

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Sitztheorie versus Niederlassungsfreiheit?

Besprechung des Vorlagebeschlusses des BGH vom 30.3.2000 - VII ZR 370/98, GmbHR 2000, 715

Durch seine Vorlage an den EuGH möchte der BGH die extremste Variante der Sitztheorie etablieren, wonach den nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften mit inländischer Hauptverwaltung die Rechts- und Parteifähigkeit schlechterdings aberkannt wird und sie nicht lediglich als inländische oHG oder GbR qualifiziert werden. Der Autor unterzieht diesen Vorlagebeschluß einer kritischen Würdigung.

von Dr. Wienand Meilicke, Licencié en droit français, LL.M. taxation (N.Y.U.), Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Bonn

I. Einleitung

Nachdem Österreich schon vor einem Jahr die Sitztheorie als mit der europäischen Niederlassungsfreiheit unvereinbar verworfen hat, konnten auch die deutschen Gerichte die Vorlage an den EuGH nicht mehr vermeiden. Überraschend ist deshalb nicht die Tatsache der Vorlage an sich, sondern überraschend ist nur, daß der VII. Senat des BGH trotz "Centros" und trotz der anderen Haltung der österreichischen Gerichte versucht, die Sitztheorie gegen die europäische Niederlassungsfreiheit zu verteidigen. Da der deutsche Gesetzgeber die Sitztheorie nie adoptiert hat, hätte dem BGH nämlich freigestanden, sie für diejenigen Gesellschaften, welche die Niederlassungsfreiheit beanspruchen können, aufzugeben, ohne deswegen den EuGH zu bemühen, so wie die österreichischen Gerichte dies getan haben.

Bemerkenswert ist ferner, daß der BGH ausdrücklich die extremste Variante der Sitztheorie durchboxen will, wonach den nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften mit inländischer Hauptverwaltung die Rechts- und Parteifähigkeit schlechterdings aberkannt wird. Eine moderatere Variante der Sitztheorie würde lediglich die ausländische Rechtswahl nicht anerkennen und die Gesellschaft als inländische oHG oder GbR qualifizieren mit dem Ergebnis, daß nicht die Rechts- und Parteifähigkeit aberkannt, sondern lediglich die Parteibezeichnung berichtigt wird. Bei Anwendung dieser Variante der Sitztheorie hätte das Urteil des OLG Düsseldorf aufgehoben werden müssen, weil die Eigentümerin eines in Düsseldorf gelegenen Grundstücks, auch wenn sie als inländische oHG oder GbR charakterisiert wird, Gewährleistungsansprüche gegen fehlerhaft arbeitende Malermeister durchzusetzen berechtigt ist. Zu einer Vorlage an den EuGH wäre es mangels Entscheidungserheblichkeit nicht gekommen.

II. Voraussichtliches Ergebnis der Anfrage

Niemand kann wohl ernsthaft erwarten, der EuGH könne im Ergebnis billigen, daß Deutschland einer nach niederländischem Recht bona fide gegründeten Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit für die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen aus Malerarbeiten an einem bona fide in Deutschland erworbenen Grundstück versagt, weil die niederländische Gesellschaft in der Weise von ihrem Niederlassungsrecht in Deutschland Gebrauch gemacht hat, daß die Hauptverwaltung von den Niederlanden nach Deutschland verlegt wurde. Wenn der EuGH im "Centros"-Fall sogar die vorsätzliche Ausnutzung des Rechtsgefälles zwischen den Mitgliedstaaten als durch die Niederlassungsfreiheit gedeckt sieht, so ist nicht ernstlich zu erwarten, daß der EuGH dies in einem Fall ohne Mißbrauchsabsicht nur deshalb anders sieht, weil ein Mitgliedstaat sich eine andere rechtliche Begründung für das bereits verworfene Ergebnis ausdenkt.

