



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Julius-Maximilians-

**UNIVERSITÄT
WÜRZBURG**



Peter Huhn

Grenzüberschreitende
Sitzverlegung von
Gesellschaften im Lichte
der Niederlassungsfreiheit

Nr. 2



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

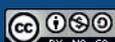
Die Würzburger Online-Schriften zum Europarecht werden herausgegeben von Professor Dr. Markus Ludwigs, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Die Reihe bietet ein Forum für hervorragende Seminar- und Magisterarbeiten aus dem gesamten Bereich des Europarechts, einschließlich des Rechts der EMRK. Sie gibt den Studierenden der Universität Würzburg die Möglichkeit, ihre wissenschaftlichen Ideen und Konzepte der Fachöffentlichkeit zugänglich zu machen.

© Prof. Dr. Markus Ludwigs
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Juristische Fakultät
Domerschulstraße 16
97070 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-80023
Fax: +49 (0) 931 - 31-80651
l-oeur-ur@jura.uni-wuerzburg.de
<http://www.jura.uni-wuerzburg.de>
Alle Rechte vorbehalten.
Würzburg 2014.

Dieses Dokument wird bereitgestellt durch
den Publikationsservice der Universität
Würzburg.

Universitätsbibliothek Würzburg
Am Hubland
D-97074 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-85906
opus@bibliothek.uni-wuerzburg.de
<http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de>
Titelblattgestaltung / Foto: Kristina Hanig

ISSN: 2199-790X



Zitiervorschlag:

Huhn, Peter: Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften im
Lichte der Niederlassungsfreiheit, Würzburger Online-Schriften zum
Europarecht, Nr. 2 (2014). URN: urn:nbn:de:bvb:20-opus-104410

GRENZÜBERSCHREITENDE SITZVERLEGUNG VON GESELLSCHAFTEN IM LICHT DER NIEDERLASSUNGSFREIHEIT

von Peter Huhn^{*}

^{*} Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften und des Europäischen Rechts an der Julius-Maximilians Universität Würzburg. Die Arbeit wurde im Rahmen eines Seminars zum Europäischen Wirtschaftsrecht im Sommersemester 2013 bei Herrn Prof. Dr. *Markus Ludwigs* angefertigt. Für die Möglichkeit der Veröffentlichung und das außerordentliche Engagement bei der Durchführung des Seminars und der Verbesserung der nun überarbeiteten und geringfügig ergänzten Version bedankt sich der Autor bei Herrn Prof. Dr. *Markus Ludwigs*.

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis.....	II
A. Einleitung	1
B. Einführung in die grenzüberschreitende Sitzverlegung	2
I. Das anzuwendende Gesellschaftsstatut.....	2
II. Praktische Bedeutung des Gesellschaftsstatuts.....	3
C. Gewährleistung einer identitätswahrenden Sitzverlegung durch die Niederlassungsfreiheit.....	4
I. Die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften, Art. 49, 54 AEUV	4
II. Die divergierende Rechtsprechung des EuGH	5
1. Wegzugsfall – „Daily Mail“	5
a) Sachverhalt.....	5
b) Bedeutung und Auswirkung der Entscheidung des EuGH	6
2. Zuzugskonstellationen.....	6
a) Centros	7
b) Überseering	7
c) Inspire Art	8
d) Folgen für die Anwendbarkeit der Sitztheorie.....	8
e) Keine Einschränkung durch das Urteil „Cadbury Schweppes“	9
f) Fazit.....	10
III. Cartesio	10
1. Sachverhalt	10
2. Erwartungshaltung vor dem Urteil	10
a) Die Rechtsprechung von „Centros“ bis „Inspire Art“	11
b) Die Entscheidung „Lasteyrie du Saillant“	11
c) Schlussanträge des Generalanwalts Maduro	11
3. Entscheidung	12
a) Kein Recht auf rechtsformwahrenden Wegzug	12
b) Recht auf identitätswahrenden Formwechsel	12
c) Bedeutung der Entscheidung	13
4. Kritische Würdigung der Entscheidung im Lichte der Niederlassungsfreiheit.....	13
a) Vergleich zu natürlichen Personen und „de Lasteyrie du Saillant“	14
aa) Meinungsstand	14
bb) Stellungnahme.....	15
b) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.....	15
aa) Wortlaut des Art. 54 AEUV	16

bb) Keine Eröffnung des Anwendungsbereichs bei der rechtformwahrenden Sitzverlegung	17
c) Unterscheidung Wegzug – Zuzug.....	18
aa) Meinungsstand	19
bb) Stellungnahme.....	19
IV. Fazit zur (Weiter-)Entwicklung der Niederlassungsfreiheit nach Cartesio	20
V. Praxisfolgen für das nationale Recht	21
1. Verwaltungssitzverlegung ins Ausland	21
a) Kapitalgesellschaften	22
b) Personengesellschaften	22
2. Verwaltungssitzverlegung ins Inland	23
D. Alternativen zur Sitzverlegung unter Wahrung des anwendbaren Rechts	24
I. Sitzverlegung mit grenzüberschreitendem Rechtsformwechsel	24
1. „Vale“	24
2. Folgen für das deutsche Recht	25
II. Grenzüberschreitende Verschmelzung	26
III. Wahl einer europäischen Gesellschaft	27
1. Europäische Aktiengesellschaft (SE)	27
2. Europäische Privatgesellschaft (SPE)	28
E. (Wünschenswerte) Harmonisierungsmaßnahmen der Gesetzgeber	29
I. Nationaler Übergang zur Gründungstheorie	29
II. Europäische Sitzverlegungsrichtlinie.....	30
F. Schlussbetrachtung	31
Literaturverzeichnis	33

A. Einleitung

Die grenzüberschreitende Sitzverlegung als elementare Voraussetzung der Mobilität von international tätigen Gesellschaften im europäischen Binnenmarkt ist gerade in der heutigen Zeit der Globalisierung von höchster Bedeutung. Es betrifft ein Thema, welches zwar nicht die Medienbrisanz einer europäischen Schuldenkrise erfahren mag, dieser aber in der Praxisrelevanz und der Umstrittenheit in Rechtsprechung und Literatur keineswegs nachsteht. Grund der Gesellschaften, ihren Unternehmensstandort und das auf sie anwendbare Recht innerhalb der Europäischen Union frei zu wählen, ist vor allem die Wettbewerbsfähigkeit im europäischen Binnenmarkt. Die EU selbst gewährleistet keine einheitlichen Produktions- oder gar Standortfaktoren.¹ Löhne, Betriebssteuern und Produktionskosten können daher von Land zu Land stark variieren und somit großen Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen haben. Nur verständlich ist es daher, dass Gesellschaften im Zuge der internationalen Konkurrenzfähigkeit in Betracht ziehen, ihren Unternehmensschwerpunkt ins Ausland zu verlegen. Die Sitzverlegungsmöglichkeiten für die Gesellschaften sind zahlreich.

Im Fokus dieser Arbeit soll allerdings die identitäts- und rechtsformwahrende (Verwaltungs-) Sitzverlegung stehen. Sie ermöglicht es einer Gesellschaft, ohne Auflösung im Wegzugsstaat und ohne Neugründung im Zuzugsstaat fortzubestehen.² Dies hat für die Gesellschaft den entscheidenden Vorteil, dass bestehende Verträge mit Dritten weiter gelten können und eine Endbesteuerung stiller Reserven durch die Liquidation und Neugründung entfallen.³ Ob der Zuzugsstaat das akzeptieren muss oder der Wegzugsstaat dies, etwa aus Gründen des Gläubiger- und Gesellschafterschutzes verhindern kann, richtet sich nach der im Gemeinschaftsrecht verankerten Niederlassungsfreiheit.

Geprägt wurde die Anwendung der Art. 49, 54 AEUV auf diesem Bereich insbesondere durch den europäischen Gerichtshof, den EuGH. Als „Motor“⁴ für die zunehmende Mobilität von Gesellschaften hat er in den Urteilen „Daily Mail“, „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ zur stetigen Entwicklung der Niederlassungsfreiheit und zu einer weitgehenden Konkretisierung hinsichtlich der Regelung der grenzüberschreitenden Verwaltungssitzverlegung geführt. In der neuen Rechtsprechung in „Cartesio“ und „Vale“ erweitert er die Möglichkeit einer Verwaltungssitzverlegung um den identitätswahrenden Formwechsel, also der Verlegung des Verwaltungs- und des Satzungssitzes unter Änderung des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts.⁵

¹ *Campos Nave*, Sitzverlegung der GmbH, S. 2.

² *Saenger* in: Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8, Rn. 31.

³ Stellvertretend für viele: *Jung* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 54, Rn. 33.

⁴ *Campos Nave*, BB 2009, 870.

⁵ *Hoffmann* in: MüHandbuch GesR, § 54, Rn. 1.

Ziel der Arbeit soll nach dem Darstellen der wichtigsten Grundlagen sein, anhand einer hierzu divergierenden Rechtsprechung des EuGH die Folgen für den identitätswahrenden grenzüberschreitenden Zu- und Wegzug von Gesellschaften zu erörtern. Die Anwendbarkeit und die Grenzen der Niederlassungsfreiheit durch zulässige nationale Beschränkungen, sowie die hieraus entstehenden Streitfragen werden dabei kritisch beleuchtet. Dem umstrittenen Urteil „Cartesio“ soll dabei besondere Beachtung zukommen. Die Kernfragen betreffen die Reichweite der Niederlassungsfreiheit und die Vertretbarkeit der vom EuGH gezogenen Unterscheidung zwischen Zu- und Wegzug. Vervollständigend sollen zuletzt, unter Beachtung neuester Rechtsprechung, sowohl Alternativen zur identitäts- und rechtsformwahrenden Sitzverlegung, als auch erwünschte Harmonisierungsmaßnahmen auf nationaler und europäischer Ebene aufgezeigt werden.

B. Einführung in die grenzüberschreitende Sitzverlegung

Vorab ist festzustellen, dass Gesellschaften im Gegensatz zu natürlichen Personen nicht selbstständig aus sich heraus existieren können, sondern stets der rechtlichen Anerkennung durch nationales Recht, sog. Sachrecht bedürfen.⁶ Bei Gründung der Gesellschaft bestimmt folglich die Sitzwahl das anzuwendende Recht und die Identität der Gesellschaft. Bestrebung bei der Sitzverlegung ist zumeist, genau diese Identität und somit das anwendbare Recht zu bewahren, also keinen Rechtsformwechsel vollziehen zu müssen. Wichtig zum Verständnis der Arbeit ist, dass die identitätswahrende Sitzverlegung (unter Wahrung des anwendbaren Rechts) nur eine solche des Verwaltungs- und nicht des Satzungssitzes betreffen kann.⁷ Der Satzungssitz bestimmt das anwendbare Recht, ist also unzertrennbar mit ihm verbunden und führt bei grenzüberschreitender Änderung zwangsläufig zu einem Rechtsformwechsel. Nur bei innerstaatlichen Verlegungen des Sitzes ist dies unproblematisch möglich. Dabei gilt weiterhin das jeweilige Sachrecht.

I. Das anzuwendende Gesellschaftsstatut

Verlegt eine Gesellschaft jedoch ihren Verwaltungssitz ins Ausland, so stellt sich kollisionsrechtlich die Frage, welches Recht und somit welches Gesellschafts- bzw. Personalstatut anzuwenden ist. Zur Auswahl stellt das internationale Gesellschaftsrecht, das nationale Recht des Wegzugsstaates oder das des Zuzugsstaates. Aufgrund einer fehlenden gemeinschaftsrechtlichen Regelung zur Bestimmung des Personalstatuts in den Mitgliedsstaaten, werden verschiedene

⁶ Saenger in: Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8, Rn. 55.

⁷ Leible, ZGR 2004, 531 (535); so auch Campos Nave, Sitzverlegung der GmbH, S. 107 ff., insb. S. 110, Fn. 347.

Anknüpfungspunkte vertreten. Dabei haben sich zwei kollisionsrechtliche Grundsätze entwickelt, Gründungs- und Sitztheorie.⁸

Die Gründungstheorie knüpft grundsätzlich an dem Recht des Staates an, in dem die Gesellschaft gegründet bzw. registriert wurde.⁹ Da die Gesellschaft im Recht fest verwurzelt ist, bleibt jenes Recht fortan anwendbar, selbst wenn keinerlei wirtschaftlicher Bezug zu dem Land verbleibt. Dies eröffnet die Möglichkeit das für den Rechtsanwender vorteilhafteste Recht frei zu wählen, führt aber gleichzeitig zu einem Wettlauf der Rechtsordnungen. Geltung erlangt sie z.B. in England, Lichtenstein, Niederlande, Ungarn, Schweiz und den USA.¹⁰

Die Sitztheorie gilt hingegen traditionell in Deutschland, sowie auch in Belgien, Dänemark, Frankreich, Österreich und Portugal.¹¹ Sie knüpft nicht am satzungsmäßigen, sondern am tatsächlichen bzw. effektiven Verwaltungssitz an.¹² Dieser wird definiert als der „Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“.¹³ Es kommt demnach auf den Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit an. Eine Trennung von anwendbarem Recht und dem wirtschaftlichen Bezug ist ausgeschlossen. Ziel ist der umfassende Schutz des Rechtsverkehrs, vor allem der Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer des Herkunftslandes.¹⁴

II. Praktische Bedeutung des Gesellschaftsstatuts

Wirkliche Bedeutung erfährt die Anlehnung an verschiedene Anknüpfungspunkte erst bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.¹⁵ Liegt eine Sitzverlegung von Gründungstheorie- zu Gründungstheoriestaat vor, so kommt unproblematisch und identitätswahrend das Gesellschaftsstatut des Herkunftsstaates zur Anwendung. Bei Beteiligung von zwei Sitztheoriestaaten stellt sich die Sachlage bereits komplizierter dar. Werden in den Staaten unterschiedlich Gründungs- oder Sitztheorie vertreten, so entstehen „kaum aufzulösende Widersprüche“.¹⁶

Diese aber in der Praxis oft auftretenden Widersprüche der Gesellschaftsstatute führen, neben einer divergierenden Rechtsprechung des EuGH, verstärkt zu einem grundsätzlich positiv zu betrachtenden Wettbewerb der Gesellschaftsrechte. Hierbei bieten die Staaten ihr eigenes Recht als

⁸ Zu einer knappen, aber guten Übersicht vergleiche: *Kußmaul/Richter/Ruiner*, EWS 2009, 1 f.

⁹ *Thölke* in: *MüHandbuch GesR*, § 1, Rn. 69, mit Verweis auf die Vor- und Nachteile.

¹⁰ *Kindler* in: *MüKoBGB*, *IntGesR*, Rn. 509 f.; *Servatius* in: *MüHandbuch GesR*, § 15, Rn. 13.

¹¹ *Kindler* in: *MüKoBGB*, *IntGesR*, Rn. 358, 511; *Servatius* in: *MüHandbuch GesR*, § 15, Rn. 14.

¹² *Servatius* in: *Henssler/Strohn*, *Gesellschaftsrecht*, *IntGesR*, Rn. 15.

¹³ *BGH*, Entscheidung v. 21.3.1986 - V ZR 10/85, *BGHZ* 97, 269, 272 = *NJW* 1986, 2194; vgl. dazu auch *Thölke* in: *MüHandbuch GesR*, § 1, Rn. 72.

¹⁴ Stellvertretend für viele *Eidenmüller*, *ZIP* 2002, 2233 (2243).

¹⁵ Vergleiche zur gesamten Folgenderstellung die prägnante Übersicht in: *Kessler* in: *Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8, Rn. 56.

¹⁶ *Kessler* in: *Handels- und Gesellschaftsrecht*, § 8, Rn. 56.

