

Versäumt es der Notar die Bescheinigung beizufügen, so wird der Inhalt der Liste dadurch nicht berührt. Diese entfaltet, wenn sie im Handelsregister aufgenommen ist, die Legitimationswirkung nach § 16 I GmbHG und kann als Grundlage eines gutgläubigen Erwerbs in Betracht kommen. § 16 GmbHG stellt schlicht darauf ab, dass die Gesellschafterliste im Handelsregister aufgenommen wurde, gleich ob die Geschäftsführer oder der Notar sie eingereicht haben und unabhängig davon, ob ihr die Bescheinigung nach § 40 II 2 GmbHG beigefügt wurde. Entscheidend ist lediglich, wer in der im Handelsregister aufgenommenen Liste als Gesellschafter vermerkt ist¹³².

6. Haftung des Notars

Verletzte der Notar in der Vergangenheit seine Anzeigepflicht gem. § 40 I 2 GmbHG a. F., so haftete er weder auf Schadensersatz nach § 823 II BGB noch aus einer Amtspflichtverletzung, da davon ausgegangen wurde, dass diese Anzeigepflicht keine gegenüber allen Gesellschaftsgläubigern bestehende Amtspflicht darstellt¹³³. Nach neuem Recht haftet der Notar zwar nicht auf Schadensersatz gem. § 40 III GmbHG, da sich diese Bestimmung nur an die Geschäftsführer richtet¹³⁴. Da die Verpflichtung gem. § 40 II GmbHG zur (zeitgerechten) Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste aber eine Amtspflicht des Notars darstellt¹³⁵, kann ihre schuldhaftige Verletzung zu einer Schadensersatzpflicht gem. § 19 BNotO führen¹³⁶. Dies setzt voraus, dass

die Amtspflicht im konkreten Fall gerade auch gegenüber demjenigen bestand, der den Schadensersatzanspruch geltend macht¹³⁷. Verletzt der Notar seine Verpflichtung zur Befügung einer Bescheinigung gem. § 40 II GmbHG, so löst dies nach überwiegender Meinung keine Haftung nach § 19 BNotO aus¹³⁸. Angesichts des beschränkten Aussagewerts der Bescheinigung und da die Gesellschafterliste ihre Wirkung entfaltet, gleich, ob die Bescheinigung beigefügt ist oder nicht, dürfte dies zutreffend sein. ■

132 Ebenso *Heidinger* (o. Fußn. 10), § 13 Rdnr. 97.

133 Vgl. nur *Paefgen* (o. Fußn. 3), § 40 Rdnr. 25; *Altmeyen* (o. Fußn. 2), § 40 Rdnr. 11; *Zöllner/Noack* (o. Fußn. 2), § 40 Rdnr. 19; *Lutter/Hommelhoff* (o. Fußn. 5), § 40 Rdnr. 12; *Rau*, DStR 2006, 1892 (1896); *Schneider* (o. Fußn. 2), § 40 Rdnr. 28, zu § 823 BGB.

134 Ebenso *Mayer*, DNotZ 2008, 403 (414 f.); *Wachter*, ZNotP 2008, 378 (393); *Heidinger* (o. Fußn. 10), § 13 Rdnr. 360.

135 Vgl. oben II 1.

136 *Westphal* (o. Fußn. 56), § 40 Rdnr. 23; *Wachter*, ZNotP 2008, 378 (393); *Mayer*, DNotZ 2008, 403 (415); *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425 (435); *Seibert* (o. Fußn. 15), S. 1, 62; ähnl. *Rau*, DStR 2006, 1892 (1896).

137 Vgl. *Wicke* (o. Fußn. 4), § 40 Rdnr. 21; *Mayer*, DNotZ 2008, 403 (415); *Schneider* (o. Fußn. 2), § 40 Rdnr. 45.

138 *Wachter*, ZNotP 2008, 378 (393); *Heidinger* (o. Fußn. 10), § 13 Rdnr. 361; ähnl. *Wicke* (o. Fußn. 4), § 40 Rdnr. 21; *Mayer*, DNotZ 2008, 403 (415); a. A. wohl *Schneider* (o. Fußn. 2), § 40 Rdnr. 45.

