

## Tettinger: Handelsrecht II, #16

15.06.2005

### Besprechung Test

- 1) ./.
- 2) ./.
- 3) die persönliche Haftung für **Verbindlichkeiten der Gesellschaft** resultiert aus **§ 128 HGB**
- 4) am besten über eine Tabelle zu beantworten;  
**Gemeinsamkeiten** sind
  - beide sind **Personengesellschaften**
  - beide haben **gemeinsamen Zweck****Unterschiede** sind
  - **OHG nicht** zwingend **Handelsgewerbe**  
→ § 105 II, aber es gibt Unterschied zur GbR
  - **GF/ Vertretung** bei **GbR gemeinsam**, bei **OHG einzeln**
  - **Gewinnverteilung** bei **OHG kompliziert**, bei **GbR** geht's nach **Köpfen**
  - wesentlich: **OHG registerfähig**, für **GbR** gibt's **kein Register**
- 5)
  1. haftbar für alles, das bis zu seinem Ausscheiden **begründet** ist
  2. nach **§ 160** bis **5 Jahre nach Ausscheiden** (exakt, nicht wie bei Verjährung bis Jahresende)
  3. **Kommanditist**: haftet **bis Einlage** (wenn zurückgezahlt, selber, wenn noch vorhanden, gar nicht persönlich)
- 6)
  1. **§§ 120, 121** (= wie OHG)  
4% vom Anteil vorab, dann nach Köpfen  
**§ 121 III** gilt bei KG nicht; Gewinn wird Kapitalanteil zugeschlagen  
→ bei KG nur bis Einlage, alles andere sofort auszahlen
  2. Regelung: verteilen nach Kapitalbeteiligung, evtl. untersch. nach Kommanditist und Komplementär (variables/ festes Kapitalkonto, vgl. Vorlesung)
- 7)
  1. Existenz als OHG nach **§ 123** mit Eintragung  
nach **§ 123 II**
    - mit Beginn der **Geschäftstätigkeit**
    - **§ 105 I** ist Ausnahme;
    - nach **§ 105 II Eintragung** nötig
  2. **§ 106** selbst wenn autom. OHG, muß sie eingetragen werden  
→ rechtswidrig, solange nicht eingetragen  
Also: manchmal Eintragung deklaratorisch, manchmal konstitutiv
- 8)
  1. gesetzlicher Weg der **Kaduzierung** nach **§ 21**
  2. Ausschluß „aus wichtigem Grund“ nach **§ 34**, auch wenn es **nicht** im Gesellschaftervertrag **vorgesehen** ist  
→ **Ausschlußklage**

3. nach Regelungen des Ges.vertrags  
 → nach Mehrheit durch **Gesellschafterbeschluss**
- Beachte: es gibt einen **rechtlichen Grundsatz**, daß es **grundsätzlich möglich** sein muß,  
**Dauerschuldverhältnisse aufzutrennen**
- 9) **§ 30**  
 → Vermögen darf **nicht ausbezahlt** werden
- § 31**  
 → Falls doch, **Rückerstattung!**  
 → das können auch mehr als 25.000,-- sein
- 10) **§ 64 I** begründet **Konsequenzen**  
**§ 64 II** Erstattungsansprüche von Gesellschafter + Schadensersatzhaftung  
 nach **§ 823 II BGB** i.V.m. **§ 64 I** (Erstattung an Gläubiger)  
 Schadensersatzanspruch **vor** Insolvenzantragszeitpunkt  
 → Schaden **durch Reduzierung** der **Insolvenzmasse** („**Quotenschaden**“)  
 Schadensersatzanspruch **nach** Insolvenzantragszeitpunkt  
 → Schaden in **gesamtem Geld** („**Vertrauensschaden**“)
- 11) 1. GmbH & Co. KG ist **KG mit Besonderheit**, daß Komplementär GmbH ist  
 → keine Haftung mehr durch natürliche Person
2. **Vertretung durch Komplementär**  
 → GF der GmbH (**§ 35 GmbHG**)
- 12) Vorstand → **Eigenverantwortliche Führung** der Geschäfte nach **§ 76**  
 Aufsichtsrat → **Vorstand wählen/ überwachen**, keine GF-Aufgaben (bis auf Ausnahmen),  
**Feststellung des JA**  
 Hauptversammlung → **Wahl des AR** bzw. der **Vertreter der Anteilseigner, Satzungsänderungen,**  
**Gewinnverwendung**, positives Addon: **Holz Müller-Fall**
- 13) 1. Unsicher, wann eine **Pflichtverletzung** vs. „normales Risiko“
2. **Durchsetzungsproblem**  
 → eigtl. AR-Aufgabe, aber AR sollte den Vorstand vorher schon überprüfen;  
 Möglichkeiten der Aktionäre schwach
- 14) 1. **Jahresüberschuß** aus Bilanz (unterscheide: Bilanzgewinn!)  
 → von Vorstand + AR festzustellen
2. 5% vom JÜ sind als **gesetzl. Rücklage** (bis Mindestrücklage) zu verwenden  
 weitere **max. 50%** als **freiwillige Rücklagen**
3. **Rest** ist **Bilanzgewinn**, über dessen **Verwendung** die **HV** entscheidet; wenn es zur  
**Ausschüttung** kommt, geht es **nach Anteilen**
- 15) Eine „**Vor-GmbH**“ besteht in Zeitpunkt, der **nach Ratifizierung** des **Gesellschaftervertrags**,  
 aber **vor** der **Eintragung** ins HR liegt  
 → nach **§ 11 GmbHG** existiert die GmbH mit Eintragung; für Tätigkeiten in diesem  
 „Dämmerzustand“ gelten eigene Regeln:  
 → grundsätzlich im **Innenverhältnis** das **Recht der GmbH**  
 → **Haftungsbeschränkung** gilt noch **nicht**  
 → nach **§ 11 II haften** die **GF** (aber die **Gesellschafter** meistens **nicht**)  
 → nach „**Unterbilanzhaftung**“ müssen Gesellschafter die **Differenz** zwischen  
**Stammkapital** wie einzutragen und real vorhanden im Zeitpunkt der  
 Eintragung **ausgleichen**

