

Prof. Dr. Erich Schanze LL.M. (Harv.) / Wiss. Mit. Andreas Jüttner, Marburg*

Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“

Im Binnenmarkt sind in einem Mitgliedstaat errichtete und bestehende Gesellschaften bei Erfüllung der europarechtlichen Publizität „verkehrsfähig“. „Inspire Art“ ist der vorläufige Schlusspunkt der Entscheidungslinie „Segers“, „Centros“ und „Überseering“. Der EuGH hat sich für Pluralität des Gesellschaftsrechts in Europa entschieden. Die Rechtsfähigkeit von Gesellschaften ist anzuerkennen, ihre Subjekteigenschaften sind grundsätzlich zu respektieren. Dagegen können die Mitgliedstaaten ihre Kontrollinteressen im Rahmen des allgemeinen Verkehrsrechts durchsetzen. Allerdings bedürfen schwerwiegende Behinderungen der Niederlassungsfreiheit stets der europarechtlichen Rechtfertigung. Insgesamt ergibt sich ein handhabbares Raster des Verhältnisses von Europarecht, Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht. Das Kollisionsrecht ist jenseits von „Sitztheorie“ und „Gründungstheorie“ im Sinne einer „europarechtlich moderierten Kontrolltheorie“ für alle Gesellschaftsformen zu reformulieren; auch besteht in Deutschland jeder Anlass zur raschen Deregulierung des nationalen Gesellschaftsrechts einschließlich des Registerrechts.

Der Europäische Gerichtshof tagt in der Regel in Kammern mit drei oder fünf Richtern. Als Große Kammer mit elf Richtern wird er tätig auf Antrag von verfahrensbeteiligten Mitgliedstaaten oder Gemeinschaftsorganen. Wenn er zu der Auffassung gelangt, dass eine Rechtssache von außergewöhnlicher Bedeutung ist, kommt es zur Plenaentscheidung.¹ So in der Rechtssache „Inspire Art“.²

I. Harmonisierung versus Pluralität im europäischen Gesellschaftsrecht

Die grundlegenden Optionen der Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts in Europa sind in der in Deutschland zu wenig beachteten rechtsvergleichenden Studie „Legal Harmonization and the Business Enterprise“ von Richard Buxbaum und Klaus J. Hopt von 1988 umrissen worden. Buxbaum beschreibt dort die in vielem widersprüchliche Entwicklung des amerikanischen Gesellschaftsrechts, das nach zyklischen Versuchen der bundesstaatlichen Vereinheitlichung schließlich eine gewisse Ruhelage in der Entscheidung gefunden habe, das technische Gesellschaftsrecht und seine zivilrechtliche Fundierung in den Händen der Einzelstaaten zu belassen, während die essentiellen Kapitalmarktbelange in bundesrechtlicher Kompetenz ausgebaut wurden. Diese spezifisch amerikanische Entscheidung für ein plurales Gesellschaftsrecht entwickelte sich im Umfeld einer bundesstaatlich einheitlichen Rechtstradition des Common Law, einer einheitlichen Rechtssprache und national law schools, in denen von Berkeley bis Yale das Recht von Delaware als ameri-

kanisches Gesellschaftsrecht im Rahmen des bundesstaatlichen Kapitalmarktrechts gelehrt wird.³

Hopt beschreibt demgegenüber den damaligen Sachstand der „Harmonisierung“ des Gesellschaftsrechts in Europa, seinerzeit in 7 Richtlinien und 5 Richtlinienentwürfen.⁴ Die Vision ist dort die schrittweise Vereinheitlichung, die freilich noch Zeit und Mühe erfordere. Immerhin winke am Ende ein genuin europäisches Gesellschaftsrecht, trotz grundlegend verschiedener Rechtstraditionen, der Sprachenvielfalt und einer abgeschirmten Entwicklung der nationalen Gesellschaftsrechte der Gemeinschaft. In der kurzen Schlussbemerkung der Studie bleiben die Berichte von Buxbaum und Hopt eher unvermittelt nebeneinander stehen. Immerhin, der Titel des Buchs „Rechtliche Harmonisierung“ legt den Schwerpunkt auf den fortschreitenden Prozess der europäischen Harmonisierung. Dies musste seinerzeit unter kontinentalen Juristen, die traditionell dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung verpflichtet sind, gegenüber der Pluralität sicher der sympathischere, optimistischere Ansatz im Gesellschaftsrecht sein.

II. Die „realistische“ Entscheidung für Pluralität

Die Richter des Europäischen Gerichtshofs haben demgegenüber in einer konsequenten Entscheidungslinie von „Segers“ (1986) bis „Inspire Art“ (2003) die Pluralität als Leitprinzip des europäischen Gesellschaftsrechts herausgearbeitet. Diese grundsätzliche, aus unserer Sicht unvermeidliche und zutreffende Entscheidung bedarf nun in allen Mitgliedstaaten der Aufarbeitung.

Der engere Entscheidungskontext von „Inspire Art“ betrifft die Europarechtswidrigkeit eines Gesetzes gegen sog. Scheinauslandsgesellschaften. Den verbreiteten nationalen Plädoyers auf „Rettung“ des „Wesens“ nationaler Gesellschaftsrechte durch „Überfremdungsschutz“ wird eine klare Absage erteilt. Im Binnenmarkt werden die Gesellschaftsrechte der Mitgliedstaaten als je respektabel und „verkehrsfähig“ erklärt. Bei Grenzüberschreitungen erwartet sie nicht die Gastfreundschaft des Prokrustes. Die Entscheidung enthält zudem ein ebenso klares wie irreversibles Bekenntnis der 15 Richter des Gerichtshofs zu einer freiheitlichen Gestaltung des institutionellen Einigungsprozesses: Harmonisierung soweit wie nötig, Anerkennung der institutionellen Pluralität soweit wie möglich.

III. Der Fall „Inspire Art“ und sein Verhältnis zu „Überseering“

Inspire Art Ltd., eine nach englischem Recht gegründete, dort registrierte und bestehende private company limited by shares, entfaltet ihre gesamte Geschäftstätigkeit, den Kunsthandel, in den Niederlanden. Im Handelsregister von Amsterdam ist eine Zweigniederlassung eingetragen. Die Handelskammer von Amsterdam beantragte beim zuständigen Kantongerecht, die Eintragung dahin gehend

* Prof. Dr. Erich Schanze LL.M. ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Rechtsvergleichung der Philipps-Universität Marburg; Andreas Jüttner ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut.

¹ Art. 221 EGV; Art. 16 Satzung EuGH; Art. 11 a VerfO EuGH.

² EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, AG 2003, 680 ff. (in diesem Heft). Die Entscheidung ist gezeichnet von sämtlichen 15 Richtern des Plenums, das gemäß Art. 17 Satzung EuGH bereits mit 11 Richtern beschlussfähig ist.

³ BUXBAUM/HOPT, Legal Harmonization and the Business Enterprise, 1988, S. 25 ff.

⁴ BUXBAUM/HOPT (FN 3), S. 167 ff., 250 ff.

zu ergänzen, dass es sich bei Inspire Art um eine „formal ausländische Gesellschaft“ gemäß Art. 1 WFBV (Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen)⁵ handele. Damit wären auf Inspire Art Ltd. die restriktiven Publizitäts-, Rechnungslegungs- und Mindestkapitalvorschriften des WFBV anwendbar gewesen. In dem Musterprozess⁶ ersuchte das Kantongerecht Amsterdam den EuGH gemäß Art. 234 EGV um eine Vorabentscheidung der Frage, ob das WFBV gegen das Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen die Niederlassungsfreiheit, verstoße.

Die Bedeutung der Entscheidung „Inspire Art“ erschließt sich erst, wenn man die Vorentscheidung „Überseering“ in den Blick nimmt. Dort ging es um die aus dem deutschen Kollisionsrecht, namentlich der sog. Sitztheorie, folgende Anerkennungsverweigerung niederlassungsberechtigter Gesellschaften, die vom EuGH als nicht zu rechtfertigende Negierung der Niederlassungsfreiheit qualifiziert wurde.⁷ Demgegenüber kennt das niederländische Gesellschaftskollisionsrecht keine derartige Anerkennungsverweigerung. Das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht beurteilt sich nach ihrem Satzungssitz.⁸ Dennoch – oder gerade deswegen – sah sich die niederländische Regierung aufgrund der steigenden Zahl „pseudo-ausländischer“ Gesellschaften vor allem aus dem Vereinigten Königreich und dem US-Staat Delaware zum Handeln ver-

anlasst. Der Schutz des inländischen Rechtsverkehrs sollte, unter grundsätzlicher Beibehaltung der Gründungsanknüpfung, durch sachrechtliche Auflagen, namentlich die strengen Publizitäts-, Rechnungslegungs- und Mindestkapitalvorschriften des WFBV, verbessert werden.⁹

„Inspire Art“ knüpft also genau dort an, wo „Überseering“ aufhört. Das niederländische Recht erfüllte mit der grundsätzlichen Anerkennung ausländischer Gesellschaften die Anforderungen der „Überseering“-Entscheidung. Doch welcher Gestaltungsspielraum verbleibt dem nationalen Gesetzgeber, wenn die ausländische Gesellschaft einmal anerkannt ist? Kann er ein Gesetz wie das WFBV ins Feld führen? Ist die Wahl des fremden, „leichteren“ Gesellschaftsrechts nicht eine Umgehung?

Die Antwort des EuGH ist eindeutig: Lediglich diejenigen Vorschriften des WFBV, die sich mit den – ohnehin bereits umgesetzten – Publizitätsanforderungen der Elften Richtlinie¹⁰ decken, sind europarechtlich zulässig. Alle darüber hinausgehenden Regelungen des WFBV sind mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar. Die Berufung des holländischen Einmanngesellschafts-Geschäftsführers auf die Existenz „seiner“ in Europa niederlassungsberechtigten englischen Ltd. stellt keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit dar.¹¹ Seine Rechtswahl ist nicht als Umgehung zu werten.¹²

Zur Begründung – insoweit abweichend von den Schlussanträgen – bezieht sich der EuGH nicht allein auf die Art. 43, 48 EGV, sondern zusätzlich auf die normierende Wirkung des Richtlinienrechts. Zur Vereinbarkeit des WFBV mit der Elften Richtlinie trifft er im Wesentlichen drei Feststellungen: Erstens stellt er klar, dass nationale Bestimmungen, die in Einklang mit der Niederlassungsrichtlinie stehen, keine Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit darstellen.¹³ Zweitens müssen die Mitgliedstaaten das ihnen von einer Richtlinie eingeräumte Ermessen derart ausüben, dass ausländische Gesellschaften nicht gegenüber inländischen Gesellschaften benachteiligt werden.¹⁴ Drittens – und am bedeutendsten – stellt der EuGH fest, dass die durch die Elfte Richtlinie herbeigeführte Harmonisierung abschließend ist.¹⁵ Im Klartext: Die Niederlassungsrichtlinie bestimmt den Standard der von Zweigniederlassungen zu erfüllenden Offenlegungspflichten. Jede darüber hinaus gehende nationale Auflage verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit, und man mag ergänzen: Jede Unterschreitung verstößt gegen Richtlinienrecht.

