

Innovatives Recht

Festschrift
für Ivo Schwander

Innovatives Recht

Festschrift für Ivo Schwander

Herausgegeben von
Franco Lorandi und Daniel Staehelin



© 2011 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-396-5
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum unter Hinweis auf die Erstpublikation im Open-Access-Repositoryum ihrer Heimuniversität zu hinterlegen.

Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über «<http://dnb.ddb.de>» abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2011

ISBN 978-3-03751-396-5

www.dike.ch

© 2011 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-396-5
Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum unter Hinweis auf die Erstpublikation im Open-Access-Repository ihrer Heimuniversität zu hinterlegen.

Inhaltsverzeichnis

I. Generalia

PHILIPPE MASTRONARDI

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St. Gallen

FLORIAN WINDISCH

Dr. iur., Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen

Der juristische Diskurs als Modell des interrationalen Diskurses 3

MARIO POSTIZZI

lic. iur., avvocato

La tutela delle generazioni future:
prima messa a punto di un problema giuridico complesso 25

II. Völkerrecht und öffentliches Recht

BERNHARD EHREZZELLER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen

RAFAEL BRÄGGER

lic. iur.

Grundsätze über die Weiterbildung
Zur Bedeutung der Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 64a BV 45

PETER HETTICH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Assistenzprofessor an der Universität St. Gallen

SIMONE WALTHER

M.A. HSG in Law, wissenschaftliche Assistentin an der Universität St. Gallen

Schutz (vor) der Gentechnologie
Plädoyer für einen Perspektivenwechsel 65

KERSTIN ODENDAHL

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Kiel, Co-Direktorin des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht

Prozessuale Wege zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten im Völkerrecht
unter besonderer Berücksichtigung des WTO-Streitbeilegungsverfahrens 87

KURT PÄRLI

*Prof. Dr. iur., Professor an der School of Management and Law, ZHAW, Winterthur,
Privatdozent an der Universität St. Gallen*

Altersgrenzen als Diskriminierungsproblem

Die Zulässigkeit von Altersgrenzen im Lichte völker-, verfassungs- und europarechtlicher
Diskriminierungsverbote 107

ANDREAS R. ZIEGLER

Prof. Dr. rer. publ. et lic. iur., LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Lausanne

Von den Anfängen des Unterrichts im internationalen Recht in der Schweiz 125

III. Privatrecht

A. Zivilgesetzbuch

STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, ordentliche Professorin an der Universität Bern

Der Billigkeitsentscheid

Eine Ermächtigung zu Subjektivismus und gerichtlicher Willkür? 141

ALFRED KOLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen

Ist die Verabredung eines Baurechtszinses formbedürftig i.S.v. Art. 779a ZGB? 163

ALEXANDRA RUMO-JUNGO

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Freiburg

Finanzielle Sicherung Alleinerziehender 171

THOMAS SPRECHER

Dr. iur. et Dr. phil., Rechtsanwalt, LL.M.

Die Stiftung als Investorin 191

DANIEL STAEHELIN

Prof. Dr. iur., Advokat und Notar, Titularprofessor an der Universität Basel

Der sicherungseingetragene vinkulierte zinstragende Register-Schuldbrief
mit separaten Nebenvereinbarungen 209

PAUL-HENRI STEINAUER

Docteur en droit, professeur ordinaire à l'Université de Fribourg

Le débiteur cédulaire 225

ROLF VETTERLI <i>Dr. iur. h.c., Rechtsanwalt, ehem. Kantonsrichter</i>	
Scheidung im Alter	239
B. Obligationenrecht und Nebenerlasse	
OLIVER ARTER <i>lic. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen</i>	
Sorgfalt bei der Vermögensverwaltung durch Banken	257
ANDREAS BINDER <i>Prof. Dr. iur. et lic. oec., Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Universität St. Gallen</i>	
Meinrad Vetter <i>Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Stv. des Präsidenten und Vizepräsidenten des Handelsgerichts des Kantons Aargau, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen</i>	
Der Partizipationsschein – eine Auslegeordnung	275
ANDREAS FURRER <i>Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Luzern</i>	
Zivilrecht im Lichte des neuen Produktesicherheitsgesetzes	299
DANIEL GIRSBERGER <i>Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Luzern</i>	
JOHANNES LUKAS HERMANN <i>lic. iur., Advokat, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Luzern</i>	
Reformbedarf beim pactum de non cedendo? Das vertragliche Abtretungsverbot im Lichte neuerer Entwicklungen in Gesetzgebung und Wirtschaftspraxis	319
THOMAS KOLLER <i>Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor an der Universität Bern</i>	
ALAIN MUSTER <i>MLaw, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Bern</i>	
Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche beim Kauf von Kulturgütern nach schweizerischem Recht	339
HARDY LANDOLT <i>Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, LL.M., Titularprofessor an der Universität St. Gallen</i>	
Ersatzpflicht für «Schockschäden»	361

MICHAEL SCHÖLL

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Chef Fachbereich Internationales Privatrecht, Bundesamt für Justiz

Verjährungsstillstand infolge Unmöglichkeit der Rechtsverfolgung
«vor einem schweizerischen Gerichte»

Überlegungen zu Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6 OR aus internationalprivatrechtlicher Sicht 383

ROLF WATTER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich

DAVID P. HENRY

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Die Übernahme treuwidrig eingegangener Geschäfte
nach Art. 464 Abs. 2 OR als allgemeine Regel für die Schadenserledigung?

407

IV. Finanzmarktrecht

PASCAL GROLIMUND

PD Dr. iur., Advokat, LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten Zürich und Basel

ALAIN VILLARD

lic. iur., wissenschaftlicher Assistent und Doktorand

Versicherungs-Wrapper in der Schweiz?

427

MYRIAM SENN

PD Dr. rer. publ., LL.M., Privatdozentin an der Universität St. Gallen

Zum Geltungsbereich des Kollektivanlagengesetzes

Die operative Gesellschaft als Knacknuss?

439

V. Internationales Privatrecht

PETER BREITSCHMID

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

ÜLKÜ CIBIK

lic. iur.

Rechtswahl oder Rechtsmissbrauch – Gestaltungsoption oder
«Inländerbenachteiligung»?

