



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze“

Dissertation vorgelegt von Caspar Behme

Erstgutachter: Prof. Dr. Hans-Jürgen Hellwig

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Werner F. Ebke

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze

Ein Beitrag zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Gesellschaftsrecht

I. Einleitung

Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften wird in der deutschen Literatur bislang vorwiegend aus einem international-privatrechtlichen und aus einem gesellschaftsrechtlichen, nicht aber aus einem unionsrechtlichen Blickwinkel betrachtet. Im Vordergrund des Interesses steht dabei die Auslotung des praktischen Gestaltungsspielraums von Gesellschaften. Die Diskussion kreist im Wesentlichen um zwei Fragen: Zum einen um die Frage, welches Maß an grenzüberschreitender Mobilität die Mitgliedstaaten den nach ihrem nationalen Recht gegründeten Gesellschaften zugestehen müssen. Zum anderen um die Frage, inwieweit die Mitgliedstaaten zuziehende ausländische Gesellschaften zur Beachtung ihres eigenen nationalen Gesellschaftsrechts zwingen können. Die vorgeschlagenen Antworten hängen regelmäßig stark von dem jeweiligen rechtspolitischen Standort des Autors und seiner Gewichtung der von einer Sitzverlegung betroffenen Interessen ab. So wird teilweise das Bemühen sichtbar, den Schutzwall um das jeweilige nationale Gesellschaftsrecht so hoch aufzuschichten, wie es vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung gerade noch zulässig erscheint. Andere Autoren versuchen offenbar, die EuGH-Rechtsprechung dahingehend zu instrumentalisieren, sämtliche Hindernisse für eine grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften einzuebnen. Beide Argumentationsansätze greifen auf dieselbe Technik zurück: Überwiegend wird versucht, die Antwort auf konkrete Rechtsfragen – die Anwendbarkeit einer inländischen Rechtsnorm auf ausländische Gesellschaften, die Möglichkeit einer Sitzverlegung – im Wege der Subsumtion unter die in den Entscheidungen Daily Mail bis Cartesio getroffenen Aussagen des EuGH zu finden. Eher in den Hintergrund rückt dabei das Bestreben, das hinter diesen Entscheidungen stehende Prinzip freizulegen und die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in ein übergreifendes System der Grundfreiheitsdogmatik einzuordnen.

Diese Forschungslücke will die vorliegende Untersuchung schließen. Sie kommt dabei zum dem Ergebnis, dass die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit vollständig im Einklang mit der allgemeinen Grundfreiheitsdogmatik steht. Sie ist Ausfluss des der Auslegung aller Grundfreiheiten zugrunde liegenden Prinzips der gegenseitigen Anerkennung.

II. Das Beschränkungsverbot als Anerkennungsgebot: Cassis de Dijon als Präzisierung der Dassonville-Formel

Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit trägt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung dem Umstand Rechnung, dass in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unterschiedliche Standards existieren, denen ein Produkt genügen muss, um in den Verkehr gebracht werden zu können. Da die Einhaltung dieser Standards über die Qualifikation des Produkts als verkehrsfähige Ware entscheidet, werden sie im Rahmen der Arbeit als „Qualifikationsstandards“ be-

zeichnet. Aus dem Blickwinkel des Binnenmarktes sind solche Qualifikationsstandards unproblematisch, solange sie nur für inländische Produkte gelten; sie verhindern den grenzüberschreitenden Vertrieb eines Produkts jedoch dann, wenn die Mitgliedstaaten – wozu sie vorbehaltlich der Überlagerung ihres nationalen Rechts durch die Grundfreiheiten grundsätzlich befugt sind – ihre eigenen Qualifikationsstandards auch auf ausländische Produkte anwenden.

Dieses Problem lässt sich grundsätzlich auf zwei Arten lösen: Zum einen im Wege der – rechtspolitisch nicht immer durchsetzbaren – Harmonisierung der jeweiligen Qualifikationsstandards durch den europäischen Gesetzgeber und zum anderen im Wege ihrer gegenseitigen Anerkennung durch die Mitgliedstaaten. Den Weg zu einer primärrechtlich begründeten Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung hat der EuGH in der Entscheidung *Cassis de Dijon* bereitet: Danach darf im Ergebnis französischer Trinkbranntwein allein deshalb in Deutschland in den Verkehr gebracht werden, weil er rechtmäßig – d.h. im Einklang mit den einschlägigen französischen Qualifikationsstandards – in Frankreich hergestellt und in den Verkehr gebracht wurde; seine Qualifikation als Ware durch den französischen Gesetzgeber muss der deutsche Gesetzgeber anerkennen.¹ Die Vorschrift des § 100 Abs. 3 des deutschen Branntweinmonopolgesetzes, wonach Trinkbranntweine in Deutschland nur mit einem Mindestalkoholgehalt von 32 % in den Verkehr gebracht werden durften, stellte eine Beschränkung des freien Warenverkehrs dar, die auch nicht durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden konnte.

