

## Gesellschaftsrecht

### Ausländische GmbH: Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten GmbH auch nach Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat aufgrund EU-Niederlassungsfreiheit

EG Art. 43, Art. 48

**1.** Es verstößt gegen Art. 43 EG und 48 EG, 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.

**2.** Macht eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch, so ist dieser andere Mitgliedstaat nach Art. 43 EG und 48 EG verpflichtet, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt.

EuGH, Urt. v. 5. 11. 2002 – Rs. C-208/00

– Überseering BV –

#### ► Urteil

**1** Der BGH hat mit Beschl. v. 30. 3. 2000 – VII ZR 370/98, GmbHR 2000, 715, bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen am 25. 5. 2000, gemäß Art. 234 EG zwei Fragen nach der Auslegung der Art. 43 EG und 48 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt.

**2** Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Überseering BV (im folgenden: Überseering), einer am 22. 8. 1990 in das Handelsregister von Amsterdam und Haarlem eingetragenen Gesellschaft niederländischen Rechts, und der Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (im folgenden: NCC), einer Gesellschaft mit Sitz in Deutschland, über die Beseitigung von Mängeln bei der Ausführung von Bauarbeiten in Deutschland, mit der Überseering NCC beauftragt hatte.

#### Nationales Recht

**3** Nach der ZPO ist die Klage einer Partei, die nicht parteifähig ist, als unzulässig abzuweisen. Nach § 50 Abs. 1 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist, d. h. die Fähigkeit besitzt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein; dies gilt auch für Gesellschaften.

**4** Nach der st. Rspr. des BGH, der die h. L. in Deutschland folgt, beurteilt sich die Frage, ob eine Gesellschaft rechtsfähig ist, im Gegensatz zur Gründungstheorie, nach der sich die Rechtsfähigkeit nach dem Recht des Staats bestimmt, in dem die Gesellschaft gegründet worden ist, nach demjenigen Recht, das am Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes gilt (Sitztheorie). Dies gilt auch dann, wenn eine Gesellschaft in einem anderen Staat wirksam gegründet worden ist und anschließend ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegt.

**5** Eine solche Gesellschaft kann, soweit ihre Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht zu beurteilen ist, weder Träger

von Rechten und Pflichten noch Partei in einem Gerichtsverfahren sein, es sei denn, sie gründet sich in der Bundesrepublik Deutschland in einer Weise neu, die zur Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht führt.

#### Ausgangsrechtsstreit

**6** Im Oktober 1990 erwarb Überseering ein Grundstück in Düsseldorf, das sie gewerblich nutzte. Mit Generalübernehmervertrag v. 27. 11. 1992 beauftragte Überseering NCC mit der Sanierung eines Garagengebäudes und eines Motels, die auf diesem Grundstück befinden. Die Leistungen sind erbracht, Überseering macht aber Mängel der Malerarbeiten geltend.

**7** Im Dezember 1994 erwarben zwei in Düsseldorf wohnhafte deutsche Staatsangehörige sämtliche Geschäftsanteile an Überseering.

**8** Nachdem Überseering NCC vergeblich aufgefordert hatte, die festgestellten Mängel zu beseitigen, verklagte sie 1996 NCC aus dem zwischen beiden bestehenden Generalübernehmervertrag beim Landgericht Düsseldorf auf Zahlung von 1 163 657,77 DM zuzüglich Zinsen als Ersatz der Kosten der Beseitigung der angeblichen Mängel und der Folgeschäden.

**9** Das LG wies die Klage ab. Das OLG Düsseldorf wies die Berufung zurück. Nach seinen Feststellungen hatte Überseering aufgrund des Erwerbs ihrer Geschäftsanteile durch zwei deutsche Staatsangehörige ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Düsseldorf verlegt. Es vertrat die Ansicht, daß Überseering als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland nicht rechtsfähig und demnach auch nicht parteifähig sei.

**10** Das OLG hielt die Klage von Überseering daher für unzulässig.

**11** Überseering legte gegen dieses Urteil des OLG Revision beim BGH ein.

**12** Aus den Erklärungen von Überseering ergibt sich ferner, daß sie parallel zum derzeit beim BGH anhängigen Verfahren nach nicht näher bezeichneten sonstigen deutschen Rechtsvorschriften bei einem deutschen Gericht verklagt wurde. So sei sie vom LG Düsseldorf – wahrscheinlich aufgrund ihrer Eintragung vom 11. 9. 1991 in das Grundbuch Düsseldorf als Eigentümerin des Grundstücks, auf dem das Garagengebäude und das Motel stünden, die NCC saniert habe, – verurteilt worden, Architektenhonorare zu begleichen.

#### Vorlagefragen

**13** Der BGH stellt fest, daß seine in den Rz. 4 und 5 dieses Urteils dargelegte Rspr. in unterschiedlicher Hinsicht von einem Teil des deutschen Schrifttums abgelehnt werde, hält es aber aus verschiedenen Gründen für vorzugswürdig, beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts und des Gesellschaftsrechts innerhalb der Europäischen Union daran festzuhalten.

**14** Zunächst seien alle Lösungsansätze abzulehnen, bei denen durch Berücksichtigung unterschiedlicher Anknüpfungspunkte die Rechtsstellung einer Gesellschaft nach mehreren Rechtsordnungen beurteilt werde. Solche Lösungsansätze führten zu Rechtsunsicherheit, weil sich die Regelungsbereiche, die verschiedenen Rechtsordnungen unterstellt werden sollten, nicht eindeutig voneinander abgrenzen ließen.

## Gesellschaftsrecht

**15** Ferner komme die Anknüpfung an den Ort der Gründung den Gründern der Gesellschaft entgegen, die gleichzeitig mit dem Gründungsort die ihnen genehme Rechtsordnung wählen könnten. Hierin liege die entscheidende Schwäche der Gründungstheorie, die vernachlässige, daß die Gründung und Betätigung einer Gesellschaft auch die Interessen dritter Personen und des Staats berührten, in dem sich der tatsächliche Verwaltungssitz befinde, sofern dieser sich in einem anderen Staat als demjenigen befinde, in dem die Gesellschaft gegründet worden sei.

**16** Demgegenüber könne durch die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz verhindert werden, daß die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des Staats des tatsächlichen Verwaltungssitzes, mit denen bestimmte grundlegende Interessen geschützt werden sollten, durch eine Gründung im Ausland umgangen würden. Im vorliegenden Fall wolle das deutsche Recht u. a. die Interessen der Gläubiger der Gesellschaft schützen. Die Rechtsvorschriften über die GmbH gewährten diesen Schutz durch detaillierte Regelungen über die Einzahlung und Erhaltung des Gesellschaftskapitals. Schutzbedürftig seien weiter bei Verbindungen von Unternehmen auch die abhängigen Gesellschaften und deren Minderheitsgesellschafter; diesem Schutz dienten in Deutschland u. a. die Regeln des Konzernrechts oder bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen die Regeln zur Entschädigung und zur Abfindung der durch diese Verträge benachteiligten Gesellschafter. Dem Schutz der von der Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer dienten schließlich die Vorschriften über die Mitbestimmung. Vergleichbare Regelungen bestünden nicht in allen Mitgliedstaaten.