457

VINCENT BRULHART

Docteur en droit, professeur associé à l'Université de Lausanne et professeur titulaire à l'Université de Genève

Du contrat (d'assurance) international

471

<p>ANDREAS BUCHER <i>Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität Genf</i> Das BG-KKE gilt auch für das Bundesgericht</p>	485
<p>LORENZA FERRARI HOFER <i>Dr. iur., Rechtsanwältin</i> Die Anknüpfung von internationalen Lizenzverträgen Versuch einer Anordnung</p>	505
<p>LUKAS GLANZMANN <i>PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Privatdozent an der Universität St. Gallen</i> Das auf die Verpfändung ausländischer Gesellschaftsanteile anwendbare Recht</p>	527
<p>DOMINIQUE JAKOB <i>Prof. Dr. iur., M.I.L. (Lund), Professor an der Universität Zürich</i> PETER PICTH <i>ass. iur., wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich</i> Das Haager Trust-Übereinkommen und seine Geltungseinschränkungen – ein Fass der Danaiden?</p>	543
<p>PETER JUNG <i>Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Basel</i> <i>Cartesio</i> – Irrläufer im Koordinatensystem der Niederlassungsfreiheit</p>	563
<p>JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ <i>Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Bern</i> «Kleine Seelen, grosse Gefahr» – der Minderjährigenschutz im Internationalen Privatrecht der Schweiz im Überblick</p>	577
<p>SIMON OTHENIN-GIRARD <i>Docteur en droit, avocat, chargé de cours à l'Université de Fribourg</i> Divorce international et autonomie de la volonté Une harmonisation avec les développements récents du droit international privé européen est-elle souhaitable?</p>	593
<p>GIAN PAOLO ROMANO <i>Docteur en droit, professeur associé à l'Université de Genève</i> Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice</p>	613

VI. Internationales Zivilprozessrecht

DOMENICO ACOCELLA

Dr. iur., Rechtsanwalt und Urkundsperson

Die Qualifikation des Zahlungsbefehls, der provisorischen
Rechtsöffnung, der Aberkennungsklage und der Feststellungsklage
gemäss Art. 85a SchKG nach dem LugÜ

Bemerkungen aus Anlass von BGE 136 III 566 und der seit dem 1.1.2011 neu eingeführten
Gerichtsdefinition nach Art. 62 LugÜ

643

ANDREA BONOMI

*Docteur en droit, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne, Vice-doyen de la Faculté
de droit et des sciences criminelles*

La compétence des juridictions des Etats membres de
l'Union européenne dans les relations avec les Etats tiers à
l'aune des récentes propositions en matière de droit de la famille
et des successions

665

YVES DONZALLAZ

Dr et Dr h.c. en droit, Juge au Tribunal fédéral

La mainlevée provisoire de l'opposition (art. 82 LP) dans la
Convention de Lugano après l'ATF 136 III 566

683

MYRIAM A. GEHRI

Dr. iur., Rechtsanwältin, Solicitor (E&W), LL.M.

Vertrag – quasi?

Abgrenzungsprobleme und Prozessplanung nach Art. 5 Nr. 1 und 3 LugÜ

Ein Versuch zur Ordnung

699

NICOLAS JEANDIN

Docteur en droit, avocat, professeur ordinaire à l'Université de Genève

Banques suisses, droit élu et for prorogé

711

MARCO LEVANTE

Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen

Die Reform des internationalen Unterhaltsrechts

Das Haager Unterhaltsübereinkommen und das Protokoll über das auf
Unterhaltspflichten anwendbare Recht von 2007

729

ALEXANDER R. MARKUS

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor an der Universität Bern

Probleme der EuGVVO-Revision: Begriff der Entscheidung und
Abschaffung des Exequaturverfahrens

747

MARKUS MÜLLER-CHEN

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen

REBEKKA M. KELLER

M.A. HSG, wissenschaftliche Assistentin an der Universität St. Gallen

Wirksamkeit der Rechtshängigkeitssperre im transatlantischen Verhältnis 769

ANTON K. SCHNYDER

Prof. Dr. iur., LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

DOROTA PACZOSKA KOTTMANN

MLaw, LL.M., wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich

Zulässige Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbrauchersachen
nach Art. 17 Nr. 3 LugÜ?

Eine Analyse im Licht des polnischen und des schweizerischen Rechts 789

VII. Nationales Prozessrecht

A. Schweizerisches Zivilprozessrecht

URS BERTSCHINGER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen

Streitverkündungsklage und aktienrechtliche Verantwortlichkeit 811

ALEXANDER BRUNNER

PD Dr. iur., CEDR Accredited Mediator (London), Oberrichter am Handelsgericht Zürich

Geforderte Justiz

Anmerkungen zu einer umfassenden Strategie bei Zivilprozessen 835

PATRICIA EGLI

PD Dr. iur., Rechtsanwältin, LL.M., Lehrbeauftragte an der Universität St. Gallen

Dissenting Opinions

Abweichende Richtermeinungen im Schweizer Recht 849

DANIEL FÜLLEMANN

Dr. iur., wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität St. Gallen

Das erstinstanzliche Novenrecht der ZPO 863

DOMINIK GASSER

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern

Prozessrechtliche Fragen zur Neuregelung der Organhaftung (Art. 759 OR) 881

THOMAS GEISER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen

Maximen und Prüfungskompetenz des Gerichts in
familienrechtlichen Prozessverfahren 899

MARTIN KAUFMANN

*Dr. iur., Kreisrichter/Vizepräsident Kreisgericht See-Gaster, Lehrbeauftragter an der
Universität St. Gallen*

Mitwirkungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien
gemäss der schweizerischen Zivilprozessordnung 917

LAURENT KILLIAS

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

MICHAEL KRAMER

lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

THOMAS ROHNER

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Gewährt Art. 158 ZPO eine «pre-trial discovery» nach
US-amerikanischem Recht? 933

CHRISTOPH LEUENBERGER

*Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Titularprofessor an der Universität St. Gallen,
ehem. Handelsgerichtspräsident*

Aktenschluss, Noven und Klageänderung
nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung 949

B. Öffentliches Verfahrensrecht

Ueli Kieser

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Vizedirektor IRP-HSG Universität St. Gallen

MIRIAM LENDFERS

Dr. iur., Rechtsanwältin

Wie gut muss das Gericht ins Gesetz blicken?
Einige Überlegungen zum Grundsatz «iura novit curia» mit Blick auf die
Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht 965

Rainer J. Schweizer

Prof. Dr. iur., Advokat, em. Professor der Universität St. Gallen

Anforderungen der EGMR-Rechtsprechung an die internationale
Amts- und Rechtshilfe
Im Kontext eines europäischen Paradigmenwechsels 985

VIII. Schiedsverfahren und Mediation

LARA M. PAIR

Dr. iur., JD (Emory University)

Authority Allocation

Decision Making Authority of Arbitration Institutions 1013

VITO ROBERTO

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Professor an der Universität St. Gallen

ANNINA WIRTH

M.A. HSG, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin an der Universität St. Gallen

Mediation in Wirtschaftsstreitigkeiten 1027

MARCO STACHER

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

«Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten»

Zur Regel und ihrer Bedeutung bei Korruptionsverdacht in Schiedsverfahren 1041

IX. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

FRANCO LORANDI

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Titularprofessor an der Universität St. Gallen

Konkursprivilegien – wehret dem grassierenden Wildwuchs

Eine kritische Durchsicht der geltenden Privilegienordnung 1059

ADRIAN STAEHELIN

em. Prof. Dr. iur. Dr. h.c., a.Appellationsgerichtspräsident

Der Beginn der Verdachts- und Verwirkungsfrist der paulianischen Anfechtung

1083

X. Strafrecht

MARIANNE JOHANNA HILF

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität St. Gallen

Privatrechtliche Elemente im Strafrecht?

