



# DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die Europäische Gemeinschaft und ihre  
Gesetzgebungskompetenzen auf dem Gebiet des  
Gesellschaftsrecht“

Verfasser

Mag. Markus Tschank, MEB

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iuris)

Wien, am 16. Dezember 2008

Studienkennzahl lt.  
Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt.  
Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

Rechtsanwalt Hon.-Prof. Dr. Karl Hempel

Mit Dank meinen Eltern

Sylvia Tschank und Dr. Johann Tschank

und Großeltern

Gisela Zsifkovits und Josef Zsifkovits

Gewidmet einer neuen Generation

<b>1. EINLEITUNG .....</b>	<b>7</b>
1.1 PROBLEMSTELLUNG .....	8
1.2 DER VORRANG DES PRIMÄRRECHTS UND DIE KOMPETENZ-KOMPETENZ .....	8
1.3 KOMPETENZVERTEILUNG .....	9
<b>2. KOMPETENZFORMEN .....</b>	<b>9</b>
2.1 VERTIKALE UND HORIZONTALE KOMPETENZVERTEILUNG .....	9
2.2 AUSSCHLIEßLICHE KOMPETENZEN .....	10
2.2.1 Sonderform .....	11
2.2.2 Sachwalter des gemeinsamen Interesses.....	11
2.2.3 Einordnung des Gesellschaftsrechts.....	12
2.3 KONKURRIERENDE KOMPETENZEN .....	12
2.3.1 Vorrang und Sperrwirkung.....	12
2.3.2 Weite Auslegung von konkurrierenden Kompetenzen.....	13
2.3.3 Die Niederlassungsfreiheit als konkurrierende Kompetenz.....	14
2.4 PARALLELE KOMPETENZEN.....	14
2.4.1 Rechtsprechung.....	15
2.4.2 Gesellschaftsrechtsangleichung als Parallelkompetenz? .....	15
2.4.3 Nicht regulative Kompetenzen .....	16
2.5 RAHMENKOMPETENZEN UND BEITRAGSKOMPETENZEN .....	16
<b>3. DIE RECHTSETZUNG IN DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT .....</b>	<b>17</b>
3.1 BEGRIFFSBESTIMMUNG UND GRUNDLAGEN .....	17
3.2 PROBLEMSTELLUNG .....	17
3.3 ALLGEMEINE KOMPETENZGRUNDLAGE - ARTIKEL 5 EGV .....	18
3.3.1 Normative Darstellung .....	18
3.3.2 Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung – Artikel 5 Satz 1 EGV .....	19
3.4 ARTIKEL 308 EGV ALS VERTRAGSERGÄNZUNGSKLAUSEL .....	22
3.4.1 Regelungszweck .....	22
3.4.2 Kompetenzgrenze.....	23
3.4.3 Bedeutung für das Gesellschaftsrecht.....	24
3.5 IMPLIED POWERS .....	24
3.5.1 Impliziter Aspekt .....	24
3.5.2 Abgrenzung zu Artikel 308 EGV.....	25
3.6 EFFET UTILE.....	26
3.7 DAS SUBSIDIARITÄTSPRINZIP – ARTIKEL 5 SATZ 2 EGV.....	26
3.7.1 Anwendungsvoraussetzungen .....	27
3.7.2 Zwingende Subsidiaritätsprüfung .....	27
3.7.3 Subsidiarität im Rahmen von Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV? .....	28
3.8 DAS VERHÄLTNISSMÄßIGKEITSPRINZIP – ARTIKEL 5 SATZ 3 EGV .....	28
3.8.1 Proportionalität .....	28
3.8.2 Formeller und Materieller Aspekt.....	29
3.9 RECHTSFOLGEN EINER KOMPETENZVERLETZUNG .....	30
<b>4. RECHTSGRUNDLAGEN FÜR EINE HARMONISIERUNG IM BEREICH DES GESELLSCHAFTSRECHTS .....</b>	<b>31</b>
4.1 BEGRIFFSBESTIMMUNG .....	31
4.2 PROBLEMSTELLUNG .....	31
4.3 PRÄVENTIVE RECHTSANGLEICHUNG .....	32
4.4 ALLGEMEINE INSTRUMENTE DER RECHTSANGLEICHUNG.....	34
4.5 ARTIKEL 295 EGV UND HARMONISIERUNG .....	35
4.6 GRAPHISCHE DARSTELLUNG DER KOMPETENZGRUNDLAGEN .....	36
4.7 ALLGEMEINE KOMPETENZZUWEISUNG – ARTIKEL 3 ABSATZ 1 LITERA H EGV .....	36
4.7.1 Gemeinsamer Markt vs. Binnenmarkt.....	37
4.8 KOMPETENZGRUNDLAGE - ARTIKEL 94 EGV.....	37
4.8.1 Tatbestandselemente .....	38
4.8.2 Reichweite der Norm .....	39
4.8.3 Regelungslücken .....	39
4.9 KOMPETENZGRUNDLAGE - ARTIKEL 95 EGV.....	40
4.9.1 Normzweck und Funktion .....	40
4.9.2 Verhältnis Artikel 94 EGV zu Artikel 95 EGV .....	41

4.10 KOMPETENZGRUNDLAGE - ARTIKEL 293 EGV .....	42
4.10.1 Normzweck und Funktion .....	42
4.10.2 Praktische Bedeutung .....	43
4.11 KOMPETENZGRUNDLAGE - ARTIKEL 44 ABSATZ 2 LITERA G EGV .....	43
4.11.1 Normzweck und Funktion .....	44
4.11.2 Ausmaß der Rechtsetzungsbefugnis: Dient Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit? .....	45
4.11.3 Deklaratorischer Charakter .....	46
4.11.4 Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV als <i>Lex Specialis</i> .....	46
4.11.5 Tatbestandsmerkmale .....	47
<b>5. DIE RICHTLINIE ALS INSTRUMENT DER GESELLSCHAFTSRECHTLICHEN HARMONISIERUNG .....</b>	<b>53</b>
5.1 DIE ZWEISTUFIGKEIT DER RECHTSETZUNG .....	53
5.2 VERSTEINERUNGSPROBLEMATIK .....	54
5.3 MINDEST- UND MAXIMALGRENZEN VON RICHTLINIEN .....	54
5.4 UNMITTELBARE UND MITTELBARE WIRKUNG VON RICHTLINIEN .....	56
<b>6. DESKRIPTIVE DARSTELLUNG DER BERICHTE UND AKTIONSPLÄNE AUF DEM GEBIET DES GESELLSCHAFTSRECHTES .....</b>	<b>58</b>
6.1 WINTER-GROUP-BERICHT VOM 4.11.2002 .....	58
6.1.1 Förderung effizienter und wettbewerbsfähiger Unternehmen in Europa .....	58
6.1.2 Moderne Verfahren zur Gestaltung des Gesellschaftsrechtes .....	59
6.1.3 Offenlegung von Information als ordnungspolitisches Instrument .....	59
6.1.4 Unterscheidung zwischen verschiedenen Gesellschaftsformen .....	59
6.1.5 Größere Flexibilität oder strengere Regelungen .....	59
6.1.6 Moderne Technologien .....	60
6.2 DER AKTIONSPLAN VOM 21.5.2003.....	60
6.2.1 Kurz-, Mittel- und Langfristige Maßnahmen .....	60
6.2.2 Verzicht auf Vollharmonisierung .....	62
6.2.3 Sitzverlegungsrichtlinie .....	62
6.3 MITTEILUNG DER KOMMISSION ÜBER EIN VEREINFACHTES UNTERNEHMENSUMFELD IN DEN BEREICHEN GESELLSCHAFTSRECHT, RECHNUNGSLEGUNG UND ABSCHLUSSPRÜFUNG VOM 10.7.2007 .....	66
6.3.1 Dritte und Sechste Richtlinie .....	67
6.3.2 Erste und Elfte Richtlinie .....	68
6.3.3 Rechnungslegung und Abschlussprüfung.....	68
<b>7. STAND DER RECHTSANGLEICHUNG .....</b>	<b>70</b>
7.1 PROBLEMSTELLUNG .....	70
7.2 RICHTLINIENÜBERSICHT UND STAND DER UMSETZUNG .....	71
7.3 BESITZSTAND BETREFFEND INNERSTAATLICHE SACHVERHALTE .....	72
7.3.1 Zweite Richtlinie: Kapitalrichtlinie – RL 77/91/EWG .....	72
7.3.2 Dritte Richtlinie: Verschmelzungsrichtlinie – RL 78/855/EWG .....	73
7.3.3 Sechste Richtlinie: Spaltungsrichtlinie – RL 82/891/EWG.....	74
7.3.4 Zwölfte Richtlinie: Einpersonengesellschaftsrichtlinie – RL 89/667/EWG .....	75
7.3.5 Reformbestrebungen .....	76
7.4 BESITZSTAND BETREFFEND GRENZÜBERGREIFENDE SACHVERHALTE .....	79
7.4.1 Erste Richtlinie: Publizitätsrichtlinie – RL 68/151/EWG .....	79
7.4.2 Elfte Richtlinie: Zweigniederlassungsrichtlinie – RL 89/666/EWG.....	80
7.4.3 Reformbestrebungen .....	82
7.5 RICHTLINIEN ZUR RECHNUNGSLEGUNG UND ABSCHLUSSPRÜFUNG .....	83
7.5.1 Vierte Richtlinie: Jahresabschlussrichtlinie – RL 78/660/EWG.....	83
7.5.2 Siebente Richtlinie: Konzernabschlussrichtlinie – RL 83/349/EWG .....	84
7.5.3 Abschlussprüferrichtlinie – RL 2006/43/EG.....	85
7.5.4 Reformbestrebungen .....	86
7.6 SONSTIGE RICHTLINIEN .....	88
7.6.1 Übernahmerichtlinie – RL 2004/25/EG.....	88
7.6.2 Aktionärsstimmrechtsrichtlinie – RL 2007/36/EG.....	90
7.7 UMSETZUNG IN ÖSTERREICHISCHES GESELLSCHAFTSRECHT .....	92
<b>8. DIE GRENZÜBERSCHREITENDE VERSCHMELZUNG ALS FALLBEISPIEL DER RECHTSANGLEICHUNG.....</b>	<b>93</b>

8.1 „SEVIC“, EUGH 13.12.2005, C-411/03, SlG. 2005, I-00000 .....	93
8.1.1 Sachverhalt und Urteil.....	93
8.1.2 Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot.....	94
8.1.3 Verschmelzungsrichtlinie vor Sevic-Entscheidung .....	95
8.1.4 Zulässigkeit von Hinein- und Hinausverschmelzungen .....	96
8.2 DIE RICHTLINIE 2005/56/EG ÜBER DIE GRENZÜBERSCHREITENDE VERSCHMELZUNG.....	96
8.2.1 Ziel und Funktion.....	96
8.2.2 Mitbestimmungsproblematik.....	98
8.2.3 Zentrale Grundsätze .....	98
8.2.4 Inhaltliche Aspekte.....	100
8.3 DIE UMSETZUNG DER VERSCHMELZUNGSRICHTLINIE 2005/56/EG .....	100
8.3.1 Änderungen im Aktiengesetz.....	101
8.3.2 Änderungen im Umwandlungsgesetz .....	102
8.3.3 Änderungen im GmbHG .....	102
<b>9. ASPEKTE DES INTERNATIONALEN GESELLSCHAFTSRECHTES.....</b>	<b>103</b>
9.1 BEGRIFF DES GESELLSCHAFTSSTATUTS.....	103
9.2 SITZTHEORIE .....	104
9.3 GRÜNDUNGSTHEORIE.....	105
9.4 VEREINBARKEIT DER SITZTHEORIE MIT ARTIKEL 43 UND 48 EGV .....	106
<b>10. DIE NIEDERLASSUNGSFREIHEIT .....</b>	<b>107</b>
10.1 ZIELSETZUNGEN DER NIEDERLASSUNGSFREIHEIT .....	107
10.2 HISTORISCHE ENTWICKLUNG DER NIEDERLASSUNGSFREIHEIT .....	108
10.2.1 Das Allgemeinen Programm.....	108
10.2.2 Die Reyners-Entscheidung.....	109
10.2.3 Das Weißbuch von 1985 .....	110
10.3 NORMATIVE DARSTELLUNG .....	111
10.4 DER BEGRIFF „NIEDERLASSUNG“ .....	113
10.5 DER BEGRIFF „SELBSTSTÄNDIGE ERWERBSTÄTIGKEIT“ .....	113
10.6 PRIMÄRE UND SEKUNDÄRE NIEDERLASSUNGSFREIHEIT .....	114
10.7 GRÜNDUNG VON TOCHTERGESELLSCHAFTEN .....	115
10.8 GRÜNDUNG VON AGENTUREN, FILIALEN UND ZWEIGNIEDERLASSUNGEN.....	115
10.9 BETEILIGUNG AN AUSLÄNDISCHEN GESELLSCHAFTEN .....	116
10.10 DIE ABGRENZUNG DER NIEDERLASSUNGSFREIHEIT ZU ANDEREN FREIHEITEN.....	117
10.10.1 Dienstleistungsfreiheit und der Fall „Schnitzer“ .....	117
10.10.2 Arbeitnehmerfreizügigkeit .....	119
10.10.3 Kapitalverkehrsfreiheit.....	120
10.11 DISKRIMINIERUNGS- ODER BESCHRÄNKUNGSVERBOT DES NIEDERLASSUNGSRECHTES? .....	122
10.11.1 Europarechtlicher Hintergrund.....	122
10.11.2 Ausgangspunkt der Rechtsprechung.....	123
10.11.3 Die Wende zum Beschränkungsverbot .....	124
10.11.4 „Kraus“ und „Gebhard“ als gesicherte Rechtsprechung.....	125
10.11.5 Gesellschaftsrechtsangleichung und Beschränkungsverbot.....	126
<b>11. DIE EUGH-RECHTSPRECHUNG ZUR NIEDERLASSUNGSFREIHEIT .....</b>	<b>127</b>
11.1 PROBLEMSTELLUNG .....	127
11.2 GESELLSCHAFTSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN .....	128
11.2.1 „Daily Mail“, EUGH 27.9.1988, RS 81/87, Slg 1988, 5483 .....	128
11.2.2 „Centros“, EUGH 9.3.1999, C-212/97, Slg 1999, I-1459.....	131
11.2.3 „Überseering“, EUGH 5.11.2002, C-208/00, Slg 2002, I-9919 .....	133
11.2.4 „Inspire Art“, EUGH 30.9.2003, C-167/01, Slg 2003, I-10155.....	134
11.2.5 „Cartesio“, C-210/06, schwebendes Verfahren .....	137
11.2.6 Konsequenzen der Rechtsprechung nach Cartesio.....	138
11.3 STEUERRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN .....	141
11.3.1 „Hughes de Lasteyrie du Saillant“, EUGH 11.03.2004, C-9/02.....	141
11.3.2 „Fall-N“, EUGH 07.09.2006, C-470/04 .....	143
11.4 ENTSCHEIDUNGEN IN ÖSTERREICH.....	144
11.4.1 OGH 15.7.1999, 6 Ob 123/99b.....	144
<b>12. EXKURS: STELLUNG VON GESELLSCHAFTEN MIT SITZ AUF DEN BRITISCHEN INSELN NACH „CENTROS“.....</b>	<b>145</b>

12.1.1	Problemstellung.....	145
12.1.2	Der Begriff des „Vereinigten Königreichs“ oder „United Kingdom“ .....	146
12.1.3	Das Verhältnis zur Gemeinschaft .....	147
12.1.4	Internationales Privatrecht und Sitztheorie.....	148
<b>13.</b>	<b>AUSWIRKUNGEN DER EUGH-RECHTSPRECHUNG .....</b>	<b>150</b>
13.1	VERDRÄNGUNG DER SITZTHEORIE .....	150
13.2	MOBILITÄT DER GESELLSCHAFTSFORMEN .....	150
13.3	DEREGULIERUNGSWETTBEWERB.....	151
13.4	PLURALITÄT ALS LEITPRINZIP .....	151
13.5	DER DELAWARE-EFFEKT .....	153
13.5.1	Entwicklung und Begriffsbestimmung .....	153
13.5.2	Liberalisierungsmaßnahmen .....	154
13.5.3	Liberales vs. Strenges Inkorporationsrecht in den USA.....	154
13.6	FRAGESTELLUNG: DELAWARE FÜR EUROPA?.....	155
13.6.1	Rechtsangleichung oder Wettbewerb der Gesellschaftsrechte? .....	156
13.6.2	Deregulierung als Mehrwert zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit .....	157
<b>14.</b>	<b>EXKURS: DIE GMBH-REFORM IN ÖSTERREICH .....</b>	<b>158</b>
14.1	ALLGEMEINE BEDEUTUNG DER GMBH.....	158
14.2	„IST-STAND“ DES ÖSTERREICHISCHEN GMBH-RECHTES .....	159
14.2.1	Grundprinzip - Festes Nennkapital.....	159
14.2.2	Regelung einer Mindestkapitalausstattung (Kapitalaufbringung).....	159
14.2.3	Regelung der begrenzten Ausschüttung von Vermögen an die Gesellschafter (Kapitalerhaltung) ..	160
14.2.4	Regelung der Beteiligungsverhältnisse.....	161
14.3	MINDESTKAPITAL.....	161
14.4	GRÜNDUNG .....	162
14.5	SONDERPROBLEM - „GUTGLÄUBIGER ERWERB VON GMBH-GESCHÄFTSANTEILEN“ .....	163
14.6	EUROPARECHTLICHER HINTERGRUND.....	164
14.6.1	Centros .....	166
14.6.2	Überseering .....	166
14.6.3	Inspire Art.....	167
14.7	DEREGULIERUNG IN ANDEREN MITGLIEDSTAATEN .....	167
14.7.1	Reform in Deutschland.....	167
14.7.2	Reform in den Niederlanden.....	169
14.7.3	Reform in Frankreich .....	170
14.7.4	Reform in Spanien .....	170
14.7.5	Reform in Schweden .....	171
14.8	DIE EUROPÄISCHE PRIVATGESELLSCHAFT .....	171
14.8.1	Kapital .....	173
14.8.2	Gründung.....	173
14.8.3	Liste der Anteilseigner.....	173
14.9	EMPFEHLUNGEN FÜR EINE DEREGULIERUNG IN ÖSTERREICH.....	174
14.9.1	Mindestkapital .....	174
14.9.2	Gründungsverfahren.....	175
14.9.3	Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen.....	176
	<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>178</b>

## 1. Einleitung

Das „*Europäische Gesellschaftsrecht*“ schafft die Rahmenbedingungen, die das grenzüberschreitende Handeln von Gesellschaften im Binnenmarkt regulieren.<sup>1</sup> Seit mehr als 35 Jahren betreibt die Gemeinschaft auf diesem Rechtsgebiet eine Rechtsangleichung.<sup>2</sup> Rechtsangleichung bedeutet im Gegensatz zu Rechtsvereinheitlichung nicht die Schaffung eines einheitlichen Gesellschaftsrechts sondern die sukzessive Anpassung von Teilbereichen des Gesellschaftsrechtes um gleichwertige Rahmenbedingungen im Ursprungs- wie im Zuzugsstaat sicherzustellen. Hierbei dürfen die Organe der Gemeinschaft nur dann tätig werden, wenn zum Erlass von Rechtsakten eine entsprechende Kompetenzgrundlage im Vertrag vorhanden ist. Dieses *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung* steckt die Kompetenzgrenzen der Gemeinschaft ab und verhindert die Angleichung von Sachbereichen, wozu der Gemeinschaft – implizit oder explizit – keine Kompetenzen übertragen wurden. Für den Bereich des Gesellschaftsrechtes sieht der EG-Vertrag – neben anderen Kompetenzgrundlagen – die spezielle Kompetenznorm des *Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV* vor. Zur *Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit* sind Gemeinschaftsorgane ermächtigt durch den Erlass von Richtlinien soweit erforderlich die Schutzbestimmungen zu koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen *gleichwertig* zu gestalten. Auf dieser Grundlage wurden bis dato *15 gesellschaftsrechtliche Richtlinien*<sup>3</sup> verabschiedet.

Neben dem Erlass von Harmonisierungsrichtlinien wird die Niederlassungsfreiheit auch durch die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten verwirklicht. Entscheidungen wie *Reyners*, *Centros*, *Überseering* oder *Inspire Art*<sup>4</sup> haben einerseits der *unmittelbaren Anwendbarkeit* der Artikel 43 bis 48 EGV sowie andererseits der *Gründungstheorie* für das gesamte Gemeinschaftsgebiet zum Durchbruch verholfen. Der Zuzug von Gesellschaften und ihre damit verbundene rechtliche Existenz in anderen Mitgliedstaaten *sowie* ihre organisationsrechtlichen Eigenschaften sind seither nach dem *Gründungsrecht der Gesellschaft* im gesamten Gemeinschaftsgebiet anzuerkennen.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht (1996), Rn. 476

<sup>2</sup> Im Jahre 1964 wurde der Vorschlag einer ersten Richtlinie offiziell veröffentlicht; siehe Bulletin EWG, Sonderbeilage 3/1964, S. 13

<sup>3</sup> siehe die Richtlinienübersicht: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/official/index\\_de.htm#directives](http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_de.htm#directives)

<sup>4</sup> EuGH Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, 650ff.; EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155

<sup>5</sup> *Schanze/Jüttner*, Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „*Inspire Art*“, S. 661

## 1.1 Problemstellung

Eine erste Analyse wird sich mit Grundlagen von Befugnissen der Gemeinschaft, ihrer Kompetenzverteilung und der strukturellen Einordnungen von Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV in das gemeinschaftliche Kompetenzgefüge beschäftigen. Dabei wird die Abgrenzung zu anderen Kompetenzarten verdeutlicht sowie Ausmaß und Wirkung der einzelnen Kompetenzarten dargestellt. Schließlich wird überprüft, warum die Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit nach den *Artikel 43 sowie 45 bis 48 EGV im Bereich der konkurrierenden Kompetenzen* angesiedelt sind, während die Bestimmung des *Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV unter die Rahmenkompetenzen* fällt.

## 1.2 Der Vorrang des Primärrechts und die Kompetenz-Kompetenz

Die Verträge – „das Primärrecht“ – sind der Maßstab für alle Handlungen der Gemeinschaftsorgane und bilden „*Grundlage, Rahmen und Grenzen*“ für das aus ihnen abgeleitete Recht.<sup>6</sup> Jeder Rechtsakt des Sekundärrechts muss in Einklang mit der Gesamtheit der geltenden Vertragsbestimmungen stehen.<sup>7</sup> Auch jene Bestimmungen, die im selben Rang von Primärrecht stehen, worunter insbesondere die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu verstehen sind, fallen unter die Prämisse.<sup>8</sup> Diese Einordnung in den Stufenbau der europäischen Rechtsordnung wird als „*normenhierarchischer Vorrang der Verträge*“ bezeichnet und ist vergleichbar mit jenem des Verfassungsvorranges in den Mitgliedstaaten.<sup>9</sup> Mit Konstituierungsfunktion ausgestattet, begründen die Verträge jene Hoheitsbefugnisse, welche die Gemeinschaft überhaupt erst zu rechtserheblichem Tätigwerden in eigenem Namen legitimieren.<sup>10</sup>

Die Gemeinschaft besitzt nicht die Kompetenz, ihre Kompetenzen selbst zu bestimmen („*Kompetenz-Kompetenz*“). Eine Befugnisserweiterung oder -einschränkung bedarf immer einer Vertragsänderung im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 48 EUV. Nach diesem Verfahren haben nur die Mitgliedstaaten Mitbestimmungsrechte, während die Organe der Union auf Mitwirkungsrechte beschränkt sind. Deshalb werden die Mitgliedstaaten von der herrschenden Meinung als die „*Herren der Verträge*“ bezeichnet.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> EuGH, Rs. 26/78, *Viola*, Slg. 1978, 1771 Rn. 9/14

<sup>7</sup> EuGH, Rs. 218/82, *Kommission/Rat*, Slg. 1983, 4063 Rn. 15

<sup>8</sup> gemäß Artikel 288 Absatz 2 EGV gibt es „allgemeine Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“ und daher auch als „gemeinsame Rechtsgrundsätze“ bezeichnet werden. Darunter fallen insbesondere die Grund- und Freiheitsrechte; siehe auch EuGH, Rs. C-25/02, *Rinke*, Slg. 2003, I-8349, Rn. 25f.

<sup>9</sup> Gutachten 1/91, EWR-Abkommen I, Slg. 1991, I-6079, Rn. 21

<sup>10</sup> *Bogdandy/Bast*, in: Grabitz/Hilf Artikel 5 EGV Rn. 8 (27 EL Juni 2005)

<sup>11</sup> vgl. in diesem Zusammenhang auch das Maastricht-Erkenntnis des deutschen BVerfGE 89,155



In diesem Zusammenhang wird die Ansicht vertreten, dass die Übertragung der Kompetenzen von den Mitgliedstaaten an die Gemeinschaft *keinen* „dinglichen Verlust“ der mitgliedstaatlichen Kompetenz bedeutet, die Mitgliedstaaten jedoch dauerhaft an ihrer Ausübung gehindert werden.<sup>12</sup> Eine derartige Allmacht der Mitgliedstaaten ist zulässig, weil auch die strikteste Vertragsbestimmung die Vertragsparteien (i.e. die Mitgliedstaaten) nur auf Basis des Prinzips „*pacta sunt servanda*“ binden kann. Jede Kompetenzbestimmung des Vertrages kann daher jederzeit durch eine abweichende Willenseinigung zwischen den Mitgliedstaaten abgeändert oder ersetzt werden.<sup>13</sup>

### 1.3 Kompetenzverteilung

Bis dato gibt es in den Gründungsverträgen – anders als im österreichischen Verfassungsrecht nach den Artikeln 10 bis 15 B-VG<sup>14</sup> – „*kein geschlossenes bundesstaatsartiges System der Kompetenzverteilung*“ zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten. Die Zuständigkeiten von Gemeinschaftsorganen ergeben sich jeweils aus den konkreten Ermächtigungsnormen in den Gemeinschaftsverträgen. Dies wird durch das *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung* gemäß Artikel 5 Absatz 1 EGV deutlich, wonach die Gemeinschaft sinngemäß an jene Ermächtigungen gebunden ist, die ihr durch die Gemeinschaftsverträge zugeteilt sind. Der Gemeinschaft kommt hierbei *keine uneingeschränkte Souveränität* zu, sondern sie darf *nur und insoweit* tätig werden, als das Gemeinschaftsrecht eine entsprechende Befugnis vorsieht.<sup>15</sup>

## 2. Kompetenzformen

### 2.1 Vertikale und Horizontale Kompetenzverteilung

Die Verteilung der Kompetenzen der Gemeinschaft erfolgt *vertikal*, wobei darunter die Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten zu verstehen ist, als auch *horizontal* zwischen den Organen der Gemeinschaft.<sup>16</sup> Die horizontale Kompetenzverteilung bleibt im Folgenden aus Zweckmäßigkeitsgründen außer Betracht:

---

<sup>12</sup> Bogdandy/Bast in Grabitz/Hilf, Artikel 5 EGV, Rn. 26 (EL 27, Juni 2005)

<sup>13</sup> Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 725

<sup>14</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht, 4. Auflage, Rn. 235 ff; siehe insbesondere die 4 Haupttypen der „Allgemeinen Kompetenzverteilung“: Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache (Art 10 B-VG); Gesetzgebung Bundessache, Vollziehung Landessache (Art 11 B-VG); Gesetzgebung Bundessache, Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung Landessache (Art 12 B-VG); Gesetzgebung und Vollziehung Landessache (Art 15 B-VG).

<sup>15</sup> Wimmer/Mederer, Handbuch des EG-Rechts in Österreich, S. 82

<sup>16</sup> Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht (2003), S. 40

Im Rahmen der vertikalen Kompetenzverteilung ergibt sich aus Artikel 5 Absatz 2 EGV ausdrücklich eine Unterscheidung in *ausschließliche und nicht-ausschließliche Zuständigkeiten*. Die Lehre differenziert umfassender zwischen den großen Hauptgruppen der *ausschließlichen, konkurrierenden und parallelen* Kompetenzen sowie den Zusatzgruppen der *Rahmen- und Beitragskompetenzen*.<sup>17</sup> Als Untergruppe zu parallelen Kompetenzen lassen sich noch diejenigen Kompetenzen zählen, die *nicht-regulativen* Charakter besitzen.<sup>18</sup>

Ein geschlossener Kompetenzkatalog ist bis dato nicht in Kraft getreten. Der Vertrag über eine Verfassung für Europa aus dem Jahr 2004 definiert zwar bestimmte Kategorien von Kompetenzen, umfasst allerdings keinen geschlossenen Kompetenzkatalog sämtlicher Zuständigkeiten.<sup>19</sup> Zuletzt hat der „*Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*“ („*AEUV*“) vom 17. Dezember 2007 Arten und Bereiche der Zuständigkeit der Gemeinschaft neu festlegt und einen Kompetenzkatalog nach Politikbereichen vorgeschlagen. Der AEUV wird nach Ratifizierung des Vertrages von Lissabon durch sämtliche nationale Parlamente in Kraft treten. Der genaue Zeitpunkt des Inkrafttretens ist nach dem irischen Referendum zum EU-Reformvertrag vom 12. Juni 2008 nicht absehbar. Nach diesem Vertragswerk wären die Zuständigkeiten der Gemeinschaft in „*ausschließliche*“ (Zollunion, Wettbewerb, Währungspolitik, Fischerei und Handelspolitik) und „*geteilte*“ Zuständigkeiten (– *inter alia* – Binnenmarkt, Sozialpolitik, Innen- und Justizpolitik, Landwirtschaft, Umwelt, Verbraucherschutz und Verkehr) sowie „*Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen*“ der Gemeinschaft (– *inter alia* – Gesundheit, Industrie, Kultur, Tourismus und Katastrophenschutz) unterteilt.<sup>20</sup>

## 2.2 Ausschließliche Kompetenzen

Schon aus dem Wortlaut des Artikels 5 Absatz 2 EGV ergibt sich, dass die Gemeinschaft über ausschließliche Kompetenzen verfügt. Die Mitgliedstaaten sind in diesem Kompetenzbereich nicht mehr handlungsfähig, unabhängig davon, ob die Gemeinschaft eine entsprechende Maßnahme setzt oder nicht. Ausschließliche Kompetenzen drängen die Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten zurück.<sup>21</sup> *Das Subsidiaritätsprinzip ist nicht anwendbar.* Zu den ausschließlichen Kompetenzen gehören – *inter alia* – die gemeinsame

---

<sup>17</sup> Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 749 ff.

<sup>18</sup> Bogdandy/Bast in Grabitz/Hilf, Artikel 5 EGV, Rn. 25 (EL 27, Juni 2005)

<sup>19</sup> Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (2007), Rn. 643

<sup>20</sup> siehe Artikel 2ff im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. Nr. C 306/1 v. 17. 12. 2007

<sup>21</sup> Zulegg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 5 EGV, Rn. 7

*Handelspolitik* gemäß Artikel 133 EGV, die Beschlüsse des Rates nach Artikel 107 Absatz 5 und 6 EGV und Artikel 111 EGV im Bereich der *Währungspolitik* sowie die Regelungen des *Beamtenstatuts* nach Artikel 283 EGV. Im Sinne einer teleologischen Interpretation werden als ausschließliche Kompetenzen solche qualifiziert, bei denen<sup>22</sup>

1. ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten ein späteres Tätigwerden der Gemeinschaft schwer beeinträchtigen könnte;
2. es auf die Einheitlichkeit der Regelungslage in allen Fällen und von Beginn an ankommt; und
3. das Entscheidungssystem der Gemeinschaft in der Lage ist, dem Rechtssetzungsbedarf zu genügen.

### 2.2.1 Sonderform

Eine *Sonderform* ausschließlicher Kompetenzen ist gegeben, wenn die Gemeinschaft in erschöpfender Weise von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht hat und dadurch einen potentiellen Eingriff von Mitgliedstaaten in gewissen Rechtsbereichen verhindert hat.<sup>23</sup> Diese Form der ausschließlichen Kompetenz wird nicht unter Artikel 5 Absatz 2 EGV subsumiert, sondern entspricht der *Sperrwirkung bei konkurrierender Gesetzgebungskompetenz nach deutschem Verfassungsrecht*.<sup>24</sup>

### 2.2.2 Sachwalter des gemeinsamen Interesses

Da ein gleichzeitiges Tätigwerden von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist, stellt sich die Frage, ob bei *Handlungsunfähigkeit der Gemeinschaft* die Mitgliedstaaten als Ersatzgesetzgeber zum Erlass von Rechtsakten befugt sind. Die Lehre geht von einer Zuständigkeit der Mitgliedstaaten als „*Sachwalter des gemeinsamen Interesses*“<sup>25</sup> aus, wodurch eine zumindest vorübergehende Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für ausschließliche Kompetenzen der Gemeinschaft gegeben sein kann. Aber auch eine *Ermächtigung der Mitgliedstaaten durch die Gemeinschaft* zum Erlass ergänzender Regelungen ist grundsätzlich zulässig, da – im Gegensatz zum österreichischen Recht – das Gemeinschaftsrecht *kein Delegationsverbot* kennt.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> so *Bogdandy/Bast*, in: Grabitz/Hilf Artikel 5 EGV Rn. 29 (27 EL Juni 2005)

<sup>23</sup> *Lenaerts/van Ypersele* in: CDE 1994, S. 20 f.

<sup>24</sup> *Jarass* in: AöR Bd. 121 (1996), S. 185-188

<sup>25</sup> siehe dazu *Pechstein*, Die Mitgliedstaaten der EG als „Sachwalter des gemeinsamen Interesses“, 1987; oder *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 740

<sup>26</sup> siehe beispielsweise Artikel 245 Zollkodex, Verordnung (EG) Nr. 2913/92 (Abl 302/47)

### 2.2.3 Einordnung des Gesellschaftsrechts

Die Gemeinschaft hat im Rahmen des Gesellschaftsrechtes *keine ausschließlichen Befugnisse*. Dies ist insofern konsequent, als der Zweck von gesellschaftsrechtlicher Harmonisierung auf Grundlage von Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV keine Vereinheitlichung sondern „nur“ die *Rechtsangleichung der nationalen Gesellschaftsrechtsnormen* ist.<sup>27</sup> Die Souveränität der Mitgliedstaaten über ihre nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen bleibt erhalten. Eine ausschließliche Zuständigkeit würde zwangsläufig aufgrund der Handlungsunfähigkeit nationaler Gesetzgeber in der Erzeugung eines einheitlichen Gesellschaftsrechts münden und den Zweck von Artikel 44 Absatz 2 litera g konterkarieren. Zudem ist das Gesellschaftsrecht zu tief in den Grundstrukturen der nationalen Privatrechte verankert, als dass es einer gesonderten Vereinheitlichung zugeführt werden könnte.<sup>28</sup>

### 2.3 Konkurrierende Kompetenzen

Konkurrierende Kompetenzen sind in den Bereichen der Zollunion, der Agrarpolitik, der Verkehrspolitik sowie als Harmonisierungskompetenzen zur Verwirklichung und Fortentwicklung des Binnenmarktes zu finden.<sup>29</sup> Bei dieser Kompetenzform steht es den Mitgliedstaaten frei für einen bestimmten Sachbereich Regelungen zu erlassen, sofern die ebenfalls zuständige Gemeinschaft nicht bereits tätig geworden ist. Eine konkurrierende Kompetenz wird durch Aktivierung seitens der Gemeinschaft zur ausschließlichen Kompetenz. Auf Seiten der Mitgliedstaaten besteht daher Handlungsfreiraum, solange die Gemeinschaft nicht oder nicht erschöpfend reguliert hat. Das Subsidiaritätsprinzip gelangt – wie bei allen nicht ausschließlichen Kompetenzen – zur Anwendung.

Kein Fall der konkurrierenden Zuständigkeit ist das Tätigwerden der Mitgliedstaaten aufgrund ihrer Verpflichtung zur Umsetzung von Richtlinien. Den Mitgliedstaaten kommt keine selbstständige Kompetenz zum Erlass von Rechtsakten zu, sondern sie treten lediglich in die *Funktion eines Umsetzers* gemäß Artikel 249 Absatz 3 EGV.

#### 2.3.1 Vorrang und Sperrwirkung

Hat die Gemeinschaft Maßnahmen gesetzt, so dürfen die Mitgliedstaaten aufgrund des *Vorranges des Gemeinschaftsrechtes* keine Rechtsnormen erlassen, die damit in

---

<sup>27</sup> Hempel in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 44, Rn. 13

<sup>28</sup> Schanze/Jüttner, Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“, S. 670

<sup>29</sup> Bogdandy/Bast, in: Grabitz/Hilf Artikel 5 EGV Rn. 33 (27 EL Juni 2005)

Widerspruch stehen. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der *Sperrwirkung zu Lasten der Mitgliedstaaten* bis zu jenem Zeitpunkt, zu dem der Gemeinschaftsgesetzgeber seine Regelung wieder aufhebt.<sup>30</sup>

Beide Aspekte werden im *Simmenthal II- Urteil* besonders hervorgehoben: „*Nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts [haben] die Vertragsbestimmungen und die unmittelbar geltenden Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane in ihrem Verhältnis zum internen Recht der Mitgliedstaaten nicht nur die Folge, dass alleine durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird, sondern auch – da diese Bestimmung und Rechtsakte vorrangiger Bestandteil der im Gebiet eines Mitgliedstaats stehenden Rechtsordnung sind – , dass ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären.*“<sup>31</sup>

Zwischen dem Kompetenzbereich der Gemeinschaft und jener der Mitgliedstaaten besteht nach überzeugender Ansicht aufgrund der Vorrangstellung *kein reales Konkurrenzverhältnis*.<sup>32</sup> Vielmehr hat durch den *Anwendungsvorrang* bzw. die sich daraus ergebende *Sperrwirkung* das Gemeinschaftsrecht die eindeutig stärkere Position. Die Gemeinschaft ist im Anwendungsbereich des konkreten Rechtsaktes alleine für dessen Veränderung und Anpassung zuständig.<sup>33</sup> Mitgliedstaatliche Kompetenzen enden somit automatisch, sobald die Kompetenz der Gemeinschaft von dieser aktiviert worden ist.

### 2.3.2 Weite Auslegung von konkurrierenden Kompetenzen

Für die Binnenmarktharmonisierung hat der EuGH in seiner *Entscheidung zur Tabakwerberichtlinie*<sup>34</sup> den konkurrierenden Kompetenzen ein stärkeres rechtliches Profil verliehen. Erfasst sind jene Fälle, in denen gemeinschaftliche Regelungen zur Beseitigung von *spürbaren Wettbewerbsverzerrungen* oder zur *Beseitigung von Hemmnissen für die Wahrnehmung der Grundfreiheiten* beitragen, welche durch Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen verursacht werden. Danach kommt der Befugnis der Gemeinschaft zur Binnenmarktharmonisierung *dieselbe Reichweite* wie dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten zu.<sup>35</sup> Es handelt sich hierbei um ein *sehr weites Verständnis zum Erlass von*

---

<sup>30</sup> Schima in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 5, Rn. 27

<sup>31</sup> EuGH, Rs. 106/77, 9.3.1978, *Simmenthal II*, Slg. 1978, 629, Rn. 17 und 18

<sup>32</sup> Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 744

<sup>33</sup> Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 5, Rn. 29

<sup>34</sup> EuGH, Rs. C-376/98, *Deutschland/Parlament u. Rat*, Slg. 2001, I-8419, Rn. 83 ff.

<sup>35</sup> *Bogdandy/Bast*, in: Grabitz/Hilf Artikel 5 EGV Rn. 34 (27 EL Juni 2005)

*Rechtsakten*, welches insbesondere für den Bereich der Niederlassungsfreiheit nach Artikel 43 und 48 EGV maßgeblich ist.

Daraus automatisch auf eine ähnlich weit gelagerte Auslegung für Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV als Kompetenzgrundlage zur Harmonisierung des Gesellschaftsrechts zu schließen wäre allerdings unzulässig, da diese Grundlagennorm nicht unter die konkurrierenden Kompetenzen fällt.

### **2.3.3 Die Niederlassungsfreiheit als konkurrierende Kompetenz**

Das Niederlassungsrecht gemäß Artikel 43 bis 48 EGV ist – *mit Ausnahme des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV* – im Bereich der konkurrierenden Kompetenzen angesiedelt.<sup>36</sup> Das ist insofern schlüssig als Artikel 3 Absatz 1 litera c EGV die Grundfreiheiten des Binnenmarktes zu verbindlichen Zielen der Gemeinschaft erhebt. Sobald die Gemeinschaft daher binnenmarktrelevante Materien regelt, haben die Mitgliedstaaten aufgrund der Vorrang- und Sperrwirkung von Gemeinschaftsrechtsakten keine Rechtsetzungsbefugnisse mehr. Die Ausklammerung von Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV erklärt sich meiner Einschätzung nach aus seiner Zielsetzung, die nationalen Rechtsordnungen grundsätzlich unangetastet zu belassen und nur Teilbereiche des Gesellschaftsrechts zu harmonisieren. Würde Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV unter die konkurrierenden Kompetenzen fallen, hätte die Gemeinschaft durch Aktivierung dieses Rechtsgebietes umfassende Regelungsmacht über nationale Gesellschaftsrechtsordnungen gleich einer ausschließlichen Kompetenz. Die nationalen Gesellschaftsrechte divergieren jedoch zu stark voneinander, um sie der ausschließlichen Regelungshoheit der Gemeinschaft zu überantworten. Aufgrund des nationalen Charakters dieses Sachgebietes wird die Befugnis zur „*Harmonisierung des Gesellschaftsrechtes*“ daher als Spezialkompetenz einer anderen Kompetenzform zugeordnet.

### **2.4 Parallele Kompetenzen**

Unter parallele Kompetenzen fällt die gemeinsame Befugnis der Gemeinschaft als auch der Mitgliedstaaten zur *Gesetzgebung für ein- und denselben Sachverhalt*. Die Verträge gehen davon aus, dass die jeweils ergriffenen Maßnahmen einander grundsätzlich nicht im Wege stehen, sondern sich in ihrer Wirksamkeit gegenseitig verstärken.<sup>37</sup> Umfasst sind Rechtsmaterien, die durch das Gemeinschaftsrecht und nationales Recht nicht nach den

---

<sup>36</sup> Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 747

<sup>37</sup> Bogdandy/Bast, in: Grabitz/Hilf Art 5 EGV Rn. 38 (27 EL Juni 2005)

gleichen Gesichtspunkten beurteilt werden und dadurch Gegenstand paralleler Verfahren vor den Gemeinschaftsorganen und den nationalen Behörden sein können. Es gilt der *Vorrang des Gemeinschaftsrechts* gegenüber nationalen Rechtsordnungen.<sup>38</sup>

Ausdrücklich anerkannt hat der EuGH die Parallelkompetenz in Verbindung mit einem Vorrang des Gemeinschaftsrechts für den Bereich des *Wettbewerbsrechts*.<sup>39</sup> Auch das Kompetenzfeld „*Kartellrecht*“ zählt zu den klassisch parallelen Kompetenzen. In Artikel 81 und 82 EGV für den innergemeinschaftlichen Handel geregelt, beziehen sich die bestehenden nationalen Kartellgesetze vorrangig auf den nationalen Handel. Die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten können daher parallel jeweils ihr gemeinschaftliches bzw. nationales Kartellrecht regeln.

#### 2.4.1 Rechtsprechung

Parallele Kompetenzen werden von der Rechtsprechung als *Alternative* zu ausschließlichen Kompetenzen angesehen.<sup>40</sup> Das scheint insbesondere aus dem Blickwinkel eines *gemeinsamen Koordinierens* der entsprechenden Rechtsmaterie durch Gemeinschaft und Mitgliedstaaten vernünftig, da ausschließliche Kompetenzen *per se* eine Beteiligung der Mitgliedstaaten ausschließen. Nach der Lehrmeinung hingegen endet der Kompetenzbereich der Gemeinschaft dort, wo die Kompetenzen der Mitgliedstaaten beginnen, wodurch die Bezeichnung parallele Kompetenzen fälschlicherweise nahe legt, dass Gemeinschaft und Mitgliedstaaten zur Regelung ein und derselben Materie berechtigt wären. In Wahrheit sind parallele Kompetenzen „*einander ergänzende Kompetenzen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten*“.<sup>41</sup>

#### 2.4.2 Gesellschaftsrechtsangleichung als Parallelkompetenz?

Wie am Beispiel des Kartellrechts veranschaulicht, können parallele Kompetenzen durchaus die Regelung *ein und desselben Rechtsgebietes aber eben im weiteren Sinn* umfassen. Das Kartellrecht als „*Überbegriff*“ erlaubt der Gemeinschaft sowie den Mitgliedstaaten ein koordiniertes Vorgehen bei der Regelung eines großen Rechtsgebietes unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechtsvorranges. Dabei sollte unter der Rechtssetzungshoheit aller Beteiligten ein kohärentes und in sich geschlossenes Sachgebiet entstehen. Der Begriff „*Ergänzungsfunktion*“ ist nicht falsch gewählt, weil er im Kern den

---

<sup>38</sup> Zuleeg, Der Rang des europäischen im Verhältnis zum nationalen Wettbewerbsrecht, in: EuR 1990, S. 123 (124-128)

<sup>39</sup> EuGH 13.2.1969, Rs. 14/68, *Walt Wilhelm*, Slg 1969, I (13 f.)

<sup>40</sup> EuGH – Abkommen Nr. 170 IAO, Gutachten 2/91 – Slg. 1993, I-1061 (1077)

<sup>41</sup> *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 752

Vorrang des Gemeinschaftsrechts anspricht und ausdrückt, dass die Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihres Kartellrechtes nicht völlig losgelöst von europarechtlichen Vorgaben agieren können, sondern ein insgesamt einheitliches Vorgehen gefordert ist.

Für den *Teilbereich des Gesellschaftsrechtes* erscheint mir eine Einordnung der Befugnis zur Rechtsangleichung als parallele Kompetenz in Zukunft nicht völlig ausgeschlossen. Unter Berücksichtigung des *derzeitigen Harmonisierungsstandes*<sup>42</sup> sowie der Entwicklungen auf dem Gebiet der *Rechtsvereinheitlichung* (Anm.: Europäische Aktiengesellschaft, Europäische Privatgesellschaft) wird nach und nach ein in sich geschlossenes und kohärentes „Europäisches Gesellschaftsrecht“ entstehen. Während rein *innerstaatliche Sachverhalte* (auf Grundlage des Subsidiaritätsprinzips) weiterhin durch nationale Gesetzgeber geregelt werden könnten, wären *grenzüberschreitende Sachverhalte* Aufgabe des Gemeinschaftsgesetzgebers. Der derzeitige Stand der Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes lässt diesen Schritt allerdings meiner Einschätzung nach noch nicht zu.

#### 2.4.3 Nicht regulative Kompetenzen

*Nicht regulative* Kompetenzen sind ein Unterfall der parallelen Kompetenzen und ermächtigen die Gemeinschaft zwar grundsätzlich zu einem Handeln, begrenzen allerdings den Handlungsspielraum ihrer Organe. In solchen Bereichen ist die Gemeinschaft von regulativer Gestaltung ausgeschlossen, sodass nur die Mitgliedstaaten über die primäre Rechtsetzungsbefugnis verfügen.<sup>43</sup>

#### 2.5 Rahmenkompetenzen und Beitragskompetenzen

Unter *Rahmenkompetenzen* werden die Befugnisse der Gemeinschaft zur Koordinierung bestimmter ausgewählter Rechtsgebiete verstanden. Dazu zählen keine geschlossenen Politiken, sondern nur *bestimmte Teilbereiche* aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und anderen Regelungsmaterien. *Die Kompetenznorm des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV zur Harmonisierung des Gesellschaftsrechtes wird den Rahmenkompetenzen zugeordnet.*<sup>44</sup> Der Grund dieser Einordnung liegt in der systematischen Stellung des Gesellschaftsrechtes im Normenkomplex der Niederlassungsfreiheit. Als spezielle Kompetenzgrundlage dient

---

<sup>42</sup> siehe [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/official/index\\_de.htm#directives](http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_de.htm#directives)

<sup>43</sup> *Bogdandy/Bast* in Grabitz/Hilf, Artikel 5 EGV, Rn. 42 (EL 27, Juni 2005)

<sup>44</sup> weiters – *inter alia* – auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 40 litera a EG oder die Dienstleistungsfreiheit nach Art 45 iVm. Art 46 Absatz 2 EG; vgl. *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 749



Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV der Rechtsangleichung des Gesellschaftsrechts, welches als ein *Teilbereich zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit* angesehen wird.

*Beitragskompetenzen* umfassen jene Kompetenzbereiche der Gemeinschaft, die zur Ergänzung der Tätigkeit der Mitgliedstaaten herangezogen werden. Ausübungsformen sind einerseits Fördermaßnahmen und sonstige Maßnahmen, die zur Verwirklichung der im Vertrag genannten Ziele beitragen, und andererseits Empfehlungen. Auch Harmonisierungsmaßnahmen können von diesem Kompetenzbereich erfasst sein. Der Verbraucherschutz ist eine unter vielen Beitragskompetenzen, die die Gemeinschaft im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes nach Artikel 95 EGV erlässt.<sup>45</sup>

### **3. Die Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft**

#### **3.1 Begriffsbestimmung und Grundlagen**

Unter dem Begriff „*Rechtsetzung*“ versteht man den Erlass von sekundärrechtlichen Maßnahmen unter Mitwirkung der für die Rechtsetzung zuständigen Organe Europäisches Parlament, Rat und Kommission. Obwohl die Mitentscheidungsbefugnisse des Europäischen Parlaments sukzessive ausgebaut wurden<sup>46</sup>, fungiert der Rat nach wie vor als stärkstes Rechtsetzungsorgan. Die Kommission verfügt über delegierte Rechtsetzungsbefugnisse und ihr kommt das *Initiativmonopol* für den Erlass von Sekundärrechtsakten zu.

Die Kompetenzen zur Rechtssetzung basieren auf 3 wesentlichen Prinzipien: dem *Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*, dem *Subsidiaritätsgrundsatz* und dem *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Sie sind allesamt in Artikel 5 EGV geregelt. Während erster Grundsatz alleine die *Kompetenzabgrenzung* betrifft, also die Frage, ob die Gemeinschaft in einer bestimmten Rechtsmaterie überhaupt Sekundärrechtsakte erlassen darf, betreffen die beiden letzteren Grundsätze die *Kompetenzausübung*.<sup>47</sup>

#### **3.2 Problemstellung**

Im Folgenden wird untersucht, welchen Spielraum der Gemeinschaft im Rahmen der Kompetenzabgrenzung des Artikels 5 Satz 1 EGV zukommt und inwieweit ihr das Recht zusteht, ihre Befugnisse auf Bereiche auszudehnen, für die keine expliziten vertraglichen Grundlagen bestehen. Es soll die Frage erörtert werden, ob das *Prinzip der begrenzten*

---

<sup>45</sup> Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 750 und 751

<sup>46</sup> siehe Kodezisionsverfahren gemäß Artikel 251 EGV

<sup>47</sup> Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (2007), Rn. 624

*Einzelermächtigung weit oder eng auszulegen* ist. Besonderes Augenmerk soll in der Folge auf *Harmonisierungsbedarf* und *Mittelhierarchie* bei der Rechtsangleichung gesetzt werden. Schließlich werden noch die Rechtsfolgen bei *Kompetenzverletzungen* dargestellt.

### 3.3 Allgemeine Kompetenzgrundlage - Artikel 5 EG

#### 3.3.1 Normative Darstellung

„Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig.“

„In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erbracht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.“

Der Vertrag unterscheidet zwischen *Organ- und Verbandskompetenzen*.<sup>48</sup> Artikel 5 EGV erfasst nur die *Aufteilung der Verbandskompetenzen* zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten.<sup>49</sup> Sein Zweck ist die klare Abgrenzung des Kompetenzgefüges der Gemeinschaft im Verhältnis zu ihren Mitgliedstaaten. Artikel 5 EGV beinhaltet drei wesentliche Voraussetzungen für ein Tätigwerden der Gemeinschaft:<sup>50</sup>

1. Die Tätigkeit der Gemeinschaft muss sich innerhalb der Grenzen der ihr im Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele halten (Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung)
2. Eine Prüfung, ob die Gemeinschaft von einer grundsätzlich bestehenden Zuständigkeit Gebrauch machen darf (Subsidiaritätsprinzip)
3. Eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Handelns der Gemeinschaft (Verhältnismäßigkeitsprinzip)

Die einzelnen Voraussetzungen stehen zueinander im *Verhältnis der Nachrangigkeit*. Will die Gemeinschaft tätig werden, ist daher zuerst das Vorliegen einer *vertraglichen Ermächtigung* zum Erlass von sekundärrechtlichen Maßnahmen zu prüfen. Im Rahmen

---

<sup>48</sup> siehe Artikel 7 Absatz 1 EGV und Artikel 5 Absatz 1 EG

<sup>49</sup> Zuleeg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 5 EG, Rn. 1

<sup>50</sup> Schima in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 5, Rn. 6

eines zugewiesenen Kompetenzfeldes ist schließlich nach dem *Prinzip der Subsidiarität* festzustellen, ob Regelungsmaterien, die an sich der Gemeinschaft zustehen nicht besser auf Ebene der Mitgliedstaaten geregelt werden können. Hat man darüber Klarheit erlangt, ist durch eine *Verhältnismäßigkeitsprüfung* sicherzustellen, dass nur im Rahmen des Erforderlichen in den Rechtsbestand der Mitgliedstaaten eingegriffen wird.

### 3.3.2 Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung – Artikel 5 Satz 1 EGV

Artikel 5 Satz 1 EGV regelt für das Tätigwerden der Gemeinschaft den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung im Sinne einer beschränkten Verbandskompetenz. Aus der Formulierung der Bestimmung, insbesondere aus dem Passus „(...) *innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele* (...)“ wird deutlich, dass die Gemeinschaft über keine unbegrenzte Rechtsetzungsgewalt verfügt, sondern die Allzuständigkeit bei den Mitgliedstaaten liegt. Das korrespondiert mit der bereits erwähnten Kompetenzkompetenz der Vertragsstaaten. *Die Gemeinschaft ist ohne eine entsprechende Ermächtigung nicht befugt Rechtsakte zu setzen.* Zweck der Bestimmung ist es, das Verhältnis zwischen der Gemeinschaft einerseits und den Mitgliedstaaten andererseits zu strukturieren, Kompetenzsphären abzugrenzen und einander zuzuordnen.<sup>51</sup>

#### (i) Kumulation und Organkompetenz

Beide Tatbestandselemente – Ziel und Befugnis – müssen *kumulativ* erfüllt sein. Das Vorliegen eines vertraglichen Zieles der Gemeinschaft alleine ist noch nicht ausreichend, um ein Tätigwerden zu legitimieren. Vielmehr bedarf es immer auch einer konkreten Befugnis für ein gemeinschaftsrechtliches Organ.<sup>52</sup> Vertraglicher Ausgangspunkt der *Organkompetenz* ist Artikel 7 Absatz 1 Satz 2 EGV, welcher regelt, dass „*jedes Organ nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse handelt*“. Hierdurch wird das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung auf die Organe der Gemeinschaft übertragen. Durch die vertragliche Anknüpfung der Verbandskompetenzen an die Organe, ist eine klare Trennung der Verbandskompetenzen von Organkompetenzen nicht möglich.<sup>53</sup> Ein Organ der Gemeinschaft kann seine Kompetenzen nur in den Grenzen der der Gemeinschaft zugewiesenen Verbandskompetenzen ausüben.

---

<sup>51</sup> so *Bogdandy/Bast* in Grabitz/Hilf, Artikel 5 EGV, Rn. 8 (EL 27, Juni 2005)

<sup>52</sup> *Schima* in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 5, Rn. 13

<sup>53</sup> *Bogdandy/Bast* in: EuGRZ 2001, S. 444 f.

(ii) Formelle und Materielle Bindungswirkung

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hat *formelle und materielle Bindungswirkung*.<sup>54</sup> Erstere resultiert aus der Tatsache, dass die Gemeinschaftsorgane zum Erlass von Rechtsakten nur jene Formen verwenden dürfen, die der Vertrag zulässt. Es besteht quasi ein „*Numerus Clausus*“ von Rechtsakten, wobei Artikel 249 Absatz 1 EGV diesbezüglich einen Katalog mit Handlungsformen enthält, wozu die Verordnung, die Richtlinie, die Entscheidung sowie Empfehlungen und Stellungnahmen zählen. Eröffnet eine bestimmte Norm mehrere Wahlmöglichkeiten (z.B.: Verordnung und Richtlinie gemäß Artikel 40 EGV), so entscheidet das zuständige Organ nach freiem Ermessen, aber nach sachlichen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.<sup>55</sup> Auch das jeweils anzuwendende Verfahren wird durch die Kompetenznorm präzisiert.

Die *materielle Bindungswirkung* bezieht sich auf die für die Gemeinschaft *handelnden Organe*, welche in der Ausübung ihrer Tätigkeit inhaltlich an die konkreten Vorgaben in den Bestimmungen gebunden sind. Eine inhaltliche Überschreitung einer Kompetenznorm des Vertrages ist grundsätzlich nicht durch die Kompetenzzuweisungen der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaft gedeckt.

(iii) Reichweite der Norm

In der Literatur wird Artikel 5 Satz 1 EGV *weit ausgelegt*<sup>56</sup>. Zudem stellt eine *integrationsfreundliche Rechtsprechung* sicher, dass Ziele der Gemeinschaft nicht durch starre Regelungen der Verträge gehindert werden.<sup>57</sup> Seine Wirkung wird durch die *Vertragsergänzungsklausel des Artikels 308 EGV* sowie durch die Auslegungsmaximen der „*implied powers*“ und des „*effet utile*“ noch verstärkt. Die Summe der Einzelermächtigungen des Vertrages erweitert um diese Auslegungsmaximen ergeben insgesamt sehr umfassende Kompetenzen der Gemeinschaft.<sup>58</sup>

Nach dem EuGH sind die Kompetenzen der Gemeinschaft also nicht statisch sondern unterliegen einer Rechtsprechung, die zu einer *systematischen Erweiterung der*

---

<sup>54</sup> Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 928

<sup>55</sup> Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 1246

<sup>56</sup> Schima in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 5, Rn. 15

<sup>57</sup> Eine Grenze findet Artikel 5 Absatz 1 EGV – *inter alia* – in einer zu exzessiven Auslegung des Art 95 Absatz 1 EGV betreffend die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts als „allgemeine Kompetenznorm zur Regelung des Binnenmarktes“; siehe EuGH v. 5.10.2000, C-376/98, *Deutschland/Parlament und Rat – „Tabakwerbung“*, Slg 2000, I-8419

<sup>58</sup> vgl. Schoch, JZ 1995, S. 115 f.

*Gemeinschaftskompetenzen* geführt hat.<sup>59</sup> Der Gerichtshof vertritt hierbei die Ansicht, dass der Gemeinschaft Regelungsbereiche zufallen würden, die ihr bei Abschluss der Gemeinschaftsverträge nicht explizit übertragen wurden.<sup>60</sup> In der Lehre wird zu diesen expliziten, de facto *impliziten Zuständigkeiten* auch die Frage erörtert, ob *sie* überhaupt noch zu den „in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnissen“ gemäß Artikel 5 Satz 1 EGV gehören oder ob die Gemeinschaft nicht auf die ihr ausdrücklich zugewiesenen Befugnisse beschränkt ist.<sup>61</sup>

Für eine weite Auslegung spricht, dass seit dem Vertrag von Amsterdam (1997) durch das Protokoll (Nr 30) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Subsidiaritätsprotokoll) ausdrücklich klargestellt wird, dass das Subsidiaritätsprinzip nicht die Befugnisse in Frage stellt, über die die Gemeinschaft aufgrund des Vertrages entsprechend der Auslegung des Gerichtshofes verfügt.<sup>62</sup> Zudem sind implizite Zuständigkeiten immanenter Bestandteil der bereits „zugewiesenen Befugnisse“ und stellen daher keine Durchbrechung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung dar.

Gegen eine weite Auslegung spricht meiner Einschätzung nach eine nicht unwesentliche Erweiterung des Kompetenzgefüges der Gemeinschaft. Der Gemeinschaft wurde durch die Mitgliedstaaten ein „*Kompetenzbestand in bestimmten Umfang*“ übertragen. Grundlage dafür war die Übereinstimmung der Vertragsstaaten über Kompetenzbereiche, die sie wissentlich und willentlich an die Gemeinschaft abgetreten haben oder andererseits bei sich behalten wollten. Die weite Auslegung des EuGH konterkariert das starre und klare Kompetenzgefüge der Gemeinschaft, indem er den expliziten noch implizite Befugnisse zuschreibt, die keine Deckung im Vertrag finden. Als Folge erwirbt die Gemeinschaft durch eine dynamische Rechtsprechung immer weitere Befugnisse, sodass vielmehr die Frage nach einer *ungerechtfertigten Kompetenzerweiterung* im Raum steht. Tatsächlich steht der Gerichtshof nicht über den Verträgen, sondern hat diese entsprechend ihrem Wortlaut sowie Sinn und Zweck auszulegen.

---

<sup>59</sup> siehe EuGH, Rs. 165/87, *Kommission/Rat*, Slg. 1988, 5545

<sup>60</sup> vgl. *Jarass*, AöR 1996, 180 f.

<sup>61</sup> *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007), Rn. 629

<sup>62</sup> Z 3 des Protokolls (Nr 30) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Subsidiaritätsprotokoll)

Danach würde eine Durchbrechung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung bereits dann vorliegen, wenn die Gemeinschaft außerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig wird.

### 3.4 Artikel 308 EGV als Vertragsergänzungsklausel

Artikel 308 EGV trägt der Tatsache Rechnung, dass die Gemeinschaft von Anfang an nicht als abgeschlossenes Vertragswerk konzipiert gewesen ist, sondern als ein Werk, welches einerseits Kompetenzlücken aufweist und andererseits auf eine dynamische Weiterentwicklung und ständige Rechtsanpassung ausgerichtet ist.<sup>63</sup> Bei Anwendung der Bestimmung haben die Organe der Gemeinschaft das Subsidiaritätsprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren.<sup>64</sup> Nach überwiegender Ansicht wird das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung durch die Vertragsergänzungsklausel des Artikels 308 EGV *durchbrochen*<sup>65</sup> bzw. *abgeschwächt*<sup>66</sup>.

#### 3.4.1 Regelungszweck

Artikel 308 EGV ermächtigt den Rat – unter Einhaltung der Einstimmigkeit sowie auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments – *ohne ausdrückliche Vertragsermächtigung* tätig zu werden, wenn dies erforderlich erscheint, um ein Ziel der Gemeinschaft im Rahmen des gemeinsamen Marktes zu verwirklichen.<sup>67</sup> Der EuGH hat die Bestimmung dahingehend präzisiert, dass sie „*einen Ausgleich in Fällen schaffen soll, in denen den Gemeinschaftsorganen durch spezifische Bestimmungen des Vertrages ausdrücklich oder implizit verliehene Befugnisse fehlen und gleichwohl Befugnisse erforderlich erscheinen, damit die Gemeinschaft ihre Aufgaben in Hinblick auf die Erreichung eines der vom Vertrag festgelegten Ziele wahrnehmen kann.*“<sup>68</sup>

Ausgangspunkt ist daher, dass der Gemeinschaft in einem bestimmten Bereich zwar ein Ziel zugewiesen worden ist, der Vertrag den zuständigen Organen jedoch nicht die notwendigen Befugnisse zur Umsetzung dieses Zieles eingeräumt hat. Somit ist Artikel 308 EGV eine

---

<sup>63</sup> Bitterlich, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/EGV, 4. Aufl., Artikel 308, Rn. 1

<sup>64</sup> Stöger in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 308, Rn. 38

<sup>65</sup> Bitterlich, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/EGV, 4. Aufl., Art 308 EGV, Rn. 3

<sup>66</sup> Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, 2. Auflage, S. 21

<sup>67</sup> Artikel 308 EGV (ehemals Artikel 235 EGV) war ursprünglich die Rechtsgrundlage für zahlreiche Gemeinschaftsakte insbesondere in den Bereichen Zoll-, Agrar-, Forschungs-, Regional- und Entwicklungspolitik sowie im Umweltschutz. Mit Eingliederung bestimmter Politikbereiche durch die EEA und den Vertrag von Maastricht verlor Artikel 308 EGV jedoch an Bedeutung.

<sup>68</sup> Gutachten über die Zulässigkeit eines Beitritts der EG zur EMRK, 2/94, Slg 1996, I-1759, Rn. 29

„subsidiäre Kompetenzgrundlage“<sup>69</sup> für die Schaffung von erforderlichen Rechtsakten in Fällen ohne spezielle Vertragsermächtigung. Die Literatur bezeichnet Artikel 308 EGV auch als „Vertragsabrundungskompetenz“<sup>70</sup>, „Ersatzkompetenz“<sup>71</sup>, „Reserveermächtigung“<sup>72</sup> oder „Lückenschließungsklausel“<sup>73</sup>.

