

Altbekanntes und Aktuelles zum internationalen Gesellschaftsrecht*

Priv.-Doz. Dr. iur. Markus Müller-Chen, Rechtsanwalt (Basel)

I. Einleitung

Mergers & Acquisitions, Restrukturierung von Unternehmen, Globalisierung der Märkte, Diversifizierung, Konzentration aufs Kerngeschäft, Off-Shore Gesellschaften oder Flucht in regulierungsschwache Staaten sind Schlagworte, die in aller Munde sind. Multinationale Gesellschaften, die über die Staatsgrenzen hinaus gewachsen sind, gehören zum Alltag. Doch selbst kleine und mittlere schweizerische Betriebe, ja selbst der Staat, werden von diesen internationalen Entwicklungen nicht verschont. Der internationale Wettbewerbsdruck einerseits und die vielerorts leeren Staatskassen andererseits haben zu einer Wechselwirkung geführt: Hier das nach einem steuergünstigen und wirtschaftsfreundlichen Standort suchende Unternehmen,¹ dort das nach zahlungskräftigen und den Arbeitsmarkt belebenden Gesellschaften Ausschau haltende Gemeinwesen.

Die von wirtschaftlichen, insbesondere steuerlichen Überlegungen motivierten Umstrukturierungen machen in der relativen Kleinräumigkeit der Schweiz und Europas vor keinen Grenzbäumen Halt. Ausländische Finanzgesellschaften möchten Zweigniederlassungen in der Schweiz errichten oder verlegen ihren Sitz hierhin, weil sie etwa in den Genuss des Bankheimnisses kommen wollen; schweizerische Unternehmen wandern in Niedrigpreisländer ab, um Arbeits- und Produktionskosten zu sparen oder restriktiver Gesetzgebung zu entfliehen. Bisher getrennte Unternehmen werden unter einheitliche Leitung integriert; Firma oder Namen werden im Zuge einer Restrukturierung geändert. All diese Vorgänge betreffen in der einen oder andern Form das Handelsregister.

Hat ein bestimmter Sachverhalt Berührungspunkte mit mehr als einer Rechtsordnung, liegt mithin ein internationales Verhältnis vor, stellt sich u.a. die Frage nach dem auf diese Vorgänge anzuwendenden Recht. Die Lösung ist im wesentlichen im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) zu finden. Zunächst werden die allgemeinen Grundzüge des internationalen Gesellschaftsrecht behandelt, sodann die grenzüberschreitenden Umstrukturierungen von Gesellschaften. Dabei wird es unter Berücksichtigung europäischer Entwicklungen und des schweizerischen Entwurfs des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) um Fragen der Verlegung des Gründungs- oder Verwaltungssitzes, der Errichtung von Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften in der Schweiz sowie der internationalen Fusion gehen.

* Um Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur erweiterte Fassung des Vortrages, den der Verfasser am 17. Mai 2001 anlässlich der Konferenz der Schweizerischen Handelsregisterbehörden in Olten gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

¹ Daniel Girsberger, Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) - Internationale Aspekte, ZSR 117 (1998) I, 317, 320.

II. Gesellschaftsstatut

1. Allgemeines

Das internationale Gesellschaftsrecht befasst sich mit der Frage, welche Rechtsordnung auf die Gesellschaft als Rechtsgebilde und auf die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse Anwendung findet.² Es ist im 10. Kapitel des IPRG geregelt und behandelt u.a. auch internationale Strukturänderungen von Gesellschaften. Staatsverträge existieren keine. Selbst die Europäische Union war bislang nicht fähig, eine echte Vereinheitlichung zu schaffen:³ Zwar gibt es einige Richtlinien sowie Richtlinienentwürfe zu grenzüberschreitenden Konstellationen.⁴ Da aber bei Kernfragen (noch) kein Konsens gefunden wurde, kann nicht von echter Freizügigkeit gesprochen werden.

Um das auf Gesellschaften anwendbare Recht zu ermitteln, muss kurz geklärt werden, was im IPRG überhaupt unter dem Begriff der Gesellschaft verstanden wird.

2. Begriff der Gesellschaft

Art. 150 IPRG umschreibt für den Bereich des internationalen Gesellschaftsrechts den Begriff der Gesellschaft abweichend vom nationalen schweizerischen Recht. Im Sinne des IPRG gelten als Gesellschaften „organisierte Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten“.

a. Organisierte Personenzusammenschlüsse

Unter organisierten Personenzusammenschlüssen werden Personenvereinigungen des in- und ausländischen Rechts verstanden, welchen eine gemeinsame Zweckverfolgung zugrunde liegt und die entweder auf einer vertraglichen Vereinbarung oder einem Registereintrag beruhen. Es muss mindestens faktisch eine innere funktionsbezogene Organisationsstruktur vorhanden sein, die äusserlich wahrnehmbar ist.⁵ Dies kann z.B. das Abhalten von Gesellschafter- bzw. Mitgliederversammlungen sein, die Ernennung von vertretungsberechtigten Organen oder Personen, der Betrieb eines eigenen Büros oder die Möglichkeit des Ein- und Austritts von Gesellschaftern.⁶

² Ivo Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Aufl., St. Gallen 1998, Rn. 715.

³ Anton K. Schnyder / Manuel Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2000, Rn. 664.

⁴ Z.B. 11. Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, ABl. Nr. L 395 v. 30.12.1989, 36 ff.; Vorschlag einer 10. Richtlinie v. 8.1.1985, ABl. EG Nr. C 23 v. 25.1.1985, 11 ff. (internationale Fusionsrichtlinie); Vorschlag für eine 14. Richtlinie zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, abgedruckt in ZGR 1999, 157 ff.: Dazu Giuseppe Di Marco, Der Vorschlag der Kommission für eine 14. Richtlinie - Stand und Perspektiven, ZGR 1999, 3, 4 ff.; Urs Gasser, Vorschlag für eine 14. gesellschaftsrechtliche EU-Richtlinie zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, SZW 2000, 276, 276 ff.; Schnyder, Fn. 23, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}, 60, 66 ff.

