

**Vorlesung Europarecht II**

Donnertag, den 15. Mai 2003

---

**I. Niederlassungsfreiheit**

Als nächste Grundfreiheit nach der Warenverkehrsfreiheit und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer stelle ich Ihnen die Niederlassungsfreiheit vor. Einschlägig sind die Art. 43 bis 48 EG. Der EuGH ist seit langem der Ansicht, Art. 43 EG sei unmittelbar anwendbar. Es handelt sich mithin um eine Grundfreiheit im Sinne eines Individualrechts.

**1. Verhältnis zu den anderen Grundfreiheiten**

Die Niederlassungsfreiheit ist das Gegenstück zur Arbeitnehmerfreizügigkeit. Nach Art. 43 II EG gibt sie den Staatsangehörigen von EG-Mitgliedstaaten das Recht, in einem anderen EG-Mitgliedstaat eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen und auszuüben sowie Unternehmen zu gründen und zu leiten, dies alles nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen. Die Niederlassungsfreiheit ist, wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit, als Diskriminierungsverbot formuliert, nicht als Beschränkungsverbot. Art. 43 II ähnelt Art. 39 II EG.

Die Gemeinsamkeiten zwischen Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit sind nicht zufällig. Beide Grundfreiheiten stimmen im Kern darin überein, dass ihre Ausübung eine Vollintegration in die Volkswirtschaft eines anderen EG-Mitgliedslandes bewirkt. Das unterscheidet sie von der Warenverkehrs-, der Dienstleistungs- und der Freiheit des Kapital- und des Zahlungsverkehrs. Diese vier weiteren Freiheiten betreffen den grenzüberschreitenden Verkehr, während die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und das Niederlassungsrecht nach einmal erfolgtem Grenzübertritt bedeuten, dass der Inhaber des Rechts innerhalb einer anderen Volkswirtschaft tätig wird. Mit diesem Unterschied

kann man rechtfertigen, dass Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungsverbote formuliert sind und nicht als Beschränkungsverbote. Bei einer Vollintegration sei dem Anliegen des Binnenmarktes durch die Gewährleistung von Inländergleichbehandlung und damit durch ein Diskriminierungsverbot Rechnung getragen. Bei den anderen Grundfreiheiten gebe die Forderung nach Inländergleichbehandlung dagegen weniger Sinn, weil der Inhaber der Grundfreiheit sich nicht in der Rolle eines Inländers befindet; hier komme es auf die Freistellung von Beschränkungen des Grenzübertritts bei fortbestehenden Unterschieden an.

## **2. Inhalt der Niederlassungsfreiheit**

### **a) Persönlicher Schutzbereich**

Vom Niederlassungsrecht profitieren nach Art. 43 I EG die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, wobei Satz 2, im Unterschied zu Satz 1, zusätzlich zur Staatsangehörigkeit die Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat verlangt.

Vom Niederlassungsrecht profitieren weiterhin nach Art. 48 I EG bestimmte erwerbswirtschaftlich tätige Gesellschaften. Die Formulierung von Art. 48 I EG offenbart dabei ein grundsätzliches Problem für die Angleichung des Unternehmensrechts. Dieses Problem schlägt sich in der Formulierung nieder: "... nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, ..." In dieser Formulierung sind zwei gesellschaftsrechtliche Theorien für die Bestimmung der Staatszugehörigkeit eines Unternehmens kombiniert: die Gründungstheorie und die Sitztheorie. Die Sitztheorie bestimmt die Staatszugehörigkeit eines Unternehmens nach seinem tatsächlichen Sitz; die Gründungstheorie stellt dagegen auf die frei wählbare Recht ab, nach dem das Unternehmen gegründet worden ist. Die

Sitztheorie wird in Deutschland oder Frankreich praktiziert, die Gründungstheorie in Großbritannien. Da somit wichtige Mitgliedstaaten der EG in einer fundamentalen Frage des Gesellschaftsrechts divergierende Ansichten haben, muss ein Kompromiss gefunden werden. Bei Art. 48 I EG besteht der Kompromiss darin, dass beide Ansichten kombiniert werden.

