

Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften in Europa: Gläubigerschutz in Gefahr?

Thesen

1. Die kollisionsrechtliche Einordnung bestimmter Haftungsregeln ist für die Frage der europarechtlichen Zulässigkeit ihrer Anwendung auf EG-Auslandsgesellschaften im Grundsatz ohne Bedeutung. Entscheidend ist allein, ob die nationale kollisions- und sachrechtliche Behandlung EG-ausländischer Kapitalgesellschaften gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. Selbst im Anwendungsbereich der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO) ist die Anwendung deutschen Insolvenzrechts auf ausländische Gesellschaften am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu messen.
2. Je weniger die Anwendung einer nationalen Vorschrift die Niederlassungsfreiheit beschränkt, desto geringer sind die Anforderungen an die Rechtfertigung. Das „System fließender Übergänge“ reicht von der Anwendung allgemeinen Verkehrsrechts, die nach Maßgabe der *Keck*-Rechtsprechung schon keine Beschränkung begründet, über die leicht zu rechtfertigenden Beschränkungen der Tätigkeitsausübung bis hin zu den selten zu rechtfertigenden absoluten Zutrittsschranken.
3. Es ist zwischen einem spezifischen und einem unspezifischen Missbrauch von Gemeinschaftsrecht zu unterscheiden. Ein spezifischer Missbrauch liegt vor, wenn ein Sachverhalt geschaffen wird, der formal den Tatbestand der europäischen Norm erfüllt, aber nach Sinn und Zweck der Norm davon nicht erfasst wird (insbesondere U-Turn-Konstruktionen). In diesem Fall ist eine ungeschriebene Grenze der Grundfreiheiten zu bestimmen. Ein unspezifischer Missbrauch von Gemeinschaftsrecht liegt demgegenüber vor, wenn die Anwendung einer nationalen Regelung – z.B. einer nationalen Missbrauchsregelung – europarechtlich gerechtfertigt ist und sich der Betroffene gegenüber dieser Anwendung auf die Grundfreiheit beruft.
4. Einen spezifischen Missbrauch im Sinne der U-Turn-Konstruktionen lehnt die EuGH-Rechtsprechung hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit ab. Da der unspezifische Missbrauch jedoch nur in das allgemeine System der Rechtfertigung zurückführt, erledigt sich für die Niederlassungsfreiheit die Differenzierung zwischen dem Missbrauch einerseits und der allgemeinen Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ andererseits.

5. Das für die Warenverkehrsfreiheit entwickelte Herkunftslandprinzip lässt sich nicht unbe-
sehen auf die Niederlassungsfreiheit übertragen. Um Probleme der praktischen Rechts-
durchsetzung zulasten der Gläubiger zu vermeiden, ist die Anwendung des Inlandsrechts
durch inländische Instanzen weitergehend als bei der Warenverkehrsfreiheit zuzulassen.
6. Zwischen Mindestkapital und Kapitalerhaltung ist zu trennen. Offene und verdeckte
Vermögensausschüttungen an die Gesellschafter nach Unterschreiten der „0-Grenze“
(Überschuldung) sind bei jeder juristischen Person verboten. Die aus dem Wesen der ju-
ristischen Person folgende Pflicht zur Rückgewähr besteht auch bei EG-Auslandsgesell-
schaften.
7. Die Gesellschafter der EG-Auslandsgesellschaft können ohne Verstoß gegen die Nieder-
lassungsfreiheit nach den Grundsätzen der deutschen Durchgriffshaftung in Anspruch ge-
nommen werden. Dies gilt in allen drei Fallgruppen: 1. Vermögensvermischung,
2. Existenzvernichtung durch Vermögensabzug, und 3. Spekulation auf Kosten der Gläu-
biger (Kostenexternalisierung), die insbesondere bei materieller Unterkapitalisierung re-
levant ist. Ein Konflikt mit dem Europarecht lässt sich in der dritten Fallgruppe allerdings
nur vermeiden, wenn bei diesem Durchgriffsfall nach Gläubigergruppen differenziert
wird.
8. Die Anwendung der deutschen Insolvenzsverschleppungshaftung auf EG-Auslandsgesell-
schaften verstößt nicht gegen die Niederlassungsfreiheit.