Restorative Strafjustiz 1099

MARCEL ALEXANDER NIGGLI

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor und Dekan, Universität Freiburg

NADINE HAGENSTEIN

MLaw, Diplomassistentin an der Universität Freiburg

Virtualität, Realität, Sexualität und Konsum

Zur geplanten Revision der Pornographie-Strafnorm (Art. 197 StGB) und
den Schwierigkeiten mit Schein und Sein

1109

HANS WIPRÄCHTIGER

Dr. iur., Bundesrichter Lausanne

Überflüssige Revisionen des Strafgesetzbuches

Oder: Wie Medien und Politik trotz Kriminalität rückgang das Strafrecht
verschärfen wollen und was dagegen zu tun ist

1133

Lebenslauf IVO SCHWANDER

1143

Schriftenverzeichnis IVO SCHWANDER

1145

Cartesio¹ – Irrläufer im Koordinatensystem der Niederlassungsfreiheit

PETER JUNG

Inhaltsübersicht

I.	Einführung	563
II.	Das Koordinatensystem nach <i>Cartesio</i>	564
	A. Differenzierung nach der Zugehörigkeit der betroffenen Gesellschaft zum EWR	565
	B. Differenzierung nach der Art der Sitzverlegung	566
	C. Differenzierung nach der Urheberschaft der Sitzverlegungsbeschränkung	567
	D. Differenzierung nach der sachlichen Herkunft der Sitzverlegungsbeschränkung	569
	E. Differenzierung nach der Herkunft der Sitzverlegungsbeschränkung aus dem Kollisions- und/oder Sachrecht	570
III.	Kritik des Koordinatensystems nach <i>Cartesio</i>	571
	A. Unzulässige Vermengung von niederlassungsrechtlicher Zugehörigkeit zum EWR und internationalprivatrechtlicher Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts	571
	B. Unzulässige Benachteiligung der Wegzugs- gegenüber den Zuzugsbeschränkungen	572
	C. Unzulässige Benachteiligung von Gesellschaften gegenüber natürlichen Personen	573
	D. Unzulässige Benachteiligung der Hauptverwaltungssitz- gegenüber der Satzungssitzverlegung	574
IV.	Fazit	575

I. Einführung

Cartesio, eine in den Bereichen Humanressourcen, Sekretariat, Übersetzung, Unterricht und Bildung tätige und nach ungarischem Recht gegründete Kommanditgesellschaft mit Sitz in Baja (Ungarn), stellte Ende 2005 beim zuständigen ungarischen Handelsregistergericht den Antrag, die Verlegung ihres Sitzes nach Gallarate (Italien) zu bestätigen und die Sitzangabe im Handelsregister entsprechend zu ändern. Die Ablehnung dieses Antrags, die damit begründet wurde, dass eine nach ungarischem Recht gegründete Gesellschaft ihren Sitz nach ungarischem Recht nicht unter Beibe-

¹ EuGH Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641.

haltung des ungarischen Gesellschaftsstatuts ins Ausland verlegen könne, gab Anlass zu einem der bedeutendsten Verfahren, die in den letzten Jahren vor den Europäischen Gerichtshof (EuGH) gebracht wurden. Denn *Cartesio* wollte sich weder in Ungarn einmauern noch vom ungarischen Recht an der Grenze totschiagen² lassen³. Zwar ist es üblich, die Entscheidungen des EuGH nach der klagenden Partei zu benennen, doch machte der EuGH mit seiner Entscheidung, dass die der Eintragungsablehnung durch das ungarische Handelsregistergericht zugrunde liegenden Erwägungen mit der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften im EWR (jetzt Art. 49 ff. AEUV bzw. Art. 34 EWR-Abkommen) vereinbar seien, dem Namen *Cartesio* keine Ehre. Vielmehr stiftete der EuGH im kartesischen Koordinatensystem der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften erneut Verwirrung. Trotz unzähliger Versuche⁴ ist es bislang nicht gelungen, die unter anderem auch von den Schlussanträgen des Generalanwalts⁵ abweichende Entscheidung zusammen mit den anderen einschlägigen und nicht weniger berühmten Präjudizien⁶ in ein stimmiges System zu bringen. Daher soll in diesem dem Kollegen Ivo Schwander gewidmeten kleinen Beitrag auch nicht noch ein weiterer untauglicher Harmonisierungsversuch unternommen werden. Vielmehr sollen stattdessen die sich aus der Entscheidung ergebenden Systembrüche und die hinter ihnen stehenden fragwürdigen Begründungszusammenhänge näher beleuchtet werden.

II. Das Koordinatensystem nach *Cartesio*

Seit der Entscheidung *Cartesio* liegen dem EWR-Niederlassungsrecht einigermaßen gesichert die folgenden fünf Differenzierungen zugrunde:

-
- ² So plastisch LUTTER, BB 2003, 7, 10, für die einer Gesellschaft bei der Verlegung ihres Hauptverwaltungssitzes ins Ausland durch Beschränkungen des Wegzugsstaats (z.B. steuerrechtlich veranlasste Genehmigungsvorbehalte, Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts an den realen Hauptverwaltungssitz nach der sog. Sitztheorie) drohende Auflösung und Liquidation.
 - ³ Zum Ausgangsverfahren in der Rs. *Cartesio* vor dem Regionalgericht Szeged und den Vorlagefragen siehe ZIP 2006, 1536.
 - ⁴ Besprechungen *Cartesio* LEIBLE/HOFFMANN, BB 2009, 58 ff.; SCHMIDT-KESSEL, GPR 2009, 26 ff.; ZIMMER/NAENDRUP, NJW 2009, 545 ff.
 - ⁵ Schlussanträge des Generalanwalts *Poiaras Maduro* vom 22.5.2008, abgedruckt in NZG 2008, 498 ff.
 - ⁶ Siehe insbesondere EuGH Rs. C-81/87, Daily Mail, Slg. 1988, 5483; EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459; EuGH Rs. C-208/00, Überseering, Slg. 2002, I-9919; EuGH Rs. C-167/01, Inspire Art, Slg. 2003, I-10155; EuGH Rs. C 9/02, Lasteyrie de Saillant, Slg. 2004, I-2409; EuGH Rs. C-411/03, Sevic Systems AG, Slg. 2005, I-10805.

A. Differenzierung nach der Zugehörigkeit der betroffenen Gesellschaft zum EWR

Die erste Differenzierung, die nicht nur nach der *Cartesio*-Entscheidung, sondern generell im EWR-Niederlassungsrecht vorzunehmen ist, betrifft den Anwendungsbereich der für die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in der Europäischen Union und damit auch im Europäischen Wirtschaftsraum zentralen Verweisvorschrift von Art. 54 Abs. 1 AEUV. Danach stehen die Gesellschaften i.S.v. Art. 54 Abs. 2⁷ bei der Anwendung der Regeln über die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) nur dann den natürlichen Personen gleich, wenn sie zum einen nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wirksam gegründet wurden⁸ und zum anderen ihren satzungsmässigen Sitz⁹, ihre Hauptverwaltung¹⁰ oder ihre Hauptniederlassung¹¹ innerhalb der EU bzw. des EWR haben.