5 Gesetz über formal ausländische Gesellschaften vom 17.12.1997, Staatsblad 1997, Nr. 697.

6 Unterstützt durch das „Haags Juristen College“ (www.hjc.nl/ sowie www.hjc.nl/persb-inspire.htm), das Dienstleistungen bei der Gründung von U. K.-Gesellschaften in den Niederlanden anbietet.

7 EuGH v. 9.11.2002 – Rs. C-208/00 – „Überseering“, AG 2003, 37, 39, Rz. 92 ff. Aus den über 40 Stellungnahmen zu „Überseering“ siehe nur: BALLARINO, Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement, *Revue critique DIP*, 92 (2003), 373 ff.; BEHRENS, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem „Überseering“-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu „Inspire Art“, *IPRax* 2003, 193 ff.; BINZ / MAYER, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG im Aufwind?, *GmbHR* 2003, 249 ff.; EIDENMÜLLER, Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, *ZIP* 2002, 2233 ff.; FORSTHOFF, Internationales Gesellschaftsrecht im Umbruch, *DB* 2003, 979 ff.; GARCIMARTÍN, La sentencia „Überseering“ y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro, *Revista de Derecho Mercantil* 2003, 663 ff.; GROSSERICHTER, Ausländische Kapitalgesellschaften im Europäischen Rechtsraum: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht und seine Perspektiven nach der Entscheidung „Überseering“, *DStR* 2003, 159 ff.; HALBHUBER, Anmerkung zu EuGH Rs. C-208/00 v. 5.11.2002, *ZEuP* 2003, 422 ff.; KERSTING, Rechtswahlfreiheit im Europäischen Gesellschaftsrecht nach „Überseering“, *NZG* 2003, 9 ff.; KINDLER, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft?, *NJW* 2003, 1073 ff.; KNAPP, „Überseering“: Zwingende Anerkennung von ausländischen Gesellschaften?, *DNotZ* 2003, 85 ff.; LEIBLE / HOFFMANN, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, *RIW* 2002, 925 ff.; MEILICKE, Die Niederlassungsfreiheit nach „Überseering“ – Rückblick und Ausblick nach Handelsrecht und Steuerrecht, *GmbHR* 2003, 793 ff.; MICHELER, Recognition of Companies Incorporated in Other EU Member States, *International and Comparative Law Quarterly* 2003, 521 ff.; RAMMELLOO, The Long and Winding Road Towards Freedom of Establishment for Legal Persons in Europe, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2003, 169 ff.; W.-H. ROTH, Internationales Gesellschaftsrecht nach „Überseering“, *IPRax* 2003, 117 ff.; SCHANZE / JÜTTNER, Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften – Rechtslage und Perspektiven nach der „Überseering“-Entscheidung des EuGH, *AG* 2003, 30 ff.; SCHULZ, (Schein-)Auslandsgesellschaften in Europa – Ein Schein-Problem?, *NJW* 2003, 2705 ff.; SCHULZ / SESTER, Höchststrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach „Überseering“, *EWS* 2002, 545 ff.; WERTENBRUCH, Der Abschluss des „Überseering“-Verfahrens durch den BGH – Folgerungen, *NZG* 2003, 618 ff.; WYMEERSCH, The Transfer of the Company's Seat in European Company Law, *Common Market Law Review* 2003, 661 ff.; ZIMMER, Ein Internationales Gesellschaftsrecht für Europa, *RabelsZ* 67 (2003), 298 ff.

8 Art. 2 Wet conflictenrecht corporaties, Staatsblad 1997, 699 ff.

9 So die Erklärungen der niederländischen Regierung und der Kamer van Koophandel: GA ALBER, Schlussanträge zu EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, Rz. 31 (erhältlich unter: www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de).

10 Richtlinie 89/666/EWG vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, *ABl.* 1989, L 395/36.

11 Damit hat sich das aus der Sicht des „Empfängerhorizonts“ formulierte Problem der sog. Scheinauslandsgesellschaften, Briefkastengesellschaften etc., das bereits im Jahre 1986 in der Rechtssache „Segers“ entschieden war, nun in Europa endgültig erledigt.

12 Zum Verhältnis von Umgehung und institutioneller Innovation: SCHANZE, Hare and Hedgehog Revisited: The Regulation of Markets That Have Escaped Regulated Markets, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 151/1 (1995), 162 ff.

13 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, *AG* 2003, 680, 681, Rz. 55–58.

14 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, *AG* 2003, 680, 681, Rz. 58–64.

15 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, *AG* 2003, 680, 681 f., Rz. 65–72.

Nach dieser Feststellung der Europarechtswidrigkeit der beschwerenden niederländischen Publizitätsanforderungen prüft das Gericht die Vorschriften des WFBV bezüglich der besonderen Gläubigerschutzregeln durch Mindestkapitalanforderungen und, bei Nichteinhaltung, die Zulässigkeit der Sanktion einer persönlichen gesamtschuldnerischen Haftung der Geschäftsführer. Als Prüfungsmaßstab werden hier allein Art. 43, 48 EGV herangezogen.¹⁶ „Inspire Art“ verwirft diese Vorschriften und bestätigt hierbei umfassend die bisherigen Judikate,¹⁷ insbesondere die Entscheidungen „Centros“¹⁸ und „Segers“¹⁹. Damit ist nunmehr von einer gefestigten Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auszugehen. Den Kerngehalt dieser Rechtsprechung wiederholt der EuGH in aller Deutlichkeit,²⁰ wohl auch im Hinblick auf Plädoyers, wie das des Vertreters der deutschen Regierung, der Gerichtshof möge tunlichst Wege aufzeigen, wie die Mitgliedstaaten gegen die Gründung von Briefkastenfirma vorgehen könnten.²¹

Zusammenfassend erklärt der EuGH, dass die Mindestkapitalvorschriften des WFBV eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen,²² die weder nach Art. 46 EGV noch nach dem „Vier-Konditionen-Test“,²³ noch aufgrund einer missbräuchlichen oder betrügerischen Berufung auf Gemeinschaftsrecht zu rechtfertigen ist.²⁴ Hervorzuheben ist, dass der EuGH im Rahmen des „Vier-Konditionen-Tests“ – wie bereits in der „Centros“-Entscheidung²⁵ – die „Erforderlichkeit“ der Anwendung nationaler Mindestkapitalvorschriften verneint. Die Gesellschaftsgläubiger können durch die Publizität, die durch die gesellschaftsrechtlichen Richtlinien gewährleistet ist, erkennen, dass es sich um eine ausländische Gesellschaft handelt und sich entsprechend absichern.²⁶ Mit dieser Argumentation überträgt der EuGH sein im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickeltes Konzept des „mündigen Verbrauchers“ auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften.²⁷ Nach diesem Konzept ist einer Gefähr-

dung der Verbraucher – soweit irgend möglich – durch angemessene Informationsvergabe zu begegnen, wobei den Verbrauchern ein qualifiziertes Urteilsvermögen zugeordnet wird. Für die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften bedeutet dies, dass von „mündigen Gläubigern“ erwartet werden kann, sich eigenverantwortlich abzusichern, sofern ihnen ausreichende Informationen über Art und Herkunft der Gesellschaft zur Verfügung stehen. Bezüglich der Informationsmöglichkeiten verweist der Gerichtshof auf den ausländischen Rechtsformzusatz sowie die „gemeinschaftsrechtlichen Schutzregelungen“ zur Publizität.²⁸ In der „Centros“-Entscheidung hatte der EuGH ausdrücklich die Vierte²⁹ und Elfte³⁰ Richtlinie herangezogen. Entscheidend für die Publizität ist jedoch auch die Erste Richtlinie³¹, auf die es allerdings in „Centros“ und „Inspire Art“ deshalb nicht ankam, weil es sich jeweils um Zweigniederlassungen handelte. Zusätzliche Publizitätspflichten ergeben sich für Aktiengesellschaften aus der Zweiten Richtlinie³² und für die Einmann-GmbH aus der Zwölften Richtlinie³³. Mithin existiert ein umfassendes Netz gemeinschaftsrechtlicher Publizitätsanforderungen. In den geregelten Bereichen bedarf es keiner weitergehenden Offenlegungspflichten. Für Zweigniederlassungen hat dies der EuGH in „Inspire Art“ klargestellt. Auch jenseits des Anwendungsbereichs der Elften Richtlinie sind verschärfende nationale Publizitätsanforderungen unzulässig. Insoweit greift nämlich der allgemeine Publizitätsstandard der Ersten Richtlinie. Insbesondere bedarf es keines ausgeschriebenen, mit Herkunftsland versehenen Rechtsformzusatzes.³⁴ In „Inspire Art“ – wie bereits in „Centros“ – geht der EuGH davon aus, dass die bestehenden Publizitätserfordernisse „mündige Gläubiger“ in die Lage versetzen, Risiken abzuschätzen. Dies bestätigt die Erkenntnis der ökonomischen Analyse des Korporationsrechts, dass Vertragsgläubiger vom Grundansatz her in der Lage sind, das korporative Insolvenzrisiko zu internalisieren und dass bei anderen Gläubigern nur differenzierte Lösungen (Selbstversicherung, Anordnung von Versicherung der einen oder anderen Seite, Pools für Sonderrisiken sowie die persönliche deliktische and strafrechtliche Verantwortlichkeit der Handelnden, nicht jedoch

16 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, AG 2003, 680, 682f., Rz. 73–142.

17 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, AG 2003, 680, 682f., Rz. 95–105, 131–139.

18 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – „Centros“, Slg. 1999, I-1459ff.

19 EuGH v. 10.7.1986 – Rs. 79/85 – „Segers“, Slg. 1986, 2375ff.

20 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, AG 2003, 680, 682f., Rz. 95ff.

21 GA ALBER (Schlussanträge zu EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, Rz. 123) führte hierzu zutreffend aus: „Eine derartige an den Gerichtshof gestellte Forderung überrascht, sind es doch die Mitgliedstaaten selbst, die Adressat dieses Verlangens sein sollten. Es ist nicht Aufgabe des Gerichtshofs, den Mitgliedstaaten Wege aufzuzeigen, wie sie zulässigerweise der missbräuchlichen oder missbrauchsverdächtigen Ausübung der im Vertrag gewährten Rechte entgegenzutreten können.“

22 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, AG 2003, 680, 682f., Rz. 95–105.

23 Hiernach sind Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt, wenn sie (1) zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, (2) in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, (3) zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sind und (4) nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.

24 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, AG 2003, 680, 683, Rz. 131–139.

25 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – „Centros“, Slg. 1999, I-1459, I-1495, Rz. 36; GA LA PERGOLA, Schlussanträge zu EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – „Centros“, Slg. 1999, I-1459, I-1481f.

26 A. A. WELLER, „Inspire Art“: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften, DStR 2003, 1800, 1802.

27 So auch: HALBHÜBER, Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand, 2001, S. 147. Zum Konzept des „mündigen Verbrauchers“ siehe nur: LEISNER, Der mündige Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1991, 498, 502.

28 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – „Inspire Art“, AG 2003, 680, 683, Rz. 135; EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – „Centros“, Slg. 1999, I-1459, I-1495, Rz. 36.

