

Das Vorhaben einer europäischen Sitzverlegungsrichtlinie: Neue Impulse durch die große Koalition?

| | | |
|----|--|----|
| A. | EINLEITUNG | 1 |
| B. | RECHTSLAGE FÜR SITZVERLEGUNG INNERHALB DER EU | 2 |
| | <i>I. Rechtslage bis zum Vorentwurf der Sitzverlegungsrichtlinie</i> | 3 |
| | 1. Sitztheorie | 3 |
| | 2. Gründungstheorie | 3 |
| | 3. Sitzverlegung zwischen zwei Mitgliedsstaaten | 3 |
| | a) Wegzug des Verwaltungssitzes aus Deutschland | 4 |
| | b) Zuzug des Verwaltungssitzes nach Deutschland | 5 |
| | c) Wegzug des Satzungssitzes aus Deutschland | 5 |
| | d) Zuzug des Satzungssitzes nach Deutschland | 5 |
| | e) Wegzug des Satzungs- und Verwaltungssitzes aus Deutschland | 5 |
| | g) Zuzug des Satzungs- und Verwaltungssitzes nach Deutschland | 6 |
| | h) Daily Mail Rechtssprechung des EuGH | 6 |
| | <i>II. Veränderungen durch anschließende EuGH Judikatur</i> | 6 |
| | 1. Centros | 7 |
| | 2. Überseering | 7 |
| | 3. Inspire Art | 7 |
| | 4. SEVIC | 8 |
| | 5. Lasteyrie du Saillant | 8 |
| | 6. Cartesio | 8 |
| C. | NOTWENDIGKEIT DER HARMONISIERUNG | 9 |
| | <i>I. Rechtliche Gründe</i> | 9 |
| | 1. Unklarheit bezüglich Satzungssitzverlegung | 9 |
| | 2. Wegzugsfreiheit | 9 |
| | 3. Konkretisierung anerkannter Allgemeininteressen | 10 |
| | 4. Rechtssicherheit | 10 |
| | 5. Komplexität der Rechtsfragen | 11 |
| | <i>II. Wirtschaftliche Gründe</i> | 12 |
| | 1. Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen | 12 |
| | 2. Arbeitnehmerinteressen | 13 |
| | <i>III. Ergebnis</i> | 13 |

A. Einleitung

In einer eng vernetzten europäischen Wirtschaft stellt sich für viele Unternehmen immer drängender die Frage, ob wirtschaftliche oder rechtliche Gründe die Verlegung des Sitzes in einen anderen Mitgliedsstaat attraktiv erscheinen lassen. Kommt eine Unternehmensleitung zu dem Entschluss, dass eine Sitzverlegung vorteilhaft wäre, stellt sich jedoch das Problem der rechtlichen Umsetzung.

Für natürliche Personen sichert die Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EGV die Möglichkeit, sich in jedem Mitgliedsstaat niederzulassen. Art. 48 EGV fordert grundsätzlich, diesen Schutz gleichermaßen juristischen Personen zukommen zu lassen. Gesellschaften existieren im Gegensatz zu natürlichen Personen jedoch nicht von sich heraus. Ihre Rechtsfähigkeit und Existenz ergibt sich erst daraus, dass eine juristische Person auf der Grundlage einer bestimmten Rechtsordnung gegründet oder von ihr als solche anerkannt wurde.¹ Dies setzt voraus, dass die juristische Person mit dieser Rechtsordnung und dem Gebiet des Staates, dessen Recht sie unterliegt, durch Anknüpfungspunkte verbunden ist.²

Problematischerweise folgen die Mitgliedsstaaten zwei verschiedenen Anknüpfungstheorien: Der Sitztheorie und der Gründungstheorie.³ Diese Heterogenität führt dazu, dass schon der Begriff der Sitzverlegung unterschiedlich verstanden wird und sich für Gesellschaften mit Sitzverlegungsabsichten daher jede einzelstaatliche Rechtsordnung als „abgeschlossenes Universum“ darstellt.⁴

Zwar trägt Art. 220 EGV den Mitgliedsstaaten auf, Verhandlungen zur Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Sitzverlegung einzuleiten, allerdings trat das einzige jemals getroffene Abkommen von 1968 mangels Ratifizierung der Niederlande nie in Kraft.⁵ 1997 wurde dann ein Vorentwurf zu einer sich dieser Problematik annehmenden Sitzverlegungsrichtlinie verabschiedet, die aber bisher auch nicht in Kraft trat.⁶

¹ Richtlinienentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZIP 1997, 1721.

² Richtlinienentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZIP 1997, 1721.

³ Richtlinienentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZIP 1997, 1721.

⁴ Richtlinienentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZIP 1997, 1721.