Gesellschaften, denen wie etwa den nach schweizerischem Recht gegründeten Gesellschaften eine rechtliche und/oder räumliche Anbindung an den EWR im beschriebenen Sinne fehlt, können sich weder auf die primäre und sekundäre Niederlassungs- noch auf die Dienstleistungsfreiheit des AEUV berufen. Dies gilt auch dann, wenn die nach dem Recht eines Drittstaats gegründete Gesellschaft ihren Hauptverwaltungssitz in einen der Gründungstheorie anhängenden EWR-Mitgliedstaat verlegt, da sie auch dann bestenfalls als eine nach dem Recht eines EWR-Staats anerkannte, nicht aber gegründete Gesellschaft angesehen werden kann. Sofern

⁷ Der unionsrechtliche Begriff der «Gesellschaften» i.S.v. Art. 54 Abs. 2 AEUV umfasst alle rechtlich verselbständigten Akteure, die keine natürlichen Personen sind, einen Erwerbszweck verfolgen und keine Hoheitsrechte ausüben (MÜLLER-GRAFF, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 48 EGV, Rz. 2). Der Begriff ist damit einerseits enger (keine Einbeziehung von rechtlich nicht gegenüber ihren Gesellschaftern im Rechtsverkehr verselbständigten Gesellschaften) und andererseits weiter (Einbeziehung von Stiftungen und von juristischen Personen des öffentlichen Rechts) als der Begriff der Gesellschaft i.S.v. Art. 530 Abs. 2 OR.

⁸ Es handelt sich wegen des Wortlauts (eine Gesellschaft kann nur nach dem Sachrecht eines Mitgliedstaats gegründet werden) und des Normzwecks (Bedrohung der Niederlassungsfreiheit gerade durch kollisionsrechtliche Regelungen und fehlender Wille zur Erfassung von Gesellschaften aus Drittstaaten aufgrund einer kollisionsrechtlichen Verweisung auf deren Recht) um eine blosser Sachnormverweisung auf das mitgliedstaatliche Gründungssachrecht und nicht um eine Gesamtverweisung (näher BRÖDERMANN/IVERSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Rz. 126 ff.; RANDELZHOFFER/FORSTHOFF, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Art. 48 EGV, Rz. 13 ff.; a. A. KINDLER, NJW 1999, 1993, 1997 f.).

⁹ Unter dem satzungsmässigen Sitz ist der von den Mitgliedern in der Satzung festgelegte Sitz zu verstehen (vgl. z.B. für das deutsche Recht §§ 5, 23 Abs. 3 Nr. 1 AktG und §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 a GmbHG).

¹⁰ Die Hauptverwaltung befindet sich an dem Ort, an dem die Leitungsorgane (Geschäftsführung, Vorstand, Verwaltungsrat) regelmässig zusammentreten und die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft tatsächlich durch ihre Entscheidungen leiten.

¹¹ Die Hauptniederlassung ist der Ort, an dem sich die wesentlichen Personal- und Sachmittel des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens (z.B. die zentrale Produktionsstätte) befinden.

nicht noch völkerrechtliche Gewährleistungen eingreifen¹², bleibt derartigen Gesellschaften nur die Möglichkeit, eine selbständige Tochtergesellschaft nach dem Recht eines EWR-Staats (z.B. Liechtenstein) zu gründen und deren Sitz oder Hauptniederlassung im EWR zu errichten und über diese dann ab dem Gründungszeitpunkt von den Grundfreiheiten zu profitieren.

B. Differenzierung nach der Art der Sitzverlegung

Nicht nur in der *Cartesio*-Entscheidung, sondern generell im EWR-Niederlassungsrecht wird zudem zwischen der Verlegung des Hauptverwaltungssitzes (auch tatsächlicher/realer Sitz) und der Verlegung des Satzungssitzes (auch formeller/rechtlicher Sitz) unterschieden. Beide Sitzverlegungsarten können miteinander kombiniert oder auch gesondert durchgeführt werden. Im Ausgangsfall von *Cartesio* ging es um eine reine Hauptverwaltungssitzverlegung, da *Cartesio* trotz der Verlagerung seiner Geschäftsleitung und Geschäftstätigkeit nach Italien sein ungarisches Gesellschaftsstatut beibehalten wollte. Der EuGH entschied dann aber nicht nur über diese Fallkonstellation, sondern obiter auch noch über den hypothetischen Fall einer mit der Hauptverwaltungssitzverlegung kombinierten Satzungssitzverlegung¹³.

Die freie Verlegung des Hauptverwaltungssitzes im EWR stellt eine wichtige Ausprägung der primären Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften dar. Eine Gesellschaft hat ein vitales Interesse daran, dass zumindest ihre Identität als Rechtsträger durch die Verlegung des Hauptverwaltungssitzes unangetastet bleibt. Verliert sie nämlich durch Beschränkungen des Wegzugs oder des Zuzugs ihre Existenz, muss sie im Zuzugsstaat neu gegründet werden und es käme wegen des Rechtsträgerwechsels zu regelmässig untragbaren Konsequenzen¹⁴.

Die identitätswahrende Verlegung des Satzungssitzes¹⁵ ist eine Massnahme der rechtlichen Umstrukturierung, da mit ihr die Umwandlung in eine ausländische

¹² Für die nach schweizerischem Recht gegründeten Gesellschaften gelten nur die sich aus den sog. Bilateralen Abkommen und aus dem GATS ergebenden Gewährleistungen der Dienstleistungsfreiheit, die aber grundsätzlich keine freie Niederlassung von Gesellschaften verbürgen; siehe dazu EuGH Rs. C-351/08, GRIMME, EWS 2009, 519, 521 und BGH NJW 2009, 289 sowie die Anmerkungen zur Entscheidung des BGH (Trabrennbahn) von A. K. SCHNYDER, GPR 2009, 227 ff. und JUNG, NZG 2008, 681 ff.

¹³ EuGH Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rz. 111 ff.

¹⁴ Siehe dazu als Beispiel den Sachverhalt von EuGH Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641; zu den regelmässig untragbaren Konsequenzen gehören insbesondere der Aufwand für die Liquidation und Neugründung, die Vermögensübertragung sowie das Problem der Liquidationsbesteuerung gerade auch der stillen Reserven.

¹⁵ Siehe dazu im EU-Recht auch Art. 8 SE-VO EG/2157/2001 und Art. 7 SCE-VO EG/1435/2003 sowie Art. 3 des Ende 2007 zurückgezogenen Vorentwurfs für eine Sitzverlegungsrichtlinie (abgedruckt in ZIP 1997, 1721).