⁵ Schnyder/Liatowitsch, (Fn. 3), Rn. 665 f.

⁶ Schwander, Fn. 2, Rn. 719 ff.

Unter diesen Gesellschaftsbegriff fallen einmal klarerweise alle juristischen Personen des ZGB und OR sowie die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Die einfache Gesellschaft gilt hingegen nur dann als Gesellschaft, soweit sie sich gemäss dem Gesagten eine Organisation gegeben hat.

b. Organisierte Vermögenseinheiten

Organisierte Vermögenseinheiten sind zunächst die auch in der Schweiz bekannten Stiftungen, Anstalten oder Anlagefonds. Darunter wird aber auch der anglo-amerikanische oder liechtensteinische Trust subsumiert, auch wenn hier im Einzelnen Abgrenzungsprobleme zum Vertrags- oder Sachenrecht entstehen können. Darauf soll aber nicht näher eingetreten werden.

3. Auf Gesellschaften anwendbares Recht

a. Allgemeines

Bei einem internationalen Verhältnis ist definitionsgemäss mehr als eine Rechtsordnung daran interessiert, ihr Recht auf den in Frage stehenden Sachverhalt anzuwenden. Im internationalen Gesellschaftsrecht existieren im wesentlichen zwei Theorien zur Bestimmung des anwendbaren Rechts, des sog. Gesellschaftsstatuts: die Inkorporations- und die Sitztheorie.⁷

aa. Inkorporationstheorie

Nach der Inkorporationstheorie ist entscheidend, in welchem Staat eine Gesellschaft errichtet und ausgestaltet worden ist. Um rechtsfähig zu sein, muss sie in Übereinstimmung mit den Rechts-, Register- und Publizitätsvorschriften des Gründungsstaates errichtet werden. Der statutarische Sitz befindet sich in aller Regel im Inkorporationsstaat. Es spielt hingegen keine Rolle, ob der juristisch-statutarische Sitz, die Hauptverwaltung oder die Betriebsstätte im gleichen Staat liegen. Ein Wechsel des anwendbaren Rechts findet nur statt bei einer eigentlichen Um-Inkorporation.⁸ Die Gründungstheorie gilt etwa in der Schweiz, England, Schweden, Finnland, Irland, Dänemark und den Niederlanden.

bb. Sitztheorie

Die Sitztheorie unterstellt die Gesellschaft demgegenüber ausschliesslich dem Recht des Staates, in dem sie tatsächlich verwaltet wird und in dem die Gründungsvorschriften beachtet wurden. Die Sitztheorie ist daher nichts anderes als eine qualifizierte Form der Inkorporationstheorie. Sie verlangt neben der Erfüllung der Gründungsvorschriften auch, dass sich im Gründungsstaat der Verwaltungssitz befindet.⁹ Die Sitztheorie wird u.a. in Deutschland, Frankreich, Griechenland, Österreich, Portugal und Spanien vertreten.

⁷ Zum Ganzen *Schnyder/Liatowitsch*, (Fn. 3), Rn. 668 ff.; *Peter Behrens*, Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (Art. 52 und 58 EWG), ZGR 1994, 1, 5 ff.; *Peter Nobel*, Die Freizügigkeit von juristischen Personen in der EU, in: Internationales Gesellschaftsrecht, hrsg. von Peter Nobel, Bern 2000, 29, 30 ff.

⁸ *Schwander*, Fn. 2, Rn. 745.

⁹ *Schwander*, Fn. 2, Rn. 746; *Urs R. Behnisch*, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, Basel 1996, 92.

b. Regelung in Art. 154 f. IPRG

Das IPRG hat sich in den Artikeln 154 und 155 im Grundsatz für die Inkorporationstheorie entschieden. Gesellschaften unterstehen dem Recht des Staates, dessen konstitutiv wirkende und zwingende Gründungsvorschriften sie erfüllen.¹⁰ Dies gilt sowohl für nach schweizerischem als auch nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaften. Ausländische Gesellschaften müssen daher in der Schweiz nicht speziell anerkannt werden.

Ist eine Gesellschaft nicht in Übereinstimmung mit dem Recht des Inkorporationsstaates organisiert, gelangt nach Art. 154 Abs. 2 IPRG das Recht des Staates zur Anwendung, in dem sie tatsächlich verwaltet wird (Einfluss der Sitztheorie). Der effektive Sitz der Verwaltung kann z.B. der Ort der hauptsächlichen Geschäftsstelle sein. Auf den Ort der Betriebsstätte kommt es hingegen für die Festlegung des Sitzes nicht an.

Von besonderer Bedeutung ist die Sitztheorie dann, wenn die Gesellschaft im ausländischen Gründungsstaat die Rechtsfähigkeit gar nie erlangt hat, weil sie z.B. die Registrierungsvorschriften nicht beachtet hat.¹¹ Mit Hilfe der Anknüpfung an den effektiven Verwaltungssitz kann, falls dieser in der Schweiz liegt, die Nichtigkeit der Gesellschaft verhindert werden, was im Blick auf den Gläubigerschutz sinnvoll ist.

c. Rechtswahlmöglichkeit

Das IPRG sieht im Gesellschaftsrecht keine Rechtswahlmöglichkeit vor. Dies bedeutet, dass die Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel nicht statutarisch vorsehen kann, dass die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre sich nach schweizerischem und die Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe nach deutschem Recht richten. Zumindest für Kapitalgesellschaften kann es kein Auseinanderfallen der Aussen- und Innenverhältnisse geben.¹²

