

Europa-Kolleg Hamburg / Universität Hamburg
Postgraduiertenstudiengang
„Master of European Studies“
Studienjahr 2007/2008

Unternehmensmobilität in der EU

Masterarbeit
vorgelegt von:
Ivanov, Alexander

Betreuer: **Prof. Dr. Peter Behrens**

Hamburg, den 17.06.2008

Gliederung

A. Mobilität von Unternehmen	1
I. Phänomen der Unternehmensmobilität	1
II. Formen der Mobilität	2
III. Bedeutung der Unternehmensmobilität für die Wirtschaft der EU	4
IV. Umfang der Masterarbeit	6
B. Mobilitätshindernisse	7
I. Kollisionsrechtliche Hindernisse.....	8
1. Sitztheorie und Gründungstheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts	9
2. Anerkennung von ausländischen Gesellschaften.....	10
II. Gesellschaftsrechtliche Hindernisse.....	11
III. Sachrechtliche Hindernisse	12
1. Steuerrechtliche Probleme.....	13
2. Mitbestimmungsprobleme	14
C. Unternehmensmobilität und Niederlassungsfreiheit.....	15
I. Bedeutung der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften.....	15
II. Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH	17
1. Auswirkungen auf die kollisionsrechtlichen Hindernisse	17
a) Die „Daily Mail“ Entscheidung als Ausgangspunkt.....	17
b) Die „Centros“ Entscheidung als Wende?	18
c) Die Bestätigung in der „Überseering“ Entscheidung.....	20
d) Weitere Verdrängung der Sitztheorie in der „Inspire Art“ Entscheidung.....	21
2. Auswirkungen auf die gesellschaftsrechtlichen Hindernisse.....	23
a) Die „SEVIC“ Entscheidung.....	24
b) Das Verfahren in Rechtssache C-210/06 („Cartesio“).....	26
3. Auswirkungen auf die sachrechtlichen Hindernisse	28
a) Steuerrechtliche Hindernisse	28
i) Zuzugshindernisse	28
ii) Wegzugshindernisse	29
b) Mitbestimmungsprobleme	31
4. Würdigung der Rechtsprechung des EuGH.....	32
a) Legislatorischer Wettbewerb: wird ein „race to the bottom“ stattfinden?	34
b) Rechtsprechung und Rechtsetzung	36
D. Initiativen der Kommission zur Förderung der Mobilität	37
I. Rechtsetzungsinitiativen.....	38
1. Initiativen zur Förderung der Mobilität existierender Gesellschaftsformen	40
a) 10. RL über die grenzüberschreitende Verschmelzung	40
b) Vorentwurf für eine 14. RL über die grenzüberschreitende Sitzverlegung	42
2. Initiativen zur Schaffung supranationaler Gesellschaftsformen	45
a) Bedeutung der SE für die Unternehmensmobilität	46
b) Das Projekt für eine Europäische Privatgesellschaft (SPE).....	49
II. Initiativen zur Beseitigung der negativen Auswirkungen von der Unternehmensmobilität.....	52
E. Fazit.....	56

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AG.....	Aktiengesellschaft
BB.....	Betriebs-Berater
bzw.	beziehungsweise
CMLR.....	Common Market Law Review
DB.....	Der Betrieb
d.h.	das heißt
ders.	derselbe
DStR.....	Deutsches Steuerrecht
EBR.....	European Business Register
ECFR.....	European Company and Financial Law Review
ECGI.....	European Corporate Governance Institute
EEA.....	Einheitliche Europäische Akte
EGV.....	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
et al.	et alia
endg.	endgültig
EP.....	Europäisches Parlament
EU.....	Europäische Union
EuGH.....	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EUGGES.....	Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft
EUV.....	Europäischer Verein
EuZW.....	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWIV.....	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
f.	folgend(e)
ff.	fortfolgend(e)
Fn.	Fußnote
GA.....	Generalanwalt
ggf.	gegebenenfalls
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.	id est
i.V.m.	in Verbindung mit
IPRax.....	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
KMU.....	kleine und mittlere Unternehmen
lit.	Buchstabe
m.a.W.	mit anderen Worten
RIW.....	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL.....	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SCE.....	Societas Cooperativa Europaea
SE.....	Societas Europaea
Slg.	Sammlung mit der Rechtsprechung des EuGH

SLIM.....	Simpler Legislation for the Internal Market
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt (e, er)
SPE.....	Societas Privata Europaea
vgl.	vergleiche
u.a.	und andere
usw.	und so weiter
z.B.	zum Beispiel
ZIP.....	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Verzeichnis der abgekürzten Rechtsakten

- 1. RL 68/151/EWG** = Erste Richtlinie des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (68/151/EWG), ABl. L 65 vom 14.3.1968, S. 8.
- 2. RL 77/91/EWG** = Zweite Richtlinie des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (77/91/EWG), ABl. L 26 vom 31.1.1977, S. 1.
- 3. RL 78/855/EWG** = Dritte Richtlinie des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG), ABl. L 295 vom 20.10.1978, S. 36.
- 4. RL 78/660/EWG** = Vierte Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (78/660/EWG), ABl. L 222 vom 14.8.1978, S. 11.
- 6. RL 82/891/EWG** = Sechste Richtlinie des Rates vom 17. Dezember 1982 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften (82/891/EWG), ABl. L 378 vom 31.12.1982, S. 47.
- 7. RL 83/349/EWG** = Siebente Richtlinie des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluss (83/349/EWG), ABl. L 193 vom 18.7.1983, S. 1.
- 8. RL 84/253/EWG** = Achte Richtlinie des Rates vom 10. April 1984 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über die Zulassung der mit der Pflichtprüfung der Rechnungslegungsunterlagen beauftragten Personen (84/253/EWG), ABl. L 126 vom 12.5.1984, S. 20.
- 10. RL 2005/56/EG** = Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (2005/56/EG), ABl. L 310 vom 25.11.2005, S. 1.

11. RL 89/666/EWG = Elfte Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen (89/666/EWG), ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 36.

12. RL 89/667/EWG = Zwölfte Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter (89/667/EWG), ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 40.

RL 90/434/EWG = Richtlinie des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, Abspaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, sowie für die Verlegung des Sitzes einer Europäischen Gesellschaft oder einer Europäischen Genossenschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat (90/434/EWG), ABl. L 225 vom 20.8.1990, S. 1.

RL 69/335/EWG = Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (69/335/EWG), ABl. L 249 vom 03.10.1969, S. 25.

RL 2001/86/EG = Richtlinie des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (2001/86/EG), ABl. L 294 vom 10.11.2001, S. 22.

RL 2003/58/EG = Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG (2003/58/EG), ABl. L 221 vom 04.09.2003, S. 13.

RL 2005/19/EG = Richtlinie des Rates vom 17. Februar 2005 zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG (2005/19/EG), ABl. L 58 vom 04.03.2005, S. 19.

VO 1435/2003/EG = des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE) (1435/2003/EG), ABl. L 207 vom 18.8.2003, S. 1.

VO 2137/85/EWG = Verordnung des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) (2137/85/EWG), ABl. L 199 vom 31.07.1985, S. 1.

VO 2157/2001/EG = Verordnung des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (2157/2001/EG), ABl. L 294 vom 10.11.2001, S. 1.

Literaturverzeichnis

- Bayer, Walter
Schmidt, Jessica Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht (2004-2007), BB 2008, S. 454.
- Becht, Marco
Mayer, Colin
Wagner, Hannes F. Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of Entry, ECGI, Law Working Paper N°.70/2006; Im Internet unter: <http://ssrn.com/abstract=906066> (1.6.2008).
- Behrens, Peter Gesellschaften sollen Niederlassungsberechtigte gleichen Rechts werden (editorial), EuZW 12/1998, S. 353.
- Behrens, Peter Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax 5/1999, S. 323.
- Behrens, Peter Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das Centros-Urteil des EuGH, IPRax 5/2000, S. 384.
- Behrens, Peter Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 3/2003, S. 193.
- Behrens, Peter Gemeinschaftliche Grenzen der Anwendung inländischen Recht auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art, IPRax 1/2004, S. 20.
- Behrens, Peter Die neue Lektion aus Luxemburg zur internationalen Mobilität von Gesellschaften: Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind möglich! (editorial), EuZW 3/2006, S. 66.
- Behrens, Peter Comment to Case C-411/03, SEVIC Systems AG, CMLR 6/2006, S. 1669.
- Berner, Olaf
Spindler, Gerald Inspire Art – der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, RIW 12/2003, S. 950.
- Boucourlechlief, Jean
Hommelhof, Peter
(Hrsg.) Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft, 1999.
- Buxbaum, Richard
Hopt, Klaus Legal Harmonization and the Business Enterprise, 1988.
- Dauses, Manfred
(Hrsg.) Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, 20. Auflage, Oktober 2007.

- Elst, Ludger van
Klein, Bertin
Maus, Heiko
Schöning, Harald
Tommasi, Alessandro
Zavattari, Cesare
Favaro, John
Giannella, Vito
- Business Register Interoperability Throughout Europe: The BRITE Project. Im Internet unter:
http://www.briteproject.net/uploads/brite_sweg_2006.pdf
(1.6.2008).
- Geyrhalter, Volker
Weber, Thomas
- Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen SEVIC Systems und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 4/2006, S. 146.
- Gottschalk, Eckard
- Anmerkung zum „SEVIC“ Urteil, EuZW 3/2006, S. 83.
- Habersack, Mathias
- Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2003.
- Helms, Dietmar
- Die Europäische Privatgesellschaft, 1998.
- Hirte, Heribert
Bücker, Thomas
(Hrsg.)
- Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Auflage 2006.
- Hommelhof, Peter
Helms, Dietmar
(Hrsg.)
- Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 1999.
- Janott, Dirk
Frodermann, Jürgen
(Hrsg.)
- Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft - Societas Europaea: eine umfassende und detaillierte Darstellung für die Praxis unter Berücksichtigung sämtlicher EU-Mitgliedstaaten, 2005.
- Jestädt, Guido
- Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, 2005.
- Kirchner, Christian
Painter, Richard
Kaal, Wulf
- Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe, ECFR 2/2005, S. 159.
- Kleinert, Jens
Probst, Peter
- Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 11.3.2004 Rs. C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, DB 13/2004, S. 673.
- Krause, Rüdiger
- Die Stellung von KMU im europäischen Gesellschaftsrecht, EuZW 24/2003, S. 747.
- Kutt, Florian
- Grenzüberschreitende Kapitalgesellschaften und ihre Besteuerung im deutschen Recht, 2001.

- Merkt, Hanno US-Amerikanisches Gesellschaftsrecht, 1991.
- Mucciarelli, Federico Companies' Emigration and EC Freedom of Establishment (October 15, 2007); Im Internet unter:
<http://ssrn.com/abstract=1078407> (1.6.2008).
- Nicolaysen, Gert Europarecht II, 1. Auflage 1996.
- Nicolaysen, Gert Europarecht I, 2. Auflage 2002.
- Romano, Roberta The Genius of American Corporate Law, 1993.
- Schön, Wolfgang The Mobility of Companies in Europe, ECFR 2/2006, S.127.
- Schwarz, Günter Europäisches Gesellschaftsrecht, 1. Auflage 2000.
- Siems, Mathias SEVIC: Der Letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU?, EuZW 5/2006, S. 135.
- Schmidtbleicher, Roland Verwaltungssitzverlegung deutscher Kapitalgesellschaften in Europa: „Sevic“ als Leitlinie für „Cartesio“?, BB 12/2007, S. 613.
- Streinz, Rudolf Europarecht, 5. Auflage, 2001.
- Wymeersch, Eddy The Transfer of the Company's Seat in European Company Law, ECGI - Law Working Paper No. 08/2003. Im Internet unter:
<http://ssrn.com/abstract=384802> (1.6.2008).
- Wymeersch, Eddy Is a directive on Corporate Mobility needed?, Financial Law Institute Gent, WP 2006-11. Im Internet unter:
<http://ssrn.com/abstract=931108> (1.6.2008).

Dokumentenverzeichnis (chronologisch):

1. Weißbuch der Kommission vom 14.06.1985, Vollendung des Binnenmarktes, KOM(85) 310 endg.
2. Grünbuch der Kommission vom 16.04.1997, Eine neue Arbeitsorganisation im Geiste der Partnerschaft, KOM(97) 128 endg.
3. Bericht der Europäischen Kommission vom 04.02.2000, Ergebnisse der Vierten Phase der SLIM-Initiative, KOM(2000) 56 endg.
4. Konsultationspapier der Hochrangigen Expertengruppe auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (Konsultation abgeschlossen am 21.06.2002); Im Internet unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/consult_de.pdf (1.6.2008).

5. Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa vom 4. November 2002, Im Internet unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf (1.6.2008).
6. Mitteilung der Kommission vom 21.05.2003, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, KOM(2003) 284 endg.
7. AETS, Machbarkeitsstudie über ein europäisches Statut für KMU, Abschlussbericht vom 06.2005. Im Internet unter:
http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/craft/craft-priorities/doc/de_resume_rapport_final.pdf (1.6.2008).
8. Mitteilung der Kommission vom 27.9.2005, Ergebnis der Überprüfung von Vorschlägen, die sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befinden, KOM(2005) 462 endg.
9. Bericht des Europäischen Parlaments vom 29.11.2006 mit Empfehlungen an die Kommission zum Statut der europäischen Privatgesellschaft, EP A6-0434/2006 endg.
10. Rede von Kommissar McCreevy vom 3.10.2007, SPEECH/07/592.
11. Mitteilung der Kommission vom 20.11.2007, Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts, KOM (2007) 724 endg.
12. European Commission staff working document from 12.12.2007, Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC (2007) 1707; Im Internet unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/ia_transfer_122007_part_1_en.pdf (1.6.2008).
13. European Commission, Internal Market and Services DG, Synthesis on the comments on the consultation document of the internal market and services Directorate-General on a possible statute for a European private company, 12.2007. Im Internet unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/consultation_report.pdf (1.6.2008).

A. Mobilität von Unternehmen

I. Phänomen der Unternehmensmobilität

Die wirtschaftliche Tätigkeit von jedem Unternehmen in einem freien, wettbewerblichen Markt ist immer von der Notwendigkeit der Effizienz geprägt. Aus einem gewerblichen Gesichtspunkt kann die Effizienz als Kostenminimierung angesehen werden. Diejenigen Unternehmen, die die Produktionsfaktoren effizient einsetzen und niedrigere Kosten als ihre Wettbewerber haben, werden auf dem Markt erfolgreich sein. Die anderen werden aus dem Markt ausfallen.

Die allgemeinen Kosten des Unternehmens werden neben der Effizienz des Herstellungsprozesses auch von den Preisen der Produktionsfaktoren und von der Höhe der Organisationskosten beeinflusst. Während die Produktionseffizienz vor allem eine Frage der technologischen Entwicklung und durch Innovationen zu verbessern ist, sind die beiden anderen Kostenfaktoren mit anderen Mitteln zu beeinflussen.

Das Preisniveau von den Produktionsfaktoren, Kapital and Arbeit, variiert von einem Ort zu anderem und die Höhe von diesem Unterschied ist in einem engen Zusammenhang mit der Stufe der wirtschaftlichen Konvergenz zwischen den beiden Standorten. Je größer die Konvergenz, desto kleiner werden die Unterschiede sein, da das Angebot und die Nachfrage von den Produktionsfaktoren gleichmäßig auf dem integrierten Wirtschaftsraum wirken werden.

Die Organisationskosten hängen von der rechtlichen Form, in der das Unternehmen betrieben wird. Das Handels- und Gesellschaftsrecht gewähren den wirtschaftlichen Akteuren unterschiedliche Möglichkeiten für das Betreiben eines Unternehmens. Welche von diesen Möglichkeiten kostenoptimal ist, hängt von der Größe und Art der jeweiligen wirtschaftlichen Tätigkeit. Die Organisation des Unternehmens kann als ein eigenartiges Produktionsfaktor angesehen werden, das auf einen bestimmten Preis zu schaffen oder erwerben ist.¹

Bei der Gründung von einem Unternehmen werden folglich alle diese Kostenfaktoren berücksichtigt. Die Standortwahl wird aufgrund des Verhältnisses zwischen Produktionsfaktorenpreise, Organisationspreis und Produktpreisniveau gemacht. Im idealen Fall wird das Unternehmen dort gegründet, wo diese Preisverhältnisse den höchsten Gewinn von der wirtschaftlichen Tätigkeit aufweisen, d.h. in dem Ort, wo der Unterschied zwischen den Gesamtkosten und Absatzerlösen der größte ist.

¹ So Schön, Wolfgang, The Mobility of Companies in Europe, ECFR 2/2006, S. 127.

Diese Entscheidung kann allerdings die Marktverhältnisse statisch, nur zu dem Zeitpunkt der Gründung berücksichtigen. Die Marktverhältnisse bleiben aber nicht statisch; die Größe und Art der wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens ändert sich sowohl. Es ist also möglich, dass im Laufe der Zeit die Organisationsform oder der Standort des Unternehmens suboptimal werden. Das erste Problem kann durch Reorganisation, z. B. Umwandlung des Unternehmensträgers in eine andere Gesellschaftsform, behandelt werden. Das zweite Problem schafft einen Anreiz für Verlegung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens in einen anderen Ort. Soweit der Nutzen von solcher Verlegung ihre Kosten übersteigert, entsteht das Phänomen der Unternehmensmobilität.

Die Veränderung der Preisverhältnisse in den unterschiedlichen Standorten ist ein rein wirtschaftlicher Grund für die Unternehmensmobilität. Es können auch andere Motive für die Verlegung der wirtschaftlichen Tätigkeit bestehen.² Es ist z. B. möglich, dass die Organisationskosten durch die in einer anderen Rechtsordnung existierende Regelung verringert werden können. In diesem Fall wird das in einen anderen Ort geltende Handels- und Gesellschaftsrecht das Motiv für die Mobilität sein.

Ein wichtiger Umstand, der bei der Standortwahl berücksichtigt wird, ist die Steuerlast auf die wirtschaftliche Tätigkeit. Im Vordergrund stehen die steuerlichen Bemessungsgrundlagen und die anwendbaren Steuersätze, besondere Bedeutung haben jedoch auch die steuerliche Behandlung von Finanzierungen, wie z. B. die Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwendungen, die Existenz steuerlicher Anreize u.a.

Ein weiteres Motiv bei der Standortwahl sind die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Verfolgung der unternehmerischen Zwecke. Diese unterscheiden sich vom Ort zu Ort im Bereiche der Gesetzgebung, der Verwaltungsverfahren oder der laufenden Aufsicht durch die staatlichen Behörden. Es gibt z.B. Länder, wo ein besonders günstiges regulatorisches Umfeld für Forschung und Entwicklung gibt, oder die einen liberalen und kooperativ geprägten Ansatz bei der Finanzaufsicht anbieten.³ Alle diese Faktoren sind sowohl nicht statisch und können sich im Laufe der Zeit ändern, wobei Anreize für die Unternehmensmobilität entstehen.

II. Formen der Mobilität

Bei der Analyse der diversen Formen von Unternehmensmobilität sind einige wichtige Abgrenzungen zu berücksichtigen. Erstens, es ist wichtig den Unterschied zwischen den Investoren, die ein Unternehmen gründen und betreiben (persönlich oder durch Managers mit

² Vgl. *Bücker, Thomas*, Motive und Möglichkeiten grenzüberschreitender Gestaltungen, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, S. 110 ff.

³ Konkrete Beispiele in *Bücker* (oben Fn. 2), S. 111-112.

bestimmten Fachkenntnissen) und das Unternehmen selbst als ein besonderes Bündel von Vermögen, rechtlichen und faktischen Beziehungen zu erklären. Aus der Perspektive der Investoren kann der Standortwechsel durch Auflösung von dem alten Unternehmen und Gründung von einem neuen Unternehmen in den Standort mit den günstigeren Bedingungen stattfinden. Dieser Vorgang kann jedoch nicht als „Unternehmensmobilität“ qualifiziert werden, da die ursprüngliche wirtschaftliche Einheit ihre Existenz verliert. In diesem Fall geht es eher um Kapitalenmobilität.

Zweitens, es ist zwischen dem Unternehmen als Vermögensgegenstand und der rechtlichen Form der Organisation dieses Vermögensgegenstands zu unterscheiden. Die wichtigste Organisationsform der wirtschaftlichen Aktivitäten in der EU sind die Gesellschaften.⁴ Da die Gesellschaften immaterielle rechtliche Gebilde sind, weist die Bestimmung deren Standort einige Besonderheiten auf, anders als die Bestimmung der räumlichen Lage von den Vermögensgegenständen.

Es gibt zwei möglichen Kriterien, nach denen der Standort von einer Gesellschaft bestimmt werden kann. Das erste ist der Satzungssitz, der die Verbindung der Gesellschaft mit einer bestimmten Rechtsordnung, die ihre interne Organisation und externe Beziehungen regelt und Rechtspersönlichkeit gewährt, darstellt. Das zweite Kriterium ist der Verwaltungssitz, d.h. der Ort wo die Entscheidungen über die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens gemacht werden.

Der Satzungssitz, der Verwaltungssitz der Gesellschaft und der Standort von den wesentlichen Vermögensgegenständen des Unternehmens können übereinstimmen, können aber auch auseinander fallen. In diesem Fall entsteht die Frage, welche von diesen Standorten in Bezug auf die Unternehmensmobilität maßgeblich ist.

Bei der Antwort von dieser Frage sind die oben ausgeführten Gründe für das Phänomen der Unternehmensmobilität zu berücksichtigen. Erstens, ist der Standort von den wesentlichen Vermögensgegenständen, wie Produktionswerke, Gebäude usw. bedeutend für die Kostenoptimierung des Unternehmens? Die Antwort ist positiv, da dieser Standort eng mit den Produktionsfaktorenpreise und Absatzmöglichkeiten verbunden ist. Des Weiteren, hat der Standort des Satzungssitzes als Anknüpfung der Unternehmensorganisation an bestimmte Rechtsordnung Auswirkungen auf die Kosten des Unternehmens? Die Antwort ist wieder positiv, da die Organisationskosten ein Element der Gesamtkosten des Unternehmens sind und die unterschiedlichen rechtlichen Organisationsformen, die in den verschiedenen Rechtsordnungen existieren, können besondere Kostenvorteile für bestimmte wirtschaftliche

⁴ Kommission, Grünbuch, Eine neue Arbeitsorganisation im Geiste der Partnerschaft, KOM(97) 128 endg., S. 4 ff.

Tätigkeiten haben. Zuletzt, ist der Standort des Verwaltungssitzes erheblich für die Unternehmenskosten? Die Antwort ist sowohl positiv, da die Unternehmensverwaltung und ihre Aktivitäten kann als einer der Produktionsfaktoren angesehen werden: es ist möglich, dass deren Verlegung in einen anderen Ort positive Effekte auf das ganze Unternehmen hat, z.B. aufgrund günstigere Rahmenbedingungen, bessere Anstellungsbedingungen oder Infrastruktur.⁵

Diese Überlegungen verdeutlichen, dass das Konzept von „Unternehmensmobilität“ irreführend sein kann und die Parallelen zu der Mobilität von Individuen wegen der komplizierten ökonomischen Natur des Unternehmens unplausibel sind. Die Unternehmensmobilität ist eher unter Berücksichtigung der Eigentümer und der anderen Beteiligten an der wirtschaftlichen Tätigkeit und deren Wahl von rechtlichem Rahmen, Finanzierung von bestimmter Organisationsstruktur und Verwaltung der Bewegung von den Unternehmensvermögen auf den Märkten zu schätzen.⁶

Die Mobilität von Unternehmen, verstanden im diesem weiten Sinne, kann vielfältige Formen aufweisen: von einfacher Absatz der hergestellten Güter, bzw. gewährleistete Dienstleistungen, auf neuen Märkten, über Errichtung von neuen Produktionskapazitäten und Anschaffung billiger Arbeitskräfte, Gründung von Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften oder Gemeinschaftsgesellschaften mit dem Zweck der Einsteigung in neue Märkte, zur Umstrukturierung und Verlegung des Verwaltungszentrums. In diesem weiten Sinne umfasst also der Begriff von Unternehmensmobilität jede Marktexpansion oder Änderung von dem Zentrum des wirtschaftlichen Interesses des Unternehmens.

