

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Zum Vorschlag der Europäischen Kommission für die 14. EU-Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts - Sitzverlegungs-Richtlinie*.

Die Verlegung des Sitzungssitzes von Gesellschaften eines Mitgliedslandes der EU in ein anderes Mitgliedsland ist bisher oft nicht möglich. Das behindert die Optimierung der Allokation von finanziellen und personellen Ressourcen innerhalb der EU und damit die Vollendung des Binnenmarktes. Die Europäische Kommission hat nun vorgeschlagen, durch eine 14. Richtlinie die Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU generell zu ermöglichen.

Im Hinblick auf die wesentliche Rechtsänderung, welche sowohl für die Gesellschafter als auch für die Gläubiger der Gesellschaft mit der Unterstellung der Gesellschaft unter ein anderes Recht einhergeht, sind die Voraussetzungen und Formalitäten für die Sitzverlegung den Regeln über die formwechselnde Umwandlung sehr stark angenähert. Der Richtlinienentwurf behandelt aber ausdrücklich nur die Änderung des Sitzungssitzes und damit des auf die Gesellschaft anwendbaren Gesellschaftsrechts. Der Autor zeigt auf, daß aber noch Abstimmungsbedarf zu verbundenen Rechtsgebieten, insbesondere zum Steuerrecht, besteht.

Dr. Wienand Meilicke ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Licencié en droit français, LL.M. taxation (N.Y.U.) in Bonn.

I. Möglichkeit zum Zuzug schon de lege lata?

Fraglich ist zunächst, ob die 14. EU-Richtlinie überhaupt erforderlich ist, um ausländischen Gesellschaften den Zuzug nach Deutschland zu ermöglichen. *Karsten Schmidt* hat im Rahmen des 10. Bonner Europa-Symposiums darauf hingewiesen, daß das deutsche Umwandlungsrecht in Verbindung mit der Sitztheorie den Zuzug des Sitzungssitzes schon heute ermöglicht. Die Sitztheorie beschränkt sich nämlich nicht auf die Nichtanerkennung des nach ausländischem Recht gegründeten Gebildes, sondern die in Deutschland real vorhandenen kommerziellen Aktivitäten werden einem real existierenden Rechtsträger zugeordnet, der als nach deutschem Recht gegründete offene Handelsgesellschaft qualifiziert wird.

Für den Sitz einer Personengesellschaft kommt es auf den "Sitz", der im Gesellschaftsvertrag genannt wird, jedoch nicht an. Der Sitz einer Personengesellschaft im Sinne des deutschen Gesellschaftsrechts befindet sich vielmehr zwingend am Ort ihrer Hauptverwaltung. Das deutsche Umwandlungsgesetz läßt seit 01.01.1995 die Umwandlung einer OHG in eine andere Rechtsform, z. B. in eine GmbH, problemlos zu. Wenn eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt und deswegen hier als OHG qualifiziert wird, kann sie sich also unter Wahrung ihrer Identität nach §§ 190 ff. UmwG formwechselnd in eine GmbH umwandeln.

Es bleiben jedoch Fragen.

1. Identitätswahrende Ankunft in Deutschland?

Zunächst stellt sich die Frage, ob die nach ausländischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft sich durch Umzug ihrer Hauptverwaltung nach Deutschland identitätswahrend in eine offene Handelsgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland umwandelt. Muß z. B. das deutsche Fabrikgrundstück der nach ausländischem Recht gegründeten Kapitalgesellschaft auf die nach deutschem Recht bestehende offene Handelsgesellschaft aufgelassen werden, wenn die Gesellschaft mit ihrer Hauptverwaltung von Straßburg nach Kehl umzieht, oder ist das Grundbuch lediglich zu berichtigen? Soweit ersichtlich, lassen die Vertreter der Sitztheorie eine Antwort auf diese Frage bisher vermissen.