Anders zu beurteilen ist die Situation für die personenbezogenen Gesellschaftsformen der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Eine Rechtswahl im Gesellschaftervertrag ist gültig, soweit sie das gesellschaftsinterne, vertragliche Verhältnis beschlägt. Unzulässig ist es hingegen, die Haftung der Gesellschafter oder die Vertretung gegenüber Dritten im Aussenverhältnis durch eine Rechtswahl abzuändern.¹³

d. Umfang des Gesellschaftsstatuts

aa. Allgemeines

Es stellt sich zunächst die Frage nach dem Umfang des Gesellschaftsstatuts. Dieses hat nach der Konzeption des IPRG einen weiten Anwendungsbereich, um eine möglichst weitgehende Einheit des Gesellschaftsstatuts sicherzustellen. Sonderregeln sind nur dann vorgesehen, wenn es überwiegende Interessen Dritter gebieten, im übrigen gelangt das Gesellschaftsstatut zur Anwendung (Art. 154 f. IPRG).¹⁴ Insbesondere beherrscht es die Rechtsnatur einer

¹⁰ *IPRGKomm/von Planta*, Art. 154 IPRG Rn. 1 ff.; *Schwander*, Fn. 2, Rn. 751.

¹¹ *Schwander*, Fn. 2, Rn. 755 ff.

¹² *Schwander*, Fn. 2, Rn. 762.

¹³ *Schwander*, Fn. 2, Rn. 763.

¹⁴ *Schnyder/Liatowitsch*, (Fn. 3), Rn. 671 f.

Gesellschaft. Erkennt das ausländische Recht einer Gesellschaftsform die juristische Persönlichkeit zu, wird dies vom schweizerischen Recht selbst dann respektiert, wenn der betreffende Typus nicht in den *numerus clausus* der Gesellschaftsformen passt (z.B. die deutsche GmbH & Co. KG).¹⁵

bb. Namen oder Firma der Gesellschaft

Hat eine Gesellschaft ihre Firma in Übereinstimmung mit den Regeln des Gesellschaftsstatuts gebildet und besteht diese rechtmässig, kann sie auch in der Schweiz verwendet werden. Dies gilt selbst dann, wenn sie den schweizerischen Vorschriften zuwiderlaufen würde. Eine Korrektur ist nur möglich, wenn die Firma mit dem schweizerischen *Ordre public* unvereinbar ist, was wohl nur bei krassen Verstössen, z.B. gegen das Täuschungsverbot, der Fall sein wird.¹⁶

Das soeben Ausgeführte betrifft allerdings nur die Berechtigung, einen bestimmten Namen oder eine Firma zu tragen. Zwei wichtige Aspekte des Namens- oder Firmenrechts fallen nicht unter das Gesellschaftsstatut.¹⁷

- Zum einen betrifft dies den Schutz des Namens oder der Firma. Wird durch eine ausländische Firma in der Schweiz die Firma einer im schweizerischen Handelsregister eingetragenen Gesellschaft verletzt, richtet sich deren Schutz gemäss Art. 157 IPRG ausschliesslich nach schweizerischem Recht. Anwendbar sind damit die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts, der Handelsregisterverordnung, der Weisungen des EHRA, des unlauteren Wettbewerbs oder des Persönlichkeitsrechts.
- Zum andern richtet sich die Firma oder der Name einer schweizerischen Zweigniederlassung einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland nach Art. 160 Abs. 1 IPRG ebenfalls ausschliesslich nach Schweizer Recht.¹⁸ Dies bedeutet, dass unter Umständen eine dem schweizerischen Firmenrecht unbekannt Firma eingetragen werden muss.

dd. Haftung der Gesellschaft

Die Gesellschaft kann aus verschiedenen Gründe haften: Es werden z.B. gesellschaftsrechtliche Vorschriften missachtet oder Schulden nicht bezahlt. Das Gesellschaftsstatut legt dabei fest, wem die Schulden der Gesellschaft zuzurechnen sind oder wer unter welchen Voraussetzungen Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen kann.¹⁹

Art. 159 IPRG statuiert davon eine wichtige Ausnahme. Werden die Geschäfte einer Gesellschaft, die nach ausländischem Recht gegründet worden ist, in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt, so untersteht die Haftung der für sie handelnden Personen schweizerischem Recht. Gemäss der Intention des Gesetzgebers soll dadurch verhindert werden, dass mit Hilfe des Inkorporationsprinzips durch Gründung einer ausländischen pro-forma-

¹⁵ Schwander, Fn. 2, Rn. 755.

¹⁶ Schnyder/Liatowitsch, (Fn. 3), Rn. 678.

¹⁷ Schwander, Fn. 2, Rn. 800 ff.

¹⁸ Insbesondere nach den Art. 935 Abs. 2 und 952 Abs. 2 OR sowie Art. 70 Abs. 2, 75 Abs. 1 und 75a HRegV.

¹⁹ Schwander, Fn. 2, Rn. 786 ff.

Gesellschaft den schweizerischen Gläubigern Haftungssubstrat entzogen oder vorenthalten wird.²⁰

Beachtenswert ist, dass dieser Schutz nur für inländische Gläubiger gilt: Ausländisches Haftungsrecht kommt selbst dann nicht zur Anwendung, wenn die tatsächliche Verwaltung einer schweizerischen Gesellschaft im Ausland geführt wird. Darüber hinaus ist noch vieles ungeklärt; so ist z.B. unsicher, wie gehaftet werden soll, wenn eine Gesellschaftsform in Frage steht, die dem schweizerischen Recht nicht bekannt ist.²¹

4. *Zwischenstand*

Wir haben gesehen, dass im internationalen Privatrecht unter einer Gesellschaft organisierte Personenzusammenschlüsse und Vermögenseinheiten verstanden werden. Diese unterstehen im Grundsatz dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie gegründet wurden. Ausnahmsweise findet das Recht des effektiven Verwaltungssitzes Anwendung. Das Gesellschaftsstatut umfasst praktisch alle Rechtsfragen, welche im Zusammenhang mit einer Gesellschaft auftreten können. Ausnahmen finden sich nur vereinzelt: So wird z.B. unabhängig vom Gesellschaftsstatut der Namens- und Firmenschutz sowie in gewissen Fällen die Haftung ausländischer Gesellschaften schweizerischem Recht unterstellt.

III. Grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften

1. *Ausgangslage*

Wie einleitend geschildert, sind Gesellschaften Gebilde, die heute, stärker als je zuvor, häufigen Veränderungsprozessen unterworfen sind. Die Realität des internationalen Wirtschaftsumfelds zwingt Firmen regelmässig dazu, ihre Struktur den Verhältnissen anzupassen, um kompetitiv zu bleiben. Diese Umstrukturierungen können in verschiedensten Massnahmen bestehen: Interne Abteilungen werden in selbständige Einheiten ausgegliedert, Firmen dazugekauft, Beteiligungsverhältnisse geändert, neue Gebiete durch Gründung von Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften erschlossen oder der Sitz der Gesellschaft wird aus wettbewerbspolitischen oder steuerlichen Überlegungen verlegt.²² Bevor wir uns den Einzelheiten der kollisionsrechtlichen Regelung zuwenden, sei ein relativierendes Wort zu deren Bedeutung vorangestellt.

Zum einen sind und bleiben in näherer Zukunft die mit der Bildung und Umschichtung eines Konzerns verbundenen internationalen Vorgänge gesetzlich unberührt. Eine positivrechtliche Regelung ist längst angezeigt, da die Erfahrung zeigt, dass eine hohe Zahl der Transaktionen sich in diesem Umfeld bewegt.²³

²⁰ Botschaft zum IPRG, Ziff. 294.44; *Schwander*, Fn. 2, Rn. 803 ff.

²¹ Vgl. weiterführend *Schnyder/Liatowitsch*, (Fn. 3), Rn. 681 ff.

²² *Behrens*, Fn. 7, ZGR 1994, 1, 1 ff.

²³ Vgl. *Anton K. Schnyder*, Internationale Transaktionen unter dem Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}, 60, 61.

Zum andern wird Gesellschaftsrecht, insbesondere internationales Gesellschaftsrecht, in der Praxis weniger von zivil- als von steuerrechtlichen Überlegungen geprägt. Eine Umwandlung der Rechtsform wird z.B. dann vorgenommen, wenn es sich aus steuerlichen Gründen lohnt.²⁴ Aus dieser Perspektive ist es bedauerlich, dass in den steuerlichen Vorschlägen zum Entwurf des Fusionsgesetzes die grenzüberschreitenden Tatbestände ausgeklammert wurden.²⁵ Es steht zu befürchten, dass damit dem Fusionsgesetz in internationalen Verhältnissen der Zahn schon im voraus gezogen wurde.²⁶ Die europäischen Richtlinienentwürfe und einige ausländische Rechte kranken im übrigen ebenfalls an diesem Punkt.²⁷ Zu erinnern ist etwa an die berühmte „Daily-Mail“ Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1988, in der festgehalten wurde, dass England die Verlegung des effektiven Tätigkeitsortes einer Gesellschaft ins Ausland mit einer Wegzugs- bzw. Liquidationssteuer belegen durfte.²⁸

Letztlich darf nicht unerwähnt bleiben, dass die Regelung internationaler Sitzverlegungen oder Fusionen in Europa ohne die Lösung der Arbeitnehmermitbestimmung im Unternehmen nicht möglich zu sein scheint.²⁹ Staaten mit ausgebautem Mitbestimmungsrecht fürchten zu Recht, dass Sitzverlegungen oder Fusionen zur Flucht in schutzärmere Länder missbraucht werden könnten.³⁰

2. Verlegung des Gründungs- oder Verwaltungssitzes

a. Allgemeines

Es gilt zu untersuchen, welches die Probleme und Hindernisse sind, die einer identitätswahrenden und steuerneutralen Sitzverlegung entgegenstehen. Hinsichtlich der steuerlichen Seite sei nur kurz darauf hingewiesen, dass auch unter der Herrschaft des neuen Fusionsgesetzes die bei internationalen Sitzverlegungen ins Ausland abwandernden stillen Reserven aller Wahrscheinlichkeit nach besteuert werden. Ein Steueraufschub soll allerdings dann zulässig sein, wenn eine inländische Zweigniederlassung fortbesteht.

Dies gesagt, müssen zwei Fälle unterschieden werden: Zum einen geht es um die Verlegung des Gründungssitzes (mit und ohne Beibehaltung des Verwaltungssitzes), zum andern um die Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes.

²⁴ So im Ergebnis auch *Schnyder*, Fn. 23, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}, 60, 78.

²⁵ So auch *Gasser*, Fn. 4, SZW 2000, 276, 281; kritisch *Urs Gasser / Christian Eggenberger*, Fusionsgesetz auf dem Prüfstand, ST 2000, 61, 63 ff.

²⁶ *Peter Nobel*, Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) - Unternehmens- und steuerrechtliche Aspekte, ZSR 117 (1998) I, 355, 360, 365 f.

²⁷ Die Fusionsbesteuerungsrichtlinie (Richtlinie 90/434/EWG des Rates v. 23.6.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. Nr. L 225 v. 20.8.1990, 1 ff.) erlaubt zwar steuerlich grenzüberschreitende Fusionen, es fehlt jedoch an der entsprechenden handelsrechtlichen Voraussetzung in Gestalt einer internationalen Fusionsrichtlinie, vgl. *Otmar Thömmes*, Die steuerliche Fusionsrichtlinie - Was bleibt zu tun?, ZGR 1994, 75 ff.; *Gasser*, Fn. 4, SZW 2000, 276, 281 (Fn. 51).

