

EUROPARECHT IN FÄLLEN

Fall 3¹
(Sachverhalt)

Im EU-Mitgliedstaat A bestehen strenge Anforderungen für die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, welche die Gläubiger solcher Gesellschaften schützen sollen. Insbesondere muss bei der Gründung ein Gesellschaftskapital von mindestens 20.000 € tatsächlich eingezahlt werden. Antons und Berta, zwei Bürger von A, gründen deswegen ihre "Sunshine Limited" im Mitgliedstaat B, dessen Recht nicht die Einzahlung eines Mindestkapitals vorschreibt. Tatsächlich wird das Gesellschaftskapital von 500 € niemals eingezahlt. Die "Sunshine Limited" wird in B als Gesellschaft eingetragen. Ihr Geschäftsführer ist Antons. Ihr Sitz ist die Adresse eines nach B ausgewanderten Freundes. Die Gesellschaft entfaltet in B keine Geschäftstätigkeit.

Ein Jahr später beantragt Antons in A die Eintragung einer Zweigniederlassung der "Sunshine Limited". Der Antrag wird jedoch abgewiesen. Die Registerbehörde verweist darauf, dass die "Sunshine Limited" niemals in B tätig geworden ist. Ihr Ziel sei es in Wirklichkeit, nicht eine Zweigniederlassung sondern einen Hauptsitz in A zu errichten, und zwar ohne die in A geforderte Einzahlung eines Mindestkapitals. Die Eintragung der Zweigniederlassung diene allein der Umgehung der Anforderungen des nationalen Gesellschaftsrechts und könne daher im Einklang mit dem Recht der Europäischen Union verweigert werden. Die Verweigerung der Eintragung sei erforderlich, um öffentliche und private Gläubiger zu schützen und den betrügerischen Bankrott zu bekämpfen.

Die "Sunshine Limited" klagt daraufhin auf Eintragung der Zweigniederlassung vor dem zuständigen Gericht. Sie macht in diesem Verfahren geltend, sie erfülle die Voraussetzungen, von denen das Recht des Mitgliedstaates A die Eintragung der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft abhängig mache. Da sie in B rechtmäßig und wirksam errichtet worden sei, sei sie nach dem Recht der Europäischen Union berechtigt, Zweigniederlassungen in allen EU-Mitgliedstaaten und damit auch in den Heimatstaaten ihrer Gesellschafter zu errichten. Die Tatsache, dass sie in dem Staat, in dem sie errichtet worden sei, keine Geschäftstätigkeit entfalte, ändere daran nichts.

Das Gericht des Mitgliedstaates A setzt das Verfahren aus und wendet sich mit folgender Frage an den Europäischen Gerichtshof: Ist es mit dem Unionsrecht vereinbar, die Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft zu verweigern, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat und dort rechtmäßig besteht, wenn die Gesellschaft selbst keine Geschäftstätigkeit betreibt, die Zweigniederlassung aber in der Absicht errichtet wird, die gesamte Geschäftstätigkeit im Zweigniederlassungsstaat zu betreiben, und wenn davon auszugehen ist, dass dieses Vorgehen statt der Errichtung einer Gesellschaft in diesem Staat gewählt wurde, um die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals zu vermeiden?

Wie wird der Europäische Gerichtshof (richtigerweise) auf diese Frage reagieren?

¹ Im Herbstsemester 2007 zugleich Test 1 (Kontrollarbeit) in Form einer kurzen *schriftlichen Hausarbeit*.

Fall 3
(Besprechung)

THEMA: Vorabentscheidungsverfahren; Niederlassungsfreiheit und Scheinauslandsgesellschaften; Missbrauch von Grundfreiheiten

LÖSUNGSSKIZZE:

Der Europäische Gerichtshof wird die Frage des Gerichtes des Mitgliedstaates A beantworten, wenn die Richtervorlage zulässig ist (A). Er wird sie im Ergebnis bejahen, wenn die Verweigerung der Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft unter den geschilderten Bedingungen mit dem Unionsrecht vereinbar ist (B).²

A. Zulässigkeit der Richtervorlage

I. Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof ist das zuständige Gericht, dem im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV die Frage nach der Auslegung des Unionsrechts vorzulegen ist. Der Weg zur Unionsgerichtsbarkeit steht gemäß Art. 267 UA 1 und 2 AEUV³ offen. Innerhalb des Gerichtssystems der Union liegt die Zuständigkeit ausschließlich beim Gerichtshof, da von der Möglichkeit der Zuständigkeitszuweisung an das Gericht [früher Gericht erster Instanz] (vgl. Art. 256 III AEUV) noch kein Gebrauch gemacht worden ist.

II. Vorlageberechtigung

Nach Art. 267 UA 2 AEUV sind nur *Gerichte der Mitgliedstaaten* zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof berechtigt. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt.

III. Zulässiger Vorlagegegenstand

Es handelt sich auch um einen der in Art. 267 UA 1 AEUV aufgezählten Vorlagegegenstände, nämlich um die Auslegung der Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)⁴ und damit die "Auslegung der Verträge" nach Art. 267 UA 1 lit. a AEUV.⁵

IV. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

Eine Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof ist nach Art. 267 UA 2 AEUV nur dann zulässig, wenn die vorgelegte Frage in dem Verfahren vor dem vorlegenden Gericht entscheidungserheblich ist. Diese Voraussetzung ist erfüllt, denn die Entscheidung des Gerichtes des Mitgliedstaates A im Ausgangsfall hängt von der Antwort des Europäischen Gerichtshofs auf die Frage zur Auslegung der unionsrechtlichen Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit ab.

² Anmerkung: Der zweite Teil des Einleitungssatzes fällt bei der Prüfung einer Richtervorlage in der Fallbearbeitung je nach der von dem vorlegenden Gericht gestellten Frage unterschiedlich aus. Eine Standardformulierung wie etwa beim Vertragsverletzungsverfahren oder der Nichtigkeitsklage gibt es daher nicht.

³ Früher (bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon) Art. 234 UA 1 und 2 EGV.

⁴ Früher Art. 43 ff. EGV.

⁵ Beachte: Hier wird nicht nach der Auslegung oder Anwendbarkeit des nationalen Rechts gefragt!

V. Klärungsbedürftigkeit der Vorlagefrage

Die Vorlagefrage ist auch, wie für das Vorabentscheidungsverfahren vorausgesetzt, tatsächlich klärungsbedürftig, denn es bestehen Zweifel, wie die unionsrechtlichen Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit auszulegen sind.

VI. Geeignete Formulierung der Vorlagefrage

Die Vorlagefrage muss so formuliert werden, dass sie der Europäische Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren beantworten kann. Dies setzt eine abstrakte, nicht auf den konkreten Fall bezogene Frage nach der Auslegung des Unionsrechts aus. Das vorlegende Gericht darf nicht nach der Gültigkeit, Anwendbarkeit oder Auslegung des nationalen Rechts oder der "richtigen" Entscheidung des Ausgangsfalles aus der Perspektive des Unionsrechts fragen. Diesen Anforderungen ist das vorlegende Gericht mit seiner kompliziert aber abstrakt formulierten Frage gerecht geworden.

Die Richtervorlage des Gerichtes des Mitgliedstaates A ist also zulässig.

B. Antwort des Europäischen Gerichtshofs auf die Vorlagefrage

Der Europäische Gerichtshof wird die Vorlagefrage bejahen, wenn die Verweigerung der Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft unter den in der Vorlagefrage geschilderten Bedingungen, das heißt der Errichtung einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat und der nachfolgenden Gründung einer Zweigniederlassung zu dem Zweck, die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals zu vermeiden, mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Hier könnte die Verweigerung der Eintragung mit der wirtschaftlichen Grundfreiheit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) unvereinbar und die Vorlagefrage daher zu verneinen sein. Dann müsste in den in der Vorlagefrage geschilderten Fällen der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit berührt sein (I.), die Verweigerung der Eintragung eine Beeinträchtigung darstellen (II.) und diese Beeinträchtigung rechtswidrig, das heißt nicht durch die Schranken der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt sein (III.).⁶

ANMERKUNG: Beachte, dass der Europäische Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren *nur die abstrakte Rechtsfrage*, nicht aber den konkreten Fall der "Sunshine Limited" aus dem Ausgangsverfahren vor dem Gericht des Mitgliedstaates A prüft! Dementsprechend sollten im weiteren Verlauf keine Erörterungen speziell zum Fall der "Sunshine Limited" erfolgen!⁷

I. Schutzbereich

1) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ist berührt, denn die betroffene Gesellschaft wird als juristische Person aus einem Mitgliedstaat der Union ebenso wie die Bürger dieses Mitgliedstaates von dieser Grundfreiheit geschützt (vgl. Art. 54 UA 1 AEUV). An dem in Art. 54 UA 2 AEUV geforderten *Erwerbzweck* bestehen keine Zweifel: Die Gesellschaft will insgesamt Gewinn erzielen; eine eigene Erwerbstätigkeit im Gründungsstaat ist nicht erforderlich. Die Gesellschaft ist schließlich auch, wie in Art. 49 UA 1 S. 2 AEUV für die Freiheit zur Gründung von Zweigniederlassungen vorausgesetzt, im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates ansässig.

2) Sachlicher Schutzbereich

Fraglich ist jedoch, ob auch der sachliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit berührt ist.

a) Grenzüberschreitender Sachverhalt

Der Schutz durch die wirtschaftlichen Grundfreiheiten setzt einen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus. Ohne diesen ist der notwendige Bezug zum Recht der Europäischen Union nicht gegeben. Das Gesellschaftsrecht als solches fällt nach wie vor im Wesentlichen in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten. In dem Fall aus der Vorlagefrage stellt sich das Problem des grenzüberschreitender Bezug bei Scheinauslandsgesellschaften: Die ausländische Gesellschaft wurde von Bürgern des Staates, in welchem sie ihre Zweigniederlassung eintragen möchte, ausschließlich zu dem Zweck gegründet, künstlich einen grenzüberschreitenden Bezug herzustellen, auf diese Weise den Schutz der Niederlassungsfreiheit zu eröffnen und es

⁶ Siehe zur Prüfung einer Verletzung der Niederlassungsfreiheit Schema 5 aus der Vorlesung "Das Recht des europäischen Binnenmarktes", HS 2009 (http://home.lanet.lv/~tschmit1/Downloads/Schmitz_EU-BMR_Schema5.pdf).

⁷ Der Europäische Gerichtshof ist diesen Anforderungen allerdings in dem ähnlich gelagerten Fall *Centros* (EuGH, Rs. C-212/97) nur eingeschränkt gerecht geworden (vgl. die konkret fallbezogenen Ausführungen in Nr. 18, 35 ff.).

so zu ermöglichen, die innerstaatlichen Mindestkapitalvorschriften im eigenen Mitgliedstaat zu umgehen. Die Gesellschaft ist in ihrem Gründungsstaat niemals tätig geworden. Ihr Zweck ist tatsächlich ausschließlich auf eine Geschäftstätigkeit im Zweigniederlassungsstaat gerichtet.

aa) Nach der AUFFASSUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS, dargelegt in der Entscheidung in der Rs. C-212/97, *Centros*⁸, ist es *ohne Bedeutung*, wenn eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur errichtet wird, um sich in einem anderen niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich ausgeübt werden soll. Der Gerichtshof begründet diese Aussage nicht, sondern begnügt sich mit der Erläuterung, die Frage der Anwendung der Artikel zur Niederlassungsfreiheit sei eine andere als die, ob ein Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen könne, um zu verhindern, dass sich einige seiner Staatsangehörigen unter Missbrauch der durch den Vertrag geschaffenen Erleichterungen der Anwendung des nationalen Rechts entziehen.

bb) Nach einer ANDEREN, GUT VERTRETBAREN ANSICHT fehlt es in diesen Fällen am grenzüberschreitenden Bezug, da es nicht wirklich um grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung geht. Diese Auffassung lässt sich mit einer historischen und teleologischen Auslegung der Art. 49 AEUV begründen, die darauf abstellt, dass die wirtschaftlichen Grundfreiheiten den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr innerhalb der Union fördern wollen, nicht aber eine allgemeine Liberalisierung des Wirtschaftslebens bezwecken.

cc) EIGENE ENTSCHEIDUNG: [Hier wird aus falldidaktischen (nicht inhaltlichen) Gründen der Auffassung des EuGH gefolgt.]⁹

Damit bleibt als Ergebnis festzuhalten, dass auch im Falle von Scheinauslandsgesellschaften ein grenzüberschreitender Sachverhalt, wie ihn die Grundfreiheiten voraussetzen, vorliegt.

- b) Selbständige Erwerbstätigkeit, Niederlassung, grundsätzlich geschützte Aktivität
Die Niederlassungsfreiheit betrifft nur die selbständige Erwerbstätigkeit (vgl. Art. 49 UA 2 AEUV). Darum handelt es sich hier, denn die Gesellschaft tritt im Geschäftsleben als Selbständiger auf und beabsichtigt im Zweigniederlassungsstaat (anders als bisher im Gründungsstaat) durchaus die Entfaltung eigener Geschäftstätigkeit. Sie will sich dafür auch im Zweigniederlassungsstaat niederlassen. Die beabsichtigte Errichtung einer Zweigniederlassung dient gerade der für die Niederlassungsfreiheit kennzeichnenden dauerhaften und stabilen Eingliederung in die Volkswirtschaft des Niederlassungsstaates. Die Aufnahme und Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit unter Gründung eines Unternehmens in Form einer Zweigniederlassung fällt grundsätzlich in den Kreis der von der Niederlassungsfreiheit geschützten Aktivitäten (vgl. 49 UA 2 AEUV).
- c) Kein nach Art. 51 AEUV von der Niederlassungsfreiheit ausgenommener Bereich
Ein nach Art. 51 AEUV von der Niederlassungsfreiheit ausgenommener Bereich ist hier nicht betroffen; die beabsichtigte Geschäftstätigkeit steht nicht im Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt.
- d) Problem: Wegfall des Schutzes wegen Missbrauchs der Niederlassungsfreiheit?
Selbst wenn man, der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs folgend, auch bei Scheinauslandsgesellschaften einen grenzüberschreitenden Bezug bejaht, könnte die Errichtung einer Zweigniederlassung durch eine solche Gesellschaft aus dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit herausfallen. Schließlich dient der komplexe Vorgang ausschließlich der Umgehung der innerstaatlichen Mindestkapitalvorschriften. Die Niederlassungsfreiheit wird für Zwecke in Anspruch genommen, die mit ihrer Gewährleistung in Art. 49 ff. AEUV nicht beabsichtigt sind. Es könnte sich um einen Missbrauch handeln, der a priori vom Schutz der Grundfreiheit ausgeschlossen ist.
- aa) Der EUROPÄISCHE GERICHTSHOF hat dies in einer ähnlich gelagerten Fallkonstellation in der Rs. C-212/97, *Centros*¹⁰, verneint. Seiner Auffassung nach kann es für *sich allein keine missbräuchliche Ausnutzung* darstellen, wenn der Bürger seine Gesellschaft in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ihm die grösste Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet. Dieses Recht folge im Binnenmarkt unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit. In diesem Zusammenhang muss allerdings

⁸ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Nr. 17 f.; vgl. vorher bereits EuGH, Rs. 79/85, *Segers*, Nr. 16.

⁹ Anmerkung: SIE MÜSSEN in Ihrer Falllösung ARGUMENTIEREN! Eine Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung kann nicht die eigene Argumentation ersetzen, denn das Recht der Europäischen Union ist kein case law-System und es kommt hier wie in jeder kontinentaleuropäischen Rechtsordnung letztlich nicht darauf an, was die Gerichte in ähnlichen Fällen entschieden haben, sondern was die aus rechtswissenschaftlicher Sicht richtige Lösung ist. Beachten Sie, dass der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung unter dem Druck der Kritik durch Literatur, Generalanwälte und andere Gerichte ändern kann und dies auch gelegentlich geschieht!

¹⁰ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Nr. 27.

berücksichtigt werden, dass der Gerichtshof, wie bereits ausgeführt, zwischen der Anwendung der Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit und der Frage unterscheidet, inwiefern ein Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen kann, um zu verhindern, dass sich seine Staatsangehörigen missbräuchlich der Anwendung des nationalen Rechts entziehen.¹¹

bb) Ebenso gut lässt sich die ANDERE ANSICHT vertreten, dass der Schutz durch die Niederlassungsfreiheit entfällt, wenn diese zweckwidrig instrumentalisiert wird. Wenn keine grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung stattfindet und auch sonst keine mit den Verträgen verfolgten Ziele unterstützt werden, stellt sich die Frage nach dem Grund für den Schutz durch die Niederlassungsfreiheit. Warum hätten die Mitgliedstaaten als die "Herren der Verträge" diesen Schutz vereinbaren sollen?

cc) EIGENE ENTSCHEIDUNG: [Hier wird aus falldidaktischen Gründen der Auffassung des EuGH gefolgt.¹²] Für die Auffassung des Gerichtshofs spricht [im Übrigen], dass es grundsätzlich dogmatisch problematisch ist, dem Missbrauch einer Freiheit mit der Ausklammerung der betreffenden Tätigkeit aus ihrem Schutzbereich zu begegnen. Damit würde der Schutz des Bürgers, der durch den Rechtfertigungszwang für staatliche Einschränkungen entsteht, ausgehebelt. Wird eine Freiheit missbraucht, ist dies bei der Anwendung der Schranken der Freiheit zu berücksichtigen.

Damit lässt sich festhalten, dass der Schutz durch die Grundfreiheit der Niederlassungsfreiheit nicht wegen Missbrauchs entfällt.

Ergebnis: Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit ist berührt.

II. Beeinträchtigung

Die Verweigerung der Eintragung der Zweigniederlassung müsste eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit darstellen. Hier geht es um das Verhalten der Registerbehörde eines Mitgliedstaates, also eines Adressaten. Problematisch (und im Hinblick auf die Schranken bedeutsam) ist allerdings, ob es sich um eine offene Diskriminierung oder (unterschiedslose) Beschränkung handelt.

Hier wird gezielt einer *ausländischen* Gesellschaft, die in ihrem Gründungsstaat rechtlich anerkannt ist, die Eintragung (und damit Errichtung) einer Zweigniederlassung verwehrt, weil sie bisher nicht geschäftlich tätig geworden ist. Bei inländischen Gesellschaften wird etwas Vergleichbares nicht gefordert. Es könnte sich daher um eine offene Diskriminierung handeln.

Allerdings liegt der eigentliche Grund für die Verweigerung der Errichtung der Zweigniederlassung darin, dass die ausländische Gesellschaft nicht über ein eingezahltes Gesellschaftskapital verfügt. Die Tatsache, dass sie nicht geschäftlich tätig geworden ist, bildet nur einen *zusätzlichen* Grund. Damit wird die ausländische Gesellschaft *letztlich* im Verhältnis zu den inländischen Gesellschaften, bei deren Gründung ein Mindestkapital eingezahlt werden musste, *gleichgestellt* (allerdings wird sie in der Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit erheblich behindert). Dies spricht dafür, von einer Beschränkung auszugehen, welche die ausländischen und inländischen Gesellschaften letztlich gleichermaßen trifft. Von einer solchen Beschränkung ist auch der EuGH im ähnlich gelagerten *Fall Centros* ausgegangen;¹³ ebenso die Literatur in daran anknüpfenden Fallbesprechungen.¹⁴

III. Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung (keine Rechtfertigung durch Schranken)

Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft ist rechtswidrig, wenn sie nicht durch die Schranken der Freiheit gerechtfertigt ist.

1) Rechtfertigung durch die Schranke des Art. 52 I AEUV: (-)

Eine Rechtfertigung durch die Schranke des Art. 52 I AEUV scheidet aus, denn Art. 52 I AEUV betrifft nur "Sonderregelungen für Ausländer" und ist damit nur bei offenen Diskriminierungen anwendbar. Außerdem ist zweifelhaft, ob die Voraussetzungen des Art. 52 I AEUV erfüllt wären: Art. 52 I AEUV erlaubt nur Beeinträchtigungen, welche aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Hier kommt eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung in Betracht. Dieser Begriff ist jedoch restriktiv auszulegen, um eine missbräuchliche Verwendung, welche die Grundfreiheiten aushöhlen würde, zu vermeiden. Er stellt auf das konkrete Verhalten des einzelnen Menschen ab und setzt grundsätzlich eine hinreichend

¹¹ Vgl. EuGH, Rs. C-212/97, Centros, Nr. 18.

¹² Anmerkung: Beide Auffassungen sind rechtswissenschaftlich gut vertretbar. Auch hier müssen SIE EINGEHEND ARGUMENTIEREN!

¹³ Vgl. EuGH, Rs. C-212/97, Centros, Nr. 22, 34. Die Position des EuGH zur Art der Beeinträchtigung ist allerdings nicht eindeutig und wird auch nicht begründet.

¹⁴ Siehe z.B. Lorz, Fallrepetitorium Europarecht, 2006, Fall 8, S. 114; Epping/Lenz, Fallrepetitorium Europarecht, 2005, Fall 18, S. 148. Beachte: Beide Einordnungen sind vertretbar. Hier muss wiederum ARGUMENTIERT werden!

schwere Gefährdung von Grundinteressen der Gesellschaft voraus.¹⁵ In diesem restriktiven Sinne dürften der Gläubigerschutz und das Ziel der Bekämpfung des betrügerischen Bankrotts durch Kapitalgesellschaften mit unzureichendem Anfangskapital keine Gründe der öffentlichen Ordnung darstellen; der Europäische Gerichtshof hat dies jedenfalls im ähnlich gelagerten Fall *Centros* verneint.¹⁶

2) Rechtfertigung durch die immanenten Schranken der Niederlassungsfreiheit

Die Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft könnte aber durch die immanenten Schranken der Freiheit gerechtfertigt sein. Dann müssten diese anwendbar sein (a), ihre Voraussetzungen erfüllt sein (b) und die so genannten Schranken-Schranken beachtet worden sein (c).

a) Anwendbarkeit der immanenten Schranken

Da es sich bei der Weigerung der Eintragung einer Zweigniederlassung für eine Gesellschaft um eine nichtdiskriminierende Beschränkung handelt (siehe oben, II.), sind die immanenten Schranken anwendbar.¹⁷

b) Erfüllung der Voraussetzungen: Verfolgung zwingender öffentlicher Interessen

Auch die Voraussetzungen der immanenten Schranken sind erfüllt. Gläubigerschutz und Bekämpfung des betrügerischen Bankrotts im Wirtschaftsleben mögen zwar keine Gründe der öffentlichen Ordnung im engen Sinne des Art. 52 I AEUV darstellen, zählen aber jedenfalls zu den "zwingenden Gründen des Allgemeininteresses", die nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁸ Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.

c) Beachtung der Schranken-Schranken

Fraglich ist jedoch, ob die so genannten Schranken-Schranken, hier: die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit, beachtet worden sind. Der Ausschluss der Möglichkeit, eine Zweigniederlassung im Mitgliedstaat A zu errichten, stößt in zweifacher Hinsicht auf Bedenken:

aa) Schon die Geeignetheit des Mittels ist zweifelhaft, denn die Registerbehörde verweigert die Eintragung maßgeblich deswegen, weil die Gesellschaft niemals in ihrem Gründungsstaat tätig geworden ist. Demnach können Zweigniederlassungen gegründet werden und bleiben die Gläubiger schutzlos, wenn eine Scheinauslandsgesellschaft eine - sei es auch nur geringfügige - Geschäftstätigkeit im Gründungsstaat entfaltet.

bb) Jedenfalls ist das Mittel erforderlich, da mildere Mittel des Gläubigerschutzes zur Verfügung stehen. Zwar reichen bloße Hinweispflichten für einen effektiven Gläubigerschutz nicht aus, denn sie schützen nur potentielle Vertragspartner, nicht aber die öffentlichen Gläubiger oder private Gläubiger mit nichtvertraglichen Ansprüchen. Doch könnten etwa die öffentlichen Gläubiger die Möglichkeit erhalten, sich die erforderlichen Sicherheiten (auch zwangsweise) einräumen zu lassen.¹⁹ Denkbar wäre außerdem eine Stärkung der Durchgriffshaftung der Gesellschafter und des Geschäftsführers. Insbesondere wäre daran zu denken, bei Zweigniederlassungen von ausländischen Gesellschaften mit keinem oder niedrigerem tatsächlich eingezahltem Mindestkapital eine bedingungslose subsidäre Durchgriffshaftung der Gesellschafter bis zur Höhe des für inländische Gesellschaften vorgeschriebenen Mindestkapitals zuzulassen. Diese Lösung wäre zwar möglicherweise gesellschaftsrechtlich nicht befriedigend, würde aber jedenfalls die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit weniger stark beeinträchtigen als die Hinderung an der Gründung von Zweigniederlassungen. Eine weitere mildere Alternative wäre die Verpflichtung zum Abschluss einer Versicherung, die bis zur Höhe des für inländische Gesellschaften vorgeschriebenen Mindestkapitals für die Schulden der Zweigniederlassung eintritt.

Die Beeinträchtigung ist also unverhältnismäßig und daher nicht durch die Schranken der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt.

Die Verweigerung der Eintragung einer Zweigniederlassung einer Gesellschaft ist demnach unter den in der Vorlagefrage geschilderten Bedingungen nicht mit der Niederlassungsfreiheit und damit nicht mit dem Unionsrecht vereinbar.

Ergebnis: Der Europäische Gerichtshof wird die Frage des Gerichtes des Mitgliedstaates A beantworten. Er wird sie verneinen.

¹⁵ Vgl. EuGH, Rs. 30/77, *Boucherau*, Nr. 35.

¹⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Nr. 34. Beachte: Auch hier muss ARGUMENTIERT werden!

¹⁷ Anmerkung: Wer oben (II.) nicht von einer Beschränkung sondern einer offenen Diskriminierung ausgeht, kann diese Schranke nicht anwenden. Die Weigerung der Eintragung der Zweigniederlassung ist dann nicht gerechtfertigt, die "Sunshine Limited" in ihrer Niederlassungsfreiheit verletzt.

¹⁸ Vgl. bereits EuGH, Rs. C-19/92, *Kraus*.

¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Nr. 37.

ANMERKUNG UND VERTIEFUNGSHINWEIS:

Der Fall ist der Entscheidung EuGH, Rs. C-212/97, *Centros* von 1999 nachgebildet. Siehe zu einem ähnlichen Fall *Lorz*, Fallrepetitorium Europarecht, 2006, S. 109 ff. mit einer Fallabwandlung, welche auch die Entscheidungen Rs. C-167/01, *Inspire Art*, und Rs. C-208/00, *Überseering*, berücksichtigt.

Weitere Informationen zur Veranstaltung finden Sie unter www.lanet.lv/~tschmit1. Für Fragen, Anregungen und Kritik bin ich außerhalb der Veranstaltungen unter der E-mail-Adresse tschmit1@gwdg.de erreichbar.

A. Zulässigkeit der Richtervorlage

I. Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs

II. Vorlageberechtigung

III. Zulässiger Vorlagegegenstand

- Frage der "Auslegung der Verträge" (Art. 267 UA 1 lit. a AEUV)

IV. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

V. Klärungsbedürftigkeit der Vorlagefrage

VI. Geeignete Formulierung der Vorlagefrage

B. Antwort des Europäischen Gerichtshofs

- in Betracht kommt Unvereinbarkeit mit Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)

I. Schutzbereich

1) Persönlicher Schutzbereich

- Scheinproblem Erwerbszweck

2) Sachlicher Schutzbereich

a) Grenzüberschreitender Sachverhalt

- Problem: Grenzüberschreitender Bezug bei Scheinauslandsgesellschaften?
(→ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*)

b) Selbständige Erwerbstätigkeit, Niederlassung, grundsätzlich geschützte Aktivität

c) Kein nach Art. 51 AEUV ausgenommener Bereich

d) Problem: Kein Schutz wegen Missbrauchs?

- EuGH, *Centros*: Umgehungsabsicht unerheblich

II. Beeinträchtigung

- Problem: offene Diskriminierung oder (unterschiedslose) Beschränkung?

III. Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung (keine Rechtfertigung durch Schranken)

1) Rechtfertigung durch die Schranke des Art. 52 I AEUV

- Schranke nicht anwendbar
- Problem: Gründe der öffentlichen Ordnung?

2) Rechtfertigung durch immanente Schranken

a) Anwendbarkeit der immanenten Schranken

b) Erfüllung der Voraussetzungen: Verfolgung zwingender öff. Interessen

c) Beachtung der Schranken-Schranken

- Problem: Verhältnismäßigkeit (→ Geeignetheit, Erforderlichkeit)?

