

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper **LAW** No. 2003/9

**Die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften in der
Rechtsprechung des EuGH und ihre
Auswirkungen auf nationales Recht**

BARBARA TREFIL

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author(s).

© 2003 Barbara Trefil
Printed in Italy in May 2003
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy

**Die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften in der Rechtsprechung des
EuGH und ihre Auswirkungen auf nationales Recht**

Barbara Trefil

European Private Law Forum at the EUI Law Department

With the establishment of the European Private Law Forum, the Law Department gives more emphasis in its research, teaching, publications and further activities to a field, which has gained considerable momentum in recent years.

The Forum's research activities will in the foreseeable future focus on the constitutional dimensions of the private law Europeanisation process; the emergence of transnational private governance arrangements and the role of non-governmental actors in lawmaking processes; the relationship between market regulation and the Europeanisation of private law; the analysis of external factors affecting the integration process of European private law (i.e. globalisation, private and public actors) the role of the European judiciary in the Europeanisation process. In this field the Department can build upon prior research and present resources. The Europeanisation of private law is often neglected in the intense debates over the future European Constitution or the modes of governance in the EU - and *vice versa*: the private law communities rarely enter the neighbouring arenas. It seems to us that the embeddedness of private law in the European polity, in particular the constitutional significance of the European Treaties, the Human Rights Convention and the forthcoming Constitutional Convention, as well as the implications of the diversity of regulatory and institutional traditions and practices are widely underestimated in their importance for the Europeanisation process.

The ever growing importance of the judiciary in the development of private law is uncontested phenomenon in all national private law systems as is the constitutive role the ECJ has played in Europe's integration through law. The widening and deepening of the Europeanisation process, however, is challenging the functioning of the judiciary at both the European and the national level. This issue may become even more important should the present efforts to codification of areas Europe's private law be successful.

An extended research agenda entitled "European Private Law and the Constitutionalisation of the European Union" has been submitted by the EUI to the Commission as an *Expression of Interest for a Network of Excellence under the Sixth Framework Programme of the European Community for Research*,

II

Technological Development and Demonstration. Here the Forum is co-operating with academic institutions from Italy, Germany, France and the UK as well as two transnational academic research groups. A workshop dedicated to the further elaboration of the research perspectives of the network is scheduled for October 2003.

The Forum will certainly not confine itself to fundamental research. In fact, its first project, supported by the Grotius Programme for Judicial Co-operation in Civil Matters, is concerned with a comparative and interdisciplinary assessment of national tenancy laws and procedures in the European Union. This project is pragmatic in its practical ambitions; it will nevertheless explore issues of principle importance, in particular the potential of the “open method co-ordination” in a field where a harmonisation of law cannot be envisaged. Work on this project has been taken up. At the beginning of July, the comparative reports and a number of background papers will be discussed in a workshop at the EUI.

The Forum’s focus on Europe is not meant to exclude the discussion of general issues of private law, comparative law, private international law, and legal method. What the Forum seeks to emphasize is the importance, theoretical and practical, of the Europeanisation process for substantive law and the transnational disciplines.

With its new series of Working Papers, the Forum will seek to promote its agenda through the publication of contributions of its initiators, guests, and EUI Researchers. Directors of the Forum are Professors Fabrizio Cafaggi, Christian Joerges and Jacques Ziller. Dr. Christoph Schmid is acting as the Scientific Coordinator of the Forum. Inquiries should be directed to him [Christoph.Schmid@IUE.it] or to Elina Sipilainen, who provides administrative support [Elina.Sipilainen@IUE.it].

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
a. Einige Gedanken zum Einstieg.....	1
b. Gliederung dieser Arbeit	4
1. <i>Centros</i> , die Vorgeschichte und die Nachwirkungen.....	6
1.1. Die Rechtssache <i>Centros</i>	6
1.2. Keine Geschäftstätigkeit der <i>Centros Ltd</i> im Gründungsstaat	8
1.3. Rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Niederlassungsfreiheit?	13
1.4. Frühere Entscheidungen des EuGH zum Missbrauch der Grundfreiheiten	15
1.5. Die Rechtssache <i>Segers</i>	24
1.6. Mindestkapitalvorschriften als gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit?.....	25
Exkurs: Kritik am festen Nennkapitalsystem als Instrument des Gläubigerschutzes	28
1.7. Reaktion der Rechtsprechung in Österreich: Die Anerkennung von nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften in Abkehr von der Sitztheorie	35
1.8. Reaktion des Gesetzgebers in Dänemark: Steuerrecht als Antwort auf <i>Centros</i> ?	44
1.9. Reaktion der Rechtsprechung in Deutschland: Die Rs. C-208/00 <i>Überseering</i>	46
2. Die Niederlassungsfreiheit für Unternehmen in der Judikatur des EuGH...	53
2.1. Welche Gesellschaften sind niederlassungsberechtigt?.....	54
2.2. Diskriminierung von Gesellschaften nach ihrem Sitz - Recht auf eine Zweigniederlassung statt einer Tochtergesellschaft	56
2.3. Nichtdiskriminierende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit?..	67
2.4. Behinderung inländischer Gesellschaften? - Die Wegzugsproblematik (<i>Daily Mail</i>).....	75
3. Der Wettbewerb der Regulatoren im Binnenmarkt.....	92
3.1. Der Delaware-Effekt.....	92
3.2. Ein Delaware auch in Europa?	96
3.3. Dennoch Potential für einen Wettbewerb der Regulatoren?.....	98
3.4. Harmonisierung und Systemwettbewerb	102
3.5. Der Entwurf für die Sitzverlegungsrichtlinie.....	107
3.6. Die Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)	111
4. Zusammenfassung und Ausblick.....	112

Die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften in der Rechtsprechung des EuGH und ihre Auswirkungen auf nationales Recht

Barbara Trefil

Einleitung*

a. Einige Gedanken zum Einstieg

Der Idee zu dieser Arbeit liegt der Fall *Centros*¹ zugrunde. Diese Entscheidung des EuGH vom 9. März 1999 hat vor allem in der deutschen und österreichischen Literatur eine Fülle an Kommentaren, Besprechungsaufsätzen und sogar Büchern ausgelöst, während sich in anderen Ländern wie etwa England, Frankreich oder Italien die Aufregung eher in Grenzen hielt. Wie ist die Bedeutung dieser Entscheidung einzuschätzen? Wie passt sie in das System der bisher ergangenen Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Unternehmen im Binnenmarkt? Wie beeinflussen auf der anderen Seite die zahlreichen Verordnungen und Richtlinien das nationale Gesellschaftsrecht? Ist erkennbar, welche Rolle das Gesellschaftsrecht im europäischen Binnenmarkt spielen wird? Ist es Motor einer immer stärkeren Integration der Märkte oder ein subtiles Mittel des Widerstands gegen den Souveränitätsverlust nach Brüssel? Auf diese Fragen gehe ich in den nachstehenden Kapiteln ein, wobei weniger konkrete Antworten als vielmehr Denkanstöße zur weiteren Diskussion geliefert werden sollen. Dabei versuche ich, aus dem umfangreichen Literaturmaterial einige Schwerpunkte herauszugreifen.

Eine neuerliche Abhandlung über *Centros* und sein rechtliches Umfeld bedarf zusätzlicher Rechtfertigung. Der Fall ist deswegen so interessant, weil er verschiedene Aspekte berührt: das Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des internationalen Privatrechts (Sitztheorie und Gründungstheorie), die Sinnhaftigkeit von Mindestkapitalvorschriften im nationalen Gesellschaftsrecht, die Umgehung nationaler zwingender Vorschriften unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit, die Verteilung der Regelungskompetenzen zwischen dem Gemeinschaftsgesetzgeber und dem nationalen Gesetzgeber, der Wettbewerb der

* Die Arbeit spiegelt den Stand vom Dezember 2002 wieder. Spätere Materialien konnten nicht mehr berücksichtigt werden.

1 EuGH 9. März 1999, Rs. C-212/97, *Centros Ltd / Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, EuGH Slg. 1999, I-1459

nationalen Gesetzgeber im Binnenmarkt als Motor der Integration. In *Centros* lässt ein dänisches Ehepaar bzw. eine englische *private limited company* eine Regelung des dänischen Gesellschaftsrechts über die Einzahlung eines Mindestkapitals bei der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom EuGH auf ihre Zweckmäßigkeit überprüfen.

Leitprinzip und damit Prüfungsmaßstab des EuGH ist die Wahrung des freien Verkehrs von Gütern und Produktionsfaktoren im Binnenmarkt. Das ist eine sehr weit formulierte Prüfungsbefugnis. Jede mitgliedstaatliche Rechtsnorm, auch solche, die die privatrechtlichen Beziehungen der Marktbürger regeln, beeinflusst den Gütertausch und den Einsatz der Produktionsfaktoren im Binnenmarkt. Folglich könnte theoretisch jede Regelung einer Prüfung unterzogen werden, wenn sich ein Marktteilnehmer durch sie in seiner wirtschaftlichen Betätigung behindert erachtet und sich in der Folge an den EuGH wendet. Es ist daher nicht richtig, dass das Gesellschaftsrecht, soweit nicht durch Gemeinschaftsrecht geregelt, durch die Mitgliedstaaten beliebig ausgestaltet werden könne. Auch diese Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten darf nur so ausgeübt werden, dass sie mit den Vertragsfreiheiten im Einklang ist. Wenn nun im österreichischen Gesellschaftsrecht der Durchgriff auf die Gesellschafter einer Gesellschaft eingeführt wird, die bei ihrer Gründung kein oder nur ein symbolisches Eigenkapital (etwa 1 Britisches Pfund) aufweist, um die Benützung einer englischen *private limited company* für Geschäftstätigkeiten in Österreich möglichst wenig schmackhaft zu machen, so ist eine solche Regelung vom in Anspruch genommenen Gesellschafter unter Umständen unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit angreifbar. Ob die Bekämpfung dieser Haftungsregel erfolgreich sein wird, hängt auch davon ab, ob Österreich sachliche Gründe für diese Regelung anführen kann (also andere Gründe als den, die in Österreich mit ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz ansässigen Gesellschaften zur Form der österreichischen GmbH zu zwingen).

Zugleich ist aber die nationale privatrechtliche Regelung Ausdruck einer bestimmten politischen Entscheidung. Der Gesetzgeber sieht zum Beispiel erweiterte Rücktrittsrechte für Konsumenten vor, weil er deren wirtschaftliche Position gegenüber ihren Vertragspartnern (Händler, Produzenten) stärken will. Jede privatrechtliche Norm ist daher auch ein Regelungsinstrument mit politischem Inhalt. Seine Regelungsbefugnis leitet der nationale Gesetzgeber aus seiner Position als demokratisch gewähltes Organ der Gesetzgebung ab. Wie weit darf da der EuGH korrigierend eingreifen? Sollen gewisse Regelungsentscheidungen nicht den einzelstaatlichen Gesetzgebern überlassen bleiben?

In diesem Spannungsfeld bewegt sich die Judikatur des EuGH zu den Grundfreiheiten. *Centros* ist ein schönes Beispiel dafür. Auch die anderen in dieser

Arbeit diskutierten Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von juristischen Personen sollen den schwierigen Balanceakt des EuGH verdeutlichen.

Die "intensivere" Rechtfertigung des nationalen Privatrechts in der Diskussion mit dem EuGH und die dadurch erzwungene Offenlegung der politischen und sozialen Zweckverfolgung könnte meines Erachtens zu einer Anpassung der nationalen Privatrechte führen. Zunächst wird der einzelne Staat versuchen, die vom EuGH als gemeinschaftsrechtswidrig erkannte Norm durch den Griff zu einem anderen Regelungsinstrument zu "erhalten".² Solche Versuche können freilich erfolgreich sein und die neue Regelung kann die Prüfung des EuGH bestehen (so sie überhaupt angegriffen wird). Die Art und Weise der Regulierung wirtschaftlicher Aktivitäten wurde dadurch aber schon modifiziert, durch die Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts in bestimmte Bahnen gelenkt. Zu beachten ist, dass die Rechtsordnung eines Staates Teil der Organisationsstruktur dieser Gemeinschaft ist und ihre kulturellen Eigenheiten mitprägt. Die Regeln darüber, wie soziale Konflikte zu lösen sind, haben ihre Wurzeln in bestimmten geschichtlichen und gesellschaftlichen Konstellationen und sind Antworten darauf. Eine aus ihrem sozialen Kontext herausgelöste Norm ist nur eine leere Hülle ohne Bedeutung.³ Sozial gestalterische Kraft erlangt sie erst durch ihre Anwendung auf den Einzelfall, durch ihre Interpretation innerhalb einer bestimmten Gruppe. Das bedeutet, dass eine Rechtsangleichung oder Rechtsvereinheitlichung ohne kulturelle Annäherung nicht erfolgreich sein wird. Daher sind kulturelle Nähe und kulturelle Gemeinsamkeiten die Voraussetzungen für jede über das Formale hinausgehende Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung, welche wiederum als Voraussetzung für einen schrankenlosen europäischen Binnenmarkt angesehen werden. Die Vertragsfreiheiten beschränken und formen die regulatorische Kompetenz der Mitgliedstaaten in eine bestimmte Richtung. Der nationale Gesetzgeber muss Lösungen für gesellschaftliche Konflikte finden, die sich mit dem Gemeinschaftsrecht und mit dem darin verkörperten Prinzip des Binnenmarkts vertragen. Wollen die Mitgliedstaaten Normen anwenden, die vor dem EuGH Bestand haben, so sind sie oft gezwungen, die Normen anderer Mitgliedstaaten zu berücksichtigen. Will ein Mitgliedstaat zum Beispiel Regelungen erlassen, die den Alkoholgehalt bestimmter Liköre festlegen, die in diesem Mitgliedstaat verkauft werden, so muss er sich unter Umständen damit begnügen, dass die in anderen Mitgliedstaaten

2 So geschehen in Dänemark durch die Einführung geänderter steuerlicher Vorschriften, die sich speziell auf Gesellschaften auswirken, die nicht das dänische Mindeststammkapital aufweisen.

3 *Legrand*, MJ 4 (1997), 111 (120)

hergestellten Liköre den dortigen Qualitätsanforderungen genügen, und kann nicht auch noch die Einhaltung seiner eigenen Qualitätsanforderungen verlangen. Das gebietet zumindest die Freiheit des Warenverkehrs in der Auslegung durch den EuGH.⁴ Das Regelungssystem eines anderen Mitgliedstaates muss in vielen Fällen als gleichwertig anerkannt werden, die eigene Regelungskompetenz wird insofern beschränkt. Mein Argument ist, dass wenn unterschiedliche Regelungssysteme gezwungen werden, mit ihren Unterschieden umzugehen, sich “gegenseitig in Betracht zu ziehen”, dadurch eine gewisse kulturelle Annäherung der gefundenen Lösungsmöglichkeiten stattfinden wird. Es muss sich dabei nicht um *formalen* Gleichklang handeln. Oft wird es für die Schaffung eines integrierten Marktes genügen, wenn ein Gleichklang *im Ergebnis* erzielt wird. Durch die Beispiele aus der EuGH – Judikatur möchte ich zeigen, dass die “punktuellen” Eingriffe des EuGH eine stärkere marktintegrative Wirkung als das durch Gesetzgebungsakte geschaffene harmonisierte Recht haben können, nicht zuletzt auch dadurch, weil die desintegrierende Wirkung dieser Einzelfallbeurteilungen auf das nationale Recht viel stärker ist.

b. Gliederung dieser Arbeit

Das erste Kapitel beschreibt den Fall *Centros* und seine Kommentierung vor allem in der deutschen und österreichischen Literatur. Die vorgebrachten Argumente und Ideen werden zusammengefasst und kurz kommentiert. Die schwerpunktmäßige Auswahl dieser beiden Länder ist nicht zuletzt durch die dort so zahlreich ergangenen Stellungnahmen bedingt und soll beispielhaft unterschiedliche Interpretationen zeigen. Um den Fall *Centros* zu begreifen, wird es notwendig sein, auf die davor ergangenen EuGH - Urteile in *Daily Mail*⁵ und *Segers*⁶ einzugehen, weil diese Urteile im Zusammenhang mit *Centros* immer wieder erwähnt wurden. Ich gehe dabei davon aus, dass nur *Segers* ein einschlägiges Vorjudikat zu *Centros* darstellt. Folglich werde ich auf *Daily Mail* erst zu einem späteren Zeitpunkt eingehen, und zwar bei der Darstellung der sonstigen Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften im zweiten Kapitel. Ziel meiner Analyse von *Centros* ist es, das Niederlassungsrecht, wie es in Art 43 EG verankert ist, auf der Basis dieses Judikats inhaltlich

4 Rs. 120/78, *Rewe-Zentrale AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (“*Cassis de Dijon*”), EuGH Slg. 1979, 649

5 EuGH 27. September 1988, Rs. 81/87, *The Queen / H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, EuGH Slg. 1988, 5483

6 Rs. 79/85, *Segers*, EuGH Slg. 1986, 2375

näher zu beschreiben. Anschliessend sollen die Nachbeben von *Centros* betrachtet werden:

- Die Judikaturwende zur Anerkennung ausländischer “Briefkastengesellschaften” in Österreich;
- die Änderung der Steuergesetze in Dänemark als Rettungsversuch für die dänischen Mindestkapitalvorschriften;
- Jüngste Entscheidung des EuGH zum Thema “Anerkennung der Rechtspersönlichkeit von nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland”: *Überseering*⁷.

Das zweite Kapitel soll einen Überblick über die sonstige Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften im Binnenmarkt geben. Der Leser wird merken, dass diese Entscheidungen meist steuerliche Fragen behandeln. Das nationale Steuerrecht wird etwa darauf geprüft, ob es die Niederlassungsfreiheit ausländischer Gesellschaften dadurch einschränkt, dass es Zweigniederlassungen steuerlich ungünstiger behandelt als Tochtergesellschaften.⁸ Auch hier wird wie im ersten Kapitel versucht, zu einer näheren inhaltlichen Beschreibung der Niederlassungsfreiheit zu gelangen. Dadurch soll auch klarer werden, wie der Fall *Centros* zur übrigen Judikatur zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in Europa passt.

Das dritte Kapitel soll zwei Themenbereiche anschneiden, die nach *Centros* in der Literatur diskutiert wurden. Zum einen ist das die Frage nach einem durch *Centros* ausgelösten “Wettbewerb der Gesetzgeber”, möglicherweise ein “race to the bottom” in den nationalen Gesellschaftsrechten, vielleicht aber auch ein neues integrationspolitisches Konzept. Zum anderen ist das die Europäisierung des Gesellschaftsrechts durch legislative Harmonisierung. Ist die Harmonisierung durch Verordnungen und Richtlinien ein Mittel, um Gleichklang herzustellen und einem schädlichen Wettbewerb um das laxeste Gesellschaftsrecht vorzubeugen, oder ermöglicht sie im Gegenteil vielleicht sogar ein Experimentieren mit unterschiedlichen Regelungen? Im Zusammenhang damit weise ich auf aktuelle Beispiele von Harmonisierungsbestrebungen im Europäischen Gesellschaftsrecht hin: Die Bemühungen um eine Sitzverlegungs-

⁷ EuGH 5. November 2002, Rs. C-208/00, *Überseering BV / Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*

⁸ Vgl. dazu Rs. 270/83, *Kommission / Frankreich (“Avoir Fiscal”)*, EuGH Slg. 1986, 273.

richtlinie und die jüngst erzielte Einigung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)⁹.

Im vierten Kapitel werde ich die zum Inhalt der Niederlassungsfreiheit aufgeworfenen Ideen zusammenfassen.

1. *Centros*, die Vorgeschichte und die Nachwirkungen

1.1. Die Rechtssache *Centros*

Die Entscheidung *Centros* gehört mittlerweile zu den berühmten Entscheidungen des EuGH. Laut der EUROLAW – Datenbank sind bereits über 100 Besprechungen und Aufsätze zu dieser Entscheidung erschienen.¹⁰ Der Sachverhalt ist relativ einfach: Das Ehepaar Bryde, dänische Staatsangehörige und in Dänemark ansässig, hatte *Centros Ltd*, eine private limited company nach englischem Recht, mit dem nicht eingezahlten Gesellschaftskapital von £ 100 gegründet. Der eingetragene Sitz der Gesellschaft war an der Adresse eines Freundes in Großbritannien. *Centros Ltd* hatte niemals in England oder Wales Geschäfte betrieben, vielmehr sollte die gesamte Geschäftstätigkeit – beabsichtigt war der Weinimport und –export¹¹ – durch eine Zweigniederlassung in Dänemark ausgeübt werden. Die dänischen Behörden weigerten sich, in Dänemark eine Zweigniederlassung der *Centros Ltd* einzutragen mit der Begründung, dass *Centros Ltd* in Wahrheit in Dänemark keine Zweigniederlassung, sondern eine Hauptniederlassung begründen wollte und die dänischen Regelungen über die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals bei der Gründung von Gesellschaften umgehen wollte.¹² *Centros Ltd* verwies auf die nach englischem Gesellschaftsrecht gültige Gründung und Existenz, sodass die Voraussetzungen für die Eintragung einer Zweigniederlassung in Dänemark erfüllt seien. Das Berufungsgericht bestätigte jedoch die Eintragungsverweigerung der dänischen Behörde, worauf *Centros Ltd* sich an den Højesteret wandte. Der Højesteret legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob sich *Centros Ltd* für die Eintragung einer Zweigniederlassung in Dänemark

9 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)

10 Zuletzt eingesehen im Juni 2002.

11 Punkt 2 des Schlussantrags des Generalanwalts Antonio La Pergola.

12 Zum damaligen Zeitpunkt 200.000 Dänische Kronen, das entspricht etwa 28.000 Euro.

auf Art 52 und 58 EGV (jetzt Art 43 und 48 EG) berufen könne.¹³ Der EuGH entschied, dass die Verweigerung der Eintragung der Zweigniederlassung einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft gegen Art 52 und 58 EGV (jetzt Art 43 und 48 EG) verstosse, selbst wenn diese Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat nur ihren Satzungssitz habe und dort keiner Geschäftstätigkeit nachgehe, die gesamte Geschäftstätigkeit im Staat der Zweigniederlassung ausgeübt werden solle und durch die Gründung der Zweigniederlassung die in diesem Staat geltenden strengeren Kapitalaufbringungsregelungen bei der Gründung von Gesellschaften umgangen werden sollen. Es sei – so der EuGH weiter – aber nicht ausgeschlossen, dass der

13 Der Vertragstext lautet:

Kapitel 2

Das Niederlassungsrecht

Artikel 43 (ex-Artikel 52)

Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.

Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfaßt die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.

[...]

Artikel 48 (ex-Artikel 58)

Für die Anwendung dieses Kapitels stehen die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.

Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.

betroffene Mitgliedstaat alle geeigneten Maßnahmen gegenüber der Gesellschaft selbst oder gegenüber ihren Gesellschaftern treffe, um Betrügereien zu verhindern oder zu verfolgen, wenn sich herausstelle, dass sie sich durch die Gründung einer Gesellschaft ihren privaten oder öffentlichen Gläubigern entziehen wollen.

So einfach und klar die Entscheidung erscheinen mag, so kontrovers wurde sie vor allem in der deutschen Literatur kommentiert.¹⁴ Die oft gegenteiligen Schlussfolgerungen und die sie stützenden Argumente müssen daher überprüft werden. Im folgenden soll auf die im Verfahren vor dem EuGH und in der Kommentarliteratur aufgeworfenen Punkte einzeln eingegangen werden.

1.2. Keine Geschäftstätigkeit der *Centros Ltd* im Gründungsstaat

Die dänische Regierung brachte vor, dass Art 52 EGV nicht anwendbar sei, weil es sich um einen reinen Inlandssachverhalt handle, wenn zwei dänische Staatsangehörige eine englische Gesellschaft zu dem Zweck gründen, um Geschäfte ausschliesslich durch deren dänische Zweigniederlassung zu tätigen. *Centros Ltd* versuche durch die Errichtung einer als Zweigniederlassung getarnten Muttergesellschaft die dänischen Normen zu umgehen. In Abwesenheit einer wirksamen und dauerhaften Verknüpfung zwischen *Centros Ltd* und dem britischen Wirtschaftsraum sowie zwischen *Centros Ltd* und der dänischen Zweigniederlassung seien die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit nicht gegeben: Die Niederlassungsfreiheit sei nämlich darauf gerichtet, den Gemeinschaftsbürgern die kontinuierliche Teilnahme am Wirtschaftsleben in einem anderen Staat als ihrem Herkunftsstaat zu

14 Behrens, IPRax 1999, 323; Kieninger, ZGR 1999, 724; Meilicke, DB 1999, 627; Behrens, IPRax 2000, 384; Puzkajler, IPRax 2000, 79; Roussos, European Business Law Review 2001, 7; Engsig Sørensen, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 1999 (2000), 203; Wymeersch, Centros: A landmark decision in European Company Law, in Berger et al. (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag (2000); Cerioni, International and Comparative Corporate Law Journal 2000, 165; Ebke, JZ 1999, 656; Steindorff, JZ 1999, 1140; Ulmer, P., JZ 1999, 662; Luttermann, ZeuP 2000, 907; Roth, W.-H., CML Rev. 2000, 147; Roth, W.-H., ZGR 2000, 311; Forsthoff, EuR 2000, 167; Carruthers/ Villiers, European Business Law Review 2000, 91; Roth, G. H., ZIP 1999, 861; Werlauff, ZIP 1999, 867; Buxbaum, Back to the Future? From “Centros” to the “Überlagerungstheorie” in Berger et al. (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag (2000); Bachner/ Winner, GesRZ 2000, 73 und 161; Merkt, International and Comparative Corporate Law Journal 2001, 119; Gestri, Riv. dir. int. 2000, 71; Carbone, Riv. soc. 2000, 457; Roth, G. H., RdW 1999, 381; Korn/ Thaler, wbl 1999, 247; Halbhuber, Limited Company statt GmbH?; Halbhuber, CML Rev. 2001, 1385. Diese Aufzählung ist nur eine Auswahl.

ermöglichen.¹⁵ Der EuGH verwirft diesen Einwand mit der Begründung, dass eine nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft mit ihrem Satzungssitz in diesem Mitgliedstaat, die eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat eintragen lassen will, jedenfalls dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts unterliegt.¹⁶ Durch diese Aussage macht der EuGH deutlich, dass es um die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit durch die englische Gesellschaft *Centros Ltd* geht und nicht um die Ausübung irgendwelcher Freiheiten durch ihre in Dänemark ansässigen Gesellschafter, die Brydes.

Die dänische Behörde brachte vor, dass in Wahrheit keine Zweigniederlassung, sondern eine Hauptniederlassung gegründet werden soll. Da der Begriff "Zweigniederlassung" nicht definiert sei¹⁷, solle auf den vom EuGH verwendeten Begriff bei der Auslegung des EuGVÜ zurückgegriffen werden, wonach eine Zweigniederlassung als Hauptniederlassung gelte, wenn es keine Hauptniederlassung mit tatsächlicher Leitungs- und Kontrollbefugnis über die Aktivitäten der Zweigniederlassung gebe. Ausserdem ergebe sich aus der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, dass sich nur solche Arbeitnehmer auf die Freizügigkeit berufen können, die tatsächlich eine Arbeitstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben oder auszuüben gedenken. Im übrigen könne jeder Mitgliedstaat beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts die Regelungen für die Gründung und das Bestehen von Gesellschaften erlassen.¹⁸ Diese Ausführungen zur Einstufung der einzutragenden Zweigniederlassung der *Centros Ltd* als in Wirklichkeit erstmalig zu gründende Muttergesellschaft lassen ein tiefer liegendes Problem erkennen: Wonach wird bestimmt, ob *Centros Ltd* Normadressatin der Niederlassungsfreiheit ist? Der EuGH geht auf dieses Vorbringen so ein, dass er auf sein Urteil in der Rechtssache *Segers*¹⁹ verweist, wo er in Punkt 16 ausgesprochen hat, dass der Umstand, dass eine Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit in dem Mitgliedstaat ausübt, in dem sie ihren eingetragenen Sitz hat, und ihre Geschäfte nur durch eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat tätigt, für sich allein nicht den Schluss auf einen Missbrauch rechtfertigt, der den Mitgliedstaat dazu berechtigen würde, der Gesellschaft die Niederlassungsfreiheit zu verweigern. Der EuGH geht auf die

15 Dieses Vorbringen entnehme ich dem Schlussantrag des Generalanwalts La Pergola (Punkt 7).

16 Punkt 17 des Urteils

17 Weder im EG-Vertrag noch in der Elften Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 ("Zweigniederlassungsrichtlinie") findet sich eine Definition.

18 Punkt 6 des Schlussantrags des Generalanwalts

19 Rs. 79/85, *Segers*, EuGH Slg. 1986, 2375

mangelnde wirtschaftliche Betätigung im Gründungsstaat also nur bei der Prüfung eines eventuellen Missbrauchs der Niederlassungsfreiheit ein.²⁰ Er setzt damit voraus, dass die *Centros Ltd* grundsätzlich zu den Anspruchsberechtigten der Niederlassungsfreiheit gemäss Art 52 und 58 EGV (jetzt Art 43 und 48 EG) gehört. Das ist konsistent mit den zuvor gemachten Feststellungen, wonach die Gründung einer dänischen Zweigniederlassung durch eine britische Gesellschaft in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt, weil gemäss Art 58 EGV (jetzt Art 48 EG) die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmässigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, so wie natürliche Personen zu behandeln sind, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind. Diese den Angehörigen der Mitgliedstaaten gemäss Art 52 EGV (jetzt Art 43 EG) gewährte Freiheit umfasse das Recht, selbständige Erwerbstätigkeiten aufzunehmen und auszuüben sowie Unternehmen zu gründen und zu leiten, und zwar unter denselben Bedingungen, wie sie der Niederlassungsstaat für seine eigenen Angehörigen vorsieht. Die Konsequenz aus diesen Vertragsbestimmungen sei, dass solche Gesellschaften²¹ berechtigt sind, ihre Geschäftstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat durch eine Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft auszuüben.²² *Centros Ltd* ist nach den Ausführungen des EuGH eindeutig Adressatin der Niederlassungsfreiheit, weil die Gesellschaft die in Art 58 EGV (jetzt Art 48 EG) genannten Voraussetzungen zur Gleichstellung mit den Angehörigen des Niederlassungsstaats erfüllt. Nach Generalanwalt La Pergola würde das Erfordernis einer Geschäftstätigkeit im Gründungsstaat dazu führen, in den Text des Art 58 EGV (jetzt Art 48 EG) eine zusätzliche Bedingung hineinzulesen. Der Vertragstext lasse keinen Raum dafür, Untersuchungen über die Art und den Inhalt der geschäftlichen Aktivitäten anzustellen.²³ La Pergola zitiert dazu die Entscheidung des EuGH in *Micheletti*²⁴, in der es nach dem EuGH bei einer natürlichen Person einem Mitgliedstaat nicht zukam, die Wirkungen der Verleihung der Staatsbürgerschaft durch einen anderen Mitgliedstaat zu beschränken, indem für die Anerkennung dieser Staatsbürgerschaft zum Zweck der Inanspruchnahme der Vertragsfreiheiten

20 Punkt 29 des Urteils

21 Nämlich nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet und mit ihrem satzungsmässigen Sitz, ihrer Hauptverwaltung oder ihrer Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft.

22 Punkte 19 und 20 des Urteils

23 Punkt 18 des Schlussantrags

24 Rs. C-369/90, *Micheletti*, EuGH Slg. 1992, I-4239

zusätzliche Bedingungen auferlegt wurden.²⁵ Der Vergleich mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit sei verfehlt, weil die diesbezüglichen Vertragsbestimmungen in Art 48 Abs 3 EGV (jetzt Art 39 Abs 3 EG) die Freizügigkeit der Arbeitnehmer anders formulieren, noch könne der Begriff der Zweigniederlassung im EuGVÜ herangezogen werden, weil dessen Auslegung dort eine andere Zielsetzung hat.²⁶ Es ist zusammenfassend festzuhalten, dass der EuGH davon ausgegangen ist, dass die *Centros Ltd* grundsätzlich ein niederlassungsberechtigtes Rechtssubjekt ist. Die gültige Existenz der *Centros Ltd* wurde vom EuGH nicht in Frage gestellt. Ausreichend dafür war offensichtlich ihre Gründung nach dem Recht eines Mitgliedstaats (England und Wales) und ihr Satzungssitz in England.²⁷ Die Ausübung irgendeiner Geschäftstätigkeit in ihrem Gründungsstaat war nicht relevant. Die Nationalität oder Ansässigkeit ihrer Gründer/ Gesellschafter spielten auch keine Rolle.

Kommentatoren haben wiederholt kritisiert, dass der EuGH den Fall unter dem Gesichtspunkt der sekundären Niederlassungsfreiheit behandelt hätte und nicht, wie es den tatsächlichen Gegebenheiten angemessen gewesen wäre, unter dem Gesichtspunkt der primären Niederlassungsfreiheit.²⁸ Sekundäre Niederlassungsfreiheit bedeutet die Ausübung des Rechts zur “Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind”²⁹. Primäre Niederlassungsfreiheit wird als die (erstmalige) “Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen”³⁰ verstanden. Da *Centros Ltd* erstmals und ausschliesslich

25 Herr Micheletti besaß sowohl die argentinische als auch die italienische Staatsbürgerschaft. Er wollte sich als Zahnarzt in Spanien niederlassen und beantragte unter Vorlage seines gültigen italienischen Reisepasses als Gemeinschaftsangehöriger die Ausstellung eines dauerhaften Aufenthaltsdokuments für Spanien. Dieses wurde ihm von den spanischen Behörden unter Hinweis darauf verweigert, dass nach dem spanischen Zivilgesetzbuch im Falle einer Doppelstaatsangehörigkeit die betreffende Person als Staatsangehöriger desjenigen Staates zu gelten habe, in dem diese Person vor ihrer Ankunft in Spanien ihren gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hatte. Herr Micheletti galt vor den spanischen Behörden daher als argentinischer Staatsbürger.

26 Punkte 18 und 19 des Schlussantrags

27 Davon ist *Cath* schon 1986 ausgegangen: “In other words, once a company (literally) meets the criteria of Article 58 [jetzt Art 48 EG], it may rely upon this Treaty provision.” (*Cath*, Yearbook of European Law 1986, 247 (261))

28 Diese Kritik findet sich etwa bei *Kieninger*, ZGR 1999, 724 (728 ff); *Bachner/ Winner*, GesRZ 2000, 73 (78); *Korn/ Thaler*, wbl 1999, 247 (250); *Roussos*, European Business Law Review 2001, 7 (13).

29 Art 43 Absatz 1 Satz 2 EG (ex-Art 52 Absatz 1 Satz 2 EGV)

30 Art 43 Absatz 2 EG (ex-Art 52 Absatz 2 EGV)

durch ihre dänische Zweigniederlassung tätig werden sollte, entspricht dies wohl eher dem soeben beschriebenen Verständnis der primären als der sekundären Niederlassungsfreiheit. Wozu aber diese Unterscheidung? Für die sekundäre Niederlassungsfreiheit verlangt der Wortlaut des Art 43 Absatz 1 Satz 2 EG (ex-Art 52 Absatz 1 Satz 2 EGV) die Ansässigkeit des Niederlassungsberechtigten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats. War *Centros Ltd* mangels bisheriger geschäftlicher Aktivitäten gar nicht “im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig”? Dies ist zu verneinen. Das Ansässigkeitskriterium bezieht sich auf die Ansässigkeit in der Gemeinschaft, nicht in einem bestimmten Mitgliedstaat. Dadurch sollten Unternehmen, die keinen tatsächlichen Bezug zur Wirtschaft irgendeines Mitgliedstaats hatten, von der sekundären Niederlassungsfreiheit ausgenommen werden.³¹ Weil Art 48 EG (ex-Art 58 EGV) diejenigen Gesellschaften in den Kreis der Niederlassungsberechtigten aufnimmt, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, würde auch eine Gesellschaft, die etwa nach englischem Recht gegründet wird und ihren Satzungssitz in London hat, ansonsten aber ausschliesslich ausserhalb der Gemeinschaft tätig ist, diese Bedingungen erfüllen. Eine solche Gesellschaft soll nicht die Freiheiten der “Angehörigen der Mitgliedstaaten” in Anspruch nehmen können.³² Einen relevanten Bezug zu einem Drittstaat gab es in *Centros* nicht, weil ja eine Geschäftstätigkeit in Dänemark beabsichtigt war. Auch sonst verlangt das Gemeinschaftsrecht soweit erkennbar für die Inanspruchnahme der Freiheit zur Eintragung einer Zweigniederlassung keine operierende Hauptniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat. Halbhuber argumentiert mit einer systematischen Interpretation des Art 43 EG (ex-Art 52 EGV), wonach die sekundäre Niederlassungsfreiheit nicht auf Unternehmen beschränkt werden sollte, die anderswo bereits über eine Hauptniederlassung verfügen. Der zweite Satz des Art 43 EG (ex-Art 52 EGV) verweise auf das im ersten Satz ausgesprochene Verbot und setze es fort, indem dieses Verbot der Beschränkung der freien Niederlassung auch auf lediglich “teilweise” Niederlassungen, wie sie Agenturen, Zweig-

31 Troberg in Groeben/ Thiesing/ Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag⁵, 1/1426 ff. zu Artikel 58: “Das Allgemeine Niederlassungsprogramm führt den Test der »tatsächlichen und dauerhaften Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaates« nur für Gesellschaften ein, die ihren Geschäftsschwerpunkt *außerhalb der Gemeinschaft* haben; ihnen soll eine bloße Briefkastenfirma (formaler Sitz) innerhalb der EU noch nicht die volle Freiheit zur Errichtung sekundärer Niederlassungen erwirken.” (1/1427 in FN 4; Hervorhebungen im Original). Troberg beruft sich auf das Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, ABl. 1962 (15. 1. 1962), Nr. 2, Seite 36.

32 Darauf weist Generalanwalt La Pergola in Punkt 12 seines Schlussantrags hin.

niederlassungen und Tochtergesellschaften darstellen, erweitert wird. Es sei systematisch verfehlt, aus einer Bestimmung, die die Niederlassungsfreiheit erweitern will, eine Einschränkung dieser Freiheit abzuleiten.³³

Es bleibt daher dabei, dass der als “Angehörige eines Mitgliedstaats” anerkannten Gesellschaft *Centros Ltd* auch automatisch die Vertragsfreiheiten zuerkannt werden müssen. Das Eintragungsgesuch der *Centros Ltd* bei der dänischen Erhvervs- og Selskabsstyrelsen muss daher genauso behandelt werden wie das Eintragungsgesuch einer dänischen Gesellschaft.³⁴

Die Konstellation, dass die *Centros Ltd* ausschließlich in Dänemark und nicht in ihrem Gründungsstaat, wo sie ihren eingetragenen Sitz hatte, tätig werden sollte, würde für diejenigen Mitgliedstaaten ein Problem darstellen, die das Personalstatut einer Gesellschaft nach der Sitztheorie bestimmen. In einem solchen Mitgliedstaat würde die *Centros Ltd* nach innerstaatlichem Recht als Rechtssubjekt gar nicht anerkannt.³⁵ Dieses Problem wird im Kapitel 1.7. bei der Diskussion der Entscheidungen des österreichischen OGH erörtert.

1.3. Rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Niederlassungsfreiheit?

Die dänische Behörde brachte weiters vor, dass ein Missbrauch der Niederlassungsfreiheit vorliege, weil der einzige Zweck der Gesellschaftsgründung in England die Umgehung des dänischen Rechts über die Gründung von Gesellschaften gewesen sei. Hier lautet meines Erachtens die Frage: Hätte die *Centros Ltd* als anpartsselskab (“dänische GmbH”) errichtet werden müssen, wenn eine Geschäftstätigkeit vorwiegend in Dänemark beabsichtigt war? Die Frage, welcher Handlungsspielraum den Gesellschaftsgründern, den Brydes, offensteht, wird von mir bewusst ausgeklammert, weil sie sich nur dann stellen kann, wenn man durch die Gesellschaft auf die dahinterstehenden Gesellschafter blickt, also die eigene Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft ignoriert. Die Brydes waren nicht Verfahrenspartei. Ihre Rechte standen nicht zur Diskussion.

33 *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH?, 89

34 Art 48 EG iVm Art 43 EG (ex-Art 58 EGV iVm ex-Art 52 EGV) laufen auf das Gebot hinaus, ausländische Gesellschaften nicht gegenüber inländischen Gesellschaften zu benachteiligen: *Forsthoff*, EuR 2000, 167 (176)

35 Differenzierend *Karsten Schmidt*: “Unrichtig ist auch die verbreitete Annahme, die zugezogene Gesellschaft würde nach der Sitztheorie als ein “rechtliches nullum” behandelt [...] Die Konsequenzen der angeblichen “Nichtanerkennung” sind andere: Die Gesellschaft wird als inländische Rechtsträgerin anerkannt (!), aber sie unterliegt, da sie keine für inländische Kapitalgesellschaften anerkannte Rechtsform aufweist, inländischem Rechtsformzwang. [Das bedeutet, sie] genießt also nicht das Privileg der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung”. *Schmidt, K.*, ZGR 1999, 20 (24)

Wären *ceteris paribus* die Brydes englische oder deutsche Staatsangehörige gewesen und in Frankreich oder Spanien ansässig, so hätte meiner Meinung nach die Fallbeurteilung nicht anders ausfallen können. Für den EuGH spielte weder die Staatsangehörigkeit noch die Ansässigkeit der Brydes irgendeine Rolle.

Die dänische Behörde verweist auf die Rechtsprechung des EuGH zum Missbrauch der Vertragsfreiheiten. Um die Überzeugungskraft dieses Vorbringens beurteilen zu können, soll eine kurze Analyse dieser Rechtsprechung zeigen, wann der EuGH die Berufung auf die Vertragsfreiheiten verwehrt und einer nationalen Regelung zum Durchbruch verholfen hat. Ich möchte zeigen, dass es dabei im Kern um eine Abgrenzung der Regelungskompetenzen der Gemeinschaft von denen der Mitgliedstaaten geht.

Zunächst sollen aber die Aussagen des EuGH und die Ausführungen des Generalanwalts La Pergola zum Thema Umgehung in Erinnerung gerufen werden:

Der EuGH spricht zunächst davon, dass ein Mitgliedstaat berechtigt ist, Maßnahmen zu ergreifen, um die unrechtmässige Umgehung seiner nationalen Vorschriften durch Berufung auf die Regelungen des Gemeinschaftsrechts zu verhindern.³⁶ Die nationalen Gerichte können dabei aufgrund von objektiven Beweisen Missbrauch oder betrügerisches Vorgehen der betreffenden Personen berücksichtigen, sie müssen aber dieses Vorgehen im Lichte der von den Gemeinschaftsregelungen verfolgten Zwecke bewerten.³⁷ Im vorliegenden Fall sollte den Regelungen über die Gründung von Gesellschaften ausgewichen werden, und nicht Regelungen über die Ausübung bestimmter Gewerbe oder Berufe. Die Niederlassungsfreiheit habe aber gerade den Zweck, den nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften mit satzungsmäßigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft die Geschäftstätigkeit in anderen Mitgliedstaaten durch eine Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft zu ermöglichen.³⁸ Die Auswahl der am günstigsten erscheinenden Gründungsrechtsordnung könne für sich allein keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit darstellen.³⁹ In dieselbe Richtung gehen die Ausführungen des Generalanwalts: Die Frage der Umgehung sei zu lösen, indem man den Wesensgehalt der Niederlassungsfreiheit definiere. Die Niederlassungsfreiheit bestehe aber gerade darin, gemäss der Rechtsordnung eines Mitgliedstaats Gesellschaften zu gründen, um in eben

36 Punkt 24 des Urteils

37 Punkt 25 des Urteils

38 Punkt 26 des Urteils

39 Punkt 27 des Urteils

diesem Mitgliedstaat oder in jedem anderen Mitgliedstaat tätig zu werden. Anders gesagt könne sich die neu errichtete Gesellschaft in ihrem Gründungsstaat oder in jedem anderen Mitgliedstaat nach Belieben niederlassen. Die Auswahl unter verschiedenen Gesellschaftsformen sei logische Konsequenz des Binnenmarkts und einfach Folge fehlender Harmonisierung. Die von der dänischen Behörde herangezogene EuGH - Judikatur zum Missbrauch des Gemeinschaftsrechts zur Umgehung nationaler Vorschriften stehe dem im vorliegenden Fall nicht entgegen. Bei der Umgehung nationaler Vorschriften sei zunächst zu prüfen, ob die angeblich umgangene Vorschrift überhaupt (weil gemeinschaftsrechtskonform) anwendbar sei. Die dänischen Behörden gingen davon aus, dass eine geschäftliche Aktivität auf dem dänischen Markt mittels einer dänischen Gesellschaftsform getätigt werden müsse. Diese Annahme sei mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar. Davon zu unterscheiden sei die Regelung der geschäftlichen Aktivitäten der Zweigniederlassung in Dänemark, die aber nicht dazu führen dürfe, dass einer gemeinschaftszugehörigen Gesellschaft die Niederlassung überhaupt versagt werde.⁴⁰

1.4. Frühere Entscheidungen des EuGH zum Missbrauch der Grundfreiheiten

Als erstes Urteil des EuGH zur Umgehung nationaler Vorschriften durch Berufung auf das Gemeinschaftsrecht gilt *van Binsbergen*⁴¹. Der Fall betraf den niederländischen Staatsangehörigen Kortmann, der Herrn van Binsbergen vor einem niederländischen Gericht vertrat. Während des Prozesses hatte Herr Kortmann seinen Wohnsitz nach Belgien verlegt. Das anzuwendende niederländische Verfahrensrecht sah vor, dass Prozessvertreter ihren Wohnsitz in den Niederlanden haben mussten. Herr Kortmann sah darin eine Beschränkung seiner Niederlassungsfreiheit, was letztendlich auch vom EuGH bestätigt wurde. Der EuGH führte dabei aus: “Ferner kann einem Mitgliedstaat nicht das Recht zum Erlass von Vorschriften abgesprochen werden, die verhindern sollen, dass der Erbringer einer Leistung, dessen Tätigkeit ganz oder vorwiegend auf das Gebiet dieses Staates ausgerichtet ist, sich die durch Artikel 59 (jetzt Art 49 EG) garantierte Freiheit zunutze macht, um sich den Berufsregelungen zu entziehen, die auf ihn Anwendung fänden, wenn er im Gebiet dieses Staates ansässig wäre ...”⁴², und “... nationale Rechtsvorschriften [können] die Erbringung von

40 Punkt 20 des Schlussantrags

41 Rs. 33/74, *Van Binsbergen / Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, EuGH Slg. 1974, 1299

42 Punkt 13 des Urteils

Dienstleistungen durch im Staatsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ansässige Personen nicht durch das Erfordernis eines ständigen Aufenthalts im Inland unmöglich machen, wenn die anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften die Erbringung dieser Dienstleistungen von keiner besonderen Voraussetzung abhängig machen.”⁴³ Der EuGH berücksichtigte also, dass der von Herrn Kortmann ausgeübte Beruf in den Niederlanden gar nicht reglementiert war, Herr Kortmann sich daher durch seinen Umzug nach Belgien gar keinen Berufsausübungsregeln entziehen konnte.