In dem hier vorliegenden Fall der Verweigerung des Zugangs zu den deutschen Gerichten braucht nicht einmal die Niederlassungsfreiheit bemüht zu werden: In den Mitgliedstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention haben nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen, denen von ihrem Heimatrecht die Rechtsfähigkeit zuerkannt wird, das Recht, vor Gericht anerkannt zu werden und als Partei auftreten zu dürfen. Da der EuGH sich in ständiger Rechtsprechung den von den Mitgliedstaaten gemeinsam anerkannten Grundrechten verpflichtet fühlt, könnte der EuGH dem BGH antworten, daß es schon im Widerspruch zu dem Grundrecht auf freien Zugang zu den Gerichten steht, wenn einer Gesellschaft

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

die Rechts- und Parteifähigkeit zur Geltendmachung von vertraglich ordnungsgemäß begründeten Ansprüchen verweigert wird.

III. Die vom BGH zur Verteidigung der Sitztheorie angeführten Gründe

Der BGH verwirft mit Recht den "differenzierten" Lösungsansatz, wonach die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft nicht nach einer einzigen Rechtsordnung, sondern nach verschiedenen Kriterien differenziert beurteilt werden sollen. Der reinen Gründungstheorie wirft er vor, sie vernachlässige den Umstand, daß die Gründung und Betätigung einer Gesellschaft auch die Interessen dritter Personen und des Sitzstaates berühren. Von der gerichtlichen Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen gegen mangelhaft arbeitende deutsche Malermeister gehen aber wohl auch nach Meinung des BGH keine Gefahren für dritte Personen oder den "Sitzstaat" Deutschland aus. Deshalb dient die Sitztheorie im Vorlagefall der Generalprävention: nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaften sollen, wenn sie ihre Hauptverwaltung in Deutschland haben, unabhängig von einer konkreten Gefahrenlage aus Deutschland herausgehalten werden.

1. Gläubigerschutz

Daß auf nach deutschem Recht errichtete Gesellschaften die Gläubigerschutzvorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts und auf nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaften die Gläubigerschutzvorschriften des Gesellschaftsrechts, nach dem sie gegründet wurden, anwendbar sind, liegt in der Natur der Sache. Auch Art. 44 Abs. 2 (g) (bisher Art. 54 Abs. 3 [g]) EGV geht von dieser Rechtslage aus, wenn er ermächtigt, "die Schutzbestimmungen zu koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten". Es ist darum nicht auszuschließen und wird von dem Gemeinschaftsrecht gebilligt, daß im Einzelfall Gläubiger einer nach deutschem Recht errichteten Gesellschaft durch die deutschen Regelungen über das Gesellschaftskapital und die den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse besser geschützt sind als in einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft. Zwar "umgeht" jede nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft, sobald sie in Deutschland tätig wird, etwaige strengere Schutzvorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts; die "Umgehung" ist aber rechtmäßig.

Eine unzulässige Umgehung liegt schon deshalb nicht vor, weil das Problem auch dann besteht, wenn eine nach ausländischem Recht mit ausländischer Hauptverwaltung gegründete Gesellschaft durch eine Zweigniederlassung in Deutschland tätig wird. Ein nach ausländischem Recht gegründetes Unternehmen mit ausländischer Hauptverwaltung darf sich in Deutschland unstreitig durch Zweigniederlassungen betätigen, und diese Zweigniederlassungen dürfen gefährliche Aktivitäten wie Kernkraftwerke, umweltgefährliche Chemiefabriken, Bankgeschäfte und Versicherungsgeschäfte betreiben. Warum die Interessen dritter Personen und des Sitzstaates stärker berührt werden, wenn die nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft zusätzlich noch ihre Hauptverwaltung nach Deutschland verlegt, als wenn sie die Hauptverwaltung im Ausland behält, wird vom BGH nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Dieses Unterlassen des BGH verwundert um so mehr, als der EuGH in Rn. 35 der "Centros"-Entscheidung schon darauf hingewiesen hat, daß

"das Zuzugsverbot für die Hauptverwaltung nicht geeignet ist, das Ziel des Gläubigerschutzes zu erreichen, da das Zuzugsverbot nicht angewendet wird, wenn die Gesellschaft im Gründungsstaat zusätzliche Geschäftstätigkeiten ausübt, obwohl die Gläubiger im Zuzugsstaat in diesem Fall ebenso gefährdet sind".

