

Deutsch-Französische Parlamentarische Versammlung
Arbeitsgruppe Harmonisierung des französischen und deutschen Wirtschafts- und
Insolvenzrechts

Stellungnahme von Dr. Antje Luke für die Sitzung vom 1. März 2021

Zunächst einmal möchte ich mich dafür bedanken, dass Sie mich gebeten haben, einen Beitrag für Ihre Arbeitsgruppe zu leisten. Ich bin seit mehr als zwanzig Jahren im deutsch-französischen Wirtschaftsrecht tätig und diese Arbeit liegt mir besonders am Herzen.

Der Beitrag bezieht sich zum einen auf den Entwurf des Europäischen Wirtschaftskodex (insbesondere den Bericht von Frau Gomez-Bassac) und bestimmte Aspekte des Vertriebsrechts, zum anderen auf das Gesellschaftsrecht (insbesondere den Vorentwurf zur vereinfachten Europäischen Gesellschaft, SES).

I. Entwurf eines europäischen oder deutsch-französischen Wirtschaftskodex

Die Vielzahl der nationalen Rechtssysteme ist in der Tat ein Hindernis für die Entwicklung von Unternehmen, insbesondere von kleinen und mittleren Unternehmen, die außerhalb ihres nationalen Territoriums expandieren wollen. Die Bemühungen um Harmonisierung sind dennoch schon weit gediehen. Die europäischen Institutionen greifen zunehmend auf das Instrument der Verordnung statt der Richtlinie zurück, um Unterschiede in der Umsetzung zu verringern (so haben beispielsweise Verordnungen über Medizinprodukte die Richtlinien in diesem Bereich ersetzt).

Allerdings bestehen weiterhin viele Schwierigkeiten. Diese sind zum Teil das Ergebnis von Kompromissen, die zwischen den Mitgliedsstaaten für die Verabschiedung einer Richtlinie gefunden werden mussten. So lässt beispielsweise die Richtlinie 86/653/EWG zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen zwei verschiedenen Ansätzen für den Ausgleich des Vertreters bei Vertragsende. Daher haben Frankreich und Deutschland, um nur zwei zu nennen, einen sehr unterschiedlichen Ansatz zu diesem Thema. Gleichzeitig ist die andere sehr verbreitete Form des Vertriebs, der Vertragshändlervertrag, gar nicht harmonisiert. In diesem Bereich sind das deutsche und französische Recht sehr unterschiedlich. Die Rechtslage wird zusätzlich dadurch kompliziert, dass das französische Recht im Handelsgesetzbuch Bestimmungen enthält, die - zumindest aus Sicht des nationalen Rechts - nicht vertraglicher, sondern deliktischer Natur sind.

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich aus der Tatsache, dass die Harmonisierung nur bestimmte Aspekte eines Rechtsverhältnisses betrifft. Für Internetverkäufe an Verbraucher gilt daher weiterhin das nationale Kaufrecht mit den bestimmten, rechtliche vorgeschriebenen Mindestinhalten auf der Website oder allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ein kleines Unternehmen, das Produkte im Internet verkaufen möchte, müsste daher den Inhalt seiner Website und seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen in jedem nationalen Recht überprüfen.

Schließlich gibt es in der Praxis immer noch Normen für Produkte, die nicht dem EU-Recht entsprechen. Aber haben Unternehmen die Möglichkeit, ein Verfahren einzuleiten, um diese Normen für ungültig erklären zu lassen?

Dr. Antje LUKE

Rechtsanwältin | Avocat à la Cour
4, Avenue Hoche
F-75008 PARIS
www.berg-moll.com



1. Kodifizierung als Kompilation

Wenn das Ziel unserer Arbeit der Zugang zum Recht ist, kann die Kodifizierung als Kompilation von Bestimmungen sicherlich dazu beitragen. Diese Kodifizierung würde es auch ermöglichen, wie im Gomez-Bassac-Bericht angedeutet, Bereiche hervorzuheben, die fehlen, oder Bereiche, die weiter harmonisiert werden könnten.