Für die Zwecke dieser Arbeit wird aber einen engeren Begriff von Unternehmensmobilität definiert, der strikter auf die Gründen der Mobilität entspricht und zwar: die Verlegung von dem Standort des Unternehmens und nicht jede mögliche Form einer Marktexpansion. Da die Bestimmung von dem Standort des Unternehmens nicht immer eindeutig möglich ist, wird jedes von den oben ausgeführten drei möglichen Kriterien als maßgebend für die Unternehmensmobilität angesehen. Die Formen der Mobilität im engen Sinne können folglich drei sein: Verlegung von den wesentlichen Einrichtungen des Unternehmens, Änderung des Satzungssitzes oder Verlegung des Verwaltungssitzes des Unternehmensträgers.

III. Bedeutung der Unternehmensmobilität für die Wirtschaft der EU

Die Europäische Gemeinschaft ist in ihrem Ursprung eine Wirtschaftsgemeinschaft, die durch die enge wirtschaftliche Kooperation der Mitgliedstaaten allgemeine positive

⁵ Vgl. Schön (oben Fn. 1), S. 126.

⁶ Ders. S. 127.

Wohlfahrtseffekte erzielt. Ausgangspunkt für die positiven Wirkungen ist der größere Markt, der nicht mehr durch Staatsgrenzen und nationale Handelshemmnisse behindert wird.⁷ Zu diesem Zweck ist gemäß Art. 2 EGV die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes eine der zentralen Aufgaben von der Gemeinschaft. Um den Gemeinsamen Markt zu verwirklichen, initiierte die Kommission im 1985 das Binnenmarktprogramm, das durch Beseitigung der Schranken zwischen den Mitgliedstaaten einen Raum schaffen sollte, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital Vertrags gewährleistet ist.⁸ Mit der EEA wurde im 1987 das Ziel der schrittweisen Verwirklichung des Binnenmarkts im EGV hinzugefügt, und zwar mit der Terminierung zum 31.12.1992 (Art. 14 EGV).

Die wirtschaftliche Ratio, die hinter dem Ziel zur Schaffung eines Binnenmarktes steckt, ist die Wirtschaftsfaktoren so einzusetzen, dass durch eine optimale Allokation der Ressourcen der größte Nutzen erzielt wird. Die Mobilität der Unternehmen hat, neben der Mobilität der Produktionsfaktoren, eine wichtige Bedeutung für die Verwirklichung des Binnenmarktes. Da die Gründe für die Mobilität in der Regel die Kostensparung als Hintergrund haben, wird dadurch die Effizienz des ganzen Wirtschaftsraums verbessert. Des Weiteren, in dem Fall wenn die Unternehmensmobilität von der Änderung der relevanten Preisverhältnisse verursacht wird, trägt diese zu der Konvergenz des Wirtschaftsraums, weil dadurch die unterschiedliche Auswirkungen von Angebot und Nachfrage, deren die unterschiedlichen Preisverhältnisse zuzurechnen sind, gemildert werden. Aus diesen Gründen würde die Beschränkung der unternehmerischen Tätigkeit in den Rahmen eines Mitgliedstaates suboptimal für die Ausschöpfung der wirtschaftlichen Potentiell des Gemeinsamen Marktes sein.

Diese positiven Effekte der Standortwahl können jedoch durch nicht-wirtschaftliche Faktoren verfälscht werden. Die Verwirklichung des Binnenmarktes erfordert, dass die Tätigkeiten von Unternehmen aufgrund wirtschaftlichen Faktoren und Chancen bestimmt werden und nicht durch rein regulatorische Rahmenbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten entscheidend beeinflusst oder gehindert werden. Folglich sind solche Bedingungen zu schaffen, die es den Unternehmen ermöglichen, ihre Aktivitäten in der ganzen Gemeinschaft möglichst unverzerrt nach ökonomischen Rentabilitätsgesichtspunkten durchzuführen.⁹ Diesem Problem wird durch die Initiativen zur Rechtsangleichung und Rechtsharmonisierung von den Gemeinschaftsorganen Rechnung getragen.

⁷ Vgl. *Nicolaysen, Gert*, Europarecht II, S. 26.

⁸ Weißbuch der Kommission über die Vollendung des Binnenmarktes, KOM(85) 310 endg., Rn. 3-4.

⁹ *Behrens* in: *Dauses* (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. III, Rn. 3.

Ein weiterer Aspekt von dem Phänomen der Unternehmensmobilität hat wichtige Bedeutung für die Verwirklichung des Binnenmarktes. Die Unterschiede der Faktorenpreise und Organisationskosten werden nur dann zur Verlegung des Unternehmens führen, wenn die davon stammenden Nutzen die Kosten für den Vorgang überschreiten. Ob das der Fall ist, hängt vor allem von der Größe des Unternehmens ab. Je größer das Unternehmen ist, desto weniger ist das Gewicht von diesen Mobilitätskosten in der allgemeinen Kostenstruktur. Folglich, größere Unternehmen können auch von solchen Änderungen der Preisverhältnisse Nutzen ziehen, die für kleinere Unternehmen wegen der hohen Kosten keinen ausreichenden Mobilitätsanreiz schaffen.

Das ist auch auf dem Binnenmarkt zu beobachten. Durch die europäische Integration wurden die Rahmenbedingungen für die Tätigkeit von Großunternehmen im Binnenmarkt wesentlich verbessert und deren Chancen sind genutzt worden. Andererseits, stellt sich der Binnenmarkt für kleine und mittlere Unternehmen (KMU)¹⁰ immer noch als zersplittert und schwer zugänglich dar.¹¹ Diese Lage ist unbefriedigend, da die KMU für die europäische Wirtschaft von erheblicher Bedeutung sind.¹² Die größtmögliche Ausschöpfung des Binnenmarktpotenzials erfordert rechtliche Bestimmungen, die die Niederlassung und die grenzübergreifende Umstrukturierung auch für KMU erleichtert. M.a.W., die Kosten für die Mobilität von KMU auf dem Binnenmarkt brauchen gesenkt werden. Die Förderung der grenzüberschreitenden Aktivitäten von KMU ist aus diesem Grund neben der Verbesserung der Corporate Governance das zentrale rechtspolitische Ziel bei der Modernisierung des Gesellschaftsrechts in der EU.¹³

IV. Umfang der Masterarbeit

Die Hauptfrage, die von dieser Arbeit berücksichtigt wird, ist die Frage der Unternehmensmobilität auf dem europäischen Binnenmarkt. Die Arbeit wird sich jedoch auf die Unternehmensmobilität im engeren Sinne beschränken, definiert als die Verlegung von dem Standort des Unternehmens. Dabei ist zwischen den möglichen Formen des Standortwechsels zu unterscheiden: Verlegung von den wesentlichen Einrichtungen des Unternehmens oder Verlegung des Sitzes der Gesellschaft. Hier wird nur die Mobilität von

¹⁰ Unter KMU wird in der EU gemäß offizieller Definition verstanden (Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, (2003/361/EG), ABl. L 124 vom 20.5.2003, 36) Betriebe mit weniger als 250 Mitarbeitern, die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. Euro beläuft.

¹¹ Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts, KOM (2007) 724 endg., S. 6.

¹² Statistische Angaben in: *Krause, Rüdiger*, Die Stellung von KMU im europäischen Gesellschaftsrecht, EuZW 24/2003, S. 747.

¹³ Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, vom 21.5.2003, KOM(2003) 284 endg., S. 23-25.

Gesellschaften und nicht etwa die Bewegung von Vermögensgegenständen in dem Binnenmarkt berücksichtigt. Solcher Vorgang kann mit Folgendem begründet werden.

Die Gesellschaft als Unternehmensträger ist die wichtigste organisatorische Struktur des Unternehmens. Der Standortwechsel von einzelnen Vermögensgegenständen ist der allgemeinen Organisation von der wirtschaftlichen Tätigkeit untergeordnet und deren Bedeutung für das Unternehmen ist schwer eindeutig zu bewerten. Der Standort von der Gesellschaft ist seinerseits ein passendes formales Kriterium zur Bestimmung von dem Zentrum des wirtschaftlichen Interesses des ganzen Unternehmens, da er in der Regel aus Effizienzgründen unter Rücksicht auf die reale Tätigkeit des Unternehmens bestimmt wird. Eine weitere Folge davon ist es, dass vorhandene Hindernisse für die Änderung des Gesellschaftsstandortes auch die Verlegung der wesentlichen Einrichtungen des Unternehmens uneffizient machen würden. Deswegen kann es angenommen werden, dass mit der Analyse der Mobilität für Gesellschaften der wichtigste Aspekt von der Unternehmensmobilität berücksichtigt wird.

Die vorliegende Arbeit wird folglich versuchen die mit der Gewährung der Unternehmensmobilität im Binnenmarkt Entwicklungen des europäischen Gesellschaftsrechts nachvollzuziehen und die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten für Verlegung des Standortes von der Gesellschaft zu analysieren. Des Weiteren werden auch die bereits vorgeschlagene Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane und deren potentiellen Auswirkungen für die Beseitigung der verbliebenen Hindernisse für die grenzüberschreitenden Tätigkeiten der europäischen Gesellschaften berücksichtigt.

B. Mobilitätshindernisse

Die Art und Charakter von den Mobilitätshindernissen für Gesellschaften ergibt sich aus der rechtlichen Natur der Gesellschaften. Im Gegensatz zu natürlichen Personen sind die Gesellschaften künstliche rechtliche Gebilde, die ihre Rechtspersönlichkeit von einer bestimmten Rechtsordnung erhalten und jenseits dieser Rechtsordnung keine Realität haben.¹⁴ Als Ergebnis, bei der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften findet eine Zwischenwirkung mehrerer Rechtsordnungen statt. Die Hindernisse bestehen in etwaigen negativen rechtlichen Folgen aufgrund der Tatsache des Standortwechsels von der Gesellschaft. So zum Unterschied der Beschränkungen von dem freien Verkehr von Waren und Personen, die auch einen faktischen Charakter haben können, sind die Hindernisse für die Mobilität von Gesellschaften immer von rechtlicher Natur.

¹⁴ Vgl. *Mucciarelli, Federico*, Companies' Emigration and EC freedom of establishment, p. 23; Ebenso EuGH, Urteil v. 27.9.1988, Rs. 81/87 „Daily Mail and General Trust“, Slg. 1988, 5483, Rn. 19.

Dabei sind die möglichen negativen rechtlichen Folgen zweifacher. Sie können sowohl in der Rechtsordnung, wo die Gesellschaft gegründet worden ist (Wegzugstaat), entstehen, als auch in der Rechtsordnung, wo deren neuer Standort ist (Zuzugstaat). Bei der Analyse der Mobilität von Gesellschaften auf dem Binnenmarkt sind alle mögliche negative rechtliche Folgen zu beachten. Die möglichen rechtlichen Hindernisse können in drei Gruppen zusammengefasst werden.

Die erste Gruppe besteht aus den kollisionsrechtlichen Hindernissen. Da es sich um einen internationalen Sachverhalt handelt, wird zwingend durch die Anwendung von Kollisionsrecht bestimmt, nach welchem nationalen Recht der Vorgang zu behandeln ist.¹⁵ Die Kollisionsnormen haben folglich eine unmittelbare Auswirkung auf die Mobilität von Gesellschaften. Die zweite Gruppe von möglichen rechtlichen Hindernissen besteht aus den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften in den beteiligten Rechtsordnungen. Sie werden in der Regel ihre negativen Folgen in Verbindung mit den Kollisionsnormen auswirken. Die dritte Gruppe von Normen, die die Gesellschaftsmobilität erschweren können, sind andere materiellrechtliche Normen, die einen Bezug auf den Standortwechsel haben. Solche sind die steuerrechtlichen Vorschriften, die an den Wegzug heimischer Gesellschaften die Entstehung oder frühere Fälligkeit von Steuerpflichten knüpfen und auf dieser Weise die Kosten der Mobilität steigen. Die Normen zum Schutz der Arbeitnehmer, insbesondere die Mitbestimmungsvorschriften können auch einen beschränkenden Effekt auf die Mobilität haben.

I. Kollisionsrechtliche Hindernisse

Die Kollisionsnormen des Zuzugsstaates sind entscheidend für die Anerkennung der ausländischen Gesellschaft als Rechtssubjekt und die Kollisionsnormen des Wegzugsstaates sind, in Verbindung mit dem anwendbaren materiellen Gesellschaftsrecht, maßgebend für die Folgen der Verlegung der wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem Gebiet eines anderen Staates. In den Konstellationen, wo die Kollisionsnormen von einem der beteiligten Mitgliedstaaten den Wechsel von dem Zentrum des wirtschaftlichen Interesses der Gesellschaft auf eine Wechsel des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts (*lex societatis*) verweisen, wird zufolge der Anwendung anderem materiellen Gesellschaftsrecht den Standortwechsel zu dem anderem Staat wesentlich erschwert oder sogar unmöglich. Es ist deswegen von erheblicher Bedeutung, welche die Anknüpfungskriterien sind, mit deren das Internationale Gesellschaftsrecht in jedem von den Staaten einen Wechsel des anwendbaren Rechts verbindet.

¹⁵ Schwarz, Günter, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 103.

1. Sitztheorie und Gründungstheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts

Als objektives Anknüpfungsmoment in dem Internationalen Gesellschaftsrecht kommen in Betracht vier Kriterien: tatsächlicher Verwaltungssitz, Satzungssitz, Registrierungsort und Gründungsrechtordnung.¹⁶ Die letzten drei Kriterien haben jedoch in dem Fall von registrierungspflichtigen Gesellschaftsformen keine eigenständige Bedeutung, da diese Gesellschaften müssen sich in dem Staat registrieren, nach dessen Recht sie gegründet werden und das Register ist in der Regel nur dann zuständig, wenn der satzungsmäßige Sitz in dem Gebiet des Registerstaates liegt.¹⁷ Die zwei grundlegenden Konzeptionen zur Bestimmung der *lex societatis* sind im Europa demnach die Sitztheorie, nach der das auf eine Gesellschaft anwendbare Gesellschaftsrecht mit dem tatsächlichen Geschäftssitz (Verwaltungssitz) verknüpft ist¹⁸ und die Gründungstheorie, die als Gesellschaftsstatut das Recht des Staates ansieht, nach dem die Gesellschaft gegründet wurde.¹⁹

Die Auswirkungen der Gründungs- und der Sitztheorie auf die Unternehmensmobilität auf dem Binnenmarkt stellen eine zentrale Frage dar, da die Fortexistenz und die Anerkennung von Auslandsgesellschaften in jedem Fall eine Voraussetzung dafür ist, dass diese Gesellschaften überhaupt einen Standortwechsel durchführen können. Die Implikationen beider Theorien des Internationalen Gesellschaftsrechts können in drei Gruppen zusammengefasst werden.

Der erste Fall ist eine Verlegung des Verwaltungssitzes, ohne Wechsel des Satzungssitzes. Geschieht dies zwischen zwei Gründungstheorie-Staaten, erfolgt es kein Wechsel der *lex societatis* – Anknüpfungskriterium ist in beiden Staaten der Satzungssitz; geschieht dies zwischen einem Gründungstheorie-Staat und einem Sitztheorie-Staat, ist die kollisionsrechtliche Folge die Anwendbarkeit zweier Rechtsordnungen, wegen der unterschiedlichen Anknüpfungskriterien;²⁰ geschieht dies zwischen zwei Sitztheorie-Staaten, wird die *lex societatis* geändert – anwendbar wird das Gesellschaftsrecht des Zuzugstaates.

Die zweite Fallgruppe ist eine Verlegung des Satzungssitzes, ohne Änderung des Verwaltungssitzes. In diesem Fall sind die kollisionsrechtlichen Folgen im Vergleich zur ersten Fallgruppe umgekehrt, d.h. ein Wechsel der *lex societatis* liegt vor, wenn die beiden Staaten die Gründungstheorie folgen, kein Wechsel der *lex societatis* liegt vor, wenn die beiden Staaten die Sitztheorie folgen und zwei Rechtsordnungen sind anzuwenden, wenn die

¹⁶ Ders. S. 105.

¹⁷ Behrens, Peter, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 3/2003, S. 194.

¹⁸ Behrens (oben Fn. 9), Rn. 12.

¹⁹ Angaben über die anwendbare Theorie in den einzelnen Mitgliedstaaten in: Schwarz (oben Fn. 15) S. 108.

²⁰ Vgl. Begründung des Vorentwurfs für eine 14. RL, abgedruckt in ZIP 1997, 1721, S. 1722.

beiden Staaten unterschiedliche Anknüpfungskriterien haben. Diese Fallgruppe ist jedoch nur von dogmatischer Bedeutung, da das materielle Gesellschaftsrecht in keiner von den europäischen Mitgliedstaaten satzungsmäßiger Sitz im Ausland von Gesellschaften inländisches Rechts zulässt.²¹ Aus diesem Grund ist bei der Verlegung des Satzungssitzes die Standort von dem Verwaltungssitz unerheblich – der Unternehmensträger verliert in jedem Fall seine Rechtspersönlichkeit nach dem Recht des Gründungsstaates.²²

Die dritte Fallgruppe ist eine gleichzeitige Verlegung von Verwaltungs- und Satzungssitz. In diesem Fall ist es unerheblich welcher von den beiden Anknüpfungskriterien gefolgt wird, da die beiden verlegt werden. Die kollisionsrechtliche Folge ist also immer ein Wechsel der *lex societatis*.

Von dieser Übersicht der Effekte beider Theorien des Internationalen Gesellschaftsrecht können zwei Schlüsse gezogen werden. Erstens, die beiden Theorien haben unterschiedliche Auswirkungen nur in dem Fall der Verlegung von der Verwaltungssitzes, ohne Änderung des Satzungssitzes. Der Satzungssitz kann unter keiner der Theorien geändert werden, ohne davon ein Wechsel der *lex societatis* zu erfolgen.

Zweitens, nur die Sitztheorie bewirkt in diesem Fall die negative für die Unternehmensmobilität Folge des Wechsels der *lex societatis*. Die Verlegung des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft wird also problematisch in dem Fall sein, wo ein von den beteiligten Staaten die Sitztheorie folgt. Die kollisionsrechtlichen Hindernisse sind jedoch unterschiedlich in dem Fall eines Sitztheorie-Zuzugsstaates und in dem Fall eines Sitztheorie-Wegzugstaates.

2. Anerkennung von ausländischen Gesellschaften

Verlegt eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in einen Staat, der die Sitztheorie folgt, ist nach der Sitztheorie die auf diese Gesellschaft anwendbare *lex societatis* das Recht dieses Staates. Da aber diese Gesellschaft in einer anderen Rechtsordnung gegründet ist und davon ihre Rechtspersönlichkeit erhalten hat, wird sie von dem Zuzugstaat, der die Sitztheorie folgt, als nach einem falschen Gesellschaftsrecht gegründet angesehen,²³ mit der Folge, dass ihre Existenz und Rechtspersönlichkeit nicht anerkannt wird. Auf dieser Weise verliert das Unternehmen ihre organisatorische Struktur in den Standort, wo ihre wirtschaftliche Tätigkeit verlegt wird.

²¹ Vgl. Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, 12.12.2007, S. 9, SEC (2007) 1707; Vorentwurf für eine 14. RL (oben Fn. 20), S. 1722.

²² Vgl. *Jestädt, Guido*, Niederlassungsfreiheit und Gesellschaftskollisionsrecht, S. 155 f.

²³ So *Behrens* (oben Fn. 17), S. 197.

Der Ausweg aus dieser Situation ist die Gründung von einer neuen Gesellschaft in dem Zuzugstaat und Übertragung des Unternehmens von dem alten Unternehmensträger an diese neue Gesellschaft. Sowohl die Gründung von einer neuen Gesellschaft, als auch die folgende Transaktionen sind jedoch mit erheblichen Kosten verbunden und damit wird der Standortswechsel wirtschaftlich weniger attraktiv. So ergibt sich in diesem Fall allein aus der Kollisionsnorm des Zuzugstaates, der die Sitztheorie folgt, ein Hindernis für die Mobilität von Gesellschaften.²⁴

Andere sind die Schwierigkeiten, mit deren eine in einem Sitztheorie-Staat gegründete Gesellschaft konfrontiert wird, wenn sie ihren Verwaltungssitz außerhalb dieses Staates verlegt. In diesem Fall wird nach der Sitztheorie auf diese Gesellschaft das Recht des Gründungsstaates nicht mehr anwendbar, mit der Folge, dass sie nicht mehr als eine juristische Person dieser Rechtsordnung fortexistieren darf. Da die materiellrechtlichen Normen für die rechtliche Existenz der Gesellschaften maßgebend sind, werden in dem Fall eines Wegzuges die Kollisionsnormen den Effekt haben, dass die inländischen materiellrechtlichen Normen zur Auflösung der Gesellschaft anzuwenden sind.²⁵ Die negative rechtliche Folge von der Verlegung des Verwaltungssitzes aus einem Sitztheorie-Staat besteht also nicht in einen Neugründungszwang, wie in dem Fall des Zuzuges, sondern in einen Auflösungszwang. Ob die wegziehende Gesellschaft ihre rechtliche Identität verliert oder sich in einer Gesellschaft nach dem Recht des Zuzugstaates umwandeln kann, hängt es von dem Inhalt des materiellen Gesellschaftsrechts beider Staaten ab. Der Art und Intensität der Mobilitätshindernisse in dem Fall der Auswanderung aus einem Sitztheorie-Staat ergeben sich also nicht allein aus dem Kollisionsrecht, sondern auch aus dem materiellen Rechts der beteiligten Staaten.

II. Gesellschaftsrechtliche Hindernisse

Die gesellschaftsrechtlichen Hindernisse der Mobilität für Gesellschaften weisen in der Regel ihre negativen Auswirkungen in Verbindung mit den Kollisionsnormen auf. Hier ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden.

Die erste Konstellation ist der Standortwechsel von einer Gesellschaft, wobei die *lex societatis* unverändert bleibt, das materielle Recht des Zuzugstaates aber bestimmte zusätzliche Pflichten und Sanktionen vorsieht, die durch Sonderanknüpfungen des Internationalen Gesellschaftsrechts auf solche ausländische Gesellschaften anwendbar sind. Diese Konstellation ist bei nur der Verlegung des Verwaltungssitzes zwischen zwei Gründungstheorie-Staaten möglich, da es in allen anderen Wanderungsfällen ein Wechsel der

²⁴ Ders., S. 197 f.; andere Auffassung in *Jestädt*, (oben Fn. 22), S. 37.

²⁵ Vgl. *Mucciarelli* (oben Fn. 14), S. 6-7.

lex societatis vorliegt.²⁶ In dieser Konstellation wird nicht die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit der ausländischen Gesellschaft aufgrund der Kollisionsnorm generell verweigert, sondern wird die Tatsache, dass sie einer fremden Rechtsordnung unterliegt, mit besonderen rechtlichen Pflichten verbunden. Diese gesellschaftsrechtlichen Pflichten können die ursprüngliche rechtliche Organisationsform des Unternehmens als ein besonderes Gut negativ beeinträchtigen oder zusätzliche Kosten verursachen, womit die Verlegung der wirtschaftlichen Tätigkeit weniger attraktiv wird.

Die zweite Konstellation ist ein Standortwechsel der Gesellschaft, der zu einem Wechsel der *lex societatis* führt. Das sind praktisch alle Mobilitätsfälle, außer Verlegung des Verwaltungssitzes zwischen zwei Gründungstheorie-Staaten. In dieser Konstellation verweist das Internationale Gesellschaftsrecht auf einen Statutenwechsel, welche die rechtlichen Folgen von diesem Statutenwechsel sind, wird jedoch von den materiellen Rechtsvorschriften aller beteiligten Rechtsordnungen bestimmt.²⁷ In keinem Fall kann die Gesellschaft bei dem Statutenwechsel ihre ursprüngliche rechtliche Existenz, d. h. als Gesellschaft des Gründungsstaates, behalten. Folglich ist die möglichst kostenoptimale Folge des Statutenwechsels ein grenzüberschreitender Formwechsel oder m.a.W. eine formwechselnde Umwandlung der Gesellschaft, wobei sie die Kontinuität ihrer Rechtspersönlichkeit beibehält.²⁸

Dies setzt jedoch eine positive Regelung in den materiellen Rechten der beteiligten Staaten voraus, die die Durchführung von solchem Vorgang ermöglicht.²⁹ Fehlt es solche Regelung, bleibt die mögliche rechtliche Form der Umgestaltung etwa die Auflösung einer Gesellschaft mit Vermögensabwicklung und die Gründung einer neuen Gesellschaft unter Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände auf diese. Diese Möglichkeit ist aber evident mit mehr Komplikationen und Kosten verbunden.³⁰ Die materiellrechtlichen Hindernisse im dem Fall eines Statutenwechsels sind also als fehlende Regelung, die die identitätswahrende Mobilität für Gesellschaften ermöglicht, zu verstehen.