## Übernahmen bei AG

- Eine **Übernahme** liegt vor, wenn **bestehende Aktionäre** mehr kaufen möchten und **nach** der Übernahme über **mehr als 50%** des **Kapitals** verfügen (manchmal reichen schon 30%, vgl. Vorlesung)  
→ nach **WpÜG** liegt der **Kontrollwert** bei 30% (vgl. „troeger\_uebernahmen\_x.pdf“)
- Bei einer  
**„feindlichen Übernahme“** / **„freundlichen Übernahme“**  
ist der Vorstand der Zielgesellschaft (=die zu übernehmende Ges.)  
**nicht einverstanden** / **einverstanden**
- Für den Vorstand gilt nach **§ 33 WpÜG** ein **eingeschränktes Neutralitätsgebot**  
→ der Vorstand könnte sonst
  - den **Kurs hochtreiben**, damit es teurer wird oder
  - eine **Kapitalerhöhung** durchführen oder
  - eine **Firma zu kaufen**, damit es **monopolrechtliche Probleme** bei der Übernahme gibt oder
  - den **Gesellschaftsteil verkaufen**, der für den Übernehmer interessant ist oder
  - **Poison-Pills** legen, indem z.B. in **Managerverträgen** Klauseln vereinbart werden, nach denen bei Übernahme jeder Manager exorbitante Abfindungen bekommt→ manche „Gegenmaßnahmen“ sind mit Zustimmung des AR möglich
- In **Spanien** gibt es die „**goldene Aktie**“<sup>1</sup>, die dem Staat in privatisierten Unternehmen Einfluß sichert

---

<sup>1</sup> Goldene Aktie nach EU-Recht unzulässig: Europäischer Gerichtshof  
URTEIL vom 13.05.03 - Rechtssache C-463/00 (ähnlich URTEIL vom 13.05.03 - Rechtssache C-98/01)  
Urteil  
Rechtlicher Rahmen des Rechtsstreits  
Gemeinschaftsrecht  
3. Artikel 56 Absatz 1 EG lautet: Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.  
4. Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe b EG sieht Folgendes vor: Artikel 56 berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, ...  
b) die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Aufsicht über Finanzinstitute, zu verhindern, sowie Meldeverfahren für den Kapitalverkehr zwecks administrativer oder statistischer Information vorzusehen oder Maßnahmen zu ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind.  
5. Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages (ABl. L 178, S. 5) enthält eine Nomenklatur für den Kapitalverkehr gemäß Artikel 1 dieser Richtlinie. Darin werden u. a. folgende Formen des Kapitalverkehrs aufgezählt:  
I. Direktinvestitionen ...  
1. Gründung und Erweiterung von Zweigniederlassungen oder neuen Unternehmen, die ausschließlich dem Geldgeber gehören, und vollständige Übernahme bestehender Unternehmen  
2. Beteiligung an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen  
...  
6. Nach den Begriffsbestimmungen am Ende von Anhang I der Richtlinie 88/361 gelten als Direktinvestitionen Investitionen jeder Art durch natürliche Personen, Handels-, Industrie- oder Finanzunternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmern oder Unternehmen, für die die Mittel zum Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind. Der Begriff der Direktinvestitionen ist also im weitesten Sinne gemeint.  
...  
7. Die Nomenklatur in Anhang I der Richtlinie 88/361 umfasst auch folgende Formen des Kapitalverkehrs:  
III. Geschäfte mit Wertpapieren, die normalerweise am Kapitalmarkt gehandelt werden ...  
...  
8. Artikel 295 EG lautet:  
Dieser Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.  
... Nationales Recht (Spanien - Anm. d. Red.)  
9. Das Gesetz Nr. 5/1995 regelt die Voraussetzungen für die Privatisierung spanischer öffentlicher Unternehmen. Seine Artikel 1 bis 4 sehen Folgendes vor: Artikel 1 Subjektiver Anwendungsbereich  
Vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes sind umfasst:  
1. Handelsgesellschaften, bei denen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes eine unmittelbare oder mittelbare

