

SCHRIFTEN ZUM
WIRTSCHAFTS- UND
MEDIENRECHT,
STEUERRECHT UND
ZIVILPROZESSRECHT

Herausgegeben von Jürgen Costede
und Gerald Spindler

Band 41

Kirsa Steinke

Die Übertragbarkeit
der *Keck*-
Rechtsprechung
des EuGH auf die
Niederlassungsfreiheit



PETER LANG Internationaler Verlag der Wissenschaften

Einleitung

Der Warenverkehrsfreiheit als „Pionierfreiheit“ kam bereits frühzeitig eine Vorreiterrolle bei der Entwicklung der Grundfreiheiten zu.¹ Auf dieser aufbauend, wurde in den letzten Jahren im Schrifttum versucht, auf der Basis allgemeiner Konvergenzerwägungen eine einheitliche Dogmatik der Grundfreiheiten zu erarbeiten.² Hierbei stellte sich auch die Frage, ob und inwieweit die *Keck*-Rechtsprechung³ des EuGH im Rahmen des freien Warenverkehrs auf die anderen Grundfreiheiten anzuwenden ist. Probleme bereitet eine solche Übertragung bisher ersichtlich bei der Niederlassungsfreiheit, deren Reichweite nach wie vor nicht scharf umrissen ist. Ungeklärt ist noch immer, ob der Angehörige bzw. das Unternehmen eines Mitgliedstaates, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen, dort den Vorschriften des Berufs- und Gewerberechts, Gesellschafts- und Steuerrecht in vollem Umfang unterworfen sind.⁴ Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich daher mit der Untersuchung eines Teilaspekts einer sinnvollen Begrenzung der Reichweite der Niederlassungsfreiheit, die insbesondere in der gesellschaftsrechtlichen Literatur jüngst immer wieder aufgeworfen wurde: Der Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung auf die Niederlassungsfreiheit. Die bereits durch die Entscheidungen *Daily Mail*,⁵ *Centros*,⁶ *Überseering*⁷ und *Inspire Art*⁸ wiederholt im wissenschaftlichen Diskurs stehenden Fragen der Rechtssubjektivität von Gesellschaften nach grenzüberschreitender Gründung und Sitzverlagerung (d.h. inwieweit Scheinauslandsgesellschaften in das nationale Recht einzupassen sind; ob die Sitztheorie nach wie vor gilt; wie der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Gesellschaftsrecht europaweit voranschreitet

-
- 1 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 28 – 30 Rn. 1; *Oliver/Roth*, CMLR 2004, 407, 439.
 - 2 *Feiden*, Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung, 2003; *Schultz*, Verhältnis von Gemeinschaftsgrundrechten und Grundfreiheiten des EGV, 2005; *Brigola*, Einfluss der Grundfreiheiten, 2003; *Schimming*, Konvergenz der Grundfreiheiten des EGV, 2002; *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten, 1999; *Gebauer*, Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte, 2004; *Hoffmann*, Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2000; *Plötscher*, Begriff der Diskriminierung, 2003; *Mühl*, Diskriminierung und Beschränkung, 2004; *Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, 2001; insbesondere das umfassende Werk von *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, 2005, hat hierfür einen wichtigen Beitrag geleistet.
 - 3 EuGH, Rs. C-267 u. 268/91, *Keck*, Slg. 1993, I-6097.
 - 4 S. hierzu die monographischen Bearbeitungen von *Schnichels*, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, 1995; *Nachbaur*, Niederlassungsfreiheit, 1999; *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, 2000.
 - 5 EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483; s. jüngst zur Bekräftigung von *Daily Mail* EuGH, Rs. 210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-0000.
 - 6 EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459.
 - 7 EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919.
 - 8 EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155.

und wie die Gläubiger nach *Inspire Art*⁹ im nationalen Recht bestmöglich zu schützen sind) wurden in der Literatur bereits des öfteren behandelt und sind daher schwerpunktmäßig nicht Gegenstand dieser Arbeit. Zur Neuregelung des Internationalen Gesellschaftsrecht in Deutschland wurde jüngst auch ein Referentenentwurf vorgelegt, dessen Inkrafttreten aber noch aussteht und nicht abzuschätzen ist.¹⁰