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung basiert auf der Vermutung, dass die Qualifikationsstandards der Mitgliedstaaten funktionsäquivalent sind. Grundlage einer solchen Äquivalenzvermutung ist das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten in die Qualität ihrer nationalen Regulierung. Folgerichtig genügt es, wenn ein Produkt den Qualifikationsstandards seines Herkunftsstaates entspricht, damit es auch in den übrigen Mitgliedstaaten als verkehrsfähige Ware qualifiziert werden kann. Ist dies der Fall, bedeutet die Nicht-Anerkennung des Produkts durch den Aufnahmestaats eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, oder anders gewendet: Eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung liegt dann vor, wenn ein Mitgliedstaat in seiner Eigenschaft als Aufnahmestaats ein ausländisches Produkt, das den Qualifikationsstandards seines Herkunftsstaates entspricht, nicht anerkennt und seinen eigenen Qualifikationsstandards unterwirft. Damit konturiert das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung die weite *Dassonville*-Formel, wonach jede Handelsregelung eine Beschränkung darstellt, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu beschränken.² Bereits aus dieser Formel ergibt sich, dass die Anwendung jeder nationalen Rechtsnorm des Aufnahmestaates auf ausländische Produkte allein deshalb eine Beschränkung des freien Warenverkehrs darstellen kann, weil sie einen anderen (nicht notwendigerweise strengeren) Inhalt hat als eine entsprechende Regelung des Herkunftsstaates. Eine solche durch die bloße Unterschiedlichkeit der nationalen Qualifikationsstandards verursachte Beschränkung wird durch die Anerkennung der Qualifikationsstandards des Herkunftsstaates vermieden.

¹ So EuGH, Urteil vom 20.2.1979, Rs. 120/78 (*Cassis de Dijon*), Slg. 1979, 649, Rn. 14.

² EuGH, Urteil vom 11.7.1974, Rs. 8/74 (*Dassonville*), Slg. 1974, 837, Rn. 5.

III. Qualifikationsstandards als Bezugspunkt der Anerkennungspflicht

Bei dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung handelt es sich um einen allen Grundfreiheiten innewohnenden Grundsatz. Bezugspunkt der Anerkennungspflicht des Aufnahmestaates sind unabhängig von der jeweils einschlägigen Grundfreiheit jeweils die Qualifikationsstandards des Herkunftsstaates. Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit betreffen diese Qualifikationsstandards die Qualifikation eines Produkts als verkehrsfähige Ware; es handelt sich dabei vorwiegend um technische Anforderungen an die Produktbeschaffenheit. Im Bereich der vergleichbar strukturierten Grundfreiheiten der Dienstleistung (Art. 56 AEUV), der Niederlassung (Art. 49 AEUV) und der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) geht es vor allem um die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Im Bereich der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften bezieht sich die Verpflichtung des Aufnahmestaates zur Anerkennung auf die Qualifikation eines Personenverbands als Gesellschaft: Sofern eine Gesellschaft den Qualifikationsstandards genügt, die ihr Herkunftsstaat aufstellt, damit eine Gesellschaft nach seinem nationalen Recht gegründet werden und fortbestehen kann, ist sie als solche – d.h. in der jeweiligen durch das nationale Recht ihres Herkunftsstaates konfigurierten Rechtsform – durch die übrigen Mitgliedstaaten anzuerkennen. Der Begriff der Qualifikationsstandards bezeichnet somit im Bereich des Gesellschaftsrechts die Voraussetzungen für die Gründung und den Fortbestand einer Gesellschaft in einer bestimmten Rechtsform ihres Herkunftsstaates. Zu diesen gesellschaftsrechtlichen Qualifikationsstandards zählen alle wesentlichen Merkmale, die einer Rechtsform ihr Gepräge verleihen, die ihre Gründung und Funktionsweise³ regeln und ihre korporative Identität prägen. Dazu zählen insbesondere Normen, welche die erforderliche territoriale Verknüpfung einer Gesellschaft mit ihrem Herkunftsstaat definieren, die also festlegen, ob sich der Satzungssitz, der Verwaltungssitz oder beide Sitze einer Gesellschaft in ihrem Herkunftsstaat befinden müssen oder beliebig in einen anderen Mitgliedstaat verlegt werden dürfen. Zu den gesellschaftsrechtlichen Qualifikationsstandards zählen aber auch die Anforderungen an die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, an die Organisationsverfassung der Gesellschaft und Regeln über die Haftung von Gesellschaftern und Gesellschaftsorganen. Unterliegt eine Gesellschaft etwa nach dem Recht ihres Herkunftsstaates bestimmten Mindestkapitalanforderungen, darf der Aufnahmestaat diese nicht nachträglich modifizieren.³ Ebenso wenig darf er eine Gesellschaft, die nach dem nationalen Recht ihres Herkunftsstaates nicht oder nur in einem bestimmten Umfang der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegt, den eigenen Mitbestimmungsregeln unterwerfen. Er hat vielmehr die Entscheidung des Herkunftsstaates gegen die Mitbestimmung oder für ein bestimmtes Mitbestimmungsniveau anzuerkennen. Die Anwendung eigener gesellschaftsrechtlicher Qualifikationsstandards des Aufnahmestaates auf zugezogene ausländische Gesellschaften stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, die der unionsrechtlichen Rechtfertigung nur im Ausnahmefall standhalten wird: An die Prüfung der Verhältnismäßigkeit legt der EuGH sehr strenge Maßstäbe an.