### 3.4.2 Kompetenzgrenze

Die Bestimmung unterscheidet sich von anderen ausdrücklich verliehenen Kompetenzen der Gemeinschaft dadurch, dass das Tätigwerden des Rats nicht durch eine materielle Bestimmung des Vertrages inhaltlich determiniert ist, sondern die Kompetenzgrenzen an den in Artikel 308 EGV nicht näher präzisierten Zielen der Gemeinschaft zu messen sind.<sup>74</sup> Das der Gemeinschaft vom Vertrag gesetzte Ziel bestimmt daher den Umfang der Befugnis. Auch sind die Organe der Gemeinschaft auf Grundlage der Bestimmung nicht berechtigt neue Ziele für die Gemeinschaft zu definieren oder die vom Vertrag zugewiesenen Ziele zu ändern, zu erweitern, einzuschränken oder aufzuheben. Vielmehr ist das jeweilige Ziel durch den Vertrag bereits vorgegeben und begrenzt inhaltlich die Rechtsetzung nach Artikel 308 EGV.<sup>75</sup>

Die Grenzen seiner Anwendbarkeit steckte der Gerichtshof in dem „Gutachten über die Zulässigkeit eines Beitritts der Gemeinschaft zur EMRK“ ab:<sup>76</sup> *„Als integrierender Bestandteil einer auf dem Grundsatz der begrenzten Ermächtigung beruhenden institutionellen Ordnung kann diese Bestimmung (Anm.: Artikel 308 EGV) keine Grundlage dafür bieten, den Bereich der Gemeinschaftsbefugnisse über den allgemeinen Rahmen hinaus auszudehnen, der sich aus der Gesamtheit der Vertragsbestimmungen und insbesondere denjenigen ergibt, die die Aufgaben und Tätigkeiten der Gemeinschaft festlegen. Sie kann jedenfalls nicht als Rechtsgrundlage für den Erlass von Bestimmungen dienen, die der Sache nach, gemessen an ihren Folgen, auf eine Vertragsänderung ohne Einhaltung des hierfür vom Vertrag vorgesehenen Verfahrens hinausliefe.“*

Besteht eine Kompetenz der Gemeinschaft weder auf Grundlage einer Einzelermächtigung (in Ergänzung der „implied powers“-Doktrin) noch über Artikel 308 EGV, verbleibt die

---

<sup>69</sup> Stöger in Mayer (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Artikel 308, Rn. 1; Christian Zacker/Stephan Wernicke, Examinatorium Europarecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1998, 93

<sup>70</sup> Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht, S. 179; Oppermann, Europarecht, Rn. 523

<sup>71</sup> Ivo E. Schwartz in Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg), Kommentar, Artikel 235, Rn. 65

<sup>72</sup> Ivo E. Schwartz in Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg), Kommentar, Artikel 235, Rn. 2

<sup>73</sup> Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht, Rn. 339

<sup>74</sup> Eberhard Grabitz, Rn. 1 zu Art 235, in: Grabitz/Hilf (Hrsg), Kommentar.

<sup>75</sup> Schwartz in von der Groeben/Schwarze, Artikel 308 EG, Rn. 13 und 14

<sup>76</sup> EuGH, Gutachten 2/94, EMRK, Slg 1996, I-1759, Rn. 30

betreffende Regelungsmaterie in der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Eine Transmission der jeweiligen Materie in den Regelungsbereich der Gemeinschaft ist in einem solchen Fall nur durch ein formelles Vertragsänderungsverfahren nach Artikel 48 EUV zulässig.

### 3.4.3 Bedeutung für das Gesellschaftsrecht

Durch die Schaffung von zusätzlichen speziellen Kompetenzgrundlagen im Rahmen der Einheitlichen Europäischen Akte, der Verträge von Maastricht und Amsterdam wurde die Bedeutung von Artikel 308 EGV als „*Generalermächtigung*“ insgesamt geringer. Darüber hinaus stuft ihn die Lehre aus demokratiepolitischen Erwägungen als „*problematische Norm*“ ein. Mit der Einführung des Verfahrens der Zusammenarbeit gemäß Artikel 252 EGV bzw. der Mitentscheidung gemäß Artikel 251 EGV wurde die Rolle des Europäischen Parlaments grundlegend aufgewertet, während es im Verfahren nach Artikel 308 EGV nach wie vor auf bloße Anhörungsrechte beschränkt ist. Die Bestimmung war infolgedessen wiederholt Gegenstand von Nichtigkeitsklagen durch das Europäische Parlament und die Kommission.<sup>77</sup>

Nichtsdestotrotz wird Artikel 308 EGV noch immer als *Kompetenzgrundlage für Richtlinien oder Verordnungen zur Ergänzung oder Schaffung supranationaler Gesellschaftsformen* herangezogen. Die Richtlinie 2001/86/EG von 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer<sup>78</sup> ist genauso wie der Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 25.6.2008 auf Artikel 308 EGV gestützt.<sup>79</sup> Auch ist die Kompetenznorm Grundlage für bereits bestehende Formen europäischer Gesellschaften, wie der Europäischen Gesellschaft („*Societas Europaea*“), der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung und der Europäischen Genossenschaft gewesen.

## 3.5 Implied powers

### 3.5.1 Impliziter Aspekt

Im „Gutachten über die Zulässigkeit eines Beitritts der Gemeinschaft zur EMRK“ hat der EuGH die impliziten Kompetenzen der Gemeinschaft charakterisiert und festgehalten, dass

---

<sup>77</sup> Stöger in Mayer (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Artikel 308, Rn. 4

<sup>78</sup> Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L 294 vom 10.11.2001

<sup>79</sup> KOM(2008) 396 endgültig



„die Gemeinschaft im Regelfall aufgrund spezifischer Befugnisse handelt, die (...) sich nicht notwendig ausdrücklich aus spezifischen Bestimmungen des Vertrages ergeben müssen, sondern auch implizit aus ihnen abgeleitet werden können.“<sup>80</sup> „Implied powers“ sind danach nicht ausdrücklich in den Gründungsverträgen der Gemeinschaft geregelte Kompetenzen, die jedoch aufgrund des Sachzusammenhanges als bestehend anzunehmen sind. Auch der Begriff „implizite Kompetenzen oder Zuständigkeiten“ ist gebräuchlich.<sup>81</sup> Den Gemeinschaftsorganen werden die Mittel in die Hand gelegt, die notwendig sind, um eine ausdrücklich zugeteilte Kompetenz vollständig und wirksam auszuüben.<sup>82</sup> Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung wird dabei meiner Einschätzung nach nicht durchbrochen, da eine implizite Zuständigkeit immer mit entsprechend zuerkannten Kompetenzen verknüpft sein muss. Diese Verknüpfung resultiert aus der oben zitierten Formulierung „*implizit (...) abgeleitet*“. Man unterscheidet zwischen neben- bzw. gleichgeordneten und untergeordneten implied powers.<sup>83</sup> Die neben- bzw. gleichgeordneten Kompetenzen treten neben ausdrücklich eingeräumte Kompetenzen, während Letztere die ausdrücklich eingeräumten Kompetenzen lediglich näher ausgestalten, ohne jedoch ihren Umfang zu erweitern.<sup>84</sup>

### 3.5.2 Abgrenzung zu Artikel 308 EGV

Ein wesentliche Unterschied zur Generalermächtigung des Artikels 308 EGV besteht darin, dass „implied powers“ nur aus einer bereits bestehenden ausdrücklichen Kompetenzgrundlage abgeleitet werden können, während Artikel 308 EGV immer dann herangezogen wird, wenn eine ausdrückliche Kompetenzgrundlage zur Gänze fehlt.<sup>85</sup> Der Gerichtshof erläutert diesbezüglich, dass „*nur sofern ausdrückliche oder implizite spezifische Befugnisse fehlen, zu prüfen ist, ob Artikel 235 (jetzt 308) des Vertrages eine Rechtsgrundlage (...) sein kann*“.<sup>86</sup> Danach darf Artikel 308 EGV nicht angewendet werden, sofern implizite Befugnisse ausreichend sind, um das Ziel der Gemeinschaft zu realisieren. Dieser Vorrang der „implied powers“ Doktrin wird von der Rechtsprechung gestützt und für den Fall vorgesehen, dass in einer ausdrücklichen Ermächtigung implizite Befugnisse enthalten sind und diese auch zur Zielerreichung ausreichen. Können im

---

<sup>80</sup> Gutachten über die Zulässigkeit eines Beitritts der EG zur EMRK, 2/94, Slg 1996, I-1759, Rn. 25

<sup>81</sup> *Bogdandy/Bast*, in: EuGRZ 2001, S. 444

<sup>82</sup> *Gert Nicolaysen*, Zur Theorie von den implied powers in den Europäischen Gemeinschaften, EuR 1966, S. 129 - 142

<sup>83</sup> *Köck* in Seidl-Hohenveldern-FS, S. 279, 290

<sup>84</sup> *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 935

<sup>85</sup> *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV-Kommentar, Artikel 5 EG Rn. 14

<sup>86</sup> Gutachten über die Zulässigkeit eines Beitritts der EG zur EMRK, 2/94, Slg 1996, I-1759, Rn. 28

Gegensatz dazu die Ziele durch die Ausübung von implied powers nicht verwirklicht werden oder bestehen keine impliziten Befugnisse in Hinblick auf ein bestimmtes Ziel, ist Artikel 308 EGV als Auffangtatbestand heranzuziehen.<sup>87</sup>

### 3.6 Effet Utile

Unter effet utile – *das Effizienzgebot* – versteht man den Grundsatz, eine Norm so auszulegen und anzuwenden, dass das Vertragsziel am besten und einfachsten erreicht werden kann. In Bezug auf das europäische Recht gilt die Maxime den Bestimmungen der Gemeinschaftsverträge die größtmögliche Wirksamkeit zu verleihen.<sup>88</sup> Danach darf die nützliche Wirkung einer Maßnahme, durch die die Mitgliedstaaten zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden, nicht dadurch abgeschwächt werden, dass bei pflichtwidrigem Verhalten eines Mitgliedstaates die Maßnahme nicht greifen kann. Um die entsprechende Wirkung trotz rechtswidrigem mitgliedstaatlichen Verhaltens herbeizuführen, kann sich der Einzelne *unmittelbar* auf die Gemeinschaftsmaßnahme berufen.<sup>89</sup> Der EuGH hat in mehreren Entscheidungen klargestellt, dass das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Recht vorgeht.<sup>90</sup> Wenn das nationale Recht unterschiedlich ausgelegt werden kann, so ist die Auslegung vorzuziehen, bei der sich das Gemeinschaftsrecht am besten durchsetzt.

### 3.7 Das Subsidiaritätsprinzip – Artikel 5 Satz 2 EGV

Der Grundgedanke der Subsidiarität entspringt der Katholischen Soziallehre, wonach die größere Einheit nicht Aufgaben erfüllen soll, die von der kleineren Einheit zufrieden stellend bewältigt werden können. Das Prinzip hat umfassende Bedeutung für die gesamte Gemeinschaft, was einerseits aus der Formulierung in Art 1 EUV erkennbar ist, wonach Entscheidungen möglichst „bürgerlich“ zu treffen sind, andererseits durch seine Erwähnung in Art 2 EUV verdeutlicht wird, wonach die Verwirklichung der Ziele auch „unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips, wie es in Artikel 5 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft bestimmt ist“ zu erfolgen hat. Das Subsidiaritätsprinzip hat den Charakter eines Grundprinzips.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> Schwartz in von der Groeben/Schwarze, Art. 308 EG, Rn. 68 und 69

<sup>88</sup> Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, 2. Auflage, S. 21

<sup>89</sup> Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 1274

<sup>90</sup> EuGH, Rs. 26/62, 5.2.1963, *Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung*, Slg. 1963, Rn. 4, 5 und 25; EuGH, Rs. 106/77, 9.3.1978, *Simmmenthal II*, Slg. 1978, 629, Rn. 17 und 18

<sup>91</sup> Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht (2003), 4. Auflage, S. 149

### 3.7.1 Anwendungsvoraussetzungen

Anwendungsvoraussetzung ist die *vertragliche Ermächtigung* für ein Tätigwerden der Gemeinschaft in Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit<sup>92</sup> fallen. Ziel ist die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu wahren und ihre Befugnisse weitgehend aufrechtzuerhalten. Die Bestimmung bringt keine zusätzlichen Kompetenzen für die Gemeinschaft, sondern beschränkt vielmehr die Ausübung bereits vorhandener, durch den Vertrag zugesprochener Kompetenzen.<sup>93</sup> Artikel 5 Satz 2 EGV versteht sich als „Kompetenzausübungsregel“.<sup>94</sup> Das Tätigwerden der Gemeinschaft ist nach herrschender Meinung an zwei Voraussetzungen, ohne kausalen Zusammenhang zueinander, geknüpft.<sup>95</sup>

1. Die Ziele der intendierten Maßnahme werden durch mitgliedstaatliches Handeln nicht ausreichend erfüllt (Notwendigkeitsprüfung)<sup>96</sup>; und
2. werden daher besser durch Gemeinschaftsmaßnahmen erreicht (Effizienzprüfung).<sup>97</sup>

Als wesentliche Komponente muss die angestrebte Gemeinschaftsmaßnahme einen „*qualitativen Mehrwert*“ gegenüber innerstaatlichen Maßnahmen haben.<sup>98</sup>

### 3.7.2 Zwingende Subsidiaritätsprüfung

Seit dem Rat von Edinburgh vom 11. und 12. Dezember 1992, wo ein Gesamtkonzept für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips verabschiedet wurde, unterliegen Rechtssetzungsakte der Gemeinschaft einer zwingenden Subsidiaritätsprüfung. Durch den Amsterdamer Vertrag wurde das – *mit Primärrechtsqualität ausgestattet*<sup>99</sup> – „Protokoll (Nr. 30) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“ dem Vertrag beigelegt, wodurch die beiden für ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlichen Voraussetzungen durch entsprechende Leitlinien für die Subsidiaritätsprüfung konkretisiert wurden.<sup>100</sup> Das Protokoll sieht beispielsweise vor, dass in der Begründung jedes Vorschlags für eine gemeinschaftsrechtliche Maßnahme eine Rechtfertigung (Vermerk) in Hinblick auf die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips

---

<sup>92</sup> Ausschließliche Zuständigkeiten stehen einem Handeln der Mitgliedstaaten unabhängig davon entgegen, ob die Gemeinschaft selbst bereits tätig geworden ist

<sup>93</sup> Zuleeg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 5 EG, Rn. 26

<sup>94</sup> vgl. Ziffer 3 Subsidiaritätsprotokoll

<sup>95</sup> Schima in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 5, Rn. 32

<sup>96</sup> Diese Voraussetzung wird insbesondere bei Maßnahmen mit transnationalen Aspekten gegeben sein.

<sup>97</sup> Das Gemeinschaftshandeln muss deutliche und nicht nur geringfügige Vorteile bringen. Je genauer ein Ziel durch den Vertrag selbst definiert ist, desto weniger Spielraum bleibt für die Subsidiarität

<sup>98</sup> vgl. dazu auch Gerd Langguth, Rn. 13 zu Artikel 5, in: Lenz (Hrsg.), Kommentar

<sup>99</sup> Vgl. dazu Thun-Hohenstein, Amsterdam, S. 6

<sup>100</sup> Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht (2003), 4. Auflage, S. 150

enthalten sein muss.<sup>101</sup> Bestätigend äußerte sich der Gerichtshof in Bezug auf Rechtsakte, welche in Hinblick auf die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips begründet werden müssen, ohne jedoch eine Verpflichtung aufzuerlegen, das Prinzip auch ausdrücklich im Rechtsakt zu erwähnen.<sup>102</sup>

### 3.7.3 Subsidiarität im Rahmen von Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV?

Dem Subsidiaritätsprinzip kommt im Rahmen der Kompetenznorm des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV keine eigenständige Bedeutung zu. Ist eine Maßnahme der Rechtsangleichung „*erforderlich*“ im Sinne des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV, so steht nach zutreffender Ansicht zugleich fest, dass sich das angestrebte Ziel durch einzelstaatliche Regelungen nicht mit derselben Effektivität verwirklichen lässt.<sup>103</sup> *Die Erforderlichkeit einer Maßnahme nach Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV schließt somit ihre Subsidiarität aus.* Dieselbe Ausschlusswirkung ist im Verhältnis zu den Artikeln 94, 95 und 308 EGV zu beachten.

### 3.8 Das Verhältnismäßigkeitsprinzip – Artikel 5 Satz 3 EGV

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung findet statt, wenn feststeht, dass das Subsidiaritätsprinzip ein Tätigwerden der Gemeinschaft zulässt oder ein Fall der ausschließlichen Kompetenzen vorliegt. Das Prinzip hat *Begrenzungsfunktion* für die Ausübung der gemeinschaftsrechtlichen Maßnahmen und ist auf jegliche Tätigkeit der Gemeinschaft – *insbesondere auch auf ausschließliche Zuständigkeiten* – anwendbar.<sup>104</sup> Die Gemeinschaft ist verpflichtet, bei der Ausübung von Kompetenzen nicht über das für die Erreichung der in den Verträgen formulierten Ziele erforderliche Maß hinauszugehen. Die Proportionalität zwischen der Maßnahme und dem angestrebten Ziel muss gewahrt bleiben.<sup>105</sup>

#### 3.8.1 Proportionalität

Nach einheitlicher Meinung der Literatur ist zur Zielerreichung das *mildeste Mittel bzw. die am wenigsten belastende Maßnahme* zu wählen.<sup>106</sup> Eine möglichst schonende

---

<sup>101</sup> Artikel 5 des „Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“

<sup>102</sup> EuGH 13.5.1997, Rs. C-233/94 *Deutschland/Parlament und Rat* – „*Einlagensicherungssysteme*“, Slg. 1997, I-2405, Rn. 25ff; EuGH 9.10.2001, Rs. C-377/98 *Niederlande/Parlament und Rat* – „*Biopatentrichtlinie*“, Slg 2001, I-7079, Rn. 33

<sup>103</sup> so *Habersack*, EuGesR, § 3 Rn. 39; siehe dazu *Schön*, ZGR 1995, 1, 19 ff. und *Behrens*, FS Mestmäcker, S. 831, 837 f.

<sup>104</sup> *Schima* in *Mayer* (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 5, Rn. 43

<sup>105</sup> *Gerd Langguth*, Rn. 30 zu Artikel 5, in: *Lenz* (Hrsg), Kommentar

<sup>106</sup> *Schima* in *Mayer* (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 5, Rn. 46; *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 945

Vorgehensweise beim Erlass von Rechtsakten findet im Vertrag vor allem in den Erfordernissen der Wahrung nationaler Identität gemäß Artikel 6 Absatz 3 EUV sowie möglichst bürgernahe Entscheidungen nach Artikel 1 Absatz 2 EUV Deckung. Danach ist grundsätzlich eine Richtlinie einer Verordnung und eine Rahmenrichtlinie einer detaillierten Maßnahme vorzuziehen. Weiters soll bei Maßnahmen der Gemeinschaft so viel Raum für nationale Entscheidungen erhalten bleiben, wie dies im Einklang mit dem Ziel der Maßnahme und den Anforderungen des Vertrags möglich ist. Bewährte nationale Regelungen sowie Struktur und Funktionsweise der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten sollen respektiert werden.<sup>107</sup> Daraus ergibt sich folgendes Hierarchiegebilde:

Mittelhierarchie		
Gegenseitige Anerkennung	vor	Harmonisierung
Unterstützungsmaßnahmen	vor	Reglementierung
Rahmenregelung	vor	detaillierter Regelung
Empfehlung	vor	Richtlinie
Richtlinie	vor	Verordnung

Eine Verweisung auf die *zwischenstaatliche Zusammenarbeit* wird von der Lehre überwiegend mit der Begründung abgelehnt, dass hierbei eine Handlungsform vorliege, die außerhalb der Gemeinschaftszugehörigkeit stehe und daher auch außerhalb der „Hierarchie der Mittel“ liege.<sup>108</sup> Dies ist nur schlüssig, wenn zwischenstaatliche Zusammenarbeit und der Abschluss völkerrechtlicher Verträge nicht miteinander gleichgesetzt werden. Wird die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften in Form eines völkerrechtlichen Vertrages gemäß Artikel 293 EGV als eine Art *zwischenstaatlicher Zusammenarbeit* eingestuft, spricht meiner Einschätzung nach nichts dagegen auch diese Maßnahme in die Mittelhierarchie aufzunehmen.

### 3.8.2 Formeller und Materieller Aspekt

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip teilt sich in einen *formellen und materiellen Aspekt*.<sup>109</sup> In formeller Hinsicht darf die Gemeinschaft keine Rechtsakte setzen, die die

<sup>107</sup> Gegen eine solche Mittelhierarchie wendet sich *Pescatore*, der darin einen „Zug zur zentrifugalen Desintegration“ sieht; vgl. *Pescatore* Rn. 59, S. 1079

<sup>108</sup> *Calliess* in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV-Kommentar, Artikel 5 EG Rn. 51

<sup>109</sup> *Schima* in *Mayer* (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 5, Rn. 47

Entscheidungsspielräume der Mitgliedstaaten stärker beeinträchtigt als für die Erreichung der gesetzten Ziele erforderlich ist. Geläufig in diesem Zusammenhang ist auch die Bezeichnung „*prozedurale Subsidiarität*“<sup>110</sup>. Danach sind unverbindliche oder teilweise verbindliche Rechtsakte verbindlichen Rechtsakten vorzuziehen. Wenn die Gemeinschaft sich daher nicht auf koordinierende und unverbindliche Maßnahmen beschränken kann, so ist sie im Rahmen der verbindlichen Maßnahmen dazu verpflichtet auf die am meisten schonende Regelungsform zu greifen.

In materieller Hinsicht hat der Gemeinschaftsgesetzgeber Rechtsakten mit geringerer Regelungsdichte den Vorzug zu erteilen. Ist die *gegenseitige Anerkennung* von nationalen Regelungen in Hinblick auf das Funktionieren des Binnenmarktes *ausreichend*, so sind überhaupt *keine Harmonisierungsmaßnahmen* seitens der Gemeinschaft zu ergreifen. Besteht jedoch ein *Harmonisierungsbedarf*, ist im Sinne einer „*Harmonisierungshierarchie*“ die freiwillige Harmonisierung einer Mindestharmonisierung, diese einer Teilharmonisierung und letztere einer vollständigen Harmonisierung vorzuziehen.

### 3.9 Rechtsfolgen einer Kompetenzverletzung

Kompetenzverletzungen sind Verstöße gegen die gemeinschaftsrechtliche Kompetenzordnung, welche grundsätzlich unter die *gerichtliche Kontrolle des EuGH* fallen. Dieser nimmt dabei die Aufgabe eines Verfassungsgerichtes<sup>111</sup> wahr und hat das Letztentscheidungsrecht.<sup>112</sup> Da kein eigenes Verfahren zur Kompetenzkontrolle existiert, ist das Fehlen von Kompetenzen im Rahmen aller zur Verfügung stehender Verfahrensarten geltend zu machen.<sup>113</sup> Insbesondere kommen folgende *Verfahrensarten* in Betracht:<sup>114</sup>

1. Nichtigkeitsklage gemäß Artikel 230 EGV wegen Unzuständigkeit oder sonstiger Verletzung des Vertrages gegenüber Handlungen der Gemeinschaft;
2. Vertragsverletzungsverfahren der Kommission oder eines Mitgliedstaates nach Artikel 226 bzw. 227 EGV gegen einen anderen Mitgliedstaat bei Verstoß gegen Verpflichtungen des Vertrages;

---

<sup>110</sup> Calliess in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV-Kommentar, Artikel 5 EG, Rn. 52

<sup>111</sup> Bogdandy/Bast in Grabitz/Hilf, Artikel 5 EGV, Rn. 21 (EL 27, Juni 2005)

<sup>112</sup> Die ausschließliche Zuständigkeit des EuGH ist vom BVerG in seinem Maastricht-Urteil bestritten worden. Auch das BVerG behält sich darin die Prüfung vor, ob sich Gemeinschaftsrechtsakte in den Grenzen der durch die Gründungsverträge übertragenen Kompetenzen halten

<sup>113</sup> Bogdandy/Bast in Grabitz/Hilf, Artikel 5 EGV, Rn. 22 (EL 27, Juni 2005)

<sup>114</sup> Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, 2. Auflage, S. 25

3. Vorabentscheidungsverfahren gemäß Artikel 234 EGV im Rahmen dessen ein staatliches Gericht die Frage nach der Kompetenzmäßigkeit eines gemeinschaftsrechtlichen Rechtsaktes dem EuGH vorlegen kann.

Die extensive Anwendung des Artikels 308 EGV als Subsidiärkompetenz in den siebziger und achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts, löste in den Mitgliedstaaten eine Diskussion über die Qualität der ordentlichen Kompetenzkontrolle des Gerichtshofes aus. Ausgangspunkt war eine Formulierung im ersten EWR-Gutachten, worin der Gerichtshof von „*immer weiteren*“ Kompetenzen der Gemeinschaft spricht und sich dadurch von seiner noch im Costa/ENEL-Urteil vertretenen Rechtsansicht der „*beschränkten*“ Kompetenzen entfernte.<sup>115</sup> Erst in späteren Gutachten<sup>116</sup> ist sich der EuGH seiner Rolle als Kontrollgericht stärker bewusst geworden und hat letztlich im Tabakwerbe-Urteil<sup>117</sup> seine Aufgabe als oberstes Kompetenzgericht anerkannt.

## **4. Rechtsgrundlagen für eine Harmonisierung im Bereich des Gesellschaftsrechts**

### **4.1 Begriffsbestimmung**

Die Begriffe „*Harmonisierung*“, „*Angleichung*“ bzw. „*Koordinierung*“ der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften stehen für die Verringerung oder gänzliche Beseitigung von Unterschieden, die zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in den verschiedenen Rechtsbereichen bestehen und der Verwirklichung binnenmarktähnlicher Verhältnisse entgegenstehen.<sup>118</sup> Damit ist keine Reglungsidealität oder Uniformität angestrebt, sondern die Beseitigung von Hindernissen, die sich aus der Unterschiedlichkeit nationaler Vorschriften für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes ergeben.<sup>119</sup>

### **4.2 Problemstellung**

Artikel 3 Absatz 1 EGV beschreibt die Vertragsziele der Gemeinschaft, welche ihr Tätigwerden erfordern. Darunter zählen:

---

<sup>115</sup> EuGH Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079 Rn. 21

<sup>116</sup> vgl. EuGH Gutachten 1/94, WTO, Slg. 1994, I-5267, Rn. 9; EuGH Gutachten 2/94, EMRK-Beitritt, Slg. 1996, I-1763, Rn. 10ff.

<sup>117</sup> EuGH, Rs. C-376/98, *Deutschland/Parlament u. Rat*, Slg. 2002, I-8419.

<sup>118</sup> *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 1299

<sup>119</sup> *Beiser/Zorn* in *Mayer* (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 94 EGV, Rn. 10

1. die Verwirklichung des „Binnenmarktes, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist“,<sup>120</sup>
2. die Schaffung eines Systems, „das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“<sup>121</sup> und
3. „die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist.“<sup>122</sup>

Neben den oben genannten Zielen der Gemeinschaft erfordert die Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine entsprechende Ermächtigung durch den EG-Vertrag.<sup>123</sup> Für das *Gesellschaftsrecht* ist die zentrale Kompetenznorm *Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV*. Auf seiner Grundlage werden Hindernisse in nationalen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften durch den Erlass von Richtlinien beseitigt. Derartige Hindernisse sind zum Beispiel dann gegeben, wenn in einem Mitgliedstaat *Schutzbestimmungen* für eine ausländische Gesellschaft weniger weitreichend ausgestaltet sind als für inländische Gesellschaften.<sup>124</sup> Durch restriktive Regelungen sind ausländische Gesellschaften zu oft teuren Umstrukturierungen gezwungen, wodurch *Wettbewerbsnachteile* entstehen.

In einem ersten Schritt werden Methoden, allgemeinen Instrumente und die in Betracht kommenden Kompetenzgrundlagen zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten erörtert. Ihre Funktionalität, ihr Anwendungsbereich sowie die gegenseitige Abgrenzung der Normen stehen hierbei im Mittelpunkt. Insbesondere soll die Reichweite von Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV als zentrale Bestimmung für die Rechtsangleichung des Gesellschaftsrechtes umfassend dargestellt werden. Schließlich wird noch die Richtlinie als Instrument zur Rechtsangleichung des Gesellschaftsrechtes auf ihre Tauglichkeit hin überprüft.

### 4.3 Präventive Rechtsangleichung

Die Lehre kennt – neben der Angleichung bereits bestehenden Rechts – den Begriff der „präventiven Rechtsangleichung“ bzw. „Rechtsschöpfung“.<sup>125</sup> In diesem Zusammenhang

<sup>120</sup> Artikel 3 Absatz 1 litera c EGV

<sup>121</sup> Artikel 3 Absatz 1 litera g EGV

<sup>122</sup> Artikel 3 Absatz 1 litera h EGV

<sup>123</sup> Artikel 5 Absatz 1 EGV

<sup>124</sup> *Bleckmann*, Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften (6.Auflage), Rn. 1661

<sup>125</sup> vgl. *Moritz Röttinger*, Rn. 5 zu Artikel 94, in: *Lenz* (Hrsg), Kommentar



wird die Frage erörtert, welche Befugnisse der Gemeinschaft zur Harmonisierung zukommen, wenn gewisse Sachbereiche in einigen Mitgliedstaaten normativ – das heißt durch ein Gesetz – geregelt wurden, in anderen Mitgliedstaaten jedoch diesbezüglich keine Regelungen bestehen. Man könnte argumentieren, dass für Letztere in einem solchen Fall kein Angleichungsbedarf besteht und daher eine Gemeinschaftskompetenz zur Harmonisierung zu verneinen ist (i.e. „*formale Betrachtungsweise*“). Andererseits stehen im Zentrum der Rechtsangleichung nicht nur die Unterschiede in den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten, sondern eben auch die *Schaffung eines Gemeinsamen Marktes*, der durch Fehlen von Regelungen weniger effektiv wäre. Unter diesem Gesichtspunkt ließe sich eine präventive Angleichung, also die Schaffung von unregulierten Rechtsmaterien bejahen (i.e. „*wirkungsbezogene Betrachtungsweise*“).

Anhänger der wirkungsbezogenen Betrachtungsweise stellen darauf ab, dass es widersinnig wäre, zuerst auf das Entstehen von dem Binnenmarkt entgegenstehendes nationales Recht zu warten, bevor die Gemeinschaft reagieren dürfe. Dagegen wenden Vertreter der formalen Betrachtungsweise ein, dass im Falle der Nichtexistenz nationalen Rechts jederzeit auf die Subsidiärkompetenz des Artikels 308 EGV zur Schaffung von Rechtsnormen gegriffen werden kann. Praktische Bedeutung kommt diesen beiden Ansätzen vor allem in Hinblick auf die divergierenden Mehrheitserfordernisse bei der Rechtssetzung des Rates sowie bei der unterschiedlichen Beteiligung des Europäischen Parlaments an der Erlassung von Sekundärrechtsakten zu.<sup>126</sup>

Meiner Einschätzung nach ist von einer eher *restriktiven bzw. formellen Position* auszugehen. Bedingung für eine Rechtsangleichung ist das Vorliegen eines bestimmten *Angleichungsbedarfs*.<sup>127</sup> Dieser setzt allerdings schon *begrifflich* das Vorliegen von anzuleichenden Rechtsvorschriften voraus. Sinnwidrig wäre es daher unter dem Deckmantel der Rechtsangleichung neue, in den Mitgliedstaaten bis dato völlig unregelte Sachbereiche zu schaffen. Tatsächlich würde dieser Vorgang keiner Rechtsangleichung, sondern der Schaffung neuen Rechtes entsprechen. Für die Schaffung neuen Rechtes ist die Gemeinschaft allerdings an eine entsprechende Befugnis, allenfalls an Artikel 308 EGV als subsidiäre Grundlage gebunden. Dabei ist daran zu denken, dass die Verwendung von Artikel 308 EGV aufgrund eines veralteten Rechtsetzungsverfahrens als „*problematisch*“ einzustufen ist. Gibt es daher theoretisch weder nationale Vorschriften, die einen

---

<sup>126</sup> Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 1300

<sup>127</sup> siehe Artikel 94, 95 EGV – „für Funktionieren des Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes“; siehe Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV – „soweit erforderlich“

Angleichungsbedarf voraussetzen, noch eine entsprechende Befugnis (oder Ziel) im Vertrag, darf die Gemeinschaft weder harmonisieren noch neues Recht schaffen. Während die Angleichung immer die Existenz von Regelungsmaterien in den Mitgliedstaaten voraussetzt, bedarf die Normierung neuer Regelungsmaterien durch die Gemeinschaft immer einer entsprechenden Kompetenzgrundlage gemäß Artikel 5 Satz 1 EGV.

#### 4.4 Allgemeine Instrumente der Rechtsangleichung

Grundsätzlich steht den Organen der Gemeinschaft das gesamte Rechtsetzungsportfolio des Artikels 249 EGV zur Verfügung, sofern nicht eine Kompetenznorm Einschränkungen auf bestimmte Handlungsformen vornimmt. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben dürfen sich die Organe daher Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen oder Stellungnahmen bedienen. *Standardinstrument* für die Angleichung mitgliedstaatlicher Rechts- und Verwaltungsvorschriften ist die *Richtlinie*. Nach *Habersack* trägt sie den Charakter eines *Kompromisses* in sich:<sup>128</sup> Einerseits bewahrt das angeglicheene Recht seinen nationalen Charakter, andererseits entspricht es einander inhaltlich. Die Harmonisierung des Rechtes soll daher unter gleichzeitiger Bewahrung nationaler Eigentümlichkeiten und Gesetzgebungszuständigkeiten gewährleistet bleiben. Den Mitgliedstaaten wird ein gemeinschaftliches Ziel vorgegeben, die Wahl der Mittel zur Erreichung dieses Zieles ist ihnen aber freigestellt. Zentral ist hierbei das Zusammenwirken von europäischen und nationalen Rechtssetzungsorganen (*zweistufiges Verfahren*).

In den Artikeln 94 EGV, 96 Absatz 2 EGV und insbesondere auch für Artikel 44 EGV, ist die Richtlinie ausdrücklich als das zu verwendende Angleichungsinstrument bestimmt. Artikel 95 EGV spricht hingegen nur allgemein von „*Maßnahmen zur Angleichung*“, wodurch fälschlicherweise der Eindruck entstehen könnte, dass diese Grundlage auch zum Erlass von Verordnungen herangezogen werden kann. In der der Einheitlichen Europäischen Akte beigefügten Erklärung (Nr. 4) zu Artikel 95 EGV wird allerdings betont, dass „*die Kommission (...) der Rechtsform der Richtlinie den Vorzug geben [wird], wenn die Angleichung in einem oder mehreren Mitgliedstaaten eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften erfordert.*“ Auch in diesem Zweifelsfall ist daher der Richtlinie der Vorzug zu geben.

*Verordnungen* sind nach Artikel 249 Absatz 2 EGV *in allen Teilen verbindlich und unmittelbar anwendbar*. Sie besitzen starke Verdrängungswirkung gegenüber nationalen

---

<sup>128</sup> *Habersack*, EuGesR, § 3 Rn. 42

Bestimmungen, weshalb ihnen der den Richtlinien eigene Kompromisscharakter fehlt. Anders als die Richtlinie zielt die Verordnung auf die *Rechtsvereinheitlichung* ab, also der Schaffung von neuem Einheitsrecht. Die Verordnung hat bislang auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts in Zusammenhang mit den *International Financial Reporting Standards*<sup>129</sup> sowie mit der Einführung *supranationaler Rechtsformen* Bedeutung erlangt.

#### 4.5 Artikel 295 EGV und Harmonisierung

Artikel 295 EGV bestimmt, dass der „*Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt [lässt]*“. Ziel der Bestimmung war die verstaatlichten Strukturen mit ihren Sonderrechten („Goldenen Aktien“) aus der Konzeption der Verwirklichung des Binnenmarktes auszunehmen. Den Mitgliedstaaten sollte die Befugnis erhalten bleiben, ihre Eigentumsordnungen selbst zu regeln. Hintergrund dieser Idee waren die unterschiedlichen Konzeptionen über Art und Umfang der Einwirkung des Staates auf den Wirtschaftsablauf und über das Modell eines Gemeinsamen Marktes in der Nachkriegs- und Gründungsphase der Gemeinschaft. Die Vorschrift wird von der Lehre teilweise als „*integrationsfeindlich*“ oder „*offene Flanke des Gemeinsamen Marktes*“ bezeichnet.<sup>130</sup>

Nach heutiger Ansicht des EuGH ist die Bestimmung *eng auszulegen* und schützt bloß das *Recht auf Eigentum in seinem Wesensgehalt*. Die Ausübung der Rechte Privater und öffentlicher Eigentümer kann durch die Freiheiten des Binnenmarktes beschränkt werden.<sup>131</sup> Ausgehend von dieser Position hat der EuGH festgehalten, dass Artikel 295 EGV weder dahingehend interpretiert werden kann, dass auf dem Gebiet des Privatrechtes der nationale Gesetzgeber zur Erlassung von Maßnahmen ermächtigt wäre, die den Binnenmarkt behindern könnten, noch dahingehend, dass dem Gemeinschaftsgesetzgeber auf diesem Gebiet jedwede Interventionsmöglichkeit verwehrt wäre.<sup>132</sup> *Der Binnenmarkt ist für den EuGH im Verhältnis zu den Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten das schützenswertere Rechtsgut*. Artikel 295 EGV hindert den Gemeinschaftsgesetzgeber somit nicht daran, Rechtsakte zu erlassen, die der Harmonisierung der Rechtsordnung mit dem Ziel der

---

<sup>129</sup> siehe Verordnungen 1725/2003 vom 29.3.2003, ABl. Nr. L 261/1; 707/2004 vom 6.4.2004, ABl. Nr. L 111/3

<sup>130</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 295 EGV, Rn. 2 und 3; vgl. auch G. Burghardt, Die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag, 1969, S. 107 und M. Zuleeg, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften, in: Dürr, Wirtschafts- und Gesellschaftspolitische Ordnungsprobleme der Europäischen Gemeinschaften, 1978, S. 73 (92)

<sup>131</sup> Lengauer, EuGH-Urteil "VW-Gesetz": Privatisierungen unerwünscht? in *ecolex* 2008, S. 383; Boob, Kommentar zu Artikel 295 EGV, in Lenz (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag Kommentar<sup>4</sup> (2006) 2542, Rn. 3

<sup>132</sup> vgl. EuGH, C-350/92, *Spanien/Rat*, Slg. 1995, I-1985

Verwirklichung des Binnenmarktes dienen, auch wenn diese die nationale Eigentumsordnung verändern.<sup>133</sup>

#### 4.6 Graphische Darstellung der Kompetenzgrundlagen

Für die Rechtsangleichung des Gesellschaftsrechts ist nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine Kompetenzgrundlage erforderlich, da nur „nach Maßgabe des Vertrages“ Rechtsakte gesetzt werden dürfen. Ausschlaggebend ist neben der Auswahl der Kompetenzgrundlage auch, welches *Rechtssetzungsverfahren* zur Anwendung gelangt. Stützt sich der Gemeinschaftsgesetzgeber auf eine falsche Ermächtigungsnorm, wäre der entstandene Rechtsakt als *nichtig* zu qualifizieren.<sup>134</sup> Im Folgenden werden die in Betracht kommenden allgemeinen und speziellen Kompetenzgrundlagen zur Harmonisierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den Mitgliedstaaten insbesondere auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes dargestellt:

Artikel 3 Abs. 1 lit. h EGV				
Allgemeine Kompetenzzuweisung für die "Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften"				
Artikel 94 EGV	Artikel 95 EGV	Artikel 44 Abs. 2 lit. g EGV	Artikel 308 EGV	Artikel 293 EGV
Rechtsangleichungs-Grundnorm	Funktionale Rechtsangleichung zur "Verwirklichung des Binnenmarktes"	Zentrale Bestimmung zur Angleichung des Gesellschaftsrechts	Subsidiärkompetenz	Anerkennung von Gesellschaften durch Völkerrecht

#### 4.7 Allgemeine Kompetenzzuweisung – Artikel 3 Absatz 1 litera h EGV

Mehrere Bestimmungen im Vertrag ermächtigen die Gemeinschaft zu Maßnahmen, die auf eine Annäherung von nationalen Rechtsvorschriften abzielen. Eine *allgemeine Kompetenzzuweisung*<sup>135</sup> enthält Artikel 3 Absatz 1 litera. h EGV, wonach die Tätigkeit der Gemeinschaft eine „*Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist*“, umfasst. Nach herrschender

<sup>133</sup> Röttinger, in Lenz: Artikel 295 EGV, Rn. 3; Fiebiger, Harmonisierung des nationalen Gesellschaftsrechtes durch „Europäisches Gesellschaftsrecht“ am Beispiel der Publizitätsrichtlinie (1. Richtlinie 68/151/EWG) und der Kapitalschutzrichtlinie (2. Richtlinie 77/91/EWG), S. 4

<sup>134</sup> Habersack, EuGesR, § 3 Rn. 34; siehe insb. EuGH 5.10.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 - Tabakwerberichtlinie

<sup>135</sup> Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht (1996), Rn. 341

Meinung kommt den Organen der Gemeinschaft hinsichtlich des Kriteriums der *Erforderlichkeit* ein *weiter Beurteilungsspielraum* zu.<sup>136</sup>

#### 4.7.1 Gemeinsamer Markt vs. Binnenmarkt

Besonders hervorzuheben ist das Tatbestandselement des „*Gemeinsamen Marktes*“, da in der Literatur strittig ist, welche Regelungsbereiche darunter zu subsumieren sind. Die Kompetenzgrundlagen zur Rechtsangleichung stellen uneinheitlich einerseits auf den Gemeinsamen Markt (Artikel 94, 96 EGV), andererseits auf den Binnenmarkt (Artikel 93, 95 EGV) ab. Während der Begriff „*Binnenmarkt*“ in Artikel 14 Absatz 2 EGV eindeutig als „*Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist*“ definiert ist, trifft der Vertrag keine nähere Aussage über eine Definition des Begriffes „*Gemeinsamer Markt*“.

Die Lehre hat mehrere Theorien herausgearbeitet, die je nach Synonymitätsgrad unterscheiden und beide Begriffe einmal *identisch, enger oder weiter*<sup>137</sup> auslegen. Richtig ist den Begriff des „*Gemeinsamen Marktes*“ gegenüber dem „*Binnenmarkt*“ *weiter auszulegen*.<sup>138</sup> Danach beinhaltet der Gemeinsame Markt über die vier Grundfreiheiten (Personen, Waren, Dienstleistung, Kapital) hinaus die *Verkehrs-, Landwirtschafts- und Außenpolitik* sowie ein System unverfälschten Wettbewerbs und umfasst zusätzlich die *Marktfreiheit, Marktgleichheit und Wettbewerbsfreiheit*.<sup>139</sup> Der Binnenmarkt ist *ex definitione* auf die Verwirklichung des freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr beschränkt.

#### 4.8 Kompetenzgrundlage - Artikel 94 EGV

Die Kompetenzbestimmung des Artikel 94 EGV im Wortlaut:

„*Der Rat erlässt einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken.*“

---

<sup>136</sup> vgl. Eberhard Grabitz, in: Grabitz./Hilf, EU, Artikel 3, Rn. 16

<sup>137</sup> siehe genauer Beiser/Zorn in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 94 EGV, Rn. 7, 8, 9

<sup>138</sup> so auch Ukrow, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 3, Rn. 10

<sup>139</sup> Beiser/Zorn in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 94 EGV, Rn. 11, 12

Artikel 94 EGV wird als „*Rechtsangleichungs-Grundnorm*“ bezeichnet.<sup>140</sup> Diese Kompetenzbestimmung zählt zu den „*allgemeinen, funktional begrenzten Rechtsangleichungskompetenzen*“. Daneben existieren noch „*spezielle, sektoral begrenzte Rechtsangleichungskompetenzen*“, wozu – *inter alia* – die Kompetenznorm des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV zählt sowie Sachbereiche, für die eine Rechtsangleichung generell und explizit ausgeschlossen ist.

#### 4.8.1 Tatbestandselemente

Instrument der Rechtsangleichung ist die *Richtlinie* unter Berücksichtigung des *Einstimmigkeitsprinzips*.<sup>141</sup> Gegenstand sind die „*Rechts- und Verwaltungsvorschriften*“ der Mitgliedstaaten. Dieser sehr abstrakt gewählte Begriff lässt eine *weite Auslegung* zu. Unter *Rechtsvorschriften* versteht man sämtliche staatlichen Gesetze im formellen und materiellen Sinn, Gewohnheitsrecht sowie die Präjudizrechtssprechung. *Verwaltungsvorschriften* sind abstrakt-generelle Anweisungen einer vorgesetzten Behörde gegenüber einem nachgeordneten Funktionsträger.<sup>142</sup> Umstritten ist, ob auch eine ständige Verwaltungspraxis, die nicht auf Verwaltungsvorschriften beruht, angeglichen werden kann. Nach einer Lehrmeinung wird dies aus Gründen des *Effet-Utile* für Artikel 94 EGV bejaht.<sup>143</sup> Meiner Einschätzung nach setzt jedoch die Angleichung sinngemäß das Bestehen von Rechtsvorschriften voraus, weshalb die Harmonisierung einer ständigen Verwaltungspraxis eher abzulehnen ist.

Der „*Gemeinsame Markt*“ wird wie oben ausgeführt gegenüber dem „*Binnenmarkt*“ als umfassenderer Rechtsbegriff ausgelegt, wodurch die Harmonisierung auf Grundlage von Artikel 94 EGV nicht nur auf die Verwirklichung der vier Grundfreiheiten beschränkt ist, sondern auch die Verkehrs-, Landwirtschafts- und Außenpolitik sowie die Wettbewerbspolitik umfasst. Für die Beeinträchtigung des Gemeinsamen Marktes lässt der Gerichtshof die *Geeignetheit* als ausreichende Voraussetzung für eine Harmonisierung genügen.<sup>144</sup> Kernfrage ist daher, ob der Grad an Heterogenität der Rechts- und Verwaltungsvorschriften eines speziellen Rechtsgebietes geeignet ist den Gemeinsamen Markt zu beeinträchtigen.

---

<sup>140</sup> Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 94 EGV, Rn. 3

<sup>141</sup> Zur Kritik hierzu siehe Artikel 95 EGV

<sup>142</sup> Beiser/Zorn in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 94 EGV, Rn. 4

<sup>143</sup> C. Eiden, in: Bleckmann, Europarecht, Rn. 2107; E. Klein, in: HK-EUV, Artikel 100, Rn. 6

<sup>144</sup> EuGH, Rs. 33/76, 16.12.1976, Slg. 1976, 1989, Rn. 5

#### 4.8.2 Reichweite der Norm

Dem Gemeinschaftsgesetzgeber kommt ein *weiter Handlungsspielraum* bei der Rechtsangleichung gemäß Artikel 94 EGV zu. Die Harmonisierungsbestimmung greift bereits ein, wenn nur *in einem einzigen Mitgliedstaat* angleichungsbedürftige Rechts- und Verwaltungsvorschriften vorliegen.<sup>145</sup> Im Fall von Angleichungsbedarf in mehreren Mitgliedstaaten ist eine Harmonisierung bei *materieller Gleichartigkeit* der nationalen Normen grundsätzlich zulässig, sofern sie inhaltlich den „*Gemeinsamen Markt*“ beeinträchtigen. Ziel ist in diesem Fall die Rechtsangleichung inhaltlich gleich gelagerter Rechtsvorschriften in verschiedenen Mitgliedstaaten auf ein dem Gemeinsamen Markt entsprechendes Niveau sicherzustellen.

#### 4.8.3 Regelungslücken

In der Lehre wird für Artikel 94 EGV ebenfalls die Frage diskutiert, ob eine Rechtsangleichungsmaßnahme auch zulässig ist, wenn in dem betreffenden Mitgliedstaat *überhaupt keine Rechts- und Verwaltungsvorschriften* vorhanden sind.<sup>146</sup> Gegen eine Harmonisierung spricht einerseits der Wortlaut des Artikels 94 EGV, in dem auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften explizit Bezug genommen wird, und andererseits ein Umkehrschluss aus Artikel 96 und 97 EGV, wo von „bereits vorhandenen Rechtsnormen“ ausgegangen wird.<sup>147</sup> Die Meinung des Gerichtshofes geht hinsichtlich des Begriffs „*Harmonisierung*“ in Richtung einer *extensiven Auslegung*. Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1995 stufte er als rechtmäßig ein, eine Verordnung, die „*einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorbeugen*“ soll, auf Artikel 95 EGV zu stützen.<sup>148</sup> Nach *Kahl* spricht für eine weite Auslegung auch eine Abwägung nach dem Zweck des Gemeinschaftsrechts. Das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes könne nämlich durch das Fehlen von entsprechenden Bestimmungen ebenso gefährdet werden, wie durch unangeglichene Regelungsbereiche. Jenes Argument, welches Harmonisierungskompetenzen der Gemeinschaft solange aufschiebt, bis die Nationalstaaten entsprechende Regelungen in diesen Bereichen erlassen haben, wäre nach dieser Ansicht formalistisch und könne daher nicht greifen.<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> *Taschner*, in: GTE, EWGV, Artikel 100, Rn. 26

<sup>146</sup> *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 94 EGV, Rn. 7

<sup>147</sup> *Geiger*, Kommentar zum EG-Vertrag, 2. Aufl. (1995), Artikel 101 EGV, Rn. 2

<sup>148</sup> EuGH, Rs. C-350/92, *Spanien/Rat*, 13.7.1995, Slg. 1995, I-1985, Rn. 35

<sup>149</sup> *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 94 EGV, Rn. 7

Meiner Einschätzung nach ist auch in diesem Fall von einer eher *restriktiven Position* auszugehen. Angleichungsbedarf bedingt das Vorhandensein von Rechts- und Verwaltungsvorschriften in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft.<sup>150</sup> Dies hat der Vertrag an mehreren Stellen festgehalten. Der Gerichtshof vertritt offenkundig die Ansicht, dass es nicht nur *explizite sondern auch implizite Rechtsangleichungsbefugnisse* der Gemeinschaft gibt. Dabei übersieht der EuGH, dass die Mitgliedstaaten als Kompetenzgeber bewusst diejenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften angleichen wollen, die sich unmittelbar auf die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken. Die Auslegung des EuGH sowie die Ansicht *Kahls* erweitern die Angleichungskompetenzen der Gemeinschaft auf Regelungslücken und verleihen den Politikfeldern der Gemeinschaft eine Angleichungsdynamik, die keine Deckung im Vertrag findet. *Ex lege* hat die Gemeinschaft abzuwarten bis die Mitgliedstaaten entsprechende Vorschriften erlassen haben, bis es zu einer Harmonisierung kommen darf.

#### 4.9 Kompetenzgrundlage - Artikel 95 EGV

Die Kompetenzbestimmung des Artikels 95 Absatz 1 EGV im Wortlaut:

*„Soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist, gilt abweichend von Artikel 94 für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 14 die nachstehende Regelung. Der Rat erlässt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.“*

##### 4.9.1 Normzweck und Funktion

Artikel 95 EGV dient der *funktionalen Rechtsangleichung*. Er ist Mittel zum Zweck der *Verwirklichung des Binnenmarktes*.<sup>151</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH muss ein auf Artikel 95 EGV gestützter Rechtsakt den Zweck haben, die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern<sup>152</sup> und der Gemeinschaftsgesetzgeber muss tatsächlich die Beseitigung von Hemmnissen für die Grundfreiheiten und sich daraus ergebende spürbare Wettbewerbsverzerrungen anstreben.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> Geiger, Kommentar zum EG-Vertrag, 2. Aufl. (1995), Artikel 101 EGV, Rn. 2

<sup>151</sup> Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 95 EGV, Rn. 4

<sup>152</sup> EuGH, Rs. C-376/98, *Deutschland/Parlament und Rat*, Slg. 2000, I-8419ff, Rn. 83

<sup>153</sup> EuGH, Rs. C-376/98, *Deutschland/Parlament und Rat*, Slg. 2000, I-8419ff, Rn. 96 ff. und 106 ff.



Aus seiner historischen Bedeutung<sup>154</sup> heraus, will Artikel 95 EGV die strukturellen Schwächen von Artikel 94 EGV, welche im Einstimmigkeitsprinzip sowie in der alleinigen Handlungsform der Richtlinie liegen, beseitigen. Gemeinschaftliche Rechtsakte können auf Basis dieser Kompetenznorm mit *qualifizierter Mehrheit* erlassen werden und in allen Formen des Artikels 249 EGV ergehen. Somit kommt Artikel 95 EGV *ex lege* auch als Kompetenzgrundlage zum Erlass von Verordnungen und damit zur Schaffung supranationaler Gesellschaftsformen in Betracht. Diese weite Auslegung, wonach die Norm nicht nur die Angleichung von nationalen Rechtsvorschriften, sondern auch die Schaffung neuen Einheitsrechtes ermöglichen soll, wird allerdings vom Rat nicht geteilt. Dies zeigt sich daraus, dass die EWIV-Verordnung, die SE-Verordnung und die SCE-Verordnung nicht auf Artikel 95 EGV sondern auf *Artikel 308 EGV* gestützt sind.<sup>155</sup>

In seinem Absatz 1 Satz 1 enthält die Bestimmung zudem eine Subsidiaritätsklausel, wonach Artikel 95 EGV nur gilt, „*soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist*“. Die Bestimmung ist daher im Verhältnis zu Sondernormen wie beispielsweise Artikel 44 EGV als *nachrangig* bzw. *lex generalis* zu verstehen.

#### 4.9.2 Verhältnis Artikel 94 EGV zu Artikel 95 EGV

Nach einer Rechtsmeinung ist Artikel 95 EGV gegenüber Artikel 94 EGV als *lex specialis* zu qualifizieren.<sup>156</sup> Ähnlicher Ansicht nach macht Artikel 95 Absatz 1 Satz 1 EGV mit seiner Wortwahl „*abweichend von Artikel 94 EGV*“ deutlich, dass Artikel 95 EGV dem Artikel 94 EGV insoweit vorgeht als er eine *lex generalis absoluta* und Artikel 95 EGV eine *lex generalis relativa*, während andere Sondernormen – wie Artikel 44 EGV – *leges speciales* bilden.<sup>157</sup>

Aufgrund der Antonymität der Begriffe „Gemeinsamer Markt“ und „Binnenmarkt“ ist meiner Einschätzung nach von einem *derogatorischen Stufenbau* auszugehen. Während Artikel 94 EGV noch auf die Verwirklichung des „*Gemeinsamen Marktes*“ in seinem gesamten Umfang abzielt, möchte der spätere Artikel 95 EGV „*nur*“ noch das Konzept des „*Binnenmarktes*“ sicherstellen. Insofern ist Artikel 95 EGV die speziellere Norm. Doch umfasst Artikel 95 EGV *de facto* alle wesentlichen Angleichungsbereiche der Grundfreiheiten, weshalb die Bezeichnung „*lex generalis relativa*“ deshalb richtig gewählt

---

<sup>154</sup> Artikel 95 EGV bildet die wichtigste Neuerung durch die EEA

<sup>155</sup> Habersack, EuGesR, § 3 Rn. 40

<sup>156</sup> Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (2007), Rn. 1839

<sup>157</sup> vgl. M.Röttinger, in: Lenz, EGV, Artikel 100a, Rn. 3

ist, weil sie nicht nur den im Verhältnis zu Artikel 94 EGV etwas reduzierten Wirkungsbereich („*relativa*“) sondern auch und insbesondere die allumfassende Kompetenzbefugnis für die Verwirklichung des Binnenmarkts aufzeigt („*lex generalis*“).

#### 4.10 Kompetenzgrundlage - Artikel 293 EGV

Die Kompetenzbestimmung des Artikels 293 dritter Gedankenstrich EGV im Wortlaut:

*„Soweit erforderlich, leiten die Mitgliedstaaten untereinander Verhandlungen ein, um zugunsten ihrer Staatsangehörigen folgendes sicherzustellen:*

- *die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen und die Möglichkeit der Verschmelzung von Gesellschaften, die den Rechtsvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten unterstehen“*

##### 4.10.1 Normzweck und Funktion

Artikel 293 EGV berechtigt und verpflichtet die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, gemeinsam völkerrechtliche Verträge nicht nur auszuhandeln sondern auch abzuschließen, die selbstständig neben den Gemeinschaftsverträgen stehen und diese in bestimmten Bereichen ergänzen.<sup>158</sup> Nach Ansicht des Gerichtshofes können Rechtsunterworfenen vor nationalen Gerichten aus Artikel 293 EGV keine Rechte ableiten, weshalb die Vorschrift *kein unmittelbar geltendes Recht* darstellt.<sup>159</sup>

Die *Rechtspflicht* zum Abschluss von Verträgen ist insbesondere dann aktiv, wenn die in Artikel 293 EGV genannten Ziele nicht auf andere Weise erreicht werden konnten. Die Bestimmung hat allerdings *keine Verdrängungswirkung gegenüber anderen Kompetenznormen*. Vielmehr sieht Artikel 293 EGV nur die Möglichkeit vor, dass die Mitgliedstaaten *in Ergänzung der gemeinschaftlichen Rechtsangleichung* eine Harmonisierung ihrer Rechtsordnungen auf dem „traditionellen Weg“ mittels multilateraler völkerrechtlicher Verträge herbeiführen können.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 293 EGV, Rn. 1

<sup>159</sup> EuGH, Rs. C-336/96, 12.5.1998, Slg. 1998, I-2793, Rn. 15 ff.; vgl. auch EuGH, Rs. 137/84, 11.7.1985, Slg. 1985, 2681, Rn. 11

<sup>160</sup> Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 1324 und 1326

#### 4.10.2 Praktische Bedeutung

Für das Gesellschaftsrecht geht es um die Frage der gegenseitigen Anerkennung der Gesellschaften als juristische Personen, um die grenzüberschreitende Verschmelzung von Gesellschaften und um die in „Daily Mail“<sup>161</sup> aufgeworfene Frage der Sitzverlegung von einem Mitgliedstaat in einen anderen ohne Verlust der ursprünglichen Rechtspersönlichkeit.

Aufgrund des aktuellen Standes der Rechtsangleichung<sup>162</sup> sowie der Rechtssprechungsentwicklung in den Entscheidungen Centros, Überseering und Inspire Art<sup>163</sup> sind im Wesentlichen alle Zielsetzungen des Artikel 293 EGV für das Gesellschaftsrecht umgesetzt worden. Dabei diente Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV als vorrangige Kompetenzgrundlage. Die Bedeutung von Artikel 293 EGV für die Rechtsangleichung des Gesellschaftsrechts ist heute meiner Einschätzung nach *subsidiär*, wenn nicht sogar *obsolet*.

#### 4.11 Kompetenzgrundlage - Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV

Mit Ausnahme der Richtlinien zur Ergänzung des Statutes der SE und der SCE sind sämtliche Initiativen im Bereich des Gesellschaftsrechtes auf Artikel 44 Absatz 2 litera g (vormals Artikel 54 EGV) des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gestützt.<sup>164</sup> Nach diesem Artikel, der Teil des Kapitels „Niederlassungsrecht“ ist, haben die Europäischen Organe die Verpflichtung die Niederlassungsfreiheit durch den *Erlass von Richtlinien* gemäß dem Verfahren nach Artikel 251 EGV zu verwirklichen, indem sie „soweit erforderlich die Schutzbestimmungen koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikel 48 [vormals Artikel 58] Absatz 2 im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten.“

Für den Erlass von Gemeinschaftsrechtsakten sieht dieser Artikel nach zutreffender Ansicht der Kommission zwei wichtige Gründe vor:<sup>165</sup>

1. *Die Erleichterung der Niederlassung für Unternehmen:* die Harmonisierung einer Reihe von Mindestanforderungen bewirkt eine Angleichung der rechtlichen

<sup>161</sup> EuGH, Urteil v. 27.9.1988, Rs. 81/87, *Daily Mail and General Trust PLC*, Slg. 1988, 5483, 5512

<sup>162</sup> siehe [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/official/index\\_de.htm#directives](http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_de.htm#directives)

<sup>163</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155

<sup>164</sup> *Habersack*, EuGesR, § 3 Rn. 37

<sup>165</sup> KOM(2003) 284 endg., S. 6

Rahmenbedingungen und erleichtert den Unternehmen so die Niederlassung in anderen Mitgliedstaaten;

2. *Gewährleistung von Rechtssicherheit bei innergemeinschaftlichen Geschäften* durch eine Reihe gemeinsamer Schutzvorkehrungen, die Vertrauen in grenzübergreifende Wirtschaftsbeziehungen schaffen.

#### 4.11.1 Normzweck und Funktion

Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV ist die zentrale Kompetenzgrundlage für die Rechtsangleichung des Gesellschaftsrechtes und berechtigt nach überwiegender Ansicht zur Angleichung des *gesamten Gesellschaftsrechtes* einschließlich der Frage der Mitbestimmung der Arbeitnehmer, des Bilanz- und des Kollisionsrechtes.<sup>166</sup> Die Bestimmung hat das Ziel, die unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften in wesentlichen Sachbereichen so aufeinander abzustimmen, dass eine Gesellschaft, welche sich auf die Niederlassungsfreiheit beruft, einander angegliche Rechtsordnungen im Ursprungs- und im Bestimmungsland vorfindet. *Einheitliche Rechtssicherheit* soll für Gesellschafter, Gläubiger und sonstige Dritte bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Sachverhalten sichergestellt werden.<sup>167</sup>

Ziel ist es, ein und denselben Sachverhalt in verschiedenen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft *gleichwertig* zu behandeln. Instrument der Rechtsangleichung ist die gegenüber der Verordnung schonender in die nationalen Rechtsordnungen eingreifende *Richtlinie*.

Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV zählt zu den *speziellen, sektoral begrenzten Rechtsangleichungskompetenzen*.<sup>168</sup> Die Schaffung supranationaler Gesellschaftsformen ist nicht von ihr erfasst.<sup>169</sup> Auf Grundlage der Bestimmung ist daher *keine generelle Rechtsvereinheitlichung* sondern nur die Rechtsangleichung mitgliedstaatlicher Gesellschaftsrechte beabsichtigt. Aus der systematischen Stellung der Bestimmung ist erkennbar, dass ihr *Ergänzungsfunktion für die Niederlassungsfreiheit* zukommt.<sup>170</sup>

---

<sup>166</sup> Habersack, EuGesR, § 3 Rn. 36; siehe Kindler, ZHR 158 (1994), 339, 352 ff.; Timmermans in Buxbaum/Hertig/Hirsch/Hopt, European Business Law, 1991, S. 129, 130 ff.

<sup>167</sup> Hempel in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 44, Rn. 12

<sup>168</sup> Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 94 EGV, Rn. 3

<sup>169</sup> Randelzhofer/Forsthoff, Rn. 11 zu Artikel 44 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar (EL 18, Mai 2001)

<sup>170</sup> Bröhmers in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV-Kommentar, Artikel 44 EG Rn. 12

#### 4.11.2 Ausmaß der Rechtsetzungsbefugnis: Dient Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit?

Strittig war lange Zeit die Frage, ob Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV lediglich die Aufgabe besitzt, das Niederlassungsrecht zu ergänzen oder ihm über das Niederlassungsrecht hinausreichende Befugnisse zur Rechtsangleichung zustehen:<sup>171</sup> Nach einer Meinung ist die Bestimmung ein Anwendungsfall des Artikels 47 Absatz 2 EGV, der die Koordinierung des Gesellschaftsrechtes unter seine Verfahrensbestimmungen – früher das *Einstimmigkeitsprinzip* – stellt. Den erschwerten Zustimmungserfordernissen unterworfen, soll die Bestimmung nur für Koordinierungsmaßnahmen in den Grenzen der Niederlassungsfreiheit zum Einsatz gelangen und daher *eng ausgelegt* werden.

Anderer Ansicht nach ist Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV als eine *allgemeine Bestimmung* zu qualifizieren, welche, abstrahiert vom Niederlassungsrecht, auch für andere Grundfreiheiten zum Tragen kommen soll. Begründet wurde diese Meinung vor allem mit dem Argument, dass Schutzbestimmungen betreffend die Nichtigkeit von Gesellschaften oder die Vertretungsmacht ihrer Organe *nicht nur für die Niederlassungsfreiheit, sondern auch für einen ungestörten Waren- oder Kapitalverkehr* von Bedeutung sind. Dieser Ansicht schloss sich die Kommission an und vertrat schon früh eine an die sonstigen Ziele des Vertrages orientierte *weite Auslegung*. Die auf den ehemaligen Artikel 54 Absatz 3 litera g EGV (nunmehr Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV) gestützte Koordinierung der gesellschaftsrechtlichen Schutzvorschriften über den Rahmen des reinen Niederlassungsrechtes hinaus wurde als zulässig erachtet. Auch das sonst zwingende Prinzip der Einstimmigkeit konnte so bei der Beschlussfassung im Rat umgangen werden.

Den Durchbruch schaffte schließlich eine *vermittelnde Auffassung*, wonach die Koordinierung nach Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV zwar Zwecke erfüllt, die nicht nur im Rahmen der Niederlassungsfreiheit liegen, die Bestimmung jedoch in erster Linie der Niederlassungsfreiheit dient und sie deshalb im Rahmen des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit Platz findet sowie nach den Verfahrensbestimmungen des Artikels 44 Absatz 1 EGV zu verwirklichen ist. Diese Ansicht trägt meiner Einschätzung nach am besten einerseits der systematischen Stellung der Norm Rechnung und berücksichtigt andererseits ihren weiten Anwendungsbereich über das gesamte Gesellschaftsrecht hinaus für andere Regelungsmaterien.

---

<sup>171</sup> Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Art. 44 EG, Rn. 22

Die unterschiedlichen Positionen haben heute insofern an praktischer Bedeutung eingebüßt, als sowohl für Artikel 44 EGV als auch für die Artikel 47 EGV und 95 EGV das Mitentscheidungsverfahren gemäß Artikel 251 EGV mit seiner *qualifizierten Mehrheit* und der *Mitwirkung des Parlaments* zur Anwendung gelangt. Auch die bereits weitreichende Harmonisierung des Gesellschaftsrechtes auf Grundlage von Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV ist ein Indiz für den heute geringen Bedeutungsgrad dieses Richtungsstreites.

#### 4.11.3 Deklaratorischer Charakter

Artikel 44 Absatz 1 iVm. Absatz 2 litera g EGV ist auf die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit sowie auf die Koordinierung der Schutzbestimmungen für Gesellschaften ausgerichtet. Aufgrund der heute *unmittelbaren Wirksamkeit der Niederlassungsfreiheit*<sup>172</sup> wird in der Lehre auch der lediglich „*deklaratorischen Charakter*“ des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV unterstrichen. Gesellschaften können sich danach unmittelbar auf Artikel 43 iVm. Artikel 48 EGV stützen. Die Durchsetzung ihre Rechte auf Freizügigkeit sind nicht vom Erlass von Harmonisierungsrichtlinien abhängig.