Hier wurde den Mitgliedstaaten vom EuGH das Interesse zuerkannt, die Berufsausübung auf ihrem Territorium zu regeln, nicht aber, die Ansässigkeit der Dienstleister auf ihrem Territorium zu verlangen und somit den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Dienstleistern den Marktzugang zu verwehren. Dieses Urteil scheint eine Unterscheidung vorzuzeichnen zwischen “Berufsausübungsregeln” in dem Sinne, dass die Art und Weise, wie eine gewisse Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, geregelt wird, und “Marktzugangsregeln” in dem Sinne, dass festgelegt wird, wer eine gewisse Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausüben darf. Diese Unterscheidung lässt sich sauber nur auf der theoretischen Ebene ziehen, wie die folgenden Fälle verdeutlichen werden.

Die Fälle *Knors*, *Bouchoucha* und *Vlassopoulou* zeigen, dass selbst Regelungen, die man nach meinem Dafürhalten intuitiv eher zu den “Berufsausübungsregeln” zählen möchte, nicht in die ausschliessliche Regelungskompetenz des Mitgliedstaats fallen müssen, auf dessen Territorium die Dienstleistung erbracht werden soll. Die Unsicherheit in der Zuordnung lässt sich vielleicht damit erklären, dass in allen drei Fällen Berufsausbildungsregeln Gegenstand der Diskussion waren. Ausbildungsvoraussetzungen haben es natürlich in sich, den Zugang zu einer bestimmten Berufssparte (und damit auch zu einem bestimmten Markt) zu regeln.

In *Knors*⁴⁴ ging es um einen holländischen Heizungsinstallateur, der seinen Beruf in den Niederlanden unter Anerkennung seiner in Belgien absolvierten Ausbildung fortsetzen wollte. Herr Knors berief sich dabei auf die Richtlinie 64/429/EWG⁴⁵. Die Niederlande machten geltend, dass Herr Knors als niederländischer Staatsangehöriger den niederländischen Berufsausbildungsregelungen unterliege und sich nicht auf die Richtlinie berufen könne. Der

43 Leitsatz

44 Rs. 115/78, *J. Knors / Secretary of State for Economic Affairs*, EuGH Slg. 1979, 399

45 Richtlinie 64/429/EWG des Rates vom 7. Juli 1964 über die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für selbständige Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI- Hauptgruppen 23-40 (Industrie und Handwerk)

EuGH gab Herr Knoors Recht. Zur Begründung führte der EuGH aus, dass die Mitgliedstaaten ein legitimes Interesse daran haben könnten, ihre Staatsangehörigen daran zu hindern, sich mit Mitteln des Gemeinschaftsrechts ungerechtfertigt der Anwendung ihrer nationalen Berufsausbildungsvorschriften zu entziehen. Der EuGH sah im konkreten Fall aber insbesondere deswegen keine Missbrauchsgefahr gegeben, weil die Richtlinie⁴⁶ selbst konkrete Anforderungen an die Ausbildungsqualität stellte.

Es ging also darum, die gemäss den Vorschriften eines anderen Mitgliedstaats (Belgien) erworbene Ausbildung im Inland (Niederlande) als gleichwertig anzuerkennen. Die Niederlande kann die Berufsausbildung für ihre Staatsangehörigen grundsätzlich selbst regeln, diese Regelung ist aber keine ausschliessliche Regelung für die Betätigung als (in diesem Fall) Heizungsinstallateur auf dem niederländischen Markt. Freilich lag hier die Besonderheit vor, dass die in Frage stehende Berufsausbildung gemeinschaftsrechtlich geregelt (harmonisiert) war.

In *Bouchoucha*⁴⁷ hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob die französischen Regelungen, die Osteopathiepraktikern den Abschluss eines Medizinstudiums vorschrieben, mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar waren. Herr Bouchoucha war französischer Staatsbürger und hatte in England eine Ausbildung in Osteopathie abgeschlossen, auf die er sich in Frankreich stützte. Der EuGH ging davon aus, dass mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Definition der ärztlichen Tätigkeiten die Mitgliedstaaten ohne diskriminierende Unterscheidung zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen festlegen konnten, welche Handlungen dem Arztberuf vorbehalten waren. Der EuGH anerkannte auch, dass ein Mitgliedstaat ein berechtigtes Interesse daran haben könnte zu verhindern, dass sich einige seiner Staatsangehörigen unter Missbrauch der durch den Vertrag geschaffenen Erleichterungen der Anwendung ihrer nationalen Berufsausbildungsvorschriften entziehen.

Im Gegensatz zum Fall *Knoors* war die in Frage stehende Ausbildung gemeinschaftsrechtlich nicht harmonisiert, sie fiel also klar in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten. Der EuGH hielt es für gerechtfertigt, die Tätigkeit der Osteopathie auf französischem Territorium den Absolventen eines Medizinstudiums vorzubehalten.

46 Die Grundfreiheiten waren auf Herr Knoors trotz seiner niederländischen Staatsangehörigkeit anwendbar, weil er sich durch die Absolvierung seiner Ausbildung in Belgien in einer Position befand, die mit der von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten vergleichbar war. Ein "Gemeinschaftsbezug" im Sinne eines grenzüberschreitenden Sachverhalts war also gegeben. (Punkt 24 des Urteils)

47 Rs. C-61/89, *Bouchoucha*, EuGH Slg. 1990, I-3551

Dass die fehlende gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung aber jedenfalls den Mitgliedstaaten gestattet, die auf ihren jeweiligen Territorien ausgeübten Berufe selbständig zu regeln, wäre zu viel gesagt. Dies zeigt der Fall *Vlassopoulou*⁴⁸, wo der EuGH vom betreffenden Mitgliedstaat verlangte, die in einem anderen Mitgliedstaat absolvierte Ausbildung und Praxis auf ihre Gleichwertigkeit mit den nationalen Anforderungen zu überprüfen. Die in Frage stehenden Berufsausbildungsvorschriften (es ging um den Rechtsanwaltsberuf) waren zu diesem Zeitpunkt gemeinschaftsweit nicht harmonisiert. Eine Anerkennungspflicht kann also trotz Nichtharmonisierung bestehen.

Hier zeigt sich, dass trotz uneinheitlicher Regelungen in den Mitgliedstaaten und trotz ausdrücklicher Anerkennung der Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten für ihre Territorien die Mitgliedstaaten verpflichtet sein können, die Regelung eines anderen Mitgliedstaates an die Stelle ihrer eigenen zu setzen, und zwar eventuell sogar dann, wenn es um die Berufsausbildungsregeln für ihre eigenen Staatsangehörigen geht. Entscheidend ist in jedem Fall die Tätigkeit auf dem Territorium des jeweiligen Mitgliedstaates und nicht die Staatsangehörigkeit des Dienstleisters, freilich wird man nur dann von "Umgehungsabsicht" und "Inlandssachverhalt" sprechen, wenn eigene Staatsangehörige sich auf fremde Regelungsregime berufen, die leichtere Voraussetzungen aufweisen.

Festzuhalten ist, dass man selbst bei Berufsausübungsregeln nicht generell davon ausgehen kann, dass sie in die unbeschränkte Regelungskompetenz des Mitgliedstaats fallen, auf dessen Territorium die Tätigkeit abzielt.

In den folgenden Fällen geht es jedes Mal darum, zunächst eine nationale Regelungsbefugnis im betroffenen Bereich anzuerkennen⁴⁹ und in einem zweiten Schritt die Anwendung dieser Regelungen trotz Beeinträchtigung von Grundfreiheiten zuzulassen, wenn diese Regelungen verhältnismäßig waren.

Im Ergebnis ist das nichts anderes als eine Abgrenzung der Regelungskompetenzen des betreffenden Mitgliedstaats im Einzelfall.

Der EuGH interpretiert das Gemeinschaftsrecht und steckt bei der Beurteilung, ob eine nationale Regelung zu Lasten der im Vertrag garantierten Freiheiten zur Anwendung kommt, eigentlich nur die Reichweite der betroffenen Grundfreiheit für den Einzelfall fest. Gleichzeitig stellt das aber eine Entscheidung über die Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, oder aber auch zwischen einem nationalen Regelungsregime und einem anderen

48 Rs. C-340/89, *Vlassopoulou / Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, EuGH Slg. 1991, I-2357

49 Vgl. die Herausarbeitung dieser zweistufigen Prüfung durch den EuGH bei *Halbhuber, Limited Company statt GmbH?*, 96 ff.

nationalen Regelungsregime, dar. Wie weit das Gemeinschaftsrecht das nationale Recht verdrängt, entscheidet der EuGH.⁵⁰

Zur Veranschaulichung mögen einige Entscheidungen dienen, in denen es um den Missbrauch der Grundfreiheiten zur Umgehung zwingender nationaler Vorschriften ging und in denen sichtbar wird, wie der EuGH die Regelungskompetenz des betreffenden Mitgliedstaats entweder anerkannte oder für zu weitgehend hielt. Die Einzelfallbeurteilung macht eine Vorhersage bzw. die Aufstellung genereller Kriterien darüber, welche Regelungsintensität und welche Regelungsbereiche die Mitgliedstaaten in Anspruch nehmen können, äußerst schwierig.

In *Kommission/ Belgien*⁵¹ ging es um die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der belgischen Regelung, wonach Fernsehsendern, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig waren, der Zugang zum belgischen Kabelnetz verwehrt wurde, wenn diese Fernsehsender nicht in einer der Sprachen ihres Ansässigkeitsstaats ausstrahlten. Der EuGH führte aus, dass die Mitgliedstaaten nicht generell die Erbringung bestimmter Dienstleistungen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Sendern verbieten durften, weil dies einer Aufhebung der Dienstleistungsfreiheit gleichkäme.

Hier fiel zwar die Regelung des Inhalts von Fernsehsendungen in den Zuständigkeitsbereich des Mitgliedstaats, für dessen Territorium die Ausstrahlungen bestimmt waren, die Sprachenregelung bestand aber nicht die Verhältnismäßigkeitsprüfung.

In *Veronica*⁵² wurde einer niederländischen Gesellschaft von den niederländischen Behörden verboten, sich am Aufbau eines kommerziellen Senders in Luxemburg zu beteiligen. Das Verbot basierte auf dem niederländischen Gesetz zur Wahrung eines pluralistischen und nichtkommerziellen Hörfunk- und Rundfunkwesens. Der EuGH führte dazu aus, dass mit diesem Verbot im Allgemeininteresse liegende Ziele der Kulturpolitik verfolgt würden. Durch das Verbot, sich am Aufbau eines kommerziellen, seine Sendungen auf die Niederlande ausrichtenden Senders im Ausland zu beteiligen, werde sichergestellt, dass solche Fernsehsender nicht ungerechtfertigt den Verpflichtungen ausweichen, die sich aus der nationalen Gesetzgebung zum pluralistischen und nichtkommerziellen Inhalt von Fernsehsendungen ergeben und die auf diesen Fernsehsender Anwendung fänden, wenn er im Gebiet der Niederlande ansässig

⁵⁰ Das hat seinen guten Grund: Schließlich muss diese Auslegung der Grundfreiheiten in allen Mitgliedstaaten einheitlich sein.

⁵¹ Rs. C-211/91, *Kommission/ Belgien*, EuGH Slg. 1992, I-6773

⁵² Rs. C-148/91, *Vereinigting Veronica Omroep Organisatie/ Commissariaat voor de Media*, EuGH Slg. 1993, I-513

wäre. Interessant ist die Fallkonstellation auch aus einem anderen Blickwinkel: Ein Mitgliedstaat verbietet seinem eigenen Staatsangehörigen die unternehmerische Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat. Ein Regelungsinteresse der Niederlande lässt sich aber damit begründen, dass diese unternehmerische Tätigkeit auf das eigene Staatsgebiet abzielt. Dadurch steht die in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Fernsehanstalt einer im Inland ansässigen gleich.

In *TV 10*⁵³ wurde einer nach luxemburgischem Recht errichteten Gesellschaft mit Sitz in Luxemburg von den Niederlanden der Zugang zum niederländischen Kabelnetz verweigert. Die Niederlande brachten vor, dass die luxemburgische Gesellschaft nicht als ausländischer Sender angesehen werden könne, weil sie sich, wie im niederländischen Verfahren festgestellt, offensichtlich zu dem Zweck in Luxemburg niedergelassen hatte, um den für niederländische Sendeanstalten geltenden Rechtsvorschriften über pluralistisches und nicht-kommerzielles Fernsehen zu entgehen. Der EuGH entschied, dass die Niederlande den luxemburgischen Fernsehsender wie einen in den Niederlanden ansässigen Sender behandeln dürften, wenn die Gesellschaft in Luxemburg niedergelassen ist, um Dienstleistungen zu erbringen, die für das Gebiet der Niederlande bestimmt sind. Die Mitgliedstaaten dürften "eine nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegründete und in diesem Staat niedergelassene Sendeanstalt, deren Tätigkeit aber ganz oder vorwiegend auf das Gebiet des ersten Mitgliedstaats ausgerichtet ist, einer inländischen Sendeanstalt [gleichstellen], wenn diese Niederlassung erfolgt ist, um es dieser Anstalt zu ermöglichen, sich den Regelungen zu entziehen, die auf sie anwendbar wären, wenn sie im Gebiet des ersten Staates niedergelassen wäre."⁵⁴

In den Fällen *Veronica* und *TV 10* wurde in einem Fall einer im Inland ansässigen, im anderen Fall einer im Ausland ansässigen Organisation bzw. Gesellschaft die Einhaltung gewisser Vorschriften über Sendeinhalt und innere Struktur der Sendeanstalten als Voraussetzung für das Anbieten von Dienstleistungen im Inland vorgeschrieben. Diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit wurde vom EuGH akzeptiert, weil er jeweils insoweit die innerstaatliche Kompetenz zur Regelung des Rundfunkwesens anerkannt hatte. Die Grundfreiheiten des Binnenmarkts können nicht dazu dienen, solche nationalen Regelungen zu umgehen, die aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch der Fall *Alpine Investments*⁵⁵. Während es in den oben beschriebenen Fernsehübertragungsfällen

53 Rs. C-23/93, *TV 10 SA/ Commissariaat voor de Media*, EuGH Slg. 1994, I-4795

54 Leitsatz

55 Rs. C-384/93, *Alpine Investments BV / Minister van Financiën*, EuGH Slg. 1995, I-1141

darum ging, einem Mitgliedstaat zu gestatten, die Erbringungsmodalitäten von Dienstleistungen, die auf sein Gebiet abzielten, selbst zu bestimmen, wurde es in *Alpine Investments* einem Mitgliedstaat gestattet, die Verkaufsmodalitäten von Finanzprodukten einer auf seinem Territorium ansässigen Gesellschaft nicht nur mit Wirkung für diesen Mitgliedstaat, sondern auch mit Wirkung für die Aktivitäten dieser Gesellschaft in anderen Mitgliedstaaten zu regeln.

Alpine Investments ist kein Umgehungsfall. Die niederländische Gesellschaft *Alpine Investments BV* bot außerbörsliche Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Warendermingsgeschäften an. Das niederländische Finanzministerium hatte die Werbung für solche Produkte durch "cold calling", dh durch das Anrufen potentieller Kunden, ohne dass eine vorherige Kontaktaufnahme durch den Kunden erfolgt wäre, verboten. Der Antrag der *Alpine Investments BV* auf eine Ausnahmegenehmigung wurde abgewiesen. *Alpine Investments BV* bekämpfte die Abweisung mit dem Argument, dass das Verbot insoweit eine Verletzung ihrer Dienstleistungsfreiheit sei, als es das "cold calling" von potentiellen Kunden in anderen Mitgliedstaaten wie zB Belgien umfasse, wo solche Verkaufsstrategien nicht verboten seien.

Der EuGH sah die Dienstleistungsfreiheit im Ergebnis nicht verletzt. Er führte zwar aus, dass eine Regelung, wonach die in einem Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistungserbringer den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen potentiellen Kunden nicht unaufgefordert telefonisch ihre Dienstleistungen anbieten durften, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellte.⁵⁶ Die von der niederländischen Behörde auferlegten Verhaltensvorschriften seien aber aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig.⁵⁷

Die Regelungsbefugnis des Mitgliedstaats für "seine" Finanzdienstleister wurde somit auch für deren ausländische Aktivitäten anerkannt.

Ein weiterer unlängst vom EuGH entschiedener Fall betrifft den Güterkraftverkehr.⁵⁸ Das Finanzamt Borken in Deutschland verlangte von der luxemburgischen Gesellschaft *Andreas Hoves Internationaler Transport-Service Sàrl* (im folgenden kurz *Sàrl*) die Bezahlung der Kraftfahrzeugsteuer für fünfzehn in

⁵⁶ Punkt 39 des Urteils

⁵⁷ Es ging um das Vertrauen der Kapitalanleger in die nationalen Finanzmärkte. Der Mitgliedstaat, von dem aus der Telefonanruf getätigt werde, sei zur Regelung des "cold calling" besser als der Empfängerstaat geeignet. (Punkt 48 des Urteils)

⁵⁸ EuGH 2. Juli 2002, Rs. C-115/00, *Andreas Hoves Internationaler Transport-Service Sàrl / Finanzamt Borken*. Das Urteil und der Schlussantrag des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer vom 27. November 2001 sind im Internet unter www.curia.eu.int abrufbar. Der Hinweis auf diese Rechtssache findet sich bei *Edwards, V.*, EBOR 2000, 147.

Luxemburg zugelassene Lkws der *Sàrl*. Die *Sàrl* betreibt ein Unternehmen im Bereich des nationalen und internationalen Gütertransports. Sie beschäftigt acht Kraftfahrer. Die fünfzehn Lkws sind in Luxemburg zugelassen, wo auch die Kraftfahrzeugsteuer für sie entrichtet wird, und verfügen über die erforderlichen Kabotagegenehmigungen⁵⁹ von der luxemburgischen Verwaltung. Die *Sàrl* verfügt aber in Luxemburg weder über eine eigene Werkstatt noch über Abstellplätze für die Lkws. Die Lkws werden in Deutschland gewartet und repariert. Die Tätigkeit in Luxemburg beschränkt sich im wesentlichen auf kaufmännische Entscheidungen untergeordneter Bedeutung sowie des Tagesgeschäfts, die von einer Angestellten in Luxemburg getroffen werden. Die maßgebenden Entscheidungen werden vom Alleingesellschafter und Geschäftsführer Herr Hoves getroffen, der in Deutschland wohnt und sich dort auch die meiste Zeit aufhält. Die angestellten Kraftfahrer der *Sàrl* sind alle in Deutschland ansässig und fahren wie es scheint nach der Arbeit mit den Fahrzeugen nach Hause. Das deutsche Bundesamt für Finanzen und das Finanzamt Borken gingen davon aus, dass sich der Sitz der Geschäftsleitung der *Sàrl* in Deutschland befinde. Da die Lkws ihren regelmässigen Standort in Deutschland hätten, benötigten sie die in Deutschland vorgeschriebene Zulassung. Bei Fehlen einer solchen liege eine widerrechtliche Benutzung vor, die die deutsche Behörde zur Vorschreibung der Kraftfahrzeugsteuer berechtige. Die Zulassung der Lkws in Luxemburg und die in Luxemburg erteilten Kabotagegenehmigungen seien insoweit unbeachtlich.

Der EuGH sollte nun klären, ob die Niederlassungsfreiheit⁶⁰ einer nationalen Regelung entgegensteht, die zu einer Erhebung von Kraftfahrzeugsteuer für die Benutzung von Lkws in Deutschland führt, wo die Lkws ihren regelmäßigen Standort haben, wenn die Lkws in einem anderen Mitgliedstaat der EU zugelassen sind, in dem eine Kabotagegenehmigung für sie erteilt worden ist. Der Generalanwalt hatte vorgeschlagen, das zu bejahen.

Nach deutschem Recht wäre somit die Kraftfahrzeugsteuer zu bezahlen, wenn die Fahrzeuge zwar in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen sind⁶¹, in

59 Das sind Zulassungen von Verkehrsunternehmen zum Güterkraftverkehr innerhalb eines Mitgliedstaats, in dem sie nicht ansässig sind.

60 Konkret ging es um die Vereinbarkeit mit der Verordnung (EWG) Nr. 3118/93 des Rates vom 25. Oktober 1993 zur Festlegung der Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Güterkraftverkehr innerhalb eines Mitgliedstaats, in dem sie nicht ansässig sind (ABl. L 279, 1) und der Richtlinie 93/89/EWG des Rates vom 25. Oktober 1993 über die Besteuerung bestimmter Kraftfahrzeuge zur Güterbeförderung sowie die Erhebung von Maut- und Benutzungsgebühren für bestimmte Verkehrswege durch die Mitgliedstaaten (ABl. L 279, 32).

61 Nach deutschem Recht, das in Umsetzung der Richtlinie 93/89/EWG erging, ist

Deutschland aber ihren regelmässigen Standort haben. Die Anknüpfung der Besteuerung an den regelmässigen Standort anstelle der Zulassung hat den Zweck, Steuerumgehungen durch die Zulassung in einem Mitgliedstaat mit geringer Kraftfahrzeugsteuer zu verhindern. Nach luxemburgischem Recht muss eine Gesellschaft, die in Luxemburg ihren Sitz hat, für ihre Fahrzeuge die Zulassung der luxemburgischen Verwaltung einholen. Damit müsste sie eigentlich nur in Luxemburg die Kraftfahrzeugsteuer bezahlen, mögen die Lkws auch überwiegend für Transporte in Deutschland eingesetzt werden. Stellt die Errichtung der das Transportunternehmen betreibenden Gesellschaft in Luxemburg nun eine zulässige Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar oder ist es eine unzulässige Umgehung der deutschen Steuervorschriften unter Missbrauch des Gemeinschaftsrechts? Hat das Transportunternehmen im vorliegenden Fall das Recht auf die günstigste Steuerrechtsordnung? Das Urteil bejaht dies. Der EuGH sah in dem Rechtsstreit einen positiven Normenkonflikt auf dem Gebiet der Zulassung der Fahrzeuge und folglich ihrer Besteuerung. Einerseits war nach luxemburgischem Recht die Zulassung der Fahrzeuge erforderlich, weil die *Sàrl* ihren Sitz in Luxemburg hatte, andererseits ordneten auch die deutschen Vorschriften die Zulassung der betreffenden Fahrzeuge an, weil diese ihren regelmäßigen Standort in Deutschland hätten.⁶² Obwohl es in der Richtlinie 93/89/EWG keine Kollisionsnorm zur Bestimmung des für die Zulassung zuständigen Mitgliedstaates gebe, so gehe diese doch von der Existenz eines einzigen Mitgliedstaats der Zulassung aus. Jedenfalls würde es im Ergebnis der Verordnung (EWG) Nr. 3118/93 und der Richtlinie 93/89/EWG – und damit den Bemühungen um eine Beseitigung der Beschränkungen für die Erbringer von Verkehrsdienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten und eine Harmonisierung der Abgabensysteme – entgegenstehen, wenn im vorliegenden Fall in Deutschland die Kraftfahrzeugsteuer erhoben würde.

Die Judikaturbeispiele zum Missbrauch der Grundfreiheiten zeigen, dass sich ein Mitgliedstaat für eine beschränkende Maßnahme nur dann auf den Schutzeiner nationalen Norm vor Umgehung berufen kann, wenn die betroffene Norm selbst gemeinschaftskonform ist.⁶³ Der EuGH prüft dazu im Einzelfall den Regelungsanspruch des Mitgliedstaats auf seine Konformität mit dem Gemeinschaftsrecht. Dadurch erfolgt im Ergebnis eine Kompetenzabgrenzung zwischen dem

grundsätzlich nur der Zulassungsstaat zur Erhebung der Kraftfahrzeugsteuer berechtigt, wenn die Fahrzeuge in einem anderen Mitgliedstaat zugelassen wurden. Auch bei ausländischer Zulassung besteht jedoch eine Steuerpflicht in Deutschland, wenn das Fahrzeug in Deutschland seinen regelmäßigen Standort hat.

62 Punkt 66 des Urteils

63 *Halbhuber, Limited Company statt GmbH?*, 103

Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht. Da es Aufgabe des EuGH ist, das Gemeinschaftsrecht zu interpretieren, wird dieses Ergebnis dadurch erzielt, dass im Einzelfall der Inhalt und die Reichweite der betroffenen Grundfreiheit definiert werden.⁶⁴

Centros definiert die Niederlassungsfreiheit als Freiheit, sich beliebige Gesellschaftsformen für die Betreibung von Unternehmen auszusuchen. Ein Mitgliedstaat kann für die Ausübung wirtschaftlicher Aktivitäten auf seinem Territorium nicht die Wahl einer inländischen Gesellschaftsform vorschreiben.

1.5. Die Rechtssache *Segers*

In *Centros* beruft sich der EuGH auf sein Urteil in *Segers*⁶⁵, wo der Sachverhalt ganz ähnlich strukturiert war: Herr Segers war niederländischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in den Niederlanden. Ursprünglich war er in den Niederlanden als Einzelkaufmann tätig. Er beschloss, sein Unternehmen in Form einer Kapitalgesellschaft zu betreiben. Er bediente sich dazu einer private limited company nach englischem Recht mit Satzungssitz (registered office) in London. Herr und Frau Segers wurden zu Gesellschaftern dieser private limited company und Herr Segers wurde zu ihrem Geschäftsführer (director). Die englische Gesellschaft erwarb das Unternehmen des Herrn Segers in den Niederlanden und führte es fortan als Zweigniederlassung. Die englische Gesellschaft entfaltete ihre gesamte Geschäftstätigkeit durch ihre Zweigniederlassung in den Niederlanden und war auch in den Niederlanden steuer- und sozialversicherungspflichtig. Nach einiger Zeit beantragte Herr Segers Leistungen aus der niederländischen gesetzlichen Krankenversicherung, die neben Angestellten auch solche Geschäftsführer erfasste, die fünfzig Prozent oder mehr Geschäftsanteile an ihrer Gesellschaft hielten. Die niederländische Krankenversicherung verweigerte die Leistung unter Berufung darauf, dass nur die Geschäftsführer solcher Gesellschaften umfasst waren, die nach niederländischem Recht gegründet waren und in den Niederlanden ihren Satzungssitz hatten. Dem EuGH wurde im weiteren Verlauf die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob der Ausschluss der Geschäftsführer ausländischer Gesellschaften von den Leistungen der Sozialversicherung mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar war.

Der EuGH entschied: “Die Artikel 52 und 58 EWG-Vertrag [jetzt Art 43 und 48 EG] sind dahin auszulegen, dass sie es nicht zulassen, dass die zuständigen Stellen eines Mitgliedstaats dem Geschäftsführer einer Gesellschaft eine

⁶⁴ *Kjellgren*, European Business Law Review 2000, 179 (191)

⁶⁵ Rs. 79/85, *Segers*, EuGH Slg. 1986, 2375

Leistung aufgrund einer nationalen Krankenversicherungsregelung nur aus dem Grund verweigern, weil die Gesellschaft nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats, in dem sie auch ihren Sitz hat, gegründet wurde, auch wenn sie dort keine Geschäftstätigkeit entfaltet.“⁶⁶

Der EuGH begründete das damit, dass Art 58 EGV (jetzt Art 48 EG) keine Bedeutung hätte, wenn es einem Mitgliedstaat gestattet wäre, eine Gesellschaft, die sich in diesem Mitgliedstaat niederlassen will, unterschiedlich zu behandeln, bloß weil sie ihren Satzungssitz in einem anderen Mitgliedstaat hat.⁶⁷ Zwar handle es sich im vorliegenden Fall nicht um die Rechte einer Gesellschaft sondern um die einer natürlichen Person, nämlich ihres Geschäftsführers, doch umfasse die gebotene Gleichbehandlung von nach inländischem Recht gegründeten Gesellschaften mit solchen, die nach ausländischem Recht gegründet wurden, auch das Gebot, deren Angestellten den gleichen Zugang zum Sozialversicherungssystem zu gewähren.⁶⁸ Die Diskriminierung von Angestellten ausländischer Gesellschaften beschränke indirekt die Freiheit dieser Gesellschaften, sich in dem betreffenden Mitgliedstaat durch eine Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft niederzulassen.⁶⁹

Genauer gesagt beschränkt diese Leistungsverweigerung die Wahlfreiheit der Niederlassung, weil sie die englische private limited company zur Gründung einer Tochtergesellschaft nach niederländischem Recht zwingt, anstelle ihr die wirtschaftliche Betätigung mittels einer Agentur oder einer Zweigniederlassung zu gestatten.

Der Umstand, dass die Gesellschaft englischen Rechts im Vereinigten Königreich offensichtlich keine Geschäftstätigkeiten entfaltete sondern ihre Tätigkeit ausschliesslich durch eine Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat ausübte, war ohne Bedeutung.⁷⁰

1.6. Mindestkapitalvorschriften als gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit?

Gemäss Art 46 EG (früher Art 56 EGV) ist die unterschiedliche Behandlung ausländischer Staatsangehöriger aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit erlaubt. Der EuGH hat überdies oft betont, dass Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch im

66 Leitsatz

67 Punkt 14 des Urteils

68 Punkt 15 des Urteils

69 Punkt 15 des Urteils

70 Punkt 16 des Urteils

Allgemeininteresse liegende zwingende Erfordernisse gerechtfertigt sein können, wenn sie verhältnismäßig sind.⁷¹ Daraus wird abgeleitet, dass für nicht-diskriminierende Beschränkungen ein weiterer Katalog von rechtfertigenden Zielen zur Verfügung steht. Meines Erachtens lässt sich *Centros* sowohl als Diskriminierungsfall begreifen (eine ausländische Gesellschaft wird bei der Eintragung ihrer Zweigniederlassung im Inland anders behandelt als eine inländische Gesellschaft, die eine Zweigniederlassung im Inland eintragen lassen will) als auch als nichtdiskriminierender Beschränkungsfall (sowohl nach inländischen als auch nach ausländischen Vorschriften gegründete Gesellschaften müssen ein bestimmtes Mindestnennkapital aufweisen, wenn sie in Dänemark ihren hauptsächlichen Tätigkeitsbereich haben).⁷²

In *Centros* wurde die Notwendigkeit der Aufbringung eines Mindestgründungskapitals von der dänischen Behörde damit begründet, dass dadurch die Finanzausstattung dieser Gesellschaften verbessert werden sollte, einerseits zum Schutz öffentlicher Gläubiger, die die Einbringlichkeit von Steuern und anderen Abgaben nicht mittels Garantien absichern könnten, andererseits zum Schutz aller Gläubiger, öffentlich und privat, vor Insolvenzen aufgrund ungenügender Ausstattung der Gesellschaft mit Anfangskapital.⁷³ Der EuGH merkte zunächst an, dass die von der dänischen Behörde vorgebrachten Gründe, dh der Schutz der Gläubiger, nicht in den Anwendungsbereich des Art 56 EGV (jetzt Art 46 EG) fielen.⁷⁴

Der Generalanwalt hatte Art. 56 EGV (jetzt Art. 46 EG) ebenfalls für nicht anwendbar gehalten, weil dieser eine tatsächliche und ausreichend schwerwiegende Gefährdung eines fundamentalen Interesses der Gemeinschaft voraussetze und eher eine Regelung sei, die auf den Gesellschaftszweck und auf die geschäftlichen Aktivitäten der ausländischen Gesellschaft zugeschnitten ist. Die nach dänischer Ansicht bestehende Unterkapitalisierung der Gesellschaft und die

71 Siehe dazu Rs. C-19/92, *Kraus*, EuGH Slg. 1993, I-1663; Rs. C-55/94, *Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EuGH Slg. 1995, I-4165.

72 Logische Voraussetzung der Feststellung einer Diskriminierung ist das Auffinden des richtigen Vergleichspaares. Um zu wissen, ob Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt wird, muss man in einem ersten Schritt festsetzen, was man miteinander vergleicht (ausländische und inländische Gesellschaften; alle in einem bestimmten Land tätigen Gesellschaften). Schon dieser Schritt beinhaltet eine gewisse Wertungsentscheidung. Darin liegt die Schwierigkeit einer eindeutigen Zuordnung als "Diskriminierung" oder als "gleich wirkende Beschränkung".

73 Punkt 32 des Urteils

74 Punkt 34 des Urteils

beschränkte Haftung der Gesellschafter seien keine Risiken, die einer Gefährdung iSd Art. 56 EGV (jetzt Art. 46 EG) gleichkommen.⁷⁵

Der EuGH prüfte dann, ob die Maßnahme zum Schutz der Gläubiger geeignet und verhältnismässig war, und ging scheinbar implizit davon aus, dass es sich um eine nichtdiskriminierende Beschränkung handelte und dass der Gläubigerschutz ein im Allgemeininteresse liegendes zwingendes Erfordernis zur Rechtfertigung von Beschränkungen darstellen kann.⁷⁶

Die Verweigerung der Eintragung einer Zweigniederlassung wurde für ungeeignet befunden, weil die Aufbringung eines Betrages in Höhe des dänischen Gründungskapitals nicht verlangt worden wäre, wenn *Centros Ltd* in Großbritannien Geschäftsaktivitäten entfaltet hätte. Da sich die Gesellschaft als eine Gesellschaft englischen Rechts deklarierte, würden die Gläubiger darauf aufmerksam gemacht, dass sie nach anderen Vorschriften gegründet worden war, zudem würden nach Ansicht des EuGH die Gläubiger durch die Vierte⁷⁷ und die Elfte⁷⁸ Gesellschaftsrechtliche Richtlinie geschützt.

Die Maßnahme erschien dem EuGH auch unverhältnismässig, da weniger einschneidende Vorkehrungen, wie etwa die gesetzliche Verankerung einer Garantie zugunsten öffentlicher Gläubiger, getroffen werden könnten. Ausserdem stünde die Ergreifung gezielter Maßnahmen zur Betrugsbekämpfung den Mitgliedstaaten frei.

Wie eine (hinsichtlich der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft nicht näher qualifizierte) geschäftliche Tätigkeit im Gründungsstaat eine ausreichende Finanzkraft der *Centros Ltd* zur Absicherung dänischer Gläubiger garantiert hätte, wurde nicht dargelegt. Ebenso wenig wurde dargelegt, wie die dänischen Mindestkapitalvorschriften sicherstellen, dass die Gesellschaft ausreichend Finanzmittel zur Bezahlung von Steuern oder zur Befriedigung ihrer sonstigen Gläubiger hat oder zur rechtzeitigen⁷⁹ Stellung eines Insolvenzantrags verhalten wird. Der EuGH brauchte sich daher nicht näher mit der Sinnhaftigkeit des

75 Punkt 21 des Schlussantrags

76 Vgl. die Vorgangsweise des EuGH im Punkt 34 des Urteils. Da der EuGH die Eignung der Maßnahme zur Zielerreichung und ihre Verhältnismässigkeit verneint, muss er sich nicht mit der Frage der Diskriminierung oder Nichtdiskriminierung auseinandersetzen. Die Rechtfertigung misslingt ja in beiden Fällen, wenn die Maßnahme für ungeeignet und unverhältnismässig befunden wird.

77 Vierte Richtlinie, 78/660/EWG

78 Elfte Richtlinie, 89/666/EWG

79 Rechtzeitig zB in dem Sinne, dass noch etwas Masse vorhanden ist zur Befriedigung der Gläubiger, und nicht etwa der Konkursantrag mangels Masse überhaupt abgewiesen wird und den Gläubigern nicht einmal eine Quote ihrer Forderungen verbleibt.

dänischen Mindestkapitalsystems auseinanderzusetzen. Wegen der Inkonsistenz der Argumentation der dänischen Behörde wirkte die Eintragungsverweigerung für den EuGH als jedenfalls ungeeignete Maßnahme.

Centros zeigt, dass die Anwendung dänischer Mindestkapitalvorschriften auf eine englische private limited company deren Niederlassungsfreiheit in Dänemark in gemeinschaftsrechtswidriger Weise beschränken würde. Die Rechtsordnungen vieler Mitgliedstaaten bauen aber auf dem Prinzip eines festen Nennkapitals bei der Gründung von Kapitalgesellschaften auf.⁸⁰ Dies wird - wie auch von der dänischen Behörde vorgebracht - mit dem dadurch angestrebten Schutz von Gesellschaftsgläubigern begründet.

Exkurs: Kritik am festen Nennkapitalsystem als Instrument des Gläubigerschutzes

Viele Autoren bezweifeln, dass die Verpflichtung zur Aufbringung eines Mindestkapitals bei der Gründung einer Gesellschaft, für deren Verbindlichkeiten die Gesellschafter nicht persönlich haften, wirklich geeignet ist, masselose Insolvenzen solcher Gesellschaften hintanzuhalten (und somit sicherzustellen, dass sich das Unternehmerrisiko nicht zulasten der Gläubiger verwirklicht).⁸¹ Die Infragestellung des Nennkapitalsystems drängt sich vor allem deswegen auf, weil einige Rechtsordnungen dieses Institut aufgegeben haben, so etwa das amerikanische Gesellschaftsrecht, wo im Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) und im California Corporation Code auf ein Mindestnennkapital völlig verzichtet wird.⁸² Auch im englischen Recht spielt bei private companies⁸³ das gesetzliche Grundkapital beim Gläubigerschutz nur

80 Vgl. dazu die Länderbeiträge in AG 1998, 345 ff. über das Konzept und die Rolle des Gesellschaftskapitals in einigen europäischen Ländern.

81 Vgl. die folgenden kritischen Beiträge: *Enriques/Macey*, Cornell Law Review 2001, 1165; sowie die Replik darauf von *Schön*, ZHR 2002, 1 (*Schön* ruft darin zur Verteidigung des traditionellen Kapitalschutzsystems auf.); *Armour*, The Modern Law Review 2000, 355 und ESRC Centre for Business Research University of Cambridge Working Paper No 148 (December 1999); *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer; Symposium "Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Garantiekapital in Europa", AG 1998, 345 ff.; *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH?, 146 ff.

82 Der RMBCA ist ein von der American Bar Association entworfenes Mustergesetz aus dem Jahre 1980, das die meisten Bundesstaaten in ihr Gesellschaftsrecht übernommen haben. (*Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer, 131)

83 Die Unterscheidung zwischen public companies und private companies beruht im wesentlichen darauf, dass die Beteiligungen (Geschäftsanteile) an private companies nicht öffentlich gehandelt werden. (*Davies*, AG 1998, 346 FN 2)

eine geringe Rolle.⁸⁴ Hier sollen nur die Argumente der Kritiker und die der Befürworter des Nennkapitalsystems gegenübergestellt werden. Auf eine abschließende Beurteilung wird bewusst verzichtet.

Abhandlungen über Unternehmensfinanzierung und über die Ausstattung von Unternehmen mit ausreichend Kapital beginnen meist damit, auf den Interessenkonflikt zwischen Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern hinzuweisen.⁸⁵

Auf der einen Seite befinden sich die Eigenkapitalgeber, die einen gewissen Betrag in die Unternehmung investieren. Läuft das Geschäft gut und erwirtschaftet die Gesellschaft einen Gewinn, so erhalten die Gesellschafter unter Umständen einen hohen Prozentsatz ihrer Investition in Form einer Dividende oder ihr Wohlstand vermehrt sich dadurch, dass der von ihnen gehaltene Geschäftsanteil im Wert steigt. Auf der anderen Seite stehen den Gesellschaftern die Gesellschaftsgläubiger gegenüber. Diese sind keine einheitliche Gruppe. Es fallen die Fremdkapitalgeber darunter, also vertragliche Gläubiger, die der Gesellschaft einen bestimmten Betrag leihen, den sie nach einer gewissen Zeit zuzüglich eines bestimmten Zinsbetrages zurückerhalten. Die Höhe des vereinbarten Zinsbetrages spiegelt dabei (idealerweise) das Risiko wieder, das die Fremdkapitalgeber ihrer Investition zumessen. Zu den Gläubigern gehören aber auch diejenigen, die der Gesellschaft ihre Arbeitskraft oder Produktionsmaterial gegen Entgelt zur Verfügung stellen, sowie Personen, die durch die wirtschaftlichen Aktivitäten der Gesellschaft Schaden erleiden (etwa durch deren fehlerhafte Produkte oder durch deren umweltverschmutzende Produktionsaktivitäten).

Der Interessengegensatz tritt dann zutage, wenn Gesellschafter Vermögenswerte an die Gesellschaft übertragen und wenn die Gesellschaft Vermögen an die Gesellschafter ausschüttet. Gesellschafter bevorzugen geringe Beiträge an die Gesellschaft und hohe Ausschüttungen, und die Gläubiger bevorzugen genau das Gegenteil.⁸⁶

Gesellschafter könnten versucht sein, sich auf Kosten der Gläubiger zu bereichern, indem sie Projekte mit einem höheren Risiko durchführen als es die Gläubiger bei der Kreditvergabe einkalkulierten. Ein risikoreiches Projekt, das im Falle des Gelingens einen sehr hohen Ertrag abwirft, würde den Gesellschaftern mehr bringen als den Gläubigern, weil diese selbst bei einem außerordentlichen Ertrag nur den vereinbarten Zinssatz erhalten. Gläubiger wer-

84 *Davies*, AG 1998, 346

85 *Manning/ Hanks*, Legal Capital, 5; *Enriques/ Macey*, Cornell Law Review 2001, 1165 (1166)

86 *Manning/ Hanks*, Legal Capital, 5

den daher dazu tendieren, eher sichere Projekte auszuwählen.⁸⁷ Der Kreditgeber ist diesem Risiko jedoch nicht schutzlos ausgesetzt. Er hat durch die Ausgestaltung des Kreditvertrages die Möglichkeit, das Verhalten der Gesellschaft und der Gesellschafter zu beeinflussen. So wird ein Kredit in Abhängigkeit von der Vorlage eines Geschäftsplans oder für ein ganz bestimmtes Projekt vergeben, es werden Klauseln vereinbart, wonach keine oder nur beschränkte Ausschüttungen an die Gesellschafter erfolgen dürfen, und die weitere Schuldenaufnahme durch die Gesellschaft wird untersagt oder beschränkt. Die Einschätzung des Risikos durch den Gläubiger (und dessen Marktmacht) sollte sich im vereinbarten Zinssatz ausdrücken. Gläubigerschutz wird hier nicht durch zwingendes Gesellschaftsrecht sondern durch Vertrag verwirklicht, zumindest für die Gruppe der verhandlungsstarken Vertragsgläubiger (Banken). Freilich birgt auch die Stellung als rechtsgeschäftlicher Gläubiger Schwächen.⁸⁸ Zinsen können nicht unbegrenzt zur Kompensation eines höheren Risikos eingesetzt werden, die Vereinbarung einer angemessenen Zinshöhe ist oft nicht möglich, da sich in einzelnen Branchen standardisierte Kreditbedingungen herausgebildet haben, und außerdem sind selbst Banken oft nicht in der Lage, das Ausfallrisiko bei einem Kredit richtig abzuschätzen.⁸⁹ Andererseits dürfte es noch schwieriger sein, diese Risikoabschätzung auf gesetzlicher Ebene oder auf der Ebene der Rechtsprechung vorzunehmen.

Wie steht es mit den übrigen Gläubigergruppen, den Kleingläubigern, für die sich der Aufwand von Vertragsverhandlungen nicht lohnt, dem Fiskus, den Arbeitnehmern einer Gesellschaft und den deliktischen Gläubigern? Zum einen kann man sagen, dass auch diese Gläubiger davon profitieren, dass rechtsgeschäftliche Großgläubiger die Gesellschaft überwachen und deren Ausschüttungen an die Gesellschafter beschränken⁹⁰, zum anderen wäre hier ein wirksamer Schutz durch Pflichtversicherungen denkbar, um den Arbeitnehmern in der Insolvenz ihr Entgelt zu sichern oder um die Opfer fehlerhafter Produkte der Gesellschaft zu entschädigen. Dadurch wird das Ausfallrisiko auf einen unabhängigen Versicherer abgewälzt.⁹¹

Es scheint also Alternativen zu einem Schutz der Gläubiger durch Mindestkapitalvorschriften zu geben. Daher sollen kurz die Argumente dargestellt werden, die zur Verteidigung eines festen Nennkapitals vorgebracht wurden.

⁸⁷ *Enriques/ Macey*, Cornell Law Review 2001, 1165 (1168 ff.)