Eben weil sich das Unionsrecht nicht für die Dogmatik des nationalen Gesellschaftsrechts, sondern nur für das Ergebnis seiner Anwendung in grenzüberschreitenden Kontexten interessiert, kann es bei der Anwendung eines gesellschaftsrechtlichen Qualifikationsstandards des Aufnahmestaates auf ausländische Gesellschaften keine Rolle spielen, wie dieser Qualifikati-

³ EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I – 10155, Rn. 100 f.

onsstandard nach dem Kollisionsrecht des Aufnahmestaates zu qualifizieren ist. Für die Annahme einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist nur entscheidend, dass es sich bei der betreffenden Norm um einen gesellschaftsrechtlichen Qualifikationsstandard handelt, dessen Anwendung der Anerkennung der ausländischen Rechtsform widerspricht. Das ist etwa bei der sog. Existenzvernichtungshaftung von Gesellschaftern nach deutschem Recht ohne weiteres der Fall; ihre Anwendung auf zugezogene Gesellschaften ausländischen Rechts verstößt mithin gegen die Pflicht zur Anerkennung des ausländischen rechtsformspezifischen Haftungsregimes und beschränkt damit die Niederlassungsfreiheit. Dass sie nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dogmatisch in § 826 BGB zu verorten und damit möglicherweise deliktsrechtlich statt gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist, ändert daran nichts.

IV. Beschränkung der Anerkennungspflicht: Die Behandlung von Rahmenbedingungen

Die Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung wird durch die Keck-Entscheidung des EuGH nicht relativiert. In dieser Entscheidung nimmt der EuGH eine Eingrenzung des in der Entscheidung Dassonville weit gefassten Beschränkungsverbots vor, indem er nationale Bestimmungen, die bestimmte *Verkaufsmodalitäten* beschränken oder verbieten, aus dem Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit herausdefiniert.⁴ Damit wird aber nicht der Grundsatz eingeschränkt, dass der Aufnahmestaat die Qualifikationsstandards des Herkunftsstaates grundsätzlich als funktionsäquivalent anzuerkennen hat, sondern es wird klargestellt, dass sich die Pflicht zur Anerkennung auf diese Qualifikationsstandards beschränkt und nicht darüber hinaus greift. Das ist der Grund dafür, warum Verkaufsmodalitäten nicht am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu überprüfen sind. Denn bei ihnen handelt es sich eben nicht um produktbezogene Qualifikationsstandards, sondern um bloße vertriebsbezogene Standort- bzw. Rahmenbedingungen, die der Anerkennung auch gar nicht zugänglich sind. Keck beinhaltet damit keine Ausnahme, sondern bloß eine bedeutende begriffliche Präzisierung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung.

Voraussetzung für die Exklusion der Verkaufsmodalitäten vom Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit bzw. von der Pflicht zur Anerkennung ist freilich, dass diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben und dass sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Für Verkaufsmodalitäten wird die Warenverkehrsfreiheit somit nicht ausgeschaltet, sondern auf ein Diskriminierungsverbot zurückgeführt.