III. Sachrechtliche Hindernisse

Das Gesellschaftsrecht (international oder materiell) ist der wichtigste, aber nicht der einzige Rechtsbereich, der auf die Mobilität von Gesellschaften negative Auswirkungen haben kann. Gesellschaftsrecht ist nur für die rechtliche Organisationsform des Unternehmens maßgebend. Die tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit wird aber auch bei bestimmten

²⁶ Vgl. oben B.I.1.

²⁷ Behrens, Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das Centros-Urteil des EuGH, IPRax 5/2000, S. 388.

²⁸ Vgl. Jestädt (oben Fn. 22), S. 156.

²⁹ Behrens (oben Fn. 27), S. 390.

³⁰ Vgl. GA Antonio Tizzano, Schlussanträge vom 7.7.2005, C-411/03 (SEVIC), Rn. 47.

rechtlichen Rahmenbedingungen ausgeführt, deren Wechsel zusätzliche Kosten oder Nachteile anderer Art mit sich bringen kann.

1. Steuerrechtliche Probleme

Die Besteuerung der wirtschaftlichen Tätigkeit hat eine zweifache Auswirkung auf die Unternehmensmobilität. Einerseits sind die Steuerlastunterschiede in verschiedenen Gebieten ein Motiv dafür, die Verlegung des Zentrums des wirtschaftlichen Interesses vorzunehmen. Ob der Standortwechsel aus steuerlichen Gründen wohlfahrtsoptimal ist, bleibt eine selbständige Frage, die hier nicht behandelt wird. Steuerrechtliche Regelungen können aber auch als ein Mobilitätshindernis wirken und zwar in Fällen, wo die Mobilität aus rein ökonomischen Rentabilitäts Gesichtspunkten begründet ist. Steuerrechtliche Vorschriften können sowohl auf wegzugstaatliche und zuzugstaatliche Hindernisse geteilt werden.

Das Hauptproblem von dem Standortwechsel aus der Perspektive des Wegzugstaates ist die Besteuerung der stillen Reserven. Die stillen Reserven stellen ein Wertzuwachs der in dem Unternehmen eingebrachter Vermögenswerte dar, d.h. ihr Buchwert ist niedriger als der Marktwert. Jeder Staat hat nach dem Quellenprinzip des Steuerrechts ein legitimes Interesse an Besteuerung vom in seinem Steuergebiet erwirtschafteten Wertzuwachs. Die stillen Reserven werden in der Regel nach deren tatsächlicher Realisierung durch Veräußerung oder Nutzung des Wirtschaftsguts besteuert.³¹ Immerhin eine Regelung, die Sofortversteuerung von den stillen Reserven in dem Fall der Verlegung des steuerlichen Sitzes im Ausland vorsieht, kann den Standortwechsel des Unternehmens praktisch unmöglich machen. Der Grund dafür ist, dass in diesem Fall, anders als bei der Realisierung der stillen Reserven, kein Liquiditätszufluß stattfindet und diese Belastungswirkung häufig finanziell untragbar sein kann.³² So ist eine steuerliche Regelung des Wegzugstaates, die den Standortwechsel der sofortigen Realisierung aller stillen Reserven gleichstellt, für Unternehmen, die in diesem Staat schon eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt haben, ein wesentliches Mobilitätshindernis.

Die Besteuerung der stillen Reserven kann problematisch nicht nur in dem Fall von einem Standortwechsel sein, sondern auch bei den grenzüberschreitenden Umstrukturierungen von Unternehmen, die eine kosteneffiziente rechtliche Organisation der wirtschaftlichen Tätigkeit bezwecken. In beiden Fällen ist die Gewährung von der Steuerneutralität der Vorgänge durch Nichtaufdeckung der stillen Reserven eine wichtige Voraussetzung für die Ermöglichung der Unternehmensmobilität.

³¹ Vgl. *Schiessl, Martin*, Steuerrecht in: *Hirte/Bücker* (oben Fn. 2), S. 649.

³² *Piltz*, Zur Besteuerung der Europäischen Privatgesellschaft in: *Hommelhoff / Helms* (Hrsg.), Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, S. 239.

Das Steuerrecht des Zuzugsstaates kann auch Bestimmungen erhalten, die auf die ausländischen Gesellschaften negative Auswirkungen haben. Eine solche Regelung ist z. B. die Anwendung höherer Steuersätze oder steuerlicher Bemessungsgrundlagen für Gesellschaften, die nach einer fremden Rechtsordnung gegründet sind. Es ist allerdings möglich, dass trotz der diskriminierenden Besteuerung die Steuerlast im Zuzugsstaat immerhin niedriger ist als die im Gründungsstaat der Gesellschaft. Die diskriminierende Besteuerung wird aber auch in diesem Fall den Charakter eines Mobilitätshindernisses haben, da das Unternehmen gegenüber die inländischen Wettbewerber benachteiligt wird und die Vorteile der wirtschaftlichen Bedingungen nicht ausschöpfen kann.

So wird sich nicht nur eine offene diskriminierende Regelung auswirken, sondern jede steuerrechtliche Regelung im Zuzugsstaat, die an den Standortwechsel oder an die Tatsache, dass der Unternehmensträger eine ausländische Gesellschaft ist, materiellrechtliche oder verfahrensrechtliche Nachteile anknüpft. Das Hauptproblem für die Unternehmensmobilität aus der Perspektive des Zuzugsstaates ist also die Gewährung der Gleichbehandlung von heimischen und ausländischen Unternehmen.

2. Mitbestimmungsprobleme

In manchen Ländern ist ein Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer als Bestandteil des internen Corporate Governance der Gesellschaften vorgesehen. Die Voraussetzungen und der Inhalt dieses Rechtes variieren wesentlich von einem Land zu anderem. Die Notwendigkeit der Einbeziehung von Arbeitnehmervertretern in die unternehmerische Beschlussfassung ist europaweit höchst unterschiedlich beurteilt.³³ Diese Unterschiede wirken sich auf die Unternehmensmobilität in verschiedenen Weisen aus.

Die Mitbestimmung ist ein Element von der rechtlichen organisatorischen Struktur des Unternehmens als ein besonderes Gut, das zu bestimmten Kosten zu erwerben ist.³⁴ Die großen Unterschiede der Rahmenbedingungen in den einzelnen Ländern, darunter die vorgesehenen Gesellschaftsformen, haben direkten Einfluss auf die Standortwahl des Unternehmens, der nicht auf Rentabilitätsfaktoren gestützt ist. Dies kann dazu führen, dass eine Gesellschaft trotz besserer wirtschaftlichen Chancen keine Standortverlegung in einen Staat vornimmt, wo die Anwendbarkeit von anderen Mitbestimmungsregeln die rechtliche Organisationsform des Unternehmens negativ beeinträchtigen wird. Die Mitbestimmung kann daher als ein Organisationskostenelement angesehen werden, der bei Ermittlung der Preisunterschiede berücksichtigt wird und sich als Mobilitätshindernis erweisen mag.

³³ Vgl. *Müller-Bonanni, Thomas*, Mitbestimmung in: *Hirte/Bücker* (oben Fn. 2), S. 478; *Jestädt* (oben Fn. 22), S. 305.

³⁴ Siehe oben A.I.

Ein wichtiger Aspekt der Mitbestimmung darf nicht übersehen werden, nämlich deren Wesen als Einflussinstrument der Arbeitnehmer auf die Entscheidungen des Unternehmens. In Bezug auf den Standortwechsel kann daher ein Interessenkonflikt entstehen, da diese Entscheidung aus dem Gesichtspunkt des Unternehmens Kosten durch Kostenersparnisse begründet wird und in der Regel die Produktionsfaktorenpreise haben einen wesentlichen Anteil in der Kostenstruktur des Unternehmens. Die Arbeitnehmer leisten aber eben der Produktionsfaktor Arbeit und werden immer den Wettbewerb der Arbeitnehmer in anderen Gebieten dadurch widerstehen, dass sie ihr Mitbestimmungsrecht zur Verhinderung des Standortwechsels ausüben.³⁵ Folglich, wenn der Inhalt der Mitbestimmung direkte oder indirekte Einflussmöglichkeiten auf die Entscheidung für eine Standortverlegung gewährt, sie werden für die Verhinderung der Unternehmensmobilität eingesetzt.

C. Unternehmensmobilität und Niederlassungsfreiheit

I. Bedeutung der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften

Die Mobilität von Unternehmen hat eine wichtige Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung der EU und die Verwirklichung des Binnenmarktes.³⁶ Das Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten bleibt aber auch im Rahmen der EU weiterhin grundsätzlich einzelstaatliches nationales Recht. Es gibt kein europäisches Gesellschaftsrecht, das an die Stelle der Gesellschaftsrechte der einzelnen Mitgliedstaaten tritt.³⁷ Folglich können alle von den oben ausgeführten Mobilitätshindernissen für Gesellschaften sich auch bei einem Standortwechsel im Rahmen des Binnenmarktes auswirken.

Das europäische Primärrecht enthält Regelung, die der Gewährung von der Unternehmensmobilität dienen soll. Gemäß Art. 48 EGV finden die Rechtsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit der natürlichen Personen (Faktorenmobilität) gleiche Anwendung auch auf juristische Personen. Zwischen dem Wortlaut dieser Vorschrift und der wirklichen Möglichkeit für die Unternehmen ihrer Tätigkeit in verschiedenen Mitgliedstaaten frei zu verlegen liegt jedoch ein langer Weg. Das ist auf der komplizierten wirtschaftlichen und rechtlichen Natur des Unternehmens zuzurechnen, die die Parallele zu der Mobilität von Individuen und die direkte Übertragung der auf sie anwendbaren Regeln ausschließt. Wobei die Niederlassungsfreiheit für die natürlichen Personen als bloße Inländergleichbehandlung verstanden wird,³⁸ sekundärrechtlich zuletzt durch Richtlinie (RL) 2004/38/EG³⁹

³⁵ Vgl. *Jestädt* (oben Fn. 22), S.302.

³⁶ Siehe oben A.III.

³⁷ *Schwarz* (oben Fn. 15) S. 5;

³⁸ *Streinz, Rudolf*, Europarecht, Rn. 676.

³⁹ ABl. L 158/73 v. 30.4.2004.

konkretisiert wurde und grundsätzlich zur Tagesordnung zählt, wirft die Gewährung von der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften spezifische Schwierigkeiten auf.

Es ist zwischen der „primären“ und der „sekundären“ Niederlassungsfreiheit zu unterscheiden. Die primäre Niederlassungsfreiheit für natürliche Personen gewährt das Recht sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates zu niederlassen. Ob dieses Recht für Gesellschaften, die gemäß Art. 48 EGV mit den natürlichen Personen gleich zu behandeln sind, so auszulegen ist, dass es die Verlegung der Hauptniederlassung, i. e. das Zentrum der unternehmerischen Tätigkeit, unmittelbar ermöglicht,⁴⁰ ist eine höchst umstrittene Frage. Deren vollständige Antwort ist noch nicht eindeutig festgestellt, obwohl der EuGH in seiner Rechtsprechung auf den Inhalt der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften Licht geworfen hat.

Art. 43 EGV gewährt das Recht der Errichtung „sekundärer“ Niederlassungen, gestaltet in der Form von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften. Die Ausübung von dieser Möglichkeit ist eine Form der Mobilität im weiten Sinne, da durch weitere Niederlassungen die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens auf das Gebiet weiterer Mitgliedstaaten ausgedehnt wird. Diese Konstellationen, insbesondere die Bildung von europaweiten Konzernen, werfen jedoch spezifische Probleme auf, wie z.B. die Konzernrechnungslegung und Besteuerung, Schutz der Gläubiger und Minderheitsaktionäre und Konzernverfassung.⁴¹ Diese Fragen liegen jedoch außer dem Umfang dieser Arbeit und aus diesem Grund wird die sekundäre Niederlassungsfreiheit hier nur betrachtet, soweit sie als rechtliches Instrument für Änderung des tatsächlichen Standorts des Unternehmens verwendet wird.⁴²

Die Auswirkungen der primären Niederlassungsfreiheit auf die mitgliedstaatlichen Regelungen, die ein kollisionsrechtliches, gesellschaftsrechtliches oder sachrechtliches Hindernis für die Mobilität der Gesellschaften darstellen, sind aufgrund der Auslegung der Art. 48 in Verbindung mit 43 EGV zu bestimmen. Die Auslegung des EGV ist eine ausschließliche Zuständigkeit des EuGH⁴³ und folglich der Inhalt und die Bedeutung der Niederlassungsfreiheit für die Unternehmensmobilität sind unter Berücksichtigung von der Rechtsprechung zu analysieren.

⁴⁰ So *Habersack, Mathias*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 9.

⁴¹ *Behrens* (oben Fn. 9), Rn. 107.

⁴² Siehe unten C.II.1.b) und C.II.1.d).

⁴³ Art. 220 Abs. 1 EGV.

II. Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH

Die Rahmenbedingungen für die Unternehmensmobilität sind durch die Rechtsprechung des EuGH in dem Wege der Rechtsfortbildung wesentlich beeinflusst. Dadurch wird es nicht neue Regelung geschaffen, sondern der Inhalt der im EGV vorgesehenen Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften durch Auslegung der jeweiligen Vorschriften konkretisiert wird, mit dem Effekt der Unanwendbarkeit der nationalen rechtlichen Vorschriften, die dieser Auslegung entgegen stehen (ggf. mobilitätsbeschränkend sind).

Der EuGH hat sich in der letzten Zeit in einer Reihe grundlegender Entscheidungen mit der Problematik der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften auseinandersetzt und die Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Vorschriften mit Art. 43 und 48 EGV geprüft. Die Rechtsprechung hat Auswirkungen auf alle von den oben ausgeführten Arten von möglichen Hindernissen der Unternehmensmobilität.

1. Auswirkungen auf die kollisionsrechtlichen Hindernisse

Es ist bemerkenswert, dass die bisherigen Entscheidungen des EuGH ihre bedeutendsten Auswirkungen auf das Internationale Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten ausgelöst haben. Dies ist auch mit dem Umstand zu erklären, dass die Mobilitätshindernisse teilweise auf kollisionsrechtliche Ebene gelöst werden können, da die schwersten Hindernisse der Mobilität mit dem Wechsel der *lex societatis* verbunden sind.⁴⁴

a) Die „Daily Mail“ Entscheidung als Ausgangspunkt

„24. Somit gewähren die Artikel 52 und 58 EWG-Vertrag [jetzt: Art. 43 und 48 EG-Vertrag] den Gesellschaften nationalen Rechts kein Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.“⁴⁵

Diese restriktive Auslegung des Umfangs der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften, die von dem EuGH im 1988 in der „Daily Mail“ Entscheidung ausgeführt wurde, kann als Ausgangspunkt für den langen Weg zur Ermöglichung der Unternehmensmobilität in dem Binnenmarkt angenommen werden. In „Daily Mail“ ging es um eine englische Holdinggesellschaft, die aus Steuergründern ihre Geschäftsleitung in die Niederlande verlegen wollte. Die dafür erforderliche Genehmigung des Treasury Departments wurde verweigert. Der EuGH hat dieser Wegzugschranke ihre Vereinbarkeit mit Art. 43, 48 EGV bestätigt.

In diesem Vorabentscheidungsverfahren wurde nicht die Zulässigkeit von Kollisionsnormen, die mobilitätsbeschränkende Auswirkungen haben, als Frage dem EuGH vorgelegt. Es ging

⁴⁴ Siehe oben B.I.

⁴⁵ EuGH, Urteil v. 27.9.1988, Rs. 81/87 „Daily Mail and General Trust“, Slg. 1988, 5483, Rn. 24.

um eine rein interne Beziehung zwischen einer Gesellschaft und ihrem Gründungsstaat. Trotzdem hat der EuGH in diesem Zusammenhang Aussagen zum Verhältnis von Niederlassungsfreiheit und Internationalem Gesellschaftsrecht gemacht. Die Kollisionsnormen seien nach den Feststellungen des EuGH überhaupt nicht an den Maßstäben der Niederlassungsfreiheit zu messen.⁴⁶ Kurioserweise wurde diese Entscheidung, betreffend die Verwaltungssitzverlegung zwischen zwei Gründungstheorie-Staaten, in dem Sinn interpretiert, dass die Sitztheorie trotz ihrer mobilitätshindernden Wirkung europarechtkonform sei.⁴⁷ Folglich könne ein Konflikt zwischen den Auswirkungen der Kollisionsnormen der Mitgliedstaaten und der Niederlassungsfreiheit nicht primärrechtlich aufgelöst werden, sondern dazu Völkerrechtliche Abkommen nach Art. 293 EGV oder Rechtssetzungsmaßnahmen der Gemeinschaft gemäß Art. 44 Abs. 2 EGV erforderlich seien. Angemessen an den oben ausgeführten drei Fallgruppen der kollisionsrechtlichen Implikationen auf die Unternehmensmobilität⁴⁸ bedeutet diese Auffassung, dass nur der Fall der Verlegung des Verwaltungssitzes zwischen zwei Gründungstheorie-Staaten keinen kollisionsrechtlichen Hindernissen unterliegt. Anders geäußert wäre die Verwaltungssitzverlegung als eine der Formen der Mobilität der Gesellschaften auf dem Binnenmarkt nur auf die Gründungstheorie folgenden Staaten beschränkt.

Dieser Schluss liegt dem Wortlaut von Art. 48 EGV, dass die Gesellschaften den natürlichen Personen bei der Ausübung der Niederlassungsfreiheit gleichzustellen sind, weit entfernt. Dieses für die Antwort der konkreten Fragen unerheblich *obiter dictum* des EuGH ist in der Literatur zu Recht kritisiert worden.⁴⁹ Gleichwohl spielt der Umstand, dass diese Aussagen des EuGH *obiter dicta* getroffen wurden, auch eine gewisse Rolle: sie sind leichter angreifbar und zum anderen kann sich der EuGH von *obiter dicta* leichter lösen.⁵⁰

In seiner weiteren Rechtsprechung hat der EuGH in der Tat von den weiten Interpretationen der Aussagen in „Daily Mail“ und die vollkommene Konformität der Sitztheorie mit dem Gemeinschaftsrecht Abstand genommen. Sofern hat sich aber der EuGH von der oben zitierten restriktiven Aussage noch nicht explizit gelöst.

b) Die „Centros“ Entscheidung als Wende?

Der Ausgangspunkt in „Centros“⁵¹ war eine von einem dänischen Ehepaar in England gegründete Gesellschaft, die Centros Ltd., die in Dänemark eine Zweigniederlassung

⁴⁶ Ebendort, Rn. 23.

⁴⁷ Siehe statt alle Schwarz (oben Fn. 15), S. 118.

⁴⁸ Oben B.I.1.

⁴⁹ Vgl. Behrens (oben Fn. 17) S. 201; Mucciarelli (oben Fn. 14) S. 25 f.

⁵⁰ So Jestädt (oben Fn. 22) S. 131.

⁵¹ EuGH, Urteil v. 9.3.1999, Rs. C-212/97 „Centros“, Slg. 1999, I-1459.

errichten wollte. Deren Eintragung wurde seitens der dänischen Registerbehörde verweigert, und zwar unter Hinweis darauf, dass die Gesellschaft in England keine Geschäftstätigkeit ausübt, von Dänemark aus verwaltet wird und allein zum Umgehung der dänischen Vorschriften über das Mindestkapital gegründet ist. Der EuGH hat in der Weigerung der dänischen Behörden die Zweigniederlassung einzutragen, einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit angenommen.⁵² Die kollisionsrechtlichen Auswirkungen von „Centros“ waren in der Literatur höchst umstritten.

Die Ausführungen des EuGH in diesem Zusammenhang können einerseits in der Weise interpretiert werden, die dem aufgrund „Daily Mail“ gezogenen Schluss über die Europarechtkonformität der Sitztheorie entgegensteht. Obwohl es in diesem Fall formal um eine Zweigniederlassung ging, d. h. Ausübung von der sekundären Niederlassungsfreiheit, war dies nur das rechtliche Instrument die wirtschaftliche Tätigkeit einer nach der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Der Umstand, dass in dem konkreten Fall die Gesellschaft von Anfang an in dem anderen Mitgliedstaat tätig wurde und zwar mit diesem Zweck gegründet wurde, ist unerheblich – es wäre auch nicht anders gewesen, wenn die Gesellschaft erst nach der Gründung ihre ganze wirtschaftliche Tätigkeit unter der Mantel einer Zweigniederlassung verlegen würde. Dänemark wollte das inländische materielle Gesellschaftsrecht (in dem konkreten Fall – die Mindestkapitalvorschriften) auf eine Auslandsgesellschaft anwenden, nur weil ihre einzige Niederlassung, folglich die Hauptniederlassung, in Dänemark verlegt wurde. Der EuGH hat also die Weigerung, eine ausländische Gesellschaft für die Zwecke der Eintragung einer Zweigniederlassung anzuerkennen, für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht erklärt. Damit hat der EuGH die Kompetenzen der Mitgliedstaaten die Rechtsfähigkeit und Existenz von Gesellschaften zu Prüfen nur auf die heimischen Gesellschaften verdrängt,⁵³ wobei für die fremden das jeweilige Gründungsrecht maßgebend ist.

Demgegenüber haben die Vertreter der Sitztheorie ausgeführt, dass es in diesem Fall die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit Art. 43 und 48 EGV gar nicht überprüft wurde und der EuGH zu dieser Frage überhaupt nicht Stellung genommen hat. Die zentrale Frage, auf die sich der EuGH konzentriert habe, sei die Frage der Eintragung einer Zweigniederlassung und nicht die Frage der Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts.⁵⁴ Ein weiteres Argument sei es,

⁵² Ebendort, Rn. 18 ff.

⁵³ Behrens, Peter, Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax 5/1999, S. 331, Schluss 2.

⁵⁴ In diesem Sinne Habersack (oben Fn. 40), S. 15.

dass Dänemark die Gründungstheorie folgt und die Wirksamkeit der Gesellschaft war nach dänischem Internationalen Privatrecht anerkannt. Dieses Argument vernachlässigt den Umstand, dass die faktische Auswirkung der verweigerten Eintragung der Zweigniederlassung von dem Fall der vollen Aberkennung der Auslandsgesellschaft nicht zu unterscheiden ist.

Angemessen an den möglichen mobilitätshindernden Implikationen der Kollisionsnormen würde die Auffassung der Sitztheorie Vertreter bedeuten, dass die „Centros“ Entscheidung keinen Fortschritt darstellt. Wird jedoch diese Entscheidung als neigend zur Gründungstheorie verstanden, kann die Mobilität von Unternehmen im Binnenmarkt als erleichtert angesehen werden und zwar in dem Fall von Verlegung der Verwaltungssitz von einem Gründungstheorie-Staat in einen Sitztheorie-Staat.⁵⁵ In diesem Fall erfolgt kein Wechsel der *lex societatis*, da der Zuzugstaat seine Kollisionsnormen auf die Auslandsgesellschaft nicht anwenden darf.

Die Rechtsunsicherheit bezüglich dem Inhalt von der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften, die nach der „Centros“ Entscheidung aufgrund derer auseinander fallenden Interpretationen entstand, wurde mit den Klärungen des EuGH in der „Überseering“ Entscheidung⁵⁶ gelöst.

c) Die Bestätigung in der „Überseering“ Entscheidung

Die kontroversen Interpretationen der Aussagen des EuGH in der Rechtsache „Centros“ begründeten eine weitere Vorlagefrage zur Klärung von der Vereinbarkeit von mobilitätshindernden Kollisionsnormen mit der primären Niederlassungsfreiheit. Diese wurde von dem deutschen Bundesgerichtshof in der Sache „Überseering“ vorgelegt. In diesem Fall wurde die Rechtsfähigkeit von einer nach dem niederländischen Recht gegründete Kapitalgesellschaft auf der Grundlage der Sitztheorie von den deutschen Gerichten nicht anerkannt. Konkret ging es um die aktive Parteifähigkeit der niederländischen Gesellschaft, die von den deutschen Gerichten verneint wurde, da nach ihrer Auffassung die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in Deutschland verlegt hatte. Da in Deutschland zu dieser Zeit die Sitztheorie gefolgt wurde, war die kollisionsrechtliche Folge der Sitzverlegung ein Wechsel der auf die Gesellschaft anwendbare *lex societatis* mit der Folge der Nichtanerkennung dieser Gesellschaft.⁵⁷

Wenn die Aussagen in der „Centros“ Entscheidung als ein zu der Gründungstheorie neigend Anerkennungsgebot aufgrund der Niederlassungsfreiheit verstanden werden, was die eine

⁵⁵ Vgl. *Behrens* (oben Fn. 53), S. 331, Schluss 8.