⁸⁸ Darauf weist *Bauer* hin. (*Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer, 104 ff. mit weiteren Nachweisen)

⁸⁹ *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer, 105

⁹⁰ *Enriques/ Macey*, Cornell Law Review 2001, 1165 (1172)

⁹¹ *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer, 106 ff.

Schließlich ist das Konzept des festen Nennkapitals in den nationalen Rechtsordnungen in Europa fest verankert und wurde in der Zweiten Richtlinie⁹² auch gemeinschaftsweit für Aktiengesellschaften festgeschrieben.⁹³

Das deutsche und österreichische System des festen Nennkapitals sieht vor, dass für eine Kapitalgesellschaft bei ihrer Gründung ein bestimmtes Grund- oder Stammkapital festgesetzt werden muss, das einen gesetzlichen Mindestbetrag nicht unterschreiten darf.⁹⁴ Die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln der jeweiligen Aktien- und GmbH-Gesetze sollen sicherstellen, dass dieser Betrag, der ja zunächst nur eine Bilanzziffer ist, auch tatsächlich in das Gesellschaftsvermögen einbezahlt wird und nicht wieder an die Gesellschafter ausgeschüttet wird. Zu den Kapitalaufbringungsregeln gehören Regelungen über die Leistung der Einlagen durch die Gesellschafter (Wieviel von der übernommenen Stammeinlage ist tatsächlich schon bei der Gründung einzuzahlen? Muss die Einzahlung in bar erfolgen oder sind Sacheinlagen zulässig? Sind bereits erbrachte/ zukünftig zu erbringende Dienstleistungen einlagefähig? Wie sind Sacheinlagen zu bewerten?), zu den Kapitalerhaltungsregeln gehören die Regelungen über Leistungen der Gesellschaft an die Gesellschafter (Voraussetzungen für die Auszahlung von Dividenden, Regeln im Bereich des Erwerbs eigener Aktien und Geschäftsanteile). Diese Regelungen knüpfen an das Nennkapital an. Es wird dabei von der Vorstellung ausgegangen, dass die formelle Nennkapitalziffer eine entsprechende Vermögensbindung sicherstellt und so für eine ausreichende Ausstattung der Gesellschaft mit Eigenkapital sorgt. Die unzureichende Eigenkapitalausstattung wird nämlich als die häufigste Konkursursache angesehen.⁹⁵ *Bauer* weist darauf hin, dass der Zusammenhang zwischen Eigenkapitalhöhe und Insolvenzrisiko nicht so eindeutig zu sehen ist und zitiert Literatur, wonach die häufigste Primärursache für Insolvenzen die mangelnde

⁹² Zweite Richtlinie 77/91/EWG 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

⁹³ Dies wird insbesondere von *Enriques/ Macey* kritisiert: "Our view is that the European Union should repeal the Second Directive and replace it with flexible, contractarian rules modeled after modern statutes like the Model Business Corporation Act. In the meantime, member States should dismantle all legal capital protections that the Second Directive does not require." (Cornell Law Review 2001, 1165 (1203 ff.))

⁹⁴ Für die österreichische GmbH beträgt das Mindeststammkapital 35.000 Euro, wobei bei Gesellschaftsgründung mindestens die Hälfte einbezahlt werden muss. (§ 6 und § 6a GmbHG)

⁹⁵ *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer, 112 mit weiteren Literaturnachweisen

Qualität des Managements sei, die erst im weiteren Verlauf der Krise ein Missverhältnis von Eigen- und Fremdkapital verursache.⁹⁶ Dennoch ist eine angemessene Eigenkapitalausstattung sinnvoll, da mit diesem keine Rückzahlungsverpflichtung verbunden ist und so Verluste aufgefangen werden können.⁹⁷ Da es nicht machbar erscheint, generell eine angemessene Eigenkapitalquote für Kapitalgesellschaften festzusetzen⁹⁸, habe man sich zB im deutschen Recht dazu entschlossen, ein pauschales Mindestnennkapital ohne Beziehung zum Geschäftsumfang einzuführen.⁹⁹

Dieses Nennkapital sollte idealerweise dafür sorgen, dass ein Verlustpolster oder Haftungsfonds den Gläubigern zur Verfügung steht, der garantiert, dass eine Haftungsmasse zumindest in Höhe der gesetzlichen Mindestnennkapitalziffer stets zu ihrer Befriedigung vorhanden ist.¹⁰⁰ Weiters diene das Mindestnenn-

⁹⁶ *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer, 113 ff. mit Literaturnachweisen (diese von mir nicht nachgeprüft): “Teilweise wird vertreten, dass sich mit steigender Eigenkapitalquote das leistungswirtschaftliche Risiko ebenfalls erhöht, da Eigenkapital regelmäßig zur Finanzierung besonders risikoreicher, innovativer Investitionen benötigt werde. Andere Stimmen sind dagegen der Auffassung, dass Unternehmer bei höherer Eigenkapitalquote und damit höherem persönlichem Vermögenseinsatz risikoscheu werden und nicht mehr die Maximierung des Kapitalwertes des Unternehmens anstreben, sondern zur Vermeidung von Insolvenzrisiken weniger ertragreiche dafür aber sicherere Projekte durchführen.”

⁹⁷ *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer, 115

⁹⁸ *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer, 119 ff. mit Ausführungen zu betriebswirtschaftlichen Ansätzen in diese Richtung; ebenso *Lutter*, AG 1998, 375; vgl. auch *Karsten Schmidt* (Gesellschaftsrecht³, 247) zum Problem der Unterkapitalisierung: “Da das Gesetz für die Gründung von Kapitalgesellschaften nur ein abstrakt bemessenes Garantiekapital vorschreibt [...], gewährleistet es keine dem konkreten Unternehmenszweck entsprechende Eigenkapitalausstattung. Dies kann es nicht tun, weil die Betriebswirtschaftslehre keine verallgemeinerungsfähigen, in zwingendes Recht umsetzbaren Größenangaben zu liefern vermag.”

⁹⁹ *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer, 129

¹⁰⁰ So finden sich in der Literatur Aussagen wie: “Das **Stammkapital** [der GmbH] ist eine **Rechengröße**, die in erster Linie der Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens dient, und zwar als Ersatz für die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden.” (*Rowedder-Rittner*, GmbHG § 5 RdNr. 2; Fettdruck im Original); “Zum Schutze der Gläubiger fungiert das Grundkapital erst in zweiter Linie: Ihre Interessen sind an die zweckbezogene Finanzierungsentscheidung der Gründer und der übrigen Aktionäre angekoppelt, werden *mitgeschützt*. [...] Schicken sich die Gründer an, den Haftungsfonds zu Lasten der Gläubiger zu minimieren, so laufen sie Gefahr, den Betriebsmittelfonds derart zu schmälern, dass die Kapitalanleger vor der Aktienübernahme zurückschrecken.” (*Hommelhoff*, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle – rechtsdogmatischer Überblick zur Aktienrechtsreform 1884, in *Hommelhoff/Schubert*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR Sonderheft 4 (1985), 83 ff.; Hervorhebung im Original); “Die Haftungsbeschränkung bei

kapital als Seriositätsschwelle, weil sich “das Privileg “Freistellung von Haftung” mit einem Minimum an seriöser Eigenleistung verdient werden sollte.”¹⁰¹

Dagegen wurde folgendes eingewandt: Das Nennkapital ist lediglich eine bilanzielle Rechengröße auf der Passivseite der Bilanz, der keine bestimmten Vermögensteile auf der Aktivseite der Bilanz zugewiesen sind. Als Haftungsmasse steht den Gläubigern das gesamte Gesellschaftsvermögen zur Verfügung. Dieses wird auf der Aktivseite der Bilanz gemäß den Bilanzierungsregeln bewertet, so dass der Wert der Haftungsmasse in Wahrheit von den angewendeten Bilanzierungsregeln abhängt und dementsprechend variieren kann. Die Nennkapitalziffer garantiert nicht, dass tatsächlich ständig Vermögen in diesem Umfang zur Befriedigung der Gläubiger vorhanden ist, soll doch auf der anderen Seite das bei Gesellschaftsgründung in die Gesellschaft eingebrachte Vermögen als Betriebskapital zur Verfügung stehen.¹⁰² Es darf demnach sofort nach der Einzahlung im laufenden Geschäftsbetrieb verbraucht werden. Darin wird ein Zielkonflikt erblickt zwischen der Rolle des Nennkapitals als Haftungsfonds und der Rolle des Nennkapitals als Betriebskapital.¹⁰³

Hier darf jedoch nicht übersehen werden,¹⁰⁴ dass der Verbrauch eines tatsächlich eingezahlten Startkapitals im laufenden Geschäftsbetrieb nicht unbedingt zu Vermögensverlusten führen muss. Bei der Anschaffung von Anlagevermögen etwa findet nur ein Austausch von Aktiva in der Bilanz statt, der möglicherweise nicht zu einem Substanzverlust führt. (Auch die Investition in eine erfolgreiche Werbekampagne muss keinen Verlust an Vermögenssubstrat bedeuten, auch

den Gesellschaftern verlangt einen Ausgleich durch die Bildung eines Haftungsfonds bei der Gesellschaft und dessen Sicherung gegen Abflüsse an die Gesellschafter.” (*Priester*, Kapitalaufbringung, in *Lutter/ Ulmer, P./ Zöllner*, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992)).

¹⁰¹ So *Lutter*, AG 1998, 375 (Hervorhebung im Original).

¹⁰² So findet sich für die österreichische GmbH in § 10 Absatz 3 GmbHG die Bestimmung: “[Gegenüber dem Firmenbuchgericht] ist die Erklärung abzugeben, daß die bar zu leistenden Stammeinlagen in dem aus der Liste ersichtlichen Betrag bar eingezahlt sind und daß die eingezahlten Beträge sowie die Vermögensgegenstände, die nach dem Gesellschaftsvertrag nicht bar auf die Stammeinlagen zu leisten sind, sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden. Es ist nachzuweisen, daß die Geschäftsführer in der Verfügung über den eingezahlten Betrag nicht, namentlich nicht durch Gegenforderungen, beschränkt sind. Der Nachweis der Einzahlung der in bar zu leistenden Einlagen ist jedenfalls durch Vorlage einer schriftlichen Bestätigung eines Kreditinstituts zu führen [...]”

¹⁰³ *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH?, 152

¹⁰⁴ Die Ausführungen im folgenden Absatz sind von der Diskussion mit *Philipp Trefil* inspiriert, der mich darauf aufmerksam gemacht hat, dass bei einer präziseren Definition der Begriffe “Garantiekapital”, “Haftungsfonds” und “Betriebskapital” durchaus kein Zielkonflikt bestehen muss. Für sämtliche Unzulänglichkeiten und Fehler in meiner Darstellung bin ich allein verantwortlich.

wenn sich der Wert des Werbeeffects in der Bilanz zunächst nicht widerspiegelt.) Außerdem ist die Rolle als Haftungsfonds wohl auch nicht so zu verstehen, dass eine gewisse Summe stets zur Gläubigerbefriedigung bereitgehalten werden muss und Ausgaben, die diese Summe aufzehren würden, verhindert werden sollen. (Eine solche Funktion wird durch die geltenden deutschen und österreichischen GmbH- und AG-Gesetze in der Tat nicht verwirklicht.) Vielmehr besteht diese Garantiefunktion grob gesagt darin, dass sobald das Gesellschaftsvermögen unterhalb der Schwelle der Nennkapitalziffer zu bewerten wäre, ab da keine solchen Ausgaben getätigt werden dürfen, die jedenfalls zu einem Substanzverlust führen, und zwar sind das Ausgaben an die Gesellschafter. Die Garantiefunktion ist mit anderen Worten nur die Aufstellung einer Ausschüttungssperre an die Gesellschafter. Zumindest ist dieses Verständnis von der Sicherung eines Haftungsfonds nicht mit der Rolle des beigebrachten Eigenkapitals als Betriebskapital in Konflikt. Es wird eben unterschieden, ob das Geld an die Gesellschafter fließt oder im Rahmen eines äquivalenten Leistungsaustausches mit Dritten ausgegeben wird.¹⁰⁵

Das Verständnis von der beschränkten Haftung als ein von der Rechtsordnung verliehenes Privileg hat wirtschaftsgeschichtliche Gründe, weil sich in den Anfängen des Kapitalismus in Deutschland das Bild des "ehrbaren Kaufmanns" geformt hat, der nicht hinter der anonymen Fassade einer "beschränkten Haf-

¹⁰⁵ *Karsten Schmidt* (Gesellschaftsrecht³, 783) hat das bei der deutschen Aktiengesellschaft so formuliert: "Der Gesetzgeber kann zwar das Grundkapital schützen, indem er Auszahlungen an die Aktionäre verbietet [...], nicht aber kann er der Gesellschaft verbieten, Verluste zu machen."

Trotz der missverständlichen, weil zu weit gegriffenen Wortwahl ("Garantiekapital", "Haftungsfonds", "dauernd zu erhaltender Vermögensstock der Gesellschaft") scheint den meisten Autoren die engere Bedeutung der Funktion als "Haftungsfonds" durchaus bewusst zu sein, vgl. zB bei *Fleck*, Der Grundsatz der Kapitalerhaltung, in *Lutter/ Ulmer, P./ Zöllner*, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), 391 ff.: "[Die Regelung des GmbHG über das Auszahlungsverbot an Gesellschafter und über die Aufbringung des Stammkapitals] schützt im Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger den Teil ihres Reinvermögens, der rechnerisch dem satzungsmäßigen Stammkapitalbetrag entspricht, als den "dauernd zu erhaltenden Vermögensstock der Gesellschaft" gegen Zugriffe der Gesellschafter und bildet so ein "Stauwehr" gegen willkürliche Abflüsse zu Lasten dieses gesetzlich gebundenen Mindestkapitals. Darauf, dass dieser Grundstock zumindest nicht durch die Gesellschafter angetastet wird, sollen sich die Gläubiger verlassen dürfen. (Hervorhebungen im Original) *Fleck* führt weiter aus, dass lediglich Entnahmen an die Gesellschafter begrenzt werden sollen, aber keine Vermögenseinbußen durch schlechte Geschäftsleitung verhindert werden sollen und der Gläubigerschutz durch den Zwang, das Stammkapital ausschließlich für Gesellschaftszwecke zu verwenden, verwirklicht werden soll.

tion” verschwindet.¹⁰⁶ Sobald man eine Kapitalgesellschaft als eigene juristische Person akzeptiert, scheint das Konzept der beschränkten Haftung nichts Besonderes mehr zu sein: Schließlich haftet die Gesellschaft als Schuldner unbeschränkt, und die Gesellschafter haften nicht, weil sie nicht Schuldner sind.¹⁰⁷

Das System des festen Nennkapitals wird durch diese Überlegungen in Frage gestellt. Dieser Kritik wird man sich stellen müssen, nicht zuletzt deshalb weil das Konzept des festen Nennkapitals nach *Centros* nicht mehr zwingend ist für Unternehmer, die durch eine Gesellschaftsform “mit beschränkter Haftung” in der Europäischen Union tätig sein wollen. Eine Analyse der dahinterstehenden politischen Wertungen und Entscheidungen ist daher notwendig und von praktischer Bedeutung.

1.7. Reaktion der Rechtsprechung in Österreich: Die Anerkennung von nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften in Abkehr von der Sitztheorie (§ 10 iVm § 12 IPRG)

Schon oben¹⁰⁸ bei der Behandlung des Problems, dass die *Centros Ltd* keine Geschäftstätigkeit in ihrem Gründungsstaat ausübte, habe ich erwähnt, dass dieses Erfordernis eine besondere Rolle für diejenigen Mitgliedstaaten spielt, die die gültige Gesellschaftsgründung und damit die Rechtsfähigkeit von Gesellschaften nach der Sitztheorie beurteilen. Dieser Theorie folgen im Ergebnis viele kontinentaleuropäische Staaten wie etwa Deutschland, Österreich und Italien. Während in den Details Unterschiede bestehen, kann das Prinzip der Sitztheorie folgendermaßen erklärt werden: Gesellschaften sind juristische Konstruktionen. Bei der Beurteilung, ob eine Gesellschaft wirksam gegründet wurde und ob sie eine eigene Rechtspersönlichkeit hat, ist daher zunächst zu klären, nach welchem materiellen Recht diese Beurteilung erfolgen soll. Der Verweis auf das jeweils relevante materielle Gesellschaftsrecht findet sich im sogenannten Personalstatut. Das Personalstatut ist eine Norm des internationalen Privatrechts, die auf eine bestimmte Rechtsordnung verweist. Bei der Sitztheorie knüpft das Personalstatut für Gesellschaften an den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptver-

¹⁰⁶ *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer, 96 ff.; *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH?, 180 spricht von einem moralischen Konflikt: “Kapitalgesellschaften mit Haftungsprivileg, die riskantes Wirtschaften erleichtern, wurden zugelassen, doch die negative Kehrseite der Entwicklung wurde dadurch geleugnet, dass man vorgab, sie werde durch “Gläubigerschutzmechanismen” aufgefangen.” (Hervorhebung im Original)

¹⁰⁷ *Manning/Hanks*, Legal Capital, 10

¹⁰⁸ vgl. Kapitel 1.2

waltung an. Die Gründung und Existenz einer Gesellschaft werden nach den am tatsächlichen Hauptverwaltungssitz geltenden gesellschaftsrechtlichen Regeln beurteilt. Der tatsächliche Hauptverwaltungssitz ist nach deutscher hM “der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden”.¹⁰⁹ Die Sitztheorie ist in Deutschland nicht gesetzlich verankert, bildete sich aber in Literatur und Judikatur als die herrschende Theorie heraus.¹¹⁰ Das Personalstatut im deutschen Recht verweist sowohl für die Frage der gültigen Begründung und Existenz der Gesellschaft als auch für Fragen ihrer inneren Organisation auf das Recht am effektiven Hauptverwaltungssitz. Damit erübrigt sich ein gesondertes Rechtsinstitut der Anerkennung ausländischer¹¹¹ Gesellschaften.¹¹² In der Praxis sieht das so aus: Hat eine Gesellschaft ihren tatsächlichen Hauptverwaltungssitz in Deutschland, so wird ein mit dem Sachverhalt befasstes deutsches Gericht in Befolgung des deutschen Personalstatuts zu dem Ergebnis kommen, dass auf eine solche Gesellschaft deutsches materielles Gesellschaftsrecht anzuwenden ist. Für das deutsche Gericht ist dabei irrelevant, nach welchem Recht die betroffene Gesellschaft errichtet wurde, dh in welchem Staat sie gegründet wurde. Die Gesellschaftsgründung muss den Voraussetzungen des deutschen Gesellschaftsrechts genügen. Falls die Gesellschaft die Voraussetzungen zur Errichtung einer juristischen Person nach deutschem Recht nicht erfüllt, wird ihr als Konsequenz die Anerkennung als juristische Person versagt. Das deutsche Recht behandelt sie dann eventuell als ein teilrechtsfähiges Gebilde oder als eine

109 MünchKommBGB - *Kindler* IntGesR RdNr.316 mit weiteren Nachweisen (Hervorhebung im Original)

110 MünchKommBGB - *Kindler* Int GesR RdNr. 264 mit weiteren Nachweisen aus Judikatur und Literatur

111 Im Sinne von: nach ausländischen Rechtsvorschriften gegründet.

112 MünchKommBGB - *Kindler* IntGesR RdNr. 227 ff.: Diese Ansicht wird von *Kindler* als herrschend zitiert. Die gegenteilige Ansicht hält an der Notwendigkeit einer gesonderten Anerkennung ausländischer juristischer Personen fest. Danach seien die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft und ihre Innenbeziehungen getrennt zu betrachten und unter Umständen auch nach verschiedenen Rechtsordnungen zu beurteilen. In die Terminologie des internationalen Privatrechts gekleidet bedeutet das, dass für die Frage des Erwerbs der Rechtsfähigkeit ein sogenanntes “Rechtsfähigkeitsstatut” auf das anwendbare Recht verweist, während für sonstige Fragen zur Innenorganisation der Gesellschaft ein anderes Statut auf das anwendbare Recht verweist. Das “Rechtsfähigkeitsstatut” könnte etwa auf die Regelungen des Herkunftsstaates über das ordnungsgemäße Zustandekommen von Gesellschaften verweisen. Eine Gründung nach ausländischem Recht würde damit im Inland ohne weiteres anerkannt und die ausländische Gesellschaft würde als juristische Person behandelt. Auf das Innenverhältnis der Gesellschaft wären aber die Sachnormen des Betätigungs- oder Wirkungsstaates anzuwenden.

Gesellschaft bürgerlichen Rechts.¹¹³ Entscheidend ist, dass die von den Gründern angestrebte Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen nicht erreicht wird. Nicht anders verhält es sich, wenn man die im Ausland erworbene Rechtsfähigkeit für das Inland akzeptiert, im übrigen aber auf die Gesellschaft inländisches Sachrecht anwendet: Das inländische Sachrecht verlangt möglicherweise die Festlegung eines Nennkapitals in einer bestimmten Höhe und die Einzahlung eines gewissen Betrages durch die Gründer an die Gesellschaft. Erfüllt die ausländische Gesellschaft diese Vorgaben nicht, so können daran Sanktionen anknüpfen, die die Gesellschaft zur sofortigen Liquidation verpflichten. Auch in diesem Fall ist das Ergebnis, dass die ausländische Gesellschaft im Inland als werbende Gesellschaft nicht tätig werden darf.

In Österreich knüpft § 10 IPRG¹¹⁴ das Personalstatut einer juristischen Person daran an, in welchem Staat diese juristische Person den Sitz ihrer Hauptverwaltung hat. Das ist auch nach österreichischer Dogmatik der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen zur Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.¹¹⁵ Dieser Ort muss nicht mit dem Satzungssitz übereinstimmen und muss auch nicht im Gründungsstaat liegen. Damit eine Gesellschaft (oder eigentlich ihre Gesellschafter!) vor einem österreichischen Gericht in den Genuss der Haftungsbeschränkung kommt, muss sie als eine der österreichischen Rechtsordnung unterliegende Kapitalgesellschaft gegründet sein, wenn ihre Geschäfte von Österreich aus geleitet werden sollen.¹¹⁶ Der österreichische OGH hatte im Jahr 1997 entschieden, dass eine im Ausland gegründete Gesellschaft mit Hauptverwaltungssitz in Österreich in

113 Es wäre daher in der Tat zu kurz gegriffen, wenn man sagte, dass die nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft jedenfalls "ein rechtliches Nichts" sei. Die genauen Konsequenzen einer fehlerhaften Gründung ergeben sich logischerweise aus dem anzuwendenden materiellen deutschen Recht, das den Gesellschaftsvertrag vielleicht nicht ignoriert, sondern diesem verschiedene Rechtswirkungen beimisst (zB Interpretation als Entstehung einer OHG oder GesbR). Das birgt ein großes Potential an Rechtsunsicherheit. In unserem Zusammenhang ist eine ganz bestimmte Rechtsfolge erwünscht, nämlich die Erlangung selbständiger Rechtsfähigkeit durch die Gesellschaft, also die Entstehung als juristische Person, deren Vermögen von dem der Gründer getrennt ist und allein haftet.

114 Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), BGBl. Nr. 304/1978 idF BGBl. I Nr. 135/2000

115 *Schwimmann*, Internationales Privatrecht² 51; *Koppensteiner*, GmbHG² AllgEinl Rz 17; *Jabornegg* in *Schiemer/ Jabornegg/ Strasser*, AktG³ § 5 Rz 10

116 *Bachner/ Winner*, GesRZ 2000, 73 (75)

einem Verfahren vor einem österreichischen Gericht nicht parteifähig sei, also in Österreich rechtlich nicht existiere.¹¹⁷

Nur wenige Monate nach *Centros* hatte der OGH Gelegenheit, zwei ganz ähnlich gelagerte Sachverhalte zu entscheiden.¹¹⁸ In beiden Fällen ging es um eine englische private limited company, die im Fall 6 Ob 124/99z von drei in Graz ansässigen Personen nach dem Recht des Vereinigten Königreichs Großbritannien gegründet worden war und ihren Satzungssitz und ihre Geschäftsanschrift in Großbritannien hatte. Der Geschäftsführer war in Graz ansässig, das Gesellschaftskapital betrug 100 englische Pfund. Die Gesellschaft beehrte die Eintragung einer Zweigniederlassung in Graz mit dem Tätigkeitsbereich Unternehmensberatung. Das Firmenbuchgericht in Graz wies den Antrag ab: Jener Ort, den eine Briefkastenfirma als ihren Sitz¹¹⁹ angebe, sei unerheblich. Da die Antragstellerin eine Geschäftstätigkeit am Ort ihrer angeblichen Hauptniederlassung nicht nachgewiesen habe, sei davon auszugehen, dass eine Geschäftstätigkeit tatsächlich nur in Österreich entfaltet werden solle. Nach dem Personalstatut der Gesellschaft seien damit die österreichischen Gründungsvorschriften anzuwenden. Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung. Der Beschluss des Rekursgerichts datiert vom 24. März 1999, das erst drei Wochen alte Urteil des EuGH in *Centros* war dem Rekursgericht - wie auch aus seinen Ausführungen ersichtlich - schon bekannt. Das Rekursgericht argumentierte aber anders. Die Argumentation soll deswegen kurz dargestellt werden, weil diese Ansicht auch in der Kommentarliteratur aufgegriffen wurde.¹²⁰ Nach Ansicht des Rekursgerichts sei im Falle der Anmeldung einer inländischen Zweigniederlassung das rechtliche Bestehen der ausländischen Kapitalgesellschaft nachzuweisen. Hingegen bedürfe es keines Nachweises der tatsächlichen Geschäftstätigkeit am Sitz der Hauptverwaltung. Der Nachweis des Bestehens des Rechtsträgers sei - soweit vorhanden - durch einen Auszug aus dem Register zu erbringen, bei dem der Rechtsträger geführt wird. Im Gegensatz zum englischen Recht folge Österreich aber der Sitztheorie, daher sei für die Frage der Rechtsfähigkeit der Ort der Tätigkeit der Gesellschaft und der dazu berufenen Vertretungsorgane massgebend. Folge der Sitztheorie sei es, dass juristische Personen, die in Gründungstheoriestaaten registriert sind, dort aber nur ihren

117 OGH 28. 8. 1997, 3 Ob 93/97s und 3 Ob 2029/96w, im Volltext abrufbar unter www.ris.bka.gv.at/jus/

118 Beschlüsse des OGH vom 15. 7. 1999, 6 Ob 123/99b und 6 Ob 124/99z. Beide Beschlüsse sind im Volltext abrufbar unter www.ris.bka.gv.at/jus/ und betrafen praktisch idente Sachverhalte und enthalten auch größtenteils wortgleiche Begründungen.

119 Gemeint ist der Satzungssitz.

120 Etwa bei *Ebke*, JZ 1999, 656 (658); *Roth, W.-H.*, CML Rev. 2000, 147 (153 ff.)

statutarischen Sitz haben, zwar im Gründungsstaat, nicht aber in dem Staat, in dem sich ihr Hauptsitz befindet, Träger von Rechten und Pflichten sein können. Die Sitztheorie werde auch durch die EG-rechtliche Niederlassungsfreiheit nicht verdrängt.

Kurz gefasst sagt das Rekursgericht, dass die ausländische Gesellschaft zunächst einmal existieren muss, um die Niederlassungsfreiheit in Anspruch nehmen zu können. Über die Existenz der ausländischen Gesellschaft urteilt aber das österreichische Recht nach seinen eigenen innerstaatlichen Regelungen. Die Folge ist dann, dass die ausländische Gesellschaft in einigen Mitgliedstaaten als existent betrachtet wird und konsequenterweise auch Zweigniederlassungen eintragen darf, während sie in anderen Staaten schlicht nicht existiert und daher auch keine Rechtsakte setzen kann. Es wäre damit im Belieben eines jeden Mitgliedstaates, durch die entsprechende Ausgestaltung seines internationalen Privatrechts gewisse ausländische Gesellschaften als niederlassungsberechtigt anzuerkennen und andere nicht.

Der OGH interpretierte die Bedeutung von *Centros* für die österreichische Sitztheorie jedoch anders: “Die in § 10 IPRG vertretene Sitztheorie steht mit der durch Artikel 48 Abs 1 EG (früher 58 Abs 1) iVm § 43 EG (früher § 52) eingeräumten sekundären Niederlassungsfreiheit in Widerspruch. ... [Nach der Sitztheorie] wäre es Gesellschaften, die nach dem Recht des Gründungsstaates zwar rechtmäßig errichtet wurden, im Gründungsstaat aber keine geschäftliche Tätigkeit ausüben (damit dort über keine Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung verfügen), mangels Rechtspersönlichkeit nicht möglich, Zweigniederlassungen in einem anderen Mitgliedstaat, der die Sitztheorie vertritt, zu errichten. ... Aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts folgt aber in Fällen der Gründung von Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften die eingeschränkte Anwendung der in § 10 IPRG verankerten Sitztheorie. ... Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der in einem Mitgliedstaat rechtswirksam errichteten ausländischen juristischen Person ist im Zusammenhang mit der Errichtung einer Zweigniederlassung in Österreich nach jenem Recht zu beurteilen, nach dem die juristische Person gegründet wurde, sofern sich ihr satzungsgemäßer Sitz oder die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat befinden. Der Umstand, dass sich Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung nicht im Gründungsstaat (wohl aber in einem anderen Mitgliedstaat) befinden, steht in diesem Fall einer Anerkennung der Rechtspersönlichkeit der ausländischen Gesellschaft nicht entgegen.”

Ebenso entschied der OGH in einem dritten Fall etwa vier Monate später¹²¹: Hier beehrte eine englische private limited company die Eintragung einer Zweigniederlassung ins Firmenbuch beim Landes- als Handelsgericht Graz. Als Tätigkeitsbereich wurde der Betrieb eines Bordells angegeben. Die Gesellschaftsanteile wurden zu 60% von einer ungarischen Staatsbürgerin mit Wohnsitz in Ungarn und in Graz, die auch Alleingeschäftsführerin war, und zu 40% von einem in Österreich ansässigen Gesellschafter (österreichischer Staatsbürgerschaft?) gehalten. Das Erstgericht hatte (unter anderem) Bedenken, dass die Kapitalgesellschaft allein zu dem Zweck gegründet worden sei, um Verstöße gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz zu ermöglichen. Es sollte nach Ansicht des Erstgerichts versucht werden, die Mehrheitsgesellschafterin ohne Aufenthaltsbewilligung in einem Bordellbetrieb arbeiten zu lassen. Der OGH folgte diesem Vorbringen jedoch nicht und führte aus: “Im vorliegenden Fall aber ist [...] Alleingeschäftsführerin und hält 60% der Anteile. Damit kommt ihr schon von Gesetzes wegen ein maßgebender Einfluss auf die Beschlüsse der Gesellschaft zu, worin ein wesentliches Abgrenzungskriterium zur unselbstständigen, [nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz] bewilligungspflichtigen Tätigkeit erblickt wird”. Die Gesellschafterin fiel somit nicht unter die Definition “Beschäftigte” iSd Ausländerbeschäftigungsgesetzes sondern war als selbständig erwerbstätig anzusehen. (Die Frage nach der Aufenthaltsbewilligung war damit offenbar ebenfalls erledigt). Letztendlich wurde dem Eintragungsbegehren dennoch nicht entsprochen, weil nach dem Steiermärkischen Prostitutionsgesetz für den Betrieb eines Bordells eine Bordellbewilligung erforderlich war, die nur natürlichen Personen erteilt werden darf. Einer Gesellschaft mit dem Geschäftszweig “Bordellbetrieb” hätte also diese Bewilligung nicht erteilt werden können.

Die Entscheidungen des OGH wurden vor allem unter dem Gesichtspunkt kritisiert, dass der OGH die Gelegenheit nicht wahrgenommen hatte, dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit vorzulegen. Zum dänischen Fall bestehe nämlich insofern ein Unterschied, als Dänemark nicht (wie vom OGH angenommen) der Sitztheorie, sondern der Gründungstheorie folge.¹²² Der EuGH sei von der gültigen Existenz der *Centros*

121 Beschluss des OGH vom 11. 11. 1999, 6 Ob 122/99f; im Volltext abrufbar unter www.ris.bka.gv.at/jus/

122 *Bachner*, GesRZ 1999, 252; *Korn*, wbl 2000, 56 (59); *Zehetner*, ecolex 1999, 771 (774) und ecolex 2001, 449; *Nemeth*, CML Rev. 2000, 1277 (1281); für die Unbeachtlichkeit dieses Einwands *Höfling*, EuZW 2000, 145 (146: “... Die Interpretation des Centros-Urteils durch den österreichischen OGH sieht es folglich als unerheblich an, ob der Zuzugsstaat der Sitz- oder der Gründungstheorie folgt. Die Einordnung Dänemarks als Vertreter der Sitztheorie dürfte daher für den österreichischen OGH nicht entscheidungserheblich gewesen sein.”)

Ltd ausgegangen, weil deren Rechtspersönlichkeit von den Parteien des Verfahrens nicht bestritten worden wäre.

Es wurde auch die Ansicht geäußert, dass *Centros* lediglich eine Bedeutung für die Eintragung von Zweigniederlassungen in solchen Mitgliedstaaten hätte, die der Gründungstheorie folgten.¹²³

Diese Kritik scheint es für möglich zu halten, dass die Verweigerung der Rechtspersönlichkeit einer ausländischen Kapitalgesellschaft unter Berufung auf die Sitztheorie der Prüfung anhand der Niederlassungsfreiheit entzogen ist. Sie postuliert einen Vorrang der innerstaatlichen IPR - Anknüpfung vor dem Gemeinschaftsrecht. Zur Begründung berufen sich die zitierten Autoren auf das Urteil des EuGH in *Daily Mail*, das ich weiter unten im Kapitel 2.4. besprechen werde. Ich werde dort versuchen aufzuzeigen, dass *Daily Mail* diese Kritik nicht stützt.

Aber auch sonst lässt sich der pauschale Vorrang des Internationalen Gesellschaftsrechts eines bestimmten Mitgliedstaates vor dem Gemeinschaftsrecht nicht überzeugend begründen.

Zum einen kann es aus der Sicht des Europarechts keinen Unterschied machen, welche innerstaatlichen Vorschriften in ihrem Zusammenspiel die Beschränkung konstruieren, ob diese Beschränkung im materiellen Gesellschaftsrecht, im materiellen Steuerrecht oder im materiellen Gesellschaftsrecht in Verbindung mit einer Verweisungsnorm des innerstaatlichen IPR dogmatisch angesiedelt ist.¹²⁴ Es wäre für die Mitgliedstaaten recht einfach, durch die dogmatische

123 So zB *Roth, W.-H.*, ZGR 2000, 311 (327): Bei der Interpretation des Urteilstenors in *Centros* "drängt sich die Folgerung auf, dass kollisionsrechtliche Probleme nicht entschieden werden sollten. Vielmehr ist der Tenor als Antwort für ein Gericht zu lesen, dessen Kollisionsrecht der Inkorporationstheorie folgt. Dann aber ist im "Centros"-Urteil der oben zitierte Tenor für nichtdänische Gerichte wie folgt zu lesen: "Ein Mitgliedstaat, der der Inkorporationstheorie folgt, ...". (Hervorhebung im Original); im Ergebnis ebenso *Ebke*, JZ 1999, 656 (660, 661).

124 Siehe dazu insbesondere *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH? 61 ff.. *Halbhuber* zitiert als Beispiel die Entscheidung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit in der Rs. 59/82, *Schutzverband/ Weinvertriebs-GmbH* ("Wermutwein"), EuGH Slg. 1983, 1217. Der Schutzverband hatte die Weinvertriebs-GmbH verklagt, um ihr den Vertrieb von italienischem Wermut in Deutschland zu verbieten, der weniger als 16 Vol.-% Alkohol enthielt. In Deutschland galt zwar kein Mindestalkoholgehalt für Wermutwein, doch musste nach dem deutschen Weingesetz der ausländische Wermutwein den Vorschriften des Herkunftslandes genügen.

(Im Ausland hergestellte weinhaltige Getränke durften nach dem deutschen Weingesetz nur ins Inland verbracht werden, wenn die gesamte Herstellung in demselben Staat nach den dort geltenden Vorschriften vorgenommen worden war und das Erzeugnis dort mit der Bestimmung, unverändert verzehrt zu werden, in den Verkehr gebracht werden durfte. Das

Zuordnung zu einem bestimmten Rechtsgebiet die beschränkenden Vorschriften “gemeinschaftsrechtsfest” zu gestalten. Der EuGH hat in *Centros* auch gar nicht untersucht, wie sich die von der dänischen Behörde geforderte Aufbringung eines Mindestkapitals aus dem dänischen Recht ergibt. Entscheidend war die Wirkung dieser Maßnahme (Behinderung der *Centros Ltd* durch die Verweigerung der Eintragung einer dänischen Zweigniederlassung) und die Rechtfertigungsgründe für diese Beschränkung. Genau betrachtet stellt sich aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht die Frage der Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit nicht. Diese Fragestellung an sich ist (bestenfalls) als verkürzender Sprachgebrauch zu qualifizieren.¹²⁵ Die nationalen Rechtsordnungen sind frei in der Ausgestaltung ihres materiellen Rechts und ihres Kollisionsrechts, sofern die Anwendung dieses Rechts nicht zu gemeinschaftsrechtswidrigen Ergebnissen führt. Wird ein gemeinschaftsrechtswidriges Resultat festgestellt, so ist die nationale Regelung aufzugeben oder entsprechend zu modifizieren, es werden aber nicht dogmatische Figuren des nationalen Rechts als solche einer gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle unterworfen.¹²⁶ Folglich kann eine bestimmte dogmatische Figur auch keinen Sonder-

italienische Recht verlangte für Wermutwein, der in Italien in den Verkehr gebracht werden sollte, einen Mindestalkoholgehalt von 16 Vol.-%).

Die Beschränkung für den importierten italienischen Wermutwein ergab sich somit nicht direkt aus dem deutschen Weingesetz, sondern über den darin enthaltenen Verweis auf das italienische Recht. Für den EuGH war das irrelevant: “Der Umstand, dass das fragliche Gesetz auf die für die Herstellung geltenden Vorschriften des Ausfuhrmitgliedstaats verweist, berührt [die Beurteilung als diskriminierend] nicht, da die Diskriminierung nur in Bezug auf die Rechtsvorschriften des Staates, in dem der Vertrieb erfolgt, also des Einfuhrmitgliedstaats, festgestellt werden kann.” *Halbhuber* zitiert ein weiteres Beispiel aus dem Bereich der Warenverkehrsfreiheit, wo die deutsche Regierung argumentiert hatte, dass die vom EuGH überprüfte, den freien Warenverkehr behindernde, deutsche Vorschrift allein schon wegen ihrer innerstaatlichen Zuordnung zum (gerichtlichen) Strafrecht als Maßnahme im Rahmen der öffentlichen Ordnung im Sinne von Artikel 36 EGV (jetzt Art 30 EG) gerechtfertigt sei. Der EuGH meinte dazu, dass eine Regelung nicht bereits deshalb unter den Begriff der öffentlichen Ordnung im Sinne von Artikel 36 EWG-Vertrag (jetzt Art 30 EG) falle, weil sie mit Strafsanktionen versehen sei (Rs. 16/83, *Prantl*, EuGH Slg. 1984, 1299).

Weitere Beispiele lassen sich finden: So war es in den Rs. C-336/96, *Gilly / Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin*, EuGH Slg. 1998, I-2793 und Rs. C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland / Finanzamt Aachen-Innenstadt*, EuGH Slg. 1999, I-6161 unerheblich, dass die überprüften Vorschriften ihre Rechtsgrundlage in einem zwischenstaatlichen Abkommen hatten (nämlich in einem Doppelbesteuerungsabkommen, dessen Abschluss nicht in der Gemeinschaftskompetenz liegt).

¹²⁵ So *Forsthoff*, EuR 2000, 167 (169, 170).

¹²⁶ So *Forsthoff*, EuR 2000, 167 (170).

status vor dem Gemeinschaftsrecht haben, wenn sich aus dem Gemeinschaftsrecht selbst nicht eine Ausnahme ergibt.

Zum anderen würde eine Geltung von *Centros* nur für Gründungstheoriestaaten gegen den Grundsatz der einheitlichen Tragweite des Gemeinschaftsrechts verstoßen.¹²⁷ Es wäre aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts unmöglich, eindeutig zu bestimmen, ob ein gegebener Verband als Gesellschaft im Sinne des Art 48 EG anzusehen ist. Der *Centros Ltd* wäre die Berufung auf das Gemeinschaftsrecht also je nachdem eröffnet, ob ein Niederlassungsvorgang in einem Staat in Rede steht, der der Sitz- oder der Gründungstheorie folgt.¹²⁸

Die Auslegung der Niederlassungsfreiheit in *Centros* ist für die Mitgliedstaaten unabhängig von der Ausgestaltung ihres jeweiligen Gesellschaftskollisionsrechts in gleicher Weise verbindlich. Ob das dänische Recht der Sitztheorie oder der Gründungstheorie zuzuordnen ist, ist daher irrelevant.¹²⁹ Für den OGH war diese Zuordnung auch nicht entscheidungswesentlich. Somit ist kein relevanter Unterschied zwischen den vom OGH beurteilten Sachverhalten und *Centros* erkennbar. Der OGH hat sowohl in der Sache als auch hinsichtlich des Absehens von einer Vorlage an den EuGH richtig entschieden.¹³⁰

127 Siehe dazu *Forsthoff*, EuR 2000, 167 (179).

128 So *Forsthoff*, EuR 2000, 167 (179), der daraus den Schluss zieht, dass Art 48 EG nur auf das Sachrecht des Gründungsstaats verweist, nicht aber auch auf das innerstaatliche Gesellschaftskollisionsrecht.

129 Die Einordnung Dänemarks im Sinne einer der beiden Theorien (die ja in der hier beschriebenen Ausprägung deutsche bzw. österreichische dogmatische Konstruktionen sind!) könnte an sich fraglich sein: siehe dazu *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH? 69 ff. Der dänische Autor *Søren Friis Hansen* führt dazu aus, dass eine Gesellschaft dann als dänisch gelte, wenn sie in Dänemark registriert ist. Dies sei die herrschende Meinung in Dänemark seit 1961, es gebe aber keine ausdrückliche Stellungnahme der Judikatur dazu. Die Eintragung dänischer Zweigniederlassungen britischer Gesellschaften wurde in einigen Fällen abgelehnt, wo es keine "tatsächliche Verknüpfung" zwischen diesen Gesellschaften und Großbritannien gab, weil die Gesellschaften nur in Dänemark tätig wurden. Die dänischen Behörden betrachteten die Benützung einer britischen Gesellschaft als Umgehung dänischen Gesellschaftsrechts. Das Kriterium der "tatsächlichen Verknüpfung" könne als eine Art Mischung zwischen Sitz- und Gründungstheorie betrachtet werden. (so *Friis Hansen*, EBOR 2001, 141 (145 und 147)). In die gleiche Richtung auch der dänische Professor *Erik Werlauff*: "The misunderstanding [of the Austrian Supreme Court] is, moreover, explicable by the fact that in this particular case, Denmark acted as if we use a main seat criterion, insofar as, based on a genuine link theory, Denmark demanded documentation for *Centros*'s genuine link to and activities in the UK." (*Werlauff*, European Business Law Review 2001, 2 (3)).

130 So auch *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH? 71; aA *Forsthoff*, EuR 2000, 167 (195 ff.), der in einem gleichgelagerten Fall eine Vorlagepflicht deutscher Gerichte bejaht, weil angesichts der Divergenzen bei der Interpretation von *Centros* die Rechtslage nicht als "offenkundig" bezeichnet werden könne.

1.8. Reaktion des Gesetzgebers in Dänemark: Steuerrecht als Antwort auf Centros?

Am 26. Mai 2000 beschloss das dänische Parlament als Reaktion auf *Centros* eine neue steuerrechtliche Regelung (L 212)¹³¹. Die neue Rechtslage stellt sich wie folgt dar:¹³² Gesellschaften, die in Dänemark tätig werden wollten, mussten auch bisher bei der dänischen Steuerbehörde registriert werden. Diese Registrierung mussten auch ausländische Gesellschaften zusätzlich zu der Registrierung ihrer dänischen Zweigniederlassung bei der Erhvervs- og Selskabsstyrelsen¹³³ durchführen, bevor sie ihre Geschäftstätigkeit in Dänemark aufnehmen konnten. L 212 betrifft Gesellschaften¹³⁴, die in Dänemark steuerpflichtig sind. Das sind in Dänemark nach dänischem Gesellschaftsrecht registrierte Gesellschaften sowie alle Gesellschaften, deren Hauptverwaltungssitz sich in Dänemark befindet. Eine in Großbritannien eingetragene Gesellschaft wie *Centros Ltd*, die nur von Dänemark aus verwaltet wird, unterliegt somit den dänischen Regelungen über die Besteuerung von Gesellschaften und damit auch dem neuen Gesetz L 212. L 212 sieht vor, dass eine Gesellschaft entweder eine Garantie in Höhe von 110.000 DKK zugunsten der dänischen Steuerbehörde in Form von Bargeld, Staatsanleihen oder als Bankgarantie beibringt, die im Insolvenzfall der Gesellschaft ausschließlich zur Befriedigung von Steuerforderungen dient, oder eine geprüfte Erklärung abgibt, dass die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Registrierung bei der dänischen Steuerbehörde über ein Nettovermögen von zumindest 125.000 DKK verfügt. Bei einer ausländischen Gesellschaft ist nachzuweisen, dass die dänische Zweigniederlassung über ein solches Nettovermögen verfügt. Eine nach der Registrierung erfolgte Verringerung des Nettovermögens hat keine Auswirkungen auf die Möglichkeit zur geschäftlichen Betätigung in Dänemark. (Anzumerken ist hier, dass bei einer Gesellschaftsgründung nach dänischem Recht das Mindestgesellschaftskapital mindestens 125.000 DKK betragen muss und zur Gänze

131 L 212 (Lov no. 461 vom 31. Mai 2000), zu finden unter www.retsinfo.dk. Alle dänischen Gesetzesvorschläge bekommen eine Nummer zugewiesen, bevor sie dem Parlament zur Abstimmung vorgelegt werden. Zufällig wurde der neuen dänischen Steuerregelung die Nummer L 212 zugewiesen. Diese Information entnehme ich einem Beitrag von *Friis Hansen*, EBOR 2001, 141 (143).