Produkt an und umwerben die Gesellschaften mit möglichst gründerfreundlichen Vorschriften.¹⁷ Die Gefahr besteht jedoch in dem Phänomen des „race to the bottom“, bei dem die Staaten versuchen, sich gegenseitig in den Gründungsanforderungen an Gesellschaften zu unterbieten um jene anzuziehen und die eigene Ökonomie zu fördern. Folge hiervon kann jedoch das Vernachlässigen von Interessen Dritter, sprich Gläubiger, Gesellschafter und Arbeitnehmer sein. Trotz des hierfür bekannten Negativbeispiels, des in einem US-amerikanischen Bundesstaat eingetretenen, „Delaware-Effekts“, wird größtenteils die Übertragbarkeit der Risiken für Europa verneint.¹⁸ Dennoch hat auch der deutsche Gesetzgeber reagiert und das inländische GmbH-Recht reformiert.¹⁹

C. Gewährleistung einer identitätswahrenden Sitzverlegung durch die Niederlassungsfreiheit

Die Tatsache, dass es zum internationalen Gesellschaftsrecht keinen, exakt die grenzüberschreitende Sitzverlegung regelnden, Sekundärrechtsakt gibt,²⁰ bedeutet nicht, dass das europäische Recht in diesem Bereich keinen Einfluss hat. Durch die EuGH-Judikatur wirkt sich gerade das Primärrecht stark auf das nationale Recht aus. Im Folgenden gilt es, die Niederlassungsfreiheit an sich und ihre Bedeutung und Reichweite in der Fortentwicklung der EuGH-Rechtsprechung zur identitätswahrenden Sitzverlegung darzulegen.

I. Die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften, Art. 49, 54 AEUV

Niederlassung i.S.d. Art. 49 AEUV ist „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“.²¹ Dem Gleichsetzungsgrundsatz in Art. 54 AEUV ist zu entnehmen, dass neben natürlichen Personen auch Gesellschaften erfasst sind. Diese sind nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates gegründet und haben ihren satzungsmäßigen Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft. Mit enthalten ist ferner ein Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot.²² Nach dem bekannten „Gebhard“-Urteil wird jedoch klar, dass Beschränkungen, also „nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten

¹⁷ *Fleischer* in: MüKo, GmbHG, Einl., Rn. 222.

¹⁸ So *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168 (176 ff.); einen Überblick über den Meinungsstand gebend: *Fleischer* in: MüKo, GmbHG, Einl., Rn. 224.

¹⁹ Vgl. hierzu die folgenden Ausführungen unter: C.V.1.a (S. 22).

²⁰ Über die Möglichkeit einer europäischen Sitzverlegungsrichtlinie s.u.: E.II (S.30f.).

²¹ *EuGH* Rs. C-221/89, Slg. 1991, I-3905, Rn. 20 - Factorame; vergleiche hierzu vertiefend: *Teichmann*, ZGR 2011, 639 (663 ff.).

²² Vgl. *Jung* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 54, Rn. 20 f.

grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist^{.23} Umfasst wird sowohl die für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit durch eine Hauptniederlassung zutreffende „primäre Niederlassungsfreiheit“, als auch die „sekundäre Niederlassungsfreiheit“, welche insbesondere die Gründung von Zweigniederlassungen unter Wahrung des Unternehmensschwerpunktes im Heimatstaat betrifft.²⁴

II. Die divergierende Rechtsprechung des EuGH

Vom EuGH praktiziert und in Literatur übernommen, ist die Unterscheidung von Anwendbarkeit und Reichweite der Niederlassungsfreiheit in Zuzugs- und Wegzugsfällen. Dies betrifft direkt die Beschränkungsmöglichkeiten der Mitgliedsstaaten im Rahmen der Sitzverlegung. Während der EuGH im Falle des move-out (Wegzug) weitreichende Beschränkungsmöglichkeiten erlaubt, so ist der move-in (Zuzug) stark von der Niederlassungsfreiheit geschützt.

1. Wegzugsfall – „Daily Mail“

In dem Vorabentscheidungsverfahren „Daily Mail and General Trust PLC“ hat der Europäische Gerichtshof 1988 ein erstes Mal über die Niederlassungsfreiheit bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen entschieden. Die hierfür oft benutzte Bezeichnung „Leitentscheidung“ trifft vollends zu, da sich einige der aufgestellten Prinzipien wie ein roter Faden durch die, auch jüngste Rechtsprechung ziehen.

a) Sachverhalt

Die englische Gesellschaft „Daily Mail“ wollte unter Wahrung ihres satzungsmäßigen Sitzes in London, den Sitz der Geschäftsleitung in die Niederlande verlegen. Die aus steuerrechtlichen Gründen erforderliche Zustimmung des britischen Finanzministeriums wurde jedoch versagt, obwohl beide Staaten der Gründungstheorie folgen und somit gesellschaftsrechtlich der Verwaltungssitzverlegung nichts entgegenstand.

²³ *EuGH* Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-04165, Rn. 37 - Gebhard.

²⁴ *N. Kessler* in: Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8, Rn. 44; ausführlich: *Schlag* in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 54, Rn. 19 f.

b) Bedeutung und Auswirkung der Entscheidung des EuGH

Der EuGH erlaubte diese Wegzugsbeschränkung, da die Art. 49, 54 AEUV „beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedsstaats gegründet ist und in diesem ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nicht das Recht gewähren, den Sitz ihrer Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedsstaat zu verlegen“.²⁵

Der EuGH stellt fest, dass im Fall „Daily Mail“ der Niederlassungsvorgang gar nicht beschränkt sei. Die Gesellschaft könne zwar nicht rechtsformwährend, aber durch Auflösung und Neugründung einer ausländischen Gesellschaft, ihr Kapital übertragen.²⁶ Ferner beruhe die Gründung und Existenz von Gesellschaften, im Gegensatz zu natürlichen Personen, immer auf der jeweiligen nationalen Rechtsordnung. Jenseits dieser haben die Gesellschaften keine Realität.²⁷ Dies seien Probleme, „die durch die Bestimmung der Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege einer Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen“.²⁸ Die durch die Niederlassungsfreiheit gewährten Rechte seien weiterhin aber sinnentleert, wenn der Herkunftsstaat eine grenzüberschreitende Sitzverlegung gänzlich verbieten könne.²⁹

Die Tatsachen, dass Mitgliedsstaaten ihre eigenen Gesellschaften „einmauern“³⁰ dürfen, wird in der Literatur stark kritisiert. Danach dürften sich die nationalen Wegzugsbeschränkungen der Niederlassungsfreiheit nicht gänzlich entziehen.³¹ Die Frage, ob der Anwendungsbereich der Art. 49, 54 AEUV für den Wegzug durch identitätswahrende Sitzverlegung eröffnet ist, soll allerdings erst anhand des späteren Falls „Cartesio“ genauer untersucht werden.

2. Zuzugskonstellationen

Die Urteile „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ haben gezeigt, dass nationale Zuzugsbeschränkungen direkt der Niederlassungsfreiheit unterfallen und nur unter strengen Rechtfertigungsgründen erlaubt sind. Im Anschluss an die Darlegung der Sachverhalte und der Erörterung der Reichweite der Niederlassungsfreiheit, werden die Auswirkungen auf die Sitztheorie und auf mögliche Veränderungen durch das Urteil „Cadbury-Schweppes“ aufgezeigt.

²⁵ *EuGH*, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483, Rn. 25 - Daily Mail.

²⁶ *EuGH*, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483, Rn. 18 - Daily Mail.

²⁷ *EuGH*, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483, Rn. 19 - Daily Mail.

²⁸ *EuGH*, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483, Rn. 23 - Daily Mail, Anm.: gemeint ist der durch Lissabon gelöschte Art. 293 EGV, der eine Rechtsangleichung durch die Mitgliedstaaten verlangte.

²⁹ *EuGH*, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483, Rn. 16 - Daily Mail.

³⁰ So *Lutter*, BB 2003, 7 (10).

³¹ Vgl. stellvertretend: *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2243); *Teichmann*, ZIP 2006, 355 (357).

a) Centros

Im Fall „Centros“ wollte ein dänisches Ehepaar für ihre, in England gegründete „private limited company“ (Ltd.), eine Zweigniederlassung in Dänemark eintragen lassen, um ihre gesamte Geschäftstätigkeit von dort auszuüben. Die dänische Registerbehörde verweigerte jedoch die Eintragung unter dem Hinweis, die Voraussetzungen des dänischen Mindestgesellschafterkapitals seien nicht erfüllt. Vielmehr würden die Gesellschafter versuchen, die dänischen Anforderungen mit der, kein Mindesteigenkapital erfordernden, englischen Ltd. zu umgehen.³² Die geplante Zweigniederlassung in Dänemark könne aufgrund der fehlenden Geschäftstätigkeit in England auch quasi als Hauptsitz verstanden werden.

Der EuGH entschied, dass sich die Niederlassungsfreiheit unmittelbar auf den Zuzugsfall beziehe und dass somit die generelle Eintragungsverweigerung eine unzulässige Beschränkung der Art. 49, 54 AEUV darstelle. Zwar sei die missbräuchliche, betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht nicht gestattet, doch sei das bewusste Ausnutzen verschiedener Rechtssysteme für sich allein noch kein Missbrauch, da das Recht eine Zweitniederlassung im europäischen Binnenmarkt zu gründen unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit folge³³

b) Überseering

Die Überseering B.V. ist eine in den niederländische Gesellschaft, die nach anfänglicher Geschäftstätigkeit im Gründungsstaat ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegte. Eine Schadensersatzklage der Überseering B.V. wurde durch die deutschen Gerichte abgelehnt, da die Klägerin als ausländische Gesellschaft nicht als juristische Person und somit gem. § 50 ZPO als nicht parteifähig angesehen wurde. Grund hierfür ist die in Deutschland angewandte Sitztheorie, die für die rechtliche Anerkennung eine Neugründung nach Vorschriften der GmbH und eine Sitzeintragung im Handelsregister erfordert.³⁴

Der EuGH sieht in der Nichtanerkennung der Gesellschaft einen Verstoß gegen die primäre Niederlassungsfreiheit.³⁵ Zwar schließt er die Möglichkeit einer Beschränkungsrechtfertigung und somit auch die Anwendbarkeit der deutschen Sitztheorie nicht gänzlich aus, doch rechtfertigen die dadurch verfolgten Ziele³⁶ es nicht, der Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit abzusprechen.³⁷

³² EuGH, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459, Rn. 3, 7 - Centros.

³³ EuGH, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459, Rn. 24, 27 - Centros.

³⁴ So auch: Campos Nave, Sitzverlegung der GmbH, S. 109.

³⁵ EuGH, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919, Rn. 82 - Überseering.

³⁶ Vgl. die Argumentation in: EuGH, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919, Rn. 84 ff. – Überseering.

³⁷ EuGH, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919, Rn. 92 f. - Überseering; hierzu: Peschke in: Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8, Rn. 426.

c) *Inspire Art*

Die Entscheidung „Inspire Art“³⁸ führte die Rechtsprechungslinie des EuGH für Zuzüge fort. Für die Gesellschaft, eine englische „private limited company“, wurde in den Niederlanden ohne Zusatz, dass es sich hierbei um eine ausländische Gesellschaft handelt, eine Zweigniederlassung in das Handelsregister eingetragen. Dies und andere besondere Anforderungen wie eine Mindestkapitalaufbringung, waren jedoch nach dem „Gesetz für ausländische Gesellschaften“ vorgeschrieben.

Der EuGH entschied, dass dieses Gesetz und somit eine Andersbehandlung der ausländischen im Vergleich zu inländischen Gesellschaften, eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstelle. Unter Bezugnahme auf das „Centros“-Urteil hält der EuGH fest, dass die Gründung einer Gesellschaft „um in den Genuss vorteilhafter Rechtsvorschriften zu kommen, keinen Missbrauch darstellt“,³⁹ selbst wenn keinerlei wirtschaftliche Tätigkeit im Gründungsstaat erfolgt. „Briefkastengesellschaften“,⁴⁰ also jenen, die zwecks (Steuer-)Vorteilen in einem Gründungstheoriestaat errichtet werden, dort einen „Briefkasten“ unterhalten, aber keine wirkliche unternehmerische Tätigkeit am Satzungsort betreiben, wurden somit weite Möglichkeiten eröffnet. Die Niederlassungsfreiheit widerspricht somit nicht nur, wie in „Centros“ festgestellt, dem generellen Verbot dieser Gesellschaften, sondern neben zusätzlichen inländischen Mindestanforderungen zu Geschäftsführerhaftung und Mindestkapital auch der „Stigmatisierung durch Sonderfirmierung“ als Briefkastengesellschaft.⁴¹ Gerade letztere wird jedoch teilweise als notwendig erachtet, um Dritte im Geschäftskontakt mit Scheinauslandsgesellschaften zu warnen.⁴²

d) *Folgen für die Anwendbarkeit der Sitztheorie*

Nach „Centros“ und „Inspire Art“ kann also festgehalten werden, dass zuziehende Gesellschaften innerhalb der EU aufgrund der Art. 49, 54 AEUV vor beschränkenden Maßnahmen des Aufnahmestaates umfassend geschützt sind. In „Überseering“ machte der EuGH weiterhin deutlich, dass in diesem Fall, der Gründungstheorie entsprechend, das Recht des Gründungsstaates anzuwenden sei. Diese Pflicht zur Anwendung der Gründungstheorie betrifft nach einhelliger Meinung auf jeden Fall die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit jeder innerhalb der EU und dem EWR gegründeten Gesellschaft.⁴³ Ob dadurch die Sitztheorie im nationalen Recht komplett aufzugeben ist, wurde stark diskutiert.

³⁸ EuGH, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 - Inspire Art = NJW 2003, 3331.

³⁹ EuGH, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155, Rn. 96 - Inspire Art.

⁴⁰ Vgl. Weller DStR 2003, 1800; kritisch dazu Kindler, der bereits Überseering als Schaffung einer „richterliche[n] Europäischen Briefkastengesellschaft“ sieht: Kindler, NJW 2003, 1073 (1077).

⁴¹ Weller DStR 2003, 1800, 1802; vgl. auch: Weller in: MüKo, GmbHG, Einl., Rn. 354.

⁴² So etwa Weller, DStR 2003, 1800 (1802).

⁴³ BGH, II ZR 372/03 = NJW 2005, 3351; stellvertretend für viele Weller, ZGR 2006, 748 (749f.).

Von einem Teil der Literatur wird dies vertreten.⁴⁴ Hierfür dargebracht wurde der Ansatz, die Lösung des EuGH als (versteckte) europäische Kollisionsnorm zu interpretieren.⁴⁵ Diese führe zu einem nicht tragbaren, problembehafteten und gespaltenen Kollisionsrecht. Eine derartige Interpretation des Urteils führt jedoch zu weit. Eine vom EuGH ausgesprochene oder intendierte, generelle Absage an die Sitztheorie kann nicht festgestellt werden. Ziel des EuGH kann nur gewesen sein, den Vorrang der Niederlassungsfreiheit durchzusetzen, nicht aber das nationale Recht zu determinieren oder gar zu kodifizieren.⁴⁶ Andernfalls käme es zu einer Aushöhlung des nationalen Sachrechts und der Regelungsautonomie der Staaten. Zudem führen die unterschiedlichen Gesellschaftsstatute zwar sicherlich zu Differenzen, doch folgt hieraus kein untragbares gespaltenes Kollisionsrecht.