⁵⁶ EuGH, Urteil v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 „Überseering“, Slg. 2002, I-9919.

⁵⁷ Vgl. oben B.I.2.

Interpretation war,⁵⁸ stellt die Antwort von dieser Frage keine Schwierigkeit dar. Dieser Schluss wurde jedoch von den Vertretern der Sitztheorie verneint und die eindeutige erste Vorlagefrage⁵⁹ diente der Beseitigung dieser Unklarheit.

Der EuGH hat in der „Überseering“ Entscheidung die Spannung zwischen der Sitztheorie und der Niederlassungsfreiheit bestätigt und die Unvereinbarkeit von der Nichtanerkennung fremder Gesellschaften mit dem Gemeinschaftsrecht erklärt. Laut der Ausführungen des EuGH sind aufgrund der Niederlassungsfreiheit die Mitgliedstaaten zur Anerkennung von den Gesellschaften gezwungen, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründet sind.⁶⁰ Somit wurde die Unanwendbarkeit von den mobilitätshindernden Kollisionsnormen auf EU-ausländische Gesellschaften eindeutig festgestellt und ein wichtiger Schritt zu Verwirklichung des Binnenmarktes gemacht. Die kollisionsrechtliche Konsequenz ist dann, dass es auch in dem Fall des Zuzuges einer Gesellschaft in einen Sitztheorie-Mitgliedstaat kein Wechsel der *lex societatis* erfolgt.

Der Umfang von dieser Entscheidung darf immerhin nicht überschätzt werden – sie bezieht sich ausschließlich auf den Fall des Zuzuges einer Gesellschaft in einen Sitztheorie-Staat. Dadurch wird die oben wiedergegebene restriktive Aussage⁶¹ in der „Daily Mail“ Entscheidung nicht überholt, sondern ihre Interpretation wurde auf die Wegzugsfälle beschränkt. Die unberührte Möglichkeit der Mitgliedstaaten die Mobilität von den nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften zu beschränken wurde sogar von den EuGH in „Überseering“ *obiter dicta* wieder zuerkannt.⁶² Folglich sind die kollisionsrechtlichen Hindernisse für die Mobilität von heimischen Gesellschaften, die ihre negativen Folgen in Verbindung mit der Anwendung von den heimischen materiellrechtlichen Normen auswirken, auch nach der „Überseering“ Entscheidung als fortbestehend anzusehen.⁶³

d) Weitere Verdrängung der Sitztheorie in der „Inspire Art“ Entscheidung

Die „Überseering“ Entscheidung des EuGH hat eindeutig das Problem der Anerkennung ausländischer Gesellschaften anhand der Niederlassungsfreiheit gelöst und damit das rein kollisionsrechtliche Hindernis für die Mobilität der Gesellschaften auf den Binnenmarkt für unanwendbar erklärt. Von der Analyse der möglichen Hindernisse für die Mobilität ist jedoch klar geworden,⁶⁴ dass solche Hindernisse sich entweder von der Kollisionsnorm allein, oder von der Anwendung des materiellen Rechts, worauf die Kollisionsnormen

⁵⁸ So *Behrens* (oben Fn. 53).

⁵⁹ EuGH Urteil v. 5.11.2002 (oben Fn. 56), Rn. 21.

⁶⁰ Ebendort Rn. 59.

⁶¹ EuGH Urteil v. 27.9.1988 (oben Fn. 45), Rn. 24.

⁶² Vgl. EuGH Urteil v. 5.11.2002 (oben Fn. 56), Rn. 70.

⁶³ Vgl. *Behrens* (oben Fn. 17), S. 205.

⁶⁴ Siehe oben B.II

verweisen, ergeben können. Im letzteren Fall geht es nicht um Anerkennung der ausländischen Gesellschaft, sondern um Auferlegung von bestimmten zusätzlichen Pflichten und Sanktionen durch Sonderanknüpfungen des Internationalen Gesellschaftsrechts. Der EuGH hat in der „Überseering“ Entscheidung keine Aussagen über die Europarechtkonformität von solchen Sonderanknüpfungen gemacht, da er sich in diesem Fall nicht mit dieser Frage auseinandersetzen musste. Die Klärung von diesem Problem wurde durch den EuGH in der Sache „Inspire Art“⁶⁵ geäußert.

In diesem Fall ging es um eine nach dem englischen Recht organisierte Gesellschaft, die ausschließlich in den Niederlanden wirtschaftlich tätig war. Aus diesem Grund wurde sie gemäß einem niederländischen Gesetz über die formal ausländischen Gesellschaften bestimmten Publizitätspflichten und Mindestkapitalanforderungen unterworfen, deren Nichtbefolgung mit der persönlichen Haftung des Geschäftsführers sanktioniert wurde. Anders geäußert, in diesem Fall wurde nicht die Anerkennung der ausländischen Gesellschaft in Frage gestellt, sondern ihre Behandlung als solche nach ihrem Gründungsrecht. Der mobilitätshindernde Effekt von dieser Herangehensweise besteht in der Beeinträchtigung von der rechtlichen Organisationsform des Unternehmens, die ein eigenartiger Produktionsfaktor mit bestimmtem Wert ist und sich auf die allgemeine Kostenstruktur der wirtschaftlichen Tätigkeit auswirkt.

In der „Inspire Art“ Entscheidung hat der EuGH die mit den Urteilen „Centros“ und „Überseering“ eingeschlagene Entwicklung konsequent fortgeführt und die Anknüpfung von zusätzlichen Pflichten auf EU-ausländische Gesellschaften für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht erklärt. Diese Entscheidung geht immerhin damit über „Centros“ und „Überseering“ hinaus, dass es hier nicht die bloße Anerkennung der Gesellschaft am Maßstab der Niederlassungsfreiheit geprüft wurde, sondern ihre zwingende Behandlung als solche nach den Regeln des maßgeblichen Gründungsrecht. Die Folge für die Mobilitätshindernisse davon ist, dass die Mitgliedstaaten der EU ihr inländisches Gesellschaftsrecht auf EU-ausländische Gesellschaften nicht mehr auf der Grundlage der Sitztheorie anwenden können.⁶⁶ Angemessen an die oben aufgeführten möglichen Mobilitätshindernisse bedeutet dies, dass nicht nur Hindernisse die sich allein aus einer Kollisionsnorm ergeben (Nichtanerkennung), sondern auch solche, die bei der Zwischenwirkung von kollisionsrechtlichen und materiellrechtlichen Normen entstehen, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind.

⁶⁵ EuGH, Urteil v. 30.9.2003, Rs. C-167/01 „Inspire Art“, Slg. 2003, I-10155.

⁶⁶ Vgl. *Behrens, Peter*, Gemeinschaftliche Grenzen der Anwendung inländischen Recht auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art, IPRax 1/2004, S. 25.

Der EuGH hat eine weitere wichtige Aussage für die Mobilität von Unternehmen gemacht. Ausdrücklich wurde in „Inspire Art“ bestätigt, dass die freie Rechtsformwahl unter allen in den Mitgliedstaaten existierenden Gesellschaftsformen unbeachtet von dem Standort der tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit durch die Niederlassungsfreiheit gewährt ist.⁶⁷ Diese Wahlmöglichkeit trägt damit zu der Unternehmensmobilität auf dem Binnenmarkt bei, dass die Standortwahl nicht von gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen beeinflusst wird, sondern sich nach den ökonomischen Rentabilitäts Gesichtspunkten richtet. So kann sich das Unternehmen in der für es am effizientesten Gesellschaftsform organisieren und von den besseren wirtschaftlichen Chancen außerhalb der Gründungsrechtsordnung Gebrauch machen. Es ist bemerkenswert, dass der EuGH diese Konstellation stets als Eröffnung von einer Zweigniederlassung qualifiziert, d.h. Inanspruchnahme von der sekundären Niederlassungsfreiheit, obwohl es tatsächlich um eine Hauptniederlassung geht.⁶⁸ Dieses Vorgehen von dem EuGH ist ganz praktisch sowohl aus dem Gesichtspunkt der Gesellschaft, da die Form der Niederlassung rein formal und nicht etwa substantiell beurteilt wird,⁶⁹ was mit sich Rechtssicherheit bringt, als auch aus dem Gesichtspunkt des Zuzugstaates, da diese Qualifikation die zwingende Anwendung von den Publizitätsvorschriften für Zweigniederlassungen erlaubt.⁷⁰

Schließlich ist der Umfang von der „Inspire Art“ Entscheidung zu beurteilen. Gleich wie „Centros“ und „Überseering“ bezieht sich diese Entscheidung auf die Hindernisse des Zuzuges in einen Mitgliedstaates. Ausschließlich die Zuzugshindernisse sind für prinzipiell unvereinbar mit der Niederlassungsfreiheit erklärt worden.⁷¹ Die Entscheidung „Daily Mail“ ist jedoch auch hier bezüglich der Zulässigkeit von den Wegzugshindernissen, die Staat auf den heimischen Gesellschaften auferlegt, unangetastet geblieben.

2. Auswirkungen auf die gesellschaftsrechtlichen Hindernisse

Bei der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften werfen ohne Zweifel die kollisionsrechtlichen Hindernisse die schwierigsten Probleme auf. In seiner Rechtsprechung hat der EuGH durch die Verdrängung der Anwendbarkeit von der Sitztheorie somit diese Hindernisse teilweise gelöst, dass er die Folge eines Wechsels der *lex societatis* bei bestimmten grenzüberschreitenden Vorgängen verneint hat. M.a.W., wenn die Kollisionsnormen auf eine Beibehaltung von dem rechtlichen *status quo* verweisen,

⁶⁷ EuGH Urteil v. 30.9.2003 (oben Fn. 65), Rn. 138.

⁶⁸ Ebendort, Rn. 137-139; EuGH Urteil v. 9.3.1999 (oben Fn. 51), Rn. 18 und 20.

⁶⁹ Vgl. Schön (oben Fn. 1), S. 130.

⁷⁰ So Behrens (oben Fn. 66), S. 25.

⁷¹ Unter Vorbehalt der Rechtfertigungsmöglichkeit aus Grund des Allgemeininteresses. Vgl. EuGH Urteil v. 30.9.2003 (oben Fn. 65), Rn. 133.

entstehen auch keine Mobilitätshindernisse. Dies ist jedoch nur in bestimmten Fällen möglich, zwar die Verlegung von dem Verwaltungssitz der Gesellschaft, was nur eine der möglichen Formen der Mobilität darstellt.⁷²

Bei der anderen Form der Mobilität – Verlegung des Satzungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat, erfolgt zwingend immer ein Statutenwechsel, unabhängig von dem juristischen Mittel des Vorganges (unmittelbare Sitzverlegung oder eine mehrstufige Umwandlung zu diesem Effekt). In diesen Fällen können die Hindernisse für die Mobilität nicht auf die kollisionsrechtliche Ebene gelöst werden, sondern das materielle Gesellschaftsrecht muss hineinbezogen werden. Der EuGH hat in der jüngeren Zeit Anlass auch dafür gehabt, die Vereinbarkeit von rein materiellrechtlichen Hindernissen für die Mobilität mit Art. 43 und 48 EGV zu untersuchen.

a) Die „SEVIC“ Entscheidung

In der Sache SEVIC Systems AG⁷³ ging es um eine Verschmelzung zwischen eine luxemburgerische und eine deutsche Kapitalgesellschaft. Die luxemburgerische GSV SA sollte aufgrund eines zwischen den Gesellschaften geschlossenen Verschmelzungsvertrags ihr Vermögen als Ganzes unter Auflösung ohne Abwicklung auf die deutsche SEVIC System AG übertragen. Es handelte sich um eine sog. Hereinverschmelzung, bei der eine inländische Gesellschaft die übertragene ausländische Gesellschaft aufnimmt. Die Eintragung von der Umwandlung in dem Handelsregister wurde aber von dem deutschen Registergericht abgelehnt, unter Berufung auf § 1 Abs. 1 des deutschen Umwandlungsgesetzes, das nur die Verschmelzung von Rechtsträgern mit Sitz in Deutschland vorsah.

Die Rechtsstreit war in diesem Fall also nicht welche das anwendbare materielle Recht ist, sondern über die Vereinbarkeit von dem Inhalt des anwendbaren deutschen Recht mit der Niederlassungsfreiheit.⁷⁴ Das Mobilitätshindernis ergab sich also unmittelbar aus der Sachnorm, die als Tatbestandsmerkmal einen Inlandsbezug enthielt.⁷⁵ Die Folge von solcher innerstaatlichen Vorschrift ist, dass ausländische Gesellschaften nur deswegen, weil sie einen Satzungssitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, die Möglichkeit einer Umstrukturierung mit inländischen Gesellschaften vorzunehmen, verlieren.

⁷² Siehe oben A.II.

⁷³ EuGH, Urteil v. 13.12.2005, Rs. C-411/03 „SEVIC Systems AG“, Slg. 2005, I-10805.

⁷⁴ Vgl. *Behrens, Peter*, Comment to SEVIC, CMLR 6/2006, S. 1673.

⁷⁵ Vgl. *Siems, Mathias*, SEVIC: Der Letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU?, EuZW 5/2006, S. 136-137.

Der EuGH hat in diesem Fall entschieden, dass der Mitgliedstaat der Gesellschaft, auf welche die Verschmelzung erfolgt, dies grundsätzlich zu ermöglichen hat.⁷⁶ Dieses Ergebnis hat der EuGH wieder von der Niederlassungsfreiheit hergeleitet.⁷⁷ Es ist jedoch fraglich, ob diese Auslegung des Art. 43 und 48 EGV von dem EuGH praktisch umsetzbar ist. Anders als die kollisionsrechtlichen Hindernisse, wo deren bloßen Nichtanwendung die Mobilität von Gesellschaften ermöglicht, ist in dem Fall von gesellschaftsrechtlichen Hindernissen eine positive Regelung notwendig, um den Vorgang einer grenzüberschreitenden Umstrukturierung zu ermöglichen.⁷⁸ Das Gemeinschaftsrecht hat nur Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht⁷⁹ und der EuGH kann durch Auslegung des EGV dessen Inhalt bestimmen, nicht aber positive Regelung in den Mitgliedstaaten schaffen. Die Umsetzbarkeit von der „SEVIC“ Entscheidung setzt also Vorhandensein von innerstaatlicher Regelung voraus, die auf den Fall einer grenzüberschreitenden Umstrukturierung anwendbar sein kann.

Der in der Literatur vorgeschlagene Ausgangsweg aus dieser Situation ist die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der Regelung betreffend innerstaatliche Umstrukturierungen und deren Anwendung sowohl auf grenzüberschreitende Vorgänge.⁸⁰ Durch eine analoge Anwendung ist also eine wie im Fall „SEVIC“ vorliegende Hereinverschmelzung nicht nur rechtlich zulässig, sondern auch praktisch umsetzbar. Dies gilt eigentlich für alle Mitgliedstaaten der EU, da nach der dritten gesellschaftlichen RL⁸¹ bestehen ausnahmslos Vorschriften zur nationalen Verschmelzung.⁸²

Die „SEVIC“ Entscheidung stellt einen wichtigen weiteren Meilenstein für die Liberalisierung der Bedingungen für Unternehmensmobilität in dem Binnenmarkt dar. Umstrukturierungen sind nicht unbedingt unmittelbar mit der Lokalisierung der wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden, sind trotzdem für die Mobilität der Unternehmen sehr bedeutsam. Einerseits kann durch Umstrukturierung eine Marktexpansion, d. h. Mobilität im weiten Sinne, effizienter durchgeführt werden.⁸³ Die grenzüberschreitende Umstrukturierung kann auch Vorgängen dienen, die Mobilität im engen Sinne darstellen. So kann z.B. eine Verlegung des Satzungssitzes ausgeführt werden, durch Gründung von einer neuen Gesellschaft im Ausland und Verschmelzung der alten Gesellschaft auf die neue. Aus dem

⁷⁶ Bemerkenswert hat der EuGH eine allgemeine Aussage in diesem Sinne gemacht, die sich nicht auf den Fall einer Hereinverschmelzung (was der Vorlagesachverhalt war) beschränkt, vgl. Rn. 31.

⁷⁷ EuGH Urteil v. 13.12.2005 (oben Fn. 73), Rn. 22 und 23.

⁷⁸ Die niederländische und die deutsche Regierung haben ausdrücklich darauf hingewiesen – vgl. EuGH Urteil v. 13.12.2005 (oben Fn. 73), Rn. 24.

⁷⁹ EuGH, Urteil v. 15.07.1964, Rs. 6/64 „Costa/ENEL“, Slg. 1964, 1251.

⁸⁰ Vgl. *Gottschalk, Eckard*, Anmerkung zum „SEVIC“ Urteil, EuZW 3/2006, S. 84.

⁸¹ 3. RL 78/855/EWG.

⁸² Vgl. *Siems* (oben Fn. 75), S. 137.

⁸³ Vgl. Schlussanträge von GA *Tizzano* (oben Fn. 30), Rn. 47-50.

Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Effizienz bringt mit sich die durch das „SEVIC“ Urteil eingeführte Möglichkeit einen weiteren wichtigen Vorteil. Dadurch wird die rechtliche „Mobilität“ als Wahlfreiheit der rechtlichen Organisationsgestaltung von Unternehmen auf dem ganzen Binnenmarkt erstreckt, da das rechtliche Instrument für eine Umwandlung in einer beliebigen Gesellschaftsform gewährt ist. Da die Organisationskosten ein Teil der allgemeinen Kostenstruktur der wirtschaftlichen Tätigkeit darstellen, trägt die Umstrukturierungsfreiheit zur Steigerung der Effizienz von den Unternehmen bei.

b) Das Verfahren in Rechtssache C-210/06 („Cartesio“)

Die Bedeutung von der „SEVIC“ Entscheidung für die Mobilität von Gesellschaften ist unbestritten, darf aber auch nicht überschätzt werden. Strikt gesehen erstrecken sich die Aussagen des EuGH nur auf den Fall von einer Verschmelzung. Auch wenn durch Interpretationen von dieser Entscheidung Schlüsse über die Zulässigkeit von Beschränkungen anderer Umstrukturierungsformen (insbes. grenzüberschreitende Spaltung oder Formwechsel) möglich sind,⁸⁴ kann nur der EuGH aufgrund seines Auslegungsmonopols Rechtssicherheit in diesen Bereichen erstellen.

Nunmehr ist mit der Rechtssache „Cartesio“⁸⁵ ein guter Anlass für den EuGH sich mit diesen Fragen auseinanderzusetzen gegeben. In diesem Fall geht es um eine in Ungarn nach ungarischem Recht gegründete Gesellschaft (Cartesio), die ihren Sitz in EU-Ausland verlegen will. Die Eintragung von der Sitzverlegung wurde von dem Registergericht mit der Begründung zurückgewiesen, dass ungarisches Gesellschaftsrecht dies nicht zuließe. Cartesio hat gegen diese Entscheidung ein Rechtsmittel eingelegt und das Gericht des zweiten Rechtzuges eine Vorabentscheidung von dem EuGH ersucht.

Es kann Bedenken bestehen, ob der EuGH sich mit diesem Fall überhaupt auseinandersetzen wird. Es ist schon einmal passiert, dass ein ähnlicher Sachverhalt von EuGH mit der Begründung zurückgewiesen wurde, dass das vorlegende Registergericht die Vorabentscheidung in Rahmen eines Verfahrens ersucht habe, das nicht die Voraussetzungen von Art. 234 EGV erfülle.⁸⁶ In der Sache „Cartesio“ ist jedoch solches Ergebnis nicht zu erwarten, da die Vorabentscheidung in diesem Fall nicht von dem Registergericht selbst, sondern von dem höheren Gericht in Rahmen einer Rechtsstreitigkeit ersucht wird.⁸⁷

Welche sind die relevanten für die Unternehmensmobilität Aussagen des EuGH von dem „Cartesio“ Fall zu erwarten? Die vierte Vorlagefrage des Gerichts bestimmt die

⁸⁴ Vgl. *Siems* (oben Fn. 75), S. 139-140.

⁸⁵ ABl. C 165 von 15.7.2006, S. 17 f.

⁸⁶ EuGH, Beschluss v. 10.07.2001, Rs. C-86/00 „HSB-Wohnbau GmbH“.

⁸⁷ So auch GA *Maduro*, Schlussanträge vom 22.05.2008, Rs. C-210/06, Rn. 5.

Mindestrahmen der zu erwartenden Ergebnisse. Die Kernfrage ist, ob Art. 43 und 48 EGV das Recht einer Gesellschaft gewähren, ihren Sitz in EU-Ausland zu verlegen. Anders als alle oben ausgeführten Entscheidungen des EuGH, mit Ausnahme von „Daily Mail“, geht es in diesem Fall um eine Wegzugskonstellation. Folglich ist es legitim zu erwarten, dass mit „Cartesio“ die restriktiven Aussagen in „Daily Mail“ entweder ausdrücklich überholt oder bestätigt werden.

Der GA *Maduro* hat in seinen Schlussanträgen darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH seit der „Daily Mail“ Entscheidung sich deutlich in die entgegengesetzte Richtung entwickelt hat⁸⁸ und für Erklärung der Unvereinbarkeit von absoluten Wegzugshindernissen mit der Niederlassungsfreiheit plädiert.⁸⁹ Hoffentlich wird der EuGH die Ausführungen des GA folgen und seine Rechtsprechung konsequent in die Richtung Verdrängung für die Mobilitätshindernisse weiterführen. Zu diesem Zweck muss der EuGH von seinen restriktiven Aussagen in „Daily Mail“ diesmal ausdrücklich Abstand nehmen. Dies würde auch im Einklang mit dem wichtigen wirtschaftspolitischen Ziel der Gemeinschaften die Mobilität von KMU zu erleichtern sein,⁹⁰ da die Wegzugshindernisse sich auf sie intensiver auswirken, als auf die großen Unternehmen.

In diesem Fall geht es um ein materiellrechtliches Verbot für die nach dem ungarischen Recht organisierten Gesellschaften ihren Sitz im Ausland zu haben. Falls der EuGH auch der Wegzug von Gesellschaften als von der Niederlassungsfreiheit erfasst ansieht, würde die unmittelbare Auswirkung dieser Entscheidung folglich auf die gesellschaftsrechtlichen Hindernisse bezogen sein. Für die Antwort der Vorlagefrage müssen aber auch die ungarischen kollisionsrechtlichen Hindernisse, d.h. die Verknüpfung von einem nachteiligen für die Gesellschaft Wechsel der *lex societatis* an die Sitzverlegung, berücksichtigt werden.⁹¹ Ob der EuGH die Anwendung von der Sitztheorie auch auf Wegzugsfälle voll verneinen wird, oder den Mitgliedstaaten die Freiheit lassen wird, an die Sitzverlegung einen zwingenden Statutenwechsel anzuknüpfen, wie der GA *Maduro* in Rn. 33 von seinen Schlussanträgen impliziert, bleibt es eine offene Frage, mit deren in dieser Arbeit nicht spekuliert wird.

⁸⁸ Ebenda, Rn. 27.

⁸⁹ Ebenda, Rn. 35.

⁹⁰ Dies ist auch von GA *Maduro* betont worden: ebenda, Rn. 31.

⁹¹ Es ist bemerkenswert, dass Ungarn neulich die Gründungstheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts übernommen hat (siehe Gesetz LXI vom 2007, in Kraft seit 1.9.2007). Für die ungarischen Gesellschaften bestehen also gegenwärtig keine kollisionsrechtlichen Wegzugshindernisse mehr, sondern nur gesellschaftsrechtlichen, was nicht die rechtliche Lage zu der Abwicklungszeit in der Sache „Cartesio“ war.