Légifrance (vor der letzten Änderung seiner Präsentation) ist in der Tat ein gutes Beispiel für eine sehr umfassende und benutzerfreundliche Website. Es bleibt abzuwarten, wie dieser Kodex die Umsetzungen der Richtlinien in nationales Recht integrieren wird.

Es sollte jedoch ein Vorbehalt hinsichtlich des Zugangs zum Recht durch diese Kodifizierung gemacht werden. Selbst wenn ein Unternehmen über einen solchen Kodex auf die es betreffenden Bestimmungen zugreifen kann, können die Bestimmungen schwer zu lesen sein. Einige europäische Richtlinien oder Verordnungen sowie einige nationale Texte zeichnen sich durch ihre Länge aus, was sie schwer lesbar macht. Sehr nützliche Erklärungen oder Zusammenfassungen finden sich sowohl auf den Webseiten der Europäischen Union (z. B. EUR-Lex) als auch auf denjenigen der Regierungen, Berufsverbänden oder Handelskammern. Diese Texte verweisen auf entsprechende Bestimmungen. In der Praxis sind die Schwierigkeiten der Unternehmen manchmal auch das Ergebnis einer mangelnden Schulung, z. B. der Verkaufsteams, um die Punkte zu kennen, die bei einem internationalen Vertrag zu beachten sind. Meiner Meinung nach kann der Zugang zum Recht auch durch eine Stärkung des Zugangs zu diesen Informationen deutlich verbessert werden.

2. Kodifizierung mit Änderungen

Die Kodifizierung mit Änderungen ist ein sehr ehrgeiziges Projekt, welches es zu begrüßen gilt. In der Tat kann eine solche Arbeit die Quelle der Inspiration für nationale Reformen sein, wie zum Beispiel die Reform des französischen Zivilgesetzbuches im Jahr 2016.

Eine solche Kodifizierung mit Änderungen würde zu einer größeren Harmonisierung beitragen. Der Vorschlag, bestimmte Musterverträge oder ein "Opt-in Regime" zu schaffen, würde jedoch nicht mit Sicherheit eine Lösung der Probleme mit sich bringen. Diese Musterverträge könnten nur teilweise vom nationalen Recht abgekoppelt sein. Hierbei lässt sich auf Verträge verweisen, auf die das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) Anwendung findet. Da sein Anwendungsbereich auf bestimmte Aspekte des Kaufrechts beschränkt ist, muss das betreffende Unternehmen stets das Recht bestimmen, das auf andere vertragliche Aspekte anwendbar ist, die nicht durch dieses Übereinkommen geregelt werden. Die internationale Praxis hat zudem bestimmte Musterverträge entwickelt. Diese Verträge müssen an das nationale Recht, dem sie unterliegen, angepasst werden. Die Wahl des anwendbaren Rechts gibt den Unternehmen bereits einen gewissen Handlungsspielraum. Sie müssen dann die zwingenden Vorschriften des gewählten Gesetzes und ggf. die Eingriffsnormen anderer Rechtsordnungen berücksichtigen. Ein Mustervertrag mit eigenem Recht würde sicherlich den Anwendungsbereich des nationalen Rechts einschränken, wird aber Einschränkungen, die durch das internationale Privatrecht eingreifen, nicht ausschließen können. Es sollte auch berücksichtigt werden, dass die Eröffnung neuer Optionen den Zugang zum Recht für Unternehmen weiter erschweren kann. Sie hätten potenziell die Wahl zwischen mehreren nationalen Gesetzen und zusätzlich einer optionalen Rechtsordnung.



Alternativ wäre es sinnvoll, wenn Frankreich und Deutschland auf eine Harmonisierung ihres Vertriebsrechts hinarbeiten würden, um nur einen Bereich zu nennen.