⁵ *Di Marco*, ZGR 1999, S. 6.

⁶ Richtlinienentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZIP 1997, 1721ff.

Nach der Veröffentlichung des Vorentwurfs der Richtlinie am 22. April 1997 gingen die weiteren Arbeiten nur stockend voran und kamen schließlich in Erwartung weitere Entscheidung des EuGH nach der Sache Centros ganz zum Erliegen.⁷ Ein neuer Richtlinienvorschlag wurde im „Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der europäischen Union“ vom 21. Mai 2003 als eine der obersten Prioritäten der Kommission bezeichnet und eine baldige Wiederaufnahme der Arbeiten angekündigt.⁸ Im Jahre 2007 wurde die Arbeiten an diesem Thema aber neuerlich von Kommissar McGreevy eingestellt, da dieser keinen Bedarf mehr für ein Tätigwerden auf EU-Ebene sah und die möglicherweise wegweisende Entscheidung des EuGH in der Sache Cartesio abwarten wollte.⁹ Danach wurde lange vergeblich auf eine neue Initiative zur Verabschiedung einer europäischen Regelung gewartet.

Nun aber scheint es einen neuen Anlauf seitens der Bundesregierung zu geben. Im Koalitionsvertrag zwischen SPD, CDU und CSU vom 7. Februar 2018¹⁰ findet sich auf Seite 131 folgender Hinweis: „Wir setzen uns für eine europäische Harmonisierung der Regelungen über die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften („Sitzverlegungsrichtlinie“) [...] ein.“ Offensichtlich soll also das Vorhaben einer Sitzverlegungsrichtlinie wieder aufgenommen werden. Dieser Beitrag soll in die Thematik einführen und die Notwendigkeit einer Sitzverlegungsrichtlinie aufzeigen.

B. Rechtslage für Sitzverlegung innerhalb der EU

Bis zum Vorentwurf der Sitzverlegungsrichtlinie 1997 gab es kaum gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Sitzverlegung innerhalb verschiedener Mitgliedsstaaten. Nachdem die Arbeiten an der Sitzverlegungsrichtlinie nicht abgeschlossen wurden, hat der EuGH durch seine Entscheidungen in mehreren Rechtssachen die Sitzverlegung zu großen Teilen unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EGV gestellt und somit einheitliche Regeln für die Sitzverlegung innerhalb der Gemeinschaft aufgestellt. Deshalb wird im Folgenden zunächst die Rechtslage bis zum Vorentwurf der Sitzverlegungsrichtlinie erläutert und anschließend die Veränderung durch die EuGH Judikatur nachvollzogen, um

⁷ Leible, ZGR 2004, S. 538.

⁸ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament - Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan“ (KOM(2003)284 endg.).

⁹ Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, Brussels, 12.12.2007, SEC (2007) 1707.

¹⁰ Abrufbar unter https://www.handelsblatt.com/downloads/20936422/4/koalitionsvertrag_final.pdf.

abschließend eine Zusammenfassung der aktuellen Rechtslage zu geben.

I. Rechtslage bis zum Vorentwurf der Sitzverlegungsrichtlinie

Wie bereits erwähnt, besteht die Grundsatzproblematik darin, dass die Mitgliedsstaaten zwei verschiedenen Anknüpfungstheorien, der Sitz- und der Gründungstheorie, folgen.

1. Sitztheorie

In Belgien, Frankreich, Griechenland, Luxemburg, Österreich, Portugal und Deutschland gilt die Sitztheorie¹¹, nach der sich die Verhältnisse der Gesellschaft nach ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz beurteilen.¹² Dieser wird definiert als „Mittelpunkt, von dem die Tätigkeit der juristischen Person ausgeht.“¹³ Er muss dabei in der Regel im Inkorporationsstaat liegen.¹⁴ So ändert sich im Allgemeinen auch bei bloßer Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland automatisch das Gesellschaftsstatut, was zu einer generellen Versagung der grenzüberschreitenden identitätswahrenden Sitzverlegung führt.¹⁵

2. Gründungstheorie

Demgegenüber gilt in Großbritannien, den Niederlanden, Finnland, Irland und Schweden die Gründungstheorie (oder auch Inkorporationstheorie).¹⁶ Sie stellt als Anknüpfungspunkt nicht auf den tatsächlichen, sondern den Satzungssitz einer Gesellschaft ab, so dass eine Gesellschaft nach dem Recht jeden Staates gegründet werden kann und diese Rechtswahl der Gründer allgemein anerkannt wird.¹⁷ Der Sitz der Hauptverwaltung bzw. der wirtschaftliche Mittelpunkt kann daher auch im Ausland liegen, mit der Folge, dass die Verlegung des Satzungs- und nicht bloß des Verwaltungssitzes zum Statutenwechsel führt.¹⁸

3. Sitzverlegung zwischen zwei Mitgliedsstaaten

Die Probleme, die sich bei einer Sitzverlegung zwischen zwei Mitgliedsstaaten mit unterschiedlichen Anknüpfungspunkten ergeben, können gravierend sein.

