

Sebastian Schneider*

Die EuGH-Rechtsprechung zur Sitzverlegung und die fortbestehende Notwendigkeit für eine Sitzverlegungs-Richtlinie

Abstract

Die europäischen Grundfreiheiten verbürgen den im Gemeinschaftsgebiet ansässigen Unternehmen eine umfassende Niederlassungsfreiheit. Eine Ausprägung der Niederlassungsfreiheit stellt auch die Verlegung des Unternehmenssitzes dar. Nationalstaatliche Beschränkungen der Sitzverlegungen wurden demzufolge in einer Reihe von Urteilen durch den *EuGH* für unzulässig befunden. Dessen ungeachtet existiert immer noch kein europäisches Sekundärrecht, das Voraussetzungen und Anforderungen einer Sitzverlegung einheitlich festlegt. Die Entwicklung der Rechtsprechung des *EuGH* zur Sitzverlegung, die noch bestehenden Regelungslücken und die daraus resultierende fortbestehende Notwendigkeit einer Sitzverlegungsrichtlinie sind Gegenstand des folgenden Beitrags.

The European Unions' fundamental freedoms seek to guarantee a capacious freedom of establishment for companies within the Union. One specification of this freedom of establishment is the transfer of the company seat to a member state other than the member state of incorporation. Thus the European Court of Justice declared national restrictions on the transfer of a company seat in a series of judgments to be incongruous with the freedom of establishment. Regardless of this fact still there does not exist a European secondary law that determines consistent requirements and conditions for such an operation. The developments in case law, the still unregulated issues and the continuous need of a directive on the transfer of a company seat are the topic of the following article.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im 8. Semester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Unternehmens- und Gesellschaftsrecht und ist wissenschaftliche Hilfskraft an der Forschungsstelle für Staats- und Steuerrecht von Prof. Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof. Der Beitrag ist Auszug einer Studienarbeit zum gleichnamigen Thema bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff.

I. Einleitung

Unternehmen sind wichtige Akteure im europäischen Wirtschaftsraum und betätigen sich häufig über die Grenzen eines einzelnen Mitgliedstaates hinaus. Das europäische Primärrecht stellt deshalb die Gesellschaften den natürlichen Personen gleich und gewährt ihnen gemäß Art. 49 i.V. mit Art. 54 Abs. 1 AEUV Niederlassungsfreiheit im Gemeinschaftsgebiet.¹ Wie die übrigen Grundfreiheiten dient auch die Niederlassungsfreiheit hierbei gemäß Art. 26 AEUV dem Ziel, einen freien Marktzugang zu fördern und somit den Binnenmarkt zu verwirklichen.²

Zentrales Funktionselement des Europäischen Binnenmarktes ist die rechtlich abgesicherte Mobilität über die Grenzen der einzelnen Mitgliedstaaten hinweg: Mobilität der Produkte, der Menschen, des Kapitals, aber auch der Unternehmen.³ Diese sollen nicht nur im EU-Ausland aktiv werden können, sondern selbst die Grenze vom Mitgliedstaat in einen anderen überschreiten, also ihren Sitz, sei es Verwaltungs- oder Registersitz verlegen können.⁴ Solche Sitzverlegungen begegnen in den Mitgliedstaaten mehr oder minder stark ausgeprägten Widerständen bis hin zum Sitzverlegungsverbot, das mit Zwangsauflösung sanktioniert wird. Diese Widerstände wurzeln in verschiedenen Gründen und reichen von steuerrechtlichen Aspekten bis zum Schutz der Arbeitnehmer. Der *Europäische Gerichtshof* hat aber in einer Reihe von Urteilen die Unternehmensmobilität gegen den Widerstand einzelner Mitgliedstaaten durchgesetzt. Bedarf es angesichts dieser Judikative also noch eines Rechtsaktes des europäischen Gesetzgebers, um Unternehmensmobilität sicherzustellen?

Grenzüberschreitende Sitzverlegung bedeutet, dass eine Gesellschaft die Grenze zwischen zwei Staaten überschreitet.⁵ Bei der Sitzverlegung wird zwischen der

¹ Zum Gesellschaftsbegriff: *Jung* in Schwarze/Becker/Hatje, 3. Aufl. 2012, Art. 48 EGV Rn. 2 m.w.N.; zur Niederlassungsfreiheit: *Bröhmer* in: Calliess/Ruffert 4. Aufl., 2011, AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 1, 8 ff.

² *Frenz*, Handbuch Europarecht I 2. Aufl. (2012), Rn. 22, 2136; *Leible*, Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, S. 531 (546).

³ Vgl. so bereits: *Kommission* Weißbuch der Kommission an den Europäischen Binnenmarkt KOM (85), 310, Rn. 139 ff.; *Hopt* in Geens/Hopt The European Company Law Action Plan Revised 2010, S. 9, 18.

⁴ Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht, Thesen zum Erlass einer Sitzverlegungsrichtlinie, NZG 2011, S. 98 ff.; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht 2. Aufl. (2011), Rn. 51 ff.

⁵ Zum Begriff der Sitzverlegung vgl. *Weller*, Sitzverlegungen von Gesellschaften in Europa: rechtliche und praktische Probleme 2012, S. 1-3; Vgl. auch *Grundmann* ebd., Rn. 796, der aber nur die statutenwechselnde Sitzverlegung einbezieht.

Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes und der Verlegung des Verwaltungssitzes unterschieden. Während der Satzungssitz den statutarischen und am Register einzutragenden Sitz bezeichnet, handelt es sich bei dem Verwaltungssitz um den Ort des tatsächlichen Tätigkeitsschwerpunktes der Gesellschaft.⁶

Aufgrund einer Sitzverlegung kann sich das auf die Gesellschaft anwendbare materielle Recht, die Sachnormen – nachfolgend: Sachrecht⁷ – ändern. Dies bestimmt das Kollisionsrecht; mitunter können dabei auch mehrere Kollisionsrechte betroffen sein und zu unterschiedlichen Aussagen führen. Erst das Sachrecht aber legt fest, welche Voraussetzungen für die Strukturmaßnahme gelten und welche Rechtsfolgen eintreten.⁸ Deshalb ist die Trennung zwischen kollisions- und sachrechtlicher Ebene von fundamentaler Bedeutung.⁹

Eine sekundärrechtliche Regelung für die Sitzverlegung existiert allerdings noch nicht. Sowohl die sach- als auch die kollisionsrechtliche Beurteilung muss daher auf die Rechtsprechung des *EuGH* zurückzugreifen, sowohl für die Verlagerung des effektiven Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat, als auch für die Verlegung des Satzungssitzes.

II. Leitentscheidungen zur Sitzverlegung

Der *Europäische Gerichtshof* hat in einer Reihe von Urteilen die grundsätzliche Zulässigkeit von Sitzverlegungen über die Grenze eines Mitgliedstaates gegen den Widerstand sowohl von Zuzugs- als auch Wegzugsstaaten durchgesetzt. Diese sollen im Folgenden kurz dargestellt werden:

1. „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“

⁶ *Leible* in: Michalski GmbHG, 2. Aufl. (2010), Systematische Darstellung 2, Rn. 72; Zum Satzungssitz: *Rubner/Leuering* Grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes NJW-Spezial 2012, S. 527.

⁷ *Sonnenberger* in MünchKomm BGB X, 5. Aufl. (2010), Art. 3a EGBGB, Rn. 2 f., Einl. IPR, Rn. 417; *Weller*, Internationales Unternehmensrecht, ZGR 2010, S. 679 (695); *Bar/Mankowski* Internationales Privatrecht 2. Aufl. (2003), § 4 Rn. 1 ff.

⁸ *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 770.

⁹ *Behrens* Anerkennung, internationale Sitzverlegung und grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften nach dem Centros-Urteil des *EuGH* Bl. 123 (2001), S. 341 (347); *Hoffmann*, Neue Möglichkeiten zur identitätswahrenden Sitzverlegung in Europa?, ZHR Band 164 (2000), S. 43 (46); *Kruse*, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG, Diss. Bonn 1996, S. 31; *Schwarz* Europäisches Gesellschaftsrecht 2000, Rn. 165 – 174; vgl. bereits: *Lutter*, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG, ZGR 1994, S. 87 (88); *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht 4. Aufl. (2011), § 3 Rn. 13 f.

In den drei Entscheidungen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ erklärte der *EuGH* Zuzugsbeschränkungen für Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet waren, für grundsätzlich unzulässig.