II. Gesellschaftsrecht

1. Gesellschaftsrecht als Hindernis für Investitionen?

Bestehende Unterschiede im nationalen Gesellschaftsrecht scheinen an sich nicht das größte Hindernis für die Entwicklung von Geschäften in anderen Mitgliedstaaten zu sein. Es ist für ein Unternehmen durchaus möglich, seine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat zu entfalten, ohne Tochtergesellschaften zu gründen, und zwar durch Vertriebsnetze oder die Erbringung von Dienstleistungen. Das Vorhaben, eine Tochtergesellschaft zu gründen, entsteht oft dann, wenn das Geschäft so gewachsen ist, dass es einfacher wäre, es durch eine separate juristische Person zu führen, die es auch ermöglicht, die wirtschaftlichen und rechtlichen Risiken auf diese separate Einheit zu beschränken. Eine Tochtergesellschaft, die als echte lokale Präsenz wahrgenommen wird, bietet zudem oft einen leichteren Zugang zu den betreffenden Märkten.

Die Gründung einer Gesellschaft, insbesondere wenn sie zu 100 % gehalten wird, ist in Frankreich und Deutschland erleichtert worden. So ist es in beiden Staaten möglich, eine Gesellschaft mit einem sehr geringen Kapital zu gründen (Sarl und SAS in Frankreich, UG, eine Unterform der GmbH in Deutschland), es können sehr einfache Satzungen erstellt werden und die Gründung kann schnell durchgeführt werden. In Deutschland gibt es sogar die Praxis, leere Mantelgesellschaften zu kaufen, die "von der Stange" sind.

Hindernisse oder Befürchtungen für ein Unternehmen, in einem anderen Mitgliedstaat zu investieren, scheinen entweder mit anderen praktischen Schwierigkeiten verbunden zu sein oder in anderen Rechtsbereichen zu liegen.

Unter den praktischen Elementen können wir nennen:

- Bei der Gründung von Gesellschaften scheint der längste Schritt derzeit die Eröffnung eines Bankkontos zur Einzahlung des Stammkapitals zu sein. In der Tat konzentrieren sich die Banken mehr auf Großkunden. Die Eröffnung des Kontos mit der Verifizierung der wirtschaftlich Berechtigten kann lange dauern, während die Gründung der Gesellschaft selbst schnell hätte erfolgen können.
- In Deutschland ist die Unterzeichnung der notariellen Urkunde auch für Firmengründer mit einem gewissen Aufwand verbunden, der allerdings mit Vollmachten organisiert werden kann. Notarielle Fernsignaturlösungen sollten *a priori* langfristig verfügbar sein.

Die rechtlichen Probleme, die von Unternehmen regelmäßig als gewisse Investitionsbremse genannt werden, sind insbesondere:

- Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Komplexität des Arbeitsrechts in Frankreich;
- auch vor oder außerhalb der Gründung einer Tochtergesellschaft in Frankreich, die Bestimmungen über die Entsendung von Mitarbeitern;
- das Risiko der Haftung von Geschäftsführern, insbesondere wenn sich die Geschäftsführer im Ausland befinden und die Tochtergesellschaft in finanzielle Schwierigkeiten gerät;
- Wirtschaftsstrafrecht, das in Frankreich strenger sein kann als in Deutschland.



2. Der Vorentwurf zur Europäischen Vereinfachten Aktiengesellschaft (ESS)

a) Vor- und Nachteile einer neuen Gesellschaftsform

Trotz der oben genannten Vorbehalte hätte die Option der Gründung einer vereinfachten Europäischen Gesellschaft, wie sie von der Association Henri Capitant (das "Projekt") vorgeschlagen wird, mehrere Vorteile, die in der Praxis geschätzt werden:

- Bei der Gründung einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat wäre weniger Beratungsbedarf gegeben, da der Investor mit dieser Gesellschaftsform vertraut ist.
- Konzerne mit mehreren Tochtergesellschaften in Europa könnten für alle ihre Tochtergesellschaften dieselbe Gesellschaftsform mit demselben grundlegenden Gesellschaftsmodell verwenden, wobei sich die Unterschiede zwischen den nationalen Gesetzen auf die Punkte beschränken würden, die nach dem Entwurf noch in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. In der Tat bitten uns Mandanten manchmal, ihre Modellsatzung (z.B. von einer GmbH) an eine SAS anzupassen, was eine komplexe Aufgabe sein kann.