Übertragen auf deutsches Recht hat der BGH festgestellt, dass zwar Partei- und Rechtsfähigkeit einer im Ausland gegründeten Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland zu achten seien, dass aber weiterhin die Sitztheorie anwendbar bleibt.⁴⁷ Während die deutsche Rechtsprechung früher komplett an der Sitztheorie festhielt⁴⁸, tut sie dies nun nur noch im Bezug auf Drittstaaten im Rahmen der modifizierten Sitztheorie, die ausländischen Kapitalgesellschaften durch Anerkennung als inländische Personengesellschaft zumindest eine Parteifähigkeit zuspricht.⁴⁹ Somit ist die Diskussion um die Anwendbarkeit der Sitztheorie vorerst abgeschlossen. Doch neben der rechtlichen Komponente betrifft der Sinn des Festhaltens an der Sitztheorie eine ganz andere, eine rechtspolitische Frage.⁵⁰

e) **Keine Einschränkung durch das Urteil „Cadbury Schweppes“**

Im Fall „Cadbury Schweppes“ gründete jene englische Gesellschaft zwei Zweitniederlassungen in Irland, ohne dort jedwede wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben. Der EuGH entschied, dass Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch „rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen“⁵¹, die auf eine Steuerflucht abzielen, gerechtfertigt sein können.

Teilweise wird vertreten, dass dies die liberale Rechtsprechungslinie des EuGH für Zuzugsfälle einschränke.⁵² Der hier speziell steuerrechtliche Fall sei auf alle Sitzverlegungen von Briefkastengesellschaften auszuweiten. Diese Argumentation vermag indes nicht zu überzeugen.

⁴⁴ Forsthoff, DB 2002, 2471 (2475f.); Leible/Hoffmann, RIW 2002, 925 (935f.); Kallmeyer, DB 2002, 2521; Eidenmüller, ZIP 2002, 2233 (2242ff.).

⁴⁵ Leible/Hoffmann, ZIP 2003, 925 (930); Forsthoff, DB 2002, 2471 (2475f.), der von einem „Flickenteppich“ spricht.

⁴⁶ So Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159 (166); i.d.S. auch: Roth in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 4a Rn. 42, der einen „octroi der Gründungstheorie“ ablehnt.

⁴⁷ BGH, Urteil v. 12.7.2011 - II ZR 28/10, Rn. 16.

⁴⁸ BGH, Urteil v. 21.3.1986 - V ZR 10/85, BGHZ 97, 269, 271 f.

⁴⁹ BGH, Urteil v. 1. Juli 2002 - II ZR 380/00, BGHZ 151, 204 = DB 2002, 2039; vgl. zudem die Ausführungen zu den Praxisfolgen für das deutsche Recht unter: C.V.2. (S. 23).

⁵⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen unter: E.I. (S. 29f.).

⁵¹ EuGH, Rs. C-196/04, Slg. 2006, I-7995 - Cadbury Schweppes = EuZW 2006, 663, Rn. 55.

⁵² Kindler in: MüKo, IntGesR, Rn. 129; Roth, EuZW 2010, 607ff.; Kindler, NZG 2009, 130.

Die Fälle sind zu unterschiedlich⁵³ und der Vergleich des Gesellschaftsrechts mit dem Steuerrecht, der als Inbegriff der nationalen Finanzhoheit angesehen werden kann⁵⁴, nicht tragbar. Es fällt zudem auf, dass im sogleich dargestellten „Cartesio“-Urteil kein Bezug auf „Cadbury Schweppes“ genommen wurde. Dies war aber auch nicht nötig, da die h.M. zu Recht keine Beeinträchtigung zu der vorigen Rechtsprechungslinie feststellt, was der EuGH im Falle einer Falschinterpretation aber sicherlich klargestellt hätte.

f) Fazit

Für die Zuzugskonstellationen besitzen EU- und EWR Gesellschaften nicht nur ein Recht auf eine identitätswahrende, sondern auch eine rechtsformwahrende Verlegung ihres Verwaltungssitzes. Die Niederlassungsfreiheit schützt für den Fall, dass eine staatliche Beschränkung nicht gerechtfertigt ist, sogar Gesellschaften ohne tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit am Satzungsort.

III. Cartesio

20 Jahre nach „Daily Mail“ hatte der EuGH erst wieder mit dem Wegzugsfall „Cartesio“⁵⁵ die Möglichkeit, die Frage zu klären, ob die identitätswahrende Sitzverlegung aus dem Gründungsstaat der Gesellschaft heraus von der Niederlassungsfreiheit erfasst ist. Ob das mit Spannung erwartete Urteil der Erwartungshaltung gerecht werden konnte, wie es rechtlich einzuordnen ist und welche Kritik zu äußern ist, soll im Folgenden aufgezeigt werden.

1. Sachverhalt

„Cartesio bt.“, eine ungarische Kommanditgesellschaft, wollte beim ungarischen Handelsregisteramt die Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Italien eintragen lassen. Dieser Antrag wurde abgelehnt, da die Gesellschaft nach ungarischem Recht ihren Sitz nicht unter Wahrung des Gesellschaftsstatuts ins Ausland verlegen könne. Vielmehr sei eine Liquidation in Ungarn und eine Neugründung in Italien erforderlich. Die Frage, ob eine derartige identitätswahrende Sitzverlegung ins Ausland mit Art. 49, 54 AEUV vereinbar ist, wurde dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren vorgelegt.

2. Erwartungshaltung vor dem Urteil

Die vor der Entscheidung in der Literatur allseits präsente Erwartungshaltung für eine Ausweitung der Niederlassungsfreiheit auf den Wegzugsfall stützte sich auf mehrere Säulen, die

⁵³ Roth, EuZW 2010, 607 (609), der selbst die Differenzen gesteht.

⁵⁴ Campos Nave, Sitzverlegung der GmbH, S. 53.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641 - Cartesio = ZIP 2009, 24.

jede für sich allein bereits Anlass genug für eine Revidierung der in „Daily Mail“ aufgestellten Wegzugsbegrenzung bot.

a) Die Rechtsprechung von „Centros“ bis „Inspire Art“

Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass es sich in „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ um Zuzugsfälle der grenzüberschreitenden Sitzverlegung handelte und sie somit nicht direkt mit „Cartesio“ verglichen werden können. Auch wurde dabei der „Daily Mail“-Dogmatik nie explizit widersprochen. Doch der frühe Zeitpunkt dieser Entscheidung, die zuvor sehr liberale Behandlung der Zuzugsfälle und die, den gesamten Regelungsbereich der Niederlassungsfreiheit⁵⁶ betreffende, stetige Weiterentwicklung hin zu mehr Mobilität, ließen Zweifel aufkommen, ob es sich bei „Daily Mail“ noch um „good law“ handelt.⁵⁷

b) Die Entscheidung „Lasteyrie du Saillant“

Weitere Zweifel schürte die Entscheidung „Lasteyrie du Saillant“⁵⁸, in welcher Wegzugsbeschränkungen für natürliche Personen als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit in Art. 49 AEUV angesehen wurden. Nach französischem Recht hätte der stille Gesellschafter Hughes de Lasteyrie du Saillant durch die Verlegung seines Wohnsitzes nach Belgien eine Wegzugsbesteuerung leisten müssen. Die hier vorliegende Steuerpflicht für noch nicht realisiertes Einkommen ist nach dem EuGH von der Niederlassungsfreiheit erfasst und nicht gerechtfertigt.⁵⁹ Folglich werden Steuerpflichtige, die ihren Wohnsitz ins Ausland und nicht im Inland verlegen, ungerechtfertigt benachteiligt.

Dies gab Anlass, i.S.d. Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art. 54 AEUV, eine Übertragbarkeit der Wegzugsfreiheit von natürlichen Personen auf Gesellschaften in Betracht zu ziehen.

c) Schlussanträge des Generalanwalts Maduro

Insbesondere erweckte jedoch Cartesios Generalanwalt Poiares Maduro in seinen Schlussanträgen Hoffnungen auf eine Erweiterung der eingeschlagenen Richtung. Dieser vertrat entschlossen die Ansicht, dass die Niederlassungsfreiheit im vorliegenden Fall eröffnet sein sollte und die bestehenden nationalen Normen gemeinschaftswidrig sind.⁶⁰ Auch er stellte fest, dass die Fortentwicklung in der „Centros“-Judikatur der strengen „Daily Mail“-Doktrin widerspreche⁶¹ und dass „Cadbury Schweppes“ „eine erhebliche Einschränkung der Feststellungen in den Urteilen

⁵⁶ Vgl. *EuGH* Rs. C-221/89, Slg. 1991, I-3905 - Factorame; Rs. C-55/94, Slg. 1995 I-04165 - Gebhard; Rs. C-264/96, Slg. 1998, I-4695 - ICI; Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805 - Sevic.

⁵⁷ Mörsdorf, *EuZW* 2009, 97 (98).

⁵⁸ *EuGH*, Rs. C-9/02, Slg. 2004, I-02409 - Lasteyrie du Saillant = *NJW* 2004, 2439.

⁵⁹ *EuGH*, Rs. C-9/02, Slg. 2004, I-02409, Rn. 72 u. 75 - Lasteyrie du Saillant.

⁶⁰ *GA Maduro*, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-210/06, Rn. 25 – *Cartesio*.

⁶¹ *GA Maduro*, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-210/06, Rn. 27 – *Cartesio*.

Centros und Inspire Art⁶² darstelle. Den Mitgliedsstaaten dürfe demnach nicht die Macht gegeben werden, über „Leben und Tod der nach ihrem nationalen Recht gegründeten Gesellschaften verfügen [zu] können, ohne dass die Folgen für die Niederlassungsfreiheit zu berücksichtigen wären.“⁶³

3. Entscheidung

Bereits zu Beginn kann klargestellt werden, dass das Urteil „Cartesio“ keinesfalls der, wie man zugestehen muss, hohen Erwartungshaltung gerecht werden konnte.

a) *Kein Recht auf rechtsformwahrenden Wegzug*

Der EuGH versagt den Gesellschaften die durchweg⁶⁴ erhoffte, identitätswahrende Verwaltungssitzverlegung ins Ausland. Unter Bezugnahme auf „Daily Mail’s“ „Geschöpftheorie“ macht der EuGH deutlich, dass Gründung und Erhalt der Gesellschaft weiter dem nationalen Recht unterliegen und sie jenseits dieser Rechtsordnung keine Existenz haben.⁶⁵ Anknüpfung an die Rechtsordnung der Gesellschaft, also Verwaltungs- oder Satzungssitz⁶⁶ und die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 54 AEUV, sind eine Vorfrage, die mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelungen „beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nur nach dem geltendem nationalen Recht bestimmt werden kann.“⁶⁷ Ob eine Gesellschaft der Niederlassungsfreiheit unterfällt, sei laut EuGH mit der Vorfrage vergleichbar, ob eine natürliche Person ein Staatsangehöriger ist und somit den Schutz des Art. 49 AEUV genießt.⁶⁸ Entfällt durch Sitzverlegung die nach nationalen Regeln erforderliche Anknüpfung, so entzieht die Gesellschaft sich selbst ihrer gesetzlichen Existenzgrundlage.⁶⁹

b) *Recht auf identitätswahrenden Formwechsel*

Der EuGH stellt hingegen in einem zweiten Schritt fest, dass die Sitzverlegung unter Änderung des anwendbaren nationalen Rechts und durch Umwandlung in eine Gesellschaftsform des Zuzugsstaates gesondert zu betrachten ist.⁷⁰ Beschränkungen dieser Art der Verlegung des Sitzes können nur unter Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden und

⁶² GA Maduro, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-210/06, Rn. 29 – *Cartesio*.

⁶³ GA Maduro, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-210/06, Rn. 31 – *Cartesio*.

⁶⁴ Vergleiche *Weng*, EWS 2008, 264; *Ringe*, ZIP 2008, 1072 (1073); *Campus Nave*, BB 2008, 2410; *Behme/Nohlen*, NZG 2008, 496 (497); *Teichmann*, EWiR 2008, 397 (398).

⁶⁵ *EuGH*, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 104 - *Cartesio*.

⁶⁶ Vgl. *EuGH*, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 105, 108 - *Cartesio*.

⁶⁷ *EuGH*, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 109 - *Cartesio*.

⁶⁸ *EuGH*, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 109 - *Cartesio*.

⁶⁹ *EuGH*, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 110 - *Cartesio*.

⁷⁰ Vgl. hierzu und zu den folgenden Ausführungen *EuGH*, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 111-113 - *Cartesio*.

erlauben, soweit das Recht des Aufnahmestaates die Umwandlung zulässt, insbesondere keine Auflösung und Liquidation der Gesellschaft.

c) *Bedeutung der Entscheidung*

Die Kernbedeutung des Urteils kann knapp und präzise zusammengefasst werden: Eine identitäts- und formwahrende Sitzverlegung wird nicht von der Niederlassungsfreiheit erfasst und somit nicht garantiert. Als Substitut bietet der EuGH jedoch den Gesellschaften zumindest die Möglichkeit, unter Wechsel des Gesellschaftsstatuts, ihre Identität zu bewahren.⁷¹

Der EuGH unterscheidet hierbei nicht zwischen einer Verwaltungs- oder Satzungssitzverlegung. Vielmehr muss zwischen rechtsformwahrender Sitzverlegung und rechtsformändernder Umwandlung unterschieden werden.⁷²

Zur Folge hat die Anknüpfungsfreiheit an Gründungsvoraussetzungen und den Erhalt einer Gesellschaft, dass die Mitgliedsstaaten weiterhin nach Gründungs- oder Sitztheorie auf die Erforderlichkeit eines Verwaltungs- bzw. Satzungssitzes im Inland bestimmen können. Da vorliegend Ungarn an einen inländischen Verwaltungssitz anknüpft, dieser jedoch nach Italien verlegt wurde und nicht mehr existiert, unterfällt „Cartesio“ im Sinne des EuGH erst gar nicht der Niederlassungsfreiheit, noch einer Rechtfertigungsprüfung über die Zulässigkeit der Wegzugsbeschränkung.

4. Kritische Würdigung der Entscheidung im Lichte der Niederlassungsfreiheit

In vielerlei Weise hat das Urteil in der Literatur sehr starke Kritik erfahren. Im Folgenden gilt es, den Meinungsstand, in Hauptstreitpunkte untergliedert, darzulegen und jeweils dazu Stellung zu nehmen.

Klarzustellen ist zunächst, dass es sich in „Cartesio“ um eine Kommanditgesellschaft handelt und nicht, wie in allen Sitzverlegungsfällen zuvor, um eine Kapitalgesellschaft. Ein Unterschied in der Behandlung der beiden Formen ist aber nicht gegeben. Alle rechtsfähigen Personengesellschaften mit Satzungssitz in der Gemeinschaft sind in gleichem Maße von Art. 49, 54 AEUV geschützt.⁷³ Art. 54 Abs. 2 AEUV spricht nur allgemein von Gesellschaften und juristischen Personen. Dies lässt sich auf einen europäisch-autonomen Begriff der Gesellschaft zurückführen, welcher den Schutz jeder Art von grenzüberschreitend ausgeübter Tätigkeit hat.⁷⁴ Der EuGH bestätigt dies, indem er in „Cartesio“ in keiner Weise auf die Unterscheidung eingeht.

⁷¹ Vgl. hierzu knapp *EuGH*, Pressemitteilung v. 16. Dezember 2008, Nr. 89/2008 – *Cartesio*, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-03/cp080089de.pdf> (zuletzt abgerufen am: 11.8.2014).

⁷² So auch: *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (394); *Barthel*, EWS 2010, 316 (318); a.A. *Kindler*, NZG 2009, 130; *Knof/Mock*, ZIP 2009, 30 (32).

⁷³ *Leible/Hofmann*, BB 2009, 58 (59); *Paefgen*, WM 2009, 529 (531).