Dem Urteil „Centros“ lag dabei folgender Sachverhalt zugrunde: Die dänische Registerbehörde verweigerte die Eintragung einer Zweigniederlassung einer englischen Gesellschaft, die ihre ausschließliche Tätigkeit in Dänemark entfalten wollte, da hierdurch die inländischen Vorschriften über die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung umgangen würden.¹⁰ Die Vorlagefrage bezog sich darauf, ob die Eintragung einer Zweigniederlassung verweigert werden darf, sofern die Gesellschaft einzig zum Zweck der Umgehung nationaler gesellschaftsrechtlicher Vorschriften errichtet worden sei.¹¹ In seinem Urteil erklärte der *EuGH* die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV für anwendbar, denn die Gesellschaft erfülle die Voraussetzungen der Art. 52, 58 EGV (a.F.).¹² Indem das Registergericht die Eintragung verweigerte, werde ebendiese beschränkt.¹³ Dem stehe auch nicht entgegen, dass es sich bei der Zweigniederlassung in Ermangelung einer Tätigkeit am Satzungssitz um die faktische Hauptniederlassung handele.¹⁴ Die Ausnutzung eines attraktiven Gesellschaftsrechts allein begründe keinen Missbrauch, sondern sei geradezu Ziel der Niederlassungsfreiheit.¹⁵ Der *EuGH* verneinte auch eine mögliche Rechtfertigung.¹⁶

Im Urteil „Überseering“ setzte sich der *EuGH* umfassend mit der Anerkennung ausländischer Gesellschaften in einem Sitztheoriestaatauseinander, also einem Mitgliedstaat, der die Anerkennung ausländischer Gesellschaften danach beurteilt, wo diese ihren tatsächlichen Verwaltungssitz haben. Folgender Sachverhalt war Ausgangspunkt der Auseinandersetzung: Eine niederländische Gesellschaft, die Überseering BV, verklagte eine von ihr zuvor beauftragte Baufirma wegen Mängeln. Sie war allerdings zwischenzeitlich von zwei deutschen Staatsbürgern erworben worden. Da hierdurch ihr Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt worden sei, sie also nach deutschem Recht hätte neu gegründet werden müssen, versagten ihr die deutschen Gerichte die Parteifähigkeit. Der mit der Revision der Klage befasste *BGH* fragte deshalb beim *EuGH* an, ob es – erstens – gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EGV (a.F.) verstoße, wenn die Rechts-

¹⁰ *EuGH*Slg. 1999, S. I-1459 ff.

¹¹ *EuGH*Hebd. (1489, Tz. 13f.).

¹² *EuGH*Hebd. (1491, Tz. 20).

¹³ *EuGH*Hebd. (1492, Tz. 21 f.).

¹⁴ *EuGH*Hebd. (1490, Tz. 17, 1494 Tz. 29).

¹⁵ *EuGH*Hebd. (1493, Tz. 26 f.).

¹⁶ *EuGH*Hebd. (1495, Tz. 35 f.).

und Parteifähigkeit einer im Herkunftsstaat wirksam gegründeten Gesellschaft nach dem Recht des Zuzugsstaates beurteilt werde und – zweitens –, ob die Niederlassungsfreiheit gebiete, die Rechtsfähigkeit zwangsläufig nach dem Recht des Gründungsstaates zu beurteilen. Der *EuGH* führte aus, eine derartige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit in Form der Versagung von Rechts- und Parteifähigkeit sei unter keinen Umständen zu rechtfertigen; dies käme einer Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich.¹⁷ Für den Fall eines Zuzugs müsse der Zuzugsstaat die vom Herkunftsstaat verliehene Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft achten.¹⁸ Das Urteil veränderte das Gesellschaftsrecht durch diese Abkehr von der Sitztheorie nachhaltig.¹⁹ Da die Sitztheorie aber vor allem als Schutztheorie aufgefasst wurde,²⁰ blieb nach dem Urteil „Überseering“ fraglich, inwieweit nationale Regelungen – etwa bezüglich des Schutzes von Stakeholdern – die Niederlassungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses einschränken dürften, ob das Recht des Herkunftsstaates durch nationale Regelungen „überlagert“ werden könne,²¹ und welche Voraussetzungen der *Gebhard*-Test an eine nationale Regelung stelle.²²

Die Gelegenheit, sich mit der Zulässigkeit drittschützender Beschränkungen auseinanderzusetzen, erhielt der *EuGH* bereits kurz darauf im Rahmen des Urteils in der Sache „Inspire Art“, welcher der nachfolgende Sachverhalt zugrunde lag: Klägerin war die englische Gesellschaft Inspire Art Ltd. Sie war in den Niederlanden ansässig und entfaltete dort auch ausschließlich ihre geschäftliche Tätigkeit. Damit handelte es sich nach niederländischem Recht gemäß Art. 1 WFBV²³ um eine sog. „formal ausländische Gesellschaft“. An diesen Status knüpfte das streitige niederländische Gesetz verschiedene Folgen: Unter anderem die persönliche Haftung der Gesellschafter bis zur Aufbringung des niederländischen Mindestkapitals und der Firmierung als „formal ausländische

¹⁷ *EuGH* Slg. 2002, S. I-9945 (I-9971 Tz. 81, I-9974, Tz. 93).

¹⁸ *EuGH* ebd. (I-9974 Tz. 93).

¹⁹ *Wagner*, Überseering und Folgen für das Steuerrecht GmbHR 2003, S. 684 (684); *Wassermeyer*, Überseering und Folgen für das Steuerrecht, EuZW 2003, S. 257 (257).

²⁰ *BGH* BB 2000 S. 1106; *W. H. Roth* "Centros": Viel Lärm um Nichts?, ZGR 2000, S. 311 (331); *Kindler*, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft?, NJW 2003, S. 1073 (1074).

²¹ Zur sog. „Überlagerungstheorie“ vgl. bereits *Sandrock*, Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie, BB 1999, S. 1337 ff.

²² Nach der *Gebhard*-Formel kann ein Eingriff in die Grundfreiheiten gerechtfertigt werden, wenn er nicht diskriminierend wirkt, zwingenden Gründen des Allgemeinwohls dient sowie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist, Urteil *EuGH* Slg. 1995, I-4165 Rn 27 – *Gebhard*; vgl. hierzu *Teichmann*, Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit, ZGR 2011, S. 639 (667 f.).

²³ Zu dieser Zeit in den Niederlanden geltendes „Gesetz über formal ausländische Gesellschaften“ (*Wetop de formeel buitenlandse vennootschappen*, nachfolgend WFBV).

Gesellschaft“. Angesichts dieser strengen Voraussetzungen behauptete die Inspire Art Ltd., diese Regelungen, die nicht für niederländische Gesellschaften galten, verstießen gegen Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EGV (a.F.).²⁴ Zunächst stellte der *EuGH* fest, dass die Grundsätze über die Firmierung der 11. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie abschließend seien und die hierüber hinausgehenden Regelungen des WFBV somit gegen ebendiese verstießen.²⁵ Die übrigen Bestimmungen des WFBV überprüfte der Gerichtshof am Maßstab der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 und 54 AEUV, insbesondere die Vorschriften über das Mindestkapital und die an die Nichterfüllung dieser Verpflichtung geknüpfte Sanktion der gesamtschuldnerischen Haftung der Geschäftsführer.²⁶ Die vom WFBV aufgestellten Verpflichtungen führten dazu, dass die Ausübung der vom Vertrag anerkannten Niederlassungsfreiheit behindert werde.²⁷ Hier könne Gläubigerschutz zwar als zwingender Grund des Allgemeininteresses angeführt werden.²⁸ Der *Gerichtshof* hielt dem – ausdrücklich „ohne weitere Prüfung, ob die Vorschriften über das Mindestkapital als solche einen geeigneten Schutzmechanismus bilden“ – entgegen, dass die Inspire Art Ltd. als Gesellschaft englischen Rechts und nicht als niederländische Gesellschaft auftrete.²⁹ Ihre potentiellen Gläubiger seien daher hinreichend darüber informiert, dass sie anderen Rechtsvorschriften als denen unterliege, die in den Niederlanden die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung regeln, u.a., was die Vorschriften über das Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer betrifft. Ferner könnten sich die Gläubiger auf bestimmte gemeinschaftsrechtliche Schutzregelungen, wie die 4. und 11. Richtlinie, berufen.³⁰

2. „Daily Mail“ – Zulässigkeit von Wegzugsschranken?