Die auf den ersten Blick existente Funktionslosigkeit der Kompetenznorm wird allerdings insbesondere dadurch relativiert, dass die Bestimmung des Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV von Anbeginn eben nicht nur auf die Beseitigung von Beschränkungen sondern vor allem auf die Koordinierung von Schutzbestimmungen ausgelegt war. Obwohl ihr für die Aufhebung von Niederlassungsbeschränkungen heute keine wesentliche Bedeutung mehr zukommt, bleibt sie weiterhin Grundlage für Rechtsangleichungsmaßnahmen in den nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen.<sup>173</sup>

#### 4.11.4 Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV als Lex Specialis

Der EuGH spricht sich für eine *weite Auslegung* der Ermächtigungsnorm des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV aus.<sup>174</sup> Danach ermächtigt die Vorschrift auch zum Erlass solcher Richtlinien, die weniger dem Schutz bestimmter Personen oder der Aufhebung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als der *Herstellung gleichartiger Rahmenbedingungen* dienen. Dem wiederum entspricht die Ausdehnung des Begriffes „*Dritte*“ auf einen weiten Adressatenkreis, der nicht nur die Gläubiger der Gesellschaft sondern auch ihre Arbeitnehmer umfasst. In Anbetracht dessen kommt den

---

<sup>172</sup> EuGH Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, 650ff. Rn. 10-32

<sup>173</sup> *Hempel* in *Mayer* (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 44, Rn. 1

<sup>174</sup> EuGH, Urteil vom 4.12.1997, Rs. C-97/96, *Daihatsu*, Slg. 1997, I-6843, 6864 f. Rn. 18 ff.

Kompetenzgrundlagen der Artikel 94 und 95 EGV für die Angleichung des Gesellschaftsrechtes keine grundlegende Bedeutung mehr zu.<sup>175</sup> Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV übernimmt die *Funktion einer Spezialkompetenz für die Harmonisierung des Gesellschaftsrechtes*.

#### 4.11.5 Tatbestandsmerkmale

##### (i) Tatbestandselement - „Schutzbestimmungen“

Die genaue Reichweite von „*Schutzbestimmungen*“ wird in Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV nicht näher erläutert. In der früheren Literatur findet man die relativ genaue Definition, wonach Schutzbestimmungen – *inter alia* – Vorschriften über die Haftung der Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft sowie die Bestimmungen umfassen, welche die effektive Einzahlung der Gesellschaftereinlagen sichern oder die Frage regeln, wieweit eine juristische Person durch die Handlungen ihrer Organe verpflichtet wird.<sup>176</sup> Diese bereits sehr klare Definition wurde in späteren Kommentaren mit der Begründung relativiert, dass der Begriff „Schutzbestimmungen“ trotz eingehender Diskussion nicht wesentlich präzisiert werden könne und durch eine abstrakte Definition nicht sinnvoll zu erfassen sei. Der Begriff schließe nämlich keinen Bereich des Gesellschaftsrechts aus der Koordinierung aus, da nahezu alle Vorschriften Schutzzweck besitzen.<sup>177</sup>

Eine Abgrenzung mit Blick auf die *österreichische Rechtsprechung* wird von der Lehre ebenfalls als wenig zielführend bewertet. Die Summe von Bestimmungen, die Schutzzwecken im Sinne des EG-Vertrages entsprechen, ist nämlich nicht deckungsgleich mit dem Radius, den der OGH bei der Bezeichnung von gesellschaftsrechtlichen Normen als Schutzgesetze iSd. § 1311 ABGB zieht.<sup>178</sup>

Nach heute überwiegender Auffassung kann aus diesen Gründen eine deutliche Unterscheidung zwischen Schutzbestimmungen und nichtschützenden Vorschriften im Gesellschaftsrecht nicht getroffen werden. Jeder Vorschrift könnte Schutzcharakter zukommen.<sup>179</sup> Es fällt in das Aufgabengebiet der nach Artikel 44 EGV zuständigen

---

<sup>175</sup> Habersack, EuGesR, § 3 Rn. 37

<sup>176</sup> Ehring in Groeben/Boeckh, Kommentar zum EWG-Vertrag (1.Auflage), Artikel 54, S. 174

<sup>177</sup> Troberg in Groeben/Boeckh-Thiesing, Kommentar zum EWG-Vertrag (2.Auflage), Artikel 54, S. 482; vgl. auch die Kommission in ihrem Vorschlag einer zweiten Richtlinie, Erläuterungen Ziff. I, ABl. C 48/8 vom 24.4.1970

<sup>178</sup> Hempel in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 44, Rn. 14.; vgl. auch OGH 27.8.1999, 1 Ob 30/99i – RdW 2000, 58 zum Firmenbuchrecht; OGH 23.10.2000, 8 Ob 141/99i – RdW 2001, 82 zur Haftung des

Abschlussprüfers; OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k – RdW 2002, 350 zur Wahl der jährlichen Aufsichtsratsitzungen

<sup>179</sup> Randelzhofer/Forsthoff, Rn. 13 zu Artikel 44 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg), Kommentar.

Rechtsetzungsorgane den Begriff der „*Schutzbestimmung*“ *gemeinschaftsrechtlich auszulegen*. Zentral ist hierbei die teleologische Auslegung nach dem „Geist“ des Gemeinschaftsrechts. Im Wesentlichen geht es darum einen angemessenen Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Interessen der Gesellschafter, der Gläubiger und der Arbeitnehmer zu erreichen. Als Schutzbestimmungen werden alle jene Bereiche verstanden, die *nicht ausschließlich organisations- oder verfahrensrechtlichen Hintergrund* aufweisen, sondern funktional bestimmte Interessenssphären schützen sollen. Hierzu zählen vor allem Sachgebiete wie Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, Offenlegung der wahren gesellschaftlichen Verhältnisse, Minderheitenschutz und der Schutz von Gesellschaftern im Umgründungsrecht.<sup>180</sup>

(ii) Tatbestandselement - „Koordinierung“

Im Vordergrund des Tatbestandselements „*Koordinierung*“ steht der Abbau von Hindernissen der Niederlassungsfreiheit. In den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sollen gesellschaftsrechtliche Strukturen so koordiniert werden, dass eine niederlassungswillige Gesellschaft in ihrem Ursprungsland bereits *vor* der beabsichtigten Sitzverlegung jene Bedingungen erfüllt, die auch in allen anderen Mitgliedstaaten von ihr abverlangt werden. Jeder Gesellschaft soll damit die Niederlassung ohne vollständige Umwandlung oder große Änderungen ermöglicht werden. Gleichzeitig wird den Interessen des Bestimmungslandes dadurch Rechnung getragen, dass die Zulassung ausländischer Gesellschaften zu keiner Beeinträchtigung von Gesellschafter oder Gläubigerpositionen kommt.<sup>181</sup>

(iii) Tatbestandselement – „den Gesellschaften vorgeschrieben“

In Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV erlaubt der Vertrag die Koordinierung von Schutzbestimmungen, die „*den Gesellschaften*“ im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind. Als Normadressaten der nationalen Bestimmungen, welche harmonisiert werden sollen, sind *Gesellschaften im weiten Sinne des Artikels 48 Absatz 2 EGV* gemeint. Darunter fallen Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechtes einschließlich der Genossenschaften und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechtes mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.

---

<sup>180</sup> *Hempel* in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 44, Rn. 14

<sup>181</sup> *Müller-Huschke* in Schwarze (Hrsg), EU Kommentar<sup>1</sup> (2000), Artikel 44, Rn. 24



Aus der Formulierung wird deutlich, dass nicht nur gesellschaftsrechtliche Vorschriften auf Grundlage von Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV harmonisiert werden können, sondern ganz generell solche, welche für Gesellschaften im Sinne des Artikel 48 Absatz 2 EGV als Adressaten in den Mitgliedstaaten erlassen wurden. Die Rechtssetzungsorganen der Gemeinschaft haben deshalb auf Grundlage von Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV Harmonisierungsmaßnahmen erlassen, die den Handel von Wertpapieren betreffen, also kapitalmarktrechtlichen aber keinen rein gesellschaftsrechtlichen Bezug aufweisen.<sup>182</sup> Auch die Richtlinie über den Börsenzulassungsprospekt<sup>183</sup> ist in seiner Erstfassung zur Gänze und in der Letztfassung immer noch teilweise auf Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV gestützt.

Die von *Habersack* abgesteckte sachliche Reichweite des Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV, wonach das *gesamte Gesellschaftsrecht* einschließlich der Frage der Mitbestimmung der Arbeitnehmer, das Bilanz- und Kollisionsrecht umfasst sein sollen<sup>184</sup>, ist meiner Einschätzung nach in Frage zu stellen, weil *zu eng* gegriffen. Der Regulierungsansatz des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV ist ein deutlich breiterer und umfasst vielmehr alle jene Vorschriften kapitalmarktrechtlicher, wertpapierrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Natur, die als Adressatenkreis „*Gesellschaften*“ im weiten Sinne des EG Vertrages haben. Die sachliche Reichweite der Bestimmung ist infolgedessen dahingehend zu ergänzen, dass sie das gesamte Gesellschaftsrecht einschließlich der Frage der Mitbestimmung der Arbeitnehmer, das Bilanz- und Kollisionsrecht sowie überhaupt sämtliche Bestimmungen umfasst, die an Gesellschaften im weiten Sinne des Artikels 48 Absatz 2 EGV in den Mitgliedstaaten gerichtet sind.

(iv) Tatbestandselement – „im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter“

Zentral ist die Frage, wer Begünstigter von harmonisierungsfähigen Rechtsvorschriften sein soll. In Betracht kommen grundsätzlich „*Gesellschafter*“ und nicht näher definierte „*Dritte*“. *Ex definitione* ist „*Gesellschafter*“ das Mitglied einer Gesellschaft, das auf Grund des Gesellschaftsvertrages Rechte (Verwaltungsrechte, Vermögensrechte) und Pflichten (Beitragspflicht, Treupflicht) gegenüber der Gesellschaft hat.<sup>185</sup> Wer Gesellschafter ist,

---

<sup>182</sup> vgl. die Richtlinie über die Börsenzulassung – RL 79/279/EWG, ABl. 1979 L 66/21; die Prospekttrichtlinie – 80/390/EWG, ABl. 1980 L 100/1; die Publizitätsrichtlinie – RL 82/121/EWG, ABl. 1982 L 48/26; die Insiderrichtlinie – RL 89/592/EWG, ABl. 1989 L 334/30; die Pakethandelsrichtlinie – RL 88/627/EWG, ABl. 1988 L 348/62; die Emissionsprospektrichtlinie – RL 89/289/EWG, ABl. 1989 L 124/8

<sup>183</sup> siehe 80/390/EWG, ABl. 1980 Nr. L 100 S. 1

<sup>184</sup> zur sachlichen Reichweite vgl. *Habersack*, EuGesR, § 3 Rn. 36; EuGH, Rs. C-265/95, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-6959, 6864 f., Rn. 18 ff.

<sup>185</sup> *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, 8. Auflage, S. 166; siehe auch *Hueck*, Gesellschaftsrecht; *Hartmann*, B., Der ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, 4. Auflage (1983)

kann durch Einblick in den Gesellschaftsvertrag oder die Satzung festgestellt werden. Der Begriff der „Gesellschafter“ wird von der herrschenden Meinung als unproblematisch angesehen.

Demgegenüber strittig ist, wer „Dritter“ im Sinne der Norm ist. Folgt man einer engen Wortinterpretation – wie auch das frühere deutsche Schrifttum – sind Dritte in erster Linie Gläubiger der Gesellschaft, während Arbeitnehmer nicht erfasst sind. Für diese Ansicht spricht das interne Verhältnis von Arbeitnehmern zu einer Gesellschaft. Sie sind im Unternehmen tätig, führen Arbeiten auf Anweisung des Arbeitgebers aus bzw. fungieren als Organe der Gesellschaft.

Diese Auslegung hat der Gerichtshof in seiner „*Daihatsu*“ - Entscheidung allerdings entschieden zurückgewiesen:<sup>186</sup> Zum Personenkreis der Dritten gehören danach zwar nicht alle natürlichen und juristischen Personen, wohl aber diejenigen, die zu der Gesellschaft in einer Rechtsbeziehung stehen. Zudem ist in Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV vom Ziel des Schutzes der Interessen Dritter ganz allgemein die Rede, ohne dass einzelne Gruppen unterschieden oder ausgeschlossen würden. Eine Beschränkung nur auf die Gläubiger der Gesellschaft wäre daher bereits mit dem Wortlaut des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV unvereinbar. Auch wird das Ziel, die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufzuheben, in sehr weit gefassten Wendungen aufgegeben, was durch die Verwendung des Wortes "*insbesondere*" in Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV belegt ist. Man kann daher nicht von einer abschließenden Liste von Maßnahmen, die zur Verwirklichung dieses Zieles zu ergreifen sind, ausgehen.<sup>187</sup>

Zur Definition der Arbeitnehmer als „Dritte“ im Sinne des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV ist zudem anzumerken, dass Beschäftigte eines Unternehmens auch immer deren Gläubiger sind. Das gilt für sämtliche Rechtsansprüche, die aus dem Arbeitsverhältnis erwachsen, wie – *inter alia* – für Lohnforderungen, Abfertigungsansprüche etc. Auch kann ein Ausschluss der Arbeitnehmer als schützenswerte Dritte nicht damit gerechtfertigt werden, dass mit „Dritten“ im Gegensatz zu Gesellschaftern nur außerhalb der Gesellschaft stehende Personen gemeint sein können, da es bereits bei Gesellschaftern fraglich ist, ob diese innerhalb der Gesellschaft stehen. Zur Bestimmung der Personen, die „Dritte“ sein können, ist es daher wesentlich, ob sie grundsätzlich im Einklang mit den Interessen der Gesellschaft oder in einem Interessenwiderspruch zu der Gesellschaft stehen. *Es ist daher*

---

<sup>186</sup> EuGH, Urteil vom 4.12.1997, Rs. C-97/96, *Daihatsu*, Slg. 1997, I-6843, 6864 f. Rn. 17-25

<sup>187</sup> EuGH, Urteil vom 4.12.1997, Rs. C-97/96, *Daihatsu*, Slg. 1997, I-6843, 6864 f. Rn. 19-21

festzuhalten, dass Gläubiger, Arbeitnehmer oder Geschäftspartner der Interessenssphäre einer Gesellschaft zuzurechnen sind und daher als „Dritte“ im Sinne des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV gelten.<sup>188</sup>

Bestätigung findet die *weite Auslegung des Begriffes „Dritte“* durch die faktische Rechtsangleichung von Vorschriften, die dem Schutz von Arbeitnehmern dienen. Im Rahmen der Fusionsrichtlinie wurden – *inter alia* – Informations- und Anhörungsrechte von Arbeitnehmern harmonisiert.<sup>189</sup> Einhelliger Ansicht nach ist Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV daher auf Arbeitnehmerschutzbestimmungen ausdehnbar.

(v) Tatbestandselement – „Erforderlichkeit“

Nach einer Rechtsmeinung bezieht sich das Kriterium der *Erforderlichkeit* rein auf die Beseitigung von Niederlassungsschranken. Eine Rechtsangleichung kann danach nur wirksam vorgenommen werden, sofern sie zur Aufhebung von Hemmnissen der Niederlassungsfreiheit erforderlich ist.<sup>190</sup> Anderer Ansicht nach ist Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV eine *allgemeine Bestimmung*, die weit über die Grenzen der Niederlassungsfreiheit hinaus Bedeutung auch für andere Rechtsgebiete hat. Hiervon umfasst wären insbesondere auch die Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit. Aus diesen beiden unterschiedlichen Position hat sich – wie bereits ausgeführt – die vermittelnde Auffassung herauskristallisiert, wonach Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV nicht nur den Zweck verfolgt die Niederlassungsfreiheit bestmöglich zu gewährleisten, sondern darüber hinaus auch Bedeutung für andere Grundfreiheiten haben kann, sofern ein gewisser Bezug zur Niederlassungsfreiheit weiter aufrecht bleibt.

Meiner Meinung nach ist „*Erforderlichkeit*“ zur Harmonisierung des Gesellschaftsrechtes jedenfalls dann gegeben, wenn ein mittelbares oder unmittelbares Hindernis zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit tatsächlich vorliegt (*spezieller Bezug zum Niederlassungsrecht*), und dieses Hindernis darüber hinaus eine Beschränkungen der Waren- oder Kapitalverkehrsfreiheit darstellt (*genereller Bezug zu anderen Grundfreiheiten*). Richtigerweise ist die Erforderlichkeit aber auch dann zu bejahen, wenn sich das Hindernis ausschließlich auf die Niederlassungsfreiheit bezieht.

---

<sup>188</sup> Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf (Hrsg), Kommentar, Artikel 44 EGV, Rn. 15

<sup>189</sup> Richtlinie 78/855/EWG, ABl. 1978 L 295/36

<sup>190</sup> Everling, Niederlassungsrecht, S. 41 ff.

(vi) Tatbestandselement – „Gleichwertigkeit“

Durch den Erlass von Richtlinien sollen *gleichwertige Bestimmungen* in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft sichergestellt werden. In der Lehre wird einerseits vertreten, dass jene Schutzbestimmungen als gleichwertig anzusehen sind, die ein *qualitativ gleiches oder annähernd gleiches Niveau* der Schutzmaßnahmen vorsehen.<sup>191</sup> Richtlinienbestimmungen wären danach als Obergrenze im Sinne einer Maximalharmonisierung der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen auszulegen, da Gleichwertigkeit nur dann erzielbar ist, wenn gleiche Standards in allen Mitgliedstaaten vorhanden sind. Wird allerdings nur eine *Untergrenze* angenommen, ist den einzelnen nationalen Gesetzgebern erlaubt, die Vorschriften beliebig auf ein strengeres Niveau anzuheben, wodurch eben *keine gleichwertigen Bestimmungen* „nach oben“ geschaffen werden. Eine Rechtsangleichung in den nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen wäre in diesem Fall nicht vollständig erfolgt.

Anderer Ansicht nach würden Richtlinien als solche festlegen, ob die Mitgliedstaaten nur Mindeststandards oder auch Maximalstandards erlassen dürfen, weshalb im Wege der Auslegung der Richtlinie zu ermitteln ist, inwieweit der nationale Gesetzgeber die Schutzbestimmungen gleichwertig gestalten kann.<sup>192</sup>

Richtig ist meiner Einschätzung nach, dass das Tatbestandselement der „*Gleichwertigkeit*“ nach dem Wortlaut der Bestimmung das Ziel hat, gleiche Standards sicherzustellen. Dies kann grundsätzlich als Mindestsicherung oder als Maximalsicherung verstanden werden. Es sind daher im Zuge des Umsetzungsverfahrens jeweils im Einzelfall die gesellschaftsrechtliche Richtlinie dahingehend zu überprüfen, ob der weite Spielraum des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV in der umzusetzenden Richtlinie voll ausgeschöpft wurde oder ob diese lediglich Mindestanpassungen vorschreibt.<sup>193</sup> Ist ersteres der Fall darf der nationale Gesetzgeber keinesfalls strengere Vorschriften als jene in der Richtlinie erlassen („*Richtlinie ist Obergrenze*“). Ist letzteres der Fall, kann der nationale Gesetzgeber jederzeit strengere Schutzvorschriften erlassen, ist daher nur verpflichtet, einen einheitlichen Mindestschutz sicherzustellen („*Richtlinie ist Untergrenze*“).

---

<sup>191</sup> so Weigl, Zur Auslegung von EG-Richtlinien, ÖJZ 1996, S. 935

<sup>192</sup> vgl. allgemein die Richtlinien zum Schutz der Verbraucher und insbesondere Artikel 8 der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln oder Artikel 15 der Richtlinie über den Verbraucherkredit vom 22.12.1986, ABl. Nr. L 42/48; Habersack, EuGesR, § 3 Rn. 56

<sup>193</sup> siehe die Kapitalrichtlinie 77/91/EWG

## 5. Die Richtlinie als Instrument der gesellschaftsrechtlichen Harmonisierung

### 5.1 Die Zweistufigkeit der Rechtsetzung

Nach Artikel 44 Absatz 1 EGV erfolgt die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit durch den Erlass von Richtlinien, welche im *Mitentscheidungsverfahren* nach Artikel 251 EGV zu erlassen sind. Eine *Beteiligung des Europäischen Parlaments* ist für den Bereich der Niederlassungsfreiheit explizit durch den Wortlaut der Bestimmung vorgesehen.<sup>194</sup> Artikel 44 Absatz 2 EGV steckt den Aufgabenbereich im Sinne des Artikels 1 ab, und unterwirft in seinem Litera g die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts ebenfalls dem Verfahren nach Artikel 251 EGV. Die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts erfolgt daher durch den *Erlass von Richtlinien*.

Adressaten der Richtlinien sind die Mitgliedstaaten und diese sind als solche auch zu deren Umsetzung verpflichtet, weshalb eine *Zweistufigkeit der Rechtsetzung*<sup>195</sup> vorliegt. Gemäß Artikel 249 EGV ist die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Nach dem Wortlaut ist es daher zulässig, dass eine Richtlinie entweder an alle Mitgliedstaaten oder auch nur an einzelne Mitgliedstaaten gerichtet ist. Als sanftere Alternative zur Verordnung eröffnet sie die größtmögliche Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen Rechtstraditionen und eignet sich gerade deshalb besonders gut für die Rechtsangleichung der nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen. Die Richtlinie schafft also nicht förmliches Einheitsrecht, sondern sie soll die nationalen Rechtsordnungen dergestalt verändern, dass ihre Regelungen in den Wirkungen *gleichwertig* sind.<sup>196</sup>

Das angeglichebene Recht der Mitgliedstaaten bewahrt also seinen nationalen Charakter. Durch das Umsetzungsverfahren fügt sich das anzugleichende Recht in das gewachsene System des jeweiligen nationalen Rechts ein und verhindert eine unkoordinierte Koexistenz von nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen.<sup>197</sup>

Der österreichische Gesetzgeber ist seiner jüngsten Verpflichtung zur Umsetzung von gesellschaftsrechtlichen Richtlinien durch das *Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008*

---

<sup>194</sup> Für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit sieht Artikel 52 EGV jedoch immer noch das Anhörungsverfahren vor

<sup>195</sup> Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht (2003), S. 176

<sup>196</sup> Weigl, Zur Auslegung von EG-Richtlinien, ÖJZ 1996, S. 934

<sup>197</sup> siehe etwa Timmermanns in Buxbaum/Hertig/Hirsch/Hopt, European Business Law, 1991, S. 129, 143 ff.

– URÄG 2008<sup>198</sup> nachgekommen, in dessen Rahmen er die Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen umsetzte.

## 5.2 Versteinerungsproblematik

Die Umsetzung von Gesellschaftsrechtsmaßnahmen durch Richtlinien (Änderungsrichtlinien) und Ausführungsgesetzen wird von der Lehre nicht einhellig positiv bewertet. Vorrangig wird dagegen ins Treffen geführt, dass Richtlinienrecht zu einer *Versteinerung des Gesellschaftsrechtes* geführt hat und daher auf veränderte Umweltbedingungen nicht mit der notwendigen Schnelligkeit reagiert werden kann. Ein mögliches Gegenkonzept könnte die Umsetzung durch „Rahmenrichtlinien“ sein, welche die technische Ausführung in größerem Ausmaß als bisher den Mitgliedstaaten überlässt.<sup>199</sup> Für einen derartigen Strategiewechsel spricht meiner Einschätzung nach vor allem die Bedeutung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips. Im Aktionsplan vom 21.5.2003 hält die Kommission allerdings an der klassischen Umsetzungsmethode durch *Richtlinie und Umsetzungsgesetz* fest. Künftig ist daher eher von einer Kontinuität dieser Methodik als von einem Umsetzungswechsel auszugehen.

## 5.3 Mindest- und Maximalgrenzen von Richtlinien

Bevor der nationale Gesetzgeber eine Richtlinie umsetzt tritt das Thema in den Vordergrund, ob und inwieweit das nationale Recht geändert werden muss, um den Vorgaben der Richtlinie zu genügen. Interessant ist daher, ob eine im nationalen Recht erlassene Rechtsvorschrift, die gleichzeitig in den Regelungsbereich einer Richtlinie fällt und ihr materiell nicht entgegensteht, aufrechterhalten werden kann. Es geht daher um die Frage, ob die Rechtsvorschriften einer Richtlinie abschließend sind und daher zusätzliche Regelungen des nationalen Rechts verbieten oder nur eine *Minimalgrenze* für das nationale Recht abstecken. Die Lösung dieser Fragen kann letztlich nur durch *Auslegung der Richtlinie* selbst sowie durch den *Grundsatz der richtlinienkonformen Interpretation* nationaler Rechtsvorschriften erreicht werden.<sup>200</sup>

Es handelt sich um die schwierige auslegungstechnische Frage nach der Mindest- oder Maximal-eigenschaft von Bestimmungen in gesellschaftsrechtlichen Richtlinien und deren Auswirkungen für die nationalen Gesetzgebungen. Richtlinien können gleichzeitig Mindest-

---

<sup>198</sup> BGBl I 2008/70

<sup>199</sup> Haberer in GesRZ 2003, The Road Ahead: Zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts, S. 212

<sup>200</sup> siehe Weigl, Zur Auslegung von EG-Richtlinien, ÖJZ 1996, S. 934

oder Maximalregelungen enthalten.<sup>201</sup> Im Fall von Mindestregelungen ist den Mitgliedstaaten schon während, aber auch nach der Umsetzungsfrist ein breiter Spielraum überlassen, Vorschriften, die über die Mindestanforderungen hinausgehen, zu erlassen. Sie dürfen diesbezüglich strengeres nationales Recht normieren als gemeinschaftsrechtlich vorgegeben. Die Richtlinie soll in diesem Fall „nur“ einen *einheitlichen Mindestschutz* garantieren. Als Paradebeispiel sei Artikel 6 der Kapitalrichtlinie<sup>202</sup> genannt, der festlegt, dass das Mindestkapital einer Aktiengesellschaft *nicht auf weniger* als 25.000 Europäische Rechnungseinheiten (jetzt Euro) festgesetzt werden darf. Schon aus dem Wortsinn dieser Richtlinienbestimmung ist ersichtlich, dass der nationale Gesetzgeber kein niedrigeres Mindestkapital normieren darf. Zweck der Bestimmung ist ein einheitliches Mindestniveau an Stammkapital bei der Gründung von Aktiengesellschaften europaweit sicherzustellen, den Mitgliedstaaten aber freizustellen ein höheres Mindestkapital für ihre Rechtsordnung zu regeln.

Im Fall der Maximalgrenzen sind die Bestimmungen der Richtlinie hingegen materielle Obergrenze und sollen gleiche Standards für alle Mitgliedstaaten gewährleisten. Es ist den Mitgliedstaaten verwährt, nationale Regelungen zu erlassen, die über den Schutzbereich der Richtlinie hinausreichen. Zweck dieser Technik ist die gemeinschaftsweite Rechtsangleichung von Schutzbestimmungen für Aktionäre und Gläubiger.

Für Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV als Kompetenzgrundlage des gesellschaftsrechtlichen Besitzstandes stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob die bereits ergangenen Richtlinien im Sinne einer *Unter- oder Obergrenze* auszulegen sind. Einerseits ist argumentierbar, dass Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV von der „*Gleichwertigkeit von Schutzbestimmungen*“<sup>203</sup> spricht und daher Normen gleichen Wirkungsgrades und Qualität herzustellen sind. Es sollen die Bedingungen für Gesellschaften im Rahmen der Niederlassungsfreiheit *gleichwertig* sein und damit Wettbewerbsverzerrungen durch unterschiedliche Gesellschaftsrechte beseitigt werden. Unter diesem Gesichtspunkt wäre von einer Maximalharmonisierung auszugehen. Andererseits und das vertritt ein Großteil der Lehre<sup>204</sup>, ist dem *Grundsatz der Minimalharmonisierung* der Vorrang zu erteilen, da die Zielvorschreibungen des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV nicht die Auslegung der einzelnen gesellschaftsrechtlichen Richtlinien ersetzen können.

---

<sup>201</sup> Habersack, EuGesR, § 3 Rn. 55

<sup>202</sup> Artikel 6 in 77/91/EWG

<sup>203</sup> so Weigl, Zur Auslegung von EG-Richtlinien, ÖJZ 1996, S. 935

<sup>204</sup> etwa Lutter in Everling-FS 765, 776 oder Habersack, EuGesR, § 3 Rn. 53

Die Kapitalrichtlinie ist vor allem auf die Erlangung „*eines Mindestmaßes an Gleichwertigkeit beim Schutz der Aktionäre einerseits und der Gläubiger der Gesellschaft andererseits*“ ausgerichtet, was eindeutig gegen eine generelle Anwendung des Prinzips der Maximalharmonisierung spricht. Für eine Minimalharmonisierung spricht auch der Vergleich mit anderen Richtlinien. Während nach den Richtlinien zum Schutz der Verbraucher den Mitgliedstaaten das Recht eingeräumt wird, strengere Vorschriften zu erlassen, kommen derartige Optionsrechte in den gesellschaftsrechtlichen Richtlinien nicht vor.<sup>205</sup>

Meiner Einschätzung nach ist von einer vermittelnden Position beider Meinungen auszugehen. Richtig ist, dass der Wortlaut des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV grundsätzlich ein weites Verständnis der Rechtsangleichung von Schutzbestimmungen zulässt und daher eine Maximalharmonisierung nicht a priori ausgeschlossen ist. Nichtsdestotrotz muss auf einer *Fall zu Fall-Basis* für jede Richtlinienvorschrift festgestellt werden, ob sie eine Minimal- oder Maximalharmonisierung anstrebt. Jedenfalls abzulehnen ist die Ansicht, dass vom Terminus der „*Gleichwertigkeit*“ in Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV *ex lege* auf eine Maximalharmonisierung von Richtlinienbestimmungen geschlossen werden kann, da dies im eklatanten Widerspruch zum Zweck einer erlassenen Richtlinie stehen kann.<sup>206</sup>

#### 5.4 Unmittelbare und Mittelbare Wirkung von Richtlinien

Kommt ein Mitgliedstaat seiner Verpflichtung zur Umsetzung von Richtlinien nicht nach, so kann gegen ihn ein Vertragsverletzungsverfahren nach Artikel 226 ff. EGV eingeleitet werden. Das ist bei Fällen möglich, in denen der Mitgliedstaat eine Umsetzung von Richtlinien in das nationale Recht gänzlich unterlässt oder im Nachhinein eine mit der Richtlinie in Widerspruch stehende nationale Vorschrift verabschiedet. Richtlinien bewirken daher in ihrem Regelungsbereich ein *stand-still-Gebot*<sup>207</sup> an den nationalen Gesetzgeber. Den Mitgliedstaaten ist untersagt ihre Rechtsordnungen im gegenständlichen Umfang der Richtlinie „*gegen das Angleichungsziel der Richtlinie*“<sup>208</sup> zu modifizieren. Änderungen im nationalen Recht sind daher nur im Rahmen der durch die Richtlinie

---

<sup>205</sup> siehe nur Art. 8 der Richtlinie betreffend missbräuchliche Klauseln, Rn. 125: „Die Mitgliedstaaten können auf dem durch diese Richtlinie geregelten Gebiet mit dem Vertrag vereinbare strengere Regelungen Bestimmungen erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.“

<sup>206</sup> siehe nur die Zielvorgaben der Kapitalrichtlinie 77/91/EWG

<sup>207</sup> das Stand-still-Gebot ergibt sich insbesondere aus Artikel 10 Absatz 2 EGV, dazu *Lutter*, Zum Umfang der Bindung durch Richtlinien, in *Everling-FS* (1995) 765, 781 f.

<sup>208</sup> *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht<sup>4</sup>, (1996), S. 22



gestatteten Gestaltungsspielräume zulässig. Nach überzeugender Ansicht gilt dieses Gebot nicht nur für die Gesetzgebung sondern auch für Richterrecht.<sup>209</sup>

Mit Ablauf der Umsetzungsfrist ergeben sich besondere Rechtswirkungen für Mitgliedstaaten, die ihrer Umsetzungsfrist bis dahin nicht nachgekommen sind. Obwohl Richtlinien nicht wie Verordnungen unmittelbar anwendbar sind, können sich Rechtsunterworfenen im säumigen Mitgliedstaat gegenüber innerstaatlichen Stellen unmittelbar auf Richtlinienbestimmungen berufen, wenn diese in Bezug auf seine Rechte unbedingt, hinreichend genau und daher „*self executing*“ sind.<sup>210</sup> Begründet wurde diese *unmittelbare Wirkung von Richtlinien* damit, dass es mit der nach Artikel 249 EGV den Richtlinien zuerkannten verbindlichen Wirkung unvereinbar wäre, auszuschließen, dass betroffenen Personen sich auf die durch die Richtlinie auferlegte Verpflichtung berufen können. Gerade in jenen Fällen, in denen Gemeinschaftsorgane die Mitgliedstaaten durch Richtlinien zu einem bestimmten Verhalten aufgefordert haben, würde die nützliche Wirkung (*effet utile*) einer derartigen Maßnahme relativiert, wenn der Rechtsunterworfene sich vor Gericht nicht unmittelbar darauf berufen könnte sowie die staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen würden.<sup>211</sup>

Die unmittelbare Wirkung von Richtlinien greift allerdings nicht überall. Im Horizontalverhältnis – dem Verhältnis der Bürger untereinander – hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die unmittelbare Wirkung nicht ordnungsgemäß umgesetzter Richtlinien abgelehnt. In seiner „Dori“-Entscheidung heißt es hierzu wörtlich:<sup>212</sup>

*„Eine Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf den Bereich der Beziehungen zwischen den Bürgern hieße, der Gemeinschaft die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Bürger Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist. Folglich kann der Verbraucher, wenn die Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie nicht innerhalb der vorgesehenen Frist erlassen worden sind, ein Widerrufsrecht gegenüber dem Gewerbetreibenden, mit dem er einen Vertrag geschlossen hat, nicht auf die Richtlinie selbst stützen und vor einem nationalen Gericht geltend machen.“*

---

<sup>209</sup> siehe nur Weigl, Zur Auslegung von EG-Richtlinien, ÖJZ 1996, 934

<sup>210</sup> EuGH, Rs. C-9/70, *Leberpfennig*, Slg. 1970, 825, 837 ff.; EuGH, Rs. C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Slg. 1991, I-5403, 5408, Rn. 11, EuGH, Rs. C-441/99, *Walcher*, Slg. 2001, 7687, Rn. 29 ff

<sup>211</sup> *Thun-Hohenstein/Cede/Hafner*, Europarecht (2003), S. 178; vgl. auch EuGH, Rs. 41/74, *van Duyn*, Slg. 1974, 1337, 1348)

<sup>212</sup> EuGH, Rs. C-91/92, *Faccini Dori*, Slg. 1994, I-3347, 3356, Rn. 24ff.

Umfasst von dieser Rechtsprechung sind auch die auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes erlassenen Richtlinien, sofern sie die Rechtsverhältnisse der Bürger untereinander regeln. Die Mehrheit dieser Richtlinien besteht aus gesellschaftsrechtlichen Normen, die sich auf das *privatrechtliche Verhältnis* von Gesellschaft, Gesellschaftern, Aktionären, Arbeitnehmern und Gläubigern zueinander beziehen. Regelungsinhalte sind vor allem Anlegerschutz, Kapitalerhaltung, Publizität, Verschmelzungs- und Spaltungsrecht sowie Strukturrecht von Gesellschaften. Ist der Mitgliedstaat daher in Verzug mit der Umsetzung von gesellschaftsrechtlichen Richtlinien, dürfen sich die Gesellschaft, ihre Aktionäre bzw. Gesellschafter sowie Gläubiger und sonstige Dritte<sup>213</sup> im Verhältnis zueinander nicht unmittelbar auf die Richtlinie berufen. Ein Schadenersatzanspruch wegen Untätigkeit des Staates bleibt davon allerdings unberührt.<sup>214</sup>

## **6. Deskriptive Darstellung der Berichte und Aktionspläne auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes**

### **6.1 Winter-Group-Bericht vom 4.11.2002**

Der Abschlussbericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes wurde auf Grundlage des Auftrages, den „*Rahmen für ein modernes europäisches Gesellschaftsrecht abzustecken, das hinreichend flexibel und zeitgemäß ist, um den Bedürfnissen der Unternehmen zu entsprechen, und das gleichzeitig den Auswirkungen der modernen Technologien in vollem Umfang Rechnung trägt*“, erstellt. Die folgenden *Empfehlungen* bilden den Schwerpunkt des Berichtes und werden in komprimierter Form dargestellt:<sup>215</sup>

#### **6.1.1 Förderung effizienter und wettbewerbsfähiger Unternehmen in Europa**

Im Zentrum der Reformbestrebungen stehen *Regelungen zum Schutz der Aktionäre und Gläubiger*, welche eine unangemessene Behinderung darstellen und daher durch Mechanismen ersetzt werden sollen, die mindestens genauso wirksam aber weniger schwerfällig sind. Die Gemeinschaft soll sich weiters auf die Schaffung von Möglichkeiten konzentrieren, die für *grenzüberschreitende Aktivitäten und Umstrukturierungen* notwendig sind. Schließlich soll Unternehmen die *Wahlfreiheit* für *alternative Systeme* betreffend Organisation und Aufbau von Unternehmen erleichtert werden.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Unter „Dritte“ in diesem Sinne fallen jedenfalls auch die Arbeitnehmer einer Gesellschaft.

<sup>214</sup> vgl. *Habersack*, EuGesR, § 3 Rn. 46

<sup>215</sup> Bericht der „High Level Group of Company Law Experts“ vom 4.11.2002; aufrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/company/index\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/index_de.htm)

<sup>216</sup> Empfehlung II.1 (siehe S. 29) des Berichtes der „High Level Group of Company Law Experts“ vom 4.11.2002

### 6.1.2 Moderne Verfahren zur Gestaltung des Gesellschaftsrechtes

Die Expertengruppe empfiehlt eine stärkere Verwendung von *Alternativen zu primärrechtlichen Vorschriften* (i.e. sekundärrechtliche Vorschriften, Festlegung und Überwachung von Standards sowie Mustergesetze). Weiters soll eine *Konsultation der breiten Öffentlichkeit und von Experten* einen untrennbaren Bestandteil aller künftigen Initiativen im Bereich des Gesellschaftsrechtes bilden. Schließlich könnte ein *ständiges Gremium* unabhängige Beratung bieten.<sup>217</sup>

### 6.1.3 Offenlegung von Information als ordnungspolitisches Instrument

Die Gemeinschaft soll bei der Schaffung neuer oder der Abänderung bestehender Vorschriften des Gesellschaftsrechtes abwägen, ob nicht *Offenlegungserfordernisse zur Erreichung des angestrebten Zieles besser geeignet sind als materiellrechtliche Regelungen*. Sämtliche Offenlegungserfordernisse sollen auf der Pflicht beruhen, angemessene, relevante und aussagekräftige Informationen bereitzustellen.<sup>218</sup>

### 6.1.4 Unterscheidung zwischen verschiedenen Gesellschaftsformen

Für die von der Expertengruppe unterschiedenen Gesellschaften<sup>219</sup> soll ein jeweils eigener Regelungsansatz bestehen, wobei für *börsennotierte Gesellschaften* ein gewisses Ausmaß an einheitlichen, verpflichtenden und detaillierten Regelungen gelten sollen, während *geschlossene Gesellschaften* größere Autonomie besitzen sollen. Der Ansatz für *offene Gesellschaften* könnte dazwischen liegen.<sup>220</sup>

### 6.1.5 Größere Flexibilität oder strengere Regelungen

Die *Bekämpfung des Betruges und des Missbrauchs von Unternehmen* soll durch spezifische Instrumente des Gesetzesvollzuges außerhalb des Gesellschaftsrechtes erreicht werden und gleichzeitig die Nutzung effizienter gesellschaftsrechtlicher Strukturen nicht behindern dürfen.<sup>221</sup>

---

<sup>217</sup> Empfehlung II.2 (siehe S. 31) des Berichtes der „High Level Group of Company Law Experts“ vom 4.11.2002

<sup>218</sup> Empfehlung II.3 (siehe S. 34) des Berichtes der „High Level Group of Company Law Experts“ vom 4.11.2002

<sup>219</sup> die Expertengruppe unterscheidet in: (i) börsennotierte Gesellschaften, deren Aktien regelmäßig gehandelt werden; (ii) offene Gesellschaften, deren Aktien regelmäßig gehandelt werden könnten; und (iii) geschlossene Gesellschaften.

<sup>220</sup> Empfehlung II.4 (siehe S. 36) des Berichtes der „High Level Group of Company Law Experts“ vom 4.11.2002

<sup>221</sup> Empfehlung II.5 (siehe S. 37) des Berichtes der „High Level Group of Company Law Experts“ vom 4.11.2002

### 6.1.6 Moderne Technologien

Börsennotierte Gesellschaften sollen dazu verpflichtet werden, einen *Abschnitt für Unternehmensinformationen* auf ihrer Internetseite zu führen und laufend zu aktualisieren sowie *Verknüpfungen zu öffentlichen Registern und anderen relevanten Behörden* einzurichten. *Für offene und geschlossene Gesellschaften soll diesbezüglich eine Erlaubnis, aber keine Verpflichtung bestehen.* Die Gemeinschaft soll weiters zur *Schaffung nationaler zentraler elektronischer Archivsysteme* beitragen und sicherstellen, dass diese miteinander verknüpft werden.<sup>222</sup>

### 6.2 Der Aktionsplan vom 21.5.2003

Die Entwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechtes ist Gegenstand einer Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 21.5.2003 betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrechtes und die Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union<sup>223</sup>. Dieser Aktionsplan basiert in weiten Teilen auf dem „Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa“ vom 4.11.2002.<sup>224</sup> Einerseits will der Aktionsplan den *Schutz der Aktionäre und Dritter* gewährleisten, andererseits die *Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen* steigern. Dazu dienen sollen in erster Linie eine *verbesserte Corporate Governance* sowie *Liberalisierungsmaßnahmen* für bereits bestehende Richtlinien oder die *Förderung der Mobilität von Gesellschaften* in Europa.

#### 6.2.1 Kurz-, Mittel- und Langfristige Maßnahmen

Im Aktionsplan vom 21.5.2003 werden 21 Maßnahmen ins Auge gefasst, wovon 16 *Maßnahmen bindenden Charakter* haben. Konkret differenziert der Aktionsplan in *kurz-, mittel- und langfristige Maßnahmen*, welche jeweils bis Ende 2005, Ende 2008 und ab 2009 zu Verwirklichung anstehen.<sup>225</sup>

1. *Kurzfristige Maßnahmen* umfassen im Wesentlichen alle Corporate-Governance Themen, die Lockerung der Kapitalrichtlinie, die Stärkung der Aktionärsrechte und der Vorschlag für eine 14. Richtlinie betreffend die grenzüberschreitende

---

<sup>222</sup> Empfehlung II.6 (siehe S. 38) des Berichtes der „High Level Group of Company Law Experts“ vom 4.11.2002

<sup>223</sup> KOM (2003) 284 endg.

<sup>224</sup> aufrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/company/index\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/index_de.htm)

<sup>225</sup> KOM (2003) 284 endg., S. 28 ff.

Sitzverlegung. Die Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung zählt ebenfalls hierzu, wurde aber bereits verabschiedet.<sup>226</sup>

2. *Mittelfristig* steht vor allem die Vereinfachung der 3. und 6. Richtlinie betreffend die innerstaatlicher Verschmelzung und Spaltung, der Vorschlag für ein Statut der *Europäischen Privatgesellschaft* und die Regelung eines *Wahlrechtes* zwischen *monistischem und dualistischem System für alle börsennotierten Aktiengesellschaften* an.
3. Einzig *langfristige Maßnahmen* ist die Ersetzung des der Kapitalrichtlinie zugrunde liegenden Systems des festen Garantiekapitals durch ein *alternatives System des Gläubigerschutzes*.

Das Mindestkapital ist bereits seit längerem Gegenstand rechtspolitischer Diskussion.<sup>227</sup> Die Kritiker weisen vor allem auf die *Ineffizienz des Mindestkapitals, die Überregulierung sowie die Beliebigkeit des gesetzlich festgelegten Betrags des Mindestkapitals* hin und stellen diesen Punkten den *Selbstschutz der Gläubiger und die Haftung der Geschäftsführer und Einfluss nehmender Gesellschafter für sorgfaltswidrige Geschäftsführung* gegenüber. Befürworter gestehen dem Mindestkapital hingegen einen gewissen *präventiven Charakter sowie Seriositätswirkung* bei der Gründung der Gesellschaft und die Bedeutung als *Mindesthaftungsfonds* zu. Während für die GmbH gegenständliche Diskussion auf nationaler Ebene geführt wird und durch eine liberale EuGH-Rechtsprechung<sup>228</sup> begünstigt wird, ist das *Kapital der Aktiengesellschaft auf europäischer Ebene zu reglementieren*.<sup>229</sup>

Eine *Senkung oder gänzliche Abschaffung des Mindestkapitals* in Österreich wurde in den letzten Jahren vor allem für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung diskutiert. Anlass hierzu gaben die mit der Centros-Judikatur verbundene Rechtswahlfreiheit für Gesellschaften im Gemeinschaftsgebiet und der dadurch entstehende Deregulierungsdruck zur Abschaffung des Mindestkapitals in anderen Mitgliedstaaten.<sup>230</sup> Der Aktionsplan setzt in diesem Zusammenhang insofern einen besonderen Schwerpunkt, als er auch für die Aktiengesellschaft eine Änderung des Systems des festen Garantiekapitals ins Auge fasst

---

<sup>226</sup> Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten

<sup>227</sup> siehe hierzu *Kalss/Eckert, Zentrale Fragen*, S. 348 ff

<sup>228</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155

<sup>229</sup> *Habersack*, EuGesR, § 6 Rn. 18

<sup>230</sup> *Kalss/Eckert, Zentrale Fragen*, S. 330 ff

und somit eine *gänzliche Abschaffung des Mindestkapitals für Aktiengesellschaften nicht mehr auszuschließt*.

### 6.2.2 Verzicht auf Vollharmonisierung

Besonders hervorzuheben ist die Tatsache, dass sich die Kommission mit ihrem Aktionsplan von den Vorhaben, die Organisationsverfassung und das Konzernrecht der AG zu harmonisieren, verabschiedet hat. Das kommt einem *Abgehen vom Konzept der Vollharmonisierung* gleich. Diese Richtungsentscheidung ist insofern nicht neu, als dass die Gemeinschaft bereits früher an die Grenzen ihrer Möglichkeiten gestoßen ist. Eines der erklärten Ziele war es, das Aktienrecht der Mitgliedstaaten einander vollständig anzugleichen, wozu vor allem der Erlass der Zweiten, Dritten und Sechsten Richtlinie sowie die Vorschläge auf Verabschiedung einer Struktur- und Konzernrechtsrichtlinie gerichtet waren. Auch die Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft<sup>231</sup> ist in diesem Zusammenhang zu sehen.<sup>232</sup> An ihrem Beispiel geht das Abrücken vom Grundsatz der Vollharmonisierung am deutlichsten hervor, denn Artikel 9 der SE-VO bestimmt die Anwendung von weiten Teilen des nationalen Aktienrechts für den Fall, dass die SE-VO keine entsprechenden Vorschriften enthält. Die Richtlinien und Verordnungen schaffen ein Bündel von Dachvorschriften, welche für sich alleine nicht existenzfähig und daher nur in Zusammenhang mit nationalen Aktienrechten anwendbar sind. Die Funktion der Harmonisierung hat sich daher schon durch die Gemeinschaftsmaßnahmen selbst reduziert.

Die Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes ist nach *Habersack* nicht länger Selbstzweck, sondern Mittel zur Krisenbewältigung, zum Schutz der Gesellschafter und der Marktteilnehmer und zur Sicherung oder Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der EU-Unternehmen.<sup>233</sup>

### 6.2.3 Sitzverlegungsrichtlinie

Obwohl der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung<sup>234</sup> den Gesellschaften weitreichende Mobilität zugestanden hat und die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, EU-Auslandsgesellschaften anzuerkennen, ist eine *identitätswahrende Verlegung des*

---

<sup>231</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)

<sup>232</sup> *Habersack*, EuGesR, § 4 Rn. 5

<sup>233</sup> *Habersack* NZG 2004, 1, 8; oder auch ZIP 2006, 521, 523

<sup>234</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155

*Satzungssitzes* einer Gesellschaft im Gemeinschaftsgebiet derzeit noch nicht möglich.<sup>235</sup> Als ein Teil des Aktionsplanes ist daher der Vorschlag für eine Vierzehnte Richtlinie über die Verlegung des Gesellschaftssitzes von einem Mitgliedstaat in einen anderen („*Sitzverlegungsrichtlinie*“) vorgesehen. Ursache für diese geplante Gemeinschaftsmaßnahme ist die Tatsache, dass für grenzübergreifende Sitzverlegungen keine Rechtsvorschriften bestehen und eine derartige Transaktion deshalb mit komplizierten rechtlichen Vereinbarungen verbunden ist. Die Rechtsvorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten stellen nicht die notwendigen Mittel zur Verfügung. Ist eine Verlegung aufgrund nationaler Rechtsvorschriften grundsätzlich zulässig, kommt es aufgrund unterschiedlicher Anknüpfungskriterien der Mitgliedstaaten oft zu einer Kollision dieser Rechtsvorschriften.<sup>236</sup> Zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit müsste daher eine Legislativinitiative eingeleitet werden.<sup>237</sup>

Bereits im Jahre 1997 hat die Kommission einen Vorentwurf<sup>238</sup> verfasst sowie ein öffentliches Konsultationsverfahren eingeleitet, in dessen Rahmen deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH – die Probleme, welche sich bei der *Verlegung des Satzungssitzes* und des *tatsächlichen Verwaltungssitzes* ergeben, in getrennten Rechtsakten zu behandeln sind und in der beabsichtigten Sitzverlegungsrichtlinie alleine die Verlegung des Satzungssitzes geregelt werden soll. *Die verlegende Gesellschaft soll hierbei nur dem Recht des Zuzugsstaates unterworfen werden.*<sup>239</sup> Nach dem Vorentwurf soll nach richtiger Ansicht nur ein *identitätswahrender Rechtsformwechsel* geregelt werden.<sup>240</sup> Die Gesellschaft hätte die Normen des Zuzugsstaates und gegebenenfalls auch die *Sitztheorie*, welche eine Identität von Satzungs- und Verwaltungssitz vorschreibt, zu befolgen. In den Erwägungsgründen des Vorentwurfs 1997 wird hierzu folgendes erläutert:<sup>241</sup>

*„Die Gesellschaft ist danach verpflichtet, sich im Gesellschaftsregister des Zuzugsstaats eintragen und ihre Eintragung im Register des Wegzugsstaats löschen zu lassen. Auf diese Weise kann die Gesellschaft ihren Sitz unter Wahrung ihrer Rechtspersönlichkeit transferieren. Nach Verlegung des satzungsmäßigen oder tatsächlichen Sitzes unterliegt die*

<sup>235</sup> OLG Brandenburg ZIP 2005, 489; OLG Düsseldorf NJW 2001, 2184; Bay-ObLG ZIP 2004, 806 = DStR 2004, 1224

<sup>236</sup> Damit spricht die Kommission grenzübergreifende Transaktionen an, die zwischen Mitgliedstaaten, welche einerseits der Gründungstheorie und andererseits der Sitztheorie folgen

<sup>237</sup> KOM(2003) 284 endg., S. 24

<sup>238</sup> Abdruck in ZIP 1997, S. 1721

<sup>239</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/seat-transfer/2004-consult\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_de.htm)

<sup>240</sup> K. Schmidt ZGR 1999, 20 ff.

<sup>241</sup> Abdruck in ZIP 1997, S. 1721, 1723

*Gesellschaft dem Recht des Zuzugsstaats wie jede andere Gesellschaft dieses Staats. Sie hat daher ihre Satzung dem neuen Recht anzupassen und muss in Ländern, die als Anknüpfungspunkt den tatsächlichen Sitz ansehen, ihre Hauptverwaltung dorthin verlegen, bevor sie sich eintragen lassen kann. Diese gemeinschaftsrechtliche Brücke soll sicherstellen, dass in allen Mitgliedstaaten Verfahren vorhanden sind, die die Aufnahme von Gesellschaften, die sich in anderen Mitgliedstaaten eintragen lassen wollen, ermöglichen. Dies dürfte sowohl den Gesellschaften entgegenkommen, die die Niederlassungsfreiheit in Anspruch nehmen wollen, als auch den Gesellschaftern und Gläubigern, denen daran gelegen ist, dass sich die betreffende Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht entziehen kann, ohne zuvor ausreichende Sicherheiten geleistet zu haben. Hierzu sieht der Richtlinienvorschlag – entsprechend Artikel 54 Absatz 3 Buchst. G EGV (jetzt Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV) – vor, dass zugunsten der Gesellschafter und Dritter gewisse Garantien gegeben sein müssen.“*

Aufgrund der Entwicklungen in der jüngeren EuGH-Rechtsprechung<sup>242</sup> haben sich die Grundlagen zu den Erwägungsgründen des Vorentwurfs 1997 entscheidend geändert. Heute besitzt die Niederlassungsfreiheit einen *erweiterten* an der *Gründungstheorie* orientierten *Gewährleistungsgehalt*.<sup>243</sup> Jede nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft, deren satzungsmäßiger Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft situiert ist, darf sich gemäß Artikel 43 und 48 EGV in jedem anderen Mitgliedstaat niederlassen und insbesondere – sofern der Gründungsstaat dies zulässt – ihren tatsächlichen Sitz dorthin verlegen. Die Sitzverlegung kann sowohl durch Verlegung des Hauptverwaltungssitzes als auch durch Eröffnung einer Zweigniederlassung, über die sämtliche Geschäfte abgewickelt werden, erfolgen. In beiden Fällen sind die Gesellschaften auch nach dem Zuzug vollumfänglich anzuerkennen, d.h. nicht beschränkt auf ihre Rechts- und Parteifähigkeit, sondern einschließlich ihrer organisationsrechtlichen Eigenschaften und der vom Gründungsrecht gewährten Haftungsprivilegien.

Daraus folgt, dass der Vorentwurf 1997 nicht mit der aktuellen Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist und daher ein neuer Entwurf einer Sitzverlegungsrichtlinie grundlegend geändert werden müsste. *Leible* hat in diesem Zusammenhang die Frage erörtert, ob eine Sitzverlegungsrichtlinie in Anbetracht der durch Überseering eröffneten Freizügigkeit für

---

<sup>242</sup> EuGH Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483.; EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155

<sup>243</sup> *Leible*, Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, S. 533



Gesellschaften überhaupt noch notwendig ist, und hat dafür *drei Pro-Argumente* ins Treffen geführt:<sup>244</sup> *Erstens* beschäftigen sich sämtliche EuGH-Urteile nur mit der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes und ist bis dato nicht geklärt, ob und inwieweit die Niederlassungsfreiheit auch das Recht garantiert, den Satzungssitz identitätswahrend innerhalb der Gemeinschaft zu verlegen. *Zweitens* hat der EuGH in „Überseering“ und „Inspire Art“ seine „Daily Mail“-Doktrin aufrechterhalten, wonach es dem Wegzugsstaat frei steht, die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit einem Statutenwechsel zu verknüpfen oder sie ganz zu untersagen. Das könnte eine identitätswahrende Sitzverlegung erschweren und unter Umständen sogar zur Auflösung der Gesellschaft führen. Und *Drittens* sind Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch den Zuzugsstaat nicht per se unzulässig, sondern können durch anerkannte Allgemeininteressen gerechtfertigt werden. Aufgabe des Gemeinschaftsgesetzgebers wäre es, das Allgemeininteresse aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht durch Maßnahmen der Rechtsangleichung zu konkretisieren und so Behinderungen zu beseitigen.<sup>245</sup>

Daraus ergibt sich die Frage, wie die inhaltliche Ausgestaltung einer zukünftigen (zum Vorentwurf 1997 geänderten) Sitzverlegungsrichtlinie aussehen soll. Die Kommission hat sich in ihren Ausführungen zur Erläuterung der im Februar 2004 eingeleiteten öffentlichen Konsultationen unverändert dahingehend geäußert, dass die Probleme in Zusammenhang mit der Verlegung des Satzungssitzes und des tatsächlichen Verwaltungssitzes in getrennten Rechtsakten behandelt werden sollen und in der jetzigen Phase nur die Verlegung des Satzungssitzes geregelt werden soll.<sup>246</sup>

Meiner Einschätzung nach würde ein neuer Entwurf ohne Berücksichtigung der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes zu kurz greifen. Trotz liberaler EuGH-Rechtsprechung können nicht sämtliche Probleme in Zusammenhang mit der *Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes* auf Grundlage der Rechtsprechung gelöst werden. Es bedarf vielmehr der Eingliederung dieses Regelungsbereiches in eine künftige Sitzverlegungsrichtlinie, um vor allem die nach nationalem Recht bestehenden *Wegzugshindernisse bei Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes zu beseitigen oder zu reglementieren*. Eine Richtlinie,

---

<sup>244</sup> Leible, Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, S. 535 ff.

<sup>245</sup> vgl. Streinz/Leible, EUV/EGV, (2003), Artikel 95 EGV, Rn. 15; Leible, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt (Stand: August 2003), Artikel 28 EGV, Rn. 57

<sup>246</sup> vgl. die Ausführungen der Kommission zur Erläuterung der im Februar 2004 eingeleiteten öffentlichen Konsultation. Zu finden im Internet unter: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/company/seat-transfer/2004-consult\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_de.htm)

welche diese Wegzugshindernisse beseitigt, würde den Wettbewerb zwischen des europäischen Gesellschaftsrechten weiter anregen. Schließlich wird eine Sitzverlegungsrichtlinie aufgrund der Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten die der EuGH-Rechtsprechung zugrunde liegende *Gründungstheorie* zu respektieren haben.<sup>247</sup>

### 6.3 Mitteilung der Kommission über ein vereinfachtes Unternehmensumfeld in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung und Abschlussprüfung vom 10.7.2007<sup>248</sup>

Die Mitteilung der Kommission hat die bis dato verabschiedeten Richtlinien in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung und Abschlussprüfung auf ihre Praktikabilität hin untersucht und Vorschläge unterbreitet, inwieweit die Gemeinschaftsmaßnahmen entschlackt und an die Veränderungen des Marktes angepasst werden können. Vor allem der Faktor „*größere Mobilität von Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft*“ erfordert ein für Unternehmen zunehmend flexibleres Umfeld. Dabei nimmt die Kommission auf die Tatsache Rücksicht, dass die einschlägigen Richtlinien und Verordnungen bereits mehrfach aktualisiert und ergänzt worden sind und es noch einige Zeit benötigen wird, um die Auswirkungen dieser Änderungen ermitteln zu können.

Zu diesem Zweck werden die reformbedürftigen Richtlinien im Wesentlichen in drei Gruppen unterteilt. Die erste Gruppe umfasst jene Gesellschaftsrechtsrichtlinien, die vor allem *innerstaatliche Sachverhalte* regeln. Zur zweiten Gruppe zählt jener Besitzstand, der spezifisch *grenzübergreifende Sachverhalte* regelt. In einer dritten Gruppe werden schließlich die Bereiche *Rechnungslegung und Abschlussprüfung* eingeordnet.<sup>249</sup>

Betreffend *Richtlinien für innerstaatliche Sachverhalte* sieht die Kommission grundsätzlich zwei Optionen:

1. Die erste Option besteht darin zu überprüfen, ob alle bestehenden Richtlinien noch benötigt werden oder ob der Gesellschaftsrechtsbestand der Gemeinschaft auf die Rechtsakte reduziert werden sollte, die grenzübergreifende Aspekte regeln. Es geht also um die Möglichkeit einer *völligen Streichung von Richtlinien betreffend innerstaatliche Sachverhalte*.

---

<sup>247</sup> Leible, Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, S. 556 f.

<sup>248</sup> KOM (2007) 394 endg.

<sup>249</sup> KOM(2007) 394 endg., S. 4

2. Die zweite und weniger weitreichende Option besteht darin, sich nur auf *einzelne konkrete Vereinfachungsmaßnahmen* zugunsten der Unternehmen im Gemeinschaftsgebiet zu konzentrieren.

Betreffend *Richtlinien für grenzübergreifende Sachverhalte* und die Bereiche *Rechnungslegung und Abschlussprüfung* sind hingegen keine Streichung sondern lediglich *Vereinfachungsmaßnahmen* vorgesehen.

Für den Fall, dass eine völlige Streichung von Richtlinie kein probates Mittel darstellen sollte, sieht die Kommission für innerstaatliche und grenzüberschreitende Sachverhalte sowie für die Bereiche Rechnungslegung und Abschlussprüfung die Erforderlichkeit von Reformen von Verwaltungslasten.<sup>250</sup>

### 6.3.1 Dritte und Sechste Richtlinie<sup>251</sup>

*Erstens* sind für die *Dritte und die Sechste Richtlinie* Vereinfachungsmaßnahmen bei den Berichtspflichten geplant: Verwaltungs- oder Leitungsorganen der beteiligten Gesellschaften haben nach der aktuellen Rechtslage im Zuge der Vorbereitung einer Verschmelzung oder Spaltung einen *ausführlichen schriftlichen Bericht* zu erstellen, indem der Verschmelzungs- bzw. Spaltungsplan rechtlich und wirtschaftlich erläutert wird.<sup>252</sup> Zudem ist die Erstellung eines *Berichtes durch einen unabhängigen Sachverständigen* zum Umtauschverhältnis der Aktien erforderlich.<sup>253</sup> Es ist weiters eine *Zwischenbilanz* für den Fall zu erstellen, dass sich der letzte Jahresabschluss auf ein Geschäftsjahr bezieht, das bereits mehr als sechs Monate vor der Aufstellung des Verschmelzungs- oder Spaltungsplanes abgelaufen ist.<sup>254</sup> Im Fall einer Spaltung besteht eine *doppelte Berichtspflicht* dahingehend, dass ein Sachverständigenbericht nach der *Zweiten Richtlinie* sowie ein Bericht über den Spaltungsplan zu erstellen ist, jedoch die *Sechste Richtlinie* den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit einräumt, vorzusehen, dass beide Berichte von ein und demselben Sachverständigen erstellt werden dürfen.<sup>255</sup> Diese Berichtspflichten stellen in den Augen der Kommission beseitigungsfähige Verwaltungslasten dar.

---

<sup>250</sup> KOM(2007) 394 endg., S. 13 ff.

<sup>251</sup> KOM(2007) 394 endg., Anhang 2

<sup>252</sup> Artikel 9 der Richtlinie 78/855/EWG bzw. Artikel 7 der Richtlinie 82/891/EWG

<sup>253</sup> Artikel 10 der Richtlinie 78/855/EWG bzw. Artikel 8 der Richtlinie 82/891/EWG

<sup>254</sup> Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 78/855/EWG bzw. Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 82/891/EWG

<sup>255</sup> Artikel 8 Absatz 3 der Richtlinie 82/891/EWG

*Zweitens* sollen die Dritte und Sechste Richtlinie an die Änderungsrichtlinie zur Zweiten Richtlinie („Kapitalrichtlinie“) im Bereich „Gläubigerschutz im Fall einer Kapitalherabsetzung“ angepasst werden.<sup>256</sup> Das Verfahren zum Schutz von Gläubigern, deren Forderung vor Bekanntmachung des Spaltungsplanes bekannt geworden ist, wurde in der Kapitalrichtlinie ausführlicher geregelt.

### **6.3.2 Erste und Elfte Richtlinie<sup>257</sup>**

Die *Erste Richtlinie* enthält für Unternehmen bestimmte Angaben, die gleichzeitig in das Handelsregister der Mitgliedstaaten einzutragen *und* in den nationalen Gesetzblättern zu veröffentlichen sind. Die durch die *doppelte Veröffentlichungsverpflichtung* entstehenden Zusatzkosten möchte die Kommission beseitigen. Ebenso enthält die *Elfte Richtlinie* spezielle Offenlegungspflichten für Zweigniederlassungen betreffend Urkunden und Angaben, die vorher in beglaubigter Form übersetzt und in das Handelsregister der Zweigniederlassung eingetragen werden müssen. Auch hier besteht laut Kommission Einsparungspotential in Hinblick auf die Anerkennung von beglaubigten Urkunden aus anderen Mitgliedstaaten und der Möglichkeit die Zweigniederlassung in das Handelsregister des Mitgliedstaates der Muttergesellschaft eintragen zu lassen.

### **6.3.3 Rechnungslegung und Abschlussprüfung<sup>258</sup>**

*Erstens* soll die Kategorie der *Kleinstbetriebe* eingeführt werden, wodurch erhebliche Erleichterungen für die kleinsten Gesellschaften mit beschränkter Haftung geschaffen werden sollen. Kleinstbetriebe sind laut Definitionsentwurf jene Gesellschaften, die weniger als 10 Beschäftigte, eine Bilanzsumme unter EUR 500.000 und einen Umsatz unter EUR 1.000.000 aufweisen. Sie sollen von den Rechnungslegungsrichtlinien zur Gänze und auch von den Vorgaben der Jahresabschlussrichtlinie befreit werden.

*Zweitens* soll die *Überschreitung von Schwellenwerten* für Kleine und Mittlere Unternehmen durch eine flexiblere Ausgestaltung neu geregelt werden. Derzeit gilt ein kleines Unternehmen als mittleres Unternehmen, wenn es die Schwellenwerte zwei Jahre hintereinander überschreitet. Für den umgekehrten Fall eines mittleren Unternehmens, welches schwellenwertmäßig bereits ein kleines Unternehmen ist, gilt ebenfalls die Zweijahresfrist. Eine Änderung in Richtung einer *fünffährigen Frist* für Unternehmen, die die Schwellenwerte überschreiten, und einer *einjährigen Frist* für Unternehmen, die wieder

---

<sup>256</sup> Artikel 32 der Richtlinie 77/91/EWG, geändert durch Artikel 1 Nummer 9 der Richtlinie 2006/68/EG

<sup>257</sup> KOM(2007) 394 endg., Anhang 3

<sup>258</sup> KOM(2007) 394 endg., Anhang 4

unter die Schwellenwerte fallen, würde laut Kommission den Verwaltungsaufwand deutlich verringern.

*Drittens* sollen *Offenlegungspflichten für Kleinunternehmer* überhaupt abgeschafft werden, weil die Bedeutung der Veröffentlichung von Abschlüssen bei Kleinunternehmen generell geringer ist. Abschlüsse werden nur von einer überschaubaren Anzahl von Stakeholdern, wie etwa Kreditinstitute und Lieferanten, benötigt, welche auch direkt Auskunft von Unternehmen verlangen könnten. Darüber hinaus sollen generell die Auflagen für Unternehmen, an deren Abschlüssen kein breites Interesse vorhanden ist, reduziert werden.