Der Begriff der „Verkaufsmodalitäten“ ist terminologisch auf den freien Warenverkehr zugeschnitten und für die übrigen Grundfreiheiten nicht passend. Die Ratio der Keck-Rechtsprechung lässt sich aber auf die Dienstleistungsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit übertragen: Anzuerkennen sind allein die Qualifikationsstandards des Herkunftsstaates, welche den Zugang zu einem bestimmten Beruf betreffen. Statuiert das nationale Recht des Aufnahmestaates aber bestimmte Modalitäten für die Erbringung der Dienst- oder Arbeitsleistung, so sind diese nicht am Maßstab der Grundfreiheiten überprüfbar. Ein für alle Grundfreiheiten treffender Begriff für diese Kategorie von Normen, die nicht dem Bereich der anerkennungspflichtigen Qualifikationsstandards zuzurechnen sind, ist

⁴ EuGH, Urteil vom 24.11.1993, Rs. C-268/91 (Keck), Slg. 1993, I – 6097, Rn. 16 f.

ihre Bezeichnung als „Rahmenbedingungen“. Beispiele für derartige von den Grundfreiheiten in ihrer Eigenschaft als Beschränkungsverbote nicht tangierte Rahmenbedingungen des Aufnahmestaates sind etwa Höchstarbeitszeiten oder Werbeverbote – stets vorausgesetzt, sie gelten für inländische und ausländische Dienstleistungserbringer gleichermaßen und verstoßen damit nicht gegen die Grundfreiheiten in ihrer Eigenschaft als Diskriminierungsverbote. Mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften dürften als Rahmenbedingungen der Niederlassung etwa Offenlegungs- oder Beurkundungspflichten anzusehen sein, ebenso wie die Pflichtmitgliedschaft ausländischer Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz in einer Industrie- und Handelskammer. Der bei der Einstufung einer Norm als bloße Rahmenbedingung anzulegende Maßstab ist allerdings ein strenger, da der EuGH in den Entscheidungen *Daily Mail* und *Cartesio* „Modalitäten“ der Sitzverlegung den anerkennungspflichtigen Qualifikationsstandards gleichstellt.⁵ Keine Rahmenbedingungen sind daher Vorschriften, die an den eigentlichen Vorgang der Niederlassung anknüpfen.

V. Die Autonomie des Herkunftsstaates zur Definition von Qualifikationsstandards

Die bisherigen Ausführungen betreffen die Vorgaben der Grundfreiheiten für die Regulierung grenzüberschreitender Aktivitäten durch die Mitgliedstaaten in ihrer Eigenschaft als Aufnahmestaat. Die Grundfreiheiten adressieren die Mitgliedstaaten aber nicht nur in ihrer Eigenschaft als Aufnahmestaat, sondern binden sie auch in ihrer Eigenschaft als Herkunftsstaat. So sind im Bereich des freien Warenverkehrs nicht nur Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung des Aufnahmestaates verboten (Art. 34 AEUV), sondern auch Ausfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung des Herkunftsstaates (Art. 35 AEUV); erfasst ist aus der Perspektive der Marktteilnehmer mithin sowohl der Import als auch der Export. Die übrigen Grundfreiheiten enthalten keine separaten Bestimmungen für Beschränkungen durch den Aufnahmestaat und solche durch den Herkunftsstaat, sind aber so formuliert, dass sie innerhalb ihres jeweiligen Anwendungsbereichs beide von einem grenzüberschreitenden Vorgang betroffenen Mitgliedstaaten erfassen (vgl. Art. 45 Abs. 1, 49 Abs. 1, 56 Abs. 1, 63 Abs. 1 AEUV). Aus der Perspektive der Marktteilnehmer ist damit sowohl der grenzüberschreitende Wegzug gegenüber ihrem Herkunftsstaat als auch der grenzüberschreitende Zuzug gegenüber dem Aufnahmestaat geschützt. Dies erscheint unter binnenmarktfunktionalen Gesichtspunkten auch sachgerecht, da die Einordnung eines Vorgangs als Import oder Export bzw. als Zuzug oder als Wegzug lediglich eine Frage der Perspektive ist. Es handelt sich um wechselseitig bedingte Ausprägungen eines einheitlichen Vorgangs: des grenzüberschreitenden Warenhandels bzw. der Ausübung grenzüberschreitender Mobilität.