Das Urteil „Daily Mail“ hingegen behandelte einen Fall, in dem die Gesellschaft versuchte, die Niederlassungsfreiheit gegenüber ihrem Herkunftsstaat geltend zu machen. In diesem Fall wollte die *Daily Mail and General Trust plc* ihre Geschäftsleitung von England in die Niederlande verlegen.³¹ Dies hätte gleichzeitig auch die Verlegung des einzigen (damaligen) Anknüpfungspunkts zur Begründung einer steuerlichen Ansässigkeit in England bedeutet.³² Die englische

²⁴ *EuGH* Slg. 2003, S. I-10195 (10208, Tz. 37).

²⁵ *EuGH* ebd. (10217, Tz. 69 f.).

²⁶ *EuGH* ebd. (10217, Tz. 73).

²⁷ *EuGH* ebd. (10224 f., Tz. 99 ff., 105, S. 10233, Tz. 132).

²⁸ *EuGH* ebd. (102334, Tz. 135).

²⁹ *EuGH* ebd. (102334, Tz. 135).

³⁰ *EuGH* ebd. (102334, Tz. 135).

³¹ *EuGH* Slg. 1988, S. 5505 (5507, Rz. 6).

³² *EuGH* ebd. (5507, Rz. 3-5).

Finanzverwaltung versagte eine für die Sitzverlegung notwendige Erlaubnis aufgrund eines anstehenden Verkaufs von Investmentvermögen – dieser hätte in England die Zahlung einer Kapitalsteuer nach sich gezogen – und machte die Möglichkeit der Sitzverlegung somit von der vorherigen Zahlung dieser Steuer abhängig.³³ Die erste zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage zielte deshalb auf die Zulässigkeit dieses Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ab.³⁴

Bezüglich der Niederlassungsfreiheit stellte der *EuGH* in seinem Urteil grundsätzlich fest, dass diese auch in Fällen einschlägig sei, in denen der Herkunftsstaat den Wegzug der Gesellschaft verbiete.³⁵ Andererseits beeinträchtige die fragliche Regelung aber nicht die von Art. 52 Abs. 1 S. 2 EWGV (a.F.) aufgezählten Formen der Niederlassungsfreiheit.³⁶ Im vorliegenden Fall wolle die Gesellschaft vielmehr ihren Verwaltungssitz verlegen und gleichzeitig ihren Status als Gesellschaft englischen Rechts beibehalten. Die rechtliche Existenz einer Gesellschaft hänge aber mit dem Recht des Herkunftsstaates zusammen.³⁷ Die Herkunftsstaaten entschieden daher nicht nur über die Gründungsvoraussetzungen, unter denen eine Gesellschaft wirksam gegründet werde, sondern auch über diejenigen Voraussetzungen, an die das Fortbestehen unter dem Recht des Herkunftsstaates geknüpft werde.³⁸ Dies könne gemäß Art. 58 Abs. 1 EWGV (a.F.) auch der Verwaltungssitz sein – somit sei die Entscheidung, diesen zu verlegen und gleichzeitig den Status einer Gesellschaft englischen Rechts beizubehalten, nicht von der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 2 EWGV (a.F.) gegen einen Erlaubnisvorbehalt geschützt.³⁹

Das Urteil wurde etwa im deutschen Schrifttum fälschlicherweise zunächst dahingehend aufgefasst, dass Wegzugsbeschränkungen grundsätzlich zulässig blieben. Dies änderte sich zumindest durch die folgenden Leitentscheidungen.

3. „VALE“, „Cartesio“

In der Rechtsache „Cartesio“ war schließlich europarechtlicher Streitgegenstand, ob ein Nationalstaat die Möglichkeit habe, die „Auswanderung“ seiner Gesellschaften zu unterbinden. Es handelte sich also um einen Wegzugsfall.

³³ *EuGH* Slg. 1988 (5507 f., Rn. 7-8).

³⁴ *EuGH* ebd., S. 5505 (5508, Rn. 9).

³⁵ *EuGH* ebd. (5510, Rn. 16).

³⁶ *EuGH* ebd. (5511, Rn. 17 f.).

³⁷ *EuGH* ebd. (5511, Rn. 19).

³⁸ *EuGH* ebd. (5511, Rn. 20).

³⁹ *EuGH* ebd. (5511, Rn. 21 ff.).

Das Vorabentscheidungsverfahren betraf die ungarische Kommanditgesellschaft *Cartesio*.⁴⁰ Sie stellte 2005 einen Antrag, ihren Sitz nach Italien zu verlegen.⁴¹ Diesen lehnte das ungarische Handelsgericht mit der Begründung ab, es sei nach ungarischem Recht nicht möglich, den operativen Geschäftssitz ins Ausland zu verlegen und dabei den Status als Gesellschaft ungarischen Rechts aufrecht zu erhalten.⁴² Sie müsse sich vielmehr in Ungarn auflösen und in Italien neu gründen.⁴³ Dem *EuGH* wurde hieraus resultierend als Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob sich *Cartesio* auf die Niederlassungsfreiheit berufen und damit die statuten- und identitätswahrende Sitzverlegung durchsetzen könne.⁴⁴

In seiner Entscheidung beruft sich der *EuGH* zunächst auf den im Urteil „Daily Mail“ aufgestellten Grundsatz, eine Gesellschaft erhalte ihre Existenz durch eine nationale Rechtsordnung.⁴⁵ Die Mitgliedstaaten könnten deshalb auch festlegen, welche Anknüpfungspunkte für das Fortbestehen nach ihrem Recht erforderlich sind.⁴⁶ Unter Änderung des anwendbaren Rechts könne eine grenzüberschreitende Umwandlung allerdings nicht mit einer zwangsläufigen Auflösung und Liquidation sanktioniert werden, ohne dass zwingende Gründe des Allgemeininteresses diese Beschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen könnten.⁴⁷ Da *Cartesio* aber Gesellschaft ungarischen Rechts bleiben wolle, könnten die nationalen Vorschriften ihr die Sitzverlegung verwehren und verstießen dabei nicht gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EG (a. F.).⁴⁸

Zuletzt entschied der *EuGH* in der Rs. „VALE“ und handelte damit Fragen bezüglich der Satzungssitzverlegung mit Statutenwechsel – dem grenzüberschreitenden Formwechsel – ab. Klägerin des Ausgangsverfahrens war die italienische Gesellschaft *Vale Costruzioni Srl*. Sie beantragte 2006 beim Handelsregister in Rom die Löschung und bekundete die Absicht, Sitz und Tätigkeit nach Ungarn zu verlegen, was von der italienischen Registerbehörde auch eingetragen wurde.⁴⁹ Der Geschäftsführer der *VALE Costruzioni* schloss daraufhin mit einer natürlichen Person einen Gesellschaftsvertrag zur Gründung der *VALE Építésifélt*, wobei auch das nach ungarischem Recht erforderliche

⁴⁰ *EuGH* Slg. 2008, S. I-9964 (9675, Tz. 21).

⁴¹ *EuGH* Slg. ebd. (9676, Tz. 24).

⁴² *EuGH* Slg. ebd. (9676, Tz. 25, 9696, Tz. 102).

⁴³ *EuGH* Slg. ebd. (9696, Tz. 103).

⁴⁴ *EuGH* Slg. ebd. (9696, Tz. 99).

⁴⁵ *EuGH* Slg. ebd. (9697, Tz. 104).

⁴⁶ *EuGH* Slg. ebd. (9697 f., Tz. 107 ff.).

⁴⁷ *EuGH* Slg. ebd. (9699, Tz. 112 f.).

⁴⁸ *EuGH* Slg. ebd. (9701 f., Tz. 119, 124).

⁴⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, Rs. C-378/10 – VALE, Tz. 9.