¹¹ *Bismarck*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in Europa: Gestaltungsvorschläge für eine 14. gesellschaftsrechtliche Richtlinie, 1. Auflage, Frankfurt 2005, S. 32.

¹² *Bismarck*, S. 31.

¹³ *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2004, S. 502.

¹⁴ *Bismarck*, S. 31; *Kindler*, in: MüKo, IntGesR, Rn. 312; a.A. *Kaligin*, DB 1985, S. 1449; *Wiedemann*, FS Kegel, 1977, 195 f.

¹⁵ *Bismarck*, S. 34.

¹⁶ *Bismarck*, S. 35.

¹⁷ *Bismarck*, S. 34.

¹⁸ *Kruse*, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG, Köln 1997, S. 8; a.A. *Hoffmann*, ZHR 164 (2000), S. 45.

Eine Verlegung des Satzungssitzes ermöglichen sowieso ausschließlich Italien, Portugal und Frankreich. Selbst dort gelten aber starke Vorbehalte: Die Möglichkeit steht in Italien und Portugal unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit und in Frankreich hängt sie von einem bisher nicht existierenden internationalen Abkommen ab.¹⁹ Das deutsche Recht verbietet eine Satzungssitzverlegung sogar, während die restlichen Mitgliedsstaaten keine Regelungen für die Satzungssitzverlegung getroffen haben.²⁰

Auch die bloße Verlegung des Verwaltungssitzes kann ihre Tücken haben: Verlegt eine Gesellschaft ihre Verwaltung aus einem Mitgliedstaat, der der Gründungstheorie anhängt, in einen anderen Mitgliedsstaat, der der Sitztheorie anhängt, unterliegt die Gesellschaft durch den Wechsel plötzlich zwei Rechtsordnungen.²¹ Im umgekehrten Fall gerät die juristische Person hingegen ins „juristische Niemandsland“.²²

Diese Problematik lässt sich knapp am Beispiel Deutschlands, das der Sitztheorie folgt, verdeutlichen. Differenziert werden muss zum einen zwischen Satzungssitz- und Verwaltungssitzverlegung, zum anderen zwischen Zuzug nach Deutschland und Wegzug aus Deutschland.

a) Wegzug des Verwaltungssitzes aus Deutschland

Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht verweist auf das Recht des Zuzugsstaates. Gilt auch im Zuzugstaat die Sitztheorie, so gilt ab da an dessen Statut. Gilt allerdings im Zuzugstaat die Gründungstheorie, dann verweist das internationale Privatrecht dieses Staats zurück auf das deutsche Recht, welches dieses Renvoi nach Art. 4 I 2 EGBGB annimmt. Das deutsche Sachrecht erlaubt eine Sitzverlegung indessen nicht und ordnet im Gleichlauf mit dem Steuerrecht die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft an.²³ Schon der Beschluss einer Gesellschaft zur (unerlaubten) Verwaltungssitzverlegung in Deutschland wird, auch entgegen der Satzung oder dem Willen der Gesellschafter, als Auflösungsbeschluss interpretiert, der zum Eintritt der Gesellschaft in das Abwicklungsverfahren führt.²⁴ Eine

¹⁹ Richtlinienvorentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZIP 1997, 1722.

²⁰ Richtlinienvorentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZIP 1997, 1722.

²¹ *Di Marco*, ZGR 1999, S. 5.

²² *Di Marco*, ZGR 1999, S. 5.

²³ OLG Hamm ZIP 1997, 1696; OLG Düsseldorf WM 2002, 1008, 1009.

²⁴ BGHZ 25, 134, 144; *Fastrich*, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 4a Rn. 10; *Beitzke*, Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht, 1938, S. 180 f.; *Schwarz*, NZG 2001, S. 613; *Grossfeld*, in: Staudinger, IntGesR Rn. 634ff.