Es müsste sich jedoch in der Praxis zeigen, inwieweit Investoren diese neue Gesellschaftsform wählen würden. In der Tat kann bei der Einführung dieser neuen Gesellschaftsform zunächst einmal ein größerer Beratungsbedarf bei den Unternehmen entstehen als bei den bereits bekannten klassischen Formen, da sie sich in dieses neue Recht einarbeiten müssen.

Der Entwurf verweist für bestimmte Punkte auf das nationale Recht der „Referenz-Gesellschaftsform“ (d.h. das Gesellschaftsrecht). Das nationale Recht wird folglich nur teilweise verdrängt. Der Umfang dieses Verweises und die Auslegung der neuen Regeln werden noch viele Fragen aufwerfen, die erst nach und nach durch die Rechtsprechung geklärt werden können. Es wäre auch wünschenswert gewesen, wenn diese Verweise noch stärker eingeschränkt worden wären. Aber das ist der Nachteil jeder Reform und sollte nicht der entscheidende Faktor sein.

b) Kommentare zum Projekt

Die folgenden Ausführungen greifen lediglich einzelne Punkte des Projekts heraus, welches selbst eine vertiefte Analyse verdienen würde. Sie erheben keineswegs den Anspruch, das Projekt erschöpfend zu kommentieren.

- Der SES ist weitgehend von der SAS inspiriert, berücksichtigt aber bestimmte Elemente der GmbH, was ein sehr guter Ansatz ist. Beide Gesellschaftsformen haben viele Stärken. Dieser Ansatz wird auch die Übernahme einer solchen Regelung insbesondere durch Deutschland erleichtern, das bestimmte Grundzüge der GmbH nicht gerne aufgeben würde.
- **Art. 1.1.2 Anwendbares Recht.** Nach diesem Artikel scheinen die Bestimmungen über die Arbeitnehmermitbestimmung durch das Recht der Referenz-Gesellschaftsform des eingetragenen Sitzes und gegebenenfalls des tatsächlichen Sitzes geregelt zu werden. Auf diese Weise wird jeder Mitgliedstaat in der Lage sein, seine diesbezüglichen Bestimmungen weiterhin anzuwenden, wodurch der sehr komplexe Mechanismus der SE vermieden wird. Auch für die Mitgliedstaaten wird es einfacher sein, diese Gesellschaftsform zu akzeptieren. Im Detail sollten die Querverweise geklärt werden.
- **Art. 2.1.3 Grundkapital.**
 - o Es könnte klargestellt werden, dass die Gesellschaft die Mittel der Bareinlage bei einem in der EU ansässigen Kreditinstitut einzahlen kann, und nicht unbedingt im Mitgliedstaat des eingetragenen Sitzes, um die mit der oben beschriebenen Eröffnung des Bankkontos verbundenen Probleme zu vermeiden.