Gesellschaftskapital eingezahlt wurde.⁵⁰ Unter Hinweis auf die Rechtsvorgängerin *VALE Construzioi* erbat die *VALE Epitesí* 2007 die Eintragung in das ungarische Handelsregister. Mit dem Hinweis, eine ausländische Gesellschaft könne nach ungarischem Recht nicht Rechtsvorgängerin sein, lehnten das Handelsgericht und auch alle weiteren Instanzen eine Eintragung ab.⁵¹

Der *EuGH* befasste sich nach Vorlage des ungarischen Gerichts zunächst mit der Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Umwandlung;⁵² im Anschluss in der dritten und vierten Vorlagefrage damit, ob auf grenzüberschreitenden Umwandlungen die innerstaatlichen Vorschriften übertragbar sind und welche Bedeutung der Aufnahmezustand den vom Herkunftsstaat ausgestellten Dokumenten beimessen muss.⁵³

Bei der Beantwortung der ersten Frage verwies der *EuGH* auf das Urteil „SEVIC“ und stellte fest, dass Umwandlungen in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen.⁵⁴ Die Ablehnung beruhe im vorliegenden Fall nur darauf, dass es sich um eine ausländische Gesellschaft handle; gerade deshalb sei aber die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV einschlägig.⁵⁵ Dass Ungarn den nationalen Gesellschaften eine Umwandlung erlaube, nicht aber ausländischen Gesellschaften, wertet der *EuGH* als nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung.⁵⁶ Unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes darf die Gesellschaft bei der – notwendigen – sukzessiven Anwendung beider an der grenzüberschreitenden Umwandlung beteiligter Rechtsordnungen den nationalen Vorschriften unterworfen werden.⁵⁷ Damit ist nicht vereinbar, dass die ausländische Gesellschaft nicht als Rechtsvorgängerin eingetragen wird, obwohl dies einer ungarischen Gesellschaft möglich wäre.⁵⁸ Da die ungarische Regierung eine Umwandlung für nationale Gesellschaften zulässt, müsse sie auch die Umwandlung der *VALE Construzioi* in die *VALE Epitesí* zulassen.⁵⁹

Das Urteil „VALE“ ergänzt somit das Konzept der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften um die Möglichkeit des grenzüberschreitenden

⁵⁰ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, Rs. C-378/10 – VALE, Tz. 10.

⁵¹ *EuGH*Hebd., Tz. 11 ff.

⁵² *EuGH*Hebd., Tz. 23.

⁵³ *EuGH*Hebd., Tz. 42.

⁵⁴ *EuGH*Hebd., Tz. 24.

⁵⁵ *EuGH*Hebd., Tz. 30 ff.

⁵⁶ *EuGH*Hebd., Tz. 36, 40 f..

⁵⁷ *EuGH*Hebd., Tz. 43-52.

⁵⁸ *EuGH*Hebd., Tz. 57.

⁵⁹ *EuGH*Hebd., Tz. 62.

Formwechsels.⁶⁰ Hierbei verlegt die Gesellschaft unter Änderung des Gesellschaftsstatuts ihren Satzungssitz in den Aufnahmestaat.⁶¹ Durch das Urteil „VALE“ wurde daher die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegung eröffnet.⁶² Dies muss im Zusammenhang mit dem obiter dictum des „Cartesio“-Urteils gesehen werden: Demnach darf der Herkunftsstaat einer Gesellschaft das Gesellschaftsstatut aberkennen, sofern sie die Anknüpfungspunkte zu seiner Rechtsordnung aufgibt; gleichwohl darf er nicht mit Auflösung und Liquidation antworten, wenn eine neue Rechtsordnung das Fortbestehen gewährleistet. Durch die nunmehr hinzutretende Möglichkeit der grenzüberschreitenden Umwandlung, genauer: des grenzüberschreitenden Formwechsels, kann der Herkunftsstaat das Auswandern einer Gesellschaft nicht mehr verhindern.

4. Grundsätze aus den Urteilen

Aus den Urteilen lassen sich folgende Grundaussagen über die Sitzverlegung von Gesellschaften zusammenfassen.

a) Sitzverlegung ist Ausprägung der Niederlassungsfreiheit

Eine Gesellschaft ist gemäß Art. 54 Abs. 1 AEUV Trägerin der Niederlassungsfreiheit, wenn sie nach dem Recht eines Mitgliedstaates wirksam gegründet wurde (und fortexistiert) sowie ihren Hauptverwaltungs- oder Satzungssitz innerhalb der EU hat. Hieraus erlangt sie das Recht, ihren Sitz innerhalb der Gemeinschaft zu verlegen. Allerdings verlangt die sekundäre Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 54 Abs. 1 i.V. mit Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV neben diesen beiden Grundvoraussetzungen, dass die Gesellschaft in einem Mitgliedstaat ansässig ist.⁶³ Wie der *EuGH* außerdem im Urteil „VALE“ klargestellt hat, dürfen formwechselnde Hereinumwandlungen nicht verhindert

⁶⁰ *Weller* (Fn. 5), S. 13; *Teichmann*, Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des *EuGH* in der Rs. Vale, DB 2012, S. 2085 (2087).

⁶¹ *Krafka/Kühn*, in: *Krafka/Kühn*, 9. Aufl. (2013), Rn. 1211a; *Altmeyden/Ego*, in: *MünchKomm AktGVII*, 3. Aufl. (2013) Niederlassungsfreiheit, Rn. 337; *Eidenmüller*, in: *Eidenmüller* Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht 2. Aufl. (2010), § 4 Rn. 125; *Sagasser*, in: *Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen* 4. Aufl. (2011), § 25 Rn. 13.

⁶² Schön, Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach VALEZGR 2013, S. 333 (335); so bereits: *Bayer/Schmidt*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierung nach MoMiG, *Cartesio* und *Trabrennbahn*, ZHR 173 (2009), S. 735 (759 f.); *Zimmer/Naendrup*, Das *Cartesio*-Urteil des *EuGH*: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, S. 545 (549); *Habersack/Verse* (Fn. 9) § 3 Rn. 21.

⁶³ Hierzu: *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 774 Fn. 28.

werden, sofern eine Umwandlung nach nationalem Recht möglich ist.⁶⁴ Im Fall der Hereinumwandlung ist der Nationalstaat schon dadurch geschützt, dass die Gesellschaft an die Sachnormen des Zuzugsstaates halten muss.⁶⁵ Bei einem Wegzug sind allerdings berechnigte Schutzinteressen denkbar, etwa von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern, die eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einer wegzugswilligen Gesellschaft rechtfertigen können.

b) Zweistufiger Prüfungsaufbau

Daraus resultiert ein zweistufiger Prüfungsaufbau für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit.⁶⁶ In einem ersten Schritt ist die Zugehörigkeit zu einem EU-Mitgliedstaat zu klären. Der zweite Schritt ist dann der faktische Vorgang der Niederlassungsfreiheit. Die Regeln, nach denen sich die rechtliche Zugehörigkeit bestimmt, unterliegen der Autonomie der Mitgliedstaaten. In diesem Sinne handelt es sich um eine „Vorfrage“, die nach dem nationalen Recht zu beantworten ist. Allerdings wird die Ausgestaltung und Anwendung des nationalen Rechts in gewissem Maß durch die Grundfreiheiten überformt.⁶⁷ Nationale Maßnahmen, die zur Auflösung der Gesellschaft führen, entziehen zugleich die unionsrechtlich gewährleistete Freizügigkeit und sind daher kraft EU-Recht einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen.⁶⁸

Geschützt sind nach dem Gesagten daher erstens der Zuzug unter Beibehaltung des Gesellschaftsstatuts (sofern der Herkunftsstaat den Wegzug erlaubt), zweitens der Zuzug unter Wechsel des Gesellschaftsstatuts (sofern der Zuzugsstaat die Umwandlung für nationale Gesellschaften zulässt) und drittens der Wegzug unter Wechsel des Statuts (sofern die Gesellschaft kraft einer neuen Rechtsordnung fortexistiert). Viertens ist auch eine isolierte Verlegung des Satzungssitzes durch Art. 49, 54 AEUV geschützt, wenn der Zuzugsstaat der Gründungstheorie folgt.⁶⁹

III. Ungelöste Fragen - Notwendigkeit einer 14. Richtlinie

⁶⁴ Wicke, Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels, Rechtssache „Vale“ des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit, DStR 2012, S. 1756 (1756 ff.); *Frobenius* "Cartesio": Partielle Wegzugsfreiheit für Gesellschaften in Europa, DStR2009, S. 487 (491).

⁶⁵ *EuGH*, Rs. C- 378/10 - VALE, Tz. 51 ff.; Teichmann, Cartesio - Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug, ZIP 2009, S. 393 (402).

⁶⁶ Teichmann, Gesellschaften und natürliche Personen im Recht der europäischen Niederlassungsfreiheit, in: FS für Hommelhoff, 2012, S. 1213 (1235).

⁶⁷ Grundmann (Fn. 4), Rn. 772.

⁶⁸ Wicke (Fn. 64), S. 1757.