Gegenmeinung in der Literatur will diesen Beschluss allerdings nach § 241 Nr. 3 AktG für nichtig erklären.²⁵

b) Zuzug des Verwaltungssitzes nach Deutschland

Das deutsche internationale Gesellschaftsrecht verweist der Sitztheorie folgend auf das deutsche Sachrecht, das eine Neugründung der Gesellschaft in Deutschland fordert.²⁶ Ohne Neugründung ist die Gesellschaft weder Partei- noch Rechtsfähig und wird als „rechtliches nullum“ behandelt.²⁷

c) Wegzug des Satzungssitzes aus Deutschland

Sollte der Zuzugsstaat der Sitztheorie folgen, dann bliebe deutsches Recht anwendbar, da der Verwaltungssitz in Deutschland verbleibt.²⁸ Im anderen Falle verweist das Recht des Zuzugsstaats wieder zurück auf das deutsche Recht, dass solche Verweisungen akzeptiert (s.o.). Das deutsche Sachrecht lässt den Beschluss zur Sitzverlegung jedoch nicht zu und interpretiert ihn als Auflösungsbeschluss.²⁹

d) Zuzug des Satzungssitzes nach Deutschland

Ein Zuzug lediglich des Satzungssitzes nach Deutschland ist unmöglich, denn die dafür nötige Eintragung des Satzungssitzes ins deutsche Handelsregister setzt voraus, dass sich auch der tatsächliche Verwaltungssitz innerhalb Deutschlands befindet.³⁰ Daraus ergibt sich eine für die Gesellschaft fatale Wechselwirkung mit der Gründungstheorie des Wegzugstaates, denn nach dieser gilt das alte Statut der Gesellschaft solange weiter, bis der neue Satzungssitz ins deutsche Handelsregister eingetragen wurde.³¹

e) Wegzug des Satzungs- und Verwaltungssitzes aus Deutschland

Zwar gilt in einer solchen Konstellation kollisionsrechtlich das Sachrecht des Zuzugstaates, da der tatsächliche Verwaltungssitz jetzt dort liegt. Trotzdem gelingt auch eine solche Sitzverlegung nicht unter Wahrung der Identität der Gesellschaft, denn das deutsche

²⁵ *Bechtel*, Umzug von Kapitalgesellschaften unter der Sitztheorie, 1999, S. 52; *Hüffer*, in *Hüffer*, AktG, § 5 Rn. 12.

²⁶ BGHZ 97, 269, 271.

²⁷ *Kindler*, in: MüKo, IntGesR Rn. 315.

²⁸ *Kindler*, in: MüKo, IntGesR Rn. 399.

²⁹ *Großfeld*, in: Staudinger, IntGesR Rn. 650 ff.

³⁰ *Kindler*, in: MüKo, IntGesR Rn. 399.

³¹ *Bismarck*, S. 64.

Sachrecht verbietet den Wegzug der nach ihm gegründeten Gesellschaften und ordnet Auflösung und Liquidation der Gesellschaft an.³²

g) Zuzug des Satzungs- und Verwaltungssitzes nach Deutschland

Kollisionsrechtlich wird bereits durch die Verlegung des Verwaltungssitzes nach Deutschland ein Statutenwechsel bewirkt. Das deutsche Sachrecht anerkennt dies aber nicht und fordert eine Neugründung der Gesellschaft. Auch in diesem Fall ist also eine identitätswahrende Sitzverlegung nicht möglich.³³

h) Daily Mail Rechtsprechung des EuGH

An dieser Rechtslage änderte auch die vor dem Vorentwurf der Sitzverlegungsrichtlinie ergangene Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Daily Mail nichts. In der Entscheidung hielt der EuGH nämlich fest, dass die Niederlassungsfreiheit den Gesellschaften nicht das Recht einräume, den Sitz der tatsächlichen Verwaltung in einen anderen Mitgliedsstaat unter Beibehaltung des Gesellschaftsstatuts zu verlegen, wenn der Wegzugsstaat dies verbietet.³⁴ Zugrunde liegende Begründung des Gerichtshofs war, dass: „Eine Gesellschaft jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität hat“³⁵ oder wie es der Generalstaatsanwalt in *Cartesio* biblisch knapp formulierte: „Der Staat hat’s gegeben, der Staat hat’s genommen.“³⁶

II. Veränderungen durch anschließende EuGH Judikatur

Eine Änderung der Rechtslage zur Sitzverlegung innerhalb der Eu erfolgte aber durch die Entscheidung des EuGH in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering*, *SEVIC Systems*, *Inspire Art*, *Lasteyrie du Saillant* und zuletzt *Cartesio*. Diese Entscheidungen konturieren die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften innerhalb der EU und prägten so neue Regeln für grenzüberschreitende Sitzverlegungen von Gesellschaften innerhalb der EU.

³² *Bismarck*, S. 64.

³³ *Bismarck*, S. 65.

³⁴ *Frobenius*, DStR 2009, S. 487.

³⁵ EuGH v. 27.9.1998, 81/87, *Daily Mail*, NJW 1989, 2186.

³⁶ Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH v. 22.5.2008, C-210/06, *Cartesio*, NZG 2008, 498 (503).