**17** Für den BGH stellt sich jedoch die Frage, ob bei der grenzüberschreitenden Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nicht die in Art. 43 EG und 48 EG garantierte Niederlassungsfreiheit der Anknüpfung der Rechtsstellung der Gesellschaft an das Recht des Mitgliedstaats, in dem sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz befindet, entgegensteht. Die Beantwortung dieser Frage kann nach seiner Ansicht der Rspr. des Gerichtshofs nicht eindeutig entnommen werden.

**18** In seinem Urt. EuGH v. 27.9.1988 – Rs. 81/87 – Daily Mail and General Trust –, Slg. 1988, 5483 habe der Gerichtshof ausgeführt, daß Gesellschaften von ihrer Niederlassungsfreiheit durch Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften sowie dadurch Gebrauch machen könnten, daß sie ihr Kapital vollständig auf eine in einem anderen Mitgliedstaat neu gegründete Gesellschaft übertragen; auch habe er festgestellt, daß Gesellschaften im Gegensatz zu natürlichen Personen jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität hätten. Aus diesem Urteil gehe ferner hervor, daß der EG-Vertrag die Unterschiedlichkeit der nationalen Kollisionsregeln hingenommen und die Lösung der damit verbundenen Probleme zukünftiger Rechtsetzung vorbehalten habe.

**19** Im Urt. EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – Centros –, Slg. 1999, I-1459 = GmbHR 1999, 474 habe der Gerichtshof die Weigerung einer dänischen Behörde beanstandet, die Zweigniederlassung einer im Vereinigten Königreich wirksam gegründeten Gesellschaft in das Handelsregister einzutragen. Der BGH weist jedoch darauf hin, daß diese Gesellschaft nicht ihren Sitz verlegt habe, da sich von der Gründung an der satzungsmäßige Sitz im Vereinigten Königreich und der tatsächliche Verwaltungssitz in Dänemark befunden hätten.

**20** Der BGH fragt sich angesichts des Urt. Centros, ob die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit bei einem Sachverhalt wie im Ausgangsverfahren dann der Anwendung der Kollisionsregeln entgegenstehen, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dem sich der tatsächliche Verwaltungssitz einer in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründeten Gesellschaft befindet, wenn diese Kollisionsregeln zur Folge haben, daß in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft und damit ihre Parteifähigkeit zu dem Zweck, dort Ansprüche aus einem Vertrag geltend zu machen, nicht anerkannt wird.

**21** Der BGH hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind Art. 43 EG und 48 EG dahin auszulegen, daß es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründet worden ist, nach dem Recht des Staats beurteilt werden, in den die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt hat, und wenn sich aus dessen Recht ergibt, daß sie vertraglich begründete Ansprüche dort nicht mehr gerichtlich geltend machen kann?
2. Sollte der Gerichtshof diese Frage bejahen:  
Gebietet es die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Art. 43 EG und 48 EG), die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaats zu beurteilen?

### Zur ersten Vorlagefrage

**22** Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es gegen Art. 43 EG und 48 EG verstößt, 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 in diesen verlegt hat, dort die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit vor den nationalen Gerichten für das Geltendmachen von Ansprüchen aus einem Vertrag mit einer in diesem Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft abgesprochen wird.

### Vor dem Gerichtshof abgegebene Erklärungen

**23** Nach Ansicht von NCC sowie der deutschen, der spanischen und der italienischen Regierung verstößt es nicht gegen die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit, wenn die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats wirksam gegründeten Gesellschaft nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats, in den sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt haben soll, beurteilt werden und die Gesellschaft gegebenenfalls in diesem anderen Mitgliedstaat Ansprüche aus einem Vertrag mit einer dort ansässigen Gesellschaft nicht gerichtlich geltend machen kann.

**24** Zum einen stützen sie sich auf Art. 293 Abs. 3 EG, der bestimmt:

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

## Gesellschaftsrecht

- die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften i. S. d. Art. 48 Abs. 2, die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen ...“

**25** Nach Auffassung von NCC liegt Art. 293 EG die von allen Mitgliedstaaten getragene Erkenntnis zugrunde, daß eine in einem Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft bei Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat ihre Rechtspersönlichkeit nicht ohne weiteres beibehält, sondern daß es hierzu eines gesonderten – bisher nicht geschlossenen – Übereinkommens der Mitgliedstaaten bedarf. Der Verlust der Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft bei Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat sei daher mit den Gemeinschaftsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit vereinbar. Die Weigerung eines Mitgliedstaats, die ausländische Rechtspersönlichkeit einer in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaft anzuerkennen, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlegt habe, stelle keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, da diese Gesellschaft die Möglichkeit habe, sich nach dem Recht dieses Mitgliedstaats neu zu gründen. Die Niederlassungsfreiheit schütze allein das Recht, sich in diesem Mitgliedstaat neu zu gründen oder Niederlassungen zu errichten.

**26** Nach Meinung der deutschen Regierung haben die Verfasser des EG-Vertrags Art. 43 EG und 48 EG in voller Kenntnis der großen Unterschiede zwischen den Gesellschaftsrechten der Mitgliedstaaten und mit der Absicht in den Vertrag aufgenommen, die nationale Zuständigkeit und die Maßgeblichkeit des nationalen Rechts fortbestehen zu lassen, solange keine Rechtsangleichung erfolgt sei. Zwar gebe es zahlreiche auf der Grundlage des Art. 44 EG erlassene Harmonisierungsrichtlinien auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts; für die Sitzverlegung stehe eine solche Richtlinie noch aus, und es sei auch noch kein multilaterales Übereinkommen gemäß Art. 293 EG auf diesem Gebiet geschlossen worden. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts seien die Anwendung der Theorie des wahren oder tatsächlichen Verwaltungssitzes in Deutschland und ihre Auswirkung auf die Anerkennung der Rechtsfähigkeit und der Parteifähigkeit von Gesellschaften mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

**27** Auch nach Ansicht der italienischen Regierung zeigt die Tatsache, daß Art. 293 EG den Abschluß von Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten vorsieht, um u. a. sicherzustellen, daß eine Gesellschaft bei Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen ihre Rechtspersönlichkeit beibehält, daß die Frage der Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit nach Verlegung des Gesellschaftssitzes nicht durch die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts über die Niederlassungsfreiheit geklärt worden ist.