²⁸ EuGH 27.9.1988, Rs. 81/87 (Daily Mail and General Trust Plc.), Slg. 1988, 5505 ff.; dazu *Behrens*, Fn. 7, ZGR 1994, 1, 21 f.; *Gasser*, Fn. 4, SZW 2000, 276, 277; *Nobel*, Fn. 7, 29, 33 ff.

²⁹ *Schnyder*, Fn. 23, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}, 60, 74; *Gasser*, Fn. 4, SZW 2000, 276, 281.

³⁰ *Behrens*, Fn. 7, ZGR 1994, 1, 11 f.; *Schnyder*, Fn. 23, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}, 60, 67 f.

b. Verlegung des Gründungssitzes

aa. Verlegung in die Schweiz

Gemäss Art. 161 und 162 IPRG kann sich eine ausländische Gesellschaft ohne Liquidation und Neugründung dem schweizerischen Recht unterstellen, wenn (1) das ausländische Recht es zulässt, (2) die Gesellschaft die Voraussetzungen des ausländischen Rechts erfüllt und (3) die Anpassung an eine schweizerische Rechtsform möglich ist. Die Gesellschaft untersteht erst dann schweizerischem Recht, wenn sie sich diesem angepasst hat und eine genügend enge Beziehung zur Schweiz aufweist (Art. 162 Abs. 1 und 2 IPRG).³¹

Heikel ist im gegenwärtigen europäischen Rechtszustand die Voraussetzung der Zulässigkeit der Sitzverlegung nach ausländischem Recht. Von echter Freizügigkeit kann noch nicht gesprochen werden. So ist die rechtsformwahrende und liquidationslose Sitzverlegung aus gewissen Staaten, die wie z.B. Deutschland der Sitztheorie folgen, gegenwärtig nicht möglich.³² Und auch wenn die Verlegung zulässig sein sollte, muss in jenen Fällen immer der Verwaltungssitz mitverlegt werden, ansonsten aus der Optik des ausländischen Rechts kein kollisionsrechtlich relevanter Vorgang vorliegt.

Allerdings weht bei der gesellschaftsrechtlichen Freizügigkeit in jüngerer Zeit wieder frischer Wind. Sowohl das später noch zu besprechende Centros-Urteil des EuGH³³ wie auch der Entwurf einer Sitzverlegungsrichtlinie gehen in die Richtung einer liberalen Regelung, wie sie im IPRG vorgezeichnet ist. Ziel ist es, die Sitzverlegung einerseits verfahrensmässig transparent auszugestalten und andererseits die Interessen der von der Sitzverlegung betroffenen Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer zu schützen.³⁴ Dies soll durch ein ausgeklügeltes Verfahren, Informationsrechte und Beschlussfassungsquoten bzw. durch Sicherstellung der Kreditoren erreicht werden. Den Schutzbedürfnissen der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer wird das IPRG in Artikel 162 insoweit gerecht, als zum einen eine Anpassung an das Schweizer Recht stattfinden muss und zum andern Kapitalgesellschaften vor der Eintragung durch einen besonders qualifizierten Revisionsbericht nachzuweisen haben, dass ihr Grundkapital nach schweizerischem Recht gedeckt ist.

bb. Verlegung ins Ausland

Der umgekehrte Fall der Verlegung der Gesellschaft von der Schweiz ins Ausland ist in Art. 163 und 164 IPRG geregelt.³⁵ Der Wegzug aus der Schweiz ist ohne Liquidation und Neugründung möglich, wenn erstens die Voraussetzungen des schweizerischen Rechts erfüllt sind. Dabei ist z.B. an den Schutz der wohl erworbenen Rechte der Gesellschafter oder die Beachtung der erforderlichen Beschlussfassungsquoten zu denken. Zweitens muss der Fortbestand nach ausländischem Recht gesichert sein, womit der Zuzugsstaat die liquidationslose

³¹ Schnyder/Liatowitsch, (Fn. 3), Rn. 688 ff.; IPRGKomm/Girsberger, Art. 161 IPRG Rn. 7 ff.

³² Marcus Lutter, Neue Entwicklungen im Gesellschaftsrecht der EU, in: Internationales Gesellschaftsrecht, hrsg. von Peter Nobel, Bern 2000, 9, 17., Behrens, Fn. 7, ZGR 1994, 1, 12; Girsberger, Fn. 1, ZSR 117 (1998) I, 317, 322.

³³ Vgl. unten Text bei Fn. 41.

³⁴ Gasser, Fn. 4, SZW 2000, 276, 278 ff.; Di Marco, Fn. 4, ZGR 1994, 1, 7 ff.

³⁵ Zum ähnlich gelagerten Fall der Fusion von der Schweiz ins Ausland vgl. Art. 163b revIPRG und unten Text bei Fn. 51.

Verlegung zulassen muss. Drittens muss ein Schuldenruf durchgeführt worden sein, der nach neuem Recht vor der Veröffentlichung des Sitzverlegungsbeschlusses im SHAB zu erfolgen hat.³⁶ Es wird hingegen nicht verlangt, dass der Verwaltungssitz mitverlegt wird, es sei denn, dass der Zuzugsstaat dem Sitzprinzip folgt.³⁷ Selbst in diesem Fall kann die Geschäftstätigkeit in der Schweiz weiterhin in Form einer Zweigniederlassung ausgeübt werden, was sich in Zukunft, wie bereits erwähnt, steuerlich positiv auswirken kann.