staatliche Beteiligung am Gesellschaftskapital von mehr als 25 Prozent besteht und die vom staatlichen Gesellschafter durch eines der im geltenden Handelsrecht vorgesehenen Mittel kontrolliert werden, sofern die von der Gesellschaft selbst oder über die Beteiligung an anderen Gesellschaften ausgeübte Tätigkeit eines der folgenden Merkmale aufweist:

..

2. Handelsgesellschaften, die einer Gruppe im Sinne des Artikels 4 des Gesetzes Nr. 24/1988 vom 28. Juli (Wertpapierhandelsgesetz) angehören, in der jedes der unter Absatz 1 fallenden Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat, sofern bei ihnen eines der Merkmale der Buchstaben a, b und c dieses Absatzes gegeben ist.

Artikel 2 Anwendungsvoraussetzungen

Das in den Artikeln 3 ff. dieses Gesetzes geregelte System vorheriger behördlicher Genehmigungen findet Anwendung, wenn die öffentliche Beteiligung des staatlichen Gesellschafters an den Gesellschaften, auf die der vorhergehende Artikel Bezug nimmt, von einem der folgenden Tatbestände umfasst ist:

1. wenn sie durch eine oder mehrere aufeinander folgende Handlungen veräußert wird, so dass sie sich auf nicht weniger als 10 Prozent des Gesellschaftskapitals verringert, sofern die unmittelbare oder mittelbare staatliche Beteiligung an diesem Kapital 50 Prozent unterschreitet,
2. wenn sie als unmittelbare oder mittelbare Folge einer Handlung oder eines Geschäfts auf weniger als 15 Prozent des Gesellschaftskapitals verringert wird.

Artikel 3 Vorherige behördliche Genehmigung

1. Folgende Beschlüsse der Gesellschaftsorgane der in Artikel 1 dieses Gesetzes genannten Handelsgesellschaften können von einer vorherigen behördlichen Genehmigung abhängig gemacht werden, wenn eine der Voraussetzungen für die Anwendung des vorhergehenden Artikels vorliegt und dies in einem Königlichen Dekret im Sinne des Artikels 4 dieses Gesetzes angeordnet wird:

- a) freiwillige Auflösung, Spaltung oder Verschmelzung der Gesellschaft,
- b) Veräußerung oder Belastung von Vermögensgegenständen oder Gesellschaftsanteilen, die für das Erreichen des Gesellschaftszwecks erforderlich und dazu bestimmt sind, in jeder Form und aufgrund jedes Rechtstitels,
- c) Änderung des Gesellschaftszwecks.

2. Ebenso können, wenn eine der Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 2 dieses Gesetzes vorliegt, unter den durch ein Königliches Dekret im Sinne des nachfolgenden Artikels festgelegten Bedingungen von einer vorherigen behördlichen Genehmigung abhängig gemacht werden:

- a) Verfügungen über das Gesellschaftskapital, mit denen durch eine oder mehrere aufeinander folgende Handlungen die öffentliche Beteiligung an einem der Sonderregelung nach diesem Gesetz unterliegenden Unternehmen um 10 Prozent oder mehr verringert wird,
- b) der unmittelbare oder mittelbare Erwerb, auch durch Treuhänder oder Mittelsmänner, von Gesellschaftsanteilen oder anderen Wertpapieren, die unmittelbar oder mittelbar ein Recht auf die Zeichnung oder den Erwerb solcher Anteile begründen können, wenn dies die Verfügung über mindestens 10 Prozent des Gesellschaftskapitals zur Folge hat.