**28** Die spanische Regierung weist darauf hin, daß das am 29.2.1968 in Brüssel unterzeichnete Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen nie in Kraft getreten sei. Mangels eines von den Mitgliedstaaten auf der Grundlage des Art. 293 EG geschlossenen Übereinkommens bestehe daher keine Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene, die die Frage der Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft im Fall der Sitzverlegung entscheiden könnte. Die Art. 43 EG und 48 EG enthielten nichts in dieser Hinsicht.

**29** Ferner machen NCC sowie die deutsche, die spanische und die italienische Regierung geltend, ihre Analyse wer-

de durch das genannte Urt. Daily Mail and General Trust gestützt, insbesondere durch dessen Rz. 23 und 24:

„... der EWG-Vertrag [betrachtet] die Unterschiede, die die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung sowie der Möglichkeit und ggf. der Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes einer Gesellschaft nationalen Rechts von einem Mitgliedstaat in einen anderen aufweisen, als Probleme, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen; eine solche wurde jedoch noch nicht gefunden.

Somit gewähren Art. 52 [EWG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 43 EG)] und 58 EWG-Vertrag [jetzt Art. 48 EG] den Gesellschaften nationalen Rechts kein Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.“

**30** Die deutsche Regierung ist der Ansicht, das Urt. Daily Mail and General Trust betreffe zwar die Beziehungen zwischen einer Gesellschaft und dem Mitgliedstaat, nach dessen Recht sie gegründet worden sei, in dem Fall der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes dieser Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat; die Erwägungen des Gerichtshofs in diesem Urteil seien aber auf die Frage nach den Beziehungen zwischen einer in einem Mitgliedstaat wirksam gegründeten Gesellschaft und einem anderen Mitgliedstaat, in den sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlege (dem Aufnahmestaat im Gegensatz zum Staat der Gründung der Gesellschaft), übertragbar. Auf dieser Grundlage trägt sie vor, wenn eine in einem ersten Mitgliedstaat wirksam gegründete Gesellschaft von ihrem Niederlassungsrecht in einem anderen Mitgliedstaat durch Abtretung aller ihrer Geschäftsanteile an Staatsangehörige dieses Mitgliedstaats, in dem sie auch wohnten, Gebrauch mache, unterliege die Frage, ob im Aufnahmestaat das nach den Kollisionsregeln anwendbare Recht diese Gesellschaft fortbestehen lasse, nicht den Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit.

**31** Auch die italienische Regierung ist der Ansicht, daß sich aus dem Urt. Daily Mail and General Trust ergebe, daß die Kriterien zur Feststellung der Identität von Gesellschaften nicht von der Ausübung des in den Art. 43 EG und 48 EG enthaltenen Niederlassungsrechts umfaßt würden, sondern in die Regelungsbefugnis der nationalen Rechtsordnungen fielen. Folglich könne man sich nicht auf die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit berufen, um die Anknüpfungspunkte zu harmonisieren; deren Festlegung falle beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts ausschließlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Sofern für Gesellschaften Anknüpfungspunkte zu mehreren Staaten bestünden, müsse jede nationale Rechtsordnung festlegen, wann eine Gesellschaft ihren Regelungen unterliege.

**32** Für die spanische Regierung ist es nicht mit Art. 48 EG unvereinbar, daß eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft dort ihren tatsächlichen Verwaltungssitz haben muß, um in einem anderen Mitgliedstaat als Gesellschaft angesehen zu werden, die das Niederlassungsrecht ausüben kann.

**33** Art. 48 Abs. 1 EG stelle zwei Voraussetzungen dafür auf, daß die in Abs. 2 dieses Artikels definierten Gesellschaften in gleicher Weise wie die Staatsangehörigen der

## Gesellschaftsrecht

anderen Mitgliedstaaten das Niederlassungsrecht ausüben könnten; sie müssen zum einen nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet worden sein und zum anderen ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben. Die zweite Voraussetzung sei durch das am 18.12.1961 in Brüssel beschlossene Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit (ABl. 1962, Nr. 2, S. 36, im folgenden: „Allgemeines Programm“) geändert worden.

**34** Das Allgemeine Programm bestimme in seinem Abschnitt I „Begünstigte“:

„durch die ... Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit [werden] begünstigt: ...

- die Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats ... gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft oder in einem überseeischen Land oder Hoheitsgebiet haben,

im Hinblick auf die tatsächliche Niederlassung zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats; ...

- die oben genannten Gesellschaften; sollten diese Gesellschaften indessen nur ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der Gemeinschaft oder in einem überseeischen Land oder Hoheitsgebiet haben, so muß ihre Tätigkeit in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaats oder eines überseeischen Landes oder Hoheitsgebiets stehen; diese Verbindung darf aber nicht von der Staatsangehörigkeit ... abhängig gemacht werden;

im Hinblick auf die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats.“

**35** Auch wenn das Allgemeine Programm die Anwendung des Kriteriums der tatsächlichen und dauerhaften Verbindung nur dazu vorsehe, von der Freiheit, eine Zweitniederlassung zu gründen, Gebrauch zu machen, so müsse ein solches Kriterium auch für die Hauptniederlassung gelten, damit die für die Ausübung des Niederlassungsrechts aufgestellten Anknüpfungsvoraussetzungen homogen seien.

**36** Nach Ansicht von Überseering, der niederländischen Regierung und der Regierung des Vereinigten Königreichs sowie der Kommission und der EFTA-Überwachungsbehörde verstößt es gegen Art. 43 EG i. V. m. Art. 48 EG, wenn im Fall einer nach dem Recht eines ersten Mitgliedstaats wirksam gegründeten Gesellschaft, von der nach dem Recht eines zweiten Mitgliedstaats angenommen wird, daß sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in diesen zweiten Mitgliedstaat verlegt hat, die dort geltenden Kollisionsregeln vorsehen, daß die Rechtsfähigkeit und die Parteifähigkeit dieser Gesellschaft nach dem Recht dieses Staats zu beurteilen sind. Dies sei der Fall, wenn nach dem Recht des zweiten Mitgliedstaats dieser Gesellschaft die Möglichkeit vorenthalten werde, Rechte aus einem Vertrag mit einer in diesem Staat ansässigen Gesellschaft gerichtlich geltend zu machen. Sie tragen hierfür folgendes vor.

**37** Erstens macht die Kommission geltend, nach dem Wortlaut des Art. 293 EG sei die Einleitung von Verhandlungen zur Beseitigung der Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsvorschriften über die Anerkennung auslän-

discher Gesellschaften nur „soweit erforderlich“ vorgesehen. Hätte im Jahr 1968 eine einschlägige Rechtsprechung bestanden, wäre es nicht erforderlich gewesen, von Art. 293 EG Gebrauch zu machen. Dies erkläre die entscheidende Bedeutung, die heute der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes für die Ermittlung des Inhalts und der Tragweite der in den Art. 43 EG und 48 EG verankerten Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften zukomme.