Das Betätigungsverbot für nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaften würde nur dann einen Sinn machen, wenn die Niederlassung nach ausländischem Recht gegründeter Gesellschaften auch bei ausländischer Hauptverwaltung in Deutschland untersagt würde. Wollte man die Gefahr der "Umgehung" der Schutzvorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts durch nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaften für den deutschen Rechtsverkehr beseitigen, müßte man ausländischen Gesellschaften unabhängig vom Ort ihrer Hauptverwaltung verbieten, in Deutschland tätig zu werden, und sie stattdessen anhalten, in Deutschland nur durch nach deutschem Recht errichtete Tochtergesellschaften tätig zu werden, sofern die Gesellschafter der nach ausländischem Recht errichteten Gesellschaft es nicht vorziehen, ihre

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

ausländische Gesellschaft zu liquidieren und als nach deutschem Recht errichtete Gesellschaft einen Neubeginn zu versuchen.

Eine solche - in sich wenigstens schlüssige - These vertritt der BGH aber nicht, weil sie allzu offensichtlich gegen die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften aus der EU oder dem Europäischen Wirtschaftsraum verstößt.

Das vom BGH vorgetragene Argument des Gläubigerschutzes wird deshalb ebenso versagen wie im "Centros"-Fall.

2. Schutz bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen

Der BGH meint, Gesellschafter und Gläubiger einer nach ausländischem Recht errichteten Gesellschaft vor den Gefahren von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen i.S.v. §§ 291 ff. AktG schützen zu müssen. Das Problem stellt sich bei nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften aber überhaupt nicht, weil außer Deutschland kein Gesellschaftsrecht eines zivilisierten Landes eine derartige Versklavung von Gesellschaften durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge zuläßt. Für nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften besteht deshalb weder bei ausländischer noch bei inländischer Hauptverwaltung ein Bedarf zum Schutz gegen Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge. Der vom BGH geltend gemachte Schutzbedarf ist imaginär.

3. Arbeitnehmermitbestimmung

Der BGH macht weiter das Interesse Deutschlands an der Durchsetzung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat als Rechtfertigung für das Fernhalten von nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaften geltend. Aus dem Vorlagebeschluß ergeben sich allerdings keine Anhaltspunkte dafür, daß die gegen einen deutschen Malermeister klagende niederländische Gesellschaft so viele Arbeitnehmer hatte, daß sie, hätte sie ein deutsches Rechtskleid getragen, der Arbeitnehmermitbestimmung unterlegen hätte. Auch hier sollen also alle nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaften generalpräventiv aus Deutschland herausgehalten werden nach dem Motto: Wehret den Anfängen! Zur Erreichung dieses Schutzzwecks des MitbestG ist es jedenfalls nicht erforderlich, einer mangels Arbeitnehmern nicht mitbestimmungspflichtigen Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit für Klagen gegen mangelhaft arbeitende Malermeister zu entziehen. Der EuGH hat in Rn. 34 der "Centros"-Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen, daß ausländische Gesellschaften im Zuzugsstaat nur insoweit behindert werden dürfen, wie dies zur Erreichung eines gemeinschaftsrechtlich zulässigen Ziels erforderlich ist.

Die Frage des Schutzes der deutschen Mitbestimmung kann sich von vornherein nur stellen, wenn die nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaft nach der Anzahl der von ihr beschäftigten Arbeitnehmer, wäre sie nach deutschem Recht errichtet, mitbestimmungspflichtig wäre. Da diese Situation im Vorlagefall nicht besteht, braucht der EuGH auf diesen Schutzzweck an sich gar nicht weiter einzugehen.