Auf der Grundlage von Art. 48 I grenzt Abs. 2 den persönlichen Schutzbereich weiter ein: erfasst sind Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Das letzte Kriterium ist das maßgebende. Den Schutz der Niederlassungsfreiheit genießt nur, wer einen Erwerbszweck verfolgt. Dies gilt nach Art. 55 EG auch für die Dienstleistungsfreiheit. Eine Universität kann sich auf den Schutz beider Freiheiten darum nicht berufen, wohl aber ein Universitätsklinikum.

#### **b) Sachlicher Schutzbereich**

Den Kern des sachlichen Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit bildet gemäß Art. 43 II EG das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat eine dauernde selbstständige Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen wie Inländer auszuüben. Art. 43 II EG gestaltet die Niederlassungsfreiheit als Gleichheitsrecht. Verboten sind Diskriminierungen, wobei auch versteckte Diskriminierungen erfasst werden. Versteckt sind Diskriminierungen, wenn ein anderes Differenzierungsmerkmal gewählt wird als die Staatsangehörigkeit, wenn dieses andere Differenzierungsmerkmal aber so gewählt ist, dass seine Anwendung typischerweise zu einer Benachteiligung von EG-Ausländern führt.

Bei dem Diskriminierungsverbot ist der EuGH jedoch nicht

stehengeblieben. Die Niederlassungsfreiheit wird zusätzlich als Beschränkungsverbot gedeutet. Begonnen hat dies mit der Klopp-Entscheidung des EuGH (Slg. 1984, 2971), die für die Rechtsanwaltschaft in Deutschland grundlegende Bedeutung erlangen sollte. **Sachverhalt:** Herr Klopp war in Deutschland als Rechtsanwalt tätig. Er besaß die notwendige Qualifikation, um sich auch in Frankreich als Rechtsanwalt niederzulassen. Dies sollte in der Weise geschehen, dass zusätzlich zu seiner Kanzlei in Deutschland in Frankreich eine Zweigniederlassung gegründet werden sollte. Dem hielten die französischen Behörden entgegen, dass Anwälte in Frankreich keine Zweigniederlassungen betreiben dürften. Dies gelte für französische wie für EG-ausländische Rechtsanwälte in gleicher Weise und stelle auch keine versteckte Diskriminierung dar, weil von dem Verbot nicht typischerweise EG-ausländische Rechtsanwälte betroffen seien. **Lösung:** Der EuGH musste letzteres konzedieren. Eine Diskriminierung lag nicht vor. Trotzdem sah der EuGH in dem französischen Verbot von anwaltlichen Zweigniederlassungen eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Nicht-diskriminierende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit seien nur zulässig, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt und zur Verwirklichung des verfolgten Zieles geeignet und erforderlich seien. Daran gemessen reiche die Erwägung nicht aus, Zweigniederlassungen seien zum Schutz der Mandanten zu verbieten, weil dort der Kontakt zum Rechtsanwalt erschwert sei. Diese Erwägung habe durch die Entwicklung der modernen Kommunikationsmöglichkeiten ihre Grundlage verloren. Bei der Niederlassungsfreiheit ist damit eine Rechtsprechungsentwicklung festzustellen, die wir auch schon bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit kennengelernt haben. Obwohl Art. 43 II EG als Diskriminierungsverbot formuliert ist, entnimmt der EuGH der Norm auch ein Beschränkungsverbot. Das Beschränkungsverbot wird dabei entsprechend der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit konstruiert.

Die Klopp-Entscheidung sollte erhebliche Auswirkungen auf das Berufsrecht der Rechtsanwälte in Deutschland haben. Bis 1988 galt nämlich als verboten, was heute die Organisation der großen Kanzleien bestimmt: die überörtliche Sozietät. Aus ähnlichen Erwägungen wie in Frankreich die Zweigniederlassung von Rechtsanwälten war in Deutschland in den Standesrichtlinien der Rechtsanwälte die Bildung überörtlicher Rechtsanwaltssozietäten, also von Anwaltssozietäten, die nicht nur einen, sondern mehrere Sitzorte haben, verboten. Dies benachteiligte die deutsche Rechtsanwaltschaft, weil es die Bildung größerer Einheiten erheblich erschwerte. Die Klopp-Entscheidung des EuGH und eine Entscheidung des BVerfG zu den anwaltlichen Standesrichtlinien haben dieses Verbot zu Fall gebracht. Seit 1988 gilt darum auch in Deutschland die Bildung überörtlicher Rechtsanwaltssozietäten als zulässig.