Rechtsform einhergeht. Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob es sich bei diesem rein rechtlichen Vorgang überhaupt um eine Ausübung der primären Niederlassungsfreiheit handelt. Während der EuGH dies in der *Cartesio*-Entscheidung obiter ohne nähere Begründung angenommen hat¹⁶, wurde dies in der deutschen Rechtsprechung zuvor verneint¹⁷. Aus denselben Gründen wie bei der Erstwahl sollte jedoch auch bei der Satzungssitzverlegung die von nicht rechtfertigungsfähigen Behinderungen freie Wahl eines ausländischen Rechts möglich sein¹⁸. Nach *Cartesio* muss zumindest der Wegzugsstaat den identitätswahrenden rechtsordnungsübergreifenden Formwechsel ermöglichen¹⁹, wobei noch offen ist, ob dies nur in Verbindung mit einer Verlegung des Hauptverwaltungssitzes²⁰ oder auch bei einer alleinigen Satzungssitzverlegung gilt, wie genau das Verfahren dieses Formwechsels auszugestaltet ist und unter welchen Voraussetzungen Wegzugs- und Zuzugsbeschränkungen allenfalls aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind²¹.

C. Differenzierung nach der Urheberschaft der Sitzverlegungsbeschränkung

Auch die Unterscheidung zwischen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch den Wegzugsstaat und solchen durch den Zuzugsstaat wurde nicht erst in der Entscheidung *Cartesio* erdacht. Sie ist eigentlich bereits in der Begründung der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Daily Mail* von 1988 angelegt²². Erstmals ausdrücklich formuliert wurde sie sodann in der *Überseering*-Entscheidung von 2002, um den Widerspruch zwischen dieser eine Beschränkung durch den Zuzugsstaat betreffenden Entscheidung und dem eine Beschränkung durch den Wegzugsstaat betreffenden Präjudiz in Sachen *Daily Mail* aufzulösen²³. Obwohl die Differenzierung fragwürdig ist²⁴ und daher auch eher als ein Übergangsphänomen betrachtet wurde²⁵, hat sie der EuGH in der Rechtssache *Cartesio* erneut – wenn auch nur noch be-

¹⁶ EuGH Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rz. 111 ff.

¹⁷ BayObLG NJW-RR 2004, 836, 837; OLG Zweibrücken DB 2005, 2293.

¹⁸ In diese Richtung auch BEHRENS, ZEuP 2007, 324, 338 ff.

¹⁹ EuGH Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641, Rz. 111 ff.

²⁰ G. H. ROTH, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 15.

²¹ Dazu ZIMMER/NAENDRUP, NJW 2009, 545, 547 f.

²² EuGH Rs. C-81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483, Rz. 19 ff.

²³ EuGH Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rz. 61 ff.

²⁴ Siehe unten unter III. B.

²⁵ Zu den gerade auch im Verfahren *Cartesio* überwiegend gehegten Erwartungen bezüglich einer Korrektur der niederlassungsfeindlichen *Daily Mail*-Rechtsprechung siehe nur JUNG, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 48 EGV, Rz. 37.

schränkt auf Fälle der Hauptverwaltungssitzverlegung – bestätigt²⁶. Trotz aller Unwägbarkeiten der Rechtsprechung wird man sich daher bis auf weiteres in der gesellschaftsrechtlichen Praxis auf sie einzustellen haben.

Als Wegzugsbeschränkungen werden Massnahmen desjenigen Staates bezeichnet, in dem zum Zeitpunkt der niederlassungsrelevanten Handlung der Hauptverwaltungs- bzw. Sitzungssitz der Gesellschaft liegt. Klassische Beispiele bilden die Genehmigungsbedürftigkeit einer Hauptverwaltungssitzbegründung im Ausland²⁷ und der Zwang zur Auflösung von sog. formal inländischen Gesellschaften nach dem Kollisions-²⁸ oder Sachrecht²⁹ des Wegzugsstaats. Zuzugsbeschränkungen rühren demgegenüber vom sog. Aufnahmestaat der künftigen Haupt- oder Zweigniederlassung der Gesellschaft her, wie dies etwa bei Umgründungserfordernissen für zuziehende Gesellschaften oder bei Sonderregelungen für formal ausländische Gesellschaften³⁰ der Fall ist.

Der EuGH hat die Differenzierung zwischen Wegzugs- und Zuzugsbeschränkungen in *Cartesio* in Anlehnung an *Daily Mail* damit begründet, dass es sich bei einer Gesellschaft im Gegensatz zu einer natürlichen Person um ein Geschöpf der von den Gründern gewählten Gründungsrechtsordnung handele und eine Gesellschaft daher jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität besitze³¹. Nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts könne jeder Mitgliedstaat in Ermangelung einer einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Definition derjenigen Gesellschaften, denen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 54 Abs. 1 AEUV zugute kommt, selbst darüber befinden, ob sich eine nach seinem Recht gegründete Gesellschaft auf die Niederlassungsfreiheit berufen dürfe³². Dem Zuzugsstaat wird demgegenüber kein solches Definitionsrecht zugestanden³³.

²⁶ EuGH Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rz. 99 ff.

²⁷ Siehe dazu als Beispiel den Sachverhalt von EuGH Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483.

²⁸ Siehe dazu als Beispiel den Sachverhalt von EuGH Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641.

²⁹ Siehe dazu etwa den zum 1.11.2008 durch das MoMiG abgeschafften § 4 a Abs. 2 dtGmbHG, der sachrechtlich eine gespaltene Sitzwahl (Satzungssitz in Deutschland und Hauptverwaltungssitz im Ausland) verbot.

³⁰ Siehe dazu als Beispiele die Sachverhalte von EuGH Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919 (beabsichtigte Behandlung formal ausländischer Kapitalgesellschaften als Personenhandelsgesellschaften nach deutschem Recht) und EuGH Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155 (Sonderregeln zur Kapitalaufbringung und Publizität von formal ausländischen Gesellschaften nach niederländischem Recht).

³¹ EuGH Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rz. 104.

³² EuGH Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rz. 109; zur Kritik an dieser unzutreffenden Interpretation von Art. 54 Abs. 1 AEUV siehe unten unter III. A.

³³ EuGH Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; EuGH Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155.

D. Differenzierung nach der sachlichen Herkunft der Sitzverlegungsbeschränkung

Die Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften betreffen insbesondere Beschränkungen durch das Steuer- und Gesellschaftsrecht. Bedeutung hat die unterschiedliche Herkunft der Beschränkungen für die Art der Rechtfertigung. Da der EuGH in *Cartesio* allerdings bereits mangels Anwendbarkeit eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit verneinte, drang er erst gar nicht zu Fragen der möglichen Rechtfertigung der ungarischen internationalprivatrechtlichen Regelungen vor.

Direkte Diskriminierungen von ausländischen Gesellschaften i.S.v. Art. 54 AEUV³⁴ können nur nach Art. 52 Abs. 1 AEUV aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden³⁵. Während im Gesellschaftsrecht derartige Gründe kaum praktische Bedeutung haben, kann das steuerliche Territorialitätsprinzip, mit dem etwa die ausgewogene Verteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten und die Vermeidung doppelter Verlustberücksichtigungen angestrebt wird, auch direkte Diskriminierungen rechtfertigen³⁶.