3. Auswirkungen auf die sachrechtlichen Hindernisse

Zuletzt sind die Auswirkungen von der Rechtsprechung des EuGH auf die sachrechtlichen Hindernisse der Unternehmensmobilität, insbesondere die steuerrechtlichen und Mitbestimmungs-Probleme zu berücksichtigen.

a) Steuerrechtliche Hindernisse

Die steuerrechtlichen Hindernisse der Unternehmensmobilität können zweifach sein: aus der Perspektive des Zuzugstaates besteht das Hauptproblem in der Gleichbehandlung von EU-ausländischen und heimischen Gesellschaften und aus der Wegzugsperspektive ist der wichtigste Mobilitätshindernis die Aufdeckung von stillen Reserven.⁹²

i) Zuzugshindernisse

Das Inländergleichbehandlungsgebot in steuerrechtlicher Hinsicht ist in der Rechtsprechung des EuGH auch berücksichtigt worden. Einerseits gelten die oben ausgeführten Entscheidungen, die der Zuzugstaat zur Anerkennung und Behandlung von den EU-ausländischen Gesellschaften als solche ihres Gründungsrechts verpflichten („Überseering“, „Centros“ und „Inspire Art“), auch für deren steuerrechtliche Behandlung.⁹³ Die Niederlassungsfreiheit gewährt nicht nur die gesellschaftsrechtliche Wirksamkeit einer ausländischen Gesellschaft im Inland, sondern auch ihre steuerrechtliche Rechtspersönlichkeit.

Des Weiteren, die steuerliche Gleichbehandlung solcher ausländischen Gesellschaften ist in weiteren Entscheidungen des EuGH geprüft worden. In der „avoir fiscal“-Entscheidung⁹⁴ hat der EuGH zur steuerlichen Diskriminierung Stellung genommen. In diesem Fall ging es um eine französische Regelung, die Gesellschaften mit Satzungssitz in Ausland im Vergleich zu nach dem französischen Recht gegründeten Gesellschaften steuerrechtlich benachteiligte. Der EuGH führte aus, dass die Niederlassungsfreiheit ausgehöhlt werden würde, wenn man es zuließe, dass der Mitgliedstaat der Niederlassung nach seinem Belieben eine ungleiche Behandlung allein deshalb vornehmen würde, weil sich der Satzungssitz einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat befinde.⁹⁵ Damit hat der EuGH erstmals zur Wahlfreiheit der Organisationsform des Unternehmens, etwa 14 Jahren vor „Centros“ Stellung genommen. In der Entscheidung ist es zum Ausdruck gekommen, dass ein Mitgliedstaat sowohl den Rechtsträgern inländischer Unternehmen, als auch nach ausländischem Recht organisierten

⁹² Siehe oben B.III.1.

⁹³ Vgl. *Schiessl* (oben Fn. 31), S. 655.

⁹⁴ EuGH, Urteil v. 28.1.1986, Rs. 270/83 „avoir fiscal“, Slg. 1986, 273.

⁹⁵ Ebendort, Rn. 18.

Rechtsträgern, die in diesem Mitgliedstaat Betriebsstätte unterhalten, die gleichen Steuervorteile gewähren muss.⁹⁶

Diese Linie wurde in der „Bank of Scotland“ Entscheidung⁹⁷ des EuGH fortgeführt. In diesem Fall ging es um eine steuerrechtliche Regelung in Griechenland, die unterschiedliche Steuersätze für inländische Kapitalgesellschaften und Niederlassungen ausländischer Gesellschaften vorsah. Der EuGH hat derartige Steuervorschrift für unvereinbar mit der Niederlassungsfreiheit erklärt.⁹⁸ Der EuGH hat in seiner Entscheidung betont, dass die direkten Steuern zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fielen, die Mitgliedstaaten jedoch ihre Befugnisse nur unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben dürften und deshalb jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit zu unterlassen sei.⁹⁹ Aus „Bank of Scotland“ Entscheidung lässt sich ableiten, dass die Gesellschaften mit Sitz in einem Mitgliedstaat bei der Besteuerung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich wie eine dort gebietsansässige Gesellschaft zu behandeln sind.

Diese Entscheidungen des EuGH haben ihre große Bedeutung vor allem für Gesellschaften, die durch Zweigniederlassungen in mehreren Mitgliedstaaten tätig sind. Deren Relevanz für die Mobilität der Gesellschaften im engen Sinne besteht jedoch darin, dass sie die sachrechtlichen Nachteile von der Ausübung der Möglichkeit das Unternehmen in einer beliebigen Gesellschaftsform zu organisieren, beseitigen. Das wichtigste unmittelbar mit der Mobilität von Gesellschaften im engen Sinne verbundene Hindernis besteht immerhin in der Besteuerung der stillen Reserven bei dem Wegzug des Unternehmens.

ii) Wegzugshindernisse

Die Gewährung von der Steuerneutralität des Vorgangs ist eine wichtige Voraussetzung für die Ermöglichung des Standortwechsels eines Unternehmens. In der Sache „Daily Mail“¹⁰⁰ ging es um ein steuerrechtliches Wegzugshindernis. Die wirtschaftliche Grundlage von der beschränkenden Regelung war in der Sache „Daily Mail“ die Besteuerung von stillen Reserven bei dem Wegzug der Gesellschaft. Das damalige englische Steuerrecht hat dieses Problem dadurch gelöst, dass es den Umzug von einer Zustimmung des Finanzministeriums abhängig gemacht hatte. Das Finanzministerium hat seinerseits als Voraussetzung von dieser Zustimmung von Realisierung der stillen Reserven gefordert, was zu deren Besteuerung

⁹⁶ Vgl. *Kutt, Florian*, Grenzüberschreitende Kapitalgesellschaften und ihre Besteuerung im deutschen Recht, S. 132 ff.

⁹⁷ EuGH, Urteil v. 20.4.1999, Rs. C-311/97 „Royal Bank of Scotland“, Slg. 1999, 2664.

⁹⁸ Ebendort, Rn. 34.

⁹⁹ Ebendort, Rn. 19.

¹⁰⁰ EuGH Urteil v. 27.9.1988 (oben Fn. 45).

führt.¹⁰¹ Im Endeffekt wurde dadurch ein steuerrechtlicher Nachteil mit dem Standortwechsel geknüpft. Der EuGH hat dieses steuerliche Wegzugshindernis bei dem damaligen Stand des Gemeinschaftsrechts für zulässig erklärt.

Ein ähnliches Ergebnis kann ohne Zustimmungsverfahren dadurch erreicht werden, dass der Wegzug der Gesellschaft einer Realisierung von den stillen Reserven gleichgestellt wird. Die Vereinbarkeit von einer Regelung, die Sofortbesteuerung der stillen Reserven einer Gesellschaft aufgrund Verlegung ihres steuerlichen Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat vorsieht, mit der Niederlassungsfreiheit ist noch nicht durch den EuGH untersucht worden. Der EuGH hat sich aber mit einer vergleichbaren Konstellation bezüglich einer natürlichen Person in der Sache „Lasteyrie du Saillant“¹⁰² auseinandergesetzt. In diesem Fall ging es um eine französische Regelung, die an die Verlegung des steuerlichen Wohnsitzes von natürlichen Personen in Ausland eine Besteuerung der Wertsteigerungen bestimmter Wertpapiere knüpfte. Dadurch wurden die Personen, die ihren Wohnsitz in Ausland verlegten gegenüber Steuerpflichtigen, die in Frankreich bleiben benachteiligt. Bei Letzteren wurden die latenten Wertsteigerungen erst dann besteuert, wenn sie diese tatsächlich realisieren.

Der EuGH hat diese Regelung als eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit angesehen und für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht erklärt. In seiner Ausführungen hat der EuGH betont, dass obwohl die Niederlassungsfreiheit nach dem Wortlaut des EGV insbesondere die Inländergleichbehandlung im Aufnahmemitgliedstaat sichern solle, verbiete sie auch die Wegzugsbeschränkungen der eigenen Staatsangehörigen. Dieses Beschränkungsverbot gelte auch in Bezug auf steuerrechtliche Vorschriften.¹⁰³ Der EuGH hat dadurch nicht das Recht der Mitgliedstaaten verneint, Steuerflucht zu bekämpfen und die in ihrem Gebiet erwirtschafteten Wertzuwächse zu besteuern. Dies ist jedoch durch solche Mittel zu verwirklichen, die keine mobilitätshindernde Auswirkungen haben.¹⁰⁴ Als solches Mittel zur Gewährung der steuerlichen Forderungen gegenüber weggezogenen Personen hat die portugiesische Regierung die enge Zusammenarbeit und Austausch von Information zwischen den zuständigen Behörden in allen Mitgliedsstaaten genannt.¹⁰⁵

Die „Lasteyrie du Saillant“ Entscheidung ist ein wichtiger Schritt zur weiteren Liberalisierung der Mobilitätsbedingungen auf dem Binnenmarkt, bezieht sich jedoch auf natürliche Personen. Es ist fraglich inwieweit der Aussagen des EuGH in dieser

¹⁰¹ Vgl. ebendort, Rn. 8.

¹⁰² EuGH, Urteil v. 11.3.2004, Rs. C-9/02 „Hughes de Lasteyrie du Saillant“, Slg. 2004, I-2409.

¹⁰³ Ebendort Rn. 42, 44.

¹⁰⁴ Ebendort Rn. 54.

¹⁰⁵ Ebendort Rn. 35.

Entscheidung auch auf Gesellschaften Anwendung finden können. Einige Autoren sind der Auffassung, dass diese Rechtsprechung nur für Fälle der Wegzugsbesteuerung von Privatpersonen einschlägig ist und im Betriebsvermögen sollen andere Grundsätze gelten.¹⁰⁶

Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur ist jedoch die Wegzugsbesteuerung auch in den Fällen der inländischen Gesellschaften nicht gerechtfertigt.¹⁰⁷ Es besteht kein überzeugender Grund die natürlichen Personen und die Gesellschaften als Steuerpflichtige Rechtssubjekte unterschiedlich zu behandeln sind. Die Komplexität der rechtlichen Natur des Unternehmens, die direkte Übertragung von der Regelung der Mobilität von Individuen auf Gesellschaften nach dem Wortlaut des Art. 48 EGV unmöglich macht, ist in dem Bereich des Steuerrechts nicht einschlägig. Ein weiteres Argument für die Anwendbarkeit der „Lasteyrie du Saillant“ Entscheidung auf Gesellschaften ist der ausdrückliche Verweis darauf durch den EuGH in der „SEVIC“ Entscheidung.¹⁰⁸ „Lasteyrie du Saillant“ kann folglich als relevant für die steuerrechtlichen Wegzugshindernisse für Gesellschaften angesehen werden.

Die „Lasteyrie du Saillant“ Entscheidung ist daher ein weiterer Meilenstein für die Gewährung von Unternehmensmobilität in der EU, der die restriktiven Folgen von „Daily Mail“ teilweise überholt. Angemessen an den gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts sind steuerrechtliche Wegzugshindernisse, die durch Aufdeckung von stillen Reserven die Steuerneutralität des Umzuges verfälschen, unvereinbar mit der Niederlassungsfreiheit. Insoweit ist auch die „Daily Mail“ überholt worden: die dort als zulässig gesehene Wegzugsbeschränkung kann nicht eine Prüfung an Maßstab von „Lasteyrie du Saillant“ überstehen. Dadurch werden immerhin die kollisionsrechtlichen Interpretationen der Aussagen in „Daily Mail“ nicht angetastet.¹⁰⁹ Der Gegenstand von „Lasteyrie du Saillant“ ist eine sachrechtliche Beschränkung und es wäre inkonsequent kollisionsrechtliche Schlüsse bezüglich Gesellschaften auf dieser Rechtsprechung zu stützen.

b) Mitbestimmungsprobleme

Die Arbeitnehmermitbestimmung hat eine spezifische Auswirkung auf die Unternehmensmobilität. Anders als die bisher betrachteten Mobilitätshindernisse ist die Mitbestimmung ein Element von der internen rechtlichen Organisation des Unternehmens

¹⁰⁶ In diesem Sinne *Kleinert, Jens / Probst, Peter*, Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 11. 3. 2004 Rs. C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, DB 13/2004, S. 673.

¹⁰⁷ Vgl. *Schiessl* (oben Fn. 31), S. 653.

¹⁰⁸ EuGH Urteil v. 13.12.2005 (oben Fn. 73), Rn. 23. In diesem Sinne auch *Schmidtbleicher, Roland*, Verwaltungssitzverlegung deutscher Kapitalgesellschaften in Europa: „Sevic“ als Leitlinie für „Cartesio“?, BB 12/2007, S. 616.

¹⁰⁹ Anders *Schmidtbleicher* (oben Fn. 108), der „Lasteyrie du Saillant“ als ein allgemeines Verbot der Wegzugsbeschränkungen, auch die Auflösung einer Gesellschaft aufgrund Verlegung des Verwaltungssitzes in Ausland, interpretiert – S. 615; *Jestädt* sieht sowohl „Lasteyrie du Saillant“ als *overruling* der „Daily Mail“ an: (oben Fn. 22), S. 140 f.

(m.a.W. ein Teil des Gesellschaftsstatuts) und nicht eine externe Regelung von seiner wirtschaftlichen Tätigkeit. Die Kompetenzteilung von den Organen einer Gesellschaft und deren Beschlussfassungsprozess können nicht an die Niederlassungsfreiheit gemessen werden, da die Grundfreiheiten an die Mitgliedstaaten gerichtet sind. Die Tatsache, dass die Mitbestimmungsgesetze zu der zwingenden Errichtung bestimmter Organe für bestimmte Gesellschaftsformen vorsehen, ändert diesen Schluss nicht. Dieser Eingriff in der organisatorischen Struktur des Unternehmens kann nicht anders beurteilt werden, als die gesellschaftsrechtliche Regelung zum Schutz bestimmten Interessengruppen, wie Gläubiger oder Minderheitsgesellschafter. Die Mitbestimmungsregelung ist vorhersehbar und zählt zu den Organisationskosten der wirtschaftlichen Tätigkeit.

Die Rechtsprechung des EuGH hat immerhin eine mittelbare Wirkung auf die Mitbestimmung als potentiell Mobilitätshindernis. Das Verbot von Eingriffen in der Organisationsstruktur ausländischer Gesellschaften durch innerstaatliches materielles Recht gilt auch für die Mitbestimmungsvorschriften.¹¹⁰ Der Kern von der durch den EuGH in „Centros“ und „Inspire Art“ erklärten freien Rechtsformwahl besteht in der Möglichkeit die wirtschaftliche Tätigkeit in der meist effizienten rechtlichen Form, die in den Mitgliedstaaten existiert, zu organisieren. Diese Wahlfreiheit wird in der Regel auch unter Berücksichtigung der Mitbestimmungsvorschriften ausgeübt. Dadurch führt die Rechtsprechung des EuGH praktisch zu einer Verdrängung der strengen Mitbestimmungsregeln, die sich auch möglicherweise als mobilitätshindernd auswirken können.¹¹¹ Es muss jedoch beachtet werden, dass diese Entwicklung nur die künftigen Unternehmungen begünstigt. Die Gesellschaften, die schon gegründet worden sind, können logischerweise nicht mehr von der freien Rechtsformwahl Gebrauch machen.

4. Würdigung der Rechtsprechung des EuGH

Die Analyse der Auswirkungen von der Rechtsprechung des EuGH auf die bestehenden Mobilitätshindernisse führt eindeutig zu dem Schluss, dass diese eine grundlegende Bedeutung für die Gewährung der Unternehmensmobilität auf dem Binnenmarkt hat. Gestützt auf Art. 43 und 48 EGV, der EuGH hat die grenzüberschreitende Verlegung der wirtschaftlichen Tätigkeit in vielen Fällen ermöglicht, die davor aufgrund diverser Hindernisse unmöglich oder mit zusätzlichen Kosten verbunden waren.

Ohne Zweifel, die praktisch wichtigsten Implikationen von der EuGH-Rechtsprechung sind auf die kollisionsrechtlichen Hindernisse für die Mobilität von Gesellschaften. Die Verdrängung von der restriktiven Sitztheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts und die

¹¹⁰ Vgl. Müller-Bonanni (oben Fn. 33), S. 484 f.

¹¹¹ Ders. S. 487-488.

Gewährung von Anerkennung der EU-ausländischen Gesellschaften haben zu einem steigenden Ausmaß an Unternehmensmobilität auf dem Binnenmarkt geführt. Die Analyse von den empirischen Auswirkungen der „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ Rechtsprechung des EuGH hat eine dramatisch steigende Anzahl von Neugründungen ausschließlich in EU-Ausland tätiger Gesellschaften ergeben.¹¹²

Es ist bemerkenswert, dass die Gründungen von Gesellschaften in ausländischen Rechtsordnungen nicht gleichverhältnismäßig mit Senkung der heimischen Neugründungen verbunden sind. Das ist damit zu erklären, dass ein Teil von den Neugründungen bei der früheren beschränkten Rechtsformwahlmöglichkeit überhaupt nicht stattfinden würde.¹¹³ Von dieser empirischen Beobachtung können zwei Schlüsse gezogen werden. Erstens, die Ermöglichung von der Unternehmensmobilität hat eine unmittelbare positive Auswirkung auf die Optimierung der Organisationskosten einer Unternehmung und trägt damit auch für die Dynamisierung der wirtschaftlichen Aktivitäten auf dem Binnenmarkt bei. Zweitens, diese Entwicklung hat Bedeutung vor allem für die kleineren Unternehmen, bei denen die Gründungs- und Organisationskosten ein wesentlicher Teil in der allgemeinen Kostenstruktur darstellt. Damit hat der EuGH die Unternehmungsinitiative insbesondere für KMU auf dem Binnenmarkt gefördert, was im Einklang mit den wichtigen gegenwärtigen rechtspolitischen Zielen der EU ist.¹¹⁴ Die Rechtsprechung des EuGH zur Beseitigung der Hindernisse für Umstrukturierung und der negativen steuerlichen Implikationen der Mobilität hat dazu die Ausübung von den neuen Wahlmöglichkeiten praktisch umsetzbar gemacht.

Bei der Würdigung der Rechtsprechung muss es immerhin berücksichtigt werden, dass der EuGH nur die Zuzugsperspektive der Mobilität von Gesellschaften von kollisionsrechtlichen Hindernissen entlastet hat. In Bezug auf die kollisionsrechtlichen Folgen der Verlegung des Verwaltungssitzes in Ausland ist aber immer noch die restriktive Position in der „Daily Mail“ Entscheidung geltend. In der Literatur wird auch die Auffassung vertreten, dass die Niederlassungsfreiheit das Recht einer Verwaltungssitzverlegung ohne Wechsel der *lex societatis* gewähre und „Daily Mail“ Entscheidung überwunden worden sei.¹¹⁵ Die Analyse der bisherigen Rechtsprechung hat es aber klar gemacht, dass der EuGH soweit keinen ausdrücklichen Abstand von dem „Daily Mail“ Urteil in Bezug auf die kollisionsrechtlichen Hindernisse genommen hat.

¹¹² Genaue Angaben über die in England gegründeten Gesellschaften in *Becht, Marco / Mayer, Colin / Wagner, Hannes*, Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of Entry, ECGI, Law Working Paper N° 70/2006, S. 28.

¹¹³ Ebendort, S. 6.

¹¹⁴ Siehe oben A.III, Fn. 13.

¹¹⁵ So *Mucciarelli* (oben Fn. 14) S. 24 f.; *Schmidtbleicher* (oben Fn. 108) S. 615.

Diese Unvollständigkeit der Unternehmensmobilität ist zu bedauern. Der EuGH lässt i.d.R. die wirtschaftlichen Freiheiten des EGV unabhängig davon gelten, ob die Beschränkungen von dem Herkunftsstaat oder dem Bestimmungsstaat eingeführt worden sind. Es besteht kein überzeugendes Argument von dieser Vorgehensweise bei der Niederlassungsfreiheit für den Wegzug einer Gesellschaft Ausnahme zu machen.¹¹⁶ Dies wäre auch mit dem Argumentation der Zuzugsrechtsprechung inkonsequent. Es besteht kein legitimes Interesse der Mitgliedstaaten von den Unternehmen zu verlangen, ihren Standort in Inland zu behalten, wenn sie nach inländischem Gesellschaftsrecht organisiert sind. Hinter solcher Regelung steckt der protektionistische Zweck die Transaktionskosten des Wegzuges hoch zu behalten, damit die Unternehmen ihre wirtschaftliche Tätigkeit nicht im Ausland verlegen, obwohl die ökonomische Lage dort bessere Chancen anbietet. Des Weiteren, diese Unkohärenz der Rechtsprechung führt zu einer Ungleichbehandlung der Unternehmen auf dem Binnenmarkt. Dadurch sind die schon gegründeten in Staaten mit restriktivem Kollisionsrecht Gesellschaften gegenüber die künftig gründenden Gesellschaften benachteiligt, da die letztere die Möglichkeit einer Rechtsformwahl, deren Gründungsordnung keine Wegzugshindernisse vorsieht, haben. Als Folge sind die Opportunitätskosten der Mobilität von den alten und neuen Gesellschaften unterschiedlich.¹¹⁷ Es wird zu begrüßen sein, wenn der EuGH in seiner „Cartesio“ Entscheidung diese Lage ändern wird.

Neben den unmittelbaren Auswirkungen auf die Unternehmensmobilität ist noch einen Nebeneffekt der Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen, nämlich deren Auswirkung auf die mitgliedstaatliche Gesetzgebung und die europäische Rechtsetzung.

a) Legislatorischer Wettbewerb: wird ein „race to the bottom“ stattfinden?

Die Verdrängung von der Sitztheorie durch die Rechtsprechung des EuGH hat als Nebeneffekt eine Verschärfung des Wettbewerbs zwischen den Rechtsordnungen in den EU-Mitgliedstaaten in dem Bereich des Gesellschaftsrechts.¹¹⁸ Das Phänomen des legislatorischen Wettbewerbs umfasst die allgemeinen rechtlichen Rahmensbedingungen zur Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten und besteht in dem Bestreben der Staaten zusätzliche rein regulatorische Anreize für die Niederlassung von Unternehmen zu schaffen. In den Staaten, die die Sitztheorie folgen, kann das nationale Gesellschaftsrecht kein isolierter Wettbewerbsparameter im legislativen Wettbewerb darstellen, da die Unternehmen gezwungen sind, sich in einer inländischen Gesellschaftsform zu organisieren. In Sitztheorie-

¹¹⁶ So *Behrens* (oben Fn. 17), S. 205.

¹¹⁷ Vgl. Kommission SEC(2007)1707 (oben Fn. 21), S. 12 f.

¹¹⁸ Vgl. *Berner, Olaf / Spindler, Gerald*, *Inspire Art – der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet*, RIW 12/2003, S. 949.

Staaten ist also das Gesellschaftsrecht mit den anderen wirtschaftsrelevanten Rechtsbereichen, wie etwa Steuerrecht, Arbeitsrecht und Wettbewerbsrecht, in einem regulatorischen Paket verkoppelt.¹¹⁹

Durch die Ermöglichung freier Rechtsformwahl in der EU wird jedoch das Gesellschaftsrecht von diesem regulatorischen Paket „entkoppelt“. Dies begründet die Analogien mit dem heftigen Standortwettbewerb im Bereich Gesellschaftsrecht, der in den USA stattgefunden hat.¹²⁰ Aus diesem Grund wird es von manchen befürchtet, dass ein ähnliches „race to the bottom“ entstehen wird,¹²¹ wobei die Mitgliedstaaten durch ein laxes Gesellschaftsrecht Gründer zugunsten Gläubiger und Minderheitsgesellschafter zu locken versuchen werden. Ob diese Gefahr realistisch ist, kann es aufgrund Analyse der Angebots- und Nachfrageseite für ein laxes Gesellschaftsrecht auf dem Binnenmarkt eingeschätzt werden.

Auf die Angebotsseite sind die Mitgliedstaaten, die bereit ihre Gesellschaftsrechte zu liberalisieren sein würden, soweit die Gewinne von den dadurch angezogenen Neugründungen die Kosten davon übersteigen. Welche können die Nutzen von Gesellschaftsgründungen für einen Staat sein? In den USA spielt der fiskalische Anreiz der Inkorporationssteuer (*franchise tax*) eine bedeutende Rolle für den legislatorischen Wettbewerb.¹²² In der EU ist aber eine solche Steuer nicht zulässig¹²³ und kann kein Reformanreiz darstellen. Ein anderer wirtschaftlicher Vorteil von der Anziehung der Neugründungen kann die steigende Beschäftigung in dem Beratungssektor sein. Die Liberalisierung des Gesellschaftsrechts ist aber auch mit Kosten verbunden. Die direkten Kosten umfassen die Ausarbeitung der neuen Regeln, deren Umsetzung durch die Legislatur, Bekanntmachung und Interpretation.¹²⁴ Die Verschlechterung von der rechtlichen Lage der Gläubiger bringt mit sich höhere Kosten für die Unternehmensfinanzierung, die auch zu berücksichtigen sind. Es ist folglich den Schluss zu ziehen, dass nur relativ kleinere Mitgliedstaaten, wo der begünstigte Beratungssektor eine starke Lobby bilden kann und die allgemeinen internen negativen wirtschaftlichen Effekte verhältnismäßig gering sind, bereit sein würden, eine Deregulierung anzubieten.