A. Transaktionen mit Kapitalmarktpapieren

1. Erwerb an der Börse gehandelter inländischer Wertpapiere durch Gebietsfremde ...

...

3. Erwerb nicht an der Börse gehandelter inländischer Wertpapiere durch Gebietsfremde ...

...

Begründetheit

..

Würdigung durch den Gerichtshof

Zu Artikel 56 EG

51. Durch Artikel 56 Absatz 1 EG wird der freie Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern umgesetzt. Zu diesem Zweck legt er im Rahmen der Bestimmungen des mit Der Kapital- und Zahlungsverkehr überschriebenen Kapitels des Vertrages fest, dass alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten sind.

52. Der EG-Vertrag enthält zwar keine Definition der Begriffe des Kapital- und des Zahlungsverkehrs, doch hat die Richtlinie 88/361 zusammen mit der Nomenklatur in ihrem Anhang unstreitig Hinweisscharakter für die Definition des Begriffes des Kapitalverkehrs (vgl. Urteil vom 16. März 1999 in der Rechtssache C-222/97, Trummer und Mayer, Slg. 1999, I-1661, Randnrn. 20 und 21).

53. Die Rubriken I und III der Nomenklatur in Anhang I der Richtlinie 88/361 und die dortigen Begriffsbestimmungen zeigen, dass es sich bei Direktinvestitionen in Form der Beteiligung an einem Unternehmen durch den Erwerb von Aktien und beim Erwerb von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt um Kapitalverkehr im Sinne von Artikel 56 EG handelt. Nach den Begriffsbestimmungen ist insbesondere die Direktinvestition durch die Möglichkeit gekennzeichnet, sich tatsächlich an der Verwaltung einer Gesellschaft und an deren Kontrolle zu beteiligen.

54. Angesichts dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob die Regelung im Gesetz Nr. 5/1995 und den Königlichen Dekreten Nrn. 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 und 929/1998, nach der die Beschlüsse von Handelsgesellschaften über

- die Auflösung, Spaltung oder Verschmelzung der Gesellschaft,
- die Veräußerung oder Belastung von Vermögensgegenständen oder Gesellschaftsanteilen, die für das Erreichen des Gesellschaftszwecks erforderlich sind,
- eine Änderung des Gesellschaftszwecks,
- Verfügungen über das Gesellschaftskapital, mit denen die staatliche Beteiligung um 10 % oder mehr verringert wird, und

- der Erwerb von Beteiligungen, der die Verfügung über mindestens 10 % des Gesellschaftskapitals zur Folge hat, einer vorherigen Genehmigung der nationalen Verwaltung bedürfen, wenn die staatliche Beteiligung am Gesellschaftskapital um mindestens 10 % verringert wurde und 50 % unterschreitet oder wenn diese Beteiligung auf weniger als 15 % des Gesellschaftskapitals verringert wurde, eine Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten darstellt.

55. Die spanische Regierung trägt zunächst vor, die in Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 5/1995 vorgesehenen

---

Maßnahmen seien unabhängig von der Staatsangehörigkeit anwendbar. Es handle sich somit nicht um eine diskriminierende Behandlung der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten. Folglich stellten die fraglichen Maßnahmen keine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar.

56. Dem kann nicht gefolgt werden. Wie sich aus den Randnummern 44 des Urteils Kommission/Portugal und 40 des Urteils Kommission/Frankreich ergibt, geht das Verbot in Artikel 56 EG über die Beseitigung einer Ungleichbehandlung der Finanzmarktteilnehmer aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit hinaus.

57. Eine Regelung, die wie Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 5/1995 den Erwerb von Beteiligungen einschränkt, stellt eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar.

58. Zu den in Artikel 3 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 5/1995 vorgesehenen Maßnahmen trägt die Regierung des Vereinigten Königreichs, die sich insoweit auf das Urteil Keck und Mithouard stützt, vor, sie beschränkten den Marktzugang nicht und könnten daher den freien Kapitalverkehr nicht beeinträchtigen.

59. Dem kann nicht gefolgt werden. Die fraglichen Maßnahmen haben keine vergleichbaren Wirkungen wie die Regelungen, die dem Urteil Keck und Mithouard zufolge nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 30 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 28 EG) fielen.