Die übrigen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind nach allgemeinen Grundsätzen dann zu rechtfertigen, wenn sie in nicht diskriminierender Weise angewendet werden, zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen sowie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sind³⁷. Als zwingende Gründe des Allgemeininteresses kommen im Gesellschaftsrecht namentlich die Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer und des Fiskus in Betracht³⁸. Dabei sind allerdings generelle Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit angesichts der im Gesellschaftsrecht erreichten Rechtsangleichung und der damit verbundenen grundsätzlichen Gleichwertigkeit der mitgliedstaatlichen Schutzregelungen nicht mehr erforderlich. Damit sind nur noch Vorschriften, die sich nicht allein gegen die Struktur ausländischer Gesellschaften und ihren generellen Marktzugang, sondern gegen ein konkretes Marktverhalten der Gesellschaft oder ihrer Gesellschafter richten, einer Rechtfertigung zugänglich. Auch im Steuer-

³⁴ Diskriminierende Wirkung haben fremdenrechtliche und internationalprivatrechtliche Regelungen, die nach dem Hauptverwaltungssitz, der Hauptniederlassung oder der Staatsangehörigkeit der die Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar kontrollierenden natürlichen Personen direkt oder indirekt differenzieren (vgl. EuGH Rs. 270/83, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1986, 273, Rz. 18; EuGH Rs. C-330/91, *Commerzbank*, Slg. 1993, I-4017, Rz. 13 f.).

³⁵ EuGH Rs. 79/85, *Segers*, Slg. 1986, 2375, Rz. 17.

³⁶ EuGH Rs. C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373, Rz. 44 ff; EuGH Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Slg. 2008, I-3601, Rz. 27 ff.

³⁷ Siehe zu dieser sog. *Gebhard-Formel* EuGH Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37.

³⁸ EuGH Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rz. 92.

recht wird das Interesse des Fiskus an der Vermeidung von Steuerausfällen allerdings nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses anerkannt, der eine Beschränkung des Wegzugs rechtfertigen könnte³⁹.

Eine dritte Rechtfertigungsmöglichkeit kann sich insbesondere im Steuerrecht aus dem Rechtsmissbrauchsverbot ergeben. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist eine missbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht nämlich generell⁴⁰ und speziell im Bereich der Grundfreiheiten⁴¹ ausgeschlossen. Kritisch sieht der EuGH zumindest in seiner steuerrechtlichen Rechtsprechung «rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktionen», die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung von Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats zu entgehen und insbesondere die Steuer zu umgehen⁴². Im Gesellschaftsrecht ist die Rechtsprechung des EuGH insoweit allerdings strenger. Zwar kann etwa die Eintragung der Zweigniederlassung einer englischen Ltd. in das deutsche Handelsregister als rechtsmissbräuchlich abgelehnt werden, wenn die Gründung der Ltd. nur der Umgehung eines gegen den director in Deutschland verhängten Gewerbeverbots diene⁴³. Der EuGH hat jedoch immer wieder betont, dass die Begründung eines schlichten Sitzungssitzes in einem anderen EWR-Staat zur Ausnutzung des verbliebenen gesellschaftsrechtlichen Regelungsgefälles als solches weder von Seiten der (Gründer-)Gesellschafter noch von Seiten der Gesellschaft ein rechtsmissbräuchliches Verhalten sei, sondern ein den Wettbewerb der nationalen Gesellschaftsrechte im Binnenmarkt beförderndes legitimes Gestaltungsmittel darstelle⁴⁴. Reine sog. Briefkastengesellschaften unterstehen damit grundsätzlich ebenfalls dem Schutz der Niederlassungsfreiheit.

E. Differenzierung nach der Herkunft der Sitzverlegungsbeschränkung aus dem Kollisions- und/oder Sachrecht

Von rein systematischer Bedeutung ist schliesslich die Unterscheidung zwischen kollisions- und sachrechtlichen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, da die

³⁹ EuGH Rs. C-196/04, Cadbury Schweppes, Slg. 2006, I-7995, Rz. 49.

⁴⁰ Für die Berufung auf die Kapital-RL 77/91/EWG EuGH Rs C-367/96, Kefalas, Slg. 1998, I-2843, Rz. 20 und EuGH Rs C-373/97, Diamantis, Slg. 2000, I-1705, Rz. 33.

⁴¹ St. Rspr seit EuGH Rs. C-33/74, Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299, Rz. 13; näher OTTERSBAACH, Rechtsmissbrauch bei den Grundfreiheiten des Europäischen Binnenmarkts, 2001.

⁴² EuGH Rs. C-196/04, Cadbury Schweppes, Slg. 2006, I-7995, Rz. 49 ff.; EuGH Rs. C-524/04, Test Claimants, Slg. 2007, I-2107, Rz. 74.

⁴³ Siehe dazu BGH EuZW 2007, 546.

⁴⁴ EuGH Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, Rz. 27 und EuGH Rs. C-167/01, Inspire Art, Slg. 2003, I-10155, Rz. 96 f.

primärrechtliche Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft Schutz gegenüber allen Massnahmen gewährt, welche die Ausübung der Niederlassungsfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen⁴⁵, und dies unabhängig von ihrer Herkunft aus dem Kollisions- oder Sachrecht. So ging es etwa im Fall *Daily Mail* um einen sich aus dem materiellen Steuerrecht ergebenden Genehmigungsvorbehalt und in den Fällen *Überseering* und *Cartesio* um eine durch das Internationale Gesellschaftsrecht Deutschlands bzw. Ungarns veranlasste Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.

III. Kritik des Koordinatensystems nach *Cartesio*

A. Unzulässige Vermengung von niederlassungsrechtlicher Zugehörigkeit zum EWR und internationalprivatrechtlicher Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts

Der EuGH trennt in *Cartesio* nicht hinreichend klar zwischen den in Art. 54 Abs. 1 AEUV für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit genannten Zugehörigkeitskriterien (Gründung nach dem Recht eines Mitgliedstaats sowie Satzungssitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der EU bzw. im EWR) und den für die Bestimmung des auf die jeweilige Gesellschaft bei internationalen Sachverhalten anwendbaren Gesellschaftsrechts durch das internationale Privatrecht Ungarns. Zwar ist es richtig, dass das EU- und EWR-Recht auf seinem gegenwärtigen Stand keine primär- oder sekundärrechtliche Regel zur Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts durch die Internationalen Privatrechte der Mitgliedstaaten enthält, doch kann daraus entgegen *Cartesio* nicht abgeleitet werden, dass die Mitgliedstaaten nach eigenem Gutdünken über die Kriterien der Unterstellung ihrer Gesellschaften unter die Niederlassungsfreiheit entscheiden könnten. Diese Kriterien werden gerade in Art. 54 Abs. 1 AEUV in einer bewusst eigentümlichen Mischung aufgeführt. Die neben das Erfordernis einer mitgliedstaatlichen Gründung tretende alternative Massgeblichkeit von Satzungssitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung für die räumliche Zugehörigkeit der Gesellschaft zur EU bzw. zum EWR soll die Mitgliedstaaten nicht zur Definition des Anwendungsbereichs der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit durch die freie Wahl der Anknüpfungskriterien im Internationalen Gesellschaftsrecht (z. B. Anknüpfung an den realen

⁴⁵ Vgl. EuGH Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995 I-4165; besonders weitgehend EuGH C-81/09, Idryma Typou, NZG 2011, 183 (Unvereinbarkeit einer auch einflusslose Anlagegesellschafter einer Kapitalgesellschaft mit einer Beteiligung von über 2,5% treffenden persönlichen Haftung mit der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit aufgrund der damit verbundenen Abschreckungswirkung auf potentielle Anleger insbesondere aus dem Ausland).