29 Richtlinie 78/660/EWG, ABl. 1978, L 222/11.

30 Richtlinie 89/666/EWG, ABl. 1989, L 395/36.

31 Richtlinie 68/151/EWG, ABl. 1968, L 65/8. Geändert durch die Richtlinie 2003/58/EG (ABl. 2003, L 221/13). Hiernach können spätestens ab dem 1.1.2007 Anträge bei den nationalen Registern in elektronischer Form gestellt und die Kopien in elektronischer Form angefordert werden, unabhängig davon, ob die Urkunden und Angaben vor oder nach dem Stichtag eingereicht wurden. Zusätzlich müssen die nationalen Register die freiwillige Offenlegung in jeder anderen Amtssprache der Gemeinschaft zulassen. Darüber hinaus wird die Offenlegungspflicht in den Briefen und Bestellscheinen ausdrücklich von der Papierform gelöst und auf Webseiten ausgeweitet.

32 Richtlinie 77/91/EWG, ABl. 1977, L 26/1.

33 Richtlinie 89/667/EWG, ABl. 1989, L 395/40.

34 Ein solcher Rechtsformzusatz (etwa „private company limited by shares nach britischem Recht“) wäre eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, da es aufgrund der bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungen – insbesondere der nach der Ersten Richtlinie bestehenden Pflicht zur Offenlegung von Rechtsform und Gesellschaftsregister in der Geschäftskorrespondenz – an der „Erforderlichkeit“ i.S.d. „Vier-Konditionen-Test“ fehlt. A. A. ULMER, Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, JZ 1999, 662, 663; PAEFGEN, Auslandsgesellschaften und Durchsetzung deutscher Schutzinteressen nach „Überseering“, DB 2003, 487, 490. Unsere in AG 2003, 30, 34 (FN 52) vertretene Auffassung geben wir auf.

in der Insolvenz irrelevante, abstrakte Kapitalisierungsanforderungen) wirklich helfen.³⁵

IV. Die Reaktion deutscher Gerichte auf „Überseering“

Da „Inspire Art“ thematisch an „Überseering“ anknüpft, ist vor einer näheren Bestimmung des Verhältnisses von Europarecht, Gesellschaftsrecht und Gesellschaftskollisionsrecht kurz die Reaktion der deutschen Gerichte auf die für Deutschland wichtige Vorentscheidung zu skizzieren. Unmittelbarer Adressat der „Überseering“-Entscheidung war als vorlegendes Gericht der VII. Zivilsenat des BGH, der am 13.3.2003 über das Revisionsverfahren entschied.³⁶ Zunächst stellte der Senat fest, dass er an die Auslegung der Niederlassungsfreiheit durch den EuGH gebunden sei. Die Rechtsfähigkeit von „Überseering“ sei allein nach ihrem Gründungsrecht zu beurteilen. Sie könne „nicht auf ihre Möglichkeiten als nach deutschem Recht anerkannte Personengesellschaft verwiesen werden, weil sie damit in eine andere Gesellschaftsform mit besonderen Risiken, wie z.B. Haftungsrisiken, gedrängt [würde].“ Mithin ergebe sich aus der „Überseering“-Entscheidung unmissverständlich, dass auch die vom II. Zivilsenat³⁷ am 1.7.2002 umformulierte Sitztheorie einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstelle.³⁸ Die grundsätzliche Bereitschaft des II. Zivilsenats, diesen Befund anzuerkennen, ist wohl dem Urteil vom 2.6.2003 zu entnehmen, in dem der Senat die Unanwendbarkeit der Sitztheorie auf eine luxemburgische Kapitalgesellschaft „unterstellt“. Auch die restlichen seit „Überseering“ ergangenen Urteile folgen, mit kleineren Volten,⁴⁰ diesem zutreffenden Verständnis der „Überseering“-Entscheidung. Bereits am 6.12.2002 reagierte das OLG Naumburg auf

die „Überseering“-Entscheidung und gab die Sitztheorie auf.⁴¹ Das OLG Celle stellte ebenfalls die Unvereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit fest.⁴² Mit Beschluss vom 19.12.2002 bejahte das BayObLG – unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung und unter ausdrücklicher Abweichung vom II. Zivilsenat⁴³ – die Rechtsfähigkeit und damit die Grundbuchfähigkeit einer englischen „private limited company“ mit Verwaltungssitz in Deutschland.⁴⁴ Ferner entschied dasselbe Gericht in einem Drittlandfall und nunmehr dem II. Zivilsenat ausdrücklich folgend,⁴⁵ dass eine Gesellschaft mit Satzungssitz in Sambia und Verwaltungssitz in Deutschland als eine inländische Personengesellschaft zu behandeln sei.⁴⁶ Bemerkenswert in der Rechtsprechung nach „Überseering“ ist außerdem das Urteil des BFH vom 29.1.2003, in dem das Gericht mit der „Überseering“-Entscheidung argumentiert und einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach DBA-USA 1989 sowie einen Verstoß gegen den deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schiffsverkehrsvertrag (FHS-Vertrag) begründet.⁴⁷ Am selben Tag stellte der VIII. Zivilsenat des BGH unter Bezugnahme auf die „Überseering“-Entscheidung fest, dass die im FHS-Vertrag gewährleistete Niederlassungsfreiheit die volle Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit US-amerikanischer Gesellschaften umfasse.⁴⁸

Insgesamt war der Übergang zu einer neuen kollisionsrechtlichen Beurteilung der Anerkennung EG-ausländischer Gesellschaften in der deutschen Rechtsprechung erstaunlich glatt. Dies geschah nicht nur wegen des Vorrangs des Europarechts, sondern insbesondere weil die Konsequenzen der Sitztheorie in der Fallkonstellation „Überseering“ vom Judiz her kaum akzeptabel waren, und die neue europarechtliche Betrachtungsweise sich auch in den weiteren Fällen bewährte. Selten haben sich in Deutschland Rechtsprechung und herrschende Meinung derart schnell und einmütig geändert. Zum Verhältnis von Niederlassungsrecht, Kollisionsrecht und Sachrecht bestand jedoch nach „Überseering“ weiter erheblicher methodischer Klärungsbedarf, der sich bei näherer

35 So das von RICHARD A. POSNER bereits in der ersten Auflage seines Werks „Economic Analysis of Law“ (1973) vorgetragene Argument (POSNER, Economic Analysis of Law, 5th ed., 1998, S. 432ff.; vgl. POSNER in Assmann/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, 1993, S. 221, 226ff.), das mittlerweile als Allgemeingut anzusehen ist (vgl. EASTERBROOK/FISCHEL, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 49ff.).

36 BGH v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98, ZIP 2003, 718ff.

37 BGH v. 1.7.2002 – II ZR 380/00, BGHZ 151, 204ff. = AG 2003, 39.

38 BGH v. 13.3.2003 – VII ZR 370/98, ZIP 2003, 718, 720. Hiermit erübrigte sich auch, ohne dass der VII. Zivilsenat hierauf ausdrücklich einzugehen brauchte, eine Anrufung des Großen Senats, da die vom II. Zivilsenat vertretene Rechtsauffassung – selbst wenn sich ihr der Große Senat angeschlossen hätte – aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht hätte angewandt werden dürfen. Siehe hierzu: REHBERG, Würdigung der Tagung „Internationales Gesellschaftsrecht im Wandel: Das Überseering-Urteil des EuGH und seine Folgen“, IPRax 2003, 175, 180f.; THODE, Referat im Rahmen der Tagung „Internationales Gesellschaftsrecht im Wandel: Das Überseering-Urteil des EuGH und seine Folgen“, IPRax 2003, 175, 178.

39 BGH v. 2.6.2003 – II ZR 134/02, DStR 2003, 1451, 1452.

40 Das LG Frankenthal setzte sich – ohne eine nachvollziehbare Begründung anzuführen – über die „Überseering“-Entscheidung hinweg (LG Frankenthal v. 6.12.2002 – 1 HK T 9/02, GmbHR 2003, 300f.; siehe hierzu: LEIBLE/HOFFMANN, Kommentar zu LG Frankenthal, Beschluss vom 6.12.2002 – 1 HK. T 9/02, BB 2003, 543, 543f.). Das Urteil wurde vom OLG Zweibrücken unter Verweis auf die „Überseering“-Entscheidung aufgehoben (OLG Zweibrücken v. 26.3.2003 – 3 W 21/03, DB 2003, 1264f.). Das AG Hamburg befasst sich in seinem Urteil vom 14.5.2003 zwar mit der Rechtsprechung des EuGH, verkennt jedoch, dass es sich bei dem vom EuGH anerkannten Rechtfertigungsgrund des „missbräuchlichen oder betrügerischen Verhaltens“ um einen Missbrauch des Gemeinschaftsrechts handeln muss (AG Hamburg v. 14.5.2003 – 67g IN 358/02, NJW 2003, 2835, 2836; ähnlich: DRYGALA, Kurzkomentar zu EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, EWIR 2003, 1029, 1030). Vgl. EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – „Centros“, Slg. 1999, I-1459, I-1492, Rz. 24. Ebenfalls kritisch: MOCK/SCHILDT, Anmerkung zu AG Hamburg, Beschl. v. 14.5.2003 – 67g IN 358/02, NZI 2003, 442ff.; LÜRKEN, Anmerkung zu AG Hamburg, Beschl. v. 14.5.2003 – 67g IN 358/02, DStR 2003, 1763f.

41 OLG Naumburg v. 6.12.2002 – 7 Wx 3/02, GmbHR 2003, 533 (nur Leitsatz). Volltext erhältlich in der Juris-Datenbank.

42 OLG Celle v. 10.12.2002 – 9 W 168/02, GmbHR 2003, 532, 533.

43 BGH v. 1.7.2002 – II ZR 380/00, BGHZ 151, 204ff. = AG 2003, 39.

44 BayObLG v. 19.12.2002 – 2 Z BR 7/02, GmbHR 2003, 299, 300. Siehe hierzu: SCHAUB, Anmerkung zu BayObLG, Beschl. v. 19.12.2002, 2 Z BR 7/02, DStR 2003, 654.

45 Denn auch bei dem vom II. Zivilsenat zu beurteilenden Sachverhalt – es ging um die Frage der Rechts- und Parteifähigkeit einer nach dem Recht der Kanalinsel Jersey gegründeten Gesellschaft – handelte es sich um einen Drittlandfall. Zum völkerrechtlichen Status der Kanalinsel Jersey siehe: GA LA PERGOLA, Schlussanträge zu EuGH v. 16.7.1998 – Rs. C-171/96 – „Rui Alberto Pereira Roque“, Slg. 1998, I-4610ff.

46 BayObLG v. 20.2.2003 – 1 Z AR 160/02, DB 2003, 819f.

47 BFH v. 29.1.2003 – I R 6/99, GmbHR 2003, 722, 724f.

48 BGH v. 29.1.2003 – VIII ZR 155/02, DB 2003, 818, 819. Dies bestätigt – zumindest für die zentrale Frage der Rechts- und Parteifähigkeit – unsere Feststellung, dass US-amerikanische Gesellschaften wegen der im Rahmen der Niederlassungsfreiheit vereinbarten Meistbegünstigung die gleichen Niederlassungsrechte genießen wie EG-Gesellschaften (SCHANZE/JÜTTNER, AG 2003, 30, 36). Spätestens mit diesen eindeutigen Ausführungen des BGH dürfte sich die Vorstellung erledigt haben, dass die im FHS-Vertrag eingeräumten Rechte unter dem Vorbehalt eines *genuine link* zum Gründungsstaat stehen. Zur grundsätzlichen Kritik am *genuine link*-Erfordernis: BUNGERT, Sitzanknüpfung für Rechtsfähigkeit von Gesellschaften gilt auch nicht mehr im Verhältnis zu den USA, DB 2003, 1043ff.; BUNGERT, Zur Rechtsfähigkeit US-amerikanischer Kapitalgesellschaften ohne geschäftlichen Schwerpunkt in den USA, WM 1995, 2125ff.