⁶⁹ So auch: Grundmann (Fn. 4), Rn. 798-799.

Die Niederlassungsfreiheit verbürgt also, dass die nationalen Rechtsordnungen die identitätswahrende, grenzüberschreitende Sitzverlegung unter Beibehaltung des Status beim Zuzugestatten müssen, eine Sitzverlegung unter Wechsel des Status sogar sowohl beim Weg- als auch beim Zuzug. Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls dürfen sie allein im Rahmen des Sitzverlegungsverfahrens durchsetzen.⁷⁰

Die Überlegung, dies in einer Sitzverlegungsrichtlinie zu konkretisieren, ist keine neue: Einen Vorentwurf zu einer 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie gab es bereits 1997.⁷¹ Dass dieser nicht weiter betrieben wurde, lag zunächst daran, dass die Verabschiedung des Regimes zur *Societas Europaea* (SE), später die Klärung der *EuGH*-Rechtsprechung in Sachen „Centros“ abgewartet werden sollte.⁷² In der Tat brachte insbesondere die Rechtsprechung zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit Bewegung in die Debatte zur Sitzverlegung.⁷³

Eine von der Kommission im Jahre 2006 durchgeführte Konsultation offenbarte ein großes Bedürfnis für eine Regelung der grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegung.⁷⁴ Ungeachtet dessen entschied sich die Kommission in ihrem Folgenabschätzungsbericht von 2007 gegen ein Tätigwerden. Zur Begründung wurde insbesondere auf die Möglichkeiten verwiesen, die durch die SE-VO sowie die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Fusion bereits eröffnet würden.⁷⁵ Dahingegen macht sich das Europäische Parlament wiederholt für den Erlass einer Richtlinie stark, zuletzt im Februar 2013.⁷⁶ In dem aktuellen Aktionsplan der Kommission „Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate

⁷⁰ *Wicke* (Fn. 64), S. 1759; *Grundmann* (Fn. 4) Rn. 800; *Frobenius* (Fn. 64), S. 489.

⁷¹ Vorentwurf für eine vierzehnte Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts vom 20.4.1997, ZGR 1997, S. 157 ff.

⁷² *Edwards* EC-Company Law 2003, S. 383; *Förster/Lange*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft aus ertragsteuerlicher Sicht, RIW 2002, S. 585 (586).

⁷³ So auch: *Behrens*, Die grenzüberschreitende Mobilität der Gesellschaften im neuen Aktionsplan der Kommission, EuZW 2013, S. 121 (122).

⁷⁴ *Ebd.* S. 122.

⁷⁵ *Commission* Impact assessment on the Directive on the cross-border-transfer of registered office SEC (2007), 1707, S. 5 f.

⁷⁶ Europäisches Parlament, Entschließung v. 02.02.2012 – 2011/2046 (INI); So bereits: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.03.2009 mit Empfehlungen an die Kommission zu grenzüberschreitenden Verlegung von eingetragenen Gesellschaftssitzen P6-TA (2009)0086; *Wicke*, Mobilität europäischer Kapitalgesellschaften am Vorabend der 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie über die grenzüberschreitenden Sitzverlegung, GPR 2010, S. 238 (238 f.).

Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen“ kündigt die Kommission lediglich weitere Untersuchungen zur Notwendigkeit einer Sitzverlegungsrichtlinie an.⁷⁷ So wurde bis April 2013 eine erneute Konsultation über die Notwendigkeit einer Sitzverlegung durchgeführt.⁷⁸ Ein fortdauerndes Bedürfnis ergibt sich jedoch bereits aus folgenden Überlegungen:

1. Missachtung des Effektivitätsgrundsatzes

Trotz der Entwicklung in der Rechtsprechung zur Möglichkeit der Sitzverlegung ist Rechtssicherheit gerade hinsichtlich des Verlegungsverfahrens nicht verbürgt.⁷⁹ Daraus folgt, dass die nationalen Vorschriften, wie der *EuGH* in „VALE“ klargestellt hat, sukzessive anzuwenden sind. Somit kommen im Fall der Satzungssitzverlegung vollumfänglich zwei Rechtsordnungen zur Anwendung.⁸⁰ Nicht nur die Begutachtung der Rechtslage muss aus zwei Perspektiven durchgeführt werden, sondern auch die im einzelnen erforderlichen Verfahrensschritte, etwa der Verlegungsbeschluss, die Satzungsänderung usw.⁸¹ Dieses Verfahren kann schwerlich dem Effektivitätsgrundsatz gerecht werden und das nach der *EuGH*-Rechtsprechung primärrechtlich verbürgte Recht auf Sitzverlegung gewährleisten.⁸²

Erst eine Sitzverlegungs-Richtlinie kann dies bewerkstelligen. Ihre Verabschiedung ist also gerade deshalb angezeigt, weil der grenzüberschreitende Formwechsel bereits primärrechtlich gewährleistet wird.⁸³ Nur so kann die notwendige Verfahrenssicherheit herbeigeführt und auch der Schutz der betroffenen zwingenden Allgemeininteressen koordiniert werden.⁸⁴

2. Verfahren und Rechtsfolgen

⁷⁷ COM [2012], 740/2 = EuZW 2012, S. 3.

⁷⁸ *Noak*, Handelsblatt Rechtsboard 4. Februar 2013, abrufbar: <http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2013/02/04/eu-konsultation-zur-grenzüberschreitenden-sitzverlegung/> (Stand: 16. August 2013).

⁷⁹ So bereits *Leible* (Fn. 2), S. 547.

⁸⁰ *Ege/Klett*, Praxisfragen der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften, DStR 2012, S. 2442 (2444).

⁸¹ Vgl. hierzu *Wicke* (Fn. 64), S. 1758 f.

⁸² *Neje*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung – eine ungelöste Aufgabe des europäischen Gesetzgebers, in: FS für Schwark, 2009, S. 231 (231); *Wicke* (Fn. 76), S. 238; *Leible*, Warten auf die Sitzverlegungsrichtlinie, in: FS für Roth, 2011, S. 447 (447).

⁸³ So: *Hopt*, Europäisches Gesellschaftsrecht im Lichte des Aktionsplans der Europäischen Kommission vom Dezember 2012, ZGR 2013, S. 165 (213).

⁸⁴ Ebenso: *Wicke* (Fn. 64), S. 1759; *Leible* (Fn. 2), S. 556 f.

Ungeklärt bleiben mit den durch die Rechtsprechung des *EuGH* entwickelten Grundsätzen vor allem Verfahrens- und Rechtsfolgefragen.

a) *Rechtsfolge: Kein Identitätsverlust*

In der Regelung des Vorentwurfs von 1997 gemäß Art. 3 Abs. 2 wurde die maßgebliche Rechtsfolge für eine Sitzverlegung festgelegt: Gemäß Art. 3 Abs. 2 sollte die Gesellschaft, insbesondere die juristische Person, bestehen bleiben, sich nicht die Identität, sondern nur das auf sie anwendbare Recht ändern.⁸⁵ Dies war lange aus zwei Gründen nicht gesichert. Zwar verbürgen dies inzwischen die Entscheidungen „*Cartesio*“ und „*VALE*“; restlose Klarheit zu bringen vermochten sie jedoch nicht.⁸⁶

Erstens wurde eine Sitzverlegung mit diesen Wirkungen nach den nationalen Rechten lange Zeit für unmöglich gehalten, weil die nationalen Kollisionsrechte unterschiedliche Rechtsordnungen für anwendbar erklärten und diese wiederum den Weg- oder Zuzug nur unter sehr restriktiven Bedingungen, etwa Einstimmigkeit der Gesellschafterbeschlüsse, für wirksam erklärten und zudem an den Wegzug sehr negative Wirkungen knüpften.⁸⁷ Auch wenn der *EuGH* in „*Cartesio*“ das Recht auf eine zwar statutenwechselnde, aber identitätswahrende Sitzverlegung verbürgt und in „*VALE*“ herausgearbeitet hat, dass auf einen grenzüberschreitenden Formwechsel nationale Schutzvorschriften anwendbar sind, öffnet dies doch weiterhin faktischen Beschränkungen Tür und Tor: Zwecks Gläubigerschutz sieht etwa das deutsche Umwandlungsrecht gemäß § 204 i.V. mit § 22 UmwG die Pflicht vor, ex ante eine Sicherheitsleistung zu bestellen. Obschon diese Regelung angesichts einer Rechtfertigungsprüfung am Maßstab der Niederlassungsfreiheit und der Pflicht zur Glaubhaftmachung gemäß § 22 Abs. 1 UmwG wohl restriktiv anzuwenden ist, wäre eine am Vorbild des Art. 8 Abs. 16 SE-VO orientierte Lösung ungleich zweckmäßiger.⁸⁸

Zweitens vermochten die Leitentscheidungen des *EuGH* nicht abschließend die Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Das Scheitern eines grenzüberschreitenden Formwechsels ist angesichts der möglichen Rückabwicklung und entstehenden

⁸⁵ Grundmann (Fn. 4), Rn. 835.