1. Centros

Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Centros sorgte für eine erste Auflockerung der Anwendung der reinen Sitztheorie bei Sitzverlegungen innerhalb der Gemeinschaft, indem es die Eintragung einer Zweigniederlassung unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit stellt, selbst wenn diese zur Umgehung von nationalen gesellschaftsrechtlichen Anforderungen gegründet wird, ohne im Gründungsstaat überhaupt eine Geschäftstätigkeit zu entfalten.³⁷ Schutzvorschriften gegen diese Art der Niederlassungsfreiheit sind nur gerechtfertigt, wenn sie der Gebhard-Formel entsprechen, sie also nicht diskriminierend angewendet werden und zur Verfolgung zwingender Gründe des Allgemeininteresses geeignet und erforderlich sind.³⁸

2. Überseering

In der Sache Überseering stellte der EuGH darüber hinaus fest, dass die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EGV vom Zuzugsstaat verlangt, dass er die Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft mit Satzungssitz im EU-Ausland und Verwaltungssitz im Zuzugsstaat nach ihrem Gründungsrecht anzuerkennen hat.³⁹ Beschränkungen des Zuzugsstaats nach der Gebhard-Formel bleiben aber weiterhin zulässig.⁴⁰

3. Inspire Art

In Inspire Art nahm der EuGH zur Beschränkungsmöglichkeit der Niederlassungsfreiheit durch den Zuzugsstaat bezüglich der Regeln über ein erforderliches Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer Stellung. Und erklärte auch diese Art von Sonderanknüpfungen an Mindestkapitalvorschriften, einschließlich Vorschriften zu dessen Aufbringung und Erhalt, des Zuzugsstaats für ungültig.⁴¹ Stattdessen gebietet die Niederlassungsfreiheit auch hier die Behandlung der Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht.

³⁷ EuGH v. 9.3.1999, C-212/97, *Centros*, DStR 1999, 772.

³⁸ *Frobenius*, DStR 2009, S. 487.

³⁹ EuGH v. 5.11.2002, C-208/00, *Überseering*, AG 2003, 37.

⁴⁰ EuGH v. 5.11.2002, C-208/00, *Überseering*, AG 2003, 37, Rn. 92.

⁴¹ EuGH v. 30.9.2003, C-167/01, *Inspire Art*, NJW 2003, 3331.

4. SEVIC

Die Entscheidung in SEVIC stellte zudem eine grenzüberschreitende Verschmelzung unter den Schutzmantel der Niederlassungsfreiheit, mit den oben genannten Folgen für die Anerkennung einer solchen Gesellschaft im Zuzugsstaat.⁴²

5. Lasteyrie du Saillant

In diesem Falle ging es zwar um die Niederlassungsfreiheit einer natürlichen Person, doch hat die Entscheidung über Art. 43, 48 EGV ebenso Einfluss auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften.⁴³ Die Niederlassungsfreiheit verbietet danach auch Vorschriften des Wegzugsstaats, die eine Sitzverlegung ins Ausland durch speziell hierauf gerichtete Steuerpflichten, wie beispielsweise die Besteuerung latenter Wertsteigerungen bei Verlegung des steuerrelevanten Sitzes in einen anderen Mitgliedsstaat, für die Gesellschaften unattraktiv machen oder zumindest abschreckende Wirkung haben und dadurch die Mobilität der Gesellschaften einengen.⁴⁴

6. Cartesio

Die Entscheidung Cartesio⁴⁵ ist die vorerst letzte Entscheidung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften. Entgegen der allgemeinen Erwartung⁴⁶ aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und den Schlussanträgen des Generalanwalts⁴⁷ brach der EuGH aber nicht mit den von ihm aufgestellten Grundsätzen in Daily Mail, sondern bestätigte diese unter Aufgreifung und Wiederholung seiner damaligen Erwägungen.⁴⁸ So erklärte der EuGH: „Ein Mitgliedsstaat kann die Verlegung des Sitzes einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedsstaat der Union verhindern. Dagegen ermöglicht es die Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft die Verlegung in einen anderen Mitgliedsstaat, indem sie sich in eine Gesellschaftsform des Rechts dieses Staates umwandelt, ohne dass sie im Zuge der Umwandlung aufgelöst und abgewickelt werden muss,

⁴² EuGH v. 13.12.2005, C-411/03, *SEVIC*, DStR 2006, 49.

⁴³ *Frobenius*, DStR 2009, S. 487.

⁴⁴ EuGH v. 11.3.2004, C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*, DStR 2004, 551, Rn. 45 f.

⁴⁵ EuGH v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, DStR 2009, 121.