Auch zu der Entscheidung *Keck* selbst ist bereits umfangreiche Literatur erschienen,¹¹ eine Präzisierung durch die *DocMorris*-Entscheidung¹² jedoch bislang weitgehend unberücksichtigt geblieben. Selbst wenn eine gute monographische Bearbeitung der *Keck*-Formel ohne ordentliche EuGH-Schelte scheinbar nicht auszukommen scheint, ist diese letztlich doch als ständige Rechtsprechung zu akzeptieren. Dieser Streit birgt zu wenig Neues, als dass sich im Rahmen dieser Untersuchung hieran noch beteiligt werden soll. Die *Keck*-Formel ist daher zumindest im freien Warenverkehr als feststehende Rechtsprechung hinzunehmen. Der Beitrag konzentriert sich hingegen auf die Frage, inwiefern diese Rechtsprechung auf die Niederlassungsfreiheit übertragbar ist. Hierbei werden insbesondere die bisherigen von der Literatur vorgestellten Konzepte analysiert. (Nur) scheinbar geklärt ist dabei, dass auch die *Keck*-Formel im Rahmen der Niederlassungsfreiheit Anwendung findet. Dennoch geht jedenfalls das überwiegende Schrifttum hiervon aus und insbesondere gesellschaftsrechtliche Vertreter greifen größtenteils ohne nähere Begründung auf die in *Keck* vorgenom-

9 EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155; s. auch jüngst aus der EuGH-Rechtsprechung EuGH, Rs. C-210/06, *Cartesio*, Slg. 2008, I-0000 Rn. 99 ff.

10 Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, abrufbar im Internet unter http://www.gmbhr.de/heft/03_08/IntPrivRG_RefEntw.pdf (zuletzt abgerufen am 20.03.2009), der ganz wesentlich auf Vorarbeiten der Spezialkommission „Internationales Gesellschaftsrecht“ des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht beruht, die vom Bundesministerium für Justiz eingesetzt wurde und die Gründungstheorie normiert; s. *Sonnenberger* (Hrsg.), Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrecht, 2007, passim; s. hierzu auch die Vorarbeiten des Vorschlages des deutschen Rates für IPR für Regelung des Internationalen Gesellschaftsrecht vom 2.3.2006 hinsichtlich einer Regelung des Internationalen Gesellschaftsrechts unter Beachtung der Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) für Gesellschaften nach Rechtsunsicherheit durch EuGH „Überseering, Centros, Inspire Art“; *Sonnenberger/Bauer*, RIW 2006, Beilage 1 zu Heft 4, S. 1 ff.; zum RefE s. *Knof/Mock*, GmbHR 2008, R 65 f.; *Altenhain/Wietz*, NZG 2008, 569 ff.; *Clausnitzer*, DNotZ 2008, 484 ff.; *Köster*, ZRP 2008, 214 ff.

11 Monographisch s. *Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr, 1998; *Feiden*, Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung, 2003; *Keßler*, System der Warenverkehrsfreiheit, 1997; *Hödl*, Verkaufsbehindernde Maßnahmen, 1997; *Füller*, Grundlagen und inhaltliche Reichweite der Warenverkehrsfreiheiten, 2000.

12 EuGH, Rs. C-322/01, *DocMorris*, Slg. 2003, I-14887.

mene Differenzierung zurück.¹³ Auftrieb bekommt die entsprechende Anwendung zudem durch die spätestens seit *Inspire Art*¹⁴ heiß diskutierte Frage der verbliebenen Gläubigerschutzmöglichkeiten im nationalen Recht. Eine derart ungezwungene Tendenz, ohne Problembewusstsein von einer analogen Anwendung von *Keck* auf die Niederlassungsfreiheit auszugehen, macht sich jüngst sogar in der Instanzenrechtsprechung zur Vereinbarkeit nationaler Normen mit Art. 43, 48 EG bemerkbar.¹⁵ In dem bisherigen Streitstand haben sich hierbei aber einige Ungenauigkeiten eingeschlichen: So wird *Keck* z.T. ohne profunde Auseinandersetzung mit der Grundformel aus Art. 28 EG übertragen¹⁶ oder diese auch nur verkürzt und daher unvollkommen wiedergegeben.¹⁷

Der EuGH hat sich hingegen – anders als oft zu Unrecht im Schrifttum angenommen – zumindest im Bereich der Niederlassungsfreiheit zu einer Anwendbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung noch nicht geäußert. Eine Übertragung ist zwar bei der Dienstleistungsfreiheit in der Entscheidung *Alpine Investments*,¹⁸ bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit in dem *Bosman*-Urteil¹⁹ und bei der Kapitalverkehrsfreiheit in den Urteilen *Kommission/Spanien*²⁰ und *Kommission/Vereinigtes Königreich*²¹ angeklungen. Jedoch hatte der Gerichtshof eine Anwendung im Bereich der Niederlassungsfreiheit – die sich von den anderen Grundfreiheiten durch eine dauerhafte Integration in die Rechtsordnung des Bestimmungslandes unterscheidet – in den Entscheidungen *Semeraro*²² und *Pfeiffer/Löwa*²³ (bewusst?) unterlassen.²⁴ Bei einer Rechtsprechungsanalyse ist allerdings mit Bedacht vorzugehen, denn die Ausführungen des EuGH sind durch ihre Einzelfallbezogenheit naturgemäß nicht als klare dogmatische Analyse oder Festlegung angelegt und daher dogmatisch wie textlich oft unterschiedlich deut-

-
- 13 Nach *Mülbert/Schmolke*, ZVgRWiss 100 (2001), 233, 241 Fn. 33 ist die Anwendung von *Keck* auf Art. 43, 48 EG „allgemein anerkannt“; s. auch *Sester*, ZGR 2006, 1, 35 nach dem die Übertragung „vor allem in der Entscheidung *Inspire Art* auf die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen“ sogar bereits durch den EuGH persönlich erfolgt ist.
 - 14 EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, 10234 Rn. 135.
 - 15 So jedenfalls VG Darmstadt ZIP 2006, 2273, 2274 zur IHK-Pflichtmitgliedschaft einer englischen Limited mit Niederlassung in Deutschland; s. auch LG Kiel GmbHR 2006, 710, 712 zur Insolvenzverschleppungshaftung.
 - 16 So wählt etwa *Unzicker*, Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften, 2004, S. 72 ff. ein fehlerhaftes Differenzierungskriterium.
 - 17 S. etwa *Brand*, JR 2004, 89, 93.
 - 18 EuGH, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141.
 - 19 EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921.
 - 20 EuGH, Rs. C-463/00, *Kommission/Spanien*, Slg. 2003, I-4581.
 - 21 EuGH, Rs. C-98/01, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg. 2003, I-4641.
 - 22 EuGH, Rs. C-418/93, *Semeraro*, Slg. 1996, I-2975.
 - 23 EuGH, Rs. C-255/97, *Pfeiffer/Löwa*, Slg. 1999, I-2835.
 - 24 S. auch *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), vor Art. 39 bis 55 Rn. 110.

bar.²⁵ Der Gerichtshof besticht in seinen Entscheidungen zudem nicht durch die, dem deutschen Recht immanente, dogmatische Sichtweise, sondern wird durch Case-Law geprägt, das sich im komplexen Feld des supranationalen Wirtschaftsrechts orientiert und derzeit 27 (!) nationalen Rechtssystemen gerecht werden muss.²⁶ Auch wenn er die für die konkrete Entscheidung tragenden Gründe nennt, muss diesen nicht notwendigerweise ein dogmatisches Konzept zugrunde liegen, welches eine Übertragbarkeit von Ergebnissen auf andere Fälle erlaubt. Besondere Brisanz erlangt die Diskussion zudem durch die zahlreichen kritischen Äußerungen der Generalanwälte vor dem EuGH hinsichtlich einer Übertragbarkeit von *Keck*,²⁷ wie jüngst auch wieder die Stellungnahme von *GA Maduro*²⁸ zeigt. Die Thematik zeigt sich daher als interessante Verknüpfung zwischen der eher dogmatisch orientierten europarechtlichen und der gesellschaftsrechtlichen Literatur, die stärker einzelfallbezogen argumentiert. Leider ist hierbei die Tendenz zu beobachten, dass vor allem das gesellschaftsrechtliche Schrifttum aus Gründen der Bewahrung des deutschen Gläubigerschutzes dazu neigt, wenig dogmatisch und vorschnell für eine analoge Anwendung von *Keck* zu plädieren, ohne jedoch eine entsprechend durchdachte, in sich konsistente und praxistaugliche Fallgruppensystematik zu entwerfen. Dies gipfelt sogar in der Kreation eigener Begrifflichkeiten wie dem sog. „Vier-Konditionen-Test“²⁹

-
- 25 S. hierzu *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 43 Fn. 156; *Kieninger*, ZGR 1999, 724, 725.
- 26 S. auch *Forsthoff*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, S. 60, 78 f.; zu einer ausführlichen Methodikanalyse der EuGH-Rechtsprechung s. *Dederichs*, EuR 2004, 345 ff.
- 27 Schlussanträge der *GA Fenelly*, Rs. C-190/98, *Graf*, Slg. 2000, I-493, 501 f. Rn. 19 f.; *GA Stix-Hackl*, Rs. C-36/02, *Laserdrome*, Slg. 2004, I-9609, 9619 f. Rn. 34 ff.; *GA Maduro*, Rs. C-158 u. 159/04, *Vassilopoulos/Marinopoulos*, Slg. 2006, I-8137, 8144 Rn. 24 ff., 8151 Rn. 50; *GA Jacobs*, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141, 1159 Rn. 60 f.; s. auch *GA Jacobs*, Rs. 412/93, *Leclerc-Siplec*, Slg. 1995, I-182, 194 f. Rn. 38 ff.
- 28 Schlussanträge des *GA Maduro*, Rs. C-158 u. 159/04, *Vassilopoulos/Marinopoulos*, Slg. 2006, I-8137, 8144 Rn. 24 ff., 8151 Rn. 50.
- 29 S. nur *Unzicker*, Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften, 2004, S. 101; *Koch*, JuS 2004, 755, 756; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 666; *Ungan*, ZVgIRWiss 2005, 355, 364; *Sandrock*, EWS 2005, 529, 530; *Schinköth*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften, 2005, S. 18, 80 ff.; *Bitter*, in: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, 2004, S. 299, 314; *ders.*, WM 2004, 2190, 2193; *Kindler*, in: MünchKommBGB, Bd. 11, IntGesR, S. 50 Rn. 104, S. 55 Rn. 110: „den schon aus Centros bekannten Vier-Konditionen-Test“; *Ebke*, EBLR 2005, 9, 11: „for-factor-test“; *ders.*, JZ 2003, 927, 931; *Ulmer*, KTS 2004, 291, 292: „Vier-Kriterien-Test“; *Fleischer*, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 49, 102 f.; *Altmeppen*, in: MünchKommAktG, Bd. 9/2, Europ. Niederlassungsfreiheit, I. Kapitel, Rn. 82; *ders.*, in: FS für Röhrich, 2005, S. 3, 14; völlig verkannte RF-Prüfung durch Vermischung von zwingenden Erfordernissen und Art. 46 bei *Hoffmann*, in: Sandrock/Wetzler (Hrsg.), Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnun-

für die Niederlassungsfreiheit, ohne dabei zu bedenken, dass eine derartige Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Grundfreiheiten bereits seit dem grundlegenden Urteil *Cassis-de-Dijon*³⁰ zum freien Warenverkehr Allgemeingültigkeit erlangte und besondere Spezifika für die Art. 43, 48 EG hiermit nicht verbunden sind.

Diese Arbeit soll daher das dargestellte Problem aus dogmatischer europarechtlicher Sichtweise und nicht aus einzelfallbezogener Rechtsprechung behandeln und sich mit der Möglichkeit einer Übertragung von *Keck* auf die Niederlassungsfreiheit befassen. Eine einheitliche Betrachtung darf jedoch, so lehrreich sie auch sein mag, nicht dazu führen, vorschnell Erkenntnisse aus dem einen auf den anderen Bereich zu übertragen.³¹ Von der Rechtsprechung des EuGH sind indes auch künftig kaum „Zauberformeln“ zu erwarten, die eine einheitliche Entwicklung der Grundfreiheiten vorantreiben.

gen, S. 227, 261 f.; richtig aber *K. Schmidt*, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 15, 23: „läuft auf eine differenzierte VHM-Prüfung hinaus“.

30 EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649.

31 So ausdrücklich auch der ehemalige Richter am EuGH *Everling*, in: GS für Knobbe-Keuk, 1997, S. 607, 617.