Ich verstehe die Vertreter der Sitztheorie so, daß eine nach ausländischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft mit Verlegung des Sitzes ihrer Hauptverwaltung nach Deutschland sich automatisch in eine deutsche OHG umwandelt. Es bedarf also keiner Übertragung durch Einzelrechtsnachfolge, um Vermögensgegenstände, die bisher der nach ausländischem Recht gegründeten Kapitalgesellschaft gehört

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

haben, auf die OHG zu übertragen. Durch den Umzug der Hauptverwaltung wird die nach ausländischem Recht errichtete Kapitalgesellschaft lediglich anders, aber identitätswahrend, qualifiziert. Wäre es anders, so müßten die Vertreter der Sitztheorie ja bis zum Zeitpunkt der Durchführung der dinglichen Übertragungsakte für jedes einzelne im Inland gelegene Wirtschaftsgut die nach ausländischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft als solche noch anerkennen. Nach der Sitztheorie ist das Grundbuch für das inländische Fabrikgrundstück also lediglich zu berichtigen, wenn die nach ausländischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft, die als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen ist, den Sitz ihrer Hauptverwaltung von Straßburg nach Kehl verlegt.

Für die gegenteilige Auffassung könnte angeführt werden, daß im umgekehrten Fall, wenn nämlich eine nach deutschem Recht errichtete Kapitalgesellschaft den Sitz ihrer Hauptverwaltung ins Ausland verlegt, nur eine Auflösung angenommen wird, die Gesellschaft das Liquidationsstadium aber nicht verläßt und als "Gesellschaft i. L." im Inland weiterhin rechtsfähig bleibt. Würde man diese Behandlung im Zuzugsfalle spiegelbildlich der nach ausländischem Recht gegründeten Kapitalgesellschaft angedeihen lassen, so wäre damit die Rechtsfähigkeit aber zugestanden. Als "Gesellschaft i. L." läßt sich in Deutschland nämlich gut und lange leben, wenn nur die Rechtsfähigkeit eingeräumt wird. Das ist mit den Zielen der Sitztheorie zur Nichtanerkennung nicht zu vereinbaren. Auch muß das inländische Grundstück ja irgendeinem Eigentümer zugerechnet werden, wenn die nach ausländischem Recht gegründete, als Eigentümerin eingetragene Kapitalgesellschaft den Sitz ihrer Hauptverwaltung nach Deutschland verlegt, ohne eine Auflassung des Grundstücks an die OHG zu erklären. Würde das Grundstück noch der in Liquidation befindlichen, nach ausländischem Recht gegründeten Kapitalgesellschaft zugerechnet, so müßte diese "ausländische Kapitalgesellschaft i. L." ja doch als neben der OHG noch existierend im Inland anerkannt werden. Da dies den Wünschen der Vertreter der Sitztheorie aber nicht entspricht, bleibt der Sitztheorie nur, in der Verlegung des Verwaltungssitzes einer nach ausländischem Recht gegründeten Kapitalgesellschaft nach Deutschland einen identitätswahrenden Formwechsel in eine deutschem Recht unterliegende OHG zu sehen.

2. Behandlung des Formwechsels nach deutschem Steuerrecht

Fraglich ist weiter, wie das deutsche Steuerrecht die beiden Formwechsel von einer nach ausländischem Recht errichteten Kapitalgesellschaft mit ausländischem Satzungssitz in eine deutschem Recht unterliegende OHG mit inländischem Sitz und weiter in eine deutsche GmbH behandelt.

a) Steuerliche Behandlung des Zuzugs

Die steuerliche Behandlung des Zuzugs ergibt sich aus dem *Liechtenstein-Urteil* des BFH: Während die nach ausländischem Recht errichtete Kapitalgesellschaft als beschränkt steuerpflichtig behandelt wird, solange sie den Ort ihrer Geschäftsleitung im Ausland hat, wird sie durch Verlegung des Verwaltungssitzes ins Inland grundsätzlich ein nicht rechtsfähiges Gebilde, welches nach § 1 Abs. 1 Nr. 5, § 3 KStG der Körperschaftsteuer unterliegt. Ob der Übergang von der beschränkten zur unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht durch Zuzug des Wohnsitzes einer natürlichen Person oder durch Zuzug des Verwaltungssitzes eines körperschaftsteuerpflichtigen Subjektes eine Gewinnrealisierung auslöst, ist streitig.