60. Nach diesem Urteil ist die Anwendung nationaler Bestimmungen, die im Gebiet des Einfuhrmitgliedstaats bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern, sofern diese Bestimmungen erstens für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie zweitens den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Anwendung derartiger Regelungen nicht geeignet ist, den Marktzugang für diese Erzeugnisse im Einfuhrmitgliedstaat zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut (Urteil vom 10. Mai 1995 in der Rechtssache C-384/93, Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141, Randnr. 37).

61. Im vorliegenden Fall sind die fraglichen Beschränkungen von Investitionen zwar unterschiedslos sowohl auf Gebietsansässige als auch auf Gebietsfremde anwendbar, doch berühren sie die Situation des Erwerbers einer Beteiligung als solche und sind daher geeignet, Anleger aus anderen Mitgliedstaaten von solchen Investitionen abzuhalten und damit den Marktzugang zu beeinflussen (vgl. auch Urteil vom heutigen Tag in der Rechtssache C-98/01, Kommission/Vereinigtes Königreich, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 47).

62. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die zum einen auf Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 5/1995 und zum anderen auf Absatz 1 dieses Artikels gestützte Regelung eine Beschränkung des Kapitalverkehrs im Sinne von Artikel 56 EG darstellt.

63. Die von der spanischen Regierung angeführte Tatsache, dass das Königliche Dekret Nr. 1525/1995 in seinen Begründungserwägungen vorsieht, dass die fragliche Regelung in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht anzuwenden ist, kann daran nichts ändern.

64. Zum einen kann eine solche Behauptung mangels einer geeigneten Rechtfertigung nicht zur Vereinbarkeit des Erfordernisses einer vorherigen Genehmigung mit dem Gemeinschaftsrecht führen. Zum anderen kann eine solche abstrakte Regel nicht mit Sicherheit gewährleisten, dass die konkrete Anwendung der fraglichen Regelung stets den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entsprechen würde.

65. Daher ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die streitige Beschränkung hinsichtlich der verschiedenen Unternehmen, auf die sich die fraglichen königlichen Dekrete beziehen, gerechtfertigt sein kann.

66. Wie der Gerichtshof entschieden hat (vgl. Urteile Kommission/Portugal, Randnr. 47, Kommission/Frankreich, Randnr. 43, und Kommission/Belgien, Randnr. 43), sind die Bedenken nicht von der Hand zu weisen, die es je nach den Umständen rechtfertigen können, dass die Mitgliedstaaten einen gewissen Einfluss auf ursprünglich öffentliche und später privatisierte Unternehmen behalten, wenn diese Unternehmen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder von strategischer Bedeutung erbringen.

67. Diese Bedenken erlauben es den Mitgliedstaaten jedoch nicht, sich auf ihre Eigentumsordnung, die Gegenstand von Artikel 295 EG ist, zu berufen, um Beeinträchtigungen der im Vertrag vorgesehenen Freiheiten zu rechtfertigen, die sich aus Vorrechten ergeben, mit denen ihre Aktionärsstellung in einem privatisierten Unternehmen ausgestattet ist. Dieser Artikel führt nicht dazu, dass die in den Mitgliedstaaten bestehende Eigentumsordnung den Grundprinzipien des Vertrages entzogen ist (vgl. Urteile Kommission/Frankreich, Randnr. 44, und Kommission/Belgien, Randnr. 44).

68. Der freie Kapitalverkehr kann als tragender Grundsatz des Vertrages nur dann durch eine nationale Regelung beschränkt werden, wenn diese aus den in Artikel 58 Absatz 1 EG genannten Gründen oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Ferner ist die nationale Regelung nur dann gerechtfertigt, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist, so dass sie dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit entspricht (in diesem Sinne auch Urteile Kommission/Portugal, Randnr. 49, Kommission/Frankreich, Randnr. 45, und Kommission/Belgien, Randnr. 45).

69. In Bezug auf ein System vorheriger behördlicher Genehmigungen, wie es Gegenstand des vorliegenden Falles ist, hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass es in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen muss, d. h., dass das gleiche Ziel nicht durch weniger restriktive Maßnahmen, namentlich durch ein System nachträglicher Anmeldungen, erreicht werden kann (in diesem Sinne auch Urteile vom 14. Dezember 1995 in den Rechtssachen C-163/94, C-165/94 und C-250/94, Sanz de Lera u. a., Slg. 1995, I-4821, Randnrn. 23 bis 28, und vom 20. Februar 2001 in der Rechtssache C-205/99, Analir u. a., Slg. 2001, I-1271, Randnr. 35, sowie Urteile Kommission/Portugal, Randnr. 50, und Kommission/Frankreich, Randnr. 46). Ein solches System muss auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, die den betroffenen Unternehmen im Voraus bekannt sind, und jedem, der von einer derartigen einschränkenden Maßnahme betroffen ist, muss der Rechtsweg offen stehen (Urteile Analir u. a., Randnr. 38, Kommission/Portugal, Randnr. 50, und Kommission/Frankreich, Randnr. 46).