## **2. Schranken und Ausnahmen**

Die Niederlassungsfreiheit steht unter einigen Vorbehalten, die sich teilweise mit dem decken, was wir bei der Warenverkehrsfreiheit und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer schon kennengelernt haben. Gemäß Art. 45 I EG findet die Niederlassungsfreiheit keine Anwendung auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Diese Klausel entspricht Art. 39 IV EG und wird vom EuGH ebenso eng ausgelegt. Die Tätigkeit eines Rechtsanwalts fällt nicht darunter, obwohl § 1 BRAO den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege bezeichnet, wenn auch als ein unabhängiges Organ. Dagegen unterfällt dem Art. 45 I EG die Tätigkeit eines Notars im Hinblick auf sein öffentliches Beurkundungsrecht. Desweiteren sind gemäß Art. 46 I EG Sonderregelungen für Ausländer zulässig, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. So kann auch ein EG-ausländischer

Rechtsanwalt, der in Deutschland niedergelassen ist, unter den strengen Voraussetzungen des § 12 I des Gesetzes über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (AufenthG-EWG) ausgewiesen werden. Nach Art. 45 II EG kann der Rat weitere Ausnahmen von der Niederlassungsfreiheit beschließen. Diese Ermächtigung wurde nie gebraucht. Gleichwohl wird sie im Amsterdamer Vertrag nicht gestrichen.

### 3. Sekundärrecht

Bei der Niederlassungsfreiheit bekommt man es mit einem Problem zu tun, das sich bei der Freizügigkeit der Arbeitnehmer dem Grunde nach zwar auch, aber nicht in diesem Umfang nach stellt. Das Problem besteht in subjektiven Berufszugangsvoraussetzungen des jeweiligen nationalen Rechts. **Beispiel:** Die Niederlassung als Rechtsanwalt setzt in Deutschland ein Zweites Juristisches Staatsexamen voraus. Nimmt man Art. 43 II EG wörtlich, so bedeutet er, dass EG-ausländische Rechtsanwälte sich in Deutschland niederlassen dürfen, wenn sie das Zweite Juristische Staatsexamen absolviert haben. Da dieses Examen am Ende einer Ausbildung steht, die mindestens sieben Jahre dauert, würde die Forderung nach einem Zweiten Juristischen Staatsexamen die Niederlassungsfreiheit für EG-ausländische Rechtsanwälte in Deutschland unattraktiv machen. Um hier Abhilfe zu schaffen, müssen Regeln über die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen erlassen werden. Dieses Problem stellt sich vor allem bei selbstständigen Berufen, die dem Schutzbereich der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit unterfallen, weniger bei unselbstständigen Tätigkeiten aus dem Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die dafür nötigen Rechtsetzungsermächtigungen enthält Art. 47 EG. Für die Dienstleistungsfreiheit wird in Art. 55 EG darauf verwiesen. Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit trifft Art. 40 EG eine

vergleichbare Regelung.

Die beiden ersten Absätze von Art. 47 EG unterscheiden zwei Wege zu diesem Ziel. In Absatz 1 geht es um die Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen (Anerkennungsrichtlinien), in Absatz 2 um die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Antritt und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten (Koordinierungsrichtlinien). Mit dem Erlass einschlägiger Richtlinien war die EG von Branche zu Branche, von Beruf zu Beruf unterschiedlich erfolgreich. Wenig Probleme gibt es in den Bereichen Handel, Handwerk, Industrie und Landwirtschaft. Große Probleme gab es dagegen bei den freien Berufen. Hier war man zunächst der Meinung, man müsse zu einer Angleichung der Ausbildung, des Prüfungswesens und des Berufsrechts kommen (vertikaler Ansatz); dieses ehrgeizige Vorhaben ließ sich nur bei den medizinischen Berufen verwirklichen. Man begnügt sich seit Mitte der 80er Jahre mit der Definition von Mindestanforderungen hinsichtlich der Befähigungsnachweise und verlangt für deren Anerkennung zum Teil eine Mindestdauer praktischer Erfahrung in dem jeweiligen Beruf (horizontaler Ansatz). Dies ist das Konzept der Richtlinie über die allgemeine Regelung der Anerkennung der Hochschuldiplome vom Dezember 1988, die Mindestvoraussetzungen für Hochschuldiplome festlegt und die Mitgliedstaaten zusätzlich ermächtigt, Anpassungslehrgänge oder Eignungsprüfungen vorzuschreiben.