⁷⁴ *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (399).

a) Vergleich zu natürlichen Personen und „de Lasteyrie du Saillant“

Erste Zweifel wirft der vom EuGH selbst gezogene Vergleich von Gesellschaften zu natürlichen Personen auf.⁷⁵ Danach sei, in Anlehnung an die Staatsbürgerschaft natürlicher Personen, die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf Gesellschaften durch Art. 54 AEUV eine Vorfrage, die nur nach nationalem Recht bestimmt werden könne. Da aber gerade im Fall „Lasteyrie du Saillant“⁷⁶ Wegzugsbeschränkungen natürlicher Personen für unzulässig erklärt wurden, besteht zu Recht die Frage, warum dies für Gesellschaften nicht auch gelten soll.

aa) Meinungsstand

Die Kritiker vergleichen den Verlust des Gründungsstatuts einer Gesellschaft mit dem Entzug der Staatsangehörigkeit von natürlichen Personen.⁷⁷ Warum der EuGH in *Cartesio* die Vergleichbarkeit zu „Lasteyrie du Saillant“ nicht herstellt und der Rechtsverlust von Gesellschaften weniger einschneidend, als bei natürlichen Personen sein soll, ließe sich nicht erklären.⁷⁸ Gerade der Verlust des Gründungsstatuts, bzw. im Fall natürlicher Personen der Staatsangehörigkeit, müsse geschützt sein, da dieser den schwersten vorstellbaren Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstelle.⁷⁹ Darüber hinaus sollten Gesellschaften, genauso wie natürliche Personen, nicht durch nationale Rechtsvorschriften in ihrer Freizügigkeit eingeschränkt werden dürfen.⁸⁰

Auf der anderen Seite wird angeführt, dass natürliche Personen und Gesellschaften nicht vollends verglichen werden können.⁸¹ Danach sei eine Übertragbarkeit von „Lasteyrie du Saillant“ nicht angebracht. Der entscheidende Unterschied ergebe sich daraus, dass Gesellschaften nicht wie natürliche Personen aus sich heraus existieren können, sondern immer an nationale Rechtsvorschriften gebunden sind.⁸² Während also natürliche Personen mit Rechtssubjektivität „naturegegeben“⁸³ vorkommen, so seien Gesellschaften „rechtlich konfigurierte Marktakteure“,⁸⁴ welche zwangsweise auf ihr rechtliches Rahmenwerk angewiesen sind. Überdies sei ein Vergleich mit „Lasteyrie du Saillant“ vom Inhalt her nicht einfach möglich, da die Niederlassungsfreiheit darin automatisch vorlag, es in „*Cartesio*“ hingegen erst gerade um die die Eröffnung des

⁷⁵ *EuGH*, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 109 - *Cartesio*.

⁷⁶ *EuGH*, Rs. C-9/02, Slg. 2004, I-02409, Rn. 42 - *Lasteyrie du Saillant* = NJW 2004, 2439.

⁷⁷ *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58 (59 f.); *Paefgen*, WM 2009, 529 (533); *Knof/Mock*, ZIP 2009, 30 (32); *Knop*, DZWIR 2009, 147 (151, Rn. 47); *Otte*, EWS 2009, 38 (39); *Weng*, EWS 2008, 264 (270); *Grohmann*, DZWIR 2009, 322 (328); *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (396); *Eidenmüller*, JZ 2004, 24 (25, 29).

⁷⁸ *Campus Nave*, S. 104; *Grohmann*, DZWIR 2009, 322 (328), der gerade die Übertragbarkeit auf Gesellschaften als eigentliche Frage ansieht.

⁷⁹ *Weng*, EWS 2008, 264 (270); mit Verweis auf *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159 (177).

⁸⁰ *Paefgen*, WM 2009, 529 (533), der einen Reisepassvergleich von natürlichen Personen darlegt.

⁸¹ *Barthel*, EWS 2010, 316 (323); *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 545 (546); *Sethe/Winzer*, WM 2009, 536 (538); *Nolting*, NotBZ 2009, 109 (110).

⁸² *Sethe/Winzer*, WM 2009, 536 (538).

⁸³ *Nolting*, NotBZ 2009, 109 (110).

⁸⁴ *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (397).

Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit nach Art. 54 AEUV ginge.⁸⁵ Aus der Tatsache, dass sich der EuGH darin weder auf den Wegzug einer Gesellschaft in „Daily Mail“ bezieht, noch dass „Lasteyrie du Saillant“ in irgendeiner Weise in „Cartesio“ erwähnt wurde, sei herzuleiten, dass der EuGH keinen Vergleich beider Formen herstellen wollte.⁸⁶

bb) Stellungnahme

Die Tatsache, dass eine Gesellschaft stets auf nationalen Gründungsregeln basiert, ihnen also als „Vorfrage“ ihre Existenz verdankt, kann nicht abgestritten werden. Somit ist auch trotz des klaren Wortlauts des Art. 54 AEUV eine absolute Gleichstellung von natürlichen Personen und Gesellschaften nie möglich. Einerseits folgt daraus, dass der Vergleich, natürlichen Personen könne auch nicht einfach die Staatsangehörigkeit entzogen werden, zu weit geht. Gleichzeitig bedeutet dies aber, dass der EuGH die Parallele zu natürlichen Personen in dieser Deutlichkeit nicht hätte ziehen dürfen. Bezüglich der Übertragbarkeit von „Lasteyrie du Saillant“ ist festzustellen, dass in der Rechtsprechung des EuGH auf jeden Fall kein klarer Widerspruch zu erkennen ist. Natürliche Personen und Gesellschaften können nicht vollends verglichen werden.

Dennoch darf nicht verkannt werden, dass Art. 54 AEUV gerade den Unterschied beider Formen erkennt und die Gleichsetzung verlangt. Die eigentlich zu Grunde liegende Frage ist darüber hinaus, ob man Art. 54 AEUV als eine sachrechtliche Verweisvorschrift oder als eine Gesamtverweisung ansieht.⁸⁷ Während die Zweite den Mitgliedsstaaten wirklich freie Hand in der Anknüpfung lässt, so beinhaltet Ertere nur eine versteckte unionsrechtliche Kollisionsnorm. Insoweit betrifft die Frage der Übertragbarkeit von „Lasteyrie du Saillant“ gleichzeitig auch die, der Anwendbarkeit und Reichweite der Niederlassungsfreiheit in „Cartesio“.

b) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit

Der Wortlaut von Art. 54 AEUV umfasst alle Gesellschaften, welche nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaat gegründet sind. Der Meinung des EuGH, dass die Mitgliedsstaaten dabei als Vorfrage über Existenz und Fortbestehen der Gesellschaft über Anknüpfung und somit auch über die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit frei entscheiden können,⁸⁸ ist jedoch sehr starken Kritikpunkten ausgesetzt.

⁸⁵ *Barthel*, EWS 2010, 316 (319 f.)

⁸⁶ *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 545 (546); nur für „Daily Mail“ *Weng*, EWS 2008, 264 (268).

⁸⁷ Vgl. *Forsthoff* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 54, Rn. 12.

⁸⁸ *EuGH*, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 110 - *Cartesio*.

aa) Wortlaut des Art. 54 AEUV

Der EuGH erachtet bei der Anknüpfung satzungsmäßigen Sitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung gleich.⁸⁹ Indes wird vertreten, dass die in Art. 54 AEUV gewährleistete Gleichsetzung weder als mitgliedstaatliche Kompetenz zur Anknüpfung an starres nationales Recht verstanden werden dürfe⁹⁰, noch eine „Ausklammerung des nationalen Gesellschafts-(Kollisions-)rechts aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit“ rechtfertige.⁹¹

Dem wird entgegengehalten, dass Art. 54 AEUV aber gerade auf die Gründungsvorschriften der Mitgliedsstaaten, und somit auf ihr Gesellschaftsstatut abstelle.⁹² Danach seien die Gründungsvorschriften der Mitgliedsstaaten konstitutiv für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf die Gesellschaft.

Richtigerweise darf die grundsätzliche Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut der Mitgliedsstaaten⁹³ dennoch nicht von einer Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten ausgenommen sein.⁹⁴ Es trifft zwar zu, dass eine Gesellschaft nur nach den Gründungsvorschriften existieren kann. Dies wird gar nicht in Frage gestellt. Doch einmal gegründet, profitiert sie von der europäischen Niederlassungsfreiheit.⁹⁵ Auch der Wortlaut des Art. 54 AEUV spricht eindeutig nur von gegründeten und nicht fortexistierenden Gesellschaften.⁹⁶ Eine erweiternde analoge Anwendung des Art. 54 Abs. 1 AEUV komme somit nicht in Betracht.⁹⁷ Das Unionsrecht darf also nicht einer rein mitgliedstaatlichen Anknüpfung an nationales Recht untergeordnet sein.

Es wird zwar argumentiert, dass eine Gesellschaft bei ihrer Gründung automatisch die nationale Anknüpfung an einen Verwaltungssitz im Inland akzeptiere und somit auch die Folgen einer Liquidation akzeptieren müsse, falls die Anknüpfung entfällt.⁹⁸ Doch diese Meinung beruht nur auf der Annahme, Art. 54 AEUV stelle eine Gesamtverweisung dar und verkenne, dass das nationale Recht der Mitgliedsstaaten grundfreiheitlich überformt ist.⁹⁹ Aus diesem Grund scheint es schwer begründbar, die Fortexistenz der Gesellschaften der Willkür nationaler Normen zu unterwerfen. Ein vor allem früher vertretener kollisionsrechtlicher Charakter¹⁰⁰ des Art. 54 AEUV, der unmittelbar

⁸⁹ *EuGH*, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 106 - *Cartesio*.

⁹⁰ *Knop*, DZWIR 2009, 147 (148); *Mörsdorf*, EuZW 2009, 97 (99 f.).

⁹¹ *Mörsdorf*, EuZW 2009, 97 (99).

⁹² *Barthel*, EWS 2010, 316 (322).

⁹³ *Barthel*, EWS 2010, 316 (322).

⁹⁴ *Forsthoff* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 54, Rn. 2.

⁹⁵ So auch: *Knop/Mock*, ZIP 2009, 30 (32).

⁹⁶ *Hennrichs/Pöschke/von der Laage/Klaviņa*, WM 2009, 2009 (2013); *Knop*, DZWIR 2009, 147 (150).

⁹⁷ *Forsthoff* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 54, Rn. 12.

⁹⁸ *Barthel*, EWS 2010, 316 (322).

⁹⁹ *Grohmann*, DZWIR, 2009, 322 (326).

¹⁰⁰ Grundsätzlich: *Behrens*, IPRax 1999, 323 (329); weiterhin: *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2241); *Leible/Hoffmann*, ZIP 2003, 925 (926); noch aktuell: *Weller*, IPRax 2009, 203 (205).

auf das nationale Sach- und Kollisionsrecht durchschlägt, kann hingegen nicht mehr angenommen werden.¹⁰¹

Eine Pflicht zur Beibehaltung der vom Mitgliedsstaat geforderten Anknüpfung über die Gründung hinaus, ist dennoch ausgeschlossen. Die Niederlassungsfreiheit als europäische Grundfreiheit darf gerade nicht den Gesellschaftsstatuten der Mitgliedsstaaten unterliegen, sondern erhebt sich dieser. Hierfür spricht auch, dass nicht einmal zu Beginn, bei Abfassung des damaligen EG-Vertrags, das nationale Recht im Vordergrund stand. Vielmehr ging es bei der Anknüpfung der drei Elemente darum, gerade den Gemeinschaftsbezug herzustellen und Gesellschaften somit die Niederlassungsfreiheit zu gewähren.¹⁰² Wenn bereits damals der Zugang zur Niederlassungsfreiheit im Vordergrund stand, so ist es heute, nach stetiger Weiterentwicklung des Niederlassungsbegriffs, erst recht nicht gerechtfertigt, diese den Gesellschaften per se zu versagen. Der EuGH sieht dies bei der identitäts- und rechtsformwahrenden Sitzverlegung ins Ausland bedauerlicherweise anders.

bb) Keine Eröffnung des Anwendungsbereichs bei der rechtsformwahrenden Sitzverlegung

Ob der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit bei der rechtsformwahrenden Verwaltungssitzverlegung eröffnet ist, richtet sich - so „Cartesio“ - rein nach den nationalen Vorschriften der Mitgliedsstaaten. Nach dieser „Geschöpftheorie“ haben die Gesellschaften jenseits der Rechtsordnung ihres Gründungsstaates keine Existenz.

Dieser Sichtweise schließen sich Teile der Literatur an.¹⁰³ Sie basiert vorrangig darauf, dass Art. 54 AEUV den Zweck habe, die Regelungsautonomie der Gründungsstaaten zu bewahren.¹⁰⁴ Als Schlussfolgerung wird angenommen, dass der Zugang zu den Grundfreiheiten von der, vom Recht der Mitgliedsstaaten geprägten, Rechtsfähigkeit der Gesellschaft abhängt.¹⁰⁵ Zudem setze ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit voraus, dass eine Rechtsposition verliehen wurde, in die eingegriffen werden kann.¹⁰⁶ Wird also bereits von Anfang an keine Verwaltungssitzverlegung ins Ausland gewährt, so könne die Niederlassungsfreiheit im gegebenen Fall gar nicht eröffnet und beschränkt sein.

Die Argumentation stützt jedoch, wie die des Wortlauts des Art. 54 AEUV, nur auf der Allgemeinverweisung auf das Gesellschaftsstatut der Mitgliedsstaaten. Die Regelungsautonomie der Mitgliedsstaaten ist zugegeben ein wichtiger Aspekt, der in der Diskussion um die Niederlassungsfreiheit nicht zu vernachlässigen ist. Doch auch diese muss Grenzen erfahren und

¹⁰¹ Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 54, Rn. 20; Jung in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 54, Rn. 1.

¹⁰² Vergleiche Teichmann, ZIP 2009, 393 (400).

¹⁰³ Barthel, EWS 2010, 316 (323); Zimmer/Naendrup, NJW 2009, 545 (549); Sethe/Winzer, WM 2009, 536 (538); Bollacher, RIW 2009, 150 (153).

¹⁰⁴ Barthel, EWS 2010, 316 (321).

¹⁰⁵ Barthel, EWS 2010, 316 (321).

¹⁰⁶ Bollacher, RIW 2009, 150 (153); Barthel, EWS 2010, 316 (321).

darf nicht uneingeschränkt gelten. Der Ansicht, eine etwaige Beschränkung vielmehr durch Interessensabwägung des Gründungsstaates an der Verhinderung eines Exports seiner Gesellschaftsformen auf der Rechtfertigungsebene zu vollziehen,¹⁰⁷ kann also nur zugestimmt werden. Den Zugang zu den Grundfreiheiten explizit an die ausschließlich von den Mitgliedsstaaten verliehene Rechtsfähigkeit zu koppeln, widerspricht dessen supranationalen Charakter. Vielmehr enthalten sie keine Bereichsausnahme für das Gesellschaftskollisionsrecht.¹⁰⁸ Weiterhin erscheint es widersprüchlich die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit bei der Sitzverlegung unter Wahrung und unter Änderung des anwendbaren Rechts unterschiedlich zu beurteilen. Dogmatisch sei es nicht zu rechtfertigen, für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit zwar zum einen auf die „Vorfrage“ des nationalen Rechts abzustellen, im gleichen Zug jedoch die rechtsformwahrende Umwandlung von Art. 49, 54 AEUV zu schützen.¹⁰⁹ Selbst etwaige Regelungsinteressen der Mitgliedsstaaten, wie Schutz von Gläubigerinteressen, wären nicht ausreichend, um diese Unterscheidung zu rechtfertigen. Inländische Gläubiger seien bei einer rechtsformwahrenden Verwaltungssitzverlegung sogar besser gestellt, da sie das anwendbare Recht und somit auch den inländischen Gerichtsstand erhalten.¹¹⁰ Dem ist nur zuzustimmen, denn weder bei einer erlaubten Formwechselung der Gesellschaft, noch bei einer Versagung der inländischen Rechtsformwahrung und der Zwangsliquidation und Neugründung als Folge, ist dies möglich.