70. Im vorliegenden Fall macht die spanische Regierung geltend, das fragliche System sei aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt, die mit strategischen Interessen sowie mit dem Erfordernis zusammenhängen, die Beständigkeit öffentlicher Dienstleistungen zu gewährleisten. Hierzu ist sogleich festzustellen, dass das Unternehmen Tabacalera SA, das Tabak herstellt, und der Verband Corporación Bancaria de España SA (Argentaria), der ein Zusammenschluss von Geschäftsbanken ist, die im herkömmlichen Bankensektor tätig sind und von denen nicht

---

behauptet worden ist, dass sie Aufgaben einer Zentralbank oder einer ähnlichen Einrichtung wahrnehmen, keine mit der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen betraute Unternehmen darstellen. Mit dem bloßen Hinweis auf bestimmte Tätigkeitsfelder, für die zuvor die öffentlichen Sparkassen zuständig gewesen seien, belegt die spanische Regierung nicht, dass spezielle Umstände vorliegen, aus denen sich ergeben würde, dass dieser Bankenverband eine Funktion als Erbringer öffentlicher Dienstleistungen wahrnimmt. Folglich können die fraglichen Systeme in Bezug auf die Tabacalera SA und die Corporación Bancaria de España SA (Argentaria) nicht gerechtfertigt sein.

71. In Bezug auf die drei anderen, in den Bereichen Erdöl, Telekommunikation und Elektrizität tätigen Unternehmen lässt sich nicht leugnen, dass das Ziel, im Krisenfall die Versorgung mit solchen Produkten oder die Erbringung solcher Dienstleistungen im Hoheitsgebiet des fraglichen Mitgliedstaats sicherzustellen, einen Grund der öffentlichen Sicherheit darstellen kann (vgl. zu vergleichbaren Umständen Urteile Kommission/Frankreich, Randnr. 47, und Kommission/Belgien, Randnr. 46) und somit gegebenenfalls eine Beeinträchtigung des freien Kapitalverkehrs rechtfertigen kann.

72. Der Gerichtshof hat aber auch entschieden, dass die Erfordernisse der öffentlichen Sicherheit, insbesondere als Ausnahme von dem grundlegenden Prinzip des freien Kapitalverkehrs, eng zu verstehen sind, so dass ihre Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden kann. So kann die öffentliche Sicherheit nur geltend gemacht werden, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (vgl. u. a. Urteile Église de scientologie, Randnr. 17, Kommission/Frankreich, Randnr. 48, und Kommission/Belgien, Randnr. 47).

73. Daher ist zu prüfen, ob die fragliche Regelung in Bezug auf diese drei Unternehmen die Sicherstellung einer Mindestversorgung mit Erdölprodukten und Elektrizität sowie eines Mindestmaßes an Telekommunikationsdienstleistungen in dem betreffenden Mitgliedstaat für den Fall einer tatsächlichen schweren Gefährdung erlaubt und nicht über das hinausgeht, was hierzu erforderlich ist.

74. Insoweit ist hinsichtlich der Rüge der Kommission in Bezug auf Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 5/1995 darauf hinzuweisen, dass nach der durch diese Bestimmung geschaffenen Regelung Verfügungen über das Gesellschaftskapital, mit denen die staatliche Beteiligung um 10 % oder mehr verringert wird, sofern diese Beteiligung 50 % unterschreitet oder auf weniger als 15 % des Gesellschaftskapitals verringert wurde, sowie der Erwerb von Beteiligungen, der die Verfügung über mindestens 10 % des Gesellschaftskapitals zur Folge hat, von einem Vertreter des Staates genehmigt werden müssen. Die Ausübung dieses Rechts des Staates unterliegt nach den einschlägigen Vorschriften keiner Voraussetzung. Die betreffenden Anleger erhalten keinerlei Hinweis darauf, unter welchen konkreten objektiven Umständen eine vorherige Genehmigung erteilt oder versagt wird.