Im Handelsregister gelöscht werden darf die wegziehende Gesellschaft nur, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Gläubiger befriedigt oder ihre Forderungen sichergestellt sind, oder wenn die Gläubiger mit der Löschung einverstanden sind (Art. 164 Abs. 1 IPRG). Nach revidiertem IPRG wird blosses Glaubhaftmachen nicht mehr ausreichen, sondern es bedarf der Bestätigung durch einen besonders befähigten Revisor (Art. 164 Abs. 1 revIPRG). Rechtsfolge dieser Vorgänge ist die Ablösung des schweizerischen Gesellschaftsstatuts durch das ausländische Recht.

c. Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes

Eine blosser Verlegung des Verwaltungssitzes unter Beibehaltung des Gründungssitzes bleibt kollisionsrechtlich dann ohne Wirkung, wenn beide beteiligten Staaten dem Inkorporationsprinzip folgen.³⁸

Liegt der Gründungssitz jedoch in einem Land, in dem die Sitztheorie gilt, und wird die Geschäftstätigkeit in die Schweiz verlegt, kann es unklar sein, ob ein Statutenwechsel stattgefunden hat,³⁹ oder ob bloss eine Zweigniederlassung in der Schweiz errichtet wurde. Darüber entscheiden die Umstände des Einzelfalls, eine generelle Aussage ist nicht möglich. Schliesslich ist nochmals darauf hinzuweisen, dass viele „Sitzland-Staaten“ einen Zuzug nur des Verwaltungssitzes nicht zulassen, sondern eine Liquidation und Neugründung nach den eigenen Vorschriften verlangen. Eine reine Verlegung des Verwaltungssitzes in solche Länder ist daher nicht von praktischem Interesse.

3. Errichtung von Zweigniederlassungen in der Schweiz

a. Allgemeines

Die Errichtung von Zweigniederlassungen kann verschiedene Gründe haben. So will z.B. ein Unternehmen aufgrund günstigerer Produktions- und Regulierungsbedingungen ein Standbein in einem anderen Wirtschaftsraum haben. Bekanntlich kann eine ausländische Gesellschaft nach Art. 160 IPRG und den einschlägigen Vorschriften des Obligationenrechts und der Handelsregisterverordnung eine Zweigniederlassung in der Schweiz gründen, welche dem schweizerischen Register-, Firmen und Vertretungsrecht untersteht.⁴⁰ Andere sich aus dem Betrieb einer Zweigniederlassung ergebenden Rechtsfragen, insbesondere diejenigen, die das

³⁶ Art. 163 Abs. 2 revIPRG i.V.m. Art. Art. 46, 43 Abs. 1 und Art. 51 f. E-FusG.

³⁷ Schwander, Fn. 2, Rn. 828.

³⁸ Schwander, Fn. 2, Rn. 821.

³⁹ Behrens, Fn. 7, ZGR 1994, 1, 7 ff.

⁴⁰ Schnyder/Liatowitsch, (Fn. 3), Rn. 684 ff.; Schwander, Fn. 2, Rn. 809 ff.

Innenverhältnis betreffen, werden gesondert nach dem auf die Gesellschaft anwendbaren Recht angeknüpft.

b. Zweigniederlassung als Hauptgeschäft

Eine Zweigniederlassung einer Unternehmung mit Sitz im Ausland wirft zahlreich Problem auf. Vorliegend soll lediglich untersucht werden, ob es zulässig ist, dass die dem ausländischen Recht unterstellte Gesellschaft an jenem Ort gar keine Geschäftstätigkeit ausübt, sondern ihre Hauptgeschäftstätigkeit am Ort der Zweigniederlassung in der Schweiz entfaltet. Das bereits mehrfach zitierte Centros-Urteil des EuGH illustriert diese Fragestellung.

aa. Centros-Urteil des EuGH

Dem Centros-Urteil liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein in Dänemark ansässiges dänisches Ehepaar hatte in England eine „private limited company“ gegründet. Da das englische Recht bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung keine Einzahlung eines Mindestkapitals vorschreibt, wurde das Stammkapital von 100 £ (ca. CHF 250) auch nicht einbezahlt. Die Centros entfaltete nach ihrer Errichtung keine Geschäftstätigkeit in England, da sie nach der Absicht ihrer Gründer nur in Dänemark tätig werden sollte. Die Eintragung einer Zweigniederlassung der Centros in Dänemark wurde aber mit der Begründung verweigert, dass die Gründung in England nur erfolgt sei, um die dänischen Gründungsvorschriften zu umgehen, insbesondere über die Einzahlung des Mindestkapitals von 200'000 DKR (ca. CHF 40'000).⁴¹

Auf Vorlage entschied der EuGH, dass die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft selbst dann nicht verweigert werden kann, wenn die Gesellschaft im Gründungsstaat keine Geschäftstätigkeit ausübt und dort nur errichtet wurde, um die am Ort der Zweigniederlassung bestehenden Gründungsvorschriften zu umgehen.⁴² Es fragt sich, wie der Fall nach schweizerische Recht zu beurteilen ist.

bb. Lösung des schweizerischen Rechts

Bei der Sitzverlegung in die Schweiz haben gemäss Art. 162 Abs. 3 IPRG Kapitalgesellschaften durch einen qualifizierten Revisionsbericht nachzuweisen, dass ihr Grundkapital nach schweizerischem Recht gedeckt ist. Eine entsprechende Bestimmung fehlt jedoch bei der Errichtung einer Zweigniederlassung.

Vor Inkrafttreten des IPRG hat das Bundesgericht ausländischen Gesellschaften die Anerkennung nach schweizerischem Recht verweigert, wenn der ausländische Gründungssitz nur zum Zweck der Umgehung der Bestimmungen der korrekterweise anzuwendenden Rechts-

⁴¹ EuGH 9.3.1999, Rs. C-212/97 (Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen), Slg. 1999, I-1459 ff.