*Viertens* sollen Vereinfachungsmaßnahmen für alle Unternehmen in den Bereichen *Konsolidierung, Ausweisung latenter Steuern und Offenlegungspflichten* durchgesetzt werden.

## 7. Stand der Rechtsangleichung

### 7.1 Problemstellung

Die Harmonisierung des Gesellschaftsrechtes hat eine Reihe von Richtlinien hervorgebracht, deren Nummerierung seit 1968 (Erlass der Ersten Richtlinie) *listenmäßig* fortgeführt wird. Die Aufzählung der gesellschaftsrechtlichen Richtlinien überspringt immer dort die fortlaufende Nummerierung, wo ein Vorschlag erfolglos geblieben ist. Es besteht zwischen Richtlinien, welche nummernmäßig nacheinander gereiht sind, *kein Sachzusammenhang*.<sup>259</sup> Auf der Rechtsgrundlage von *Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV* wurden bis dato *15 gesellschaftsrechtliche Richtlinien*<sup>260</sup> sowie auf Grundlage von *Artikel 308 EGV 1 gesellschaftsrechtliche Richtlinie*<sup>261</sup> verabschiedet, welche – *inter alia* – Publizitätsvorschriften<sup>262</sup>, Regelungen bezüglich Mindestkapital sowie Kapitalerhaltung und Kapitalaufbringung<sup>263</sup>, Bestimmungen über ein harmonisiertes Bilanzrecht<sup>264</sup> oder Grundlagen für Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften in allen Mitgliedstaaten<sup>265</sup> beinhalten. Dieser Besitzstand unterliegt einer ständigen Fortentwicklung, sodass bereits eine Vielzahl von Änderungsrichtlinien<sup>266</sup> und andere Initiativen ergangen sind.

In ihrer jüngsten Mitteilung über ein vereinfachtes Unternehmensumfeld in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung und Abschlussprüfung vom 10.7.2007<sup>267</sup> untersucht die Kommission, inwieweit die bereits ergangenen Richtlinien im Gesellschaftsrecht für Unternehmen Verwaltungsaufwand und daher Kosten verursachen, dem kein nennenswerter Nutzen entgegensteht.<sup>268</sup> Im Folgenden wird einerseits der aktuelle Angleichungsstand *nach Sachbereichen untergliedert* dargestellt sowie andererseits kritisch zu geplanten Reformbestrebungen der Kommission Stellung genommen.

---

<sup>259</sup> Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 44 EG, Rn. 30

<sup>260</sup> siehe die Richtlinienübersicht: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/official/index\\_de.htm#directives](http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_de.htm#directives)

<sup>261</sup> Richtlinie 2001/86/EG von 9.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer

<sup>262</sup> RL 68/151/EWG, AB1 1968 L 65, 8

<sup>263</sup> RL 77/191/EWG, AB1 1977 L 26, 1 idF. RL 92/101/EWG, AB1 1992 L 347, 64

<sup>264</sup> RL 78/660/EWG AB1 1978 L 222, 11 idF. der RL 94/8/EG, AB1 1994 L 82, 33

<sup>265</sup> RL 78/855/EWG, AB1 1978 L 295, 36

<sup>266</sup> siehe RL 92/101/EWG zur Änderung der RL 77/91/EWG

<sup>267</sup> KOM(2007) 394, endg.

<sup>268</sup> Kuck in ELR 2/2008, Vereinfachungen im Europäischen Gesellschaftsrecht – Aktuelle Diskussion über Vorschläge der Kommission, S. 69 ff.

## 7.2 Richtlinienübersicht und Stand der Umsetzung<sup>269</sup>

### STAND DER UMSETZUNG AUF DEM GEBIET DES GESELLSCHAFTSRECHTS VOM 18.7.2008

Richtlinien	Umsetzungsfrist	AT	BE	BG	CY	CZ	DE	DK	EE	EL	ES	FI	FR	HU	IE	IT	LT	LU	LV	MT	NL	PL	PT	RO	SE	SI	SK	UK	
Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 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 vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten	11.09.1969	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok
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 fuer die Gruendung der Aktiengesellschaft sowie fuer die Erhaltung und Aenderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten	17.12.1978	ok	ok	ex	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ex	ok	ok	ok	ok
Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 gemaess Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften	13.10.1981	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ex	ok	ok	ok	ok
Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages ueber den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen	31.07.1980	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17. Dezember 1982 gemaess Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften	01.01.1986	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ex	ok	ok	ok	ok
Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages ueber den konsolidierten Abschluss	31.12.1987	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Achte Richtlinie 84/253/EWG des Rates vom 10. April 1984 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages ueber die Zulassung der mit der Pflichtprüfung der Rechnungslegungsunterlagen beauftragten Personen	01.01.1990	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 ueber die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen	01.01.1992	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ex	ok	ok	ok	ok
Zwoelfte Richtlinie 89/667/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschaenkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter	01.01.1992	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ex	ok	ok	ok	ok
Richtlinie 2001/86/EG von 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer	08.10.2004	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a
Richtlinie 2003/58/EG von 15.7.2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG des Rates in Bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen	30.12.2006	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ex	ok	ok	ok	cp	ok	ok	cp	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ex	ok	ok
Richtlinie 2004/25/EG vom 21.04.2004 betreffend Übernahmeangebote (Text von Bedeutung für den EWR)	20.05.2006	ok	ok	ex	ok	ex	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ok	ex	ok	ok	ok	ok
Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten	15.12.2007	ex	ex	ex	ex	ex	ex	ex	ex	nc	nc	ex	nc	ex	ex	ex	cp	cp	ex	ex	ex	ex	nc	ex	cp	ex	ex	ex	
Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf die Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals (Text von Bedeutung für den EWR)	15.04.2008	ex	nc	ex	nc	ex	ex	ex	ex	nc	ex	ex	ex	ex	nc	cp	nc	ex	cp	ex	ex	nc	nc	ex	nc	nc	ex	nc	ex
Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften	03.08.2009	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc
Richtlinie 2007/63/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 zur Änderung der Richtlinien 78/855/EWG und 82/891/EWG des Rates hinsichtlich des Erfordernisses der Erstellung eines Berichts durch einen unabhängigen Sachverständigen anlässlich der Verschmelzung oder der Spaltung von Aktiengesellschaften	31.12.2008	ex	nc	nc	nc	ex	ex	nc	ex	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	nc	ex	nc	nc	nc	nc	ex	nc	nc	ex	nc	ex

n/a = keine Angabe  
 cp = Anzeige zur teilweisen Umsetzung von der Kommission erhalten  
 nc = keine Anzeige zur Umsetzung von der Kommission erhalten  
 ex = Anzeige zur Umsetzung von der Kommission erhalten und wird überprüft  
 ok = Anzeige zur Umsetzung von der Kommission erhalten und überprüft bzw. keine Anzeige erforderlich

<sup>269</sup> siehe unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/official/index\\_de.htm#directives](http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_de.htm#directives) und [http://ec.europa.eu/internal\\_market/accounting/officialdocs\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/officialdocs_de.htm)

### 7.3 Besitzstand betreffend innerstaatliche Sachverhalte

#### 7.3.1 Zweite Richtlinie: Kapitalrichtlinie – RL 77/91/EWG

Die Kapitalrichtlinie dient der Angleichung unterschiedlicher nationaler Rechte hinsichtlich *Gründung und Kapitalgrundlage* der Gesellschaft.<sup>270</sup> Ihrem Anwendungsbereich unterliegen *Aktiengesellschaften*, nicht umfasst werden die *GmbH* und ihr vergleichbare Gesellschaftsformen wie die englische *private limited*. Sie regelt allerdings nicht nur Fragen der Kapitalaufbringung- und -erhaltung, sondern auch allgemeine Fragen der Gründung und des Satzungsinhaltes. Der Gemeinschaftsgesetzgeber vertrat die Auffassung, dass die Satzung über die wesentlichen Merkmale der Gesellschaft insbesondere über das Gesellschaftskapital Auskunft geben sollte.<sup>271</sup>

Im Schutzbereich der Richtlinie stehen grundsätzlich *Gläubiger und Aktionäre*. Den Interessen ersterer wird durch Einführung des *Grundsatzes des festen Kapitals* entsprochen, wonach die Grenzen für zulässige Ausschüttungen an die Gesellschafter festgelegt werden. Da die Aktionäre von Aktiengesellschaften nicht persönlich für die Schulden der Gesellschaft haften, sorgen die Einführung eines gemeinschaftsweiten Mindestkapitals von EUR 25.000 und strenge Vorschriften der Kapitalerhaltung (z.B. das Verbot der Unterpari-Emission gemäß Artikel 8) dafür, dass Gläubiger ausreichend geschützt sind (Artikel 6 und 34). Geregelt wird allerdings nicht nur das Mindestkapital, sondern auch die Leistung von Bar- und Sacheinlagen (Artikel 25 bis 27), der Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft (Artikel 19), die Einziehung von Aktien und Veränderungen des Kapitals im Wege der Kapitalerhöhung und Herabsetzung (Artikel 36 ff.). Dem *Schutz der Aktionäre* wird vor allem durch Vorschriften über die Beteiligung der Hauptversammlung an Kapitalmaßnahmen, durch Informationspflichten bei schweren Verlusten, die Einführung eines Bezugsrechtes für Aktionäre bei Kapitalerhöhungen (Artikel 29) und die Statuierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes Rechnung getragen (Artikel 42).<sup>272</sup>

Die Kapitalrichtlinie wurde zweimal geändert. Eine *erste Änderungsrichtlinie* – RL 92/101/EWG<sup>273</sup> fügte *Artikel 24a* ein, der den Erwerb eigener Aktien auch für

---

<sup>270</sup> *Drinhausen* in Hailbronner/Wilms, EU, 1. Lfg., 10/2002, Rn. 20

<sup>271</sup> *Grünwald*, Europäisches Gesellschaftsrecht (1999), S. 35

<sup>272</sup> *Habersack*, EuGesR, § 6 Rn. 3

<sup>273</sup> Richtlinie 92/101/EWG des Rates vom 23. November 1992 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG über die Gründung der Aktiengesellschaft sowie die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals, ABl. Nr. L 347/64 v. 28.11.1992



Tochtergesellschaften regelt. Eine auf die SLIM-Initiative<sup>274</sup> basierende *zweite Änderungsrichtlinie* – RL 2006/68/EG brachte Erleichterungen bei der Sachkapitalerhöhung, beim Erwerb eigener Aktien und bei Beschränkungen oder dem Ausschluss von Bezugsrechten. Darüber hinaus wurde ein *Ausschluss- und Andienungsrecht*<sup>275</sup> eingeführt.<sup>276</sup>

### 7.3.2 Dritte Richtlinie: Verschmelzungsrichtlinie – RL 78/855/EWG

Die Verschmelzung bezweckt die *Vermögenszusammenführung* von Kapitalgesellschaften durch *Gesamtrechtsnachfolge*. Dabei geht das Vermögen der übertragenden Gesellschaft(en) *uno actu und ohne Liquidation* auf die übernehmende Gesellschaft über. Verschmelzungsfähig sind alleine *Aktiengesellschaften*, die GmbH unterliegt nicht ihrem Anwendungsbereich.<sup>277</sup> Erfasst sind auch nur Verschmelzungen, bei denen alle daran beteiligten Aktiengesellschaften dem Recht ein- und desselben Mitgliedstaates unterliegen („*nationale, innerstaatliche Verschmelzungen*“)<sup>278</sup>. Die grenzüberschreitende Verschmelzung ist Gegenstand einer eigenen Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften.<sup>279</sup> Schließlich stellt die Richtlinie sicher, dass alle Mitgliedstaaten das Institut der Verschmelzung in ihr nationales Recht aufgenommen haben.<sup>280</sup>

Durch die Richtlinie soll im Gemeinschaftsgebiet ein einheitlicher *Mindestschutz für Aktionäre und Gläubiger*, die bei einem Erlöschen der übertragenden Gesellschaft betroffen sind, gewährleistet werden. Nach überzeugender Ansicht *Trobergs* fallen auch die Arbeitnehmer als „*Dritte*“ im Sinne des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV in ihren Schutzbereich. Sie haben nach der Richtlinie zwar nur ein *Informations- und Anhörungsrecht*, dieses wird allerdings für innerstaatliche Verschmelzungen als

---

<sup>274</sup> SLIM steht für „*Simpler Legislation for the Internal Market*“

<sup>275</sup> Mehrheitsaktionäre sollen unter bestimmten Bedingungen das Recht erhalten, Minderheitsaktionären ihre Anteile zu einem angemessenen Preis abzukaufen, während Minderheitsaktionäre das Recht erhalten sollen, vom Mehrheitsaktionär die Übernahme ihrer Aktien zu verlangen

<sup>276</sup> Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals, ABl. L 264 vom 25.9.2006

<sup>277</sup> Das öGmbHG verweist jedoch auf die Verschmelzungsregelungen des öAktG, wodurch die Richtlinie auch mittelbare Bedeutung für die GmbH hat

<sup>278</sup> *Grünwald*, Europäisches Gesellschaftsrecht (1999), S. 31

<sup>279</sup> Richtlinie 2005/56/EG; vgl auch EuGH, Urteil v. 13.12.2005, C-411/03, Slg 2005, I-00000

<sup>280</sup> Bis zum Zeitpunkt der Umsetzung der RL 78/855/EWG kannte das *niederländische Recht* keine Verschmelzung von Aktiengesellschaften

ausreichend qualifiziert, da die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ja wiederum den innerstaatlichen Mitbestimmungsrechten unterliegt.<sup>281</sup>

Die Verschmelzungsrichtlinie unterscheidet grundsätzlich zwischen zwei Verschmelzungsarten: der *Verschmelzung durch Aufnahme* und der *Verschmelzung durch Neugründung* (Artikel 3 und 4). Die Artikel 5 bis 22 normieren detaillierte Vorschriften über Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsfolgen der Verschmelzung durch Aufnahme. Dort finden sich vor allem Regelungen betreffend den Verschmelzungsplan, seine Offenlegung, die Verschmelzungsprüfung, die Einrichtung eines Gläubigerschutzsystems und Haftungsregelungen von Leitungsorganen und Sachverständigen. Die *Verschmelzung durch Neugründung* wird in Artikel 23 geregelt, wobei für diese Verschmelzungsform weitgehend die Bestimmungen über die Verschmelzung durch Aufnahme zur Anwendung gelangen.

### 7.3.3 Sechste Richtlinie: Spaltungsrichtlinie – RL 82/891/EWG

Während die Verschmelzung die Vermögenszusammenführung von Gesellschaften bezweckt, geht es bei der Spaltung um die *Vermögensaufteilung*. Zwischen Spaltung und Verschmelzung besteht daher ein *sachliches Naheverhältnis*.<sup>282</sup> Der wesentliche Unterschied zur Verschmelzung besteht darin, dass das Vermögen der sich spaltenden Gesellschaft nach Maßgabe eines Spaltungsplanes geteilt wird und auf *mindestens zwei* bestehende oder neu gegründete Gesellschaften übergeht. Eine Gesamtrechtsnachfolge *uno actu und ungeteilt* auf eine oder mehrere Personen findet nicht statt.<sup>283</sup>

Die Spaltungsrichtlinie umfasst nur die Spaltung von *Aktiengesellschaften*. Sie soll den *Schutz der Aktionäre und Gläubiger* der betroffenen Gesellschaften sicherstellen und orientiert sich dabei inhaltlich und formal weitgehend an der Verschmelzungsrichtlinie. Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zur Verschmelzungsrichtlinie ist, dass die Spaltungsrichtlinie nur in jenen Mitgliedstaaten gilt, in denen die Spaltung als Rechtsinstitut anerkannt ist.<sup>284</sup> Sie ist daher nur an diejenigen Mitgliedstaaten gerichtet, welche das Institut der Spaltung bereits geregelt haben oder künftig regeln wollen.<sup>285</sup>

---

<sup>281</sup> Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 44 EG, Rn. 39; Habersack, EuGesR, § 7 Rn. 1

<sup>282</sup> siehe Teichmann in Lutter (Fn. 11), § 123 Rn. 18

<sup>283</sup> Habersack, EuGesR, § 7 Rn. 31

<sup>284</sup> Grünwald, Europäisches Gesellschaftsrecht (1999), S. 33

<sup>285</sup> Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Art. 44 EG, Rn. 41

Wie auch bei der Verschmelzung unterscheidet der Gemeinschaftsgesetzgeber zwischen der *Spaltung zur Aufnahme* (Artikel 2 bis 20) und der *Spaltung zur Neugründung* (Artikel 21 ff.). Die Spaltung zur Neugründung orientiert sich weitgehend an den Bestimmungen der Spaltung zur Aufnahme, was durch Verweise in der Richtlinie zum Ausdruck kommt. Das Vermögen der Gesellschaft geht dabei *ipso iure* auf die begünstigten Gesellschaften über (Artikel 17). Zu beachten ist dabei, dass die beiden Rechtsnachfolger das Vermögen der gespaltenen Gesellschaft nicht gemeinschaftlich erwerben, sondern im Rahmen eines *Spaltungsplanes* eine genaue Beschreibung und Aufteilung des Vermögens vorgenommen wird. Mit Wirksamkeit der Spaltung kommt es schließlich zur „*partiellen Gesamtrechtsnachfolge*“ der begünstigten Gesellschaften in das Vermögen der gespaltenen Gesellschaft. Diese Bezeichnung soll verdeutlichen, dass es keiner Einzelrechtsnachfolge für die Übertragung der einzelnen Vermögenswerte bedarf, sondern die Übertragung vielmehr *uno actu* erfolgt, allerdings die begünstigten Gesellschaften nur jene ihnen im Spaltungsplan zugewiesenen Teile des Gesamtvermögens der gespaltenen Gesellschaft erhalten.<sup>286</sup>

In das österreichische Gesellschaftsrecht fand die Spaltung durch das *GesRÄG 1993* in Form des Spaltungsgesetzes („SpaltG“) Eingang. Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie wurden durch die *Änderungsrichtlinie RL 2007/63/EG* dahingehend abgeändert, dass weder die Prüfung des *Verschmelzungsplanes* (oder Spaltungsplanes) noch die *Erstellung eines Sachverständigenberichtes* erforderlich sind, wenn *alle Aktionäre und Inhaber anderer mit einem Stimmrecht verbundener Wertpapiere* der an der Verschmelzung (Spaltung) beteiligten Gesellschaften darauf verzichtet haben.<sup>287</sup>

#### **7.3.4 Zwölfte Richtlinie: Einpersonengesellschaftsrichtlinie – RL 89/667/EWG**

Die Einpersonengesellschaftsrichtlinie sieht vor, dass Einzelunternehmern in der gesamten Gemeinschaft das rechtliche Instrument einer Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung geboten werden soll. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Gründung einer Einpersonengesellschaft, und soll die Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile der GmbH in der Hand eines

---

<sup>286</sup> *Teichmann* in Lutter (Fn. 11), § 123 Rn. 8 f., *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* (Fn. 37), § 131 Rn. 1; eingehend dazu *K. Schmidt* AcP 191 (1991), S. 495 ff.

<sup>287</sup> Richtlinie 2007/63/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 zur Änderung der Richtlinien 78/855/EWG und 82/891/EWG des Rates hinsichtlich des Erfordernisses der Erstellung eines Berichts durch einen unabhängigen Sachverständigen anlässlich der Verschmelzung oder der Spaltung von Aktiengesellschaften, ABl. L 300 vom 17.11.2007

einzigem Gesellschafter ermöglichen. Die Umsetzung der Einpersonengesellschaftsrichtlinie erfolgte in Österreich durch das EU-GesRÄG.<sup>288</sup>

Erfasst sind die Rechtsform der *GmbH* und die ihr ähnlichen Rechtsformen in den anderen Mitgliedstaaten. Zusätzlich kommt den Mitgliedstaaten nach Artikel 6 ein *Wahlrecht für eine Einpersonen-AG* zu. In einem solchen Fall sind die entsprechenden Mindestkapitalerfordernisse der Kapitalrichtlinie zu beachten.

Einpersonengesellschaften bedeuten aufgrund des Mankos an internen Kontrollmechanismen immer auch ein *Risiko für Gläubiger*. Durch Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in der Hand einer Person kann es mitunter zu unkontrollierbaren Verschiebungen von Gesellschaftsvermögen kommen. Zu denken ist dabei etwa an eine Vermögensverschiebung in die Gesellschaft zu Lasten der Privatgläubiger oder eine Verschiebung in das Privatvermögen zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger. Besondere Schutzmechanismen sind daher erforderlich. Artikel 3 bis 5 sollen diesen Risiken Rechnung tragen und ein Mindestniveau an *Publizität und Transparenz* sicher stellen.<sup>289</sup>

### 7.3.5 Reformbestrebungen

In ihrer Mitteilung über ein vereinfachtes Unternehmensumfeld in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Rechnungslegung und Abschlussprüfung vom 10.7.2007<sup>290</sup> erwägt die Kommission – *inter alia* – eine *völlige Streichung* der Kapitalrichtlinie sowie der Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie mit der Begründung, dass diese Gemeinschaftsmaßnahmen *rein innerstaatliche Sachverhalte* betreffen.

Alternativ zu einer völligen Streichung bestimmter Richtlinien kommen für die Kommission *Vereinfachungsmaßnahmen* in Betracht, die für die Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie vor allem im Bereich der Berichtspflichten von Relevanz sind. Die Beseitigung von Berichtspflichten ist vor allem dort sinnvoll, wo *doppelte Berichtspflichten* einen Verwaltungsmehraufwand verursachen.<sup>291</sup>

---

<sup>288</sup> Grünwald, Europäisches Gesellschaftsrecht (1999), S. 38

<sup>289</sup> Habersack, EuGesR, § 9 Rn. 2

<sup>290</sup> KOM (2007) 0394

<sup>291</sup> Dies kann bei der Spaltung und Verschmelzung der Fall sein, wenn gleichzeitig eine Sacheinlagenprüfung nach Artikel 10 der Kapitalrichtlinie durchzuführen ist; siehe Kuck in ELR 2/2008, Vereinfachungen im Europäischen Gesellschaftsrecht – Aktuelle Diskussion über Vorschläge der Kommission, S. 71

(i) Pro Argumente einer Streichung

Für eine Streichung der Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie spricht nach Ansicht der Kommission die nach wie vor herrschende Heterogenität im nationalen Umgründungsrecht. Da die Richtlinien keine vollständige Harmonisierung vorsehen, schaffen sie auch keine gleichen Wettbewerbsbedingungen. Ähnliche Überlegungen gibt es zur Kapitalrichtlinie, wobei insbesondere das Kapitalerhaltungskonzept der Richtlinie problematisch ist. Ziel müsste es sein den Unternehmen bei den Ausschüttungen an die Aktionäre mehr Spielraum zu verschaffen. Zudem wurden in einigen Mitgliedstaaten neue nationale Rechtsformen geschaffen, welche nicht mehr in den Geltungsbereich der Kapitalrichtlinie fallen, um jene Flexibilität zu bieten, die der Richtlinie in Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen fehlt.<sup>292</sup>

(ii) Contra Argumente einer Streichung

Gegen eine vollständige Streichung der Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie sprechen nach Ansicht von *Kuck* vor allem vier Gründe:<sup>293</sup> *Erstens* schaffen diese Richtlinien das erforderliche „*level playing field*“, auf dem es zu einem Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen kommt und sichern zusätzlich die Vergleichbarkeit der nationalen Gesellschaftsrechte. *Zweitens* würde die Streichung der Verschmelzungsrichtlinie eine Nachrüstung der Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung erfordern, da sie strukturell auf ihr aufbaut. *Drittens* wäre eine völlige Abschaffung von Richtlinien ein widersprüchliches Signal für die Vollendung des Binnenmarktes (Artikel 3 Absatz 1) und der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit (Artikel 44 Absatz 1), die ja auf der Harmonisierung des Gesellschaftsrechtes basieren. Und *Viertens* wurden die Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie im Jahr 2007 bereits dahingehend vereinfacht, dass Verzichtsmöglichkeiten hinsichtlich des Verschmelzungs- und Spaltungsplanes sowie der entsprechenden Sachverständigengutachten vorgenommen wurden.<sup>294</sup>

Gegen eine Streichung der Kapitalrichtlinie lässt sich vor allem die erst 2006 vorgenommene Änderungsrichtlinie<sup>295</sup> ins Treffen führen, wonach auf Berichtspflichten und

---

<sup>292</sup> KOM (2007) 0394, S. 5

<sup>293</sup> *Kuck* in ELR 2/2008, Vereinfachungen im Europäischen Gesellschaftsrecht – Aktuelle Diskussion über Vorschläge der Kommission, S. 70

<sup>294</sup> Umsetzungsfrist zum 31.12.2008

<sup>295</sup> RL 2006/68/EG

Sachverständigengutachten verzichtet wird.<sup>296</sup> Die Auswirkungen dieses Vereinfachungsprozesses sind aufgrund der erst im April 2008 abgelaufenen Umsetzungsfrist noch nicht absehbar. Unter diesem Aspekt wäre daher die Abschaffung der Kapitalrichtlinie überstürzt und würde den bereits vollzogenen Entbürokratisierungsmaßnahmen keinen Entwicklungsspielraum lassen.

(iii) Auswirkungen der Streichung

Es ist meiner Einschätzung nach von Interesse das Gedankenexperiment einer möglichen Streichung von Richtlinien auf etwaige rechtliche Konsequenzen näher zu beleuchten. Alle dafür in Betracht gezogenen Richtlinien wurden durch die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt, weshalb von einer gemeinschaftsweiten Mindestangleichung in den Bereichen Kapitalaufbringung und -erhaltung, Verschmelzungs- und Spaltungsrecht auszugehen ist. Würde die Gemeinschaft die völlige Streichung vornehmen, ist fraglich, ob die nationalen Gesetzgeber weiterhin an den vorgegebenen Besitzstand gebunden sind. Die Grundlage der Bindungswirkung resultiert aus den jeweiligen Richtlinien, zu deren Umsetzung den Mitgliedstaaten eine bestimmte Frist gesetzt wird. Nach Ablauf der Frist haben die nationalen Gesetzgeber in aller Regel den europarechtlichen Besitzstand durch Umsetzungsgesetze in ihre nationalen Rechtsordnungen implementiert. Wird eine Richtlinie im Nachhinein aufgelöst, fällt meiner Einschätzung nach ebenfalls die ihr zugrundegelegte Umsetzungsverpflichtung weg. Ein Mitgliedstaat könnte in einem solchen Fall rein theoretisch die Umsetzungsmaßnahmen rückgängig machen und in seine alte Rechtslage zurückkehren, ohne dass dagegen eine geeignete Sanktion seitens der Gemeinschaft bestünde. Es wäre nach Wegfall einer europarechtlichen Vorgabe nicht mehr verpflichtend davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten ihre Gesellschaftsrechte im Sinne der Rechtsangleichung aufrechterhalten. Die nationalen Gesetzgeber könnten solange es keine gemeinschaftsweiten Regelungen gibt, ihr Gesellschaftsrecht auch *unter die Mindestangleichung* der einst bestehenden Richtlinien abändern. Einer Modifizierung des Aktienrechtes dahingehend, dass die Aktiengesellschaft eines Mitgliedstaates weniger als EUR 25.000 Mindestkapital aufbringen muss, würde nach diesem Szenario nichts mehr entgegenstehen.

Schließlich besteht der Besitzstand des Europäischen Gesellschaftsrechtes aus mehreren Rechtsschichten, welche systematisch aufeinander aufbauen und auch Ausdruck eines

---

<sup>296</sup> Die Beseitigung von Berichtspflichten ist vor allem dort sinnvoll, wo *doppelte Berichtspflichten* einen Verwaltungsmehraufwand verursachen. Dies kann bei der Spaltung und Verschmelzung der Fall sein, wenn gleichzeitig eine Sacheinlagenprüfung nach der Kapitalrichtlinie durchzuführen ist

politischen Kompromisses waren. Während die Publizitätsrichtlinie und die Kapitalrichtlinie noch in der Tradition des deutschen Handels- und Aktienrechtes stehen, orientieren sich Jahresabschluss- und Konzernrichtlinie bereits vielmehr am anglo-amerikanischen Rechtssystem.<sup>297</sup> Der Wegfall von bereits umgesetzten Richtlinien würde meiner Einschätzung nach das über Jahrzehnte gewachsene Rechtsgerüst beeinträchtigen und den zwischen kontinentaleuropäischer und angloamerikanischer Rechtstradition erzielten Kompromisscharakter des gesellschaftsrechtlichen „*acquis communautaire*“ gefährden. Wesentliche Steuerungsinstrumente für die Rechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten würden *ad hoc* abhanden kommen.

## 7.4 Besitzstand betreffend grenzübergreifende Sachverhalte

### 7.4.1 Erste Richtlinie: Publizitätsrichtlinie – RL 68/151/EWG

Die Publizitätsrichtlinie will die Offenlegung bestimmter Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zum Schutz Dritter gewährleisten und ihnen die Beschaffung von notwendigen Informationen ermöglichen. Zusätzlich wird der Rechtsverkehr durch weitgehende *Beschränkung der Unwirksamkeit von Vertretungshandlungen* und der *Nichtigkeit von Gesellschaften* geschützt.<sup>298</sup> Dritte sollen sich nicht nur die notwendigen Informationen über die Gesellschaft beschaffen können, sondern auch auf die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft abgegebenen Willenserklärungen sowie auf den Bestand der in einem Register eingetragenen Gesellschaften vertrauen dürfen.<sup>299</sup> Die Richtlinienbestimmungen stellen nur eine *Mindestgrenze der offenlegungspflichtigen Tatsachen* dar.<sup>300</sup> Sachliche Änderungen wurden durch die *Änderungsrichtlinie 2003/58/EG* vorgenommen, welche vorschreibt, dass die offenlegungspflichtigen Daten über ein Unternehmen spätestens ab dem 1.1.2007 über „eine Akte“ zentral elektronisch abrufbar sein müssen.<sup>301</sup>

Im Wesentlichen gliedert sich die Publizitätsrichtlinie in *drei Regelungsbereiche*:<sup>302</sup> Nach Artikel 2 und 3 Absatz 1 bis 3 der Richtlinie sind bestimmte Tatsachen („*Urkunden und Angaben*“) in einer Akte der Gesellschaft bei einem öffentlichen Register offenzulegen. Zu den *offenlegungspflichtigen Tatsachen* zählen vor allem die Satzung der Gesellschaft und ihre Änderungen, die Organmitglieder und die Vertretungsregelungen, der Betrag des

<sup>297</sup> Habersack, EuGesR, § 4 Rn. 9

<sup>298</sup> Grünwald, Europäisches Gesellschaftsrecht (1999), S. 19

<sup>299</sup> Habersack, EuGesR, § 5 Rn. 2

<sup>300</sup> siehe in Österreich §§ 3 ff FBG

<sup>301</sup> Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG des Rates in Bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABl. L 221 vom 4.9.2003

<sup>302</sup> Grünwald, Europäisches Gesellschaftsrecht (1999), S. 20

gezeichneten Kapitals, die Bilanz und die Gewinn und Verlustrechnung für jedes Geschäftsjahr sowie die Angaben einer Sitzverlegung oder der Liquidation der Gesellschaft. Artikel 3 Absatz 4 regelt die Bekanntmachung der der Offenlegung unterliegenden Tatsachen in einem vom Mitgliedstaat bestimmten *Amtsblatt*. In Österreich handelt es sich hierbei um das „*Amtsblatt zur Wiener Zeitung*“. Artikel 4 schreibt weiters die Angabe bestimmter Tatsachen auf Briefen und Bestellscheinen vor. In Artikel 6 werden den Mitgliedstaaten noch geeignete Maßnahmen auferlegt, wenn die Offenlegung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung unterbleibt oder die obligatorischen Angaben auf den Geschäftspapieren fehlen.

Der Titel des *zweiten Abschnittes* lautet „*Gültigkeit der von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen*“ und behandelt die Rechtsgültigkeit von Geschäften zwischen der Gesellschaft und Dritten. Zentrale Bestimmung ist hierbei Artikel 9 Absatz 1, wonach die Gesellschaft Dritten gegenüber durch Handlungen ihrer Organe verpflichtet wird, selbst wenn die Handlungen nicht zum Gegenstand des Unternehmens gehören. Ausgeschlossen wird damit die Anwendung der anglo-amerikanischen „*ultra-vires*“ – *Lehre*, wonach die Rechtsfähigkeit von juristischen Personen auf ihre jeweiligen Aufgaben und Zwecke beschränkt ist. Allerdings sieht die Richtlinie ein *Wahlrecht* dergestalt vor, dass für Handlungen, die den Rahmen des Unternehmensgegenstandes überschreiten, der Gesellschaft zur Vermeidung der Verpflichtung der Beweis offen steht, dass dem Dritten das Überschreiten des Unternehmensgegenstandes bekannt war oder bekannt sein musste.<sup>303</sup> Artikel 9 Absatz 2 legt schließlich noch den *Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis* fest. Interne Beschränkungen der Vertretungsmacht von Organen können Dritten gegenüber nicht entgegengehalten werden.

Der *dritte Abschnitt* bezieht sich auf die „*Nichtigkeit der Gesellschaft*“. Artikel 11 sieht vor, dass die Nichtigkeit einer Gesellschaft an eine gerichtliche Entscheidung gebunden sein muss. Auch eine *taxative* Aufzählung von Nichtigkeitsgründen wird normiert, sodass der Gesetzgeber einzelne oder sämtliche, aber keine darüber hinausgehenden Gründe in seiner nationalen Rechtsordnung vorsehen kann.

#### 7.4.2 Elfte Richtlinie: Zweigniederlassungsrichtlinie – RL 89/666/EWG

Die Zweigniederlassungsrichtlinie dient der Sicherung des Rechtes jeder in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft gegründeten Gesellschaft, in anderen Mitgliedstaaten der

---

<sup>303</sup> *Grünwald*, Europäisches Gesellschaftsrecht (1999), S. 21



Gemeinschaft Zweigniederlassungen errichten zu dürfen. Angestrebt ist eine *Harmonisierung* der unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten für die *förmliche Errichtung und Eintragung einer Zweigniederlassung*.<sup>304</sup> Die Richtlinie steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Publizitätsrichtlinie und den Bilanzrichtlinien und ergänzt die von diesen statuierten *Offenlegungspflichten*.<sup>305</sup> Bis zu ihrem Erlass waren zwar Tochtergesellschaften den Offenlegungs- und Bilanzpflichten unterworfen, allerdings fehlte eine entsprechende Ausdehnung auf den Anwendungsbereich der Zweigniederlassungen. Damit trägt die Richtlinie der Tatsache Rechnung, dass die Ausübung der Niederlassungsfreiheit gemäß den Artikeln 43 EGV bis 48 EGV nicht nur über die Gründung von Tochtergesellschaften, sondern auch über die Errichtung von Zweigniederlassungen im Ausland erfolgen kann. Insbesondere soll sichergestellt werden, dass *Gesellschaften mit ausländischen Tochtergesellschaften* gegenüber *Gesellschaften mit ausländischen Zweigniederlassungen* gleich behandelt werden.

Erfasst von der Zweigniederlassungsrichtlinie sind *Kapitalgesellschaften*, mit Ausnahme der Zweigniederlassungen von Kredit- und Finanzinstitutionen, für die besondere Vorschriften in der Bankenzweigniederlassungsrichtlinie 1989 vorgesehen sind, sowie *wahlweise* Zweigniederlassungen ausländischer Versicherungsgesellschaften. Weiters sind nicht nur Zweigniederlassungen von *Gesellschaften aus EU/EWR-Staaten*, sondern auch aus *Drittländern* umfasst.

Die inhaltlichen Aspekte der Zweigniederlassungsrichtlinie lassen sich wie folgt zusammenfassen:<sup>306</sup> Artikel 1 statuiert zunächst eine *Offenlegungspflicht* für Zweigniederlassungen von Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten, gefolgt von näheren Regelungen in Artikel 2 über den Umfang der *offenlegungspflichtigen Urkunden und Angaben*. Danach sind die Anschrift und die Tätigkeit der Zweigniederlassung, das für die Hauptniederlassung zuständige Register sowie deren Firma und Rechtsform, die vertretungsbefugten Organe der Hauptniederlassung bzw. die ständigen Vertreter der Zweigniederlassung, die Auflösung bzw. ein Insolvenzverfahren der Gesellschaft sowie Rechnungslegungsunterlagen der Hauptniederlassung zwingend offen zu legen.<sup>307</sup>

---

<sup>304</sup> *Drinhausen* in Hailbronner/Wilms, EU, 1. Lfg., 10/2002, Rn. 38

<sup>305</sup> *Habersack*, EuGesR, § 5 Rn. 43

<sup>306</sup> *Grünwald*, Europäisches Gesellschaftsrecht (1999), S. 22

<sup>307</sup> In Österreich wird diesen Richtlinienerfordernissen seit dem EU-GesRÄG durch § 254 AktG bzw. § 107 GmbHG entsprochen

Gemäß Artikel 3 sind die nach dem am Sitz der Hauptniederlassung maßgeblichen Recht erstellten, geprüften und dort offen gelegten Rechnungslegungsunterlagen auch beim Register der Zweigniederlassung offen zu legen. Die Mitgliedstaaten können gemäß Artikel 4 die Offenlegung in einer anderen Amtssprache vorschreiben.<sup>308</sup> Artikel 6 normiert für die Mitgliedstaaten, dass auf Geschäftsbriefen und Bestellscheinen, auch Angaben über das für die Zweigniederlassung zuständige Register enthalten sein müssen.<sup>309</sup>

Für *Zweigniederlassungen von Gesellschaften aus Drittstaaten* sieht die Richtlinie eine *Mindestharmonisierung* der Offenlegungspflichten vor.<sup>310</sup> Besonders hervorzuheben sind hierbei die Artikel 8 litera j und Artikel 9. Demnach besteht grundsätzlich eine Offenlegungsverpflichtung für nach dem Recht des Drittstaates erstellte, geprüfte und offen gelegte Rechnungslegungsunterlagen. Entsprechen die Unterlagen allerdings nicht den Standards der Jahresabschlussrichtlinie<sup>311</sup> und der Konzernanschlussrichtlinie<sup>312</sup>, haben die Mitgliedstaaten ein *Wahlrecht* Unterlagen entsprechenden Standards erstellen und offen legen zu lassen.<sup>313</sup>

#### 7.4.3 Reformbestrebungen

Reformbestrebungen der Kommission für die Publizitätsrichtlinie und die Zweigniederlassungsrichtlinie erschöpfen sich im Wesentlichen auf die Art und Weise der Veröffentlichung von Informationen über Unternehmen, da diese noch immer nicht den neuesten technologischen Möglichkeiten Rechnung tragen:<sup>314</sup>

##### (i) Abschaffung der Doppelveröffentlichung

*Erstens* soll eine *Doppelveröffentlichung* im nationalen Gesetzblatt und im elektronischen Register verhindert werden, weil Unternehmen dadurch zusätzliche Kosten entstehen. Nach der *Publizitätsrichtlinie* sind bestimmte Unternehmensangaben sowohl in das *Handelsregister der Mitgliedstaaten* einzutragen als auch in *nationalen Gesetzblättern* zu veröffentlichen. Nach Artikel 3 Absatz 2 müssen die Mitgliedstaaten seit Januar 2007 den Unternehmen ermöglichen, Urkunden und Angaben auch elektronisch einzureichen. Durch den Zugang über das „*European Business Register*“ können Dritte jederzeit Einblick nehmen und ist die zusätzliche Veröffentlichung in nationalen Gesetzblättern überflüssig

<sup>308</sup> Gemäß § 280 a UGB sind die Unterlagen in deutscher Sprache offen zu legen

<sup>309</sup> siehe zur Umsetzung § 14 Absatz 3 UGB

<sup>310</sup> *Habersack*, EuGesR, § 5 Rn. 57

<sup>311</sup> RL 78/660/EWG

<sup>312</sup> RL 83/349/EWG

<sup>313</sup> von diesem Wahlrecht wurde bei der Umsetzung in Österreich kein Gebrauch gemacht.

<sup>314</sup> KOM (2007) 0394, S. 7 und Anhang 3

geworden. Die Rolle der Gesetzblätter könnte auch durch eine Funktion im Register ersetzt werden. Die Kommission will daher die in Artikel 3 Absatz 4 vorgesehene *Pflicht zur Veröffentlichung in den nationalen Gesetzblättern abschaffen*, um den Unternehmen Kostenersparnisse zu verschaffen.

(ii) Kostensenkung bei Urkunden und Hinterlegung

*Zweitens* enthält die Zweigniederlassungsrichtlinie ebenfalls spezielle Offenlegungspflichten, welche den Unternehmen doppelte Kosten verursachen. Einerseits müssen Urkunden in die Sprache des Mitgliedstaates der Zweigniederlassung übersetzt werden, andererseits zusammen mit den Angaben über die Zweigniederlassung in das Register der Zweigniederlassung eintragen werden. Zusätzliche Kosten durch notarielle Beglaubigungen von Übersetzungen ließen sich dadurch vermeiden, dass beglaubigte Übersetzungen aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich anerkannt werden. Andererseits soll Verwaltungsaufwand dadurch reduziert werden, dass über das „*European Business Register*“ die Möglichkeit eingeräumt wird, die Angaben der Zweigniederlassung in dem Mitgliedstaat zu hinterlegen, in dem die Muttergesellschaft registriert ist.

## 7.5 Richtlinien zur Rechnungslegung und Abschlussprüfung

### 7.5.1 Vierte Richtlinie: Jahresabschlussrichtlinie – RL 78/660/EWG

Die Jahresabschlussrichtlinie soll Kapitalanlegern und Kreditgebern in Europa vergleichbare Informationen über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Unternehmen („*true and fair view*“)<sup>315</sup> sichern. Vom Anwendungsbereich umfasst sind der *Einzelabschluss* mit Ausnahme des Konzernabschlusses, geregelt in einer eigenen Richtlinie, und der Sonderbilanzen, wie beispielsweise Verschmelzungs-, Spaltungs-, Umwandlungs- oder Einbringungsbilanzen. Konkret regelt die Richtlinie die Bestandteile und den Inhalt des Jahresabschlusses, die Bewertung sowie die Prüfung und Offenlegung von Jahresabschlüssen.<sup>316</sup> Kapitalgesellschaften sind demnach verpflichtet den Jahresbericht nach bestimmten Schemata (*Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Anhang, Lagebericht*) sowie einen Lagebericht einheitlicher Gliederung und vergleichbaren Inhaltes aufzustellen. Dabei werden auch Bewertungs- und Offenlegungsvorschriften harmonisiert. Nach überzeugender Ansicht gilt dieses Regelwerk für Zehntausende von Gesellschaften in

---

<sup>315</sup> Nach dem „*true and fair view*“ Prinzip muss der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermitteln. Dem Prinzip kommt in der Jahresabschlussrichtlinie gegenüber dem „*Vorsichtsprinzip*“ die Stellung eines „*overriding principle*“ zu

<sup>316</sup> *Grünwald*, Europäisches Gesellschaftsrecht (1999), S. 25 ff.

der Gemeinschaft und ist wegen ihrer vielen Definitionen und Bewertungsregelungen das erfolg- und folgenreichste Vorhaben europäischer Harmonisierung im Gesellschaftsrecht.<sup>317</sup>

Es wird zwischen „kleinen“, „mittelgroßen“ und „großen“ *Gesellschaften* unterschieden, wobei Bilanzsumme, Nettoumsatzerlöse und Beschäftigtenzahl für diese Einteilung maßgeblich sind. Die Richtlinienvorschriften sind je nach Größenklasse des Unternehmens verschieden umfangreich anzuwenden. Während große Gesellschaften den Vorschriften der Jahresabschlussrichtlinie in vollem Ausmaß unterliegen, sind für kleine und mittelgroße Gesellschaften nur Teilbereiche anwendbar bzw. Erleichterungen vorgesehen.

Eine *enge Verknüpfung* besteht zwischen der *Publizitätsrichtlinie*<sup>318</sup> und der *Jahresabschlussrichtlinie*. Artikel 2 Absatz 1 litera f der Publizitätsrichtlinie regelt die Offenlegung von Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung, um es Kapitalanlegern und Kreditgebern zu ermöglichen, Informationen über die Gesellschaft leichter einzuholen. Ein französischer Anleger oder Geldgeber wird nur unter der Bedingung der Gleichwertigkeit von deutschem und französischem Bilanzrecht im Stande sein den von einer deutschen Gesellschaft aufgestellten Jahresabschluss weiterführende Informationen zu entnehmen. Der nach deutschem Recht erstellte Jahresabschluss soll schließlich für einen französischen Kapitalanleger oder Kreditgeber verständlich sein und als Grundlage für sein Investitionsverhalten dienen. Die Jahresabschlussrichtlinie beseitigt das in der Publizitätsrichtlinie vorhandene Defizit durch die Bedingung, dass die Jahresabschlüsse der europäischen Gesellschaften *formell und materiell gleichwertig* sein müssen.<sup>319</sup>

#### 7.5.2 Siebente Richtlinie: Konzernabschlussrichtlinie – RL 83/349/EWG

Die Konzernabschlussrichtlinie hat *Ergänzungsfunktion für die Jahresabschlussrichtlinie* und basiert auf der Überlegung, dass bei verbundenen Unternehmen ein *einheitlicher konsolidierter Abschluss*<sup>320</sup> notwendig ist, um einen zutreffenden Einblick in die wirtschaftliche Situation des Gesamtunternehmens („Konzern“) zu ermöglichen. Adressat der Richtlinie ist der Unternehmensträger jeder Rechtsform als Konzernspitze, sofern eines der Tochterunternehmen eine Kapitalgesellschaft bzw. eine Kapitalgesellschaft & Co ist.<sup>321</sup>

---

<sup>317</sup> Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 44 EG, Rn. 47

<sup>318</sup> RL 68/151/EWG

<sup>319</sup> Habersack, EuGesR, § 5 Rn. 5

<sup>320</sup> Der „Konzernabschluss“ ist nicht die Summe der „Einzelabschlüsse“. Es hat vielmehr eine „Konsolidierung“, d.h. eine Zusammenfassung oder Vereinigung zu erfolgen, die sich nach dem „Grundsatz des einzigen Unternehmens“ orientiert. Die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage ist so darzustellen, als wäre der Konzern eine „rechtliche Einheit“

<sup>321</sup> Grünwald, Europäisches Gesellschaftsrecht (1999), S. 27 ff.

Die inhaltlichen Aspekte lassen sich wie folgt zusammenfassen: Artikel 1 regelt vorweg jene Kontrolltatbestände, welche als Voraussetzung eines *Mutter-Tochter Verhältnisses* notwendig sind und daher einen *Konzernabschluss* erfordern. Unter diese fallen vor allem die Stimmenmehrheit, die Möglichkeit der Organbestellung, die vertragliche oder satzungsmäßige Beherrschung sowie die tatsächliche Organbestellung aufgrund einer Stimmrechtsausübung. Es folgen Vorschriften betreffend die Art und Weise der *Aufstellung des Konzernabschlusses* und dessen Bestandteile.<sup>322</sup> Bezüglich Gliederung und Bewertung in Konzernabschlüssen, den konsolidierten Lagebericht sowie die Prüfungspflicht und Offenlegung wird *auf die Jahresabschlussrichtlinie verwiesen*.

Das „*true and fair view*“ *Prinzip* nimmt eine Vorrangrolle auch für die Konzernabschlussrichtlinie ein, wonach der Konzernabschluss „ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesamtheit der in die Konsolidierung einbezogenen Unternehmen“ zu vermitteln hat. Besonderes Augenmerk verdient auch das „*Prinzip des Weltkonzernabschlusses*“ in Artikel 3, wonach die Nationalität des Tochterunternehmens für die Einbeziehung in den Konzernabschluss irrelevant ist und alle Konzerngesellschaften unabhängig von ihrem Sitz zu konsolidieren sind. Schließlich geht das „*Einheitsprinzip*“ gemäß Artikel 26 Absatz 1 von der Fiktion der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns aus und schreibt vor, dass die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der in die Konsolidierung einbezogenen Unternehmen im Konzernabschluss trotz ihrer rechtlichen Selbstständigkeit so auszuweisen ist, als ob sie ein einziges Unternehmen wären.

### 7.5.3 Abschlussprüferrichtlinie – RL 2006/43/EG

Die Abschlussprüferrichtlinie ersetzt die außer Kraft gesetzte achte Richtlinie des Rates vom 10. April 1984 („Prüferbefähigungsrichtlinie“)<sup>323</sup>, welche vor allem die *Zulassung von Abschlussprüfern in den Mitgliedstaaten* regelte, allerdings *keine Vorgaben* enthielt, *wie eine Abschlussprüfung ausgeführt werden sollte* und *welches Maß an öffentlicher Aufsicht oder externer Qualitätssicherung* erforderlich ist, um eine hohe Prüfungsqualität zu gewährleisten.<sup>324</sup> Dieses Vakuum füllt die Abschlussprüferrichtlinie und geht in ihrer Konzeption deutlich über die Achte Richtlinie hinaus. Geregelt wird nicht nur die

---

<sup>322</sup> Bestandteile sind (i) die konsolidierte Bilanz, (ii) konsolidierte Gewinn- und Verlustrechnung und (iii) konsolidierter Anhang

<sup>323</sup> Richtlinie 84/253/EWG

<sup>324</sup> Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Prüfung des Jahresabschlusses und des konsolidierten Abschlusses und zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates vom 16.3.2004, S. 3

Prüferbefähigung im eigentlichen Sinn, sondern vor allem die *Unabhängigkeit des Prüfers*, die *Prüferpflichten* sowie die *Qualitätssicherung*.<sup>325</sup> Zur Absicherung dieser Qualifikationen sind die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 32 verpflichtet eine *wirksame öffentliche Aufsicht* für Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften einzuführen.

Für *Unternehmen des öffentlichen Interesses* enthält die Richtlinie besondere Bestimmungen. Nach Artikel 41 haben Unternehmen von öffentlichem Interesse einen *Prüfungsausschuss* einzurichten, dem zumindest ein *Sachverständiger in Rechnungslegung und/oder Abschlussprüfung* angehören muss. Zweck des Ausschusses ist in erster Linie die Überwachung des Rechnungslegungsprozesses und der internen Revision. Nach überzeugender Ansicht trägt die Richtlinie damit dem Umstand Rechnung, dass dem Abschlussprüfer eine zentrale Funktion im Rahmen der Corporate Governance zukommt und vor allem das Aufsichtsorgan bei dessen Überwachungstätigkeit zu unterstützen hat.<sup>326</sup>

#### 7.5.4 Reformbestrebungen

Im Zentrum der Vereinfachungsbestrebungen der Kommission stehen kleine und mittlere Unternehmen („*KMU's*“), deren bilanztechnischer Verwaltungsaufwand deutlich reduziert werden soll, sowie Kleinstbetriebe, welche von Rechnungslegungspflichten vollständig befreit werden sollen:<sup>327</sup>

##### (i) Änderung der Schwellwertfristen

Zur Diskussion gestellt werden die *Schwellwertfristen* für *KMU's*, welche den Übergangszeitraum einer bestimmten Einstufung als kleines oder mittleres Unternehmen zur nächsthöheren bzw. nächstniedrigeren Kategorie regeln. Der Vorschlag zielt darauf ab, die Übergangsfrist für kleinere und mittlere Unternehmen von zwei auf fünf Jahre zu verlängern. Nach derzeitigem Rechtsstand verliert ein Unternehmen seine Einstufung als „*kleines Unternehmen*“, wenn es zwei Jahre in Folge, die Werte eines „*mittleren Unternehmens*“ erfüllt. Es muss daher zwei Jahre durchgehend mehr als 50 Beschäftigte, einen Umsatz von mehr als EUR 8,8 Millionen und eine Bilanzsumme von mehr als EUR 4,4 Millionen aufweisen.<sup>328</sup> Im Falle der *Verlängerung der Übergangsfrist von zwei auf fünf Jahre* dürfte ein kleines Unternehmen fünf Jahre lang „*schwellwertmäßig*“ als mittleres Unternehmen auftreten, ohne aber die strengeren Vorschriften für die Rechnungslegung zu

<sup>325</sup> Habersack, EuGesR, § 8 Rn. 65

<sup>326</sup> Habersack, EuGesR, § 8 Rn. 66

<sup>327</sup> KOM(2007) 394, endg., S. 8 ff.

<sup>328</sup> siehe Artikel 11 der Jahresabschlussrichtlinie; es ist ausreichend, wenn zwei von drei Kriterien erfüllt sind

erfüllen. Das Privileg einer verkürzten Bilanz für kleine Unternehmen könnte daher anders als bisher nicht mehr nur auf zwei sondern auf fünf Jahre weitergeführt werden. Im entgegengesetzten Fall einer Abstufung in eine niedrigere Kategorie schlägt die Kommission vor, die Schwellwertfristen von zwei auf ein Jahr zu verkürzen. Damit kann ein mittleres Unternehmen *schneller* in die kleinere Unternehmensgröße wechseln und die privilegierten Bilanzregeln in Anspruch nehmen.<sup>329</sup>

(ii) Kleinstbetriebe

Eine weitere Erleichterungsmaßnahme sieht die Kommission für so genannte „*Kleinstbetriebe*“<sup>330</sup> vor, welche von der Jahresabschlussrichtlinie optional ausgeschlossen werden sollen. Dieser Vorschlag erntete dahingehend Kritik, dass diese Unternehmen Schwierigkeiten bei der Kreditbeschaffung und im Geschäftsverkehr ausgesetzt wären, weil sie die in der Bilanz üblichen Unternehmensdaten nicht mehr preisgeben müssen.<sup>331</sup> Richtigerweise sind die Unternehmen jedoch völlig frei sich an die in der Richtlinie vorgegebenen Rechnungslegungsstandards zu halten und können auch selber entscheiden, ob sie sich diesen Verpflichtungen unterwerfen oder eben nicht. Schließlich soll für die kleinsten Unternehmen am Markt lediglich eine Option geschaffen werden, ihre Verwaltungskosten einzudämmen, inwieweit sie davon Gebrauch machen, bleibt alleine ihnen überlassen.

(iii) Kritik

Insgesamt orientiert sich die Kommission in ihrer Mitteilung vom 10.7.2007 meiner Einschätzung nach besser an den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten wachsender und schrumpfender Unternehmen. Eine Realisierung dieser Vorschläge echte Vereinfachungen für kleine und mittlere Unternehmen bringen. Nach überzeugender Ansicht ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein wachsendes Unternehmen die Schwellenwerte *dauerhaft* überschreitet, nach fünf Jahren erheblich größer.<sup>332</sup> Umgekehrt ist nicht einzusehen, warum ein kleines Unternehmen, welches die Schwellenwerte überschreitet und anschließend aufgrund von wirtschaftlichen Schwierigkeiten wieder darunter fällt, noch weitere zwei Jahre als mittleres Unternehmen gelten soll. Nach der vorgeschlagenen

---

<sup>329</sup> Kuck in ELR 2/2008, Vereinfachungen im Europäischen Gesellschaftsrecht – Aktuelle Diskussion über Vorschläge der Kommission, S. 71

<sup>330</sup> Unter Kleinstbetriebe fallen solche mit weniger als 10 Beschäftigten, einer Bilanzsumme von weniger als EUR 500.000 und einen Umsatz von weniger als EUR 1.000.000

<sup>331</sup> Kuck in ELR 2/2008, Vereinfachungen im Europäischen Gesellschaftsrecht – Aktuelle Diskussion über Vorschläge der Kommission, S. 72

<sup>332</sup> KOM(2007) 394 endg., S. 18

Lösung können Unternehmen in ihrer Wachstumsphase den relativ geringen Verwaltungsaufwand für die vereinfachte Bilanz um drei Jahre länger nützen und im entgegengesetzten Fall nach einem Jahr deutlich schneller Einsparungen vornehmen. Für Kleinstunternehmen wird zudem eine Wahlfreiheit betreffend ihre Rechnungslegungsverpflichtungen anvisiert.

## 7.6 Sonstige Richtlinien

### 7.6.1 Übernahmerichtlinie – RL 2004/25/EG

Bereits im Weißbuch über die Vollendung des Binnenmarktes aus dem Jahr 1985 hatte die Kommission ihre Absicht angekündigt, eine Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Übernahmeangebote vorzuschlagen.<sup>333</sup> Mit Schreiben vom 4.10.2002 unterbreitete die Kommission dem Europäischen Parlament gemäß Artikel 251 Absatz 2 EGV und Artikel 44 EGV den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments betreffend Übernahmeangebote.<sup>334</sup> Schließlich wurde die Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend Übernahmeangebote am 21.4.2004 verabschiedet. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten bis 20.5.2006 nationale Umsetzungsgesetze darüber zu verabschieden, welche Abwehrmaßnahmen eine Aktiengesellschaft gegen feindliche Übernahmen treffen kann und welche Maßnahmen ein Übernehmer während des Übernahmeprozesses ergreifen muss.

#### (i) Zielsetzung

Nach zutreffender Ansicht verfolgt die Richtlinie ein doppeltes Anliegen, indem sie einerseits die *Regulierung freiwilliger Übernahmeangebote* und damit ein faires, den Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechendes Übernahmeverfahren sicherstellen und andererseits einen *Mindestschutz für Minderheitsaktionäre börsennotierter Gesellschaften* gewährleisten will.<sup>335</sup> Die Richtlinie beabsichtigt nur eine *Mindestharmonisierung*, sodass die nationalen Gesetzgeber jederzeit über den Schutzbereich der Richtlinie hinausreichende Rechtsvorschriften erlassen dürfen.<sup>336</sup>

Mit dem explizit geregelten *Gleichbehandlungsgrundsatz*<sup>337</sup> zielt die Richtlinie auf den Schutz der Aktionäre ab, welche bei der Abgabe von Angeboten für Aktienpakete im

---

<sup>333</sup> KOM(85) 310 endg.

<sup>334</sup> KOM(2002) 634 endg.

<sup>335</sup> Habersack, EuGesR, § 10 Rn. 6

<sup>336</sup> siehe Artikel 3 Absatz 2 litera b) der Richtlinie 2004/25/EG

<sup>337</sup> Artikel 3 Absatz 1 litera a) der Richtlinie 2004/25/EG



Rahmen ihre Aktiengattung grundsätzlich gleich zu behandeln sind. Daneben sieht die Richtlinie ihre Hauptaufgaben darin die Aktionäre der Zielgesellschaft ausreichend mit *Information* zu versorgen<sup>338</sup>, und die *Bindung der Leitungs- oder Verwaltungsorgane an das Gesellschaftsinteresse im Zuge des Übernahmeverfahrens* sicherzustellen. Danach dürfen die Leitungsorgane des Unternehmens das Angebot des potentiellen Übernehmers den Aktionären nicht vorenthalten.<sup>339</sup> Weiters dürfen beim Handel mit Wertpapieren der Zielgesellschaft, der Bietergesellschaft oder anderer durch das Angebot betroffener Gesellschaften *keine Marktverzerrungen* durch künstliche Beeinflussung der Wertpapiere und durch Verfälschung des normalen Funktionierens der Märkte herbeigeführt werden.<sup>340</sup>

(ii) Anwendungsbereich

Im *Anwendungsbereich* der Richtlinie liegen sämtliche Übernahmeangebote für Wertpapiere einer dem Recht eines Mitgliedstaates unterliegenden Gesellschaft, sofern alle oder ein Teil dieser Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt im Sinne der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie<sup>341</sup> in einem oder mehreren Mitgliedstaaten zugelassen sind.<sup>342</sup> Unter *Wertpapieren* sind nur übertragbare Wertpapiere, die Stimmrechte in einer Gesellschaft verleihen, gemeint.<sup>343</sup> Voraussetzung ist, dass alle Wertpapiere, welche Gegenstand eines Übernahmeangebots sind, *börsennotiert* sind und ein *Stimmrecht* verbriefen. Es handelt sich hierbei um so genannte *Mitgliedschaftspapiere*, welche Mitgliedschaftsrechte an Gesellschaften verbriefen.<sup>344</sup> Damit kommen für börsennotierte Unternehmen alleine *Aktien* in Betracht, welche nach § 12 AktG eben auch mit einem Stimmrecht ausgestattet sein müssen. *Vorzugsaktien ohne Stimmrecht* oder zum Erwerb von Aktien berechnete Papiere wie namentlich *Optionsanleihen* und *Wandelschuldverschreibungen* fallen nicht in den Anwendungsbereich der Übernahmerichtlinie.<sup>345</sup>

---

<sup>338</sup> Artikel 3 Absatz 1 litera b) der Richtlinie 2004/25/EG

<sup>339</sup> vgl. Artikel 3 Absatz 1 litera c) der Richtlinie 2004/25/EG; das Richtlinienkonzept divergiert in diesem Punkt ganz erheblich vom amerikanischen Modell, wonach es im Ermessen der Verwaltung liegt, ob das Angebot an die Aktionäre weitergeleitet werden soll oder nicht.

<sup>340</sup> Artikel 3 Absatz 1 litera d) der Richtlinie 2004/25/EG

<sup>341</sup> Richtlinie 93/22/EWG vom 10.5.1993, ABl. Nr. L 141/27

<sup>342</sup> Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 2004/25/EG

<sup>343</sup> Artikel 2 Absatz 1 litera e) der Richtlinie 2004/25/EG

<sup>344</sup> Holzhammer, Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht, 8. Auflage, S. 288

<sup>345</sup> Habersack, EuGesR, § 10 Rn. 8

### (iii) Aufsicht

Das Übernahmeverfahren bedarf der *behördlichen Genehmigung eines Aufsichtsorgans* des jeweiligen Mitgliedstaates. Bemerkenswert ist, dass es sich dabei nicht unbedingt um staatliche Aufsichtsorgane handeln muss. Als Aufsichtsstelle in den Mitgliedstaaten kommt entweder eine Behörde oder aber eine Vereinigung oder eine private Einrichtung in Betracht, die nach den nationalen Rechtsvorschriften oder von den Behörden, die dazu nach den nationalen Rechtsvorschriften ausdrücklich befugt sind, anerkannt ist.<sup>346</sup> Nach der *internationalen Zuständigkeit* ist jene Aufsichtsstelle des Mitgliedstaates zuständig, indem die Zielgesellschaft ihren Sitz hat, wenn die Wertpapiere dieser Gesellschaft auf einem geregelten Markt dieses Mitgliedstaats zum Handel zugelassen sind.<sup>347</sup>

Nach der Richtlinie ist allerdings unklar, ob es sich bei dem Tatbestandselement „Sitz“ um den statutarischen Sitz (i.e. Satzungssitz) oder den tatsächlichen Verwaltungssitz handelt. Für den statutarischen Sitz spricht vor allem, dass in der englischen Fassung der genauere Begriff des „*registered office*“ verwendet wird.<sup>348</sup> Dies ist meiner Einschätzung nach insofern schlüssig, als dass die Aufsichtsstellen in den Mitgliedstaaten einen verlässlichen Anknüpfungspunkt zur Aufbereitung der Genehmigungsgrundlagen benötigen und sich dafür der Satzungssitz besser eignet als der tatsächliche Verwaltungssitz. Letzterer ist schließlich nicht immer eindeutig bestimmbar, wenn sich Entscheidungszentren im Laufe der Existenz von Unternehmen von einer zur nächsten Stelle verschieben.

### 7.6.2 Aktionärsstimmrechtsrichtlinie – RL 2007/36/EG

Bereits im Aktionsplan vom 21.5.2003 vertrat die Kommission die Auffassung, dass neue gezielte Initiativen eingeleitet werden sollten, um die Rechte der Aktionäre in börsennotierten Gesellschaften zu stärken, und dass die Problemen im Zusammenhang mit der Stimmrechtsausübung im Ausland dringend gelöst werden sollten.<sup>349</sup> Schließlich wurde mit der Aktionärsstimmrechtsrichtlinie vom 11.7.2007<sup>350</sup> eine entsprechende Maßnahme verabschiedet. Die Rechte der Aktionäre sollen nach der neuen Richtlinie durch erweiterte Transparenzregeln, Vertretungsrechte bei der Ausübung des Stimmrechtes, die Möglichkeit der Teilnahme an Hauptversammlungen auf elektronischem Wege sowie die Gewährleistung der grenzüberschreitenden Stimmrechtsausübung gestärkt werden. Inhaber

---

<sup>346</sup> Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2004/25/EG

<sup>347</sup> Artikel 4 Absatz 2 litera a) der Richtlinie 2004/25/EG

<sup>348</sup> so *Seibt/Heiser ZGR* 2005, S. 200, 205 ff.

<sup>349</sup> KOM(2003) 284 endg., S. 28 ff.

<sup>350</sup> Richtlinie 2007/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften

von Aktien, die mit Stimmrechten verbunden sind, sollen ebendiese Rechte ausüben können, da sie sich in dem Preis niederschlagen, der für den Erwerb der Aktien zu zahlen ist. Hindernisse, die Aktionäre von der Ausübung ihres Stimmrechtes abhalten, sollen beseitigt werden.<sup>351</sup> Die Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten ist der 3.9.2009.

Im *Anwendungsbereich* der Richtlinie liegen alle Gesellschaften, die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel an einem in einem Mitgliedstaat gelegenen und dort betriebenen geregelten Markt zugelassen sind.<sup>352</sup> Damit sind in Österreich ausschließlich *börsennotierte Aktiengesellschaften* umfasst.

Im Folgenden *drei wesentliche Regelungsbereiche* der Richtlinie 2007/35/EG:

(i) Voraussetzung für die Teilnahme an der Hauptversammlung und die Ausübung des Stimmrechts<sup>353</sup>

*Erstens* haben die Mitgliedstaaten im Zuge der Umsetzung sicherzustellen, dass die Rechte eines Aktionärs auf Teilnahme an der Hauptversammlung und auf Ausübung des Stimmrechtes aus seinen Aktien in keiner Weise daran geknüpft sind, dass diese Aktien vor der Hauptversammlung bei einer anderen natürlichen oder juristischen Person hinterlegt, auf diese übertragen oder auf deren Namen eingetragen werden. *Zweitens* darf das Recht eines Aktionärs, seine Aktien zu veräußern oder anderweitig zu übertragen, im Zeitraum zwischen einem Nachweisstichtag<sup>354</sup> und der Hauptversammlung, auf die sich der Stichtag bezieht, keiner Beschränkung unterliegen, der es zu anderen Zeitpunkten nicht unterliegt.