¹¹⁹ Vgl. *Kirchner, Christian / Painter, Richard / Kaal, Wulf*, Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe, ECFR 2/2005, S. 160 f.

¹²⁰ Ausführlich in *Merkt, Hanno*, US-Amerikanisches Gesellschaftsrecht, Rn. 17 ff.

¹²¹ Vgl. *Habersack* (oben Fn. 40) und die dort erwähnten Autoren, S. 19.

¹²² In Delaware betrug der *franchise tax* in 1996 24,9% von dem gesamten Steuereinkommen, *Becht et. al.* (oben Fn. 112), S. 6.

¹²³ Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 10 lit. a) von RL 69/335/EWG.

¹²⁴ Ausführlicher in *Kirchner et. al.* (oben Fn. 119), S. 169.

Auf die Nachfrageseite sind die Gesellschaftsgründer, die eine kostenoptimale Organisationsform für ihr Unternehmen brauchen. Ein liberales Gesellschaftsrecht wird aber nicht in allen Fällen kostenoptimal sein. Angesichts der höheren Finanzierungskosten ist es vor allem für kleinere Unternehmen, die hauptsächlich durch die Gesellschafter selbst finanziert werden. Für Unternehmen, die von Fremdfinanzierung stärker abhängig sind, wird ein strengeres Gesellschaftsrecht, das unter Anlegern höheres Vertrauen findet, vorteilhafter sein.¹²⁵

Folglich wird auch ein laxes Gesellschaftsrecht nicht in allen Fällen die Neugründungen zu dem anbietenden Mitgliedstaat heranziehen. Vielmehr wichtiger ist die Flexibilität von den vorhandenen Gesellschaftsformen, die eine Optimierung der Organisationskosten von Unternehmen mit unterschiedlicher Größe und Struktur ermöglichen. Es ist folglich zu erwarten, dass die Rechtsprechung des EuGH nicht zu einem „race to the bottom“ führen wird. Der legislatorische Wettbewerb wird sich eher in einer Flexibilisierung des Gesellschaftsrechts auswirken, die eine Kostensenkung ermöglicht.¹²⁶ Dies wird sich auch auf die Senkung von den Mobilitätskosten für Unternehmen positiv auswirken.¹²⁷

b) Rechtsprechung und Rechtsetzung

Die Rechtsprechung des EuGH gibt wichtige Impulse für die weitere Rechtsintegration durch Angleichung, bzw. Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte auf dem Binnenmarkt. Wie in allen Politikbereichen der EU verlangt auch die europäische Rechtsetzung im Gesellschaftsrecht ein pragmatisches Vorgehen und politische Kompromisse. Durch die Erweiterung der EU auf 27 Mitgliedstaaten wird es der gemeinsame Nenner immer kleiner und daher auch die Kompromissbereitschaft ist geringer.¹²⁸

Ein von den Gründen für die Zurückhaltung der Staaten war die herrschende Sitztheorie des Internationalen Gesellschaftsrechts in Europa. Wenn die ganze Bestimmung von der Schutz- und Funktionsregelung der Gesellschaften in der ausschließlichen Zuständigkeit von dem Staat ist, wo die Gesellschaften ihre tatsächliche Sitzt haben, hat dieser Staat wenige Gründe dafür Rechnung zu tragen, dass das Gesellschaftsrecht in anderen Staaten unterschiedlich ist. Wegen der Sitztheorie hat das Kollisionsrecht wenig für die Harmonisierung des

¹²⁵ Beispiele in Kommission SEC(2007)1707 (oben Fn. 21), S. 17 f.

¹²⁶ So auch *Becht et. al.* (oben Fn. 112), S. 23.

¹²⁷ Vgl. der deutsche Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen von 7.1.2008, wodurch die noch bestehenden kollisionsrechtlichen Wegzugshindernisse für nach dem deutschen Recht gegründete Gesellschaften beseitigt werden. Dadurch wird neben anderen Problemen auch ein Kostennachteil des deutschen Gesellschaftsrechts bezüglich Unternehmensmobilität gelöst.

¹²⁸ Vgl. *Habersack* (oben Fn. 40), S. 20.

Gesellschaftsrechts in der EU beigetragen.¹²⁹ Die Verdrängung von der Sitztheorie durch die Rechtsprechung des EuGH hat also einen steigenden politischen Druck zu Harmonisierung des Gesellschaftsrechts verursacht, da sie die Dominierung von Gesellschaftsformen aus Rechtsordnungen, die der Rechtstradition einer großen Mehrheit der Mitgliedstaaten zuwiderlaufen, ermöglicht hat.¹³⁰

Die europäische Rechtsetzung im Bereich Gesellschaftsrecht wurde auf dieser Weise durch die Rechtsprechung des EuGH in Bewegung geraten. Der gestiegene Druck zur Harmonisierung hat zu der Verabschiedung von Rechtsakten, die lange Zeit erfolglos diskutiert worden sind. Die Auswirkung der Rechtsprechung auf die Rechtsetzung ist durch die Verabschiedung von der 10. RL über die grenzüberschreitende Verschmelzung veranschaulicht worden.¹³¹ Das 20 Jahre lang dauerte Gesetzgebungsverfahren wurde nach dem Erlass von den Schlussanträgen von GA *Tizzano* in der Sache „SEVIC“¹³² und etwa zwei Monate vor dem Erlass des Urteils, womit die grenzüberschreitende Verschmelzung als ein auf der Niederlassungsfreiheit gestütztes Recht anerkannt wurde, erfolgreich beendet.¹³³

D. Initiativen der Kommission zur Förderung der Mobilität

Die politischen Initiativen der Kommission haben neben der Rechtsprechung des EuGH eine zentrale Bedeutung für die Verwirklichung des Binnenmarktes. Da die Unternehmensmobilität unentbehrlich für die Errichtung des Binnenmarktes ist, wird diese auch durch die Kommission unterstützt. Es ist jedoch nicht aus den Augen zu verlieren, dass die Unternehmensmobilität kein rechtspolitisches Ziel an sich ist, sondern nur ein der Mittel zur Verbesserung der Ressourcenallokation auf dem Binnenmarkt darstellt. Die positiven wirtschaftlichen Effekte von der Mobilität setzen einen „standortneutralen“ Regelungsrahmen voraus, damit die Unternehmenswanderungen nur durch ökonomische Gesichtspunkte beeinflusst sind. Die Initiativen der Kommission in Bezug auf die Mobilität sind also zweifältig: einerseits wird die Mobilität durch Senkung deren Kosten gefördert, andererseits wird die Mobilität durch Beseitigung von rein regulatorischen Anreizen aufgrund Regelungsunterschiede in den Mitgliedstaaten nach Rentabilitätsgesichtspunkten gesteuert.

Das wichtigste Instrument zur Erreichung dieser rechtspolitischen Ziele ist das gemeinschaftliche Rechtsetzungsverfahren, in der die Kommission auf einem

¹²⁹ Vgl. *Buxbaum, Richard, Hopt, Klaus*, Legal Harmonization and the Business Enterprise, S. 227.

¹³⁰ Vgl. *Spindler / Berner* (oben Fn. 118), S. 955.

¹³¹ 10. RL 2005/56/EG, siehe unten D.I.1.a).

¹³² Oben Fn. 30.

¹³³ Vgl. *Behrens, Peter*, Die neue Lektion aus Luxemburg zur internationalen Mobilität von Gesellschaften: Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind möglich! (editorial), *EuZW* 3/2006, S. 66.

Vorschlagsmonopol verfügt.¹³⁴ Das eine Ziel, die Steuerung der Mobilität, wird durch Integration der Rechtsordnungen auf dem Binnenmarkt verfolgt. Diese Rechtsintegration umfasst die Angleichung bzw. Harmonisierung der nationalen Rahmensbedingungen, damit sie kein ausschlaggebender Standortwahlfaktor darstellen.¹³⁵ Das zweite Ziel, die Förderung der Mobilität, kann durch die Einführung von rechtlichen Möglichkeiten, die die Mobilitätskosten senken, erreicht werden. Damit entsteht eine neue positive Regelung, die grenzüberschreitende Aktivitäten ermöglicht. Angemessen an die oben ausgeführten Mobilitätshindernisse werden dadurch die gesellschaftsrechtlichen Hindernisse überholt, die die Form einer fehlenden Regelung haben können.¹³⁶

Die Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz auf dem Binnenmarkt wird durch die Senkung von Mobilitätskosten für Unternehmen nicht automatisch erreicht. Eine allgemeine Kostenoptimierung wird nur dann erreicht, wenn die von den Unternehmen gesparten Mobilitäts- und Organisationskosten nicht eine Steigerung der Kosten von anderen wirtschaftlichen Akteuren bewirkt. Die steigende Anzahl von ausländischen Gesellschaften, die in einer bestimmten Rechtsordnung tätig sind führt zu einem gewissen Informationsmangel, derer Überwindung mit Kosten für die anderen Marktteilnehmer verbunden ist. Um diesen negativen Nebeneffekt der Unternehmensmobilität zu beschränken, hat die Kommission Initiativen zur Erleichterung von dem Zutritt zur gesellschaftlichen Informationen unternommen. Dadurch wird ein Informationsmodell angestrebt, das die Transaktionskosten für grenzüberschreitende Aktivitäten senken wird.¹³⁷

I. Rechtsetzungsimpulse

Bei der Geltung der Sitztheorie war das Gesellschaftsrecht ein wichtiges Element von den wirtschaftsrelevanten Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten. Aus diesem Grund waren die Bemühungen der Kommission hauptsächlich auf die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts konzentriert. In der Periode zwischen 1968 und 1989 gestützt auf Art. 44 Abs. 2 lit. g) EGV wurden neun Richtlinien¹³⁸ und eine Verordnung¹³⁹ erlassen, womit ein äquivalentes Schutzniveau der Gesellschafter und Dritter in der gesamten EU angestrebt wurde. Das Gesellschaftsrecht ist auf dieser Grundlage das Gebiet des Privatrechts, welches

¹³⁴ Nicolaysen, Gert, *Europarecht I*, S. 311 f.

¹³⁵ Ausführlich die Grundprinzipien der Rechtsintegration in *Schwarz* (oben Fn. 15), S. 7.

¹³⁶ Siehe oben B.II.

¹³⁷ Über das Konzept des Gläubigerschutzes durch Information vgl. *Behrens* (oben Fn. 9), S. 14 f.

¹³⁸ 1. RL 68/151/EWG; 2. RL 77/91/EWG; 3. RL 78/855/EWG; 4. RL 78/660/EWG; 6. RL 82/891/EWG; 7. RL 83/349/EWG; 8. RL 84/253/EWG; 11. RL 89/666/EWG; 12. RL 89/667/EWG.

¹³⁹ VO 2137/85/EWG.

durch das europäische Recht am stärksten beeinflusst ist und in dem die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Privatrechte am weitesten fortgeschritten ist.¹⁴⁰

Dieses Konzept der Komplettharmonisierung hat jedoch gewisse Mängel aufgewiesen. Da die Verabschiedung von einem Rechtssetzungsakt die Erreichung eines politischen Kompromisses voraussetzt, ist es ziemlich schwierig diese Harmonisierungsakten zu revidieren, als sie einmal verabschiedet worden sind. Nachdem sich die Mitgliedstaaten auf ein bestimmtes Konzept in einem Bereich des Gesellschaftsrechts geeinigt und eine entsprechende RL umgesetzt haben, ist es sehr schwierig, diese Richtlinie und das ihr zugrundeliegende Konzept zu verändern. So führt die Harmonisierung zu einer „Versteinerung“ des Gesellschaftsrechts,¹⁴¹ die die Anpassung an künftige Entwicklungen erschwert und damit die Reformfähigkeit mindert.

Des Weiteren, die Komplettharmonisierung des Gesellschaftsrechts ist durch die jüngere Rechtsprechung des EuGH obsolet geworden. Die Gewährung von einer freien Rechtsformwahl auf dem ganzen Binnenmarkt führt zu einer „Entkoppelung“ des Gesellschaftsrechts von den allgemeinen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Da die Unternehmen nicht mehr gezwungen sind, sich nach der Rechtsordnung zu organisieren, wo sie tatsächlich tätig sind, kann das Gesellschaftsrecht nicht mehr so intensiv den Standortwahl beeinflussen. Die Harmonisierung kann in diesen neuen Bedingungen sogar als zweckswidrig angesehen werden, da sie die Flexibilität der Gesellschaftsrechte und daher die Wahlmöglichkeiten der Unternehmen verringert. Die gegenseitige Anpassung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten wird in der Zukunft vielmehr von dem entstandenen legislatorischen Wettbewerb beeinflusst, als zentralistisch gesteuert, was für die Steigerung der Effizienz förderlich ist. Die Rolle der Gemeinschaft verbleibt in diesem Zusammenhang auf der Ebene der Gewährung von gewissen Mindestschutzstandarten, was durch die bisherigen Harmonisierungsinitiativen im Prinzip schon erreicht ist.¹⁴²

Die „Steuerung“ der Unternehmensmobilität nach rein ökonomischen Gesichtspunkten und nicht etwa gesellschaftsrechtlichen Motiven ist also grundsätzlich durch die Rechtsprechung des EuGH erreicht und benötigt keine gemeinschaftlichen Maßnahmen im Bereich des Gesellschaftsrechts. Größere Bedeutung haben gegenwärtig die Initiativen der Kommission zur Förderung der Mobilität durch Senkung deren Kosten. Hier können zwei Herangehensweisen identifiziert werden. Der eine ist die Erleichterung der Mobilität von den

¹⁴⁰ Schwarz (oben Fn. 15), S. 5.

¹⁴¹ Vgl. die Konsultationspapier der Hocharangigen Expertengruppe auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts vom 21.06.2002, S. 5.

¹⁴² Vgl. Bericht der hocharangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa von 4. November 2002 (Winter-Bericht), S. 29.

existierenden Gesellschaftsformen und daher logischerweise von den schon gegründeten Gesellschaften. Der zweite ist die Schaffung von neuen supranationalen Gesellschaftsformen, die für grenzüberschreitende Aktivitäten besser geeignet sein sollen.

1. Initiativen zur Förderung der Mobilität existierender Gesellschaftsformen

Die Förderung der existierenden Gesellschaften erfolgt durch solche Rechtsetzungsinitiativen der Kommission, die die Schaffung von einer neuen positiven Regelung bestrebt. Zwei von den Initiativen der Kommission sind unmittelbar mit der Mobilität von Gesellschaften verbunden: die 10. RL über die grenzüberschreitende Verschmelzung und der Vorentwurf für eine 14. RL über die grenzüberschreitende Sitzverlegung.

a) 10. RL über die grenzüberschreitende Verschmelzung

Nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH ist die Ermöglichung grenzüberschreitender Umstrukturierungen von Unternehmen eine wichtigere Aufgabe der Gemeinschaftsorgane als die Beseitigung der gesellschaftsrechtlichen Unterschiede.¹⁴³ Deswegen kann die am 26.10.2005 verabschiedete 10. RL über die grenzüberschreitende Verschmelzung¹⁴⁴ als ein wichtiger Meilenstein für die Mobilität der Unternehmen im Binnenmarkt angesehen werden. Die wirtschaftliche Alternative von einer Verschmelzung ist die Vermögensübertragung und Liquidation der übertragenden Gesellschaft. Diese Alternative ist aber mit verschiedenen Komplikationen (wie z.B. frühzeitige Tilgung der gesellschaftlichen Verbindlichkeiten) sowie mit erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verbunden, die durch Verschmelzung vermieden werden können.

Die 10. RL wurde nahezu zeitgleich mit der oben ausgeführten „SEVIC“ Entscheidung des EuGH,¹⁴⁵ die die Zulassung grenzüberschreitenden Verschmelzungen bereits durch die Niederlassungsfreiheit erklärte, verabschiedet. Diese Tatsache ändert nicht die wichtige Bedeutung von der 10. RL, da erst sie hat einen rechtssicheren verfahrenstechnischen Rahmen eingeführt, mit dem zugleich auch die Interessen von den beteiligten Interessenvertreter angemessen Rechnung getragen wird. Das rechtssichere Verfahren hat auch unmittelbare Auswirkung auf die Mobilitätskosten, da dadurch die Risiken und Kosten des Vorgangs vom Anfang an überschaubar sind.

Der Regelungsbereich der 10. RL beschränkt sich auf die grenzüberschreitenden Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (Art. 1) und das Verfahren entspricht im Wesentlichen der durch die 3. RL harmonisierte Regelung für

¹⁴³ Vgl. *Behrens* (oben Fn. 9), Rn. 22.

¹⁴⁴ 10. RL 2005/56/EG.

¹⁴⁵ Siehe oben C.II.2.a).

inländische Umstrukturierung.¹⁴⁶ Die RL bietet Lösungen für die praktischen Probleme, die eine Verschmelzung, gestützt nur auf der Niederlassungsfreiheit ohne weitere positive Regelung, wesentlich erschweren.¹⁴⁷ So wird in der 10. RL das Zusammenwirken der zuständigen Behörden von den beteiligten Mitgliedstaaten geregelt, das die Rechtmäßigkeit des Vorgangs (Art. 10 und 11) und deren Publizität (Art. 6 und 13) sicherstellt. Des Weiteren ist eine Lösung für divergierendes Sachrecht betreffend die Wirksamkeitszeitpunkte der Verschmelzungen¹⁴⁸ vorgesehen: gemäß Art. 12 bestimmt sich der Wirksamkeitszeitpunkt nach dem Recht der übernehmenden Gesellschaft. Die äußerst kontroverse Frage der Mitbestimmung ist in der 10. RL auch geregelt, wobei das höchste Mitbestimmungsniveau behalten wird, das in den verschmelzenden Gesellschaften existiert hat (Art. 16).

Die 10. RL hat teilweise die „SEVIC“ Entscheidung des EuGH überholt und ein höheres Maß an Rechtsicherheit in diesem wichtigen für die Unternehmensmobilität Vorgang erstellt. Die Bestimmung von dem genauen Verhältnis zwischen den Anwendungsbereiche der 10. RL und der Entscheidung des EuGH ist immerhin sinnvoll, damit die Bedingungen für die unterschiedlichen Umstrukturierungskonstellationen geklärt werden. Erstens, die 10. RL unterscheidet nicht zwischen Herein- und Herausverschmelzung, während in dem „SEVIC“ Fall es um den ersten Fall ging. Dadurch wird die Interpretation unterstützt, die das von dem EuGH breit formulierte „SEVIC“ Urteil als maßgebend auch für Herausverschmelzungen ansieht.¹⁴⁹ Dies ist insoweit bedeutsam, dass der Anwendungsbereich der 10. RL auf Kapitalgesellschaften beschränkt ist (Art. 1). Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Personalgesellschaften wird also auch künftig an dem EGV und der „SEVIC“ Entscheidung gestützt.¹⁵⁰ In Ermangelung von positiver Regelung des Umstrukturierungsverfahrens dieser Gesellschaftsformen können immerhin die durch die 10. RL eingeführten Lösungen spezifischer Probleme bei grenzüberschreitenden Konstellationen analog angewendet werden.

Der größte Nutzen von der 10. RL ist für Gesellschaften, die in mehrere Mitgliedstaaten tätig sind, bzw. expandieren, da dadurch die Organisationsmöglichkeiten flexibilisiert werden. Die grenzüberschreitende Verschmelzung ist aber auch für die Mobilität im engen Sinne relevant,

¹⁴⁶ Vgl. *Bayer, Walter / Schmidt, Jessica*, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht (2004-2007), BB 2008, S. 456.

¹⁴⁷ Ausführlich die praktischen Probleme in *Geyrhalter, Volker / Weber, Thomas*, Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen SEVIC Systems und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 4/2006, S. 148 f.

¹⁴⁸ In den europäischen Ländern existieren zwei Modelle: Registereintragung oder Zustimmung den Hauptversammlungen aller beteiligten Gesellschaften; vgl. *ders.* S. 146.

¹⁴⁹ Herrschende Auffassung, vgl. *Behrens* (oben Fn. 74), S. 1686; *Geyrhalter / Weber* (oben Fn. 147), S. 150.

¹⁵⁰ Vgl. *Mucciarelli* (oben Fn. 14), S. 9; *Geyrhalter / Weber* (oben Fn. 147), S. 151.

da dadurch mittelbar die grenzüberschreitende Sitzverlegung ermöglicht wird: die Gesellschaft kann eine Tochtergesellschaft in dem Zuzugsrechtsordnung gründen und dann sich auf sie verschmelzen. Im Endeffekt führt diese zweistufige Aktion zu einem freiwilligen Statutenwechsel.¹⁵¹ Auf dieser Weise ist auch eine Möglichkeit zur Überwindung von der aufgrund inkonsequenter Rechtsprechung des EuGH entstandenen Ungleichbehandlung zwischen existierenden und künftig zu gründenden Gesellschaften gegeben.¹⁵²

Die Frage, ob die Verschmelzung von Mutter- auf Tochtergesellschaften (sog. „*Downstream Merger*“) von der 10. RL erfasst ist, ist jedoch streitig.¹⁵³ Wenn das nicht der Fall ist, würde diese Mobilitätsmöglichkeit auf „SEVIC“ stützen und daher mit zusätzlichen versteckten Kosten der Rechtsunsicherheit belastet sein. Der Wortlaut der 10. RL kann zwar die restriktive Auffassung begründen: laut Art. 2 Abs. 2 lit. c) ist der *upstream merger* ausdrücklich von dem Anwendungsbereich der RL erfasst, was *a contrario* den Schluss begründen kann, der *downstream merger* von der 10. RL nicht umfasst ist. Dieser Schluss steht allerdings der teleologischen Auslegung von der 10. RL entgegen. Der *downstream merger* weist keine spezifischen Probleme auf, die von der Regelung einer Verschmelzung selbständiger Gesellschaften nicht erfasst worden sind. Des Weiteren, die Konstellation einer *downstream merger* kann unter den Tatbeständen von Art. 2 Abs. 2 lit. a) und b) subsumiert werden. Es ist folglich zu schließen, dass dieser Vorgang von der 10. RL auch erfasst worden ist. Die Relevanz von Art. 2 Abs. 2 lit. c) bezieht sich nur auf die Möglichkeit von einem vereinfachten Verfahren nach Art. 15 in dem Fall eines *upstream merger*.

Die Mehrdeutigkeit von der RL in diesem Zusammenhang, als auch die Tatsache, dass ein doppelstufiges rechtliches Instrument für Verlegung des Satzungssitzes logischerweise mit höheren Kosten verbunden ist, machen es deutlich, dass durch die Verabschiedung der 10. RL eine Sitzverlegungs-RL nicht an Bedeutung eingebüßt hat.

b) Vorentwurf für eine 14. RL über die grenzüberschreitende Sitzverlegung

Die grenzüberschreitende Sitzverlegung ist nach dem in dieser Arbeit angenommene engere Definition gleichbedeutend mit der Mobilität von Gesellschaften und kann zwei Formen haben: Verlegung des Verwaltungssitzes und Verlegung des Satzungssitzes.¹⁵⁴ Aus diesem

¹⁵¹ Dieser Vorgang ist der einzige Möglichkeit für die Verlegung des Satzungssitzes einer Gesellschaft in den USA, vgl. *Romano, Roberta*, *The Genius of American Corporate Law*, S. 34 ff.

¹⁵² Siehe oben C.II.4.

¹⁵³ Auf der Auffassung ein *downstream merger* von der 10. RL erfasst sei, vgl. *Mucciarelli* (oben Fn. 14), S. 9; Kommission SEC(2007)1707 (oben Fn. 21), S. 37; auf der Gegenauffassung *Geyrhalter / Weber* (oben Fn. 147), S. 151.

¹⁵⁴ Siehe oben A.II.

Grund gebührt der Vorentwurf der Kommission für eine Sitzverlegungs-RL von 1997,¹⁵⁵ obwohl die RL noch nicht verabschiedet worden ist, gesonderte Betrachtung. Das Verständnis von der Bedeutung von diesem Entwurf für die Unternehmensmobilität auf dem Binnenmarkt setzt die Berücksichtigung von den Entwicklungen in diesem Bereich seit deren Bekanntmachung im 1997.