⁴² Aus der reichen Literatur zum Centros-Urteil vgl. mit jeweils weiterführenden Hinweisen: *Gasser*, Fn. 4, SZW 2000, 276, 282 f.; *Peter Behrens*, Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax 1999, 323 ff.; *Werner F. Ebke*, Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, JZ 1999, 656 ff.; *Peter Ulmer*, Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandsitz, JZ 1999, 662 ff.; *Peter Kindler*, Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften?, NJW 1999, 1993 ff.; *Idem*, Internationales Gesellschaftsrecht am Scheideweg, RIW 2000, 649 ff.; *Hans-Jürgen Sonnenberger / Helge Grosserichter*, Konfliktlinien zwischen internationalem Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, RIW 1999, 721 ff.; *Lutter*, Fn. 32, S. 9, 17 f.

ordnung des Staates diene, in dem der effektive Verwaltungssitz der Gesellschaft lag.⁴³ Diese sog. *fraus legis*-Praxis wurde aber nach Inkrafttreten des IPRG aufgegeben,⁴⁴ so dass unter dem Vorbehalt des *Ordre public* auch in der Schweiz die *Centros*-Zweigniederlassung hätte eingetragen werden müssen. Auch *de lege ferenda* wird sich an diesem Befund höchstwahrscheinlich nichts ändern.

4. Grenzüberschreitende Fusion, Spaltung und Umwandlung

a. Allgemeines

Grenzüberschreitende Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen von Gesellschaften sind im allgemeinen wirtschaftlich komplexe Transaktionen, die nicht alle Tage vorkommen. Das IPRG enthält bislang keine Regelung dieser Vorgänge; trotzdem betrachtet sie Lehre und Praxis als zulässig.⁴⁵ Die Gesellschafter und die Gesellschaftsgläubiger werden in ihrem Vertrauen in die Geltung des angestammten Gesellschaftsstatuts nicht geschützt; die Regeln zur Verantwortlichkeit der Organe oder zur Haftung für Schulden können sich deshalb auch zu ihrem Nachteil verändern.⁴⁶

Durch das Fusionsgesetz sollen die grenzüberschreitenden Vorgänge durch die Einfügung und Änderung von Normen im IPRG im Einklang mit den europäischen Vorschlägen für eine Sitzverlegungs- bzw. internationale Fusionsrichtlinie positivrechtlich geregelt werden.⁴⁷ Insgesamt werden die Bestimmungen des IPRG über die Verlegung einer Gesellschaft durch Entwurf des Fusionsgesetzes jedoch nur marginal berührt.

b. Fusion

Bei einer grenzüberschreitenden Fusion sind begriffsnotwendig mindestens zwei Rechtsordnungen involviert. Wie bei der Sitzverlegung sieht der Entwurf des Fusionsgesetzes vor, dass eine Kombination der beteiligten Rechtsordnungen über die Zulässigkeit und Wirkungen der Fusion entscheidet. Wie dieses Zusammenspiel im Einzelnen ausgestaltet ist, soll hinsichtlich der Zulässigkeit, den Voraussetzungen und Wirkungen der Fusion gezeigt werden.

aa. Zulässigkeit und Voraussetzungen

Sowohl bei der Immigrations- wie bei der Emigrationsfusion müssen im Ergebnis beide beteiligten Rechtsordnungen die Fusion zulassen.⁴⁸ Dies ist international (noch) keine Selbstverständlichkeit. Insbesondere Deutschland lässt momentan noch den Untergang einer deutschen Gesellschaft im Wege der Emigrationsfusion nicht zu. Eine Absorption durch eine ausländische Gesellschaft wird als Auflösung angesehen.

⁴³ *Schnyder/Liatowitsch*, (Fn. 3), Rn. 674; *Schwander*, Fn. 2, Rn. 759 ff.

⁴⁴ BGer 17.12.1991, BGE 117 II 494, 497 ff.

⁴⁵ *Schnyder*, Fn. 23, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}, 60, 68; *Schnyder/Liatowitsch*, (Fn. 3), Rn. 692 f.

⁴⁶ *IPRGKomm/Girsberger*, Art. 164 IPRG Rn. 10; *Schnyder*, Fn. 23, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}, 60, 69.

⁴⁷ *Hanspeter Kläy / Nicholas Turin*, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, RePrax 2001, 1, 2; *Christian J. Meier-Schatz*, Europäisches Gesellschaftsrecht und der Schweizer Vorentwurf für ein Fusionsgesetz, in FS Zäch, 539, 543 ff.

⁴⁸ *Schwander*, Fn. 2, Rn. 835 f.; *Girsberger*, Fn. 1, ZSR 117 (1998) I, 317, 324.

Der nach den meisten Rechtsordnungen notwendige Fusionsvertrag hat gemäss Art. 163c revIPRG den *zwingenden* gesellschaftsrechtlichen Vorschriften aller anwendbaren Rechte zu genügen.⁴⁹ Darunter fallen auch die Form- und Publizitätsnormen. Für die Schweiz muss er demgemäss den Voraussetzungen von Art. 12 ff. E-FusG genügen. Er bedarf damit u.a. der schriftlichen Form und der Zustimmung der Generalversammlung der beteiligten Gesellschaften. Sieht das ausländische Recht eine strengere Form vor, z.B. notarielle Beurkundung, ist diese einzuhalten. Die Parteien können das auf den Fusionsvertrag anwendbare Recht wählen; liegt keine Rechtswahl vor, untersteht der Fusionsvertrag dem Recht der übernehmenden Gesellschaft (Art. 163c Abs. 2 revIPRG).⁵⁰