- Der nächste Punkt, ob die Einbringung einer Forderung als Geld- oder Sacheinlage zu betrachten ist, muss weiter geklärt werden. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die deutschen Vorschriften der GmbH über "verdeckte Sacheinlagen" weiterhin Anwendung finden. Diese Bestimmungen sind für Unternehmen sehr komplex und fehleranfällig.
- Jede Sacheinlage sollte vollständig eingezahlt werden.
- **Art. 2.1.5 Hauptsitz.** Die Abgrenzung zwischen dem eingetragenen Sitz und dem tatsächlichen Hauptsitz ist insbesondere im Hinblick auf die zivilrechtliche Haftung neu zu diskutieren (vgl. Art. 3.1.5 Abs. 5), diese Möglichkeit lädt potentiell zum *law shopping* ein.
- **Art. 3.1.1 ff., Organisation der SES.** Ich teile voll und ganz die Idee, einerseits andere Gremien einzurichten und andererseits die Möglichkeit der Einrichtung von Generaldirektoren mit Doppelunterschrift zuzulassen. Dieses letzte Element ist sehr wichtig für deutsche Unternehmen, die an das "Vier-Augen-Prinzip" gewöhnt sind, das heute im französischen Recht keine Entsprechung findet.
- **Art. 3.1.5 Verantwortung des Generaldirektors.** In Absatz 2 gilt die „*Business Judgment Rule*“ nur, wenn der Geschäftsführer ohne "Interessenkonflikt" handelt. Diese Einschränkung ist verständlich, sollte aber auch im Lichte der Artikel 3.1.6 und 3.1.11 überprüft werden.
- **Art 3.1.6 Konzernrecht.** Die Einführung von Konzernregelungen ist zu begrüßen, da solche Regelungen im französischen Recht nur teilweise existieren und in der wirtschaftlichen Realität sehr wichtig sind. Diese Bestimmungen wären jedoch weiter ausbaufähig, z.B. kann ein Konzern auch bei faktischer Kontrolle ohne Stimmrechtsmehrheit bestehen? Nach welchen Regeln kann ein Verlustübernahmevertrag (Gewinnabführungsvertrag, Art. 3.1.6 al 3) abgeschlossen werden? In welchem Verhältnis steht diese Bestimmung zu Art. 3.1.5 über Interessenkonflikte?
- **Art. 3.1.15 Kündigungsrecht.** Es ist wichtig, dass ein Kündigungsrecht besteht. Ein Kündigungsrecht kann auch bei einer Pattsituation zwischen den Gesellschaftern in Betracht gezogen werden. In der Tat kann eine Blockade in einem Joint Venture oder einem Familienunternehmen, selbst bei egalitärer Beteiligung, besonders schwierig sein.
- **Art. 4.1.1. Ausschüttungen und Kapitalrückzahlung.** Diese Regelung zur Ausschüttung scheint sich am deutschen Recht zur "verdeckten Kapitalrückgewähr" zu orientieren. Dieser Punkt ist in der Praxis sehr wichtig und muss auch im Zusammenhang mit dem Konzernrecht gesehen werden. In der Tat sind konzerninterne Verträge wie Cash-Pooling oder Sicherheiten, die von bestimmten Gesellschaften eines Konzerns für die Schulden anderer Gesellschaften des Konzerns gewährt werden, in der Praxis sehr verbreitet und stellen ein erhebliches Risiko dar, insbesondere für die Manager, die diese Verträge unterzeichnen und die Zahlungen leisten. Es wäre auch wichtig, gegebenenfalls einer Rückzahlungsverpflichtung den Vorzug zu geben, anstatt von vornherein das Strafrecht anzuwenden.
- **Artikel 4.1.2 Kapitalerhöhung - Finanzierung.** Es könnte interessant sein, auch im französischem Recht, wie nach deutschem Recht, die Finanzierung durch eine Einzahlung in die Kapitalrücklage zu ermöglichen. Solche Zahlungen stärken das Eigenkapital der Gesellschaft, ohne den strengerem Vorschriften zum Stammkapital zu unterliegen. Es sollte geklärt werden, inwieweit die SES Wertpapiere ausgeben kann, die den Zugang zum Kapital ermöglichen. Gerade dies ist ein großer Vorteil der SAS, den es zu bewahren gilt.



Selbst wenn das Projekt zur Schaffung einer SES nicht gelingen sollte, ist zu hoffen, dass die wichtige Arbeit an diesem Projekt eine Inspirationsquelle für die nationalen Gesetzgeber sein wird, um ihre eigenen Rechte, z.B. das der SAS und der GmbH, mit den interessanten Lösungen, die das andere nationale Recht bietet, zu verbessern.

Paris, 23. Februar 2021

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Antje Luke". The signature is fluid and cursive.

Dr. Antje LUKE