Für den Beruf des Rechtsanwalts ergibt sich auf der Grundlage der Hochschuldiplomrichtlinie, dass die Berufszugangsregelungen der anderen EG-Mitgliedstaaten in Deutschland als grundsätzlich gleichwertig anerkannt werden. Da Recht aber auch heute noch zu einem erheblichen Teil nationales Recht ist und somit die juristischen Ausbildungen in den EG-Mitgliedstaaten beträchtlich voneinander abweichen, dürfen die Mitgliedstaaten entweder einen Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung verlangen.

Deutschland hat sich für eine Eignungsprüfung entschieden, deren Bestehen Voraussetzung für die Zulassung als Rechtsanwalt ist. Vorbereitung und Durchführung dieser Eignungsprüfung liegen in den Händen der Rechtsanwaltskammern und der Justizprüfungsämter. Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Rates vom 21.12.1988 ... für die Berufe des Rechtsanwalts und des Patentanwalts vom 6.7.1990 (BGBl. 1990 I, S. 1349 ff.).

Nicht so strenge Anforderungen gelten, wenn ein EG-ausländischer Rechtsanwalt, etwa ein niederländischer Advocaat, in Deutschland beruflich tätig werden will, ohne sich hier niederzulassen, wenn er etwa einen niederländischen Mandanten, den er in den Niederlanden ohnehin betreut, in Deutschland vor einem Gericht vertreten will. Der Anwalt macht dann nicht von der Niederlassungs-, sondern von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch. Einschlägig ist die Richtlinie 77 / 249 vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte. Diese Richtlinie legt fest, dass jeder in einem Mitgliedstaat niedergelassene Rechtsanwalt einen Mandanten auch in einem anderen Mitgliedstaat vertreten oder verteidigen darf; er ist dabei dem Berufs- und Standesrecht des jeweiligen Mitgliedstaates unterworfen. Bei der Umsetzung der Richtlinie hat Deutschland in zwei Punkten gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, was zu einer Verurteilung durch den EuGH führte (Slg. 1988, S. 1123 ff.). Das deutsche Umsetzungsgesetz sah vor, dass ein EG-ausländischer Rechtsanwalt in gerichtlichen Verfahren und in bestimmten behördlichen Verfahren nur im Einvernehmen und in Begleitung eines deutschen Rechtsanwalts tätig sein durfte. Diese sogenannte Gouvernanten-Klausel sei, so der EuGH, nur bei Verfahren zulässig, in denen Anwaltszwang herrsche. Das deutsche Umsetzungsgesetz sah weiterhin vor, dass der EG-ausländische Rechtsanwalt nur vor einem Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit auftreten dürfe, bei dem er zugelassen ist. Eine solche Beschränkung



hielt der EuGH ebenfalls für unangemessen, obwohl seinerzeit deutsche Rechtsanwälte nach § 18 I BRAO auch nur bei einem bestimmten Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugelassen werden dürfen.

#### 4. Fall Gebhard

Wie sich Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für die Tätigkeit des Rechtsanwalts auswirken, möchte ich Ihnen anhand einer Entscheidung des EuGH deutlich machen. Dies ist die Entscheidung im Fall Gebhard (Slg. 1995, 4165 = NJW 1996, 579):

**Sachverhalt:** Herr Gebhard hat in Deutschland das 2. Juristische Staatsexamen absolviert und ist als Rechtsanwalt beim LG Stuttgart zugelassen. Herr Gebhard ist jedoch nicht in Deutschland, sondern in Italien beruflich tätig, wo er mit seiner Familie lebt. Von 1978 bis 1989 war er Sozius einer Mailänder Anwaltskanzlei. 1989 machte er sich selbstständig; er befasste sich überwiegend mit der außergerichtlichen Vertretung deutscher Mandanten in Italien; die gerichtliche Vertretung von Mandaten überließ er italienischen Rechtsanwälten, die er zu diesem Zweck angestellt hatte. Daran, dass er mit der italienischen Sprache und Rechtsordnung vertraut ist, besteht kein Zweifel. Ein Gesuch, ihn in Italien als Rechtsanwalt anzukennen, wird von den zuständigen Behörden nicht bearbeitet. Seit 1989 führt Herr Gebhard die italienische Berufsbezeichnung "avvocato". Dies ist der Stein des Anstoßes. Er wird deswegen disziplinarrechtlich belangt. Das Verfahren kommt auf dem Weg des Art. 234 EG an den EuGH.