Ebenso wie für den Aufnahmestaat stellt sich aber auch für den Herkunftsstaat die Frage nach dem Umfang der Überprüfung seines nationalen Rechts am Maßstab der Grundfreiheiten einerseits und seiner verbleibenden rechtspolitischen Gestaltungsautonomie andererseits. Diese Frage lässt sich beantworten, wenn man sich vor Augen führt, dass das für die Interpretation der Grundfreiheiten maßgebliche Prinzip der gegenseitigen Anerkennung eine doppelte Funktion hat: Es gewährleistet nicht nur die Verkehrsfähigkeit von Waren sowie die Mobilität von natürlichen Personen und Gesellschaften im Binnenmarkt, sondern löst darüber hinaus einen die Verkehrsfähigkeit von Produkten und die Mobilität von natürlichen Personen und Gesell-

⁵ EuGH, Urteil vom 27.9.1988 – Rs. 81/87 (*Daily Mail*), Slg. 1988, 5483, Rn. 23; EuGH, Urteil vom 16.12.2008 – Rs. C-210/06 (*Cartesio*), Slg. 2008, I – 9641, Rn. 107.

schaften hemmenden Kompetenzkonflikt. Dieser Kompetenzkonflikt resultiert daraus, dass in grenzüberschreitenden Sachverhalten zwei Mitgliedstaaten potentiell den Anspruch erheben, die für das Produkt, den Beruf oder die Konfiguration einer Gesellschaft maßgeblichen Qualifikationsstandards zu definieren: Der Herkunftsstaat deshalb, weil ein bestimmtes Produkt innerhalb seines Territoriums hergestellt und erstmals in den Verkehr gebracht wird bzw. eine natürliche Person ihre berufliche Qualifikation innerhalb seines Territoriums erwirbt oder eine Gesellschaft ursprünglich nach seinem nationalen Recht gegründet wurde; der Aufnahmestaat deshalb, weil in Folge des Grenzübertritts das Produkt im Aufnahmestaat in den Verkehr gebracht wird bzw. eine natürliche Person dort ihren Beruf ausübt und eine Gesellschaft dort ihre Tätigkeit entfaltet. Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung löst diesen Kompetenzkonflikt dadurch auf, dass es die Zuständigkeit für die Definition und die Durchsetzung von Qualifikationsstandards ausschließlich dem Herkunftsstaat zuweist. Es bewirkt, dass die Befugnis des Aufnahmestaates, grundsätzlich die innerhalb seines Territoriums zu erfüllenden Qualifikationsstandards zu definieren, in grenzüberschreitenden Sachverhalten gegenüber der entsprechenden, zeitlich vorgelagerten Befugnis des Herkunftsstaates zurücktritt. Die Definition und Durchsetzung von Qualifikationsstandards durch den Herkunftsstaat wirkt vielmehr im Aufnahmestaat fort. Diese horizontale Kompetenzzuweisung an den Herkunftsstaat hat zur Konsequenz, dass der Herkunftsstaat Qualifikationsstandards autonom definieren kann, ohne dass diese am Maßstab der Grundfreiheiten überprüfbar sind. Die Definitionsautonomie des Herkunftsstaates ist dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung inhärent. Von *gegenseitiger* Anerkennung zwischen den Mitgliedstaaten kann man nur dann sprechen, wenn jeder Mitgliedstaat in seinem eigenen Regelungsbereich Autonomie beanspruchen kann. Kein Mitgliedstaat wäre zur Anerkennung der Qualifikationsstandards anderer Mitgliedstaaten bereit, wenn er sich nicht zugleich der Anerkennung seiner eigenen Qualifikationsstandards durch die anderen Mitgliedstaaten gewiss sein könnte. Die Autonomie der Mitgliedstaaten, in ihrer Eigenschaft als Herkunftsstaat Qualifikationsstandards zu definieren, ist daher die ungeschriebene Prämisse der Anerkennung der Qualifikationsstandards anderer Mitgliedstaaten; zwischen der Anerkennungspflicht des Aufnahmestaates und der Definitionsautonomie des Herkunftsstaates besteht eine intrinsische Reziprozität.

Im Bereich der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie der Arbeitnehmerfreizügigkeit natürlicher Personen besteht die Autonomie des Herkunftsstaates insbesondere darin, die Voraussetzungen für den Erwerb einer bestimmten beruflichen Qualifikation nach seinem nationalen Recht zu definieren. Im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist insoweit etwa an die Anforderungen an die Zulassung bestimmter Finanzinstrumente zum Handel an den nationalen Kapitalmärkten des Herkunftsstaates zu denken.