Analyse der Entscheidungslinie von „Segers“ bis „Inspire Art“ einschränken lässt.

V. Niederlassungsrecht, Kollisionsrecht, Sachrecht – Eine Klarstellung

In den deutschen Stellungnahmen zur Entscheidung „Überseering“ gewinnt man vielfach den Eindruck, der EuGH habe in der Alternative Sitztheorie/Gründungstheorie entschieden. Dies war nicht Sache des EuGH, und die Entscheidungsbegründung vermeidet sorgfältig den Übertritt in fremdes Terrain. Kollisionsrecht ist nationales Recht; es ist fern liegend, dass die Verträge von Rom eine detaillierte völkerrechtlich/gemeinschaftsrechtliche Vereinheitlichung des Kollisionsrechts herbeiführen wollten. Die Art. 43, 48 (ex Art. 52, 58) EGV bilden allerdings eine gemeinschaftsrechtliche Schranke für die Formulierung von Kollisionsnormen, welche die Niederlassungsfreiheit betreffen. Man hätte gewünscht, dass die deutsche Rechtsprechung und frühere h.M. das Europarecht bei ihrer Theoriebildung früher in den Blick genommen hätten.⁴⁹ Allerdings ist die Reichweite der Verträge im europäischen Einigungsprozess, insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH, verstärkt und erweitert worden. Insoweit kann man vom „gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts“ sprechen.

Entgegen der bisher üblichen, eher holzschnittartigen Diskussion erschöpft sich das Problem der kollisionsrechtlichen Behandlung von Gesellschaften nicht in den Alternativen Gründungstheorie/Sitztheorie. Es geht auch nicht um eine neue „vermittelnde“ Theorie zwischen diesen Polen. Soweit Gesellschaften betroffen sind, die unter die Regeln der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit fallen, ist vielmehr zu fragen, welche nationalen *Kontrollinteressen* kollisionsrechtlich und sachrechtlich unter den Vorgaben der „Grundfreiheiten“ durchsetzbar sind. Art. 43, 48 EGV bestimmen autonom den von der Niederlassungsfreiheit erfassten Kreis der Gesellschaften, und zwar als Frage des Europarechts, nicht des Kollisionsrechts. Die vom EuGH in der „Überseering“-Entscheidung⁵⁰ vorgesehene Herkunftslandanknüpfung der *Rechts- und Parteifähigkeit* mit den Tatbestandselementen „Gründung“⁵¹, „Satzungssitz“⁵² und „Existenz“⁵³ (richtiger: Bestand im Zeitpunkt der Entscheidung) in einem Mitgliedstaat hat mit dem in der kollisionsrechtlichen Diskussion verwendeten Begriff der „Gründungstheorie“ nur eine begrenzte Schnittmenge. Dies scheint im Ansatz

zwar vielen Kommentatoren bewusst zu sein, dennoch neigen sie dazu, durch eine Anlehnung an die überkommene Terminologie Rückschlüsse auf die Reichweite der Niederlassungsfreiheit zu ziehen. So verwenden, im Ansatz problembewusst, *Leible/Hoffmann* den Begriff der „europarechtlichen Gründungstheorie“ in Abgrenzung zur überkommenen „Gründungstheorie“. Sie setzen jedoch dann die beiden Begriffe gleich, wenn sie in ihrem Hauptargument gegen eine Erstreckung der „Überseering“-Entscheidung auf Personengesellschaften von der Nichtanwendbarkeit der „Gründungstheorie“ unmittelbar auf die Nichtanwendbarkeit der „europarechtlichen Gründungstheorie“ schließen.⁵⁴ Richtig ist, dass im IPR unter dem Stichwort „Gesellschaftsstatut“ im allgemeinen nur die Rechtsverhältnisse der Korporationen behandelt und deshalb zwischen (immer) registrierten Korporationen und Personengesellschaften unterschieden wird.⁵⁵ Für das in der Entscheidung „Überseering“ betroffene Problem der Anerkennung einer niederlassungsberechtigten Gesellschaft kann es jedoch darum nicht gehen, denn Art. 43, 48 EGV normieren die Niederlassungsfreiheit. Diese gilt gemäß Art. 48 Abs. 2 EGV ausdrücklich auch für Personengesellschaften.⁵⁶ Hieran zeigt sich, dass die Umschreibung eines gemeinschaftsrechtlichen Sachverhalts unter Verwendung überkommener nationaler kollisionsrechtlicher Begrifflichkeiten Fehlschlüsse nach sich ziehen kann. Insbesondere die Begriffe „Gründungstheorie“ und „Sitztheorie“ sind national und methodisch spezifisch präformiert,⁵⁷ so dass sie – auch mit dem Zusatz „europarechtlich“ – für die Beschreibung eines völlig anderen – gemeinschaftsrechtlichen statt kollisionsrechtlichen – Sachverhalts eher ungeeignet erscheinen.

Wir haben deshalb den Arbeitsbegriff „europarechtlich moderierte Kontrolltheorie“ vorgeschlagen,⁵⁸ der in Distanz zu den national geprägten Begrifflichkeiten die europarechtlich gebotene Methodik in das jeweilige nationale Kollisionsrecht hineinträgt und den Hinweis der EuGH-Entscheidungen aufnimmt, dass bei einer künftigen Erarbeitung von gesellschaftsrechtlichen Kollisionsnormen sich die Problematik nicht in der Behandlung von Korporationen erschöpft.

Weiter kann das kollisionsrechtliche Problem – wie bei natürlichen Personen – auch bei Gesellschaften nicht von einer einzigen Regel (mit Ausnahmen) treffend erfasst werden. Vielmehr geht es um die Anwendung *aller* kollisionsrechtlichen Regeln – die auch für natürliche Personen gelten – im Lichte der Besonderheiten von Gesellschaften, Gesellschaftern und Organen,⁵⁹ also insbesondere der Kollisionsregeln bezüglich Vertretung, Vertrag, Delikt, Bereicherung, GoA, Insolvenz und aller wirtschaftsrecht-

49 Wegweisend: BEHRENS in Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1992, Einl. Rz. 122f.; KNOBBE-KEUK, Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 1990, 325ff. Vgl. auch: SCHULZ, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in einem Gemeinsamen Markt, 2000; WYMEERSCH, „Centros“: A Landmark Decision in European Company Law, in: Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum, 2000, S. 629ff.

50 EuGH v. 9.11.2002 – Rs. C-208/00 – „Überseering“, AG 2003, 37, 39, Rz. 95.

51 Art. 48 Abs. 1 EGV.

52 Art. 48 Abs. 1 EGV.

53 EuGH v. 9.11.2002 – Rs. C-208/00 – „Überseering“, AG 2003, 37, 39, Rz. 80f.; EuGH v. 27.9.1988 – Rs. 81/87 – „Daily Mail“, Slg. 1988, 5483, 5511, Rz. 19. Hier liegt die Grenze der niederlassungsrechtlichen Gleichbehandlung von Gesellschaften und natürlichen Personen. Es gibt keine niederlassungsrechtliche Verselbstständigung der Gesellschaften von ihrem Heimatrecht. In diesem Zusammenhang darf jedoch die praktische Bedeutung sog. Wegzugsbeschränkungen nicht überbewertet werden. Welcher Mitgliedstaat kann ein Interesse daran haben, seine eigenen Gesellschaften ohne hinreichende Rechtfertigung einzusparen? Es gibt keinen nachvollziehbaren Grund, die Wahl des eigenen, als richtig empfundenen Gesellschaftsrechts durch Auflösung bei Wegzug zu sanktionieren.

54 LEIBLE / HOFFMANN, RIW 2002, 925, 934.

55 Eine überzeugende kollisionsrechtliche Unterscheidung zwischen Korporationen und Personengesellschaften findet sich in Art. 150 CH-IPRG.

56 Vgl. WERTENBRUCH, NZG 2003, 618, 619 (m.w.N.).

57 Vgl. WYMEERSCH, Common Market Law Review 2003, 661, 666ff.; WOUTERS, Private International Law and Companies' Freedom of Establishment, European Business Organization Law Review 2001, 101, 103ff.

58 SCHANZE / JÜTTNER, AG 2003, 30, 36.

59 Das Problem besteht spiegelbildlich beim sog. Durchgriff. Vgl. MÜLLER-FREIENFELS, Zur Lehre vom sog. Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156 (1957), 522ff. Für den kollisionsrechtler erstaunlich ist der unbefangene Gebrauch des Begriffs „Sonderanknüpfung“ in der Diskussion nach „Überseering“. Vgl. hierzu: KROPHOLLER, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2001, S. 239ff.

lichen sog. Sonderanknüpfungen, vor allem im Steuerrecht, Bilanzrecht und Kapitalmarktrecht.

Der im deutschen IPR notorische Satz, dass die Korporation „keine Heimat, sondern einen Sitz habe“ und deshalb an diesen anzuknüpfen sei,⁶⁰ war nie mehr als eine schneidige *petitio principii*. *Kegeles* Lehrsatz ist – aus Sicht des unmissverständlichen Wortlauts der europäischen Verträge und deren konsequenter Anwendung in der Entscheidungskette von „Segers“ zu „Inspire Art“ – nunmehr unversehens vom Kopf auf die Füße gestellt: Offensichtlich hat die Gesellschaft eine Heimat. Denn die „Heimat“ der Gesellschaft in *einem* Mitgliedstaat (als herkunftsstiftendes Identifikationsmerkmal, beruhend auf Gründung, dortigem Satzungssitz, Registrierung⁶¹ und Bestand) „beheimatet“ sie im Europa des Jahres 2003, und sie kann folglich zu europäischen Bedingungen die europäischen Freiheiten, insbesondere die Niederlassungsfreiheit, in Anspruch nehmen.

Aufgabe nach „Überseering“ und „Inspire Art“ ist die Lösung eines grundlegenden Problems der Theoriebildung der nationalen Gesellschaftskollisionsrechte, welches durch die europarechtliche Herausforderung nun offensichtlich geworden ist. Die xenophobe „Sitztheorie“ hatte das Problem in Zentraleuropa verschleiert, die „Gründungstheorie“ greift zu kurz. Alle nationalen Kollisionsrechte der EG müssen sich bei der Entwicklung der auf Gesellschaften bezogenen Regeln an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben orientieren. Es wäre verhängnisvoll, das Problem durch einen Schnellschuss von Kollisionsrechtsrecht zu bereinigen.⁶² Das unübersichtliche und inkonsistente IPR des Verbrauchervertragsrechts sollte hier ein abschreckendes Beispiel sein.