Es kann schlussendlich entgegen der Handhabung des EuGH gefolgert werden, dass die generelle Versagung der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit bei der rechtsformwahrenden Sitzverlegung, der eigentlichen Reichweite des Art. 54 AEUV widerspricht. Die Regelungsautonomie der Mitgliedsstaaten ist vielmehr im Rahmen von Beschränkungen auf der Rechtfertigungsebene im Einzelfall zu berücksichtigen.¹¹¹ Da die Verwaltungssitzverlegung in „Cartesio“ aber schon im Vorhinein versagt wurde, wäre eine Beschränkung nicht gerechtfertigt.¹¹²

c) Unterscheidung Wegzug – Zuzug

Neben dem entgegenstehenden Wortlaut des Art. 49 AEUV und dem nicht eröffneten Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit wird im Urteil auch die Unterscheidung zwischen Wegzugs- und Zuzugsfällen sehr stark kritisiert. Der EuGH selbst machte spätestens durch die Entscheidung „Überseering“ im Vergleich zu „Daily Mail“ deutlich, dass beide Konstellationen zu unterscheiden sind.¹¹³

¹⁰⁷ Mörsdorf, EuZW 2009, 97 (99).

¹⁰⁸ Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 54, Rn. 24.

¹⁰⁹ Knof/Mock, ZIP 2009, 30 (32); Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 54, Rn. 28.

¹¹⁰ Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 54, Rn. 24; Mörsdorf, EuZW 2009, 97 (99).

¹¹¹ In diesem Sinne auch: Hennrichs/Pöschke/von der Laage/Kļaviņa, WM 2009, 2009 (2014); Knop, DZWIR 2009, 147 (151).

¹¹² Vgl. Otte, EWS 2009, 38 (39).

¹¹³ EuGH, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919, Rn. 62 – Überseering.

aa) Meinungsstand

Einige Literaturmeinungen haben sich der Ansicht des EuGH angeschlossen. Es wird vertreten, dass die Unterscheidung bei Betrachtung der verschiedenen Fallgruppen dogmatisch stimmig sei.¹¹⁴

Die Gleichstellung beider Konstellationen sei in Hinblick auf das Ziel des gemeinsamen Binnenmarktes und ökonomischen Kriterien zwar erwünscht, doch der EuGH sei nicht der Rechtspolitik verpflichtet, sondern dem geltenden Recht.¹¹⁵ Der relevante Unterschied zwischen Zu- und Wegzugsfällen, der sogar die unterschiedliche Behandlung „erzwingt“,¹¹⁶ sei aber die im unterschiedlichen Maße betroffene Regelungsautonomie der Mitgliedsstaaten über ihre Gründungsstaaten. Diese sei somit von höherer Bedeutung als die der Zuzugsstaaten über fremde Gesellschaften.

Die Gegenmeinung argumentiert, dass es sich bei Zu- und Wegzug um den gleichen Vorgang handele.¹¹⁷ Verbiete jeder Staat den Wegzug, etwa durch Anknüpfung an den Verwaltungssitz im Inland, so liefe die Niederlassungsfreiheit leer.¹¹⁸ Plastisch könne die Zuzugsfreiheit also als das „Spiegelbild“ der Wegzugsfreiheit angesehen werden.¹¹⁹ Zuletzt sei eine unterschiedliche Behandlung auch aus Gründen des „effet utile“¹²⁰ zweifelhaft. Durch die Beschränkung, egal von welcher Seite, würde der Binnenmarkt gestört werden.

Ganz davon abweichend wird vertreten, dass „Cartesio“ gar kein Wegzugsfall sei und die Unterscheidung zwischen beiden Fällen aufgrund eines terminologischen Missverständnisses aufzugeben sei.¹²¹

bb) Stellungnahme

Stellungnehmend muss zunächst festgestellt werden, dass „Cartesio“ sehr wohl einen Wegzugsfall betrifft, da es hierbei nicht auf den Niederlassungsvorgang als solchen, sondern auf die Aufgabe der Anknüpfung im Gründungsstaat ankommt. Die dabei vertretene Definition von Wegzug und der vorgeschlagene zweistufige Prüfungsaufbau¹²² zur Eröffnung der Niederlassungsfreiheit vermögen nicht vollends zu überzeugen. Die auf der Geschöpftheorie des EuGH basierende Unterscheidung von Zu- und Wegzug baut aufeinander auf und bietet von der Schlüssigkeit her keinen Angriffspunkt. Doch ob diese Differenzierung der Niederlassungsfreiheit

¹¹⁴ *Bollacher*, RIW 2009, 150 (153); *Sethe/Winzer*, WM 536 (538).

¹¹⁵ *Sethe/Winzer*, WM 536 (539); i.d.S. auch: *Bollacher*, RIW 2009, 150 (153).

¹¹⁶ *Barthel*, EWS 2010, 316 (320).

¹¹⁷ *Krause* in: EU GesR auf neuen Wegen, S. 103 (109); *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (396).

¹¹⁸ *Campos Nave*, Sitzverlegung der GmbH, S.101; *ders.*, BB 2998, 1410 (1413).

¹¹⁹ *Campus Nave*, Sitzverlegung der GmbH, S. 104; *Weng*, EWS 264 (271), „Gegenstück“; *Otte*, EWS 2009, 38 (39) „zwei Seiten der einheitlichen Medaille Niederlassungsfreiheit“

¹²⁰ *Behme/Nohlen*, BB 2009, 13; i.E. auch: *Knop*, DZWIR 2009, 147 (150), der den Widerspruch zum „effet utile“ in der erweiternden Anwendung des Art. 54 Abs. 1 AEUV sieht.

¹²¹ Vgl. *Teichmann* in: FS Peter Hommelhoff, S. 1213 (1234ff.).

¹²² *Teichmann* in: FS Peter Hommelhoff, S. 1213 (1233), die 2 Prüfungsschritte zur Eröffnung von Art. 49, 54 AEUV sind danach Feststellung der Staatsangehörigkeit und dann erst der Niederlassungsvorgang.

gerecht wird und auch wirklich einen Sinn macht, ist damit nicht bewiesen. Es geht somit auch nicht nur um Rechtspolitik, sondern um das geltende Recht über die Frage der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit. Jene darf selbst bei einem Wegzug nicht per se von der Regelungsautonomie der Mitgliedsstaaten verdrängt werden. Vielmehr sollte die unbestritten größere Beeinträchtigung des Gründungs- im Vergleich zum Zuzugsstaat durch eine Interessensabwägung auf Rechtfertigungsebene berücksichtigt werden. Ob man das Argument des „effet utile“ auf dem Binnenmarkt stützen kann,¹²³ ist fraglich und hängt davon ab, wie weit man das Ziel des barrierefreien Binnenmarktes auslegt.¹²⁴ Vertritt man die Ansicht, dass die Grundfreiheiten die Rechtsunterschiede im Binnenmarkt mindern, aber nicht komplett beseitigen sollen,¹²⁵ so lässt sich das Argument des „effet utile“ leicht entwerten. Nicht bestreiten lässt sich jedoch, dass die Wegzugsfreiheit und die Zuzugsfreiheit die „zwei Seiten der einheitlichen Medaille Niederlassungsfreiheit“¹²⁶ sind und dass eine Beschränkung des Wegzugs im gleichen Zuge auch eine Beschränkung des Zuzugs mit sich bringt. Die Niederlassungsfreiheit als europäische Grundfreiheit muss sich als höherrangiges Recht gegen das niederrangige nationale Recht durchsetzen. Eine strikte Unterscheidung zwischen Zu- und Wegzug ist unter diesen Gesichtspunkten nicht zu rechtfertigen.

IV. Fazit zur (Weiter-)Entwicklung der Niederlassungsfreiheit nach Cartesio

Während der EuGH in „Daily Mail“ bis zu der Zwangsliquidation reichende Beschränkungen des Gründungsstaates zulässt, so schlägt er in „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ einen deutlich liberaleren Kurs mit einer weit führenden Zuzugsfreiheit ein, die sogar die Gründung von Briefkastenfirmen von der Niederlassungsfreiheit schützt. Ob im Wegzugsfall „Cartesio“ die Niederlassungsfreiheit eröffnet ist, entschied der EuGH zweigleisig. Diese gespaltene Sichtweise beruht auf der, von nun an unterschiedlichen Behandlung von Sitzverlegung unter Wahrung und unter Wechsel des anwendbaren Rechts.

Bezüglich der identitäts- und rechtsformwahrenden Sitzverlegung hat der EuGH es den Mitgliedsstaaten überlassen, über Gründung und Existenz der Gesellschaften zu entscheiden. Die in „Cartesio“ immer noch vom EuGH gezogene Unterscheidung zwischen Weg- und Zuzug bestätigt, dass für ihn die unterschiedliche Behandlung nicht nur ein Relikt aus alter Zeit ist. Die Unterscheidung hält bei genauer Überprüfung der Niederlassungsfreiheit jedoch nicht stand.¹²⁷

¹²³ So *Behme/Nohlen*, BB 2009, 13; i.d.S. auch *Hennrichs/Pöschke/von der Laage/Kłaviņa*, WM 2009, 2009 (2014).

¹²⁴ So auch die Unterscheidung von: *Kieninger*, in: EU GesR auf neuen Wegen, S. 57; „effet utile“ als nur rechtspolitisches Ziel: *Bollacher*, RIW 2009, 150 (153).

¹²⁵ *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (397); *Barthel*, EWS 2010, 316 (324).

¹²⁶ *Otte*, EWS 2009, 38 (39); *Campos Nave*, BB 2008, 1410 (1413).

¹²⁷ In diesem Sinne bereits schon: GA *Colomer*, Schlussanträge v. 4.12.2001, Rs. C-208/00, Rn. 37 - *Überseering* = ZIP 2001, 75; GA *Maduro*, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-210/06, Rn. 28 - *Cartesio* = ZIP 2008, 1067.

Wandert der für die Gründung maßgebliche Anknüpfungspunkt in einen anderen Staat, so sollte nach der Meinung des Verfassers, die Grenzüberschreitung im Rahmen einer „europarechtliche[n] Wegzugsfreiheit“¹²⁸ von den Art. 49, 54 AEUV erfasst sein.

Durch das „obiter dictum“ zur Eröffnung der rechtsformwahrenden Umwandlung kann zwar nicht behauptet werden, dass sich der EuGH somit einer, im Wandel der Zeit notwendigen Fortentwicklung der Niederlassungsfreiheit komplett entzieht. Dennoch fällt sehr wohl auf, dass er sich leider größtenteils damit „begnügt“, auf bereits in „Daily Mail“ Gesagtes zurückzugreifen.¹²⁹ Jedoch auch hier wird der Formwechsel ausdrücklich davon abhängig gemacht, dass das Recht des Zuzugsstaats diesen ermöglicht.¹³⁰ Diese den Umzug ermöglichenden Vorschriften bereitzustellen, ist hingegen nicht erforderlich. Doch auch wenn diese nationalen Regelungen gegeben sind, so können der Gesellschaft immer noch Beschränkungen des Wegzugsstaates auferlegt werden, sofern diese nach der „Gebhard“-Formel gerechtfertigt sind.

V. Praxisfolgen für das nationale Recht

Jeder Mitgliedsstaat stellt andere Voraussetzungen an den Zuzug bzw. Wegzug von Gesellschaften. Wie sich die Rechtsprechung von „Daily Mail“ bis „Cartesio“ auf die Lage im deutschen Recht auswirkt, soll im Folgenden erläutert werden. Hierbei wird auch auf die unterschiedliche Behandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften eingegangen.

1. Verwaltungssitzverlegung ins Ausland

Es soll zunächst die Verwaltungssitzverlegung im Rahmen des Wegzugs dargelegt werden. Die isolierte Satzungssitzverlegung (unter Wahrung der Rechtsform) ist nach deutschem Recht nicht möglich¹³¹ und soll daher auch nicht weiter vertieft werden. Auch die seit dem „obiter dictum“ in „Cartesio“ mögliche, gemeinsame Verlegung von Verwaltungs- und Satzungssitz¹³² führt im Gegensatz zur reinen Verwaltungssitzverlegung zur Änderung des Rechts.

¹²⁸ *Bollacher*, RIW 2009, 150 (153).

¹²⁹ Vgl. *EuGH*, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rn. 104ff., 108 - *Cartesio*.

¹³⁰ *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 545 (544).

¹³¹ *Servatius* in: *Henssler/Strohn*, IntGesR, Rn. 36; *Roth* in: *Roth/Altmeppen GmbHG*, § 4a Rn. 48; *Behme*, BB 2008, 70 (72); *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58 (62); *Ringe*, ZIP 2008, 1072 (1074).

¹³² *Roth* in: *Roth/Altmeppen GmbHG*, § 4a Rn. 50; vergleiche hierzu die weiteren Ausführungen zur „rechtsformwahrenden Umwandlung“ unter: D.I. (S. 24ff.).

a) Kapitalgesellschaften

„Cartesio“ selbst hat auf das deutsche Recht keine unmittelbaren Auswirkungen.¹³³ Deutschland verknüpfte seit jeher das Personalstatut mit dem Verwaltungssitz.¹³⁴ Somit war es deutschen Kapitalgesellschaften versagt, ihren Verwaltungssitz ohne Liquidation ins Ausland zu verlegen.¹³⁵ Dies hat sich seit dem 1.11.2008 mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) geändert.¹³⁶ Gemäß den neuen §§ 4a GmbHG, 5 AktG haben nun die deutschen Kapitalgesellschaften AG, KGaA und GmbH die Möglichkeit zur Verwaltungssitzverlegung nicht nur im Inland, sondern auch in das Ausland.¹³⁷ Umgesetzt wurde die Reform zwar im Hinblick auf eine gesteigerte Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen in Europa,¹³⁸ doch erstreckt sich die Möglichkeit der Verwaltungssitzverlegung nicht nur auf das Gebiet der EU, sondern auch auf Drittstaaten.¹³⁹

Bezüglich der Aufnahme der deutschen Kapitalgesellschaften in Zuzugsstaaten aus EU und EWR gilt, dass diese durch die Anwendung der Niederlassungsfreiheit als solche anzuerkennen sind.¹⁴⁰ Eine identitätswahrende Verlegung des Verwaltungssitzes ist demnach möglich.

b) Personengesellschaften

Fraglich ist, ob sich insbesondere „Cartesio“ auf die Sitzverlegung von Personengesellschaften auswirkt. Darin ging es schließlich zum ersten Mal selbst um eine Personengesellschaft.¹⁴¹ Deutschland folgt grundsätzlich weiterhin der Sitztheorie.¹⁴² Eine Verlegung des grundsätzlich nach § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB erforderlichen inländischen tatsächlichen Sitzes der Personengesellschaft führt somit zur Auflösung.¹⁴³ Auch durch „MoMiG“ hat sich hieran nichts geändert.¹⁴⁴ Rechtspolitisch spricht viel dafür, dadurch Abhilfe zu schaffen, indem man wie bei Kapitalgesellschaften eine Trennung von tatsächlichem Sitz und einer abweichenden nominellen

¹³³ *Sethe/Winzer*, WM 536 (540); *Kindler*, IPRax 2009, 189 (192); *Jaensch*, EWS 2012, 353: „keine Änderung des Kollisionsrechts[...]; für Wegzugsfälle gilt weiterhin die Sitztheorie“.

¹³⁴ *Kindler*, IPRax 2009, 189 (196).

¹³⁵ *Kindler*, IPRax 2009, 189 (194); *Kieninger*, in: EU GesR auf neuen Wegen, S. 57 (68).

¹³⁶ Vgl. hierzu den Überblick mit Stellungnahme bei: *Winzer* in: Der Umzug einer GmbH, S. 30f.

¹³⁷ *Weng*, EWS 2008, 264 (267); *Sethe/Winzer*, WM 536 (540).

¹³⁸ *Roth* in: *Roth/Altmeppen GmbHG*, §4a Rn. 46f.; insbesondere sollte danach der „run“ auf die englischen „private limited companies“ unterbunden werden; *Wicke*, DStR 2012, 1756, der von der Schaffung eines „level playing fields“ spricht; zudem: *Wicke*, *KommGmbHG*, § 4a, Rn 11.