Kurzer Beitrag

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen, und Referendar Dr. Johannes Heuschmid, Berlin

Cartesio und MoMiG – Sitzverlagerung ins Ausland und Unternehmensmitbestimmung*

I. Der Ausgangsfall: Recht auf Statutenwechsel

Eine ungarische Gesellschaft mit Namen „Cartesio“ wollte ihren Sitz nach Italien verlegen und dies im ungarischen Handelsregister eintragen lassen. Das zuständige Gericht hatte Bedenken, weil Ungarn der Sitztheorie folgt, also im Grundsatz keine Gesellschaften kennt, die ihren Sitz außerhalb des ungarischen Territoriums haben. Cartesio vertrat die Auffassung, das Niederlassungsrecht nach Art. 43 und 48 EG umfasse auch die „Wegzugsfreiheit“, weshalb das angerufene Gericht den *EuGH* einschaltete.

Der Ausgang des Verfahrens schien durch die *EuGH*-Rechtsprechung zur „Zuzugsfreiheit“ einigermaßen klar prognostizierbar: Das „Hereinverlegen“ des Sitzes war in „Centros“¹, „Überseering“² und „Inspire Art“³ als Teil der Niederlassungsfreiheit qualifiziert worden; in „Sevic“⁴ hatte der *Gerichtshof* dasselbe für das „Hereinverschmelzen“ angenommen. Einziges Hindernis schien die „Daily Mail“-Entscheidung zu sein⁵, die nationale Beschränkungen des Wegzugs – wenn auch schon vor geraumer Zeit – gebilligt hatte. Der Generalanwalt hatte für eine Aufgabe der „Daily-Mail“-Grundsätze plädiert⁶, was einen „Gleichklang“ von Zuzugs- und Wegzugsfreiheit bewirkt hätte; die Weichen schienen gestellt⁷.

Doch es kam anders. Der *EuGH* entschied am 16. 12. 2008⁸, den Mitgliedstaaten stehe es frei, selbst die Kriterien zu bestimmen, nach denen sich das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht richte. Dasselbe gelte für die Beibehaltung des einmal erlangten Status⁹. Die in Ungarn praktizierte Sitztheorie verstoße also nicht gegen die Niederlassungsfrei-

heit. Davon sei aber der Fall zu unterscheiden, dass eine Gesellschaft ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlege und sich dabei dessen Recht unterstelle. Die Niederlassungsfreiheit verbiete es, eine Gesellschaft durch das Erfordernis der Auflösung und Liquidation daran zu hindern, „sich in eine Gesellschaft nach dem nationalen Recht des anderen Mitgliedstaats umzuwandeln, soweit dies nach dessen Recht möglich ist.“ Eine Beschränkung dieser Befugnis sei nur aus „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ möglich¹⁰.

Das vom *EuGH* den Gesellschaften eingeräumte „Recht auf Statutenwechsel“ ist in der Literatur mit ein wenig Verwunderung zur Kenntnis genommen worden, zumal die Firma Cartesio niemals erklärt hatte, sich unter den „Schirm“ des italienischen Rechts begeben zu wollen. Zumindest auf den ersten Blick liegt die Annahme nahe, die Ausführungen des *EuGH* würden nicht zu den tragenden Gründen gehören, weil es im konkreten Fall ersichtlich nicht um diese Variante der Sitzverlegung ging. Gleichwohl besteht kein Zweifel,

* Der Autor *Däubler* ist Professor für deutsches und europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen, der Autor *Heuschmid* ist Referendar beim KG.

1 *EuGH*, NZG 1999, 298 = NJW 1999, 2027.

2 *EuGH*, NZG 2002, 1164 = NJW 2002, 3614.

3 *EuGH*, NZG 2003, 1064 = NJW 2003, 3331.

4 *EuGH*, NZG 2006, 112.

5 *EuGH*, NJW 1989, 2186.