Wie die zahlreichen nach ausländischem Recht errichteten Kapitalgesellschaften mit inländischem Ort der Geschäftsleitung zeigen, ist dies jedenfalls kein grundsätzlicher Hinderungsgrund für den Zuzug.

b) Steuerliche Behandlung der Umwandlung in GmbH

Zweifellos wird die vom deutschem Gesellschaftsrecht als OHG qualifizierte, nach ausländischem Recht errichtete Kapitalgesellschaft auch weiterhin als Körperschaftsteuersubjekt qualifiziert werden, wenn sie formwechselnd als GmbH in das Handelsregister eingetragen ist. Bevor das Handelsregister den Formwechsel in eine GmbH einträgt, wird die nach ausländischem Recht errichtete Kapitalgesellschaft sich aber - wenigstens für eine logische Sekunde - als OHG in das deutsche Handelsregister eintragen lassen müssen. Es stellt sich die Frage, ob das deutsche Steuerrecht in der - gesellschaftsrechtlich nur deklaratorischen - Eintragung als OHG einen Anlaß sehen würde, die Kapitalgesellschaft nicht mehr als körperschaftsteuerpflichtiges Subjekt, sondern als Mitunternehmerschaft ihrer Gesellschafter anzusehen.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Dafür könnte der Beschl. des Großen Senat des BFH v. 25.6.1984 sprechen, der es abgelehnt hat, nach deutschem Recht bestehende Personengesellschaften als Körperschaftsteuerpflichtige Subjekte umzuqualifizieren. Das *Liechtenstein-Urteil* stellt aber letztlich eine Einschränkung dieses Beschl. des Großen Senats des BFH dar. Es ist nämlich etwas anderes, ob eine Personengesellschaft als Mitunternehmerschaft gegründet wird oder ob sie identitätswahrend aus einer nach ausländischem Recht errichteten Kapitalgesellschaft nur deshalb entsteht, weil diese den Sitz ihrer Hauptverwaltung nach Deutschland verlegt hat. Steuerlich ist eine solche Gesellschaft etwas anderes als eine Mitunternehmerschaft, auch wenn die h. M. im deutschen Gesellschaftsrecht sie nach der Sitztheorie als Personengesellschaft qualifiziert. Die Eintragung dieser identitätswahrend aus einer ausländischen Kapitalgesellschaft entstandenen "OHG" in das deutsche Handelsregister kann an dieser steuerlichen Sichtweise nichts ändern. § 1 KStG unterwirft der deutschen Körperschaftsteuerpflicht ja ausdrücklich Rechtsträger auch dann, wenn sie ihren Satzungssitz im Ausland und nur den Ort der Geschäftsleitung im Inland haben. Diese gesetzliche Anordnung würde konterkariert, wenn man nicht nur der Sitztheorie gestattete, alle Körperschaften mit ausländischem Satzungssitz und inländischem Ort der Geschäftsleitung als OHG zu qualifizieren, sondern daraus auch noch die steuerliche Konsequenz zöge, daß sie nicht als Körperschaftsteuersubjekt i.S.v. § 1 KStG behandelt werden.

Somit ist der Zuzug ausländischer Kapitalgesellschaften mit Satzungs- und Verwaltungssitz schon unter Zugrundelegung der herrschenden Sitztheorie sowohl nach deutschem Gesellschaftsrecht als auch nach deutschem Steuerrecht zulässig. Der 14. EU-Richtlinie bedarf es dazu nicht.

II. Sanktionierung der deutschen Sitztheorie?

Ob der Vorschlag der 14. EU-Richtlinie gegenüber dem bisher unklaren Rechtszustand als Fortschritt zu begrüßen ist, hängt zunächst davon ab, ob die Verlegung des Satzungssitzes eine neben die Niederlassungsfreiheit tretende Sitzverlegungsmöglichkeit darstellt oder ob sie auch die Verlegung des Verwaltungssitzes abschließend regelt und damit die deutsche Variante der Sitztheorie und die darin liegende Einschränkung der Niederlassungsfreiheit europarechtlich absegnet. In Deutschland gibt es bereits Bestrebungen, im Rahmen der Umsetzung der 14. EU-Richtlinie die Verlegung des Verwaltungssitzes einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft nach Deutschland zur Ordnungswidrigkeit zu machen.