⁸⁶ So auch: Drygala, Europäische Niederlassungsfreiheit vor der Rolle rückwärts?, *EuZW* 2013, 569 (574); für *Cartesio* bereits: Leible/Hoffmann, *Cartesio* - fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, *BB* 2009, S. 58 (63).

⁸⁷ Hoffmann (Fn. 9) S. 47; auch: di Marco, Der Vorschlag der Kommission für eine 14. Richtlinie, *ZGR* 1999, S. 3 (4).

⁸⁸ Vgl. Frobenius (Fn. 64), S. 489.

Kosten untragbar.⁸⁹ Nach dem endgültigen Bericht zur Studie über die Funktionsweise und Auswirkungen des Statuts der Europäischen Gesellschaft vom 9.12.2009 war der identitätswahrende Wegzug noch aus zehn Mitgliedstaaten unmöglich.⁹⁰ Zum anderen war die Wirkung der Grundfreiheiten nicht für alle Konstellationen geklärt, sodass nicht alle dieser negativen Wirkungen mit Sicherheit ausgeräumt erschienen.⁹¹ Auch heute ist etwa die isolierte Satzungssitzverlegung nicht geklärt.⁹² Immerhin wird aber seit *Cartesio* anerkannt, dass die Sitzverlegung unter Änderung des Statuts durch die Niederlassungsfreiheit geschützt ist.⁹³ Hingegen ist noch immer keine Rechtssicherheit hinsichtlich des Verfahrens verbürgt. Erst bei unter dieser Voraussetzung kann aber das Potenzial einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung ausgeschöpft werden.⁹⁴

b) Anwendbarkeit inländischer Schutzvorschriften?

Ungeklärt bleibt dabei, unter welchen Umständen gegenüber zugezogenen Gesellschaften inländische Schutzvorschriften, etwa zwecks Gläubigerschutzes, zur Anwendung kommen können.⁹⁵ Diese Anwendbarkeit ist auf zwei Ebenen zu beurteilen.

Auf der ersten Ebene ist rechtstechnisch herzuleiten, auf welche Art und Weise vom Gesellschaftsstatut des Gründungsstaates abweichende Normen auf die Gesellschaft übertragen werden können.⁹⁶ Denkbar wäre hier etwa zwischen reinem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten zu differenzieren – dem Delikts- oder Insolvenzstatut, der Sonderanknüpfung „international zwingender Normen“, dem *ordre-public*-Vorbehalt gemäß Art. 6 EGBGB, den Grundsätzen

⁸⁹ So auch: *Verse*, Die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts im Jahr 2012, EuZW 2013, S. 336 (337).

⁹⁰ *Kommission* (Fn. 75), S. 74.

⁹¹ Begründung des Vorentwurfs unter IV., sowie 3. und 4. Erwägungsgrund, in ZGR 1997, S. 157 ff.

⁹² Vgl. *Wöhlert/Degen*, Die neue Mobilität von Gesellschaften in Europa nach „Vale“ und „National Grid Indus“, GWR 2012, S. 432 (432, 435).

⁹³ Zusammenfassend: *Bayer/Schmidt* (Fn. 62), S. 740-761.

⁹⁴ Unter Hinweis auf die ermöglichende Funktion des Gesellschaftsrechts: *Fleischer*, Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht, ZHR 168 (2004), S. 673 (707); vgl auch: *Edwards* (Fn. 72), S. 375; Meilicke, Zum Vorschlag der Europäischen Kommission für die 14 EU-Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts - Sitzverlegungs-Richtlinie GmbHR 1998, S. 1053 (1053); Lutter, Überseering und die Folgen, BB 2003, S. 7 (10).

⁹⁵ *Behrens*, in: Ulmer, Großkommentar GmbHG I, 2. Aufl. 2013, Einl. B, Rn. B 44-54.

⁹⁶ *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 785.

über die Gesetzesumgehung oder die ausnahmsweise Anknüpfung nach der Sitztheorie.⁹⁷

Sodann müssen die infrage stehenden inländischen Schutzvorschriften - auf einer zweiten Ebene – mit der Niederlassungsfreiheit in Einklang gebracht werden.⁹⁸ Diese Beurteilung erfolgt im Einzelnen sehr unterschiedlich; grundsätzlich kann sich dem Problem von zwei Richtungen her genähert werden.

Einerseits kann die Frage kollisionsrechtlich beantwortet werden: Vertreter dieses Lösungsansatzes betonen, der *EuGH* habe die Anerkennung des ausländischen Rechts bewusst auf das Gesellschaftsrecht beschränkt. Schutznormen anderer Rechtsgebiete könnten hingegen weiterhin angewendet werden, etwa über das Delikts- oder Insolvenzrecht.⁹⁹

Welchem Rechtsgebiet die fragliche Norm aber zuzuordnen ist – dies wäre wiederum eine nach nationalem Recht zu beantwortende Frage. Indem eine Norm nach nationalen Rechtsvorschriften nicht dem Gesellschafts-, sondern einem anderen Rechtsgebiet zugeordnet wird, könnte der nationale Gesetzgeber folglich indirekt die Reichweite der Niederlassungsfreiheit beeinflussen.¹⁰⁰ Dem Grundsatz einer einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts trägt dies kaum Rechnung. Das Gesellschaftsstatut muss daher im Rahmen einer 14. Richtlinie europäisch definiert werden.¹⁰¹

Insgesamt ist der Schutz gemäß Art. 49, 54 AEUV aber nicht norm-, sondern wirkungsbezogen ausgestaltet.¹⁰² Dem erstgenannten, kollisionsrechtlichen Ansatz ist vielmehr ein sachrechtlicher vorzuziehen, der auf die Auswirkungen einer inländischen Haftungsnorm auf die Niederlassungsfreiheit abstellt.¹⁰³ Dieses Problem spitzt sich noch zu, gilt es die Behandlung deutscher Mischgesellschaften

⁹⁷ *Behrens* (Fn. 95), Einl. B. Rn. B 44-57.

⁹⁸ *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 785.

⁹⁹ Vgl. *BGH* NJW 2007, S. 1529 (1530); *Kindler*, in: MünchKomm BGB XI, Rn. 434 ff.; *Borges*, Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem Sitz, ZIP 2004, S. 733 (741).

¹⁰⁰ *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 785.

¹⁰¹ In diesem Sinne auch: *Weller*, GmbH-Bestattung im Ausland, ZIP 2009, S. 2029 (2031).

¹⁰² *Fleischer/Schmolke*, Die Rechtsprechung zum deutschen internationalen Gesellschaftsrecht, JZ 2008, S. 233 (235); *Spindler/Berner*, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, RIW 2004, S. 7 (9).

¹⁰³ *Eidenmüller*, Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, S. 24 (25); *Kieninger*, Internationales Gesellschaftsrecht nach "Centros", "Überseering" und "Inspire Art" - Antworten, Zweifel und offene Fragen, ZEuP 2005, S. 685 (697); *Spindler/Berner* ebd. S.10; *Zimmer*, Nach "Inspire Art" - Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, S. 3585 (3591).

zu beurteilen. Wird eine europäische Gesellschaft nämlich Komplementärin einer deutschen KG, bestimmt sich die Haftung der KG nach deutschem Recht, während sich die Haftung ihrer geschäftsführenden Komplementärin und der für sie handelnden Personen – etwa im Insolvenzfall – nach der europäischen Gründungstheorie nach ihrem Gesellschaftsstatut, also dem ausländischen Gesellschaftsrecht richtet.¹⁰⁴ Dadurch wären beispielsweise auf eine „Ltd. & Co. KG“ nicht nur zeitgleich unterschiedliche Rechtsordnungen anzuwenden, spezielle Haftungsinstitute – etwa die vom *BGH* in der „Trihotel“-Entscheidung entwickelte Existenzvernichtungshaftung – wären nach dem auf europäischer Ebene praktischen Verständnis selbst dann als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren, wenn sie etwa aus dem Insolvenz- oder Deliktsrecht stammten und damit auf die Komplementärin unanwendbar.¹⁰⁵ Dann wären Gläubiger einer „ausländischen Gesellschaft & Co. KG“ jedoch deutlich schlechter geschützt, als im Fall einer deutschen Komplementärin.¹⁰⁶ Hier kann nur eine europäische Regelung endgültig Abhilfe schaffen.