¹³⁹ *Campos Nave*, *Sitzverlegung der GmbH*, S. 106f.

¹⁴⁰ *Servatius* in: *MüHandbuch GesR*, § 15, Rn. 19; *Wicke*, *KommGmbHG*, § 4a, Rn 13.

¹⁴¹ *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58.

¹⁴² *BGH*, Urteil v. 27.10.2008 – II ZR 158/06 – „Trabrennbahn“ = NJW 2009, 289; bestätigt durch: *BGH*, Urteil v. 12.7.2011, II ZR 28/10 = NJW 2011, 3372.

¹⁴³ *Kindler* in: *MüKoBGB*, *IntGesR*, Rn. 526; *Langheim* in: *MüKo HGB*, Bd. 2, 3. Aufl., § 106, Rn. 30; *Teichmann*, *ZIP* 2009, 393 (402); *Zimmer/Naeandrup*, NJW 2009, 545 (548).

¹⁴⁴ *Kindler* in: *MüKoBGB*, *IntGesR*, Rn. 526; *Weng*, EWS 264 (267); *Zimmer/Naeandrup*, NJW 2009, 545 (548).

Gestaltung, sprich dem Satzungssitz, vornimmt.¹⁴⁵ Nur für den Fall, dass der Zuzugsstaat der Gründungstheorie folgt, soll die Verlegung des Verwaltungssitzes aufgrund einer kollisionsrechtlichen Rückverweisung („renvoi“) auf das deutsche Recht jedoch möglich sein.¹⁴⁶ Zwar unterfallen Personengesellschaften grundsätzlich dem Schutz der Art. 49, 54 AEUV,¹⁴⁷ doch hindert dies nicht an der Versagung der identitätswahrenden Verwaltungssitz-verlegung nach „Cartesio“.

2. Verwaltungssitzverlegung ins Inland

Dem Zuzug ausländischer Gesellschaften wurden durch die EuGH-Urteile um „Centros“ etc. die Türen geöffnet. Zwar folgt der BGH weiterhin der Sitztheorie, doch hat er sich „für diejenigen Ausländergesellschaften, die in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums oder in einem mit diesen aufgrund eines Staatsvertrags in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit gleichgestellten Staat gegründet worden sind, der Gründungstheorie angeschlossen“.¹⁴⁸ EU- und EWR-Mitgliedsstaaten, sowie solche, mit denen ein Freizügigkeitsabkommen besteht, sind gleichermaßen nach der Gründungstheorie zu behandeln.¹⁴⁹ Sie können sich in Deutschland niederlassen und sich dort auf ihre Rechts- und Parteifähigkeit berufen.¹⁵⁰

Dass grundsätzlich noch die Sitztheorie gilt, zeigt sich nur bei Drittstaaten. Dies bestätigt der BGH im Fall „Trabrennbahn“.¹⁵¹ Nach der modifizierten Sitztheorie, auch „Wechselbalgtheorie“¹⁵² bezeichnet, sind ausländische Kapitalgesellschaften als aufgelöst zu betrachten und in eine inländische Personengesellschaft umzuqualifizieren. Somit revidierte der BGH die Ansicht des OLG Hamm, dass Schweizer Gesellschaften der Gründungstheorie zu unterliegen haben.¹⁵³

¹⁴⁵ *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 545 (548); auf die kollisionsrechtliche Gleichbehandlung von jur. Personen und Personengesellschaften abstellend: *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (402); dies bereits annehmend: *Servatius* in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, IntGesR, Rn. 37.

¹⁴⁶ *Weng*, EWS 264 (266); zur Rückverweisung: *Kindler* in: *MüKoBGB*, IntGesR, Rn. 507.

¹⁴⁷ *Paefgen*, WM 2009, 529 (531); ausführlich zur rechtlichen Geltung *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58 (59).

¹⁴⁸ *BGH*, Urteil v. 12.7.2011, II ZR 28/10 = NJW 2011, 3372.

¹⁴⁹ Vgl. die komplette Länderansicht mit Einteilung nach Anwendung von Gründungs- oder Sitztheorie bei: *Servatius* in: *Henssler/Strohn*, IntGesR, 1. Auflage, Rn. 22 ff.

¹⁵⁰ *Kieninger* in: *MüHandbuch GesR*, § 52, Rn. 8, 10; *Weller* ZGR 2006, 748 (749ff.).

¹⁵¹ *BGH*, Urteil v. 27.10.2008 – II ZR 158/06 – „Trabrennbahn“ = NJW 2009, 289.

¹⁵² *Weller* in: *MüKo GmbHG*, Rn. 368; *Weller*, IPRax 2009, 202 (207).

¹⁵³ *OLG Hamm*, Urteil v. 26.5.2008 - 30 U 166/05 = ZIP 2006, 1822; dazu bereits zuvor kritisch: *Weller*, IPRax 2009, 202 (203ff.).

D. Alternativen zur Sitzverlegung unter Wahrung des anwendbaren Rechts

Auch wenn zumindest den deutschen Kapitalgesellschaften durch das MoMiG eine identitätswahrende Verwaltungssitzverlegung gewährleistet wird, so hat der EuGH bestätigt, dass dies europarechtlich nicht geboten ist. Aus diesem Anlass soll eine Übersicht über Alternativen zu dieser Form der Sitzverlegung gegeben werden.

I. Sitzverlegung mit grenzüberschreitendem Rechtsformwechsel

Die seit dem Urteil „Cartesio“ vielfach diskutierte Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Formwechsels ist die naheliegendste Alternative zur identitätswahrenden Verwaltungssitzverlegung. Darunter ist grundsätzlich die Änderung der Rechtsform eines Rechtsträgers mit einhergehendem Wechsel des Gesellschaftsstatuts, aber unter Beibehaltung der rechtlichen und wirtschaftlichen Identität zu verstehen.¹⁵⁴ Zu Beginn soll die für die grenzüberschreitende Umwandlung essentielle Entscheidung „Vale“ dargestellt und danach die Folgen eines Herein- und eines Herausformwechsels aus deutscher Sicht aufgezeigt werden.

1. „Vale“

Im Fall „Vale“¹⁵⁵ aus dem Jahr 2012 geht es um eine italienische GmbH, die sich im italienischen Handelsregister löschen ließ, um ihren Satzungssitz mitsamt der kompletten wirtschaftlichen Tätigkeit nach Ungarn zu verlegen. Dessen Handelsregister wies jedoch die Eintragung mit der Begründung ab, dass eine ausländische Gesellschaft nach ungarischem Recht nicht als Rechtsvorgängerin im Rahmen der Umwandlung registrierfähig sei.

Der EuGH entschied im Vorabentscheidungsverfahren, dass der grenzüberschreitende Formwechsel¹⁵⁶ vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst ist¹⁵⁷ und die Gesellschaften somit ihren Sitz identitätswahrend verlegen können. Voraussetzungen dafür sind jedoch, dass die Gesellschaft eine entsprechende Rechtsform des Zuzugsstaates annimmt, dass dieser auch nach nationalem Recht eine Umwandlung gestattet und dass Einschränkungen nicht nach den vier Punkten der Gebhard-Formel gerechtfertigt sind.¹⁵⁸

Weiterhin stellt der EuGH die Anwendbarkeit des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes fest. Nach Erstem dürfen die der Niederlassungsfreiheit unterfallenden Sachverhalte nicht ungünstiger

¹⁵⁴ Hoffmann in: MüHandbuch GesR, § 54, Rn. 1.

¹⁵⁵ EuGH, Rs. C-378/10 - Vale = DB 2012, 1614.

¹⁵⁶ Zur Begriffsverwendung von EuGH und GA: Messenzehl/Schwarzfischer, BB 2012, 2072; Ege/Klett, DStR 2012, 2442.

¹⁵⁷ EuGH, Rs. C-378/10, Rn. 24, 33 - Vale = EWS 2012, 375; vgl. Braun, DZWIR 2012, 411 (413); Behrens, EuZW 2012, 621 (Anmerkung Nr. 3 und 5); den zweistufigen Prüfungsaufbau anwendend: Teichmann, DB 2012, 2085 (2087 f.).

¹⁵⁸ Vgl. Jaensch, EWS 2012, 353 (354 f.).

geregelt werden als vergleichbare innerstaatliche Sachverhalte und nach Zweitem die dadurch gewährten Rechte nicht übermäßig erschwert oder praktisch unmöglich gemacht werden.¹⁵⁹ Dies wurde bereits nach dem Urteil „Sevic“¹⁶⁰ und „National Grid Indus“ als Folgerung erwägt. In letztgenannter Entscheidung, in der es vorwiegend um steuerrechtliche Begrenzungen des Wegzugs ging, wurde bestätigt, dass die generelle Versagung einer nach nationalem Recht zulässigen Sitzverlegung ohne Rechtfertigungsgrund gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.¹⁶¹

Zur Einordnung des Falles „Vale“ kann festgestellt werden, dass er zwar wie „Centros“, „Überseerung“ und „Inspire Art“ einen Zuzugsfall betrifft, sich aber dennoch eindeutig unterscheidet, da es darin nicht um eine Verlegung des Verwaltungssitzes, sondern um eine solche des Verwaltungs- mitsamt des Satzungssitzes geht.¹⁶² Das Ergebnis für „Vale“ ist, dass es folglich nicht zulässig ist, dass das ungarische Recht inländischen, nicht aber auch ausländischen Gesellschaften die rechtsformwechselnde Umwandlung ermöglicht.

2. Folgen für das deutsche Recht

Trotz des „obiter dictum“ aus „Cartesio“ blieb nach bisheriger Auffassung die rechtformwahrende Umwandlung - egal in welche Richtung - von der Niederlassungsfreiheit unberührt.¹⁶³ Dies bestätigte das OLG Nürnberg¹⁶⁴ zuletzt im Jahre 2012, indem es einer luxemburgischen Gesellschaft die gemeinsame Verwaltungs- und Satzungssitzverlegung nach Deutschland unter Annahme der Rechtsform einer GmbH versagte. Weder deutsches (Kollisions-) Sachrecht, noch Art. 49, 54 AEUV, noch die einschlägige Rechtsprechung des EuGH böte einen Anspruch auf Eintragung in das deutsche Handelsregister.¹⁶⁵ Wie nach „Vale“ die Lage des grenzüberschreitenden Formwechsels aus nationaler Sicht zu beurteilen ist, gilt es näher zu beleuchten. Während in „Cartesio“ noch eine Differenzierung zwischen dem zwingend zu gewährleistenden „Herausformwechsel“ und dem nicht notwendigerweise zu erlaubenden „Hereinformwechsel“ vorlag,¹⁶⁶ so darf der Zuzugsstaat nach „Vale“ einen grenzüberschreitenden Formwechsel nicht gänzlich unterbinden, wenn und soweit eine Umwandlungsmöglichkeit auch nach deutschem Recht besteht.

¹⁵⁹ Jaensch, EWS 2012, 353 (355); Kindler, EuZW 2012, 888 (889), der in der Rechtsprechung auch eine Abkehr der Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften sieht; ebenfalls für das „engere Verständnis der Niederlassungsfreiheit“: Böttcher/Kraft, NJW 2701 (2703).

¹⁶⁰ Dazu: Behme, NZG 2012, 936 (938).

¹⁶¹ EuGH, Rs. 371/10 - National Grid Indus = EuZW 2011, 951; ausführlich dazu: Mörsdorf, EuZW 2012, 296.

¹⁶² Vgl. Messenzehl/Schwarzfischer, BB 2012, 2072.

¹⁶³ Roth in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 4a Rn. 49; Kindler, IPRax 2009, 189 (192).

¹⁶⁴ OLG Nürnberg, Beschluss v. 13.2.2012 - 12 W 2361/11 = BB 2012, 988; für den Wegzugsfall: OLG München, Beschluss v. 4.10.2007 - 31 Wx 36/07 = ZIP 2007, 2124.

¹⁶⁵ Vgl. OLG Nürnberg, Beschluss v. 13.2.2012 - 12 W 2361/11 = BB 2012, 988 (992).

¹⁶⁶ I.d.S. auch Hoffmann in: MüHandbuch GesR, § 54, Rn. 7.

Im deutschen Recht bestehen für derartige Umwandlungen die §§ 190 ff. UmwG. Nach derzeitiger Gesetzeslage wird gemäß §§ 1 Abs. 1, 191 UmwG jedoch nur die Beteiligung nationaler Rechtsträger vorgesehen. Offensichtlich steht dies im Widerspruch zur jetzigen Rechtsprechung. Für den Hereinformwechsel bedeutet dies, dass nach der wohl h.M. die Vereinigungslehre Anwendung findet.¹⁶⁷ Danach wird die ursprüngliche Rechtsnorm mit der Zielrechtsnorm, hier also der reinen Sachnorm des § 1 UmwG verbunden. Dabei soll nach einer Ansicht der dem Unionsrecht widersprechende Teil von § 1 Abs. 1 UmwG einfach unangewendet bleiben.¹⁶⁸ Aber auch andere Sachnormen, wie etwa über das Mindestkapital einer deutschen GmbH oder AG sollten Beachtung finden.¹⁶⁹ Andere folgern eine insoweit auch zuvor analoge Anwendung der §§ 190 ff. UmwG mit einer Ergänzung durch die Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung, §§ 122a ff. UmwG.¹⁷⁰

Sind bei einem Herausformwechsel deutsche Gesellschaften als Rechtsträger beteiligt stellt sich, vorbehaltlich keiner entgegenstehenden zwingenden Rechtfertigungsgründe des Zuzugsstaates, kein Problem. Für den Fall, dass der Aufnahmestaat die Formwechselbarkeit der deutschen Gesellschaft, wie etwa eines deutschen Vereins nicht anerkennt,¹⁷¹ so sollte die Niederlassungsfreiheit gebieten, zumindest die am ehesten entsprechende Rechtsform im Zuzugsstaat annehmen zu dürfen.

II. Grenzüberschreitende Verschmelzung

Eine weitere Alternative bietet die grenzüberschreitende Verschmelzung. In der hierfür wichtigen Entscheidung „Sevic“ wollte sich eine luxemburgische mit einer deutschen Kapitalgesellschaft verschmelzen. Nachdem das deutsche Registergericht die Eintragung verweigert hatte, stellte der EuGH im Jahr 2005 fest, dass die grenzüberschreitende Hineinverschmelzung, als „besondere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit“,¹⁷² dem Schutzbereich der Art. 49, 54 AEUV unterfällt.¹⁷³ Daraus wurde zunächst teilweise geschlossen, dass dies eine Abkehr von „Daily Mail“ sei und dass sich die Niederlassungsfreiheit auch auf die Wegzugskonstellationen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung erstrecken sollte.¹⁷⁴ Dass dies nicht der Fall ist, wurde spätestens mit „Cartesio“ klar.¹⁷⁵

¹⁶⁷ Hoffmann in: MüHandbuch GesR, § 53, Rn. 5; Jaensch, EWS 2012, 353 (357); „sukzessive Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen“: Ege/Klett, DStR 2012, 2442 (2443).

¹⁶⁸ Jaensch, EWS 2012, 353 (358).

¹⁶⁹ Wicke, DStR 2012, 1756 (1758).

¹⁷⁰ Hoffmann in: MüHandbuch GesR, § 54, Rn. 11.

¹⁷¹ So das Beispiel von Ege/Klett, DStR 2012, 2442 (2444).

¹⁷² EuGH, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rn. 19 - Sevic.

¹⁷³ N. Kessler in: Handels- und Gesellschaftsrecht, § 8, Rn. 62; Roth in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 4a Rn. 51.

¹⁷⁴ Schmidtbleicher, BB 2007, 613 (615 f.); GA Maduro, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-210/06, Rn. 28 - Cartesio = ZIP 2008, 1067.