75. Bei einer derartigen Unbestimmtheit ist für den Einzelnen der Umfang seiner Rechte und Pflichten aus Artikel 56 EG nicht erkennbar, so dass eine solche Regelung gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstößt (Urteil Kommission/Frankreich, Randnr. 50).

76. Die Verwaltung verfügt in diesem Bereich über ein besonders weites Ermessen, das eine schwerwiegende Beeinträchtigung des freien Kapitalverkehrs darstellt und zu dessen Ausschluss führen kann. Die Regelung geht somit über das hinaus, was zur Erreichung des von der spanischen Regierung angeführten Zieles - eine Beeinträchtigung der Versorgung mit Erdölprodukten und Elektrizität sowie der Telekommunikationsdienstleistungen zu verhindern - erforderlich ist.

77. Zur Rüge der Kommission in Bezug auf Artikel 3 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 5/1995, der die vorherige behördliche Genehmigung von Beschlüssen über die Auflösung, Spaltung oder Verschmelzung der Gesellschaft, die Veräußerung oder Belastung von Vermögensgegenständen oder Gesellschaftsanteilen, die für das Erreichen des Gesellschaftszwecks erforderlich sind, sowie die Änderung des Gesellschaftszwecks betrifft, hat die spanische Regierung in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, die damit geschaffene Regelung sei zulässig, da sie der im Urteil Kommission/Belgien geprüften Regelung ähnele, die der Gerichtshof gebilligt habe, da sie nur bestimmte Aktiva der fraglichen Gesellschaften sowie bestimmte Verwaltungsentscheidungen betroffen und keine Einschränkungen hinsichtlich der Person der Anleger oder ihrer Beteiligungen als solche vorgesehen habe.

78. Insoweit ergibt sich aus den Randnummern 49 bis 52 des Urteils Kommission/Belgien zunächst, dass die in diesem Urteil geprüfte Regelung eine nachträgliche Widerspruchsregelung war, die weniger einschneidend ist als ein System vorheriger Genehmigungen wie im vorliegenden Fall (in diesem Sinne auch Urteil vom 5. März 2002 in den Rechtssachen C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99, Reisch u. a., Slg. 2002, I-2157, Randnr. 37). Ferner war die erstgenannte Regelung dadurch gekennzeichnet, dass die betroffenen strategischen Aktiva sowie die Verwaltungsentscheidungen, die punktuell in Frage gestellt werden konnten, einzeln aufgeführt waren. Schließlich waren behördliche Eingriffe strikt auf Fälle einer Gefährdung der energiepolitischen Ziele beschränkt. Alle in diesem Rahmen getroffenen Entscheidungen bedurften einer förmlichen Begründung und unterlagen einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle.

79. Die Regelung, die sich aus der Anwendung von Artikel 3 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 5/1995 in Verbindung mit den Königlichen Dekreten in Bezug auf die betreffenden Unternehmen aus den Bereichen Erdöl, Telekommunikation und Elektrizität ergibt, erfüllt diese Kriterien nicht. Die in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b dieses Gesetzes angesprochenen Vermögensgegenstände oder Gesellschaftsanteile, die für das Erreichen des Gesellschaftszwecks erforderlich und dazu bestimmt sind, werden nur in einigen der genannten Dekrete genau definiert. Die in den Buchstaben a und c dieses Absatzes angesprochenen Tatbestände der freiwilligen Auflösung, Spaltung oder Verschmelzung der Gesellschaft sowie der Änderung ihres Gesellschaftszwecks stellen im Gegensatz zu den Entscheidungen, um die es in der Rechtssache ging, die zum Urteil Kommission/Belgien führte (Randnr. 50), keine speziellen Verwaltungsentscheidungen dar, sondern grundlegende Entscheidungen im Leben eines Unternehmens. Ebenso unterliegt das Eingreifen der Verwaltungsbehörde im vorliegenden Fall - im Gegensatz zu den die Rechtssache in Bezug auf das Königreich Belgien kennzeichnenden Umständen - keiner Voraussetzung, die das Ermessen dieser Behörde einschränkt. Dass eine Klage gegen solche Entscheidungen möglich zu sein scheint, kann an dieser Beurteilung nichts ändern, da weder das Gesetz noch die fraglichen Dekrete den nationalen Gerichten hinreichend genaue Kriterien liefern, um ihnen die Kontrolle der Ausübung des Ermessens der Verwaltungsbehörde zu gestatten.