3. Potentielle Wohlfahrtsgewinne

Für eine Richtlinie spricht vor allem der große Nutzen der Sitzverlegung für den Binnenmarkt.¹⁰⁷ Ihr werden insbesondere zwei Vorteile zugeschrieben: Erstens kann eine Gesellschaft ihren Standort damit nach den günstigsten ökonomischen Rahmenbedingungen neu wählen und auf einen Wechsel ebendieser reagieren.¹⁰⁸ Zweitens kann ein Gesellschaftsrecht ausgewählt werden, das auf die Anforderungen der jeweiligen Gesellschaft besser zugeschnitten erscheint.¹⁰⁹ Nach der Folgeneinschätzung der Kommission von 2007 kann der vorgesehene Wechsel des anwendbaren Rechts gemäß Art. 3 S. 2 Halbs. 2 des Vorentwurfs nicht nur eine ökonomisch sinnvolle Begleiterscheinung, sondern auch vorrangiges Ziel der Sitzverlegung sein.¹¹⁰ Diese Möglichkeit eröffnet zwar auch die SE, allerdings ist damit zwangsläufig auch die Übernahme dieser Rechtsform verbunden. Beide Vorteile werden vielmehr vor allem dadurch eröffnet, dass das anwendbare Recht

¹⁰⁴ *Eidenmüller* (Fn. 61), § 4 Rn. 51 ff.; *Binz/Maier*, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co.KG im Aufwind?, GmbHR 2003, S. 249 (255).

¹⁰⁵ Die Einordnung der Existenzvernichtungshaftung ist allerdings umstritten, als Deliktshaftung, vgl. *Eidenmüller* (Fn. 61), § 4 Rn. 8.

¹⁰⁶ Dieses Ergebnis räumen auch *Binz/Maier* (Fn. 104), S. 257, ein.

¹⁰⁷ *Behrens* (Fn. 73), S. 121 f.

¹⁰⁸ Europäische Kommission Die Europäische Gesellschaft – Häufig gestellte Fragen 2001 MEMO/04/235, Frage 3; *Meilicke* (Fn. 94), S. 1053.

¹⁰⁹ *Schulz/Petersen*, Die Europa-AG: Steuerlicher Handlungsbedarf bei Gründung und Sitzverlegung, DStR 2002, S. 1508 (1510); *Grundmann*, Wettbewerb der Regelgeber im Europäischen Gesellschaftsrecht - jedes Marktsegment hat seine Struktur. ZGR 2001, S. 783 (820–824; 828–831).

¹¹⁰ Vorentwurf (Fn. 71), S. 45 f.

frei gewählt werden kann. Dann können Standortentscheidungen allein nach den ökonomischen Gegebenheiten getroffen werden und umgekehrt das Recht von der Standortentscheidung frei gewählt werden.¹¹¹ In diesem Fall wird jedoch die Flucht aus schutzintensiveren Rechten befürchtet.¹¹² Diese Ansicht ist zu pauschal und durch Europäisches Sachrecht ist allenfalls externen Effekten und Informationsproblemen vorzubeugen.¹¹³ Abgesehen davon hat der *EuGH* stetig festgehalten, dass es keinen Missbrauch darstellt, eine Gesellschaft auswärtig zu gründen, um in den Genuss des dort vorteilhaften Rechts zu gelangen.¹¹⁴

4. Übertragbare Lösungsansätze

Angesichts der vom *EuGH* behandelten Fälle sind insbesondere die noch verbliebenen Regelungslücken zu schließen:

a) Möglichkeit der isolierten Satzungssitzverlegung

Zwischen Staaten, die der Gründungstheorie folgen, sollte aus nachfolgenden Gründen die isolierte Satzungssitzverlegung frei möglich sein:¹¹⁵ Dies deckt sich bereits mit der im Vorentwurf gemäß Art. 11 Abs. 2 geregelten Vorschrift; dieser zufolge haben die Mitgliedstaaten, die der Sitztheorie folgen, hinsichtlich einer Verlegung des Satzungssitzes ohne gleichzeitige Verlegung des Verwaltungssitzes – der isolierten Satzungssitzverwaltung – ein Vetorecht.¹¹⁶ In der Folgenabschätzung aus dem Jahr 2007 bevorzugt die Kommission allerdings sogar einen hierüber hinausgehenden Ansatz, der zwar eine isolierte Satzungssitzverlegung, aber nicht mehr die Verlegung des Verwaltungssitzes umfasst.¹¹⁷ Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Kommission die Satzungssitzverlegung angesichts der *EuGH*-Rechtsprechung als unproblematisch ansieht.¹¹⁸ Die Folge, dass die Mitgliedstaaten die Verwaltungssitzverlegung somit weiterhin

¹¹¹ Grundmann (Fn. 109), S. 785 f., 803 – 805, 820 – 824, 828 – 831; Kerber, in: Grundmann, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts 2000, S. 67, 75-81.

¹¹² Edwards (Fn. 72), S. 383.

¹¹³ Grundmann (Fn. 4), Rn. 839.

¹¹⁴ In diesem Sinne etwa: *EuGH*, Rs. C-212/97 – *Centros*, Tz. 18.

¹¹⁵ So bereits: Hoffmann (Fn. 9), S. 55 f.

¹¹⁶ Dies fordert auch Schön (Fn. 62), S. 364; dagegen fordert Roth nunmehr eine zwingende Übereinstimmung von Satzung- und Verwaltungssitz: Roth Vorgaben der Niederlassungsfreiheit 2010, S. 62.

¹¹⁷ Kommission (Fn. 75), S. 42 ff.

¹¹⁸ Für eine isolierte Satzungssitzverlegung wird teilweise die Kompetenz des europäischen Gesetzgebers verneint: Böttcher/Kraft, Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung *VALE* des *EuGH*, NJW 2012, S. 2701 (2704); Kindler, Der reale Niederlassungsbegriff nach dem *VALE*-Urteil des *EuGH*, EuZW 2012, S. 888 (892).

primärrechtskonform verhindern könnten, wird hierbei hingenommen und sekundärrechtlich nicht ermöglicht.¹¹⁹ Dahingegen sieht *Leible* die Notwendigkeit einer solchen Ermöglichung.¹²⁰ Schon die Kommission hält den „beschränkten“ Ansatz aufgrund der noch verbleibenden Rechtsunsicherheit für weniger geeignet. Aus diesem Grund ist eine Regelung zu befürworten, bei der die Nationalstaaten den formwechselnden Zuzug nicht mehr von der gleichzeitigen Verlegung des Sitzes der Hauptverwaltung abhängig machen dürfen.¹²¹ Zu Recht verspricht sich die Kommission dadurch einen stärkeren Wettbewerb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sowie wirtschaftliches Wachstum. Freilich ist damit gleichzeitig die Sitztheorie selbst aufzugeben, obgleich dies etwa in Deutschland nach den durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) erfolgten Änderungen¹²² sowie dem ohnehin erwogenen generellen Übergang zur Gründungstheorie keine revolutionäre Entwicklung mehr darstellen würde.

b) Arbeitnehmerschutz

Hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzes kann indessen auf die Regelung der SE-Richtlinie zurückgegriffen werden.¹²³ Da der Arbeitnehmerschutz als das historisch gewichtigste Hindernis galt,¹²⁴ ist durch die Verabschiedung eine wichtige Weiche für die 14. Richtlinie bereits gestellt.¹²⁵

c) Insbesondere: Steuerrechtliche Behandlung der Sitzverlegung

Dahingegen besteht noch keine Regelung für ein einheitliches Steuerrecht. Gerade hier entstehen allerdings für die Gesellschaften zwei sehr nachteilige Wirkungen: Jedenfalls in den großen Mitgliedstaaten wurde der Beschluss, den Sitz in ein anderes Land zu verlegen, steuerrechtlich als ein Auflösungsbeschluss qualifiziert, bzw. die Aufdeckung und Besteuerung der stillen Reserven gefordert – bei bisher

¹¹⁹ So auch: *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 848.