**38** Zweitens vertreten Überseering, die Regierung des Vereinigten Königreichs, die Kommission und die EFTA-Überwachungsbehörde die Ansicht, daß das Urt. Daily Mail and General Trust in der vorliegenden Rechtssache nicht einschlägig sei.

**39** Wie sich aus dem diesem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt ergebe, sei zu prüfen gewesen, welche Rechtsfolgen im Mitgliedstaat der Gründung einer Gesellschaft die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes dieser Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat habe, so daß dieses Urteil nicht als Grundlage für die Prüfung der Frage dienen könne, welche Rechtsfolgen eine solche Verlegung im Aufnahmemitgliedstaat habe.

**40** Das Urt. Daily Mail and General Trust gelte nur für die Beziehung zwischen dem Gründungsmitgliedstaat und der Gesellschaft, die diesen Staat unter Wahrung der Rechtspersönlichkeit verlassen möchte, die ihr nach dem Recht dieses Staats zuerkannt worden sei. Da Gesellschaften Schöpfungen des nationalen Rechts seien, müßten sie weiterhin die nach dem Recht ihres Gründungsstaats bestehenden Anforderungen beachten. Das Urt. Daily Mail and General Trust erkenne somit das Recht des Mitgliedstaats der Gründung einer Gesellschaft an, nach seinem internationalen Privatrecht die Gründung und die rechtliche Existenz von Gesellschaften zu regeln. Es entscheide dagegen nicht die Frage, ob eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft von einem anderen Mitgliedstaat anerkannt werden müsse.

**41** Drittens ist nach Ansicht von Überseering, der Regierung des Vereinigten Königreichs, der Kommission und der EFTA-Überwachungsbehörde für die Beantwortung der in der vorliegenden Rechtssache gestellten Frage nicht auf das Urt. Daily Mail and General Trust, sondern auf das Urt. Centros abzustellen. In dem diesem Urteil zugrunde liegenden Ausgangsrechtsstreit sei es nämlich wie in der vorliegenden Rechtssache darum gegangen, wie im Aufnahmemitgliedstaat eine Gesellschaft behandelt werde, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet worden sei und ihr Niederlassungsrecht ausübe.

**42** Die Rs. Centros betreffe die Zweitniederlassung einer Gesellschaft, der Centros Ltd, in Dänemark als Aufnahmemitgliedstaat, die wirksam im Vereinigten Königreich gegründet worden sei, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz gehabt habe, ohne dort eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben. Die Centros Ltd habe in Dänemark eine Zweigniederlassung gründen wollen, um dort den wesentlichen Teil ihrer wirtschaftlichen Tätigkeiten auszuüben. Die dänischen Behörden hätten die Existenz dieser Gesellschaft nach englischem Recht nicht in Zweifel gezogen, ihr aber das Recht, in Dänemark durch Gründung einer Zweigniederlassung von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen, verweigert, da festgestellt habe, daß über diese Form der Zweitniederlassung die Anwendung der dänischen Vorschriften über die Gründung von Gesellschaften, u. a. in Bezug auf die Ein-

### Gesellschaftsrecht

zahlung eines Mindestkapitals, hätten umgangen werden sollen.

**43** Im Urt. Centros habe der Gerichtshof entschieden, daß ein Mitgliedstaat (der Aufnahmestaat) hinnehmen müsse, daß eine wirksam in einem anderen Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft, die dort ihren satzungsmäßigen Sitz habe, in seinem Hoheitsgebiet eine weitere Niederlassung eintragen lasse (im gegebenen Fall eine Zweigniederlassung), von der aus sie ihre gesamte Tätigkeit entfalten könne. Deswegen könne der Aufnahmemitgliedstaat einer wirksam in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaft nicht sein eigenes materielles Gesellschaftsrecht, insbesondere die Vorschriften über das Gesellschaftskapital, entgegenhalten. Nach Ansicht der Kommission muß es sich ebenso verhalten, wenn sich der Aufnahmemitgliedstaat auf sein internationales Gesellschaftsrecht beruft.

**44** Nach Auffassung der niederländischen Regierung stehen die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit nicht der Anwendung der Sitztheorie als solcher entgegen. Dagegen stellten die Folgen, die das deutsche Recht an das knüpften, was es als Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft nach Deutschland betrachte, die im übrigen ihre Rechtspersönlichkeit aufgrund ihrer Gründung in einem anderen Mitgliedstaat besitze, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn sie dazu führten, daß die Rechtspersönlichkeit dieser Gesellschaft nicht anerkannt werde.

**45** Im EG-Vertrag stünden die drei Anknüpfungspunkte satzungsmäßiger Sitz, tatsächlicher Verwaltungssitz (Hauptverwaltung) und Hauptniederlassung auf gleicher Stufe. Im Vertrag finde sich kein Hinweis, daß der satzungsmäßige Sitz und die Hauptverwaltung in ein und demselben Mitgliedstaat liegen müßten, damit von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht werden könne. Folglich stehe das Niederlassungsrecht auch einer Gesellschaft zu, deren tatsächlicher Verwaltungssitz sich nicht mehr im Staat der Gründung dieser Gesellschaft befinde. Es verstoße daher gegen die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit, wenn sich ein Mitgliedstaat weigere, die Rechtsfähigkeit einer in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründeten Gesellschaft anzuerkennen, die in seinem Hoheitsgebiet von ihrer Freiheit der Zweitniederlassung Gebrauch mache.

**46** Die Regierung des Vereinigten Königreichs macht geltend, die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden deutschen Regeln verstießen gegen die Art. 43 EG und 48 EG, da sie bewirkten, daß eine Gesellschaft wie Überseering daran gehindert werde, ihre Tätigkeiten über eine Agentur oder eine Zweigniederlassung in Deutschland auszuüben, wenn diese Agentur oder diese Zweigniederlassung nach deutschem Recht als tatsächlicher Verwaltungssitz der Gesellschaft betrachtet werde, denn sie führten zum Verlust der Rechtsfähigkeit, ohne die eine Gesellschaft nicht funktionieren könne.

**47** Die EFTA-Überwachungsbehörde weist ergänzend darauf hin, daß die Niederlassungsfreiheit nicht nur das Recht auf Zweitniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat umfasse, sondern für eine Gesellschaft, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlege, auch das Recht, ihre ursprüngliche Niederlassung in dem Mitgliedstaat beizubehalten, in dem sie gegründet worden sei. Die deutschen Regeln, die im Ausgangsfall maßgeblich seien, würden bewirken, daß die Niederlassungsfreiheit in eine Niederlassungspflicht verwandelt

würde, damit die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft und damit ihre Parteifähigkeit erhalten werde. Sie stellten daher eine Beschränkung der im EG-Vertrag vorgesehenen Niederlassungsfreiheit dar. Dieses Ergebnis bedeute nicht, daß die Mitgliedstaaten keinen Anknüpfungspunkt zwischen einer Gesellschaft und ihrem Hoheitsgebiet schaffen dürften; bei Ausübung dieser Befugnisse müßten sie aber den EG-Vertrag beachten.