Für den Bereich der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften hat der EuGH die Autonomie des Herkunftsstaates zur Definition gesellschaftsrechtlicher Qualifikationsstandards bereits 1988 in seiner Daily-Mail-Entscheidung näher konturiert: Demnach werden Gesellschaften beim (aus damaliger Sicht) derzeitigen (und insoweit bis heute nicht überholten) Stand des Gemeinschaftsrechts aufgrund einer nationalen Rechtsordnung gegründet und haben jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, keine Realität.⁶ Diese in der auf die Formulierung von Theorien fokussierten deutschen Literatur plakativ

⁶ EuGH, Urteil vom 27.9.1988 – Rs. 81/87 (Daily Mail), Slg. 1988, 5483, Rn. 19.

als „Geschöpftheorie“ bezeichnete Erkenntnis hat der EuGH in den Entscheidungen *Cartesio* und *National Grid Indus* entgegen zahlreicher Prognosen im Schrifttum bestätigt.⁷ In seiner Eigenschaft als Herkunftsstaat ist demnach jeder Mitgliedstaat autonom darin, die Qualifikationsstandards zu definieren, die eine Gesellschaft erfüllen muss, damit sie als Gesellschaft nach seinem nationalen Recht „in den Verkehr gebracht“ und „im Verkehr belassen“ werden, d.h. gegründet werden und fortbestehen kann. Erfüllt eine Gesellschaft die Voraussetzungen nicht, die der Herkunftsstaat für die Gründung von Gesellschaften in einer bestimmten Rechtsform formuliert, kann der Herkunftsstaat bereits ihre Entstehung nach seinem nationalen Recht verweigern; entfällt nachträglich eine der maßgeblichen Voraussetzungen, kann er ihr die ursprünglich verliehene Rechtsform wieder entziehen. Da zu den gesellschaftsrechtlichen Qualifikationsstandards auch die Anforderungen an die Lokalisierung des Gesellschaftssitzes zählen, kann der Herkunftsstaat die Gründung einer Gesellschaft, deren Sitz sich von Anfang an im Ausland befindet, verweigern und die nachträgliche Verlegung des Sitzes ins Ausland mit dem Entzug der Rechtsform sanktionieren.

VI. Beschränkung der Definitionsautonomie: Die Behandlung von Rahmenbedingungen

Der Herkunftsstaat ist befugt, autonom die Qualifikationsstandards zu definieren, denen eine Ware genügen muss, um in den Verkehr gebracht werden zu können. Er kann aber den Export einer Ware, die diesen Qualifikationsstandards genügt, nicht verbieten: Art. 35 AEUV untersagt ausdrücklich mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung. In den Worten der *Keck*-Entscheidung: Die Autonomie des Herkunftsstaates beschränkt sich auf den Erlass produktbezogener Vorschriften; vertriebsbezogene Vorschriften des Herkunftsstaates („Verkaufsmodalitäten“) sind – vorausgesetzt, sie weisen einen grenzüberschreitenden Bezug auf – am Maßstab des freien Warenverkehrs überprüfbar. Ebenso wenig darf der Herkunftsstaat mit Blick auf die grenzüberschreitende Erwerbstätigkeit natürlicher Personen die praktische Ausübung einer im Inland erworbenen Qualifikation im Ausland verbieten oder die Auslandstätigkeit Bedingungen unterwerfen, die sie weniger attraktiv machen. In beiden Fällen läge eine Beschränkung der jeweils betroffenen Grundfreiheit – Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit oder Arbeitnehmerfreizügigkeit – vor.

Mit Blick auf die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften hat der EuGH unlängst ebenfalls geurteilt, dass Vorschriften des Herkunftsstaates am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu überprüfen sind, die lediglich Rahmenbedingungen einer rechtsformwahrenden Verlegung des Gesellschaftssitzes in einen anderen Mitgliedstaat statuieren, ohne der Gesellschaft aber in Folge des Wegzugs ihre ursprüngliche Rechtsform zu entziehen und auf diese Weise ihre Qualifikation als Gesellschaft zu revidieren. In der Rechtssache *National Grid Indus* ging es um die Vereinbarkeit einer Bestimmung des niederländischen Steuerrechts mit der Niederlassungsfreiheit. Diese sah im Falle einer Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat die sofortige Versteuerung der stillen Reserven der Gesellschaft in den Niederlanden vor. Die Sitzverlegung hatte aber keine Auswirkungen auf die Eigenschaft der betroffenen Gesellschaft als solche niederländischen Rechts. Folgerichtig stellte der EuGH daher fest, eine grenzüberschreitende Sitzverlegung habe nach niederländischem Recht keine Auswirkungen auf die Befugnis der Gesellschaft, sich auf die Niederlassungsfreiheit zu beru-