⁴⁶ *Behme/Nohlen*, NZG 2008, 496; *Richter*, IStR 2008, 719; *Wachter*, GmbHR 2008, 193; *Wilhelmi*, DB 2008, 1611; *Schmidtbleicher*, BB 2007, 613; *Weng*, EWS 2008, 264.

⁴⁷ Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH v. 22.5.2008, C-210/06, *Cartesio*, NZG 2008, 498.

⁴⁸ EuGH v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, DStR 2009, 121, Rn. 104 ff., 108; *Frobenius*, DStR 2009, S. 488.

wenn das Recht des Aufnahmemitgliedstaats dies gestattet.“⁴⁹ Ein Mitgliedsstaat hat also nach wie vor das Recht, für Gesellschaften, die nach seinem Recht gegründet wurden, einen tatsächlichen Sitz im Inland zu fordern.⁵⁰

Einer Sitzverlegung unter Umwandlung in eine Rechtsform des Zuzugsstaates muss der Wegzugsstaat grundsätzlich erlauben, darf aber Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer, der Gläubiger und der Minderheitsgesellschafter erlassen, solange diese den Kriterien der Gebhard-Formel entsprechen.⁵¹ Daraus folgt, dass die Mitgliedsstaaten zwar „die Hoheit über die rechtliche Anerkennung als eigene Gesellschaft haben, nicht aber die Befugnis, eine Gesellschaft als tatsächliches Substrat im eigenen Land zu halten.“⁵²

C. Notwendigkeit der Harmonisierung

Da entgegen aller Erwartungen (s.o.) der EuGH in seiner Entscheidung zu *Cartesio* an seiner alten *Daily Mail* Entscheidung festhält, stellt sich weiterhin die Frage nach der Notwendigkeit einer Sitzverlegungsrichtlinie. Im Folgenden werden daher die rechtlichen und wirtschaftlichen Gründe für eine Sitzverlegungsrichtlinie aufgezeigt.

I. Rechtliche Gründe

1. Unklarheit bezüglich Satzungssitzverlegung

Alle relevanten EuGH Entscheidungen beschäftigen sich ausschließlich mit der Verwaltungssitzverlegung, so dass Rechtsunsicherheit bezüglich der Satzungssitzverlegung herrscht.⁵³ Eine Vorlage des AG Heidelberg zur Klärung dieser Frage wurde aus prozessualen Gründen abgelehnt.⁵⁴ Daher bietet eine Sitzverlegungsrichtlinie die Möglichkeit, diese Lücke in der Niederlassungsfreiheit zu schließen.⁵⁵

2. Wegzugsfreiheit

Nach der Entscheidung zu *Cartesio* steht es dem Wegzugsstaat immer noch frei, den Wegzug der nach seinem Recht gegründeten Gesellschaften zu beschränken, was sogar zur Auflösung

⁴⁹ Pressemitteilung Nr. 89/2008 v. 16.12.2008, unter www.curia.europa.eu.

⁵⁰ *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, S. 545.

⁵¹ EuGH v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, DStR 2009, 121, Rn. 113; *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, S. 547.

⁵² *Frobenius*, DStR 2009, S. 487.

⁵³ *Leible*, ZGR 2004, S. 535.

⁵⁴ EuGH Slg. 2001, I-5353 – HSB-Wohnbau = NZG 2001, 1027.

⁵⁵ *Leible*, ZGR 2004, S. 535.

der Gesellschaft führen kann (s.o.). Dies widerspricht aber dem Sinn der Niederlassungsfreiheit, denn auch bei einer natürlichen Person käme niemand auf die Idee von Niederlassungsfreiheit zu sprechen, wenn die Folge der Verlegung ihres Lebensmittelpunkts in einen anderen Mitgliedstaat die Liquidation wäre.⁵⁶

Außerdem ist insbesondere angesichts der anderen Grundfreiheiten des EG-Vertrags, die gleichermaßen Wegzugs- und Zuzugsfälle umfassen, eine Differenzierung zwischen Wegzugs- und Zuzugsfällen bei der Niederlassungsfreiheit nicht überzeugend.⁵⁷ Vielmehr macht nur eine einheitliche Anknüpfung des Gesellschaftsrechts Sinn, so dass für die Wegzugsseite gleichermaßen die Gründungstheorie Anwendung finden sollte.⁵⁸

3. Konkretisierung anerkannter Allgemeininteressen

Wie mehrfach erläutert können die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit unter Beachtung der Gebhard-Formel in Ausnahmefällen beschränken. Verfolgtes Ziel muss immer der Schutz eines anerkannten Allgemeininteresses sein. Dieser Begriff kann jedoch von den Mitgliedstaaten, unter Umständen nach Belieben, ausgelegt werden und schafft so Rechtsunsicherheit. Daher muss der Begriff des anerkannten Allgemeininteresses gemeinschaftsrechtlich näher konkretisiert werden, um so bestehende Behinderungen zu beseitigen.⁵⁹

