

To: Clients

From: P+P Pöllath + Partners

Date: December 19, 2008

Re: **Judgment by the ECJ in the case „Cartesio“**

An: Mandanten

Von: P+P Pöllath + Partners

Datum: 19. December 2008

Zu: **Entscheidung des EuGH in der Rs. Cartesio**

I. Content of the judgment

On December 16, 2008 the Grand Chamber of the ECJ has decided in the case “Cartesio” (C-210/06) that the freedom of establishment as guaranteed by the EC-treaty (art. 43 and 48 EC) does **not** preclude legislation of a Member State of the European Union under which a company incorporated under the laws of that state may not transfer its seat to another Member State whilst retaining its status as a company governed by the law of the Member State of incorporation.

Thus, the Court did **not** follow the opinion of Advocate General P. Maduro, in which he had held that the legislation in question constituted an unjustified violation of the freedom of establishment.

I. Inhalt der Entscheidung

Die Große Kammer des EuGH hat am 16. Dezember 2008 in der Rechtssache „Cartesio“ (C-210/06) entschieden, dass Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, die es einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Verwaltungssitz identitätswahrend in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts **nicht** der EU-vertraglich garantierten Niederlassungsfreiheit (Art. 43 und 48 EG) entgegenstehen.

Der Gerichtshof folgte damit **nicht** den Schlussanträgen des Generalanwaltes P. Maduro, in denen dieser die Auffassung vertreten hatte, die in Rede stehenden Vorschriften stellten eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.

P+P München

Kardinal-Faulhaber-Straße 10 80333 München
Tel.: +49 (89) 24240-0 Fax: +49 (89) 24240-999

Prof. Dr. Reinhard Pöllath, LL.M., RA, FASr • Dr. Matthias Bruse, LL.M., RA • Dr. Andrea von Drygalski, RAin • Andres Schollmeier, RA, FASr • Dr. Michael Best, StB • Philipp von Braunschweig, LL.M., RA • Otto Haberstock, M.C.J., RA • Dr. Margot Gräfin von Westerholt, RAin • Dr. Benedikt Hohaus, RA, FASr • Dr. Michael Inhester, RA • Richard Engl, StB • Jens Hörmann, RA • Dr. Frank Thiäner, RA • Dipl.-Kfm. Alexander Pupeter, RA, StB • Dr. Alice Broichmann, RAin • Dr. Georg Greitemann, LL.M., RA • Dr. Christoph Philipp, LL.M., RA • Dr. Barbara Koch-Schulte, RAin, StBin • Dr. Frank Bayer, StB • Thilo Oldiges, RA • Dr. Ralf Bergjan, LL.M., RA, FAHuGR • Christian Tönies, LL.M.Eur, RA • Benjamin Waitz, MEB, RA • Dr. Stephan Viskorf, RA, StB

P+P Frankfurt/Main

Zeil 127 60313 Frankfurt/Main
Tel.: +49 (69) 247047-0 Fax: +49 (69) 247047-30

Dr. Andreas Rodin, RA • Wolfgang Tischbirek, LL.M., RA, StB • Patricia Volhard, LL.M., RAin

Prof. Dr. Ingo Saenger
Of Counsel (Ständiger wissenschaftlicher Berater)

Partnerschaftsgesellschaft; Sitz Berlin
AG Berlin-Charlottenburg PR 64
<http://www.pplaw.com>

P+P Berlin

Potsdamer Platz 5 10785 Berlin
Tel.: +49 (30) 25353-0 Fax: +49 (30) 25353-999

Prof. Dr. Dieter Birk, StB • Dr. Thomas Töben, StB • Andreas Wilhelm, RA • Dr. Matthias Durst, RA • Dr. Carsten Führling, RA • Uwe Bärenz, RA • Dr. Stefan Lebek, RA • Amos Veith, LL.M., RA • Dr. Andreas Richter, M.A., LL.M., RA, FASr • Silke Hecker, M.Env.Sc., RAin, FAVwR • Raphael Söhlke, RA • Dipl.-Kfm. Konrad Enderlein, StB • Kim Delphine Weber, RAin • Dr. Philip Schwarz van Berk, LL.M., RA • Annabel Klisch, RAin • Ronald Buge, RA • Tarek Mardini, LL.M., RA

II. Background of the proceedings

The background of the proceedings was that Cartesio, a Hungarian partnership organized as a limited partnership, had filed an application with the competent Hungarian commercial court to confirm that it had moved its place of effective management to Italy and to amend the entry regarding its seat in the commercial register accordingly. This application was rejected on the ground that the Hungarian law did not allow a company incorporated in Hungary to transfer its seat abroad while continuing to be subject to Hungarian law as its personal law. Such a transfer would require that the company would first cease to exist and then be reincorporated under the laws of the country to which its seat had been transferred.