**Lösung:** Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist. Um die Arbeitnehmerfreizügigkeit geht es nicht, weil Herr Gebhard selbstständig tätig ist. Um die Dienstleistungsfreiheit geht es nicht, weil Herr Gebhard

seine Berufstätigkeit in stabiler und kontinuierlicher Weise in Italien ausübt. Zwar ist die Anwaltstätigkeit eine Dienstleistung, Art. 49 I EG setzt aber voraus, dass der Erbringung der Dienstleistung ein grenzüberschreitendes Element innewohnt und Art. 50 III EG grenzt Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit danach ab, dass bei der Dienstleistungsfreiheit nur eine vorübergehende Beziehung zu dem anderen Mitgliedstaat besteht.

Aus Art. 43 II EG leitet der Gerichtshof sodann ab, dass die Mitgliedstaaten die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten regeln dürfen und dass solche Regelungen auch dann zulässig sind, wenn sie die Ausübung der Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen. Es gibt zwei Möglichkeiten: Entweder die Aufnahme und Ausübung einer Tätigkeit unterliegt keinen besonderen Regelungen. Dann haben andere Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten das Recht, diese Tätigkeit frei auszuüben. Oder aber die Aufnahme und Ausübung einer Tätigkeit unterliegt besonderen Regelungen. Dann haben Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten das Recht, diese Tätigkeit auszuüben, grundsätzlich nur unter Beachtung dieser Regelungen.

Nun folgt der entscheidende Passus des Urteils: "Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich jedoch, dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist." (Tz. 37)

Daraus leitet der EuGH ab, die Mitgliedstaaten müssten die Gleichwertigkeit von Diplomen prüfen und hätten dabei die

Vorkenntnisse des Betroffenen zu berücksichtigen. Es sei unzulässig, jemanden die Verwendung der Berufsbezeichnung "avvocato" zu verbieten, seinen Antrag auf Zuerkennung dieser Berufsbezeichnung aber nicht zu bearbeiten.

## **5. Die Daily-Mail-Entscheidung; Prüfungsschema**

Um die Problematik der Niederlassungsfreiheit zu vertiefen, um auf einen Sonderaspekt hinzuweisen und um ein Prüfungsschema zu Art. 43 EG zu entwickeln, möchte ich Ihnen abschließend die Daily Mail-Entscheidung des EuGH vorstellen; Slg. 1988, 5483. In dieser Entscheidung geht es um die Frage, ob Art. 43 EG einer Gesellschaft das Recht gibt, ihren Sitz unter Wahrung ihrer rechtlichen Identität von einem EG-Staat in einen anderen zu verlegen. Diese Frage führt auf Probleme des Gesellschafts- und des Steuerrechts. Sie zeigt, wie tief die Grundfreiheiten in die beteiligten nationalen Rechtsordnungen eindringt. Sie zeigt weiter, welche Missbrauchsmöglichkeiten sich juristisch gut beratenen Unternehmen auftun. Sie zeigt schließlich Grenzen der Grundfreiheiten.

### **a) Der Sachverhalt**

Auf die Sachverhaltsschilderung muss ich größere Mühen verwenden, weil zu ihrem Verständnis die Vertrautheit mit einer Figur des Steuerrechts erforderlich ist; dies ist die Figur der Realisation stiller Reserven.

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, das über Art. 234 EG an den EuGH gelangt, ist die Daily Mail and General Trust PLC, eine Aktiengesellschaft englischen Rechts. Näherhin handelt es sich um eine Investmentgesellschaft, die vor einiger Zeit erhebliche Anteile am Aktienkapital zweier britischer Presseunternehmen erworben hat. Die Aktien werden in der Bilanz von Daily Mail and General Trust PLC zum Anschaffungspreis ausgewiesen. Gemäß diesem

Anschaffungspreis wurde der steuerpflichtige Bilanzgewinn des Unternehmens ermittelt. Da sich der Börsenkurs der Aktien günstig entwickelt hat, sind die Aktien aber deutlich mehr Wert. Der Buchwert und der tatsächliche Wert der Aktien divergieren also. Die Differenz ist stille Reserve, weil sie in der Bilanz nicht ausgewiesen wird. Um die stille Reserve zu aktivieren und den Kursgewinn zu realisieren, möchte die Daily Mail and General Trust PLC die beiden Aktienpakete veräußern. Eine solche Veräußerung hätte nach britischem Körperschaftsteuerrecht aber die Folge, dass der Kursgewinn mit einer Wertzuwachssteuer belegt würde.