Wie bereits oben ausgeführt, die Hindernisse sind unterschiedlich für die zwei Formen der Mobilität: während die Verlegung des Verwaltungssitzes kollisionsrechtliche Probleme aufwirft, ist die Verlegung des Satzungssitzes (oder m.a.W. der freiwillige Statutenwechsel) durch das Fehlen einer positiven Regelung von solchem Vorgang gehindert.

Das durch den Entwurf für 14. RL gefolgte rechtspolitische Ziel hatte deutlich die Verlegung von dem Verwaltungssitz im Auge, die von der Verbreitung der Sitztheorie in vielen Mitgliedstaaten gehindert war.¹⁵⁶ Die Verdrängung von der Sitztheorie durch Harmonisierung des Kollisionsrechts ist problematisch, da dies einen unverhältnismäßigen Eingriff in das bestehende Recht der Mitgliedstaaten bedeuten würde.¹⁵⁷ Die Ermöglichung von der Satzungssitzverlegung ist ein mittelbares Mittel auch den Verwaltungssitzverlegung zu gewähren, ohne das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten anzutasten. So würde der Zuzug auch in Sitztheorie-Mitgliedstaaten möglich sein, obwohl unter der Voraussetzung einer Umwandlung in innerstaatlicher Gesellschaftsform, und damit das schwerste kollisionsrechtliche Hindernis für die Mobilität gemildert.

Diese Initiative von der Kommission könnte aber politisch nicht durchgesetzt werden. Inzwischen wurden die kollisionsrechtlichen Hindernisse für die Mobilität der Gesellschaften durch die Rechtsprechung des EuGH im Wesentlichen gelöst. Gegenwärtig ist nur der Wegzug aus einem Sitztheorie-Staat kollisionsrechtlich problematisch.¹⁵⁸ Damit wurde ein wichtiges rechtspolitisches Ziel der 14. RL von dem EuGH erfüllt, was nach einer Auffassung diese bedeutungslos gemacht habe.¹⁵⁹

Dagegen ist zu widersprechen, dass die Rechtsprechung des EuGH nur die Hindernisse für eine der beiden Formen der Mobilität beseitigt hat. Die Satzungssitzverlegung ist immerhin an sich ein wichtiger Aspekt der Unternehmensmobilität, der eine positive

¹⁵⁵ Oben Fn. 20; vgl. auch *Behrens, Peter*, Gesellschaften sollen Niederlassungsberechtigte gleichen Rechts werden, *EuZW* 12/1998, S. 353.

¹⁵⁶ Vgl. Erwägungsgrund 4 des Entwurfes. Die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte für das auf die Gesellschaften anzuwendende Recht führen zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen bei der Satzungssitzverlegung (siehe oben B.I.1). Diese Begründungslinie bezieht sich folglich implizit auf die Verlegung des tatsächlichen Sitzes.

¹⁵⁷ Vgl. die Begründung von dem Entwurf für eine 14. RL, *ZIP* 1997, S. 1772.

¹⁵⁸ Siehe oben C.II.4.

¹⁵⁹ So etwa *Jestädt* (oben Fn. 22), S. 145.

gesellschaftsrechtliche Regelung bedarf. Die rechtliche Natur von der Verlegung des Satzungssitzes im Ausland ist eine grenzüberschreitende formwechselnde Umwandlung,¹⁶⁰ oder m.a.W. das Wesen dieses Vorgangs ist ein freiwilliger Statutenwechsel. Dadurch wird eine höhere Kosteneffizienz von den Unternehmen auf dem Binnenmarkt ermöglicht, da die Wahl rechtlicher Organisationsformen auf allen in den Mitgliedstaaten existierenden Gesellschaftsformen erweitert wird. So können einem Unternehmen durch Umwandlung dessen Unternehmensträger in einer besser für die konkrete wirtschaftliche Tätigkeit geeigneten ausländischen Gesellschaftsform erheblichen Kosten gespart werden.¹⁶¹

Es ist zu berücksichtigen, dass der freiwillige Statutenwechsel auch unter dem geltenden Gesellschaftsrecht möglich ist: die 10. RL gewährt das rechtliche Instrument in einem doppelstufigen Verfahren eine Gesellschaft in eine ausländische Gesellschaftsform umzuwandeln. Da die Umsetzungsfrist für die 10. RL bis Dezember 2007 war, es gibt immer noch nicht genug empirische Dateien über die wirtschaftlichen Effekte von dieser neuen rechtlichen Möglichkeit. Die vergleichende Analyse von den Transaktionskosten bei einer grenzüberschreitenden formwechselnden Umwandlung und bei einer *downstream merger* anhand die existierenden Verfahrensformalitäten in den Mitgliedstaaten macht es deutlich, dass der direkte freiwillige Statutenwechsel mit weniger Kosten verbunden ist.¹⁶² Obwohl der Unterschied nicht dramatisch ist, er kann diese Form der Mobilität vor allem für solche KMU unattraktiv machen, für welche die Mobilitätskosten die durch die Umwandlung ersparten Kosten übersteigen. Wenn die direkte Umwandlung möglich wäre, würde sie also die Kostenersparung für einen breiteren Kreis von Unternehmen ermöglichen. Angesichts der Tatsache, dass die KMU eine wichtige Tragsäule der europäischen Wirtschaft darstellen,¹⁶³ blockiert dieser im Einzelfall unerheblicher Kostenunterschied aufgrund der Skaleneffekte die Möglichkeit von bedeutsamen Kostenersparnissen für die Wirtschaft der EU.

Der Umstand, dass das rechtliche Instrument für einen freiwilligen Statutenwechsel schon vorhanden ist, macht es auf der anderen Seite leichter die 14. RL politisch durchzusetzen, da die umstrittensten Fragen wie der Gläubiger- und Minderheitsgesellschafterschutz, sowie die Mitbestimmung der Arbeitnehmern, schon eine Lösung in der 10. RL gefunden haben. Diese Lösungen können unter Berücksichtigung der Besonderheiten eines Formwechsels im Vergleich zu dem Verschmelzungsvorgang auch in der 14. RL einbezogen werden. Die

¹⁶⁰ Vgl. Behrens (oben Fn. 9), Rn. 141.

¹⁶¹ Vgl. Kommission SEC(2007)1707 (oben Fn. 21), S. 43: nach Schätzungen der Italienischen Bank Assoziation würde die grenzüberschreitende Umwandlungsmöglichkeit nur für italienische Unternehmen zu 6 Milliarden Euro ersparten Kreditkosten führen.

¹⁶² Vgl. Kommission SEC(2007)1707 (oben Fn. 21), S. 40, Tabelle 13.

¹⁶³ Vgl. Krause (oben Fn. 12), S. 747.

Verabschiedung von der 14. RL ist also nicht nur immer noch nötig,¹⁶⁴ sondern auch politisch durchführbar.

Es ist deswegen zu bedauern, dass die Kommission das Projekt für eine 14. RL gegenwärtig gestoppt hat.¹⁶⁵ Hoffentlich wird die Entwicklung in der Sache „Cartesio“ vor dem EuGH einen Impuls für die erfolgreiche Verabschiedung der 14. RL geben, wie bereits das Verfahren in der Sache „SEVIC“ für die 10. RL der Fall war.¹⁶⁶

2. Initiativen zur Schaffung supranationaler Gesellschaftsformen

Die zweite Herangehensweise der Kommission zur Beseitigung von den Mobilitätshindernissen auf dem Binnenmarkt ist durch die Schaffung von supranationalen Gesellschaftsformen. Diese sollen durch ihre einheitliche Regelung in allen Mitgliedstaaten die grenzüberschreitenden Aktivitäten von den Unternehmen erleichtern und den Aufbau gemeinschaftsweiter Unternehmensstrukturen ermöglichen.¹⁶⁷ Die Kommission hat sich einerseits auf die Schaffung eines organisatorischen Rahmens für die Erleichterung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Unternehmen, die selbständig bleiben, gerichtet.¹⁶⁸ Zu diesem Ziel wurde im 1985 die EWIV¹⁶⁹ eingeführt, die kein Unternehmensträger sein darf, sondern nur der Kooperation zwischen ihren Mitgliedern dient (Art. 3 EWIV-VO). Eine weitere Organisationsform, die nicht als Unternehmensträger gedacht ist, sondern ein Mittel zu der Förderung gemeinnütziger Zwecke, ist der Europäischer Verein (EUV).¹⁷⁰ Die EWIV und der EUV sind allerdings für die Problematik der Unternehmensmobilität im engen Sinne irrelevant.

Andererseits hat die Kommission die Schaffung von neuen supranationalen Gesellschaftsformen angestrebt, die selbständige Unternehmensträger sein können und den oben ausgeführten Hindernissen der Mobilität dank ihrer supranationalen einheitlichen Regelung nicht mehr unterliegen. Die von der Kommission initiierten neuen Gesellschaftsformen sind die Europäische Aktiengesellschaft (SE),¹⁷¹ die Europäische Genossenschaft (SCE)¹⁷² und die Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft (EUGGES).¹⁷³

¹⁶⁴ So auch *Wymeersch, Eddy*, Is a directive on Corporate Mobility needed?, Financial Law Institute Gent, WP 2006-11, S. 7.

¹⁶⁵ Vgl. die Rede von Kommissar *McCreevy* v. 3.10.2007, SPEECH/07/592, S. 3.

¹⁶⁶ Vgl. *Behrens* (oben Fn. 74), S. 1688.

¹⁶⁷ Vgl. VO 2157/2001/EG (SE-VO), Erwägungsgründe 6 und 7.

¹⁶⁸ Vgl. *Behrens* (oben Fn. 9), Rn. 150.

¹⁶⁹ VO 2137/85/EWG (EWIV-VO).

¹⁷⁰ Vorschlag der Kommission v. 21.4.1992 für eine VO des Rates über das Statut des Europäischen Vereins, ABl. 1992, C 99/1.

¹⁷¹ SE-VO (oben Fn. 167).

¹⁷² VO 1435/2003/EG.

¹⁷³ Vorschlag der Kommission v. 21.4.1992 für eine VO des Rates über das Statut der Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft, ABl. 1992, C 99/40.

Während es der Kommission die ersten zwei Gesellschaftsformen durchzuführen gelang, wurde das EUGGES Projekt im 2005 endlich gestoppt.¹⁷⁴ Der Förderung von KMU ist durch eine Initiative zur Schaffung einer Europäischen Privatgesellschaft (SPE) von der Kommission Rechnung getragen worden, wobei ein Verordnungsvorschlag ist für spätestens Mitte 2008 angekündigt wurde.¹⁷⁵ Da die Regelung von der SCE grundsätzlich parallel zur SE-VO ausgestaltet ist,¹⁷⁶ gebührt diese Gesellschaftsform keine eigenständige Betrachtung. Diese Arbeit wird sich deswegen auf die Analyse der Auswirkungen von der SE und der SPE für die Unternehmensmobilität beschränken.

a) **Bedeutung der SE für die Unternehmensmobilität**

Die Kommission hat sich schon seit den 70-er Jahren um die Schaffung einer europäischen Aktiengesellschaft bemüht.¹⁷⁷ Die ursprüngliche Konzeption war die Schaffung von supranationalem Einheitsrecht für diese Gesellschaftsform und so bestand der erste Vorschlag auf mehr als 400 Artikel. Diese Konzeption stieß auf den Widerstand der Mitgliedstaaten und könnte nicht politisch durchgesetzt werden. Schließlich konnte auf dem Gipfel von Nizza vom 20.12.2000 ein Kompromiss erreicht werden¹⁷⁸ und die SE-VO wurde am 18.10.2001 verabschiedet.

Die Erreichung des politischen Kompromisses setzte einen weitgehenden Verzicht auf das ursprüngliche Konzept. So besteht die SE-VO aus nur 70 Artikeln, wobei es für die außer dem Umfang der SE-VO verbliebenen Fragen auf das mitgliedstaatliche Recht zurückgegriffen wird (Art. 9 SE-VO). Im Ergebnis bestehen somit diverse nationale Arten der SE, deren Statut in zahlreichen Partikularrechten unter einheitlichem Dach der SE-VO fällt. Es kann angenommen werden, dass es ebenso viele verschiedene SE gibt wie Mitgliedstaaten.¹⁷⁹

Das Ziel die Mobilitätshindernisse durch eine supranationale einheitliche Regelung zu beseitigen könnte also mit der SE nicht im vollen Umfang erreicht werden. Die sachrechtlichen Hindernisse für die Mobilität wurden in einer flankierenden RL über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE¹⁸⁰ und eine Änderung der Fusiosbesteuerungs-RL¹⁸¹

¹⁷⁴ Das EUV-Projekt wurde sowohl zurückgezogen: Ergebnis der Überprüfung von Vorschlägen, die sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befinden, KOM(2005) 462 endg., S. 8.

¹⁷⁵ Vgl. die Rede von Kommissar *McCreevy* v. 3.10.2007, SPEECH/07/592, S. 3.

¹⁷⁶ Vgl. *Bayer / Schmidt* (oben Fn. 146), S. 454.

¹⁷⁷ Erster Vorschlag der Kommission v. 30.6.1970 über ein Statut für Europäische Aktiengesellschaften, ABL 1970, C 124/1.

¹⁷⁸ Vgl. *Habersack* (oben Fn. 40), S. 398.

¹⁷⁹ Vgl. *Kuhn in: Janott, Dirk / Frodermann, Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – SE–, S. 24 f.

¹⁸⁰ RL 2001/86/EG (SE-ErgRL).

berücksichtigt. Die SE-ErgRL sieht grundsätzlich eine Erhaltung des Mitbestimmungsniveaus vor, das in den an der Gründung einer SE beteiligten Gesellschaften gilt (sog. „Vorher-Nachher-Prinzip“, Art. 7, Teil 3), mit der Möglichkeit von der Vereinbarung eines anderen Niveaus (Art. 3-6). Die Fusionsbesteuerungs-RL verbietet unter Behaltung bestimmter Voraussetzungen die Besteuerung von stillen Reserven aufgrund einer Umstrukturierung (Art. 4-5), bzw. Sitzverlegung (Art. 10b-10d) einer SE.

Die Bedeutung der SE für die Unternehmensmobilität ist vor allem den damit eingeführten Möglichkeiten für grenzüberschreitende Umstrukturierungen zu entnehmen. Zum ersten Mal wurde mit der SE-VO eine grenzüberschreitende Verschmelzung sekundärrechtlich geregelt und ermöglicht (Art. 17-31 SE-VO). Dieser Vorgang hat zwei Besonderheiten, die seine Geeignetheit als rechtliches Instrument der Mobilität wesentlich beschränken.

Erstens, bezieht sich die Regelung der Verschmelzung nur auf die Gründung einer SE. Weitere Umstrukturierungen werden sich nach der jeweiligen mitgliedstaatlichen Ordnung richten, wo die SE ihren Sitz hat (Art. 9 Abs. 1 lit. c)), d.h. etwaige grenzüberschreitenden Umstrukturierungen mit der Beteiligung einer SE unterliegen den allgemeinen auf die anderen innerstaatlichen Aktiengesellschaften (AG) anwendbaren Regeln und nicht der SE-VO. Zweitens, die Gründung einer SE durch grenzüberschreitende Verschmelzung ist nur für AG möglich (Art. 2 Abs. 2 SE-VO), womit mehr als 90% der Unternehmen auf dem Binnenmarkt, die in der Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisiert sind,¹⁸² aus diesem Vorgang ausgeschlossen sind. Somit verbleibt die Verschmelzung nach der SE-VO eher ein Instrument für die Reorganisation größerer Unternehmen, die schon in mehreren Mitgliedstaaten tätig sind, als eine Erleichterung der Unternehmensmobilität im engen Sinne.

Eine weitere bedeutsame für die Mobilität Innovation, die mit der SE eingeführt wurde, ist die Möglichkeit einer Satzungssitzverlegung nach dem Verfahren von Art. 8 SE-VO. Das Verfahren ermöglicht es einem Unternehmen unter Wahrung seiner Identität die wirtschaftliche Tätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und auf dieser Weise seine Organisationseffizienz zu verbessern.¹⁸³ Die Bedeutung dieser Möglichkeit ist aber sowohl von zwei Schranken verringert. Erstens, der Zugang zu der Rechtsform SE ist nur auf

¹⁸¹ RL 90/434/EWG, geändert hinsichtlich Sicherung der Steuerneutralität bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, bzw. Sitzverlegung einer SE oder SCE durch RL 2005/19/EG.

¹⁸² Vgl. Kommission SEC(2007)1707 (oben Fn. 21), S. 13.

¹⁸³ Vgl. ebenda, S. 16: Graphisoft SE rechnete mit einer jährlichen Ersparung von Verwaltungs- und Rechtsberatungskosten in Höhe von 150.000-200.000 EUR, aufgrund einer Verlegung des Sitzes von den Niederlanden nach Ungarn.

bestimmte Unternehmen beschränkt,¹⁸⁴ und somit auch das Sitzverlegungsverfahren. Zweitens, die SE ist nicht frei ihren Satzungssitz in einen beliebigen Mitgliedstaat zu verlegen, da gemäß Art. 7 SE-VO der Satzungssitz mit dem Verwaltungssitz gekoppelt ist und ein Verstoß gegen diese Verpflichtung durch eine zwingende Auflösung sanktioniert wird (Art. 64 Abs. 2 SE-VO). Damit bleibt die Rechtsform SE hinter dem durch die sog. „Centros“ Rechtsprechung des EuGH¹⁸⁵ erreichten Stand der Unternehmensmobilität auf dem Binnenmarkt für andere Gesellschaftsformen, bei deren Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz zulässig ist.¹⁸⁶

Angesichts der verabschiedeten 10. RL und der jüngeren Rechtsprechung des EuGH haben die im 2001 als wesentlich angesehenen mobilitätsfördernden Innovationen der SE an Bedeutung eingebüßt.¹⁸⁷ Dieser Schluss wird auch durch die empirischen Dateien unterstützt: bis der Anfang von 2008 sind insgesamt nur 130 SE gegründet worden.¹⁸⁸ Die SE hat folglich keine unmittelbare Bedeutung für die Unternehmensmobilität im engen Sinne und ist gut geeignet als Organisationsstruktur nur ein begrenzten Anzahl von Unternehmen mit spezifischen Bedürfnissen. Die SE-VO hat immerhin eine positive Auswirkung auf die Rahmenbedingungen für die Mobilität, da sie die Rolle eines politischen Eisbrechers spielt. Aufgrund der Regelung von der grenzüberschreitenden Verschmelzung in der SE-VO wurde die Verabschiedung von der 10. RL vorbereitet und erleichtert. Dasselbe gilt auch für das durch die SE-VO eingeführte Sitzverlegungsverfahren, das ein guter Ausgangspunkt für die 14. RL ist. Die 10. und 14. RL sind ihrerseits von erheblicher Bedeutung für die Unternehmensmobilität. Es ist zu betonen, dass durch die SE-VO nicht nur die Reichweite des politischen Kompromisses festgestellt wurde, sondern auch die institutionellen und verfahrensrechtlichen Mechanismen, insbesondere die Zusammenwirkung zwischen den zuständigen Behörden in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten, ins Leben gerufen wurden. So ist die SE-VO als ein politisch wichtiger Schritt zur Ermöglichung der Mobilität zu

¹⁸⁴ Vgl. Art. 2 SE-VO; ausführlicher bei *Habersack* (oben Fn. 40), S. 403 ff.

¹⁸⁵ Siehe oben C.II.1.b), C.II.1.c) und C.II.1.d).

¹⁸⁶ Die Vereinbarkeit von Art. 7 SE-VO mit der primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit wird von manchen Autoren verneint: vgl. *Wymeersch, Eddy*, *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, ECGI - Law Working Paper No. 08/2003, S. 33 und die dort erwähnten Autoren. Rechtsdogmatisch gesehen kann solche Unvereinbarkeit durch die „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ Urteile des EuGH nicht begründet werden: in diesen Fällen ging es um Zuzugshindernisse, die für die SE als supranationale Gesellschaftsform nicht relevant sind. Der rechtliche Charakter von Art. 7 SE-VO ist eine durch die Gründungsrechtsordnung (die Gemeinschaftsrechtsordnung) auf die Gesellschaft auferlegte Beschränkung, die von dem EuGH grundsätzlich als zulässig angesehen wird (so das „Daily Mail“ Urteil). Diese Frage wird bald mit der Entscheidung in der Sache „Cartesio“ weiter geklärt. Bemerkenswert, der GA *Maduro* sieht solche Beschränkung als zulässig und sogar nimmt Bezug auf die SE-VO – Rn. 33 der Schlussanträge (oben Fn. 87).

¹⁸⁷ So auch *Wymeersch* in (oben Fn. 186), S. 31 und in (oben Fn. 164), S. 2.

¹⁸⁸ Nach Angaben des Jenaer Instituts für Rechtstatsachenforschung zum Deutschen und Europäischen Unternehmensrechts, zitiert nach *Bayer / Schmidt* (oben Fn. 146).

beurteilen, die aber keine erhebliche Bedeutung für die Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz des Binnenmarktes mehr hat.¹⁸⁹

b) Das Projekt für eine Europäische Privatgesellschaft (SPE)

Die Förderung der Mobilität von KMU hat eine wichtige Stellung unter den wirtschaftspolitischen Zielen der EU.¹⁹⁰ Da es bei den Einsatzmöglichkeiten einer supranationalen Gesellschaftsform zweckmäßig zwischen Großunternehmen und KMU zu unterscheiden ist, wurde durch die Wissenschaft und Praxis eine Initiative zur Schaffung eines für die Bedürfnisse KMU besser als die SE passenden Statuts. In 1997 wurde aufgrund einer internationalen Studie der rechtswissenschaftlichen Abteilung der Industrie- und Handelskammer Paris, CREDA, einen Verordnungsentwurf für eine SPE veröffentlicht.¹⁹¹ Der Bedarf an eine gesonderte supranationale Gesellschaftsform für KMU wurde auch nach der Verabschiedung von der SE-VO weiter diskutiert,¹⁹² was zu der Durchführung einer Machbarkeitsstudie über die SPE geführt hat.¹⁹³ Nach weiterer Aufforderung durch das Europäische Parlament (EP)¹⁹⁴ hat die Kommission einen Vorschlag über ein Statut für SPE spätestens für die Mitte 2008 angekündigt.¹⁹⁵ Bis zu der Abgabe dieser Arbeit liegt der Vorschlag der Kommission noch nicht vor und die konkrete Regelung der SPE kann nicht berücksichtigt werden. Die grundlegenden Konzepte der SPE und die Auswirkungen deren eventuellen Verabschiedung auf die Unternehmensmobilität können immerhin untersucht werden.

Als wichtigstes Konzept der SPE Regelung wird die einheitliche vollständige europaweite Regelung angesehen.¹⁹⁶ Dadurch soll es den KMU einerseits die hohen Beratungskosten, die sich aus den Unterschieden des mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechts ergeben, erspart werden können,¹⁹⁷ andererseits die vergleichbare Organisationsform aller ausländischen Tochtergesellschaften ermöglicht werden. Dieses Ziel setzt immerhin einen weitestgehend

¹⁸⁹ Dies kann sich ändern, wenn die SE an den gegenwärtigen Stand der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften angepasst wird. Ein Anlass dafür kann die Vorlegung des Berichts nach Art. 69 SE-VO geben.

¹⁹⁰ Siehe oben A.III.

¹⁹¹ Abgedruckt in *Boucourlechlief, Jean / Hommelhof, Peter* (Hrsg.), *Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft*, S. 281 ff.

¹⁹² Vgl. Winter-Bericht (oben Fn. 142), S. 123 ff.; KOM(2003) 284 endg. (oben Fn. 13), S. 23 ff.

¹⁹³ AETS, Machbarkeitsstudie über ein europäisches Statut für KMU, Abschlussbericht v. 06.2005.

¹⁹⁴ Bericht des EP mit Empfehlungen an die Kommission zum Statut der europäischen Privatgesellschaft v. 29.11.2006, EP A6-0434/2006 endg.

¹⁹⁵ Vgl. die Rede von *McGreevy* (oben Fn. 175), S. 3.

¹⁹⁶ Vgl. Bericht des EP (oben Fn. 194), S. 8; *Synthesis on the comments on the consultation document of the internal market and services Directorate-General on a possible statute for a European private company*, DG Internal Market & Services, S. 4; *Helms, Dietmar*, *Die Europäische Privatgesellschaft*, S. 66; S. 156 ff.

¹⁹⁷ *Priester* sieht dieses Ersparnis in der Möglichkeit für die Unternehmer sich auch für die ausländischen Aktivitäten weiterhin von dem heimischen Rechtsberater vor Ort vollständig betreut lassen zu können an, in: *Hommelhof / Helms* (Hrsg.) (oben Fn. 32), S. 102.

möglichen Verzicht auf Verweise ins nationale Recht voraus, was bei der SE der Kommission nicht gelang. Inwieweit dies politisch durchsetzbar angesichts der 30-Jahre lang gedauerten Diskussionen über die SE wird es hier nicht spekuliert. Angenommen dies der Fall ist, bleiben wenigstens drei Bereichen von den mitgliedstaatlichen Rahmenbedingungen, die durch das Statut der SPE nicht vereinheitlicht werden können, nämlich das Insolvenzrecht,¹⁹⁸ Steuerrecht¹⁹⁹ und Mitbestimmungsrecht.²⁰⁰

Folglich können durch die Einführung einer europaweit einheitlichen Regelung der SPE vor allem die gesellschaftsrechtlichen Hindernisse der Mobilität beeinträchtigt werden, nicht aber die sachrechtlichen. Gerade diese Hindernisse wurden aber durch die jüngere Rechtsprechung des EuGH im Wesentlichen beseitigt. Es ist gegenwärtig für die Unternehmen auf dem Binnenmarkt nicht mehr unabdingbar eine Untersuchung von dem Gesellschaftsrecht des Landes in das sie ihre wirtschaftliche Tätigkeit verlegen wollen durchzuführen. Die Niederlassungsfreiheit gewährt grundsätzlich die Möglichkeit die Organisationsstruktur des Unternehmensträgers auch bei einem Umzug zu behalten, soweit das Recht des Gründungsstaats keine nachteiligen Folgen mit diesem Vorgang anknüpft.²⁰¹

Die Unternehmer in solchen restriktiven Rechtsordnungen sind immerhin frei eine ausländische Organisationsform zu wählen, die Wegzugshindernisse nicht unterliegt. Auch in diesen Fällen besteht also keine Notwendigkeit für ein Unternehmen 26 fremde Gesellschaftsrechte zu untersuchen, um mobil auf dem ganzen Binnenmarkt sein zu können.

Das einheitliche Statut der SPE würde folglich keinen wesentlichen Mehrwert im Vergleich zu der bestehenden Lage in Bezug auf die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Unternehmensmobilität bringen. Diese neue Gesellschaftsform würde vor allem für Unternehmen nützlich sein, die nach der Rechtsordnung eines Sitztheorie-Staats organisiert worden sind und deswegen bei dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts immer noch mit Wegzugshindernissen konfrontiert sind. Auch diese Unternehmen werden allerdings nach der eventuellen Verabschiedung des SPE Statuts zur Ermöglichung eines beabsichtigten Umzugs die Wahlmöglichkeit haben, sich in eine SPE umzuwandeln oder durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung eine andere mobile ausländische Gesellschaftsform zu übernehmen. Da die Transaktionskosten beider Herangehensweisen

¹⁹⁸ Vgl. *Ehricke* in: *Hommelhof / Helms* (Hrsg.) (oben Fn. 32), S. 67 f.; diesem Umstand wird es auch in dem SPE Verordnungsentwurf von CREDA (oben Fn. 191) in Art. 36 Rechnung getragen, obwohl in diesem Vorschlag ein vollständiger Verzicht auf Verweise ins nationale Recht angestrebt wird.

¹⁹⁹ So der Schluss in der AETS Machbarkeitsstudie (oben Fn. 193), S. 24.

²⁰⁰ Ebendort, S. 33 f.

²⁰¹ Ob dies zulässig ist und in welchem Ausmaß wird es bald in der „Cartesio“ Entscheidung geklärt, s.o. C.II.2.b).

nicht dramatisch unterschiedlich sein können, wird die SPE mit allen auf dem Binnenmarkt existierenden Gesellschaftsformen im Wettbewerb stehen.

Der Erfolg der EPG setzt also auch einen ausreichenden Anreiz für die KMU sich in dieser Gesellschaftsform zu organisieren voraus. Die europaweite Einheitlichkeit des Statuts reicht an sich dafür nicht, sondern dessen Inhalt wird ausschlaggebend sein. Das Hauptdilemma für das SPE Statut ist der Ausgleich zwischen Flexibilität und Strenge der Regelung:²⁰² wenn ein zu strenges Statut für die SPE verabschiedet wird, würde diese Gesellschaftsform von den wirtschaftlichen Akteuren nicht weit eingesetzt und folglich keine erhebliche Auswirkung auf die Unternehmensmobilität haben; wenn das Statut zu liberal ist, würde das die Umgehung nationaler Schutzvorschriften erleichtern,²⁰³ was dessen politischen Durchführbarkeit wesentlich erschwert.

Als ein eigenständiger Vorteil der SPE im Vergleich zu den existierenden Gesellschaftsformen kann das Attribut „europäisch“ angesehen werden. Dieses Attribut ist eher den unternehmerischen Überlegungen (Marketing und Kommunikation) zuzuordnen, die mit den indirekten Kosten der Mobilität verbunden sind. Diese Kosten entstehen aufgrund niedrigeren Vertrauens, das inländischen Marktteilnehmer an fremden Gesellschaftsformen haben.²⁰⁴ Dieses Misstrauen ist nicht unbedingt mit schlechteren Schutzbestimmungen des fremden Gesellschaftsrechts zu erklären, sondern kann auf rein psychologische Hemmnisse vor Anknüpfungen mit einem ausländischen Recht unbeachtet dessen Inhalt zugerechnet werden.²⁰⁵ Die Rechtsform SPE würde auch an dieses Problem der Mobilität gerichtet sein. Die Erfahrung mit der von dem Markt nicht weitgehend übernommenen Gesellschaftsform der SE spricht immerhin dafür, dass das Attribut „europäisch“ an sich keinen erheblichen Mehrwert als *corporate branding* bringt. Das Vertrauen und die Reputation einer neuen Gesellschaftsform wird sich im Laufe der Zeit durch die positiven, ggf. negativen Erfahrungen der Marktteilnehmer mit der SPE bilden und kann nicht *ex ante* durch das Wort „europäisch“ vorbestimmt werden. Es ist folglich zu erwarten, dass die Einführung von der SPE positive Auswirkungen auf die Mobilität der KMU durch Senkung deren indirekten Kosten haben kann, die aber nicht kurzfristig, wenn überhaupt, entstehen werden.

²⁰² In der AETS Machbarkeitsstudie (oben Fn. 193) sind die folgenden möglichen Modelle berücksichtigt: ein schlankes ultra-liberales Statut; ein konservatives Statut; und ein „bequemes“ Statut, das zwischen beider anderen Möglichkeiten liegt, S. 8 ff.

²⁰³ Ebenda, S. 30 ff.

²⁰⁴ Ebenda, S. 6 f.

²⁰⁵ So etwa Helms (oben Fn. 196), S. 15 f.

Zuletzt ist eine weitere Besonderheit der SPE zu berücksichtigen, nämlich die Möglichkeit einer direkten Satzungssitzverlegung.²⁰⁶ Das rechtliche Instrument einer direkten Sitzverlegung ist europaweit noch nicht harmonisiert, dasselbe Ergebnis kann allerdings in einem zweistufigen Verfahren durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung erreicht werden. M.a.W. wird die SPE einen Kostenvorteil für diese Form der Mobilität vor den bereits existierenden Gesellschaftsformen in dem Binnenmarkt haben. Diese Mobilitätskostensenkung kann aber vielmehr effizienter durch die Verabschiedung von der 14. RL für alle Gesellschaftsformen erreicht werden.²⁰⁷ Aus diesem Grund ist die Zweckmäßigkeit der Entscheidung von der Kommission, das Projekt der SPE als Priorität zulasten der 14. RL fortzuführen, zweifelhaft.²⁰⁸

Zusammenzufassen, die Einführung der SPE kann positive Auswirkungen auf die Mobilität der KMU haben. Da der Inhalt des Statuts der SPE noch nicht entschieden ist, können diese Auswirkungen nicht präzise analysiert werden. Es ist immerhin sehr wahrscheinlich, dass die positiven Effekte der SPE in der mittel- und langfristigen Perspektive entstehen werden.

II. Initiativen zur Beseitigung der negativen Auswirkungen von der Unternehmensmobilität

Die jüngere Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH und der europarechtlichen Rahmenbedingungen haben die Unternehmensmobilität auf dem Binnenmarkt grundsätzlich ermöglicht und dadurch die Voraussetzungen für effizientere Ausschöpfung des wirtschaftlichen Potenzials des Binnenmarktes geschaffen. Wenn die allgemeinen wirtschaftlichen Effekten des Phänomens der Unternehmensmobilität geschätzt werden, darf es nicht nur der Perspektive der Unternehmen Rechnung getragen. Die Wohlfahrtsgewinne, die durch die Senkung der Unternehmensmobilitätskosten und verbesserte Ressourcenallokation entstehen, können durch die Steigerung der Kosten von anderen Marktteilnehmern vernichtet werden. Wenn solche Nebenkosten der Mobilität nicht berücksichtigt werden, würde die Förderung der Unternehmensmobilität als ein Mittel für die Erreichung der allgemeinen Ziele von Art. 2 EGV wenig beitragen.

Die Nebenkosten der Mobilität sind vor allem auf die verschlechterte Informationssituation zuzurechnen. Je mehr die tätigen ausländischen Gesellschaften in den Mitgliedstaaten sind, desto ungeeigneter für die Gewährleistung zuverlässiger Gesellschaftsinformationen die traditionellen nationalen Handelsregister werden. Die räumliche Entfernung des

²⁰⁶ Vgl. Empfehlung 10 des EP (oben Fn. 194); Art. 6 des Verordnungsentwurfs von CREDA.

²⁰⁷ S.o. D.I.1.b); Die 10. und 14. RL werden auch in der AETS Machbarkeitsstudie (oben Fn. 193) als eine Alternative eines „konservativen“ Statuts der SPE angesehen, S. 13; Vgl. auch *Helms* (oben Fn. 196), S. 97 ff.

²⁰⁸ Diese Entscheidung weicht sich sowohl von den Empfehlungen im den Winter-Bericht (oben Fn. 142), S. 138 f., als auch von dem Aktionsplan der Kommission (oben Fn. 13), S. 29 ab.

Gründungsregisters, wo die primäre Information über eine Gesellschaft veröffentlicht wird, führt zu steigenden Kosten der Publizität, da die Geschäftspartner solcher Gesellschaften sollen entweder einen Berater vor Ort mit der Registerauskünfte beauftragen, oder die Risiken der Rechtsunsicherheit tragen. Dieses Problem wird teilweise dadurch gemildert, dass der EuGH die im Innland tätigen ausländischen Gesellschaften immer als Zweigniederlassungen, die der Publizitätspflichten der 11. RL unterliegen, ansieht.²⁰⁹ Ein Informationsmangel kann immerhin darin bestehen, dass die im nationalen Handelsregister eingetragene Dateien über Zweigniederlassung fremder Gesellschaften nicht umgehend aktualisiert sein können,²¹⁰ oder es gar keine Information im nationalen Handelsregister aufgrund Nichterfüllung der Eintragungspflicht gibt.²¹¹ Des Weiteren, es ist eine Steigung der Betrugsgefahr aufgrund der größeren Mobilität von Gesellschaften in der EU zu erwarten, weil dadurch ihre Nachvollziehung und Kontrolle durch die zuständigen innerstaatlichen Behörden erschwert wird.

Der steigende Bedarf an verbesserter Koordination zwischen den Mitgliedstaaten und an erleichterten grenzüberschreitenden Zugang zu Unternehmensinformationen führte zu einer Änderung der 1. RL,²¹² womit jedem Mitgliedstaat die Errichtung von einem zentralen elektronischen Gesellschaftsregister spätestens bis 1.1.2007 auferlegt wurde. Die Elektronisierung der nationalen Gesellschaftsregister ist ein wichtiger Schritt zur Unterstützung der Unternehmensmobilität in der EU, weil sie einerseits die entfernte Einreichung von Urkunden und Angaben ermöglicht (Art. 3 Abs. 2 1. RL) und andererseits für die von der Mobilität entstehende Informationsmangel durch elektronisch ermöglichten Zutritt zur Gesellschaftsinformation eine Lösung anbietet. Wichtig ist auch die entstandene technische Möglichkeit die Gesellschaftsregister der Mitgliedstaaten zu integrieren und eine einheitliche europaweite Unternehmensdatenbank zu schaffen. Die Einführung solcher technologischen Registerverknüpfung ist angesichts der zunehmenden Internationalisierung der Wirtschaftstätigkeiten in Europa von wesentlicher Bedeutung.²¹³

²⁰⁹ S.o. C.II.1.d).

²¹⁰ Art. 1 Abs. 2 der 11. RL enthält für diesen Fall die Regel, dass die Offenlegung bei der Zweigniederlassung maßgebend ist. Diese Regel ist jedoch unfähig den Geschäftsverkehr zu schützen, wenn z.B. die Eröffnung eines Insolvenz- oder Liquidationsverfahrens der Gesellschaft im Ausland nicht umgehend in allen inländischen Handelsregistern, wo die Gesellschaft Zweigniederlassungen hat, offen gelegt wird.

²¹¹ Die empirischen Beobachtungen ergeben, dass tatsächlich nur ein Teil von den ausländischen Gesellschaften, die gemäß der EuGH Rechtsprechung zu einer Zweigniederlassungseintragung verpflichtet sind, diese Eintragung vornehmen: vgl. *Becht et al.* (oben Fn. 112), S. 9.

²¹² RL 2003/58/ EG, ABl. L 221/13 v. 4.9.2003.

²¹³ Vgl. Winter-Bericht (Fn. 142), S. 41.

Des Weiteren, es wird auch die Vereinfachung der Vorschriften über grenzüberschreitende Tätigkeiten ermöglichen. Beispiel dafür ist der Vorschlag der SLIM-Arbeitsgruppe²¹⁴ zur Einführung des „Herkunftsstaat-Grundsatzes“ bei der grenzüberschreitenden Gründung von Zweigniederlassungen, wobei Eintragung nur im Handelsregister des Herkunftsstaates notwendig ist und der Aufnahmestaat die relevante Information unmittelbar von der Quelle erlangt. So würde die Abweichung von offen gelegten Informationen ausgeschlossen und die Unternehmen würden bei der grenzüberschreitenden Tätigkeit wesentlich entlastet sein. Dieses Verfahren setzt jedoch verlässliche Informationsaustauschmechanismen voraus, die durch Integration von den mitgliedstaatlichen Handelsregistern gesichert werden können.²¹⁵ Eine einheitliche Gesellschaftsdatenbank würde die von der Unternehmensmobilität folgenden Probleme lösen und damit deren wirtschaftlichen Vorteile für den Binnenmarkt vervollständigen. Einerseits wird die dadurch geschaffene hohe Transparenz und Publizität für die Steigerung der Rechtssicherheit auf der EU Ebene beitragen.²¹⁶ Weiterhin würde eine solche Datenbank der Betrugsbekämpfung dienen, weil sie die vollständige Nachvollziehung von Eigentumsverhältnissen zwischen den Gesellschaften auf dem ganzen Binnenmarkt ermöglichen würde.²¹⁷

Ein europäisches Unternehmensregister würde nicht nur Probleme lösen, sondern auch neue Entwicklungsmöglichkeiten schaffen und durch Senkung der Informationskosten der Marktteilnehmer für die globale Wettbewerbsfähigkeit des Binnenmarktes beitragen. Es soll jedoch bestimmt werden, welche Gestalt ein solches Register haben soll und mit welchen Instrumenten es errichtet werden kann. Ein europäisches Unternehmensregister kann die nationalen Handelsregister nicht ersetzen. Der Grund dazu liegt in der Vielfältigkeit der Gesellschaftsformen in den Mitgliedstaaten, was eine Zentralisierung zu kompliziert und wirtschaftlich ineffizient machen würde. Daher ist ein solches Vorgehen durch das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 2 EGV) ausgeschlossen.

Der Einsatz von modernen Technologien bietet eine Lösung von diesem Problem.²¹⁸ Die ursprünglichen Eintragungen mit einer konstitutiven, bzw. deklaratorischen rechtlichen Wirkung können in den nationalen elektronischen Registern stattfinden und danach automatisiert an der einheitlichen europäischen Datenbank weitergeleitet werden. Eine logische Folge von dieser Gestalt des europäischen Unternehmensregisters ist jedoch, dass

²¹⁴ Siehe den Bericht der Europäischen Kommission vom 04.02.2000, Ergebnisse der Vierten Phase der SLIM-Initiative, KOM(2000) 56 endg., S. 3 f.

²¹⁵ *Elst et al.*, Business Register Interoperability Throughout Europe: The BRITE Project, S. 7.

²¹⁶ Über den Publizitätsbedarf für den Gläubigerschutz: *Berner / Spindler* (Fn. 118), S. 953.

²¹⁷ *Elst et al.* (Fn. 215), S. 8.

²¹⁸ Vgl. Winter-Bericht (Fn. 142), S. 5.

die zur Eintragung unterliegenden Urkunden und Angaben durch die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden können. Da der eintragungspflichtige Umfang von Information nicht in allen Mitgliedstaaten voll übereinstimmt ist es sinnvoll die in der europäischen Datenbank vorhandene Information nur auf den durch die 1. und 11. RL harmonisierten Offenlegungsanforderungen zu beschränken.

Eine weitere wichtige Frage ist es mit welchen Instrumenten und von welchen politischen Akteuren dieses Ziel zu erreichen ist. Das europäische Primärrecht gewährleistet keine Zuständigkeiten der EU ein europaweites Unternehmensregister zu errichten. Solche Initiative könnte auf Art. 308 EGV gestützt werden, aber dieses Vorgehen ist angesichts des Subsidiaritätsprinzips problematisch.

Auf der anderen Seite sind die großen Nutzen einer europaweiten Datenbank schon durch die privaten Marktteilnehmer erkannt worden und es gibt private Initiativen zur Verknüpfung der nationalen Register.²¹⁹ Die Koordinierung und Förderung dieser privaten Initiativen ist als ein angemessenes politisches Instrument zur Erreichung einer europäischen Unternehmensdatenbank angesehen.²²⁰ Dementsprechend hat die Kommission das Business Register Interoperability Throughout Europe (BRITE) Projekt von dem European Business Register (EBR), eine EWIV mit Sitz in Belgien, gefördert.²²¹ EBR ist eine Vereinigung von europäischen nationalen Handelsregistern,²²² die die Registerverknüpfung durch das von der EU finanzierte BRITE Projekt²²³ initiiert hat. Dem BRITE Projekt ist die Aufgabe auferlegt, die Verknüpfungstechnologie auszuarbeiten und die organisatorische Funktionsfähigkeit einer europaweiten Datenbank zu ermöglichen.²²⁴ Wenn das Projekt erfolgreich ist, soll bei dessen Ablauf am 30.3.2009 diese Technologie Vorhanden sein. Zur Verwirklichung des europäischen Unternehmensregisters ist danach der Beitritt von allen Mitgliedstaaten zu der einheitlichen Datenbank zu versorgen. Angesichts der Vorteile davon, ist es als Hindernis dafür nur mögliche technische Schwierigkeiten für manche Mitgliedstaaten zu erwarten, die durch weitere der Förderung von der EU überwunden werden können. Folglich scheint es realistisch zu sein die integrierte europaweite Unternehmensdatenbank im Jahr 2010 zu erwarten.

²¹⁹ Beispiele sind das European Business Register (www.ebr.org), zu dem sich Gesellschaftsregister zum Informationsaustausch zusammengeschlossen haben und crXML (www.crxml.org), ein Projekt zur Entwicklung eines Standards für den Austausch von Unternehmensdaten.

²²⁰ Vgl. Winter-Bericht (Fn. 142), S. 44.

²²¹ CORDIS Projektreferenz: 027190.

²²² Zurzeit sind 19 Staaten im EBR vertreten, genaue Daten auf www.ebr.org. Es ist bemerkenswert, dass 3 Mitglieder der EBR keine EU Mitgliedstaaten sind, nämlich: die Ukraine, Serbien und Jersey.

²²³ www.briteproject.net.

²²⁴ Elst *et al.* (Fn. 215), S. 2.

Diese Initiative der Kommission dient nicht unmittelbar der Förderung der Unternehmensmobilität, ist aber mit deren wirtschaftspolitischen Zielen unmittelbar verbunden. Das BRITE Projekt ist ein gutes Beispiel dafür, wie durch „Soft-law“ Mittel die positiven wirtschaftlichen Auswirkungen der grundsätzlich durch die Rechtsprechung des EuGH gewährten Unternehmensmobilität erzielt werden können. Dadurch wird auch die Rolle der Kommission für die Erreichung der Gemeinschaftsziele deutlich, die trotz politischer Hemmnisse bei der Durchführung konkreter Mobilitätsmaßnahmen die einzige Institution ist, die durch die allgemeine Steuerung der Prozesse auf dem Binnenmarkt ein optimales wirtschaftliches Ergebnis sichern kann.

E. Fazit

Die jüngere Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH und der gemeinschaftliche Rechtssetzung hat einen Bruch in den unsichtbaren Hürden des Binnenmarktes erzielt: die Mobilität von Gesellschaften in der EU ist damit grundsätzlich gewährt. Die Verlegung des Zentrums des wirtschaftlichen Interesses eines Unternehmens in einen anderen Mitgliedstaat ist nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts ohne Auflösung des Unternehmensträgers und Neugründung im Aufnahmestaat möglich, was vor 10 Jahren nicht der Fall war. So ist der Binnenmarkt ein Schritt näher zu einem Raum ohne Binnengrenzen auch aus der Sicht der Gesellschaften gekommen.

Die Ermöglichung von der Unternehmensmobilität bedeutet immerhin nicht, dass der Binnenmarkt damit ein homogener Wirtschaftsraum, ähnlich zu einem innerstaatlichen Markt geworden ist. In der EU existieren 27 unterschiedliche Rechtsordnungen, die die Homogenität des Binnenmarkts beeinträchtigen. Die in dieser Arbeit nachvollgezogenen Entwicklungen haben ihre Auswirkungen vor allem im Bereich des Gesellschaftsrechts. Im Ergebnis ist das Gesellschaftsrecht kein erheblicher Störungsfaktor der Binnenmarktshomogenität mehr: weder hindert es die Unternehmensmobilität, noch schafft es rein regulatorische Anreize für die Standortwahl der wirtschaftlichen Tätigkeit. Diese Entwicklung hat aber andere regulatorische Bereiche der Mitgliedstaaten nicht angetastet, die für die wirtschaftliche Tätigkeit wichtig sind, vor allem die steuerrechtliche Autonomie.

Der ökonomische Sinn von der Unternehmensmobilität ist allerdings in der steigenden Effizienz durch verbesserte Ressourcenallokation auf dem Binnenmarkt, was eine unternehmerische Standortwahl nach Rentabilitäts Gesichtspunkten und nicht etwa regulatorische Anreize voraussetzt. Die Beseitigung der gesellschaftsrechtlichen Anreize der Standortwahl dient diesem Ziel, ist aber keine übergreifende Lösung für das Problem der wirtschaftlich effizienten Mobilitätssteuerung. Angesichts der gescheiterten Volksabstimmung über den Vertrag von Lissabon in Irland, wofür die Angst vor einem

Druck für Steuerausgleich auf der europäischen Ebene ein wichtiger Grund war, ist die Schaffung von einheitlichen regulatorischen Rahmensbedingungen auf dem Binnenmarkt, die einem innerstaatlichen Markt gleichstehen, nicht realistisch.

Die Gemeinschaftsorgane können immerhin die positiven wirtschaftlichen Effekte von der steigenden Unternehmensmobilität durch weitere Maßnahmen unterstützen. Zum einen können die Kosten der bereits ermöglichten Mobilität durch Schaffung von effizienteren rechtlichen Instrumenten für grenzüberschreitende Gesellschaftsumzüge weiter gedrückt werden. Diesem Ziel würde die Ermöglichung von der direkten grenzüberschreitenden formwechselnden Umwandlung dienen, mittel- und langfristig auch die Entwicklung von den supranationalen Gesellschaftsformen. Zum anderen sind die durch die steigende Unternehmensmobilität entstehenden Nebenkosten in der Form der Betrügerei, Rechtsunsicherheit und Informationsmängel zu verhindern. Dies ist vor allem durch Förderung und Koordination der Zusammenarbeit und Informationsaustausch zwischen den einschlägigen mitgliedstaatlichen Behörden zu erreichen. Durch solche Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane werden die positiven Effekte der Unternehmensmobilität weiter aufgezogen und die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft in der sich globalisierenden Welt gefördert.