III. Relevance of the judgment

The judgment is of considerable relevance for partnerships incorporated under German law which have moved their place of effective management abroad or intend to do so. According to the prevailing opinion the so called seat theory is still being applied in Germany. According to the seat theory the company law applicable to the partnership is the company law of the state in which the company has its place of effective management.

The seat theory had been subject to restrictions as a consequence of several decisions of the ECJ over the last few years. According to the Centros- (C-212/97), Überseering- (C-208/00)

II. Verfahrenshintergrund

Hintergrund des Verfahrens war, dass die Cartesio, eine ungarische Gesellschaft in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft, bei dem zuständigen ungarischen Handelsregistergericht einen Antrag gestellt hatte, die Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Italien zu bestätigen und die Sitzangabe im Handelsregister entsprechend zu ändern. Dieser Antrag war mit der Begründung abgelehnt worden, dass eine in Ungarn gegründete Gesellschaft nach geltendem ungarischem Recht ihren Verwaltungssitz nicht unter Beibehaltung ihrer Eigenschaft als ungarische Gesellschaft ins Ausland verlegen könne. Eine solche Verlegung erfordere, dass die Gesellschaft zunächst zu bestehen aufhöre und dann nach dem Recht des Landes, in das der Sitz verlegt werden solle, neu gegründet werde.

III. Bedeutung der Entscheidung

Die Entscheidung hat erhebliche Bedeutung für Personengesellschaften, die nach deutschem Recht gegründet wurden und ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegt haben oder verlegen wollen. Nach herrschender Meinung findet in Deutschland weiterhin die Sitztheorie Anwendung. Nach der Sitztheorie bestimmt sich das auf die Gesellschaft anwendbare Gesellschaftsrecht nach dem Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat.

Die Sitztheorie hatte in den letzten Jahren durch die Rechtsprechung des EuGH einige Einschränkungen erfahren. Nach den Entscheidungen Centros (C-212/97), Überseering (C-208/00)

and Inspire Art- (C-167/01) decisions it is now certain that a company validly incorporated under the laws of a Member State is not to be regarded as dissolved only because it has moved its place of effective management to another Member State if such a transfer is permitted under the laws of the state of incorporation. Thus, the transfer of a company's place of effective management to Germany is, in principle, possible. However, the German Federal Court of Justice (BGH) has recently decided that this does not apply to companies from non-EU or non-EEA states (cf. decision from 10/27/2008, II ZR 158/06) and that a Suisse company is dissolved upon transferring its place of effective management to Germany.

There used to be a controversial debate whether or not the Überseering- and Inspire Art-decisions of the ECJ could also be applied correspondingly to cases in which a company transfers its place of effective management from Germany to an EU- or EEA-state. Because of the Cartesio-decision it is now certain that the freedom of establishment does **not** require the Member State under whose laws a company is incorporated that this company must be allowed to transfer its place of effective management to another EU- or EEA-Member State while keeping its identity as a company incorporated under the laws of its place of origin.

IV. Implications

Thus, the question whether or not a partnership may move its place of effective management from Germany to another state without being

und Inspire Art (C-167/01) steht nunmehr fest, dass eine im EU-Ausland wirksam gegründete Gesellschaft nicht deswegen in Deutschland als aufgelöst anzusehen ist, weil sie ihren Sitz dorthin verlegt hat, wenn das Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates eine rechtsformwahrende Verlegung des Verwaltungssitzes zulässt. Der rechtsformwahrende Zuzug einer Gesellschaft nach Deutschland ist somit grundsätzlich möglich. Der BGH hat aber kürzlich entschieden, dass dies nicht für Gesellschaften von außerhalb der EU oder des EWR gilt (vgl. Urteil v. 27.10.2008, Az. II ZR 158/06) und eine schweizerische Gesellschaft mit der Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Deutschland als aufgelöst gilt.

Es war sehr umstritten, ob die Rechtsprechung des EuGH in der Überseering- und der Inspire Art-Entscheidung auch entsprechend auf Fälle übertragbar ist, in denen eine Gesellschaft ihren Verwaltungssitz von Deutschland in das EU- oder EWR-Ausland verlegt. Durch die Cartesio-Entscheidung steht nunmehr fest, dass die Niederlassungsfreiheit die Möglichkeit des identitätswahrenden Wegzugs einer Gesellschaft in einen anderen EU- oder EWR-Mitgliedstaat **nicht** gebietet.

IV. Konsequenzen

Damit ist die Frage, ob eine Personengesellschaft ihren Verwaltungssitz identitätswahrend von Deutschland in einen anderen Staat verlegen

dissolved still remains unanswered. If and when the draft of the new international private law reform, which would allow such a transfer by implementing the incorporation theory, will be enacted is currently not foreseeable. The German Act to Modernize the Law Governing Private Limited Companies and to Combat Abuses (MoMiG; implemented on 11/01/2008; please refer to our client information from the same day for more information <http://www.pplaw.com/downloads/publications/Mdt-Info/081101-CI-neues-GmbH-Recht.pdf>)

only includes provisions permitting the transfer of the place of effective management of German corporations to another country.

Thus, the transfer of the place of effective management of a partnership from Germany to a (European or non-European) country may have the following possible implications:

1. The partnership may continue to exist as a German partnership or
2. the partnership may continue to exist as a German partnership in liquidation and a new company may have been founded under the laws of the state to which the place of effective management was transferred or
3. the partnership may continue to exist as a partnership organized under the laws of the state the effective management was transferred to (change of legal form; the articles of the partnership may then be incorrect).

kann, ohne dass dies ihre Auflösung zur Folge hat, weiterhin ungeklärt. Ob und wann der Referentenentwurf der IPR-Reform, mit der in Deutschland die Gründungstheorie implementiert werden soll, umgesetzt wird, ist derzeit nicht absehbar. Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG; in Kraft getreten am 01. 11. 2008; siehe dazu unsere Mandanteninformation vom selben Tage <http://www.pplaw.com/downloads/publications/Mdt-Info/081101-CI-neues-GmbH-Recht.pdf>)

wurde lediglich die Verlegung des Verwaltungssitzes von deutschen Kapitalgesellschaften ins Ausland ermöglicht.

Daher ergeben sich aus der Verlegung des Verwaltungssitzes einer Personengesellschaft von Deutschland in das (europäische und außereuropäische) Ausland folgende denkbare möglichen Konsequenzen:

1. Weiterbestehen der Gesellschaft als deutsche Gesellschaft oder
2. Weiterbestehen der Gesellschaft als deutsche Gesellschaft in Liquidation (i.L.) und ggf. Neugründung einer Gesellschaft nach dem Recht des Zuzugsstaates oder
3. Weiterbestehen der Gesellschaft nach dem Recht des Zuzugsstaates (Formwechsel über die Grenze; nunmehr mit ggf. fehlerhaftem Gesellschaftsvertrag).

Until these questions have been finally resolved extreme caution is advised in cases where the place of effective management of a partnership has been or is supposed to be transferred from Germany to another country. Where appropriate, measures should be taken to ensure that legal transactions entered into by the transferred partnership are valid.

Please contact one of the following attorneys for any inquiries:

Dr. Matthias Durst, P+P Berlin
+49 (30) 253 53 - 400
Matthias.Durst@pplaw.com

Dr. Allit Lohbeck, P+P Berlin
+49 (30) 253 53 - 220
Allit.Lohbeck@pplaw.com

Bis zur abschließenden Klärung dieser Fragen sollte im Falle der Verlegung des Verwaltungssitzes einer deutschen Personengesellschaft ins Ausland besondere Vorsicht an den Tag gelegt werden. Ggf. sollten Maßnahmen getroffen werden, um sicherzugehen, dass Rechtsgeschäfte, die von der weggezogenen Gesellschaft vorgenommen werden, wirksam sind.

Für Fragen können Sie sich gerne an einen der nachstehenden Rechtsanwälte wenden:

Dr. Matthias Durst, P+P Berlin
+49 (30) 253 53 - 400
Matthias.Durst@pplaw.com

Dr. Allit Lohbeck, P+P Berlin
+49 (30) 253 53 - 220
Allit.Lohbeck@pplaw.com