4. Rechtssicherheit

Eine Sitzverlegungsrichtlinie wäre überdies generell zur Beseitigung der durch die EuGH Rechtssprechung deutlich hervorgetretenen Rechtsunsicherheit nötig.⁶⁰ Insbesondere wenn nach der EuGH Rechtssprechung der grenzüberschreitende Formwechsel primärrechtlich geschützt ist, wächst die Relevanz einer sekundärrechtlichen Regulierung, um die abschreckende Wirkung der bestehenden Rechtsunsicherheit auf Gesellschaften zu verhindern.⁶¹ Das Argument, die Praxis wisse sich auch so zu helfen, indem sie auf andere Konstruktionen für die Mobilität von Gesellschaften ausweicht und das Recht auf grenzüberschreitende Sitzverlegung in der Praxis schon bestehe⁶² kann nicht verfangen, denn eine Richtlinie würde diesem Recht zu besserer Durchsetzung verhelfen und durch die

⁵⁶ Leible, ZGR 2004, S. 536.

⁵⁷ Roth, IPRax 2003, S. 121.

⁵⁸ Bismarck, S. 95.

⁵⁹ Leible, in: Streinz, Art. 95 Rn. 15; Leible, in: Grabitz/Hilf, Art. 28 Rn. 57.

⁶⁰ Bismarck, S. 350; Leible, ZGR 2004, S. 535; Di Marco, ZGR 1999, S. 6.

⁶¹ Frobenius, DStR 2009, S. 491.

⁶² Frobenius, DStR 2009, S. 491.

Vereinheitlichung des Verfahrens den Sitzverlegungsvorgang in gleichgerichtete Bahnen lenken und so Rechtsanwendungsgleichheit und Rechtssicherheit verbürgen.⁶³

5. Komplexität der Rechtsfragen

Die zur Sitzverlegung diskutierten Probleme sind äußerst komplex und weisen eine Größenordnung auf, die weit über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausgehen.⁶⁴ Zudem scheint die Diskussion in den Mitgliedstaaten teilweise nicht am Ziel eines möglichst integrierten Binnenmarkts ausgerichtet zu sein, sondern sich eher der Durchsetzung der jeweiligen traditionellen Anknüpfungstheorie zu verschreiben. Auch der EuGH kann durch Anwendungen der Art. 43, 48 letztlich keine vollkommene Vereinheitlichung der Regelungen und eine Gleichstellung der Gesellschaften mit natürlichen Personen im Bereich der Niederlassungsfreiheit durchsetzen, denn „betrachtet der EWG-Vertrag die Unterschiede, die die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung sowie der Möglichkeit und gegebenenfalls der Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes einer Gesellschaft nationalen Rechts von einem Mitgliedstaat in einen anderen aufweisen, als Probleme, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen; dazu ist es jedoch bisher noch nicht gekommen (vgl. in diesem Sinne Urteile *Daily Mail and General Trust*, Randnrn. 21 bis 23, und *Überseering*, Randnr. 69).“⁶⁵ Da also weder der EuGH noch die Mitgliedstaaten in der Lage sind, die Mobilität der Gesellschaften innerhalb der Gemeinschaft unter denselben Voraussetzungen wie innerhalb eines Mitgliedstaates bedingungslos zu ermöglichen, die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat aber eine Form der Ausübung des Niederlassungsrechts ist, die das Gemeinschaftsrecht konkret ermöglichen muss, kann dieses Ziel nur auf Gemeinschaftsebene durch umfassende Rechtsangleichung erreicht werden.⁶⁶

⁶³ *Bismarck*, S. 351.

⁶⁴ Richtlinienvorentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZIP 1997, 1723.

⁶⁵ EuGH v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, DStR 2009, 121, Rn. 108.

⁶⁶ Richtlinienvorentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU, ZIP 1997, 1723; *Di Marco*, ZGR 1999, S. 5.