⁷ EuGH, Urteil vom 16.12.2008 – Rs. C-210/06 (*Cartesio*), Slg. 2008, I – 9641, Rn. 104; EuGH, Urteil vom 29.11.2011 – Rs. C-371/10 (*National Grid Indus*), NZG 2012, 114, Rn. 26.

fen. Relativ knapp wird sodann das Vorliegen einer Beschränkung begründet, die auch nicht durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt sei.⁸

Diese Argumentation macht deutlich, dass der EuGH den Sachverhalt, der dem Fall Daily Mail zugrunde lag, heute anders beurteilen würde. Denn ebenso wie im Fall National Grid Indus war es auch im Fall Daily Mail nicht ein gesellschaftsrechtlicher Qualifikationsstandard, der einer Verlegung des Sitzes der Geschäftsleitung von Daily Mail in die Niederlande entgegenstand, sondern es ging um eine Bestimmung auf der Ebene des britischen Steuerrechts. Danach war eine Sitzverlegung an die Bedingung geknüpft, dass das britische Finanzministerium seine Zustimmung erteilte; der Eintritt dieser Bedingung konnte durch eine Versteuerung der stillen Reserven in Großbritannien herbeigeführt werden. Der Zustimmungsvorbehalt ist ebenso wie die streitgegenständliche Regelung im Falle National Grid Indus als Rahmenbedingung der Niederlassung einzustufen, die nach der heutigen Dogmatik der Niederlassungsfreiheit als Beschränkung anzusehen wäre und einer unionsrechtlichen Rechtfertigung kaum standhalten würde.

Die Autonomie des Herkunftsstaates verhält sich demnach spiegelbildlich zur Anerkennungspflicht des Aufnahmestaates („umgekehrter Keck-Fall“): Während die Anwendung produktbezogener Qualifikationsstandards des Aufnahmestaates auf Waren, Dienstleistungserbringer oder Gesellschaften eine Beschränkung darstellt, sind Rahmenbedingungen des Aufnahmestaates, die für inländische und ausländische Marktteilnehmer gleichermaßen gelten, nicht am Maßstab des Beschränkungsverbots überprüfbar; insoweit besteht also eine Definitionsautonomie des Aufnahmestaates, der ausschließlich durch das Diskriminierungsverbot Grenzen gezogen werden. Ebenso, wie für den Bereich der produktbezogenen Qualifikationsstandards eine horizontale Kompetenzzuweisung an den Herkunftsstaat festgestellt werden kann, kann man daher im Bereich der Rahmenbedingungen von einer horizontalen Kompetenzzuweisung an den Aufnahmestaat sprechen.

VII. Schlussfolgerung: Grundfreiheiten als „Kompetenzzuweisungsnormen“ für die Definition von Qualifikationsstandards und Rahmenbedingungen

Sowohl im Hinblick auf die Normierung von Qualifikationsstandards als auch von Rahmenbedingungen sind rechtspolitische Gestaltungsautonomie einerseits und unionsrechtlich begründete Anerkennungspflicht wechselseitig bedingt. In ihrer Eigenschaft als Herkunftsstaaten sind die Mitgliedstaaten autonom in der Definition von Qualifikationsstandards, haben aber als Aufnahmestaaten die Qualifikationsstandards der übrigen Mitgliedstaaten grundsätzlich als funktionsäquivalent anzuerkennen. In ihrer Eigenschaft als Aufnahmestaaten sind die Mitgliedstaaten autonom darin, Rahmenbedingungen für grenzüberschreitende Aktivitäten mit Binnenmarktbezug auf ihrem Territorium zu definieren; sofern eine Ware, ein Dienstleistungserbringer oder eine durch das eigene nationale Recht konfigurierte Gesellschaft aber ihr Territorium verlässt, dürfen sie als Herkunftsstaaten die Attraktivität des Grenzübertritts nicht durch rechtliche Rahmenbedingungen mindern. Die Grundfreiheiten lassen sich auf diese Weise als „Kompetenzzuweisungsnormen“ interpretieren: Sie weisen im grenzüberschreitenden Kontext dem Herkunftsstaat die Kompetenz zur Definition und Durchsetzung von Quali-

⁸ EuGH, Urteil vom 29.11.2011 – Rs. C-371/10 (National Grid Indus), NZG 2012, 114; siehe mit identischer Argumentation EuGH, Urteil vom 6.9.2012 – Rs. C-38/10 (Kommission/Portugal), ZIP 2012, 1801.

fiktionsstandards zu (insoweit gilt das Herkunftsstaatsprinzip) und dem Aufnahmestaat die Kompetenz zur Definition und Durchsetzung von Rahmenbedingungen (insoweit gilt das Bestimmungsstaatsprinzip). Wenden die Mitgliedstaaten im Zuständigkeitsbereich eines anderen Mitgliedstaates die Bestimmungen ihres eigenen nationalen Rechts an, so liegt darin eine Beschränkung der jeweils betroffenen Grundfreiheit, die der unionsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Handeln die Mitgliedstaaten dagegen im Rahmen ihrer so verstandenen Zuständigkeit, sind sie – wie der EuGH in Keck klar zum Ausdruck bringt – allein an den Grundsatz der Inländerbehandlung (Diskriminierungsverbot) gebunden.