**48** Die niederländische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die EFTA-Überwachungsbehörde heben außerdem den Umstand hervor, daß Überseering ihren tatsächlichen Verwaltungssitz im Sinne des deutschen Rechts nicht nach Deutschland habe verlegen wollen. Überseering trägt vor, daß sie sich nicht in den Niederlanden habe auflösen wollen, um sich in Deutschland neu zu gründen, und daß sie weiterhin als GmbH nach niederländischem Recht (BV) existieren wolle. Es sei außerdem widersprüchlich, daß das deutsche Recht sie als solche betrachte, wenn es darum gehe, sie zur Zahlung von Architektenhonoraren zu verurteilen.

**49** Die niederländische Regierung hat in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, daß es sich nach niederländischem Recht in einer Situation wie im Ausgangsverfahren um die Gründung einer Zweigniederlassung, also einer Zweitniederlassung, handele. Es sei falsch, bei der Prüfung der vorliegenden Rechtssache von der Prämisse auszugehen, daß es aufgrund der bloßen Abtretung der Geschäftsanteile an in Deutschland wohnende deutsche Staatsangehörige zu einer Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes von Überseering nach Deutschland gekommen sei. Eine solche Analyse sei nämlich eine solche des deutschen Privatrechts. Nichts deute darauf hin, daß Überseering die Absicht gehabt habe, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland zu verlegen. Wenn so argumentiert werde, als handele es sich um eine Hauptniederlassung, ziele dies darauf ab, dem Urt. Centros, in dem es um die sekundäre Form der Niederlassung gegangen sei, die sich aus der Gründung einer Zweigniederlassung ergebe, seine Bedeutung zu nehmen und zu versuchen, die vorliegende Rechtssache mit der Rs. Daily Mail and General Trust gleichzusetzen.

**50** Die Regierung des Vereinigten Königreichs weist darauf hin, daß Überseering in den Niederlanden wirksam gegründet worden sei, immer im Handelsregister von Amsterdam und Haarlem als Gesellschaft niederländischen Rechts eingetragen gewesen sei und nicht versucht habe, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Deutschland zu verlegen. Sie habe lediglich aufgrund einer Eigentumsübertragung seit 1994 den Großteil ihrer Tätigkeiten in Deutschland ausgeübt und dort bestimmte Versammlungen abgehalten. Sie müsse in der Praxis also so angesehen werden, als habe sie in Deutschland über eine Agentur oder Zweigniederlassung gehandelt. Diese Sachlage unterscheide sich grundlegend von derjenigen, die der Rs. Daily Mail and General Trust zugrunde gelegen habe, in der es um einen bewußten Versuch gegangen sei, den Sitz einer Gesellschaft englischen Rechts und die Kontrolle über die Gesellschaft aus dem Vereinigten Königreich in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei zwar den Status einer im Vereinigten Königreich wirksam gegründeten Gesellschaft beizubehalten, aber nicht den steuerlichen Anforderungen unterworfen zu sein, die im Vereinigten Königreich mit der Verlegung der Verwaltung einer Gesellschaft und der Kontrolle über sie ins Ausland verbunden seien.

## Gesellschaftsrecht

**51** Nach Auffassung der EFTA- Überwachungsbehörde zeigt sich darin, daß Überseering aufgrund der offenbar ungebetenen Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland dort ihre Parteifähigkeit abgesprochen werde, die Unsicherheit, die die Anwendung der unterschiedlichen internationalen Privatrechte der Mitgliedstaaten für grenzüberschreitende Geschäfte mit sich bringen kann. Da die Bestimmung des tatsächlichen Verwaltungssitzes weitgehend auf der Grundlage von Tatsachen erfolge, sei es immer möglich, daß unterschiedliche nationale Rechtssysteme, und in diesen sogar verschiedene Gerichte, unterschiedlich beurteilten, was einen tatsächlichen Verwaltungssitz darstelle. Außerdem werde es immer schwieriger, den tatsächlichen Verwaltungssitz in einer globalisierten und computerbeherrschten Wirtschaft zu bestimmen, in der die persönliche Anwesenheit der Entscheidungsträger immer weniger erforderlich sei.

### Würdigung durch den Gerichtshof

#### Zur Anwendbarkeit der Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit

**52** Vorab ist entgegen der Ansicht von NCC sowie der deutschen, der spanischen und der italienischen Regierung klarzustellen, daß im Fall einer Gesellschaft, die wirksam in einem ersten Mitgliedstaat gegründet worden ist, dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat und von der nach dem Recht eines zweiten Mitgliedstaats angenommen wird, daß sie nach der Abtretung aller ihrer Geschäftsanteile an Staatsangehörige dieses Staats, in dem diese auch wohnen, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat, die Regeln, die der zweite Mitgliedstaat auf diese Gesellschaft anwendet, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht aus dem Anwendungsbereich der Gemeinschaftsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit fallen.

**53** Insoweit ist erstens das auf Art. 293 EG gestützte Vorbringen von NCC sowie der deutschen, der spanischen und der italienischen Regierung zurückzuweisen.

**54** Wie der Generalanwalt in Nr. 42 seiner Schlußanträge ausführt (GmbH 2002, 29 [LS]), stellt Art. 293 EG nämlich keinen Rechtsetzungsvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten dar. Diese Vorschrift fordert die Mitgliedstaaten zwar auf, Verhandlungen einzuleiten, u. a. um die Lösung der Probleme zu erleichtern, die sich aus der Unterschiedlichkeit der Rechtsvorschriften über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und über die Aufrechterhaltung ihrer Rechtspersönlichkeit bei grenzüberschreitender Sitzverlegung ergeben, dies aber nur, „soweit erforderlich“, also für den Fall, daß die Bestimmungen des EG-Vertrags nicht die Erreichung der Vertragsziele ermöglichen.

**55** Insbesondere ist darauf hinzuweisen, daß zwar die Übereinkünfte, zu deren Abschluß Art. 293 EG anregt, genau wie die in Art. 44 EG vorgesehenen Harmonisierungsrichtlinien die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit erleichtern können, das Gebrauchmachen von dieser Freiheit aber nicht vom Abschluß solcher Übereinkünfte abhängen kann.

**56** Wie der Gerichtshof bereits bei anderer Gelegenheit ausgeführt hat, umfaßt die Niederlassungsfreiheit, die Art. 43 EG den Gemeinschaftsangehörigen zuerkennt, das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie zur Errichtung von Unternehmen und zur Ausübung der Unternehmertätigkeit nach den Be-

stimmungen, die im Niederlassungsstaat für dessen eigene Angehörigen gelten. Außerdem stehen nach dem Wortlaut des Art. 48 EG für „die Anwendung [der Bestimmungen des EG-Vertrags über das Niederlassungsrecht] 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“.

**57** Hieraus folgt unmittelbar, daß diese Gesellschaften das Recht haben, ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, wobei ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung, ebenso wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen, dazu dient, ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines Mitgliedstaats zu bestimmen.

**58** Auf diese Prämissen hat der Gerichtshof seine Erwägungen im Ur. Centros (Rz. 19 und 20) gestützt.

**59** Die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit setzt zwingend die Anerkennung dieser Gesellschaften durch alle Mitgliedstaaten voraus, in denen sie sich niederlassen wollen.

**60** Es ist daher nicht erforderlich, daß die Mitgliedstaaten eine Übereinkunft über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften schließen, damit die Gesellschaften, die die in Art. 48 EG genannten Voraussetzungen erfüllen, von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen können, die ihnen in den seit Ablauf der Übergangszeit unmittelbar anwendbaren Art. 43 EG und 48 EG zuerkannt wird. Folglich kann kein Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der vollen Wirksamkeit dieser Artikel daraus hergeleitet werden, daß bis heute keine Übereinkunft über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften auf der Grundlage des Art. 293 EG geschlossen worden ist.

**61** Zweitens ist das Vorbringen zu prüfen, das sich auf das Ur. Daily Mail and General Trust, das im Mittelpunkt der Erörterungen vor dem Gerichtshof gestanden hat, stützt. Dieses Vorbringen ist insoweit zu prüfen, als es darauf gerichtet ist, der dem Ur. Daily Mail and General Trust zugrunde liegenden Situation in gewisser Weise die Sachlage gleichzusetzen, aus der das deutsche Recht den Verlust der Rechtsfähigkeit und den Verlust der Parteifähigkeit einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft ableitet.

**62** Insoweit ist darauf hinzuweisen, daß das Ur. Daily Mail and General Trust die Beziehungen zwischen einer Gesellschaft und einem Mitgliedstaat, nach dessen Recht sie gegründet worden ist, in dem Fall betrifft, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz unter Wahrung der ihr in ihrem Gründungsstaat zuerkannten Rechtspersönlichkeit in einen anderen Mitgliedstaat verlegen wollte. Hingegen handelt es sich im Ausgangsrechtsstreit um die Anerkennung einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft durch einen anderen Mitgliedstaat; dabei wird einer solchen Gesellschaft in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit abgesprochen, da er davon ausgeht, daß sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlegt hat, ohne daß es hierfür darauf ankäme, ob die Gesellschaft tatsächlich eine Sitzverlegung vornehmen wollte.

**63** Wie sowohl die niederländische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs als auch die Kommission und die EFTA-Überwachungsbehörde geltend machen, hat Überseering nie die Absicht bekundet, ihren

### Gesellschaftsrecht

Sitz nach Deutschland zu verlegen. Ihre rechtliche Existenz ist nach dem Recht ihres Gründungsstaats durch die Abtretung ihrer sämtlichen Geschäftsanteile an in Deutschland wohnende Personen nie in Frage gestellt worden. Insbesondere ist sie nicht Gegenstand von Auflösungsmaßnahmen nach niederländischem Recht gewesen, nach dem sie nie aufgehört hat, wirksam zu bestehen.

**64** Selbst wenn man den Ausgangsrechtsstreit so verstünde, als ginge es um die grenzüberschreitende Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes, ist daher die von NCC sowie der deutschen, der spanischen und der italienischen Regierung vertretene Auslegung des Urts. *Daily Mail and General Trust* unzutreffend.

**65** In der Rechtssache, in der dieses Urteil erging, wollte die *Daily Mail and General Trust PLC*, eine nach dem Recht des Vereinigten Königreich gegründete Gesellschaft, die dort sowohl ihren satzungsmäßigen Sitz als auch ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hatte, letzteren in einen anderen Mitgliedstaat verlegen, ohne ihre Rechtspersönlichkeit oder ihre Eigenschaft als Gesellschaft englischen Rechts zu verlieren; die dafür erforderliche Genehmigung der zuständigen britischen Behörden wurde ihr verweigert. Sie verklagte diese Behörden daher beim High Court of Justice, Queen's Bench Division (Vereinigtes Königreich), und machte geltend, daß die Art. 52 und 58 des EWG-Vertrags ihr das Recht zuerkennen würden, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz ohne vorherige Genehmigung und ohne Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.

**66** Anders als im Ausgangsverfahren ging es somit in der Rechtssache, in der das Urts. *Daily Mail and General Trust* erging, nicht darum, wie ein Mitgliedstaat eine in einem anderen Mitgliedstaat wirksam gegründete Gesellschaft zu behandeln hat, die im ersten Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch macht.

**67** Im Zusammenhang mit der Frage des High Court of Justice, ob die Bestimmungen des Vertrags über die Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft das Recht zuerkennen, ihre Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, erinnert der Gerichtshof in Rz. 19 des Urts. *Daily Mail and General Trust* daran, daß eine aufgrund einer nationalen Rechtsordnung gegründete Gesellschaft jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität hat.

**68** In Rz. 20 dieses Urteils unterstreicht der Gerichtshof die Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen hinsichtlich dessen, was für die Gründung einer Gesellschaft an Verknüpfung mit dem nationalen Gebiet erforderlich ist, wie hinsichtlich der Möglichkeit einer nach einem nationalen Recht gegründeten Gesellschaft, diese Verknüpfung nachträglich zu ändern.

**69** In Rz. 23 dieses Urteils kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, daß der EG-Vertrag diese Unterschiede als Probleme betrachtet, die durch die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen; eine solche war jedoch noch nicht gefunden worden.

**70** Dabei hat sich der Gerichtshof darauf beschränkt, festzustellen, daß sich die Möglichkeit für eine nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft, ihren satzungsmäßigen Sitz oder ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, ohne die ihr durch die Rechtsordnung des Gründungsmitglied-

staats zuerkannte Rechtspersönlichkeit zu verlieren, und gegebenenfalls die Modalitäten dieser Verlegung nach den nationalen Rechtsvorschriften beurteilen, nach denen diese Gesellschaft gegründet worden ist. Er zog daraus den Schluß, daß ein Mitgliedstaat die Möglichkeit hat, einer nach seiner Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft Beschränkungen hinsichtlich der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes aus seinem Hoheitsgebiet aufzuerlegen, damit sie die ihr nach dem Recht dieses Staats zuerkannte Rechtspersönlichkeit beibehalten kann.

**71** Der Gerichtshof hat sich dagegen nicht zu der Frage geäußert, ob in einem Fall wie im Ausgangsverfahren, in dem von einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats angenommen wird, daß sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in diesen verlegt hat, dieser andere Mitgliedstaat sich weigern darf, die Rechtspersönlichkeit anzuerkennen, die ihr nach der Rechtsordnung ihres Gründungsstaats zuerkannt wird.

**72** Ungeachtet des allgemein gehaltenen Wortlauts der Rz. 23 des Urts. *Daily Mail and General Trust* wollte der Gerichtshof den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit einräumen, die tatsächliche Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit in ihrem Hoheitsgebiet durch in anderen Mitgliedstaaten wirksam gegründete Gesellschaften, von denen sie annehmen, daß sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in ihr Hoheitsgebiet verlegt haben, von der Beachtung ihres nationalen Gesellschaftsrechts abhängig zu machen.

**73** Dem Urts. *Daily Mail and General Trust* kann daher nicht entnommen werden, daß in dem Fall, daß eine Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden ist und der dort Rechtspersönlichkeit zuerkannt wird, von ihrer Niederlassungsfreiheit in einem anderen Mitgliedstaat Gebrauch macht, die Frage der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit und ihrer Parteifähigkeit im Mitgliedstaat der Niederlassung nicht den Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit unterliegt. Dies gilt selbst dann, wenn von dieser Gesellschaft nach dem Recht des Mitgliedstaats der Niederlassung angenommen wird, daß sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat.

**74** Drittens ist das Vorbringen der spanischen Regierung zurückzuweisen, in einer Situation wie im Ausgangsverfahren mache das Allgemeine Programm in seinem Titel I die Inanspruchnahme der durch den EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit vom Bestehen einer tatsächlichen und dauerhaften Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaats abhängig.

**75** Wie sich nämlich aus dem Wortlaut des Allgemeinen Programms ergibt, verlangt dieses eine tatsächliche und dauerhafte Verbindung allein für den Fall, daß die Gesellschaft nur ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der Gemeinschaft hat. Bei Überseering, die sowohl ihren satzungsmäßigen Sitz als auch ihren tatsächlichen Verwaltungssitz innerhalb der Gemeinschaft hat, verhält es sich unbestreitbar nicht so. Der Gerichtshof hat für diese Fallkonstellation in Rz. 19 des Urts. *Centros* festgestellt, daß Art. 58 EG-Vertrag die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleichstellt, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.

## Gesellschaftsrecht

**76** Nach alledem beruft sich Überseering zu Recht auf die Niederlassungsfreiheit, um sich dagegen zur Wehr zu setzen, daß das deutsche Recht sie nicht als parteifähige juristische Person ansieht.

**77** Ferner ist daran zu erinnern, daß der Erwerb von Geschäftsanteilen an einer in einem Mitgliedstaat gegründeten und ansässigen Gesellschaft durch eine oder mehrere natürliche Personen mit Wohnort in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich den Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Kapitalverkehr unterliegt, wenn eine solche Beteiligung ihnen nicht einen gewissen Einfluß auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht und sie deren Tätigkeiten nicht bestimmen können. Wenn dagegen der Erwerb sämtliche Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit satzungsmäßigem Sitz in einem anderen Mitgliedstaat umfaßt und eine solche Beteiligung einen gewissen Einfluß auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht und es diesen Personen ermöglicht, deren Tätigkeiten zu bestimmen, sind die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit anwendbar (vgl. in diesem Sinne EuGH v. 13.4.2000 – Rs. C-251/98, Baars, Slg. 2000, I-2787, Rz. 21 und 22).

### Zum Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

**78** Sodann ist zu prüfen, ob die Weigerung der deutschen Gerichte, einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats wirksam gegründeten Gesellschaft die Rechts- und Parteifähigkeit zuzuerkennen, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt.

**79** In einer Situation wie im Ausgangsverfahren hat eine Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats als der Bundesrepublik Deutschland wirksam gegründet worden ist und in diesem anderen Mitgliedstaat ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nach deutschem Recht keine andere Wahl, als sich in Deutschland neu zu gründen, wenn sie vor einem deutschen Gericht Ansprüche aus einem Vertrag mit einer Gesellschaft deutschen Rechts geltend machen möchte.

**80** Überseering, die in den Niederlanden wirksam gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, genießt aufgrund der Art. 43 EG und 48 EG das Recht, als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen. Insofern ist es unbeachtlich, daß nach der Gründung dieser Gesellschaft deren gesamtes Kapital von in Deutschland ansässigen deutschen Staatsangehörigen erworben wurde, denn dieser Umstand hat offenbar nicht zum Verlust der Rechtspersönlichkeit geführt, die ihr die niederländische Rechtsordnung zuerkennt.

**81** Ihre Existenz hängt sogar untrennbar mit ihrer Eigenschaft als Gesellschaft niederländischen Rechts zusammen, da eine Gesellschaft, wie bereits ausgeführt wurde, jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität hat (in diesem Sinne Urt. Daily Mail and General Trust, Rz. 19). Das Erfordernis, dieselbe Gesellschaft in Deutschland neu zu gründen, kommt daher der Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich.

**82** Unter diesen Umständen stellt es eine mit den Art. 43 EG und 48 EG grundsätzlich nicht vereinbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn ein Mitgliedstaat sich u. a. deshalb weigert, die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitglied-

staats gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, anzuerkennen, weil die Gesellschaft im Anschluß an den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch in seinem Hoheitsgebiet wohnende eigene Staatsangehörigen, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlegt haben soll, mit der Folge, daß die Gesellschaft im Aufnahmemitgliedstaat nicht zu dem Zweck parteifähig ist, ihre Ansprüche aus einem Vertrag geltend zu machen, es sei denn, daß sie sich nach dem Recht dieses Aufnahmestaats neu gründet.

### Zur eventuellen Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

**83** Schließlich ist zu prüfen, ob eine solche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die sowohl vom vorlegenden Gericht als auch von der deutschen Regierung angeführten Gründe gerechtfertigt sein kann.

**84** Die deutsche Regierung macht hilfsweise für den Fall, daß der Gerichtshof die Anwendung der Sitztheorie als eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ansehen sollte, geltend, daß diese Beschränkung ohne Diskriminierung angewandt werde, durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sei und in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen stehe.

**85** Der nicht diskriminierende Charakter ergebe sich daraus, daß die sich aus der Sitztheorie ergebenden Rechtsregeln nicht nur für ausländische Gesellschaften gelten würden, die sich durch Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland dort niederließen, sondern auch für Gesellschaften deutschen Rechts, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz aus Deutschland heraus verlegten.

**86** Zu den zwingenden Gründen des Gemeinwohls, die zur Rechtfertigung der angeblichen Beschränkung angeführt würden, sei zu bemerken, daß das abgeleitete Gemeinschaftsrecht in anderen Bereichen voraussetze, daß der Verwaltungssitz und der satzungsmäßige Sitz identisch seien. Das Gemeinschaftsrecht habe somit grundsätzlich anerkannt, daß die Einheit von satzungsmäßigem Sitz und Verwaltungssitz berechtigt sei.

**87** Die Regeln des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts dienen der Rechtssicherheit und dem Gläubigerschutz. Auf Gemeinschaftsebene seien die Modalitäten des Schutzes des Gesellschaftskapitals von GmbH nicht harmonisiert, und diese Gesellschaften unterlägen in anderen Mitgliedstaaten als der Bundesrepublik Deutschland zum Teil wesentlich geringeren Anforderungen. Die im deutschen Recht angewandte Sitztheorie stelle in diesem Zusammenhang sicher, daß eine Gesellschaft, deren Tätigkeitsschwerpunkt im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland liege, mit einem bestimmten Mindestkapital ausgestattet sei, was zur Sicherung ihrer Vertragspartner und Gläubiger beitrage. Außerdem würden damit Wettbewerbsverzerrungen verhindert, da alle schwerpunktmäßig in Deutschland tätigen Gesellschaften gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen unterworfen würden.

**88** Eine weitere Rechtfertigung stelle der Schutz der Minderheitsgesellschafter dar. Mangels eines Gemeinschaftsstandards für diesen Schutz müsse es einem Mitgliedstaat möglich sein, bei allen Gesellschaften, deren Tätigkeitsschwerpunkt in seinem Hoheitsgebiet liege, die gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen für den Schutz von Minderheitsgesellschaftern durchzusetzen.



## Gesellschaftsrecht

**89** Auch der Arbeitnehmerschutz durch die Mitbestimmung im Unternehmen gemäß den gesetzlich festgelegten Bedingungen rechtfertigt die Anwendung der Sitztheorie. Die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft nach Deutschland könnte, wenn die Gesellschaft ihre Eigenschaft als Gesellschaft dieses Rechts bewahren würde, die Gefahr einer Umgehung der deutschen Mitbestimmungsvorschriften mit sich bringen, die es den Arbeitnehmern unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichen, im Aufsichtsrat der Gesellschaft vertreten zu sein. Ein solches Organ gebe es bei den Gesellschaften der anderen Mitgliedstaaten nicht immer.

**90** Schließlich rechtfertigten die Fiskalinteressen die Beschränkung, die sich eventuell aus der Anwendung der Sitztheorie ergebe. Die Gründungstheorie ermögliche in größerem Umfang als die Sitztheorie die Gründung von Gesellschaften mit doppelter Ansässigkeit, die deshalb in zwei oder mehr Mitgliedstaaten unbeschränkt steuerpflichtig seien. Bei solchen Gesellschaften bestehe die Gefahr, daß sie in mehreren Mitgliedstaaten parallel Steuervorteile beanspruchten und erlangten. Als Beispiel sei die grenzüberschreitende Verrechnung von Verlusten auf Gewinne zwischen verbundenen Unternehmen zu nennen.

**91** Nach Ansicht der niederländischen Regierung und der Regierung des Vereinigten Königreichs, der Kommission und der EFTA-Überwachungsbehörde ist die fragliche Beschränkung nicht gerechtfertigt. Das Ziel des Gläubigerschutzes sei auch von den dänischen Behörden in der Rs. Centros angeführt worden, um die Weigerung zu rechtfertigen, in Dänemark die Zweigniederlassung einer Gesellschaft einzutragen, die im Vereinigten Königreich wirksam gegründet worden sei und deren sämtliche Tätigkeiten in Dänemark hätten ausgeübt werden sollen, ohne die Anforderungen des dänischen Rechts in Bezug auf die Gründung und die Einzahlung eines Mindestgesellschaftskapitals zu erfüllen. Es sei außerdem zweifelhaft, daß die Anforderungen hinsichtlich eines Mindestgesellschaftskapitals ein wirksames Mittel zum Schutz von Gläubigern darstellten.

**92** Es läßt sich nicht ausschließen, daß zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.

**93** Solche Ziele können es jedoch nicht rechtfertigen, daß einer Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäß gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit abgesprochen wird. Eine solche Maßnahme kommt nämlich der Negierung der den Gesellschaften in Art. 43 EG und 48 EG zuerkannten Niederlassungsfreiheit gleich.

**94** Auf die erste Frage ist daher zu antworten, daß es gegen Art. 43 EG und 48 EG verstößt, 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 die-

sem Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft abgesprochen wird.

## Zur zweiten Vorlagefrage

**95** Aus der Antwort auf die erste Vorlagefrage folgt, daß in dem Fall, daß eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch macht, dieser andere Mitgliedstaat nach den Art. 43 EG und 48 EG verpflichtet ist, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt. ...

– pw –

## Rechtsprechung

## Steuerrecht

**Verdeckte Gewinnausschüttung: Erdienbarkeit einer Pensionszusage an den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH**

KStG § 8 Abs. 3 S. 2

**Verspricht eine GmbH ihrem 56 Jahre alten beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer ein Altersruhegeld für die Zeit nach Vollendung des 65. Lebensjahres, so führt dies nicht notwendig zur Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung. Das gilt insbesondere dann, wenn die Pensionszusage auch deshalb erteilt wurde, weil der Geschäftsführer nicht anderweitig eine angemessene Altersversorgung aufbauen konnte.**

BFH, Urt. v. 24.4.2002 – I R 43/01

► Aus den Gründen:

## I.

Die Beteiligten streiten darüber, ob Zuführungen zu einer Pensionsrückstellung steuerrechtlich als vGA zu werten sind.

Die Klägerin (Kl.in) ist eine GmbH, die im Januar 1991 im Beitrittsgebiet gegründet wurde. Ihre Gesellschafter waren in den Streitjahren (1991 und 1992) mit 90 v.H. des Stammkapitals G und mit 10 v.H. dessen Tochter, die ihre Anteile treuhänderisch für G hielt. G war zugleich alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Kl.in. In 1996 hat G seine Gesellschaftsanteile aus gesundheitlichen Gründen an die Tochter verschenkt.

Der im September 1935 geborene G hatte schon seit Jahrzehnten in der DDR ein Einzelunternehmen betrieben. Die Kl.in pachtete im Anschluß an ihre Gründung zu diesem Einzelunternehmen gehörende Wirtschaftsgüter an und setzte die Geschäftstätigkeit des Einzelunternehmens im Rahmen einer Betriebsaufspaltung fort. Die Ehefrau des G war ebenfalls als Arbeitnehmerin der Kl.in tätig; sie war – ebenso wie zuvor in dem Einzelunternehmen – Leiterin einer Zweigstelle, die 60 v.H. des Gesamtumsatzes der Kl.in erbrachte.