¹²⁰ *Leible* (Fn. 2), S. 547 f.; in diesem Sinne auch: *Frobenius* (Fn. 64), S. 491; *Ratka/Wolfbauer*, Daily Mail: "I am not dead yet!", ZfRV 2009, S. 57 (64).

¹²¹ Vgl. *Kommission* (Fn. 75), S. 42 ff.

¹²² Durch die Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. und § 5 Abs. 2 AktG a.F. kommt im Fall der Verlegung des Verwaltungssitzes einer GmbH oder AG ins Ausland nach der herrschenden Auffassung die Gründungstheorie zur Anwendung, vgl. *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 10-13m.w.N.

¹²³ *Kommission* (Fn. 75), S. 49; So wohl bereits: *Leible* (Fn. 2), S. 553.

¹²⁴ So etwa: *Hopt* (Fn. 83), S. 201 f.

¹²⁵ *Edwards* (Fn. 72), S. 383; *Großfeld/Jasper*, Identitätswahrende Sitzverlegung und Fusion von Kapitalgesellschaften in die Bundesrepublik Deutschland, *RabelsZ* 53 (1989), S. 52 (64).

erfolgreichen Gesellschaften in der Regel ein Großteil des Firmenwertes.¹²⁶ Da mit der Sitzverlegung keine Einkünfte realisiert werden – anders als etwa beim Verkauf von Beteiligungen oder Betriebsteilen –, wird der bestehende Wert der Gesellschaft gemindert. Zudem geht auch die Möglichkeit verloren, frühere Verluste in Folgejahren gewinnmindernd geltend zu machen (Verlustvorschreibung). Zu Recht wurde deshalb das bisherige Zögern der Kommission kritisiert.¹²⁷

Dabei läge es nahe, das Regime der Fusionsbesteuerungsrichtlinie¹²⁸ auf die grenzüberschreitende Sitzverlegung zu erstrecken, da entgegen der Ansicht der Kommission hierzu nicht schon die konsequente Beachtung der *EuGH*-Rechtsprechung genügt.¹²⁹ Insbesondere bei Auslandsvermögen und ungebundenem Vermögen ist die Grundfreiheiten-Rechtsprechung hierzu nicht geeignet, da bei diesem die Verankerung im Inland nicht fortbesteht und es daher potentiell einer Abschlussbesteuerung mit Aufdeckung der stillen Reserven unterliegt.¹³⁰ Denkbar wäre in diesem Fall die Besteuerung zum Zeitpunkt einer etwaigen späteren Veräußerung oder die Aufteilung des später anfallenden Veräußerungsgewinns zwischen Weg- und Zuzugsstaat, wobei dann aber – insbesondere bei Wirtschaftsgütern mit bestimmter Nutzungsdauer – zwischen dem abnehmenden Zeitwert und dem inneren Wert differenziert werden müsste.

Dies darf jedoch nicht außer Acht lassen, dass die Steuerhoheit eine wichtige Ausprägung der nationalen Rechtsordnungen darstellt. Unverständlich wäre in jedem Fall, Gewinne im Zuzugsstaat zu versteuern, die im Wegzugsstaat erwirtschaftet wurden, was auch im Territorialitätsprinzip des *EuGH* zum Ausdruck kommt.¹³¹ Da aber Steuermindereinnahmen kein zwingendes

¹²⁶ Für Deutschland etwa: § 12 KStG der angesichts des *Cartesio*-Urteils wohl europarechtskonform zu reduzieren ist; so etwa: *Campos Nave*, Das Ende der gegenwärtigen Wegzugsbesteuerung - Der zweite Blick auf *Cartesio*, BB 2009, S. 870 (872); *Frobenius* (Fn. 64), S. 490; anders hingegen: *Gebert/Fingerhut*, Die Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung ins Ausland - Steuerliche Fallstricke im Licht aktueller gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen, IStR 2009, S. 445 (448).

¹²⁷ Etwa: *Hügel*, Steuerrechtliche Hindernisse bei der internationalen Sitzverlegung, ZGR 1999, S. 71 (107 f.); Vgl. allerdings auch die Mitteilung der Kommission zur Wegzugsbesteuerung und die Notwendigkeit einer Koordinierung der Steuerpolitiken der Mitgliedstaaten vom 19.12.2006 KOM (2006) 825, endgültig, S. 6 ff.

¹²⁸ RL 90/434/EWG über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. L 225 vom 20.8.1990, S. 1 ff.

¹²⁹ *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 1019.

¹³⁰ *Förster/Lange* (Fn. 72), S. 587; *Schulz/Petersen* (Fn. 109), S. 1513 f.; a.A.: *Hügel* (Fn. 127), S. 85 f.

¹³¹ So: *EuGH*, DStR 2006, S. 1691 Rn. 42, 44.

Allgemeininteresse darstellen,¹³² wäre als Alternative die Aufteilung von Steuern zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten denkbar.¹³³

Die sich damit eröffnenden Praktikabilitätsprobleme hinsichtlich der Steuerbemessung heben wiederum die Bedeutung einer sekundärrechtlichen Lösung hervor. Dabei muss die vergleichende Betrachtung zur Unternehmensbesteuerung des reinen Inlandsfalls maßgebend sein.

IV. Zusammenfassung

Die Sitzverlegung dient der Wahl besserer ökonomischer Rahmenbedingungen und besser passender Rechte.¹³⁴ Eine Verabschiedung der 14. Richtlinie würde auch gegenüber dem Sitzverlegungsregime in der SE-VO als auch gegenüber der Sitzverlegung mittels grenzüberschreitender Verschmelzung zusätzliche Wohlfahrtsgewinne ermöglichen.¹³⁵ Vor allem bei den noch bestehenden Rechtsunterschieden ist die Freiheit der Rechtswahl sinnvoll. Da das nationale Körperschaftssteuerrecht zudem ebenfalls national verschieden und bisher kaum harmonisiert ist und die Sitzverlegung selbst weitgehend steuerneutral ausgestaltet ist, könnte gerade das sich ändernde Körperschaftssteuerregime einen gewichtigen Grund für die Sitzverlegung darstellen.¹³⁶

Selbst, wenn die Sitzverlegungsrichtlinie also nicht über das Maß des vom *EuGH* für die Niederlassungsfreiheit verbürgten hinausgehen sollte, so bleibt sie doch politisch von großer Bedeutung.¹³⁷ Nur durch eine Richtlinie können einerseits Schutzinteressen koordiniert und ein europäisches Mindestniveau festgesetzt werden, andererseits würde die hierdurch entstehende Rechtssicherheit die Sitzverlegung in der Praxis letztlich erst ermöglichen.¹³⁸

Gerade weil die grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung nach „Cartesio“ und „Vale“ unabhängig vom Sekundärrecht möglich ist, erscheint die Verabschiedung der Richtlinie angezeigt denn je. Nur so kann vermieden werden, dass eine

¹³² *EuGH*, DStR 2004, S. 551 Rn. 60.

¹³³ *Frobenius* (Fn. 64), S. 490.

¹³⁴ *Schön* (Fn. 62), S. 364; *Frobenius* (Fn. 64), S. 491; *Leible* (Fn. 2), S. 546 f.

¹³⁵ So auch: *Wöhlert/Degen* (Fn. 92), S. 435.

¹³⁶ Hierfür spricht, dass Zypern, das den niedrigsten Körperschaftssteuersatz im Europäischen Wirtschaftsraum besitzt, der bislang zweitpopulärste Zuzugsstaat bei SE-Sitzverlegungen war; vgl. den endgültigen Bericht zur Studie über die Funktionsweise und Auswirkung des Statuts der Europäischen Gesellschaft vom 9.12.2009, S. 214.

¹³⁷ In diesem Sinne bereits die Antwort der BReg v. 24.03.2009 auf die Kleine Anfrage BT-Drucksache 16/12403.

¹³⁸ So auch: *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 867.

Vielzahl divergierender nationaler Schutzbestimmungen die Mobilität faktisch beschränken und Vorlageverfahren zu diesen Schutzbestimmungen zahlreich geführt werden müssen.¹³⁹

¹³⁹ Gleichsam fordernd: *Frobenius* (Fn. 64), S. 491; *Leible/Hoffmann* (Fn. 86), S. 63; *Teichmann* (Fn. 65), S. 403 f.; *Zimmer/Naendrup* (Fn. 62), S. 549.