132 Die nachstehenden Ausführungen basieren auf dem Beitrag von *Friis Hansen*, EBOR 2001, 141.

133 In der deutschen Fassung des *Centros* Urteils wurde diese dänische Behörde als "Zentralverwaltung" bezeichnet und entspricht wohl dem österreichischen Firmenbuch.

134 Nur Gesellschaften, bei denen keine natürliche Person unbeschränkt haftet.

eingezahlt sein muss, damit die Gesellschaft bei der Zentralverwaltung eingetragen werden kann. Eine Gesellschaft dänischen Rechts wird der zweiten Alternative der L 212 daher in der Regel automatisch genügen.)

Der dänische Finanzminister rechtfertigte L 212 damit, dass der EuGH in *Centros* ausdrücklich gesagt hatte, dass die Mitgliedstaaten weniger einschneidende Maßnahmen zum Schutz öffentlicher Gläubiger ergreifen könnten, wie etwa die Erstellung von Garantien zu ihren Gunsten.¹³⁵

Die *Centros Ltd* wurde am 14. Februar 2000 bei der Zentralverwaltung eingetragen. Sie war aber zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von L 212 noch nicht bei der dänischen Steuerbehörde registriert. L 212 würde daher auf die *Centros Ltd* zur Anwendung kommen. Es ist daher zu erwarten, dass *Centros Ltd* sich gegenüber der dänischen Steuerbehörde auf die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der L 212 berufen wird. Folgt ein *Centros II* vor dem EuGH?

Soweit ersichtlich sehen dänische Kommentatoren in dem neuen Gesetz einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit.¹³⁶ L 212 zwingt im Ergebnis ausländische Gesellschaften dazu, ein dänischen Gesellschaften entsprechendes Mindestkapital zu haben, da sie ansonsten Garantien beibringen müssten, die aber in keinem Verhältnis zum Geschäftsumfang der Gesellschaft und damit zur zu erwartenden Steuerschuld stehen und überdies nur einem Gläubiger (nämlich dem Fiskus) zugute kommen. Dadurch würde ausländischen Gesellschaften eine Geschäftstätigkeit in Dänemark deutlich erschwert, die Regelung sei daher indirekt diskriminierend gegenüber zB britischen private limited companies.¹³⁷ Sie sei zur Erreichung ihres Schutzzieles, dh der Schutz des dänischen Staates vor uneinbringlichen Steuerforderungen, weder geeignet noch verhältnismäßig, weil

135 Punkt 37 des Urteils

136 Nach *Friis Hansen*, EBOR 2001, 141 (156) erübrigt sich sogar eine Vorlage an den EuGH: "It can therefore be concluded, without any doubt whatsoever, that the entire L 212 Act constitutes a flagrant violation of Article 43 EU. Therefore, when L 212 is challenged before a Danish court, that court should simply ignore its provisions... [and] reach this decision without awaiting its annulment by the Danish Parliament and without having to refer a question concerning L 212 to the ECJ ..." Dass die Nichtanwendung des neuen Gesetzes in einem dänischen Verfahren ohne vorherige Befassung des EuGH unwahrscheinlich sei, habe aber auch sein Gutes, denn "... a future *Centros II* case will surely help to establish some guidelines concerning the question of whether a national measure that hinders the establishment of foreign companies can be justified under the conditions set by the ECJ. This is important, since other European governments might be tempted to introduce measures aimed at preventing their citizens from doing business within the framework of a foreign company within the territory of their Member State."; *Werlauff*, European Business Law Review 2001, 2 (4)

137 *Friis Hansen*, EBOR 2001, 141 (153)

die Garantiehöhe pauschal festgesetzt ist und in keinem Bezug zu den tatsächlich zu erwartenden Steuerpflichten steht, und weil die geprüfte Bestätigung über das Vorhandensein eines (ebenfalls ohne Rücksicht auf die konkrete Situation der betreffenden Gesellschaft festgesetzten) Nettovermögens nur für den Zeitpunkt der Registrierung bei der Steuerbehörde zu erbringen ist - also vor der Aufnahme einer Geschäftstätigkeit - und nachträgliche Änderungen nicht berücksichtigt werden.¹³⁸ Über den Umweg des Steuerrechts sei das Kriterium des Hauptverwaltungssitzes in das dänische Recht eingeführt worden.¹³⁹

Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH mit der neuen dänischen Regelung befasst wird. Meines Erachtens dürfte es für das neue dänische Steuerrecht tatsächlich schwierig sein, die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor dem EuGH zu bestehen.

1.9. Reaktion der Rechtsprechung in Deutschland: Die Rechtssache C-208/00 *Überseering*

Im Gefolge der Centros - Entscheidung kam es zu weiteren thematisch relevanten Anfragen an den EuGH. Zu einer EuGH - Entscheidung in der Sache kam es letztendlich nur im Verfahren *Überseering*¹⁴⁰. Es sollen aber auch die übrigen mir bekannten Vorlagesachen kurz dargestellt werden, um die aufgetauchten Fragen und Probleme zu verdeutlichen.

Eine niederländische Anfrage¹⁴¹ betraf die Vereinbarkeit des niederländischen Gesetzes über pseudo-foreign companies mit den Art 43 und 48 EG. Dieses Gesetz (Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen)¹⁴² unterwirft Kapitalgesellschaften, die nach einem anderen als dem niederländischen Recht gegründet wurden und ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich oder fast ausschließlich in den Niederlanden ausüben und keine tatsächliche Verbindung mit ihrem Gründungsstaat aufweisen, gewissen Regelungen des niederländischen Gesellschaftsrechts, etwa in Bezug auf ein Mindestkapital. Der Fall betraf eine im Vereinigten Königreich gegründete Gesellschaft, die in den Niederlanden

138 So im Ergebnis *Friis Hansen*, EBOR 2001, 141 (152 ff.).

139 *Werlauff*, European Business Law Review 2001, 2 (4)

140 EuGH 5. November 2002, Rs. C-208/00, *Überseering BV / Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*. Das Urteil und der Schlussantrag des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer vom 4. Dezember 2001 sind im Internet unter www.curia.eu.int abrufbar.

141 Rs. C-410/99, *Challenger Trading*

142 Eine Diskussion des Entwurfs für dieses Gesetz findet sich bei *Rammeloo*, Recognition of Foreign Companies in 'Incorporation' Countries: A Dutch Perspective, in *Wouters/ Schneider*, Current Issues, 47 (60 ff.)

tätig war. Die Anfrage wurde jedoch am 2. August 2000 aus dem Eingangsregister des EuGH gestrichen, weil die Challenger Trading aufgelöst worden war.

In einer deutschen Anfrage des Amtsgerichts Heidelberg (Beschluss vom 3. März 2000) ging es um eine deutsche GmbH, die durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafterversammlung (Alleingesellschafterin war eine spanische Gesellschaft mit Sitz in Spanien) sowohl ihren Verwaltungssitz als auch ihren Satzungssitz nach Spanien verlegt hatte. Die deutsche GmbH sollte also unter Wahrung ihrer Identität ihre gesamten Aktivitäten in Spanien entfalten.¹⁴³ Das AG Heidelberg stand vor der Frage, ob es wie beantragt die Satzungsänderung im Handelsregister eintragen sollte oder ob es statt dessen von Amts wegen das Lösungsverfahren einleiten sollte. Die Vorlage an den EuGH sollte klären, ob die im deutschen Recht vorgesehene Liquidation der Gesellschaft als Folge der Verlegung ihres Verwaltungs- und Satzungssitzes nach Spanien als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu sehen sei.¹⁴⁴ Das AG Heidelberg hatte keine materiellen Gründe für eine Liquidation der Gesellschaft angegeben. Hier stellte sich also die Frage, ob die identitätswahrende Sitzverlegung (tatsächlicher Sitz und Satzungssitz) einer deutschen GmbH nach Spanien von der Niederlassungsfreiheit umfasst ist. *Behrens*¹⁴⁵ führt dazu aus: “Es kann kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass die Gesellschaft in jedem Fall im deutschen Handelsregister gelöscht werden muss. Denn nach der Sitzverlegung unterliegt sie spanischem Recht. Die von den Gesellschaftern beschlossene Sitzverlegung ist daher nur der Form nach eine bloße Satzungsänderung. In der Substanz handelt es sich um die formwechselnde Umwandlung einer deutschen GmbH in eine spanische sociedad de responsabilidad limitada. [...] Eine ganz andere Frage ist es, ob die Gesellschaft vor ihrer Löschung liquidiert werden muss. Das wäre der Fall, wenn die Satzungsänderung nicht als formwechselnde Umwandlung, sondern als Auflösung interpretiert würde.” Demnach ginge es um die Zulässigkeit der Umwandlung von einer deutschen in eine spanische Gesellschaftsform mit gleichzeitiger Verlegung des gesamten Tätigkeitsbereiches von Deutschland nach Spanien unter Wahrung der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft. Mir scheint aber nach dem Vorbringen der Antragstellerin¹⁴⁶ die Umwandlung in

143 “Die Gesellschaft richte sich nach Spanien aus, weil dort ein erheblicher Bauboom durch deutsche Auswanderer und Interessenten einsetze, der nach Auffassung der Antragstellerin am besten durch eine deutsche Gesellschaft vor Ort betreut werden könne.” Auszug aus den Beschlussgründen des AG Heidelberg, abgedruckt in IPRax 2000, 425

144 Rs. C-86/00, *HSB-Wohnbau GmbH*

145 *Behrens*, IPRax 2000, 384 (388)

146 IPRax 2000, 425

eine spanische Gesellschaftsform nicht erwünscht, weil von der Betreuung der deutschen Klientel in Spanien “durch eine deutsche Gesellschaft vor Ort” die Rede ist. Offensichtlich soll gerade das Handeln unter einer deutschen Firma einen gewissen Werbeeffekt bei deutschen Kunden in Spanien bewirken. Hier bietet sich eigentlich die Gründung einer Zweigniederlassung in Spanien an, die dann die gesamten Geschäfte der GmbH betreibt. Aus der Sicht der deutschen Rechtsordnung besteht das Problem, dass durch die Verlagerung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Spanien die Gesellschaft einen Liquidationsgrund setzt und an sich abzuwickeln wäre. Das deutsche Recht sieht also eine Wegzugsbeschränkung vor. Es wäre interessant gewesen zu erfahren, wie eine solche Wegzugsbeschränkung vom EuGH beurteilt worden wäre, insbesondere weil das AG Heidelberg soweit ersichtlich keine materiellen Rechtfertigungsgründe für die Verhinderung des Wegzugs genannt hatte (etwa Gläubigerschutzgesichtspunkte). Umfasst die Niederlassungsfreiheit die Möglichkeit, die Verlegung des Verwaltungssitzes gegenüber dem eigenen Staat durchzusetzen, also gewissermaßen in Abänderung des eigenen Gesellschaftsrechts? Genau diese Frage wird uns bei der Analyse von *Daily Mail* beschäftigen. Eine andere Frage ist, ob die Gesellschaft das Recht hat, sich von einer deutschen GmbH in eine spanische sociedad de responsabilidad limitada unter Fortsetzung ihrer Rechtspersönlichkeit umzuwandeln. Meines Erachtens ist es im Hinblick auf *Daily Mail* eher zu verneinen, dass die Gesellschaft nachträglich das Recht auf einen Statutenwechsel unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit hat.¹⁴⁷ Die Möglichkeit eines Statutenwechsels unter Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit (dh ohne vorherige Liquidation und anschließende Neugründung) soll durch die geplante Sitzverlegungsrichtlinie geregelt werden. Dass eine Richtlinie diesen Vorgang erleichtern soll, heißt aber nicht, dass dieser Vorgang im Prinzip nicht auch schon jetzt von der Niederlassungsfreiheit umfasst sein könnte. Der EuGH setzte sich mit diesen Fragen jedoch nicht auseinander, sondern erklärte sich in seinem Beschluss vom 10. Juli 2001 für unzuständig, weil der EuGH von nationalen Gerichten nur dann angerufen werden könne, wenn bei ihnen ein Rechtsstreit anhängig ist und sie im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden haben, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt. Das AG Heidelberg sei mit einem Antrag auf eine Eintragung in das Handelsregister befasst gewesen, ohne dass ein Rechtsstreit zwischen der Antragstellerin und einer anderen Partei anhängig wäre und ohne dass gegenüber der Antragstellerin eine Entscheidung ergangen wäre, gegen die beim AG Heidelberg ein Rechtsbehelf eingelegt worden wäre. Somit übte das AG Heidelberg nach Ansicht des EuGH bei der

147 In diesem Sinne auch *Behrens*, IPRax 2000, 384 (389).

Entscheidung über die Eintragung keine Tätigkeit mit Rechtsprechungscharakter aus.

In einer österreichischen Anfrage des Landesgerichts Salzburg¹⁴⁸ ging es um eine englische private limited company, *Holto Ltd*, die in Österreich eine Zweigniederlassung eintragen lassen wollte, über die die gesamte Geschäftstätigkeit abgewickelt werden sollte. Das mit dem Eintragungsgesuch befasste Landesgericht Salzburg legte dem EuGH ausdrücklich die Frage vor, ob eine Zweigniederlassung auch dann bestehen könne, wenn es an keinem anderen Ort eine Hauptniederlassung gab, an welcher zumindest ein wesentlicher Teil der Geschäftstätigkeit ausgeübt wurde, und weiters ob die Art 43 und 48 EG der Aberkennung der Rechtspersönlichkeit einer ausländischen Gesellschaft als Folge des nationalen Kollisionsrechts entgegenstünden. Auch hier hielt sich der EuGH mit derselben Begründung wie in der Rs. C-86/00, *HSB-Wohnbau GmbH* für unzuständig (Beschluss vom 22. Jänner 2002).

Übrig blieb die Rechtssache *Überseering*. Die *Überseering BV* ist eine Gesellschaft holländischen Rechts, die einige Jahre nach ihrer Gründung ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegte. (Die Beurteilung nach deutschem Recht, dass die *Überseering BV* ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt hätte, ergab sich daraus, dass sämtliche Geschäftsanteile von zwei in Düsseldorf wohnhaften deutschen Staatsangehörigen erworben worden waren.) Nach dieser Sitzverlegung klagte die *Überseering BV* die *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* in Deutschland wegen mangelhafter Leistungen aus einem Gebäudesanierungsvertrag. Die Unterinstanzen vertraten die Auffassung, dass die *Überseering BV* als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland nicht rechtsfähig sei. Die Rechtsfähigkeit beurteile sich gemäß der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nach demjenigen Recht, das am Ort des tatsächlichen Verwaltungssitzes der Gesellschaft gilt. Das gelte auch, wenn eine Gesellschaft in einem anderen Staat wirksam gegründet worden sei und dann ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt habe. Die einmal erworbene Rechtsfähigkeit setze sich nicht ohne weiteres in Deutschland fort. Es komme vielmehr darauf an, ob die Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaats fortbestehe und ob sie auch nach deutschem Recht rechtsfähig sei. Die gemäß der Sitztheorie erfolgende Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz führe dazu, dass eine im Ausland wirksam gegründete, in Deutschland zunächst als rechtsfähig anerkannte Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit verliert, wenn sie ihren ständigen Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt. Um am Rechtsverkehr teilnehmen zu können und damit als Klägerin in einem Gerichtsverfahren

148 Rs. C-447/00, *Holto Ltd*

aufzutreten zu können, müsse sie sich auflösen und in einer Weise neu gründen, die zur Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht führt.¹⁴⁹ Der BGH wollte nun vom EuGH wissen, ob es gegen die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften verstößt, wenn die in einem Mitgliedstaat wirksam gegründete Gesellschaft nach der Verlegung ihres Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat daran gehindert ist, in diesem anderen Mitgliedstaat als Rechtssubjekt zu handeln (im konkreten Fall als Klägerin in einem Gerichtsverfahren aufzutreten). Weiters wollte der BGH wissen, ob es die Niederlassungsfreiheit gebietet, die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit von Gesellschaften nach dem Recht des Gründungsstaats zu beurteilen. Der Generalanwalt schlug vor, die erste Vorlagefrage wie folgt zu beantworten¹⁵⁰: “Die Artikel 43 und 48 EG stehen einer nationalen Regelung entgegen, die zur Aberkennung der Klagebefugnis einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründeten Gesellschaft führt, deren tatsächlicher Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt worden ist.” Der Generalanwalt sah die Aberkennung der Klagebefugnis als Maßnahme an, die in der Praxis ein gewaltiges Hindernis für die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften darstelle¹⁵¹ und sich im vorliegenden Fall auch nicht rechtfertigen ließe¹⁵². Erwähnenswert erscheinen mir die Ausführungen des Generalanwalts zur Methode der Prüfung nationalen Rechts anhand der Grundfreiheiten: “Wie in anderen Rechtsbereichen darf diese - rein gemeinschaftsrechtliche - Art der Prüfung nicht darauf abzielen, das zu untersuchende nationale Recht, insbesondere das internationale Privatrecht, zu gestalten. Die fragliche nationale Regelung ist also nach dem Gemeinschaftsrecht auszulegen oder muss - in anderen Fällen - den Kriterien entsprechen, die für eine Rechtfertigung der Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gelten.”¹⁵³ und “Ich halte es allerdings für besser, sich an den objektivsten Ausdruck des vorliegenden Problems zu halten, um sich nicht zu einer Materie zu äußern, deren Auslegung Sache des nationalen Rechts ist: Die deutsche Rechtsordnung verneint die Klagebefugnis ausländischer Gesellschaften, deren tatsächlicher

149 Vgl. zur Darstellung des Sachverhalts die Punkte 1 bis 13 des Schlussantrags. Der Vorlagebeschluss des BGH ist in IPRax 2000, 423 abgedruckt, Kommentar dazu von *Peter Behrens* in IPRax 2000, 384 (387 ff.) und in englischer Fassung in EBOR 2001, 159 (166 ff.).

150 Die Beantwortung der zweiten Vorlagefrage sei nicht erforderlich und solle daher unterbleiben. Sollte der EuGH die Beantwortung aber für zweckmäßig halten, so wird eine Verneinung vorgeschlagen. (Es geht um die Frage, ob auf die Beurteilung der Rechts- und der Parteifähigkeit zwingend das Gründungsrecht der Gesellschaft anzuwenden ist.)

151 Punkt 56 des Schlussantrags

152 Vgl. die Rechtfertigungsprüfung in den Punkten 49 ff.

153 Punkt 43 des Schlussantrags

Sitz sich nach demselben Recht in Deutschland befindet.”¹⁵⁴ Einmal mehr wird ausgesprochen, dass nicht eine bestimmte dogmatische Konstruktion (die “Sitztheorie”) an sich vom EuGH beurteilt werden kann, sondern nur deren Effekt im Einzelfall, der sich als gemeinschaftsrechtswidrig erweisen kann. Der EuGH referiert zunächst ausführlich die vor ihm abgegebenen Erklärungen und nimmt zu den vorgebrachten Argumenten wie folgt Stellung: Die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit durch eine Gesellschaft setze zwingend die Anerkennung dieser Gesellschaft durch alle Mitgliedstaaten voraus, in denen sie sich niederlassen will. Es sei daher nicht erforderlich, dass die Mitgliedstaaten eine Übereinkunft zur gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften schließen, damit die Gesellschaften, die die Voraussetzungen des Art 48 EG (früher Art 58 EGV) erfüllen, von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen können. Die Beschränkung der vollen Wirksamkeit der Artikel 43 und 48 EG (früher Art 52 und 58 EGV) könne nicht damit gerechtfertigt werden, dass bis heute keine Übereinkunft über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften auf der Grundlage des Art 293 EG (früher Art 220 EGV) geschlossen wurde. Die Sachlage in der Rechtssache *Überseering* sei nicht mit derjenigen in der Rechtssache *Daily Mail* gleichzusetzen. In *Überseering* gehe es nämlich nicht um die Möglichkeit eines Mitgliedstaats, einer nach seiner Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft Beschränkungen hinsichtlich der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes aus seinem Hoheitsgebiet aufzuerlegen, damit sie die ihr nach dem Recht dieses Staates zuerkannte Rechtspersönlichkeit beibehalten kann. Nach niederländischem Recht habe es offenbar nicht zum Verlust der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft geführt, dass sämtliche Geschäftsanteile an der *Überseering BV* an in Deutschland wohnende Personen abgetreten worden waren. Eine tatsächliche und dauerhafte Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaats werde allein für den Fall verlangt, wo die Gesellschaft nur ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der Gemeinschaft hat. Die *Überseering BV* habe aber sowohl ihren satzungsmäßigen Sitz als auch ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in der Gemeinschaft. Im Ergebnis berufe sich die *Überseering BV* daher zu Recht auf die Niederlassungsfreiheit, um sich dagegen zur Wehr zu setzen, dass das deutsche Recht sie nicht als parteifähige juristische Person ansieht.¹⁵⁵ “Überseering, die in den Niederlanden wirksam

154 Punkt 46 des Schlussantrags: Der Generalanwalt formuliert eigentlich die erste Vorlagefrage des BGH um, um nicht zur Zulässigkeit des Anknüpfungspunktes für die Beurteilung der Rechtsfähigkeit und der Parteifähigkeit einer Gesellschaft Stellung nehmen zu müssen, weil die Auslegung dieser Begriffe und deren genaue rechtliche Einordnung Sache des nationalen Gerichts seien.

155 Punkt 76 des Urteils

gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, genießt aufgrund der Artikel 43 EG und 48 EG das Recht, als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen. [...] Ihre Existenz hängt sogar untrennbar mit ihrer Eigenschaft als Gesellschaft niederländischen Rechts zusammen, da eine Gesellschaft, wie bereits ausgeführt wurde, jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität hat”.¹⁵⁶

Der EuGH erwägt anschließend eine eventuelle Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit: “Es lässt sich nicht ausschließen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können. Solche Ziele können es jedoch nicht rechtfertigen, dass einer Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäß gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit abgesprochen wird.”¹⁵⁷

Die erste Vorlagefrage beantwortet der EuGH also so, dass er in der Aberkennung der Rechtsfähigkeit und damit der für die Geltendmachung gerichtlicher Ansprüche notwendigen Parteifähigkeit der *Überseering BV* einen Verstoß gegen die Art 43 und 48 EG (früher Art 52 und Art 58 EGV) sieht. Die zweite Vorlagefrage beantwortet der EuGH ebenfalls: “Macht eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch, so ist dieser andere Mitgliedstaat nach den Artikeln 43 EG und 48 EG verpflichtet, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt.”

Beim näheren Hinsehen erweist sich meiner Meinung nach die Beantwortung der zweiten Vorlagefrage als wenig ergiebig für diejenigen, die sich eine klare Stellungnahme des EuGH erhofft haben zu der Frage, nach welchem Recht die Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft zu beurteilen ist. Nach dem EuGH ist ja Voraussetzung für die Achtung der juristischen Personsqualität einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft, dass diese Gesellschaft “in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch macht”. Es muss somit in einem ersten Schritt bereits zuvor geklärt worden sein, dass ein

¹⁵⁶ Punkte 80 und 81 des Urteils

¹⁵⁷ Punkte 92 und 93 des Urteils

niederlassungsberechtigtes Subjekt vorliegt, das eine ihm zustehende Freiheit ausübt. Dennoch lassen sich die Ausführungen des EuGH in *Überseering* kaum anders deuten, als dass für die gültige Gründung und das wirksame Weiterbestehen einer Gesellschaft grundsätzlich auf das Gründungsrecht verwiesen wird. Wenn das deutsche Recht eine Neugründung der nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft verlangt, so beeinträchtigt es ihre Niederlassungsfreiheit. *Überseering* bestätigt daher *Centros* und stimmt mit der in dieser Arbeit vertretenen Auslegung von *Daily Mail* überein, die in Kapitel 2.4. näher ausgeführt wird.

2. Die Niederlassungsfreiheit für Unternehmen in der Judikatur des EuGH

In diesem Kapitel soll die übrige Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften näher betrachtet werden. Welche Eingriffe in nationale Regelungssysteme sind darin erfolgt? Großteils geht es um andere Problemkreise als bei *Centros*. Die Zusammenschau verdeutlicht aber, wie vielfältig der Einfluss des Europarechts auf das nationale Recht sein kann. Daher soll wieder am konkreten Fall angesetzt werden.

Welche Interessen verfolgen Gesellschaften, wenn sie sich zur Niederlassung in einem bestimmten Mitgliedstaat entschließen? Was motiviert eine Gesellschaft zum Umzug in einen anderen Mitgliedstaat? Allgemeiner formuliert könnte man danach fragen, was Gesellschaftsgründer zur Wahl einer bestimmten Rechtsform für ihr Unternehmen bewegt, und mit welcher Zielsetzung Anknüpfungspunkte zu einer bestimmten Rechtsordnung oder zu einer bestimmten Örtlichkeit geschaffen werden. Für Gesellschaften ist es aus betriebswirtschaftlicher Sicht interessant, einen für sie günstigen Standort auszusuchen und, wenn möglich, besonders günstige Wirtschaftsbedingungen miteinander zu kombinieren. Die rechtlichen Vorgaben an einem bestimmten Wirtschaftsplatz gestalten dessen Attraktivität als Ansiedlungs- oder Wirkungsort für unternehmerische Tätigkeit ganz entscheidend. Es könnte für eine Gesellschaft von Vorteil sein, einen Anknüpfungspunkt zu einem bestimmten Regelungsregime herzustellen, damit dieses auf die Gesellschaft zur Anwendung kommt. In den bisher betrachteten Fällen zur Niederlassungsfreiheit ging es darum, die Gründungskosten für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung besonders niedrig zu halten, und daher wurde die Schaffung einer juristischen Person dem Gründungsrecht des Vereinigten Königreichs unterstellt. Durch die Ausnutzung der Voraussetzungen des englischen Gesellschaftsrechts wurde in *Centros* die Aufbringung eines beträchtlichen Mindestkapitals vermieden, während in *Segers* durch die Benützung einer englischen Mantelgesellschaft die langwierige Prozedur einer

Gesellschaftsneugründung in den Niederlanden vermieden wurde. Die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit sicherte jeweils die ungehinderte wirtschaftliche Betätigung in diesen vom Regelungssystem am Betätigungsort nicht vorgesehenen Formen. Deutlich zeigt sich das Bedürfnis nach einer Kombination unterschiedlicher Regelungssysteme auch im Steuerrecht. Durch Gestaltungen der Unternehmensorganisation im Hinblick auf die Anknüpfungspunkte steuerrechtlicher Regelungen soll ein möglichst steuerschonendes Wirtschaften erreicht werden. Aber auch gewerberechtliche Regelungen können von Gesellschaften als hindernd empfunden werden. Gesellschaften sind daher versucht, diese Regelungen unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit anzufechten. Eine solche Anfechtung ist denkbar, wenn man die Niederlassungsfreiheit nicht nur als reines Diskriminierungsverbot sondern auch als ein Beschränkungsverbot begreift. Eine klare Unterscheidung zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot könnte bei der Analyse einiger EuGH - Entscheidungen tatsächlich schwierig sein. Wie im Bereich des freien Warenverkehrs wurde daher in den Systematisierungsversuchen der Kommentarliteratur manchmal darauf abgestellt, ob im konkreten Fall die Ermöglichung des Zugangs zum Markt eines anderen Mitgliedstaats in Frage stand.¹⁵⁸ In einem solchen Fall erschien es einleuchtend, die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit zu ermöglichen, selbst wenn die beschränkende Regelung nicht nach der Staatsangehörigkeit diskriminierte. Ein weiterer Aspekt ist, ob sich Gesellschaften gegenüber ihrem eigenen Staat (also dem Staat, nach dessen Recht sie gegründet wurden) auf eine Beschränkung ihrer Niederlassungsfreiheit berufen können. Die im folgenden diskutierten Fälle zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften sollen die Aussagen des EuGH zu deren Inhalt und Reichweite beleuchten, wobei eine eigene Systematisierung des bisher Ausjudizierten versucht wird.

2.1. Welche Gesellschaften sind niederlassungsberechtigt?

Eine Schwierigkeit bei der Analyse der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften scheint darin zu liegen, wie die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften im Text des EG-Vertrages formuliert ist. Bestimmte, im ersten Satz des Art 48 EG näher definierte juristische Personen, werden natürlichen Personen für die Anwendung der Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit gleichgestellt. Problematisch daran ist, dass jeder weiss, wer mit "natürlicher Person" gemeint

158 Roth, W.-H., Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in Schön, (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 737 ff.; Schön, EBOR 2001, 339 (349); Weiler in Craig/ De Búrca, The Evolution of EU Law, 349 (372) zum freien Warenverkehr

ist, nämlich jeder Mensch, während juristische Personen “Schöpfungen einer bestimmten Rechtsordnung” sind, künstliche Gebilde also, bei denen die Fähigkeit, Zurechnungsobjekt von Rechten und Pflichten zu sein, erst Folge eines von einer Rechtsordnung vorgeschriebenen Gründungsaktes ist. Darin liegt ein Kompetenzproblem. Um verlässlich und gemeinschaftsweit einheitlich feststellen zu können, ob man es mit einer gültig gegründeten Gesellschaft zu tun hat, muß geklärt sein, nach welcher Rechtsordnung die Gründung zu beurteilen ist. Es muß gemeinschaftsweit feststehen, wer natürlichen Personen gleichzuhalten ist, dh nach welchem Recht Gründungsakte jeweils zu beurteilen sind. In *Centros* hat der EuGH implizit die nach englischem Recht wirksam gegründete *Centros Ltd* als Adressatin der Niederlassungsfreiheit anerkannt, ebenso wurde in *Segers* die nach englischem Recht wirksam gegründete Gesellschaft als niederlassungsberechtigt anerkannt. In beiden Entscheidungen war es irrelevant, dass die englischen Gesellschaften nur über ihre Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat tätig wurden. In *Überseering* hatte der EuGH entschieden, dass die Rechtsfähigkeit, die eine Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht besaß, zu achten war. Man muss daher davon ausgehen, dass die sich aus der Niederlassungsfreiheit ergebenden Rechte von solchen Gesellschaften beansprucht werden können, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurden und irgendwo in der Gemeinschaft ihre vorwiegenden geschäftlichen Aktivitäten entfalten.¹⁵⁹

159 Der Satzungssitz (deutsche Fassung) bzw. registered office (englische Fassung) bzw. siège statutaire (französische Fassung) bzw. sede sociale (italienische Fassung) liegen soweit ersichtlich nach den Gesellschaftsrechten aller Mitgliedstaaten in dem Staat, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wird. Die Wahl des Satzungssitzes muss keine wirtschaftliche Entscheidung für einen bestimmten Standort sein. Für die deutsche oder österreichische GmbH ist es nicht erforderlich, dass die GmbH an diesem Ort ihre Geschäftsleitung oder auch nur einen Betrieb hat. Auch bei einer späteren Lösung der Beziehung der Gesellschaft zu dem Ort ihres Sitzes kann dieser als statutarischer Sitz beibehalten werden. (*Rowedder-Rittner*, GmbHG § 3 RdNr. 7). Vgl. zur Bedeutung des Satzungssitzes für das Vereinigte Königreich und Irland *Edwards, V.*, EC Company Law, 335: “[In the United Kingdom and Ireland], the registered office need have no connection with the place where the company conducts its business or is managed (indeed the registered office is frequently no more than a brass plate in a solicitors' or accountants' premises, merely serving to identify an address where formal documents may be validly served on the company and where it keeps certain documents and registers required by the law to be available for inspection by the public).” Die erste Alternative des Art 48 EG läßt sich daher durch die Beachtung dieser Formalität erfüllen. Denkbar ist auch eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft mit Satzungssitz ausserhalb der Gemeinschaft. Eine solche könnte sich ebenfalls auf die Niederlassungsfreiheit berufen, wenn entweder ihr Verwaltungssitz (als zweite Alternative des Art 48 EG) oder ihre Hauptniederlassung (als dritte Alternative des Art 48 EG) irgendwo in der Gemeinschaft liegen. Durch das Erfordernis eines Gemeinschaftsbezugs (in der Gemeinschaft

2.2. Diskriminierung von Gesellschaften nach ihrem Sitz - Recht auf eine Zweigniederlassung statt einer Tochtergesellschaft für die Ausweitung wirtschaftlicher Aktivitäten in einen anderen Mitgliedstaat

Steht fest, dass die Gesellschaft prinzipiell niederlassungsberechtigt ist, so stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage nach dem Inhalt ihrer Rechte. Die erste Gruppe von Fällen betrifft Gesellschaften, die sich gegen beschränkende nationale Maßnahmen zur Wehr setzten, die sie deswegen trafen, weil sich ihr Satzungssitz nicht in dem Mitgliedstaat befand, in dem sie tätig wurden. Anders formuliert ging es um nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften, die in einem anderen Mitgliedstaat nicht über eine nach dem Recht dieses anderen Mitgliedstaats gegründete Tochtergesellschaft, sondern nur über eine Zweigniederlassung (ohne eigene rechtliche Selbständigkeit) tätig wurden.¹⁶⁰ In den Entscheidungen ist von "Sitz" die Rede, wobei nicht präzisiert wird, von welchem "Sitz" im Sinne der drei Alternativen des EG-Vertrages (Satzungssitz oder Sitz der Hauptverwaltung oder Sitz der Hauptniederlassung) die Rede ist. In den nachfolgend dargestellten Fällen wurden nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften mit Satzungssitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung im Ausland (und zwar jeweils im Gründungsstaat) bezüglich ihrer inländischen Zweigniederlassungen diskriminiert. Der EuGH hat den Inhalt der Niederlassungsfreiheit so formuliert, dass Art 43 EG ausdrücklich das Recht verleiht, die geeignete Rechtsform (Tochtergesellschaft oder Zweigniederlas-

ansässig, dh tatsächlich in der Gemeinschaft wirtschaftlich tätig) wird das Kriterium der Hauptniederlassung jedenfalls erfüllt. Die praktischen Schwierigkeiten ergaben sich aber nicht daraus, dass eine Gesellschaft nicht unter die Definition der den natürlichen Personen gleichzuhaltenden Gesellschaften (Art 48 EG) fiel, sondern daraus, dass einzelne Mitgliedstaaten (der Sitztheorie folgend) gewisse Gesellschaften nicht als ausländische, sondern als inländische qualifizierten. Obwohl diese Gesellschaften nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gültig gegründet worden waren, wurde von ihnen die Beachtung inländischen Gründungsrechts verlangt, damit sie den gleichen Zugang zur wirtschaftlichen Betätigung im Inland hatten (*Centros, Überseering*) bzw. damit ihren Beschäftigten der gleiche Zugang zur Sozialversicherung im Inland gestattet wurde (*Segers*).

¹⁶⁰ Bei der Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat mittels einer nach dortigem Recht gegründeten Gesellschaft besteht zwischen dieser Tochtergesellschaft und anderen nach dem Recht des Aufnahmestaats (etwa von natürlichen Personen) gegründeten Gesellschaften für die hier diskutierte Situation kein Unterschied. Die ausländische Muttergesellschaft wird nicht selbst im Aufnahmestaat tätig, da die Tochtergesellschaft eine eigene juristische Person ist, der die geschäftlichen Aktivitäten im Aufnahmestaat zugerechnet werden. Die Tochtergesellschaft ist also ein Inländer.

sung) für die Verfolgung geschäftlicher Aktivitäten in einem anderen Mitgliedstaat frei auszuwählen.

Avoir Fiscal

Als erster Fall zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften gilt *Avoir Fiscal*¹⁶¹. Das französische Steuerrecht sah für in Frankreich ansässige¹⁶² Personen und Gesellschaften die Gewährung einer Steuergutschrift (*avoir fiscal*) vor. Dieses *avoir fiscal* minderte die Steuerlast von in Frankreich ansässigen Empfängern von Dividenden, die diesen von französischen Gesellschaften ausgeschüttet wurden. Zweck des *avoir fiscal* war es, die bei den ausschüttenden Gesellschaften erfolgte Besteuerung der Gewinne, aus denen dann die Dividenden gezahlt wurden, bei den Dividendenempfängern zu berücksichtigen, um eine zweite Besteuerung dieser Gewinne bei den Empfängern zu vermeiden. Das *avoir fiscal* wurde solchen Dividendenempfängern¹⁶³ verweigert, die im Ausland ansässig waren und die Dividenden durch ihre französischen Betriebsstätten erhielten. Die Kommission argumentierte, dass diese Regelungen gegen Gesellschaften diskriminierten, die nach ausländischem Recht gegründet waren, weil französische Versicherungsgesellschaften anders behandelt würden als französische Agenturen oder Zweigniederlassungen ausländischer Versicherungsgesellschaften. Das maßgebende Unterscheidungskriterium sei der Sitz der Gesellschaft, der so wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen dazu diene, die Gesellschaft einer bestimmten Rechtsordnung zuzuweisen. Ausserdem sei die französische Regelung eine Beschränkung der Freiheit, sich in einem anderen Mitgliedstaat durch Agenturen oder Zweigniederlassungen niederzulassen, weil diese Form der Niederlassung gegenüber der Gründung einer französischen Tochtergesellschaft steuerlich benachteiligt sei. Der EuGH hielt die französische Regelung für diskriminierend, weil sie Versicherungsgesellschaften, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig waren und sich in Frankreich durch eine Agentur oder Zweigniederlassung wirtschaftlich betätigten, anders behandelte als in Frankreich ansässige Versicherungsgesellschaften. Der EuGH schloss dabei nicht völlig aus, dass eine Unterscheidung je nach dem Sitz der Gesellschaft oder dem Wohnsitz einer natürlichen Person unter bestimmten Voraussetzungen auch auf einem Gebiet wie dem des Steuerrechts gerechtfertigt sein könne. Da aber die streitige Regelung die Gesellschaften mit Sitz in Frankreich und die in Frankreich belegenen Zweignieder-

161 Rs. 270/83, *Kommission / Frankreich*, EuGH Slg. 1986, 273

162 “domicile réel” oder “siège social” in Frankreich.

163 Es ging im konkreten Fall um Versicherungsgesellschaften.

lassungen oder Agenturen von Gesellschaften mit Sitz im Ausland bei der Besteuerung ihrer Gewinne auf die gleiche Stufe stellte, konnte sie sie nicht ohne Schaffung einer Diskriminierung im Rahmen dieser Besteuerung hinsichtlich der Gewährung einer damit zusammenhängenden Vergünstigung, wie die des Steuerguthabens, ungleich behandeln. Der französische Gesetzgeber hätte nämlich dadurch, dass er die beiden Niederlassungsformen im Rahmen der Besteuerung der von ihnen erzielten Gewinne gleich behandelte, anerkannt, dass zwischen beiden Formen in bezug auf die Modalitäten und Voraussetzungen dieser Besteuerung kein Unterschied in der objektiven Situation bestand, der eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte.

Klinische Dienste

In *Klinische Dienste*¹⁶⁴ strengte die Kommission gegen Belgien ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Beschränkungen bei der Erbringung klinisch-biologischer Dienste an. Das belgische Sozialversicherungsrecht verlangte bei klinische Dienste erbringenden Gesellschaften von deren Gesellschaftern und geschäftsführenden Organen die Befähigung zur Durchführung medizinischer Analysen. Die belgischen Regelungen stellten nicht direkt auf den Sitz der dienstleistenden Gesellschaft (oder auf die Staatsangehörigkeit einer natürlichen Person als Dienstleistungserbringer) ab, doch wirkten sie sich zum Nachteil solcher Kliniken aus, die ihre Hauptniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat als Belgien hatten, weil es durch dieses Erfordernis im Ausland ansässigen Gesellschaften praktisch unmöglich war, eine Zweitniederlassung in Belgien in Form einer Agentur oder Zweigniederlassung zu errichten. Hingegen waren Laboratorien mit Hauptniederlassung in Belgien kaum beeinträchtigt, weil diese ihr medizinisches Personal in der Regel an der Hauptniederlassung hatten. Der EuGH sah in den Regelungen jedoch weder eine offene noch eine versteckte¹⁶⁵ Diskriminierung. Solange diese Regelungen gleichermaßen auf

164 Rs. 221/85, *Kommission / Belgien*, EuGH Slg. 1987, 719

165 Bei indirekter bzw. versteckter Diskriminierung wird durch die Verwendung eines anderen Unterscheidungskriteriums als das der Staatsangehörigkeit im Endeffekt dasselbe Ergebnis wie bei einer unterschiedlichen Behandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit erreicht.

Die Inländergleichbehandlung ist nicht nur formal zu sehen. "Das bedeutet, dass Beschränkungen auch dort vorliegen können, wo eine Vorschrift nicht ausdrücklich nach der Staatsangehörigkeit der Begünstigten differenziert (versteckte Diskriminierungen) oder wo sie nicht den Begünstigten selbst benachteiligt, sondern Belastungen in seinem persönlichen oder beruflichen Umfeld schafft (indirekte Diskriminierungen)." (*Troberg in Groeben/ Thiesing/*

Staatsangehörige als auch auf Angehörige anderer Mitgliedstaaten zur Anwendung kämen, sei jeder Mitgliedstaat berechtigt, in Ermangelung von Gemeinschaftsvorschriften auf diesem Gebiet die Regelungen für die Erbringung klinischer Dienstleistungen auf seinem Territorium zu regeln. Es wäre jedoch verfrüht, daraus zu schließen, dass nicht offen diskriminierende Beschränkungen nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen können. Das Urteil könnte aber auch so verstanden werden, dass die Beschränkungen für nicht in Belgien hauptansässige Gesellschaften aus Gründen der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt waren.

Datenverarbeitung

Im Fall *Datenverarbeitung*¹⁶⁶ hatte die Kommission die italienische Regelung beanstandet, wonach nur solche Gesellschaften Verträge mit dem italienischen Staat über die Entwicklung von Datenverarbeitungssystemen für Behörden schließen konnten, in denen der Staat Mehrheitsgesellschafter war. Die italienische Regierung brachte vor, dass diese Regelung nicht darauf abstellte, ob es sich um eine italienische oder um eine ausländische Gesellschaft handelte und dass der italienische Staat auch Anteile an ausländischen Gesellschaften hielt. Der EuGH führte aus, dass obwohl die betreffenden Regelungen unterschiedslos auf italienische und auf ausländische Gesellschaften anwendbar seien, sie sich dennoch zum Vorteil italienischer Gesellschaften auswirkten. Es gebe nämlich zum Zeitpunkt keine datenverarbeitenden ausländischen Gesellschaften, die im Mehrheitseigentum des italienischen Staates stünden. Die Regelung könne auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass der Umgang mit vertraulichen Daten die Betrauung solcher Gesellschaften erfordere, in die der Staat absolutes Vertrauen habe. Dem Datenschutz könne auch durch andere Maßnahmen Rechnung getragen werden, die die Niederlassungsfreiheit weniger beeinträchtigten, etwa durch eine strafbewehrte Verschwiegenheitspflicht für das Personal dieser Gesellschaften. Es gebe keinen Anhaltspunkt dafür, dass das Personal von Gesellschaften, deren Geschäftsanteile sich nicht im Eigentum des italienischen Staates befinden, einer solchen Verschwiegenheitspflicht nicht genauso effektiv nachkommen könnte.

Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag⁵, 1/1326 zu Artikel 52, Rz 37)

166 Rs. 3/88, *Kommission / Italien*, EuGH Slg. 1989, 4035

Factortame und Kommission / Vereinigtes Königreich

In den Fällen *Factortame*¹⁶⁷ und *Kommission / Vereinigtes Königreich*¹⁶⁸ ging es um die Anforderungen, die das Vereinigte Königreich an Fischerboote stellte, damit diese als britische Schiffe registriert werden konnten. Der Eigentümer und Betreiber eines Fischerbootes musste eine qualifizierte natürliche Person oder Gesellschaft sein. Eine qualifizierte natürliche Person mußte die britische Staatsbürgerschaft besitzen und im Vereinigten Königreich ansässig¹⁶⁹ sein. Eine qualifizierte Gesellschaft war eine solche, die nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründet war und ihren Haupttätigkeitsort im Vereinigten Königreich hatte, sowie deren Anteile zu mindestens 75% von qualifizierten Personen oder Gesellschaften gehalten wurden und deren Verwaltung zu mindestens 75% aus qualifizierten Personen bestand. In beiden Fällen sollte der EuGH entscheiden, ob die aufgestellten Voraussetzungen die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigten. Der EuGH urteilte, dass ein Fischerboot ein Mittel zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Aktivität durch eine feste Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat darstellen konnte, daher dürften die Anforderungen an die Registrierung des Fischerbootes die Niederlassungsfreiheit nicht beeinträchtigen. Das Erfordernis der britischen Staatsangehörigkeit für Gesellschafter und Geschäftsführung stelle eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit dar und verstoße daher gegen Art 52 EGV (jetzt Art 43 EG), weil es Angehörige anderer Mitgliedstaaten daran hindere, im Vereinigten Königreich Gesellschaften im Fischereisektor zu gründen und zu verwalten und weil es Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten daran hindere, im Vereinigten Königreich durch Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften Seefischfang zu betreiben. Das Ansässigkeitserfordernis resultiere ebenfalls in einer Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit, weil der überwiegende Großteil der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats auch in diesem Staat ansässig war und daher das Ansässigkeitskriterium automatisch erfüllte, während die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten zunächst ihren Wohnsitz und Aufenthalt in diesen Mitgliedstaat verlegen müßten, um dem Kriterium zu genügen. Zu der Anforderung für Gesellschaften als Eigentümer und Betreiber eines Fischerbootes unter britischer Flagge, wonach solche Gesellschaften ihre Hauptniederlassung

167 Rs. C-221/89, *The Queen / The Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, EuGH Slg. 1991, I-3905

168 Rs. C-146/89, *Kommission / Vereinigtes Königreich*, EuGH Slg. 1991, I-3533

169 “resident and domiciled in the United Kingdom”, wobei “domiciled” bedeutet: “living in a State with the intention to make it a fixed and permanent home”. (*Edwards, V.*, EC Company Law, 351 FN 63)

(principal place of business) im Vereinigten Königreich haben müssten, machte Generalanwalt Jean Mischo in seinem Schlussantrag folgende Ausführungen: Von einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft, die im Sinne von Artikel 58 EGV (jetzt Art 48 EG) ihren Satzungssitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in diesem - oder sogar in einem anderen - Mitgliedstaat hat, zu verlangen, dass diese ihre Hauptniederlassung in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, wo eine bestimmte Tätigkeit wie der Seefischfang ausgeübt werden soll, hieße diese Gesellschaft ihrer Möglichkeit zu berauben, sich in Form einer Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft niederzulassen, was aber ausdrücklich im zweiten Satz des ersten Absatzes des Artikel 52 EGV (jetzt Art 43 EG) vorgesehen sei.¹⁷⁰

Commerzbank

In *Commerzbank*¹⁷¹ ging es um den Rückzahlungsanspruch der Commerzbank AG, einer Gesellschaft deutschen Rechts mit Satzungssitz, Verwaltungssitz und Hauptniederlassung in Deutschland und einer Zweigniederlassung im Vereinigten Königreich, gegen den britischen Fiskus wegen Steuern, die die *Commerzbank AG* auf Zinseinnahmen aus Krediten an amerikanische Gesellschaften bezahlt hatte. Gemäß dem britisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen wurden Zinsen, die eine amerikanische Gesellschaft bezahlte, nur dann im Vereinigten Königreich besteuert, wenn die Zinsempfängerin eine britische Gesellschaft war oder eine Gesellschaft, die für Steuerzwecke als im Vereinigten Königreich ansässig betrachtet wurde. Da die *Commerzbank AG* weder eine britische Gesellschaft war noch als für Steuerzwecke im Vereinigten Königreich ansässig betrachtet wurde, wurde ihr die auf die Zinseinkünfte bezahlte Steuer zurückerstattet, jedoch ohne die gesetzlichen Zinsen (repayment supplement).¹⁷² Das Vereinigte Königreich berief sich darauf, dass das repayment supplement nur solchen Gesellschaften zustand, die als für Steuerzwecke im Vereinigten Königreich ansässig betrachtet wurden. Die *Commerzbank AG* machte geltend, dass die Gewährung des repayment supplement nur an für Steuerzwecke im Vereinigten Königreich ansässige Gesellschaften eine Beschränkung ihrer Niederlassungsfreiheit sei und eine indirekte Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit, da die betroffenen Gesellschaften in der

170 Punkt 50 des Schlussantrags des Generalanwalts Jean Mischo, EuGH Slg. 1991, I-3932

171 Rs. C-330/91, *The Queen / Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG*, EuGH Slg. 1993, I-4017

172 Der geforderte Zinsbetrag war bereits höher als die insgesamt bezahlte (und rückerstattete) Steuer.

Mehrzahl ausländische Gesellschaften seien. Auch der EuGH war der Ansicht, dass sich das Kriterium der steuerlichen Ansässigkeit als Voraussetzung für die Gewährung des repayment supplement für zu viel bezahlte Steuern zu Ungunsten von Gesellschaften auswirkte, die ihren Sitz in anderen Mitgliedstaaten hatten. Die Regelung sei mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar, da für steuerliche Zwecke ansässige Gesellschaften und für steuerliche Zwecke nicht-ansässige Gesellschaften bei der Rückzahlung von zu Unrecht bezahlten Steuern unterschiedlich behandelt würden. Anzumerken ist hier, dass die beanstandete Rechtslage noch vor Ergehen des Urteils des EuGH geändert wurde: Mit Wirkung vom 1. September 1993 hatten auch nichtansässige Gesellschaften einen gesetzlichen Anspruch auf das repayment supplement.¹⁷³

Halliburton Services

In *Halliburton Services*¹⁷⁴ übertrug im Rahmen einer Umstrukturierung im Konzern eine deutsche Tochtergesellschaft das gesamte Betriebsvermögen ihrer niederländischen Zweigniederlassung auf eine niederländische Tochtergesellschaft. Vermögensübertragungen im Rahmen von Umstrukturierungen niederländischer Gesellschaften im Konzern waren in den Niederlanden von Steuern befreit. Bei der Übertragung eines Grundstücks von der niederländischen Zweigniederlassung einer deutschen Tochtergesellschaft auf eine niederländische Tochtergesellschaft wurde der niederländischen Tochtergesellschaft jedoch eine Steuer vorgeschrieben. Die niederländische Gesellschaft berief, und dem EuGH wurde in der Folge die Frage vorgelegt, ob es mit den Art 52 und 58 EGV (jetzt Art 43 und 48 EG) vereinbar sei, dass eine Steuerbefreiung für Vermögensübertragungen im Rahmen von konzerninternen Umstrukturierungen vorgesehen ist, wenn die übertragende Gesellschaft nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats gegründet ist, nicht aber, wenn die übertragende Gesellschaft in einer äquivalenten Form nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet ist. Der EuGH führte aus, dass obwohl die niederländische Erwerberin des Grundstücks die Steuer zu bezahlen hatte, auch die deutsche Verkäuferin beeinträchtigt war, da sich die Konditionen des Grundstücksverkaufs für diese verschlechterten. Die übertragende deutsche Gesellschaft befand sich also in einer deutlich schlechteren Position als wenn sie sich von vornherein entschlossen hätte, sich in den Niederlanden anstatt mit einer Zweigniederlassung mit einer Tochtergesellschaft niederzulassen. Daher seien

¹⁷³ Diese Information entnehme ich *Edwards, V.*, EC Company Law, 354 FN 75.

¹⁷⁴ Rs. C-1/93, *Halliburton Services BV / Staatssecretaris van Financiën*, EuGH Slg. 1994, I-1137

nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaften durch die niederländische Regelung diskriminiert.

Kommission / Italien (Wertpapiermakler)

In einem weiteren Fall *Kommission / Italien*¹⁷⁵ ging es um die italienischen Regelungen, wonach Wertpapiermakler, die keine Banken waren, in Form einer *società per azioni* oder einer *società in accomandita per azioni* mit Satzungssitz in Italien organisiert sein mussten. Begründet wurde dies von der italienischen Regierung damit, dass nur solche Wertpapiermakler effektiv überwacht werden konnten, die ihre Hauptniederlassung in Italien hatten. Der EuGH sah in den Regelungen einen Verstoß gegen Art 43 EG: Die Überwachung des Wertpapierhandels sei ein legitimes Ziel, und Angehörige anderer Mitgliedstaaten müßten grundsätzlich beim Zugang zum Wertpapiermarkt und bei einer Betätigung auf demselben die Voraussetzungen erfüllen, die auch den eigenen Staatsangehörigen auferlegt sind. Es sei jedoch nicht möglich, Regelungen zu erlassen, die die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten in eine ungünstigere Position versetzten als eigene Staatsangehörige. Auch bei Zweitniederlassungen gebe es gleichwertige Kontrollmöglichkeiten.

Futura Participations

In *Futura Participations*¹⁷⁶ entschied der EuGH, dass ein Mitgliedstaat prinzipiell berechtigt war, für Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften Bedingungen über die Führung der Buchhaltung aufzustellen und festzusetzen, dass nur die in dem betreffenden Mitgliedstaat erlittenen Verluste abzugsfähig waren. Im konkreten Fall unterzog der EuGH die luxemburgischen Vorschriften einer genauen Prüfung auf ihre Verhältnismäßigkeit und befand sie hinsichtlich der zusätzlichen Buchführungserfordernisse für zu restriktiv.

Royal Bank of Scotland

Im Fall *Royal Bank of Scotland*¹⁷⁷ ging es um unterschiedliche Steuersätze für griechische und nichtgriechische Gesellschaften. Während griechische Gesell-

175 Rs. C-101/94, *Kommission / Italien*, EuGH Slg. 1996, I-2691

176 Rs. C-250/95, *Futura Participations SA und Singer / Administration des Contributions*, EuGH Slg. 1997, I-2471

177 Rs. C-311/97, *Royal Bank of Scotland plc / Elliniko Dimosio*, EuGH Slg. 1999, I-2651

schaften, deren Aktien nicht an der Athener Börse notierten, mit einem Steuersatz von 40% und sonstige griechische Gesellschaften mit einem Steuersatz von 35% besteuert wurden, wurden sämtliche nichtgriechische Gesellschaften mit einem Steuersatz von 40% besteuert. Die *Royal Bank of Scotland plc* focht die 40%-ige Steuerverpflichtung für ihre griechische Zweigniederlassung unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit an. Der EuGH urteilte, dass aufgrund der gleichen Berechnungsmethode für die Steuerbemessungsgrundlage die Situation griechischer Gesellschaften und griechischer Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften vergleichbar war. Daher diskriminierten die unterschiedlichen Steuersätze solche Gesellschaften, die ihren Sitz in anderen Mitgliedstaaten hatten, weil sie unabhängig von der Ausgestaltung ihrer Aktien und ihrer Rechtsform jedenfalls mit dem höheren Steuersatz besteuert würden, während der reduzierte Steuersatz nur für Gesellschaften zur Anwendung gelangte, die ihren Sitz in Griechenland hätten.

Baxter

In *Baxter*¹⁷⁸ ging es ebenfalls um Steuerfragen. Pharmaunternehmen unterlagen in Frankreich einer speziellen Abgabe. Forschungsaufwendungen für in Frankreich durchgeführte Forschungen waren für Zwecke dieser Abgabe absetzbar. Es wurde vorgebracht, dass die Beschränkung abzugsfähiger Ausgaben auf solche Forschungen, die in Frankreich durchgeführt wurden, die französischen Zweigniederlassungen ausländischer Pharmaunternehmen benachteilige, da Forschungseinrichtungen im allgemeinen bei der Hauptniederlassung angesiedelt seien. Der EuGH schloss sich diesem Argument an und entschied, dass diese steuerliche Erleichterung geeignet sei, sich zum Nachteil von Unternehmen auszuwirken, die ihre Hauptniederlassung in anderen Mitgliedstaaten hatten und in Frankreich durch Zweigniederlassungen tätig wurden. Auch die von Frankreich vorgebrachte Begründung dieser Maßnahme mit dem Interesse an einer wirksamen Steuereintreibung könne ein absolutes Verbot der Abzugsfähigkeit von im Ausland getätigten Forschungsausgaben nicht rechtfertigen.

Saint-Gobain

Im Fall *Saint-Gobain*¹⁷⁹ ging es um die Inanspruchnahme von steuerlichen Vorteilen (die für in Deutschland steuerlich ansässige Gesellschaften vorgesehen

178 Rs. C-254/97, *Société Baxter et al. / Premier Ministre et al.*, EuGH Slg. 1999, I-4809

179 Rs. C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland / Finanzamt Aachen-Innenstadt*, EuGH Slg. 1999, I-6161

waren) durch im Ausland ansässige Gesellschaften mit Zweigniederlassungen in Deutschland. Die steuerlichen Vorteile bestanden darin, dass (1) aufgrund von Doppelbesteuerungsabkommen Steuerbefreiungen für Dividendeneinkünfte von Gesellschaften aus Drittstaaten gewährt wurden, (2) die in anderen Staaten auf die Gewinne der Tochtergesellschaft einer deutschen Gesellschaft bezahlte Steuer auf die in Deutschland zu zahlende Steuer angerechnet wurde und (3) Beteiligungen an Gesellschaften in Drittstaaten von der Steuer ausgenommen wurden. Der EuGH führte aus, dass die Art 43 und 48 EG das Recht gewährten, Staatsangehörige, die ihre Niederlassungsfreiheit in Anspruch genommen hatten, und ihnen gleichgestellte Gesellschaften wie eigene Staatsangehörige zu behandeln. Bei Gesellschaften diene ihr Sitz im Sinne ihres Satzungssitzes, ihrer Hauptverwaltung oder ihrer Hauptniederlassung dazu, ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines bestimmten Mitgliedstaats zu bestimmen, so wie bei natürlichen Personen die Staatsangehörigkeit. Die in Frage stehenden steuerlichen Vorteile seien auf in Deutschland für steuerliche Zwecke ansässige Gesellschaften beschränkt, dh Gesellschaften, die ihren Satzungssitz oder ihre Hauptverwaltung in Deutschland hatten.¹⁸⁰ Diese Regelung unterscheide daher nach dem "Sitz" einer Gesellschaft und beeinträchtige in erster Linie solche Gesellschaften, die in Deutschland nur eine Zweitniederlassung haben. Die Regelung wirke sich so aus, dass Zweitniederlassungen nichtansässiger Gesellschaften ungünstiger behandelt würden als deutsche Tochtergesellschaften nichtansässiger Gesellschaften. Dadurch sei die Freiheit, für eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat die geeignetste Rechtsform auszuwählen, beschränkt. Der EuGH untersuchte auch ausführlich die von Deutschland vorgebrachten Rechtfertigungsgründe. Dabei hielt es der EuGH für nicht relevant, dass deutsche Zweigniederlassungen nur beschränkt (mit ihrem in Deutschland erzielten Einkommen) besteuert wurden, deutsche (Tochter)gesellschaften hingegen unbeschränkt (mit ihrem weltweit erzielten Einkommen). Auch die steuerlichen Vorteile, die Zweigniederlassungen gegenüber Tochtergesellschaften in anderen Bereichen genossen, könnten die vorliegende Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Ebenso wenig gehörten die aus der Gewährung dieser steuerlichen Vorteile resultierenden Mindereinnahmen des Fiskus zu den Gründen, die eine Ungleichbehandlung gemäß Art 46 EG oder wegen eines zwingenden Allgemeininteresses rechtfertigen könnten. Erfolglos war auch der Einwand, dass die fraglichen Steuervorteile aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens mit einem Drittstaat gewährt würden, welches nicht zum Gemeinschaftsbereich gehöre. Der EuGH merkte dazu an, dass es den Mitglied-

¹⁸⁰ Nur bei der ersten Alternative, also einem Satzungssitz in Deutschland, kann man zwingend folgern, dass die Gesellschaft nach deutschem Recht gegründet wurde.

staaten freistünde, in bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen die Anknüpfungsfaktoren für eine Verteilung der Besteuerungshoheit untereinander zu verteilen. Im Falle eines Doppelbesteuerungsabkommens zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat ändere dies jedoch nichts daran, dass der Mitgliedstaat den Niederlassungen nichtansässiger Gesellschaften die gleichen Vorteile aus dem Doppelbesteuerungsabkommen zukommen lassen müsse wie ansässigen Gesellschaften.

Stellungnahme

Zusammengefasst wird bei Betrachtung dieser Diskriminierungsfälle deutlich, dass in den meisten Fällen zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften und zur Diskriminierung von Gesellschaften aufgrund ihres “Sitzes” nicht scharf herausgearbeitet wird, um welchen “Sitz” im Sinne der drei Alternativen des Art 48 EG es geht. Eine solche Klarstellung erübrigt sich oft aber deshalb, weil es immer um Gesellschaften ausländischen Gründungsrechts geht, die weder ihren Satzungssitz noch ihre Hauptverwaltung noch ihre Hauptniederlassung in dem betreffenden Mitgliedstaat hatten. Kurz auf den Punkt gebracht kann man sagen, dass es durchwegs darum geht, Formen von Zweitniederlassungen wie Agenturen oder Zweigniederlassungen genauso zu behandeln wie Hauptniederlassungen, es sei denn die Ungleichbehandlung kann mit öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden. Dabei wird immer unterstellt, dass die “Vergleichsgruppe”, nämlich die “inländischen Gesellschaften”, Hauptniederlassungen in dem betreffenden Mitgliedstaat haben, die auch dort verwaltet werden, und nach dem Recht des Hauptniederlassungsstaats (in einer der von ihm zur Verfügung gestellten Gesellschaftsformen) organisiert sind. Das Vergleichspaar ist somit eine inländische Gesellschaftsform mit sämtlichen “Sitzen” im Inland und eine ausländische Gesellschaftsform mit sämtlichen “Sitzen” im Ausland, die im Inland in einer gewissen untergeordneten Form wirtschaftlich präsent ist (Agentur oder Zweigniederlassung). In einigen Fällen ist nicht von “Sitz” die Rede, sondern vom Abstellen auf die “Ansässigkeit für steuerliche Zwecke”¹⁸¹. Steuerlich ansässige und steuerlich nichtansässige Gesellschaften werden unterschiedlich behandelt. Diese Ungleichbehandlung sieht der EuGH offensichtlich als versteckte Diskriminierung nach dem “Sitz” an, da für Steuerzwecke im Inland ansässige Gesellschaften im Inland auch entweder ihren Satzungssitz oder ihre Hauptverwaltung oder beides haben. *Edwards* bedauert, dass der EuGH nicht klar zwischen offener Diskriminierung nach dem “Sitz”

181 fiscal residence

(als Korrelat zur Staatsangehörigkeit einer natürlichen Person) und versteckter Diskriminierung nach der steuerlichen Ansässigkeit (als Korrelat zum Wohnsitz einer natürlichen Person) unterscheidet.¹⁸² Die Klarstellung, ob eine offene oder eine versteckte Diskriminierung vorliegt, könne deswegen Konsequenzen haben, weil nach der gemeinschaftsrechtlichen Dogmatik offene Diskriminierungen nur durch die Gründe des Art 46 EG gerechtfertigt werden könnten, während versteckte Diskriminierungen durch eine weitere Palette von Gründen gerechtfertigt werden könnten.¹⁸³

Die eingangs besprochenen Fälle *Segers*, *Centros* und *Überseering* unterscheiden sich von diesem Fallrecht dadurch, dass sich der Hauptverwaltungssitz und die Hauptniederlassung dieser Gesellschaften im Inland befanden, während die Gesellschaft nach ausländischem Gründungsrecht entstanden war und ihren Satzungssitz im Ausland hatte. Die Diskriminierung ausschließlich nach dem Satzungssitz bzw. Gründungsrecht hatte sich in dieser Deutlichkeit soweit ersichtlich erstmals bei *Segers* gestellt. In *Centros* könnte man sowohl argumentieren, dass es sich um eine Diskriminierung (bei der Eintragung von Zweigniederlassungen) handelte, als auch dass es um eine Beschränkung ging (kein Tätigwerden ohne Nachweis eines eingezahlten Mindestkapitals). Jedenfalls war auch in *Centros* der einzige Unterschied - und damit der einzige Anknüpfungspunkt für eine Diskriminierung - zu einer in Dänemark tätigen Kapitalgesellschaft dänischen Rechts das ausländische Gründungsrecht bzw. der damit einhergehende ausländische Satzungssitz. Aus wirtschaftlicher Sicht ging es in diesen drei Fällen nicht darum, eine zusätzliche wirtschaftliche Präsenz in einem anderen Mitgliedstaat zu schaffen. *Segers*, *Centros* und *Überseering* behandeln daher neue Aspekte der Niederlassungsfreiheit.

2.3. Nichtdiskriminierende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit?

Die Grenzziehung zwischen offen oder versteckt diskriminierenden Maßnahmen auf der einen Seite und unterschiedslosen Beschränkungen auf der anderen Seite ist oft nicht ganz einfach. Im folgenden soll an der Judikatur des EuGH zur

182 *Edwards, V.*, EC Company Law, 362 ff.

183 So *Edwards, V.*, EC Company Law, 363; ebenso *Roth, W.-H.*, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in *Schön (Hrsg.)*, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk (1997), 729 (731). Andere Kommentatoren vertreten die Ansicht, dass zwischen Diskriminierung, sei sie offen oder versteckt, auf der einen Seite und Beschränkung auf der anderen Seite zu unterscheiden ist: so *Wathelet*, Yearbook of European Law 2001, 1 (6 und 11); *Craig/ De Búrca*, EU Law, 627 ff. und 774 ff. mit Judikaturnachweisen. Der EuGH selbst scheint oft keine deutliche Trennung vorzunehmen.

Niederlassungsfreiheit natürlicher Personen dargestellt werden, welche Entscheidungen gerne als Beleg dafür zitiert werden, dass das Niederlassungsrecht nicht nur als Diskriminierungsverbot sondern auch als Beschränkungsverbot zu verstehen ist.

Niederlassungsfreiheit bei natürlichen Personen als Beschränkungsverbot?

Im Fall *Klopp*¹⁸⁴ wurde einem deutschen Rechtsanwalt die Zulassung in Paris verweigert mit der Begründung, dass er bereits über eine Kanzlei in einem anderen Mitgliedstaat verfügte. Die Statuten der Pariser Rechtsanwaltskammer sahen ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit vor, dass ein Rechtsanwalt nur eine Kanzlei haben durfte, die sich im Bezirk desjenigen Gerichts befinden musste, in dem er zugelassen war. Der EuGH führte zwar aus, dass jeder Mitgliedstaat berechtigt sei, die Berufsausübung auf seinem Staatsgebiet zu regeln, doch könne von einem Rechtsanwalt, der in diesem Mitgliedstaat praktizieren wollte, nicht verlangt werden, dass er gemeinschaftsweit nur eine Kanzlei haben dürfe. Art 52 EGV (jetzt Art 43 EG) garantiere ausdrücklich die Freiheit, mehr als eine Arbeitsstätte in der Gemeinschaft zu errichten. Es gebe angesichts moderner Kommunikations- und Transportmöglichkeiten gelindere Mittel um sicherzustellen, dass Rechtsanwälte für Klienten und Behörden ausreichend erreichbar sind und sich an die Standesregeln halten.

Ebenso entschied der EuGH in Fällen, wo es um das Erfordernis einer einzigen Praxis für Ärzte¹⁸⁵ und Wirtschaftsprüfer¹⁸⁶ ging.

Die Kommentarliteratur ist vorsichtig, aus diesen Entscheidungen zu Zweitniederlassungen den Schluss zu ziehen, dass es sich bei der Niederlassungsfreiheit um ein umfassendes Beschränkungsverbot handle. Die Möglichkeit zur Gründung von Zweitniederlassungen ergibt sich ja direkt aus dem Wortlaut des Art 43 Absatz 1 Satz 2 EG (früher Art 52 Absatz 1 Satz 2 EGV). Man könne daher aus diesen Entscheidungen nur ein punktuelles Beschränkungsverbot herleiten.¹⁸⁷

184 Rs. 107/83, *Ordre des Avocats au Barreau de Paris / Klopp*, EuGH Slg. 1984, 2971

185 Rs. 96/85, *Kommission / Frankreich*, EuGH Slg. 1986, 1475 und Rs. C-351/90, *Kommission / Luxemburg*, EuGH Slg. 1992, I-3945

186 Rs. C-106/91, *Claus Ramrath / Ministre de la Justice und l'Institut des réviseurs d'entreprises*, EuGH Slg. 1992, I-3351

187 So *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV - nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, 355; *Craig/ De Búrca*, EU Law, 745.

In den Fällen *Stanton*¹⁸⁸, *Wolf*¹⁸⁹ und *Kemmler*¹⁹⁰ entschied der EuGH, dass Art 52 EGV (jetzt Art 43 EG) es einem Mitgliedstaat verwehrt, von einer Person Beiträge an seine nationale Sozialversicherung für Selbständige zu verlangen, wenn diese Person bereits in ihrem Wohnsitzstaat sozialversichert sei und ihr die zusätzliche Sozialversicherungspflicht keine weitergehende Deckung bringe. Obwohl die Sozialversicherungspflicht im Mitgliedstaat der Zweitniederlassung unterschiedslos für eigene selbständig erwerbstätige Staatsangehörige und für selbständig erwerbstätige Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten gelte, hindere sie die Verfolgung wirtschaftlicher Aktivitäten in mehr als einem Staat. Hier wird die Eröffnung einer Zweitniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat durch die dadurch ausgelöste doppelte Sozialversicherungsbelastung erschwert. Zum einen könnte man sagen, dass wieder punktuell nur das Recht auf eine Zweitniederlassung geschützt wird¹⁹¹, zum anderen könnte man noch immer von einer Diskriminierung im Vergleich zu den eigenen Staatsangehörigen sprechen, die nur einfach und nicht doppelt sozialversicherungspflichtig sind. In den Fällen *Auer*¹⁹², *Gullung*¹⁹³ und *Gebhard*¹⁹⁴ scheint der EuGH von einem umfassenden Beschränkungsverbot auszugehen.

Gebhard betraf einen deutschen Staatsangehörigen, gegen den in Mailand ein Disziplinarverfahren angestrengt wurde, weil er als Rechtsanwalt auf permanenter Basis und in eigenen Räumlichkeiten tätig war und die Berufsbezeichnung *avvocato* führte, obwohl er nicht Mitglied der Rechtsanwaltskammer Mailand war und seine Qualifikationen in Italien nicht förmlich anerkannt

188 Rs. 143/1987, *Stanton / INASTI (Institut National d'Assurances Sociales pour Travailleurs Indépendants)*, EuGH Slg. 1988, 3877

189 Rs. 154-155/87, *RSVZ / Wolf*, EuGH Slg. 1988, 3897

190 Rs. C-53/95, *INASTI / Kemmler*, EuGH Slg. 1996, I-704

191 So *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV - nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, 355

192 Rs. 271/82, *Auer / Ministère Public*, EuGH Slg. 1983, 2727: Hier ging es um ein Eintragungserfordernis, das aber als gerechtfertigt angesehen wurde zur Sicherstellung der Beachtung moralischer und ethischer Prinzipien und zur Sicherstellung der disziplinierten Aufsicht über die Tätigkeit.

193 Rs. 292/86, *Gullung / Conseil de l'Ordre des Avocats*, EuGH Slg. 1988, 111: Der EuGH hielt einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit bei einer unterschiedslos auf eigene Staatsangehörige und auf Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten anwendbaren Regelung für möglich, wenn diese nicht objektiv gerechtfertigt werden konnte. Im konkreten ging es um die Verpflichtung für alle in einem Mitgliedstaat praktizierenden Rechtsanwälte, sich in das dortige Rechtsanwaltsverzeichnis eintragen zu lassen.

194 Rs. C-55/94, *Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EuGH Slg. 1995, I-4165

worden waren. Der EuGH judizierte: “Nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, müssen vier Voraussetzungen erfüllen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.”¹⁹⁵

Obwohl die Formulierung des EuGH davon auszugehen scheint, dass auch solche Regelungen gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen können, die nicht einmal versteckt diskriminieren, kann der Sachverhalt in *Gebhard* als versteckte Diskriminierung interpretiert werden. So werden sich die Zulassungsvoraussetzungen für Rechtsanwälte in Mailand eher zum Nachteil anderer Staatsangehöriger auswirken.¹⁹⁶ Der Fall *Gebhard*, so wurde angemerkt¹⁹⁷, hätte auch unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH in *Vlassopoulou* gelöst werden können, wo der EuGH eine Diskriminierung darin gesehen hatte, dass ein Mitgliedstaat die Gleichwertigkeit der in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Qualifikationen nicht geprüft hatte: Herr *Gebhard* war zwar ein in Deutschland ausgebildeter Rechtsanwalt, war jedoch bereits mehrere Jahre in Italien in einer Kanzlei als Angestellter tätig gewesen.

Noch einmal Futura Participations

Einen Ansatzpunkt für ein Verständnis der Niederlassungsfreiheit als umfassendes Beschränkungsverbot könnte man in der oben in Kapitel 2.2. besprochenen Entscheidung *Futura Participations*¹⁹⁸ erblicken.¹⁹⁹ Dort ging es unter anderem um die Verpflichtung für die Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften in Luxemburg, zusätzlich zu den nach den Regeln des Sitzstaats der Muttergesellschaft zu führenden Aufzeichnungen für die Zweigniederlassung auch solche nach Luxemburger Recht zu führen. Die nach Luxemburger Recht geführten Aufzeichnungen mussten in Luxemburg (als dem Staat der Zweigniederlassung) aufbewahrt werden. Das Erfordernis der Buchführung und

195 Leitsatz

196 *Craig/ De Búrca*, EU Law, 748

197 *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV - nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, 357

198 Rs. C-250/95, *Futura Participations SA und Singer / Administration des Contributions*, EuGH Slg. 1997, I-2471

199 So *Edwards, V.*, EC Company Law, 364 ff.

Buchaufbewahrung galt somit sowohl für steuerlich nichtansässige, nur mit einer Zweigniederlassung in Luxemburg vertretene, Gesellschaften als auch für steuerlich ansässige Gesellschaften. Der EuGH befand diese Verpflichtung im Hinblick auf die steuerlich nichtansässigen Gesellschaften für unvereinbar mit Art 52 EGV (jetzt Art 43 EG). Meines Erachtens lässt sich aber auch hier argumentieren, dass eine Diskriminierung steuerlich nichtansässiger Gesellschaften vorliegt, weil diesen eine buchhalterische Mehrbelastung aufgebürdet wird, ohne dass die Gleichwertigkeit der bereits nach dem Recht des Hauptsitzstaats erfüllten Buchaufzeichnungs- und Buchaufbewahrungspflichten berücksichtigt wird. Schließlich trifft die steuerlich ansässigen Gesellschaften nur die Pflicht nach Luxemburger Recht, während die steuerlich nichtansässigen Gesellschaften sowohl die Pflicht nach dem Recht des Herkunftsstaats als auch die Pflicht nach Luxemburger Recht treffen würde.

Kommission / Deutschland (Arbeitskräfteüberlassung im Baugewerbe)

Im Fall *Kommission / Deutschland*²⁰⁰ entschied der EuGH: “Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 52 und 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 43 EG und 49 EG) verstoßen, dass sie gesetzlich festgelegt hat, dass in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Bauunternehmen a) [...] b) [...] c) in Deutschland keine Zweigniederlassung gründen können, die als Baubetrieb gilt, wenn deren Personal ausschließlich mit Verwaltungs- und Vertriebsaufgaben, Planungs-, Überwachungs- und/ oder Lohnarbeiten betraut ist, sondern diese Niederlassung im deutschen Arbeitsgebiet dazu Arbeitnehmer beschäftigen muss, die zu über 50% der betrieblichen Gesamtarbeitszeit bauliche Leistungen erbringen.”²⁰¹

Die Kommission hatte geltend gemacht, dass nach deutschem Recht nur die Unternehmen, in denen die Arbeitnehmer zu über 50% der betrieblichen Gesamtarbeitszeit bauliche Leistungen erbrachten, als Betriebe des Baugewerbes anerkannt wurden. Die Anerkennung als Betrieb des Baugewerbes war aber Voraussetzung dafür, dass Betriebe gewerblich Arbeitnehmer überlassen durften. Die deutschen Niederlassungen von deutschen Bauunternehmen waren nach dem Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe und dem Tarifvertrag

200 Rs. C-493/99, *Kommission / Bundesrepublik Deutschland*, Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2001, Schlussantrag des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer vom 5. April 2001; beides verfügbar unter www.curia.eu.int

201 Urteilstenor; Die Punkte **a)** und **b)** betreffen die Verstöße gegen die Dienstleistungsfreiheit und müssen zum Verständnis des in **c)** bejahten Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit nicht unbedingt erläutert werden.

über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe stets als Betriebe des Baugewerbes anzusehen, selbst wenn sie für sich gesehen nicht die Regel erfüllten, dass die Arbeitnehmer zu mindestens 50% der betrieblichen Gesamtarbeitszeit bauliche Leistungen erbrachten.²⁰² Diese Regelungen machten die Gründung von Zweigniederlassungen in Deutschland für die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Bauunternehmen, die ihre deutsche Zweigniederlassung nur mit Verwaltungspersonal oder technischem oder kaufmännischem Personal besetzen wollten, das für die Werbung oder die Erschließung von Projekten zuständig war, uninteressant. Denn wenn ein Auftrag hereinkommen sollte, würde eine solche Zweigniederlassung, da sie nicht als Betrieb des Baugewerbes angesehen würde, die erforderlichen Arbeiten durch Überlassung von Arbeitnehmern anderer Zweigniederlassungen oder des Hauptsitzes des Unternehmens nicht ausführen können, wenn diese in anderen Mitgliedstaaten als der Bundesrepublik Deutschland ansässig wären.²⁰³ Der Generalanwalt würdigte den Sachverhalt als verschleierte Diskriminierung, weil die Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die sich in Deutschland niederlassen wollten, gezwungen seien, eine bestimmte Form der Niederlassung zu wählen und auf die Gründung von Zweigniederlassungen mit technischem und kaufmännischem Personal zu verzichten. Erhielten sie einen Auftrag, könnten sie die Arbeiten nicht durch einen Rückgriff auf Arbeitnehmer aus anderen Zweigniederlassungen oder der Muttergesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, ausführen, sondern müssten dazu über eine Betriebsstätte in Deutschland verfügen, die Bauarbeiter beschäftigte.²⁰⁴ Die deutsche Regierung hatte die Gesetzeslage damit zu rechtfertigen versucht, dass die Beschränkungen bei der Arbeitnehmerüberlassung im Baubereich die Rechte der Arbeitnehmer und ihren sozialen Schutz sicherstellen wollten, die durch Missbräuche in dem prekären Beschäftigungsbereich des Baugewerbes gefährdet seien.²⁰⁵ Der Generalanwalt hielt nur eine Rechtfertigung aus den Gründen des Art 46 EG (früher Art 56 EGV) für möglich (und verneinte sie letztendlich).²⁰⁶ Der EuGH sah die Regelungen hingegen nicht klar als diskriminierend an: “[...] kann es dahinstehen, ob, [...], die Bestimmungen der beiden in Randnummer 26 genannten Tarifverträge eine diskriminierende Wirkung zulasten der Bauunter-

202 Nach dem Vorbringen der deutschen Regierung sollte dem vorgebeugt werden, dass Arbeitnehmer aus dem Baugewerbe durch eine Umstrukturierung ihres Unternehmens aus den Tarifverträgen dieses Sektors ausscheiden.

203 Vgl. dazu die Punkte 25 bis 29 des Urteils.

204 Punkt 23 des Schlussantrags

205 Punkt 25 des Schlussantrags

206 Punkt 32 des Schlussantrags

nehmen haben, die in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässig sind, denn die in der vorstehenden Randnummer genannte Regelung behindert jedenfalls die Niederlassungsfreiheit, was [die] Gründung von Zweigniederlassungen dieser Unternehmen anbelangt. Zum einen erschwert diese Regelung den Zugang dieser Bauunternehmen zum deutschen Markt, da sie die Qualifizierung ihrer deutschen Zweigniederlassungen als Betriebe des Baugewerbes von Kriterien abhängig macht, die diese Zweigniederlassungen nur schwer erfüllen können. [...]”²⁰⁷ Die Rechtfertigung gelang nicht, weil “keine anderen zwingenden Gründe des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung der festgestellten Behinderung geltend gemacht werden”²⁰⁸, die den EuGH überzeugt hätten.

Obwohl der Sachverhalt als Diskriminierung gedeutet werden kann, sprechen doch die Ausführungen des EuGH dafür, dass auch nichtdiskriminierende Behinderungen die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen können und in der Folge durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden müssen. Dieser Fall passt ins Schema des punktuellen Beschränkungsverbots (in Bezug auf Zweitniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten), sodass man aus dieser Entscheidung jüngeren Datums wieder nicht mit Sicherheit auf ein umfassendes Beschränkungsverbot schließen kann.

Stellungnahme

*Roth*²⁰⁹ unterscheidet für die Interpretation der Niederlassungsfreiheit zwischen der Freiheit des Marktzugangs und der Marktgleichheit: Während die Freiheit des Marktzugangs mittels des Beschränkungsverbots durchgesetzt wird, sichert das Diskriminierungsverbot das Prinzip der Marktgleichheit. Die Sicherung des Marktzugangs erfordere Liberalisierung der die grenzüberschreitende Standortwahl hemmenden Faktoren und impliziere, dass Marktzugang nicht nur für bestimmte Organisationsformen gewährt wird, sondern eine wirtschaftliche Einheit jedweder Art gebildet werden kann. Die Freiheit des Marktzugangs werde nicht schon durch Gewährung der Inländerbehandlung gewährleistet. Als Beispiel führt *Roth* das Verbot der Zweitniederlassung, das Gebot, für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit den Hauptsitz in das Inland zu verlegen, Bedürfnisprüfungen und gewerbe- oder berufsrechtliche Regelungen mit Anforderungen an die Dauer und Qualität der dafür zu erbringenden Nachweise

207 Punkte 31 und 32 des Urteils

208 Punkt 37 des Urteils

209 *Roth, W.-H.*, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in *Schön (Hrsg.)*, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 737 ff.

an.²¹⁰ Marktzugangssperrenden Charakter entfalteten auch alle Vorschriften des Aufnahmestaats, die zu einer Doppelregelung einer Tätigkeit bzw. zu einer Doppelbelastung führten, wie zum Beispiel die Pflicht zur Leistung von Abgaben an die Sozialversicherung im Aufnahmestaat.²¹¹ Sei der Marktzugang gesichert, könne es im Ergebnis nur darauf ankommen, Wettbewerbsgleichheit zwischen den Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten und den eigenen Staatsangehörigen bzw. Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat und mit Sitz im Inland sicherzustellen. Für die Absicherung einer solchen Wettbewerbsgleichheit reiche dann allerdings eine Anwendung des Diskriminierungsverbots (wenn und soweit es versteckte Diskriminierungen umfasst) aus.²¹²

In die gleiche Richtung geht der Ansatz von *Weiler*²¹³ zur Warenverkehrsfreiheit. Gestützt auf die Entscheidung *Keck*²¹⁴ schlägt *Weiler* eine Unterscheidung danach vor, ob die nationalen Vorschriften den Zugang zum Markt versperren - in einem solchen Fall müssen sie vom betreffenden Mitgliedstaat gerechtfertigt werden können - oder nicht. Vorschriften, die nicht den Marktzutritt regeln sondern nur den Markt regulieren (sei es Verkaufsmodalitäten oder andere) würden hingegen von den Grundfreiheiten nicht erfasst, solange sie nicht diskriminieren.²¹⁵ Als Beispiele für nationale Vorschriften, die den Marktzutritt nicht behindern, können Verkaufsmodalitäten oder Regelungen von Öffnungszeiten für Geschäfte dienen.²¹⁶

210 *Roth, W.-H.*, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in *Schön (Hrsg.)*, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 737 ff.

211 *Roth, W.-H.*, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in *Schön (Hrsg.)*, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 738

212 *Roth, W.-H.*, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in *Schön (Hrsg.)*, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 738

213 *Weiler*, The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods, in *Craig/ De Búrca (Hrsg.)*, The Evolution of EU Law, 349 (372)

214 Rs. C-267 und 268/91, *Strafverfahren gegen Keck und Mithouard*, EuGH Slg. 1993, I-6097, wo der EuGH ausgesprochen hatte, dass nationale Vorschriften betreffend Verkaufsmodalitäten nicht unter den Begriff der Beschränkung fielen, solange diese nicht zwischen heimischen und importierten Produkten diskriminierten.

215 *Weiler*, The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods, in *Craig/ De Búrca (Hrsg.)*, The Evolution of EU Law, 349 (372)

216 Vgl. etwa die Entscheidung des EuGH vom 20. Juni 1996, verbundene Rs. C-418 bis 421 und 460 bis 462, 464/93 und 9 bis 11, 14, 15, 23, 24, 332/94, *Semeraro Casa Uno Srl*, EuGH Slg. 1996, I-2975; Es ging um die Regelung von Öffnungszeiten für den Einzelhandel an Sonn- und Feiertagen. Die *Semeraro Casa Uno Srl* betrieb große Einkaufszentren, die meist

2.4. Behinderung inländischer (nach inländischem Recht gegründeter) Gesellschaften? - Die Wegzugsproblematik

Das vielleicht stärkste Argument dafür, dass die Niederlassungsfreiheit mehr als ein Diskriminierungsverbot hinsichtlich ausländischer Staatsangehöriger ist und nicht nur beim Marktzugang ausländischer Staatsangehöriger als Beschränkungsverbot zu verstehen ist, ist die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit gegenüber dem eigenen Staat. Eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, verstanden als Inländergleichbehandlung, kann hier nicht geltend gemacht werden. Welche Möglichkeiten haben Inländer, beschränkende innerstaatliche Regelungen unter Berufung auf die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit anzufechten?

In den oben in Kapitel 1.4. beschriebenen Fällen zur Umgehung des nationalen Rechts unter Berufung auf das Gemeinschaftsrecht wird das Problem der "Inländerdiskriminierung" ebenfalls sichtbar. Grundsätzlich ist es gemeinschaftsrechtlich zulässig, Inländer schlechter als Angehörige anderer Mitgliedstaaten zu behandeln, weil die Grundfreiheiten in erster Linie bezwecken, Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten im Vergleich zu den eigenen Staatsangehörigen nicht zu benachteiligen. Man könnte auch sagen, dass es bei Inländern am Gemeinschaftsbezug fehlt, wenn diese im eigenen Land unternehmerisch tätig werden. Für die Verwirklichung eines Marktes, der durch die politischen Staatsgrenzen nicht beeinträchtigt wird, ist das jedoch nicht ausreichend. Daher sollen nicht nur die Situation fremder Staatsangehöriger im Inland, sondern auch die grenzüberschreitende Tätigkeit durch das Gemeinschaftsrecht geschützt und die sich aus der Überschreitung der Grenze ergebenden zusätzlichen Belastungen beseitigt werden. Daraus lässt sich zusätzlich ableiten, dass ein Mitgliedstaat seinen eigenen Staatsangehörigen den Wegzug aus seinem Territorium nicht verbieten darf. Es gilt nun herauszufinden,

am Stadtrand angesiedelt waren. Die *Semeraro Casa Uno Srl* argumentierte, dass durch das Ladenöffnungsverbot an Sonn- und Feiertagen die Warenverkehrsfreiheit sowie ihre Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit verletzt seien. Sie vertreibe nämlich hauptsächlich importierte Waren und erwirtschaftete einen Großteil ihrer Einnahmen aus der Verkaufstätigkeit an Sonn- und Feiertagen, wenn kleinere Händler, die näher am Kunden angesiedelt waren und hauptsächlich heimische Produkte vertrieben, geschlossen hielten. Der EuGH führte jedoch aus, dass die Ladenschlusszeiten für alle Einzelhändler auf italienischem Gebiet Anwendung fänden und nicht den Zweck hätten, die Bedingungen für die Niederlassung von Unternehmen zu regeln. Die beschränkenden Auswirkungen, die sie für die Niederlassungsfreiheit haben könnten, seien zu ungewiss und zu mittelbar, als dass die in ihnen aufgestellten Verpflichtungen als geeignet angesehen werden könnten, diese Freiheit zu behindern. (Punkt 32 des Urteils)

ob und welche weiteren Einschränkungen die Regelungshoheit eines Staats gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen durch das Gemeinschaftsrecht erfahren hat.

Fearon

Im Fall *Fearon*²¹⁷ ging es um irische Regelungen, wonach Gesellschaften als Eigentümer von Agrargrundstücken nur dann nicht enteignet wurden, wenn die Gesellschafter auf diesen Grundstücken ansässig waren. Dadurch sollten Spekulationen mit landwirtschaftlichen Grundstücken unterbunden werden. Die Gesellschaft *Robert Fearon & Co. Limited* war eine Gesellschaft irischen Rechts mit Satzungssitz in Irland, die sich gegen die Verweigerung der Ausnahme von der Enteignungspflicht wehrte. Einige der Gesellschafter der *Robert Fearon & Co. Limited* lebten nämlich in England. Der EuGH führte aus, dass *Robert Fearon & Co. Limited* für die Zwecke des Art 58 EG-Vertrag (jetzt Art 48 EG) eine irische Gesellschaft sei und sich daher in Irland nicht auf das Niederlassungsrecht berufen könne, welches Gesellschaften gewährt werde, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet seien. Der EuGH prüfte den Fall auch unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der Gesellschafter und kam zu dem Schluss, dass das Ansässigkeitserfordernis, das die Beteiligung an einer Gesellschaft beschränke, nicht gegen Art 52 EGV (jetzt Art 43 EG) verstoße, weil es auf eigene und fremde Staatsangehörige gleich angewendet werde und ein legitimes nationales Regelungsziel verfolge.