¹⁷⁵ Kindler in: MüKoBGB, IntGesR, Rn. 127; Bollacher, RIW 2009, 150 (153).

Bereits kurz nach dem Urteil „Sevic“ trat parallel eine Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung¹⁷⁶ in Kraft. Im deutschen Recht wurde daraufhin das Umwandlungsgesetz um die §§ 122 a bis 122 l erweitert.¹⁷⁷ Nicht nur die durch „Sevic“ bestätigte Hereinverschmelzung, sondern auch Herausverschmelzungen, also solche deutscher auf ausländische Kapitalgesellschaften sind dadurch zugelassen.

Die grenzüberschreitende Verschmelzung ist eine Alternative, birgt aber auch Nachteile. Während bei dem grenzüberschreitenden Formwechsel die bestehenden Verträge fortgelten, so kommt es jedoch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu aufwendigen Vertragsübernahmen.¹⁷⁸ Die Rechtsform wird wie bei der grenzüberschreitenden Umwandlung geändert, wohingegen die Identität nicht beibehalten werden kann.

III. Wahl einer europäischen Gesellschaft

Für Gesellschafter kann es unter Umständen sinnvoll sein, eine supranationale Rechtsform zu wählen, die eine grenzüberschreitende Verwaltungssitzverlegung zulässt. Es soll explizit auf die Möglichkeit einer Societas Europaea (SE) und einer zukünftigen Societas Privata Europaea (SPE) eingegangen werden. Die daneben bestehende Möglichkeit einer Verlegung des Satzungssitzes soll hier jedoch nicht näher erläutert werden. Bei der Europäischen Genossenschaft (SCE) wäre dies gemäß Art. 7 SCE-VO¹⁷⁹, bei der Europäischen Interessensvereinigung (EWIV) gemäß Art. 13 EWIV-VO¹⁸⁰ möglich.

1. Europäische Aktiengesellschaft (SE)

Die wohl praxisrelevanteste, supranationale Rechtsform, die gleichzeitig auch eine Sitzverlegung erlaubt, ist die SE. Durch die Verordnung¹⁸¹ ist das Statut für die Europäische Aktiengesellschaft am 8.10.2004 in Kraft getreten.¹⁸² Gemäß Art. 8 Abs. 1 SE-VO kann der Sitz der SE identitätswahrend in einen anderen Staat verlegt werden. Eine Trennung von Verwaltungs- und Satzungssitz ist jedoch nicht erlaubt.¹⁸³ Da die Harmonisierung eines Einheitsstatuts nicht gelang und sich somit zentrale Elemente des SE-Statuts nach dem nationalen Recht des Zuzugsstaates

¹⁷⁶ RL 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EU vom 25. 11. 2005, Nr. L 310 S. 1; vgl. hierzu ausführlich: *Heckschen*, DNotZ 2007, 444 (453ff.).

¹⁷⁷ *Roth* in: *Roth/Altmeppen GmbHG*, § 4a Rn. 51.

¹⁷⁸ *Messenzehl/Schwarzfischer*, BB 2012, 2072.

¹⁷⁹ VO (EG) Nr. 1435/2003 v. 22. 7. 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. EU Nr. L 207, S. 1.

¹⁸⁰ VO (EWG) Nr. 2137/85 v. 25.7.1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. Nr. L 199, S. 1.

¹⁸¹ VO (EG) 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft, ABl. EG Nr. L 294, S. 1.

¹⁸² *Kindler* in: *MüKoBGB, IntGesR*, Rn. 74; *Brandt*, BB 2005, 1.

¹⁸³ *Campos Nave*, Sitzverlegung der GmbH, S. 121; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24 (31).

richten, führt eine Sitzverlegung praktisch zu einer Art Rechtsformwechsel.¹⁸⁴ Geeignet ist diese Rechtsform zudem hauptsächlich für große, international tätige Unternehmen.¹⁸⁵ Bekannte Firmen wie Allianz, BASF und Porsche gelten als Beispiel dafür.¹⁸⁶

2. Europäische Privatgesellschaft (SPE)

Weiterhin könnte die noch nicht realisierte Europäische Privatgesellschaft eine weitere Alternative bieten. Vor allem für kleinere und mittelständische Unternehmen wurde 2008 mit der SPE ein weiteres Statut vorgeschlagen,¹⁸⁷ das die identitätswahrende Sitzverlegung erlaubt.¹⁸⁸ Dessen Art. 7 Abs. 2, 35 würden sogar ausdrücklich eine Verwaltungssitzverlegung erlauben, bei der Satzungs- und Verwaltungssitz auseinanderfallen können.¹⁸⁹ Auch eine reine Verlegung des Sitzungssitzes ist möglich.¹⁹⁰ Ein 2009 geänderter Vorschlag der Verordnung wurde zwar vom Parlament gebilligt, vom Rat jedoch wegen Streitigkeiten um den Sitz und der Arbeitnehmerbeteiligung abgelehnt.¹⁹¹ Auch ein 2011 erarbeiteter Kompromissvorschlag scheiterte im Europäischen Rat an der nötigen Einstimmigkeit. Jüngst vorgestellt, sieht der Aktionsplan der Kommission vom Dezember 2012 weitere Arbeiten, auch bezüglich eventueller alternativer Maßnahmen vor.¹⁹² Was dies für die Zukunft der, für die grenzüberschreitende Mobilität vielversprechenden, SPE bedeutet, gilt abzuwarten.

¹⁸⁴ *Oechsler*, in MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 3.

¹⁸⁵ *Behme*, BB 2008, 70 (73).

¹⁸⁶ *Hopt*, EuZW 2013, 481; zu näheren Ausführungen siehe *Brandt*, BB 2005, 1.

¹⁸⁷ Kommissionsvorschlag KOM(2008) 396 endg., SEK(2008) 2098, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0396:FIN:DE:PDF> (zuletzt abgerufen am: 11.8.2014).

¹⁸⁸ *Oechsler*, in MüKo AktG, Art. 8 SE-VO, Rn. 6a; ausführlich: *Peters/Wüllrich*, NZG 2008, 807.

¹⁸⁹ *Knof/Mock*, ZIP 2009, 30 (31).

¹⁹⁰ *Peters/Wüllrich*, NZG 2008, 807 (810).

¹⁹¹ Zur Entwicklungsgeschichte vgl. unter *beck-aktuell*: <http://gesetzgebung.beck.de/node/289999> (zuletzt abgerufen am: 11.8.2014)

¹⁹² *Kommission*, Aktionsplan zum Europäischen Gesellschaftsrecht und Corporate Governance, KOM[2012]740/2, Punkt 4.4 = EuZW 2013, 3; vgl. *Behrens*, EuZW 2013, 121 (122).

E. (Wünschenswerte) Harmonisierungsmaßnahmen der Gesetzgeber

Wie die dargestellte Rechtsprechungslinie zeigt, wurde die Niederlassungsfreiheit bezüglich der grenzüberschreitenden Sitzverlegung vor allem durch den EuGH vorangetrieben. Im Folgenden sollen sowohl der nationale, als auch der Gemeinschaftsgesetzgeber dazu aufgefordert werden, sekundärrechtliche Harmonisierungsschritte zu vollziehen, um den geebneten Weg zu untermauern.

I. Nationaler Übergang zur Gründungstheorie

Durch „Cartesio“ hat sich gezeigt, dass der Übergang zur Gründungstheorie gemeinschaftsrechtlich nicht geboten ist.¹⁹³ Dies bedeutet aber nicht, dass es für die nationalen Gesetzgeber nicht sinnvoll wäre, dem Vorbild des anglo-sächsischen Raums anzunehmen und zur Gründungstheorie über zu gehen. Gründe dafür gibt es genug. Durch ein Festhalten an der Sitztheorie wird nicht nur „die ohnehin oft gescholtene Komplexität des Kollisionsrechts“¹⁹⁴, sondern auch der Wettbewerb der Gesellschaftsrechte¹⁹⁵ gehemmt. Daneben lassen sich weiterhin überzeugende Argumente, wie die verstärkte Beachtung der Parteiautonomie, der Gewinn an Rechtssicherheit und eine, im Vergleich zum teilweise nicht klar bestimmbareren tatsächlichen Verwaltungssitz, eindeutigere Anknüpfung an den Satzungssitz anbringen.¹⁹⁶ Nach der praktischen Ausweitung der Gründungstheorie auf Zuzugsfälle und dadurch, dass der Sitztheorie mit dem MoMiG jetzt auch noch für Wegzugsfälle die Grundlage entzogen wurde¹⁹⁷, muss man sich zudem fragen, was von der Sitztheorie überhaupt noch übrig bleibt.

Begrüßenswert ist daher der, sich für einen generellen Übergang zur Gründungstheorie in Deutschland aussprechende, im Jahre 2008 vorgestellte Referentenentwurf¹⁹⁸ zum Internationalen Gesellschaftsrecht. Dessen Kernstück bildet der neue Art. 10 RefE EGBGB, welcher in Abs. 1 die Gründungstheorie verankert.¹⁹⁹ Der Übergang betrifft nicht nur EU- und EWR Staaten, sondern auch Drittstaaten.²⁰⁰ Der Art. 10b des Entwurfs regelt explizit die kollisionsrechtliche Seite einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung.²⁰¹ Dabei ist ein Wechsel des Statuts unter Beibehaltung der eigenen Rechtsform grundsätzlich möglich. Dies verlangt aber, dass die nationalen Rechtsordnungen des Wegzugsstaates, als auch des Zuzugsstaates die nötigen Voraussetzungen

¹⁹³ *Sethe/Winzer*, WM 2009, 536 (539).

¹⁹⁴ *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 (935).

¹⁹⁵ *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2235).

¹⁹⁶ Vgl. zum Argumentenstrang: *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 (935).

¹⁹⁷ *Behme*, BB 2008, 70.

¹⁹⁸ Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 7. Januar 2008, dieser ist abrufbar unter:

http://beck-aktuell.beck.de/sites/default/files/rsw/upload/Beck_Aktuell/Referentenentwurf-IGR.pdf (zuletzt abgerufen am: 11.8.2014); dazu: *Kußmaul/Richter/Ruiner*, DB 2008, 451; kritisch: *Schneider*, BB 2008, 566 (571 f.).

¹⁹⁹ *Kußmaul/Richter/Ruiner*, DB 2008, 451 (454).

²⁰⁰ *Servatius* in: *Henssler/Strohn*, IntGesR, Rn. 34; *Kußmaul/Richter/Ruiner*, DB 2008, 451 (455).

²⁰¹ *Ringe*, ZIP 2008, 1072 (1074).

besitzen, um diesen Wechsel zuzulassen.²⁰² Der tatsächliche Gesellschaftssitz ist für die Bestimmung des Rechts unbeachtlich.²⁰³

Bedauerlicherweise wurde der Entwurf aufgrund starker, vor allem gewerkschaftlicher Proteste²⁰⁴ fallen gelassen. Gerade auf diese Weise könnte jedoch im Lichte der Wettbewerbsfreundlichkeit und Rechtssicherheit der „Flickenteppich deutsches Internationales Gesellschaftsrecht“²⁰⁵ beseitigt werden.

II. Europäische Sitzverlegungsrichtlinie

Über Jahre hinweg wird schon vom europäischen Gesetzgeber gefordert, die grenzüberschreitende Sitzverlegung sekundärrechtlich zu harmonisieren.²⁰⁶ Nach dem im Jahre 1997 vorgestellten Vorentwurf der Sitzverlegungsrichtlinie²⁰⁷, würde die Verwaltungssitz- mitsamt der Satzungssitzverlegung gewährleistet werden.²⁰⁸ Das innerstaatliche Kollisionsrecht blieb dabei aber unangetastet.²⁰⁹ Dessen Umsetzung wurde jedoch nicht vorangetrieben und 2007 schließlich eingestellt. Gründe dafür waren zunächst das vorrangige Einsetzen der SE und danach das Abwarten der Entscheidungen des EuGH.²¹⁰ Doch selbst nach den Urteilen „Cartesio“ und „Vale“ ist noch keine Regelung ergangen und das Bedürfnis nach einer sekundärrechtlichen Harmonisierung nicht gestillt.²¹¹ Es ist aber zu begrüßen, dass dieser Bereich in jüngster Zeit wieder Bewegung erfährt. Das Europäische Parlament hat im Februar 2012 die Kommission aufgefordert, einen entsprechenden Richtlinienentwurf vorzulegen.²¹² Diese hat eine Befragung über die Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts durchgeführt.²¹³ Immerhin 68 % der Befragten befürworteten dabei die Verabschiedung einer Sitzverlegungsrichtlinie.²¹⁴ Umso mehr enttäuscht aber, dass der von der Kommission im Dezember 2012 veröffentlichte Aktionsplan²¹⁵ immer noch keine konkreten legislativen Vorhaben enthält. Die Kommission fordert zunächst „robuste Wirtschaftsdaten und eine

²⁰² *Winzer* in: Der Umzug einer GmbH, S. 30; *Campos Nave*, Sitzverlegung der GmbH, S. 111.

²⁰³ *Campos Nave*, Sitzverlegung der GmbH, S. 111.

²⁰⁴ *Leible/Hoffmann*, BB 2008, 58 (62).

²⁰⁵ *Forsthoff*, DB 2002, 2471 (2476).

²⁰⁶ *Leible*, ZGR 2004, 531 (535f.); *Neye*, EWIR 2010, 625 (626); *Jaensch*, EWS 2012, 353 (359).

²⁰⁷ *Kommission*, Richtlinienvorentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU vom 22.4.1997 = ZIP 1997, 1721.

²⁰⁸ Zu den Modalitäten: *Winzer* in: Der Umzug einer GmbH, S. 32f.

²⁰⁹ *Kindler* in: MüKoBGB, IntGesR, Rn. 60.

²¹⁰ Vgl. *Jaensch*, EWS 2012, 353 (359).

²¹¹ *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (403); *Böttcher/Kraft*, NJW 2012, 2701 (2704).

²¹² *Europäisches Parlament*, Entschließung v. 2.2.2012 – 2011/2046 (INI), abrufbar unter:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=uriserv:OJ.CE.2013.239.01.0018.01.DEU> (zuletzt abgerufen am: 11.8.2014), vgl. *Kindler*, EuZW 2012, 888 (892).

²¹³ *Kommission*, Pressemitteilung v. 20.2.2012 – IP/12/149 = EuZW 2012, 203.

²¹⁴ Ergebnis veröffentlicht in: Feedback Statement – Summary of Responses to the Public Consultation on the Future of European Law, Frage 14; vgl. hierzu: *Behrens*, EuZW 2013, 121.

²¹⁵ *Kommission*, Aktionsplan zum Europäischen Gesellschaftsrecht und Corporate Governance, KOM[2012]740/2, Punkt 4.1 = EuZW 2013, 3; vgl. *Behrens*, EuZW 2013, 121.

sorgfältige Bewertung eines praktischen und echten Nutzens“.²¹⁶ Daher wurde am 14.1.2013 nochmals eine öffentliche Konsultation eingeleitet.²¹⁷ Die daraus gezogenen Konsequenzen und ein hoffentlich baldiges Tätig werden der Kommission stehen noch aus.