Die Problematik mag an einem *Beispiel* aus den US-amerikanischen Verhältnissen dargestellt werden:

Nehmen wir an, eine in den 20er Jahren in New York gegründete Gesellschaft war so erfolgreich, daß sie heute nur noch ihre Hauptverwaltung in New York City hat. Die Fabriken befinden sich in anderen Staaten innerhalb und außerhalb der USA. Die Mieten und Personalkosten in New York City sind zu teuer geworden; deshalb will man Büroräume in New Jersey anmieten und die Hauptverwaltung in New York City schließen. Oder das Management der Fabrik in Kentucky hat sich als so tüchtig erwiesen, daß man die Hauptverwaltung in New York City schließen und die geschäftliche Oberleitung des Unternehmens zu den erfolgreicheren Managern in Kentucky verlegen will. Wenn die New Yorker Gesellschaft die komplizierten Prozeduren unterlaufen müßte, welche die 14. EU-Richtlinie zum Schutze der Gesellschafter und Gläubiger der Gesellschaft vorschreibt, bevor sie den Möbelwagen bestellen und die Hauptverwaltung von New York City nach New Jersey oder nach Kentucky verlegen darf, so wären die Vereinigten Staaten von Amerika wohl nie ein gemeinsamer Binnenmarkt der Staaten der USA geworden. Die Transaktionskosten für die Sitzverlegung wären in der Mehrzahl der Fälle prohibitiv.

Nach der fortbestehenden Sitztheorie besteht diese Situation aber an der Grenze zu Deutschland. Ein Unternehmen mit Verwaltungssitz in Straßburg und Fabrik in Deutschland kann, wenn ihm die Büroräume in Straßburg zu teuer werden und es in Kehl billigere Büroräume anbieten möchte, dies bisher nur durch Verlassen der französischen Rechtsform für seine sämtlichen in Deutschland gelegenen Fabriken und Vermögensgegenstände tun. Eine ausländische Gesellschaft mit Fabriken in Deutschland ist nicht in der Lage, die ausländische Hauptverwaltung zu schließen und die geschäftliche Oberleitung in die Hände eines tüchtigeren deutschen Management zu legen, ebenso wenig wie Deutschland nicht akzeptiert, daß eine deutsche Gesellschaft ihre deutsche Hauptverwaltung schließt und die geschäftliche Oberleitung in die Hände eines tüchtigeren ausländischen Management legt.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Bisher besteht aber noch die berechtigte Hoffnung, daß diese Hindernisse, welche die deutsche Sitztheorie der Verwirklichung des Binnenmarktes entgegengesetzt, durch Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit fallen werden. Wenn die 14. EU-Richtlinie jedoch dazu führen sollte, daß die deutsche Sitztheorie europarechtlich in Bronze gegossen wird, so sollte man auf die 14. EU-Richtlinie lieber verzichten, weil sie dann mehr Schaden als Nutzen stiftet.

Die Europäische Kommission hat dieses Problem schon gesehen und durch eine Änderung des Richtlinienentwurfs klargestellt, daß die 14. EU-Richtlinie sich *nur* mit der Verlegung des Sitzungssitzes und der damit einhergehenden Änderung des Gründungsrechts befaßt. Der Druck auf die Beseitigung der deutschen Sitztheorie droht aber nachzulassen, wenn durch die 14. EU-Richtlinie die Möglichkeit zur Verlegung des Sitzungssitzes eröffnet wird.

III. Probleme bei der zeitlichen Abfolge der Sitzverlegung

Nach Art. 11 Abs. 1 des Richtlinienentwurfs wird die Sitzverlegung und die sich daraus ergebende Unterstellung unter das Recht des Zuzugsstaats zu dem Zeitpunkt wirksam, zu dem die Gesellschaft in das Handelsregister des neuen Sitzes eingetragen ist. Nach Art. 10 des Richtlinienentwurfs kann der neue Sitz erst eingetragen werden, wenn die Eintragungsfomalitäten im neuen Sitzstaat abgeschlossen sind. Die nach ausländischem Recht errichtete Kapitalgesellschaft muß insbesondere also nachweisen, daß sie ihren Verwaltungssitz in den Zuzugsstaat verlegt hat, bevor die Handelsregistereintragung im Zuzugsstaat erfolgen kann.

Das wäre kein Problem, wenn der Umzug des Verwaltungssitzes, der Nachweis des Umzugs und die Eintragung der Sitzverlegung in das Handelsregister des neuen Sitzstaates alle gleichzeitig erfolgen könnten. Das ist aber unrealistisch. Schon der Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister läßt sich nicht genau planen, weil dies von der Arbeitsbelastung des Handelsregisters und nicht zuletzt von den Urlaubs- und Vertretungsplänen der einzelnen Handelsregisterrichter abhängt. Vor allem aber ist es mit der Bestellung eines Möbelwagens ja nicht getan. Menschen mit Ehefrauen und Kindern müssen umziehen, was gar nicht alles von einem Tag zum anderen erfolgen kann. Bevor das Handelsregister die Verlegung des Sitzungssitzes einträgt, muß die Verlegung des Verwaltungssitzes nachgewiesen sein, und bevor sie nachgewiesen ist, muß sie im wesentlichen abgeschlossen sein. Es besteht deshalb auf jeden Fall eine geraume Übergangsfrist, in welcher der Verwaltungssitz im Sinne des Gesellschaftsrechts und der Ort der Geschäftsleitung im Sinne des Steuerrecht bereits im Inland liegt, die Eintragung in das inländische Handelsregister aber noch nicht erfolgt ist und die Gesellschaft deshalb noch ausländischem Gesellschaftsrecht untersteht.

Bei Anwendung der Gründungstheorie wäre das alles kein Problem. Bis zur Eintragung der Änderung des Sitzungssitzes in das deutsche Handelsregister würde die Gesellschaft als nach ausländischem Recht gegründet im Inland anerkannt. Steuerlich würde es nicht auf den Zeitpunkt der Eintragung in das inländische Handelsregister ankommen, sondern nur auf den Zeitpunkt, zu dem tatsächlich der Ort der Geschäftsleitung ins Inland verlegt wird, weil von diesem Zeitpunkt an der Übergang von der beschränkten zur unbeschränkten Steuerpflicht eintritt. Das *Liechtenstein-Urteil* des BFH wäre gegenstandslos, so daß die Gesellschaft auch nicht vorübergehend die Vorzüge des § 8 b KStG verliert. Die Auslegung des § 14 Nr. 3 KStG durch den BFH, welcher Kapitalgesellschaften mit inländischem Ort der Geschäftsleitung und ausländischem Sitzungssitz die Fähigkeit, Träger einer körperschaftsteuerlichen Organschaft zu sein, versagt, würde ebenfalls nicht mehr gelten, weil sie ausschließlich mit dem Wunsch begründet wird, die Sitztheorie durchzusetzen.

Wenn man auf die umzugswilligen Kapitalgesellschaften dagegen die Sitztheorie anwendet, führt die Notwendigkeit, den Umzug des Verwaltungssitzes schon durchzuführen, bevor die Eintragung in das inländische Handelsregister erfolgt, zu erheblichen Problemen.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

1. Körperschaftsteuerliche Organschaft

Eine ausländische Kapitalgesellschaft, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland legen will, wird meist in Deutschland schon wesentliche Aktivitäten haben. Zum Beispiel kann sie eine in das Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung und deutsche Tochtergesellschaften haben, zwischen denen eine körperschaftsteuerliche Organschaft nach § 18 KStG besteht. Mit dem Zuzug des Orts der Geschäftsleitung würde die zuzugswillige Kapitalgesellschaft die Fähigkeit verlieren, Organträger einer körperschaftsteuerlichen Organschaft zu sein, weil sie nun zwar den Ort der Geschäftsleitung im Inland hat, mangels inländischen Satzungssitzes nach § 14 Nr. 3 KStG aber noch nicht qualifiziert ist und § 18 KStG mangels beschränkter Steuerpflicht nicht mehr anwendbar ist. Hier müßte mit Umsetzung der 14. EU-Richtlinie in deutsches Recht wohl § 14 Nr. 3 KStG angepaßt werden.

2. § 8 b KStG

Die Vergünstigung des § 8 b KStG genießen nur im Inland als rechtsfähig anerkannte Körperschaften. In der Zeit von Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung in das Inland und Eintragung des neuen Satzungssitzes in das deutsche Handelsregister verliert die zuzugswillige Kapitalgesellschaft also die Steuerbefreiungen nach § 8 b KStG. Auch insoweit drängt sich im Rahmen einer Umsetzung der 14. EU-Richtlinie eine Korrektur des § 8 b KStG auf.

3. Verlust der Rechtsfähigkeit?

Ein noch größeres Problem stellt sich, weil die Sitztheorie die nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaft im Inland nicht als rechtsfähig anerkennt, solange sie ihren Verwaltungssitz bereits in das Inland verlegt hat, ohne daß die nach Art. 11 der Richtlinie vorgesehene Eintragung in das inländische Handelsregister erfolgt ist. Der monatelange Verlust der Rechtsfähigkeit ist ein schwer abzuschätzender Nachteil.

4. Verlust der Umzugsfähigkeit durch Sitztheorie?

Schließlich stellt sich die Frage, ob eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz bereits ins Inland verlegt hat, vom inländischen Recht überhaupt noch als "ausländische" Gesellschaft im Sinne der Richtlinie anerkannt wird. Die Sitztheorie will diese Gesellschaften ja ab ihrem Umzug nach Deutschland als deutsche OHG behandeln. Für Gesellschaften, die nach deutschem Recht als inländische OHG qualifiziert werden, ist die 14. EU-Richtlinie aus deutscher Sicht aber nicht anwendbar. Die formwechselnde Umwandlung z. B. in eine inländische GmbH richtet sich vielmehr nach §§ 190 ff. UmwG.

Außerdem verbietet Art. 13 des Richtlinienentwurfs ausdrücklich den Umzug von Gesellschaften, die schon aufgelöst sind. Die Sitztheorie interpretiert jeden Umzugsbeschluß jedoch zwingend als Auflösungsbeschluß. Kraft Sitztheorie kann also keine deutsche Gesellschaft von der 14. EU-Richtlinie Gebrauch machen.

5. Anpassung der 14. EU-Richtlinie an die Sitztheorie?

Man könnte natürlich daran denken, die 14. EU-Richtlinie zu ändern, um sie an die deutsche Sitztheorie anzupassen: Die Richtlinie könnte auf das Erfordernis zu verzichten, daß die nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaft die Eintragungsformalitäten im neuen Sitzstaat schon erfüllen muß, bevor sie dort in das Handelsregister eingetragen wird, und man könnte in die 14. EU-Richtlinie hineinschreiben, daß die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in den neuen Sitzstaat erst nach erfolgter Eintragung in das Handelsregister des neuen Sitzstaates zu verlegen braucht.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Bei Anwendung der deutschen Sitztheorie ist dies allerdings noch keine ausreichende Lösung; denn die Sitztheorie behandelt ja in ein deutsches Handelsregister eingetragene Gesellschaften, die ihren Verwaltungssitz noch im Ausland haben, als aufgelöst. Nach Art. 13 kann eine Gesellschaft, die sich in Auflösung oder Liquidation befindet, ihren Sitz aber nicht mehr nach Maßgabe der Richtlinie verlegen. Wie man es also dreht und wendet: Die Sitztheorie läßt auch nach den Regeln des Vorschlags der 14. EU-Richtlinie den Zuzug nach ausländischem Recht errichteter Gesellschaften ins Inland nicht zu.

6. Anpassung der Sitztheorie an die 14. EU-Richtlinie?

Wenn man mit den Verfassern des Richtlinienentwurfs den Umzug ausländischer Gesellschaften in das Inland ermöglichen will, wird man deshalb ernstlich zu erwägen haben, die deutsche Sitztheorie an die 14. EU-Richtlinie anzupassen. Es drängt sich auf, die Sitztheorie jedenfalls von dem Zeitpunkt an aufzugeben, in welchem eine Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaates den in Art. 6 Abs. 2 vorgesehenen Verlegungsbeschluß gefaßt hat.

Fraglich ist, ob eine partielle Aufgabe der Sitztheorie durch Gesetzgebungsakt erfolgen soll. Das könnte als Sanktionierung der Sitztheorie durch den deutschen Gesetzgeber angesehen werden. Der deutsche Gesetzgeber hat sich bisher aber nie für die Sitztheorie ausgesprochen. Im Gegenteil deuten alle bisherigen Akte des deutschen Gesetzgebers darauf hin, daß er von der Gründungstheorie ausgeht. Eine grundsätzliche Anerkennung der Sitztheorie durch ausdrückliche Statuierung einer Ausnahme von ihr ist deshalb abzulehnen.

Außerdem ist fraglich, ob die Vertreter der Sitztheorie mit einer solchen Ausnahmeregelung zufriedengestellt werden können. Wer das deutsche Gesellschaftsrecht vermeiden will, könnte nämlich den Beschluß nach Art. 6 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs fassen und sogar im Ausland alle Formalitäten für die Sitzverlegung abschließen. Solange er die Eintragung in des deutsche Handelsregister nicht betreibt, kann er auf Dauer dem ausländischen Gesellschaftsrecht unterstellt bleiben.

Richtigerweise stellt sich die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber gelegentlich der Umsetzung der 14. EU-Richtlinien nicht generell die Sitztheorie verwerfen und für die Anerkennung ausländischer Gesellschaften die Gründungstheorie in Deutschland ausdrücklich verankern sollte. Die Schutzzwecke, welche die Sitztheorie formuliert, sind ohnehin illusorisch, da nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaften mit beliebigem Geschäftsumfang im Inland tätig werden dürfen und von einem zusätzlichen inländischen Verwaltungssitz keine zusätzlichen Gefahren ausgehen.

IV. Mitbestimmung

Die Verabschiedung der 14. EU-Richtlinie hängt wesentlich noch von einer Einigung über die Mitbestimmungsfrage ab. Gegenwärtig steht eine Einigung auf der Basis des englischen Vorschlages zur Diskussion: es soll jeweils das Mitbestimmungsrecht gelten, welches den Arbeitnehmern die weitestgehenden Mitbestimmungsrechte einräumt. Das ist in der Regel das deutsche Recht. Eine deutsche Gesellschaft würde sich also durch Verlegung ihres Satzungssitzes dem deutschen Mitbestimmungsrecht nicht entziehen können; ausländische Gesellschaften, die ihren Satzungssitz nach Deutschland verlegen, müßten sich der schärferen deutschen Mitbestimmung unterwerfen.

Ein Teil der deutschen Industrie läuft gegen diesen Vorschlag Sturm, weil sie befürchtet, daß deutsche Unternehmen dadurch bei der Globalisierung wegen des zu hohen deutschen Mitbestimmungsstandards ausgegrenzt werden. Die deutsche Industrie setzt eher auf den Davignon-Kompromiß, der zwingend in ganz Europa eine Mitbestimmung mit mindestens zwei Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat vorschreiben will, und beruft sich auf das Argument, in Europa müßten gleiche Wettbewerbsbedingungen bestehen.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

An der Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat ist zu begrüßen, daß auf hoher Ebene ein Meinungs­austausch zwischen Anteilseignervertretern und Arbeitnehmervertretern stattfindet. Durch solche Gespräche wird ein gegenseitiges Verständnis erweckt, welches dem sozialen Frieden in Deutschland durchaus zuträglich ist. Die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat hat aber weit größere Nachteile. Deshalb ist dringend davor zu warnen, ganz Europa flächendeckend eine Arbeitnehmermitbestimmung in den Entscheidungsgremien aller größeren Unternehmen zu verordnen, nur damit die deutsche Industrie keine Wettbewerbs­nachteile erleiden muß.

Der Nachteil der deutschen Arbeitnehmermitbestimmung liegt auch bei der paritätischen Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 in der Regel gar nicht in der Beeinflussung der Entscheidungsfindung. Auch bei einer Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 bestimmt kein Arbeitnehmervertreter wirklich mit, nur weil er im paritätisch besetzten Aufsichtsrat sitzt. Die Entscheidungswege laufen dann eben um den Aufsichtsrat herum. Die wenigen Punkte, welche die Arbeitnehmer wirklich berühren, werden im kleinen Kreis mit den ein oder zwei maßgeblichen Arbeitnehmervertretern vor der Aufsichtsratssitzung ausgekungelt. In der Aufsichtsratssitzung machen auch die Arbeitnehmervertreter auf Konsens.

Ein wesentlicher Nachteil der Arbeitnehmermitbestimmung ist es, daß im Aufsichtsrat nicht frei gesprochen werden kann. Jede strategische Überlegung kann ja Auswirkungen auf die Beschäftigung haben und muß deshalb unterdrückt werden. Auch kritische Fragen müssen im Aufsichtsrat tunlichst unterlassen werden, um die Geschäftsleitung nicht vor den Arbeitnehmern zu demontieren oder aus Unkenntnis Probleme aufzuwerfen, welche vor den Arbeitnehmervertretern besser nicht besprochen werden sollten. Fragen zu heiklen Punkten können Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat nur noch zwischen den Sitzungen, etwa beim Mittagessen, stellen. Auch Antworten der Geschäftsleitung müssen deswegen häufig unvollständig bleiben. Kurz: Die Anwesenheit von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat läuft auf eine Aufsichts­verhinderung hinaus. Man braucht nur einmal zu vergleichen, wie die Sitzungen eines amerikanischen Board of Directors oder eines arbeitnehmerlosen Beirates in einer deutschen Gesellschaft einerseits und die Sitzungen eines arbeitnehmermitbestimmten Aufsichtsrates andererseits ablaufen, um sich klarzumachen, daß man nicht ganz Europa zumuten kann, geschäftliche Entscheidungen nur noch in Anwesenheit der Arbeitnehmervertreter zu besprechen. Die schönsten Gesetze zur "Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich" bewirken für eine bessere Beaufsichtigung nichts, wenn die für die Beaufsichtigung des Vorstandes zuständigen Personen wegen der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Anwesenheit von Arbeitnehmervertretern nicht frei ihre Meinung sagen können.

Besser als eine noch so geringe, aber zwingende Arbeitnehmermitbestimmung in den Entscheidungsgremien aller europäischen Unternehmen ist der Wettbewerb der Systeme. Wenn das demokratische Deutschland mehrheitlich der Meinung ist, daß die Arbeitnehmermitbestimmung einen Wettbewerbsvorteil darstellt, mag es das beweisen, indem es die europäischen Unternehmen mit ihren Investitionsentscheidungen darüber abstimmen läßt. Wenn die Arbeitnehmermitbestimmung wirklich ein Wettbewerbsvorteil ist, so werden die Unternehmen das auf die Dauer schon merken und freiwillig die Arbeitnehmermitbestimmung in den Entscheidungsgremien der Unternehmen installieren. Wenn Deutschland sich mit seiner Arbeitnehmermitbestimmung aber auf dem Holzweg befinden sollte, weil die erforderliche Kontrolle der Unternehmensentscheidungen damit nicht zu vereinbaren ist, so sollten die anderen europäischen Mitgliedstaaten nicht durch einen gleichmacherischen Mitbestimmungszwang davon abgehalten werden, den Beweis dafür zu erbringen, daß ein anderer Weg der bessere ist. Deutschland wird den Zwang zur Beteiligung von Arbeitnehmern in den Entscheidungsgremien der Unternehmen erst aufgeben, wenn der Leidensdruck so groß geworden ist, daß die Abschaffung der Mitbestimmung in Deutschland mehrheitsfähig ist. Um den Leidensdruck der deutschen Unternehmen zu diesem Zweck zu verstärken, ist der britische Vorschlag, die Mitbestimmung auf dem höchsten Niveau der beteiligten Mitgliedstaaten festzuschreiben und dadurch deutsche Unternehmen von der internationalen Kooperation teilweise auszugrenzen, genau der richtige Weg.

4.1.1.1