80. Da die fragliche Regelung keine objektiven und genauen Kriterien enthält, geht sie über das hinaus, was zur

(Spanien: Telekommunikationskonzern Telefónica, aber auch bei Londoner Regierung:  
Flughafengesellschaft British Airports Authority)

- Das **Angebot** zur Übernahme muß **öffentlich** sein und an **alle Aktionäre** gehen; bei einer „**heimlichen Akquise**“ muß bei Überschreiten der 30%-Marke automatisch ein öffentliches Angebot gemacht werden.  
→ das zwingt den Erwerber, **viel Kapital** vorzuhalten, da er u.U. viel **mehr Aktien** kaufen muß als er plante und kaufen will
- Wurden z.B. **96%** bereits erworben und **4%** sind in den Händen anderer Aktionäre **verblieben**, so würde diese **Minderheit** teuer (Infrastruktur für HV vorhalten etc.) und **könnte „ausgeschlossen“** werden  
→ nach **§ 327 AktG** Möglichkeit des „**Squeeze out**“ ab  $\geq 95\%$  Anteile wenn
  - **Beschluß** und
  - **Abfindung**,also eine **Zwangsübertragung** ihrer Anteile  
→ diese Abfindung ist nicht nach dem Marktwert, sondern dem „inneren Wert“ der Gesellschaft (Unternehmenswert) festzulegen
- Aktuell ist eine **Entscheidung** beim **BGH** anhängig (Revision des Düsseldorfer Urteils), ob die **Abfindungen** des **Vorstands** bei der **Mannesmann-Übernahme** zulässig waren  
→ Fragestellung ist: **Vorstandsvergütung** kann dem Grunde nach so hoch sein, wie es der Markt hergibt (moralisch fragwürdig, rechtlich i.O.); die **Abfindungen** wurden aber im **Nachhinein** und damit **ohne Gegenleistung** gewährt – damit ist die **Zulässigkeit zweifelhaft**, da es schließlich Geld der AG ist
- Zu **§ 147 II / III**: „...10% oder anteiliger Betrag von 1.000.000,-- Euro...“ bzw. „...20% oder anteiliger Betrag von 500.000,-- Euro...“ meint: **je nachdem, was kleiner ist**

---

Erreichung des von der spanischen Regierung angeführten Zieles erforderlich ist.

81. Diese Beurteilung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die drei betreffenden Königlichen Dekrete eine auf die Dauer von zehn Jahren beschränkte Regelung schaffen. Die Tatsache, dass eine Verletzung der Verpflichtungen, die sich aus dem Vertrag ergeben, zeitlich begrenzt ist, ändert nichts an ihrer Einstufung als Vertragsverletzung.

82. Auch das auf Artikel 86 Absatz 2 EG gestützte Vorbringen der spanischen Regierung kann diese Beurteilung nicht in Frage stellen. Insoweit trifft es zwar zu, dass diese Bestimmung in Verbindung mit Artikel 86 Absatz 1 EG das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Sozialpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang bringen soll (Urteile vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, Randnr. 12, und vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-157/94, Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699, Randnr. 39), doch muss der Mitgliedstaat eingehend darlegen, aus welchen Gründen in seinen Augen im Falle einer Aufhebung der beanstandeten Maßnahmen die Erfüllung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben, mit denen er ein Unternehmen betraut hat, zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen gefährdet wäre (Urteil Kommission/Niederlande, Randnr. 58).

83. Die spanische Regierung hat aber nicht erläutert, weshalb dies hier der Fall wäre. Das auf Artikel 86 Absatz 2 EG gestützte Vorbringen ist daher ebenfalls zurückzuweisen.

84. Somit ist festzustellen, dass das Königreich Spanien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 56 EG verstoßen hat, dass es die Artikel 2 und 3 Absätze 1 und 2 des Gesetzes Nr. 5/1995 sowie die Königlichen Dekrete Nrn. 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 und 929/1998 beibehalten hat, soweit sie die Anwendung eines Systems vorheriger behördlicher Genehmigungen vorsehen.

Zu Artikel 43 EG

85. Die Kommission beantragt ferner die Feststellung einer Verletzung des Artikels 43 EG, d. h. der Niederlassungsfreiheit, soweit sie sich auf Unternehmen bezieht.

86. Soweit die fragliche Regelung Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit enthält, sind diese die unmittelbare Folge der vorstehend geprüften Hindernisse für den freien Kapitalverkehr, mit denen sie untrennbar verbunden sind. Da eine Verletzung von Artikel 56 EG festgestellt worden ist, brauchen die fraglichen Maßnahmen nicht gesondert im Licht der Vorschriften des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit geprüft zu werden.

[Jur-ABC.de]