Hauptverwaltungssitz nach der sog. Sitztheorie) ermächtigen, sondern gerade umgekehrt einen weiten Anwendungsbereich des durch Art. 54 Abs. 1 AEUV erfolgenden Verweises auf die Art. 49 ff. AEUV sicherstellen. So erfüllte denn auch die *Cartesio betéti társaság* in der Rs. C-210/06 als Kommanditgesellschaft ungarischen Rechts die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 54 AEUV, da es sich um eine Gesellschaft i.S.v. Art. 54 Abs. 2 AEUV handelte, die i.S.v. Art. 54 Abs. 1 AEUV sowohl nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden war als auch ihren Satzungssitz, ihre Hauptverwaltung und ihre Hauptniederlassung sämtlich in der EU hatte.

B. Unzulässige Benachteiligung der Wegzugs- gegenüber den Zuzugsbeschränkungen

Zwar können mit der Differenzierung zwischen den gar nicht erst in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallenden und daher stets möglichen Wegzugsbeschränkungen und den rechtfertigungsbedürftigen Zuzugsbeschränkungen die beiden unterschiedlichen Rechtsprechungslinien von *Daily Mail* und *Cartesio* einerseits sowie *Überseering* und *Sevic* andererseits vordergründig erklärt werden, in der Sache vermag die Differenzierung aber nicht zu überzeugen⁴⁶. Aus Sicht der Art. 54 und 49 AEUV, die gerade auch in Fällen der Hauptverwaltungssitzverlegung aus einem im Internationalen Gesellschaftsrecht der Sitztheorie folgenden Mitgliedstaat zur Anwendung gelangen sollen⁴⁷, sowie der von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machenden Gesellschaft ist es vollkommen unerheblich, ob die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit auf Massnahmen des Wegzugs- und/oder des Zuzugsstaats beruht. Das in den Entscheidungen *Daily Mail* und *Cartesio* postulierte mitgliedstaatliche Recht, eine dem eigenen Gesellschaftsstatut unterstehende Gesellschaft aufgrund steuerrechtlichen oder internationalprivatrechtlichen Regelungen aufzulösen und zu liquidieren, wird bei grenzüberschreitenden Sachverhalten eben gerade durch Art. 49, 54 AEUV massiv eingeschränkt⁴⁸. Nach Art. 54, 49 AEUV sollen die erfassten Gesellschaften gerade auch in anderen EWR-Mitgliedstaaten grundsätzlich eine rechtliche Existenz besitzen.

Die niederlassungsrechtliche Privilegierung der Beschränkungen durch den Wegzugsstaat ist bei einer Hauptverwaltungssitzverlegung zudem auch inhaltlich nicht zu rechtfertigen. Denn der Staat, aus dem eine Gesellschaft unter Beibehaltung ihres Gesellschaftsstatuts lediglich ihren Hauptverwaltungssitz heraus ins Ausland verlegt, kann ganz anders als der künftig von ihrer Tätigkeit hauptsächlich betroffene

⁴⁶ Siehe dazu schon LUTTER, BB 2003, 7, 10; a. A. RANDELZHOFFER/FORSTHOFF, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Art. 48 EGV, Rz. 59 ff.

⁴⁷ Dazu soeben unter III, A.

⁴⁸ Dazu schon im Zusammenhang mit der Rs. *Daily Mail* SANDROCK/AUSTMANN, RIW 1989, 249.

Zuzugsstaat keine besonders schutzwürdigen Interessen geltend machen. Da die Gesellschaft ihr Gesellschaftsstatut in diesen Fällen nicht wechselt, sofern sie hierzu nicht gerade entgegen der Niederlassungsfreiheit gezwungen wird, bleiben die Rechtsbeziehungen von allenfalls schutzwürdigen Gläubigern, Arbeitnehmern und Gesellschaftern zur und in der Gesellschaft nämlich unverändert. Allenfalls kann durch die Hauptverwaltungssitzverlegung die tatsächliche Durchsetzung von Ansprüchen erschwert werden.

Auch Vergleiche mit dem aufsichtsrechtlichen Herkunftslandprinzip⁴⁹ und dem Recht der Staatsangehörigkeit natürlicher Personen⁵⁰ vermögen die Differenzierung nicht zu rechtfertigen, da im Bereich der Niederlassungsfreiheit eine Gesellschaft ihren «EWR-Pass» und damit die Möglichkeit zur Berufung auf die grundsätzliche Freizügigkeit im EWR allein anhand der in Art. 54 AEUV genannten Voraussetzungen und nicht erst aufgrund von nationalen Anforderungen erhält, die über die zu ihrer Existenzbegründung notwendigen Gründungsvorschriften hinausgehen.

C. Unzulässige Benachteiligung von Gesellschaften gegenüber natürlichen Personen

Die unterschiedliche Behandlung von Wegzugsbeschränkungen in den Fällen *Daily Mail* bzw. *Cartesio* einerseits (Unanwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit) und *Lasteyrie de Saillant* andererseits (Unvereinbarkeit der französischen Wegzugsbesteuerung mit der Niederlassungsfreiheit einer natürlichen Person) lässt sich nur mit dem Unterschied zwischen natürlichen Personen und Gesellschaften rechtfertigen. Unter den Anwendungsvoraussetzungen von Art. 54 AEUV wird diese Unterscheidungsmöglichkeit aber gerade ausgeschlossen. Die Tatsache, dass eine Gesellschaft als Rechtsgebilde ihre Existenz dem Recht des Wegzugsstaats verdankt, macht diese im Falle eines Wegzugs nicht weniger, sondern eher noch stärker schutzbedürftig als eine natürliche Person. Die Unterscheidung zwischen natürlichen Personen und Gesellschaften bei Wegzugsbeschränkungen ist schliesslich auch deshalb problematisch, weil sich die eine Gesellschaft treffenden Beschränkungen mittelbar auch auf die Niederlassungsfreiheit der Gesellschafter und Geschäftsleiter als natürliche Personen auswirken können.

⁴⁹ Dazu SCHMIDT-KESSEL, GPR 2009, 26, 29.

⁵⁰ Dazu EuGH Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rz. 109.

D. Unzulässige Benachteiligung der Hauptverwaltungssitz- gegenüber der Satzungssitzverlegung

Mit seinem obiter dictum in *Cartesio* hat der EuGH zudem neu im Bereich der Wegzugsbeschränkungen eine Unterscheidung zwischen Hauptverwaltungssitz- und Satzungssitzverlegungen eingeführt⁵¹. Während im ersten Fall der Wegzugsstaat frei über die Zulassung der identitätswahrenden Sitzverlegung entscheiden und diese etwa aus Gründen seines Steuerrechts oder Internationalen Privatrechts verweigern kann, weil insoweit die Niederlassungsfreiheit nach Art. 54 Abs. 1 AEUV auf die Gesellschaft gar nicht anwendbar sein soll, darf er bei Satzungssitzverlegungen die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft sowie andere Beschränkungen der insoweit anwendbaren Niederlassungsfreiheit nur dann praktizieren, wenn dies aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.

Selbst wenn man annimmt, dass diese Privilegierung der Satzungssitzverlegung gegenüber der Hauptverwaltungssitzverlegung nur dann gelten soll, wenn wie im hypothetisch vom EuGH in *Cartesio* gebildeten Fall Satzungs- und Hauptverwaltungssitz zugleich verlegt werden⁵², ist auch diese Differenzierung nicht überzeugend. Auch sie kann nur vordergründig in Fortschreibung der den Entscheidungen *Daily Mail* und *Cartesio* zugrunde liegenden Logik damit gerechtfertigt werden, dass ein Staat über das Schicksal der Gesellschaften, die auch nach der Hauptverwaltungssitzverlegung noch seinem Gesellschaftsstatut unterstehen wollen, frei entscheiden kann, während ihm diese Entscheidungsbefugnis aufgrund von Vorwirkungen der Niederlassungsfreiheit bereits in dem Moment genommen ist, ab dem sich die Gesellschaft einem neuen ausländischen Gesellschaftsstatut unterstellen möchte⁵³.

Diese Rechtfertigung ist aus Sicht der Niederlassungsfreiheit jedoch völlig irrelevant. Art. 54 und 49 AEUV schützen insbesondere die tatsächlichen Betätigungen der Niederlassung, wie sie gerade auch die Verlegung des Hauptverwaltungssitzes darstellt, gegen nicht rechtfertigungsfähige Behinderungen jeglichen Ursprungs. Es gibt sogar umgekehrt Stimmen, die aufgrund des ausschliesslich auf tatsächliche Verhaltensweisen Bezug nehmenden Wortlauts von Art. 49 AEUV die rein rechtlich relevante Festlegung bzw. Verlegung des Satzungssitzes als gar nicht von der Niederlassungsfreiheit erfasst ansehen⁵⁴. Auch wenn der EuGH in *Cartesio* dieser Auffassung mit

⁵¹ EuGH Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-9641, Rz. 99 ff. einerseits und Rz. 111 ff. andererseits.

⁵² So G. H. ROTH, *Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht*, 2010, S. 15.

⁵³ So ZIMMER/NAENDRUP, *NJW* 2009, 545, 547.

⁵⁴ So etwa im deutschen Recht BayObLG *NJW-RR* 2004, 836, 837; OLG Zweibrücken *DB* 2005, 2293 m.w.N.

Recht⁵⁵ nicht gefolgt ist und stillschweigend von einer Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auch auf Fälle des Satzungssitzwechsels zumindest dann ausgegangen ist, wenn dieser mit einer Hauptverwaltungssitzverlegung verbunden wird, so bleibt er doch die Erklärung dafür schuldig, warum nun andererseits die Gesellschaft nur bei dieser Sitzverlegungsform gerade auch gegenüber nicht rechtfertigungsfähigen Beschränkungen des Wegzugsstaats geschützt sein soll. Kaum zu begründen ist auch, warum der erst unter dem neuen Gesellschaftsstatut des Zuzugsstaats erlangte Schutz der Niederlassungsfreiheit bereits Vorwirkungen gegenüber dem Wegzugsstaat begründen soll.

IV. Fazit

Schon bislang fiel es schwer, die oft nur knapp und rätselhaft begründeten Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in ein stimmiges System einzuordnen. Die Entscheidung *Cartesio* hat hier im Bereich der Sitzverlegungsfälle ganz im Gegensatz zu den Arbeiten ihres indirekten Namenspatrons René Descartes keine Klarheit gebracht, sondern zusätzliche Verwirrung gestiftet. Zum einen hält sie an der *Daily-Mail*-Rechtsprechung für Wegzugsbeschränkungen fest und hält damit den nicht zu rechtfertigenden Widerspruch zur Behandlung der Zuzugsbeschränkungen durch *Überseering* und *Sevic* aufrecht. In dem offensichtlichen Bemühen, der umzugswilligen und durch die EuGH-Rechtsprechung von der Auflösung bedrohten Gesellschaft einen vermeintlichen Ausweg aufzuzeigen, hat der EuGH in *Cartesio* zudem obiter eine weitere nicht zu erklärende Differenzierung im Bereich der Wegzugsbeschränkungen eingeführt: Künftig will er danach dem Wegzugsstaat zwar jegliche Beschränkungen der Hauptverwaltungssitzverlegung gestatten, weil diese gar nicht unter Art. 49 ff. AEUV fielen, auf der anderen Seite aber die Beschränkungen der Satzungssitzverlegung durch den Wegzugsstaat am Massstab der Niederlassungsfreiheit messen. Die dahinter stehende Logik ist kaum zu erkennen und steht jedenfalls in einem klaren Widerspruch zur Verweisregel von Art. 54 Abs. 1 AEUV.

Die Entscheidung *Cartesio* macht erneut deutlich, dass der notwendige Kompromiss zwischen den schutzwürdigen Interessen der beteiligten Mitgliedstaaten und denjenigen der betroffenen Gesellschaft kaum durch derartige schematische Differenzie-

⁵⁵ Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV über Art. 54 Abs. 1 AEUV nur entsprechend anzuwenden ist und damit im Sinne einer Erweiterung von Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV der Besonderheit Rechnung getragen werden kann, dass eine Gesellschaft als Rechtsgelände und Betreiberin eines Unternehmens anders als eine natürliche Person über einen rechtlichen (Satzungssitz) und mindestens einen tatsächlichen Sitz (Hauptverwaltung, Hauptniederlassung) verfügt.

rungen, sondern allein durch die im Rahmen der Rechtsfertigungsprüfung mögliche Abwägung der im konkreten Einzelfall betroffenen Interessen herzustellen ist. Erst wenn sich der EuGH hierzu in Abkehr von *Daily Mail* und *Cartesio* bekennt, wird er im Bereich der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften zu einer zumindest ansatzweise kohärenten Rechtsprechung finden.