Neben den Vorschriften des ausländischen Rechts sind auch die weiteren Voraussetzungen des Fusionsgesetzes zu beachten,⁵¹ wie z.B. Fusions- und Prüfungsbericht, Auflageverfahren, Einsichtsrecht oder Zustimmung der Generalversammlung. Aufgrund der Verschiedenheit der nationalen Rechte besteht bei der Emigrationsfusion die Gefahr, dass die Rechte von Gesellschaftern und Gläubigern kompromittiert werden. Um dies zu verhindern, sieht Art. 163b revIPRG vor, dass die schweizerische Gesellschaft nachweisen muss, dass (1) mit der Fusion ihre Aktiven und Passiven auf die ausländische Gesellschaft übergehen und dass (2) die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte in der ausländischen Gesellschaft angemessen gewahrt bleiben. Ausserdem hat ein obligatorischer Schuldenruf zu erfolgen und die Forderungen der Gläubiger sind zu befriedigen oder sicherzustellen. Damit der Abwanderung von Haftungssubstrat ins Ausland wirksam begegnet werden kann, hat dies vor dem Handelsregistereintrag und damit vor der Wirksamkeit des Fusionsbeschlusses zu erfolgen (Art. 163b Abs. 3 IPRG).⁵²

bb. Wirkungen

Hauptwirkung der Fusion ist der Untergang des übertragenden Rechtsträgers und der Übergang aller Aktiven und Passiven im Wege der Universalsukzession auf den übernehmenden Rechtsträger. Da der Zeitpunkt dieses Übergangs je nach Rechtsordnung verschieden sein kann, ist hier auf eine Koordination der betroffenen Rechte zu achten.⁵³

c. Spaltung und Vermögensübertragung

Gemäss Art. 163d revIPRG sind auf die Spaltung und die Vermögensübertragung die Vorschriften über die Fusion sinngemäss anzuwenden. Damit müssen auch in diesen Fällen die betroffenen Rechte kumulativ angewendet werden. Im übrigen unterstehen diese Vorgänge dem Recht der sich spaltenden oder das Vermögen übertragenden Gesellschaft.⁵⁴

⁴⁹ So schon de lege lata *Schwander*, Fn. 2, Rn. 839.

⁵⁰ *Girsberger*, Fn. 1, ZSR 117 (1998) I, 317, 326 f.; *Schnyder*, Fn. 23, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}, 60, 70 f.

⁵¹ Art. 163a Abs. 2 / 163b Abs. 2 revIPRG.

⁵² Vgl. oben Fn. 36; *Schnyder*, Fn. 23, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}, 60, 65 f.

⁵³ *Girsberger*, Fn. 1, ZSR 117 (1998) I, 317, 328 ff.

⁵⁴ *Schnyder*, Fn. 23, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}, 60, 74 ff.

d. Umwandlung

Eine besondere Regelung für die Umwandlung von Rechtsträgern ist darum nicht nötig, weil eine grenzüberschreitende Umwandlung nichts anderes ist als eine Sitzverlegung kombiniert mit einer Anpassung an die innerstaatliche Rechtsform des Zuzugsstaates. Dieser Vorgang ist bereits im geltenden Recht in den Art. 161 ff. IPRG befriedigend gelöst⁵⁵.

IV. Zusammenfassung

Durch die zunehmenden internationalen Kooperationen multinationaler Unternehmen, den steigenden Konkurrenzdruck und das Werben der Standorte nimmt die Bedeutung des internationalen Gesellschaftsrechts stetig zu. Dieses ist in der Schweiz im internationalen Privatrecht kollisionsrechtlich geregelt.

Bei der Bestimmung des auf eine Gesellschaft anzuwendenden Rechts ist dabei das Inkorporationsstatut massgebend. Gesellschaften unterstehen m.a.W. dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie gegründet und organisiert sind. Einer unserer wichtigsten Handelspartner, Deutschland, folgt hingegen der Sitztheorie, welche an den effektiven Verwaltungssitz anknüpft. Das Gesellschaftsstatut umfasst mit wenigen Ausnahmen alle gesellschaftsrechtlich relevanten Fragen, es sei denn, überwiegende Interessen Dritter, z.B. der Schutz der Gläubiger, machen eine gesonderte Anknüpfung notwendig.

Grenzüberschreitende Umstrukturierungen von Unternehmen kommen in den unterschiedlichsten Formen und Arten vor. Die Verlegung des Sitzes, die Errichtung einer Zweigniederlassung und schliesslich die grenzüberschreitende Fusion haben handelsregisterrechtliche Konsequenzen.

Grenzüberschreitenden identitätswahrenden und steuerneutralen Umwandlungen bzw. Sitzverlegungen stehen heute noch manche Hindernisse gegenüber. Zwar sieht das IPRG eine liberale Regelung der Immigration oder Emigration einer Gesellschaft vor. Diese Liberalität wird aber angesichts der Voraussetzung, dass auch das ausländische Recht den Zu- oder Wegzug zulassen muss, weitgehend neutralisiert. Denn die beschränkte Freizügigkeit für Gesellschaften, die Steuerbelastung sowie das ungelöste Problem der Arbeitnehmermitbestimmung sind zumindest im europäischen Wirtschaftsraum realexistierende Hindernisse. Ein Hoffnungsschimmer ist in dieser Hinsicht das Centros-Urteil des EuGH.

Zweigniederlassungen dürfen in der Schweiz auch dann errichtet werden, wenn sie Hauptgeschäftssitz sind, und der ausländische Sitz nur zur Umgehung schweizerischer Gründungsvorschriften gewählt wurde.

Internationale Fusionen und Spaltungen sind bislang positivrechtlich nicht geregelt. Durch das Fusionsgesetz sollen nun aber entsprechende Bestimmungen ins IPRG eingefügt werden. Regelungskern ist, dass die internationale Fusion bzw. Spaltung nur dann zulässig ist, wenn alle beteiligten Rechtsordnungen sie zulassen und die Voraussetzungen des strengeren Rechts eingehalten wurden.

⁵⁵ Vgl. oben Text bei Fn. 22.