Daily Mail

Im Fall *Daily Mail*²¹⁸ ging es um die Verlegung des Sitzes der Geschäftsleitung einer Gesellschaft aus ihrem Gründungsstaat. *Daily Mail* wurde in der Kommentarliteratur oft in Verbindung mit *Centros* zitiert, wobei einige Kommentatoren die beiden Entscheidungen als miteinander unvereinbar betrachteten.²¹⁹

Die *Daily Mail and General Trust plc*, eine Gesellschaft britischen Rechts, beantragte die Zustimmung des britischen Finanzministeriums zur Verlegung

217 Rs. 182/83, *Robert Fearon and Co. / Irish Land Commission*, EuGH Slg. 1984, 3677

218 EuGH vom 27. September 1988, Rs. 81/87, *The Queen / H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, EuGH Slg. 1988, 5483

219 *Bachner/ Winner*, GesRZ 2000, 73 (79); *Roussos*, European Business Law Review 2001, 7 (14): "Centros and Daily Mail compared: a clear contradiction"; zweifelnd an der Vereinbarkeit von *Centros* und *Daily Mail*: *Kieninger*, ZGR 1999, 724 (738 ff.)

des Sitzes ihrer Geschäftsleitung in die Niederlande. Hauptziel der beabsichtigten Verlegung des Sitzes der Geschäftsleitung war es, nach Errichtung des steuerlichen Sitzes in den Niederlanden einen erheblichen Teil der Wertpapiere aus ihrem Betriebsvermögen zu verkaufen, ohne hierfür die aus dem beträchtlichen Wertzuwachs dieser Papiere anfallenden Steuern entrichten zu müssen. Die *Daily Mail and General Trust plc* war nach britischem Recht im Vereinigten Königreich steuerlich ansässig, weil sich ihre Geschäftsleitung im Vereinigten Königreich befand. Der Anknüpfungspunkt für die britische Steuerhoheit war also der Ort der Geschäftsleitung auf britischem Territorium.²²⁰ Nach Verlegung ihrer Hauptverwaltung in die Niederlande würde die Gesellschaft nicht mehr der britischen Steuerhoheit in Bezug auf den beabsichtigten Wertpapierverkauf unterliegen. Sie würde zwar danach der niederländischen Steuer unterliegen, die Besteuerung in den Niederlanden hätte jedoch nur den Teil der Wertsteigerung der Papiere erfasst, der nach der Verlegung des steuerlichen Sitzes angefallen wäre. Nach britischem Recht war für die Verlegung des steuerlichen Sitzes die Zustimmung des Finanzministeriums notwendig. Das Finanzministerium verlangte vor der Erteilung seiner Zustimmung den Verkauf eines wesentlichen Teils der Wertpapiere, der aber die Steuerpflicht ausgelöst hätte, zu deren Vermeidung die Sitzverlegung gerade erfolgen sollte. Die *Daily Mail and General Trust plc* argumentierte, dass Art 52 EGV (jetzt Art 43 EG) ihr das Recht gewähre, den Sitz ihrer Geschäftsleitung in die Niederlande zu verlegen, ohne zuvor die Zustimmung des britischen Finanzministeriums einholen zu müssen. Der Gerichtshof entschied: “Die Artikel 52 und 58 EWG-Vertrag [jetzt Art 43 und 48 EG] gewähren beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet ist und in diesem ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nicht das Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.”²²¹ Der EuGH erläuterte dazu: “Zwar sollen [die damaligen Art 52 und 58 EGV, jetzt Art 43 und 48 EG] ihrer Fassung nach insbesondere die Inländerbehandlung im Aufnahmemitgliedstaat sicherstellen, sie verbieten es aber auch dem Herkunftsstaat, die Niederlassung seiner

220 “central management and control”; Das britische Steuerrecht wurde nachfolgend geändert, sodass nunmehr zur Bestimmung der steuerlichen Ansässigkeit im Vereinigten Königreich zwei Anknüpfungspunkte dienen: Entweder ist die Gesellschaft nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründet worden oder es befindet sich ihre Hauptverwaltung (“central management and control”) im Vereinigten Königreich. (Diese Information entnehme ich *Edwards, V.*, EC Company Law, 376 in FN 10. *Edwards* beruft sich auf *Gammie, M.*, UK Company Residence: The New Rules [1988] Intertax 416 - von mir nicht nachgeprüft.)

221 Absatz 1 des Urteilstenors

Staatsangehörigen oder einer nach seinem Recht gegründeten, der Definition des Artikels 58 [jetzt Art 48 EG] genügenden Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat zu behindern. Wie die Kommission zu Recht ausgeführt hat, wären die in Artikel 52 [jetzt Art 43 EG] ff. gewährten Rechte sinnentleert, wenn der Herkunftsstaat Unternehmen verbieten könnte, auszuwandern, um sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen. [...]”²²² “Eine Gesellschaft macht vom Niederlassungsrecht im allgemeinen durch die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften Gebrauch, wie es in Artikel 52 Absatz 1 Satz 2 [jetzt Art 43 Absatz 1 Satz 2 EG] ausdrücklich vorgesehen ist. [...]”²²³ “Die britische Rechtsvorschrift, um die im Ausgangsverfahren gestritten wird, beschränkt solche Niederlassungsvorgänge in keiner Weise. Sie verhindert auch nicht die teilweise oder selbst vollständige Übertragung des Kapitals einer Gesellschaft britischen Rechts auf eine in einem anderen Mitgliedstaat neu gegründete Gesellschaft, gegebenenfalls nach Liquidierung und damit nach Abschluss der Steuerrechnung der britischen Gesellschaft. Die Zustimmung des Finanzministeriums ist nur für den Fall vorgeschrieben, dass diese Gesellschaft unter Beibehaltung ihrer Rechtspersönlichkeit und ihrer Eigenschaft als Gesellschaft britischen Rechts den Sitz ihrer Geschäftsleitung aus dem Vereinigten Königreich verlegen will. Im Gegensatz zu natürlichen Personen werden Gesellschaften aufgrund einer Rechtsordnung, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts aufgrund einer nationalen Rechtsordnung, gegründet. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, haben sie keine Realität. Hinsichtlich dessen, was für die Gründung einer Gesellschaft an Verknüpfung mit dem nationalen Gebiet erforderlich ist, wie hinsichtlich der Möglichkeit einer nach einem nationalen Recht gegründeten Gesellschaft, diese Verknüpfung nachträglich zu ändern, bestehen erhebliche Unterschiede im Recht der Mitgliedstaaten. [...] In einigen Staaten muß nicht nur der satzungsmäßige, sondern auch der wahre Sitz, also die Hauptverwaltung der Gesellschaft, im Hoheitsgebiet liegen; die Verlegung der Geschäftsleitung aus diesem Gebiet hinaus setzt somit die Liquidierung der Gesellschaft mit allen Folgen voraus, die eine solche Liquidierung auf gesellschafts- und steuerrechtlichem Gebiet mit sich bringt. Andere Staaten gestehen den Gesellschaften das Recht zu, ihre Geschäftsleitung ins Ausland zu verlegen, aber einige, unter ihnen das Vereinigte Königreich, beschränken dieses Recht; die rechtlichen Folgen der Verlegung, insbesondere auf steuerlichem Gebiet, sind in jedem Mitgliedstaat anders. Der EWG-Vertrag trägt diesen Unterschieden im nationalen Recht Rechnung. Bei der Definition der Gesellschaften, denen die

222 Punkt 16 des Urteils

223 Punkt 17 des Urteils

Niederlassungsfreiheit zugute kommt, in Artikel 58 EWG-Vertrag [jetzt Art 48 EG] werden der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung einer Gesellschaft als Anknüpfung gleich geachtet. In Artikel 220 EWG-Vertrag [jetzt Art 293 EG] ist, soweit erforderlich, der Abschluß von Übereinkommen unter den Mitgliedstaaten vorgesehen, um unter anderem die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Mitgliedstaat in einen anderen sicherzustellen. [...] Nach alledem betrachtet der EWG-Vertrag die Unterschiede, die die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung sowie der Möglichkeit und gegebenenfalls der Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes einer Gesellschaft nationalen Rechts von einem Mitgliedstaat in einen anderen aufweisen, als Probleme, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen; [...].²²⁴

Diese ausführliche Darstellung des Wortlauts des *Daily Mail* - Urteils hat zwei Gründe: Zum einen wird *Daily Mail* vom EuGH immer wieder als einschlägiges Judikat dafür zitiert, dass ein Mitgliedstaat seine Staatsangehörigen nicht am Wegzug hindern darf²²⁵, wenn auch im konkreten Fall die Beschränkung nicht gegen das Gemeinschaftsrecht verstieß. Das Verständnis der Niederlassungsfreiheit in *Daily Mail* geht damit über ein Diskriminierungsverbot hinaus, weil die Regelungsbefugnis eines Mitgliedstaats über seine eigenen Staatsangehörigen beschränkt sein kann. Zum zweiten - und dies leitet eigentlich einen Exkurs in diesem Kapitel ein - wurde *Daily Mail* als Bestätigung der Vereinbarkeit der deutschen Sitztheorie mit dem Gemeinschaftsrecht interpretiert²²⁶ und in der Folge als Widerspruch zum *Centros* - Urteil aufgefasst. An dieser Stelle soll daher zusammenfassend dargestellt werden, warum nach meiner Ansicht diese beiden Urteile miteinander vereinbar sind. Ich greife dabei vor allem auf die ausführliche Behandlung dieser Thematik durch die Autoren *Halbhuber*²²⁷ und *Brödermann*²²⁸ zurück, wobei ich mich dem Auslegungsergebnis von *Halbhuber* anschließe, das sogleich erläutert wird. Bevor ich dann meine Fallanalyse zur

224 Punkte 18 bis 23 des Urteils

225 So etwa in den weiter unten besprochenen Urteilen *ICI / Colmer, X AB und Y AB; Baars und AMID*.

226 Vgl. dazu etwa *Ebke*, JZ 1999, 656 (660); *Roth, W.-H.*, ZGR 2000, 311 (323); *Nemeth*, CML Rev. 2000, 1277 (1282)

227 *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH?, 27 ff. sowie CML Rev. 2001, 1385

228 *Brödermann* in *Brödermann/ Iversen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 119 ff.

Gemeinschaftsrechtskonformität der Regulierung des Wegzugs und der wirtschaftlichen Aktivitäten der eigenen Staatsangehörigen fortsetze, will ich meine eigenen Überlegungen zu *Daily Mail* anbringen.

Daily Mail als Bestätigung der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Sitztheorie?

Wie gesagt wurde *Daily Mail* von vielen deutschsprachigen Kommentatoren so verstanden, dass ein Mitgliedstaat berechtigt sei, nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaften nicht anzuerkennen, wenn diese keine tatsächlichen wirtschaftlichen Aktivitäten in ihrem Gründungsstaat ausübten. Diese Folgerung mag überraschend erscheinen, wenn man bedenkt, dass der EuGH in *Daily Mail* eigentlich nur ausgesprochen hatte, dass die steuerrechtliche Wegzugsbeschränkung nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fiel.²²⁹ Es wurde nicht diskutiert, ob oder wann die Niederlande als Zuzugsstaat die Anerkennung der britischen Gesellschaft verweigern durften. Warum wurde dieses Urteil dennoch als Bestätigung der Sitztheorie durch den EuGH aufgefasst?

Halbhuber untersucht die Urteilsbegründung darauf, ob sich ihr irgendwelche Hinweise auf die Anerkennung der Sitztheorie durch den EuGH entnehmen lassen.²³⁰ Die Zusammenstellung der wörtlichen Zitate deutschsprachiger Kommentatoren durch *Halbhuber*²³¹ ergibt, dass vor allem die folgenden Urteils-passagen als Bestätigung der Sitztheorie verstanden wurden: “Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, haben sie [nämlich die Gesellschaften] keine Realität.”²³² sowie “Hinsichtlich dessen, was für die Gründung einer Gesellschaft an Verknüpfung mit dem nationalen Gebiet erforderlich ist, [...] bestehen erhebliche Unterschiede im

229 So etwa *Craig/ De Búrca*, EU Law, 760: “[...] that case also indicates that there are limits to the freedom accorded under the Treaty to companies registered in one Member State to move to another Member State. In particular, the provisions on freedom of establishment do not give companies the right, without any restriction or impediment from the Member State in which they are registered, to move their registered office or their central management and control to another Member State, whilst retaining an establishment in the first Member State. That is not to say that a company does not have the right under Community law to move its registered office or its central place of administration, for example, to a State in which the tax position would be more favourable, but simply that it may, in doing so, be subject to the conditions laid down by the Member State from which it wishes to move. [...]”

230 *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH?, 33 ff.

231 *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH?, 39 bis 46

232 Punkt 19 des Urteils

Recht der Mitgliedstaaten. [...] In einigen Staaten muss nicht nur der satzungsmäßige, sondern auch der wahre Sitz, also die Hauptverwaltung der Gesellschaft, im Hoheitsgebiet liegen; [...].”²³³ und “Der EWG-Vertrag trägt diesen Unterschieden im nationalen Recht Rechnung. [...] In Artikel 220 EWG-Vertrag [jetzt Art 293 EG] ist, soweit erforderlich, der Abschluss von Übereinkommen unter den Mitgliedstaaten vorgesehen, um unter anderem die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Mitgliedstaat in einen anderen sicherzustellen.”²³⁴ Aus diesen Ausführungen des EuGH wurde abgeleitet, dass beim damaligen Stand des Gemeinschaftsrechts die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts erheblich voneinander abwichen und dass diese Unterschiede durch das Gemeinschaftsrecht nicht gelöst seien, sondern einer Lösung im Wege des Vertragsschlusses bedürften. Das Gesellschaftsstatut regelt nach deutscher Dogmatik nämlich nicht nur die Folgen der Verlegung des Hauptverwaltungssitzes einer nach deutschem Recht gegründeten Gesellschaft in das Ausland, sondern auch die Anerkennung der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften. Wenn der Gerichtshof nun ausgeführt hätte, dass jeder Mitgliedstaat sein Gründungsstatut für Gesellschaften unterschiedlich geregelt habe und dass der EG-Vertrag dies akzeptiere, so müsste man tatsächlich zu dem Schluss kommen, dass jeder Mitgliedstaat nicht nur die Gründung und die Liquidation seiner eigenen Gesellschaften bei der Änderung der jeweils relevanten Anknüpfungspunkte wie Satzungssitz oder Hauptverwaltungssitz regeln könne, sondern auch die Anerkennung von nach einer anderen Rechtsordnung gegründeten Gesellschaften nach seinen innerstaatlichen Anknüpfungsmomenten festsetzen könne. *Halbhuber* weist darauf hin²³⁵, dass der EuGH aber gerade nicht vom Begriff des “Personalstatuts einer Gesellschaft”, wie er sich im deutschen oder österreichischen IPR findet, ausgehe. Der EuGH spreche vielmehr ausschließlich davon, dass jeder Mitgliedstaat für die nach seinem Recht gegründeten Gesellschaften beliebig regeln könne, welche Folgen etwa die Verlegung des Hauptverwaltungssitzes für den Fortbestand der Gesellschaft als Gesellschaft nach dem Recht eben dieses Mitgliedstaats habe. Der EuGH beziehe sich in seinen Ausführungen ausschließlich auf die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten für die nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften. Dieses Auslegungsergebnis sieht *Halbhuber* insbesondere auch durch die Heranziehung der englischen Originalfassung und der französischen Version des Urteils bestätigt, wo es an den relevanten Stellen

233 Punkt 20 des Urteils

234 Punkt 21 des Urteils

235 Zu den folgenden Ausführungen vgl. *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH?, 32 ff.

heißt: “[...] companies are creatures of the law and, in the present state of Community law, creatures of national law. They exist only by virtue of the varying national legislation which determines their incorporation and functioning. [...] the legislation of the Member States varies widely in regard to both the factor providing a connection to the national territory required for the incorporation of a company and the question whether a company incorporated under the legislation of a Member State may subsequently modify that connecting factor. Certain states require that not merely the registered office but also the real head office, that is to say the central administration of the company, should be situated on their territory, [...] differences in national legislation concerning the required connecting factor and the question whether - and if so how - the registered office or real head office of a company incorporated under national law may be transferred from one Member State to another [...]”. In der französischen Version heisst es: “le lien de rattachement exigé pour leurs sociétés”.²³⁶ Aus diesen Formulierungen gehe klarer als aus der deutschen Version hervor, dass der Gerichtshof nur von den Unterschieden in den Gründungs- und Fortbestandsvoraussetzungen spricht, welche die Mitgliedstaaten für ihre eigenen Gesellschaften vorsehen.²³⁷

Zusammengefasst ist daher festzuhalten, dass *Daily Mail* keine Aussagen zur Anerkennung von nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat trifft.

Eigene Überlegungen zu Daily Mail

In *Daily Mail* war der Sitz der Geschäftsleitung, dh der Hauptverwaltungssitz, der Anknüpfungspunkt für die Steuerhoheit des Vereinigten Königreichs. Daher durfte dieser tatsächliche Verwaltungssitz nicht ohne Zustimmung des britischen Finanzministeriums geändert werden. Nach britischem Gesellschaftsrecht war es der *Daily Mail and General Trust plc* jedoch ohne weiteres möglich, ihre Geschäftsleitung ins Ausland zu verlegen und dabei ihre Rechtspersönlichkeit als Gesellschaft britisches Rechts aufrechtzuerhalten.

In *Daily Mail* spricht der EuGH davon, dass ein Mitgliedstaat seine Staatsangehörigen und die nach seinem Recht gegründeten Gesellschaften nicht

²³⁶ Diese Hervorhebungen finden sich bei *Halbhuber, Limited Company statt GmbH?*, 34 ff.. Vgl. auch die ausführliche sprachliche Analyse der einzelnen Urteilsversionen bei *Brödermann in Brödermann/ Iversen, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, 124 ff.

²³⁷ *Halbhuber, Limited Company statt GmbH?*, 36

daran hindern darf, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen.²³⁸ Die Verhinderung der Verlegung der Geschäftsleitung in die Niederlande beschränke jedoch das im EG-Vertrag niedergelegte Niederlassungsrecht nicht.²³⁹ Die Gesellschaft wurde nicht daran gehindert, in einem anderen Mitgliedstaat in einer beliebigen Rechtsform wirtschaftlich tätig zu werden. Es ging auch nach dem Sachverhalt nicht um einen Wegzug im Sinne eines "Sich Zurückziehens" aus dem wirtschaftlichen Geschehen im Gründungsstaat bzw. im Sinne einer Verlagerung der wirtschaftlichen Aktivitäten in einen anderen Mitgliedstaat. Es sollte lediglich der für die britische Steuerhoheit relevante Anknüpfungspunkt geändert werden, die Gesellschaft wollte sich das ihr am günstigsten erscheinende Steuerrecht aussuchen. Der EuGH hat aber in *Daily Mail* nach den dort gemachten Ausführungen nicht eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit auf ihre Rechtfertigung geprüft. Man gewinnt eher den Eindruck, dass die diskutierte Maßnahme als solche gar keine Beschränkung sei, die an der Niederlassungsfreiheit gemessen werden muss. Der EuGH hat als gemeinschaftsrechtskonform anerkannt, dass jeder Mitgliedstaat die für die direkte Besteuerung der Gesellschaften relevanten Bedingungen selbst festlegen kann, ebenso wie die Konsequenzen der Änderung dieser Anknüpfungspunkte (Auferlegung einer zu zahlenden Steuer, Auflösung der Gesellschaft). Der Gerichtshof hat dies allgemeiner formuliert, indem er davon sprach, dass Gesellschaften auf der Grundlage einer nationalen Rechtsordnung gegründet werden, die ihre Errichtung und Funktionsweise regelt.²⁴⁰

Man kann meines Erachtens *Daily Mail* so verstehen, dass die Niederlassungsfreiheit kein Recht zur beliebigen Änderung von Anknüpfungspunkten (wie zB der Sitz der Geschäftsleitung) gewährt, wenn die Begründung oder nachfolgende Änderung dieser Anknüpfungspunkte gemäß der nationalen Rechtsordnung gewisse Rechtsfolgen in solchen Bereichen nach sich zieht, die in die Regelungshoheit der Mitgliedstaaten fallen. Ist die nachträgliche Änderung der anwendbaren Steuerrechtsordnung nichts anderes als die Wahl des günstigsten Wirtschaftsstandorts, eine Wahl, die durch die Niederlassungsfreiheit generell ermöglicht werden soll, so unterliegt die wirtschaftliche Betätigung in gewissem Ausmaß der Regelungshoheit der einzelnen Mitgliedstaaten. Durch die Anerkennung der Gemeinschaftsrechtskonformität der steuerlichen Wegzugsbeschränkung in *Daily Mail* hat der EuGH für diesen Regelungsbereich - nämlich die Besteuerung stiller Reserven für im Vereinigten Königreich steuerlich ansässige Gesellschaften - implizit die britische Regelungshoheit anerkannt. Aus der vom

238 Punkt 16 des Urteils

239 Punkt 18 des Urteils

240 Punkt 19 des Urteils

EuGH verwendeten breiten Formulierung²⁴¹ könnte man den Schluss ziehen, dass der EuGH die Regelungshoheit der Mitgliedstaaten nicht nur für den Bereich des Steuerrechts, sondern auch für den Bereich des gesamten Gesellschaftsrechts – oder zumindest für die Gründung und Existenz von Gesellschaften - anerkannt hat. In der Folge wurde dann diskutiert, ob jeder Staat nur die nach seinem Recht gegründeten Gesellschaften regeln darf, oder ob er dies auch hinsichtlich der nach einem anderen Recht gegründeten Gesellschaften tun darf.

Aus *Daily Mail* läßt sich meines Erachtens gesichert nur ableiten, dass jeder Mitgliedstaat grundsätzlich für die nach seinem Recht gegründeten Gesellschaften die Gründung und das Fortbestehen regeln darf. Er darf grundsätzlich bei Verlegung des Hauptverwaltungssitzes der Gesellschaft in das Ausland die Liquidierung der Gesellschaft verfügen. Nicht so klar erscheint es mir, ob der Mitgliedstaat dies unbegründet tun darf, oder ob er dafür eine Rechtfertigung liefern muss. In *Daily Mail* hätte der britische Fiskus einige Steuermillionen verloren. Diese Rechtfertigung wurde vom EuGH aber gar nicht thematisiert, weil er zum Schluss die steuerliche Wegzugsbeschränkung von vornherein nicht unter die Niederlassungsfreiheit zu subsumieren schien. Keinesfalls kann man aus *Daily Mail* ableiten, dass der EuGH die Regelungshoheit eines Mitgliedstaats über Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet wurden, anerkannt hätte. Ein Mitgliedstaat könnte nicht unter Berufung auf *Daily Mail* einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft die Erfüllung seiner eigenen Gründungsvoraussetzungen auferlegen.²⁴² In *Daily Mail* wird dies nicht thematisiert, in *Centros* wird dies als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit betrachtet, der gerechtfertigt werden müsste.

Ich meine auch, dass *Daily Mail* nicht nur kollisionsrechtlich betrachtet werden sollte. *Daily Mail* deutet zwar in die Richtung, dass der Staat und nur der Staat, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde, deren Existenz und Fortbestehen regeln darf. Das läuft auf die Gründungstheorie hinaus. Zwingend ist dieser Schluss aber nicht. Zur Verdeutlichung folgende Spekulation: Wie

241 Punkte 19 und 20 des Urteils

242 Genauso sieht das offenbar auch der EuGH, wenn er in der Rechtssache *Überseering* in Punkt 72 des Urteils unter Berufung auf sein Urteil in *Daily Mail* ausführt: “[Der Gerichtshof wollte] den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit einräumen, die tatsächliche Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit in ihrem Hoheitsgebiet durch in anderen Mitgliedstaaten wirksam gegründete Gesellschaften, von denen sie annehmen, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in ihr Hoheitsgebiet verlegt haben, von der Beachtung ihres nationalen Gesellschaftsrechts abhängig machen.“ (Die Ergänzung in eckiger Klammer stammt von mir.)

wäre die rechtliche Beurteilung, wenn anstelle der *Daily Mail and General Trust plc* eine nach niederländischem Recht gegründete Gesellschaft mit Geschäftsleitung und (in Folge dessen) steuerlicher Ansässigkeit in England zwecks steuerschonender Auflösung ihrer stillen Reserven eine Verlegung ihrer Geschäftsleitung nach Amsterdam erwogen hätte? Das Zustimmungserfordernis des britischen Finanzministeriums würde die niederländische Gesellschaft in ihrer Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen, wobei die niederländische Gesellschaft aber genauso behandelt würde wie eine inländische (also nach britischem Recht gegründete) Gesellschaft mit steuerlicher Ansässigkeit im Vereinigten Königreich. Die Interessen des britischen Finanzministeriums wären die gleichen wie in *Daily Mail*. Wäre eine solche Beeinträchtigung gemeinschaftsrechtskonform? Die Argumentation, dass einige Staaten ihren Gesellschaften die Verlegung der Geschäftsleitung nur nach vorangegangener Liquidation oder Einholung der Zustimmung des Finanzministeriums gestatten, passt hier nicht, denn danach müsste ja das niederländische Gesellschaftsrecht als Gründungsrecht zur Anwendung gelangen. Ich glaube aber nicht, dass man aus *Daily Mail* folgern kann, dass das britische Recht insoweit unzuständig ist. Vielmehr wird man sagen können, dass in diesem Fall die Anerkennung der britischen Regelungskompetenz über den Fortbestand der niederländischen Gesellschaft gemeinschaftsrechtskonform ist. Das Auflösungsrecht ergibt sich daraus, dass die Veränderung des steuerlichen Anknüpfungspunktes entweder gar nicht als ein Recht der Gesellschaft von der Niederlassungsfreiheit umfasst ist, oder dass zwar diese Disposition der Gesellschaft von der Niederlassungsfreiheit umfasst ist, aber die beschränkende Maßnahme aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts gerechtfertigt ist. Für ersteres könnte man mit *Daily Mail* argumentieren, wo der EuGH die Ausübung der Niederlassungsfreiheit so charakterisiert, dass Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften gegründet werden oder dass die Gesellschaft an der Gründung einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat teilnimmt.²⁴³ Die beliebige Änderung des Besteuerungsregimes hingegen würde nicht darunterfallen. Es ist nicht notwendig, für diese fiktive Fallkonstellation eine Lösung zu finden. Ich wollte mit diesem Beispiel nur aufzeigen, dass oft keine einheitliche kollisionsrechtliche Lösung gefunden werden kann. Es kann einmal das Gründungsrecht, einmal das Recht des Staates des Verwaltungssitzes aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht zur Regelung des Fortbestandes einer Gesellschaft befugt sein.

Nun weiter in der Judikaturanalyse zur Beschränkung von nach inländischem Recht gegründeten Gesellschaften.

243 Punkt 17 des Urteils

ICI / Colmer

Im Fall *ICI / Colmer*²⁴⁴ ging es um die Frage, ob Art 52 EGV (jetzt Art 43 EG) mit den englischen Regelungen vereinbar war, wonach bestimmte steuerliche Vorteile für Gesellschaften, die im Konsortium an einer Holdinggesellschaft beteiligt waren, davon abhängig gemacht wurden, dass die Holdinggesellschaft ausschließlich oder hauptsächlich Beteiligungen an im Vereinigten Königreich ansässigen Gesellschaften hielt. Der EuGH verneinte die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit Art 52 EGV (jetzt Art 43 EG), obwohl es hier um die Inanspruchnahme von steuerlichen Vorteilen einer inländischen Gesellschaft gegenüber ihrem Gründungsstaat ging.

X AB und Y AB

In *X AB und Y AB*²⁴⁵ ging es ebenfalls um Unterschiede in der steuerlichen Behandlung von Übertragungen im Konzern. Je nachdem, in welchen Mitgliedstaaten die Tochtergesellschaften angesiedelt waren, war es der schwedischen Muttergesellschaft gestattet, bei Vermögensübertragungen zwischen ihr und der Tochter bestimmte Steuervorteile in Anspruch zu nehmen. Das schwedische Steuerrecht behandelte die schwedische Gesellschaft unterschiedlich in Abhängigkeit von der Ansässigkeit der betreffenden Tochtergesellschaft. Wiederum stellte der EuGH die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit dieser Regelungen fest.

Baars

In *Baars*²⁴⁶ ging es ebenfalls um steuerliche Ausnahmenvorschriften. Herr Baars war niederländischer Staatsangehöriger und alleiniger Gesellschafter einer in Irland niedergelassenen Gesellschaft irischen Rechts. Das niederländische Steuerrecht sah für Beteiligungen an Gesellschaften eine Ausnahme von der Vermögenssteuer vor, wenn diese Gesellschaften in den Niederlanden niedergelassen waren. Der EuGH sah darin einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Durch die Verweigerung des Steuervorteils für seine eigenen Staatsangehörigen, die in Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit eine Gesellschaft anstatt in den Niederlanden in einem anderen Mitgliedstaat gründeten,

244 Rs. C-264/96, *ICI / Colmer (HMIT)*, EuGH Slg. 1998, I-4695

245 Rs. C-200/98, *X AB und Y AB / Riksskatteverket*, EuGH Slg. 1999, I-8261

246 Rs. C-251/98, *C. Baars / Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, EuGH Slg. 2000, I-2787

verstieß die niederländische Rechtslage gegen Art 52 EGV (jetzt Art 43 EG). Da diese Regelungen für alle in den Niederlanden ansässigen steuerpflichtigen Personen gleich wirkten, kann man in ihr eine Beschränkung erblicken. Es werden nämlich Gesellschafter unterschiedlich behandelt, je nachdem ob sie von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen und außerhalb ihres Staates Gesellschaften gründen oder ob sie Gesellschaften im Inland gründen. Aus steuerlicher Sicht wird nämlich die Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat unattraktiv gemacht.

AMID

In *AMID*²⁴⁷ entschied der EuGH, dass die belgischen Steuerregelungen, wonach eine Gesellschaft innerstaatlichen Rechts mit Sitz im Inland einen im Vorjahr erlittenen Verlust nur dann vom steuerpflichtigen Gewinn des darauf-folgenden Jahres abziehen kann, wenn dieser Verlust nicht dem Gewinn des Vorjahres einer ihrer festen Betriebsstätten in einem anderen Mitgliedstaat zugeordnet werden konnte, insofern Artikel 52 EG-Vertrag (jetzt Art 43 EG) entgegenstand, als ein so zugeordneter Verlust in keinem der betroffenen Mitgliedstaaten vom steuerpflichtigen Einkommen abgezogen werden kann, während ein solcher Abzug sehr wohl möglich gewesen wäre, wenn sich die Betriebsstätten der Gesellschaft ausschließlich in dem Mitgliedstaat ihres Sitzes befinden würden.

Metallgesellschaft u.a.

In *Metallgesellschaft u.a.*²⁴⁸ sprach der EuGH aus, dass Artikel 52 EG-Vertrag (jetzt Art 43 EG) steuerrechtlichen Vorschriften des Vereinigten Königreichs entgegenstand, die den im Vereinigten Königreich ansässigen Gesellschaften die Möglichkeit gaben, für eine Besteuerungsregelung zu optieren, kraft derer sie auf Dividenden, die sie ihrer Muttergesellschaft zahlten, keine Steuervorauszahlung entrichten mussten, wenn die Muttergesellschaft ebenfalls im Vereinigten Königreich ansässig war; die Optierung für eine solche Besteuerungsregelung war jedoch nicht möglich, wenn die Muttergesellschaft ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hatte. Der EuGH sah es also als eine

247 Rs. C-141/99, *Algemene Maatschappij voor Investeren en Dienstverlening NV (AMID) / Belgischer Staat*, EuGH Slg. 2000, I-11619

248 Verbundene Rs. C-397/98 und C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd u. a. (C-397/98), Hoechst AG, Hoechst (UK) Ltd (C-410/98) / Commissioners of Inland Revenue, HM Attorney General*, Slg. 2001, I-1727

Beschränkung der Niederlassungsfreiheit an, wenn innerstaatliche Gesellschaften beim Zeitpunkt, zu dem die Steuer fällig wurde, unterschiedlich behandelt wurden, je nachdem, ob sie Dividenden an Muttergesellschaften mit Sitz im Inland oder an solche mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat auszahlten.

X und Y

In *X und Y*²⁴⁹ ging es um schwedische steuerrechtliche Vorschriften betreffend die unentgeltliche oder ermäßigte Übertragung von Vermögensgegenständen auf eine ausländische juristische Person, an der der Übertragende unmittelbar oder mittelbar Anteile besitzt, oder auf eine schwedische Gesellschaft, an der eine solche ausländische juristische Person beteiligt ist. Bei solchen Übertragungen wurde der Unterschiedsbetrag zwischen dem Marktwert des übertragenen Vermögens und den Anschaffungskosten besteuert. Dagegen unterlag die Übertragung von Vermögen zu einem ermäßigten Preis auf eine schwedische Gesellschaft ohne ausländische Anteilseigner nicht der sofortigen Besteuerung. Hier wurde der Gewinn aus der Differenz zwischen dem Marktwert und den Anschaffungskosten des ermäßigt übertragenen Vermögens erst dann besteuert, wenn der Übertragende seine Beteiligung an der das Vermögen erwerbenden Gesellschaft veräußerte. Im vorliegenden Fall wollten zwei natürliche Personen X und Y im Rahmen einer Umstrukturierung des Konzerns ihre Aktien an einer der Konzerngesellschaften zum Anschaffungswert auf eine andere Konzerngesellschaft übertragen. Die erwerbende Konzerngesellschaft war eine schwedische Gesellschaft, ihre Muttergesellschaft war eine belgische Gesellschaft, an der X und Y beteiligt waren. X und Y warfen die Frage auf, ob bei der Übertragung zu einem ermäßigten Preis auf eine schwedische Gesellschaft, an deren Anteilseigner X und Y beteiligt waren, die steuerrechtlichen Auswirkungen unterschiedlich sein konnten je nachdem, ob die erwerbende schwedische Gesellschaft ausländische Anteilseigner hatte oder nicht. Eine darauf abstellende unterschiedliche Behandlung könne nach dem Vorbringen von X und Y unter anderem im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit nicht aufrechterhalten werden. Die schwedische Regelung war so begründet worden, dass dem Risiko der Entziehung der Besteuerungsgrundlage begegnet werden sollte, etwa in dem Fall, wo ein Inhaber einer Aktiengesellschaft vor einem bevorstehenden Wegzug aus Schweden seine Aktien an dieser Gesellschaft zu einem herabgesetzten Preis auf eine ausländische Gesellschaft überträgt, die

²⁴⁹ EuGH 21. November 2002, Rs. C-436/00, *X und Y / Riksskatteverk*. Das Urteil und der Schlussantrag des Generalanwalts Jean Mischo vom 6. Juni 2002 sind im Internet unter www.curia.eu.int abrufbar.

ebenfalls in seinem Eigentum steht.²⁵⁰ Der EuGH sah eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darin, dass dem Übertragenden (in diesem Fall den natürlichen Personen X und Y) ein Steueraufschub versagt blieb und er den Nachteil geringerer liquider Mittel hinzunehmen hatte, wenn die erwerbende Gesellschaft, an der der Übertragende beteiligt war, in einem anderen Mitgliedstaat ansässig war. Dies könne den Übertragenden von der Wahrnehmung seines Rechts aus Art 43 EG (früher Art 52 EGV) abhalten, über eine Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat geschäftlich tätig zu werden. Ebenso würde Art 43 EG (früher Art 52 EGV) bedeutungslos, wenn man es zuließe, dass der Übertragende steuerlich ungünstiger behandelt würde, weil die Muttergesellschaft der erwerbenden Gesellschaft keine inländische (in diesem Fall schwedische), sondern eine ausländische (in diesem Fall belgische) Gesellschaft war. Die schwedische Steuerverwaltung (Riksskatteverk) hatte vorgebracht, dass im konkreten Fall eine Gefahr der Steuerhinterziehung bestehe und die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit missbräuchlich sei. Der EuGH erwiderte, dass der Ausschluss von der Steuervergünstigung allgemein auf dem Umstand beruhe, dass die Übertragung auf eine nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft oder auf eine von dieser in Schweden errichtete Tochtergesellschaft erfolgte. Ein solcher Vorgang allein stelle aber die Ausübung der vom Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit dar und könne als solcher nicht missbräuchlich sein.

²⁵⁰ Bei einem solchen Wegzug des Übertragenden würde Schweden möglicherweise in beiden möglichen Folgeszenarien das Besteuerungsrecht verlieren, nämlich sowohl dann, wenn die erwerbende ausländische Gesellschaft die unentgeltlich oder ermäßigt erworbenen Aktien veräußert (weil die im Ausland ansässige Gesellschaft in Schweden für diesen Vorgang nicht steuerpflichtig wäre), als auch dann, wenn der anschließend ins Ausland verzogene Übertragende seine Beteiligung an der erwerbenden ausländischen Gesellschaft veräußert (weil dann Schweden möglicherweise keinen Anspruch auf Besteuerung dieser Aktienveräußerung hätte). Wie der EuGH in Punkt 63 des Urteils anmerkt, besteht die Gefahr des Wegzugs des Übertragenden und das Risiko des Verlusts des schwedischen Besteuerungsanspruchs wohl genauso in den Fällen, wo die Aktien auf eine schwedische Gesellschaft ohne ausländische Anteilseigner übertragen werden. Das erste mögliche Nachfolgeszenario (die erwerbende ausländische Gesellschaft veräußert die Aktien bzw. die ausländische Muttergesellschaft der erwerbenden schwedischen Gesellschaft veräußert ihre Beteiligung an der schwedischen erwerbenden Gesellschaft) wird im Urteil nicht thematisiert.

Lankhorst-Hohorst GmbH

In *Lankhorst-Hohorst GmbH*²⁵¹ ging es um die Besteuerung von Zinsen, die eine deutsche Gesellschaft, die *Lankhorst-Hohorst GmbH*, an ihre niederländische Großmuttergesellschaft für die Gewährung eines Darlehens mit kapitaleretzendem Charakter bezahlte. Die Regelung des § 8a Abs 1 Nr 2 deutsches Körperschaftsteuergesetz (KStG) lief darauf hinaus, dass Zinsen, die von der gebietsansässigen Tochtergesellschaft als Vergütung für von einer gebietsfremden Muttergesellschaft stammendes Fremdkapital gezahlt wurden, als verdeckte Gewinnausschüttungen mit einem Steuersatz von 30% besteuert wurden, während Zinszahlungen einer gebietsansässigen Tochtergesellschaft an eine ebenfalls gebietsansässige Muttergesellschaft (bis auf einige Sonderfälle) als Betriebsausgaben und nicht als versteckte Gewinnausschüttungen behandelt wurden. Mit dieser Regelung des KStG sollten Steuerumgehungen bekämpft werden. Es wäre nämlich steuerlich vorteilhaft, eine Tochtergesellschaft über Darlehen und nicht über Kapitaleinlagen zu finanzieren. So würden nämlich die Gewinne der Tochtergesellschaft in Form von Zinsen auf die Muttergesellschaft übertragen und könnten bei der Berechnung des zu versteuernden Gewinns der Tochtergesellschaft abgezogen werden. Wäre die Muttergesellschaft eine im Inland ansässige unbeschränkt steuerpflichtige Gesellschaft, so würden die Zinszahlungen bei ihr zu steuerpflichtigen Einnahmen führen. Ist die Muttergesellschaft aber im Ausland ansässig, so würde die Steuerpflicht in ein anderes Land verlagert. Der EuGH entschied, dass eine solche vom Sitz der Muttergesellschaft abhängige unterschiedliche Behandlungsweise von gebietsansässigen Tochtergesellschaften eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellte, die nach Art 43 EG (früher Art 52 EGV) untersagt war. Durch diese Steuermaßnahme werde die Ausübung der Niederlassungsfreiheit für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Gesellschaften weniger attraktiv, weshalb diese auf den Erwerb, die Gründung oder die Beibehaltung einer Tochtergesellschaft in dem Mitgliedstaat, der diese Steuermaßnahme erlässt, verzichten könnten. Der EuGH wies auch darauf hin, dass Steuermindereinnahmen nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses anzusehen sind, mit dem eine Maßnahme gerechtfertigt werden kann, die grundsätzlich einer Vertragsfreiheit zuwiderläuft.

²⁵¹ EuGH 12. Dezember 2002, Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH / Finanzamt Steinfurt*. Das Urteil und der Schlussantrag des Generalanwalts Jean Mischo vom 26. September 2002 sind im Internet unter www.curia.eu.int abrufbar.

Stellungnahme

Die vorangegangenen Fälle (*ICI / Colmer, X AB und Y AB, Baars, AMID, Metallgesellschaft u.a., X und Y, Lankhorst-Hohorst GmbH*) haben gemeinsam, dass die vom EuGH als gemeinschaftsrechtswidrig eingestuften innerstaatlichen Regelungen die Entscheidung, Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten zu gründen, aus steuerlichen Gründen weniger attraktiv erscheinen ließen als die Gründung von Unternehmen mit Niederlassung im Inland. Je nachdem, ob die inländische Muttergesellschaft oder der im Inland ansässige Gesellschafter ihr/sein Unternehmen im Ausland ansiedelte bzw. im Ausland eine Gesellschaft nach dortigem Recht gründete, erfuhr sie/er durch ihren/seinen Heimatstaat eine unterschiedliche Behandlung. Die ungünstigere Behandlung durfte auch nicht darauf beruhen, dass die inländische Gesellschaft im Ausland ansässige bzw. nach ausländischem Recht gegründete Anteilseigner hatte.²⁵² Aus diesen Fällen wird deutlich, dass solche Formen des Wegzugs durch das innerstaatliche Recht nicht weniger vorteilhaft behandelt werden dürfen als die unternehmerische Niederlassung im Inland.

Erwähnenswert erscheint mir hier auch eine Entscheidung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) zur Berücksichtigung von Verlusten ausländischer Betriebsstätten.²⁵³ Der VwGH hat in dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und vertritt nunmehr die Ansicht, dass der Wohnsitzstaat Verluste aus ausländischen Betriebsstätten bei der Einkommensermittlung des Steuerpflichtigen im Inland berücksichtigen muss, selbst wenn die Gewinne dieser ausländischen Betriebsstätten aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens (DBA) befreit sind. Bisher wurden die DBAs mit Befreiungsmethode so interpretiert, dass sie nicht nur die Betriebseinnahmen der Betriebsstätte, sondern auch deren Betriebsausgaben aus der österreichischen Steuerbemessungsgrundlage herauslösten; und zwar auch dann, wenn die Betriebsausgaben die Betriebseinnahmen überstiegen, wenn sonach in der ausländischen Betriebsstätte ein Verlust erlitten worden war.²⁵⁴ Diese Auslegung war in der österreichischen Literatur als gemeinschaftsrechtswidrig kritisiert worden, der VwGH hat seine Judikatur nun im Sinne dieser Kritik

252 So in den Fällen *Metallgesellschaft u.a., X und Y* sowie *Lankhorst-Hohorst GmbH*.

253 VwGH vom 25. September 2001, 99/14/0217; zu finden im Volltext unter www.ris.bka.gv.at/vwgh/; vgl. dazu die folgenden Beiträge: *Zorn*, SWI 2001, 456; *Loukota, H.*, SWI 2001, 466; *Trenkwalder/ Firlinger*, SWI 2001, 514; *Lang*, SWI 2002, 86; *Bachl/Schima*, SWI 2002, 113

254 *Loukota, H.*, SWI 2001, 466

geändert. Die zugrundeliegenden Überlegungen sind folgende:²⁵⁵ Die Niederlassungsfreiheit erfasst nicht nur Diskriminierungen von Ausländern, sondern verbietet auch, dass der Herkunftsstaat die Niederlassung seiner Staatsangehörigen oder einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat ohne Rechtfertigungsgrund behindert. Ein Ausgleichsverbot für ausländische Verluste könnte eine solche unzulässige Behinderung darstellen. Berücksichtigt der ausländische Betriebsstättenstaat die Verluste in derselben oder in der Folgeperiode, so wäre der Steuerpflichtige mit Betriebsstättenverlusten im Ausland prinzipiell jenen Steuerpflichtigen gleichgestellt, die ausschließlich mittels inländischer Betriebsstätten Verluste erzielen. Der fehlende sofortige Verlustausgleich im Ansässigkeitsstaat bewirkt aber einen Liquiditäts- und Zinsnachteil gegenüber inländischen Betriebsstättenverlusten, der auch durch eine spätere Verlustberücksichtigung im Betriebsstättenstaat nicht ausgeglichen wird.²⁵⁶ Nunmehr wird ein voller Ausgleich der ausländischen Betriebsstättenverluste gewährt, sie werden somit wie inländische Betriebsstättenverluste behandelt. Für den Fall einer nachfolgenden tatsächlichen Verlustverwertung im Ausland erfolgt eine Nachversteuerung im Inland (die im Ausland in den Folgeperioden berücksichtigten Verluste werden im Inland bei der Steuerbemessungsgrundlage einkommenserhöhend einbezogen, um eine doppelte Verlustverwertung zu vermeiden).

3. Der Wettbewerb der Regulatoren im Binnenmarkt

3.1. Der Delaware-Effekt

Die Judikatur zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in Europa zeigt, dass die grenzüberschreitende Betätigung von Gesellschaften häufig steuerlich motiviert ist (*Daily Mail*) oder steuerliche Vorteile hat, die unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ausgenutzt werden können (weil die im günstigeren Steuerausland angesiedelte Betriebsstätte prinzipiell nicht schlechter behandelt werden darf als eine inländische Betriebsstätte). Die Steuerordnungen der

²⁵⁵ Siehe dazu *Trenkwalder/ Firlinger*, SWI 2001, 514 (518 ff.), diese zitieren dabei die von *Lechner* und *Tumpel* formulierte Kritik (*Lechner, Eduard*, Befreiung von Verlusten, in *Gassner/ Lang/ Lechner (Hrsg.)*, Doppelbesteuerungsabkommen und EU-Recht, 85 ff. – von mir nicht nachgeprüft; *Tumpel*, SWI 2001, 55).

²⁵⁶ Dass der Liquiditäts- und Zinsverlust aufgrund einer früheren Fälligkeit der Zahlungspflicht einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen kann, hat der EuGH etwa im Fall *Metallgesellschaft u.a.* bejaht (Verbundene Rs. C-397/98 und C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd u. a. (C-397/98)*, *Hoechst AG, Hoechst (UK) Ltd (C-410/98)* / *Commissioners of Inland Revenue, HM Attorney General*, Slg. 2001, I-1727).

Mitgliedstaaten stehen daher in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander, weil die an einen bestimmten Standort anknüpfende Besteuerung dessen Attraktivität für die Ansiedlung von Unternehmen wesentlich mitformt. Die Entscheidung *Centros* hat die Diskussion um einen Wettbewerb der Gesetzgeber für den Bereich der Gesellschaftsgründung entfacht. Vielfach war davon die Rede, dass bei der freien Wahl der Gründungsrechtsordnung Gesellschaften nach dem Recht gegründet würden, das die leichtesten Voraussetzungen aufweise. Dazu würde sich insbesondere das englische oder irische Recht anbieten, das eine Gesellschaftsgründung ohne Mindestkapital ermöglicht. Die Folge wären Gesellschaften mit unzureichender Eigenkapitalausstattung, was wiederum deren Gläubiger gefährden würde. Insgesamt wäre eine Verschlechterung des Gläubigerschutzstandards²⁵⁷ zu befürchten.²⁵⁸ Ist eine umfassendere Harmonisierung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften in Europa der Ausweg aus dieser bedrohlichen Entwicklung?