(ii) Teilnahme an der Hauptversammlung auf elektronischem Wege<sup>355</sup>

Die Mitgliedstaaten müssen den Gesellschaften gestatten, ihren Aktionären jede Form der Teilnahme an der Hauptversammlung auf elektronischem Wege anzubieten, wozu

- (i) eine Direktübertragung der Hauptversammlung;
- (ii) eine Zweiweg-Direktverbindung, die dem Aktionär die Möglichkeit gibt, sich von einem entfernten Ort aus an die Hauptversammlung zu wenden; oder

---

<sup>351</sup> Richtlinie 2007/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, Erwägungsgründe

<sup>352</sup> Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 2007/35/EG

<sup>353</sup> Artikel 7 Absatz 1 litera a) und b) der Richtlinie 2007/35/EG

<sup>354</sup> Nachweisstichtag ist jener Zeitpunkt, nach dem sich die Rechte eines Aktionärs auf Teilnahme an der Hauptversammlung und auf Ausübung des Stimmrechtes aus seinen Aktien bestimmen

<sup>355</sup> Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie 2007/35/EG

- (iii) ein Verfahren, das die Ausübung des Stimmrechts vor oder während der Hauptversammlung ermöglicht, ohne dass ein Vertreter ernannt werden muss, der bei der Hauptversammlung persönlich anwesend ist, zu zählen sind.

(iii) Stimmrechtsvertretung<sup>356</sup>

Die Aktionäre sollen das Recht erhalten, eine andere natürliche oder juristische Person zum Vertreter zu bestellen, damit diese Person in seinem Namen an der Hauptversammlung teilnimmt und sein Stimmrecht ausübt. Der Vertreter hat in der Hauptversammlung dieselben Rechte auf Wortmeldung und Fragestellung wie der vertretene Aktionär. Weiters sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Aktionären die Bestellung eines Vertreters auf elektronischem Weg zu gestatten.<sup>357</sup>

## 7.7 Umsetzung in österreichisches Gesellschaftsrecht

Das österreichische Gesellschaftsrecht wurde in mehreren Etappen an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des Besitzstandes („*acquis communautaire*“) angeglichen. Bereits vor dem Beitritt Österreichs zum EWR wurden durch das *Rechnungslegungsgesetz*<sup>358</sup> und das *Firmenbuchgesetz*<sup>359</sup> europarechtliche Vorgaben ohne rechtliche Verpflichtung hierzu erfüllt. Das *EuGesRÄG*<sup>360</sup> führte – in Entsprechung eines Vorgriffs auf die Spaltungsrichtlinie – sowohl die Spaltung zur Neugründung als auch die Spaltung zur Aufnahme sowie das „*Squeeze-Out*“ ein. Eine vollständige Anpassung an den Richtlinienstand der Gemeinschaft erfolgte durch das *EuGesRÄG 1996*<sup>361</sup>, insbesondere in Hinblick auf die Publizitäts-, Kapital-, Jahresabschluss- und Spaltungsrichtlinie. Weiters wurde das Verschmelzungsrecht entscheidend novelliert und das Recht zum Erwerb eigener Aktien neu geregelt. Das *Euro-JuBeG*<sup>362</sup> diente der Anpassung im Zuge der Umstellung auf den Euro, wobei im Zuge dessen auch das Institut der *Stückaktien* in das österreichische Aktienrecht eingeführt wurde. Mit dem *Aktienrückerwerbsgesetz*<sup>363</sup> und dem *Aktienoptionsgesetz*<sup>364</sup> wurden weitere Anpassungsmaßnahmen durch den österreichischen Gesetzgeber vorgenommen.<sup>365</sup>

---

<sup>356</sup> Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie 2007/35/EG

<sup>357</sup> Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie 2007/35/EG

<sup>358</sup> BGBl 1990/475

<sup>359</sup> BGBl 1991/10

<sup>360</sup> BGBl 1993/458

<sup>361</sup> BGBl 1996/304

<sup>362</sup> BGBl I 1998/125 und BGBl I 2001/131

<sup>363</sup> BGBl I 1999/187

<sup>364</sup> BGBl I 2001/42

<sup>365</sup> *Hempel in Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Artikel 44, Rn. 36

Mit seiner jüngst beschlossenen Gesetzesinitiative – dem *Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 - URÄG 2008*<sup>366</sup> – setzt der österreichische Gesetzgeber die Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen (i.e. „Abschlussprüfer RL“), zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 48/253/EWG des Rates, um. Durch die Richtlinie sollen die Pflichten des Abschlussprüfers deutlicher gefasst und so das Vertrauen in seine Unabhängigkeit gestärkt werden. Im Bundesgesetz wurden jene Teile der Abschlussprüfungs-RL umgesetzt, die das Unternehmens-, Gesellschafts- und das Genossenschaftsrevisionsrecht betreffen.<sup>367</sup>

## **8. Die grenzüberschreitende Verschmelzung als Fallbeispiel der Rechtsangleichung**

### **8.1 „Sevic“, EUGH 13.12.2005, C-411/03, Slg. 2005, I-00000**

#### **8.1.1 Sachverhalt und Urteil**

Im Jahr 2002 wurde zwischen der in Deutschland ansässigen Sevic Systems AG und der in Luxemburg ansässigen Security Vision ein Verschmelzungsvertrag abgeschlossen, der die Auflösung der Security Vision in Luxemburg ohne Abwicklung und die Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf die Sevic Systems AG in Deutschland ohne Änderung der Firma der Letztgenannten vorsah.<sup>368</sup> Das deutsche Amtsgericht wies den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister mit der Begründung zurück, dass § 1 Absatz 1 Nummer 1 dUmwG nur die Verschmelzung von Rechtsträgern mit Sitz in Deutschland vorsieht. Dagegen erhob die Sevic Systems AG Beschwerde beim vorlegenden Gericht.<sup>369</sup>

Das vorlegende Gericht hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt: *„Sind die Artikel 43 EGV und 48 EGV dahin auszulegen, dass es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn einer ausländischen europäischen Gesellschaft die Eintragung ihrer angestrebten Verschmelzung mit einer deutschen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister gemäß den §§16ff. dUmwG versagt wird, weil §1 Absatz 1 Nummer 1 dUmwG nur eine Umwandlung von Rechtsträgern mit Sitz im Inland vorsieht?“*<sup>370</sup>

---

<sup>366</sup> BGBI I 2008/70

<sup>367</sup> 467 der Beilagen XXIII. GP – Regierungsvorlage – Materialien

<sup>368</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, Slg 2005, I-00000, Rn. 6

<sup>369</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, Slg 2005, I-00000, Rn. 7 und 8

<sup>370</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, Slg 2005, I-00000, Rn. 9

Der EuGH hat folgendermaßen entschieden: „Die Artikel 43 und 48 EGV stehen dem entgegen, dass in einem Mitgliedstaat die Eintragung einer Verschmelzung durch Auflösung ohne Abwicklung einer Gesellschaft und durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf eine andere Gesellschaft in das nationale Handelsregister generell verweigert wird, wenn eine der beiden Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, während eine solche Eintragung, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, möglich ist, wenn beide an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz im erstgenannten Mitgliedstaat haben.“<sup>371</sup>

Im Ergebnis stellt der EuGH fest, dass die Artikel 43 und 48 EGV auf eine grenzüberschreitende Verschmelzung anwendbar sind.<sup>372</sup> Nach Ansicht des Generalanwaltes ist als grundsätzliche Ausprägung der Niederlassungsfreiheit auch der Zugang einer Gesellschaft zu einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitzstaat und die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, welche unter denselben Bedingungen zu gestatten ist wie für inländische Wirtschaftsteilnehmer, zu gewährleisten.<sup>373</sup> In seinen Schlussanträgen hat der Generalanwalt darüber hinaus noch folgendes festgehalten: „Überdies geht aber aus der Rechtsprechung auch noch hervor, dass ein Mitgliedstaat nach Artikel 43 EGV nicht nur die Niederlassungsfreiheit ausländischer Wirtschaftsbeteiligter im Inland nicht verhindern oder beschränken, sondern auch die Niederlassung inländischer Wirtschaftsbeteiligter in einem anderen Mitgliedstaat nicht behindern darf. Mit anderen Worten sind sowohl Beschränkungen des Zugangs zum nationalen Hoheitsgebiet als auch Beschränkungen des Weggangs aus diesem Gebiet verboten.“<sup>374</sup>

### 8.1.2 Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot

In der Sevic-Entscheidung legt der EuGH sowohl ein *Gleichbehandlungsgebot* als auch ein *Beschränkungsverbot* für den Zugang und Weggang von Gesellschaften sowie für das Verhältnis von innerstaatlicher und grenzüberschreitender Verschmelzung fest. Nach überzeugender Ansicht entsprechen grenzüberschreitende Verschmelzungen den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in unterschiedlichen Mitgliedsstaaten. Sie sind für das reibungslose Funktionieren des

---

<sup>371</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, Slg 2005, I-00000, Tenor

<sup>372</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, Slg 2005, I-00000, Rn. 16

<sup>373</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, Slg 2005, I-00000, Rn. 18

<sup>374</sup> Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano im Urteil SEVIC Systems, in Fn. 7 angeführt, Nr. 45. Die Auffassung des Generalanwaltes ist vom Gerichtshof in den Rn. 22 und 23 des Urteils bestätigt worden

Binnenmarktes wichtige Ausübungsformen der Niederlassungsfreiheit und gehören zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten, hinsichtlich deren die Niederlassungsfreiheit zu beachten ist.<sup>375</sup> Eine grenzüberschreitende Verschmelzung ist nach Ansicht des Generalanwaltes ein *wirksames Mittel zur Umwandlung von Gesellschaften*.<sup>376</sup> Da nach deutschem Recht die grenzüberschreitende Verschmelzung als Mittel zur Umwandlung von Gesellschaften gesetzlich nicht zur Verfügung stand, wurden die innerstaatliche und die grenzüberschreitende Verschmelzungen unterschiedlich behandelt. Eine derartig unterschiedliche Behandlung stellt nach Meinung des EuGH eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne der Artikel 43 und 48 EGV dar und ist nur zulässig, wenn mit ihr ein legitimes mit dem EG-Vertrag vereinbares Ziel verfolgt wird und wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.<sup>377</sup> Solche zwingende Gründe wären – *inter alia* – der Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern (vgl. „Überseering“) sowie die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterbarkeit des Handelsverkehrs (vgl. „Inspire Art“). Obwohl unter bestimmten Umständen und Beachtung bestimmter Voraussetzungen eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahme gerechtfertigt sein kann, ist der EuGH zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Regelung, welche die Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung generell verweigert, keine Maßnahme darstellt, die zum Schutz der besagten Interessen erforderlich ist.<sup>378</sup>

Der Gerichtshof stellt hierbei sehr simplifiziert einen möglichen innerstaatlichen Sachverhalt einem grenzüberschreitenden Sachverhalt gegenüber und überprüft, ob beide Umgründungsformen im Einklang mit den Vorschriften der Niederlassungsfreiheit nach nationalen Vorschriften zulässig sind. Dabei erkennt er, dass das deutsche Umwandlungsgesetz keine entsprechenden Bestimmungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen vorsieht, sodass die Artikel 43 EGV und 48 EGV unmittelbar zur Anwendung gelangen.

### 8.1.3 Verschmelzungsrichtlinie vor Sevic-Entscheidung

Die am 26. Oktober 2005 verabschiedete und am 25. November 2005 veröffentlichte Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten („*Verschmelzungsrichtlinie*“) regelt erstmals auf

---

<sup>375</sup> so EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, Slg 2005, I-00000, Rn. 19

<sup>376</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, Slg 2005, I-00000, Rn. 21

<sup>377</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, Slg 2005, I-00000, Rn. 23

<sup>378</sup> EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic*, Slg 2005, I-00000, Rn. 30

europäischer Ebene die grenzüberschreitende Umwandlung von Kapitalgesellschaften. Dabei ist bemerkenswert, dass die relevante Richtlinie bereits *vor* der gegenständlichen Entscheidung erlassen wurde und daher quasi Grundlage für das EuGH-Urteil gewesen ist. Der Gerichtshof hat hierbei keinen revolutionären Weg eingeschlagen, sondern sich an bereits bestehende Rechtsnormen gehalten. Allerdings nahm der EuGH die Vorlagefrage zum Anlass um das Verhältnis zwischen der *sekundärrechtlichen Verschmelzungsrichtlinie*<sup>379</sup> und der *primärrechtlich verbürgten Verschmelzungsfreiheit* zu klären.<sup>380</sup>

#### 8.1.4 Zulässigkeit von Hinein- und Hinausverschmelzungen

Im österreichischen Schrifttum wurde die grenzüberschreitende Verschmelzung bereits vor der Sevic-Entscheidung des EuGH zunehmend bejaht.<sup>381</sup> Schließlich hat der EuGH klargestellt, dass die „*Hineinverschmelzung*“ (Verschmelzung einer ausländischen auf eine inländische Gesellschaft) in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt und daher aufgrund unmittelbarer Anwendung des Primärrechtes auch in Österreich zulässig ist. Bei der Frage nach der Zulässigkeit von „*Hinausverschmelzungen*“ (Verschmelzung einer inländischen auf eine ausländische Gesellschaft) blieb der EuGH vorerst eine finale Antwort schuldig und ließ eine potentielle Abkehr von *Daily Mail*, nach der jeder Mitgliedstaat jede Variante des „Auswanderns“ von Gesellschaften, die seinem Recht unterliegen, mit dem Verlust der Rechtspersönlichkeit sanktionieren kann, noch offen. Nach der jüngeren Entscheidung „*Lasteyrie du Saillant*“<sup>382</sup> ist allerdings von der *Geltung der Gründungstheorie* nicht nur für *Zuzugsbeschränkungen*, sondern auch für *Wegzugsbeschränkungen* auszugehen und wäre daher auch die *Zulässigkeit von Hinausverschmelzungen* meiner Einschätzung nach zu bejahen.

### 8.2 Die Richtlinie 2005/56/EG über die grenzüberschreitende Verschmelzung

#### 8.2.1 Ziel und Funktion

Vor Erlass der Richtlinie ging die herrschende Lehre bei dem auf eine grenzüberschreitende Verschmelzung anzuwendenden Recht von der „*Vereinigungstheorie*“ aus, wonach auf jede der beteiligten Gesellschaften jeweils ihr Recht anzuwenden ist.<sup>383</sup> Es war damit ein

---

<sup>379</sup> Richtlinie 2005/56/EG vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten

<sup>380</sup> Habersack, EuGesR, § 7 Rn. 53

<sup>381</sup> Vgl. Hasenauer, Neue Rechtsprechung des OGH zur grenzüberschreitenden Umwandlung, RdW 2003, 296 ff, FN 4 mit weiteren Nachweisen

<sup>382</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg 2004, I-02409

<sup>383</sup> Vgl. Koppsteiner, Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, GesRZ 2006, 111 ff, FN 43 mwN



gewisser einheitlicher Rechtsrahmen abgesteckt, im einzelnen blieben jedoch eine Reihe von Fragen betreffend die Ausgestaltung des Schutzes der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger, Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung sowie die Kontrolle der Verschmelzung durch innerstaatliche Behörden offen. Es fehlte an ineinander greifenden nationalen Vorschriften, die die Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung gewährleisten konnten.<sup>384</sup> Die Richtlinie sollte die nationalen Vorschriften in diesen Regelungsbereichen einander angleichen.

Am 26. Oktober 2005 ist die Zehnte Richtlinie (Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung) in Kraft getreten, wobei den Mitgliedstaaten gemäß Artikel 19 der Richtlinie eine Umsetzungsfrist bis zum Dezember 2007 eingeräumt wurde. Ziel der Zehnten Richtlinie war die *Beseitigung von sachrechtlichen Hindernissen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung* innerhalb der Gemeinschaft.<sup>385</sup> Vor Erlass der Richtlinie enthielten die Gesetze der Mitgliedstaaten bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen Beschränkungen durch nationale Kollisions- und Sachrechte, die im Lichte der EuGH Rechtsprechung - vor allem „*Daily Mail*“ - nicht gegen die Niederlassungsfreiheit der Artikel 43 und 48 EGV verstießen. Aus heutiger Sicht sind derartige Bestimmungen allerdings klar europarechtswidrig, da die jüngere Rechtsprechung jegliche Art von Beschränkungen durch nationale Normen für Zuzug und Wegzug strikt ablehnt.<sup>386</sup>

Die Richtlinie umfasst 21 Artikel und beschränkt sich im Wesentlichen auf die *grenzüberschreitenden Aspekte* von Verschmelzungen. Ihr kommt *Ergänzungsfunktion zur Verschmelzungsrichtlinie* zu. Erfasst sind die Verschmelzung durch Aufnahme und die Verschmelzung durch Neugründung, sowie als Unterfall den „Upstream-Merger“ einer 100%igen Tochter auf ihre Mutter. Weiters wird das Konzept der Gesamtrechtsnachfolge gemeinschaftsweit auch für grenzüberschreitende Sachverhalte normiert. Anwendungsvoraussetzung ist, dass mindestens zwei an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen. Darüber hinaus müssen sämtliche an der Verschmelzung beteiligte Gesellschaften nach dem Recht eines Mitgliedsstaates gegründet worden sein und ihren Satzungssitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Gemeinschaft haben. Wie *Ratka* zutreffend ausführt, können sich allerdings Gesellschaften, die nach dem Recht eines Drittstaates gegründet worden

---

<sup>384</sup> *Keplingner*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig – aber undurchführbar? Wbl 2000, S. 485 ff

<sup>385</sup> *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, 2000, S 121, Rn. 185

<sup>386</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg 2004, I-02409

sind, auch dann nicht auf die Richtlinie berufen, wenn etwa ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft liegt.<sup>387</sup>

### 8.2.2 Mitbestimmungsproblematik

Bei sich verschmelzenden Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten kann das Problem der unterschiedlichen Ausgestaltungen der Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmern auftreten. Im Kern geht es um das *Spannungsverhältnis zwischen dualistischem und monistischem System* bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen. Im Zuge der Verschmelzung einer deutschen mitbestimmten AG auf eine englische oder italienische Gesellschaft, kommt es *ex lege* zum Erlöschen der mitbestimmten Gesellschaft. Die Verschmelzung bewirkt eine *Flucht aus der Mitbestimmung*. Im umgekehrten Fall bleibt das Mitbestimmungsstatut der aufnehmenden deutschen Gesellschaft unangetastet, was die Stellung englischer Aktionäre verschlechtert und deutsche Gesellschaften als Partner grenzüberschreitender Verschmelzungen unattraktiver macht. Eine Lösung des Problems brachte letztlich die Übernahme des *Konzeptes der SE-Mitbestimmung*.<sup>388</sup>

Danach haben die Leitungs- oder Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften die Aufnahme von Verhandlungen mit den Arbeitnehmervertretern in der SE einzuleiten. Zu diesem Zweck ist ein *besonderes Verhandlungsgremium* als Vertretung der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften und der betroffenen Tochtergesellschaften oder betroffenen Betriebe zu bilden.<sup>389</sup> Dieses besondere Verhandlungsgremium setzt sich auf Grundlage der Gesamtanzahl der in allen Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften, betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betrieben zusammen. Für *jeweils 10% der ermittelten Gesamtzahl* der Arbeitnehmer ist *ein Mitglied in das besondere Verhandlungsgremium* zu entsenden, wobei Bruchteile von 10% als voll gerechnet werden. Das besondere Verhandlungsgremium hat daher mindestens 10 Mitglieder, wobei grundsätzlich nur *Betriebsratsmitglieder* entsendet werden können.<sup>390</sup>

### 8.2.3 Zentrale Grundsätze

Die Richtlinie geht von zwei zentralen Grundsätzen aus:<sup>391</sup>

---

<sup>387</sup> Ratka, GeS 2006, S. 52 (54)

<sup>388</sup> siehe Habersack, EuGesR, § 7 Rn. 53

<sup>389</sup> siehe Artikel 3 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer

<sup>390</sup> Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, SE-Kommentar, S. 745 ff.

<sup>391</sup> 171 der Beilagen XXIII. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen

- (i) Keine Erweiterung nationaler Verschmelzungsmöglichkeiten
- (ii) Anwendung des für innerstaatliche Verschmelzungen geltenden Rechtes

Gemäß Artikel 4 Absatz 1 litera a der Richtlinie sind grenzüberschreitende Verschmelzungen nur zwischen Gesellschaften solcher Rechtsformen möglich, die sich nach dem innerstaatlichen Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten verschmelzen dürfen. Die grenzüberschreitende Verschmelzung darf daher nur für solche Rechtsformen eröffnet werden, für die auch eine innerstaatliche Verschmelzung zulässig ist.

Zum anderen sollen gemäß Artikel 4 Absatz 1 litera b grenzüberschreitende Verschmelzungen denselben Grundsätzen und Modalitäten folgen, wie sie für innerstaatliche Verschmelzungen vorgesehen sind. Eine Gesellschaft, die sich an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt, muss die Vorschriften und Formalitäten des für sie geltenden innerstaatlichen Rechts einhalten. Dabei soll sich – unter Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Charakters der Verschmelzung – auch der Schutz der Gläubiger, der Anleihegläubiger und der Inhaber von Aktien und sonstigen Anteilen grundsätzlich am nationalen Verschmelzungsrecht orientieren. Es besteht die Möglichkeit, Vorschriften zum Schutz der Minderheitsgesellschafter, die die grenzüberschreitende Verschmelzung abgelehnt haben, zu erlassen (Artikel 4 Absatz 2 letzter Satz).

Neben diesem *verweisungstechnischen Ansatz* enthält die Richtlinie eine Reihe von Sachnormen, die sich an den Regelungen der Verschmelzungsrichtlinie<sup>392</sup> und an den verschmelzungsrechtlichen Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) orientieren. Die Verschmelzung nach der 10. Richtlinie entspricht deshalb weitgehend der SE-Gründung durch Verschmelzung.<sup>393</sup>

Man könnte meiner Einschätzung nach an dieser Stelle durchaus die Frage in den Raum stellen, inwieweit überhaupt Harmonisierungsbestimmungen erforderlich sind, wenn die Mehrzahl der Vorschriften auf andere Richtlinien Bezug nehmen und daher weniger materielle als verweisungstechnische Bedeutung besitzen. Die Existenzberechtigung ergibt sich zum einen aus dem grenzüberschreitenden Charakter der Verschmelzung, zum anderen aber auch daraus, dass die innerstaatliche Verschmelzung von GmbHs oder ganz allgemein von „Kapitalgesellschaften“ im Sinn der Richtlinie nicht harmonisiert gewesen ist. Gewisse

---

<sup>392</sup> Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften

<sup>393</sup> *Kalss/Hügel*, SE-Kommentar (2004), vor § 17 SEG, Art 17 SE-VO bis § 24 SEG

Abweichungen von der Verschmelzungsrichtlinie erklären sich auch aus dem Wunsch, den von dieser Richtlinie nicht erfassten Kapitalgesellschaften Erleichterungen bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu gewähren.

#### **8.2.4 Inhaltliche Aspekte**

Im Gegensatz zur SE-VO<sup>394</sup> können nach der 10. Richtlinie sowohl AG als auch GmbH – die Richtlinie bezeichnet diese als „Kapitalgesellschaften“ – miteinander verschmelzen, sofern derartige Verschmelzungen nicht durch Einschränkungen in innerstaatlichem Recht verboten sind. Eine derartige Einschränkung hätte etwa die bis zum EU-Verschmelzungsgesetz in Österreich nicht geregelte Verschmelzung einer AG auf eine GmbH betroffen.<sup>395</sup> In Deutschland fällt neben den erwähnten Gesellschaftsformen die Kommanditgesellschaft auf Aktien in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Betreffend Genossenschaften besteht gemäß Artikel 3 Absatz 2 der 10. Richtlinie ein Mitgliedstaatenwahlrecht.

Weiters normiert Artikel 5 der Richtlinie die Verpflichtung zur Aufstellung eines gemeinsamen Verschmelzungsplanes mit näher geregelten Inhaltserfordernissen. Dieser Plan muss mindestens einen Monat vor den über die Verschmelzung beschließenden General- bzw. Hauptversammlungen offengelegt werden. Die Offenlegungsverpflichtung geht über die Anforderungen des § 221a AktG hinaus. Ebenfalls vorgesehen ist ein Bericht des Leitungs- und Verwaltungsorgans, der über das nationale Recht hinausgehend, auch Vertreter der Arbeitnehmer zugänglich zu machen ist. Die Verzichtmöglichkeit nach § 232 Absatz 2 AktG bzw. § 100 Absatz 1 GmbHG scheidet nach zutreffender Meinung wohl aus.<sup>396</sup> Eine Neuerung für die GmbH ist die grundsätzlich verpflichtende Prüfung der Verschmelzung durch einen Sachverständigen und dessen schriftlicher Bericht, wobei ein Verzicht hierauf nach Artikel 8 Absatz 4 zulässig ist.

### **8.3 Die Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG**

Der Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der Richtlinie für ein eigenes Gesetz zur grenzüberschreitenden Verschmelzung entschieden, was den Vorteil in sich birgt, dass der gesamte Transaktionsvorgang in sich geschlossen darstellbar bleibt und relativ einfach auf eine Ausweitung der bestehenden Verschmelzungsmöglichkeiten reagiert werden kann.

---

<sup>394</sup> Art 2 Absatz 1 SE-VO

<sup>395</sup> *Koppensteiner*, Der Konzern 2006, 40 (48 f mwN); es lassen sich gute Argumente dafür ins Treffen führen, auch diese Verschmelzungsform im Gesetz zuzulassen

<sup>396</sup> RdW 10/2006 Artikel Nr. 575, 609: *Hirschler, Schindler*, Grenzüberschreitende Verschmelzung nationaler Kapitalgesellschaften unter Beachtung gesellschafts- und steuerrechtlicher Aspekte

Die 10. Richtlinie wurde innerhalb der dafür vorgesehenen Frist durch den Erlass des „Bundesgesetzes über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union“ („*EU-VerschG*“) umgesetzt. Im Zuge der Umsetzung musste das Firmenbuchgesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Rechtspflegergesetz, das GmbH-Gesetz, das Aktiengesetz 1965, das Umwandlungsgesetz, das Unternehmensgesetzbuch und das Übernahmegesetz geändert werden.<sup>397</sup>

Der Begriff der „*Kapitalgesellschaft*“ wird im Sinn der Richtlinie ausgelegt und durch Bezugnahme auf die Aktiengesellschaft und GmbH konkretisiert, wodurch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, Genossenschaften nicht in das Gesetz einzubeziehen. Gegen die Einbindung von Genossenschaften spricht, dass das Genossenschaftsrecht der Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich ausgestaltet ist und darüber hinaus zweifelhaft ist, ob die österreichische Genossenschaft überhaupt unter den Begriff der „*Kapitalgesellschaft*“ im Sinn der Richtlinie fällt.<sup>398</sup> Von der Möglichkeit der Richtlinie, grenzüberschreitende Verschmelzungen nur insoweit zuzulassen, als sie auch von den österreichischen Gesetzen vorgesehen waren, wurde kein Gebrauch gemacht.

### 8.3.1 Änderungen im Aktiengesetz

Das österreichische Aktiengesetz kannte die Verschmelzung einer Aktiengesellschaft mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung bis zur Gesetzesänderung nicht. Mit der Zulassung dieser Verschmelzungsart in einem neuen § 234a AktG wird auch der Minderheitenschutz durch ein *Austrittsrecht* in allen Fällen der rechtsformübergreifenden Verschmelzung ausgebaut. Die Ausgestaltung des Austrittsrechtes orientiert sich am Austrittsrecht der überstimmten Minderheit in den Fällen der rechtsformübergreifenden Spaltung. Die Einführung der rechtsformübergreifenden Verschmelzung auf die GmbH erhöht die Frequenz von *Verschmelzungen mit kapitalherabsetzenden Effekten*.<sup>399</sup> In erster Linie geht es um die Absicherung der Gläubiger der übertragenden Gesellschaften, welche vor einer Reduktion ihres Haftungsfonds geschützt werden sollen. Diesem Problem wird in erster Linie durch die Gläubigerschutzbestimmungen des § 8 Abs. 2 Z 3 EU-VerschG Rechnung getragen, darüber hinaus auch im Rahmen der nationalen Verschmelzung gemäß

---

<sup>397</sup> 171 der Beilagen XXIII. GP – Regierungsvorlage – Gesetzestext

<sup>398</sup> Nach § 1 österreichisches Genossenschaftsgesetz sind Genossenschaften Personenvereinigungen mit Rechtspersönlichkeit von nicht geschlossener Mitgliederzahl, die im wesentlichen der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder dienen

<sup>399</sup> siehe Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 11.11.1999, 6 Ob 4/99b

§ 224a iVm. § 220 Abs. 2 Z 8 AktG. Insgesamt kann festgehalten werden, dass der Gläubigerschutz ausgebaut wurde.<sup>400</sup>

### 8.3.2 Änderungen im Umwandlungsgesetz

Die Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft auf eine hundertprozentige Muttergesellschaft („upstream merger“) behandelt die Richtlinie 2005/56/EG gemäß Artikel 2 Z 2 litera c als einen Fall der Verschmelzung. Zu demselben Umstrukturierungsergebnis kommt man allerdings auch unter Anwendung der Vorschriften des österreichischen Umwandlungsgesetzes zur verschmelzenden Umwandlung. Die *verschmelzende Umwandlung*<sup>401</sup> unterscheidet sich nur dadurch von der Verschmelzung durch Aufnahme, dass die aufnehmende Gesellschaft keine Kapitalgesellschaft sein muss. Es sind daher derartige Umgründungsmaßnahmen nach zutreffender Meinung nur nach Maßgabe der Schutzvorschriften der Richtlinie 2005/56/EG zulässig.<sup>402</sup>

Der Gesetzgeber hat sich nicht zuletzt aufgrund der Nähe beider Umstrukturierungsformen bei der Ausgestaltung der grenzüberschreitenden verschmelzenden Umwandlung für die Beseitigung der verschmelzenden Umwandlung auf in- und ausländische Kapitalgesellschaften im Sinne der Richtlinie 2005/56/EG entschieden. Die Beteiligten sollen in diesem Fall auf die Möglichkeiten der Verschmelzung beschränkt werden.<sup>403</sup>

### 8.3.3 Änderungen im GmbHG

Das GmbHG wurde in seinem § 81 GmbHG dahingehend geändert, dass der Erwerb eigener Geschäftsanteile zum Zweck der Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern zulässig ist. Hintergrund dieser Gesetzesänderung ist das den Minderheitsgesellschaftern ausdrücklich eingeräumte Austrittsrecht.

---

<sup>400</sup> 171 der Beilagen XXIII. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, S. 5

<sup>401</sup> Umwandlung durch Übertragung des Unternehmens auf den Hauptgesellschafter gemäß § 2 UmwG

<sup>402</sup> 171 der Beilagen XXIII. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, S. 5

<sup>403</sup> 171 der Beilagen XXIII. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, S. 5

## 9. Aspekte des Internationalen Gesellschaftsrechtes

### 9.1 Begriff des Gesellschaftsstatuts

Die IPR- Regelung für eine bestimmte Rechtsfrage wird als *Statut* bezeichnet.<sup>404</sup> Hinsichtlich der Zuordnung einer juristischen Person zu einer bestimmten Rechtsordnung bestehen verschiedene Auffassungen. Unbestritten ist die Auffassung, dass juristische Personen keine Staatsbürgerschaft wie physische Personen besitzen können. Die Staatsbürgerschaft setzt vielmehr ein bestimmtes persönliches Treueverhältnis zwischen einem Individuum und einem gewissen Staat voraus, wozu die juristische Person ihrem Wesen nach nicht im Stande ist.<sup>405</sup> Nichtsdestotrotz ist es aus rechtlichen Gesichtspunkten tunlich, auch juristischen Personen einer bestimmten Rechtsordnung zuzuordnen.

Das Internationale Gesellschaftsrecht bestimmt das Gesellschaftsstatut einer nationalen Gesellschaftsform.<sup>406</sup> Das Gesellschaftsstatut, auch Personal- oder Organisationsstatut genannt, bezeichnet die Summe aller Sachnormen, welche für die Regelung der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen herangezogen werden.<sup>407</sup> Die Sachnormen werden nach heute überwiegender Auffassung einer einzigen Rechtsordnung entnommen.<sup>408</sup> Die Zuordnung zu einer bestimmten Rechtsordnung definiert durch das Personalstatut, ob eine Personen- oder Vermögensverbindung als juristische Person rechtsfähig ist. Die gleichzeitige Anwendung mehrerer Rechtsordnungen für eine juristische Person ist ausgeschlossen.<sup>409</sup> Das bedeutet in concreto, dass eine Gesellschaft gleichzeitig nicht zwei Gesellschaftsrechtsordnungen unterliegen kann.

Gemäß § 10 IPRG ist das Personalstatut einer österreichischen juristischen Person das Recht am tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung, bei Fehlen eines tatsächlichen Sitzes das Recht, zu dem die stärkste Beziehung besteht.<sup>410</sup> In diesem Zusammenhang sind grundsätzlich zwei Theorien zu unterscheiden.

---

<sup>404</sup> *Schwimann*, Internationales Privatrecht (2001), S. 6

<sup>405</sup> *Zinsler*, Die Staatsangehörigkeit juristischer Personen, JBl 1946, 477

<sup>406</sup> Anders nur in dem Fall, wenn ein einheitliches Gesellschaftsstatut - wie beispielsweise bei der EWIV oder SE der Fall - besteht und daher das einheitliche Gesellschaftsstatut als höherrangiges europäisches Recht unmittelbar zur Anwendung kommt.

<sup>407</sup> zum Begriff des Personalstatuts siehe *Kegel*, Internationales Privatrecht, 8. Aufl., 2000, § 13 II, S. 384 ff

<sup>408</sup> *Staudinger/Großfeld*, IntGesR Rn. 13f und 63 ff

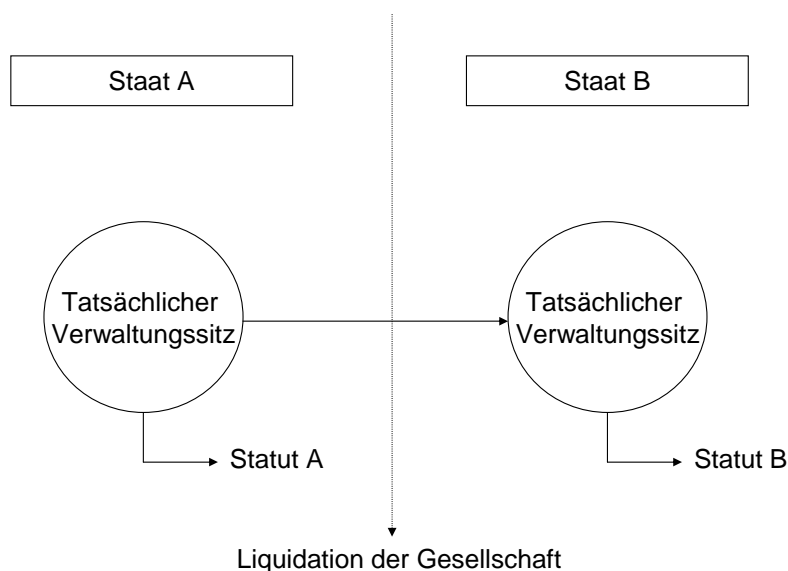
<sup>409</sup> *Schwind*, Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts, 1975, S. 132, 4.12.

<sup>410</sup> *Schwimann*, Internationales Privatrecht (2001), S. 32

## 9.2 Sitztheorie

Die in Österreich und Kontinentaleuropa lange Zeit vorherrschende Sitztheorie besagt, dass für die Frage der Existenz der juristischen Person die Rechtsordnung entscheidend ist, die am Sitz der juristischen Person gilt.<sup>411</sup> Die Sitztheorie knüpft das Gesellschaftsstatut an den *Verwaltungssitz* an, wobei *Verwaltungssitz jener Sitz ist, an dem die Hauptverwaltung der Gesellschaft tatsächlich geführt wird*. Genauer noch definiert die deutsche Lehre und Rechtsprechung den Begriff des „*tatsächlichen Verwaltungssitzes*“ nach einer von *Sandrock* entwickelten<sup>412</sup> und vom *BGH* übernommenen<sup>413</sup> Formel als jenen Ort, an dem nach außen erkennbar, „*die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungshandlungen umgesetzt werden*.“ In diesem Zusammenhang wird auch von dem unternehmerischen Entscheidungszentrum (effektiver Verwaltungssitz, *siege réel*, *real seat*) gesprochen.<sup>414</sup> Für eine in Österreich oder Deutschland gelegene Gesellschaft bedeutet dies, dass das Gesellschaftsstatut das Recht des Staates ist, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat und eine *Verlegung des Verwaltungssitzes daher auch einen Statutenwechsel* nach sich zieht. Es besteht kein Recht auf identitätswahrenden Umzug<sup>415</sup>, weshalb die Gesellschaft in einem solchen Fall aufzulösen und zu liquidieren wäre. Die Sitztheorie schützt also die Einheit von statutarischem Sitz und tatsächlichem Verwaltungssitz einer Gesellschaft.

Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes von Staat A nach Staat B



<sup>411</sup> *Schwind*, Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts, 1975, S. 132, 4.12.1

<sup>412</sup> *Sandrock* in *Beitzke-FS* 669, 683.

<sup>413</sup> *ZB BGHZ* 97, 269, 272

<sup>414</sup> *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, 2000, Rn. 162

<sup>415</sup> *Habersack*, *EuGesR*, § 3 Rn. 12

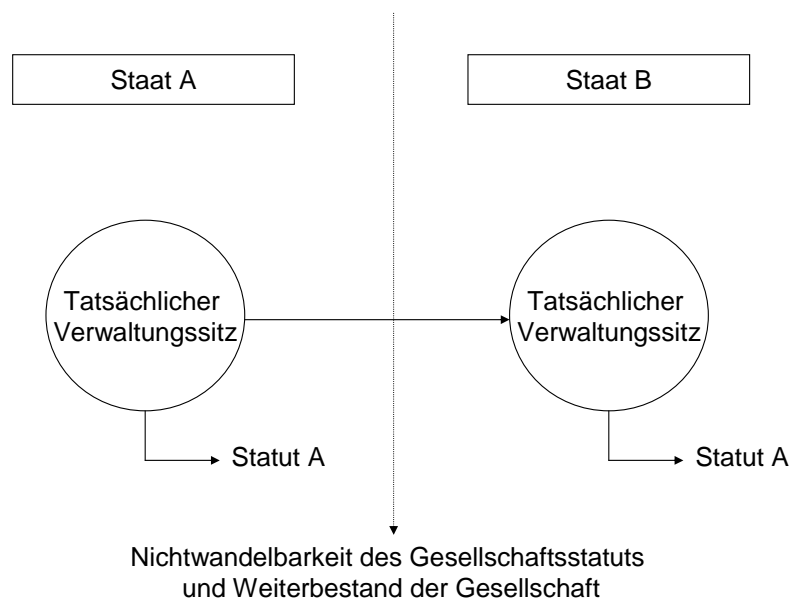


Entwickelt wurde die Sitztheorie im Deutschland und Frankreich des 19. Jahrhunderts und hatte den Zweck den Zuzug von ausländischen, nach weniger strengen Vorschriften gegründeten Gesellschaften zu vereiteln. Die Sitztheorie geht von der Annahme aus, dass jener Staat, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat, von ihrer Tätigkeit am meisten betroffen ist und möchte daher das Recht dieses Staates durchsetzen. Es geht hierbei um die Erfüllung eines Schutzbedürfnisses gegenüber dem Sitzstaat der Gesellschaft.<sup>416</sup>

### 9.3 Gründungstheorie

Die Gründungstheorie geht davon aus, dass eine juristische Person jener Rechtsordnung zuzuordnen ist, nach deren Rechtsordnung sie gegründet wurde, ohne Rücksicht darauf, wo sich der Sitz der juristischen Person befindet.<sup>417</sup> Die Kernidee dieser Theorie besteht darin, dass eine in einem Staat nach dessen Recht wirksam gegründete Gesellschaft selbst dann weiter bestehen soll, wenn sie sich nicht mehr in diesem Gründungsstaat befindet. Für die einmal nach einem bestimmten Recht konstituierte Gesellschaft gelten danach die in diesem Recht festgelegten Rechtsfolgen bis an die Grenze des „*ordre public*“ in jedem anderen Staat, unabhängig davon, an welchem Ort der Verwaltungssitz liegt.<sup>418</sup> Eine Gesellschaft kann danach ihren statutarischen Sitz getrennt von ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz in zwei verschiedenen Staaten haben.

Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes von Staat A nach Staat B



<sup>416</sup> Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 14 II 1 a bb, S. 784

<sup>417</sup> Schwind, Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts, 1975, S. 132, 4.12.2

<sup>418</sup> Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 14 II 1 a, S. 783

Hinter der Gründungstheorie stehen drei wesentliche Komponenten. Erstens die *Wahlfreiheit der Gründer*, in einem gewissen Staat, nach dessen Rechtsordnung bzw. Gesellschaftsstatuts eine Gesellschaft zu gründen, zweitens die *Nichtwandelbarkeit des ausgewählten Gesellschaftsstatuts* für das gesamte Leben der Gesellschaft und drittens die Möglichkeit der *transnationalen Mobilität* der Gesellschaften.<sup>419</sup>

#### 9.4 Vereinbarkeit der Sitztheorie mit Artikel 43 und 48 EGV

Die Artikel 43 und 48 EGV garantieren die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften eines Mitgliedstaates in einem anderen Mitgliedstaat und verbieten jegliche Beschränkungen. Dadurch wird die *gemeinschaftsweite Mobilität* der einzelnen nationalen Gesellschaftsformen sichergestellt. Allerdings reduziert die Sitztheorie den Umfang der Niederlassungsfreiheit in nicht unerheblichem Ausmaß. Die Beschränkung wird in der mangelnden Anerkennung einer ausländischen Gesellschaft, welche dem Gründungsrecht (Gründungstheorie) unterliegt, durch einen das Sitzrecht (Sitztheorie) anwendenden Mitgliedstaat deutlich: Eine Gesellschaft mit Verwaltungssitz in einem Sitztheoriestaat wird nur dann als existent anerkannt, wenn sie eine inländische Gesellschaft, also eine nach inländischem Recht gegründete und organisierte Einheit ist; sie wird allerdings nicht anerkannt, wenn sie eine ausländische Gesellschaft, d.h. eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründete und organisierte Einheit ist.<sup>420</sup> Folglich könnte eine ausländische Gesellschaft nur unter dem Wechsel des Gesellschaftsstatuts ihren Verwaltungssitz in einen der Sitztheorie unterliegenden anderen Mitgliedstaat verlegen. Die *Vorrangstellung des Gemeinschaftsrechtes* bewirkt, dass in einem solchen Fall die Sitztheorie auf Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet wurden und ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Gemeinschaft haben, nicht anwendbar ist.<sup>421</sup>

Festzuhalten ist daher, dass unter der Vorrangstellung des europäischen Rechtes eine Unvereinbarkeit zwischen den unmittelbar anwendbaren Regelungen der Artikel 43 EGV und 48 EGV<sup>422</sup> einerseits und der Summe jener nationalen Regelungen, welche die Sitztheorie in den jeweiligen Mitgliedsstaaten normieren andererseits, besteht. Die

---

<sup>419</sup> Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, 2000, S. 106, Rn. 161

<sup>420</sup> Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, 2000, S. 115 ff., Rn. 176

<sup>421</sup> In Deutschland wurde die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit den Artikeln 43, 48 EGV kontrovers diskutiert; vgl. auch MünchKomm/Ebenroth, Nach Artikel 10 EGBGB Rn. 196 m.w.N.

<sup>422</sup> EuGH Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, I-631, 650ff. Rn. 10-32

Sitztheorie ist daher wiederholt auf dem Prüfstand der EuGH Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit.

## 10. Die Niederlassungsfreiheit

### 10.1 Zielsetzungen der Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit will – *neben den Harmonisierungskompetenzen* – die schrittweise Beseitigung von Hindernissen erreichen, die in jedem Mitgliedstaat der Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit durch Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten oder der Niederlassung von Staatsangehörigen entgegenstehen, wenn diese beabsichtigen sich im Bestimmungsland niederzulassen, um eine selbstständige Erwerbstätigkeit auszuüben.<sup>423</sup> Durch die Vielfalt der Hindernisse, die der Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch ausländische Staatsangehörige entgegenstehen können (z.B. unterschiedliche Ausgestaltung von Schutzbestimmungen für Gesellschaften in den nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen, Nichtanerkennung von Diplomen ausländischer Universitäten etc.), war es den nationalen Gesetzgebern nicht möglich, ihre Beseitigung bereits im Vertrag zu regeln. Sie beschränkten sich darauf, den Rechtsetzungsorganen der Gemeinschaft die Befugnis zu verleihen, durch – die Mitgliedstaaten bindende – Rechtsakte, den Abbau der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zu gewährleisten.

Die Niederlassungsfreiheit ist genauso wie alle anderen Grundfreiheiten gegen die öffentliche Hand gerichtet. Unter „öffentlicher Hand“ sind im weitesten Sinne die Mitgliedstaaten, ihre Länder und Gemeinden zu verstehen. Darunter fallen vor allem Körperschaften, Selbstverwaltungskörper oder beliehene Unternehmen.<sup>424</sup> Eine Körperschaft ist verwaltungsrechtlich definiert als ein mitgliedschaftlich verfasster, unabhängig vom Wechsel der Mitglieder bestehender, mit Hoheitsgewalt ausgestatteter Verwaltungsträger. Sie ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts.<sup>425</sup> Nach der herrschenden Meinung besteht *keine unmittelbare Drittwirkung*<sup>426</sup> der Niederlassungsfreiheit, in gewissen Fällen jedoch eine Schutzpflicht der Mitgliedstaaten.<sup>427</sup>

---

<sup>423</sup> Ehring in Groeben/Boeckh, Kommentar zum EWG-Vertrag, Artikel 52 Rn. 1

<sup>424</sup> so Mayer in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 43, Rn. 2

<sup>425</sup> Gerhard Köbler, Juristisches Wörterbuch, 8. Auflage, S. 232

<sup>426</sup> Unter „unmittelbarer Drittwirkung“ versteht man die Ableitung eines Anspruchs aus einer bestimmten Grundfreiheit, den eine Privatperson gegen einen anderen Privaten geltend machen kann; allerdings unterwirft der EuGH bestimmte Vorschriften privater Verbände (z.B. Satzungen von Sportvereinen) unter die Schutzwirkung der Grundfreiheiten, sofern sie normgleiche Wirkung haben

<sup>427</sup> Siehe diesbezüglich EuGH Rs. C-265/95, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-6959

## 10.2 Historische Entwicklung der Niederlassungsfreiheit

### 10.2.1 Das Allgemeinen Programm

Aus dem ursprünglichen Verständnis des Niederlassungsrechts als *bloßes Diskriminierungsverbot*, waren Diskriminierungen nicht etwa mit sofortiger Wirkung beseitigt, sondern musste vorerst durch Etablierung einer „*stand still*“ – Klausel gewährleistet werden, dass keine neuen Vorschriften hinzukommen, die Inländer besser stellen als Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten. Es wurden daher „Allgemeine Programme“ zum Abbau bestehender Diskriminierungen geschaffen, die das finale Ziel verfolgten, bestehende Diskriminierungen zu beseitigen. Zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit wurde das „*Allgemeinen Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit*“<sup>428</sup> verfasst, worauf noch in Artikel 54 Absatz 1 aF. EGV (jetzt Art 44 Absatz 1 EGV) explizit Bezug genommen wurde. Das Programm entsprach keinem der in Artikel 249 EGV definierten Rechtsakten (Richtlinie, Verordnung, Entscheidung, Empfehlung oder Stellungnahme) und wird von der herrschenden Lehre als Rechtsakt „*sui generis*“ bezeichnet.<sup>429</sup> Mit Ergänzungsfunktion zum Vertrag ausgestattet, hatte das Programm nicht die Rechtskraft den Vertrag abzuändern, sondern behielt die Stellung von *Sekundärrecht*, geschaffen von Gemeinschaftsorganen und nicht von Mitgliedstaaten.<sup>430</sup> Auf Basis eines Zeitplanes, nach welchem die jeweiligen Beschränkungen aufzuheben waren, wurden die notwendigen Liberalisierungsschritte durchgeführt. Danach war bis 31.12.1969 die Niederlassungsfreiheit durch den Erlass von Richtlinien zu verwirklichen, wobei das Allgemein Programm den Rahmen absteckte. Seit 1.1.1970 gilt für die Niederlassungsfreiheit die *unmittelbare Wirksamkeit des Diskriminierungsverbotes*<sup>431</sup>, weshalb Normunterworfenen auch ohne Berufung auf eine Richtlinie ihr Niederlassungsrecht einfordern können. Relevanz hat das Allgemeine Programm heute, neben seiner historischen Bedeutung, vorwiegend für die *Auslegung* der nach seiner Grundlage erlassenen Richtlinien.<sup>432</sup>

---

<sup>428</sup> ABI 1962 Nr 3, 36

<sup>429</sup> Everling, Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, a.a.O. Rn. 218; Der Rat hat durch das Allgemeine Programm sich selbst und die anderen Gemeinschaftsorgane, nicht jedoch die Mitgliedstaaten gebunden

<sup>430</sup> Troberg in Groeben/Boeckh/Thiesing, Kommentar zum EWG-Vertrag (2. Auflage), S. 475 ff

<sup>431</sup> Die jüngere Judikatur des EuGH geht von einem *Beschränkungsverbot* im Rahmen der Niederlassungsfreiheit aus; siehe auch EuGH, Rs. C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663 und EuGH, Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165

<sup>432</sup> Hempel in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 44, Rn. 1

### 10.2.2 Die Reyners-Entscheidung

Ausgangspunkt des Falles war eine Klage, die ein niederländischer Staatsangehöriger, Inhaber eines staatlichen Diploms, das in Belgien den Zugang zur Rechtsanwaltschaft eröffnet, erhoben hat, nachdem ihm aufgrund der königlichen Verordnung vom 24. August 1970 über die Berufsbezeichnung und die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes die Zulassung zur Anwaltschaft wegen seiner Staatsangehörigkeit versagt worden war.<sup>433</sup>

In Bezug auf die Wirksamkeit der Niederlassungsfreiheit legte der Conseil d'Etat die Frage vor, ob Artikel 52 EWG-Vertrag (jetzt Artikel 43 EGV), auch ohne dass die nach dem Allgemeinen Programm zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit vorgesehenen Richtlinien ergangen sind, seit Ablauf der Übergangsfrist unmittelbare Geltung erlangt hat.<sup>434</sup> Der Gerichtshof stellte daraufhin fest, dass die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und die Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen umfasst“. Damit dieses Ziel (Anm.: der Inländergleichbehandlung) im Laufe der Übergangszeit (Anm.: bis 1.1.1970) schrittweise erreicht werden kann, sieht Artikel 54 aF. EWG-Vertrag (jetzt Artikel 44 EGV) einerseits die Ausarbeitung eines Allgemeinen Programmes durch den Rat sowie andererseits Richtlinien zur Verwirklichung dieses Programmes vor, die dazu dienen, die Niederlassungsfreiheit für die verschiedenen in Betracht kommenden Tätigkeiten herzustellen.<sup>435</sup> Der Grundsatz der Inländergleichbehandlung ist einer der grundlegendsten Rechtssätze der Gemeinschaft und seinem Wesen nach geeignet, unmittelbar geltend gemacht zu werden. Da das Ende der Übergangszeit als Zeitpunkt für die Herstellung der Niederlassungsfreiheit bestimmt war, sind mit Ablauf der Übergangszeit die im Kapitel über das Niederlassungsrecht vorgesehenen Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Inländergleichbehandlung rechtlich überflüssig geworden, weil seit diesem Zeitpunkt der Vertrag selbst diesem Grundsatz *unmittelbare Wirkung* verleiht.<sup>436</sup> Artikel 52 EGV ist daher seit Ablauf der Übergangszeit eine unmittelbare Bestimmung, auch wenn für bestimmte Bereiche die vorgesehenen Richtlinien nicht ergangen sein sollten.<sup>437</sup>

Dem Gerichtshof wurde durch die Vorlagefrage die Antwort abgerungen, ob der Grundsatz der Inländergleichbehandlung (Diskriminierungsverbot), welcher durch das „Allgemeine

---

<sup>433</sup> EuGH Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, 650ff. Rn. 2

<sup>434</sup> EuGH Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, 650ff. Rn. 3

<sup>435</sup> EuGH Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, 650ff. Rn. 16-20

<sup>436</sup> EuGH Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, 650ff. Rn. 24-28

<sup>437</sup> EuGH Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, 650ff. Rn. 32

Programm“ und die Richtlinien bis zum Ablauf der Übergangsfrist durchgesetzt werden sollte, nach Ablauf dieser Frist unmittelbar herangezogen werden kann. Die programmatische Verwirklichung durch abgestufte Maßnahmen ging dem Gerichtshof wohl nicht schnell genug oder war zu unvollständig, weshalb er derartige Maßnahmen nicht als Bedingung für die Verwirklichung des Grundsatzes der Inländergleichbehandlung voraussetzte. Der Gerichtshof sprach der Verpflichtung zur Verwirklichung der Inländergleichbehandlung nach Ablauf der Übergangszeit einen höheren rechtlichen Charakter zu als dem Allgemeinen Programm oder den Richtlinien, die dasselbe Ziel zum Zeitpunkt 1.1.1970 programmatisch noch nicht vollständig verwirklicht hatten. Da sich der Grundsatz der Inländergleichbehandlung (Diskriminierungsverbot) direkt aus dem Vertrag ableiten lässt, kommt ihm gegenüber angestrebten oder bereits verwirklichten Sekundärrechtsakten die *höhere derogatorische Kraft* zu.

### 10.2.3 Das Weißbuch von 1985

Das zur Vollendung des Binnenmarktes im Juni 1985 von der Kommission erstellte Weißbuch, enthielt ein *Programm zum Abbau der Binnengrenzen* in der Gemeinschaft bis zum 31. Dezember 1992.<sup>438</sup> Im Rahmen dieses Binnenmarktkonzeptes wurden sämtliche Maßnahmen aufgelistet, die zum Abbau der Grenzhindernisse erforderlich waren sowie ein Zeitplan zu deren Verwirklichung erstellt. Das Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht waren Bestandteile des Programmes. Im Rahmen des Niederlassungsrechtes wurde die Anerkennung von Hochschuldiplomen vorgesehen sowie noch offenen Maßnahmen bei selbstständigen Berufen angeführt. Inhalt waren auch einige grundlegende Ansätze zur gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierungspolitik:<sup>439</sup>

1. Minimal oder Kernangleichung vs. Detailangleichung;
2. Normangleichung vs. gegenseitige Anerkennung von Normen als gleichwertig (Äquivalenzgrundsatz).

Das Weißbuch von 1985 wurde vom Europäischen Rat nicht formell beschlossen, weshalb es im Gegensatz zu den Allgemeinen Programmen *keine normative Wirkung* entfaltete, sondern immer nur als interner Akt mit politischer Bindungswirkung betrachtet wurde.<sup>440</sup>

---

<sup>438</sup> KOM (85) 310 endg.

<sup>439</sup> siehe Müller-Graff, Rechtsangleichung, in: 24 EuR 1989, S. 107, 110

<sup>440</sup> Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 44 EG, Rn. 7

### 10.3 Normative Darstellung

Die Rechtsvorschriften zur Niederlassungsfreiheit lauten wie folgt:

#### a) Artikel 43

*„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 Mitgliedsstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats ansässig sind.*

*Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger 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.“*

Dem Wortlaut des Artikels 43 Absatz 1 EGV zufolge, berechtigt die Niederlassungsfreiheit nur Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Gemeinschaft, während sich Drittstaatsangehörige nicht darauf berufen können. Nach herrschender Meinung sind von der Bestimmung nur grenzüberschreitende, nicht aber rein innerstaatliche Sachverhalte umfasst.<sup>441</sup> Das grenzüberschreitende Element ergibt sich im Wesentlichen daraus, dass der Niederlassungsberechtigte der Hoheitsgewalt eines Staates gegenübersteht, dessen Staatsangehöriger er nicht ist.<sup>442</sup> Die Bestimmungen der Niederlassungsfreiheit sind unabhängig von ihrer sekundärrechtlichen Harmonisierung *unmittelbar anwendbar*.<sup>443</sup> Aufgrund der Tatsache, dass die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit keiner sekundärrechtlichen Rechtsakte mehr bedarf, wird Artikel 43 EGV auch als *„grundrechtsähnliche europäische Norm“* bezeichnet.<sup>444</sup>

Widersprüche rufen die unklaren Formulierungen in Artikel 43 Absatz 1 und 2 EGV hervor. Während Absatz 1 ein Beschränkungsverbot bezogen auf *„die freie Niederlassung“* normiert, lässt sich in Absatz 2 nur das weniger weitreichende Diskriminierungsverbot herauslesen. Die ältere Literatur verstand das Recht der freien Niederlassung noch nicht im

---

<sup>441</sup> Mayer in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 43, Rn. 4

<sup>442</sup> Randelzhofer/Forsthoff, Rn 8 ff. zu Artikel 43 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg), Kommentar.

<sup>443</sup> EuGH Rs. 2/74, Reyners, Slg. 1974, 631, 650ff. Rn. 10-32

<sup>444</sup> Mayer in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 43, Rn. 2

Sinne einer absoluten Freiheit.<sup>445</sup> Vielmehr enthielt es die Verpflichtung für jeden Mitgliedstaat die Staatsangehörigen von anderen Mitgliedstaaten in seinem Gebiet „nur“ unter denselben Voraussetzungen zur Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten zuzulassen wie eigene Staatsangehörige (Diskriminierungsverbot). Diese Position eines Diskriminierungsverbotes vertrat auch die frühere Rechtsprechung des EuGH<sup>446</sup>, die neuere Judikatur nimmt hingegen ein umfassendes Beschränkungsverbot an.<sup>447</sup>

Obwohl sich Artikel 43 EGV in erster Linie auf natürliche Personen bezieht, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen wollen, um eben dort eine selbstständige Erwerbstätigkeit auszuüben, anerkennt der Vertrag auch die Form der Erwerbstätigkeit im Rahmen der Gründung und Leitung von Unternehmen durch natürliche Personen, sofern dieses Unternehmen in eine von Artikel 48 EGV erfasste Gesellschaftsform gekleidet ist.

#### **b) Artikel 48**

*„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 Ausnahmen derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.“*

Unstrittig ist, dass nach Artikel 43 EGV in Verbindung mit Artikel 48 EGV nicht nur natürliche Personen in den Genuss der Niederlassungsfreiheit kommen, sondern auch Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates gegründet wurden und innerhalb der Gemeinschaft ihre Niederlassung haben. Voraussetzung ist, dass diese Gesellschaften ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben. Unter „*Gesellschaften*“ fallen alle Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes und des Handelsrechtes einschließlich der Genossenschaften und der sonstigen Gesellschaften des öffentlichen und privaten Rechtes mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Umfasst sind alle Wirtschaftsobjekte, die keine natürlichen

---

<sup>445</sup> Ehring in Groeben/Boeckh, Kommentar zum EWG-Vertrag (1.Auflage), Artikel 52, S. 163

<sup>446</sup> EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, I-631; EuGH, Rs. 11/77, *Patrick*, Slg. 1977, I-1199

<sup>447</sup> EuGH, Rs. 107/83, *Klopp*, Slg. 1984, I-2971; EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165



Personen sind.<sup>448</sup> Bei der in Artikel 48 EGV vorgenommenen Gleichstellung der Gesellschaften mit natürlichen Personen handelt es sich um eine reine Erweiterung der Trägereigenschaft der Niederlassungsfreiheit. Der materiellrechtliche Gehalt des Niederlassungsrechtes ergibt sich demgegenüber weiter aus Artikel 43 EGV.<sup>449</sup>

#### 10.4 Der Begriff „Niederlassung“

Eine Niederlassung ist nach der Lehre eine feste, dauerhafte Einrichtung, die eine Verfestigung der Beziehungen zu dem betreffenden Mitgliedstaat und eine Eingliederung in dessen Volkswirtschaft bewirkt. Zur Feststellung einer Niederlassung sind drei objektive Kriterien relevant, die nicht kumulativ vorliegen müssen:<sup>450</sup>

1. Eine feste und dauerhafte Einrichtung in einem Mitgliedstaat
2. Der Umfang der tatsächlichen Benutzung der Einrichtung
3. Der Örtlicher Schwerpunkt einer ständig ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeit (bei Fehlen einer festen und dauerhaften Einrichtung)

Im Vertrag findet sich keine explizite Definition des Begriffes „*Niederlassung*“. Auch wird in Artikel 43 EGV der Vorgang, eine Präsenz auf einem fremden Gebiet zu eröffnen, mit keinem Wort erwähnt. Der Gesetzgeber knüpft an einem weiter gelegenen Grundverständnis an, weil er unter den Begriff der Niederlassung nicht nur die „*feste Einrichtung*“ subsumiert, sondern auch das „*wirtschaftliche Tätigwerden*“ des Unternehmens umfasst. Dies wird bestätigt durch die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach der Begriff der Niederlassung im Sinne von Artikel 43 EGV ein *sehr weiter* ist, der die Möglichkeit für einen Gemeinschaftsangehörigen impliziert, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates als seines Herkunftsstaates teilzunehmen.<sup>451</sup>

#### 10.5 Der Begriff „Selbstständige Erwerbstätigkeit“

Der Begriff der „*selbstständigen Erwerbstätigkeit*“ in Artikel 43 Absatz 2 EGV umfasst jede Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist. Eine Tätigkeit wird selbstständig ausgeübt, wenn sie weisungsfrei und eigenverantwortlich verrichtet wird und

---

<sup>448</sup> Troberg in Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag Kommentar, Artikel 58 Rn. 2

<sup>449</sup> Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, 2000, S 120 ff., Rn. 183

<sup>450</sup> Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 43 EG, S. 1482, Rn. 5 und 7

<sup>451</sup> EuGH, Rs. C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Rn. 25

wenn der Handelnde auch selbst das unmittelbare wirtschaftliche Risiko trägt.<sup>452</sup> Die Niederlassungsfreiheit stellt nicht auf gewisse Berufe oder Berufsbilder ab, sondern auf Tätigkeiten, die in Erwerbsabsicht vorgenommen werden.<sup>453</sup> Gewinnerzielung ist keine notwendige Voraussetzung für die Erwerbstätigkeit. Ausreichend ist, dass die Tätigkeit allgemein geeignet ist, einen wirtschaftlichen Erfolg zu verschaffen.<sup>454</sup> Auch Gesellschaften ohne Gewinnerzielungsabsicht bzw. Erwerbszweck im Sinne von Artikel 48 Absatz 2 EGV können in Einzelfällen eine Erwerbstätigkeit im Sinne des Artikels 43 EGV ausüben.<sup>455</sup> Erfasst sind daher vor allem die freien Berufe und die gewerblichen Tätigkeiten (Industrie, Handel, Handwerk). Nicht erfasst sind hingegen Gelegenheitsarbeiten und mangels Erwerbszweckes unentgeltliche Tätigkeiten karitativer und kultureller Art.<sup>456</sup>

## 10.6 Primäre und Sekundäre Niederlassungsfreiheit

Die Artikel 43 Absatz 1 Satz 1 EGV und Artikel 48 EGV gewähren die so genannte „*primäre Niederlassungsfreiheit*“, worunter man – *inter alia* – das Recht versteht, den Schwerpunkt der unternehmerischen Tätigkeit – *die Hauptniederlassung* – in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates zu verlegen. In diesem Fall verbleibt im Ursprungsland keine oder nur eine von einem Haupthaus abhängige Betriebsstätte. Unter *Hauptniederlassung* im obigen Sinne versteht man die Neugründung oder Übernahme eines Unternehmens in einem anderen Mitgliedstaat oder eine Standortverlagerung, also die Verlagerung der Betriebsmittel und Produktionsanlagen in einen anderen Mitgliedstaat.<sup>457</sup> Als zur Ausübung Berechtigte kommen *natürliche und juristische Personen* in Betracht. Die primäre Niederlassungsfreiheit ist *unabhängig vom Merkmal der Ansässigkeit*.<sup>458</sup> Sobald eine natürliche Person die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt, ist sie berechtigt Unternehmen im Gebiet der Gemeinschaft zu gründen, auch wenn sie ihren Wohnsitz in einem Drittstaat hat bzw. beibehält.

Im Gegensatz dazu umfasst die „*sekundäre Niederlassungsfreiheit*“ nur Gesellschaften, die bereits ihre Hauptniederlassung bzw. ihren tatsächlichen Sitz auf dem Gebiet eines

---

<sup>452</sup> Mayer in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 43, Rn. 11

<sup>453</sup> Damit wird der EGV dem Umstand gerecht, dass die Gemeinschaft keine originären einheitlichen Berufbezeichnungen kennt. Auch würden die unterschiedlichen Berufsbilder in den einzelnen Mitgliedstaaten Zweifel an der Deckungsgleichheit bestimmter Begriffe aufwerfen, die sich vermeiden lässt, wenn nur auf die konkrete Tätigkeit abgestellt wird.

<sup>454</sup> Mayer in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 43, Rn. 8 ff.

<sup>455</sup> Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 43 EG, Rn. 58

<sup>456</sup> Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union (3. Auflage), Rn. 941

<sup>457</sup> Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 43 EGV, Rn. 16

<sup>458</sup> Mayer in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 43, Rn. 6

Mitgliedstaates haben und daher gemeinschaftszugehörig sind. Das Kriterium der *Gemeinschaftszugehörigkeit* einer Gesellschaft ist dann als erfüllt anzusehen, wenn sie nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet wurde.<sup>459</sup> Ob die Gründer Staatsangehörige von Drittstaaten sind, hat für die Beurteilung der Gemeinschaftszugehörigkeit von Gesellschaften keine Relevanz. Eine Anwendung der *Kontrolltheorie* auf derartige Sachverhalte ist deshalb *ausgeschlossen*.<sup>460</sup> Gemäß Artikel 43 Absatz 1 Satz 2 EGV besteht die sekundäre Niederlassungsfreiheit aus dem Recht, Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften zu gründen. Dieses Recht kennzeichnet sich dadurch, dass die Gesellschaft den Schwerpunkt ihrer unternehmerischen Tätigkeit im Ursprungsland beibehält und ihre Betätigung durch Gründung einer rechtlich selbstständigen Tochtergesellschaft oder unselbstständigen Filiale bzw. Tochtergesellschaft auf das Gebiet eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten ausdehnt.<sup>461</sup>

### 10.7 Gründung von Tochtergesellschaften

Nach Artikel 43 Absatz 1 Satz 2 EGV haben Gesellschaften das Recht Tochtergesellschaften zu gründen. Die in der Gemeinschaft ansässigen Gesellschaften können daher von ihrem Niederlassungsrecht dadurch Gebrauch machen, dass sie in einem anderen Mitgliedstaat eine oder mehrere Tochtergesellschaften gründen. Dabei sind selbstverständlich die jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften zur Gründung von Tochtergesellschaften zu berücksichtigen. Die dabei anwendbaren Rechtsvorschriften dürfen jedoch in keiner Weise diskriminierend oder beschränkend sein. Beispielsweise wäre es europarechtswidrig, wenn eine Vorschrift normiert, dass an der Gründung einer Tochtergesellschaft ein Inländer oder ein inländisches Unternehmen beteiligt sein muss.