VI. Niederlassungsfreiheit und mitgliedstaatliche Kontrolle – Die methodischen Vorgaben des EuGH

Seit geraumer Zeit versteht der EuGH die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit nicht mehr als ein reines Diskriminierungsverbot, sondern – den anderen „Grundfreiheiten“ entsprechend – als ein allgemeines Beschränkungsverbot.⁶³ Doch wie weit reicht dieses Beschränkungsverbot, und welche Regelungs- und Kontrollkompetenzen verbleiben den Mitgliedstaaten?

1. Das Beschränkungsverbot und der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung

In der Entscheidungslinie bis „Inspire Art“ postuliert der EuGH den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften. Hierbei handelt es sich um die sinn-gemäße Übertragung des im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelten „Cassis de Dijon-Prinzips“⁶⁴ auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften.⁶⁵ Ist eine Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht existent, so darf sie sich in jedem Mitgliedstaat niederlassen, auch wenn die „qualitativen Vorgaben“ des Herkunftsrechts von jenen des Niederlassungsrechts abweichen.⁶⁶ Die Gesellschaft ist *tel quel* anzuerkennen. Grundlegende Voraussetzung dieser Anerkennungspflicht ist die Anerkennung der Existenz der niederlassungsberechtigten Gesellschaft. Verweigert ein Mitgliedstaat die Anerkennung der Existenz der Gesellschaft, bedeutet dies nicht lediglich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, sondern – so die „Überseering“-Formel – die Negierung der Niederlassungsfreiheit.⁶⁷ Aus „Inspire Art“ ergibt sich nunmehr, dass neben der Existenz der Gesellschaft auch ihre organisationsrechtlichen Eigenschaften, die wir im Folgenden kurz „Subjekteigenschaften“ nennen wollen, anzuerkennen sind. Werden die Subjekteigenschaften nicht anerkannt, so wird die Niederlassung in dem jeweiligen Staat „behindert oder zumindest weniger attraktiv“⁶⁸ gemacht. Damit liegt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vor, die der Rechtfertigung nach dem „Vier-Konditionen-Test“ bedarf.⁶⁹

2. Grenzen des Beschränkungsverbots

Wären sämtliche beschwerenden Regelungen des Niederlassungsstaats eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und unterlägen sie dem – vom EuGH streng gehandhabten⁷⁰ – „Vier-Konditionen-Test“, so käme dies einer Rückkehr zur kolonialen Gründungstheorie gleich. Deren Sinn war es ja gerade, konzessionierte Gesellschaften umfassend verkehrsfähig zu machen, mit der Konzessionierung gleichsam ein *territoire flottant* zu schaffen, das auch in allen seinen Außenwirkungen nach

60 KEGEL/SCHURIG, Internationales Privatrecht, 8. Aufl. 2000, S. 501 f.

61 Für Korporationen ist die Registrierung in allen europäischen Staaten Voraussetzung für eine wirksame Errichtung. Bei den Personengesellschaften haben wir es insbesondere in Deutschland mit der änderungsbedürftigen Anomalie zu tun, dass der rechtliche Status *ex post* festgestellt wird.

62 Im Lichte von „Inspire Art“ bedürfen bereits vorgetragene Harmonisierungsvorschläge der erneuten Erwägung (siehe etwa: ZIMMER, *RabelsZ* 67 [2003], 289 ff.). Die Schweizer Regelung in Art. 150 ff. IPRG ist insoweit ein brauchbarer, moderner Ansatzpunkt. Die Reformfähigkeit des Schweizer Rechts zeigt sich auch an der Änderung des „Heimatschutzartikels“ (Art. 708 OR). Nunmehr muss lediglich ein Geschäftsführer seinen Wohnsitz in der Schweiz haben und nicht mehr die Mehrheit der Geschäftsführer das Schweizer Bürgerrecht besitzen (Amtliches Bulletin 2003 N 267 ff.).

63 EuGH v. 15.1.2002 – Rs. C-439/99 – „Kommission/Italien“, Slg. 2002, I-305, I-364, Rz. 22; EuGH v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 – „Gebhard“, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37; EuGH v. 31.3.1993 – Rs. C-19/92 – „Kraus“, Slg. 1993, I-1663, I-1697, Rz. 32; GA LA PERGOLA, Schlussanträge zu EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – „Centros“, Slg. 1999, I-1459, I-1470.

64 EuGH v. 20.2.1979 – Rs. 120/78 – REWE („Cassis de Dijon“), Slg. 1979, 649, 664, Rz. 14 f.

65 BUXBAUM, *Back to the Future? From „Centros“ to the Überlagerungstheorie*, in Festschrift Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 2000, S. 149, 152 f.; SCHANZE/JÜTTNER, AG 2003, 30, 32; WYMEERSCH, „Centros“: A Landmark Decision in European Company Law, in: *Corporations, Capital Markets and Business in the Law: Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, 2000, S. 629, 640, 653.

66 Vgl. EuGH v. 20.2.1979 – Rs. 120/78 – REWE („Cassis de Dijon“), Slg. 1979, 649, 664, Rz. 14 f.

67 EuGH v. 9.11.2002 – Rs. C-208/00 – „Überseering“, AG 2003, 37, 39, Rz. 56–59, 80 f., 93.

68 So der Beschränkungs-begriff des EuGH: vgl. EuGH v. 15.1.2002 – Rs. C-439/99 – „Kommission/Italien“, Slg. 2002, I-305, I-364, Rz. 22; EuGH v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 – „Gebhard“, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37; EuGH v. 31.3.1993 – Rs. C-19/92 – „Kraus“, Slg. 1993, I-1663, I-1697, Rz. 32; GA LA PERGOLA, Schlussanträge zu EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – „Centros“, Slg. 1999, I-1459, I-1470.

69 Eine Rechtfertigung wegen „missbräuchlicher oder betrügerischer Berufung auf Gemeinschaftsrecht“ scheidet insoweit aus, da es keine missbräuchliche Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit darstellt, wenn eine Gesellschaft nach dem „liberalsten“ Gesellschaftsrecht gegründet wird: EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – „Centros“, Slg. 1999, I-1459, I-1493, Rz. 27; EuGH v. 30.9.2003 – Rs. 167/01 – „Inspire Art“, AG 2003, 680, 683, Rz. 138.

70 Dies lassen die Entscheidungen „Inspire Art“ und „Centros“ erkennen. So auch: WYMEERSCH, *Common Market Law Review* 2003, 661, 688.

Gründungsrecht behandelt werden will.⁷¹ Die europarechtliche Anerkennungspflicht ist jedoch reziprok: Ebenso wie der Niederlassungsstaat die aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Gesellschaften zu respektieren hat, müssen auch diese Gesellschaften das Recht des Niederlassungsstaats respektieren. Ein zu extensiver Beschränkungsbegriff würde zu einer unangemessenen Homogenisierung der nationalen Rechte der Gemeinschaft führen. Es geht jedoch gerade darum, dass die Pluralität der nationalen Rechtsordnungen im Rahmen der Marktfreiheiten erhalten bleibt.

Mit den notwendigen Schranken der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften hat sich der EuGH in „Inspire Art“ nicht explizit befasst. Allerdings hat er in „Centros“ klug disponiert, wenn er offen formuliert, dass die Nationalstaaten alle geeigneten Abwehrmaßnahmen gegen fraudulöse Handlungen treffen dürfen.⁷² Damit reagiert er auf die dogmatischen Divergenzen der Mitgliedstaaten bei der Sanktionierung betrügerischen Handelns von Gesellschaften und der dahinter stehenden Personen, die im Ergebnis dicht beieinander liegen, seien sie nun bürgerlich-rechtlichen oder konkursrechtlichen Ursprungs. Diese „Abwehrmaßnahmen“ sind Teil des allgemeinen Verkehrsrechts der nationalen Rechtsordnungen und werden einheitlich auf ausländische wie inländische Gesellschaften angewandt. Die Kernfrage nach „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ lautet, ob auch diese uniform wirkenden Regelungen des allgemeinen Verkehrsrechts eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen und damit einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen.

Diese Frage stellte sich analog im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit. Der EuGH ist dort tastend vorgegangen. Nach der „Keck“-Entscheidung fallen rechtlich wie faktisch neutrale, unabhängig von der Herkunft angewandte, inländische wie ausländische Erzeugnisse gleichermaßen belastende Regelungen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit. Solche Regelungen sind nicht geeignet, den Marktzugang zu versperren oder zu behindern.⁷³ In der aktuellen Rechtsprechung nach „Keck“ legt der EuGH jedoch mehr Gewicht auf das Merkmal des Marktzugangs und qualifiziert mitunter auch uniform wirkende Regelungen als Beschränkungen der „Grundfreiheiten“.⁷⁴ Hierbei handelt es sich um nationale Regelungen, die eine *wesentliche Behinde-*

rung des Marktzugangs und damit des Binnenmarktes darstellen.⁷⁵ Hierdurch sucht der EuGH die überschießenden Tendenzen der „Keck“-Rechtsprechung aufzufangen und die Effektivität der „Grundfreiheiten“ und damit das Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten.⁷⁶

Überträgt man diese Grundsätze auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften,⁷⁷ so kann man davon ausgehen, dass Regelungen des allgemeinen Verkehrsrechts (insbesondere das Vertragsrecht, das Bereicherungsrecht und das Deliktsrecht) rechtlich wie faktisch neutral wirken. Sie belasten gleichermaßen inländische wie ausländische Gesellschaften. Im Sinne von „Keck“ stellen sie demnach keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Führen sie jedoch trotz ihrer uniformen Wirkung zu einer *wesentlichen Behinderung des Marktzugangs*, so ist der Anwendungsbereich der Art. 43, 48 EGV wieder eröffnet, und der betroffene Mitgliedstaat muss die Beschränkung rechtfertigen.⁷⁸ In Betracht kommen insoweit gewerberechtliche Genehmigungsvorbehalte oder auch überschießende, extrem formulierte Deliktsgesetze.⁷⁹ Ferner hat der EuGH für die Pflichtmitgliedschaft in den Kammern bereits entschieden, dass es sich um rechtfertigungsbedürftige Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit handelt.⁸⁰

3. Zusammenfassung: Prüfung des Beschränkungsverbots

Die Reichweite der nationalen Kontrollansprüche im Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit ist im Lichte der Rechtsprechung des EuGH in vier Arbeitsschritten zu bestimmen: (1) Die Rechtsfähigkeit einer in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten und bestehenden Gesellschaft ist ohne weitere Prüfung anzuerkennen. (2) Erschwerende Eingriffe in die Subjekteigenschaften einer ausländischen Gesellschaft stellen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar und bedürfen der Rechtfertigung nach dem „Vier-Konditionen-Test“. (3) Regelungen, die ausländische Gesellschaften ebenso belasten wie inländische

71 Wer im Höhepunkt des Empire mit einer englischen Gesellschaft handeln wollte, musste wissen: es gilt in allen Verhältnissen englisches Recht. Im Gegensatz hierzu findet sich die magerste und sympathischste Variante der „Gründungstheorie“ im 10. Kapitel des Schweizer IPRG.

72 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – „Centros“, Slg. 1999, I-1459, I-1496, Rz. 38.