F. Schlussbetrachtung

„Europäisches Gesellschaftsrecht im Aufbruch“ titelte das Handelsblatt²¹⁸ anlässlich der Vorstellung des Aktionsplans der Kommission im Dezember 2012. Eine durchaus zutreffende Beschreibung, die schön veranschaulicht, dass die „Reise“ der grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Gesellschaften noch lange nicht abgeschlossen ist. Sie begann 1988 mit „Daily Mail“ und führte dann über „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ zu dem entscheidungsträchtigen Urteil „Cartesio“ in 2008. Letzteres bietet den Gesellschaften durch Bestätigung, aber auch durch Fortentwicklung seiner Rechtsprechung in „Vale“ einen alternativen Lösungsweg, sozusagen eine Abzweigung zur identitätswahrenden Verlegung des Verwaltungssitzes. Nur bei der formwechselnden Umwandlung ist die wegziehende Gesellschaft von der Niederlassungsfreiheit umfasst. Eine identitäts- und formwahrende Verwaltungssitzverlegung ist hingegen nicht von Art. 49, 54 AEUV geschützt und unterliegt somit rein dem nationalen Recht, das dabei über „Leben und Tod“²¹⁹ seiner Gesellschaften entscheiden kann. Insofern kann man durchaus provokant von einer „Degradierung der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften auf eine Freiheit von mitgliedschaftlichen Gnaden“ sprechen.²²⁰ Die Regelungsautonomie der Mitgliedsstaaten sollte zwar nicht vernachlässigt, aber erst nach Eröffnung der Niederlassungsfreiheit auf der Rechtfertigungsebene der Beschränkungen berücksichtigt werden. Dies entspräche auch dem Verständnis, dass Art. 54 AEUV als höherrangiges Recht das nationale Sachrecht „grundfreiheitlich überformt“.²²¹ Da der durch den EuGH festgesetzte Status quo jedoch nicht so weit geht, verbleiben den Gesellschaften mit dem rechtsformwahrenden Formwechsel, der Verschmelzung und der Wahl einer europäischen Gesellschaft einige Alternativen. Die darüber hinaus dargelegten Harmonisierungsvorschläge zeigen, dass auch das Gesellschaftsrecht allgemein noch nicht am Ende seiner Reise angelangt ist. Auch wenn sich die Wogen um den Referentenentwurf zur nationalen Übernahme der Gründungstheorie geglättet haben, so ist in die Diskussion um die europäische

²¹⁶ Behrens, EuZW 2013, 121 (122).

²¹⁷ Die Ergebnisse der am 16.4.2013 abgeschlossenen Befragung können eingesehen werden unter: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/index_de.htm (zuletzt abgerufen am: 11.8.2014).

²¹⁸ Handelsblatt vom 18.12.2012, Nr. 245, S. 13.

²¹⁹ GA Maduro, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-210/06, Rn. 26 – Cartesio.

²²⁰ So Weng, EWS 2008, 264 (271); hingegen: Paefgen, WM 2009, 529 (533), der von einer „Niederlassungsfreiheit minderer Güte“ spricht.

²²¹ Grohmann, DZWIR 2009, 322 (327).

Sitzverlegungsrichtlinie wieder Bewegung gekommen. Die sekundärrechtliche Harmonisierung der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften ist dringend erforderlich.

Im Hinblick auf den zunehmend vereinheitlichten, europäischen Binnenmarkt ist die, die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen fördernde, grenzüberschreitende (Verwaltungs-) Sitzverlegung essentiell. Gibt es keine klaren einheitlichen Gemeinschaftsregeln, so besteht die Gefahr, dass die Gesellschaften „dem Wildwuchs nationaler Regelungen überlassen bleiben, die jeweils autonom festlegen, unter welchen Voraussetzungen Gesellschaften wegziehen und zuziehen können.“²²²

Betrachtet man alle in der Arbeit aufgeworfenen Kritikpunkte, so darf es unter Beachtung des nicht aufzuhaltenden Drangs nach Supranationalität und der oftmals wirtschaftlich notwendigen Grenzüberschreitung von Gesellschaften, nicht bei der auf Hiob anspielenden, ironischen Anmerkung des Generalanwalts Maduro in „Cartesio“ verbleiben: „Der Staat hat’s gegeben, der Staat hat’s genommen - und damit müssen wir uns abfinden“.²²³

²²² *Teichmann*, ZIP 2009, 393 (404).

²²³ GA *Maduro*, Schlussanträge v. 22.5.2008, Rs. C-210/06, Rn. 26 – *Cartesio*.

LITERATURVERZEICHNIS

- Behme, Casper*, Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach Cartesio und Vale, NZG 2012, S. 936.
- ders.*, Der Weg deutscher Aktiengesellschaften ins Ausland – Goldene Brücke statt Stolperpfad, BB 2008, S. 70.
- Behme, Casper/ Nohlen, Nicolas*, Cartesio – EuGH lehnt freie Verwaltungssitzverlegung ab, BB 2009, S. 13.
- ders.*, Zur Wegzugsfreiheit von Gesellschaften – Der Schlussantrag von Generalanwalt Maduro in der Rechtssache Cartesio (C-210/06), NZG 2008, S. 496.
- Behrens, Peter*, Die grenzüberschreitende Mobilität der Gesellschaften im neuen Aktionsplan der Kommission, EuZW 2013, S. 121.
- ders.*, Niederlassungsfreiheit/Gesellschaftsrecht: Grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften, EuZW 2012, S. 621.
- ders.*, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax 1999, S. 323.
- Bollacher, Philipp*, Keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit durch nationale Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften – Besprechung zu EuGH, RIW 2009, 70 – Cartesio, RIW 2009, S. 150.
- Böttcher, Leif/ Kraft, Julia*, Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung - Die Entscheidung VALE des EuGH, NJW 2012, S. 2701.
- Braun, Dominik*, Der grenzüberschreitende Rechtsformwechsel von Gesellschaften im Lichte des Konzepts und der Dogmatik der Niederlassungsfreiheit, DZWIR 2012, S. 411.
- Brandt, Ulrich*, Ein Überblick über die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland, BB 2005, S. 1.
- Campos Nave, José A.*, Das Ende der gegenwärtigen Wegzugsbesteuerung – Der zweite Blick auf Cartesio, BB 2009, S. 870.
- ders.*, Die ertragsteuerneutrale und identitätswahrende Sitzverlegung der GmbH in Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Wiesbaden 2009 (zitiert: *Campos Nave*, Sitzverlegung der GmbH).
- ders.*, Die Liberalisierung der Wegzugsfreiheit in Europa, BB 2008, S. 1410.

Ege, Frank/ Klett, Sabine, Praxisfragen der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften, DStR 2012, S. 2442.

Eidenmüller, Horst, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, S. 168.

ders., Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, S. 24.

ders., Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa - Zugleich Besprechung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 5.11.2002 in der Rechtssache C-208/00, ZIP 2002, S. 2233.

Eidenmüller, Horst/Rehm, Gebhard, Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts - Zugleich Besprechung der Entscheidung Inspire Art, EuGH NJW 2003, 3331, ZGR 2004, 159.

Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbHG, Band 1, §§ 1-34, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in: MüKo, GmbHG).

Forsthoff, Ulrich, EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht – Traditionelle deutsche Sitzverlegung verstößt gegen Niederlassungsfreiheit, DB 2002, 2471.

Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung, Band I, EUV/AEUV, München, Stand: EL 52 (Januar 2014) (zitiert: *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU).

Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Aktiengesetz - Europäisches Aktienrecht, SE-VO, SEBG, Europäische Niederlassungsfreiheit, Band 7, 3. Auflage, München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo AktG).

Grohmann, Uwe, Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften nach der Rechtsprechung des EuGH - von Daily Mail bis Cartesio, DZWIR 2009, S. 322.

Heckschen, Heribert, Die Reform des Umwandlungsrechts, DNotZ 2007, S. 444.

Hennrichs, Joachim/ Pöschke, Moritz/ von der Laage, Gudrun/ Kļaviņa, Zane, Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften in Europa - Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH und ein Plädoyer für eine Neuorientierung, WM 2009, S. 2009.

Henssler, Martin/ Strohn, Lutz (Hrsg.), Gesellschaftsrecht - BGB, HGB, PartGG, GmbHG, AktG, UmwG, GenG, IntGesR, 2. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht).

Hopt, Klaus, Europäisches Gesellschaftsrecht: Quo vadis?, EuZW 2013, S. 481.

- Jaensch, Michael*, Der grenzüberschreitende Formwechsel: Das EuGH-Urteil VALE, EWS 2012, S. 353.
- Kallmeyer, Harald*, Tragweite des Überseering-Urteils des EuGH vom 5.11.2002 zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung, DB 2002, S. 2521.
- Kieninger, Eva-Maria*, Binnenmarktintegration durch uniformes Gesellschaftskollisionsrecht?, in: Müller-Graff, Peter-Christian/Teichmann, Christoph (Hrsg.), Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, 1. Auflage, Baden-Baden 2010, S. 57 (zitiert: EU GesR auf neuen Wegen).
- Kindler, Peter*, Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH, EuZW 2012, S. 888.
- ders.*, Ende der Diskussion über die so genannte Wegzugsfreiheit, NZG 2009, S. 130.
- ders.*, Internationales Gesellschaftsrecht 2009: MoMiG, Trabrennbahn, Cartesio und die Folgen, IPRax 2009, S. 189.
- ders.*, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? - Die „Überseering“-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, NJW 2003, S. 1073.
- Knof, Béla/Mock, Sebastian*, Vereinbarkeit von Wegzugsbeschränkungen mit der Niederlassungsfreiheit („Cartesio“), ZIP 2009, S. 30.
- Knop, Jan*, Die Wegzugsfreiheit nach dem Cartesio-Urteil des EuGH, DZWIR 2009, S. 147.
- Kußmaul, Heinz/Richter, Lutz/Ruiner, Christoph*, Grenzenlose Mobilität!? - Zum Zuzug und Wegzug von Gesellschaften in Europa, EWS 2009, S. 1.
- ders.*, Die Sitztheorie hat endgültig ausgedient! - Anmerkungen zum Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, DB 2008, S. 451.
- Krause, Rainer*, Unternehmensmobilität in Europa – Anmerkungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und Sitzverlegung, in: Müller-Graff, Peter-Christian/Teichmann, Christoph (Hrsg.), Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, 1. Auflage, Baden-Baden 2010, S. 103 (zitiert: EU GesR auf neuen Wegen).
- Leible, Stefan*, Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, S. 531.
- Leible, Stefan/ Hoffmann, Jochen*, Cartesio - fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, BB 2009, S. 58.
- Leible, Stefan/ Reichert, Jochem* (Hrsg.), Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts - Internationales Gesellschaftsrecht, Grenzüberschreitende Umwandlungen, Band 6, 4. Auflage, München 2013 (zitiert: *Bearbeiter* in: MüHandbuch GesR).

- Lutter, Marcus*, „Überseering“ und die Folgen, BB 2003, S. 7.
- ders.*, „Überseering“ und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht, ZIP 2003, S. 925.
- ders.*, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, S. 925.
- Messenzehl, Eric/ Schwarzfischer, Benjamin*, Sitzverlegung einer Gesellschaft innerhalb der EU unter Wechsel der Rechtsform, BB 2012, S. 2072.
- Mörsdorf, Oliver*, Was von Daily Mail übrig blieb - Die Wegzugsbesteuerung von EU-Gesellschaften nach dem EuGH-Urteil National Grid Indus, EuZW 2012, S. 296.
- ders.*, Beschränkung der Mobilität von EU-Gesellschaften im Binnenmarkt - eine Zwischenbilanz, EuZW 2009, S. 97.
- Neye, Hans-Werner*, Kurzkomentar - Oberstes Gericht Ungarn Art. 49 AEUV, EWIR 2010, S. 625.
- ders.*, Die geplante Umsetzung der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Umwandlungsgesetz, DB 2006, S. 488.
- Nolting, Ekkehard*, Wegzugsbeschränkungen für Gesellschaften in Deutschland nach Cartesio, NotBZ 2009, S. 109.
- Otte, Sabine*, EWS Kurzkomentar – Niederlassungsfreiheit: Der Gründungsmitgliedstaat kann es einer Gesellschaft verwehren, ihren effektiven Verwaltungssitz in einen anderen Staat zu verlegen und zugleich eine Gesellschaft des nationalen Rechts zu bleiben – „Cartesio“ bestätigt „Daily Mail“, EWS 2009, S. 38.
- Paefgen, Walter*, „Cartesio“: Niederlassungsfreiheit minderer Güte, WM 2009, S. 529.
- Peters, Carsten und Wüllrich, Philipp*, Grenzenlose gesellschaftliche Flexibilität - die Societas Privata Europaea (SPE), NZG 2008, S. 807.
- Rixecker, Roland/Säcker, Franz Jürgen*, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25-248), Band 11, 5. Auflage, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in: MüKoBGB).
- Ringe, Wolf-Georg*, Keine Beschränkung des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU („Cartesio“), ZIP 2008, S. 1072.
- Roth, Günter H.*, Die Bedeutung von Cadbury-Schweppes für die Centros-Judikatur des EuGH, EuZW 2010, S. 607.

- Roth, Günther H. /Altmeyden, Holger* (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 7. Auflage, München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Roth/Altmeyden GmbHG).
- Saenger, Ingo/ Aderhold, Lutz/ Lenkaiis, Karlheinz/ Speckmann, Gerhard* (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht - Praxishandbuch, 2. Auflage, Baden-Baden 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Handels- und Gesellschaftsrecht).
- Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, München 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo HGB).
- Schmidtbleicher, Roland*, Verwaltungssitzverlegung deutscher Kapitalgesellschaften in Europa: "Sevic" als Leitlinie für „Cartesio“?, BB 2007, S. 613.
- Schneider, Carsten*, BB-Kommentar - OLG Nürnberg: Keine grenzüberschreitende Verlegung des Satzungs- und Verwaltungssitzes unter identitätswahrendem Formwechsel, BB 2012, S. 992.
- ders.*, Internationales Gesellschaftsrecht vor der Kodifizierung, BB 2008, S. 566.
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwarze EU-Kommentar).
- Sethe, Rolf /Winzer, Katharina*, Der Umzug von Gesellschaften in Europa nach dem Cartesio-Urteil, WM 2009, S. 536.
- Teichmann, Christoph*, Gesellschaften und natürliche Personen im Recht der europäischen Niederlassungsfreiheit, in: Erle, Bernd/Goette, Wulf/Kleindiek, Detlef/Krieger, Gerd/Priester, Hans-Joachim/Schubel, Christian/Schwab, Martin/Teichmann, Christoph/ Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff - Zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 1213 (zitiert: *Teichmann*, in: FS Peter Hommelhoff).
- ders.*, Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des EuGH in der Rs. Vale, DB 2012, S. 2085.
- ders.*, Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit, ZGR 2011, S. 639.
- ders.*, Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug, ZIP 2009, S. 393.
- ders.*, Niederlassungsfreiheit, Wegzugsfreiheit/„Cartesio“ - EWIR-Link 2008/0398, 2008, S. 397.
- ders.*, Binnenmarktmobilität von Gesellschaften nach „Sevic“, ZIP 2006, S. 355.
- Weller, Marc-Philippe*, Die Rechtsquellendogmatik des Gesellschaftskollisionsrechts, IPRax 2009, S. 202.

- ders.*, Niederlassungsfreiheit via völkerrechtlicher EG-Assoziierungsabkommen - Zugleich Besprechung der Entscheidung BGH NJW 2005, 3351, ZGR 2006, S. 748.
- ders.*, „Inspire Art“: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften, DStR 2003, S. 1800.
- Weng, Andreas*, Die Rechtssache Cartesio - Das Ende Daily Mails?, EWS 2008, S. 264.
- Wicke, Hartmut*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) - Kommentar, 2. Auflage, München 2011 (zitiert: KommGmbHG)
- ders.*, Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels - Rechtssache „Vale“ des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit, DStR, S. 1756.
- Winzer, Katharina*, Der Umzug einer GmbH in Europa – Betrachtungen im Lichte der Rechtsprechung des EuGH sowie der aktuellen Gesetzgebung, in: *Tietje, Christian/ Kraft, Gerhard/ Sethe, Rolf* (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 80, Halle (Saale) 2008. (zitiert: *Winzer*, in: Der Umzug einer GmbH).
- Zimmer, Daniel/ Naendrup, Christoph*, Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, S. 545.