Nach den Beobachtungen von *Lutter* wird die Gründung von Tochtergesellschaften in der Praxis gegenüber allen anderen Formen der Niederlassung bevorzugt und funktioniert ohne erkennbare Schwierigkeiten. In der Gemeinschaft ist daher auch der grenzüberschreitende Konzern zur legalen Normalität geworden.<sup>462</sup>

### 10.8 Gründung von Agenturen, Filialen und Zweigniederlassungen

Gesellschaften mit Sitz innerhalb der Gemeinschaft können auch von ihrer Niederlassungsfreiheit dadurch Gebrauch machen, dass sie in einem anderen Mitgliedstaat

---

<sup>459</sup> vgl. Artikel 48 EGV

<sup>460</sup> *Mayer in Mayer* (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 43, Rn. 6

<sup>461</sup> Zu dieser Unterscheidung EuGH, Rs. C-270/83, *Avoir Fiscal*, Slg. 1986, I-273, 301

<sup>462</sup> *Lutter*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 40, 41 ff.

Agenturen, Filialen oder Zweigniederlassungen errichten. Agenturen, Filialen oder Zweigniederlassungen sind keine juristischen Personen, allerdings müssen Zweigniederlassungen in das Firmenbuch des jeweiligen Mitgliedstaates eingetragen werden.<sup>463</sup> Die Zweigniederlassungsrichtlinie<sup>464</sup> normiert das Recht der Gesellschaften aus Mitgliedstaaten in jedem anderen Mitgliedsstaat eine oder mehrere Zweigniederlassungen zu errichten und koordiniert die dafür erforderliche Publizität.

Die Rechtsangleichung des Gesellschaftsrechtes hat große praktische Bedeutung für die Errichtung *unselbstständiger sekundärer Niederlassungen* wie Agenturen, Filialen und Zweigniederlassungen durch ausländische Gesellschaften. Vorschriften des Bestimmungslandes, die strengere Anforderungen für die Errichtung von sekundären Niederlassungen vorsehen als die Rechtsordnung des Ursprungslandes, können für ausländische Gesellschaften mit *Mehrkostenaufwand* verbunden sein. Hierbei betroffen können – *inter alia* – Garantieleistungen oder besondere Kapitalanforderungen sein.

### 10.9 Beteiligung an ausländischen Gesellschaften

Die Niederlassungsfreiheit beinhaltet das Recht der Gesellschaften, sich in einem anderen Mitgliedsstaat an einer dort bereits bestehenden Gesellschaft zu beteiligen. Dabei sind konsequenterweise die nationalen Rechtsvorschriften vor Ort anzuwenden, die – *inter alia* – für die Form des Erwerbes, die Zustimmung anderer Gesellschafter oder die Anzeige vor Behörden gelten. Nach österreichischem Recht vollzieht sich der Erwerb eines GmbH-Anteils gemäß § 76 Absatz 2 GmbHG durch das formgültig zustande gekommenen Verfügungsgeschäft (Notariatsaktpflicht) und ein ebenfalls gültiges Titelgeschäft. Im Gegensatz zum deutschsprachigen Rechtsraum haben andere Mitgliedstaaten weniger strenger Formvorschriften in ihren Gesellschaftsrechtsordnungen verankert. Zudem muss die Gesellschaft, die sich beteiligen will, innerhalb der Gemeinschaft ansässig sein, um den Schutz der Artikel 43 und 48 EGV zu genießen.<sup>465</sup>

---

<sup>463</sup> In der Entscheidung, EuGH, Rs. 205/84, *Kommission v Deutschland*, Slg 1986, I-3755, hat der EuGH entschieden, dass ein Sachverhalt auch dann unter die Niederlassungsfreiheit fällt, wenn „die Präsenz nicht die Form einer Zweigniederlassung oder Agentur angenommen hat, sondern lediglich durch ein Büro wahrgenommen wird, das von dem eigenen Personal des Unternehmens oder von einer Person geführt wird, die zwar unabhängig, aber beauftragt ist, auf Dauer für dieses Unternehmen wie eine Agentur zu handeln.“

<sup>464</sup> 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, Amtsblatt Nr. L 395 vom 30.12.1989

<sup>465</sup> vgl. *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, 2000, S 123, Rn. 188

Der grenzüberschreitende Erwerb oder Verkauf von Aktien, soweit es sich für die Beteiligten um reine Kapitalanlagen handelt, fällt ausschließlich in den Schutzbereich der Vorschriften über den freien Kapital- und Zahlungsverkehr und nicht unter die Bestimmungen der Niederlassungsfreiheit.

## 10.10 Die Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit zu anderen Freiheiten

### 10.10.1 Dienstleistungsfreiheit und der Fall „Schnitzer“

Der Vertrag versteht unter „*Dienstleistung*“ jenen Vorgang, bei welchem eine gewerbliche Leistung zwischen Wirtschaftssubjekten erbracht wird, die einander als *Gebietsfremde* gegenüberstehen. Geht es darum, berufliche oder gewerbliche Leistungen zwischen *gebietsansässigen* Anbietern und Nachfragern zu erbringen, sind die Bestimmungen der *Niederlassungsfreiheit* anwendbar.<sup>466</sup> Dienstleistung und Niederlassung schließen einander gemäß Artikel 50 Absatz 2 EGV aus.<sup>467</sup> Der Wortlaut des Artikels 50 EGV spricht dafür, dass die Dienstleistungsfreiheit gegenüber der Niederlassungsfreiheit *subsidiär* ist.<sup>468</sup> Je nachdem, worin das grenzüberschreitende Element besteht, unterscheidet man zwischen:<sup>469</sup>

1. Aktiver Dienstleistungsfreiheit (Leistungserbringer kommt zum Empfänger)
2. Passiver Dienstleistungsfreiheit (Leistungsempfänger kommt zum Erbringer)
3. Korrespondenzdienstleistung (nur die Leistung überschreitet die Grenze)
4. der Leistungserbringer erbringt für den Leistungsempfänger eine Dienstleistung im Ausland

Zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit existiert ein gewisses *Naheverhältnis*.<sup>470</sup> Dieses resultiert daraus, dass Leistungen gleichzeitig von einem Begünstigten der Niederlassungsfreiheit, der z.B. eine Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung in einem Mitgliedstaat begründet hat, oder auch durch einen Dienstleistungserbringer, der seine Leistungen nur vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat anbietet, erbracht werden können.

---

<sup>466</sup> Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 43 EG, Rn. 5 und 6

<sup>467</sup> Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 43 EG, Rn. 18

<sup>468</sup> Roth, Grundlagen des gemeinsamen europäischen Versicherungsmarktes, RabelsZ 1990, S. 63 (102).

<sup>469</sup> Schnichels, Niederlassungsfreiheit, S. 33

<sup>470</sup> Fischer/Köck/Karollus, Europarecht, 4. Auflage, Rn. 1676

Im Fall „*Schnitzer*“<sup>471</sup> nimmt der EuGH deutlich zur Abgrenzung von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit Stellung: Darin ging es um einen portugiesischen Unternehmer, der in Deutschland im Auftragsverhältnis und für einen längeren Zeitraum Verputzarbeiten ausgeführt hat, jedoch nicht in die Handwerksrolle eingetragen war. Mit Bescheid verhängte die Stadt Augsburg gegen den portugiesischen Unternehmer ein Bußgeld zur Bekämpfung von Schwarzarbeit. Dem EuGH wurde in der Folge die Frage vorgelegt, ob es mit dem freien Dienstleistungsverkehr vereinbar sei, wenn ein portugiesischer Unternehmer, der im Ursprungsland die Voraussetzungen für eine gewerbliche Tätigkeit erfüllt, weitergehende, wenn auch nur formale Voraussetzungen erfüllen muss (i.e. die Eintragung in die Handwerksrolle), um diese Tätigkeit in Deutschland nicht nur kurzfristig, sondern auch über einen längeren Zeitraum hinweg auszuüben.

Der EuGH nahm in einem ersten Schritt zur Abgrenzung von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit Stellung, indem er festhielt, dass der Dienstleistende – soweit seine Leistungserbringung nur *vorübergehend* ist – unter die Anwendung der Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit fällt. Für den vorübergehenden Charakter einer Dienstleistung sind nicht nur die *Dauer*, sondern auch *die Häufigkeit, regelmäßige Wiederkehr oder Kontinuität* zu berücksichtigen. Auch schließt der vorübergehende Charakter der Dienstleistung nicht aus, dass der Dienstleistungserbringer sich im Bestimmungsland einer bestimmten *Infrastruktur* bedient (Büros, Praxis oder Kanzlei), soweit diese Infrastruktur erforderlich ist.<sup>472</sup>

Der Begriff „Dienstleistung“ kann daher Dienstleistungen umfassen, deren Erbringung sich über einen längeren Zeitraum, bis hin zu mehreren Jahren erstreckt, z.B. wenn es sich um Dienstleistungen handelt, die im Rahmen eines Großbauprojektes erbracht werden.<sup>473</sup> Der EuGH hat folgendermaßen entschieden:

*„Das Gemeinschaftsrecht steht der Verpflichtung eines Wirtschaftsteilnehmers, sich in die Handwerksrolle einzutragen, entgegen, die die Erbringung von Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedstaat verzögert, erschwert oder verteuert, wenn die in der anwendbaren Richtlinie über die Anerkennung der beruflichen Qualifikationen vorgesehenen Voraussetzungen für die Ausübung dieser Tätigkeit in diesem Mitgliedstaat erfüllt sind. Allein die Tatsache, dass ein in einem Mitgliedstaat niedergelassener Wirtschaftsteilnehmer*

---

<sup>471</sup> EuGH, Rs. C-215/01, *Schnitzer*, Slg. 2003, I-14847

<sup>472</sup> EuGH, Rs. C-215/01, *Schnitzer*, Slg. 2003, I-14847, Rn. 28

<sup>473</sup> EuGH, Rs. C-215/01, *Schnitzer*, Slg. 2003, I-14847, Rn. 30

*gleiche oder ähnliche Dienstleistungen wiederholt oder mehr oder weniger regelmäßig in einem andern Mitgliedstaat erbringt, ohne dass er dort über eine Infrastruktur verfügt, die es ihm erlauben würde, in diesem Mitgliedstaat in stabiler und kontinuierlicher Weise einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, und von der aus er sich u.a. an die Angehörigen dieses Mitgliedstaats wendet, kann nicht ausreichen, um ihn als in diesem Staat niedergelassen anzusehen.*<sup>474</sup>

Der EuGH hat auf Grundlage dieser Entscheidung ein sehr weites Verständnis für Tätigkeiten, die unter die Dienstleistungsfreiheit fallen. Solange die Tätigkeit einen bestimmten zeitlichen Horizont aufweist, sei er auch noch so weitläufig, ist jedenfalls von einer Dienstleistung im Sinne des Artikels 50 EGV auszugehen. Dies ist meiner Einschätzung nach solange unproblematisch, wie für Außenstehende keine Verwechslungsgefahr besteht. Zu Recht wird ein verständiger Wirtschaftsteilnehmer bei starker Infrastruktur wie Bürogebäude, einer Praxis oder Kanzlei dem äußeren Schein nach eher von einer Niederlassung und nicht von einer grenzüberschreitenden Dienstleistung ausgehen können. Ist daher nach menschlichem Ermessen („Maßfigur“) nicht mehr festzustellen, ob ein Unternehmen im Rahmen der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit tätig wird, könnte dies ein erhebliches Ausmaß an Rechtsunsicherheit für die Wirtschaftsteilnehmer bedeuten. Der EuGH wäre diesfalls gefordert seine Rechtsprechung verstärkt an Verkehrsschutzinteressen anzulehnen.

#### 10.10.2 Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist eine *Grundlage der Gemeinschaft*.<sup>475</sup> Zusammen mit dem Niederlassungsrecht und der Dienstleistungsfreiheit dient sie der Verwirklichung der Freiheit des Personenverkehrs. Inhalt dieser Grundfreiheit ist im Wesentlichen das Recht aller Staatsangehörigen der Gemeinschaft, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, sich unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates um einen Arbeitsplatz zu bewerben und einer anhängigen Beschäftigung nachzugehen sowie am Ende des Arbeitslebens unter den von der Kommission festgelegten Bedingungen im Aufnahmestaat zu verbleiben.<sup>476</sup>

---

<sup>474</sup> EuGH, Rs. C-215/01, *Schnitzer*, Slg. 2003, I-14847, Rn. 40

<sup>475</sup> Überschrift des Zweiten Teiles des EWGV. Die Tatsache, dass sich die Arbeitnehmerfreizügigkeit seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht unter den „Politiken der Gemeinschaft“ wiederfindet, ändert nichts an dieser Feststellung

<sup>476</sup> so *Troberg* in *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, EU-/EG-Vertrag Kommentar, Artikel 48 bis 50, Rn. 1

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit unterscheidet sich von der Niederlassungsfreiheit durch das Element der *Selbstständigkeit*.<sup>477</sup> Die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit natürlicher Personen ist dort zu ziehen, wo eine Person als Unternehmer auftritt und auf eigene Gefahr und Rechnung handelt. Juristische Personen oder Gesellschaften können keine Arbeitnehmer sein und kommen daher auch nicht in den Genuss der Arbeitnehmerfreizügigkeit.<sup>478</sup>

### 10.10.3 Kapitalverkehrsfreiheit

Die Kapitalverkehrsfreiheit nach Artikel 56 EGV verbietet jegliche Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs. Erfasst von der Bestimmung sind sowohl der innergemeinschaftliche Verkehr als auch der Verkehr im Verhältnis zu Drittstaaten. Aufgrund der *unmittelbaren Anwendbarkeit*<sup>479</sup> dieser Grundfreiheit sind Durchführungsmaßnahmen gleich welcher Art nicht erforderlich.

Die Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit können einander *ergänzen* und *kumulativ anwendbar* sein.<sup>480</sup> Fast alle Niederlassungsvorgänge sind zugleich mit Zahlungs- oder Kapitalbewegungen verbunden.<sup>481</sup> Abgrenzungsprobleme können sich vor allem beim *Immobilienwerb*, bei *Dividenden* und *Direktinvestitionen* ergeben.<sup>482</sup> Besonders bei letzteren ergeben sich Überschneidungen zwischen Niederlassung und Kapitalverkehr. Unter „Direktinvestitionen“ fallen alle Kapitaltransfers zum Zwecke des Erwerbes von *unternehmerischer Kontrolle* und zur Schaffung einer dauerhaften Verbindung zu einer ausländischen Firma. Da nach Artikel 43 Absatz 2 EGV die Niederlassungsfreiheit die Gründung und Leitung von Unternehmen umfasst, macht der Inhaber einer derartigen Beteiligung, die ihm nach Gesetz oder Satzung einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft gestattet, daher von seiner Niederlassungsfreiheit Gebrauch.<sup>483</sup> Um keine Niederlassungen handelt es sich allerdings, wenn der Investor die Beteiligung als reine Geldanlage erwirbt („*Portfolio- oder Finanzinvestitionen*“).

---

<sup>477</sup> Mayer in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Artikel 43, Rn. 8

<sup>478</sup> Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 43 EG, Rn. 51

<sup>479</sup> Im Jahre 1988 wurde mit der Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EWG, ABl. EG 1988 Nr. L 178/5 ein Instrument zur umfassenden gemeinschaftsweiten Liberalisierung des Kapitalverkehrs geschaffen, auf dessen Bestimmungen sich die Marktbürger ggf. unmittelbar berufen können; vgl. EuGH, Verb. Rs. C-358/93 u. C-416/93, *Bordessa u.a.*, Slg. 1995, I-361, Rn. 33; siehe auch EuGH, Verb. Rs. C-163/94, 165/94 und 250/94, *Sanz de Lera u.a.*, Slg. 1995, I-4821, Rn. 40 ff.; 48

<sup>480</sup> Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Artikel 43 EG, Rn. 18

<sup>481</sup> Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf Artikel 43 EGV Rn. 114 (EL 18 Mai 2001)

<sup>482</sup> so Schürmann, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/EGV, 4. Auflage, Artikel 56 EGV, Rn. 8

<sup>483</sup> Schürmann, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/EGV, 4. Auflage, Artikel 56 EGV, Rn. 11



(i) Verhältnis Artikel 56 EGV zu Artikel 43 EGV

In seiner Rechtsprechung zu den „*goldenen Aktien*“<sup>484</sup> hat der EuGH die mitgliedstaatlichen Beschränkungen allein am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit gemessen. Danach sind Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nur Auswirkung der Hindernisse für den freien Kapitalverkehr und müssten nicht zusätzlich auf Konformität mit der Niederlassungsfreiheit hin überprüft werden.<sup>485</sup> Ein Teil der Lehre zieht daraus den Schluss, dass sich Kapitalverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit *ausschließen*.<sup>486</sup> Richtigerweise sind jedoch beide Grundfreiheiten *parallel anwendbar*, denn der Gerichtshof negiert nicht schlechthin die Bedeutung der Niederlassungsfreiheit sondern räumt der Kapitalverkehrsfreiheit nur eine *dominierende Stellung* ein, welche eine zusätzliche Überprüfung der beschränkenden Bestimmungen in Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit entbehrlich macht.

(ii) Das Urteil „VW-Gesetz“

Eine konsequente Weiterführung der Rechtsprechung zu den „*goldenen Aktien*“ wählte der EuGH in seiner „*VW-Gesetz*“-*Entscheidung*<sup>487</sup>. Die Kommission beanstandet in diesem Vertragsverletzungsverfahren einige Bestimmungen des *deutschen Volkswagengesetzes*<sup>488</sup> sowohl wegen Verstoßes gegen die *Niederlassungsfreiheit* gemäß Artikel 43 EGV als auch gegen die *Kapitalverkehrsfreiheit* gemäß Artikel 56 EGV. So ist nach § 2 Absatz 2 VW-Gesetz das Stimmrecht jedes Aktionärs, also auch des Bundes und des Landes Niedersachsen, unabhängig von der Größe des Aktienbesitzes auf 20 % des Grundkapitals beschränkt. Weiters gesteht § 4 Absatz 1 VW-Gesetz der öffentlichen Hand das Recht zu, je zwei Aufsichtsratsmitglieder in den Aufsichtsrat der Gesellschaft zu entsenden, solange sie zumindest eine Aktie am Unternehmen hält. Schließlich bedürfen gemäß § 4 Absatz 3 VW-Gesetz *satzungsändernde Beschlüsse einer Mehrheit von 80 % des vertretenen Grundkapitals*. Der Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung an der VW-AG war durch diese Gesetzesbestimmungen faktisch nahezu ausgeschlossen.<sup>489</sup> Trotz der Tatsache, dass

---

<sup>484</sup> Unter „*Goldenen Aktien*“ werden die jeweils staatlichen Sonderrechte in privatisierten ehemaligen Staatsunternehmen verstanden; siehe EuGH, Rs. C-367/98, *KOM/Portugal*, Slg. 2002, I-4731; EuGH, Rs. C-483/99, *KOM/Frankreich*, Slg. 2002, I-4781; EuGH, Rs. C-503/99, *KOM/Belgien*, Slg. 2002, I-4809; EuGH, Rs. C-463/00, *KOM/Spanien*, Slg. 2003, I-4581; EuGH, Rs. C-98/01, *KOM/Vereinigtes Königreich*, Slg. 2003, I-4641; EuGH, Rs. C-174/04, *KOM/Italien*, Slg. 2005, I-4933

<sup>485</sup> EuGH, C-463/00, *KOM/Spanien*, Slg. 2003, I-4581, Rn. 86

<sup>486</sup> so Freitag, EWS 1997, 190 f.; Ohler, WM 1996, 1801 ff.

<sup>487</sup> EuGH, Rs. C-112/05, *Kommission gg. Deutschland* („*Volkswagengesetz*“), Slg. 2007, I-08995

<sup>488</sup> Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand v. 21.7.1960 (BGBl I 585 und BGBl II 641-1-1), geändert am 6.9.1965 (BGBl I 461) und am 31.7.1970 (BGBl I 1149)

<sup>489</sup> Habersack, EuGesR, § 3, Rn. 29ff.

auch eine Verletzung gegen die Niederlassungsfreiheit gerügt wird, trägt die Kommission hierzu keine Argumente vor. Sie beanstandet diese Sonderregelungen lediglich als *Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit*.<sup>490</sup>

## 10.11 Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot des Niederlassungsrechtes?

### 10.11.1 Europarechtlicher Hintergrund

Noch vor wenigen Jahren wurde Artikel 43 EGV nur als Verbot von offenen und versteckten Diskriminierungen<sup>491</sup> verstanden. Als Recht auf Inländergleichbehandlung konkretisierte Artikel 43 EGV das in Artikel 12 Absatz 1 EGV enthaltene allgemeine Diskriminierungsverbot.<sup>492</sup> Nach dieser Regelung sind Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, welche sich in einem anderen Mitgliedstaat zu niederlassen beabsichtigen, den für Inländer geltenden nationalen Regelungen zu unterwerfen. Betrachtet man den Wortlaut des Artikels 43 Absatz 2, vor allem den Passus „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen“, ist a priori die Anwendung der Bestimmung nur als Diskriminierungsverbot im Sinne einer Inländergleichbehandlung zu verstehen. Eine darüber hinausgehende Interpretation als Beschränkungsverbot findet keine Deckung durch den Wortlaut des Vertrages.

Durch das „Gebhard“-Urteil hat sich allerdings eine darüber hinausreichende und gefestigte Rechtsprechung entwickelt.<sup>493</sup> Artikel 43 EGV umfasst danach nicht nur ein Gebot zur Inländergleichbehandlung, sondern darüber hinaus auch ein Behinderungsverbot respektive *Beschränkungsverbot*, das unterschiedslos anwendbare nationale Maßnahmen erfasst, wenn sie geeignet sind, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.<sup>494</sup>

---

<sup>490</sup> so *Lengauer*, EuGH-Urteil "VW-Gesetz": Privatisierungen unerwünscht? in *ecolex* 2008, S. 381

<sup>491</sup> (i) Offene (direkte) Diskriminierungen knüpfen an die Staatsangehörigkeit an; bestimmte Tätigkeiten werden eigenen Staatsangehörigen vorbehalten; (ii) Versteckte Diskriminierungen knüpfen nicht an die Staatsangehörigkeit an, schaffen aber Behinderungen der Erwerbstätigkeit, die die eigenen Staatsangehörigen im Regelfall ohne weiteres erfüllen, die aber für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten erhebliche Hindernisse bewirken

<sup>492</sup> EuGH, Rs. C-2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, 651 f., Rn. 15ff.; EuGH, Rs. C-270/83, *Avoir Fiscal*, Slg. 1986, 273, 303, Rn. 14

<sup>493</sup> EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165; EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459; EuGH, Rs. C-255/97, *Pfeiffer*, Slg. 1999, I-2835; EuGH, Rs. C-4242/97, *Haim II*, Slg. 2000, I-5123; EuGH, Rs. C-108/96, *MacQuen*, Slg. 2001, I-837

<sup>494</sup> *Tiedje/Troberg* in von der *Groeben/Schwarze*, 6. Auflage 2003, Artikel 43 EG, Rn. 87

### 10.11.2 Ausgangspunkt der Rechtsprechung

Der EuGH hat durch die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit die Entwicklung der Grundfreiheiten<sup>495</sup> von einem Diskriminierungsverbot hin zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot in Gang gesetzt.<sup>496</sup> Die grundlegenden Urteile zur Warenverkehrsfreiheit „*Dassonville*“ und „*Cassis de Dijon*“ waren Ursprung dieser Rechtsprechungsentwicklung.

In „*Dassonville*“ warf der EuGH im Zusammenhang mit dem Verbot von mengenmässigen Einfuhrbeschränkungen sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten erstmals die Frage auf, ob und wieweit unter dem Begriff „Maßnahme gleicher Wirkung“ im Sinne des Artikels 28 EGV eine Grundfreiheit des EG-Vertrages über das Diskriminierungsverbot hinaus auch das Verbot rechtlicher und tatsächlicher Beschränkungen beinhaltet. Er entschied, dass *„eine Maßnahme gleicher Wirkung jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten ist, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.“*<sup>497</sup>

Der EuGH hat diesem sehr weiten Verständnis eines Beschränkungsverbotes allerdings in seiner Entscheidung „*Cassis de Dijon*“ eine wichtige Einschränkung gegeben: *„Hemmnisse für den Binnenmarkt der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Regelungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“*<sup>498</sup>

Zwar reduzierte der EuGH erkennbar für *„nationale Regelungen über die Vermarktung der Erzeugnisse“* das allgemeine und weit ausgelegte Beschränkungsverbot in *Dassonville*, soweit gewisse Rechtfertigungsgründe gegeben sind. Am Inhalt der Niederlassungsfreiheit, welche lediglich ein Diskriminierungsverbot umfasste, änderte diese Tatsache freilich nichts; ihre Reichweite blieb vorerst noch hinter demjenigen der Warenverkehrsfreiheit zurück.

---

<sup>495</sup> Mit Ausnahme der Kapitalverkehrsfreiheit, welche schon nach dem Wortlaut des Artikels 56 EGV ein Beschränkungsverbot enthält.

<sup>496</sup> Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, 2000, S. 89, Rn. 136

<sup>497</sup> EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, I-837, 852, Rn. 5

<sup>498</sup> EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, I-649, 662, Rn. 8

### 10.11.3 Die Wende zum Beschränkungsverbot

Die „Klopp“ Entscheidung gilt als Wendepunkt in der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit.<sup>499</sup> Ein deutscher Rechtsanwalt mit Niederlassung in Deutschland beantragte die Zulassung als Anwalt in Paris, wollte seine Rechtsanwaltskanzlei in Deutschland allerdings behalten. Die französische Rechtsanwaltskammer verweigerte ihm die Zulassung, weil das französische Recht nur eine einzige Kanzlei und zwar im Bezirk des Gerichts, in dem der Anwalt zugelassen ist, erlaubte. Es war ihm nach französischem Recht daher nicht gestattet gemeinschaftsweit (hier: in Frankreich) eine Zweitniederlassung zu gründen. Der EuGH stellte sich gegen die französische Rechtslage, insbesondere gegen die für in Frankreich tätigen Anwälte geltenden Vorschriften, und leitete aus Artikel 43 Absatz 2 EGV das Recht nicht nur für Unternehmen, sondern für alle Erwerbstätigen im Gemeinschaftsgebiet ab, eine zweite Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat aufbauen zu können.<sup>500</sup>

Den Ansatz des Klopp-Urteils wiederholte der EuGH 1986, als es um das französische Verbot ging, nach welchem Ärzte und Zahnärzte in einem anderen Departement keine zweite Praxis eröffnen durften, ein Verbot, das in Frankreich wohl nicht immer strikt durchgesetzt wurde, aber es ausländischen Ärzten und Zahnärzten mit Praxen im Ursprungsland verunmöglichte eine Tätigkeit in Frankreich auszuüben.<sup>501</sup>

Die Niederlassungsfreiheit umfasste nicht mehr nur ein Recht, das voraussetzt eine gewisse Tätigkeit im Ursprungsland aufzugeben, um eine neue in einem anderen Mitgliedstaat aufzubauen. Der EuGH ging in der Rechtssache „Klopp“ insoweit neue Wege als er die Inländergleichbehandlung ausdehnte und einen Ausländer, der seine Tätigkeit auf das Bestimmungsland ausdehnen möchte, mit einem Inländer, der seine Tätigkeit im Bestimmungsland ausübt, als nicht vergleichbar ansah. Meiner Einschätzung nach handelt es sich hierbei um eine *Urform von positiver Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht*. Eine andere Lösung hätte jede Gründung von Zweigniederlassungen entgegen Artikel 43 Absatz 2 EGV durch nationale Regelungen verhindert. Der Konflikt wurde *positiv zugunsten der Niederlassungsfreiheit* gelöst.<sup>502</sup>

---

<sup>499</sup> Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, 2000, S. 90, Rn. 137; EuGH, Rs. 107/83, *Klopp*, Slg. 1984, I-2971

<sup>500</sup> *Tiedje/Troberg* in von der *Groeben/Schwarze*, 6. Auflage 2003, Artikel 43 EG, Rn. 91

<sup>501</sup> EuGH, Rs. 96/85, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1986, I-1482, bestätigt durch das Urteil EuGH, Rs. C-351/90, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 1992, I-3945, in welchem eine entsprechende luxemburgische Vorschrift eine Zweitpraxis für Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte verbot

<sup>502</sup> *Tiedje/Troberg* in von der *Groeben/Schwarze*, 6. Auflage 2003, Artikel 43 EG, Rn. 92

#### 10.11.4 „Kraus“ und „Gebhard“ als gesicherte Rechtsprechung

Letztlich waren die Entscheidungen „*Kraus*“ und „*Gebhard*“ ausschlaggebend für den Übergang von einem bloßen Diskriminierungs- zu einem umfassenden Beschränkungsverbot.<sup>503</sup> In diesen Urteilen wird auch eine Annäherung an die Warenverkehrsfreiheit deutlich.<sup>504</sup>

So stellte der EuGH in seiner *Kraus*-Entscheidung, als es um die Anerkennung eines LL.M.-Titels ging, den ein deutscher Staatsbürger in Großbritannien erworben hatte, fest, dass *„die Artikel 48 und 52 EGV jeder nationalen Regelung über die Voraussetzung für die Führung eines in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen ergänzenden akademischen Grades entgegenstehen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, die aber geeignet ist, die Ausübung der durch den EWG-Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten durch die Gemeinschaftsangehörigen (...) zu behindern oder weniger attraktiver zu machen. Anders verhielte es sich nur, wenn mit einer solchen Regelung ein berechtigter Zweck verfolgt würde, der mit dem EWG-Vertrag vereinbar und aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt wäre (...). In einem solchen Fall müsste jedoch darüber hinaus die Anwendung der fraglichen nationalen Regelung geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zwecks zu gewährleisten, und sie dürfte nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich ist.“*<sup>505</sup>

In seiner *Gebhard*-Entscheidung<sup>506</sup> stellte der EuGH schließlich fest, dass *„nationale Maßnahmen, welche die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen, nur zulässig sind, wenn sie (i) in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, (ii) aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und (iii) verhältnismäßig sind.“*<sup>507</sup>

Beide Entscheidungen manifestieren in aller Deutlichkeit ein *Beschränkungsverbot*, welches durch Einführung eines „*Vier-Konditionen-Tests*“ in seiner Wirkung teilweise releviert wird. Demnach sind Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch nationale Bestimmungen nur zulässig, wenn sie

---

<sup>503</sup> Habersack, EuGesR, § 3 Rn. 3

<sup>504</sup> Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, 2000, Rn. 138

<sup>505</sup> EuGH, Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993, I-1663, 1697, Rn. 32

<sup>506</sup> EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165 ff.

<sup>507</sup> EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, 4197 f., Rn. 37

1. in nicht diskriminierender Weise angewendet werden;
2. durch zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind;
3. geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zwecks zu gewährleisten;
4. sowie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich ist.

Auf Grundlage dieser Entscheidungen ist nach heute überwiegender Auffassung die Niederlassungsfreiheit nicht bloß als Gebot zur Inländergleichbehandlung zu verstehen, sondern einem *allgemeinen, unter Bedingungen stehenden, Beschränkungsverbot* unterworfen. Diese *weite Auslegung* der Niederlassungsfreiheit greift tief in die Befugnisse der Mitgliedsstaaten, innerstaatliche Verhältnisse autonom zu regeln, ein.<sup>508</sup> Es ist deshalb eine sorgfältige Prüfung des Vorliegens „*zwingender Gründe des Allgemeininteresses*“ geboten.<sup>509</sup>

#### 10.11.5 Gesellschaftsrechtsangleichung und Beschränkungsverbot

Im Lichte des Gesellschaftsrechtes stuft *Habersack* die zitierten Urteilspassagen zum Beschränkungsverbot als *nicht unproblematisch* ein.<sup>510</sup> In der *Kraus*-Entscheidung scheint es als seien überhaupt sämtliche zwingenden Normen nationalen Rechtes, welche über die Richtlinie hinausgehen, beschränkender Natur. Ein derart weitreichendes Beschränkungsverbot würde allerdings den Prozess der gesellschaftsrechtlichen Angleichung stark akzeleriert. Nationales Gesellschaftsrecht, welches über die Vorgaben der bereits erlassenen Richtlinien hinausreicht oder bislang nicht angeglichenen Materien betrifft, und eine Gründung von Tochtergesellschaften oder die Sitzverlegungen bereits bestehender Gesellschaften erheblich erschwert, könnten einen enormen Angleichungsdruck generieren.

Meiner Einschätzung nach bietet der „Vier-Konditionen-Test“ keine ausreichende Bremswirkung für den erzeugten Harmonisierungsdruck. Mit den Argumenten, die Bestimmungen seien diskriminierend, unverhältnismäßig und daher nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar oder europarechtswidrig, können nationale Regelungen leicht verdrängt werden. Eine derart radikale Wirkung des Beschränkungsverbotes kann

<sup>508</sup> *Troberg*, Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2003), 5.Lfg., Artikel 52 EGV, Rn. 47

<sup>509</sup> *Windisch-Graetz*, Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das österreichische Krankenanstaltenrecht, ZfV 2002, S. 744

<sup>510</sup> so *Habersack*, EuGesR, § 3 Rn. 4

nicht im Interesse einer kohärenten Rechtsangleichung der nationalen Gesellschaftsrechte liegen. Schon der Vertrag hat durch Artikel 44 Absatz 1 EGV gerade die Richtlinie als sanfteres Mittel ausgewählt, um eben keine „Verdrängungswirkung“ zu erzeugen und den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen Angleichung den größtmöglichen Spielraum zu überlassen. Eine sinnvolle Lösung liegt in der Differenzierung zwischen der unmittelbar und unbeschränkt wirkenden Niederlassungsfreiheit einerseits und der mittelbar einfließenden Rechtsangleichung im Bereich des Gesellschaftsrechtes andererseits. Dort, wo der Gemeinschaftsgesetzgeber Harmonisierungen in Zukunft als sinnvoll erachtet, haben das allgemeine Beschränkungsverbot und die unmittelbare Anwendung der Niederlassungsfreiheit einen restriktiven Anwendungsbereich. Der EuGH sollte daher bei seinen Entscheidungen vor allem dem jeweils aktuellen Harmonisierungsstand Rechnung tragen sowie den Vier-Konditionen-Test vor allem dort extensiv zum Einsatz bringen, wo nationale Regelungen noch nicht harmonisiert sind, aber eine Harmonisierung in Aussicht steht.

## **11. Die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit**

### **11.1 Problemstellung**

Die Gemeinschaft hat durch den Erlass von gesellschaftsrechtlichen Richtlinien einerseits und einer gefestigten EuGH- Judikatur im Wege der Entscheidungen Centros, Überseering und Inspire Art<sup>511</sup> andererseits grundlegende Weichenstellungen für die Liberalisierung des Gesellschaftsrechtes vorgenommen. Wirtschaftsteilnehmern kommt heute in Hinblick auf die Gründung von Gesellschaften und Zweigniederlassungen im Gemeinschaftsgebiet grundlegende Rechtswahlfreiheit zu. Eine Gesellschaft, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig gegründet worden ist darf von einem anderen Mitgliedstaat nicht ohne zwingende, im Allgemeininteresse liegende Rechtfertigung daran gehindert werden, in diesem anderen Mitgliedstaat tätig zu werden, und zwar auch dann nicht wenn die Gesellschaft ausschließlich dort tätig ist.<sup>512</sup> Unterschiede in der Höhe des Mindestkapitals zwischen Ursprungs- und Bestimmungsland sind in den Augen des EuGH keine geeignete Rechtfertigung, um ein Tätigwerden zu verhindern. Die Gründung von Scheinauslandsgesellschaften allen voran der englischen *privat limited* ist daher heute gemeinschaftsweit zulässig. Folge dieser Entwicklung ist ein zunehmender Wettbewerb der

---

<sup>511</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155

<sup>512</sup> *Kalss/Eckert*, Die Kapitalaufbringung und -erhaltung im österreichischen GmbH-Recht, S. 136

nationalen Gesellschaftsrechte um die Bedeutung ihrer Gesellschaftsformen sowie ein stetig wachsender Harmonisierungsdruck auf die nationalen Gesetzgeber.

## 11.2 Gesellschaftsrechtliche Entscheidungen

### 11.2.1 „Daily Mail“, EUGH 27.9.1988, RS 81/87, Slg 1988, 5483

In seiner Grundsatzentscheidung „Daily Mail“ vom 27. September 1988 hat der EuGH eine erste Entscheidung betreffend nationale Beschränkungen des Rechtes auf identitätswahrenden Weg- und Zuzug von Gesellschaften getroffen.

In der erwähnten Entscheidung geht es um eine englische Holdinggesellschaft, die aus Steuergründen den Sitz ihrer Geschäftsleitung in die Niederlande verlegen wollte, um dadurch nicht mehr dem an den Sitz der Geschäftsleitung anknüpfenden britischen Steuerrecht zu unterliegen. Hauptziel der Verlegung des Sitzes der Geschäftsleitung war, nach der Errichtung des steuerlichen Sitzes in den Niederlanden einen erheblichen Teil der Papiere des gesellschaftlichen Betriebsvermögens zu verkaufen und aus dem Erlös eigene Aktien zurückkaufen zu können, ohne hierfür die Steuern entrichten zu müssen, die nach britischem Steuerrecht angesichts des erheblichen Wertzuwachses der zu verkaufenden Papiere darauf zu zahlen wären, also eine Besteuerung der stillen Reserven zu vermeiden. Die dafür erforderliche Genehmigung des Finanzministeriums zur Sitzverlegung wurde verweigert. Die Gesellschaft erhob Klage – *inter alia* – mit der Begründung, dass Artikel 52, 58 EGV (jetzt 43, 48 EGV) ihr das Recht zugestehen würden, ohne vorherige Zustimmung den Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.

Der EuGH hat folgendermaßen entschieden: *„Die Artikel 52 und 58 EWG-Vertrag gewähren beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet ist und in diesem ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nicht das Recht den Sitz ihrer Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen“*.<sup>513</sup>

Weiters folgte der EuGH der Ansicht der Europäischen Kommission dahingehend, dass bezüglich der Frage, *„was für die Gründung einer Gesellschaft an Verknüpfung mit dem nationalen Gebiet erforderlich ist, wie hinsichtlich der Möglichkeit einer nach nationalem*

---

<sup>513</sup> EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, I-5483, 5512 Rn. 25



*Recht gegründeten Gesellschaft, diese Verknüpfung nachträglich zu ändern, erhebliche Unterschiede zwischen den Gesellschaftsrechten der Mitgliedstaaten bestehen.*“<sup>514</sup>

In einigen Rechtsordnungen ist die Verlegung des Sitzes der Geschäftsleitung bekannt, es sind daran allerdings keine Rechtsfolgen geknüpft, auch nicht auf steuerrechtlichem Gebiet. In anderen Mitgliedsstaaten hat die Verlegung der Geschäftsleitung oder des Entscheidungszentrums einer Gesellschaft aus dem Gründungsstaat hinaus den Verlust der Rechtspersönlichkeit zur Folge. In sämtlichen Mitgliedsstaaten ist es allerdings möglich, eine Gesellschaft in einem Mitgliedsstaat aufzulösen und sie in einem anderen neu zu gründen. Nur soweit nach nationalem Recht die Sitzverlegung der Geschäftsleitung erlaubt ist, sei das Recht, diesen Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, von Artikel 43 EGV geschützt.

Der Vertrag trägt diesen Unterschieden im nationalen Gesellschaftsrecht Rechnung, denn *„bei der Definition der Gesellschaften werden als Anknüpfung der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung einer Gesellschaft als gleichwertig angesehen.*“<sup>515</sup> Darüber hinaus sei es gemäß Artikel 220 EGV (jetzt Artikel 293 EGV) möglich, Übereinkommen unter den Mitgliedstaaten abzuschließen, um – *inter alia* – die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Mitgliedsstaat in einen anderen sicherzustellen. Bis zur „Daily Mail“ Entscheidung war ein derartiges Übereinkommen nicht abgeschlossen.<sup>516</sup>

Der EuGH geht damit von der Annahme aus, dass die Artikel 43 und 48 EGV die unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten als rechtliche Grundlage anerkennen und diese mitgliedstaatlichen Kollisionsregeln weder verdrängen noch sonst ihre Anwendbarkeit einschränken.<sup>517</sup> Der EuGH wörtlich: *„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*

---

<sup>514</sup> EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, I-5483, 5511 Rn. 20

<sup>515</sup> EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, I-5483, 5512 Rn. 21

<sup>516</sup> EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, I-5483, 5512 Rn. 21

<sup>517</sup> Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, 2000, Rn. 178

*Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen, eine solche wurde jedoch noch nicht gefunden.*<sup>518</sup>

*Habersack* vertritt hierzu die Meinung, dass nach dem „Daily Mail“ Urteil die Gesellschaften als solche nicht in den Genuss der *primären Niederlassungsfreiheit*<sup>519</sup> kommen: Zwar ergibt sich aus Artikel 43 und 48 EGV das Recht, gemeinschaftsweit Gesellschaften zu gründen; doch handelt es sich dabei nach dem Ansatz der „Daily Mail“-Entscheidung um ein *Freiheitsrecht der Gesellschafter*, nicht dagegen um ein solches der Gesellschaften.<sup>520</sup>

Augenscheinlich ist, dass der EuGH diese Entscheidung zum Anlass genommen hat, die kontrovers diskutierte Vereinbarkeit der Sitztheorie mit den Artikeln 43 und 48 EGV zu klären, obwohl im gegenständlichen Fall Wegzugs- und Zuzugsstaat beide der Gründungstheorie folgen. Der EuGH überlässt nach „Daily Mail“ den Mitgliedstaaten und deren Gesellschaftsrechtsordnungen, nach welcher Theorie sie die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts regeln und unternimmt keinen Angriff auf die in Kontinentaleuropa vorherrschende Sitztheorie. Im Urteil macht der EuGH klar, dass „*beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechtes*“ die Artikel 43 und 48 EGV nicht das Recht gewähren, den Sitz einer nach mitgliedstaatlichem Recht gegründeten Gesellschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu verlegen.<sup>521</sup> Aus der Formulierung ist aber erkennbar, dass der EuGH in einem neuen Verfahren anders entscheiden könnte.<sup>522</sup>

Gegen die im „Daily Mail“ Urteil vertretene These, wonach eine aufgrund einer nationalen Rechtsordnung gegründete Gesellschaft jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität habe, bestehen ernsthafte Bedenken. Wäre nach Meinung *Koppensteiners* dieser Ansatz richtig, könnte ein Mitgliedstaat jede Variante des „Auswanderns“ seinem Recht unterstehender Gesellschaften mit dem Verlust der Rechtspersönlichkeit verknüpfen. Aus aktueller Perspektive würde eine derartige Position die Niederlassungsfreiheit als Garant für größtmögliche Mobilität von Gesellschaften *ad absurdum* führen. Deshalb verbürgt nach richtiger Auffassung das

---

<sup>518</sup> EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, I-5483, 5512 Rn. 23

<sup>519</sup> *Habersack* definiert die primäre Niederlassungsfreiheit als das Recht, den Schwerpunkt der unternehmerischen Tätigkeit, die „Hauptniederlassung“, in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats zu verlegen. Dagegen umfasst die „sekundäre Niederlassungsfreiheit“ das Recht Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften zu gründen

<sup>520</sup> so *Habersack*, EuGesR, § 3 Rn. 12

<sup>521</sup> EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, I-5483, 5505 Rn. 25

<sup>522</sup> *Knobbe-Keuk*, ZHR 154 (1990), 325, 333

Niederlassungsrecht auch die Freiheit der „Auswanderung“ von Gesellschaften. Für die Verlegung des Verwaltungssitzes ist dies schon anerkannt.<sup>523</sup>

### 11.2.2 „Centros“, EUGH 9.3.1999, C-212/97, Slg 1999, I-1459

Ausgangspunkt der Centros-Entscheidung war eine von einem dänischen Ehepaar in England gegründete Gesellschaft namens Centros Ltd., die in Dänemark eine Zweigniederlassung errichten wollte. Die Eintragung der Zweigniederlassung wurde allerdings von den dänischen Behörden mit der Begründung verweigert, dass die Gesellschaft in England keine Geschäftstätigkeit ausübe, von Dänemark aus verwaltet werde und ausschließlich zur Umgehung der dänischen Eigenkapitalvorschriften gegründet worden sei.

Der EuGH hat folgendermaßen entschieden: *„Ein Mitgliedstaat, der die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, rechtmäßig errichtet worden ist, aber keine Geschäftstätigkeit entfaltet, verstößt gegen die Artikel 52 und 58 EGV (jetzt Artikel 43 und 48 EGV), wenn die Zweigniederlassung es der Gesellschaft ermöglichen soll, ihre gesamte Geschäftstätigkeit in dem Staat auszuüben, in dem diese Zweigniederlassung errichtet wird, ohne dort eine Gesellschaft zu errichten und damit das dortige Recht über die Errichtung von Gesellschaften zu umgehen, das höhere Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals stellt.“*<sup>524</sup>

Die Entscheidung hat eine intensive Diskussion vor allem um die Frage hervorgerufen, ob „Centros“ die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit den Artikeln 43 und 48 EGV in Frage stellt.<sup>525</sup> Dänemark und Großbritannien folgten schon seinerzeit der Gründungstheorie, weshalb der EuGH streng betrachtet gar nicht mit einem Problem des Gesellschaftsstatuts bzw. der Existenz von Gesellschaften befasst war. Die Sitztheorie war deshalb auch nicht Gegenstand des Verfahrens. Allerdings wird in der Literatur<sup>526</sup> die Meinung vertreten, dass aus der Perspektive des für die Entscheidung einschlägigen Internationalen Privatrechts („IPR“) eine *Analogie* für die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit gewonnen werden könne. Das IPR normiert für die Gründungsanknüpfung allgemeine Anerkennungsvoraussetzungen für Auslandsgesellschaften. Danach muss für eine

---

<sup>523</sup> Der Konzern 1/2006, Prof. Dr. Hans-Georg Koppensteiner, LL.M./ Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung. II.1.

<sup>524</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495, Tenor

<sup>525</sup> siehe *Habersack*, EuGesR, § 3 Rn. 16

<sup>526</sup> siehe *Korn*, Sitztheorie contra Niederlassungsfreiheit, wbl. 2000, 56 ff.

Auslandsgesellschaft eine tatsächliche, reale und nicht bloß formelle Bindung zum Gründungsstaat vorliegen.<sup>527</sup> Im gegenständlichen Sachverhalt forderten die dänischen Behörden eine nähere Dokumentation für die Höhe des Kapitals und für die tatsächliche Beziehung – den *genuine link* – zum Vereinigten Königreich, welche die Gründer nicht vorlegen konnten. Die bekannte Weigerung der dänischen Behörden zur Eintragung der Zweigniederlassung wurde in der Folge vom Gerichtshof als mit der Niederlassungsfreiheit unvereinbar gewertet. Durch diese Vorgehensweise hat der EuGH auf die Bestimmungen des IPR eines Mitgliedstaates *unmittelbar durchgegriffen* und nicht wie noch in *Daily Mail* dem IPR den Vorrang gegenüber der Niederlassungsfreiheit eingeräumt. In konsequenter Fortführung dieses Ansatzes wäre es durchaus denkbar, dass der EuGH bei einem gleichartigen Sachverhalt mit Sitzanknüpfung denselben Weg eingeschlagen und der Niederlassungsfreiheit absolute Wirkung zugesprochen hätte. In einem solchen Fall wäre dann rein theoretisch die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit Artikel 43 und 48 EGV zu verneinen.

Tatsächlich hat der EuGH zu der Frage „*der Vereinbarkeit der Sitztheorie mit Artikel 43, 48 EGV*“ überhaupt nicht Stellung genommen. Beide Mitgliedstaaten folgten wie bereits dargelegt der Gründungstheorie und der Gerichtshof hat diese Thematik in seinem Urteil - im Gegensatz zur „*Daily Mail*“ Entscheidung - auch gar nicht angesprochen. Es ist daher zweifelhaft, ob dem „*Centros*“ Urteil eine weitreichende Bedeutung gegen die Sitztheorie beigemessen werden kann.

Relevanter erscheint mir demgegenüber die Kritik von *Leible* und *Freitag*, wonach die „*Centros*“ - Entscheidung zur Umgehung der Mindestkapitalvorschriften durch vermeintliche Zweigniederlassungen einlädt, hinter denen sich der effektive Verwaltungssitz verbirgt. Da sämtliche geschäftliche Aktivitäten in dem Mitgliedstaat stattfinden, in dem die Zweigniederlassung zum Firmenbuch angemeldet ist, ist der Sache nach keine Zweigniederlassung errichtet worden. Vielmehr haben die Gründungsgesellschafter die Hauptniederlassung bzw. den effektiven Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt bzw. in diesem Mitgliedstaat, weil im Ursprungsland von Anfang an nur eine Briefkastenfirma bestand, begründet.<sup>528</sup>

---

<sup>527</sup> vgl. *Ebenroth/Kemner/Willburger*, Die Auswirkungen des *genuine-link*-Grundsatzes auf die Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland, ZIP 1995, S. 972 ff.

<sup>528</sup> *Leible*, NZG 1999, 300, 302; *Freitag*, EuZW 1999, 267 ff.

Dieser Ansatz ist zwar materiellrechtlich richtig, allerdings durch die vom EuGH für Gesellschaften eröffneten Freizügigkeit insofern releviert, als dass jede Gesellschaft mittlerweile die ihr im Deregulierungswettbewerb zustehenden Vorteile nützen kann. Die Umgehung des Mindestkapitals ist europarechtlich zulässig.

### 11.2.3 „Überseering“, EUGH 5.11.2002, C-208/00, Slg 2002, I-9919

Überseering BV ist eine in den Niederlanden gegründete GmbH, die vor deutschen Gerichten Klage einbringen wollte. Das Landesgericht und Oberlandesgericht wiesen die Klage als unzuständig ab, weil die Überseering BV als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland nicht rechts- und parteifähig sei. Nach dem Erwerb der Geschäftsanteile der Überseering BV durch zwei deutsche Staatsangehörige sei Düsseldorf zum tatsächlichen Verwaltungssitz geworden; nach der in Deutschland geltenden Sitztheorie hätte sich die Gesellschaft zur Teilnahme am Rechtsverkehr auflösen und in Deutschland neu gründen müssen.

Der deutsche Bundesgerichtshof legte den Fall dem EuGH mit der Frage vor, ob es im Widerspruch zu Artikel 43 und 48 EG stünde, die Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft nach dem Recht des Staates ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes zu beurteilen, wenn nach diesem Recht die Rechts- und Parteifähigkeit zu verneinen sei.

Der EuGH hat folgendermaßen entschieden: *„Es verstößt gegen die Artikel 43 EG und 48 EGV, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründet worden ist und von der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat, in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit vor seinen nationalen Gerichten für das Geltendmachen von Ansprüchen aus einem Vertrag mit einer in diesem Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft abgesprochen wird.“*<sup>529</sup>

Macht eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaates 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 und 48 EGV verpflichtet, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt.<sup>530</sup>

---

<sup>529</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg 2002, I-9919, Tenor

<sup>530</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg 2002, I-9919, Tenor

Es würde dem für den Bereich der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit geltenden Herkunftslandprinzip entsprechen, wenn die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften ihre Hauptniederlassungen in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates verlegen und dort ihre unternehmerische Betätigung fortsetzen.<sup>531</sup> Nach Ansicht des EuGH verlangt die Niederlassungsfreiheit zwingend die Anerkennung von Gesellschaften, die nach der Rechtsordnung anderer Mitgliedstaaten gegründet wurden.<sup>532</sup> In diesem Punkt überträgt der EuGH das Herkunftslandprinzip der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit auf die Niederlassungsfreiheit.<sup>533</sup>

Im konkreten Fall hat der Anteilswerb an der niederländischen BV durch deutsche Staatsangehörige nicht zum Verlust der Rechtspersönlichkeit nach niederländischem Recht geführt. Vielmehr macht der EuGH klar, dass das Erfordernis, dieselbe Gesellschaft in Deutschland neu zu gründen, der Negierung der Niederlassungsfreiheit gleichkommt.<sup>534</sup> Auch eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls sei nicht möglich. Der EuGH vermied auch in „Überseering“ eine grundsätzliche Entscheidung zwischen Gründungs- und Sitztheorie.

#### 11.2.4 „Inspire Art“, EUGH 30.9.2003, C-167/01, Slg 2003, I-10155

Die Verfahren beim Europäischen Gerichtshof finden in der Regel in Kammern mit drei oder fünf Richtern statt. Als Große Kammer mit elf Richtern wird er auf Antrag von verfahrensbeteiligten Mitgliedstaaten oder Gemeinschaftsorganen tätig. Wenn der EuGH zur Auffassung gelangt, dass eine Entscheidung von grundlegender Bedeutung ist, kommt es zur *Plenarentscheidung*.<sup>535</sup> Dies war in der Rechtssache „Inspire Art“ der Fall.<sup>536</sup>

Inspire Art Ltd., eine nach englischem Recht gegründete, dort registrierte und bestehende private company limited by shares, entfaltet ihre gesamte Geschäftstätigkeit in den Niederlanden. Im Handelsregister von Amsterdam ist eine Zweigniederlassung eingetragen. Die Handelskammer von Amsterdam beantragte beim zuständigen Kantongericht, die Eintragung dahin gehend zu ergänzen, dass es sich bei der Gesellschaft „Inspire Art“ um eine „formal ausländische Gesellschaft“ gemäß Art. 1 WFBV<sup>537</sup> handele. Damit wären auf

---

<sup>531</sup> Habersack, EuGesR, § 3 Rn. 11

<sup>532</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg 2002, I-9919, Rn. 59

<sup>533</sup> Ralf Kanitz/Philipp Steinberg (Hrsg.), Neue Rechtsprechung der Europäischen Gerichte, Band II, Pkt. 3.1.4.

<sup>534</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg 2002, I-9919, Rn. 81

<sup>535</sup> siehe Artikel 221 EGV; Artikel 16 Satzung EuGH; Artikel 11a VerfO EuGH

<sup>536</sup> EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg 2003, I-10155

<sup>537</sup> Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Gesetz über formal ausländische Gesellschaften vom 17.12.1997)

Inspire Art Ltd. die restriktiven Publizitäts-, Rechnungslegungs- und Mindestkapitalvorschriften des WFBV anwendbar gewesen. In dem Musterprozess ersuchte das Kantongerecht Amsterdam den EuGH gemäß Artikel 234 EGV um eine Vorabentscheidung in der Frage, ob das WFBV gegen das Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen die Niederlassungsfreiheit, verstoße.

Der EuGH hat folgendermaßen entschieden: *„Artikel 2 der Elften 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, steht einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der WFBV vom 17. Dezember 1997 entgegen, die Zweigniederlassungen einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft Offenlegungspflichten auferlegt, die nicht in dieser Richtlinie vorgesehen sind.“*<sup>538</sup>

*„Die Artikel 43 EGV und 48 EGV stehen einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der WFBV entgegen, die die Ausübung der Freiheit zur Errichtung einer Zweigniederlassung in diesem Staat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind. Die Gründe, aus denen die Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat errichtet wurde, sowie der Umstand, dass sie ihre Tätigkeit ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung ausübt, nehmen ihr nicht das Recht, sich auf die durch den EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit zu berufen, es sei denn, im konkreten Fall wird ein Missbrauch nachgewiesen.“*<sup>539</sup>

Der Zweck des niederländischen Gesetz über formal ausländische Gesellschaften war es, Gesellschaften, die im Ausland gegründet worden sind, jedoch in den Niederlanden tätig werden, den herrschenden gesellschaftsrechtlichen Normen in den Niederlanden anzupassen. Die Publizitätspflichten wurden dahingehend erweitert, dass ausländische Gesellschaften als „formal ausländische Gesellschaften“ im Handelsregister eingetragen werden mussten und im Schriftverkehr ein entsprechender Hinweis anzufügen war. Darüber hinaus musste die Gesellschaft nach dem WFBV und vor allem unabhängig von ihrem Gründungsstatut jene Mindestkapitalvoraussetzungen erfüllen, die auch für niederländische

---

<sup>538</sup> EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg 2003, I-10155, Tenor

<sup>539</sup> EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg 2003, I-10155, Tenor

Gesellschaften mit beschränkter Haftung galten. Bei unzureichendem Mindestkapital hatten die Geschäftsführer persönlich neben der Gesellschaft bis zur Höhe des gesetzlichen Mindestkapitals zu haften.

Der EuGH qualifizierte in der Folge nur jene Vorschriften des WFBV als europarechtskonform, welche mit den Publizitätsanforderungen der Elften Richtlinie<sup>540</sup> in Einklang standen. Alle sonstigen, darüber hinausgehenden Bestimmungen waren mit der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar und daher unwirksam. Weiters hielt der EuGH die Mindestkapitalvorschriften des WFBV für eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die weder nach Artikel 46 EGV noch nach dem „Vier-Konditionen-Test“<sup>541</sup>, noch aufgrund einer missbräuchlichen oder betrügerischen Berufung auf Gemeinschaftsrecht zu rechtfertigen war.<sup>542</sup>

Die aus „Überseering“ bereits bekannte Anerkennungsproblematik ausländischer Gesellschaften, nämlich die durch die Sitztheorie determinierte Weigerung der deutschen Gesetze eine ausländische Gesellschaft als rechts- und parteifähig anzuerkennen, wurde vom EuGH als nicht zu rechtfertigende Negierung der Niederlassungsfreiheit qualifiziert. Das niederländische Recht erfüllte bereits die europarechtlichen Grundlagen für die Anerkennung ausländischer Gesellschaften und daher auch die Anforderungen der Überseering Entscheidung.<sup>543</sup> „Inspire Art“ ist als Anknüpfungsentscheidung zu werten, wobei insbesondere das klare Bekenntnis des Gerichtshofes zu einem *umfassenden Beschränkungsverbot* in den Vordergrund tritt. Der Schutz vor Diskriminierung ist dem EuGH nicht ausreichend genug, um die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit zu gewährleisten und die Bestimmungen der Elften Richtlinie durchzusetzen. Sonderregelungen, die speziell für ausländische Gesellschaften aus Schutzinteressen eingeführt werden oder grundsätzlich für innerstaatliche Rechtsformen gelten, sind für ausländische zugezogene Gesellschaften nicht anwendbar.

---

<sup>540</sup> 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, Amtsblatt Nr. L 395 vom 30.12.1989

<sup>541</sup> Hiernach sind die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt, wenn sie (1) zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, (2) in nicht - diskriminierender Weise angewandt werden, (3) zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sind und (4) nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist

<sup>542</sup> EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg 2003, I-10155, Rn. 117

<sup>543</sup> *Schanze/Jüttner*, Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“, S. 662 ff.



### 11.2.5 „Cartesio“, C-210/06, schwebendes Verfahren

Cartesio ist eine „betéti társaság“ (Kommanditgesellschaft) nach ungarischem Recht mit Sitz in Baja, Ungarn. Sie besteht aus zwei Gesellschaftern, die in Ungarn ansässig sind und die ungarische Staatsbürgerschaft besitzen: einen beschränkt haftenden Kommanditist, der zur Zahlung eines festgelegten Kapitalbetrags verpflichtet ist und nur für diesen Betrag haftet, und einen unbeschränkt haftenden Komplementär, der für alle Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft haftet.<sup>544</sup>

Cartesio stellte beim Handelsregistergericht einen Antrag auf Änderung des örtlichen Handelsregistereintrages, um als neuen operativen Geschäftssitz die folgende Adresse eintragen zu lassen: „21013 Gallarte (Italy), Via Roma No 16“. Der Antrag wurde vom Handelsregistergericht zurückgewiesen. Das Gericht vertrat die Auffassung, es sei nach ungarischem Recht nicht möglich, dass Gesellschaften ihren operativen Geschäftssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegten und gleichzeitig ihren Rechtsstatus als ungarische Gesellschaft aufrechterhielten. Daher müsse Cartesio zunächst in Ungarn aufgelöst und anschließend nach italienischem Recht neu gegründet werden, wenn es seinen operativen Geschäftssitz ändern wolle.<sup>545</sup> Das Rechtsmittelgericht hat dem EuGH gemäß Artikel 234 EGV folgende Fragen *betreffend die Niederlassungsfreiheit* vorgelegt:<sup>546</sup>

*a) Handelt es sich bei der Absicht einer in Ungarn nach ungarischem Gesellschaftsrecht gegründeten und in das ungarische Handelsregister eingetragenen Gesellschaft, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union zu verlegen, um eine Frage, deren Regelung unter das Gemeinschaftsrecht fällt, oder ist mangels Harmonisierung der Rechtsvorschriften ausschließlich das nationale Recht anwendbar?*

*b) Kann sich eine ungarische Gesellschaft bei der Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union unmittelbar auf das Gemeinschaftsrecht (hier die Artikel 43 EG und 48 EG) berufen? Wenn ja, kann die Sitzverlegung – sei es durch den Herkunftsstaat, sei es durch den Aufnahmestaat – von einer Bedingung oder einer Genehmigung abhängig gemacht werden?*

*c) Sind die Artikel 43 EG und 48 EG dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung oder Praxis mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist, wonach Handelsgesellschaften in*

---

<sup>544</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes vom 22. Mai 2008, *Cartesio*, Rs. C-210/06, Rn. 2

<sup>545</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes vom 22. Mai 2008, *Cartesio*, Rs. C-210/06, Rn. 3

<sup>546</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes vom 22. Mai 2008, *Cartesio*, Rs. C-210/06, Rn. 4

*Bezug auf die Ausübung ihrer Rechte unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, in welchem Mitgliedstaat sie ansässig sind?*

*d) Sind die Artikel 43 EG und 48 EG dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung oder Praxis mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist, wonach es einer ungarischen Gesellschaft verwehrt ist, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union zu verlegen?*

Bis dato<sup>547</sup> ist noch keine Entscheidung in der vorliegenden Rechtssache ergangen. In den Schlussanträgen betont Generalanwalt *Poiares Maduro*, dass der Sitz einer ungarischen Gesellschaft *nach ungarischem Gesellschaftsrecht* jener Ort ist, an dem sich der operative Geschäftssitz der Gesellschaft befindet. Danach müsste der Ort des operativen Geschäftssitzes mit dem Ort der Gründung der Gesellschaft zusammenfallen. Im Falle einer Verlegung des operativen Geschäftssitzes innerhalb Ungarns, wird dieser Vorgang im Handelsregister eingetragen. *Cartesio* möchte ihren operativen Sitz nach Italien verlegen ohne sich jedoch in Italien als italienische Gesellschaft neu zu gründen und daher eine Gesellschaft bleiben, die ungarischem Gesellschaftsrecht unterliegt.<sup>548</sup> Das ungarische Gesellschaftsrecht folgt der Sitztheorie, wonach *die Nationalität und der Sitz* einer Gesellschaft *untrennbar miteinander verbunden* sind. Ein Export der inländischen Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat ist nach ungarischem Gesellschaftsrecht nicht erlaubt.<sup>549</sup>

#### 11.2.6 Konsequenzen der Rechtsprechung nach *Cartesio*

Die erste bedeutende Festlegung des Generalanwaltes in der *Cartesio*-Entscheidung betrifft den Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit sowie das Diskriminierungsverbot. Nationale Vorschriften, die eine Verlegung des operativen Sitzes der Gesellschaft nur innerhalb des nationalen Hoheitsgebietes gestatten, behandeln grenzüberschreitende Sachverhalte ungünstiger als rein nationale Sachverhalte. Dies läuft auf eine Diskriminierung bei der Ausübung der Niederlassungsfreiheit hinaus. Da *Cartesio* ihren operativen Sitz nach Italien verlegen möchte und damit „*die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat*

---

<sup>547</sup> Stand 28.8.2008

<sup>548</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes vom 22. Mai 2008, *Cartesio*, Rs. C-210/06, Rn. 22

<sup>549</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes vom 22. Mai 2008, *Cartesio*, Rs. C-210/06, Rn. 23

auf unbestimmte Zeit“<sup>550</sup> plant, unterliegt gegenständlicher Sachverhalt eindeutig den Regelungen des Vertrages zur Niederlassungsfreiheit.<sup>551</sup>

In der Rechtssache „Daily Mail“ hat der EuGH zwar entschieden, dass die Gesellschaften nur gemäß nationalem Recht bestehen können und dass der „EWG-Vertrag den Gesellschaften nationalen Rechts kein Recht gewährt, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.“<sup>552</sup> Danach wären die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit unanwendbar und der Staat, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde, entscheidet über ihre Existenz. Seit „Daily Mail“ hat sich die Rechtsprechung bedeutend weiterentwickelt und ist der EuGH mit den Urteilen Centros, Überseering und Inspire Art<sup>553</sup> zu der Auffassung gelangt, dass nationale Gesellschaftsrechtsnormen nicht außerhalb des Geltungsbereiches der Niederlassungsfreiheit liegen dürfen.<sup>554</sup> In der Entscheidung „Inspire Art“ hat der Gerichtshof festgehalten: „Der Umstand, dass die Inspire Art im Vereinigten Königreich gegründet wurde, um die Vorschriften des niederländischen Gesellschaftsrechts zu umgehen, das u. a. bezüglich des Mindestkapitals und der Einzahlung der Aktien strengere Voraussetzungen enthält, [schließt] nicht aus, dass die Errichtung einer Zweigniederlassung dieser Gesellschaft in den Niederlanden unter die Niederlassungsfreiheit nach den Artikeln 43 EG und 48 EG fällt.“<sup>555</sup>

Der Generalanwalt stellt allerdings weiters fest, dass entgegen den Entscheidungen „Inspire Art“ und „Centros“ es unter Umständen nicht immer möglich sein soll, sich erfolgreich auf die Niederlassungsfreiheit zu berufen, um sich als Gesellschaft pro forma in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, wenn dies allein dem Zweck dient, das eigene nationale Gesellschaftsrecht zu umgehen.<sup>556</sup> Zur Untermauerung dieses Standpunktes zitiert Maduro das Urteil „Cadbury Schweppes“, wonach der Gerichtshof ausspricht, „dass der Umstand, dass eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat mit dem Ziel gegründet worden ist, in den Genuss vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu kommen, für sich alleine nicht ausreicht, um

---

<sup>550</sup> EuGH, Rs. C-221/89, *Factortame*, Slg. 1991, I-3905, Rn. 20; vgl. auch EuGH, Rs. C-246/89, *Fischerei*, Slg. 1991, I-4585, Rn. 21 und EuGH, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, Rn. 54 und 66

<sup>551</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes vom 22. Mai 2008, *Cartesio*, Rs. C-210/06, Rn. 25

<sup>552</sup> EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483, 5512 Rn. 24

<sup>553</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155

<sup>554</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes vom 22. Mai 2008, *Cartesio*, Rs. C-210/06, Rn. 27

<sup>555</sup> EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 98

<sup>556</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes vom 22. Mai 2008, *Cartesio*, Rs. C-210/06, Rn. 29

auf eine missbräuliche Ausnutzung [der Niederlassungsfreiheit] zu schließen.“<sup>557</sup> Der Gerichtshof gesteht den Mitgliedstaaten daher auch zu Maßnahmen zu ergreifen, mit denen „rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen“ verhindert werden, die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung nationaler Rechtsvorschriften zu entgehen.<sup>558</sup> Die Niederlassungsfreiheit hindert die Mitgliedstaaten also nicht vor „Briefkastenfirmen“ und „Strohfirmen“ auf der Hut zu sein.<sup>559</sup>

Im Ergebnis ist der Generalanwalt dennoch der Auffassung, dass der Gerichtshof – wenn auch im Widerspruch zum Urteil „Daily Mail“ – keine speziellen Rechtsbereiche der Mitgliedstaaten a priori vom Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausnimmt.<sup>560</sup> Daher kann beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechtes unmöglich argumentiert werden, dass die Mitgliedstaaten völlig frei über „Leben und Tod“ der nach ihrem nationalen Recht gegründeten Gesellschaften verfügen können, ohne dass die Folgen für die Niederlassungsfreiheit zu berücksichtigen wären. Andernfalls würde den Mitgliedstaaten der „Freibrief“ erteilt, nach Belieben die „Todesstrafe“ über eine nach ihrem Recht gegründete Gesellschaft zu verhängen, nur weil diese sich zur Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit entschließt. Insbesondere für kleine und mittlere Gesellschaften kann eine innergemeinschaftliche Verlegung des operativen Geschäftssitzes eine einfache und wirksame Möglichkeit sein, echte wirtschaftliche Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, ohne den Kosten und administrativen Belastungen ausgesetzt zu sein, die mit der Abwicklung der Gesellschaft in ihrem Herkunftsstaat und dem anschließenden kompletten Wiederaufbau im Bestimmungsmitgliedstaat verbunden sind. Wie außerdem die Kommission zu Recht hervorgehoben hat, kann die Abwicklung einer Gesellschaft in einem Mitgliedstaat und ihre anschließende Neugründung nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates viel Zeit in Anspruch nehmen, und in diesem Zeitraum ist die betreffende Gesellschaft möglicherweise an der Fortsetzung des Geschäftsbetriebes gehindert.<sup>561</sup>

Schließlich schlägt der Generalanwalt vor, die Vorlagefragen des Cartesio-Verfahrens betreffend die Niederlassungsfreiheit dahingehend zu beantworten, dass „Artikel 43 EGV und 48 EGV nationalen Vorschriften entgegenstehen, die eine nach nationalem Recht

---

<sup>557</sup> EuGH, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, Rn. 37

<sup>558</sup> EuGH, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, Rn. 51 bis 55

<sup>559</sup> EuGH, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, Rn. 68

<sup>560</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes vom 22. Mai 2008, *Cartesio*, Rs. C-210/06, Rn. 30

<sup>561</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes vom 22. Mai 2008, *Cartesio*, Rs. C-210/06, Rn. 31

*gegründete Gesellschaft daran hindern, ihren operativen Geschäftssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.*<sup>562</sup>

### 11.3 Steuerrechtliche Entscheidungen

#### 11.3.1 „Hughes de Lasteyrie du Saillant“, EUGH 11.03.2004, C-9/02

Hughes de Lasteyrie du Saillant, ein französischer Staatsbürger, verlegte seinen Wohnsitz von Frankreich nach Belgien, und war in den letzten fünf Jahren vor seinem Wegzug aus Frankreich in unmittelbarem oder mittelbarem Besitz von Wertpapieren, die zum Bezug von mehr als 25 % der Gewinne einer Gesellschaft berechtigten, die gesellschaftssteuerpflichtig war und ihren Sitz in Frankreich hatte.<sup>563</sup>

Artikel 167bis des französischen Code général des impôts („CGI“) normierte für Steuerpflichtige, die ihren steuerlichen Wohnsitz während der letzten zehn Jahre mindestens sechs Jahre in Frankreich hatten, für den Zeitpunkt, zudem sie ihren Wohnsitz ins Ausland verlegen, die Besteuerung der Gesellschaftsrechte.<sup>564</sup> Eine Veräußerung der Wertpapiere war keine notwendige Voraussetzung für das Auslösen des Tatbestandes. Darüber hinaus enthielt die Bestimmung einen Steuerzahlungsaufschub, abhängig davon, ob der Steuerpflichtige Sicherheiten leistete, die geeignet waren, die spätere Steuererhebung sicherzustellen.<sup>565</sup> Die Verlegung des Wohnsitzes von Hughes de Lasteyrie du Saillant löste in der Folge die Besteuerung von Wertsteigerungen aus, da der gemeine Wert der Wertpapiere zum Zeitpunkt der Wohnsitzverlegung über dem Anschaffungspreis lag.<sup>566</sup>

Der Conseil d’Etat hat in diesem Zusammenhang dem EuGH gemäß Artikel 234 EGV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt: *„Verwehrt es der in Artikel 43 EGV verankerte Grundsatz der Niederlassungsfreiheit einem Mitgliedstaat, zur Vorbeugung gegen die Steuerflucht eine Regelung einzuführen, wonach Wertsteigerungen bei Verlegung des steuerlichen Wohnsitzes besteuert werden?“*<sup>567</sup>

Die dänische und deutsche Regierung vertraten die Ansicht, dass Artikel 167bis CGI *keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit* enthalte und nicht diskriminierend sei. Die Vorschrift hindere weder unmittelbar noch mittelbar sich in einem anderen Mitgliedstaat

---

<sup>562</sup> Schlussanträge des Generalanwaltes vom 22. Mai 2008, *Cartesio*, Rs. C-210/06, Rn. 35

<sup>563</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-02409, Rn. 12

<sup>564</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-02409, Rn. I.-1.

<sup>565</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-02409, Rn. 12

<sup>566</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-02409, Rn. 12

<sup>567</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-02409, Rn. 16 und 17

niederzulassen. Zudem könne der Umstand, dass die Gewährung des Aufschubs für die Zahlung der Steuer an die Leistung von Sicherheiten geknüpft sei, nicht als Erfordernis angesehen werden, das sich als solches auf die Möglichkeit für die französischen Steuerpflichtigen, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, erheblich auswirken könne.<sup>568</sup>

Hughes de Lasteyrie du Saillant, die portugiesische Regierung und die Kommission waren hingegen der Auffassung, dass die Wirkungen des Artikels 167bis CGI für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit *beschränkenden Charakter* besitzen. Im Unterschied zu den Steuerpflichtigen, die in Frankreich wohnen blieben und hinsichtlich der Wertsteigerungen erst besteuert würden, wenn sie diese tatsächlich realisiert hätten, würden diejenigen, die ihren Wohnsitz ins Ausland verlegten, hinsichtlich *latenter Wertsteigerungen* besteuert. Bei letzteren entstehe der Steueranspruch mit der Verlegung ihres steuerlichen Wohnsitzes ins Ausland und nicht mit der Veräußerung der betreffenden Wertpapiere. In vorliegendem Fall handle es sich deshalb um eine typische Beschränkung „*beim Verlassen des Landes*“. Ein solches System stelle Steuerpflichtige, die Frankreich verließen, schlechter als solche, die dort blieben, und führe damit eine diskriminierende Ungleichbehandlung ein.<sup>569</sup>

Der Gerichtshof folgte letztlich der Ansicht der Kommission, indem er feststellte, dass Artikel 167bis CGI zwar einem französischen Steuerpflichtigen nicht verbietet, von seinem Niederlassungsrecht Gebrauch zu machen, er jedoch geeignet ist, die Ausübung dieses Rechtes zu beschränken, da er für Steuerpflichtige, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen wollen, zumindest abschreckende Wirkung hat.<sup>570</sup>

Der EuGH hat folgendermaßen entschieden: „*Der in Artikel 52 EGV verankerte Grundsatz der Niederlassungsfreiheit ist dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, zur Vorbeugung gegen die Steuerflucht eine Regelung wie die in Artikel 167bis CGI vorgesehene einzuführen, wonach latente Wertsteigerungen besteuert werden, wenn ein Steuerpflichtiger seinen steuerlichen Wohnsitz ins Ausland verlegt.*“<sup>571</sup>

---

<sup>568</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-02409, Rn. 21

<sup>569</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-02409, Rn. 22

<sup>570</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-02409, Rn. 45; Artikel 43 EGV verbietet auch geringfügige oder unbedeutende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit (siehe Urteile vom 28.1.1986, *Kommission/Frankreich*, Rn 21, und vom 15.2.2000, EuGH, Rs. C-34/98, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2000, I-995, Rn. 49); auch ist es Mitgliedstaaten verboten, die Niederlassungsfreiheit in Bezug auf steuerrechtliche Vorschriften zu beschränken (siehe EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225, Rn. 21, ICI, Rn. 19, und vom 21.11.2002, EuGH, Rs. C-436/00, *X und Y*, Slg. 2002, I-10829, Rn. 32)

<sup>571</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-02409, Rn. 69

Hat der EuGH in seiner „Daily Mail“-Entscheidung noch die Sitzverlegung einer englischen Holdinggesellschaft aus steuerlichen Gründen davon abhängig gemacht, dass die Sitzverlegung einer Geschäftsleitung nach nationalem Recht zulässig ist, knüpft er in „Hughes de Lasteyrie du Saillant“ an einem *umfassenden Beschränkungsverbot* für den Wegzug eines Steuersubjektes an. Richtungsweisend erweitert der Gerichtshof mit dieser Entscheidung den Anwendungsbereich des Beschränkungsverbot von Zuzugsbeschränkungen auf Wegzugsbeschränkungen und korrigiert damit eines Inäquivalenz in den Wirkungen der Niederlassungsfreiheit.

### 11.3.2 „Fall-N“, EUGH 07.09.2006, C-470/04

Im Ausgangsverfahren verlegte N seinen ständigen Wohnsitz von den Niederlanden in das Vereinigte Königreich. Zum Zeitpunkt des Wegzuges aus den Niederlanden war er Alleingesellschafter dreier Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach niederländischem Recht.<sup>572</sup> Dessen Steuerrecht sah eine Besteuerung des latenten Wertzuwachses von Gesellschaftsanteilen vor, wobei der Steuertatbestand im Wegzug eines Steuerpflichtigen und Inhabers einer wesentlichen Beteiligung an einer Gesellschaft aus den Niederlanden bestand.<sup>573</sup> In Konsequenz besteuerte die niederländische Behörde den Gewinn aus wesentlicher Beteiligung und wurde auf Antrag des N die Forderung der Steuerbehörde gegen Gewährung einer Sicherheitsleistung gestundet. N musste seine Anteile an einer anderen Gesellschaft als Sicherheitsleistung verpfänden.<sup>574</sup>

Das Vorlagegericht wollte – *inter alia* – wissen, ob Artikel 43 EGV dahin auszulegen ist, dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, ein Besteuerungssystem einzuführen, nach dem der Wertzuwachs von Gesellschaftsanteilen besteuert wird, wenn ein Steuerpflichtiger aus diesem Mitgliedstaat wegzieht.<sup>575</sup>

Der Gerichtshof hat im gegenständlichen Verfahren festgehalten, dass das vorliegende Besteuerungssystem einem niederländischen Steuerpflichtigen zwar nicht verwehrt, sein Niederlassungsrecht auszuüben, es aber doch feststeht, dass das Steuersystem aufgrund seiner *abschreckenden Wirkung* geeignet ist, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu behindern.<sup>576</sup> Diese Schlussfolgerung wird bestätigt durch eine Prüfung der Durchführungsvorschriften zum Steuersystem des latenten Wertzuwachses von

<sup>572</sup> EuGH, Rs. C-470/04, *Fall N*, Slg 2006, I-07409, Rn. 11

<sup>573</sup> EuGH, Rs. C-470/04, *Fall N*, Slg 2006, I-07409, Rn. 32

<sup>574</sup> EuGH, Rs. C-470/04, *Fall N*, Slg 2006, I-07409, Rn. 12 und 13

<sup>575</sup> EuGH, Rs. C-470/04, *Fall N*, Slg 2006, I-07409, Rn. 31

<sup>576</sup> EuGH, Rs. C-470/04, *Fall N*, Slg 2006, I-07409, Rn. 34

Gesellschaftsanteilen. Eine *Stundung der Steuerschuld* ist danach zwar grundsätzlich möglich, jedoch geknüpft an die Voraussetzung der *Leistung von Sicherheiten*. Diese Zusatzvoraussetzung hat als solche *beschränkende Wirkung*, da sie den Steuerpflichtigen an der Nutzung der als Sicherheit geleisteten Vermögenswerte hindert.<sup>577</sup>

Der Gerichtshof hat folgendermaßen entschieden: *“Artikel 43 EG ist dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, ein System wie das im Ausgangsverfahren streitige einzuführen, nach dem der Wertzuwachs besteuert wird, wenn ein Steuerpflichtiger aus diesem Mitgliedstaat wegzieht, und das die Stundung dieser Steuer von der Leistung von Sicherheiten abhängig macht und Wertminderungen, die möglicherweise nach der Verlegung des Wohnsitzes des Betroffenen eingetreten und nicht bereits im Aufnahmemitgliedstaat berücksichtigt worden sind, nicht vollständig berücksichtigt.“*<sup>578</sup>

In der Entscheidung bezieht sich der EuGH auf das ähnlich gelagerte Urteil „Hughes de Lasteyrie du Saillant“, indem der Steuerpflichtige, der im Rahmen der Ausübung der ihm durch Artikel 43 EGV garantierten Rechte aus Frankreich nach Belgien ziehen wollte, gegenüber einer Person, die ihren Wohnsitz in Frankreich beibehielt, benachteiligt wurde. Dieser Steuerpflichtige wurde allein wegen des Wegzuges mit dem Einkommen steuerpflichtig, das noch nicht realisiert worden war und über das er nicht verfügte, wohingegen, wenn er in Frankreich wohnen geblieben wäre, der Wertzuwachs nur besteuert worden wäre, wenn und soweit er tatsächlich realisiert wird. Diese unterschiedliche Behandlung war geeignet, den Betroffenen vom Wegzug aus Frankreich abzuhalten und verstieß gegen Artikel 43 EGV.<sup>579</sup>

Mit der Entscheidung „Fall-N“ bestätigte der EuGH diese Rechtsprechung und ist nunmehr davon auszugehen, dass jegliche Form von Wegzugsbeschränkungen gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen. Das Beschränkungsverbot gilt gleichermaßen für Zugzugs- wie Wegzugsbeschränkungen.

## 11.4 Entscheidungen in Österreich

### 11.4.1 OGH 15.7.1999, 6 Ob 123/99b

Bereits in der Entscheidung OGH 15.7.1999, 6 Ob 123/99b vertrat der OGH bereits vor Überseering die Ansicht, dass die in § 10 IPRG vertretene Sitztheorie mit der durch Artikel

<sup>577</sup> EuGH, Rs. C-470/04, *Fall N*, Slg 2006, I-07409, Rn. 36

<sup>578</sup> EuGH, Rs. C-470/04, *Fall N*, Slg 2006, I-07409, Tenor 2

<sup>579</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-02409, Rn. 46



48 iVm. Artikel 43 Absatz 1 EGV eingeräumten sekundären Niederlassungsfreiheit in Widerspruch steht. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der in einem Mitgliedstaat rechtswirksam errichteten ausländischen juristischen Person ist laut OGH im Zusammenhang mit der Errichtung einer Zweigniederlassung in Österreich nach jenem Recht zu beurteilen, nach dem die juristische Person gegründet wurde, sofern sich ihr satzungsmäßiger 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. *Die Eintragung des ausländischen Rechtsträgers, der im Inland eine Zweigniederlassung hat, kann somit nicht mangels Rechtsfähigkeit verweigert werden.*<sup>580</sup> Aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts folgt in Fällen der Gründung von Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften die *eingeschränkte Anwendung* der in § 10 IPRG verankerten Sitztheorie. Sie ist seither nach ihrem Sinn und Zweck teleologisch zu reduzieren und nur mehr auf Fälle anwendbar, die außerhalb des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechtes liegen. Für Sitzverlegungen mit Drittstaatsbezug, welche im Vollenwendungsbereich des IPRG liegen, ist die Sitztheorie meiner Einschätzung nach vollumfänglich in Geltung.

## **12. Exkurs: Stellung von Gesellschaften mit Sitz auf den britischen Inseln nach „Centros“**

### **12.1.1 Problemstellung**

Derzeit sind im österreichischen Firmenbuch über 500 Zweigniederlassungen von Gesellschaften eingetragen, die als „*Limiteds*“ nach englischem Recht gegründet worden sind. Eine Durchsicht der eingetragenen Gesellschaften ergibt eine Unsicherheit der Firmenbuchgerichte über die korrekte Bezeichnung der Herkunftsrechtsordnung dieser Gesellschaften, wodurch die Rechtssicherheit der in § 12 Absatz 3 UGB<sup>581</sup> angeordneten Eintragung des Personalstatuts nicht mehr gewährleistet scheint. Sowohl die Bezeichnung „*Gesellschaft nach englischem Recht*“ als auch „*Gesellschaft nach britischem Recht*“ sind dem Firmenbuch geläufig. Es stellt sich somit die Frage nach der richtigen Einordnung des Personalstatuts einer Gesellschaft nach den Begriffen „Vereinigtes Königreich England“

<sup>580</sup> OGH 15.7.1999, 6 Ob 123/99b, Leitsatz

<sup>581</sup> § 12 Absatz 3 UGB: „In das Firmenbuch einzutragen sind die Angaben gemäß § 3 FBG sowie die für einen Rechtsträger im FBG vorgesehenen besonderen Eintragungen. Weiters sind in das Firmenbuch die Tätigkeit der Zweigniederlassung, das Personalstatut des Rechtsträgers, sowie – sofern das Personalstatut eine Registereintragung vorsieht – das Register, bei dem der Rechtsträger geführt wird, und die Nummer der Eintragung in dieses Register einzutragen. [...]“

oder „Großbritannien“ und ob diese Rechtsbegriffe als *Synonyme oder Antonyme* zu verstehen sind.

Praktische Bedeutung erlangt die gegenständliche Frage in Zusammenhang mit der Einordnung von Gesellschaften mit Sitz in Jersey unter den Rechtsbestand („*acquis communautaire*“) der Europäischen Gemeinschaft. Es gilt festzustellen, ob und inwieweit diese Gesellschaften der Rechtssprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit unterliegen und eine Verpflichtung zur Umsetzung von auf Grundlage von Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV erlassenen Richtlinien besteht.

### 12.1.2 Der Begriff des „Vereinigten Königreichs“ oder „United Kingdom“

Der Begriff „*Vereinigtes Königreich*“ ist ein mehrschichtiger Rechtsbegriff, der je nach Anwendung der jeweiligen *Acts* (i.e. Gesetz) verschieden ausgelegt wird. „*United Kingdom*“ erfährt eine Legaldefinition durch den *Interpretation Act 1978*, wonach „*British Islands*“ das Vereinigte Königreich, die Kanalinseln sowie die Insel Man einschließt, während „*United Kingdom*“ lediglich Großbritannien und Nordirland bezeichnet.<sup>582</sup> Der *British Nationality Act 1981* hingegen definiert für seine Zwecke „*United Kingdom*“ als Großbritannien, Nordirland sowie die Kanalinseln und die Insel Man.<sup>583</sup> Den Kanalinseln, welche die Inseln Jersey, Guernsey, Alderney und Sark sowie etliche kleinere, unbewohnte Inseln umfassen, kommt eine weitreichende Autonomie in allen inneren Angelegenheiten zu. Sie verfügen jeweils über ein eigenes Parlament sowie eine Regierung, die direkt der Königin als Staatsoberhaupt verantwortlich ist.<sup>584</sup> Die Gesetzgebungshoheit des Parlaments in Westminster erstreckt sich nicht auf die Kanalinseln, was als umstritten gilt,<sup>585</sup> sich aber mit der zitierten Definition von „*United Kingdom*“ im *Interpretation Act 1978* deckt.

Die Sachlage ist differenziert mit Blick auf das Völkerrecht. Demnach fehlt den Kanalinseln und der Insel Man die Völkerrechtssubjektivität.<sup>586</sup> Gemäß der Vermutungsregel des Artikel 29 der Wiener Vertragsrechtskonvention umfasst der räumliche Geltungsbereich eines völkerrechtlichen Vertrages das gesamte Hoheitsgebiet jeder Vertragspartei, soweit nicht abweichendes im Vertrag bestimmt ist.<sup>587</sup> Die Bedeutung

---

<sup>582</sup> Ausdrückliche Anordnung in s.5 des Interpretation Act 1978

<sup>583</sup> British Nationality Act 1981, s.50(1): „the islands“ means the Channel Islands and the Isle of Man; „the United Kingdom“ means Great Britain, Northern Ireland and the Islands, taken together.

<sup>584</sup> *Bachner* in GeS 2007/8, Exkursion auf die britischen Inseln – Praxisfragen und Hintergrundinformation zur Herkunft von „Limiteds“, S. 325

<sup>585</sup> *Ogier*, The government and Law of Guernsey (2005), S. 113ff

<sup>586</sup> vgl. die Schlussanträge von Generalanwalt La Pergola in C-171/96 (Pereira Roque), Slg 1998, I-4607, Rn. 4

<sup>587</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl 1980/40

dieser Bestimmung hat insofern Konsequenzen als sich das Vereinigte Königreich regelmäßig in völkerrechtlichen Verträgen eine Einschränkungsklausel für die Anwendung ausbedingt, um dadurch die Autonomie ihrer „*Crown Dependencies*“ sicherzustellen.<sup>588</sup>

### 12.1.3 Das Verhältnis zur Gemeinschaft

Die völkerrechtlichen Aspekte dieser Problematik leiten direkt zur Frage nach der Rechtstellung der Kanalinseln und der Insel Man in Bezug auf die Europäische Gemeinschaft über. Das Vereinigte Königreich ist als Völkerrechtssubjekt 1972 zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft beigetreten und unterliegt daher grundsätzlich den Bestimmungen des EG-Vertrages. Artikel 299 Absatz 1 EGV normiert, dass „*dieser Vertrag für [...] das Vereinigte Königreich, Großbritannien und Nordirland [gilt]*“ und Artikel 299 Absatz 4 EGV konkretisiert: „*Dieser Vertrag findet auf die europäischen Hoheitsgebiete Anwendung, deren auswärtige Beziehungen ein Mitgliedstaat wahrnimmt.*“

Diese Formulierungen ließen grundsätzlich den Schluss zu, dass die Kanalinseln und die Insel Man in den vollen Anwendungsbereich des EG-Vertrages fallen. Allerdings wurde in den Beitrittsverhandlungen dem Sonderstatut für die Kanalinseln und die Insel Man durch Artikel 299 Absatz 6 EGV Rechnung getragen: „*Abweichend von den vorstehenden Absätzen gilt:...(c) Dieser Vertrag findet auf die Kanalinseln und die Insel Man nur insoweit Anwendung, als dies erforderlich ist, um die Anwendung der Regelung sicherzustellen, die in dem am 22. Januar 1972 unterzeichneten Vertrag über den Beitritt neuer Mitgliedstaaten zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und zur Europäischen Atomgemeinschaft für diese Inseln vorgesehen ist.*“

Artikel 299 Absatz 6 EGV verweist auf Protokoll Nummer 3 zum Beitrittsvertrag für das Vereinigte Königreich betreffend die Kanalinseln und die Insel Man.<sup>589</sup> Dieses Protokoll ist Teil des Primärrechtes der Gemeinschaft, weshalb eine Abänderung desselben der Zustimmung aller Mitgliedstaaten und eines Verfahrens nach Artikel 48 EUV bedürfte. Der Inhalt des Protokolls sieht einen eingeschränkten Anwendungsbereich des Primärrechtes für die Kanalinseln und die Insel Man dahingehend vor, dass nur die Gemeinschaftsregeln über die *Zollunion*<sup>590</sup> und die *Warenverkehrsfreiheit* anwendbar sein sollen.<sup>591</sup> Die Inseln haben

---

<sup>588</sup> *Bachner* in GeS 2007/8, Exkursion auf die britischen Inseln – Praxisfragen und Hintergrundinformation zur Herkunft von „Limiteds“, S. 326

<sup>589</sup> AB I. 73 vom 27.3.1972, S. 164

<sup>590</sup> Art 3 Absatz 1 der Verordnung (EWG) 2913/92 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, AB I L 302, S 1: Zum Zollgebiet der Gemeinschaft gehören...das Gebiet des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland sowie die Kanalinseln und die Insel Man

dadurch eine *privilegiertes Stellung* und sind von den meisten Verpflichtungen, die aus dem Beitritt des Vereinigten Königreichs zur Gemeinschaft resultieren, befreit. Insbesondere folgt aus Artikel 299 Absatz 6 litera c EGV iVm. Protokoll Nummer 3, dass weder die Vorschriften des Binnenmarktes nach Artikel 14 EGV noch jene über die Niederlassungsfreiheit gemäß Artikel 43 ff EGV auf die Kanalinseln und die Insel Man Anwendung finden.<sup>592</sup> Es besteht daher für Gesellschaften mit Sitz auf den Kanalinseln oder der Insel Man keine Verpflichtung zur Umsetzung der sekundärrechtlichen Maßnahmen zur Harmonisierung des Gesellschaftsrechtes auf Grundlage von Artikel 44 Absatz 2 litera g EGV.

#### 12.1.4 Internationales Privatrecht und Sitztheorie

Aus der Nicht-Erreckung der Niederlassungsfreiheit auf die Kanalinseln und die Insel Man folgt, dass die *Centros*-Judikatur des EuGH für Gesellschaften mit Sitz auf den Kanalinseln oder der Insel Man nicht anwendbar ist. Deutsche Gerichte haben bezüglich der Insel Man bereits in diesem Sinne geurteilt.<sup>593</sup> Obwohl der OGH in seiner Folgerechtsprechung der Richtung des EuGH Folge leistete, ist die Argumentation auf Anerkennung der rechtlichen Existenz einer Gesellschaft mit Sitz auf den Kanalinseln oder der Insel Man bzw. deren Rechtsfähigkeit aus österreichischer Sicht nicht begründbar.<sup>594</sup>

Der OGH argumentierte auf Basis der Aufhebung des § 108 Z 1 GmbHG aF., wonach der Nachweis einer wirklichen und regelmäßigen Geschäftstätigkeit der Auslandsgesellschaft im Sitzstaat als Nachweis für die Eintragung einer inländischen Zweigniederlassung erforderlich ist. Aus der Streichung dieser Bestimmung durch das EU-GesRÄG 1996 schloss der OGH die Unbeachtlichkeit einer „*Geschäftstätigkeit*“ und damit des „*tatsächlichen Verwaltungssitzes*“ im Gründungsstaat.<sup>595</sup> In der Literatur findet sich dagegen verstärkt die Ansicht, dass der Gesetzgeber gerade durch das EU-GesRÄG 1996 in § 13 HGB und § 107 GmbHG ausdrückliche Verweise auf § 10 IPRG eingefügt hat und damit das Regime und der Geltungsbereich des Internationalen Privatrechtes auf derartige

---

<sup>591</sup> *Bachner* in GeS 2007/8, Exkursion auf die britischen Inseln – Praxisfragen und Hintergrundinformation zur Herkunft von „Limiteds“, S. 326

<sup>592</sup> Das Protokoll Nr. 3 (FN 56) schließt in seinem Art 2 die Geltung der „Gemeinschaftsbestimmungen über die Freizügigkeit und den freien Dienstleistungsverkehr“ für die Inseln ausdrücklich aus; dazu EuGH, Rs. C-355/89, *Departement of Health and Social Security / Barr, Montrose Holdings Ltd.*, Slg 1991, I-3479

<sup>593</sup> KG Berlin 11.2.2005, NZG 2005, 758 = GmbHR 2005, 771; OLG Hamburg 30.3.2007; NZG 2007, 597 = GmbHR 2007, 763; vgl auch BGH 1.7.2002, BGHZ 151, 204 (208f) betreffend Jersey

<sup>594</sup> *Bachner* in GeS 2007/8, Exkursion auf die britischen Inseln – Praxisfragen und Hintergrundinformation zur Herkunft von „Limiteds“, S. 328

<sup>595</sup> siehe OGH, 15.7.1999, 6 Ob 124/99z = wbl. 2000, S. 85

Sachverhalte Anwendung finden soll.<sup>596</sup> Der erwähnte § 10 IPRG normiert für Österreich die Geltung der Sitztheorie für alle Gesellschaften mit Sitz in Staaten, welche außerhalb der Reichweite der europäischen Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit liegen.<sup>597</sup>

„Drittstaaten“ wie beispielsweise die Kanalinseln oder die Insel Man, welche nicht der europäischen „Centros“-Judikatur unterliegen, würden dementsprechend nach österreichischem IPRG der Sitztheorie unterliegen. Für die Sitztheorie ist der Ort des „tatsächlichen Verwaltungssitzes“ Anknüpfungspunkt, der nach einer von *Sandrock* entwickelten<sup>598</sup> und vom *BGH* übernommenen<sup>599</sup> Formel jener Ort ist, an dem nach außen erkennbar, „die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungshandlungen umgesetzt werden.“

Einer Gesellschaft mit statutarischem Sitz in Jersey aber ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz in Österreich müsste danach ihre Existenz und Rechtspersönlichkeit abgesprochen werden. Dies bestätigt der OGH auch in einer Entscheidung aus dem Jahr 1997.<sup>600</sup> In concreto hätte dies zur Folge, dass Klagen gegen die Gesellschaft vor einem österreichischen Gericht aufgrund der fehlenden Parteifähigkeit derartiger Gesellschaften scheitern müssten.

Notiert eine solche Gesellschaft darüber hinaus an der Börse, würde die Nicht-Existenz der Gesellschaft laut *Bachner* einem *juristischen Supergau*<sup>601</sup> gleichkommen. Die in Deutschland vertretene Rechtsansicht, wonach in einer derartigen Konstellation eine ausländische Gesellschaft im Inland als rechtsfähige Personengesellschaft zu behandeln sei, wäre zumindest ein möglicher Anknüpfungspunkt, um Gläubiger abzusichern.<sup>602</sup> Bei einer Vielzahl von Kleinanlegern einer börsennotierten Gesellschaft wäre im Ergebnis allerdings keine ausreichende Rechtssicherheit gegeben.

---

<sup>596</sup> *Bachner* in GeS 2007/8, Exkursion auf die britischen Inseln – Praxisfragen und Hintergrundinformation zur Herkunft von “Limiteds”, S. 328

<sup>597</sup> vgl bereits *Bachner*, GesRZ 1999, 253 (Entscheidungsanmerkung); *Bachner/Winner*, Das österreichische internationale Gesellschaftsrecht nach Centros, GesRZ 2000, S. 73 ff.

<sup>598</sup> *Sandrock* in Beitzke-FS, S. 669, 683

<sup>599</sup> ZB BGHZ 97, 269, 272

<sup>600</sup> OGH 28.8.1997, 3 Ob 93/97s sowie 3 Ob 2029/96w

<sup>601</sup> *Bachner* in GeS 2007/8, Exkursion auf die britischen Inseln – Praxisfragen und Hintergrundinformation zur Herkunft von “Limiteds”, S. 328

<sup>602</sup> BGH 1.7.2002, BGHZ 151, 204

## 13. Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung

### 13.1 Verdrängung der Sitztheorie

Erste Konsequenz der EuGH-Rechtsprechung ist eine klare Verdrängung der in § 10 IPRG verankerten Sitztheorie durch die Gründungstheorie. Nach der jüngeren Entscheidung „*Lasteyrie du Saillant*“<sup>603</sup> wird man von einer Geltung der Gründungstheorie wohl nicht nur für Zuzugsbeschränkungen, sondern auch für Wegzugsbeschränkungen ausgehen können. Das Gesellschaftsstatut bestimmt sich daher nach dem Recht, nach dem die Gesellschaft gegründet worden ist. Nach der Niederlassungsfreiheit ist es den einzelnen Mitgliedstaaten nicht mehr erlaubt eine Gesellschaft anderen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zu unterwerfen als jenen des Wegzugsstaates.<sup>604</sup> Diese Anknüpfung ist vor allem für grenzüberschreitend tätige Konzerne ein unübersehbarer Vorteil. Ein internationales Unternehmen wird seine Konzernstruktur in Zukunft homogener und dadurch Kosten sparender führen können. Gesellschaftsformen, denen sich der Konzern bedient, können in ganz Europa unter Aufrechterhaltung des Gründungsstatuts exportiert werden. Schließlich untersteht der Konzern mit seinen Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen einer einheitlichen gesellschaftsrechtlichen Rechtsordnung und ist bei Expansion nicht an Spezifika anderer Gesellschaftsrechtsordnungen gebunden. Es ist möglich einen operierenden Konzern zur Gänze auf inländischen Gesellschaften aufzubauen.

### 13.2 Mobilität der Gesellschaftsformen

Zweite Konsequenz ist eine wachsende Mobilität der Gesellschaften in Europa. Einem Unternehmer in Österreich steht es frei, sich in allen Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft zur Ausübung seines Gewerbes niederzulassen. Er hat über legale Briefkastengesellschaften die Auswahl aller europäischen Gesellschaftsformen zur Führung seines Unternehmens. Daraus resultiert, dass die in Österreich für die GmbH sehr hohen Gründungskosten, das komplexe Gründungsverfahren sowie ein Mindestkapital von EUR 35.000 durch Wahl einer englischen *private limited company* oder anderen Gesellschaften mit geringeren Gründungsvoraussetzungen (z.B. französische S.A.R.L. oder spanische S.L.N.E) leicht umgangen werden können. Durch die Mobilität der Gesellschaften ist ein starker Konkurrenzdruck auf jene Mitgliedstaaten entstanden, die Gründern höhere rechtliche Hindernisse, Kosten und Dauer bei Etablierung ihrer GmbH auferlegen. Folge dieser

---

<sup>603</sup> EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-02409

<sup>604</sup> *Adensamer/Eckert*, Ges 2004, S. 52

rechtlichen Divergenz ist eine potentielle Rückläufigkeit in der Zahl der Gesellschaftsneugründungen, wie dies in Frankreich bei der *S.A.R.L.* vor der Reform der Fall gewesen ist.<sup>605</sup> Einige europäische Staaten haben die Gefahr der Dezimierung ihrer Gesellschaftsformen bereits erkannt und Maßnahmen gesetzt. In Frankreich wurde eine Vereinfachung der Gründung durchgeführt. Davon umfasst waren insbesondere die Erleichterung des Gründungsverfahrens und die gänzliche Abschaffung des Mindestkapitals.

### 13.3 Deregulierungswettbewerb

Dritte Konsequenz ist ein zunehmender Deregulierungswettbewerb in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft. Ausgehend von einem steigenden Konkurrenzdruck zwischen den unterschiedlichen Gesellschaftsformen, haben viele Mitgliedstaaten die Notwendigkeit von Reformen erkannt. Jeder Mitgliedstaat hat das Ziel seine Gesellschaftsformen für Gründer attraktiver zu machen. Nach überzeugender Ansicht kann ein Staat hiervon in dreifacher Hinsicht profitieren:<sup>606</sup> *Erstens* ist mit der Verwendung einer innerstaatlichen Gesellschaft auch immer ein innerstaatlicher Sitz verbunden, was für den begünstigten Sitzstaat den Vorteil bedeutet, (Körperschafts-, Gesellschafts- etc.) Steuern, Gebühren und Abgaben von der Gesellschaft einheben zu können. *Zweiten* fördert die Attraktivität heimischer Gesellschaftsformen die innerstaatliche Beratungsdienstleistung. Und *drittens* erleichtert der Gesetzgeber inländischen Unternehmen die Gründung von ausländischen Tochtergesellschaften mit inländischer Rechtsform. Unter Anwendung der Gründungstheorie wird inländischen Unternehmen die Gründung von Tochtergesellschaften dadurch erleichtert, dass sie stets mit der ihnen aus dem Inland bekannten und vertrauten Rechtsform operieren können.

### 13.4 Pluralität als Leitprinzip

Vierte Konsequenz ist eine Entwicklung in Richtung *Pluralität als Leitprinzip des Europäischen Gesellschaftsrechtes*. Analog zur amerikanischen Rechtsentwicklung, wo das technische Gesellschaftsrecht und seine zivilrechtliche Fundierung in den Händen der Bundesstaaten verblieben ist, während die essentiellen Kapitalmarktbelange in bundesrechtlicher Kompetenz ausgebaut wurden, hat sich durch die Entscheidungslinie

---

<sup>605</sup> Kieninger in Ott/Schäfer, Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts

<sup>606</sup> so Schauer in Kalss/Schauer, ÖJT-GA S. 456 ff.

Centros, Überseering und Inspire Art<sup>607</sup> die *Anerkennung ausländischer Gesellschaften und ihrer Subjekteigenschaften* im europäischen Rechtsraum manifestiert.<sup>608</sup> Hierbei handelt es sich um eine Übertragung des im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelten „Cassis de Dijon – Prinzips“<sup>609</sup> auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften.<sup>610</sup> Ist eine Gesellschaft nach ihrem Gründungsrecht existent, so darf sie sich in jedem Mitgliedstaat der Gemeinschaft niederlassen, auch wenn die „*qualitativen Anforderungen*“ des Herkunftsrechtes von jenem des Zuzugsrechtes abweichen.<sup>611</sup> Die Existenz der Gesellschaft *sowie* ihre organisationsrechtlichen Eigenschaften sind entsprechend ihrem Gründungsrecht im gesamten Gemeinschaftsgebiet anzuerkennen.

Den Mitgliedstaaten ist es allerdings gestattet, *Maßnahmen* zu ergreifen, die eine missbräuchliche oder betrügerische Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit verhindern.<sup>612</sup> Der Begriff des „Missbrauchs“ wird vom EuGH eng ausgelegt. Allein die zielgerichtete Wahl des günstigsten Rechtes ist noch nicht geeignet, den Missbrauchsvorwurf zu tragen<sup>613</sup>, ebenso wenig die Situierung des Satzungssitzes in einem Staat, indem keinerlei Geschäftstätigkeit entfaltet wird.<sup>614</sup>

Schließlich ist *rechtspolitisch* festzuhalten, dass Folge der nunmehr stärker zutage tretenden Pluralität des Gesellschaftsrechtes der *Abschied vom Gedanken eines einheitlichen Gesellschaftsrechtes* für Europa ist. Nach zutreffender Ansicht sind die bei einer Harmonisierung notwendigen politischen Formelkompromisse in einer erweiterten Gemeinschaft schwieriger zu erzielen. Weiters ist das Gesellschaftsrecht zu tief in den Grundstrukturen der nationalen Gesellschaftsrechte verankert, dass es einer isolierten Vereinheitlichung zugeführt werden könnte.<sup>615</sup> Die gegenseitige Anerkennung *sichert* vielmehr den Erhalt der nationalen Identitäten von Gesellschaftsrechtsformen. Die *deutsche GmbH* wird ebenso wie die *britische limited* ihre charakteristischen Subjekteigenschaften

---

<sup>607</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155

<sup>608</sup> *Schanze/Jüttner*, Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“, S. 661 f.

<sup>609</sup> EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, I-649, 664, Rn. 14f.

<sup>610</sup> *Buxbaum*, Back to the Future? From “Centros” to the Überlagerungstheorie”, in Festschrift Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 2000, S. 149, 152 f.

<sup>611</sup> EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, I-649, 664, Rn. 14f.

<sup>612</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495, Rn. 24 ff.

<sup>613</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495, Rn. 27

<sup>614</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495, Rn. 28; siehe *Leible*, Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, S. 533

<sup>615</sup> *Schanze/Jüttner*, Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“, S. 670 f.



behalten und lediglich Detailreformen vornehmen, um im Binnenmarkt wettbewerbsfähig mit anderen Gesellschaftsformen zu bleiben.

### 13.5 Der Delaware-Effekt

#### 13.5.1 Entwicklung und Begriffsbestimmung

Ursprünglich beschränkte sich die Tätigkeit von Gesellschaften (*corporations*) in den USA nur auf das Gebiet des Inkorporationsstaates (*interstate commerce*). Ein *streng reglementiertes Inkorporationssystem* sicherte die notwendigen rechtlichen Rahmenbedingungen für einen engen auf den Bundesstaat bezogenen Markt. Als sich der Aktionsradius von Gesellschaften zunehmend auch auf zwischenstaatliche Aktivitäten (*intrastate commerce*) ausdehnte, änderte sich durch eine neue Rechtsprechung die Ausgangslage:<sup>616</sup>

Mit der Entscheidung des US Supreme Courts „*Paul v. Virginia*“<sup>617</sup> über die Zulässigkeit von *innerstaatlicher und zwischenstaatlicher Geschäftstätigkeit* von Gesellschaften aus dem Jahr 1868 schaffte der Gerichtshof die Voraussetzungen für eine *Liberalisierung der Gründungsvorschriften für Gesellschaften in den USA*. Danach durfte ein Bundesstaat einer auswärtigen, dh. andernorts gegründeten Gesellschaft (*corporation*), rein innerstaatliche Aktivitäten (*intrastate commerce*) untersagen, die zwischenstaatlichen Aktivitäten (*interstate commerce*) allerdings nicht behindern. Eine Gesellschaft konnte daher ungeachtet des späteren Geschäftsschwerpunktes dort gegründet werden, wo die *liberalsten Vorschriften* galten.

Folge dieser Rechtsprechung war ein zunehmender *Deregulierungswettbewerb* zwischen den Bundesstaaten der USA mit dem Ziel, vor allem aus steuerlichen Motiven (Gründungssteuer, Körperschaftssteuer) möglichst viele Gesellschaftsgründungen in den eigenen Bundesstaat zu locken.<sup>618</sup> Dieser Effekt wird in der Literatur auch als „*race for laxity*“ oder „*race to the bottom*“ bezeichnet. Der Bundesstaat Delaware schloss sich bereits im Jahre 1899 diesem Deregulierungstrend an und wurde binnen kürzester Zeit zu einem der beliebtesten Inkorporationsstaaten. Weitere *deregulatorische Maßnahmen*<sup>619</sup> sicherten

---

<sup>616</sup> Merkt, Vom Konzessionssystem zum Delaware-Effekt: Die Entwicklung des US-amerikanischen Gesellschaftsrecht, ZfRV 1996, 37. Jg, H1, S. 5

<sup>617</sup> 75 U.S. 168 (1868)

<sup>618</sup> Butler, Nineteenth-Century Jurisdictional Competition in the Granting of Corporate Privileges, Journal of Legal Studies 14 (1985), S. 128

<sup>619</sup> Die deregulatorische Initiative 1967 versetzte Delaware in die Spitzenposition der Inkorporationsstaaten; siehe ausführlich *NN.*, Law for Sale: A study of the Delaware Corporation Law of 1967, University of Pennsylvania Law Review 117 (1969), S. 861

Delaware bis in die Gegenwart hinein die *Spitzenposition unter den liberalsten Inkorporationsstaaten*.

### 13.5.2 Liberalisierungsmaßnahmen

Die Liberalisierung des amerikanischen Gesellschaftsrechtes umfasste – *inter alia* – die Abschaffung des Verbotes des Anteilerwerbs gegen Einlage von Sachwerten oder Dienstleistungen oder die Beseitigung von Höchstgrenzen für *maximum capitalization* und *indebtedness* (Verschuldung). Zugelassen wurde in der Folge auch der *Erwerb von Anteilen an anderen Gesellschaften*, die Ausgabe von stimmrechtslosen Aktien (*nonvoting shares*) sowie nennwertlosen Aktien (*no par value shares*) oder die Befugnis zur späteren Abänderung der Gründungsurkunde durch die Geschäftsleitung (*charter amendments*).<sup>620</sup> Eine der jüngeren Deregulierungsinitiativen des Bundesstaates Delaware war die Zulassung weitreichender Haftungsausschlussklauseln für die Mitglieder des *board of directors*. Danach kann die Haftung des *directors* für Verstöße gegen die ihnen obliegende *fiduciary duty* (Treuepflicht) durch eine entsprechende Klausel in der Gründungsurkunde ausgeschlossen werden.<sup>621</sup>

Mögen diese Reformen auch aus der heutigen Perspektive keine nennenswerten Besonderheiten mehr darstellen, waren sie seinerzeit beachtliche Fortschritte auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes. Man beachte, dass zur damaligen Zeit nicht jede Unternehmung überhaupt die Berechtigung zur Gründung einer Gesellschaft erhielt, sondern die *charter* (Gründungsurkunde) nur durch individuellen Verleihungsakt bei Vorliegen besonderer Umstände der Legislative des betreffenden Bundesstaates zugesprochen wurde.<sup>622</sup>

### 13.5.3 Liberales vs. Strenges Inkorporationsrecht in den USA

Die folgende Tabelle<sup>623</sup> zeigt den *relativen Marktanteil*, den einzelne US-Bundesstaaten am Markt für Inkorporationen bis ans Ende des letzten Jahrhunderts erobert haben. Dabei wurden einzelne Bundesstaaten danach untersucht, ob *corporations* mit Hauptgeschäftssitz

---

<sup>620</sup> Conard, An Overview of the Law of Corporations, Michigan Law Review 71 (1973), S. 621 (626)

<sup>621</sup> siehe Section 102 (7) General Corporation Law of Delaware in der Fassung von 1987; Merkt, Vom Konzessionssystem zum Delaware-Effekt: Die Entwicklung des US-amerikanischen Gesellschaftsrecht, ZfRV 1996, 37. Jg, H1, S. 7

<sup>622</sup> Merkt, Vom Konzessionssystem zum Delaware-Effekt: Die Entwicklung des US-amerikanischen Gesellschaftsrecht, ZfRV 1996, 37. Jg, H1, S. 3ff.

<sup>623</sup> An erster Stelle steht der strengste, an fünfzigster Stelle der liberalste Bundesstaat. In die vorliegende Übersicht wurden allerdings nur die wichtigsten Bundesstaaten aufgenommen; siehe Baysinger/Butler, Race for the Bottom V. Climb to the Top: The ALI Project and Uniformity in Corporate Law, The Journal of Corporation Law 10 (1985), S. 431 (458)

in einem bestimmten Bundesstaat, auch nach dem dortigen Recht inkorporiert sind. Es ist daraus zu ersehen, dass Bundesstaaten mit liberalem Gesellschaftsrecht gegenüber Bundesstaaten mit stark reguliertem Gesellschaftsrecht einen eindeutigen Wettbewerbsvorteil haben. Zugleich wird auch deutlich, in welcher Dimension amerikanische Gesellschaften die räumliche *Trennung von Hauptgeschäftssitz, also tatsächlichem Verwaltungssitz, und Inkorporationssitz* praktisch vollziehen. Die Anwendung der *Gründungstheorie* für alle in Betracht kommenden Bundesstaaten stellt freilich hierbei eine notwendige Voraussetzung dar.

Rang	Bundesstaat	Zahl der erfassten corporations mit Hauptgeschäftssitz in diesem Bundesstaat		davon zugleich dort inkorporiert (in %)	
4	Illinois	113		1	
8	Connecticut	87		23	
12	Missouri	33		27	
16	Texas	170		34	
18	New Jersey	95		41	
19	New York	278		41	
20	Kalifornien	195		43	
22	Michigan	51		45	
29	Massachusetts	76		55	
30	Florida	70		56	
34	Virginia	28		61	
36	Pennsylvania	100		62	
38	Ohio	96		66	
42	Delaware	10		liberal	80

### 13.6 Fragestellung: Delaware für Europa?

Ausgehend von den Auswirkungen eines liberalen Gesellschaftsrechtes im US-Bundesstaat Delaware stellt sich die Frage, inwieweit ein derartiger Deregulierungswettbewerb positive Effekte für die Europäische Gemeinschaft hätte. Wäre ein „*race to the bottom*“ oder „*race to laxity*“ eine ernsthafte Alternative zum Instrument der Rechtsangleichung, welches insgesamt gleichwertige Vorschriften in den Gesellschaftsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten erzeugen möchte. Oder aber gefährdet ein Deregulierungswettbewerb die

Kohärenz des „Europäischen Gesellschaftsrechtes“ und verursacht dadurch erhebliche Schwierigkeiten und Mehrkosten für Unternehmen im Binnenmarkt? Gibt es Regelungsmaterien oder Teilbereiche, für die sinnvollerweise die Rechtsangleichung ein effektiveres Mittel für das optimale Funktionieren darstellt, oder soll der Markt für das Gros der Gesellschaftsrechtsgebiete zur Gänze sich selber und damit den nationalen Rechtsordnungen überlassen werden?

### 13.6.1 Rechtsangleichung oder Wettbewerb der Gesellschaftsrechte?

Hinter der Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften und damit auch der Schutzbestimmungen im Sinne des Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV steht vor allem die Befürchtung eines Wettbewerbs der nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen und ein dadurch entstehender *Delaware-Effekt für Europa*. Nach der *Konzeption der Rechtsangleichung* sollte der Standortwettbewerb der Gesellschaften zwischen den Mitgliedstaaten vor Verzerrungen durch unterschiedliche nationale Gesellschaftsrechte geschützt werden. Ein *laxes* Gesellschaftsrecht, welches dazu dient, Gründer von Gesellschaften anzulocken, führt unweigerlich zu einem „*race to the bottom*“ und privilegiert diejenigen Mitgliedstaaten, die aus Gründen des Standortwettbewerbs auf Vorkehrungen zum Schutz von Gläubiger und Gesellschafter verzichten.<sup>624</sup>

Andererseits ist aber auch der *Prozess der Rechtsangleichung* nicht unkritisch zu betrachten. *Erstens* führt er zu einer *Versteinerung der nationalen Gesellschaftsrechte* und bedingt, dass Reformbestrebungen im Wege von Richtlinien nur äußerst langsam in nationale Rechtsordnungen einfließen können.<sup>625</sup> Der nationale Gesetzgeber kann daher auf veränderte Umweltbedingungen nicht mit der notwendigen Schnelligkeit reagieren.<sup>626</sup> *Zweitens* geht durch die angestrebte „*europäische Lösung*“ die Rechtsvielfalt und die Chance auf eine dezentrale und kompetitive Rechtsfortbildung verloren.<sup>627</sup> Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sind auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes nicht mehr regelungskompetent. Damit wird die aus der Wirtschaftswissenschaft stammende *Idee des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren für die beste Lösung* ausgeschlossen.<sup>628</sup>

---

<sup>624</sup> Habersack, EuGesR, § 3 Rn. 31

<sup>625</sup> Habersack, EuGesR, § 3 Rn. 32

<sup>626</sup> siehe zu einem möglichen Gegenkonzept *Haberer* in GesRZ 2003, The Road Ahead: Zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts, S. 212

<sup>627</sup> Hopt, ZIP 1998, S. 96 (98f.); Kübler, KritV 1994, S. 79 (88f); Behrens, FS Mestmäcker (1997), S. 839

<sup>628</sup> Basedow, FS Mestmäcker (1997) 360 mwN; ähnlich Ebke, RabelsZ, S. 62 (1998) 195 (234), der vom „Entdeckungsverfahren Markt“ spricht

*Nessler*<sup>629</sup> vertritt hierzu die Ansicht, dass die Kritik an der Rechtsangleichung die Nachteile des bestehenden und zersplitterten Gesellschaftsrechtes in Europa verkennt. Der Mangel an Transparenz und Offenlegung sowie die Unsicherheit über die Rechtslage bedingt erhöhte Transaktionskosten, mehr Rechtsstreitigkeiten und Schutzprobleme für Aktionäre, Anleger und Einleger.<sup>630</sup> Abgesehen davon lässt sich ein „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ im Gesellschaftsrecht nur schwer mit geltendem Gemeinschaftsrecht vereinbaren. Zu den Zielen der Gemeinschaft gehört es, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften zu verbessern.<sup>631</sup> Gleichzeitig soll auch der Qualitätsstandard des Gesellschaftsrechtes in Europa erhalten bleiben. Dies kann durch einen Wettbewerb der Rechtsordnungen nicht erreicht werden. Eine Verbesserung der Niederlassungsfreiheit ist danach nur durch eine Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen denkbar.<sup>632</sup>

### 13.6.2 Deregulierung als Mehrwert zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit

Die Rechtsmeinung *Nesslers* ignoriert meiner Einschätzung nach den *Status-Quo der Rechtsangleichung* in Europa. Die Bemühungen zur Harmonisierung des Gesellschaftsrechtes konzentrierten sich in den letzten Jahrzehnten auf die Aktiengesellschaften, das Recht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung wurde nur insoweit angeglichen als es die Sicherheit des Rechtsverkehrs mit Dritten diente.<sup>633</sup> Es wurden daher überhaupt *nur Teilbereiche der nationalen Gesellschaftsrechte harmonisiert*. Es bleibt die Frage zu erörtern, wie mit jenen Regelungsbereichen des Gesellschaftsrechtes zu verfahren ist, die eben bis dato und in absehbarer Zeit nicht Gegenstand der Rechtsangleichung gewesen sind oder sein werden. Hierbei ist wohl einem Deregulierungswettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten insofern positives abzugewinnen, als dass dieser durch seinen „*race to the bottom*“ immerhin zu einer *Annäherung der einzelnen Gesellschaftsrechtsordnungen* führt und dadurch einen *Mehrwert zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit* schafft.

Richtigerweise werden daher in Zukunft beide Mechanismen – deregulatorischer Wettbewerb und Rechtsangleichung – nebeneinander und gleichwertig zum Einsatz gelangen. (i) Für jene Regelungsbereiche, die die Gemeinschaft bereits harmonisiert hat,

---

<sup>629</sup> *Nessler*, Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung? – Stand und Perspektiven des Europäischen Gesellschaftsrecht, ZfRV 2000, 41. Jg, H 1, S. 7

<sup>630</sup> *Hopt*, ZIP 1998, S. 96 (99)

<sup>631</sup> *Timmermanns*, RabelsZ, S. 48 (1984) 1 (15f)

<sup>632</sup> *Basedow*, FS Mestmäcker (1997), S. 351

<sup>633</sup> *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen, S. 338 ff.

werden Änderungsrichtlinien den Harmonisierungsbestand weiterentwickeln und sicherstellen, dass gleichwertige Regelungen in allen Mitgliedstaaten vorhanden sind. (ii) Jene Regelungsbereiche, die *harmonisierungsfähig* sind, werden von der Gemeinschaft in den Angleichungsbestand aufgenommen. Dazu könnte in Zukunft auch das noch wenig angeglichenen GmbH-Recht oder Teilbereiche dessen wie die Kapitalaufbringung oder -erhaltung zählen. Methodisch wäre hierzu die Erweiterung des Geltungsbereiches von bereits bestehenden Richtlinien auf die Gesellschaftsform der GmbH erforderlich oder die Schaffung neuer Angleichungsmaßnahmen. (iii) Für den dritten Bereich der *nicht harmonisierten Regelungsbereiche* sind die nationalen Gesetzgeber weiterhin gefordert ihr Gesellschaftsrecht an die Erfordernisse des Marktes anzupassen. Das bedeutet im Wettbewerb mit anderen Gesellschaftsrechtsordnungen die besten Rahmenbedingungen für grenzüberschreitend tätige Unternehmen sicherzustellen. Weitreichende Deregulierungsmaßnahmen zuletzt in Deutschland, Frankreich, Spanien, Italien und den Niederlanden zeigen, dass in den letzten Jahren vor allem das *Mindeststammkapital und das Gründungsverfahren von Gesellschaften mit beschränkter Haftung* im Deregulierungsfokus der Mitgliedstaaten gestanden sind.<sup>634</sup>

## 14. Exkurs: Die GmbH-Reform in Österreich

### 14.1 Allgemeine Bedeutung der GmbH

Jene Gesellschaftsform, die in Deutschland und Österreich bei weitem am meisten Bedeutung erlangt hat ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung („GmbH“). Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft („AG“) war sie bislang nicht Gegenstand einer umfassenden Rechtsangleichung.<sup>635</sup> Die Judikatur des EuGH und die weitgehend fehlende Harmonisierung des GmbH-Rechtes haben unter den Mitgliedstaaten einen gesellschaftsrechtlichen Deregulierungswettbewerb ausgelöst, der sich vor allem auf die GmbH bezieht und hier wiederum in erster Linie das Mindestkapital und Vereinfachungen der Gründung zum Gegenstand hat.<sup>636</sup> Die GmbH steht durch ihre langwierige Gründungsprozedur, die vergleichsweise hohen Gründungskosten sowie ein Mindestkapital von EUR 35.000,-- in direkter Konkurrenz mit Gesellschaftsformen anderer Mitgliedstaaten, die niedrigere Gründungsvoraussetzungen haben, allen voran mit der englischen *private limited company*.

---

<sup>634</sup> Kalss/Eckert, Zentrale Fragen, S. 348 ff.

<sup>635</sup> siehe die zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie (77/91/EWG), die eine Harmonisierung nur für die AG vorsieht

<sup>636</sup> Siehe Kalss/Eckert, Zentrale Fragen, S. 348 ff.

Die Verbreitung der GmbH in Österreich ist nicht durch eine genaue Statistik dokumentiert.<sup>637</sup> Aus umfangreichen Recherchen in Zusammenarbeit mit dem Handelsgericht, dem Finanzministerium, der Statistik Austria, der Wirtschaftskammer etc. ist heute erwiesen, dass es in Österreich ungefähr 95.000 eingetragene Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH gibt.<sup>638</sup> Vergleicht man diese Zahl mit jener des Jahres 1996, indem etwas mehr als 91.000 GmbHs existierten und der Statistik des Firmenbuchs aus dem Jahr 1991 mit einer Zahl von 71.047 eingetragenen GmbHs, wird die wachsende Bedeutung dieser Gesellschaftsform deutlich.

## 14.2 „Ist-Stand“ des österreichischen GmbH-Rechtes

### 14.2.1 Grundprinzip - Festes Nennkapital

Das feste Nennkapital (Stamm- oder Grundkapital) ist ein grundlegendes Prinzip des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechtes und auch noch in den Gesellschaftsrechten anderer Mitgliedstaaten fest verankert. Es besagt, dass österreichische Kapitalgesellschaften ein Stamm- oder Grundkapital in bestimmter Höhe in ihrer Satzung festlegen müssen. Das Nennkapital ist eine bilanzielle Rechnungsgröße und entspricht der Summe der Nennwerte aller Geschäftsanteile.<sup>639</sup> In Hinblick auf das feste Nennkapital ergeben sich vor allem *drei Regelungsbereiche*:

### 14.2.2 Regelung einer Mindestkapitalausstattung (Kapitalaufbringung)

Die Gründer der Gesellschaft legen im eigenen Ermessen die Höhe des Nennkapitals im Zeitpunkt der Gründung fest und sind verpflichtet Vermögenswerte in Höhe des einmal von ihnen festgelegten Nennkapitals in die Gesellschaft einzubringen. Dabei darf die Einlageleistung der Gesellschafter zwar höher sein als das von ihnen fixierte Nennkapital, keinesfalls aber niedriger. An dieses Grundprinzip knüpfen Vorschriften, die die reale Einbringung des Stammkapitals gewährleisten sollen wie beispielsweise Regelungen über den Leistungszeitpunkt (Mindesteinzahlung bei Gründung und Kapitalerhöhung), Bankbestätigung, Werthaltigkeitskontrolle bei Sacheinlagen, Verzichtsverbot, Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter etc.<sup>640</sup>

Vom Prinzip des festen Nennkapitals der Gesellschaft ist die Grundregel des Mindestkapitals streng zu unterscheiden. Es macht einen Unterschied, ob die Gesellschafter

---

<sup>637</sup> Koppsteiner, GmbH-Gesetz Kommentar, 2. Aufl, Wien 1999, All Einl, Rn. 7

<sup>638</sup> Kalss/Eckert, Zentrale Fragen, S. 120

<sup>639</sup> § 6 Absatz 1 GmbHG, § 6 AktG, § 229 Absatz 1 UGB; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, S. 556

<sup>640</sup> Kalss/Eckert, Die GmbH ohne Mindeststammkapital und die Deregulierung der Kapitalaufbringung, S. 12

den in der Satzung zu bestimmenden Nennbetrag beliebig hoch oder niedrig festlegen können oder ob eine Mindesthöhe zu berücksichtigen ist. Das gesetzliche Mindestkapital in Österreich stellt ein (Mindest-)Niveau für das Grund- bzw. Stammkapital dar und reduziert den Spielraum, den die Gesellschafter bei der Festsetzung des Nennkapitals in der Satzung haben. Sie dürfen jedenfalls kein Nennkapital in der Satzung fixieren, welches unter die im Gesetz vorgeschriebene Mindestgrenze fällt. Nach österreichischem GmbH-Recht muss das Nennkapital derzeit mindestens EUR 35.000,-- betragen und besteht aus den Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafter, deren jede mindestens EUR 70,-- betragen muss (§ 6 Absatz 1 GmbHG).

Daraus ergibt sich, dass die Vorschrift über ein gesetzliches Mindestkapital nicht notwendigerweise mit jener des festen Nennkapitals gekoppelt sein muss. Mit Blick auf andere Rechtsordnungen wird deutlich, dass Gesellschaften zwar durchaus dem Prinzip des festen Nennkapitals folgen, ohne dabei jedoch an ein bestimmtes Mindestkapital gebunden zu sein.<sup>641</sup>

#### **14.2.3** Regelung der begrenzten Ausschüttung von Vermögen an die Gesellschafter (Kapitalerhaltung)

Die Bedeutung des Grundprinzips „festes Nennkapital“ wird bei Betrachtung der Kapitalerhaltungsvorschriften deutlich. Die Gesellschafter beschränken durch Festlegung des Grund- bzw. Stammkapitals in der Satzung der Gesellschaft (Kapitalaufbringung) die Zulässigkeit von Gewinnausschüttungen. Sie können ihre Stammeinlage nicht zurückfordern und haben solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn, soweit dieser nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschafter von der Verteilung ausgeschlossen ist (§ 82 Absatz 1 GmbHG). Gewinn darf daher nur an die Gesellschafter ausgeschüttet werden, sofern das buchmäßige Eigenkapital das Nennkapital übersteigt. Auch gebundene Rücklagen bei großen GmbHs sind grundsätzlich von einer Ausschüttungssperre umfasst (§ 23 GmbHG iVm. § 130 AktG). In Bezug auf Verluste ist eine Reduktion des Nennkapitals vorübergehend zulässig, es muss allerdings aufgestockt werden bevor die Gesellschaft Ausschüttungen vornimmt.

Das Stamm- bzw. Grundkapital („Sondervermögen“) der Gesellschaft steht den Gläubigern als Haftungsfond zur Verfügung. Eine darüber hinausgehende Haftung der Gesellschafter

---

<sup>641</sup> In Großbritannien hat die englische *private limited by shares* ein festes Nennkapital, jedoch ist kein Mindestkapital vorgeschrieben



für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist in der Regel ausgeschlossen. Es gilt daher der Grundsatz, dass das Sondervermögen *substituierenden Charakter*<sup>642</sup> für die mangelnde Haftung der Gesellschafter hat und im Falle des Falles nur dieses zur Tilgung von Gläubigerschulden zur Verfügung steht. Die Höhe des Sondervermögens bildet die Grundlage für die Entscheidung der Gläubiger der Gesellschaft Kredit zu gewähren.<sup>643</sup> Es geht also um *Vertrauensschutz* in Hinblick auf potentielle Geldgeber der Gesellschaft. Der gesetzliche Mechanismus zielt darauf ab, die Gesellschaft im Zeitpunkt der Gründung mit Vermögenswerten in Höhe des festgelegten Nennkapitals auszustatten, um das Vertrauen der Gläubiger auf die zukünftige Rückzahlungsfähigkeit der Gesellschaft jedenfalls in Höhe dieses Betrages abzusichern.

#### 14.2.4 Regelung der Beteiligungsverhältnisse

Der dritte Regelungsbereich legt die Beteiligungsverhältnisse an der Gesellschaft fest. Wer als Gesellschafter an einer GmbH mit einem Stammkapital von EUR 70.000,-- mit einer Stammeinlage von EUR 7.000,-- beteiligt ist, hält 10 % der Gesellschafteranteile. An diese Quote geknüpft sind das Stimmgewicht des Gesellschafter in der Generalversammlung, der Anteil am Gewinn und Liquidationserlös sowie verschiedene Minderheitsrechte.<sup>644</sup>

#### 14.3 Mindestkapital

Das Mindestkapital von EUR 35.000,-- tritt als gesetzlicher Mechanismus neben das Prinzip des festen Nennkapitals und beschränkt den Freiraum der Gründer bei Festlegung des Stamm bzw. Grundkapitals. Es legt fest, wie viel „Startkapital“ eine GmbH zumindest haben muss, ist aber nicht mit dem Gesellschaftsvermögen identisch.<sup>645</sup> Die Mindestgrenze des Nennkapitals (EUR 35.000,--) gilt unabhängig vom Unternehmensgegenstand oder der Risikogeneigtheit für alle GmbHs.<sup>646</sup> Nach der historischen Konzeption des Mindestkapitals sollte dieses ein „*hinreichendes Interesse der Teilnehmer an der Gesellschaft wacherhalten*“ (Ernsthaftigkeitsschwelle).<sup>647</sup> Den Gesellschaftern sollte selbst ein beträchtlicher Anteil am Unternehmensrisiko abverlangt werden, da nicht einzusehen war, wieso durch 100%ige Fremdfinanzierung die Gläubiger zur Gänze belasten werden sollen. Um einen Schulterchluss zwischen effektiver Haftungsbeschränkung einerseits und

---

<sup>642</sup> Ehrenberg, Beschränkte Haftung S. 399, S. 452; Pisko, Beschränkte Haftung, S. 14 f; Nothnagel, Haftung, S.

24

<sup>643</sup> Schubert/Hommelhoff, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, S. 418

<sup>644</sup> siehe Kalss/Eckert, Die Kapitalaufbringung und -erhaltung im österreichischen GmbH-Recht, S. 133

<sup>645</sup> Koppensteiner, GmbH-Gesetz Kommentar, 2. Aufl, Wien 1999, § 6 GmbHG, Rn. 5 ff.

<sup>646</sup> Siehe Kalss/Eckert, Zentrale Fragen, S. 328

<sup>647</sup> so Ballerstedt, ZHR 135 (1971), S. 385; K Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 523

vollständiger Überwälzung des Risikos auf die Gläubiger der Gesellschaft andererseits zu erreichen, entschloss man sich das Mindestkapital – mit dem Ziel nicht alles auf den Rücken der Gläubiger zu packen – einzuführen. Daneben spielten der Seriositätsgedanke der Gesellschaftsgründer („Seriositätsindiz“) sowie eine gewisse Pufferfunktion des Mindestkapitals für Anfangsverluste der Gesellschaft eine nicht unbedeutende Rolle. Man bedenke, dass zu Zeiten der Monarchie im Jahre 1906 das Mindeststammkapital 20.000,-- Kronen betrug, was heute umgerechnet ca. EUR 100.000,--, also etwa das dreifache des derzeitigen Betrages wäre.

Seit der EuGH die Rechtswahlfreiheit für Gesellschaften ausgesprochen hat, stellt sich für den österreichischen Gesetzgeber das Problem der *legalen Umgehung des Mindestkapitalerfordernisses*. Inländische Unternehmen sind nicht mehr gezwungen für die Haftungsbeschränkung ein Mindestkapital in Kauf zu nehmen, sondern können die „Haftungsbeschränkung“ in allen anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft wesentlich billiger erstehen. Beliebter ist die Konstruktion einer englischen limited mit Hauptniederlassung in Großbritannien und einer Zweigniederlassung in Österreich. Dabei dient die englische Hauptniederlassung als „Scheinauslandsgesellschaft“, da Entscheidungen grundsätzlich in der österreichischen Zweigniederlassung getroffen werden, diese daher der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft ist. Derzeit gibt es etwa 350 Eintragungen von Zweigniederlassungen englischer private limited companies im österreichischen Firmenbuch.<sup>648</sup>

#### 14.4 Gründung

Eine GmbH-Gründung in Österreich nimmt bei Dauer, Kompliziertheit und Kosten im internationalen Vergleich eine Spitzenposition ein. Einer im Jahr 2001 veröffentlichten Studie zufolge, erfordert eine GmbH-Gründung 9 Schritte (Höchstwert von 9 untersuchten Ländern), dauert 25 Tage (dritthöchster Wert bei einem internationalen Minimum von einem Tag) und kostet EUR 1.730,--, womit Österreich im Mittelfeld liegt.<sup>649</sup> Hinzu tritt das Mindeststammkapital von EUR 35.000,--, was im Zeitpunkt der Gründung zumindest zu 50% in bar erbracht werden muss (§ 6a GmbHG), zwar nicht als Kosten, jedoch in den Gesamtaufwand einzuberechnen ist. Summa Summarum ergibt dies eine Gesamtbelastung von zumindest EUR 19.230,--. Auch eine zweite Studie im Jahre 2001, wonach Österreich bei den Gründungskosten mit EUR 1.120,-- den vierthöchsten Platz von insgesamt 15

<sup>648</sup> Schauer in Kalss/Schauer, ÖJT-GA S. 438ff

<sup>649</sup> Lettmayer/Mandl/Gruber, Gründungskosten neuer Unternehmen in Österreich und Policy-Benchmarking im Bereich der Unternehmensgründung (2001)

Mitgliedstaaten einnimmt, belegt den immensen Konkurrenzdruck im Verhältnis zur englischen *private limited company*, deren Gründungskosten sich nur auf ca. EUR 40,-- belaufen.<sup>650</sup>

#### 14.5 Sonderproblem - „Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen“

Das österreichische Recht kennt bis dato keinen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen. Dies resultiert daraus, dass die Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils als Abtretung eines *veräußerlichen Forderungsrechtes im Sinne des § 1393 ABGB* zu qualifizieren ist. Für diese veräußerlichen Rechte normiert die Folgebestimmung des § 1394 ABGB, dass Rechte des Übernehmers mit den Rechten des Überträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben sein müssen. Ein gutgläubiger Erwerb eines dem Veräußerer nicht zustehenden Geschäftsanteils ist daher unmöglich. § 367 ABGB gelangt für Forderungsrechte nicht zur Anwendung.<sup>651</sup>

Der Erwerb von GmbH-Anteilen kommt ausschließlich durch ein formgültiges Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zustande. Die Formgültigkeit ist gemäß § 76 Absatz 2 GmbHG durch einen Notariatsakt zu erfüllen. Alleine die formgültigen Voraussetzungen entscheiden, ob das Rechtsgeschäft der GmbH-Anteilsübertragung rechtswirksam zustande gekommen ist und die Anteile tatsächlich übertragen wurden. In der Folge müssen die Geschäftsführer die neuen Gesellschafter beim Firmenbuch anmelden (§ 26 Absatz 1 GmbHG). Das Firmenbuch überprüft, ob der angezeigte Vorgang dem Gesetz und der Satzung entspricht, dh. eine Übertragung überhaupt zulässig ist. Es handelt sich dabei um eine vereinfachte Prüfung, die Übertragungsurkunde wird nicht beigelegt und daher auch nicht auf ihren materiellen Gehalt hin überprüft. Die vereinfachte Anmeldung (§ 11 FBG) bzw. die folgende Eintragung der neuen Gesellschafter im Firmenbuch sind dementsprechend auch keine Voraussetzung für die Gültigkeit des Anteilserwerbs.

In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch die Frage, ob ein öffentliches Register wie das Firmenbuch als möglicher Vertrauenstatbestand für einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen zulässig ist. Was passiert, wenn die Information des Firmenbuches, auf die sich ein Dritter verlässt, nicht mit der wahren Rechtslage übereinstimmt?

---

<sup>650</sup> GD Unternehmen, Anhang zum Bericht über die Funktionsweise der gemeinschaftlichen Güter- und Kapitalmärkte; [http://europa.eu.int/comm/intenat-market/economic-reports/docs/cardiffstat\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/intenat-market/economic-reports/docs/cardiffstat_de.pdf)

<sup>651</sup> vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>10</sup> I (1995), S. 289 ff.

Ein Teil der Lehre vertritt dazu die Ansicht, dass den Verkehrsschutzinteressen durch die Eintragung in das Firmenbuch stärker Rechnung getragen werden soll als durch die Notariatsaktspflicht. Dritte wären im Wege der positiven und negativen Publizität des § 15 Absatz 1 und 2 UGB absolut geschützt.<sup>652</sup> Ein gutgläubiger Erwerb wäre danach völlig losgelöst von der Gültigkeit eines Notariatsaktes zulässig und könnte sich jeder Wirtschaftsteilnehmer auf den richtigen Firmenbuchstand verlassen. Dagegen spricht meiner Einschätzung nach vor allem die rechtlich schwächere Qualität des Firmenbuches gegenüber dem Grundbuch in Bezug auf den Erwerb von (Eigentums bzw. Forderungs-)Rechten. Die Eintragung im Grundbuch fällt *ex lege* mit dem Verfügungsgeschäft bei Liegenschaftskäufen zusammen, wodurch eine starke Rechtsscheinwirkung für die Übertragung des Eigentums von Person A zu Person B entsteht. Verkauft der Eigentümer seine Sache an zwei verschiedene Käufer, so erwirbt an einer unbeweglichen Sache jener das Eigentum, der zuerst um die Einverleibung ansucht (§ 440 ABGB). Die zeitliche Reihenfolge der Titelgeschäfte spielt keine Rolle, da es für den Eigentumserwerb allein auf das gültige Verfügungsgeschäft – die Eintragung – ankommt.<sup>653</sup> Das Verfügungsgeschäft beim Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen wird allerdings nicht durch Eintragung in das Firmenbuch vorgenommen, sondern in Form eines Notariatsaktes. Die Qualität des Rechtsscheins ist geringer, weshalb das Heranziehen des Firmenbuchs als Vertrauenstatbestand für einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen meiner Einschätzung nach als „nicht ausreichend“ bzw. „rechtlich unsicher“ einzustufen ist. Auch der überwiegende Teil der Lehre lehnt den Vertrauensschutz des Firmenbuches zugunsten eines gutgläubigen Erwerbes ab.<sup>654</sup>

#### 14.6 Europarechtlicher Hintergrund

Das Europäische Recht beeinflusst das nationale Gesellschaftsrecht grundsätzlich durch den Erlass von Harmonisierungsrichtlinien einerseits sowie durch die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten andererseits. Die bis dato ergangenen *16 gesellschaftsrechtlichen Richtlinien*<sup>655</sup> hatten vor allem die Angleichung der nationalen Aktienrechte zum Gegenstand. Die Ursachen dafür liegen insbesondere in der Annahme,

---

<sup>652</sup> so Schummer, *ecolex* 1991, 320; Eiselsberg/Schenk/Weißmann, Firmenbuchgesetz (1991) § 26 GmbHG Rn. 11; Nowotny, Anteilsbuch, Firmenbuch und Gesellschafterstellung in der GmbH, RdW 1991, 71 (72)

<sup>653</sup> vgl. Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht*<sup>10</sup> II (1995), S. 76 ff

<sup>654</sup> Bydlinski, *Veräußerung*, S. 80 ff; Koppensteiner, GmbH-Gesetz § 26 Rn. 10, § 76 Rn 11; vgl. auch Reich-Rohrwig/Kurschel, *Änderungen des Aktien- und GmbH-Rechts*, *ecolex* 1991, S. 22 (23)

<sup>655</sup> siehe die Richtlinienübersicht: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/official/index\\_de.htm#directives](http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_de.htm#directives)

dass die AG stärker als die GmbH grenzüberschreitend tätig ist.<sup>656</sup> Auch wird dem Aktienrecht aufgrund seiner strukturellen Ähnlichkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten eine gewisse Vorreiterrolle im Bezug auf eine mögliche Harmonisierung des GmbH-Rechtes zugesprochen.<sup>657</sup> Ein dritter Grund ist die kapitalmarktrechtliche Dimension der AG. Im Kern soll eine Harmonisierung des Aktienrechtes die Handelbarkeit von Aktien sicherstellen.<sup>658</sup>

Wenn in einem europarechtlichen Konnex von Harmonisierung des kapitalmarktfernen GmbH-Rechtes gesprochen wird, ist das in eingeschränkter Weise zu verstehen. Bis dato wurde das GmbH-Recht nur in Bereichen angeglichen, die nichts mit der Kapitalaufbringung bzw. -erhaltung oder einem einheitlichen europäischen Mindestkapital zu tun haben. Darunter fallen vor allem die Sicherheit des Rechtsverkehrs mit Dritten, wie beispielsweise die unbeschränkte Vertretungsmacht, die Einschränkung der Nichtigkeit und die Publizität.<sup>659</sup> Hingegen ist die 2. gesellschaftsrechtliche Richtlinie, welche weitreichende Bestimmungen für die Kapitalaufbringung und -erhaltung beinhaltet, ausschließlich für die AG in Geltung. Die gesellschaftsrechtlichen Harmonisierungsrichtlinien haben daher bislang keinen wesentlichen (allenfalls teilweisen) Beitrag zur Angleichung der GmbH-Rechte geleistet.

Im Gegensatz dazu hat die *Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit* maßgeblichen und unmittelbaren Einfluss auf die GmbH-Rechte der Mitgliedstaaten erlangt. Es ist festzuhalten, dass die Niederlassungsfreiheit seit der *Reyners*-Entscheidung<sup>660</sup> in allen Mitgliedstaaten unmittelbare Anwendbarkeit entfaltet. Prinzipiell bedarf es daher keiner sekundärrechtlichen Maßnahmen mehr zur Durchsetzung der entsprechenden Ansprüche auf Sitzverlegung bzw. Gründung von Zweigniederlassungen. In den späteren Entscheidungen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*<sup>661</sup> hat der EuGH das Niederlassungsrecht für Gesellschaften noch entscheidend liberalisiert, man könnte sagen ausgedehnt. Ergebnis dieser Rechtssprechungsentwicklung ist ein zunehmender Deregulierungswettbewerb zwischen den Gesellschaftsrechten der Mitgliedstaaten. Die Quintessenz dieser Urteile soll zur besseren Verständlichkeit in der Folge nochmals kurz skizziert werden:

---

<sup>656</sup> *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 48 ff; *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 15; *Behrens* in *Mestmäcker-FS* 831 (832)

<sup>657</sup> *Timmermanns*, *RabelsZ* 1984, 1 (18)

<sup>658</sup> *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 75, S. 1125 ff; *Van Hulle*, *EWS* 2000, S. 521 (524) ff

<sup>659</sup> Siehe *Kalss/Eckert*, *Zentrale Fragen*, S. 338

<sup>660</sup> EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, I-631, 650ff. Rn. 10-32

<sup>661</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155

#### 14.6.1 Centros

In der Rechtssache „Centros“ stellte der Gerichtshof klar, dass ein Mitgliedstaat, der die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, rechtmäßig errichtet worden ist, aber dort keine Geschäftstätigkeit entfaltet, gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, wenn die Zweigniederlassung es der Gesellschaft ermöglichen soll, ihre gesamte Geschäftstätigkeit in dem Staat auszuüben, in dem diese Zweigniederlassung errichtet wird, ohne dort eine Gesellschaft zu errichten und damit das dortige Recht über die Errichtung von Gesellschaften zu umgehen, das höhere Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals stellt.<sup>662</sup> Die Zweigniederlassung einer in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft rechtmäßig gegründeten Gesellschaft muss daher in einem anderen Mitgliedstaat unabhängig davon eingetragen werden, ob die Gesellschaft im Gründungsstaat tatsächlich eine Tätigkeit entfaltet oder nicht. Der Gerichtshof knüpft die Zulässigkeit an das Element der reinen *Ansässigkeit* im Gemeinschaftsgebiet. Eine Umgehung des Mindestkapitals österreichischer GmbHs ist danach im Wege der Gründung von Scheinauslandsgesellschaften zulässig.

#### 14.6.2 Überseering

Nach „Überseering“ verstößt es gegen die Niederlassungsfreiheit, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründet worden ist und von der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat, in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit vor seinen nationalen Gerichten für das Geltendmachen von Ansprüchen aus einem Vertrag mit einer in diesem Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft abgesprochen wird.<sup>663</sup> Die Sitzverlegung einer Gesellschaft von einem Mitgliedstaat A nach B darf danach weder einen Statutenwechsel noch den Verlust der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bewirken. Der Gerichtshof beschränkt seine Aussage allerdings alleine auf Zuzugsbeschränkungen. Die Entscheidung ist vor allem für die lange herrschende Diskussion maßgeblich, ob in Kontinentaleuropa die Gründungs- oder Sitztheorie vorherrschend ist. Betreffend Zuzugsbeschränkungen hat der EuGH in diesem Fall eindeutig für die Gründungstheorie entschieden.

---

<sup>662</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-01459, Tenor

<sup>663</sup> EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Tenor

### 14.6.3 Inspire Art

In „*Inspire Art*“ zog der EuGH schließlich noch die Grenzen der Zulässigkeit von Sonderbestimmungen für Zweigniederlassungen ausländischer Scheingesellschaften. Danach stehen die Artikel 43 EGV und 48 EGV Regelungen eines Mitgliedstaates entgegen, die die Ausübung der Freiheit zur Errichtung einer Zweigniederlassung in diesem Staat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind. Die Gründe, aus denen die Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat errichtet wurde, sowie der Umstand, dass sie ihre Tätigkeit ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung ausübt, nehmen ihr nicht das Recht, sich auf die durch den EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit zu berufen, es sei denn, im konkreten Fall wird ein Missbrauch nachgewiesen.<sup>664</sup>

### 14.7 Deregulierung in anderen Mitgliedstaaten

Viele europäische Staaten haben sich auf Grundlage des Ratsbeschlusses von Lissabon<sup>665</sup> und als Folge der sehr liberalen Rechtsprechung des EuGH entschlossen ihr nationales Gesellschaftsrecht umfassend zu deregulieren. Ziel sollte es sein, einen attraktiven Rahmen für kleine und mittlere Unternehmen zu schaffen und dadurch die Wettbewerbsfähigkeit der nationalen Gesellschaften aufrechtzuerhalten oder zu verbessern. Die GmbHs der Mitgliedstaaten wurden in der Folge schlanker, flexibler und billiger. Zu den Schwerpunkten dieser Reformen lassen sich – *inter alia* – vier zentrale Bereiche zählen:<sup>666</sup>

- (i) die Vereinfachung des Gründungsvorganges (Senkung der Dauer und der Gründungskosten);
- (ii) Senkung bzw. Beseitigung des Mindestkapitals;
- (iii) Vereinfachung der laufenden Administration der Gesellschaft (Verzicht auf Generalversammlungen, Beseitigung von Formvorschriften);
- (iv) massiver Einsatz moderner Kommunikationstechnologien.

#### 14.7.1 Reform in Deutschland

Die deutsche Bundesregierung hat am 23. Mai 2007 den Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechtes und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) beschlossen. Derzeit befindet sich der Entwurf im Rechtsausschuss des deutschen

---

<sup>664</sup> EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg 2003, I-10155, Tenor

<sup>665</sup> Europäischer Rat von Lissabon vom 23./24. März 2000

<sup>666</sup> so *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen, S. 348 ff

Bundestages und ist eine Verabschiedung im dritten Quartal 2008 sehr wahrscheinlich. Inhaltlich zielt die Reform vor allem auf drei Schwerpunkte ab:<sup>667</sup>

### 1. Beibehaltung des Mindestkapitals und haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft:

Das Mindestkapital der klassischen deutschen GmbH wird nicht herabgesetzt, es bleibt bei EUR 25.000,--. Der Gesetzesentwurf beinhaltet jedoch eine abgeschwächte Version der GmbH, die als „*haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft*“ bezeichnet wird. Bei Verwendung dieser „Mini-GmbH“ kann das Mindestkapitalerfordernis von EUR 25.000 beliebig unterschritten werden, allerdings muss der Rechtsformzusatz „*Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)*“ oder „*UG (haftungsbeschränkt)*“ geführt werden.<sup>668</sup> Es handelt sich dabei um keine neue Rechtsform, sondern um eine GmbH, die ohne bestimmtes Mindestkapital gegründet werden kann. Ein Ausschüttungsverbot für Gewinne soll dafür sorgen, dass die Unternehmergesellschaft das Mindestkapital der GmbH nach und nach aufstockt. Weiters wird das Institut der „*verdeckten Sacheinlage*“ gesetzlich geregelt, was im Ergebnis dazu führt, dass Gesellschafter in Hinkunft durch Übertragung einer Sache ihre Einlageverpflichtung gegenüber der Gesellschaft erfüllen können.<sup>669</sup> Schließlich soll ein Mustergesellschaftsvertrag als Anlage zur Verfügung gestellt werden sowie das elektronische Eintragungsverfahren noch weiter beschleunigt werden.

### 2. Erhöhung der Attraktivität der GmbH als Rechtsform:

Auslandsgesellschaften dürfen nach der EuGH-Rechtsprechung unter Aufrechterhaltung ihres Satzungssitzes ihren Verwaltungssitz in einen beliebigen Mitgliedstaat der Gemeinschaft verlegen und muss das Bestimmungsland unabhängig von eigenem Recht diese Verlegung anerkennen.<sup>670</sup> Die Reform sieht die Beseitigung jener Bestimmungen vor, die einer Verlegung des Verwaltungssitzes einer deutschen GmbH in einen anderen Mitgliedstaat entgegenstehen. Die *Gründungstheorie* wird für die deutsche GmbH somit *gesetzliche Realität*. Damit wird der Geschäftsradius deutscher Unternehmen erheblich erweitert und können deutsche Konzerne ihre ausländischen Tochterunternehmen in der

---

<sup>667</sup> siehe Pressemitteilung des deutschen Bundesministerium für Justiz vom 23.5.2007 – Reformen für Gründer – das MoMiG

<sup>668</sup> § 5a MoMiG

<sup>669</sup> Ein Gesellschafter übernimmt laut Satzung EUR 10.000 als Stammeinlage in bar. Diese Summe wird auf das Konto der Gesellschaft als Bareinlage überwiesen. Mit diesem Geld kauft die GmbH nach Gründung ein Kfz des Gesellschafters im Wert von EUR. 8.000. Der Gesellschafter ist nur mehr verpflichtet, die Höhe der Differenz von EUR 2.000 als Einlage zu leisten

<sup>670</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155



Rechtsform eine GmbH führen. Auch wird das Institut des gutgläubigen Erwerbs von Gesellschaftsanteilen eingeführt. Eine Gesellschafterliste sowie eine dreijährige Übergangsfrist sollen als Vertrauensgrundlagen die Richtigkeit der Eigentümerposition sicherstellen.

### 3. Bekämpfung von Missbräuchen:

Die Rechtsverfolgung gegenüber Gesellschaften soll erheblich beschleunigt werden. Dazu wird die Pflicht zur Eintragung einer inländischen Adresse in das Handelsregister eingeführt. Weiters wird für Gesellschafter die Insolvenzantragspflicht massiv ausgebaut und vor allem in Fällen der Führungslosigkeit der Gesellschaft greifen. Diverse Vorschriften für Geschäftsführer erweitern deren Haftung bei Ausplünderung der GmbH sowie die Ausschlussgründe bei Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung bzw. aufgrund strafrechtlicher Verfehlungen. Wer gegen das Wirtschaftsstrafrecht verstößt soll in Hinkunft nicht mehr als Geschäftsführer tätig sein können.

#### **14.7.2 Reform in den Niederlanden**

Die Niederlande haben 2006 ihr GmbH-Recht (BV) auf ein neues Fundament gestellt. Als bedeutendste Neuerung ist die gänzliche Abschaffung des Mindestkapitals zu nennen. Ausschlaggebend war in erster Linie die Überlegung, dass eine Eintrittsschwelle für die Haftungsbeschränkung angesichts der europäischen Rechtswahlfreiheit keinen Sinn mehr macht.<sup>671</sup> Auch die Eignung des Mindestkapitals für den Gläubigerschutz wurde in Zweifel gezogen. Das Prinzip des festen Nennkapitals blieb zwar in wesentlichen Teilen aufrecht, in puncto Kapitalaufbringung hat der niederländische Gesetzgeber jedoch maßgebliche Erleichterungen eingeführt, wie z.B. die Abschaffung der Mindesteinzahlungspflichten, der Bankbestätigung, der Prüfung von Sacheinlagen durch einen Wirtschaftsprüfer oder die ersatzlose Streichung der Nachgründungsregelungen. Eine besondere Modifikation sieht die Reform in Bereich der Kapitalerhaltung vor: Zulässige Ausschüttungen sind nicht mehr nur auf Gewinne oder freies Eigenkapital möglich, sondern können auch gezeichnetes Kapital (mit)umfassen. Bedingung hierbei ist allerdings, dass das nach der Ausschüttung vorhandene Eigenkapital die gesetzlichen oder satzungsmäßigen Reserven deckt und dass die Gesellschaft nach pflichtgemäßer Beurteilung der geschäftsführenden Organe nicht zahlungsunfähig wird. Die Organe der Gesellschaft unterliegen hierbei einer gesamtschuldnerischen, verschuldensabhängigen Haftung, wobei das Wissen oder

---

<sup>671</sup> Siehe *Kalss/Eckert*, Die Kapitalaufbringung und -erhaltung im österreichischen GmbH-Recht, S. 138

Wissenmüssen des Eintrittes der Zahlungsunfähigkeit vermutet wird, wenn über die Gesellschaft binnen eines Jahres nach der Ausschüttung der Konkurs eröffnet wird.<sup>672</sup>

#### 14.7.3 Reform in Frankreich

Am 1. August 2003 hat der französische Gesetzgeber ein Gesetz zur Novellierung der S.A.R.L. erlassen<sup>673</sup>, welches ihren Gründungsvorgang deutlich vereinfacht und beschleunigt. Seither ist die elektronische Abgabe der Gründungserklärung und Auflösung der Gesellschaft zulässig.<sup>674</sup> Der Gesellschaft ist es weiters erlaubt ihre Tätigkeit sofort nach der Anmeldung zu beginnen. Das Gesetz beseitigt das Erfordernis eines Mindestkapitals von EUR 7.500,-- zur Gänze und überlässt es den Gesellschaftern, welchen Betrag sie in der Satzung festsetzen. Damit ist in Frankreich ähnlich der englischen *private limited company* die Gründung einer S.A.R.L. mit nur einem Euro Stammkapital möglich. Schließlich darf die S.A.R.L. auch Schuldverschreibungen ausgeben<sup>675</sup> und mehr als 50 Gesellschafter beteiligen. Wesentliche Ziele wie – *inter alia* – die Erleichterung der Übertragung von Geschäftsanteilen sowie der Administration der Gesellschaft wurden verwirklicht.

#### 14.7.4 Reform in Spanien

In Spanien wurde 2003 durch Einführung der *Sociedad Limitada Nueva Empresa* („S.L.N.E.“) neben der traditionellen spanischen GmbH eine völlig neue Gesellschaftsform etabliert.<sup>676</sup> Die S.L.N.E. hat ein Mindestkapital in Höhe von EUR 3.012,--, wodurch sie sich kaum von der traditionellen spanischen GmbH unterscheidet, allerdings sieht das Gesetz zusätzlich eine Maximalgrenze von EUR 120.212,-- vor. Das Stammkapital darf nur in Form von Bareinlagen erbracht werden. Die Gesellschafteranzahl ist auf höchstens fünf beschränkt, die Gesellschafter dürfen nur natürliche Personen sein. Ein Nachteil ist die Beschränkung auf unternehmerische Tätigkeiten, wodurch Holdinggesellschaften mit rein vermögensverwaltendem Zweck nicht in Form einer S.L.N.E. gegründet werden können. Revolutionär ist hingegen das besonders rasche und günstige Gründungsverfahren. Alle für

---

<sup>672</sup> ausführlicher Schauer in Kalss/Schauer, ÖJT-GA S. 447 ff

<sup>673</sup> Loi pour l'initiative économique, loi no. 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, Journal official no. 179 du 5 août 2003, 13449 ff.

<sup>674</sup> Bervoets/Lembeck, SWI 7/2004/355, S. 359; Becker, GmbHR 2003, S. 706 und 1120

<sup>675</sup> Zum bisherigen Verbot siehe Arlt in Kalss, Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen 89, S. 94 f

<sup>676</sup> Das Gesetzesprojekt zur Sociedad Limitada Nueva Empresa/SLNE (spanische GmbH neuer Gründung), veröffentlicht im „Boletín Oficial de las Cortes Generales“ vom 14. 06. 2002, welches das bisherige spanische Gesetz Nr. 2/1995 zur Sociedad de Responsabilidad Limitada/SRL vom 23. 03. 1995 ändert, soll laut Gesetzesbegründung in Absatz II zur Gründung von neuen Unternehmen, vor allem von kleiner und mittlerer Größe, anregen.

die Gründung erforderlichen Unterlagen werden in einem einheitlichen elektronischen Dokument zusammengefasst, das von dem mit der Gründung befassten Notar an alle beteiligten Behörden weitergeleitet wird. Die Eintragung der Gesellschaft ins Firmenbuch ist innerhalb von 24 Stunden bis 48 Stunden möglich (sogenannte Blitz-GmbH).

#### 14.7.5 Reform in Schweden

Die schwedische Reform trägt dem europäischen Deregulierungstrend nur sehr marginal Rechnung. Dies liegt einerseits daran, dass sie bereits seit Mitte der 90iger Jahre geplant gewesen war und andererseits an der strukturellen Eigenheit des schwedischen Kapitalgesellschaftsrechtes. Das schwedische Aktienrecht kennt keine eigene Rechtsform für kapitalmarktfremde Gesellschaften vergleichbar der österreichischen GmbH.<sup>677</sup> Es ist auf sämtliche Kapitalgesellschaften (öffentliche und private AGs) anwendbar und enthält lediglich Zusatzvorschriften für offene, kapitalmarktorientierte Gesellschaften. Das am 1. Jänner 2006 in Kraft getretene neue Aktiengesetz bringt vor allem Erleichterungen bei der Gründung, die Einführung von unechten Quotenaktien sowie vereinzelte Deregulierungsmaßnahmen in der Finanzverfassung (z.B. Wandelobligationen mit Wandlungsrecht der Gesellschaft, Auflockerung der Kapitalbindung etc.). Die Reform beinhaltet keine Aufhebung des Mindestkapitals, was vor allem darauf zurückzuführen ist, dass das Mindestkapital im schwedischen Recht ein bedeutendes Instrument für den Gläubigerschutz in der Unternehmenskrise darstellt.<sup>678</sup>

#### 14.8 Die Europäische Privatgesellschaft

Mit dem Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft („EPG“) vom 25.6.2008<sup>679</sup> wird eine *supranationale Gesellschaftsform speziell für Kleine und Mittlere Unternehmen* geschaffen. Er trägt der Tatsache Rechnung, dass Kleine- und Mittlere Unternehmen in der Gemeinschaft mehr als 99 % der Unternehmen ausmachen, aber lediglich 8 % grenzüberschreitenden Handel und nur 5 % über Tochtergesellschaften oder Gemeinschaftsunternehmen im Ausland verfügen. Ziel des Vorschlages ist es eine Verbesserung des Zugangs von KMU's zum Binnenmarkt zu bewirken. Die *auf Artikel 308 EGV gestützte Verordnung* soll zu einer *einheitlichen Regelung* führen, die im Wege einer Harmonisierung nationaler Gesellschaftsrechtsnormen durch Empfehlung oder Richtlinie ausgeschlossen gewesen wäre.

---

<sup>677</sup> Zechner in Kalss, Vorstandshaftung (2005), S. 698

<sup>678</sup> Siehe Regierungsvorlage Prop 2004/05: 85, S 212; zur Funktion des Mindestkapitals siehe

Adensamer/Oelkers/Zechner, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2006)

<sup>679</sup> KOM (2008) 396 endg.

Besonders Augenmerk ist auf die Tatsache zu richten, dass die Gründung einer EPG im Gegensatz zur Gründung einer SE normativ an *keine grenzüberschreitende Anforderung* gebunden ist. Damit ist die Entstehung einer EPG aus einer rein nationalen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, i.e. eine Gesellschaft, die nur in einem einzigen Mitgliedstaat ihre Tätigkeit entfaltet, gesichert. Das Erfordernis von Anteilseignern aus verschiedenen Mitgliedstaaten oder der Nachweis einer grenzüberschreitenden Tätigkeit würde nach richtiger Auffassung das Potential der Rechtsform von Anbeginn stark beeinträchtigen.<sup>680</sup> Mit dieser Erkenntnis trägt man den Entwicklungen bei der Europäischen Aktiengesellschaft („*Societas Europaea*“) Rechnung. Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft sieht vor, dass die an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen müssen.<sup>681</sup> Diese hohe Gründungsschwelle hat bewirkt, dass bis dato europaweit nur *130 eingetragenen Europäischen Aktiengesellschaften*<sup>682</sup> existieren und die SE als Alternative zu den nationalen Aktiengesellschaften in der Gesamtbetrachtung keine große praktische Bedeutung erlangt hat. Insofern hat der Gemeinschaftsgesetzgeber das EPG-Statut stärker an den Bedürfnissen des Marktes orientiert.

Anzahl Europäische Aktiengesellschaften (SE)					
	Eingetragen	Existent		Eingetragen	Existent
Österreich	6	7	Lettland	1	1
Belgien	8	7	Liechtenstein	2	2
Tschechien	7	7	Litauen	2	2
Zypern	1	1	Luxemburg	3	4
Dänemark	1	1	Niederlande	15	11
Estland	1	1	Norwegen	5	4
Finnland	1	1	Slowakei	2	2
Frankreich	7	7	Schweden	4	4
Deutschland	61	58	UK	2	5
Ungarn	1	2	<b>TOTAL</b>	<b>130</b>	<b>127</b>

<sup>680</sup> KOM (2008) 396 endg., S. 3

<sup>681</sup> siehe Artikel 2 Absatz 1 der VERORDNUNG (EG) Nr. 2157/2001 DES RATES vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)

<sup>682</sup> Quelle: Institut für Rechtstatsachenforschung zum Deutschen und Europäischen Unternehmensrecht, Friedrich-Schiller-Universität Jena, Referenzdatum: 10. Januar 2008

### 14.8.1 Kapital

Es handelt sich bei der EPG um eine *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, dh. ihre Anteilseigner können nur für den von ihnen gezeichneten Betrag haftbar gemacht werden. *Das Mindestkapitalerfordernis beträgt EUR 1,-.*<sup>683</sup> Damit trägt der Vorschlag dem europäischen Deregulierungstrend Rechnung und berücksichtigt, dass Gläubiger heute weitaus mehr auf den Cashflow einer Gesellschaft achten als auf das zu Beginn vorhandene Startkapital. Darüber hinaus enthält die Verordnung einheitliche Regelungen über *Ausschüttungen*, die in Bezug auf Vermögenswerte der Gesellschaft vorgenommen werden. Demnach kann eine Ausschüttung nur vorgenommen werden, wenn die EPG einen *Bilanztest* vornimmt, d.h. ihre Vermögenswerte nach der Ausschüttung ihre Schulden voll abdecken.<sup>684</sup>

### 14.8.2 Gründung

Es gibt keine Beschränkungen der Gründung einer EPG in den Mitgliedstaaten. Alle nationalen Gesellschaftsformen im Gemeinschaftsgebiet können in eine EPG umgewandelt werden. Ist die Gesellschaft erst einmal gegründet hat sie den Zusatz „SPE“ („*Societas Privata Europaea*“) zu führen. Der Antrag auf Registrierung ist auf elektronische Weise einzubringen, wozu die Verordnung *eine einzige Überprüfung der Rechtsgültigkeit* entweder durch eine Verwaltungsbehörde oder durch notarielle Beglaubigung vorschreibt. In Entsprechung des Centros-Urteils<sup>685</sup> kann eine EPG ihren eingetragenen Sitz und ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in verschiedenen Mitgliedstaaten haben.<sup>686</sup>

### 14.8.3 Liste der Anteilseigner

Die Anteilseigner der EPG sind in eine eigene *Liste der Anteilseigner*<sup>687</sup> einzutragen, wodurch die erforderliche Publizität sichergestellt werden soll. Dritte können dadurch auf Anfrage jederzeit den Gesellschafterstatus einsehen und somit Rechtssicherheit erlangen. Damit entspricht der Vorschlag dem bereits in Deutschland etablierten *System der Gesellschafterliste*<sup>688</sup>, welcher den notwendigen Vertrauensschutz für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen schafft. In Österreich ist ein derartiges System noch nicht etabliert und lehnt die Lehre das Firmenbuch als Grundlage der Rechtscheinwirkung für

---

<sup>683</sup> Artikel 19 SPE-VO

<sup>684</sup> Artikel 21 SPE-VO

<sup>685</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-01459

<sup>686</sup> KOM (2008) 396 endg., S. 7

<sup>687</sup> siehe Artikel 14 und 15 SPE-VO

<sup>688</sup> *Schauer* in Kalss/Schauer, ÖJT-GA S. 743 ff

einen gutgläubigen Erwerb ab.<sup>689</sup> Die unmittelbar wirksame Verordnung verpflichtet nun jene Mitgliedstaaten zur Schaffung eines solchen Verzeichnisses der Anteilseigner, welche bis dato kein solches geführt haben. Dadurch wird meiner Einschätzung nach auch ein wichtiges *Fundament für die Einführung des gutgläubigen Erwerbes von GmbH-Geschäftsanteilen* in Österreich gelegt.

## 14.9 Empfehlungen für eine Deregulierung in Österreich

### 14.9.1 Mindestkapital

#### (i) Abschaffung des Mindestkapitals

Die gänzliche Abschaffung des Mindestkapitals entspricht im Wesentlichen der Tendenz der meisten Reformen in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und würde der Wahl einer ausländischen alternativen Rechtsform wie der englischen *privat limited* jegliche Attraktivität nehmen. Daneben sieht nun auch der Vorschlag einer Europäischen Privatgesellschaft die Senkung des Mindestkapitals auf EUR 1,-, dh. also dessen Quasiabschaffung, vor.<sup>690</sup> Dem europäischen Trend folgend würde Österreich von der Rolle eines Nachfragers zu einem Anbieter im internationalen Wettbewerb werden und bedingt durch die nunmehr geltende Gründungstheorie die Expansion österreichischer Gesellschaftsformen in andere Mitgliedstaaten fördern.

Das in Österreich gesetzlich verankerte Mindestkapital ist nicht an das Prinzip des festen Nennkapitals gebunden. Eine gänzliche Abschaffung des Mindestkapitals würde die Kapitalaufbringung und -erhaltungsregelungen daher unberührt lassen. Interessen von Gläubigern und Vertragspartnern wären durch die Abschaffung nicht wesentlich beeinträchtigt.<sup>691</sup> Zur Kompensation des Wegfalls ist die Einführung eines *Ausschüttungsverbots* für Gewinne bis zur Höhe einer bestimmten Kapitalquote denkbar, was einer *Verschärfung der Kapitalerhaltungsregelungen* gleichkommt. Der für Gläubiger essentielle Vertrauensschutz wäre in Hinblick auf das Sondervermögen („festes Nennkapital“) durch einen derartigen gesetzlichen Schutzmechanismus noch verstärkt. Die Abschaffung des Mindestkapitals hätte somit eine erhöhte Kapitalbindung zur Folge.

---

<sup>689</sup> P. Bydlinsky, Veräußerung 80 ff; Koppensteiner, GmbH-Gesetz § 26 Rn. 10, § 76 Rn 11; vgl. auch Reich-Rohrwig/Kurschel, Änderungen des Aktien- und GmbH-Rechts, ecoloex 1991, 22 (23)

<sup>690</sup> KOM (2008) 396 endg.

<sup>691</sup> Das Mindestkapital dient in erster Linie als Puffer für Anfangsverluste bzw. der Anschaffung von betriebsnotwendigem Gerät (z.B. Dienstwagen, Maschinen, Computer etc.) und nicht der Absicherung von Interessen der Gläubiger oder Vertragspartner

## (ii) Koppelung des Mindestkapitals an Unternehmensgegenstand und Risiko

Die Höhe des Mindestkapitals (EUR 35.000,--) gilt unabhängig vom Unternehmensgegenstand oder der Risikogeneigntheit für alle GmbHs gleichermaßen.<sup>692</sup> Fakt ist, dass Gesellschaften auf ihren Märkten unterschiedlichen Risiken ausgesetzt sind und nicht alle GmbHs denselben wirtschaftlichen Voraussetzungen unterliegen. Eine realitätsnahe Lösung, die das Mindestkapital an die tatsächliche Intensität des Unternehmensrisikos koppelt, wäre durch die Einführung von modifizierten Gesellschaftsformen, welche gestaffelt mit verschiedenen hohen Mindestkapitalsummen ausgestattet sind, möglich. Im Ergebnis stünden dann eine GmbH mit „niedrigem“, „mittlerem“ und „hohem“ Mindestkapital nebeneinander, durch welche den Gründern je nach Risikobewertung des Geschäftsfeldes eine schwächer oder stärker kapitalisierte Gesellschaftsform in die Hand gegeben wird. Den klassischen Argumenten der Ernsthaftigkeit, der Seriosität sowie des Verlustpuffers wäre entsprechend Rechnung getragen. In Deutschland und Spanien wurden durch die haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft bzw. die S.L.N.E. bereits alternative Rechtsformen ähnlicher Art geschaffen.

## (iii) Senkung des Mindestkapitals

Durch eine Absenkung des Mindestkapitals wäre einerseits der historischen Konzeption<sup>693</sup> des GmbH-Gesetzgebers durch Erhaltung einer bestimmten Mindestkapitalquote („*Seriositätsschwelle*“), andererseits aber auch dem europäischen Konkurrenzdruck durch die umfassende Liberalisierung des Niederlassungsrechtes<sup>694</sup> Rechnung getragen. Allerdings bewirkt alleine die Senkung des Mindestkapitals im Verhältnis zu anderen Gesellschaftsformen ohne Mindestkapital noch keinen Wettbewerbsvorteil. Neben einer Senkung wäre daher die Einführung einer zusätzlichen Gesellschaftsform ohne Mindestkapital erforderlich („Mini-GmbH“), welche den Wirtschaftsteilnehmern eine klare Alternative zur Mindestkapital-GmbH eröffnet. Die deutsche *haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft* wäre hierbei ein konzeptionelles Vorbild.

### 14.9.2 Gründungsverfahren

Ziel sollte es sein das österreichische Gründungsverfahren erheblich zu beschleunigen und günstiger auszugestalten. Nach spanischem Vorbild könnten alle für die Gründung

<sup>692</sup> *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup>, § 6 Rn. 3

<sup>693</sup> Siehe oben unter Punkt 3.2; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen, S. 328

<sup>694</sup> EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1495; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155

erforderlichen Unterlagen in einem einheitlichen elektronischen Dokument zusammengefasst und von dem mit der Gründung befassten Notar oder Rechtsanwalt an alle beteiligten Behörden weitergeleitet werden. Dadurch kann gewährleistet werden, dass die Eintragung der Gesellschaft ins Firmenbuch innerhalb von 24 bis 48 Stunden erfolgt. Folgt man dem Konzept der Europäischen Privatgesellschaft, wonach das Mindestkapital nicht zwingend einzubezahlen ist, fällt auch der bis dato in bar zu entrichtende Einlagebetrag von EUR 17.500,-- zu Gänze weg (§ 6a GmbHG). Es könnte durch zeitliche Verringerung des Beratungsaufwandes sowie durch Senkung des Mindestkapitals bzw. Beseitigung der Pflichteinlage der Gesamtgründungsaufwand deutlich reduziert werden.

#### 14.9.3 Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen

Die deutsche Reform sieht die Einführung des Instituts eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen vor.<sup>695</sup> Dies soll möglich sein, wenn der Veräußerer als Gesellschafter in die Gesellschafterliste aufgenommen ist, was wiederum die Erklärung eines Notars voraussetzt, dass die Anteile wirksam übertragen worden sind. Der Notar hat sämtliche Voraussetzungen für eine Übertragung, auch eine allenfalls notwendige Genehmigung der Gesellschaft zu überprüfen.<sup>696</sup> Grundlage für die Rechtsscheinwirkung ist nach diesem Konzept also die Aufnahme des Veräußerers in eine Gesellschafterliste, die auf der Erklärung eines Notars über den wirksamen Erwerb beruht und daher besonders hohe Seriositätswirkung hat.<sup>697</sup>

Die Rechtsscheinwirkung des Firmenbuches in Österreich wird von der herrschenden Lehre als nicht ausreichend qualifiziert.<sup>698</sup> Dies liegt vor allem in der *vereinfachten Anmeldepflicht* eines Gesellschafterwechsels beim Firmenbuch (§ 11 FBG). Der österreichische Gesetzgeber könnte daher meiner Einschätzung nach zwei Wege beschreiten: *Erstens* die Schaffung einer zusätzlich beim Firmenbuchgericht oder der Notariatskammer aufliegenden Gesellschafterliste analog zum deutschen Modell mit der Garantie, dass die verzeichneten Gesellschafter nach Prüfung eines Notars die GmbH-Geschäftsanteile rechtmäßig erworben haben. Für diesen Vorschlag würde auch die in der Verordnung über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vorgesehene Schaffung einer *Liste der Anteilseigner* sprechen.<sup>699</sup> *Oder zweitens* die Einführung eines

---

<sup>695</sup> § 16 Abs. 3 GmbHG-E

<sup>696</sup> Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, 686

<sup>697</sup> so Schauer in Kalss/Schauer, ÖJT-GA S. 743 ff

<sup>698</sup> P. Bydlinsky, Veräußerung 80 ff; Koppensteiner, GmbH-Gesetz § 26 Rn. 10, § 76 Rn 11; vgl. auch Reich-Rohrwig/Kurschel, Änderungen des Aktien- und GmbH-Rechts, ecoloex 1991, 22 (23)

<sup>699</sup> KOM (2008) 396 endg., S. 8; siehe Artikel 14 und 15 SPE-VO



Vorlagerechtes sowie eine Verschärfung der materiellen Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes hinsichtlich des Notariatsaktes. Die Vorlage der Urkunde über den Übertragungsakt müsste als Voraussetzung für die Eintragung der neuen Gesellschafter zwingend sein („Formeller Aspekt“) und könnte im Zuge dessen auch die inhaltliche Mangelhaftigkeit des Notariatsaktes festgestellt werden („Materieller Aspekt“).

# Literaturverzeichnis

## BÜCHER UND PERIODIKA:

*Adensamer*, Ein neues Kollisionsrecht für Gesellschaften, Band 7, (2006)

*Adensamer/Oelkers/Zechner*, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, (2006)

*Adensamer/Eckert*, Umzug von Gesellschaften in Europa, insbesondere Wegzug österreichischer Gesellschaften ins Ausland, GeS 2004, S. 52 ff.

*Artl*, Die Übertragung von Geschäftsanteilen einer französischen Société á responsabilité limitée (S.A.R.L.) in: Kalss, Die Übertragung von GmbH-Anteilen - in 14 ausgewählten europäischen Rechtsordnungen, (2003)

*Bachner*, Exkursion auf die britischen Inseln – Praxisfragen und Hintergrundinformation zur Herkunft von “Limiteds”, in GeS 2007/8, S. 325 ff.

*Bachner/Winner*, Das österreichische internationale Gesellschaftsrecht nach Centros, GesRZ 2000, S. 73 ff.

*Ballerstedt*, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Reform der GmbH-Rechts, ZHR 1971, S. 385 ff.

*Ballerstedt*, GmbH-Reform, Mitbestimmung, Unternehmensrecht, ZHR 135, (1971)

*Bachner*, Entscheidungsanmerkung: Errichtung einer Briefkastengesellschaft in England (EuGH 9.3.1999, C-212/97 - 'Centros' und OGH 15.7.1999, 6 Ob 123/99b), GesRZ 1999, S. 252 ff.

*Baysinger/Butler*, Race for the Bottom V. Climb to the Top: The ALI Project and Uniformity in Corporate Law, The Journal of Corporation Law 10 (1985), S. 431 ff.

*Becker*, Baldiges Gründungsverfahren in Frankreich: Die französische Blitz-S.A.R.L., GmbH R 2003, S. 706 ff.

*Becker L.*, 1969. Law for Sale: A Study of the Delaware Corporation Law of 1967, University of Pennsylvania Law Review 117, S. 861-898

*Behrens*, Krisensymptome in der Gesellschaftsrechtsangleichung, in Mestmäcker-FS., (1996)

*Bervoets /Lembeck*, Die „GmbH-Light“ – Ein Trend in Europa?, SWI 7/2004, S. 355 ff.

*Bleckmann*, Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften<sup>6</sup>, (1997)

*Bogdandy/Bast*, Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, EuGRZ. 2001, 441 ff.

*Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union<sup>3</sup>, (2006)

*Burghardt*, Die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag, (1969), S. 107 ff.

*Butler*, Nineteenth-Century Jurisdictional Competition in the Granting of Corporate Privileges, Journal of Legal Studies 14 (1985), S. 128

*Buxbaum*, Back to the Future? From “Centros” to the Überlagerungstheorie”, in Festschrift Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, (2000), S. 149

*Buxbaum/Hertig/Hirsch/Hopt*, European Business Law, (1991)

*Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, (1991)

*Calliess /Ruffert*, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag<sup>1</sup>, (1999)

*Conard*, An Overview of the Law of Corporations, Michigan Law Review 71 (1973), S. 621 ff.

*Ebenroth/Kemner/Willburger*, Die Auswirkungen des genuine-link-Grundsatzes auf die Anerkennung US-amerikanischer Gesellschaften in Deutschland, ZIP 1995, S. 972 ff.

*Ebenroth*, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>2</sup>, (1990)

*Ebke*, Unternehmensrecht und Binnenmarkt – E pluribus unum?, RabelsZ 62, (1998), S. 195 ff.

*Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz, (1991)

*Ehrenberg*, Beschränkte Haftung des Schuldners, (1880)

*Everling*, Festschrift für Ulrich Everling, Band I und II, (1995)

*Everling*, Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, (1963)

*Fiebiger*, Harmonisierung des nationalen Gesellschaftsrechtes durch „Europäisches Gesellschaftsrecht“ am Beispiel der Publizitätsrichtlinie (1. Richtlinie 68/151/EWG) und der Kapitalschutzrichtlinie (2. Richtlinie 77/91/EWG), (2001)

*Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht<sup>4</sup>, (2002)

*Freitag*, Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im internationalen Gesellschaftsrecht, aus: EuZW 1999, S. 267 ff.

*Freitag*, Mitgliedstaatliche Beschränkungen des Kapitalverkehrs und Europäisches Gemeinschaftsrecht, EWS 1997, S. 186 ff.

*Geiger*, Kommentar zum EG-Vertrag<sup>2</sup>, (1995)

*Grabitz /Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, (2007)

*Groeben/Boeckh*, Kommentar zum EWG-Vertrag<sup>1</sup>, (1958)

*Groeben/Boeckh/Thiesing*, Kommentar zum EWG-Vertrag<sup>2</sup>, (1974)

*Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EWG-Vertrag<sup>4</sup>, (1991)

*Groeben/Schwarze*, Kommentar zum EU/EG-Vertrag<sup>6</sup>, (2003)

*Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, (2004)

*Grünwald*, Europäisches Gesellschaftsrecht, (1999), Wien

*Grunewald/Gehling/Rodewig*, ZIP 2006, S. 686 ff.

*Haberer*, The Road Ahead: Zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts, in GesRZ 2003, S. 211 ff.

*Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup>, (2003)

*Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>3</sup>, (2006)

*Hailbronner/Wilms*, Recht der Europäischen Union, Loseblatt-Kommentar, (2003)

*Hartmann*, Der ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis<sup>4</sup>, (1983)

*Hasenauer*, Neue Rechtsprechung des OGH zur grenzüberschreitenden Umwandlung, RdW 2003, S. 296 ff.

*Hirschler/Schindler*, Grenzüberschreitende Verschmelzung nationaler Kapitalgesellschaften unter Beachtung gesellschafts- und steuerrechtlicher Aspekte, RdW 10/2006, Artikel Nr. 575, S. 609 ff.

*Holzhammer*, Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht<sup>8</sup>, (1998)

*Hopt*, Europäisches Gesellschaftsrecht – Krise und neue Anläufe, ZIP 1998, S. 96 ff.

*Hueck*, Gesellschaftsrecht<sup>8</sup>, (1958)

*Jarass* in: AöR Bd. 121, (1996)

*Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, (2003), Wien

*Kalss/Eckert*, Die Kapitalaufbringung und -erhaltung im österreichischen GmbH-Recht - Perspektiven einer Reform, in Wagner/Wedl, Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht - Eine Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre Römische Verträge, (2007)

*Kalss/Eckert*, Die GmbH ohne Mindeststammkapital und die Deregulierung der Kapitalaufbringung (verfasst 1. Quartal 2008 auf Grundlage eines Symposiums zur GmbH-Reform am 18.1.2008, bis dato noch nicht erschienen)

*Kalss/Eckert*, Generalbericht zur Haftung des Vorstands in 15 europäischen Rechtsordnungen in: Die Vorstandshaftung in 15 europäischen Rechtsordnungen, Hrsg. Kalss, (2005)

*Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, (2005)

*Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft, SE-Kommentar, (2004)

*Kalss/Schauer*, ÖJT-GA, (2006), Graz

*Kanitz/Steinberg*, Neue Rechtsprechung der Europäischen Gerichte, Band II, (2004)

*Kegel*, Internationales Privatrecht<sup>8</sup>, (2000)

*Kepplinger*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig – aber undurchführbar?, wbl 2000, S. 485 ff.

*Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht<sup>1</sup>, München, (1995)

*Kindler*, Die sachliche Rechtfertigung des aktienrechtlichen Bezugsrechtsausschlusses im Lichte der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft, ZHR 158 (1994), S. 339 ff.

*Knobbe-Keuk*, Umzug von Gesellschaften in Europa, ZHR 154 (1990), S. 325 ff.

*Köbler*, Juristisches Wörterbuch<sup>8</sup>, (1997)

*Köck* in Seidl-Hohenveldern-FS, (1998), S. 279 ff.

*Koppensteiner*, GmbH-Gesetz Kommentar<sup>2</sup>, (1999)

*Koppensteiner*, Der Konzern, (2006)

*Koppensteiner*, Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, GesRZ 2006, S. 111 ff.

*Korn*, Sitztheorie contra Niederlassungsfreiheit, wbl. 2000, S. 56 ff.

*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>10</sup>, Band I und II, (1995)

*Kübler*, Rechtsbildung durch Gesetzgebungswettbewerb? Überlegungen zur Angleichung und Entwicklung des Gesellschaftsrechts in der Europäischen Gemeinschaft, KritV 1994, S. 79 ff.

*Kuck*, Vereinfachungen im Europäischen Gesellschaftsrecht – Aktuelle Diskussion über Vorschläge der Kommission, ELR 2/2008, S. 69 ff.

*Leible*, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 9.3.1999 (Rs. C-212/97 - Centros; Art. 52, 56, 58 EGV: Niederlassungsfreiheit, Eintragung einer Zweigniederlassung), in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 7/1999, S. 300 ff.

*Leible*, Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, S. 531 - 558

*Lenaerts/van Ypersele* in: CDE 1994

*Lengauer*, EuGH-Urteil "VW-Gesetz": Privatisierungen unerwünscht?, *ecolex* 2008, S. 380 ff.

*Lenz*, Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (Amsterdamer Fassung)<sup>2</sup>, (1999)

*Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag<sup>4</sup>, (2006)

*Lettmayer/Mandl/Gruber*, Gründungskosten neuer Unternehmen in Österreich und Policy-Benchmarking im Bereich der Unternehmensgründung, (2001)

*Lutter*, Europäisches Gesellschaftsrecht, (1979)

*Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht<sup>4</sup>, (1996)

*Mayer*, Kommentar EUV, EGV (2003)

*Merkt*, Vom Konzessionssystem zum Delaware-Effekt: Die Entwicklung des US-amerikanischen Gesellschaftsrecht, *ZfRV* 1996, 37. Jg, H1, S. 5

*Müller-Graff*, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, *EuR* 1989, S. 107 ff.

*Nessler*, Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung? – Stand und Perspektiven des Europäischen Gesellschaftsrecht, *ZfRV* 2000, 41. Jg, H 1, S. 7

*Nicolaysen*, Zur Theorie von den implied powers in den Europäischen Gemeinschaften, *EuR* 1966, S. 129 ff.

*Nothnagel*, Beschränkte Haftung. Eine handelsrechtliche Studie, (1900)

*Nowotny*, Anteilsbuch, Firmenbuch und Gesellschafterstellung in der GmbH, *RdW* 1991, S. 71 ff.

*Ogier*, The government and Law of Guernsey, (2005)

*Ohler*, Die Kapitalverkehrsfreiheit und ihre Schranken, *WM* 1996, S. 1801 ff.

*Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>4</sup>, (1999)

*Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht<sup>2</sup>, (2001)

*Oppermann*, Europarecht, (1991)

*Ott/Schäfer*, Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts, (1993)

*Pechstein*, Die Mitgliedstaaten der EG als „Sachwalter des gemeinsamen Interesses“, (1987)

*Pisko*, Die beschränkte Haftung des Einzelkaufmanns – Eine legislatorische Studie, GrünhutsZ 37, S. 699 ff.

*Ratka*, Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, GeS 2006, S. 52 ff.

*Reich-Rohrwig/Kurschel*, Änderungen des Aktien- und GmbH-Rechts, eolex 1991, S. 22 ff.

*Roth*, Grundlagen des gemeinsamen europäischen Versicherungsmarktes, RabelsZ 1990, S. 63 ff.

*Sandrock*, Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen, in: Beitzke-Festschrift, (1979), S. 669 ff.

*Schanze/Jüttner*, Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „InspireArt“, 12/2003

*Schmitt/Hörtnagel/Stratz*, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz<sup>4</sup>, (2006)

*Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup>, (2002)

*Schmidt*, Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis, Grundlagen, ZGR 1999, S. 20 ff.

*Schmidt*, Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts – Bewährungsproben eines zivilrechtsdogmatischen Rechtsinstituts im Unternehmensrecht, AcP 191 (1991), S. 495 ff.

*Schnichels*, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, (1995)

*Schoch*, JZ 1995, S. 115 ff.



*Schön*, Gesellschaftsrecht nach Maastricht - Art. 3b EGV und das europäische Gesellschaftsrecht, ZGR 1995, 1, S. 19 ff.

*Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre Modernes Aktienrecht, in Eine Sammlung von Texten und Quellen zur Aktienrechtsreform 1884 mit zwei Einführungen, ZGR Sonderheft 4, S. 418 ff.

*Schwarze*, EU Kommentar<sup>1</sup>, (2000)

*Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>1</sup>, (2000)

*Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, (2007)

*Schwimmann*, Internationales Privatrecht<sup>3</sup>, (2001)

*Schwind*, Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts, (1975)

*Seibt/Heiser*, Analyse der EU-Übernehmerichtlinie und Hinweise für eine Reform des deutschen Übernahmerechts, in: ZGR 2005, S. 200 ff.

*Staudinger/Großfeld*, Internationales Gesellschaftsrecht, (1998)

*Thun-Hohenstein/Cede/Hafner*, Europarecht<sup>4</sup>, (2003)

*Timmermanns*, Die europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, *RabelsZ* 48 (1984), S. 1 ff.

*Van Hulle Karel*, *EWS* 2000, S. 521 ff.

*Weigl*, Zur Auslegung von EG-Richtlinien, *ÖJZ* 1996, S. 933 ff.

*Wiedemann*, Gesellschaftsrecht – ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band I, (1980)

*Wimmer/Mederer*, EG-Recht in Österreich, die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf Österreich, (1990)

*Windisch-Graetz*, Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das österreichische Krankenanstaltenrecht, *ZfV* 2002, S. 744

*Zacker/Wernicke*, Examinatorium Europarecht, (1998)

*Zechner*, in Kalss, Die Vorstandshaftung in fünfzehn europäischen Rechtsordnungen, (2005), S. 698

*Zinsler*, die Staatsangehörigkeit juristischer Personen, JBl 1946, S. 477 ff.

*Zuleeg*, Der Rang des europäischen im Verhältnis zum nationalen Wettbewerbsrecht, EuR 1990, S. 123 - 134

*Zuleeg*, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften, in: Dürr, Wirtschafts- und Gesellschaftspolitische Ordnungsprobleme der Europäischen Gemeinschaften, 1978, S. 73 – 92

## ABSTRAKT

Die gegenständliche Doktorarbeit setzt sich mit dem Themengebiet des *Europäischen Gesellschaftsrechtes* im weitesten Sinn auseinander. Dabei wird – *inter alia* – das Kompetenzgebilde, die Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft, der Entwicklungsstand der Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes sowie die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit umfassend dargestellt.

Als EG-vertragliche Grundlage ermächtigt das *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung* in Artikel 5 Satz 1 EGV die Gemeinschaft dazu Rechtsakte für einen bestimmten Regelungsbereich zu erlassen. Insbesondere verfügt die Gemeinschaft über allgemeine und spezielle Kompetenznormen zur *Harmonisierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften* in den Mitgliedstaaten. Harmonisierung bedeutet im konkreten, dass die Normenkomplexe eines Regelungsbereiches so aneinander angeglichen werden, dass materiell unterschiedlose Bestimmungen in allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft vorhanden sind. Im Unterschied zur Rechtsvereinheitlichung strebt die Rechtsangleichung kein nach außen uniformes Regelungssystem an, sondern passt sich im Wege der *Umsetzung von Richtlinien* an die nationalen Strukturen der Gesetze (GmbH-Gesetz, Aktiengesetz etc.) an.

Für die Rechtsangleichung des Gesellschaftsrechtes sieht der Vertrag die spezielle Kompetenznorm des *Artikels 44 Absatz 2 litera g EGV* vor. Auf seiner Grundlage wurde bereits eine Vielzahl von Richtlinien zur Rechtsangleichung der nationalen Gesellschaftsrechte erlassen. Die bereits vorhandenen Richtlinien (z.B. Kapitalrichtlinie, Publizitätsrichtlinie, Fusionsrichtlinie) unterliegen einer dynamischen Weiterentwicklung und wurden mehrfach geändert.

Neben sekundärrechtlichen Maßnahmen trägt die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit maßgeblich zur Weiterentwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechtes bei. Die Entscheidungen *Reyners*, *Centros*, *Überseering* oder *Inspire Art* haben einerseits der *unmittelbaren Anwendbarkeit* der Artikel 43 bis 48 EGV sowie andererseits der *Gründungstheorie* für das gesamte Gemeinschaftsgebiet zum Durchbruch verholfen. Schließlich wurde die Niederlassungsfreiheit von einem schlichten Diskriminierungs- zu einem *umfassendes Beschränkungsverbot* weiterentwickelt, sodass nationale Regelungen, welche geneigt sind den Zuzug oder Wegzug von Gesellschaften im Gemeinschaftsgebiet zu erschweren, europarechtswidrig und somit unanwendbar sind.

## Mag. Markus Tschank, MEB

📍 *Adresse:* Herndl gasse 3/18, 1100 Wien

☎ *Telefon:* + 43 664 414 84 40

✉ *E-Mail:* [mtschant@gmx.at](mailto:mtschant@gmx.at)

*Geburtsdatum:* 6. Jänner 1979

*Staatsangehörigkeit:* Österreich



### Ausbildung

---

- Seit 10/2007 **Doktoratsstudium zum Thema** : *Die Europäische Gemeinschaft und ihre Gesetzgebungskompetenzen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechtes*
- 2004-2006 **ESCP-EAP (Ecole Supérieure de Commerce de Paris) - AIT (Asian Institute of Technology)**  
*Master in European Business, Binationales Management-Programm, Paris – Bangkok*  
*Company Consulting Project mit ADL*  
*Studienschwerpunkte: Economics, Financial Accounting, Marketing Management, Investment Analyses and Portfolio Management, Futures and Option Market, Total Quality Management*
- 1998-2003 **Rechtswissenschaftliche Fakultät Wien**  
**Magister iuris**  
*Studienschwerpunkte: Europarecht, Öffentliches Recht, Völkerrecht, Wirtschaftsrecht*
- 09/2002-  
02/2003 **Paris 2 Panthéon Assas**  
*Basiszertifikat im französischen Recht / Zertifikat französische Rechtssprache*  
*Studienschwerpunkte: Internationale Beziehungen, Völkerrecht*

### Berufserfahrung

---

*Sept 2008- heute*

4 Monate

#### **Eckert & Fries Rechtsanwälte GmbH**

*Rechtsanwaltsanwärter in einer internationalen Wirtschaftskanzlei:*

Umstrukturierungen großer nationaler Unternehmen, Bearbeitung von Causen im Gesellschaftsrecht, Stiftungsrecht und allgemeinem Prozessrecht (Erstellung von Klagen, Schriftsätzen, Rekursen etc.), Bearbeitung von übernahmerechtlichen Problemstellungen, M & A Vertragserrichtung

*Okt 2007-März 2008*

6 Monate

#### **Schönherr Rechtsanwälte GmbH**

*Rechtsanwaltsanwärter in einer internationalen Wirtschaftskanzlei:*

Corporate Housekeeping für große nationale und internationale Unternehmen, Durchführung von Verschmelzungen, Spaltungen, Restrukturierungen sowie SE-Gründungen von Unternehmen, Erstellung von Memos im internationalen Gesellschaftsrecht

*Okt 2006-Sept 2007*

12 Monate

#### **Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH**

*Rechtsanwaltsanwärter in einer internationalen Wirtschaftskanzlei:*

Prüfung von Miet- und Pachtverträgen, Teilnahme an Prospektsitzungen für Kapitalerhöhungen, Mitarbeit an diversen Due Diligence Projekten, Bearbeitung von immobilienrechtlichen Memos

*April 2006-Sept 2006*

5 Monate

#### **Denk & Kaufmann Rechtsanwälte GmbH**

*Rechtsanwaltsanwärter in einer kleinen Rechtsanwaltskanzlei:*

Erstellung von Schriftsätzen, Vertretung von Mandaten in Reiserechtsangelegenheiten, Prüfung von Verträgen, Erstellung von VfGH- und VwGH- Beschwerden

*Okt 2003-Jun 2004*

9 Monate

#### **OLG-Sprengel Wien**

*Rechtspraktikant in Zivilrecht / Strafrecht / Arbeitsrecht*

Studium und Vorbereitung von Akten sowie Aufarbeitung von Schriftsätzen für den Richter. Vorbereitung von Urteilen und Beschlüssen, Rechtsberatung bei Amtstagen, Teilnahme an Gerichtsverhandlungen, Leitung einer Gerichtsverhandlung

### Sprachkenntnisse und weitere Auslandsaufenthalte

---

Deutsch	Muttersprache
Französisch	fließend (16 Monate Studium in Frankreich)
Englisch	fließend (mehrere Aufenthalte in Großbritannien und den Vereinigten Staaten)
Russisch	Grundkenntnisse
Thai	Grundkenntnisse
1999	<b>Fünfwöchige Studienreise nach Nordafrika (Tunesien, Lybien etc.)</b>

### Weitere Angaben

---

EDV-Programme	Word, Excel, Power Point, Access
1999-2003	<b>Organisation von karitativen Veranstaltungen</b> im Rahmen von „Lions Club Vienna-Belvedere“.
1997- 1998	<b>Grundwehrdienst</b> (Österreichisches Bundesheer)
Sport und Freizeit	Tennis, Ski, Schwimmen, Tauchen, Joggen, „Der Spiegel“ lesen, Politik, Reisen, Literatur und Schach