73 EuGH v. 24.11.1993 – Rs. C-267/91 und C-268/91 – Keck, Slg. 1993, I-6097, I-6131, Rz. 16f. Vgl. CRAIG/DEBÚRCA, EU Law, 3rd ed. 2003, S. 641f.; HERDEGEN, Europarecht, 4. Aufl. 2002, Rz. 290ff.; KOENIG/HARATSCH, Europarecht, 3. Aufl. 2000, Rz. 507ff.; WEATHERILL/BEAUMONT, EU Law, 3rd ed., 1999, S. 608f.; WHITE, In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty, Common Market Law Review 1989, 235, 246f.

74 EuGH v. 13.5.2003 – Rs. C-463/00 – „Kommission/Spanien“, Rz. 61; EuGH v. 13.5.2003 – Rs. C-98/01 – „Kommission/Vereinigtes Königreich“, Rz. 47 (erhältlich unter: www.curia.eu.int/juris/cgi-bin/form.pl?lang=de); EuGH v. 8.3.2001 – Rs. C-405/98 – „Gourmet“, Slg. 2001, I-1795, I-1824, Rz. 21 ff.; EuGH v. 13.1.2000 – Rs. C-254/98 – „Heimdienst“, Slg. 2000, I-151, I-171, Rz. 29; EuGH v. 11.5.1999 – Rs. C-255/97, Slg. 1999, I-2835, I-2860, Rz. 19; EuGH v. 10.5.1995 – Rs. C-384/93 – „Alpine“, Slg. 1995, I-1141, I-1177, Rz. 37; EuGH v. 15.12.1995 – Rs. C-415/93 – „Bosman“, Slg. 1995, I-4921, I-5070, Rz. 103; EuGH v. 9.7.1977 – Rs. C-34 bis 36/95 – „De Agostini“, Slg. 1997, I-3843, I-3891, Rz. 44f.

75 Siehe insbesondere: EuGH v. 15.12.1995 – Rs. C-415/93 – „Bosman“, Slg. 1995, I-4921, I-5070, Rz. 103. Vgl. BARNARD, Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw?, European Law Review 2001, 35, 52; CRAIG/DEBÚRCA (FN 73), S. 654, 657f.; HERDEGEN (FN 73), Rz. 290ff.; WEATHERILL, Common Market Law Review 1996, 885, 895ff.

76 WEATHERILL, Common Market Law Review 1996, 885, 895ff.

77 Zur Konvergenz der „Grundfreiheiten“ im Rahmen des Beschränkungsverbots: W.-H. ROTH, Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot, in Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, 1997, S. 729, 740ff.

78 Nach dem „Vier-Konditionen-Test“ oder, da es sich nicht um einen Eingriff in die Subjekteigenschaften handelt, wegen einer „missbräuchlichen oder betrügerischen Berufung auf Gemeinschaftsrecht“. Vgl. KNAPP, DNotZ 2003, 85, 89; OLG Zweibrücken v. 26.3.2003 – 3 W 21/03, DB 2003, 1264, 1265.

79 Zu denken ist beispielsweise an eine verschuldensfreie „Strukturhaftung“ bei qualifiziert faktischer Konzernierung, wie sie einmal von K. SCHMIDT vorgeschlagen wurde (K. SCHMIDT, Verlustausgleichspflicht und Konzernleitungshaftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern, ZIP 1989, 545ff.).

80 EuGH v. 3.10.2000 – Rs. C-58/98 – „Corsten“, Slg. 2000, I-7919, Rz. 33f., 45. Bezüglich der gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung verfolgt die Zwangsmittgliedschaft in der Handwerkskammer mit der Qualitätssicherung zwar einen „zwingenden Grund des Allgemeinwohls“, ist jedoch – zumindest im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit – nicht „erforderlich“ (EuGH v. 3.10.2000 – Rs. C-58/98 – „Corsten“, Slg. 2000, I-7919, Rz. 38ff.). Bei der Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer bestehen bereits Bedenken an dem Vorliegen eines „zwingenden Grundes des Allgemeinwohls“. Eine der Handwerksrolle vergleichbare, qualitätssichernde Funktion lässt sich dem IHK-Gesetz schwerlich entnehmen. Insbesondere ist die Mitgliedschaft an keine besonderen Fähigkeiten geknüpft (Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern vom 18.12.1956, BGBl. I 1956, 920).

(insbesondere das lokale allgemeine Verkehrsrecht), sind in der Regel vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen. (4) Stellen diese Regelungen jedoch eine wesentliche Behinderung des Marktzugangs dar, so bedürfen sie in der Rückausnahme der gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung.

VII. Kollisionsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Kernprobleme nach „Inspire Art“

Wendet man diese durch die Rechtsprechung des EuGH vorgegebene Methodik auf wichtige Problemfelder des deutschen Gesellschaftsrechts und Gesellschaftskollisionsrechts an, so ergibt sich Folgendes.

1. Unternehmensmitbestimmung

Die rechtsformbezogene Unternehmensmitbestimmung ist ein Charakteristikum des deutschen Gesellschaftsrechts. Das Mitbestimmungsgesetz 1976 fand eine breite gesetzgeberische Mehrheit und hielt der verfassungsrechtlichen Überprüfung stand. Eine gesetzliche oder richterrechtliche Norm, welche die deutschen Regelungen über die Mitbestimmung in Leitungsorganen auf ausländische, in Deutschland niedergelassene Gesellschaften erstreckte, würde einen Eingriff in die Organisationsstruktur und damit in die Subjekteigenschaften dieser Gesellschaften darstellen. Insoweit würde das mitgliedstaatliche Gesellschaftsrecht nicht *tel quel* respektiert; die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit wäre tiefgreifender als Kapitalisierungsanforderungen und beträfe wie diese allenfalls eine abstrakte „Gefährdung“ der Interessen einer bestimmten Gläubigergruppe, der Arbeitnehmer. Selbst wenn man im Rahmen des „Vier-Konditionen-Tests“ einen „zwingenden Grund des Allgemeinwohls“ bejahen würde, so scheiterte die Rechtfertigung jedenfalls am Merkmal der „Erforderlichkeit“.⁸¹

Ein niederlassungsrechtlich zulässiges Modell der Arbeitnehmerpartizipation stellt demgegenüber die betriebliche Mitbestimmung dar. Sie greift nicht in die Subjekteigenschaften der niedergelassenen Gesellschaft ein und ist für inländische Gesellschaften ebenso belastend wie für ausländische. Sollte der EuGH in einer weiteren Entscheidung zu der Auffassung gelangen, dass die betriebliche Mitbestimmung trotz ihrer uniformen Wirkung eine wesentliche Behinderung des Marktzugangs und damit eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt, genügt sie jedenfalls den Anforderungen des „Vier-Konditionen-Tests“.⁸²

In unserer Stellungnahme zu „Überseering“ haben wir anhand des Davignon-Berichts⁸³ ein weiteres niederlassungsrechtlich zulässiges Modell der Arbeitnehmerpartizipation skizziert.⁸⁴ Grundgedanke ist die Einführung eines qualifizierten Verhandlungsanspruchs, gezielt auf die Vereinbarung eines Mitbestimmungsmodells. Die von der Davignon-Sachverständigengruppe vorgeschlagenen Informations-, Anhörungs- und Mitbestimmungsrechte⁸⁵ dienen hierbei als unverbindliche, den Verhandlungsprozess unterstützende Zielvorgaben. Diese Regelungen stellen bereits einen wohlwogenen Kompromiss zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen dar.⁸⁶ Ein rechtlicher Abschlusszwang, der mit der Niederlassungsfreiheit kollidieren würde, besteht nicht. Jedoch ist kaum vorstellbar, dass die Unternehmensleitung einer vorwiegend oder ausschließlich in Deutschland tätigen Gesellschaft durch einen vorschnellen Abbruch der Verhandlungen den Betriebsfrieden gefährden und die Gewerkschaften herausfordern wird. Zudem gibt es eine eingespielte Routine zwischen Vorstand und mitbestimmtem Aufsichtsrat, die keine Initiative der Vorstände zu Lasten der Mitbestimmung erwarten lässt.⁸⁷ Dass die in den Verhandlungen gefundenen Mitbestimmungsmodelle regelmäßig hinter der qualifizierten deutschen Regelung zurückbleiben werden, ist Preis der Pluralität in Europa. Die alternativen und in anderen Mitgliedstaaten als richtig empfundenen Modelle der Arbeitnehmerbeteiligung sind zu respektieren.

2. Zurechnung und Haftung

Die Frage der Abgrenzung von Subjekteigenschaften und verkehrsrechtlichen Regelungen stellt sich exemplarisch in einer Reihe von Konstellationen, in denen das Innenrecht der Gesellschaft in das Gesellschaftsaußenrecht übergeht.

a) Vertretung

Die Frage, wer die Gesellschaft vertritt, ist als Subjekteigenschaftsproblem des grundsätzlich anerkannten ausländischen Gesellschaftsrechts. Eine in das Vertretungsrecht eingreifende, verschärfende Regelung des Gaststaats wäre gemeinschaftsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Der inländische Rechtsverkehr wird durch die Erste Richtlinie ausreichend geschützt. Es bestehen weitreichende Offenlegungspflichten,⁸⁸ und die zentrale Divergenz der Mitgliedstaaten, namentlich das Problem einer inhalt-

81 EIDENMÜLLER, ZIP 2002, 2233, 2242; MEILICKE, Sitztheorie versus Niederlassungsfreiheit? Besprechung des Vorlagebeschlusses des BGH vom 30.3.2000 – VII ZR 370/98, GmbHR 2000, 693, 695; FORSTHOFF, EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht – Traditionelle deutsche Sitztheorie verstößt gegen Niederlassungsfreiheit, DB 2002, 2471, 2477 (unter Aufgabe seiner zuvor vertretenen Ansicht: FORSTHOFF, Die Tragweite des Rechtfertigungsgrundes aus Art. 46 Abs. 1 EG für die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit und für Gesellschaften, EWS 2001, 59, 64f.). A. A. KINDLER, NJW 2003, 1073, 1079, der auf entsprechende Regelungen im Rahmen der SE-Verordnung verweist. Hierbei übersieht er, dass es sich bei der SE um eine eigenständige, sekundärrechtliche Gesellschaftsform handelt, deren Ausgestaltung für die primärrechtlichen Niederlassungsrechte (Art. 43, 48 EGV) der nach den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gegründeten Gesellschaften ohne Bedeutung ist.

82 Die betriebliche Mitbestimmung verfolgt mit dem Schutz von Arbeitnehmerinteressen einen zwingenden Grund des Gemeinwohls, ist nicht diskriminierend und zur Erreichung ihrer Ziele sowohl geeignet als auch erforderlich. Zur Bedeutung der betrieblichen Mitbestimmung siehe: „Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven“, Bericht der von der Bertelsmann-Stiftung und der Hans-Böckler-Stiftung eingerichteten Mitbestimmungskommission, 1998, S. 30f.

83 Abschlussbericht der Sachverständigengruppe „European Systems of Worker Involvement“, 1997 (erhältlich unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/labour/davignon/davi_de.htm). Klarzustellen ist, dass der Davignon-Bericht nicht dem geltenden SE-Statut entspricht, welches im Rahmen der Niederlassungsfreiheit weder entsprechend angewandt noch als Ausgangspunkt gewählt werden sollte. Davignon-Bericht und SE-Statut gleichsetzend: BINZ / MAYER, GmbHR 2003, 249, 257; MÜLLER-BONANNI, Unternehmensmitbestimmung nach „Überseering“ und „Inspire Art“, GmbHR 2003, 1235, 1238.

84 SCHANZE / JÜTTNER, AG 2003, 30, 35f.

85 Davignon-Bericht (FN 83), Rz. 84.

86 Für die Bestimmung der Verhandlungspartner kommt eine sinnvolle Übertragung der EG-Betriebsräte Richtlinie in Betracht (Richtlinie 94/45/EG, ABl. 1994, L 254/64).

87 Zur Verminderung der Aufsichtskompetenz des Aufsichtsrats nach Einführung des Mitbestimmungsgesetzes: MERTENS / SCHANZE, The German Codetermination Act 1976, Journal of Comparative Corporate Law and Securities Regulation 2 (1979), 75, 83f.

88 Die (allein- bzw. gesamt-) vertretungsbefugten Personen sind in einem amtlichen Register einzutragen und diese Registereintragung ist in der Geschäftskorrespondenz anzugeben (Art. 2d), 3, 4 Richtlinie 68/151/EWG, ABl. 1968, L 65/8). Die Erste Richtlinie wurde durch die Richtlinie 2003/58/EG (ABl. 2003, L 221/13) an die Anforderungen des modernen Geschäftsverkehrs angepasst. Siehe oben FN 31.

lichen Beschränkung der Vertretungsmacht durch eine ultra-vires-Doktrin, wurde aufgelöst: englische Gesellschaften können sich nicht auf ultra vires berufen.⁸⁹

b) Identifizierungsprobleme

Verwandt mit dem Vertretungsproblem sind Identifizierungsprobleme, namentlich ob eine Person als natürliche Person oder als Organ einer Gesellschaft handelt. Bekanntlich wird dieses Problem häufig unrichtigerweise als „Durchgriffsproblem“ gesehen. Es geht hier um eine Frage des allgemeinen Verkehrsrechts, genauer um eine Auslegungsfrage des in Betracht kommenden Normzusammenhangs.⁹⁰ Ist ein Vertrag betroffen, so sind materiellrechtlich Anhaltspunkte im Vertrag und den Vertragsverhandlungen zu suchen; kollisionsrechtlich ist das Vertragsstatut einschlägig. Geht es um eine unerlaubte Handlung, so ist zu ermitteln, ob die natürliche oder juristische Person, die „handelt“, überhaupt in ihrer Eigenschaft als Organ oder als sonstiger Vertreter tätig geworden ist. Hierbei entscheidet das Deliktsstatut, wobei als Vorfrage zu klären ist, ob nach ausländischem Gesellschaftsrecht überhaupt Organhandeln in Betracht kommt.

c) Umgehung von Verboten durch Inkorporation

Ein weiteres Problem des Verkehrsrechts ist die Zurechnung von allgemein adressierten Verboten und Gewähnungen. Bekannte Beispiele sind hier Wettbewerbsverbote, Berufsverbote oder die Zuteilung von Lizenzen. Besteht z.B. gegenüber einer inländischen natürlichen oder juristischen Person ein Wettbewerbsverbot, so kann sie dieses nicht durch Gründung einer ausländischen Gesellschaft umgehen. Insoweit greift die „Missbrauchsrechtsprechung“ des EuGH.⁹¹

d) Vermögens- und Sphärenvermischung

Hierhin gehören Fälle, die in der deutschen Literatur bisweilen unter dem Stichwort „Durchgriff wegen Vermögens- und Sphärenvermischung“ diskutiert werden. Wären dies „echte Durchgriffe“ unter Durchbrechung des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips, so käme die Aberkennung der Rechtspersönlichkeit einer gemeinschaftsrechtlich nicht zu rechtfertigende Anerkennungsverweigerung gleich. Im Übrigen wäre kollisionsrechtlich – will man an einem einheitlichen Gesellschaftsstatut festhalten – das Herkunftsrecht und nicht das Niederlassungsrecht maßgeblich. Allein deshalb ist nach „Inspire Art“ der sog. echte Durchgriff europarechtlich wie kollisionsrechtlich für den Gläubigerschutz ein Holzweg. Vielmehr kommen alternativ aus allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen (Auslegung: wer hat gehandelt?) oder unter den Voraussetzungen der deliktsrechtlichen Haftung für allgemeine Vermögensschäden „persönliche“ Haftungen in Betracht.

e) Unterkapitalisierungshaftung?

Einfach zu behandeln sind die Fälle des „Durchgriffs wegen Unterkapitalisierung“. Eine englische Ltd. oder eine französische S. A. R. L., die nach ihrem Herkunftsrecht mit einem Pfund Sterling bzw. einem Euro⁹² rechtmäßig errichtet wurde, ist nicht „unterkapitalisiert“. Da die Kapitalisierung eine im europäischen Gesellschaftsrecht verschieden behandelte, subjektrechtliche Frage darstellt, kann sich im Lichte von „Inspire Art“ ein Gaststaat, der qualifizierte Kapitalisierungsanforderungen stellt, gegenüber Gesellschaften aus Mitgliedstaaten, die keine derartigen Anforderungen kennen, nicht auf Unterkapitalisierung berufen.⁹³

f) Existenzvernichtungshaftung

Der Bundesgerichtshof hat nach fünfzehnjähriger Diskussion eine Haftung wegen qualifiziert faktischer Konzernierung aufgegeben⁹⁴ und – in der Tendenz richtig – eine Haftung wegen „Existenzvernichtung“ geschaffen. Der BGH spricht von einem „Missbrauch der Rechtsform der GmbH, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führen muss.“⁹⁵ Diese Formulierung des Bundesgerichtshofs legt nahe, dass er an einen „echten“ Durchgriff denkt. Allerdings ist zweifelhaft, ob mit dem „Haftungsprivileg“ nicht eher eine bildliche Beschreibung als eine rechtliche Aussage getroffen ist. Nach Abschaffung des Konzessionsystems ist unklar, ob die Inkorporation, die zur Haftungsbeschränkung führt, ein „Privileg“ darstellt. Nach modernem Verständnis ist vielmehr eine erlaubte und registrierungsfähige Erklärung gegenüber dem Rechtsverkehr betroffen. Im Kern geht es bei der „Existenzvernichtungshaftung“ um die Sanktionierung einer rücksichtslosen Ausnutzung einer legitimen Rechtsstellung zur Gläubigerschädigung. Damit handelt es sich um die Verletzung einer qualifizierten Verkehrspflicht, die bei richtigem Verständnis des § 826 BGB von dieser Norm erfasst wird. Auch in anderen Fällen der *evidenten*, sittenwidrigen Schadenszufügung hat die höchstrichterliche Rechtsprechung Haftungen nach § 826 BGB angenommen.⁹⁶ Entzieht ein Gesellschafter einer ausländischen Gesellschaft, die sich im Rechtsverkehr als lebensfähig und kreditwürdig darstellt, ihr Vermögen und nimmt ihr dadurch die Möglichkeit, ihre Verbindlichkeiten – ganz oder wenigstens teilweise – zu erfüllen,⁹⁷ dann ist diese Handlung ebenso zu bewerten wie ein Eingehungsbetrug bei einer Privatperson. Die Existenzvernichtungshaftung knüpft damit eng an die sogleich zu behandelnde Insolvenzsverschleppungshaftung an. Ordnet man die Existenzvernich-

89 Art. 9 Richtlinie 68/151/EWG. Die Umsetzung ins englische Gesellschaftsrecht erfolgte durch section 35a Companies Act 1985. Vgl. FARRAR's Company Law, 4th ed. 1998, S. 108ff.

90 MERTENS in Hachenburg, 7. Aufl. 1979, § 13 GmbHG Anh. I Rz. 41ff.; SCHANZE, Einmannsgesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionsierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung, 1975, S. 102; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 225f.

91 Vgl. EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – „Centros“, Slg. 1999, I-1459, I-1492, Rz. 24; EuGH v. 5.10.1994 – Rs. C-23/93 – „TV10“, Slg. 1994, I-4795, I-4832, Rz. 20f.; EuGH v. 3.10.1990 – Rs. C-61/89 – „Bouchoucha“, Slg. 1990, I-3551, I-3568, Rz. 14; EuGH v. 7.2.1979 – Rs. 115/78 – „Knoors“, Slg. 1979, 399, 410, Rz. 25. So auch: KNAPP, DNotZ 2003, 85, 89; OLG Zweibrücken v. 26.3.2003 – 3 W 21/03, DB 2003, 1264, 1265.

92 Am 1.4.2004 tritt in Frankreich das *loi pour l'initiative économique* in Kraft, das durch eine Änderung von Art. L. 223-2 C. Com. das gesetzliche Mindestkapital abschafft. Siehe hierzu: BECKER, Verabschiedung des Gesetzes über die französische Blitz-S.A.R.L., GmbHR 2003, 1120f.; WACHTER, Frankreich: Die „Ein-Euro-GmbH“ ab 2004, GmbHR 2003, GmbHR im Blickpunkt, R 377ff.

93 A. A. nach „Centros“: ULMER, JZ 1999, 662ff.

94 Vgl. zur Entwicklung und Kritik: KERN, Die Unbestimmtheit des selbstständigen Konzernhaftungsstatbestandes, 1998.

95 BGH v. 24.6.2002 – II ZR 300/00, BGHZ 151, 181, 187.

96 Vgl. MERTENS in MünchKommBGB, 3. Aufl. 1997, § 826 BGB Rz. 60f.; OECHSLER in Staudinger, 13. Bearb. 1998, § 826 BGB Rz. 82ff. (jeweils m.w.N.). Richtern ist es nicht verwehrt, bei offensichtlich rücksichtslosem Verhalten hinsichtlich der Vermögensbelange von Gläubigern bedingten Schädigungsvorsatz anzunehmen. Von einer billigend in Kauf genommenen Schädigung ist zivilrechtlich auszugehen, wenn sie für jeden *ex ante* auf der Hand lag. Im Strafrecht bereitet dies beim Eingehungsbetrug keine Probleme (vgl. RGSt 74, 129, 131f.; TRÖNDLE/FISCHER, 51. Aufl. 2003, § 263 StGB Rz. 106; weitere Nachweise bei: SCHÖNKE/SCHRÖDER, 26. Aufl. 2001, § 263 StGB Rz. 128ff.).

97 Vgl. BGH v. 24.6.2002 – II ZR 300/00, BGHZ 151, 181, 186.

tungshaftung richtig als Delikt ein, so gilt kollisionsrechtlich das Tatortprinzip, wonach der Kläger das für ihn günstigere Recht am Handlungsort wählen kann.⁹⁸ Gemeinschaftsrechtlich handelt es sich bei der deliktsrechtlichen Lösung um eine Regelung des allgemeinen Verkehrsrechts, die keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt.

g) Insolvenzverschleppungshaftung

Praktisch von erheblicher Bedeutung und methodisch instruktiv ist die Insolvenzverschleppungshaftung. Hier treffen Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht und allgemeines Deliktsrecht aufeinander. Es geht um die Frage, wer aus welchen Gründen wann einen Insolvenzantrag stellen muss, und um die Frage der Sanktionierung der Pflichtverletzung. Aus der Sicht der in mehreren Mitgliedstaaten niedergelassenen englischen Ltd. sind die Antragspflichtigen, die Insolvenzgründe und der Zeitpunkt der Antragstellung im Sinne eines funktionierenden Binnenmarkts nach englischem Recht zu bestimmen. Es geht insoweit um Fragen aus dem Kreis der Subjekteigenschaften. Soweit es um eine innergesellschaftsrechtliche Haftung ginge, wäre insgesamt englisches Recht anwendbar. Die Insolvenzverschleppungshaftung ist jedoch eine Dritthaftung gegenüber den durch den verzögerten Insolvenzantrag geschädigten Gesellschaftsgläubigern. Diese Dritthaftung betrifft das allgemeine Verkehrsrecht, weil sie explizit den betroffenen Rechtsverkehr gegen Falschdispositionen schützen soll: ein klassisches Problem des Marktrechts. Es geht also um eine Haftung wegen Verletzung von Verkehrspflichten, wobei lediglich die konkrete Pflichtenlage dem Organisationsrecht entnommen wird. Materieellrechtlich handelt es sich aus deutscher Sicht um eine deliktische Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB, wobei das „Schutzgesetz“ (der dem § 64 GmbHG entsprechende Normzusammenhang) dem englischen Recht zu entnehmen ist, also section 214 Insolvency Act 1986 („wrongful trading“). Dasselbe würde für einen französischen Kläger gegen den Geschäftsführer der Ltd. gelten, der sich auf die „action en comblement du passif“⁹⁹ statt auf § 823 Abs. 2 BGB bezieht. Kennt das Herkunftsrecht der Gesellschaft keine Antragspflicht, beträfe eine Anwendung der deutschen Insolvenzantragspflicht (§ 64 GmbHG) zwar eine Subjekteigenschaft, wäre jedoch im Rahmen des „Vier-Stufen-Test“ gerechtfertigt. Kollisionsrechtlich ist das Deliktsstatut und nicht etwa das Gesellschaftsstatut¹⁰⁰ oder das Insolvenzstatut¹⁰¹ einschlägig. Handlungs- und Erfolgsort fallen regelmäßig auseinander. Der Handlungs- und Ort der Antragspflichtverletzung, liegt im Herkunftsstaat. Der Erfolgsort liegt im Gläubigerstaat.¹⁰² Der

Kläger kann insoweit das für ihn günstigere Recht fordern. Von der internationalen Zuständigkeit her kann er den Geschäftsführer sowohl im Inland als auch im Herkunftsland der Gesellschaft verklagen.¹⁰³ Zur konzertierten Abwehr fraudulöser Handlungen sowie zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Verkehrs ist eine Harmonisierung der Antragspflicht geboten.¹⁰⁴

VIII. Reformbedarf nach „Inspire Art“

Die Entscheidung des EuGH für Pluralität im europäischen Gesellschaftsrecht mag diejenigen enttäuschen, die weitreichende Hoffnungen auf Rechtsvereinheitlichung setzen. Aber das Richterkollegium des EuGH weiß¹⁰⁵ aus der täglichen Entscheidungsarbeit: jenseits lehrreicher Vorschläge der Wissenschaft geht es bei der Harmonisierung um immer schwieriger werdende politische Formelkompromisse und beständigen Oktroi, den die erweiterte Gemeinschaft kaum durchhalten wird.¹⁰⁶ Zudem ist das Gesellschaftsrecht zu tief in den Grundstrukturen der nationalen Privatrechte verankert, dass es einer isolierten Vereinheitlichung zugeführt werden könnte. In dieser realistischen Einschätzung sind auch von den Parteien frei wählbare Einheitsrechtsangebote – wie die SE – wenig mehr als zusätzliche synthetische Rechtsformangebote neben den künftig 25 nationalen Varianten.¹⁰⁷

Die Entscheidung für Pluralität des Gesellschaftsrechts, die in Europa näher liegend und begründeter ist als in den durch Sprache und Rechtstradition geeinten Vereinigten Staaten von Amerika,¹⁰⁸ erfordert eine Neuorientierung sowohl in den nationalen „sachrechtlichen“ Gesellschaftsrechten als auch im Gesellschaftskollisionsrecht.¹⁰⁹ Die Mehrzahl der nationalen Gesellschaftsrechte hat allen Anlass, sich aus der Isolierung herauszubewegen und sich auf den Binnenmarkt einzustellen. Bei allem verständlichen Stolz auf die Tugenden des eigenen Rechts: Wird man ernsthaft behaupten können, dass eines der durchdachtsten und am besten entwickelten Gesellschaftsrechte der Welt mit überragender Ausstrahlung auf viele außereuropäische Staaten, namentlich das im Vereinigten Königreich geltende Gesellschaftsrecht, keine für die Nachbarstaaten akzeptablen Rechtsformen bereit hält? Gerade das Vereinigte Königreich befindet sich seit

98 Im Ergebnis ebenso: WACHTER, Errichtung, Publizität, Haftung und Insolvenz von Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften nach „Inspire Art“, GmbHR 2003, 1254, 1257. Zur Behandlung reiner Vermögensschäden im Rahmen von Distanzdelikten: KADNER GRAZIANO, Europäisches Internationales Deliktsrecht, 2003, S. 100ff.

99 Art. 180 Gesetz Nr. 85–98 vom 25.1.1985.

100 Dies käme nur bei einer reinen Innenhaftung in Betracht. A. A. ZIMMER, Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, S. 294; EBENROTH / KIESER, Die Qualifikation der „action en comblement du passif“ nach Art. 180 des neuen französischen Insolvenzrechts, KTS 1988, 19, 32.

101 Es handelt sich um eine Frage des Haftungsgrundes und nicht um eine Frage der insolvenzrechtlich zu qualifizierenden Haftungsrealisierung (vgl. HANISCH, Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechts, in Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, XXXVI, 1980, S. 109, 133).

102 Zur Behandlung reiner Vermögensschäden im Rahmen von Distanzdelikten: KADNER GRAZIANO (FN 98), S. 100ff.

103 Art. 5 Nr. 3 Verordnung (EG) Nr. 44/2001, ABl. 2001, L 12/1.

104 SCHANZE / JÜTTNER, AG 2003, 30, 35; MOCK / SCHILDT, Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland, ZInsO 2003, 396, 401.

105 Wie auch die von der europäischen Kommission eingesetzte „Hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts“ (Abschlussbericht erhältlich unter: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_de.pdf). Anders die Stellungnahme der aus Deutschland stammenden „Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht / Group of German Experts on Corporate Law“ (ZIP 2002, 1310ff.; ZIP 2003, 863ff.).

106 Vgl. CRAIG / DEBÚRCA (FN 73), S. 777ff., 1189ff.

107 Darüber hinaus genießen Gesellschaften aus Island, Liechtenstein und Norwegen nahezu die gleichen Niederlassungsrechte wie EG-Gesellschaften (Art. 31, 34 EWG-Abkommen). Siehe hierzu die EWG-Gutachten des Europäischen Gerichtshofs: EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079ff.; EuGH, Gutachten 1/92, Slg. 1992, I-2821ff.

108 Nähere vergleichende Analyse bei: HEINE, Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht, 2003, S. 194ff.

109 Kritisch, insbesondere in Hinblick auf die Legitimität der durch den EuGH gesetzten erheblichen Dynamik bei den europäischen Freiheiten: JOERGES, On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Justice-making Law for the EU Multi-level System, vol 7.3 Electronic Journal of Comparative Law, September 2003, www.ejcl.org/ejcl/73/art73_3.html, bei FN 153.

1998 in einem vorbildlichen Reformprozess zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts.¹¹⁰ Auch Frankreich hat das Gesellschaftsrecht modernisiert und dabei insbesondere das Mindestkapital bei der S. A. R. L. abgeschafft.¹¹¹ Weiter wurde in Spanien die „sociedad limitada Nueva Empresa“ eingeführt.¹¹² In Deutschland ist eine grundsätzliche Diskussion zur Erarbeitung von Minimalbedingungen für eine kleine GmbH überfällig.¹¹³ Auch der leidige Kampf gegen Mantelgründungen¹¹⁴ könnte rasch durch eine zeitgemäße Gesetzgebung erledigt werden. Da der EuGH für den Gläubigerschutz zentral auf Publizität setzt, ist nach „Inspire Art“ die unübersichtliche deutsche Registerlandschaft um so dringender zu reformieren. Online-Register sind auf einfachste Weise europaweit von allen

Verkehrskreisen einzusehen. Vorbildlich sind hier Frankreich und das Vereinigte Königreich.¹¹⁵ Auch die nationalen Kollisionsrechte bedürfen insgesamt einer kritischen Revision. Sie müssen sich wohl oder übel von bequemen Einheitsformeln wie „Sitztheorie“ oder „Gründungstheorie“ lösen und sich den vielfältigen Sachproblemen von Anerkennung, Zurechnung und Kontrolle von Gesellschaften zuwenden.¹¹⁶

Das sprichwörtliche „Herein. Du musst es dreimal sagen!“ scheint auch für die Studierstube des deutschen Gesellschaftsrechts zu gelten. Dreimal, in den Fällen „Centros“, „Überseering“ und schließlich „Inspire Art“ war die Position vorgetragen worden, dass allein das gesellschaftsrechtliche Modell des Mindestkapitals, der Kapitalerhaltung und die sonstigen heimischen Anforderungen an die Seriosität einen effektiven Schutz vor fraudulösem Handeln gewährleisten. Der Europäische Gerichtshof, der zur ständigen Rechtsvergleichung gezwungen ist, hat wohl überlegt und bindend anders entschieden. Kommt nun, um bei „Faust. Der Tragödie erster Teil“ zu bleiben, der Teufel zur Tür hinein? Wohl kaum.

110 Siehe hierzu das „Consultation Paper“ der „Joint English and Scottish Law Commission“ (LCCP No 153, Scot Law Com DP No 105, 1998), den „Final Report“ der „DTI Steering Group“ (www.dti.gov.uk/old/final_report/index.htm) sowie das „White Paper“ der englischen Regierung (www.dti.gov.uk/companiesbill/whitepaper.htm). Vgl. GODDARD, „Modernising Company Law“: The Government's White Paper, *Modern Law Review* Vol. 66 (2003), 402 ff.

111 Siehe oben FN 92.

112 Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE núm. 79, 12679 ff.). In Kraft seit dem 2. Juni 2003.

113 Ein entsprechendes, rechtvergleichendes Projekt „KGmbH“ ist in Marburg angesiedelt.

114 Zuletzt im Sinne der deutschen Kapitalisierungsvorschriften konsequent, aber im europäischen Rahmen eher isoliert: BGH v. 7.7.2003 – II ZB 4/02, GmbHR 2003, 1125 ff.

115 In Frankreich: „Registre National du Commerce et Sociétés (EURIDILE)“ (www.euridile.inpi.fr/weur2/accueil.ow?WRNCS=0611282843514374). Im Vereinigte Königreich: „Companies House“ (<http://ws3.companieshouse.gov.uk/index.shtml>). Siehe auch das Projekt des „European Business Register“ (www.ebr.org), an dem für Deutschland lediglich ein privater Anbieter teilnimmt, der öffentliche Verzeichnisse und Register unverbindlich auswertet.

116 Ein instruktives Modell findet sich im CH-IPRG.