Da der BGH die Frage aber aufwirft, sei darauf hingewiesen, daß die deutsche Arbeitnehmermitbestimmung schon deshalb europarechtlich nicht schützenswert ist, weil sie in bedenklicher Weise zu Lasten von im Ausland beschäftigten Arbeitnehmern diskriminiert. Wahlberechtigt sind nämlich nur in inländischen Betriebsstätten beschäftigte Arbeitnehmer. Hat eine nach deutschem Recht gegründete Kapitalgesellschaft eine Niederlassung im Inland mit 5000 Arbeitnehmern und eine weitere Niederlassung im Ausland mit ebenfalls 5000 Arbeitnehmern, so wird die Hälfte des Aufsichtsrats der nach deutschem Recht errichteten Gesellschaft, obwohl er für die inländische und für die ausländische Zweigniederlassung verantwortlich ist, allein durch die in der deutschen Niederlassung beschäftigten Arbeitnehmer bestimmt, während die 5000 ausländischen Arbeitnehmer auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrates keinen Einfluß haben. Dadurch stellt das deutsche Mitbestimmungsrecht sicher, daß der Aufsichtsrat eine einseitig orientierte Motivation hat, die Interessen der inländischen Arbeitnehmer den Interessen der im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer vorzuziehen, z.B. weil Arbeitsplatzabbau in ausländischen Betrieben im Aufsichtsrat leichter durchzusetzen ist als ein Arbeitsplatzabbau in inländischen Betrieben. Die darin liegende Diskriminierung zugunsten von deutschen Arbeitsplätzen ist kein europarechtlich so schützenswertes Gut, daß Deutschland deswegen die

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründet sind, einschränken darf.

Wenn nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften nicht mehr aus Deutschland ferngehalten werden können, so stellt sich weiter die Frage, ob Deutschland den in Deutschland tätigen Gesellschaften ausländischen Rechts eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat verordnen könnte. In diesem Sinne wird in Deutschland gelegentlich die Auffassung vertreten, § 1 und § 4 MitbestG seien analog auf entsprechende ausländische Gesellschaften anzuwenden, wenn diese ihren Verwaltungssitz im Inland haben. Indes definiert ein Errichtungsstaat die Identität einer Gesellschaft nicht allein durch die Zuerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit, sondern auch durch die Organisation der Organe, durch welche die Gesellschaft handelt. Sowerig wie ein Zuzugsstaat die Niederlassung natürlicher Personen mit der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates davon abhängig machen kann, daß der zuziehende Ausländer weltweit nur noch durch einen vom Zuzugsstaat bestellten Vormund tätig wird, so wenig kann Deutschland anordnen, daß eine nach niederländischem Recht gegründete N.V. ihre Geschäftsführer nach dem Recht einer nach deutschem Recht errichteten AG bestellen und abberufen muß. Die Niederlassungsfreiheit wäre nämlich praktisch beseitigt, wenn der Zuzugsstaat die Handlungen der nach dem Gründungsrecht ordnungsgemäß bestellten Organe negieren und statt dessen nach deutschem Recht errichtete Organe instituieren könnte, so daß die Geschäfte der Gesellschaft nicht mehr durch die vom Errichtungsstaat eingesetzten Institutionen, sondern durch andere, vom deutschen Recht eingesetzte Institutionen geführt werden.

Die Auffassung, Deutschland könne deutsches Recht über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats auf nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaften anwenden, ist aber nicht nur dogmatisch nicht begründbar, sondern auch praktisch nicht durchdacht: Soll etwa Deutschland einer nach niederländischem Recht errichteten N.V. mit 5000 Arbeitnehmern in einer niederländischen und 5000 Arbeitnehmern in einer deutschen Niederlassung die deutsche paritätische Mitbestimmung aufzwingen dürfen mit dem Ergebnis, daß nur die Arbeitnehmer der deutschen Niederlassung einen paritätischen Aufsichtsrat der niederländischen N.V. wählen, welcher den für die weltweiten Geschäfte der N.V. zuständigen Vorstand bestellt, während die niederländischen Mitarbeiter der niederländischen N.V. von einer Vertretung im Aufsichtsrat ausgeschlossen werden, nur weil Deutschland meint, die Tätigkeit, welche die niederländische N.V. unter Gebrauchmachung ihrer Niederlassungsfreiheit in Deutschland ausübt, seien hier als eine die deutsche Mitbestimmung begründende Hauptverwaltung zu qualifizieren? Mit welcher rechtlichen oder moralischen Begründung meint Deutschland, die Ausübung des Zuzugsrechts durch eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft davon abhängig machen zu dürfen, daß die in deutschen Standorten beschäftigten Arbeitnehmer der Gesellschaft durch paritätische Besetzung des Aufsichtsrats eine Mitsprache in allen weltweiten Angelegenheiten der Gesellschaft erhalten, während Deutschland den in anderen Ländern beschäftigten Arbeitnehmern der Gesellschaft ein gleiches Mitspracherecht versagt? Warum soll die Ausübung des Zuzugsrechts davon abhängig gemacht werden dürfen, daß Standorte im Zuzugsstaat gegenüber Standorten in anderen Staaten bevorzugt werden?

Wie stellen *Forsthoff* und *Zimmer* sich die Mitbestimmung vor, wenn das niederländische Recht ebenfalls eine Arbeitnehmermitbestimmung, diesmal der holländischen Arbeitnehmer, im Aufsichtsrat der N.V. statuiert? Sollen dann zwei unterschiedliche Geschäftsführungen für dieselbe Gesellschaft errichtet werden, nämlich ein deutscher Vorstand, bei dessen Bestellung und Abberufung die deutschen Arbeitnehmer mitbestimmen, und ein niederländischer Vorstand, bei dem die niederländischen Arbeitnehmer mitbestimmen? Welcher Vorstand hat bei Meinungsverschiedenheiten das Sagen? Erkennt Deutschland Verträge an, welche der niederländische Vorstand für die niederländische Niederlassung mit deutschen Kunden schließt, und erkennen die Niederlande Verträge an, welche der von Deutschland der N.V. aufgezwungene Vorstand mit niederländischen Kunden schließt? Wer die analoge Anwendung von § 1 und § 4 MitbestG auf nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz propagiert, sollte zunächst einmal sagen, wie er sich die Anwendung der Vorschriften des Staates der Hauptverwaltung für das Innenverhältnis praktisch vorstellt.

Um sich die europarechtliche Unvertretbarkeit der Anwendung von § 1 und § 4 MitbestG auf nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften klar zu machen, braucht man sich nur einmal vorzustellen,

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

ein anderes Mitgliedsland drehe den Spieß um und mache geltend, nach deutschem Recht gegründete Unternehmen hätten sich nach dem Recht des dortigen Zuzugsstaates zu organisieren. Z.B. könnte Großbritannien Geschmack an der Sitztheorie finden und geltend machen, daß die Deutsche Bank AG und die Dresdner Bank AG, nachdem sie das von London aus betriebene Investment Banking zum Kerngeschäft erklärt haben, ihre Hauptverwaltung in London haben und deshalb ihren mit deutschen Arbeitnehmern besetzten Aufsichtsrat und den von diesem bestellten Vorstand abzuschaffen haben, um sich statt dessen nach dem englischen Board-System zu organisieren. Wahrscheinlich würden auch *Forsthoff* und *Zimmer* dies als eine unzulässige Einmischung in die inneren Angelegenheiten einer vom deutschen Recht organisierten Gesellschaft und als Beeinträchtigung des Rechts dieser Gesellschaften ansehen, sich in Großbritannien niederzulassen und dort tätig zu werden. Dann gilt aber der Satz:

Was Du nicht willst, daß man Dir tu,

das füg' auch keinem anderen zu.

Auch ist nicht einzusehen, warum es gerade der Staat der Hauptverwaltung sein soll, der sich in die Bestellung und Abberufung der für die Gesellschaft handelnden Organe einmischt. Warum sollte nicht auch der Staat der Hauptniederlassung dieses Recht für sich in Anspruch nehmen? Schließlich ist die Hauptniederlassung in Art. 48 EGV gleichberechtigt mit der Hauptverwaltung genannt. Letztlich könnte jeder Staat, in welchem irgendwelche Arbeitnehmer beschäftigt sind, zum Schutz seiner Beschäftigungsinteressen sich in die Bestellung und Abberufung der für die zuziehende Gesellschaft handelnden Organe einmischen wollen. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum die Arbeitnehmer im Staat der Hauptverwaltung schützenswerter sein sollen als die Arbeitnehmer in anderen Mitgliedstaaten.

Der deutsche Gesetzgeber hat deshalb guten Grund gehabt, die Anwendung des MitbestG auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats nur dann vorzuschreiben, wenn das betreffende Unternehmen eine nach deutschem Recht gegründete Gesellschaft ist. Nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften hat der Gesetzgeber aus der Mitbestimmung ausdrücklich ausgenommen, auch wenn eine Zweigniederlassung im Inland besteht. Die von *Zimmer* und *Forsthoff* propagierte analoge Anwendung des MitbestG auf nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften würde gegen deren Recht verstoßen, sich in Deutschland niederzulassen.

4. Internationales Privatrecht derogat legi Europae?

Mit Recht beruft der BGH sich nicht auf die These *Kindlers*, das internationale Privatrecht der Nationalstaaten gehe europäischem Gemeinschaftsrecht vor. Nachdem der EuGH in ständiger Rechtsprechung den Vorrang des europäischen Rechts vor nationalem Recht hochhält, ist die These, nationales internationales Privatrecht breche europäisches Gemeinschaftsrecht, nicht ernstlich vertretbar.

IV. Abgrenzung zu Daily-Mail

Daß der BGH nicht, wie die österreichischen Gerichte, die Sitztheorie einfach verworfen, sondern eine neue Vorlage an den EuGH vorgenommen hat, ist dennoch dankenswert, weil eine Präzisierung der Reichweite der Daily-Mail-Entscheidung des EuGH zu erwarten ist. Aufgrund der unklaren Begründung im Daily-Mail-Urteil ist nämlich zweifelhaft, wie weit das Wegzugsrecht von Gesellschaften geht, welches der EuGH in anderen Entscheidungen hochgehalten hat. Die vom EuGH im Daily-Mail-Urteil Rn. 21 erfolgte Bezugnahme auf Art. 220 (jetzt Art. 293) EWG-Vertrag, wonach ein Übereinkommen unter den Mitgliedstaaten erforderlich ist, um die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Mitgliedstaat in einen anderen sicherzustellen, ist unklar, weil der EuGH nicht sagt, ob er die Verlegung des Satzungssitzes oder die Verlegung der Hauptverwaltung, in Deutschland auch Verwaltungssitz genannt, meint. Die besseren Argumente sprechen für die Annahme, daß in dem Hinweis auf Art. 220 EWG-Vertrag in der Daily-Mail-Entscheidung nicht die bloße tatsächliche Verlegung des Verwaltungssitzes, welches Bestandteil der Niederlassungsfreiheit ist, sondern nur die Verlegung des Satzungssitzes und die damit einhergehende formwechselnde Umwandlung aus der Rechtsform des Wegzugsstaates in die Rechtsform des

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Zuzugsstaates gemeint ist. Hier ist zumindest eine Klarstellung durch den EuGH wünschenswert und aufgrund der Vorlage des BGH zu erwarten.

Würde der EuGH in der Beantwortung der Vorlagefrage des BGH lediglich klarstellen, daß er in dem Hinweis auf Art. 220 EWG-Vertrag in der Daily-Mail-Entscheidung nicht die Verlegung der Hauptverwaltung, sondern nur die Verlegung des Sitzungssitzes und des damit einhergehenden Gründungsrechts gemeint hat, so würde dies allerdings immer noch bedauerlich sein, weil nicht einzusehen ist, warum ein Mitgliedsstaat, der seinen eigenen Gesellschaften eine formwechselnde Umwandlung gestattet, dies bei sonst gleichen Verhältnissen einer nach ausländischem Recht errichteten Gesellschaft soll verweigern dürfen. Deshalb sprechen die besseren Gründe dafür, daß der EuGH sich von der Aussage im Daily-Mail-Urteil zu Art. 220 EWG-Vertrag distanziert und die damalige Entscheidung aus dem inzwischen entdeckten Gesichtspunkt der Kohärenz der Steuersysteme rechtfertigt.

V. Gibt es Alternativen zur Gründungstheorie?

Der BGH hat zutreffend nicht etwa generell nach der Anwendbarkeit der Gründungstheorie, sondern nur danach gefragt, ob die Niederlassungsfreiheit es gebietet, die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit einer Gesellschaft nach dem Recht des Gründungsstaates zu beurteilen. Dem BGH muß aber die Gegenfrage gestellt werden, nach welchem anderen Recht denn die Rechts- und Parteifähigkeit einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft beurteilt werden soll. Soll etwa der jeweilige Zuzugsstaat nach eigenem Gutdünken die Rechts- und Parteifähigkeit zusprechen oder aberkennen? Dann läge die Gewährung der Niederlassungsfreiheit im Belieben des jeweiligen Zuzugsstaates. Das Niederlassungsrecht wäre für nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften abgeschafft.

Im Hinblick auf die in einigen Mitgliedstaaten vertretene Sitztheorie hofft der BGH vielleicht zu hören, daß der Zuzugsstaat die Wahl hat, die Rechts- und Parteifähigkeit einer zugungswilligen Gesellschaft am ausländischen Gründungsrecht oder am Recht des tatsächlichen Verwaltungssitzes zu orientieren. Aber wie soll man das mit dem Wortlaut des Art. 48 (früher Art. 58) EGV vereinbaren? Art. 48 EGV gewährt das Niederlassungsrecht den nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats *gegründeten* Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung *oder* ihre Hauptniederlassung *innerhalb* der *Gemeinschaft* haben. Da sowohl der Gründungsstaat als auch der Zuzugsstaat Teil der Gemeinschaft sind, gewährt der klare Wortlaut des Art. 48 EGV das Niederlassungsrecht unabhängig davon, ob die Hauptverwaltung sich im Gründungsstaat, im Zuzugsstaat oder in einem anderen Land der Gemeinschaft befindet. Nach dem Wortlaut des Art. 48 EGV kann die Hauptverwaltung sich sogar außerhalb der Gemeinschaft befinden, wenn wenigstens der Sitzungssitz *oder* die Hauptniederlassung sich in der Gemeinschaft befinden. Da weder der Zuzugsstaat noch ein Drittstaat berechtigt sein können, das Niederlassungsrecht einer Gesellschaft, die die Voraussetzungen des Art. 48 EGV erfüllt, nach Gutdünken abzuschaffen, *kann* die Rechts- und Parteifähigkeit nur und ausschließlich vom Gründungsrecht determiniert werden.

Wenn der Gründungsstaat die Rechts- und Parteifähigkeit vergibt, hat der Zuzugsstaat dies zu respektieren, weil es Ziel der Vertragsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit ist, diesen Gesellschaften im gesamten Gemeinschaftsgebiet die Niederlassungsfreiheit zu gewähren.

VI. Welche Kompetenzen verbleiben dem Zuzugsstaat?

Daß die Mitgliedstaaten Regeln zum Schutz vor Betrug erlassen dürfen, hat der EuGH in der "Centros"-Entscheidung schon gesagt. Daß dies in nicht diskriminierender Weise zu erfolgen hat, ergibt sich aus Nr. 34 der "Centros"-Entscheidung. Daß die bloße Tatsache, daß das ausländische Gründungsrecht die Gläubiger weniger gut schützt, weil z.B. das Haftkapital niedriger ist, eine Zuzugsbeschränkung nicht rechtfertigt, ist im "Centros"-Urteil ebenfalls schon ausgesprochen. Auch insoweit bleibt deshalb für die Anwendung des Rechts des Staates des Sitzes der Hauptverwaltung kein Raum. Insbesondere ist kein Raum dafür, die Gesellschafter einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft heranzuziehen, wenn unter sonst gleichen Umständen inländische Gesellschafter nicht herangezogen werden. Darüber hinaus würde wohl selbst dann, wenn Deutschland die Rechtsform der beschränkt haftenden Gesellschaft überhaupt abschaffen und nur noch offene

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Handelsgesellschaften zum Rechtsverkehr zulassen würde, die Niederlassungsfreiheit der nach ausländischem Recht errichteten Gesellschaften unzulässig beeinträchtigt, wenn die bloße Tatsache, daß die Gesellschaft in Deutschland handelt, eine persönliche Haftung ihrer passiven Gesellschafter herbeiführt. Für die Gesellschafter und Geschäftsführer kommt nur eine Handelndes-Haftung in Betracht, die aber nicht schärfer sein darf als für Gesellschafter und Geschäftsführer von deutschen Gesellschaften unter sonst gleichen Umständen.