VIII. Die Anerkennungspflicht und das Recht zum formwechselnden Wegzug

In seiner Cartesio-Entscheidung führt der EuGH aus, dass die rechtsformwahrende Verlegung des Gesellschaftssitzes in einen anderen Mitgliedstaat von dem Fall zu unterscheiden sei, dass eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat unter Änderung des nationalen Rechts verlegt und dabei in eine dem nationalen Rechts des Aufnahmestaates unterliegende Gesellschaftsform umgewandelt wird. In diesem Falle könne die gesellschaftsrechtliche Anknüpfungsautonomie des Herkunftsstaates insbesondere nicht rechtfertigen, dass er die Gesellschaft dadurch, dass er ihre Auflösung und Liquidation verlangt, daran hindert, sich in eine Gesellschaft nach dem nationalen Recht des Aufnahmestaates umzuwandeln, soweit dies nach diesem Recht möglich ist. Ein solches Hemmnis für die tatsächliche Umwandlung, ohne vorherige Auflösung und Liquidation, einer solchen Gesellschaft in eine Gesellschaft des nationalen Rechts des Aufnahmestaates stelle eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der betreffenden Gesellschaft dar, die, wenn sie nicht zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht, nach Art. 49 AEUV verboten ist.⁹

Diese Aussage ist auf den ersten Blick überraschend, scheint sie doch einen zumindest partiellen Paradigmenwechsel zum Herkunfts- zum Bestimmungslandsprinzip anzudeuten. Eine solche Schlussfolgerung wäre indes verfehlt: Auch das Recht auf formwechselnden Wegzug lässt sich kohärent aus dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ableiten. Aus Sicht des Herkunftsstaates gelangt durch den grenzüberschreitenden Formwechsel eine neue Gesellschaft nach dem Recht des Aufnahmestaates zur Entstehung. Der Gründungsvorgang wird durch den Umwandlungsvorgang als Anknüpfungstatbestand für die Existenz einer Gesellschaft nach dem nationalen Recht des Aufnahmestaates ersetzt. Der Aufnahmestaat wird dabei zum neuen Herkunftsstaat der Gesellschaft und kann als solcher die gesellschaftsrechtlichen Qualifikationsstandards definieren, die für die Entstehung und den Fortbestand der Gesellschaft in einer Rechtsform seines nationalen Rechts erfüllt sein müssen. Der EuGH hat in der Entscheidung Vale¹⁰ klar herausgearbeitet, dass in Folge des grenzüberschreitenden Formwechsels die Zuständigkeit für die Definition gesellschaftsrechtlicher Qualifikationsstandards von dem Ursprungsstaat, nach dessen nationalem Recht die Gesellschaft ursprünglich gegründet wurde, auf den Aufnahmestaat übergeht. Die Gesellschaft kann den grenzüberschreitenden Formwechsel durchführen, weil und wenn sie die gesellschaftsrechtlichen Qualifikationsstandards des Aufnahmestaates erfüllt. Ist dies der Fall, hat der Ursprungsstaat die Entstehung der Gesellschaft nach dem nationalen Recht des Aufnahmestaates anzuerkennen, darf also den formwechselnden Wegzug nicht behindern. Bringt er gleichwohl weiterhin seine

⁹ EuGH, Urteil vom 16.12.2008 – Rs. C-210/06 (Cartesio), Slg. 2008, I – 9641, Rn. 111 ff.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 12.7.2012 – Rs. C-378/10 (Vale), Slg. 2012, NZG 2012, 871.

eigenen gesellschaftsrechtlichen Qualifikationsstandards auf die Gesellschaft zur Anwendung, liegt darin eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung ihrer Niederlassungsfreiheit. Auf seine eigene gesellschaftsrechtliche Anknüpfungsautonomie kann sich der Ursprungsstaat nur solange berufen, wie sich die Gesellschaft nach seinem nationalen Recht organisiert.