II. Wirtschaftliche Gründe

1. Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen

Die durch eine Sitzverlegungsrichtlinie geförderte Mobilität der Gesellschaften in Europa würde auch die Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes vorantreiben⁶⁷ und die globale Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen erhöhen.⁶⁸ Der gleichen Meinung ist der Präsident des Bundesverbands der deutschen Industrie, Jürgen R. Thumann und betonte auf einer EU-Konferenz zu Fragen des Gesellschaftsrechts und der Corporate Governance am 28.6.2007 in Berlin: „Wir benötigen eine grenzüberschreitende Mobilität für Unternehmen in einem vollendeten europäischen Binnenmarkt.“⁶⁹ Auch die High Level Group of Company Law Experts drängte die Kommission 2004 zur Wiederaufnahme des Entwurfs einer Sitzverlegungsrichtlinie.⁷⁰ Die Wirtschaft hatte schon bei der ersten Befragung mittels eines Fragebogens im Februar 1997 nach mehr Mobilität der Gesellschaften verlangt und dies auf der am 15. und 16.12.1997 von der Kommission veranstalteten Konferenz zu Binnenmarkt und Gesellschaftsrecht bestätigt.⁷¹ Als Reaktion auf ein weiteres Konsultationspapier 2006⁷² erklärte beispielsweise der Bundesverband Deutscher Banken in seiner Stellungnahme: „Die Europäische Kommission sollte sich mit Nachdruck für eine Richtlinie zur Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in der EU einsetzen. Im Hinblick auf Sitzverlegungen stoßen die Gesellschaften in der EU unverändert auf zahlreiche rechtliche und administrative Hindernisse. Daher ist für diesen Bereich eine gemeinschaftsrechtliche Regelung zwingend erforderlich, um auf diese Weise zur Vollendung und zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen.“⁷³ Gleiches fordert auch das Europäische Parlament.⁷⁴

⁶⁷ *Bismarck*, S. 350.

⁶⁸ *Di Marco*, ZGR 1999, S. 12.

⁶⁹ Pressemitteilung vom 28.6.2007, zu finden unter: <http://www.pressebox.de/pressemitteilungen/bundesverband-der-deutschen-industrie-e-v-bdi/boxid-113543.html>.

⁷⁰ Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, 4.11.2002, S. 101 ff.

⁷¹ *Di Marco*, ZGR 1999, S. 4.

⁷² Konsultationspapier der Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen zu den künftigen Prioritäten des Aktionsplans „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“, zu finden unter http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/index_de.htm.

⁷³ Stellungnahme zum Konsultationspapier der GBD, Bankenverband 20. März 2006, zu finden unter: http://www.bankenverband.de/pic/artikelpic/092006/sp060320_EU-Aktionsplan-Gesellschaftsrecht_dt.pdf.

⁷⁴ Ziffer 12 der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. Dezember 2005 zum Gesetzgebungs- und Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission für 2006.

2. Arbeitnehmerinteressen

Nicht zu vergessen haben aber auch die Arbeitnehmer großes Interesse an der Verabschiedung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen zur Sitzverlegung, denn „der DGB könne zwar den Wunsch nach größerer grenzüberschreitender Mobilität und Flexibilität deutscher Unternehmen nachvollziehen. Dies dürfe jedoch nicht dazu dienen, Arbeitnehmerrechte zu schmälern. Insbesondere die Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen muss ein fundamentaler Grundsatz und erklärtes Ziel einer solchen Richtlinie sein. Es ist ein unhaltbarer Zustand, dass die Europäische Kommission dem Europäischen Gerichtshof die Frage der Niederlassungsfreiheit überlässt, ohne gleichzeitig Arbeitnehmer-, Verbraucher- und Gläubigerschutz zu regeln.“⁷⁵

III. Ergebnis

Die Diskussion über eine Sitzverlegungsrichtlinie dauert nun seit Jahrzehnten an. Insbesondere die Verwirklichung eines integrierten Binnenmarktes, die globale Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Unternehmen und die Beseitigung der noch vorhandenen oder neu entstandenen Rechtsunsicherheit machen sie ebenso notwendig wie vor 21 Jahren.

Der EuGH hat mit seiner Rechtsprechung einen immensen Beitrag zur Herausarbeitung der Grundlagen einer primärrechtskonformen Vereinheitlichung der Vorschriften zur Sitzverlegung in den Mitgliedstaaten geleistet. Abgeschlossen werden muss dieser Prozess aber durch sekundärrechtliche Vorschriften durch den Gemeinschaftsgesetzgeber. Nur so lässt sich dieser komplexe und grenzübergreifende Sachverhalt stimmig und mit letzter Klarheit bewältigen.

Als Ausgangspunkt kann dazu noch immer auf den Vorentwurf der Sitzverlegungsrichtlinie von 1997 zurückgegriffen werden. Dieser muss allerdings durch Modifikationen der wirtschaftlichen und rechtlichen Entwicklung der letzten 21 Jahre angepasst werden. Letztlich kann so das angestrebte Ziel einer Gleichstellung von Gesellschaften mit natürlichen Personen im Bereich der Niederlassungsfreiheit erreicht und die Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes ein großes Stück vorangetrieben werden.

⁷⁵ Pressemitteilung vom 23.05.2008 18:00 Uhr, Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB).