SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS WALTER VAN GERVEN vom 12. Juli 1990 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Der Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Oviedo hat den Gerichtshof um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 11 der Ersten Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 [1] (im folgenden: Erste Richtlinie) ersucht.

Sachverhalt

2. Das Ersuchen erfolgt im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Marleasing SA, der Klägerin, und mehreren Beklagten, darunter La Comercial Internacional de Alimentación SA (im folgenden: La Comercial). Letztere wurde als sociedad anónima von drei Personen gegründet, unter denen sich die Firma Barviesa befindet, die ihr Vermögen eingebracht hat. Die Firma Marleasing, die eine wichtige Gläubigerin von Barviesa ist, macht geltend, La Comercial sei in Wirklichkeit allein von Barviesa gegründet worden; bei den beiden anderen Gründern handele es sich um Strohmänner. La Comercial sei ausschließlich zu dem Zweck gegründet worden, das Vermögen der Firma Barviesa dem Zugriff ihrer Gläubiger zu entziehen. Unter Berufung auf die Bestimmungen des spanischen Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gültigkeit von Verträgen, insbesondere die Artikel 1261 und 1275, wonach Verträge ohne rechtlichen Grund oder mit einem unerlaubten Grund unwirksam sind, hat die Firma Marleasing beantragt, den Gesellschaftsvertrag betreffend La Comercial als Scheingeschäft und die Gründungsurkunde dieser Gesellschaft wegen Fehlens eines (erlaubten) Rechtsgrundes für nichtig zu erklären. Hilfsweise hat die Firma Marleasing beantragt, diesen Vertrag und diese Urkunde wegen Gläubigerschädigung aufzuheben, und äußerst hilfsweise, die Einlage der Firma Barviesa in das Gesellschaftsvermögen aus denselben Gründen aufzuheben.

La Comercial hat sich in ihrer Klageerwiderung unter anderem auf Artikel 11 der Ersten Richtlinie berufen, in dem die Fälle, in denen die Nichtigkeit einer Gesellschaft ausgesprochen werden kann, abschließend aufgezählt seien. Das von der Firma Marleasing in erster Linie geltend gemachte Fehlen eines (erlaubten) Rechtsgrundes komme in dieser Aufzählung nicht vor. Die Gesellschaft könne deshalb nicht für nichtig erklärt werden.

3. Das vorlegende Gericht ist der Auffassung, in dieser Rechtssache stelle sich das Problem der unmittelbaren Wirkung einer Richtlinie, die von einem Mitgliedstaat noch nicht in nationales Recht umgesetzt worden sei. Es erinnert daran, daß das Königreich Spanien gemäß Artikel 395 der Beitrittsakte [2] verpflichtet gewesen sei, von seinem Beitritt an die Erste Richtlinie durchzuführen. Es stellt jedoch fest, daß dies am Tage des Vorlagebeschlusses noch nicht gesche-

* Originalsprache: Niederländisch.

1 — Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 EWG-Vertrag im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (ABl. L 65, S. 8).

2 — Akte über die Bedingungen des Beitritts des Königreichs Spanien und der Portugiesischen Republik und die Anpassungen der Verträge (ABl. 1985, L 302, S. 23).

hen sei[3]. Unter diesen Umständen hat das vorlegende Gericht dem Gerichtshof die folgende Auslegungsfrage gestellt:

„Ist Artikel 11 der Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968, wenn er nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden ist, unmittelbar anwendbar, so daß eine Aktiengesellschaft nicht aus anderen als den in diesem Artikel genannten Gründen für nichtig erklärt werden kann?"

4. Das vorlegende Gericht geht zu Recht davon aus, daß die Rechtsform, unter der La Comercial gegründet wurde — nämlich die einer sociedad anónima —, in den Anwendungsbereich der Ersten Richtlinie fällt[4]. Es nimmt auch zu Recht an, daß diese Richtlinie die Nichtigerklärung einer solchen Gesellschaft allein in den in Artikel 11 Absatz 1 Nr. 2 aufgeführten Fällen zuläßt. Daß es sich hier um eine abschließende Aufzählung von Nichtigkeitsfällen handelt, ergibt sich unzweideutig aus Artikel 11 Absatz 2:

„Abgesehen von diesen Nichtigkeitsfällen können die Gesellschaften aus keinem Grund inexistent, absolut oder relativ nichtig sein oder für nichtig erklärt werden."

Die Frage nach der unmittelbaren Geltung der Ersten Richtlinie kann somit für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits von Belang sein. Ich werde sie zunächst — kurz — untersuchen und verneinen. Meine negative Antwort schließt aber nicht aus, daß die Richtlinie dennoch als Maßstab für die Auslegung des nationalen Rechts herangezogen werden muß (im folgenden Nrn. 7 ff.), selbstverständlich jedoch nur innerhalb ihres Anwendungsbereichs (im folgenden Nr. 12).

Eine Richtlinienbestimmung kann als solche nicht gegenüber einem einzelnen in Anspruch genommen werden

5. In dem Urteil Becker[5] hat der Gerichtshof entschieden, daß sich die einzelnen auf unbedingte und hinreichend genaue Bestimmungen einer Richtlinie gegenüber einem Mitgliedstaat berufen können, der die Richtlinie nicht fristgemäß in nationales Recht umgesetzt hat. In dem Urteil Marshall[6] hat der Gerichtshof hinzugefügt, daß diese Möglichkeit allein gegenüber dem betroffenen Mitgliedstaat und den Organen dieses Staates bestehe. Daraus folgt,

„daß eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen *für einen einzelnen* begründen kann und daß eine Richtlinienbestimmung daher als solche nicht gegenüber *einer derartigen Person* in Anspruch genommen werden kann" (Marshall, Randnr. 48, Hervorhebung durch mich).

3 — Inzwischen hat der spanische Gesetzgeber das Gesetz 19/1989 vom 25. Juli 1989 zur Anpassung des Handelsrechts an die EWG-Richtlinien (BOE Nr. 178 vom 27. 7. 1989) erlassen. Die Vorschriften über die Aktiengesellschaft wurden anschließend in dem Real Decreto legislativo 1564/1989 vom 22. Dezember 1989 (BOE Nr. 310 vom 27. 12. 1989) koordiniert. Die Artikel 34 und 35 dieses Decreto regeln die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft im Einklang mit der Nichtigkeitsregelung der Ersten Richtlinie. Ob diese letzteren Bestimmungen für den Ausgangsrechtsstreit relevant sein können, braucht hier nicht geprüft zu werden, sondern ist vom vorlegenden Gericht zu beurteilen.

4 — Vergleiche Artikel 1 der Ersten Richtlinie in der Fassung der Beitrittsakte, wonach in bezug auf Spanien die Gesellschaften folgender Rechtsformen in den Geltungsbereich der Richtlinie fallen: la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada.

5 — Urteil vom 19. Januar 1982 in der Rechtssache 8/81, Becker, Slg. 1982, 53, Randnrn. 23 bis 25.

6 — Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84, Marshall, Slg. 1986, 723.

Dieser Standpunkt ist seitdem wiederholt, zuletzt in dem Urteil Busseni[7], bekräftigt worden.

6. Im vorliegenden Fall beruft sich La Comercial gegenüber dem Hauptvorbringen der Firma Marleasing auf eine Richtlinienbestimmung, hier auf Artikel 11 der Ersten Richtlinie, die am Tage des Vorlagebeschlusses noch nicht in spanisches Recht umgesetzt war. Das in diesem Artikel ausgesprochene Verbot, eine Gesellschaft aus anderen als den dort aufgeführten Gründen für nichtig zu erklären, ist zweifellos unbedingt und hinreichend genau, so daß es grundsätzlich für eine unmittelbare Anwendung in Betracht kommt. Gleichwohl kann diese Richtlinienbestimmung nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes von La Comercial im Ausgangsrechtsstreit nicht gegenüber der Firma Marleasing in Anspruch genommen werden. Es deutet nämlich nichts darauf hin, daß die Firma Marleasing als staatliches Organ oder Behörde auftreten würde, auch nicht unter Zugrundelegung der weiten Auslegung, die der Gerichtshof noch heute diesen beiden Begriffen gegeben hat[8].

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts

7. Auch wenn eine Richtlinienbestimmung nicht gegenüber einem einzelnen in Anspruch genommen werden kann, ist das nationale Gericht doch, wie der Gerichtshof in dem Urteil Von Colson und Kamann[9] entschieden hat, verpflichtet,

„bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung der Richtlinie ... erlassenen Gesetzes, dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen ..., um das in Artikel 189 Absatz 3 genannte Ziel zu erreichen".

Diese wiederholt bekräftigte[10] Pflicht der nationalen Rechtsprechungsorgane zur richtlinienkonformen Auslegung ihrer nationalen Gesetzgebung bedeutet nicht, daß einer Richtlinienbestimmung irgendeine unmittelbare Wirkung zwischen den einzelnen verliehen würde[11]. Unmittelbare Wirkung kommt im Gegenteil den richtlinienkonform ausgelegten nationalen Bestimmungen selbst zu.

8. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung ist immer dann gegeben, wenn die nationale Rechtsvorschrift in irgendeiner Weise auslegungsfähig ist[12]. Das nationale Gericht muß dann unter den in seinem Rechtssystem üblichen Auslegungsmethoden derjenigen Vorrang einräumen, die es in die Lage versetzt, der betreffenden nationalen

7 — Urteil vom 22. Februar 1990 in der Rechtssache C-221/88, EGKS/Busseni, Slg. 1990, I-495.

8 — Dazu meine Schlußanträge vom 8. Mai 1990 in der Rechtssache C-188/89, Foster (Urteil vom 12. Juli 1990, Slg. 1990, I-3313, I-3326) sowie allgemeiner meine Schlußanträge vom 30. Januar 1990 in der Rechtssache C-262/88, Barber (Urteil vom 17. Mai 1990, Slg. 1990, I-1889, I-1912).

9 — Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83, Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26. Vergleiche auch das Urteil vom selben Tage in der Rechtssache 79/83, Harz, Slg. 1984, 1921, Randnr. 26.

10 — Urteil vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 53, Urteil vom 8. Oktober 1987 in der Rechtssache 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Slg. 1987, 3969, Randnr. 12, Urteil vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87, Gebroeders Beentjes, Slg. 1988, 4635, Randnr. 39, und Urteil vom 7. November 1989 in der Rechtssache 125/88, Nijman, Slg. 1989, 3533, Randnr. 6.

11 — Deshalb braucht die betreffende Richtlinienbestimmung im übrigen nicht „unbedingt und hinreichend genau" zu sein, um als Auslegungsmaßstab zu dienen: so auch Generalanwalt Darmon in seinen Schlußanträgen in den Rechtssachen C-177/88, Dekker, und C-179/88, Hertz, vom 14. November 1989 (Nr. 15), Slg. 1990, I-3941, I-3956, und Slg. 1990, I-3979.

12 — Zu dieser Verpflichtung vergleiche insbesondere Y. Galmot und J. C. Bonichot, La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national, *Revue française de droit administratif*, 1988, S. 1 ff., insbesondere S. 20 ff.

Rechtsvorschrift eine Bedeutung zu geben, die mit der Richtlinie in Einklang steht [13].

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung wird allerdings durch das Gemeinschaftsrecht selbst begrenzt, dem die Richtlinie angehört, insbesondere durch die auch im Gemeinschaftsrecht anerkannten Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbots. In Strafsachen kann eine derartige Auslegung beispielsweise nicht eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen, die nicht durch zur Durchführung der Richtlinie erlassene nationale Rechtsvorschriften festgelegt worden wäre [14]. *Mutatis mutandis* kann eine Richtlinie meines Erachtens auch nicht für sich allein — d. h. ohne nationales Durchführungsgesetz — eine zivilrechtliche Sanktion wie die Nichtigkeit in das nationale Recht einführen. Darum geht es hier aber nicht: Wir haben es im Gegenteil mit einer Richtlinienbestimmung zu tun, die bestimmte Nichtigkeitsgründe *ausschließt.*

9. Die Frage nach einer richtlinienkonformen Auslegung wird sich meistens in bezug auf nationale Rechtsvorschriften stellen, die speziell zur Durchführung der betreffenden Richtlinie ergangen sind. Dies war in der Rechtssache Von Colson und Kamann sowie in den in Fußnote 10 zitierten Rechtssachen der Fall.

Es gibt jedoch keinen Grund, das Erfordernis richtlinienkonformer Auslegung auf diese Fallgestaltung zu beschränken [15]. Dies ergibt sich meines Erachtens aus der Argumentation, mit der der Gerichtshof dieses Erfordernis begründet. Diese Argumentation beruht nämlich auf der Erwägung, daß die Gerichte ebenso wie die übrigen Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten gemäß Artikel 5 EWG-Vertrag verpflichtet sind, das mit der Richtlinie verfolgte Ziel mit *allen* hierfür geeigneten Mitteln, die ihnen zu Gebote stehen, zu erreichen. Im übrigen hat die betreffende Richtlinie als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich Vorrang vor *allen* Bestimmungen des nationalen Rechts. Dies gilt insbesondere dann, wenn es um nationale Bestimmungen geht, die sich wie im vorliegenden Fall auf das durch die Richtlinie geregelte Rechtsgebiet beziehen, selbst wenn sie vor der Richtlinie und somit nicht zu deren Durchführung erlassen wurden [16]. Ist diese Frage im übrigen nicht bereits durch das Urteil Grimaldi [17] entschieden worden, in dem der Gerichtshof für Recht erkannt hat, daß die nationalen Gerichte verpflichtet sind, Empfehlungen, die keine bindende Wirkung entfalten, bei der Auslegung nationaler Rechtsvorschriften zu berücksichtigen, selbst wenn diese nicht zur Durchführung der Empfehlung erlassen worden sind?

10. Wenden wir diese Feststellungen auf die vorliegende Problematik an. Da es zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt an einer Umsetzung der Ersten Richtlinie in spanisches Recht gefehlt hat und das spanische Gesetz vom 17. Juli 1951 über die Aktiengesellschaften keine spezifische Nichtigkeitsre-

13 — Wegen eines neueren Beispielsfalles verweise ich auf das Urteil Litster des House of Lords vom 16. März 1989 [1989] 1 ALL ER 1134.

14 — Urteil vom 8. Oktober 1987 in der Rechtssache 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, a. a. O., Randnr. 13.

15 — So auch meine Schlußanträge vom 30. Januar 1990 in der Rechtssache C-262/88, Barber, a. a. O., Nr. 50.

16 — Geht es um zuvor erlassene nationale Rechtsvorschriften, so wird die richtlinienkonforme Auslegung normalerweise erst mit Ablauf der in der Richtlinie vorgeschriebenen Umsetzungsfrist Anwendung finden (oder sogar ab Inkrafttreten der Richtlinie: vergleiche das bereits zitierte Urteil Kolpinghuis Nijmegen, Randnrn. 15 und 16). Vor diesem Zeitpunkt eingetretene Ereignisse unterliegen natürlich dem (noch) nicht richtlinienkonform ausgelegten nationalen Recht. Im vorliegenden Fall wurde die streitige Gesellschaft La Comercial jedoch zu einem Zeitpunkt (am 7. April 1987) gegründet, als die Frist zur Umsetzung der Ersten Richtlinie für Spanien (1. Januar 1986) bereits verstrichen war.

17 — Urteil vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache C-322/88, Grimaldi, Slg. 1989, 4407.

gelung für diese Gesellschaften enthält, finden nach herrschender Rechtslehre[18] die Vorschriften über die Nichtigkeit von Verträgen entsprechende Anwendung. Im Einklang damit hat die Firma Marleasing ihren Hauptantrag auf Nichtigerklärung der Gründungsurkunde von La Comercial auf diejenigen Artikel des spanischen Bürgerlichen Gesetzbuches gestützt, nach denen Verträge ohne rechtlichen Grund oder mit einem unerlaubten Grund keine Rechtsfolgen haben.

Das nationale Gericht ist also — wenn ich es richtig sehe — mit einem gesellschaftsrechtlichen Auslegungsproblem konfrontiert. Es steht nämlich vor der Frage, inwieweit die Nichtigkeitsgründe nach allgemeinem Recht auf Aktiengesellschaften entsprechend angewendet werden können. Nun, aus dem aus den vorherigen Nummern wiedergegebenen Gedankengang folgt meines Erachtens, daß es das Erfordernis der richtlinienkonformen Auslegung verbietet, die Nichtigkeitsbestimmungen des allgemeinen Rechts dergestalt auf Aktiengesellschaften anzuwenden, daß die Nichtigkeit einer solchen Gesellschaft aus anderen als den in Artikel 11 der Ersten Richtlinie abschließend aufgezählten Gründen ausgesprochen werden kann.

Die Tragweite der Nichtigkeitsregelung in der Ersten Richtlinie

11. Die von dem vorlegenden Gericht gestellte Vorabentscheidungsfrage betrifft die in Artikel 11 der Ersten Richtlinie aufgezählten Nichtigkeitsgründe. Dieser Artikel muß deshalb auch im Mittelpunkt stehen, wenn es darum geht, das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen. Aus diesem Artikel, dessen vollständiger Wortlaut im Sitzungsbericht wiedergegeben ist (unter Nr. 2), zitiere ich nur die beiden Nichtigkeitsgründe, die im folgenden zur Sprache kommen. Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten können die Nichtigkeit durch gerichtliche Entscheidung nur vorsehen,

„a) ...

b) wenn der tatsächliche Gegenstand des Unternehmens rechtswidrig ist oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt;

c) ...

d) ...

e) ...

f) wenn entgegen den für die Gesellschaft geltenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die Zahl der an der Gründung beteiligten Gesellschafter weniger als zwei betrug."

Neben Artikel 11 der Ersten Richtlinie ist auch Artikel 12 im Auge zu behalten. Dieser Artikel regelt die Folgen einer etwaigen Nichtigkeit. Ich zitiere wiederum nur die vier relevanten Bestimmungen:

„1. ...

18 — Die Kommission verweist insoweit auf J. Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1982, S. 435 ff. Vergleiche im übrigen Artikel 50 des spanischen Código de Comercio, wonach für handelsrechtliche Verträge — gemäß Artikel 116 des Código de Comercio ist eine (Handels-)Gesellschaft ein handelsrechtlicher Vertrag — vorbehaltlich besonderer abweichender Bestimmungen das allgemeine Recht gilt.

2. Die Nichtigkeit bewirkt, daß die Gesellschaft in Liquidation tritt, wie dies bei der Auflösung der Fall sein kann.

3. Unbeschadet der Wirkungen, die sich daraus ergeben, daß sich die Gesellschaft in Liquidation befindet, beeinträchtigt die Nichtigkeit als solche die Gültigkeit von Verpflichtungen nicht, die die Gesellschaft eingegangen ist oder die ihr gegenüber eingegangen wurden.

4. Die Regelung der Wirkungen der Nichtigkeit im Verhältnis der Gesellschafter untereinander bleibt den Rechtsvorschriften jedes Mitgliedstaats überlassen.

5. ..."

12. Artikel 11 der Ersten Richtlinie kann dem nationalen Gericht, wenn das eigene nationale Recht auszulegen ist, natürlich nur insoweit von Nutzen sein, als der Ausgangsrechtsstreit die Nichtigkeit einer (Aktien-)Gesellschaft betrifft. Alle übrigen Punkte, die die Firma Marleasing in ihrem Hauptantrag oder in ihren Hilfsanträgen vor dem nationalen Gericht formuliert hat, läßt die Richtlinie unberührt.

Dies gilt insbesondere für die *actio pauliana*, mit der die Firma Marleasing beantragt, die Einlage von Barviesa in das Kapital von La Comercial aufzuheben, da diese erfolgt sei, um die Gläubiger von Barviesa in ihren Rechten zu schädigen. Ein solches Begehren fällt nicht in den Geltungsbereich der Nichtigkeitsregelung der Ersten Richtlinie.

Ebensowenig fällt meines Erachtens ein (Vor-)Vertrag zwischen Aktionären — soweit ein solcher von dem eigentlichen Gründungsakt zu unterscheiden ist — als solcher unter die Nichtigkeitsregelung der Richtlinie, zumindest insoweit, als die Nichtigerklärung des Vertrags nicht automatisch die Nichtigkeit der Gesellschaft zur Folge hat.

Schließlich enthält die Erste Richtlinie auch keine Regelung über die Auflösung von Gesellschaften, nach meinem Dafürhalten deshalb nicht, weil die Auflösung einer Gesellschaft normalerweise nicht rückwirkend erfolgt und die von der Gesellschaft vor der Auflösung eingangenen Verpflichtungen deshalb auch gültig bleiben.

13. Der auf Nichtigerklärung der Aktiengesellschaft La Comercial als solche gerichtete Antrag der Firma Marleasing fällt hingegen durchaus in den Geltungsbereich der Artikel 11 und 12 der Ersten Richtlinie. Soweit das nationale Gericht diese Bestimmungen bei der Auslegung seines nationalen Rechts zu berücksichtigen hat (vgl. oben Nrn. 7 ff.), wird es vor der Frage stehen, ob der in Artikel 11 Buchstabe b der Richtlinie genannte Nichtigkeitsgrund den Fall einer Gesellschaft erfaßt, die angeblich zu dem Zweck gegründet wurde, die Gläubiger der Gründer zu schädigen. Es geht hier deshalb um die Auslegung der Richtlinie selbst (eine Auslegung, die ihrerseits bei der Auslegung des nationalen Rechts berücksichtigt werden muß).

Bevor ich auf diese in einigen Mitgliedstaaten umstrittene Auslegungsfrage eingehe, möchte ich darauf hinweisen, daß das vorlegende Gericht bei der Auslegung des nationalen Gesellschaftsrechts vielleicht auch auf andere in Artikel 11 genannte Nichtigkeitsgründe hätte zurückgreifen können. Am ehesten kommt hierbei der unter Buchstabe f genannte Grund in Betracht, wonach ein Mitgliedstaat die Nichtigkeit einer

Gesellschaft vorsehen *kann*, wenn die Zahl der an der Gründung beteiligten Gesellschafter entgegen den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften weniger als zwei beträgt (was bedeutet, daß der Mitgliedstaat die Möglichkeit einer Einpersonengesellschaft bei der Gründung vollständig oder für bestimmte Arten von Gesellschaften ausschließt [19]). Die Firma Marleasing hat nämlich im Ausgangsverfahren behauptet, La Comercial sei ausschließlich von Barviesa gegründet worden und die übrigen Unterzeichner der Gründungsurkunde seien Strohmänner.

Trotz dieser Behauptung ist weder in den schriftlichen Erklärungen noch während der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof auf den Nichtigkeitsgrund des Buchstabens f eingegangen worden. Aus dem Vorlagebeschluß geht auch nicht hervor, ob das spanische (Bürgerliche oder Handels-)Recht zur entscheidungserheblichen Zeit diesbezügliche Vorschriften enthielt und bejahendenfalls welche und ob sie die Nichtigkeit als Sanktion vorsahen. Ich werde deshalb auf diesen Nichtigkeitsgrund auch nicht eingehen und möchte nur darauf hinweisen, daß es vom nationalen Recht abhängt — auf das Artikel 11 Buchstabe f ausdrücklich verweist und wenn dieses vorschreibt, daß die Gesellschaft von (mindestens) zwei Aktionären gegründet werden muß —, ob und inwieweit das Auftreten nicht auf eigene Rechnung handelnder Gesellschaftsgründer möglicherweise zur Nichtigkeit der Gesellschaft führt [20]. Es steht dem nationalen Gesetzgeber nämlich frei, die in Artikel 11 genannten Nichtigkeitsgründe nicht oder nur teilweise zu übernehmen und deshalb auch ihren Geltungsbereich zu beschränken. Hingegen darf er sie weder zahlenmäßig noch inhaltlich erweitern.

14. Durch die Vorlagefrage wird somit letztlich das Problem aufgeworfen, wie Artikel 11 Buchstabe b auszulegen ist. Dabei geht es im vorliegenden Fall angesichts des dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Sachverhalts um die Wendung „der tatsächliche Gegenstand des Unternehmens". Die in Artikel 11 Buchstabe b vorkommende Formulierung „rechtswidrig ... oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt" steht hingegen nicht zur Debatte. Gleichwohl möchte ich daran erinnern, daß der Begriff „öffentliche Ordnung" in der Rechtsprechung des Gerichtshofes in anderem Zusammenhang, nämlich im Zusammenhang mit Artikel 48 Absatz 3 EWG-Vertrag, wiederholt erörtert worden ist. Insoweit hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, daß der Begriff zwar nicht einseitig ohne Nachprüfung durch die Gemeinschaftsorgane bestimmt werden dürfe, sein Inhalt jedoch von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein könne, so daß den innerstaatlichen Behörden ein Beurteilungsspielraum „innerhalb der durch den Vertrag und die zu seiner Anwendung erlassenen Vorschriften gesetzten Grenzen" zuzubilligen sei. Jedenfalls setze dieser Begriff voraus, „daß außer der Störung der öffentlichen Ordnung, die jede Gesetzesverletzung darstellt, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt" [21]. Der Begriff „rechtswidrig" bezieht sich meines Erachtens auf die Unvereinbarkeit mit einer zwingenden und unbedingten gesetzlichen Verbotsvorschrift oder mit den guten Sitten (soweit letzteres nicht unter die „öffentliche Ordnung" fällt). Auch der Begriff „gute Sitten" ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofes bereits behandelt worden,

19 — Inzwischen hat der Rat die Zwölfte Richtlinie (89/667/EWG) vom 21. Dezember 1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter (ABl. L 395, S. 40) erlassen.

20 — Nicht selten wird in diesem Zusammenhang ein Unterschied gemacht werden zwischen Personen, die rechtsgültig und ohne die Absicht, zwingende Vorschriften zu umgehen, in eigenem Namen, jedoch für Rechnung Dritter als Treuhänder oder in sonstiger Weise als Mittelsmann auftreten, und Personen, die mit der Absicht, eine zwingende Vorschrift wie diejenige über die Vermögenseinheit zu umgehen, als Strohmann auftreten.

21 — Urteil vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77, Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Randnrn. 33 bis 35.

insbesondere in Zusammenhang mit Artikel 36 EWG-Vertrag, wobei ebenfalls darauf hingewiesen wurde, daß die nationalen Behörden innerhalb der durch das Gemeinschaftsrecht gesetzten Grenzen über einen Beurteilungsspielraum verfügten [22]. Die durch das Gemeinschaftsrecht in bezug auf all diese Begriffe gezogenen Grenzen sind im vorliegenden Fall in erster Linie diejenigen, die in der Ersten Richtlinie enthalten sind.

15. In der vorliegenden Rechtssache geht es somit um die Auslegung der Wendung „der tatsächliche Gegenstand des Unternehmens". Deren Auslegung ist um so heikler, als die verschiedenen Fassungen des Artikels 11 Buchstabe b in diesem Punkt voneinander abweichen [23]. Nach der niederländischen Fassung kann eine Gesellschaft für nichtig erklärt werden, wenn ihr „werkelijke doel" rechtswidrig ist oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt. Ist unter „doel van de vennootschap" (in der französischen Fassung: „objet de la societé") ausschließlich der Unternehmensgegenstand zu verstehen, wie er im Errichtungsakt oder in der Satzung umschrieben ist, oder muß darunter auch die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit der Gesellschaft oder sogar der mit der Gesellschaft tatsächlich verfolgte Zweck (im Sinne von „le but de la societé") verstanden werden [24]? Nur im letzteren Fall kann das mit dem Ausgangsrechtsstreit befaßte vorlegende Gericht, ohne seinem nationalen Recht eine nicht richtlinienkonforme Auslegung zu geben, zu der Auffassung gelangen, daß eine Gesellschaft für nichtig erklärt werden kann, wenn sie zu dem (alleinigen) Zweck gegründet wurde, die Gläubiger der Gründer zu schädigen, wie die Firma Marleasing im Ausgangsverfahren geltend macht.

In einigen Mitgliedstaaten hat der Nichtigkeitsgrund des Artikels 11 Buchstabe b genau in diesem Punkt zu divergierenden Auslegungen geführt [25]. Dies ist nicht erstaunlich, wenn man weiß, welche Debatten und Kompromisse zwischen der Kommission und den Sachverständigen der Mitgliedstaaten dem Erlaß von Artikel 11 vorangegangen sind [26]. In anderen Mitgliedstaaten hingegen wurde diesem Nichtigkeitsgrund wie auch der gesamten Nichtigkeitsregelung der Richtlinie kaum Beachtung geschenkt.

Die Gründe für dieses so unterschiedliche Interesse sind nicht leicht zu erklären. Der Umstand, daß in einigen Ländern die Gründung von Kapitalgesellschaften einer vorbeugenden (gerichtlichen oder behördlichen) Kontrolle unterliegt (vergleiche Artikel 10 der Richtlinie), ist zweifellos dazu

22 — Urteil vom 11. März 1986 in der Rechtssache 121/85, Conegate, Slg. 1986, 1007, Randnrn. 14 bis 16.

23 — In der niederländischen Fassung ist von „het werkelijke doel van de vennootschap" die Rede. In der deutschen Fassung heißt es: „der tatsächliche Gegenstand des Unternehmens". In der französischen Fassung („l'objet de la société") und in der italienischen Fassung („il oggetto della società") wird der Unternehmensgegenstand nicht näher bezeichnet. Dies ist ebensowenig der Fall in den nach Erlaß der Richtlinie vom Rat in den übrigen Gemeinschaftssprachen erstellten Fassungen, unter anderem im spanischen Text („el objeto de la sociedad"), die ebenfalls verbindlich sind.

24 — Diese drei Begriffe werden in dem Übereinkommen über die gegenseitige Anerkennung von 1968 nebeneinander verwendet: vergleiche unten Fußnote 32.

25 — So in Belgien und Frankreich (aber auch in Deutschland und Italien: vergleiche die Hinweise in Fußnote 30): dazu u. a. L. Simont, Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation", in *Les sociétés commerciales, Jeune Barreau, Bruxelles*, 1985, S. 102 ff.; R. Houin, Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, Sociétés commerciales, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1970, S. 736 ff. In Frankreich scheint es herrschende Meinung zu sein, daß das französische Gesetz über die Gesellschaften, das durch die Ordonnance Nr. 1176 vom 20. Dezember 1969 an die Richtlinie angepaßt wurde, die Nichtigkeitsgründe des allgemeinen Rechts (unter anderem „la cause illicite") fortbestehen läßt, die nicht ausdrücklich durch Artikel 360 dieses Gesetzes ausgeschlossen werden. Einige Autoren (vergleiche u. a. Y. Serra, *Dalloz*, 1973, Chronique, S. 17 ff.) werfen die Frage auf, ob diese französische Regelung nicht gegen die Erste Richtlinie verstoße. In Belgien, hauptsächlich in der niederländischsprachigen Rechtslehre und Rechtsprechung, wird aufgrund der niederländischen Fassung von Artikel 11 Buchstabe b der Richtlinie (vergleiche Fußnote 23) der weiten Auslegung der Vorzug gegeben: vergleiche insbesondere J. Ronse, u. a., Overzicht van rechtspraak (1978 — 1985) Vennootschappen, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1986, S. 885 ff., und das erst vor kurzem ergangene noch nicht veröffentlichte Urteil der Rechtbank van Koophandel Hasselt vom 28. Mai 1990.

26 — Vergleiche hierzu die Besprechung von I. Stein, *Harmonization of European Company Laws*, 1971, S. 299 ff.

angetan, eine etwaige Anwendung der Nichtigkeitsvorschriften zu verhindern. Der damit verbundene mehr formelle Charakter des Errichtungsaktes, wodurch dieser in einigen Mitgliedstaaten mehr als in anderen von den ihm zugrunde liegenden Vertragsbeziehungen „gelöst" wird, ist ein anderer möglicher Grund, der speziell hier von Belang ist.

16. Wie dem auch sei, aus der in der Ersten Richtlinie enthaltenen Nichtigkeitsregelung, aber auch aus den übrigen darin getroffenen Regelungen über die Offenlegung und die Rechtsgültigkeit der von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen ergibt sich die Zielsetzung, den „Schutz der Interessen Dritter" (zweite Begründungserwägung der Richtlinie) auf einem erweiterten Markt in bezug auf Gesellschaften zu verstärken, die Dritten keine andere Sicherheit zu bieten haben als ihr Gesellschaftsvermögen (erste und dritte Begründungserwägung). Die Nichtigkeitsregelung selbst, durch die „die Fälle der Nichtigkeit sowie die Rückwirkung der Nichtigerklärung" beschränkt werden, ist darauf gerichtet, „die Rechtssicherheit in den Beziehungen zwischen der Gesellschaft und Dritten sowie im Verhältnis der Gesellschafter untereinander zu gewährleisten" (sechste Begründungserwägung) [27].

Unter diesen Umständen ist es für mich evident, daß jeder Nichtigkeitsgrund auch für sich allein im Hinblick auf den Schutz der Interessen Dritter — d. h. der Gesellschaftsgläubiger — eng auszulegen ist und daß soweit wie möglich vermieden werden muß, Mängel in den Vertragsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern untereinander oder zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft durch die Nichtigkeit der Gesellschaft zu sanktionieren. Damit ist nicht gesagt, daß derartige Mängel nicht auf eine andere Weise sanktioniert werden könnten und sollten, die den Bestand der Gesellschaft unberührt läßt und die Gesellschaftsgläubiger weniger benachteiligt.

Ich bin deshalb der Meinung, daß unter dem Begriff „Gegenstand des Unternehmens" in Artikel 11 Buchstabe b der Richtlinie der Gegenstand der Gesellschaft dergestalt zu verstehen ist, wie er im Errichtungsakt oder in der Satzung definiert und veröffentlicht worden ist (Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a sowie Artikel 3 der Richtlinie) [28]. Nur wenn der so verstandene Gegenstand „rechtswidrig ist oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt", kann dies zur Nichtigkeit der Gesellschaft führen. Der mit der Gründung der Gesellschaft verfolgte, aber nicht in dem Errichtungsakt oder der Satzung zum Ausdruck gebrachte Zweck, z. B. die Schädigung von Gläubigern der Gesellschafter [29], kann die Nichtigkeit der Gesellschaft nicht zur Folge haben: Eine solche Rechtswidrigkeit oder Verletzung der öffentlichen Ordnung (z. B. des Grundsatzes der Einheit des Vermögens der Gründungsgesellschafter) wird auf eine andere Weise als durch die Nichtigkeit der Gesellschaft sanktioniert werden müssen (vergleiche unten Nr. 19).

17. Meine bisherigen Ausführungen sind in einem wichtigen Punkt zu nuancieren. Sowohl in der deutschen als auch in der niederländischen Fassung von Artikel 11 Buchstabe b heißt es, daß unter Unternehmens-

27 — Die Nichtigkeitsfolgen sind in bezug auf Dritte zwingend in der Richtlinie geregelt (vergleiche insbesondere Artikel 12 Absätze 2 und 3, oben unter Nr. 11 zitiert); die Folgen im Verhältnis der Gesellschafter untereinander können durch die Rechtsvorschriften jedes Mitgliedstaats geregelt werden (Artikel 12 Absatz 4, ebenda zitiert).

28 — Der Begriff „Gegenstand des Unternehmens" kommt auch in Artikel 9 Absatz 1 der Ersten Richtlinie vor: dazu E. Stein, op. cit., S. 282 ff. Auch hier dürfte unter dem Begriff der Gegenstand der Gesellschaft zu verstehen sein, wie er unter Berücksichtigung der gesetzlichen Spezifizierung von juristischen Personen im Errichtungsakt oder in der Satzung umschrieben ist.

29 — Der Schutz, den die Erste Richtlinie Dritten gewährt, ist ein Schutz bestimmter Dritter, nämlich der Gläubiger der Gesellschaft, nicht aber dritter Gläubiger der Gesellschafter. Der Grund für den besonderen Schutz der Gesellschaftsgläubiger liegt darin, daß diese bei Kapitalgesellschaften keine andere Sicherheit haben als das Gesellschaftsvermögen: vergleiche die dritte Begründungserwägung der Richtlinie.

gegenstand der „tatsächliche" („werkelijke") Gegenstand zu verstehen ist. Darin sehe ich eine sachdienliche Klarstellung, der die anderen Fassungen nicht entgegenstehen. Sie macht deutlich, daß der in Artikel 11 Buchstabe b vorgesehene Nichtigkeitsgrund Anwendung finden kann, wenn die tatsächliche Tätigkeit der Gesellschaft in der Form, wie sie seit deren Gründung ausgeübt wird, rechtswidrig ist oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt, und zwar auch dann, wenn diese Tätigkeit nicht mit dem im Errichtungsakt oder in der Satzung angegebenen Gegenstand — unterstellt, dieser ist rechtmäßig — übereinstimmt [30]. Hier einige Beispiele: Der Errichtungsakt oder die Satzung einer Gesellschaft gibt als Gegenstand den Betrieb eines Hotels an, während sich in der Praxis zeigt, daß damit der Betrieb eines (gesetzlich verbotenen) Spielsaals oder die Ausübung (strafbarer) Prostitution bezweckt wird, oder in dem Errichtungsakt wird als Gegenstand die Produktion und der Export von Stahlrohren angegeben, während unter diesem Deckmantel in Wirklichkeit (illegal) Waffen produziert und geliefert werden.

Es muß sich dann aber um eine Tätigkeit handeln, die auf diese Weise von Beginn an ausgeübt worden ist [31]. Falls eine Gesellschaft mit rechtmäßigem Unternehmensgegenstand erst später im Widerspruch zu diesem Gegenstand rechtswidrige Tätigkeiten ausübt, kann dies nicht zur Nichtigkeit, sondern gegebenenfalls zur Auflösung der Gesellschaft führen, wenn das nationale Recht dies vorsieht.

18. Die in der vorherigen Nummer vorgenommene und meines Erachtens sachdienliche Nuancierung, die wie gesagt in der deutschen und der niederländischen Fassung des Artikels 11 Buchstabe b eine Stütze findet, erscheint mir nicht unvereinbar mit dem Schutz der Interessen Dritter. Mit ihrer Hilfe läßt sich nämlich verhindern, daß Dritte durch eine im Errichtungsakt oder in der Satzung vorgegebene, jedoch von Beginn an nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmende Tätigkeit irregeführt werden. Außerdem ist die wirklich ausgeübte Tätigkeit anders als die von den Gesellschaftern mit der Gesellschaftsgründung verfolgten Ziele für Dritte, die mit der Gesellschaft Geschäfte tätigen, normalerweise erkennbar. Schließlich verliert der Nichtigkeitsgrund des Artikels 11 Buchstabe b ohne diese Nuancierung viel von seinem wirklichen Inhalt, weil das so eingeschränkte Verbot eines rechtswidrigen oder die öffentliche Ordnung verletzenden Gegenstands dann leicht dadurch umgangen werden kann, daß in den Errichtungsakt oder die Satzung ein rechtmäßiger, jedoch nur vorgetäuschter Gegenstand aufgenommen wird [32].

30 — In diesem Sinne u. a. J. Van Ryn und P. Van Ommeslaghe, Examen de jurisprudence (1972 bis 1978), Les sociétés commerciales, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1981, die auf Seite 241 vorschlagen, einen heftigen Meinungsstreit in dieser Frage — wozu auch die französische Gesetzgebung Anlaß gibt (vergleiche R. Houin, op. cit., S. 736 ff.) — wie folgt zu lösen: „Il faudrait avoir égard non seulement à l'objet social statutaire, mais aussi aux activités effectivement exercées sous ce couvert." Vergleiche auch L. Simont, op. cit., Nr. 28, der hinzufügt, daß die Möglichkeit einer Nichtigerklärung wegen rechtswidrigen tatsächlichen Handelns um so mehr geboten ist, als die Gesellschaft gemäß Artikel 9 Absatz 1 der Ersten Richtlinie auch durch Handlungen gebunden ist, die *ultra vires* verrichtet worden sind. Das deutsche Schrifttum scheint auch in diese Richtung zu gehen: vergleiche Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropff, *Aktiengesetz*, 1986, 11. Lieferung, S. 275 f. Die italienische Lehre ist hingegen gespalten: vergleiche A. Borgioli, *La nullità della società per azioni*, 1977, S. 414 ff., und die Hinweise pro und contra in Fußnote 126 auf S. 414.

31 — So auch u. a. F. Galgano, „La società per azioni" *(Trattato di diritto commerciale e di diritto publico dell'economia*, VII, 1984, S. 101; J. Ronse, *De vennootschapswetgeving*, 1973, S. 76, und L. Simont, op. cit., Nr. 28.

32 — Bemerkenswert ist, daß das kurz vor Erlaß der Ersten Richtlinie unterzeichnete Übereinkommen vom 29. Februar 1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen (Bulletin der Europäischen Gemeinschaften Nr. 2-1969, Beilage) in Artikel 9 einen weiteren Begriff des (Gesellschafts-)Gegenstands enthält. Darunter fällt nicht nur das „maatschappelijk doel" und die „daadwerkelijke uitgeoefende activiteit", sondern auch das „werkelijk nagestreefde doel" (in der deutschen Fassung heißt es insoweit: „Gegenstand", „tatsächlich ausgeübte Tätigkeit" und „Zweck"). Wenn eines dieser drei Elemente „gegen Grundsätze oder Vorschriften verstößt, die [ein Vertragsstaat] als Bestandteil der öffentlichen Ordnung im Sinne des internationalen Privatrechts ansieht", so kann dieser Staat die Anerkennung einer ausländischen Gesellschaft verweigern. Diese Diskrepanz zwischen Artikel 9 des Übereinkommens über die gegenseitige Anerkennung und Artikel 11 Buchstabe b der Ersten Richtlinie hat zweifellos etwas mit dem spezifischen Ziel dieser Richtlinie zu tun, die Nichtigkeit von Gesellschaften zu begrenzen, um Dritte zu schützen. Aus den im Text angeführten Gründen kann diese Begrenzung jedoch nicht so weit gehen, daß sie auch die „(von Beginn an) tatsächlich ausgeübte Tätigkeit" von dem Gegenstand ausschließt; anders verhält es sich jedoch mit dem von den Gründern mit der Gesellschaft „verfolgten Zweck", da er Dritten unbekannt ist.

19. Die praktische Bedeutung der oben vorgeschlagenen restriktiven — aber nicht zu restriktiven — Definition des in Artikel 11 Buchstabe b genannten Nichtigkeitsgrunds darf nicht überschätzt werden. Für den Gläubiger eines Schuldners, der sein Vermögen in eine Gesellschaft einbringt, um es dem Zugriff dieses Gläubigers zu entziehen — diese Fallgestaltung wird von der vorgeschlagenen Definition nicht umfaßt —, würde eine Nichtigerklärung der betreffenden Gesellschaft doch nur einen beschränkten Schutz bieten. Die Rechtsfolgen der Nichtigerklärung müssen nämlich im Einklang mit den oben (Nr. 11) zitierten Bestimmungen des Artikels 12 der Ersten Richtlinie stehen. Dies bedeutet, daß die Gesellschaft im Falle ihrer Nichtigkeit in Liquidation tritt, wie dies bei ihrer Auflösung der Fall wäre. Außerdem beeinträchtigt die Nichtigkeit als solche nicht die Gültigkeit von Verpflichtungen der Gesellschaft. Die Richtlinienregelung läßt somit das Sondervermögen der für nichtig erklärten Gesellschaft bestehen, so daß die Gläubiger der Gesellschafter grundsätzlich keinen Zugriff auf die von den Gesellschaftern in die nichtige Gesellschaft eingebrachten Güter haben.

Wie oben (Nr. 12) bereits dargelegt, läßt die Erste Richtlinie andere Sanktionen, die im nationalen Recht für diesen Fall vorgesehen sind, unberührt; sie beläßt somit den Gläubigern beispielsweise die Möglichkeit, zu ihren Gunsten die Aufhebung der unter Verletzung ihrer Rechte getätigten *Einlage* zu beantragen [33]. Ein solcher Antrag wird in der Regel ihre Interessen wirksamer schützen als die Nichtigerklärung der Gesellschaft selbst.

33 — Dieser Punkt scheint unbestritten zu sein. Nur ein Hinweis: P. Van Ommeslaghe, „La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés", in *Cahiers de droit européen*, 1969, S. 657.

Zusammenfassung

20. Nach alledem komme ich zu folgendem Ergebnis. Artikel 11 der Ersten Richtlinie hat keine unmittelbare Wirkung zwischen einzelnen, so daß La Comercial dem Begehren der Firma Marleasing die abschließende Aufzählung der Nichtigkeitsgründe nicht unmittelbar unter Berufung auf die Richtlinie entgegenhalten kann. Das nationale Gericht ist jedoch verpflichtet, sein nationales Gesellschaftsrecht richtlinienkonform auszulegen, falls das nationale Recht unterschiedlich ausgelegt werden kann. Dies scheint der Fall zu sein, wenn in bezug auf die Nichtigkeit von (Aktien-)Gesellschaften allgemeine Begriffe aus dem Vertragsrecht entsprechend angewendet werden, weil derartige allgemeine Begriffe zum einen auslegungsfähig sind und weil die analoge Anwendung zum anderen nur eine mögliche Auslegungsmethode unter mehreren ist. In einem solchen Fall kann das nationale Gericht meines Erachtens bei der Auslegung des nationalen Rechts der abschließenden Aufzählung des Artikels 11 und gegebenenfalls — wenn die Nichtigkeit doch ausgesprochen werden sollte — der Beschränkung der Rückwirkung der Nichtigkeit gemäß Artikel 12 der Ersten Richtlinie leicht Rechnung tragen.

Der Nichtigkeitsgrund des Artikels 11 Buchstabe b ist seinerseits dahin zu verstehen, daß darunter nur ein rechtswidriger oder die öffentliche Ordnung verletzender Gegenstand fällt, wie er in dem Errichtungsakt oder der Satzung umschrieben ist oder wie er in der von Beginn an tatsächlich ausgeübten Tätigkeit zum Ausdruck kommt. Der von den Gründungsgesellschaftern mit der Errichtung verfolgte Zweck fällt, wenn er nicht in der dargelegten Weise zum Aus-

druck kommt, nicht unter den so verstandenen Gegenstandsbegriff. Dies schließt jedoch nicht aus, daß das nationale Recht den Gläubigern von Gründungsgesellschaftern, deren Interessen beeinträchtigt sind, andere Lösungen (wie die *actio pauliana*) zur Verfügung stellen kann, die — wegen der begrenzten Wirkung einer etwaigen Nichtigkeit — in der Regel ebenso wirksam sind und die die Richtlinie unberührt läßt.

Ergebnis

21. Deshalb schlage ich vor, auf das Ersuchen um Vorabentscheidung wie folgt zu antworten:

„1) Artikel 11 der Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 kann als solcher nicht gegenüber einem einzelnen geltend gemacht werden. Es obliegt jedoch dem nationalen Gericht, sein nationales Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks dieser Richtlinienbestimmung sowie für den Fall, daß die Nichtigkeit der Gesellschaft ausgesprochen wird, im Lichte des Artikels 12 der Richtlinie auszulegen.

2) Artikel 11 Absatz 1 Nr. 2 Buchstabe b der Richtlinie 68/151/EWG ist dahin auszulegen, daß unter dem ‚tatsächlichen Gegenstand des Unternehmens' der Unternehmensgegenstand zu verstehen ist, wie er in dem veröffentlichten Errichtungsakt oder der veröffentlichten Satzung der Gesellschaft umschrieben ist oder wie er sich aus der von der Gesellschaft von Beginn an tatsächlich ausgeübten Tätigkeit ergibt."