Infolgedessen sind auch die Regeln des kapitalersetzenden Darlehens auf eine nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaft nicht anwendbar, auch wenn diese Gesellschaft in Deutschland tätig ist. Das deutsche Recht kann nämlich den Gesellschaftern einer nach ausländischem Recht errichteten Gesellschaft nicht deshalb eine Finanzierungsverantwortung für die Gesellschaft auferlegen, nur weil die Gesellschaft in Deutschland von ihrem Niederlassungsrecht Gebrauch macht.

VII. Der hinter der Sitztheorie steckende Gesamtplan

Nach alledem kann die Sitztheorie schon deshalb nicht überzeugen, weil sie nicht plausibel machen kann, warum der von ihr eingeforderte Schutz nur erforderlich ist, wenn die nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft ihre Hauptverwaltung nach Deutschland legt, nicht aber, wenn sie in sonstiger Weise, z.B. durch eine Zweigniederlassung, in Deutschland tätig ist. In Wahrheit ist der Wunsch der Sitztheorie, nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften wegen ihrer inländischen Hauptverwaltung aus Deutschland fernzuhalten, aber nicht so inkonsequent, wie es auf den ersten Blick scheint. Deutschland diskriminiert nämlich auch bei ausländischer Hauptverwaltung gegen nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften und deren inländische Zweigniederlassungen. Nur bedient Deutschland sich dazu nicht der Mittel des Gesellschaftsrechts oder des internationalen Privatrechts, sondern des Steuerrechts.

Die Handhabe dazu bieten die - weitgehend nach dem OECD-Musterabkommen abgeschlossenen - Doppelbesteuerungsabkommen. Art. 24 Abs. 1 OECD-Musterabkommen gestattet nämlich eine Differenzierung (sprich: Diskriminierung) nach der Ansässigkeit. Art. 4 stellt die Ansässigkeit mit dem Ort der Geschäftsleitung gleich, welcher mit dem Ort der Hauptverwaltung i.S.d. Sitztheorie praktisch identisch ist. Von seinem Diskriminierungsrecht gegen nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften mit ausländischem Verwaltungssitz macht Deutschland auch weidlich Gebrauch. Obwohl der EuGH in ständiger Rechtsprechung diese Diskriminierungen als unzulässig verurteilt hat, läßt Deutschland es darauf ankommen, sich jede einzelne Diskriminierung durch ein neues Verfahren vor dem EuGH abringen zu lassen, und führt so gar permanent neue Diskriminierungen ein.

Nur für den Fall, daß die Hauptverwaltung und damit die steuerliche Ansässigkeit im Inland liegt, verbietet Art. 24 Abs. 1 OECD-Musterabkommen eine Diskriminierung von Gesellschaften nach dem Gründungsrecht. Hier kommt nun die Sitztheorie zu Hilfe: Eine nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaft mit ausländischer Hauptverwaltung, die in Deutschland eine Betriebsstätte unterhält und der Diskriminierung beschränkt Steuerpflichtiger durch das deutsche Steuerrecht durch Verlegung der Hauptverwaltung nach Deutschland und Annahme der unbeschränkten deutschen Steuerpflicht entrinnen will, kommt vom "Regen" der steuerlichen Diskriminierung in die "Traufe" der Sitztheorie. Daß Deutschland die Sitztheorie als Vorwand benutzt, um das in Art. 24 Abs. 1 OECD-Musterabkommen statuierte Verbot der Diskriminierung nach dem Gründungsrecht auch im Steuerrecht nicht anzuwenden, rundet das Bild ab. Sitztheorie gegen inländische Hauptverwaltungen und Diskriminierung von beschränkt Steuerpflichtigen wegen ausländischer Hauptverwaltung sind in der Summe ein in sich geschlossenes Konzept der "Deutschland AG", nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften unabhängig vom Ort ihrer Hauptverwaltung aus Deutschland herauszuhalten. Bei dem Vorlagebeschluß des BGH geht es deshalb nicht nur darum, eine skurrile Theorie zu man weiß nicht wessen Schutz zu Grabe zu tragen, sondern es geht darum, die Festung Deutschland für nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründete Gesellschaften endlich zu knacken.

4.1.1.14