Bevor ich diese Folgerungen im einzelnen in Zweifel ziehe, möchte ich den Hintergrund dieser Diskussion kurz erläutern: Die Überlegungen zu einem Wettbewerb der Gesetzgeber in der Europäischen Gemeinschaft sind von der Diskussion in den USA inspiriert. In den USA können Gesellschaften ihr Gründungsrecht frei wählen und sich in jedem beliebigen Bundesstaat registrieren lassen (inkorporieren), unabhängig davon, wo sie verwaltet werden oder auf welchen Markt ihre Produkte abzielen. Eine Gesellschaft, die nach dem Recht eines Bundesstaats gültig gegründet wurde, wird in allen Bundesstaaten als Rechtssubjekt anerkannt.²⁵⁹ Das Recht des Inkorporationsstaats ist ausschlaggebend für die inneren Belange der Gesellschaft, genauer für die Rechts-

257 Als weitere Befürchtungen werden die Aushöhlung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer genannt, die ja nach deutschem und österreichischem Recht an die Gesellschaftsform anknüpft, sowie die Gefährdung der Interessen von Minderheitsgesellschaften.

258 In diese Richtung *Ulmer, P.*, JZ 1999, 662; *Zehetner*, *ecolx* 1999, 771 (774); *Carruthers/Villiers*, *European Business Law Review* 2000, 91 (94 ff.); *Neßler*, *ZfRV* 2000, 1 (1 und 6 ff.); *Merkt*, *RabelsZ* 1995, 545 (567) kommt zu dem Schluss, dass um einen Wettbewerb in Gang zu bringen, sich die Mitgliedstaaten entschließen müssten, fortan Gesellschaftsrecht nur noch nach den Interessen der Investoren bzw. des Managements zu gestalten. Dies würde unter anderem eine komplette Abwendung von der Mitbestimmung und einen weitgehenden Verzicht auf den gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz erforderlich machen. Insgesamt sei aber zum derzeitigen [1995] Stand des Gesellschaftsrechts in der EU ein Wettbewerb um die meisten Kapitalgesellschaften nach US-amerikanischem Muster eher unwahrscheinlich.

259 *Carney* in *Wouters/Schneider*, *Current Issues*, 249 (255): "Perhaps the most remarkable feature of American corporate law has been the willingness of the several states to recognise the separate legal entity of corporations chartered by other states."

beziehungen der Gesellschaft, ihrer Gesellschafter und Verwaltungsorgane untereinander.²⁶⁰ Dieses Recht kann nicht nur bei der Gründung, sondern auch nachträglich durch Satzungsänderung frei gewählt werden. Der Großteil amerikanischer Gesellschaften ist im Bundesstaat Delaware inkorporiert, auch der Großteil der Satzungsänderungen führt zu einer Inkorporation in Delaware.²⁶¹ Dieser “Delaware-Effekt” wurde in der amerikanischen Literatur kontrovers diskutiert. Zur Erklärung ist hier anzufügen, dass die Inkorporierung von Gesellschaften für amerikanische Bundesstaaten aus steuerlichen Gründen interessant sein kann: Bei jeder Anmeldung einer Gesellschaftsgründung oder –umgründung fällt eine Gebühr an (incorporation fee), ebenso wird für jede business corporation im Gründungsstaat periodisch eine Konzessionssteuer erhoben (franchise tax).²⁶² Die Steuereinnahmen aus der franchise fee machten in den letzten 30 Jahren ungefähr 17% der gesamten Steuereinnahmen von Delaware aus.²⁶³ Was machte nun den Erfolg Delawares aus und welche Gruppen (Management, Gesellschafter, Gläubiger?) profitierten von der Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts in Delaware?

Zunächst wurde am Gesellschaftsrecht von Delaware Kritik in die Richtung geäußert, dass es das Management von Unternehmen auf Kosten der Anleger (Gesellschafter) bevorzuge. *Cary*²⁶⁴ sprach insoweit von einer Senkung des Schutzstandards, einem “race to the bottom”. Da die Inkorporationsentscheidung (abgesehen von der erstmaligen Entscheidung bei der Gründung) vom Management getroffen werde, sei eine Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts zu Gunsten des Managements und ohne Rücksicht auf Anlegerinteressen geeignet, den Wechsel des Gesellschaftsstatuts nach Delaware für das Management attraktiv zu machen. Diesem Argument *Carys* wurde von *Winter*²⁶⁵ widersprochen, der diesem Wettbewerb eher die Wirkung einer Optimierung des Marktes für Kapital zuschrieb und eine größere Rolle des Bundesgesetzgebers im Bereich

260 *Carney* in *Wouters/Schneider*, Current Issues, 257

261 “More than 308,000 companies are incorporated in Delaware including 60 percent of the Fortune 500 and 50 percent of the companies listed on the New York Stock Exchange. The Delaware Corporation Law, the Court of Chancery, and the customer service-oriented staff at the Division of Corporations are all sound reasons why Delaware leads the nation as a major corporate domicile.” (Quelle: www.state.de.us/corp; Einsicht am 7. Juni 2002)

262 *Merkt*, *RabelsZ* 1995, 545 (553)

263 *Bhagat/Romano*, *Event Studies and the Law: Part II – Empirical Studies of Corporate Law*, 2 (Yale International Center for Finance, April 2001); zu finden unter <http://viking.som.yale.edu/finance.center/pdf/Bhagat-Romano-2.pdf>

264 *Cary*, *Yale Law Journal* 1974, 663

265 *Winter*, *Journal of Legal Studies* 1977, 251

der corporate governance für kontraproduktiv hielt. Der Produkt- und Dienstleistungsmarkt, in dem eine Gesellschaft auf Mitbewerber treffe, bilde einen Kontrollmechanismus für das Verhalten des Managements. Nur der Erfolg beim Vertrieb der produzierten Güter und Dienstleistungen schaffe einen zwischen Management und Gesellschafter zu verteilenden Gewinn. Ein ineffizientes Management schlage sich in einem niedrigeren Aktienkurs nieder. Durch die drohende Übernahme (und einen damit einhergehenden Managementwechsel) sei das Management angehalten, wirtschaftliche Entscheidungen zu treffen, die den Aktienkurs hoch halten. Dadurch sei eine Berücksichtigung von Anlegerinteressen gewährleistet.²⁶⁶ Die Position *Winters* wurde von *Romano*²⁶⁷ ausgebaut und mit empirischem Material unterlegt. *Romano* ging davon aus, dass Delawares Gesellschaftsrecht zum einen relativ wenig zwingendes Recht und zum anderen Schutztendenzen zugunsten des Managements enthalte. Delaware habe aber auch eine spezialisierte, schnelle Gerichtsbarkeit für dieses Gebiet und verbürge aufgrund des reichen Fallmaterials eine gewisse Rechtssicherheit. *Romano* führte außerdem den empirischen Beleg, dass Gesellschaften aus einer anderen Rechtsordnung, die das Recht Delawares wählten, im Vergleich zu Gesellschaften, die ihr Recht nicht wechselten, ihren Börsenkurs (oder andere Indikatoren, die das Wohlergehen der Anleger widerspiegeln) verbesserten oder zumindest nicht verschlechterten.

In der Folge wurden vermittelnde Positionen vertreten, etwa von *Bebchuk*²⁶⁸ und *Kostel*²⁶⁹. *Bebchuk* bewertete den Wettbewerb grundsätzlich positiv, hielt aber Fälle von Marktversagen für möglich, in denen der Bundesgesetzgeber korrigierend eingreifen müsse, so zum Beispiel bei Übernahmen und beim Gläubigerschutz (genannt werden etwa Beschränkungen bei der Auszahlung von Dividenden)²⁷⁰. *Kostel* teilte die Ansicht, dass es in einigen Fällen zu Marktversagen kommen könne, hielt aber den Bundesgesetzgeber nicht für besser geeignet als den einzelstaatlichen Gesetzgeber, diesem Marktversagen zu begegnen. Es sei nicht gesichert, dass der Einfluss von Interessengruppen auf den Gesetzgeber auf Bundesebene geringer sei als auf einzelstaatlicher Ebene. Es sei beim einzelstaatlichen Gesetzgeber wahrscheinlicher, dass dieser Gesetze eher zum Schutz der Gesellschafter als solche zum Vorteil des Managements erlasse.²⁷¹

266 *Winter*, Journal of Legal Studies 1977, 251 (264 ff.)

267 Siehe dazu etwa *Romano*, Cardozo Law Review 1987, 709

268 *Bebchuk*, Harvard Law Review 1992, 1435

269 *Kostel*, Virginia Law Review 1993, 2129

270 *Bebchuk*, Harvard Law Review 1992, 1435 (1490)

271 Anhand der Analyse eines konkreten Beispiels aus der Bundesgesetzgebung kommt

Jedenfalls war die Diskussion um das attraktivste Gesellschaftsrecht²⁷² von dem Interessenkonflikt zwischen Management und Shareholder geprägt.²⁷³

3.2. Ein Delaware auch in Europa?

Wie gesagt hat *Centros* der Diskussion um einen Wettbewerb der Gesetzgeber in Europa neuen Auftrieb gegeben. Wenn Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gültig gegründeten Gesellschaften anzuerkennen, und diese Gesellschaften sich gemeinschaftsweit niederlassen können, ohne dass sie sich zuvor auflösen und nach den Regeln des Niederlassungsstaats neu formen müssten, so ermöglicht das auf den ersten Blick den Gesellschaftsgründern die freie Wahl unter den Gesellschaftsstatuten in Europa. Auf den zweiten Blick wird deutlich, dass diese freie Wahl Einschränkungen erfährt. Eine Einschränkung kann im gewählten Gesellschaftsstatut selbst liegen. Im nationalen Gesellschaftsrecht kann etwa vorgesehen sein, dass der Hauptverwaltungssitz der Gesellschaft im Inland liegen muß. Will man eine deutsche oder österreichische GmbH gründen, so muss man den Verwaltungssitz im Inland wählen. Soll dieser ins Ausland verlegt werden und beschließen die Gesellschafter eine diesbezügliche Änderung der Satzung, so wird ein solcher Beschluss als Auflösungsbeschluss interpretiert.²⁷⁴ Die deutsche und die österreichische GmbH sind nicht "exportfähig". Diese Ausgestaltung des nationalen Gesellschaftsrechts scheint durchaus mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar zu

Kostel (Virginia Law Review 1993, 2129; auf Seite 2153) zu dem Schluss, dass: "Indeed, federally created legislation may actually be *less* shareholder protective than legislation that arises out of competition between the states." (Hervorhebung im Original)

272 Diese grobe Skizze der amerikanischen Diskussion orientiert sich an der Literaturliste bei *Grundmann*, ZGR 2001, 783 (786 ff.); Einen Überblick über die amerikanische Diskussion rund um das Delaware-Phänomen und Überlegungen zu einem Regulierungswettbewerb auf internationaler Ebene liefert *Trachtman*, Harvard International Law Journal 1993, 47.

273 Diesen Eindruck vermittelt auch ein kürzlich erschienener Beitrag im *Economist* über corporate governance in Delaware: "[...] Increasingly, say the state's boosters, companies come to Delaware at the behest of shareholders, not management. Not long ago, says Charles Elson of the University of Delaware's centre for corporate governance, Delaware's judges saw their job as protecting companies from the stupidity of their shareholders. Those attitudes, says Mr Elson, have undergone a "huge shift". Increasingly, the five judges of Delaware's Court of Chancery, [...], have been putting their faith in the sophistication of institutional investors, the importance of independent directors and the shareholder vote. As evidence, Mr Elson points to several rulings that have gone against management recently." (The Economist, June 1st - 7th 2002, 65)

274 *Rowedder-Rasner*, GmbHG § 60 RdNr. 12 mit Nachweisen zur deutschen Judikatur

sein. In diese Richtung deutet zumindest *Daily Mail*, wo die Aussagen des EuGH so verstanden werden können, dass jeder Mitgliedstaat die Voraussetzungen für die Gründung und das Fortbestehen der nach seinem Gesellschaftsrecht gegründeten Gesellschaften festlegen darf.²⁷⁵ Es stehen also nicht sämtliche Gesellschaftsformen zur Verfügung, weil nicht alle Gesellschaftsrechte die freie Wahl des Sitzes der Hauptverwaltung außerhalb des Gründungsstaats ermöglichen. Eine weitere Einschränkung liegt darin, dass offenbar nur die erstmalige Auswahl eines bestimmten Gesellschaftsrechts, dh nur die Auswahl bei der Gründung der Gesellschaft, in Betracht kommt. Ein nachträglicher Wechsel des Gesellschaftsrechts, also eine Umgründung in eine ausländische Gesellschaftsform, hängt vom Zusammenspiel der beteiligten Rechtsordnungen ab. Es ist zweifelhaft, ob das “Recht auf den Wechsel des Gesellschaftsrechts” von der Niederlassungsfreiheit umfasst ist. Als weitere Einschränkung wird die Tatsache genannt, dass die Mitgliedstaaten gar keinen Anreiz haben, dass möglichst viele Gesellschaften nach ihrem nationalen Gesellschaftsrecht gegründet werden: Es fehle der Anreiz auf der Seite der Anbieter, weil kein Mitgliedstaat in Europa einen annähernd so großen Anteil seiner Steuereinnahmen aus diesem Wettbewerb erzielen könnte wie Delaware.²⁷⁶ Eine Art “franchise tax” wäre nämlich gemeinschaftsrechtswidrig.²⁷⁷ Die Ansiedlung von Unternehmen wird für einen Mitgliedstaat dann interessant, wenn die erwirtschafteten Gewinne dieser Unternehmen unter seine Besteuerungshoheit fallen, oder wenn Betriebsstätten auf seinem Staatsgebiet errichtet werden, in denen Arbeitsplätze geschaffen werden. Das Gründungsrecht und der Satzungssitz sind dabei nicht unbedingt relevant. So knüpft das österreichische Körperschaftsteuergesetz²⁷⁸ für die unbeschränkte²⁷⁹ Steuerpflicht einer Kapitalgesellschaft in Österreich an ihre Geschäftsleitung oder an ihren Sitz²⁸⁰ im Inland an.²⁸¹ Kapitalgesellschaften, die weder ihre Geschäfts-

275 So im Ergebnis auch *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH?, 212.

276 *Grundmann*, ZGR 2001, 783 (789)

277 Art 10 der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital; zu finden unter www.europa.eu.int.

278 Körperschaftsteuergesetz 1988, BGBl.Nr. 401/1988 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2002

279 Unbeschränkt steuerpflichtig bedeutet, dass sich die Steuerpflicht auf die gesamten Welteinkünfte (in- und ausländische) dieser Kapitalgesellschaft erstreckt.

280 Für die Definition des “Sitzes” verweist das Körperschaftsteuergesetz auf § 27 Bundesabgabenordnung, wo der Sitz so definiert wird: “[...] Ort, der durch Gesetz, Vertrag, Satzung, Stiftungsbrief oder dergleichen bestimmt ist. Fehlt es an einer solchen Bestimmung, so gilt als Sitz der Ort der Geschäftsleitung. [...] Als Ort der Geschäftsleitung ist der Ort anzunehmen, an dem sich der Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung befindet.”

leitung noch ihren Sitz im Inland haben, sind beschränkt²⁸² steuerpflichtig. Für den österreichischen Fiskus macht es keinen Unterschied, ob eine GmbH oder eine private limited company in Österreich tätig wird. Im Steuerrecht ebenso wie im Arbeitsrecht gilt das Territorialitätsprinzip, die Gesellschaft kann das Steuer- oder Arbeitsrecht ihres Gründungsstaats nicht “mitnehmen”.²⁸³

3.3. Dennoch Potential für einen Wettbewerb der Regulatoren?

Ein Wettbewerb unterschiedlicher Regelungssysteme ist in der Europäischen Gemeinschaft eigentlich nichts Neues. Ein Beispiel dafür ist das Ursprungslandprinzip im Bereich des freien Warenverkehrs, wie es in *Cassis de Dijon*²⁸⁴ zum Ausdruck kommt²⁸⁵, oder im Bereich der Niederlassungsfreiheit selbständig Erwerbstätiger die Verpflichtung zur Anerkennung der in einem anderen Mitgliedstaat absolvierten Ausbildung, wie etwa im Fall *Vlassopoulou*²⁸⁶. Der über den Produktmarkt ausgetragene Wettbewerb ist indirekt auch ein Wettbewerb der verschiedenen Qualitätsvorschriften in den Erzeugungsstaaten dieser Produkte.

Es gab aber auch einen Systemwettbewerb im Bereich des Gesellschaftsrechts, und zwar bei börsennotierten Gesellschaften über den Kapitalmarkt. Dort können

281 § 1 Körperschaftsteuergesetz

282 Beschränkt steuerpflichtig bedeutet, dass sich die Steuerpflicht nur auf die der inländischen Betriebsstätte zuzurechnenden Einkünfte erstreckt.

283 *Deakin*, Regulatory Competition Versus Harmonisation in European Company Law, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 163 (March 2000), 23: “Regulations imposed upon businesses by labour law, as well as tax obligations, tend to apply on a territorial basis, rather than following the law of the company's domicile. Similarly, many aspects of securities laws tend to follow the law of the country in which the transaction takes place rather than the country in which the company is incorporated. The application of insolvency procedures is subject to highly complex rules on conflicts of laws as well as to a number of local-level jurisdictional effects. Because of all these factors, it may make little difference in terms of the company's overall regulatory burden where it is *incorporated*; what may matter more is where it carries on its productive activities (in the case of employment law and tax law) or where its shares are traded (in the case of securities law). Demand-side pressures for a company-friendly company law may, to that extent, be overwhelmed by other cost considerations.” (Hervorhebung im Original)

284 Rs. 120/78, *Rewe-Zentrale AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, EuGH Slg. 1979, 649

285 Ein in einem Mitgliedstaat ordnungsgemäß hergestelltes und in Verkehr gebrachtes Produkt muss prinzipiell in jedem anderen Mitgliedstaat zum Handel zugelassen werden.

286 Rs. 340/89, *Vlassopoulou / Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, EuGH Slg. 1991, 2357

Anleger durch den Kauf und Verkauf von Gesellschaftsanteilen wählen, in welche Gesellschaft (und damit auch in welche Gesellschaftsform) sie investieren.²⁸⁷ *Centros* spricht einen Wettbewerb im Bereich der Gesellschaftsgründung an, insbesondere auch für nicht börsennotierte Gesellschaften. Die in vielen Mitgliedstaaten vorherrschende Sitztheorie verhindert, dass ein Unternehmen mit wirtschaftlichem Schwerpunkt im Inland sich einer ausländischen Gesellschaftsform bedient. Nach *Centros* wird man aber - sofern man der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht folgt - einer ausländischen Gesellschaftsform mit wirtschaftlichem Schwerpunkt im Inland nicht mehr die Anerkennung als Rechtssubjekt verweigern können. Ein entscheidendes Hindernis für einen Wettbewerb der Gesellschaftsformen wäre damit ausgeräumt. Auch im innerstaatlichen Recht besteht eine gewisse Konkurrenz zwischen den angebotenen Gesellschaftsformen, Wirtschaftstreibende können nach österreichischem Recht beispielsweise eine Personengesellschaft, eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gründen. Jetzt würde die Möglichkeit hinzukommen, etwa eine private limited company nach englischem Recht zu gründen, die dann über eine Zweigniederlassung ausschließlich in Österreich tätig ist. Da wie oben bereits angemerkt ein Mitgliedstaat unter Umständen wenig finanzielles Interesse daran hätte, dass nur inländische Rechtsformen benützt werden, ist zu fragen, warum überhaupt vor der Gefahr eines Delaware-Syndroms gewarnt wurde, und ob wirklich Gesellschaftsgläubiger die Leidtragenden einer Zulassung ausländischer Gesellschaftsformen wären. Zuletzt ist auf die Frage einzugehen, ob die auf europäischer Ebene durch Erlassung von Richtlinien und Verordnungen vorangetriebene Harmonisierung (in ihrer derzeitigen Form) Systemwettbewerb ausschaltet oder einen solchen vielleicht gerade erst ermöglicht.

*Carney*²⁸⁸ analysiert die Unterschiede im amerikanischen und europäischen Gesellschaftsrecht aus politisch-ökonomischer Sicht und kommt zu dem Ergebnis, dass die frühe Schaffung eines gemeinsamen Marktes in den USA und

287 Darauf weist *Grundmann* (ZGR 2001, 783 (793)): "Dass Autoren [einen Wettbewerb der Regelgeber] für das Europäische Gesellschaftsrecht verneinen konnten, lag allein daran, daß sie die Finanzierung der Gesellschaft als eine Kernmaterie unberücksichtigt ließen, d. h. die Transaktionen auf Kapitalmärkten. Sie diskutierten nicht, ob nicht auch in Europa die Anleger die Wahlmöglichkeit haben, selbst wenn sie den Gesellschaften fehlen mag. Denn mit dieser Wahlmöglichkeit ist auch eine Wahl (und damit Wettbewerb) in der Frage eröffnet, welche Pakete von (Anteilseigner-)Rechten und -Pflichten erworben werden. Solche Pakete, ausgestaltet nach erheblich divergierenden nationalen Rechten, werden nämlich frei im Europäischen Kapitalmarkt gehandelt."

288 *Carney* in *Wouters/Schneider*, Current Issues, 249 und in *Journal of Legal Studies* 1997, 303

damit die Abschaffung von Schutzzöllen den Bundesstaaten nicht mehr die Möglichkeit ließ, heimischen Produkten einen Ausgleich für ihre wegen eines ineffizienten Gesellschaftsrechts höheren Produktionskosten zu verschaffen. Der Bundesstaat als Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht habe nämlich zwei Interessen wahrzunehmen, zum einen sei er an möglichst hohen Einnahmen aus der Inkorporierung von Gesellschaften interessiert, zum anderen sei er an politischer Unterstützung interessiert und müsse deswegen das Gesellschaftsrecht so gestalten, dass mächtige Interessengruppen davon profitieren, und zwar auf Kosten der Gesellschaften, die ihre Kosten wiederum in Form höherer Produktpreise an ihre Kunden weitergeben. Bei einem nach außen abgeschotteten Markt könnten diese teureren Waren mit den importierten Gütern konkurrieren, da auf diese Einfuhrzölle erhoben würden.²⁸⁹ In Europa hingegen habe sich vor der Schaffung eines gemeinsamen Marktes ein Gesellschaftsrecht entwickelt, in dem sich die Errungenschaften mächtiger Interessengruppen zeigen. Die Flucht aus diesem Gesellschaftsrecht sei durch die Anwendung der Sitztheorie verhindert worden.²⁹⁰ *Carney* sieht in den Harmonisierungsbestrebungen mittels gesellschaftsrechtlicher Richtlinien einen Versuch, den Regelungsansatz der bestehenden nationalen Gesellschaftsrechte beizubehalten und die Errungenschaften von Interessengruppen auf europäischer Ebene festzuschreiben, um sie so einem Systemwettbewerb zu entziehen.

Halbhuber geht für Deutschland der Frage nach, wer diese Interessengruppen sein könnten, denen die Weitergeltung der Sitztheorie und eine möglichst breite Harmonisierung des Gesellschaftsrechts ein Anliegen sein könnte. Er nennt hier vor allem die deutschen Banken und die deutschen Juristen als potentielle Interessengruppen.

Die deutschen Banken wären daran interessiert, dass das Mindestkapital als Gründungsvoraussetzung im deutschen Gesellschaftsrecht aufrecht bleibe und nicht durch die Gründung englischer private limited companies ohne Mindestkapital unterlaufen werde. Die Beibehaltung der Mindestkapitalregelungen sei den Banken deswegen ein Anliegen, weil das Mindestkapital als Gläubigerschutzvorschrift²⁹¹ die juristische Diskussion auf die Kontrolle der Unternehmer-Gesellschafter lenke und die Banken in ihrer Position als Großgläubiger (und damit als Teil der schutzwürdigen Gruppe der Gesellschaftsgläubiger) unbehelligt lasse.²⁹² So werde davon abgelenkt, dass in Wirklichkeit

289 *Carney*, *Journal of Legal Studies* 1997, 303 (308 ff.)

290 *Carney*, *Journal of Legal Studies* 1997, 303 (315 ff.)

291 Zur Diskussion um die Wirksamkeit des Mindestkapitalsystems als Gläubigerschutzmechanismus siehe den Exkurs in Kapitel 1.

292 *Halbhuber*, *Limited Company statt GmbH?*, 219

nicht nur die Haftung der Gesellschafter, sondern auch die Verlustmöglichkeiten der Banken beschränkt seien: Die Bank könne nie mehr als ihre Darlehensforderung verlieren, während sie auf deutsche Industrieunternehmen gleichzeitig (im Unterschied zu anderen Gläubigern) einen allgemein anerkannten Einfluss auf die Gesellschaftsführung ausüben könne.²⁹³ Überzeugender erscheint mir hier das Argument von *Enriques/ Macey*²⁹⁴, die das Interesse der Banken am Mindestkapital so erklären, dass dadurch für Gesellschaften der Zugang zum Kapitalmarkt erschwert wird und so die Macht der Banken in den europäischen Finanzierungsmärkten geschützt wird.

Die Juristen als zweite potentielle Interessengruppe seien daran interessiert, dass die in ihrem Wirkungsbereich tätigen Unternehmen nach jenem Gesellschaftsrecht organisiert sind, in dem sie ausgebildet wurden. Die Harmonisierungsrichtlinien würden zudem die Komplexität der Rechtsmaterie erhöhen, was die Nachfrage nach fachkundigen Beratern und wissenschaftlicher Aufarbeitung erhöhe.²⁹⁵

Die übrigen Gläubigergruppen (abgesehen von Großbanken) scheinen mir als mächtige Interessengruppe, die das Gesellschaftsrecht gestaltet, weniger plausibel. So sind vor allem "unfreiwillige" (deliktische) oder "kleine" (mit sehr wenig Marktmacht ausgestattete, vertragliche) Gläubiger in der Regel nicht einheitlich organisiert. Ihre Interessen finden auch besser in anderen Bereichen als im Gesellschaftsrecht Berücksichtigung, wie etwa im Arbeitsrecht, Insolvenzrecht oder im Recht der Gefährdungshaftung. *Centros* zeigt auf, dass der Gläubigerschutz vielleicht besser innerhalb einer anderen Materie geregelt werden sollte als dem Gesellschaftsrecht. Das Gesellschaftsrecht würde damit gewissermaßen von Aspekten des Schutzes von Gläubigern oder der Allgemeinheit "entrümpelt". Unsicher ist wie gesagt auch, ob die derzeitigen Regelungen des österreichischen Gesellschaftsrechts, insbesondere die Mindestkapitalvorschriften, möglichst liquide Gesellschaften überhaupt sicherstellen können. Man kann meines Erachtens nicht pauschal davon ausgehen, dass die Gläubiger einer österreichischen GmbH durch das österreichische Gesellschaftsrecht besser vor einem Ausfall ihrer Forderungen geschützt sind als die Gläubiger einer englischen private limited company.²⁹⁶ Die Forderung nach

293 *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH?, 178 ff.

294 *Enriques/ Macey*, Cornell Law Review 2001, 1165 (1203)

295 *Halbhuber*, Limited Company statt GmbH?, 219 ff.; *Enriques/ Macey*, Cornell Law Review 2001, 1165 (1202 ff.)

296 *Paul Davies* weist darauf hin, dass das englische Recht andere Mechanismen entwickelt hat, um einem opportunistischen Verhalten der Verwaltungsorgane der Gesellschaft vorzubeugen in den Fällen, wo die Gesellschaft von denen, die sie kontrollieren, nur mit einem

weiteren Durchgriffsmöglichkeiten auf die Gesellschafter als Reaktion auf eine Gründung ohne Mindestkapital nach einem liberaleren Gesellschaftsrecht erscheint überzogen. Es ist nämlich sehr fraglich, ob eine generelle Verweigerung der Haftungsbeschränkung (ohne konkrete Betrugselemente im Einzelfall) die Verhältnismäßigkeitsprüfung vor dem EuGH bestehen kann.

3.4. Harmonisierung und Systemwettbewerb

An dieser Stelle ist zu überlegen, ob und wie die Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft einen Systemwettbewerb verhindert oder ermöglicht.

Die Mitgliedstaaten sind in der Wahl ihrer Regelungsinstrumente nicht frei, sondern unterliegen der Kontrolle durch den EuGH auf die Vereinbarkeit ihrer Regelungen mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrags. Die unmittelbare Geltung und der Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten haben es dem EuGH ermöglicht, die sogenannte negative Harmonisierung voranzutreiben. Negative Harmonisierung bedeutet, dass gewisse innerstaatliche Regelungen von den Gerichten nicht angewendet werden, weil sie mit den Grundfreiheiten im Widerspruch stehen. Dadurch sind die nationalen Gesetzgeber in ihrer Regulierungsfreiheit beachtlich eingeschränkt.²⁹⁷ Obwohl das Einschreiten des EuGH in den meisten Fällen eine deregulierende Wirkung habe, werde doch die Autonomie der Einzelstaaten und damit das Experimentierfeld für verschiedene

unbedeutenden Kapital ausgestattet wurde: “[It is suggested] that the potential adverse consequences of the absence of a minimum capital requirement for private companies are addressed in Britain in the realm of insolvency law, notably in the wrongful trading and director disqualification provisions. [...] The minimum capital requirement is an example of an ex ante control; the wrongful trading and disqualification provisions are ex post controls. Even though the latter are obviously intended to influence controllers’ behaviour before the onset of insolvency, the legal sanctions themselves apply only after the insolvency proceedings have commenced; whereas the minimum capital requirement operates as a condition for commencing business.” (*Davies*, AG 1998, 346 (352))

Freilich könnten sich “Schutzdefizite” daraus ergeben, dass bei einer nur außerhalb des Vereinigten Königreichs tätigen private limited company das englische Insolvenzrecht möglicherweise gar nicht zur Anwendung gelangt, weil die Insolvenz nach den Regeln des Betätigungsortes der Gesellschaft abgewickelt wird.

²⁹⁷ *Scharpf*, Balancing Positive and Negative Integration: The Regulatory Options for Europe, Policy Papers, Robert Schuman Centre No. 97/4, EUI Florenz, 3; *Deakin*, Regulatory Competition Versus Harmonisation in European Company Law, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 163 (März 2000), 13 ff.

Regelungen eingegrenzt.²⁹⁸ Dass der EuGH nicht auf der Basis der Ermöglichung eines Systemwettbewerbs, sondern auf der Basis rechtlicher Integration judiziert, zeige sich auch darin, dass das in *Cassis de Dijon* ausgedrückte Herkunftslandprinzip mit Gesetzgebungsakten auf Gemeinschaftsebene kompatibel ist, die eine bestimmte Materie einheitlich regeln und einen Wettbewerb darin gerade ausschalten. Es bestehe nämlich keine Kompetenz des EuGH, mitgliedstaatliche Regelungen anzugreifen, wenn die Angelegenheit durch Richtlinien oder Verordnungen gemeinschaftsweit geregelt ist.²⁹⁹ So wurde auch in der Literatur der Ruf nach mehr Harmonisierung im Gesellschaftsrecht als Antwort auf *Centros* laut. Der EuGH habe deswegen entschieden, dass die *Centros Ltd* anzuerkennen sei, weil er die Mitgliedstaaten zu mehr Harmonisierung im Gesellschaftsrecht auffordern wollte, bzw. um seinem Unmut über die Stagnation der Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht Ausdruck zu verleihen.³⁰⁰ Eine solche Deutung der Ausführungen des EuGH erscheint mir aber nicht zwingend. Die Berufung des EuGH auf Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Rechten, die ja durch eine Harmonisierung beseitigt werden könnten, muss nicht unbedingt eine Aufforderung zur Beseitigung dieser Unterschiede sein. Im Gegenteil dient der Hinweis auf nicht harmonisiertes nationales Recht dazu, den Systemwettbewerb zu erklären (dieser ist schlicht logische Folge des Bestehens unterschiedlicher Regelungen in nicht abgeschotteten Märkten). Mit dieser Erklärung muss noch keine Wertung verbunden sein.

Harmonisierung kann aber auch Systemwettbewerb fördern. Durch die Festsetzung von Mindeststandards könnten sich unterschiedliche Regelungssysteme entwickeln, die miteinander in Beziehung stehen und aufeinander reagieren.³⁰¹ Während die vom EuGH ausgehende Deregulierung durch nega-

298 *Deakin*, Regulatory Competition Versus Harmonisation in European Company Law, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 163 (März 2000), 14

299 *Deakin*, Regulatory Competition Versus Harmonisation in European Company Law, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 163 (März 2000), 15; Hier wird natürlich vorausgesetzt, dass das mitgliedstaatliche Recht nicht verordnungs- oder richtlinienwidrig ist und dass die Verordnung oder Richtlinie selbst vertragskonform ist. Dann ist eine Überprüfung anhand der Grundfreiheiten des EG-Vertrags tatsächlich ausgeschlossen.

300 In *Centros* lautet die diesbezügliche Passage wörtlich: “[...] außerdem bleibt es dem Rat jederzeit überlassen, aufgrund der ihm in Artikel 54 Absatz 3 [jetzt Art 44 Abs 2] Buchstabe g EG-Vertrag übertragenen Befugnisse diese Harmonisierung zu vervollständigen.” (Urteilspunkt 28)

301 *Deakin*, Regulatory Competition Versus Harmonisation in European Company Law,

tive Harmonisierung die Regulierungsautonomie der Mitgliedstaaten beschränke und dadurch mit der Zeit sehr ähnliche Systeme hervorbringe, könne ein gewisses Maß an Harmonisierung die Vielfalt der Systeme bewahren und Möglichkeiten der Selbstregulierung auf staatlicher Ebene und darunter schaffen, die Raum für Innovationen lassen.³⁰²

Die gemeinschaftsrechtlichen Gesetzgebungsakte können Wahlmöglichkeiten auch überhaupt erst schaffen. Harmonisierung könnte Hindernisse ausräumen, indem sie etwa im Bereich der grenzüberschreitenden Sitzverlegung die dafür derzeit fehlenden Instrumente schafft.³⁰³ Für dieses Instrument selbst (dh für die

ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 163 (März 2000) 30 ff., spricht von "reflexive harmonisation".

302 *Deakin*, Regulatory Competition Versus Harmonisation in European Company Law, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 163 (März 2000) 30 ff.; Als Beispiel nennt *Deakin* die Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen. In der Richtlinie 94/45/EG ist kein bestimmtes Modell für die Arbeitnehmermitbestimmung vorgesehen, sondern lediglich ein Informations- und Konsultationsmechanismus, der jedoch nur dann zur Anwendung kommt, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht eigenständig Lösungen ausgearbeitet haben.

303 Ein weiterer Anwendungsfall betrifft die grenzüberschreitende Verschmelzung. Durch die Dritte Richtlinie 78/855/EWG (Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften) sollte es zu einer weitgehenden Angleichung der nationalen Verschmelzungsrechte gekommen sein. Die geplante Richtlinie über die internationale Fusion (Zehnte Richtlinie des Rates nach Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften, Vorschlag vom 25. Jänner 1985, Abl. EG 1985, C 23/11) wurde noch nicht verabschiedet. Vgl. dazu *Hirschler*, RWZ 2000/2: "Grenzüberschreitende Verschmelzungen der Art, dass Gesellschaften mit inländischem Personalstatut mit Gesellschaften mit ausländischem Personalstatut verschmolzen werden, sind entsprechend einer im Zunehmen befindlichen Auffassung nach geltendem [österreichischen] AktG und GmbHG möglich. Ihre Durchführung hängt zum einen von der Zulässigkeit eines solchen Vorgangs nach ausländischem Gesellschaftsrecht und zum anderen von der Übereinstimmung der wesentlichen Rechtsfolgen der Verschmelzung ab, sodass ein dem inländischen Gesellschafter- und Gläubigerschutz entsprechender Schutz auch bei Verschmelzung auf eine ausländische übernehmende Gesellschaft gewährleistet ist.";

Kepplinger, wbl 2000, 485 (493): "Die Hauptschwierigkeit liegt in der tatsächlichen Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung. Die oben angestellten theoretischen Überlegungen zeigen, dass sich die unterschiedlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten einer transnationalen Fusion nicht prinzipiell verschließen; dennoch stellt kaum eine den beteiligten Gesellschaften beziehungsweise Firmenbuchrichtern ein geeignetes Werkzeug etwa in Form von ineinander greifenden nationalen Regelungen zur problemlosen Durch-

Modalitäten der Abwicklung der grenzüberschreitenden Transaktion) würde es zwar keine Wettbewerbsmöglichkeit mehr geben, auf der anderen Seite würde jedoch ein Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsgesetzgeber gerade ermöglicht, weil jetzt ein neues Recht ohne Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft gewählt werden könnte.³⁰⁴ Harmonisierungsbestrebungen müssen also nicht unbedingt als Mittel zur Ausschaltung von Systemwettbewerb verstanden werden.

Wie sehen die derzeitigen Harmonisierungsvorhaben im Gesellschaftsrecht aus? Geht die Richtung eher in eine Ermöglichung von Systemwettbewerb, oder ist man um Uniformität bemüht? Die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts in Europa erfolgt durch legislative Maßnahmen, also Richtlinien, Verordnungen oder zwischenstaatliche Verträge gemäß Art 293 EG (früher Art 220 EGV).

Als Basis für die Angleichung des Gesellschaftsrechts in Europa wurde Art 44 (2) (g) EG (früher Art 54 (3) (g) EGV) herangezogen.³⁰⁵ Die vage Formulierung erschwert die Ausarbeitung genauer Leitlinien für eine Harmonisierung des Gesellschaftsrechts in Europa. Die ursprüngliche Aufnahme dieser Bestimmung in den EG-Vertrag scheint weniger davon motiviert gewesen zu sein, ein zusätzliches Instrument für die Integration der Märkte zu schaffen. Diese Bestimmung diene vielmehr als Zugeständnis dafür, dass die Niederlassungsfreiheit auch auf Gesellschaften ausgedehnt wurde. Einige der Verhandler des EG-Vertrages bestanden darauf, einem großzügigen Niederlassungsrecht für Gesellschaften erst dann zustimmen zu können, wenn die

führung eines solchen Vorgangs zur Verfügung." Aus diesen Kommentaren wird deutlich, dass Richtlinien auch dazu dienen können, grenzüberschreitende Transaktionen zu erleichtern und so einen Standortwettbewerb zu fördern. Interessant wäre eine Untersuchung dazu, ob die Ermöglichung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht ein von der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft umfasstes Recht ist. Die Ausübung dieses Rechts könnte dann nicht von der Schaffung geeigneter nationaler Regelungen abhängig gemacht werden. Das soll hier aber nicht weiter vertieft werden. Im übrigen gibt es bereits Erfahrungsberichte über die erfolgreiche Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Aktiengesellschaften (vgl. dazu *Eckert, ecollex* 2002, 97: Im Herbst 2000 wurde im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien die Verschmelzung einer österreichischen AG als übernehmende Gesellschaft mit einer italienischen società per azioni als übertragende Gesellschaft eingetragen.).

304 *Grundmann, ZGR* 2001, 783 (797): "Mit anderen Worten: Teile des Rechts zu harmonisieren, zumal die Transferinstrumente, heißt auch, die Kosten der Neuwahl zu reduzieren."

305 Dort heißt es: "Der Rat und die Kommission erfüllen die Aufgaben, [...] indem sie insbesondere [...] g) soweit erforderlich die Schutzbestimmungen koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten;"

jeweiligen Gesellschaftsrechte ein gleiches Schutzniveau für Gesellschafter und Dritte, insbesondere Gesellschaftsgläubiger, gewährleisten. Vor allem von französischer Seite befürchtete man ein Abwandern von Gesellschaften in die Niederlande, die über ein liberales Gesellschaftsrecht verfügten, und ein gemeinschaftsweites Tätigwerden dieser Gesellschaften über Agenturen und Zweigniederlassungen.³⁰⁶ Anfänglich ging man auch davon aus, dass die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften im EG-Vertrag nur ein Programmsatz war, der durch legislative Akte erst verwirklicht werden sollte. Erst 1974 stellte der EuGH klar, dass Art 43 EG (früher Art 52 EGV) seit dem Ende der Übergangsperiode unmittelbar anwendbar war und keiner vorangehenden Harmonisierung nationaler Vorschriften bedurfte.³⁰⁷ Wenn dies der einzige Zweck für die Erlassung harmonisierender Richtlinien sein sollte, so hätte Harmonisierung tatsächlich zum Ziel, einen Systemwettbewerb auszuschalten. Beispiele für eine Harmonisierung in diese Richtung finden sich in der Zweiten³⁰⁸, Dritten³⁰⁹ und Sechsten³¹⁰ Richtlinie. Der Schwerpunkt dieser Richtlinien liegt in der Schaffung gemeinschaftsweit gleichwertiger Schutzmechanismen für (Minderheits)gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger. Es kann jedoch aus Stellungnahmen der Kommission ein weiterer Zweck herausgearbeitet werden, von dem sich die Kommission beim Entwurf von Richtlinienvorschlägen leiten lässt: Es soll die Ausübung der Niederlassungsfreiheit erleichtert werden durch die Schaffung von Rechtssicherheit in gemeinschaftsweiten Transaktionen³¹¹. Harmonisierungsmaßnahmen in diese Richtung

306 *Timmermans in Buxbaum/ Hertig/ Hirsch/ Hopt (Hrsg.)*, European Business Law, 129 (132); ihm folgend *Wouters*, CML Rev. 2000, 257 (269)

307 Rs. 2/74, *Reyners*, EuGH Slg. 1974, 631

308 Zweite Richtlinie 77/91/EWG 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. Die Zweite Richtlinie 77/91/EWG enthält Regelungen über die Aufbringung, Erhaltung, Erhöhung und Herabsetzung des Nennkapitals der Gesellschaft und schreibt damit für Aktiengesellschaften das System des festen Nennkapitals vor.

309 Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften

310 Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17. Dezember 1982 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften

311 Beispielsweise wird im Vorentwurf zur Sitzverlegungsrichtlinie das Ziel des Rechtsetzungsvorschlags so formuliert: "Im europäischen Binnenmarkt müssen die in den Mitgliedstaaten gegründeten Gesellschaften nicht nur Zugang zu den Märkten der anderen Mitgliedstaaten haben, sondern auch ihren satzungsmäßigen oder tatsächlichen Sitz in andere

würden einen Systemwettbewerb fördern oder überhaupt erst ermöglichen. Diese Art von Harmonisierung findet sich etwa in der Ersten Richtlinie³¹², wo Regelungen über die Offenlegung von Gesellschaftsinformationen und über die grundsätzliche Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht von Gesellschaftsorganen zum Schutz von mit der Gesellschaft kontrahierenden Dritten zu finden sind, sowie in der Elften Richtlinie³¹³, wo Offenlegungsvorschriften für Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften geregelt sind.

Ein einheitliches Konzept für Harmonisierungsvorhaben scheint jedenfalls nicht erkennbar.³¹⁴

Im folgenden sollen zwei Harmonisierungsprojekte herausgegriffen und näher betrachtet werden.

3.5. Der Entwurf für die Sitzverlegungsrichtlinie

Es gibt zwei Vorentwürfe der Kommission für eine Vierzehnte Richtlinie (Sitzverlegungsrichtlinie), einen vom 22. April 1997³¹⁵ und einen vom 11. November 1997. Vorentwürfe deshalb, weil keiner dieser Vorschläge offiziell von der Kommission als Entwurf verabschiedet wurde und auch nicht im Amtsblatt veröffentlicht wurde.³¹⁶ Diese geplante Richtlinie soll es Gesellschaften ermöglichen, ihren satzungsmäßigen (eventuell gemeinsam mit ihrem tatsächlichen) Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, wobei das auf die Gesellschaft anwendbare Recht geändert wird. Die Mitgliedstaaten sollen alle erforderlichen Maßnahmen treffen, damit der satzungsmäßige (eventuell gemeinsam mit dem tatsächlichen) Sitz grenzüberschreitend verlegt werden kann, ohne dass dies die Auflösung der Gesellschaft im Wegzugsstaat und deren Neugründung im Zuzugsstaat erforderlich macht.³¹⁷ Mit Eintragung der

Mitgliedstaaten verlegen können, wenn ihre Aktivitäten sich im Laufe der Zeit auf ein anderes Land als den Gründungsstaat verlagern. [... Dem] stehen [...] vor allem die unterschiedlichen Kriterien entgegen, die die Mitgliedstaaten heranziehen, um festzustellen, ob eine Gesellschaft ihrem innerstaatlichen Recht unterliegt.“ (ZGR 1999, 157 (159))

312 Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968

313 Elfte Richtlinie 89/666/EWG 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

314 *Timmermanns*, in *Buxbaum/ Hertig/ Hirsch/ Hopt (Hrsg.)*, European Business Law, 129 (132); *Wouters*, CML Rev 2000, 257 (268)

315 Abgedruckt in ZGR 1999, 157 ff.

316 *Engsig Sørensen/ Neville*, Colum. J. Eur. L. 2000, 181 (182, FN 8)

317 Art 3 des Vorentwurfs vom 22. April 1997

Gesellschaft in das Gesellschaftsregister des Zuzugsstaats wechselt das auf die Gesellschaft anwendbare Recht.

Die Richtlinienvorentwürfe sind nur auf Sachverhalte anwendbar, bei denen eine Verlegung des eingetragenen Sitzes (Satzungssitzes) angestrebt wird. Der "satzungsmäßige Sitz" wird in Art. 2 nämlich als der Ort definiert, wo die Gesellschaft eingetragen ist oder als der Ort, wo die Gesellschaft eingetragen ist und ihre Hauptverwaltung hat. Was genau unter dem Ort der Hauptverwaltung zu verstehen ist, wird nicht definiert.³¹⁸ Durch die alternative Definition des "satzungsmäßigen Sitzes" wird es den Mitgliedstaaten ermöglicht, an die Verlegung des Eintragungssitzes auch die gleichzeitige Verlegung der Hauptverwaltung zu knüpfen. Der Mitgliedstaat habe jedenfalls die Verlegung des Eintragungssitzes zuzulassen, könne aber das Unternehmen durch die Anknüpfung an den tatsächlichen Sitz zwingen, gleichzeitig auch die Hauptverwaltung zu verlegen.³¹⁹ Dadurch wird den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Rechnung getragen, die in ihrem Gesellschaftsrecht verlangen, dass sich sowohl Satzungssitz als auch Hauptverwaltung einer Gesellschaft im Inland befinden. In der Begründung des Vorentwurfs heißt es nämlich: "[Es] sollen die Anknüpfungskriterien nicht harmonisiert werden"³²⁰ und dass die Mitgliedstaaten unterschiedliche Kriterien heranziehen, "um festzustellen, ob eine Gesellschaft ihrem innerstaatlichen Recht unterliegt"³²¹. Diese Absichten müssen meines Erachtens in Übereinstimmung mit *Daily Mail* und *Centros* nun so verstanden werden, dass beispielsweise Deutschland (als Sitztheoriestaat) als Voraussetzung des Wegzugs einer deutschen Gesellschaft verlangen darf, dass diese nicht nur ihren Satzungssitz, sondern auch ihre Hauptverwaltung ins Ausland verlegt. Nach dem Wegzug (und Erfüllung der registerlichen Formalitäten) firmiert diese Gesellschaft dann als Gesellschaft ausländischen Rechts. Für den Zuzug einer ausländischen Gesellschaft darf Deutschland verlangen, dass diese nicht nur ihren Satzungssitz, sondern auch ihre Hauptverwaltung nach Deutschland verlegt, und so die Voraussetzungen für einen identitätswahrenden Wechsel in eine deutsche Gesellschaftsform erfüllt.

318 Kritik dazu bei *Engsig Sørensen/ Neville*, Colum. J. Eur. L. 2000, 181 (196): "[...] the uncertainty involved in the determination of the concept of "head office" in the individual Member States has resulted in significant problems, and these problems appear not to have been solved by the Directive".

319 *Hoffmann*, ZHR 164 (2000), 43 (52); *Engsig Sørensen/ Neville*, Colum. J. Eur. L. 2000, 181 (196)

320 Begründung des Vorentwurfs in ZGR 1999, 157 (160)

321 Begründung des Vorentwurfs in ZGR 1999, 157 (159)

Nicht erfasst ist folglich der Fall der isolierten Verlegung des Verwaltungssitzes. Ein solcher Fall war *Überseering*, und auch die Konstellation wie in *Centros* könnte so aufgefasst werden. Wenn eine englische private limited company ausschließlich über ihre dänische Zweigniederlassung tätig wird und sämtliche Gesellschafter und Verwaltungsorgane der Gesellschaft in Dänemark wohnen und arbeiten, so wird man sagen müssen, dass sich der tatsächliche Sitz (Hauptverwaltungssitz) der private limited company in Dänemark befindet. Die Annahme, dass dann nach bisherigen Regelungen ein Statutenwechsel auch ohne Eintragung stattfindet³²², erscheint mir verfehlt. Offensichtlich sahen die Verfasser des Richtlinienvorentwurfs diese Problematik nicht in ihrem vollen Ausmaß.³²³ Obwohl es nach *Centros* und *Überseering* nicht ausgeschlossen ist, dass der Zuzugsstaat in einem solchen Fall die Einhaltung gewisser (auch gesellschaftsrechtlicher) Regelungen von der Gesellschaft ausländischen Rechts verlangen kann, ist es sicher nicht notwendig, eine völlige Anpassung der Statuten der ausländischen Gesellschaft, also eine Umwandlung in eine inländische Rechtsform, vorzunehmen. Der EuGH ging in *Centros* und in *Überseering* von einer gültig entstandenen und weiter bestehenden Gesellschaft ausländischen Rechts aus, und die Forderung nach einer Umwandlung in eine Gesellschaft inländischen Rechts würde die vom EuGH in *Centros* implizierte und in *Überseering* ausdrücklich geforderte Anerkennung der Gesellschaft ausländischen Rechts untergraben. Es soll hier wieder in Erinnerung gerufen werden, dass dem EuGH für die Anerkennung der Gesellschaft die Erfüllung der Voraussetzungen des Art 48 EG (früher Art 58 EGV) genügte, und er die Anerkennung nicht als eine nach dem jeweiligen nationalen Recht zu entscheidende Frage behandelte. Im Falle der Verlegung (nur) des Hauptverwaltungssitzes ist ein Wechsel des anwendbaren Gesellschaftsrechts oft gerade nicht angestrebt (so wie in *Überseering* und auch in *Centros*, wo für die Betreibung einer Unternehmung in Dänemark gerade nicht dänisches Gesellschaftsgründungsrecht zur Anwendung kommen sollte).

Die Richtlinienvorentwürfe betreffen Sachverhalte, die im Fallrecht des EuGH im Urteil *Daily Mail* ihre Entsprechung finden. In *Daily Mail* war ein Wechsel des anwendbaren Rechts insofern gewollt, als die Gesellschaft unter ein anderes Steuerregime kommen wollte. Die Ermöglichung eines solchen Umzugs hätte eine wettbewerbsfördernde Wirkung, wenn die Gesellschaft unter Wahrung ihrer Identität das Recht hätte, ihren Satzungs- und Hauptverwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Eine solche Wahlfreiheit soll aber durch die Vorentwürfe nicht unbeschränkt ermöglicht werden. Mitgliedstaaten dürfen

322 So *Hoffmann*, ZHR 164 (2000), 43 (53).

323 Der Vorentwurf stammt aus der Zeit vor *Centros*.

nämlich Schutzvorschriften zugunsten der beteiligten Verkehrskreise schaffen. Dazu gehören auch Gesellschaftsgläubiger, die gemäß Art 8 Abs 1 von der Gesellschaft vor der Sitzverlegung Sicherheiten verlangen können. Mitgliedstaaten können zusätzlich vorsehen, dass auch öffentliche Gläubiger (Fiskus) für die bis dahin entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaften Sicherheiten verlangen können (Art 8 Abs 2). Einerseits möchte die Kommission verhindern, dass rein steuerliche Erwägungen die Gesellschaft zu einem Statuswechsel motivieren, weil ein Wettbewerb der Steuerrechtsordnungen um die niedrigste Steuerbelastung vermieden werden soll³²⁴, andererseits soll der Statuswechsel steuerlich nicht wie eine Liquidierung der Gesellschaft behandelt und so faktisch unmöglich gemacht werden. *Karsten Engsig Sørensen/Mette Neville*³²⁵ sind der Ansicht, dass sich Gläubiger auch dadurch beeinträchtigt sehen könnten, dass der Wechsel von einem Gesellschaftsrecht, welches den Gläubigerschutz durch Mindestkapitalvorschriften gewährleisten will, in ein solches Gesellschaftsrecht erfolgt, das keine Mindestkapitalvorschriften kennt. Anders gefragt: Könnte etwa eine österreichische GmbH (Mindestnennkapital von Euro 35.000) anlässlich ihrer Umwandlung in eine englische private limited company ihr Stammkapital auf 10 britische Pfund reduzieren? *Karsten Engsig Sørensen/Mette Neville*³²⁶ sind der Ansicht, dass in einem solchen Fall die Regeln über die (in diesem Fall: nominelle) Kapitalherabsetzung des Wegzugsstaats eingehalten werden müssten. Mir erscheint dies zumindest zweifelhaft. Die Vorentwürfe gehen nicht auf dieses Problem ein. Geregelt ist nur, dass Gläubiger allgemein Sicherheiten verlangen können. Die Festsetzung darüberhinausgehender (wenn auch nur formaler) Voraussetzungen für den statusändernden Wegzug einer Gesellschaft würde den Wechsel des Gesellschaftsrechts mit zusätzlichen Bürden versehen und könnte einen zusätzlichen Zeitaufwand zur Folge haben. Dies könnte dem Zweck der Richtlinie, die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften durchzusetzen³²⁷, zuwiderlaufen.

324 Ein Steuerwettbewerb in der EU ist politisch unerwünscht: Vgl. die Schlussfolgerungen des Rates "Wirtschafts- und Finanzfragen" vom 1. Dezember 1997 zur Steuerpolitik - Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 1. Dezember 1997 über einen Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung - Besteuerung von Zinserträgen (ABl. EG 1998, C 2/1). Ebenso kommt eine Anwendung der Regeln des EG-Vertrages über unerlaubte staatliche Beihilfen in Betracht. (Darauf machen *Engsig Sørensen/ Neville*, Colum. J. Eur. L. 2000, 181 (208, FN 117) aufmerksam.)

325 Colum. J. Eur. L. 2000, 181 (204, FN 100)

326 Colum. J. Eur. L. 2000, 181 (204, FN 100)

327 Begründung des Vorentwurfs in ZGR 1999, 157 (159): "Im europäischen Binnenmarkt müssen die in einem Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaften nicht nur Zugang zu den Märkten der anderen Mitgliedstaaten haben, sondern auch ihren satzungsmäßigen oder

Insgesamt betrachtet sind die Bemühungen um die Sitzverlegungsrichtlinie meines Erachtens so einzustufen, dass ein Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen erleichtert werden soll.

3.6. Die Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)

Nachdem viele Harmonisierungsvorhaben im Bereich des Gesellschaftsrechts stecken geblieben sind³²⁸, wurde die Verabschiedung der Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)³²⁹ als Durchbruch gesehen. Die Einigung war möglich geworden, weil über die Frage der Mitbestimmung von Arbeitnehmern³³⁰ auf dem Gipfel von Nizza im Dezember 2000 von den Staats- und Regierungschefs ein Kompromiss erzielt worden war.³³¹

Das Statut der Europäischen Gesellschaft soll ein Rechtsinstitut auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts schaffen, das Unternehmen, die in mehreren Mitgliedstaaten tätig sind, eine supranationale Rechtsform zur Verfügung stellen soll, die es ihnen gestattet, europaweit ohne die rechtlichen und praktischen Zwänge verschiedener Rechtsordnungen zu agieren.³³² Durch die zahlreichen Hinweise auf die nationalen Aktienrechtsordnungen wird die SE freilich nicht einheitlich ausgestaltet sein. Interessant ist in unserem Zusammenhang die Regelung, dass der Sitz der SE in dem Mitgliedstaat liegen muss, in dem sich die Hauptverwaltung der SE befindet (Artikel 7). Die Sitzverlegung ist sehr ausführlich in Artikel 8 geregelt. Die Verlegung führt weder zur Auflösung der SE noch zur Gründung einer neuen juristischen Person. Wenn die SE nur ihre Hauptverwaltung in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, so hat der Sitz-Mitgliedstaat geeignete Maßnahmen zu treffen, um die SE zu verpflichten,

tatsächlichen Sitz in andere Mitgliedstaaten verlegen können, wenn ihre Aktivitäten sich im Laufe der Zeit auf ein anderes Land als den Gründungsstaat verlagern.”

328 Dazu gehören: Entwurf für eine Fünfte Richtlinie (Strukturrichtlinie), Entwurf für eine Zehnte Richtlinie (grenzüberschreitende Verschmelzung), Entwurf für eine Dreizehnte Richtlinie (Übernahmerichtlinie), Entwurf für eine Vierzehnte Richtlinie (Sitzverlegungsrichtlinie): Für Details und Fundstellen siehe *Wouters*, CML Rev. 2000, 257 (261 ff.)

329 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), abrufbar unter www.europa.eu.int.

330 Die Frage der Mitbestimmung von Arbeitnehmern ist in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich (und in manchen gar nicht) geregelt. Die mangelnde Einigung in diesem Punkt steht auch der Finalisierung der übrigen Richtlinienprojekte entgegen.

331 Die Arbeitnehmermitbestimmung ist in der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer geregelt, abrufbar unter www.europa.eu.int.

332 *Torggler*, *ecolex* 2001, 442 (442)

entweder ihre Hauptverwaltung wieder im Sitzstaat zu errichten, oder ihren Sitz nach dem Verfahren des Artikels 8 zu verlegen (Artikel 64).

Eine Rechtsformwahlfreiheit ist für die SE also offenbar nicht vorgesehen.

4. Zusammenfassung und Ausblick

An dieser Stelle wird kurz zusammengefasst, womit ich mich in den einzelnen Kapiteln beschäftigt habe. Ausgehend von meiner Intention, die Judikatur des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften darzustellen und einigen Auswirkungen im nationalen Recht nachzugehen, habe ich folgende Struktur gewählt:

Kapitel 1 ist von der Analyse der verschiedenen Aspekte der Rechtssache *Centros* dominiert. Das Auslegungsergebnis lässt sich so zusammenfassen, dass in *Centros* der EuGH, aufbauend auf seinem einschlägigen Vorjudikat in der Rechtssache *Segers* und nach *Centros* erneut bestätigt in der Entscheidung *Überseering*, die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften in der Europäischen Union so ausgelegt hat, dass die in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen vorgesehenen Gesellschaftstypen prinzipiell gemeinschaftsweit tätig werden dürfen, ohne die Gesellschaftsform des Mitgliedstaats wählen zu müssen, in dem sie ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung haben. Ein Mitgliedstaat darf den nach der Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaats als juristische Person gültig gegründeten und fortbestehenden Gesellschaften nicht auf der Grundlage seines nationalen Rechts die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit verweigern.

Die Mitgliedstaaten sind bei der Ausgestaltung ihrer Rechtsordnung nur insoweit frei, als durch das innerstaatliche Recht die Grundfreiheiten nicht verletzt werden. Nicht jede Beeinträchtigung ist dabei unwirksam (weil gemeinschaftsrechtswidrig), sondern nur eine solche, die nicht gerechtfertigt werden kann. Die Rechtfertigung einer Vorschrift gelingt grob gesagt dann, wenn diese Vorschrift ein vom Gemeinschaftsrecht anerkanntes Regelungsziel in verhältnismäßiger Weise verfolgt. Eine Rechtfertigung des festen Nennkapitalsystems als Instrument des Gläubigerschutzes ist der dänischen Regierung in *Centros* misslungen. Die neu eingeführten Regelungen im dänischen Steuerrecht zum Schutz des dänischen Fiskus dürften nach Ansicht einiger dänischer Kommentatoren dem Gemeinschaftsrecht ebenfalls nicht standhalten können.

Eine Richtschnur dafür aufzustellen, welche innerstaatlichen Regelungsinstrumente mit den Grundfreiheiten vereinbar sind, ist schwierig. Die Argumente für eine Rechtfertigung vor dem EuGH müssen sich nach den Umständen des Einzelfalls richten. Eine interessante rechtstheoretische Definition für eine

solche “grundrechtsfeste” nationale Regelung hat *Joerges* aufgestellt.³³³ Stark vereinfacht gesagt müssen nationale Regelungen nicht nur die Interessen ihrer Staatsbürger, sondern auch die der Staatsbürger anderer Mitgliedstaaten berücksichtigen, um nicht in den Verdacht zu geraten, dass mit der Vorschrift lediglich der nationale Markt abgeschottet werden soll. *Joerges* formuliert das in seinen Ausführungen zur Rechtmäßigkeit der Beschränkung der Souveränität der Mitgliedstaaten durch das supranationale Europarecht so: “What [supranationalism] does require is that the interests and concerns of non-nationals should be considered even within the national polity. In this sense, supranationalism does convey *political* rights and not just economic freedoms to Community citizens. Supranationalism is therefore to be understood as a fundamentally *democratic* concept. ‘Supremacy’ of European law can and should be read as giving voice to ‘foreign’ concerns and imposing corresponding constraints upon Member States. [...] Community law should lay down a legal framework which structures political deliberation about exactly these issues. It is a constitutional mandate of the ECJ to protect such legal structures and principles and to resolve controversies surrounding their contents.”³³⁴

Gleichzeitig erfolgt im Fallrecht des EuGH eine immer präzisere inhaltliche Festlegung der Kompetenzen der Mitgliedstaaten und der Kompetenzen des Gemeinschaftsrechtsgesetzgebers. Ein Blick auf die Judikatur des EuGH zum Missbrauch der Vertragsfreiheiten zur Umgehung von zwingendem nationalen Recht macht diese Rolle des EuGH besonders deutlich.

Über die Geltendmachung der Vertragsfreiheiten stellt der Marktbürger seine innerstaatliche Rechtsordnung in Frage, eine Flucht aus dem nationalen Regelungsgefüge ist jetzt möglich. Diesem Souveränitätsverlust setzen die Mitgliedstaaten einigen Widerstand entgegen, was sich auch am Fall *Centros* gezeigt hat: Der Konflikt dieser Entscheidung mit der in vielen Mitgliedstaaten vorherrschenden Sitztheorie wurde beispielsweise in der deutschen Kommentarliteratur bisweilen heruntergespielt oder verleugnet. Der Rechtfertigungszwang vor dem EuGH zwingt die Mitgliedstaaten überdies dazu, die den nationalen Vorschriften zugrundeliegenden politischen und sozialen Wertungsentscheidungen offenzulegen.³³⁵

Kapitel 2 versucht die inhaltliche Bedeutung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in der Europäischen Union anhand der Judikatur des EuGH umfassender auszuloten. Die tragenden Erkenntnisse sind hier zum einen die Feststellung, dass das niederlassungsberechtigte Rechtssubjekt für alle Mitglied-

333 Vgl. dazu etwa *Joerges*, ELJ 1997, 378

334 *Joerges*, ELJ 1997, 378 (390 ff.); Die Hervorhebungen finden sich im Original.

335 *Caruso*, ELJ 1997, 3

staaten gleich vom Gemeinschaftsrecht definiert wird. Eine Gesellschaft kann also nicht in einem Mitgliedstaat gültig existieren und in einem anderen nicht. Zum anderen umfasst die Niederlassungsfreiheit nicht nur die Pflicht, Gesellschaften ausländischen Gründungsrechts nicht nachteiliger zu behandeln als Gesellschaften, die nach inländischem Recht gegründet wurden, sondern auch die Pflicht, den Marktzutritt für ausländische Gesellschaften nicht durch regulatorische Doppelbelastungen zu erschweren sowie inländische Gesellschaften bei der Ausweitung ihrer wirtschaftlichen Aktivitäten in andere Mitgliedstaaten zu behindern. Die durch die Niederlassungsfreiheit geschützte Ausweitung wirtschaftlicher Aktivitäten in andere Mitgliedstaaten kann als die Gründung von Zweigniederlassungen im Ausland (anstatt im Inland) oder als die Übernahme von Beteiligungen an im Ausland ansässigen Gesellschaften näher konkretisiert werden.

Eine eindeutige Zuordnung der Kompetenz zur Auflösung von Gesellschaften kann dagegen aus der Judikatur des EuGH nicht abgeleitet werden. Man kann aus der Judikatur des EuGH keine Verweisungsnorm im Sinne des internationalen Privatrechts herauslesen, wonach die Rechtsordnung des Mitgliedstaats, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde, auch über die Auflösung der Gesellschaft entscheidet. Die Auflösung einer Gesellschaft kann ebenso Folge der insolvenzrechtlichen oder steuerrechtlichen Regelungen am Sitz ihrer Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung sein. Dies ist zugleich ein Beispiel dafür, dass das Gemeinschaftsrecht auch die Kompetenzverteilung zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten beeinflusst und sich nicht mit den dogmatischen Strukturen des innerstaatlichen internationalen Privatrechts fassen lässt.³³⁶

Kapitel 1 und Kapitel 2 sollen zur Beschreibung des Phänomens einer Europäisierung des Gesellschaftsrechts ohne legislative Maßnahmen beitragen.

Kapitel 3 befasst sich mit den Folgen der Niederlassungsfreiheit für den Rechtsverkehr und stellt vor allem Überlegungen zu der Frage zusammen, ob die durch die Niederlassungsfreiheit ermöglichte Rechtsformwahlfreiheit für Gesellschaften Gefahren für andere Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr schafft. In der Literatur dominiert dabei die Diskussion um ein mögliches Delaware-Phänomen

336 Vgl. die Beispiele zur Unzulänglichkeit des traditionellen internationalprivatrechtlichen Ansatzes für die Interpretation der Urteile des EuGH bei *Joerges*, ELJ 1997, 378 (401 ff.): “The logic of private international law would demand that a clear and generalisable choice be made between the application of [two different national legal orders]; [...] the alternative as such [...] [does] not do justice to the embeddedness of the controversy in an integrated region and in an integrating Community.” (Die Ergänzungen in den eckigen Klammern stammen von mir.)

in der Europäischen Union. Im Ergebnis scheint eine solche Gefahr nicht gegeben. Einige Harmonisierungsprojekte im Bereich des Gesellschaftsrechts (Pläne für eine Sitzverlegungsrichtlinie sowie das jüngst beschlossene Statut für eine SE) werden darauf untersucht, ob sie einen Systemwettbewerb durch die einheitliche Regelung bestimmter Materien ausschließen sollen oder ob sie die Entwicklung unterschiedlicher Regelungssysteme nebeneinander ermöglichen und dadurch eine Entwicklung zum optimalen System durch "Ausprobieren" zulassen. Da beide Elemente vorhanden zu sein scheinen, gibt es im Ergebnis keine eindeutige Antwort. Vielleicht ist aber eine neue Leitlinie für den Gemeinschaftsgesetzgeber denkbar: Das Instrument der Harmonisierung könnte in einigen Bereichen bewusst eingesetzt werden, um ein Experimentieren mit unterschiedlichen Formen zu erleichtern.

Literaturverzeichnis

Armour, John, Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law?, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 148 (December 1999) und *The Modern Law Review* 2000, 355

Bachl, Robert/ Schima, Manfred, Verlustverwertung bei Auslandstochtergesellschaften, *SWI* 2002, 113

Bachner, Thomas/ Winner, Martin, Das österreichische internationale Gesellschaftsrecht nach Centros, *GesRZ* 2000, 73 (Teil I) und 161 (Teil II)

Ballarino, Tito, Diritto internazionale privato, 3. edizione (1999)

Basedow, Jürgen, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, *RabelsZ* 1995, 1

Bauer, Markus, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer – Kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept? (1995) [abgekürzt zitiert: *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer]

Bebchuk, Lucian Arye, Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law, *Harvard Law Review* 105 (1992), 1435

Behrens, Peter, Der Durchgriff über die Grenze, *RabelsZ* 1982, 308

Behrens, Peter (Hrsg.), Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht, 2. Auflage (1997)

Behrens, Peter, International Company Law in View of the *Centros* Decision of the ECJ, 1 *EBOR* (2000), 125 [deutsches Original in *IPRax* 1999, 323]

Behrens, Peter, Reactions of Member State Courts to the *Centros* Ruling by the ECJ, 2 *EBOR* (2001), 159

[deutsches Original: *Behrens, Peter*, Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das Centros-Urteil des EuGH, *IPRax* 2000, 384]

Behrens, Peter, Anerkennung, internationale Sitzverlegung und grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften nach dem Centros-Urteil des EuGH, JBl 2001, 341

Beitzke, Günther, Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht (1938)

Bhagat, Sanjai/ Romano, Roberta, Event Studies and the Law: Part II – Empirical Studies of Corporate Law, 2 (Yale International Center for Finance, April 2001); zu finden unter:
<http://viking.som.yale.edu/finance.center/pdf/Bhagat-Romano-2.pdf>

Brödermann, Eckart/ Iversen, Holger, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht (1994)

Buxbaum, Richard M., Back to the Future? From “Centros” to the “Überlagerungstheorie”, Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag (2000)

Carbone, Sergio M., Strumenti finanziari, *corporate governance* e diritto internazionale privato tra disciplina dei mercati finanziari e ordinamenti nazionali, Rivista delle società 2000, 457

Carney, William J., The Political Economy of Competition for Corporate Charters, in *Wouters/ Schneider*, Current Issues, 249 und Journal of Legal Studies 26 (1997), 303

Carruthers, Janeen/ Villiers, Charlotte, Company Law in Europe – Condoning the Continental Drift?, European Business Law Review, March/ April 2000, 91

Caruso, Daniela, The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration, ELJ 1997, 3

Cary, William L., Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware, Yale Law Journal 83 (1974), 663

Cath, Inne G.F., Freedom of Establishment of Companies: a New Step Towards Completion of the Internal Market, Yearbook of European Law 1986, 247

Cerioni, Luca, A Possible Turning Point in the Development of EC Company Law: The Centros Case, *International and Comparative Corporate Law Journal* 2000, 165

Craig, Paul/ De Búrca, Gráinne, *EU Law* (1998)

Craig, Paul/ De Búrca, Gráinne (Hrsg.), *The Evolution of EU Law* (1999)

Davies, Paul, *Legal Capital in Private Companies in Great Britain*, AG 1998, 346

Deakin, Simon, *Regulatory Competition versus Harmonisation in European Company Law*, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 163 (March 2000)

Deakin, Simon, *Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation, a Law and Economics Perspective on Centros*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 1999 (2000), v. 2, 231

Easterbrook, Frank H./ Fischel, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law* (1991)

Ebke, Werner F., *Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH*, *JZ* 1999, 656

Eckert, Vitus, *Die Überwindung der Palmström-Doktrin*, *ecolex* 2002, 97

Edwards, Vanessa, *EC Company Law* (1999)

Edwards, Vanessa, *Case-law of the European Court of Justice on Freedom of Establishment after Centros*, *EBOR* 1 (2000), 147

Engsig Sørensen, Karsten, *Prospects for European Company Law after the Judgment of the European Court of Justice in Centros Ltd*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 1999 (2000), v. 2, 203

Engsig Sørensen, Karsten/ Neville, Mette, *Corporate Migration in the European Union: an Analysis of the Proposed 14th EC Company Law Directive on the*

Transfer of the Registered Office of a Company from One Member State to Another With a Change of Applicable Law, *Columbia Journal of European Law* 2000, 181

Enriques, Luca/ Macey, Jonathan R., Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules, *Cornell Law Review* 2001, 1165

Fleck, Hans-Joachim, Der Grundsatz der Kapitalerhaltung – seine Ausweitung und seine Grenzen, in *Lutter, Marcus/ Ulmer, Peter/ Zöllner, Wolfgang*, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), 391

Flessner, Axel, Schiffbruch der Interpreten und Statuten, *ZEuP* 2000, 1

Forsthoff, Ulrich, Niederlassungsrecht für Gesellschaften nach dem Centros-Urteil des EuGH: Eine Bilanz., *EuR* 2000, 167

Friis Hansen, Søren, From C 212 to L 212 – *Centros* Revisited, *EBOR* 2 (2001), 141

Gestri, Marco, Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: Il caso *Centros*, *Rivista di diritto internazionale* 1/2000, 71

Gounalakis, Georgios/ Radke, Wolfram, Das Verhältnis des Internationalen Privatrechts zum Europäischen Gemeinschaftsrecht am Beispiel des Diskriminierungsverbots (Art. 6 EGV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 52, 58 EGV) und des Kollisionsrechts der EG-Datenschutzrichtlinie, *ZVglRWiss* 98 (1999), 1

Groeben/ Thiesing/ Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag⁵ (1999)

Grundmann, Stefan, Wettbewerb der Regelgeber im Europäischen Gesellschaftsrecht - jedes Marktsegment hat seine Struktur, *ZGR* 2001, 783

Hahn, Hartmut, Zur Europarechtskonformität der sog. Wegzugsbesteuerung – ein Vorlagebeschluss des französischen Conseil d'Etat, *SWI* 2002, 473

Halbhuber, Harald, Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand – Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 48 EG und zum Europäischen Gesellschaftsrecht (2001)

Halbhuber, Harald, Misreadings – National Doctrinal Structures and European Company Law, CML Rev. 2001, 1385

Harden, Justice, The Changing Face of Company Law, Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 1995, 210

Heine, Klaus/ Kerber, Wolfgang, European Corporate Laws, Regulatory Competition and Path Dependence, Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag (2000)

Hirschler, Klaus, Europarechtlich bedingte grenzüberschreitende Verlustverwertung bei Kapitalgesellschaften?, RWZ 2000/33

Hirschler, Klaus, Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, RWZ 2000/2

Hoffmann, Jochen, Neue Möglichkeiten zur identitätswahrenden Sitzverlegung in Europa?, ZHR 2000, 43

Hommelhoff, Peter, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle – rechtsdogmatischer Überblick zur Aktienrechtsreform 1884, in *Hommelhoff, Peter/ Schubert, Werner*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR Sonderheft 4 (1985), 83

Höfling, Barbara, Die Sitztheorie, Centros und der österreichische OGH, EuZW 2000, 145

Höfling, Barbara, ÖstOGH: Teilweise Aufgabe der Sitztheorie, EuZW 2000, 156

Hummer, Waldemar/ Simma, Bruno/ Vedder, Christoph, Europarecht in Fällen, 3. Auflage (1999)

Jayne, Erik/ Kohler, Christian, Europäisches Kollisionsrecht 2000: Interlokales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht?, IPRax 2000, 454

Joerges, Christian, The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective, ELJ 1997, 378

Kalss, Susanne (Hrsg.), “Centros” und die Beitrittswerber, Arbeitspapier FOWI Nr. 67, Wirtschaftsuniversität Wien (2000)

Kennedy, Duncan, The Paradox of American Critical Legalism, ELJ 1997, 359

Kepplinger, Henriette-Christine, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig – aber undurchführbar?, wbl 2000, 485

Kieninger, Eva-Maria, Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit, ZGR 1999, 724

Kjellgren, Anders, On the Border of Abuse, European Business Law Review 2000, 179

Korn, Stefan, Sitztheorie contra Niederlassungsfreiheit: Die Private Limited Company mit Hauptverwaltung in Österreich, wbl 2000, 56

Korn, Stefan/ Thaler, Christian, Das Urteil des EuGH in der Rs *Centros*: Ein Meilenstein für das europäische Gesellschaftskollisionsrecht?, wbl 1999, 247

Kostel, Mary E., A Public Choice Perspective on the Debate over Federal Versus State Corporate Law, Virginia Law Review 79 (1993), 2129

Kübler, Friedrich, The Impact of Equity Markets on Business Organization: Some Comparative Observations Regarding Differences in the Evolution of Corporate Structures, EBOR 2 (2001), 669

Lackhoff, Klaus, Die Niederlassungsfreiheit des EGV - nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht? (2000)

Lang, Michael, Ausländische Betriebsstättenverluste und DBA-Auslegung, SWI 2002, 86

Legrand, Pierre, The Impossibility of ‘Legal Transplants’, MJ 4 (1997), 111

Loukots, Helmut, Sensationelle Neuerung bei DBA-Auslandsverlusten, SWI 2001, 466

Lutter, Marcus, Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechtspolitik, AG 1998, 375

Luttermann, Claus, Mit dem Europäischen Gerichtshof (*Centros*) zum Internationalen Unternehmens- und Kapitalmarktrecht - Kollisionsrecht in den Zeiten des Internet - , ZEuP 2000, 907

Manning, Bayless/ Hanks, James J., Jr., Legal Capital, 3rd edition (1990)

Meilicke, Wienand, DB 1999, 627

Merkt, Hanno, Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des "Wettbewerbs der Gesetzgeber", RabelsZ 1995, 545

Merkt, Hanno, Vom Konzessionssystem zum Delaware-Effekt: Die Entwicklung des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts, ZfRV 1996, 1

Merkt, Hanno, Centros and Its Consequences for Member State Legislatures, International and Comparative Corporate Law Journal 2001, 119

Mülbert, Peter O./ Schmolke, Klaus Ulrich, Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften – Anwendungsgrenzen der Artt. 43 ff. EGV bei kollisions- und sachrechtlichen Niederlassungshindernissen, ZVglRWiss 100 (2001), 233

Nemeth, Kristin, CML Rev. 2000, 1277

Neßler, Volker, Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung? – Stand und Perspektiven des Europäischen Gesellschaftsrechts, ZfRV 2000, 1

Novacek, Erich, Zur Niederlassungsfreiheit nach dem Centros-Urteil, ecolex 2002, 515

Nowotny, Christian, OGH anerkennt Niederlassungsfreiheit für EU-/EWR-Gesellschaften, RdW 1999, 697

Poiares Maduro, Miguel, Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights, *ELJ* 1997, 55

Priester, Hans-Joachim, Kapitalaufbringung, in *Lutter, Marcus/ Ulmer, Peter/ Zöllner, Wolfgang*, Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992)

Puszkajler, Karl Peter, Luxemburg locuta, causa non finita?, *IPRax* 2000, 79

Rajak, Harry, Proposal for a Fourteenth European and Council Directive on the Transfer of the Registered Office or de facto Head Office of a Company from One Member State to Another With a Change in Applicable Law, *European Business Law Review*, January/ February 2000, 43

Rammeloo, Stephan, Recognition of Foreign Companies in ‘Incorporation’ Countries: A Dutch Perspective, in *Wouters/ Schneider*, Current Issues, 47

Reich-Rohrwig, Johannes/ Zehetner, Jörg, Sitztheorie verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit – Ausländische „Briefkastengesellschaft“ ist mit ihrer „Zweigniederlassung“ in das Firmenbuch einzutragen, *ecolex* 1999, 777

Rider, Barry A. K./ Andenas, Mads (Eds.), Developments in European Company Law, Volume 1/1996 (1997)

Romano, Roberta, The State Competition Debate in Corporate Law, *Cardozo Law Review* 8 (1987), 709

Roth, Günter H., § 10 IPRG und die europäische Niederlassungsfreiheit, *RdW* 1999, 381

Roth, Günter H., Gründungstheorie: Ist der Damm gebrochen?, *ZIP* 1999, 861

Roth, Wulf-Henning, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in *Schön, Wolfgang* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk (1997), 737

Roth, Wulf-Henning, „Centros“: Viel Lärm um Nichts?, *ZGR* 2000, 311

Roth, Wulf-Henning, *CML Rev.* 2000, 147

Roussos, Alexandros, Realising the Free Movement of Companies, *European Business Law Review*, January/ February 2001, 7

Rowedder u.a. (Hrsg.), GmbHG (1985)
[zitiert als *Rowedder-Bearbeiter*, GmbHG § x RdNr. x]

Scharpf, Fritz W., Balancing Positive and Negative Integration: The Regulatory Options for Europe, *Policy Papers*, Robert Schuman Centre No. 97/4, EUI Florenz

Schmidt, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 3. Auflage (1997)

Schmidt, Karsten, Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis, *ZGR* 1999, 20

Schön, Wolfgang, Der freie Warenverkehr, die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten und der Systemgedanke im europäischen Steuerrecht, *EuR* 2001, 216

Schön, Wolfgang, The Free Choice between the Right to Establish a Branch and to Set-up a Subsidiary – a Principle of European Business Law, *EBOR* 2 (2001), 339

Schön, Wolfgang, Wer schützt den Kapitalschutz?, *ZHR* 2002, 1

Somek, Alexander, Equality and Constitutional Indeterminacy, An Interpretative Perspective on the European Economic Constitution, *ELJ* 2001, 171

Steindorff, Ernst, Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung, *JZ* 1999, 1140

Timmermans, Christian, Methods and Tools for Integration, in *Buxbaum/Hertig/Hirsch/Hopt (Hrsg.)*, *European Business Law. Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization* (1991), 129

Torggler, Hellwig, Zur Europäischen Gesellschaft (SE), *ecolex* 2001, 442 (Teil I)

Trachtman, Joel P., International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction, *Harvard International Law Journal* 34 (1993), 47

Trenkwalder, Verena/ Firlinger, Robert, Ausländische Betriebsstättenverluste im Lichte der Vorgaben des EU-Rechts, SWI 2001, 514

Tumpel, Michael, Betriebsstättenverluste in der Europäischen Union, SWI 2001, 55

Ulmer, Michael J., Harmonisierungsschranken des Aktienrechts (1998)

Ulmer, Peter, Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, JZ 1999, 662

Van den Bergh, Roger, Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law, MJ 5 (1998), 129

Walzel, Gustav/ Marschner, Ernst, Organschaft über die Grenze möglich?, SWI 2000, 172

Wathelet, Melchior, The Influence of Free Movement of Persons, Services and Capital on National Direct Taxation: Trends in the Case Law of the Court of Justice, Yearbook of European Law 2001, 1

Weiler, Joseph H. H., The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods, in *Craig, Paul/ De Búrca, Gráinne (Hrsg.)*, The Evolution of EU Law (1999), 349

Werlauff, Erik, Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität, ZIP 1999, 867

Werlauff, Erik, The Main Seat Criterion in a New Disguise – An Acceptable Version of the Classic Main Seat Criterion?, European Business Law Review, January/ February 2001, 2

Wernsmann, Rainer, Steuerliche Diskriminierungen und ihre Rechtfertigung durch die Kohärenz des nationalen Rechts – Zur Dogmatik der Schranken der Grundfreiheiten, EuR 1999, 341 und 754

Winter, Ralph K., Jr., State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 251

Wouters, Jan, Conflict of Laws and the Single Market for Financial Services, *MJ* 4 (1997), 161 (Part I) und 284 (Part II)

Wouters, Jan, European Company Law: *Quo Vadis?*, *CML Rev.* 2000, 257

Wouters, Jan, Private International Law and Companies' Freedom of Establishment, *EBOR* 2 (2001), 101

Wouters, Jan/ Schneider, Hildegard (Hrsg.), Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union (1995)
[abgekürzt zitiert als: *Wouters/ Schneider*, Current Issues]

Wymeersch, Eddy, Centros: A landmark decision in European Company Law, *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag* (2000)

Zehetner, Jörg, Niederlassungsfreiheit und Sitztheorie, *ecolex* 1999, 771

Zehetner, Jörg, Vorabentscheidungsverfahren: Verstößt die Sitztheorie gegen die Niederlassungsfreiheit?, *ecolex* 2001, 449

Zimmer, Daniel, Private International Law of Business Organisations, *EBOR* 1 (2000), 585

Zorn, Nikolaus, Verwertung von Auslandsverlusten bei DBA mit Befreiungsmethode, *SWI* 2001, 456

Verzeichnis der EuGH - Entscheidungen

Einleitung:

Rs. C-212/97, *Centros Ltd / Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, EuGH Slg. 1999, I-1459

Rs. 120/78, *Rewe-Zentrale AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein ("Cassis de Dijon")*, EuGH Slg. 1979, 649

Rs. 81/87, *The Queen / H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, EuGH Slg. 1988, 5483

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

Rs. C-208/00, *Überseering BV / Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Urteil des EuGH vom 5. November 2002

Rs. 270/83, *Kommission / Frankreich ("Avoir Fiscal")*, EuGH Slg. 1986, 273

Kapitel 1.2.:

Rs. C-369/90, *Micheletti*, EuGH Slg. 1992, I-4239

Kapitel 1.4.:

Rs. 33/74, *Van Binsbergen / Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, EuGH Slg. 1974, 1299

Rs. 115/78, *J. Knoors / Secretary of State for Economic Affairs*, EuGH Slg. 1979, 399

Rs. C-61/89, *Bouchoucha*, EuGH Slg. 1990, I-3551

Rs. C-340/89, *Vlassopoulou / Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, EuGH Slg. 1991, I-2357

Rs. C-211/91, *Kommission/ Belgien*, EuGH Slg. 1992, I-6773

Rs. C-148/91, *Vereiniging Veronica Omroep Organisatie/ Commissariaat voor de Media*, EuGH Slg. 1993, I-513

Rs. C-23/93, *TV 10 SA/ Commissariaat voor de Media*, EuGH Slg. 1994, I-4795

Rs. C-384/93, *Alpine Investments BV / Minister van Financiën*, EuGH Slg. 1995, I-1141

Rs. C-115/00, *Andreas Hoves Internationaler Transport-Service Sàrl / Finanzamt Borken*, Urteil des EuGH vom 2. Juli 2002

Kapitel 1.6.:

Rs. C-19/92, *Kraus*, EuGH Slg. 1993, I-1663

Rs. C-55/94, *Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EuGH Slg. 1995, I-4165

Kapitel 1.7.:

Rs. 59/82, *Schutzverband/ Weinvertriebs-GmbH ("Wermutwein")*, EuGH Slg. 1983, 1217

Rs. 16/83, *Prantl*, EuGH Slg. 1984, 1299

Rs. C-336/96, *Gilly / Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin*, EuGH Slg. 1998, I-2793

Rs. C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland / Finanzamt Aachen-Innenstadt*, EuGH Slg. 1999, I-6161

Kapitel 2.2.:

Rs. 270/83, *Kommission / Frankreich ("Avoir Fiscal")*, EuGH Slg. 1986, 273

Rs. 221/85, *Kommission / Belgien ("Klinische Dienste")*, EuGH Slg. 1987, 719

Rs. 3/88, *Kommission / Italien ("Datenverarbeitung")*, EuGH Slg. 1989, 4035

Rs. C-221/89, *The Queen / The Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, EuGH Slg. 1991, I-3905

Rs. C-146/89, *Kommission / Vereinigtes Königreich*, EuGH Slg. 1991, I-3533

Rs. C-330/91, *The Queen / Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG*, EuGH Slg. 1993, I-4017

Rs. C-1/93, *Halliburton Services BV / Staatssecretaris van Financiën*, EuGH Slg. 1994, I-1137

Rs. C-101/94, *Kommission / Italien ("Wertpapiermakler")*, EuGH Slg. 1996, I-2691

Rs. C-250/95, *Futura Participations SA und Singer / Administration des Contributions*, EuGH Slg. 1997, I-2471

Rs. C-311/97, *Royal Bank of Scotland plc / Elliniko Dimosio*, EuGH Slg. 1999, I-2651

Rs. C-254/97, *Société Baxter et al. / Premier Ministre et al.*, EuGH Slg. 1999, I-4809

Rs. C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland / Finanzamt Aachen-Innenstadt*, EuGH Slg. 1999, I-6161

Kapitel 2.3.:

- Rs. 107/83, *Ordre des Avocats au Barreau de Paris / Klopp*, EuGH Slg. 1984, 2971
- Rs. 96/85, *Kommission / Frankreich*, EuGH Slg. 1986, 1475
- Rs. C-351/90, *Kommission / Luxemburg*, EuGH Slg. 1992, I-3945
- Rs. C-106/91, *Claus Ramrath / Ministre de la Justice und l'Institut des réviseurs d'entreprises*, EuGH Slg. 1992, I-3351
- Rs. 143/1987, *Stanton / INASTI (Institut National d'Assurances Sociales pour Travailleurs Indépendants)*, EuGH Slg. 1988, 3877
- Rs. 154-155/87, *RSVZ / Wolf*, EuGH Slg. 1988, 3897
- Rs. C-53/95, *INASTI / Kemmler*, EuGH Slg. 1996, I-704
- Rs. 271/82, *Auer / Ministère Public*, EuGH Slg. 1983, 2727
- Rs. 292/86, *Gullung / Conseil de l'Ordre des Avocats*, EuGH Slg. 1988, 111
- Rs. C-55/94, *Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EuGH Slg. 1995, I-4165
- Rs. C-250/95, *Futura Participations SA und Singer / Administration des Contributions*, EuGH Slg. 1997, I-2471
- Rs. C-493/99, *Kommission / Bundesrepublik Deutschland* (“Arbeitskräfteüberlassung im Baugewerbe”), Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2001
- Rs. C-267 und 268/91, *Strafverfahren gegen Keck und Mithouard*, EuGH Slg. 1993, I-6097
- Verbundene Rs. C-418 bis 421 und 460 bis 462, 464/93 und 9 bis 11, 14, 15, 23, 24, 332/94, *Semeraro Casa Uno Srl*, EuGH Slg. 1996, I-2975

Kapitel 2.4.:

- Rs. 182/83, *Robert Fearon and Co. / Irish Land Commission*, EuGH Slg. 1984, 3677
- Rs. 81/87, *The Queen / H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, EuGH Slg. 1988, 5483
- Rs. C-264/96, *ICI / Colmer (HMIT)*, EuGH Slg. 1998, I-4695
- Rs. C-200/98, *X AB und Y AB / Riksskatteverket*, EuGH Slg. 1999, I-8261
- Rs. C-251/98, *C. Baars / Inspecteur der Belastingen Particulieren/ Ondernemingen Gorinchem*, EuGH Slg. 2000, I-2787
- Rs. C-141/99, *Algemene Maatschappij voor Investering en Dienstverlening NV (AMID) / Belgischer Staat*, EuGH Slg. 2000, I-11619
- Verbundene Rs. C-397/98 und C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd u. a. (C-397/98), Hoechst AG, Hoechst (UK) Ltd (C-410/98) / Commissioners of Inland Revenue, HM Attorney General*, Slg. 2001, I-1727

Rs. C-436/00, *X und Y / Riksskatteverk*, Urteil des EuGH vom 21. November 2002

Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH / Finanzamt Steinfurt*, Urteil des EuGH vom 12. Dezember 2002

Kapitel 3.4.:

Rs. 2/74, *Reyners*, EuGH Slg. 1974, 631

Abkürzungsverzeichnis

AG	Die Aktiengesellschaft
CML Rev.	Common Market Law Review
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
DB	Der Betrieb
EBOR	European Business Organization Law Review
ELJ	European Law Journal
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iVm	in Verbindung mit
JB1	(österreichische) Juristische Blätter
JZ	Juristenzeitung
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht
RdW	Recht der Wirtschaft
RWZ	(österreichische) Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
SWI	Steuer & Wirtschaft International
vgl.	vergleiche
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
zB	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissen- schaft