Diese Rechtsfolge soll mit folgender Konstruktion vermieden werden: Der Sitz von Daily Mail and General Trust PLC soll in die Niederlande verlegt werden. Gesellschaftsrechtlich würde dies an der rechtlichen Identität des Unternehmens aus der Sicht der englischen Rechtsordnung nichts ändern, weil es insoweit auf das Recht ankäme, nach dem die Gesellschaft gegründet worden ist, nicht auf ihren Sitz (Tz. 3). Steuerrechtlich hätte die Konstruktion zur Folge, dass ein Steuerzugriff des britischen Fiskus vereitelt würde; denn im Steuerrecht gilt das Territorialitätsprinzip; hier kommt es auf den Sitz an (Tz. 4). Zwar kennt auch das niederländische Recht eine Wertzuwachsbesteuerung. Doch erfasst diese nur Wertzuwächse ab dem Zeitpunkt der Sitzverlegung in die Niederlande. Hauptziel der beabsichtigten Sitzverlegung ist es, Aktienpakete steuerfrei verkaufen zu können.

Allerdings macht das britische Steuerrecht die Sitzverlegung von der Zustimmung der Finanzbehörden abhängig. Da es sich bei dem, was ich geschildert habe, um ein Steuersparmodell handelt, dessen Verwirklichung der Firma Daily Mail and Public Trust PLC ca. 40 Millionen Pfund brächte, wird die Zustimmung versagt.

Hiergegen beschreitet das Unternehmen den Rechtsweg. Es macht geltend, das Zustimmungserfordernis des britischen

Income and Corporation Taxes Act verstoße gegen Art. 43 EG und habe darum zurückzutreten.

#### **b) Die Lösung des EuGH**

Der EuGH geht an den Fall mit der Feststellung heran, dass nach dem Ende der Übergangszeit Art. 43 und Art. 48 EG unmittelbar anwendbar sind. Das heißt, aus ihnen ergeben sich subjektive Rechte, die sich gegen entgegenstehendes

Als nächstes stellt der EuGH fest, dass die Niederlassungsfreiheit nicht nur von dem aufnehmenden Staat verlange, dass er Inländergleichbehandlung gewähre, sondern auch Anforderungen an den abgebenden Staat richte. Dieser dürfe die Ausübung der Niederlassungsfreiheit nicht unangemessen behindern. Bei der Warenverkehrsfreiheit schlagen sich diese beiden Seiten der Grundfreiheiten in zwei Normen nieder: Art. 28 EG, der Importe betrifft, und Art. 30 EG, der Exporte betrifft. Bei den anderen Grundfreiheiten sind die beiden Gewährleistungsdimensionen ebenfalls zu unterscheiden, auch wenn dies nicht ausdrücklich vertraglich niedergelegt ist. Verfährt man so, gewinnt die Unterscheidung von Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten einen neuen Sinn, denn dem "abgebenden" Staat kann insoweit sinnvollerweise nur ein Beschränkungsverbot auferlegt sein.

Sodann wendet der EuGH sich der Frage zu, ob der Vorgang einer identitätswahrenden Sitzverlagerung von der Niederlassungsfreiheit tatbestandlich erfasst wird. Hierzu wird ausgeführt, juristische Personen erhielten durch die Niederlassungsfreiheit das Recht, im EG-Ausland Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften zu gründen. Weiterhin bestehe die Möglichkeit, eine juristische Person in einem Mitgliedstaat zu liquidieren, um sie dann in einem anderen Mitgliedstaat neu zu gründen. All diese Gestaltungen würden vom britischen Steuerrecht offen gelassen. Fraglich

sei dagegen, ob auch eine Gesellschaft unter Wahrung ihrer rechtlichen Identität ihren Sitz von einem EG-Land in ein anderes verlagern könne. Diese Möglichkeit verneint der EuGH mit mehreren Erwägungen:

1) Im Gegensatz zu natürlichen Personen werden Gesellschaften aufgrund einer Rechtsordnung, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts aufgrund einer nationalen Rechtsordnung, gegründet. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, hätten sie keine Realität.

