jahre immer mehr nach Berlin, und irgendwann ist der Zeitpunkt erreicht, wo man sagt „Kinder, jetzt ist aber der Sitz in Berlin“. Und jetzt wird sie dort nicht anerkannt. Oh weh, oh weh. Jetzt ist sie eine Gesellschaft mit unbeschränkter Haftung. Meine Auffassung ist die: die Sitzverlegungsrichtlinie sollte nicht verwendet werden nur für die Fälle, in denen

man ganz planvoll da rangeht, sondern sie sollte auch für die Altfälle, bei denen eine sog. □□□ Company z.Zt. nicht anerkannt wird, zur Heilung dienen können. Das war das, was ich hierzu vorzutragen habe. Ich bin damit am Ende meiner Ausführungen. Hinweisen möchte ich noch darauf, daß das Gesellschaftsrecht nur Instrument bei all dem ist. Es sind ja ökonomische Dinge, die in erster Linie das Interesse, das materielle Interesse daran bilden, und es ist das Steuerrecht, bei dem sehr stark die Musik spielt. Daß diese Sitzverlegung nicht verbunden wird mit der Aufdeckung stiller Reserven, das ist das große Thema. Ich weiß nicht, ob Herr Kallmeyer mir da zustimmt. Ohne daß man einen neuen Rechtsträger schafft, daß man sagt „Oh, was für ein riesiges Vermögen, es muß die Gewinne ausweisen und versteuern“, sondern daß man sagt „es ändert sich nichts, nur daß die Ltd. plötzlich eine deutsche GmbH ist. Und die stillen Reserven bleiben ganz schön still“. Da spielt sehr stark die Musik, nur das ist nicht mein Thema, und das ist auch nicht das Thema der Richtlinie. Die Richtlinie und dieser ganze Mechanismus der Sitzverlegung will nur die Spielregeln entwickeln, in denen man das ökonomisch Sinnvolle, nämlich den Umzug von Gesellschaften von einem Land ins andere bewerkstelligt. Damit fasse ich zusammen:

1. Der Richtlinienentwurf bricht nicht, wie vielfach gefordert, mit der Sitztheorie, sondern er steht mit ihr im Einklang. Um das zu erkennen darf man die Sitztheorie allerdings nicht - wie es bisher immer geschehen ist -- als bloße Nichtanerkennungstheorie begreifen. Die Sitztheorie hält Auslandsgesellschaften an, sich an den Richtlinien, an den Verwaltungssitz gebundene, geltende Normativbestimmungen messen zu lassen und sich ihnen zu unterwerfen. Und wir sind aufgerufen zu sagen „wie kann sie das tun, die Gesellschaft“. Das macht der Richtlinienentwurf.
2. Der Richtlinienentwurf will es den foreign companies ermöglichen, sich den Sanktionen der Rechtsformverfehlung im Land des Verwaltungssitzes zu entziehen, die geplante Richtlinie ist umzusetzen durch Zulassung eines identitätswahrenden Formwechsels. Wenn wir uns das verwirklicht vorstellen, wird man eines Tages hoffentlich in Deutschland sagen: Es ist völlig gleichgültig, ob wir eine deutsche Kommanditgesellschaft in eine deutsche Aktiengesellschaft umwandeln, das ist dann eben Umwandlungsgesetz, oder ob wir eine griechische Aktiengesellschaft in eine deutsche Aktiengesellschaft oder eine deutsche Kommanditgesellschaft umwandeln. Das ganze wird zu einem Institut.
3. Bei der Umsetzung der Richtlinie ist genau zu unterscheiden zwischen den Regeln, die für das Wegzugsland gelten und für das Zuzugsland gelten, das habe ich hoffentlich ein bißchen deutlich gemacht. Die Art. 4--8 (Verlegungsplan usw.) das Wegzugsland, die Art. 10--12 ist das Problem des Zuzugsstaats. Und
4. Der innere Rechtsträger sollte nicht nur auf die inländische Variante derselben Rechtsform beschränkt sein, sondern wir müssen auch das cross-over ermöglichen. Die Kombination zwischen Formwechsel und Umzug von einem Land in das andere.

Sie sehen, wenn man das wirklich -- es ist bisher ein Richtlinienentwurf -- wenn es eine Richtlinie ist, und wenn wir uns vorstellen, sie wird umgesetzt, dann wird der Umzug von Gesellschaften eine ziemlich einfache Sache. Das, was vorher ein großes Problem für uns

war und große Prozesse ausgelöst hat, würde dann, wenn die Notare und Berater wirklich aufpassen, zu einer technisch sehr einfach durchführbaren Angelegenheit.

Das wäre ein großer Beitrag zur Internationalisierung des Gesellschaftsrechts. Das kann man bisher in Wirtschaftsräumen, die solche Richtlinien haben, machen – das würde für MERCOSUR vielleicht dann auch gelten können – und eines Tages wird man dann möglicherweise auch weltumspannend so etwas machen können. Ob man das dann aber noch brauchen wird, hängt eigentlich davon ab, ob man nicht eines Tages ohnehin international kompatible Rechtsformen herstellt; das ist das Thema, über das Herr *Hommelhoff* nachher sprechen wird.