6 Schlussanträge des Generalanwalts *Poiares Maduro*, abgedruckt in NZG 2008, 498.

7 In diesem Sinne *Grohmann-Gruschinske*, EuZW 2008, 463.

8 NZG 2009, 61.

9 NZG 2009, 67 Rdnr. 110.

10 NZG 2009, 67 Rdnr. 113.

dass der *EuGH* eine solche Aussage getroffen hat und aller Voraussicht nach auf sie zurückgreifen wird, wenn effektiv über eine derartige Konstellation zu entscheiden ist.

Die nur unter engen Voraussetzungen beschränkbare Möglichkeit, sich durch Sitzverlegung einer anderen Rechtsordnung zu unterstellen, hat weitreichende Folgen. So könnte man sich z. B. vorstellen, dass Stimmbindungsverträge im „Zielstaat“ ihre Wirkung verlieren, dass dort ein höheres Mindestkapital verlangt wird oder dass eine schärfere Haftung von Vorstand bzw. Geschäftsführung besteht. Von all den Veränderungen, die sich durch einen solchen Vorgang ergeben könnten, sei hier die Unternehmensmitbestimmung herausgegriffen: Gibt es sie im „Aufnahmestaat“ nicht, fällt sie ersatzlos weg. In der Tat ist bereits die These vertreten worden, das *Cartesio*-Urteil sei „der Todesstoß für den deutschen Sonderweg der Arbeitnehmermitbestimmung“¹¹. Ein anderer Autor hatte weniger pointiert, aber in der Sache übereinstimmend schon vor einigen Jahren geschrieben, die unternehmerische Mitbestimmung „ende in Europa“¹². Ist hierfür nunmehr der entscheidende Schritt getan?

II. Wegzugsfreiheit durch MoMiG – die neue Ausgangssituation im deutschen Recht

Orientiert man sich ausschließlich an der fraglichen Passage des *Cartesio*-Urteils, spricht alles für eine positive Antwort. Allerdings setzt dies voraus, dass der *EuGH* die Möglichkeit zur Sitzverlegung mit Statutenwechsel generell und ohne Rücksicht auf die nationale Ausgangssituation eröffnen wollte. Dies könnte zweifelhaft sein, weil der *Gerichtshof* zuvor die ungarischen „Wegzugsbeschränkungen“ akzeptiert hatte und nun nach einem Weg suchen musste, um ein definitives „Einmauern“ zu vermeiden. Einen „Nationalpark“ für eigene Gesellschaften zu kreieren, würde schwerlich vor der Niederlassungsfreiheit Bestand haben, wie sie der *Gerichtshof* selbst in den Zuzugsfällen entwickelt hatte. Ging es also nur um einen „Ausweg“ für die Fälle, in denen der „Wegzug“ unter Beibehaltung des bisherigen Statuts ausgeschlossen ist?

Die ungarische Rechtslage entspricht ersichtlich dem, was bis vor Kurzem auch bei uns gegolten hat: Eine Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland war nur um den Preis einer Auflösung und Liquidation der Gesellschaft (samt Aufdeckung und Versteuerung aller stillen Reserven) und ihrer Neugründung im Zielstaat möglich¹³. Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 10. 2008¹⁴ hat sich dies ab 1. 11. 2008 geändert. Die Absätze 2 von § 4 a GmbHG und von § 5 AktG wurden gestrichen¹⁵, die einen inländischen Verwaltungssitz verlangten. Gleichzeitig wurde im bisherigen Abs. 1 bei den Anforderungen an die Satzung ein Sitz „im Inland“ vorausgesetzt¹⁶. Möglich ist daher, den Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen, solange nur die in der Satzung vorgesehene Verankerung im Inland aufrechterhalten bleibt¹⁷. Auch wenn sich die Geschäfte nur noch in London, Madrid oder Singapur abspielen und auch die Geschäftsleitung dort ansässig ist, unterliegt die Gesellschaft weiter dem deutschen Recht. Die „Wegzugsfreiheit“ ist somit in vollem Umfang gewahrt – was manche als eine Art von vorseilendem Gehorsam gegenüber der zu erwartenden *Cartesio*-Entscheidung ansahen, der sich nunmehr als verfrüht herausstellte¹⁸. Die Ausgangssituation ist also eine andere als in Ungarn. Die neue gesetzliche Regelung führt automatisch zu einer einseitigen Kollisionsnorm, die dem tradierten Bild der Gründungstheorie entspricht¹⁹. Die Zugehörigkeit zum inländischen Recht geht nur noch dann verloren, wenn der Satzungssitz ins Ausland verlegt wird. Würde dies

– aus welchen Gründen auch immer – geschehen, wäre wie bisher die Gesellschaft aufzulösen und im anderen Staat nach dessen Vorschriften neu zu gründen²⁰. Ein die Auflösung der Gesellschaft bewusst verneinender Beschluss über einen „Export“ des Satzungssitzes wäre wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig²¹.

III. Niederlassungsfreiheit und Verlegung des Satzungssitzes

Für Deutschland stellt sich unter diesen Umständen allein die Frage, ob die Niederlassungsfreiheit unter solchen Rahmenbedingungen ein Recht auf unbehinderten Statutenwechsel verlangt. Darf die Verlegung des Satzungssitzes nur insoweit beschränkt werden, als dies durch ein zwingendes Allgemeininteresse geboten ist²²? Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden.

1. Isolierte Verlegung des Satzungssitzes

Denkbar ist einmal, dass nur der Satzungssitz in ein anderes Land verlegt wird, ohne dass sich an den praktischen Aktivitäten, insbesondere am Verwaltungssitz irgendetwas ändern soll. Ob es dafür legitime Gründe geben kann, braucht uns hier nicht zu interessieren: Eine solche „Umstrukturierung“ würde nicht in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fallen²³, da – abgesehen von einer eventuellen Registereintragung – keinerlei Aktivitäten in ein anderes Land verlegt würden. Man würde sich dort nicht „niederlassen“²⁴, sondern ähnlich wie bei einem Schiedsvertrag nur von seiner Rechtsordnung Gebrauch machen. Wenn das deutsche Recht hohe Hürden für eine Änderung des Satzungssitzes errichtet, würde dies keinen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen. Auch im Hinblick auf andere Vorschriften des EG-Rechts ergäben sich keine Bedenken, da es keine von wirtschaftlichen Aktivitäten losgelöste Freiheit der Rechtswahl im Gemeinschaftsrecht gibt.

- 11 *Meilicke*, GmbHR 2009, 94; einen Wegfall der Mitbestimmung bei grenzüberschreitendem Rechtsformwechsel bejahen auch *Behme-Nohlen*, BB 2009, 14.
- 12 *Junker*, NJW 2004, 728.
- 13 S. etwa die Nachw. bei *Lutter-Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. (2000), Einl. Rdnrn. 27 ff., § 4 a Rdnr. 13; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 9. Aufl. (2000), § 4 a Rdnr. 7. Praktizierte der Aufnahme-staat allerdings die Gründungstheorie, lag ggf. eine Rückverweisung vor und an der Anwendbarkeit des deutschen Rechts änderte sich nichts (*Kindler*, AG 2007, 721 [722]).
- 14 BGBl I, 2026.
- 15 Art. 1 Nr. 4, Art. 5 Nr. 1 MoMiG.
- 16 § 4 a GmbHG lautet nunmehr: „Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den der Gesellschaftsvertrag bestimmt.“
- 17 S. statt aller *Behme-Nohlen*, BB 2009, 14; *Knoff/Mock*, ZIP 2009, 32; *Kindler*, NZG 2009, 130 (132); Bedenken in Bezug auf den Entwurf in AG 2007, 721 (722). Dabei ist jedoch zu beachten, dass nur die Verlegung in einen Staat Sinn macht, der der Gründungstheorie folgt; bei Ländern mit Sitztheorie würde automatisch das dortige Gesellschaftsrecht eingreifen (zutr. *Kindler*, NZG 2009, 130 [132]).
- 18 Vgl. *Knoff/Mock*, ZIP 2009, 33.
- 19 Ebenso *J. Hoffmann*, ZIP 2007, 1581 (1586). Bedenken gegen einen generellen Übergang zur Gründungstheorie zu Recht bei *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58 (62), unter Bezugnahme auf *BGH*, NZG 2009, 68 Rdnr. 22 – Trabrennbahn.
- 20 *OLG München*, NZG 2007, 915; *Weller*, ZGR 2008, 835 (862): Identitätswahrende Satzungssitzverlegung de lege lata nicht möglich. Zur aktuellen Rechtslage ebenso *Kindler*, NZG 2009, 130 (132).
- 21 *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. (2005), Intern. GesellschaftsR, Rdnr. 510; *Knoff/Mock*, ZIP 2009, 33. Zur Anwendung der Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen auf die GmbH s. bereits *Däubler*, GmbHR 1968, 4.
- 22 So *Meilicke*, GmbHR 2009, 93. Die Frage bleibt unerörtert bei *Brakalova/Barth*, DB 2009, 213.
- 23 So auch *Kindler*, AG 2007, 721 (723); *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58 (62).
- 24 Zum Begriff der Niederlassung s. *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 77 ff. m. w. Nachw.

2. Verlegung von Satzungs- und Verwaltungssitz

Ungleich mehr Aufmerksamkeit verdient der zweite Fall, dass sowohl Verwaltungs- wie auch Sitzungssitz ins Ausland verlegt werden. Fälle dieser Art haben in der Vergangenheit verschiedentlich die Gerichte beschäftigt²⁵. Gehört es evtl. zur Niederlassungsfreiheit, dass man nicht nur als „Gesellschaft deutschen Rechts“ z. B. nach Frankreich übersiedeln, sondern dass man sich dabei auch in eine „Gesellschaft französischen Rechts“ verwandeln darf?

Die Niederlassungsfreiheit verbietet, den Zutritt zum Markt und die Betätigungsmöglichkeiten zu Lasten der aus anderen Mitgliedstaaten Kommenden zu beeinträchtigen. Dem ist durch die Möglichkeit zur Verlagerung des Verwaltungssitzes Rechnung getragen. Der einzelne Wirtschaftsteilnehmer mag darüber hinaus ein Interesse haben, sich umfassend in das Zielland zu integrieren, ja sich so weit zu assimilieren, dass Unterschiede zu den einheimischen Unternehmen nicht mehr wahrnehmbar sind. Bei natürlichen Personen wird dem nicht entsprochen. Der EG-Vertrag gibt kein Recht auf Einbürgerung; ob und unter welchen Voraussetzungen diese erfolgen soll, entscheiden die Mitgliedstaaten nach eigenem Ermessen. Nicht anders verhält es sich mit juristischen Personen: Auch sie können nicht verlangen, dass der Aufnahmestaat sie wie eine nach seinem Recht gegründete juristische Person behandelt.

Die Cartesio-Entscheidung bringt inhaltlich keine andere Position zum Ausdruck. Die Bestätigung der Daily Mail Doktrin betont den Spielraum der Mitgliedstaaten, die einen „Wegzug“ durch Verlegung des Verwaltungssitzes nicht nur erschweren, sondern – wie im Fall Ungarn – auch ganz ausschließen können. Würde man es bei diesem Recht belassen, könnten letztlich die Mitgliedstaaten über die personelle Reichweite der (primären) Niederlassungsfreiheit entscheiden und im Extremfall alle nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften von dieser ausschließen. Ein wichtiger Teil des Gemeinschaftsrechts stünde zu ihrer Disposition. Dies ist ersichtlich nicht akzeptabel, was der *Gerichtshof* in die sprachästhetisch wenig geglückte Formulierung kleidet, es gebe „keinesfalls irgendeine Immunität des nationalen Rechts über die Gründung und Auflösung von Gesellschaften im Hinblick auf die Vorschriften des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit“²⁶. Um eine solche Situation zu vermeiden, sieht der *EuGH* ein Recht auf Sitzverlegung mit Statutenwechsel vor. Diese Aussage ist zwar im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich²⁷, hat aber den durchaus einleuchtenden Sinn, Fehldeutungen des Inhalts zu vermeiden, der Mitgliedstaat könne mit einem Federstrich ganze Gruppen von Unternehmen von der Niederlassungsfreiheit ausnehmen. Der Sache nach geht es also um eine Lösung, die hilfsweise für den Fall eingreift, dass der Mitgliedstaat den normalen Weg der ausschließlichen Verlagerung von Aktivitäten ausgeschlossen hat.

Nun hat der *EuGH* dies nicht mit der nötigen Eindeutigkeit zum Ausdruck gebracht, sondern einfach zwei Fälle nebeneinandergestellt und deren Verhältnis nicht näher bestimmt. Allerdings betont er die Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten bei der Bestimmung der „Subjekte“, die ihnen zugerechnet werden dürfen. Würde man ein generelles, in beliebigen Situationen eingreifendes Recht auf Sitzverlegung mit Statutenwechsel annehmen, wäre diese Entscheidungskompetenz wieder rückgängig gemacht. Dies entsprach nicht dem Duktus der Entscheidung. Wie sehr es dem *Gerichtshof* gerade darum ging, die Spielräume der Mitgliedstaaten zu achten, wird auch daran deutlich, dass der Statutenwechsel ausdrücklich unter den Vorbehalt gestellt wird, dass die „Um-

wandlung“ nach dem Recht des Aufnahmestaats „möglich“ sein muss²⁸. Wenige Randnummern zuvor hatte der *EuGH* sogar noch weitergehend betont, die Verlagerung des Sitzungssitzes bedürfe einer „Lösung im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses“²⁹, was eine direkte Ableitung aus der Niederlassungsfreiheit ausschließt³⁰. Von einer mittelbaren Totalregelung des Gesellschaftskollisionsrechts konnte daher nicht die Rede sein. Was geschehen würde, wenn weder der bisherige Staat die Verlagerung des Verwaltungssitzes zulassen noch der Zielstaat zur Aufnahme der Gesellschaft in seine Rechtsordnung bereit sein würde, wird nicht angesprochen. Dies mag man (zu Recht) als fehlendes Zu-Ende-Denken kritisieren³¹, doch spielt es im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle. Der deutsche Gesetzgeber hat das Notwendige getan, um die Niederlassungsfreiheit der Unternehmen zu sichern. Eines Rückgriffs auf die „Hilfslösung“ des *Gerichtshofs* bedarf es daher nicht. Würde man unterstellen, dass immer auch ein Recht auf Sitzverlegung mit Statutenwechsel möglich sein müsse, wären die Mitgliedstaaten in einer Intensität gebunden, die von den Zielen der Gemeinschaft her nicht geboten und deshalb nicht zu rechtfertigen ist. Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EG wäre daher verletzt³², der *EuGH* würde sich zu einer Art Übersetzgeber aufschwingen.

Was speziell die mitbestimmungsrechtliche Seite betrifft, so würde die Annahme eines „Rechts auf Statutenwechsel“ im Ergebnis dazu führen, dass der in anderen Zusammenhängen erreichte Kompromiss bei der Arbeitnehmerbeteiligung in den Unternehmensorganen unschwer ausgehebelt werden könnte. Statt bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung³³ oder bei der Bildung einer SE³⁴ erhebliche Zeit mit einer „Verhandlungslösung“ zu verlieren oder gar das subsidiäre Modell in Kauf zu nehmen, würde man schlicht den Sitzungssitz in einen „mitbestimmungsfreien“ Mitgliedstaat verlegen und käme so auf einfachstem Wege zu dem (mit-)gewünschten Ergebnis. Dem *EuGH* zu unterstellen, er hätte in der Cartesio-Entscheidung ein derartiges „Schlupfloch“ schaffen wollen, würde den Kontext des Urteils verfehlen und außerdem einen Wertungswiderspruch in das Gemeinschaftsrecht hineininterpretieren, der nicht gewollt sein kann. Davon abgesehen ist ohnehin fraglich, inwieweit die Grundfreiheiten vorbehaltlos auf die Materien der Sozialpolitik in den Mitgliedstaaten angewandt werden können³⁵.

In der Literatur wird zum Teil der Standpunkt vertreten, die gleichzeitige Verlegung von Verwaltungs- und Sitzungssitz

25 Nachw. bei Roth, in: Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 384.

26 *EuGH*, NZG 2009, 67 Rdnr. 112.

27 *Kindler* (NZG 2009, 130 [131]) spricht von einem Obiter dictum.

28 NZG 2009, 67 Rdnr. 112 a. E.

29 NZG 2009, 67 Rdnr. 108.

30 Ebenso *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2009, 1 (4): Beide Rechtsordnungen müssen die identitätswahrende Umwandlung zulassen.

31 Weitere Kritikpunkte bei *Pießkalla*, EuZW 2009, 81. Vgl. auch *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58, die (S. 61) darauf hinweisen, auch ohne besondere Vorschriften erreiche das zuziehende Unternehmen jedenfalls den Status einer Personengesellschaft. Dies wird häufig der Fall sein, ist aber nicht denknotwendig so.

32 Für Beschränkung des Gemeinschaftsrechts auf das zur Realisierung von Grundfreiheiten Erforderliche s. v. *Bogdandy/Bast*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Bd. I (Stand: November 2008), Art. 5 Rdnr. 34.

33 Richtlinie 2005/56/EG, ABIEU 2005 L 310, S. 1; zu den Mitbestimmungsregelungen s. *Heuschmid*, AuR 2006, 184.

34 Richtlinie 2001/86/EG, ABIEG 2001 L 294, S. 22; zu möglichen Mitbestimmungsverlusten bei einer Sitzverlegung der SE s. *Ringe*, NZG 2006, 931.

35 *Ausf. Heuschmid*, Mitentscheidung durch die Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht? (im Erscheinen).

falle zwar unter die Niederlassungsfreiheit³⁶, könne jedoch mit Rücksicht auf die Interessen der Gläubiger³⁷ und der Minderheitsgesellschafter jederzeit beschränkt werden; für das deutsche Recht bestehe insoweit kein Änderungsbedarf³⁸. Die Verlegung des Satzungssitzes kann daher von durchaus belastenden Bedingungen wie der Liquidation der Gesellschaft abhängig gemacht werden. Auf die von den meisten Autoren bejahte Frage, dass sich die Unternehmensmitbestimmung auf ein zwingendes Allgemeininteresse stützen lasse³⁹, kommt es daher im Ergebnis gar nicht an. Die künftige Diskussion wird sich viel eher auf die Frage konzentrieren, wer aktives und passives Wahlrecht hat, wenn eine Gesellschaft deutschen Rechts ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegt. Sollen wirklich die „mitgehenden“ Führungskräfte oder gar ganze Belegschaften aus dem Wahlrecht zum Aufsichtsrat „herausfallen“, weil sich ihre Arbeit nicht mehr

auf deutschem Territorium vollzieht⁴⁰? Darüber wird zu reden sein. ■

36 So etwa *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58 (62).

37 Darauf vereist auch *Kindler*, NZG 2009, 131.

38 *Knof/Mock*, ZIP 2009, 33; anders *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58 (62).

39 *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, Bd. 9/II, Europäische Niederlassungsfreiheit, 5. Kap. Rdnr. 54; *Kindler*, in: MünchKomm-BGB, Bd. 11, 4. Aufl. (2005), Intern. GesellschaftsR, Rdnrn. 567 ff.; *Raiser*, 66. DJT, S. B 40 f.; *Koberski*, in: *Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge*, MitbestimmungsR, 3. Aufl. (2008), § 1 Rdnr. 24; *Roth*, ZGR 2000, 311 (333); *Thüsing*, ZIP 2004, 381; *Rebhahn*, 66. DJT, Bd. II/1, S. M 24; *Leible*, ZGR 2004, 531 (552); *Heuschmid* (o. Fußn. 35).

40 Zur Ausklammerung der in ausländischen Niederlassungen und Tochtergesellschaften tätigen Beschäftigten aus der Mitbestimmung s. *Koberski* (o. Fußn. 39), § 3 MitbG Rdnrn. 27 ff. Krit. dazu bereits *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444 (451 ff.).