2) Nach dem Recht einiger Mitgliedstaaten würde die Sitzverlegung in das Ausland, auch in das EG-Ausland, die Liquidierung der Gesellschaft bewirken. Dies hätte die steuerrechtliche Konsequenz einer Aktivierung aller stillen Reserven, würde im Fall der Klägerin also zu der Wertzuwachsbesteuerung führen, die sie vermeiden will. Die anderen Mitgliedstaaten würden Gesellschaften zwar das Recht zugestehen, ihren Sitz in das Ausland zu verlegen; die steuerrechtlichen Folgen einer solchen Sitzverlegung wären aber in jedem Mitgliedstaat anders. Dieser Verschiedenheit trage der EG-Vertrag Rechnung. Art. 293 3. Spiegelstrich EG sehe den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages zwischen den Mitgliedstaaten vor, in dem unter anderem die Frage der Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes geregelt werden solle. Daraus folge im Umkehrschluss, dass ein Recht auf Sitzverlegung unter Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit nicht schon durch die Art. 43 und 48 EG gewährleistet sein könne. Wäre dies so, ergäbe die Forderung nach einem Vertrag keinen Sinn mehr.

3) In die gleiche Richtung ziele die Rechtsangleichungsermächtigung für das Gesellschaftsrecht in Art. 44 III lit. g) EG.

Nach alledem betrachtet, so der EuGH, der EG-Vertrag die

Unterschiede, welche die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der für ihre Gesellschaft erforderlichen Anknüpfung sowie der Möglichkeit einer Verlegung des Sitzes von einem Mitgliedstaat in einen anderen aufweisen, als Probleme, die durch die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen. Daraus folgert der EuGH, dass die Art. 43 und 48 EG den Gesellschaften nationalen Rechts kein Recht geben, ihren Sitz unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaates ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Eine Verletzung von Art. 43 EG durch das britische Körperschaftssteuerrecht scheidet damit aus.

Aus der Daily Mail - Entscheidung kann man zwei Lehren ziehen: **(1)** Bei allen Grundfreiheiten ist zu beachten, dass in ihre Ausübung zwei Mitgliedstaaten involviert sind: der "aufnehmende" Staat, der Inländergleichbehandlung und Nicht-Behinderung zu gewährleisten hat, und der "abgebende" Staat, der die Ausübung der Grundfreiheit nicht behindern darf. **(2)** Bei der Bestimmung des Tatbestandes der Grundfreiheiten kommt es auch auf dem Stand der Integration an; insoweit erlangen einige der Schlussbestimmungen des EG Bedeutung, namentlich Art. 293 und Art. 295. Diese Abhängigkeit schlägt sich im ersten Leitsatz der Daily-Mail-Entscheidung nieder: "Die Artikel 43 und 48 EG gewähren beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet ist, keinen Anspruch auf die Verlegung des Sitzes ihrer Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat."

### **c) Prüfungsschema**

Ausgehend von den EuGH-Entscheidungen, die ich zur Niederlassungsfreiheit vorgestellt habe (Klopp, Gebhard, Daily Mail) schlage ich folgendes Prüfungsschema vor:

(1) Persönlicher Schutzbereich: natürliche Personen, die selbstständige Erwerbstätigkeiten ausüben und die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates haben (Art. 43 II EG); Gesellschaften und juristische Personen eines anderen Mitgliedstaates (Art. 48 EG) - in diesem Zusammenhang Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit (selbstständig - unselbstständig)

(2) Sachlicher Schutzbereich: Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten; Gründung und Leitung von Unternehmen; nicht: identitätswahrende Sitzverlegung - in diesem Zusammenhang Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit (dauerhaft - vorübergehend)

(3) Staatliche Maßnahme; noch keine EuGH-Entscheidung zur Drittwirkung; Unterscheidung nach aufnehmendem und abgebendem Staat

(4) Beeinträchtigung des Niederlassungsrechts

- Unterschiedlich wirkende Maßnahme (offen oder versteckt)

- Unterschiedslos wirkende Maßnahme

(5) Rechtfertigung der Beeinträchtigung

- Bei unterschiedlich wirkenden Maßnahmen: nur Art. 45 f. EG

- Bei unterschiedslos wirkenden Maßnahmen: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit