SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK vom 2. Juni 2010[1]

I — Einleitung ..... I - 10165

II — Rechtlicher Rahmen ..... I - 10166

A — Gemeinschaftsrecht ..... I - 10166

1. Primärrecht ..... I - 10166

2. Abgeleitetes Recht ..... I - 10167

a) Richtlinie 68/151/EWG ..... I - 10167

b) Richtlinie 89/667/EWG ..... I - 10168

B — Nationales Recht ..... I - 10168

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen ..... I - 10170

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof ..... I - 10171

V — Wesentliches Vorbringen der Parteien ..... I - 10171

VI — Rechtliche Würdigung ..... I - 10172

A — Einleitende Ausführungen ..... I - 10172

1. Rechtsangleichung als Instrument des europäischen Gesellschaftsrechts I - 10172

2. Regelungsgegenstand der Richtlinie 68/151 ..... I - 10173

1 — Originalsprache: Deutsch.

B — Zur Vorlagefrage ..... I - 10174

1. Sekundärrecht als Prüfungsmaßstab ..... I - 10176

a) Anwendbarkeit der Richtlinie 68/151 ..... I - 10176

i) Vorliegen einer Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 1 der Richtlinie 68/151 ..... I - 10176

ii) Anerkennung einer Haftungsbeschränkung ..... I - 10176

iii) Haftung für Verpflichtungen der Aktiengesellschaft ..... I - 10178

iv) Umfang der Haftung der Aktiengesellschaft ..... I - 10180

b) Vereinbarkeit mit der Richtlinie 68/151 ..... I - 10180

2. Vereinbarkeit mit dem Primärrecht ..... I - 10183

a) Zulässigkeit eines Rückgriffs auf das Primärrecht ..... I - 10183

b) Niederlassungsfreiheit ..... I - 10184

i) Anwendbarkeit von Art. 43 EG und 48 EG ..... I - 10184

ii) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ..... I - 10187

— Art. 43 EG als umfassendes Beschränkungsverbot ..... I - 10187

— Möglichkeit einer teleologischen Eingrenzung des Beschränkungsverbots ..... I - 10189

iii) Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit I - 10191

— Schutz von Grundrechten als berechtigtes Interesse ..... I - 10192

— Verhältnismäßigkeitsprüfung ..... I - 10193

iv) Zwischenergebnis ..... I - 10200

c) Kapitalverkehrsfreiheit ..... I - 10200

i) Anwendbarkeit von Art. 56 EG ..... I - 10200

ii) Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit ..... I - 10201

— Art. 56 EG als umfassendes Beschränkungsverbot ..... I - 10201

— Möglichkeit einer teleologischen Eingrenzung des Beschränkungsverbots ..... I - 10202

iii) Rechtfertigung ..... I - 10203

— Schutz von Grundrechten als berechtigtes Interesse ..... I - 10203

— Verhältnismäßigkeitsprüfung ..... I - 10203

iv) Zwischenergebnis ..... I - 10204

VII — Ergebnis ..... I - 10204

I — Einleitung

1. Der vorliegenden Rechtssache liegt ein Vorabentscheidungsersuchen des griechischen Symvoulio tis Epikrateias (Staatsrat; im Folgenden: vorlegendes Gericht) nach Art. 234 EG [2] zugrunde, mit dem der Gerichtshof um Auslegung der Ersten Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten [3], ersucht wird.

2. Das Vorabentscheidungsersuchen geht auf einen Rechtsstreit zwischen der Idryma

2 — Das Vorabentscheidungsverfahren ist gemäß dem Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. Dezember 2007 (ABl. C 306, S. 1) nunmehr in Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union geregelt.

3 — ABl. L 65, S. 8.

Typou A.E. (im Folgenden: Klägerin des Ausgangsverfahrens), einer im Presse- und Fernsehsektor tätigen Aktiengesellschaft, und dem Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis (Minister für Presse und Massenmedien; im Folgenden: Beklagter des Ausgangsverfahrens) zurück, der die Rechtmäßigkeit einer Geldbuße zum Gegenstand hat, die gegen die Klägerin des Ausgangsverfahrens aufgrund eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Vorschriften und die Standesregeln, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten, verhängt wurde und welche die gemeinschaftliche und gesamtschuldnerische Haftung der Klägerin sowie ihrer Aktionäre und ihrer Verwaltungsratsmitglieder vorsieht.

3. In rechtlicher Hinsicht werden mit dieser Vorlage im Grunde zwei Rechtsfragen aufgeworfen, die miteinander verknüpft sind. Erstens wird danach gefragt, ob es im Gesellschaftsrecht der Europäischen Union ein hinreichend bestimmtes Konzept der Rechtsform der Aktiengesellschaft gibt, das ebenso wie die Rechtsordnungen zahlreicher Mitgliedstaaten einen Grundsatz kennt, wonach die Haftung einer Kapitalgesellschaft auf das gesellschaftliche Vermögen beschränkt ist. Zweitens möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der eben genannte Grundsatz unter Umständen wie denen des Ausgangsfalls ausnahmsweise eine Durchbrechung dieser Haftungsbeschränkung gestattet. Denn nur im Fall der gemeinschaftsrechtlichen Vereinbarkeit eines sogenannten „Haftungsdurchgriffs" wäre es möglich, eine Haftung der Aktiengesellschaft auf das Vermögen der Gesellschafter auszuweiten.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

1. Primärrecht

4. Art. 43 EG lautet:

„Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.

Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen."

5. Art. 44 EG bestimmt:

„(1) Der Rat erlässt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 und nach Anhörung des

Wirtschafts- und Sozialausschusses Richtlinien zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für eine bestimmte Tätigkeit.

(2) Der Rat und die Kommission erfüllen die Aufgaben, die ihnen aufgrund der obigen Bestimmungen übertragen sind, indem sie insbesondere

…

g) soweit erforderlich die Schutzbestimmungen koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten."

6. Art. 48 EG lautet:

„Für die Anwendung dieses Kapitels stehen die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind.

Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen."

7. Art. 56 EG bestimmt:

„(1) Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.

(2) Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten."

2. Abgeleitetes Recht

a) Richtlinie 68/151/EWG

8. Die zeitlich anwendbare Richtlinie 68/151 sah bis zu ihrer Aufhebung durch die am 21. Oktober 2009 in Kraft getretene Richtlinie 2009/101/EG [4] eine Koordinierung der gesellschaftsrechtlichen Schutzbestimmungen in den Mitgliedstaaten im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vor.

4 — Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (ABl. L 258, S. 11).

9. Aus den Erwägungsgründen dieser Richtlinie geht zum einen hervor, dass „die in Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) [des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft] und im Allgemeinen Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit vorgesehene Koordinierung insbesondere bei den Aktiengesellschaften, den Kommanditgesellschaften auf Aktien und den Gesellschaften mit beschränkter Haftung dringlich [ist], da die Tätigkeit dieser Gesellschaften häufig über die Grenzen des nationalen Hoheitsgebiets hinausreicht". Zum anderen wird in den Erwägungsgründen dieser Richtlinie darauf hingewiesen, dass „auf diesen Gebieten Vorschriften der Gemeinschaft für diese Gesellschaften gleichzeitig erlassen werden [müssen], da diese Gesellschaften zum Schutze Dritter lediglich das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung stellen".

10. Art. 1 dieser Richtlinie in seiner durch die Beitrittsakte Griechenlands [5] geänderten Fassung bestimmt:

„Die durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Koordinierungsmaßnahmen gelten für die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für Gesellschaften folgender Rechtsformen: […]

in Griechenland:

ανώνυμη εταιρία, εταιρία περιωρισμένης ευθύνης, ετερόρρυθμη κατά μετοχές εταιρία [die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung]."

11. Die Richtlinie 68/151 umfasst drei Abschnitte. Abschnitt I behandelt die Offenlegung von Gesellschaftsakten, Abschnitt II enthält Bestimmungen betreffend die Gültigkeit der von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen, und Abschnitt III regelt die eventuelle Nichtigkeit der Gesellschaft.

b) Richtlinie 89/667/EWG

12. Die Zwölfte Richtlinie 89/667/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter [6] bestimmt in ihren Erwägungsgründen, dass „Einzelunternehmern in der gesamten Gemeinschaft das rechtliche Instrument einer Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung geboten werden [sollte], unbeschadet der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die diesem Einzelunternehmer in Ausnahmefällen eine Haftung für die Verpflichtungen des Unternehmens auferlegen".

B — *Nationales Recht*

13. In Art. 5 Abs. 1 der griechischen Verfassung ist das Recht aller Bürger niedergelegt, ihre Persönlichkeit frei zu entfalten und am gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Leben teilzunehmen, unter der Bedingung, dass die Rechte anderer, die

5 — ABl. 1979, L 291.

6 — ABl. L 395, S. 40.

Verfassung und die guten Sitten beachtet werden. Gemäß Art. 5 Abs. 3 ist die Freiheit der Person unverletzlich.

14. Nach Art. 106 Abs. 2 der Verfassung darf die private wirtschaftliche Initiative nicht zulasten der Freiheit und der Menschenwürde entfaltet werden, während gemäß Art. 15 Abs. 2 der Verfassung (in der vor der Verfassungsrevision von 2001 geltenden Formulierung) Hörfunk und Fernsehen unter der Aufsicht des Staates die Übertragung objektiver Informationen und das Qualitätsniveau der Sendungen sicherstellen.

15. Das Gesetz 2328/1995 regelt den Rahmen für die Tätigkeit des Privatfernsehens. Nach Art. 1 Abs. 9 müssen die Aktien der Aktiengesellschaften, die Fernsehsender betreiben, Namensaktien sein. Gemäß Art. 1 Abs. 10 kann jede Aktiengesellschaft nur eine Erlaubnis für Gründung, Errichtung und Betrieb eines Fernsehsenders besitzen oder nur an einer Gesellschaft, die eine solche Erlaubnis besitzt, beteiligt sein. Die Beteiligung natürlicher oder juristischer Personen an einer solchen Gesellschaft darf 25 % des Aktienkapitals nicht übersteigen. Die Aktionäre, die einen Anteil von mehr als 2,5 % besitzen, und die Mitglieder des Verwaltungsrats von Gesellschaften, die eine Erlaubnis für den Betrieb eines Fernsehsenders beantragen oder besitzen, dürfen nicht wegen Straftaten verurteilt worden sein, die ein Hindernis für eine Anstellung als öffentlicher Bediensteter zur Folge haben. Für die Aktionäre gilt nach dem Gesetz außerdem die Verpflichtung, zu belegen, auf welche Weise sie ihre Vermögenswerte erworben haben. Ferner ist in Art. 1 Abs. 11 die Unvereinbarkeit der Beteiligung an einer Gesellschaft, die Arbeits- oder Lieferaufträge des Staates übernimmt, mit der Beteiligung an einer Gesellschaft festgelegt, die einen Fernsehsender betreibt. In Art. 1 Abs. 13 ist die Verpflichtung vorgesehen, den zuständigen Minister von jeder Übertragung eines Teils der Aktien einer solchen Gesellschaft, der über 2,5 % ihres Aktienkapitals hinausgeht, in Kenntnis zu setzen. Art. 3 des Gesetzes 2328/95 stellt die Standesregeln auf, die Fernsehsender zu beachten haben, während Art. 4 die Verwaltungssanktionen vorsieht, die bei einem Verstoß gegen diese Regeln verhängt werden. Insbesondere wird, was diese Sanktionen angeht, in Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/95 bestimmt, dass die Geldbußen gemeinschaftlich und gesamtschuldnerisch nicht nur gegen die Gesellschaft, die Inhaberin der Erlaubnis für die Errichtung und den Betrieb des Fernsehsenders ist, deren gesetzliche Vertreter und deren Verwaltungsratsmitglieder verhängt werden, sondern auch gegen alle Aktionäre, die einen Anteil an den Aktien besitzen, der über 2,5 % liegt.

16. Das Gesetz 2190/1920 stellt die allgemeinen Regeln auf, die für Aktiengesellschaften gelten. Gemäß Art. 1 dieses Gesetzes ist eine Aktiengesellschaft eine „Kapitalgesellschaft

mit Rechtspersönlichkeit, die für ihre Schulden nur mit ihrem Vermögen haftet".

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

17. Mit Entscheidung vom 11. Mai 2001 verhängte der Beklagte des Ausgangsverfahrens eine Geldbuße in Höhe von 10 000 000 Drachmen gegen die Aktiengesellschaft „Nea Tileorasi", die Eigentümerin des Fernsehsenders „Star Channel", gemeinschaftlich und gesamtschuldnerisch mit ihren Aktionären und ihren Verwaltungsratsmitgliedern. Die Geldbuße wurde nach einem Bericht des Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Nationaler Fernsehrat; ESR), der zuständigen unabhängigen Stelle, verhängt, weil Informationen, die im Rahmen der Hauptnachrichtensendung des Fernsehsenders „Star Channel" am 11. Februar 2000 übertragen worden waren, einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur Achtung der Persönlichkeit, der Ehre, des Ansehens und des Familienlebens sowie gegen die Unschuldsvermutung in Bezug auf zwei Sänger und einen Modedesigner dargestellt hatten.

18. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die Aktionärin der Gesellschaft „Nea Tileorasi" ist, beantragte beim vorlegenden Gericht die Nichtigerklärung der ministeriellen Entscheidung, mit der die Geldbuße verhängt wurde, und der Entscheidung des ESR, auf die diese gestützt wurde.

19. Wie dem Vorlagebeschluss zu entnehmen ist, ist das vorlegende Gericht im Rahmen dieses Verfahrens sowohl der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit als auch der der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht der Regelung in Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/95 nachgegangen.

20. Das vorlegende Gericht hat zum einen geprüft, ob eine Regelung, die eine gemeinschaftliche und gesamtschuldnerische Verhängung von Geldbußen sowohl gegen die Gesellschaft als auch gegen eine bestimmte Kategorie von Aktionären vorsieht, mit den Bestimmungen der griechischen Verfassung betreffend die wirtschaftliche Freiheit in Einklang steht. Zum anderen hat das vorlegende Gericht geprüft, ob die streitgegenständliche Regelung in den Anwendungsbereich der Richtlinie 68/151 fällt und ob sie mit deren Art. 1 vereinbar ist. Dabei haben die Mitglieder des zuständigen Spruchkörpers unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten.

21. Das vorlegende Gericht äußert in seinem Vorlagebeschluss Zweifel im Zusammenhang mit der Auslegung der Richtlinie 68/151. Es hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Enthält die Richtlinie 68/151/EWG, die in Art. 1 bestimmt, dass die durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Koordinierungsmaßnahmen … für die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für Gesellschaften folgender Rechtsformen [gelten]: … — in Griechenland: ανώνυμη εταιρία [Aktiengesellschaft] …", eine Regelung, die den Erlass einer nationalen Vorschrift wie derjenigen des Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/1995 verbietet, soweit diese bestimmt, dass die in den vorangehenden Absätzen dieses Artikels vorgesehenen Geldbußen für Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften und die Standesregeln, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten, gemeinschaftlich

und gesamtschuldnerisch nicht nur gegen die Gesellschaft, die Inhaberin der Erlaubnis für die Errichtung und den Betrieb des Fernsehsenders ist, sondern auch gegen alle Aktionäre verhängt werden, die einen Anteil an den Aktien besitzen, der über 2,5 % liegt?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

22. Der Vorlagebeschluss mit Datum vom 17. September 2008 ist am 26. Februar 2009 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

23. Schriftliche Erklärungen haben die Regierung der Hellenischen Republik und die Kommission innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs genannten Frist eingereicht.

24. In der mündlichen Verhandlung, die am 11. März 2010 stattgefunden hat, haben [die Prozessbevollmächtigten der Hellenischen Republik und der Kommission] Ausführungen gemacht.

V — Wesentliches Vorbringen der Parteien

25. Die *griechische Regierung* und die *Kommission* stimmen in ihren Ausführungen darin überein, dass Art. 1 der Richtlinie 68/151 einer nationalen Regelung wie der in Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/95 nicht entgegensteht.

26. Sowohl die griechische Regierung als auch die Kommission sind der Auffassung, dass die Richtlinie 68/151 keine Harmonisierung des Konzepts bzw. des Begriffs der Aktiengesellschaft bezwecke, sondern sich darauf beschränke, die bereits in den Mitgliedstaaten bestehenden Gesellschaftsformen aufzuzählen, auf die die Richtlinienbestimmungen Anwendung finden.

27. Dementsprechend seien die Mitgliedstaaten berechtigt, neue Gesellschaftsformen zu schaffen oder den in Art. 1 der Richtlinie 68/151 aufgeführten Gesellschaften weitere Verpflichtungen aufzuerlegen. Die *Kommission* weist in diesem Zusammenhang auf die Richtlinie 89/667 hin, die in ihrer Präambel die Notwendigkeit anerkennt, solche nationalen Bestimmungen zu bewahren, die in Ausnahmefällen dem Einzelunternehmer eine Haftung für die Verpflichtungen des Unternehmens auferlegen, und zwar in Abweichung von dem darin ebenfalls erwähnten rechtlichen Instrument der Haftungsbeschränkung einer Gesellschaft, welches laut der Richtlinie Einzelunternehmern in der gesamten Gemeinschaft geboten werden sollte. Sowohl die *griechische Regierung* als auch die *Kommission* kommen zu der Schlussfolgerung, dass das Gemeinschaftsrecht den Gesellschaftern eine Haftungsbefreiung für die Verbindlichkeiten einer Aktiengesellschaft nicht gewährleiste.

28. Vorsorglich macht die *griechische Regierung* geltend, dass Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/95 die gesamtschuldnerische Haftung von Gesellschaftern, deren Anteil an den Aktien über 2,5 % betrage, nicht etwa zur allgemeinen Regel erhebe. Vielmehr sehe diese Bestimmung für den Fall eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Vorschriften und die Standesregeln, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten, die Verhängung von Geldbußen sowohl gegen die Gesellschaft, die Inhaberin der Zulassung für den Betrieb von Fernsehsendern sei, als auch gegen die Gesellschafter vor, da Letzteren eine besondere Rolle bei der Gründung und der Arbeitsweise der Gesellschaft zukomme.

VI — Rechtliche Würdigung

A — *Einleitende Ausführungen*

1. Rechtsangleichung als Instrument des europäischen Gesellschaftsrechts

29. Das Gesellschaftsrecht der Europäischen Union befasst sich vornehmlich mit den Rahmenbedingungen für Unternehmen nationalen oder europäischen Ursprungs im Binnenmarkt [7]. Die konkrete Ausgestaltung dieser Rahmenbedingungen ist vom Streben nach einer Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten einerseits und der Schaffung eines primär im Unionsrecht verankerten, supranationalen Gesellschaftsrechts andererseits getragen.

30. Das Streben nach Angleichung der in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen hat verschiedene Gründe. Ein zentraler Anknüpfungspunkt beruht auf dem in Art. 43 EG normierten und laut Art. 48 EG auch für Gesellschaften geltenden Prinzip der Niederlassungsfreiheit, dem zufolge Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im anderen aufzuheben sind [8]. Gerade für Gesellschaften gilt aber, dass sie von ihrem Recht auf freie Niederlassung faktisch nur bei harmonisierten rechtlichen Rahmenbedingungen Gebrauch machen können und werden. Ein weiterer Antrieb zur Rechtsharmonisierung besteht in der Erkenntnis, dass Standortentscheidungen im Interesse der gesamten Wirtschaft der Union nach rationalen ökonomischen Gesichtspunkten getroffen werden sollten und nicht danach, wo die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Unternehmen

7 — Vgl. Behrens, P., „Gesellschaftsrecht", in: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (hrsg. von Manfred A. Dauses), E. III, Randnr. 3, S. 3.

8 — Vgl. Rondinelli, M., „Il proceso di armonizzazione del diritto societario europeo", *Percorsi di diritto societario europeo*, Turin 2000, S. 38, der auf den engen Zusammenhang zwischen der Harmonisierung des Gesellschaftsrechts der Europäischen Union und der Niederlassungsfreiheit hinweist. So auch Grünwald, A., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Wien 1999, S. 12, und Mustaki, G./Engammare, V., *Droit européen des sociétés*, Basel 2009, S. 105.

am günstigsten sind [9]. Ferner soll mit der Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sichergestellt werden, dass die Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen in der Union möglichst gleich sind. Schließlich trägt die Existenz vergleichbarer rechtlicher Rahmenbedingungen dazu bei, dass grenzüberschreitende Investitionen durch Unternehmen und Gesellschafter zum Wohl der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung in der Union getätigt werden.

2. Regelungsgegenstand der Richtlinie 68/151

31. Die am 9. März 1968, also zehn Jahre nach Inkrafttreten der Römischen Verträge verabschiedete Richtlinie 68/151 ist nicht nur die erste Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts; sie ist vielmehr die erste Angleichungsmaßnahme auf dem Gebiet des Zivilrechts überhaupt [10]. Auf die Rechtsgrundlage des Art. 54 Abs. 3 Buchst. g EWG-Vertrag (Art. 44 Abs. 2 Buchst. g EG) [11] gestützt, bezweckt sie den Schutz Dritter, insbesondere der Vertragspartner der Gesellschaft. Diese sollen sich nicht nur die notwendigen Informationen über die Gesellschaft beschaffen können, sondern auch auf die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft abgegebenen Willenserklärungen sowie auf den Bestand der in einem Register eingetragenen Gesellschaft vertrauen dürfen [12]. Ausweislich ihres vierten und ihres sechsten Erwägungsgrundes zielt die Richtlinie mithin auf die Koordinierung der mitgliedstaatlichen Vorschriften über die Offenlegung wesentlicher Angaben betreffend die Gesellschaft, die Wirksamkeit der für die Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen und die Nichtigkeit der Gesellschaft. Zwar waren den Rechtsordnungen sämtlicher Gründungsstaaten entsprechende Vorschriften zum Schutz des Rechtsverkehrs bekannt. Diese waren jedoch keineswegs gleichwertig. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Entfaltung grenzüberschreitender Aktivitäten der Gesellschaften erschien es den Mitgliedstaaten deshalb dringlich, die nationalen Vorschriften einander anzugleichen, um so gemeinschaftsweit für einen gleichwertigen Schutz des Rechtsverkehrs im Allgemeinen und der Gläubiger im Besonderen zu sorgen.

32. Ihrem Erlass gingen langjährige Verhandlungen innerhalb der damals noch aus den sechs Gründungsstaaten bestehenden Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft voraus. Im Zuge des Beitritts der übrigen Mitgliedstaaten, darunter Griechenlands im Jahre 1981, haben diese die Richtlinie 68/151 als Teil des „acquis communautaire“ übernommen. Durch die jeweilige Beitrittsakte sind die Bestimmungen der Richtlinie, insbesondere deren Art. 1 über die betroffenen Gesellschaften, der Erweiterung des Kreises der Mitgliedstaaten angepasst worden. Diese Richtlinienbestimmung, um deren Auslegung das vorlegende Gericht den Gerichtshof

9 — Nach Ansicht von Rondinelli, M., a. a. O. (Fn. 8), S. 38, gilt es durch die Rechtsangleichung zu verhindern, dass Standortentscheidungen und Kapitalbewegungen nicht aufgrund ökonomischer Gesichtspunkte getroffen werden, sondern danach, wo die günstigsten gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen vorhanden sind.

10 — Vgl. Habersack, M., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl., München 2006, § 5, Randnr. 1, S. 82.

11 — Entspricht Art. 50 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

12 — Vgl. Hempel, K., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (hrsg. von Heinz Mayer), Art. 44, Randnr. 19, S. 19; Rondinelli, M., a. a. O. (Fn. 8), S. 42.

in seiner Vorlagefrage ersucht, legt den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fest, indem sie jene Gesellschaftsformen auflistet, für die sie in jedem einzelnen Mitgliedstaat gilt. Es handelt sich dabei ausnahmslos um Kapitalgesellschaften [13], nämlich um die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die ungeachtet einzelner Unterschiede in der Ausgestaltung der jeweiligen Gesellschaftsform im Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten durch bestimmte gemeinsame Merkmale gekennzeichnet sind.

B — *Zur Vorlagefrage*

33. Eines dieser gemeinsamen Merkmale ist die in der vorliegenden Rechtssache relevante grundsätzliche Beschränkung der Haftung einer Kapitalgesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen für Gesellschaftsschulden. Die Eigenschaft als Schuldner und die damit einhergehende Haftung einer Kapitalgesellschaft Gläubigern gegenüber für Gesellschaftsschulden beruht darauf, dass ihnen nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts Rechtsfähigkeit eingeräumt wird. Diese eigenständige Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bewirkt, dass die im Namen der Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten nicht zugleich Schulden der Gesellschafter sind. Als Korrektiv für die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der juristischen Person müssen etwa eine Aktiengesellschaft und eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine Kapitalbasis haben, auf deren Aufbringung und Erhaltung die Rechtsordnung aus Gründen des Gläubigerschutzes streng achtet. Trotz der grundsätzlichen Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen bei Kapitalgesellschaften lassen Rechtsprechung und Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten ausnahmsweise unter besonderen Umständen eine persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden zu [14].

34. Sofern ich es überblicken kann, ist dieser Grundsatz, von einzelnen Unterschieden

13 — Das System des Europäischen Gesellschaftsrechts als eines Rechtsgebiets, in dem es zumindest auch einen gemeinschaftsrechtlichen Teil gibt, erfasst weitestgehend nur Kapitalgesellschaften (vgl. Behrens, P., a. a. O. [Fn. 7], Randnr. 15, S. 8). Zwar gelten die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG, 48 EG) sowie Art. 44 Abs. 2 Buchst. g EG als die Hauptkompetenznorm im Gesellschaftsrecht der Europäischen Union für alle Gesellschaften, die einem Erwerbszweck dienen, selbst solche öffentlichen Rechts. Abgesehen von den Grundfreiheiten erschöpft sich der Regelungsgehalt des Europäischen Gesellschaftsrechts jedoch für die Personenhandelsgesellschaften in einem Rechtsakt: dem Statut für die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (vgl. Grundmann, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, § 1, Randnr. 12, S. 6). Der Grund für die legislative Schwerpunktsetzung bei der Aktiengesellschaft dürfte darin liegen, dass dieser Gesellschaftstypus an sich für gemeinschaftsweit tätige Unternehmen aufgrund seiner Struktur als optimale Gesellschaftsform anzusehen ist (vgl. Grünwald, A., a. a. O. [Fn. 8], S. 13).

14 — Vgl. zum Grundsatz der Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen Kraft, A./Kreutz, P., *Gesellschaftsrecht*, 10. Aufl., Berlin 1997, S. 50 f., bzw. der Trennung von Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung bei Kapitalgesellschaften Kocbek, M., *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) s komentarjem*, 2. Aufl., GV Založba 2002, Band I, S. 127.

abgesehen, in allen Mitgliedstaaten anerkannt [15]. Darüber hinaus hat dieser Grundsatz Aufnahme in die Verordnung Nr. 2157/2001 [16] gefunden, auf deren Grundlage die supranationale Gesellschaftsform der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea, SE) [17] erschaffen worden ist. Ob und inwiefern das Gemeinschaftsrecht in Anbetracht der Umstände des Ausgangsfalls ausnahmsweise einen Haftungsdurchgriff auf das Vermögen der Gesellschafter gestattet, ist im Wege einer Auslegung der betreffenden Richtlinienbestimmungen zu ermitteln, und zwar anhand ihres Wortlauts, ihres systematischen Zusammenhangs sowie ihres Sinns und Zwecks, wobei ebenfalls der auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts der Union gegenwärtig bestehende Harmonisierungsgrad zu berücksichtigen ist.

35. Bei der Beantwortung der Vorlagefrage ist jedoch zunächst einmal zu prüfen, ob

15 — Die nationalen Rechtsordnungen ordnen eine Haftungsbeschränkung für Kapitalgesellschaften jeweils an, wobei sich die Formulierungen unterscheiden. Teilweise heißt es, dass den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen haftet; andere Rechtsordnungen bestimmen, dass die Gesellschafter nur mit einer bestimmten Einlage haften oder dass sie nicht persönlich haften. Damit ist stets gemeint, dass die Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, also im Außenverhältnis, nicht haften (vgl. Schwarz, G. C., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 1. Aufl., Baden-Baden 2000, Randnr. 289, S. 187). Deutschland: § 1 Abs. 1 des Aktiengesetzes (AktG) und § 13 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) bestimmen, dass für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Frankreich: Art. L. 223-1 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs (*Code de Commerce*) bestimmt, dass die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*société à responsabilité limitée*) von einer oder mehreren Personen gegründet wird, die lediglich für Verluste bis zur Höhe ihrer Anteile haften. Aus Art. L. 225-1 des Handelsgesetzbuchs geht genauso hervor, dass die Gesellschafter der Aktiengesellschaft (*société anonyme*) lediglich für Verluste bis zum Höhe ihrer Anteile haften. Österreich: § 48 des Bundesgesetzes über Aktiengesellschaften (AktG) und § 61 Abs. 2 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) bestimmen, dass für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ihren Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Slowenien: Art. 7 Abs. 2 des Gesellschaftsgesetzes (Zakon o gospodarskih družbah — ZGD-1) legt fest, dass das Gesetz bestimmt, wann und wie die Gesellschafter neben der Gesellschaft haften. Gemäß Art. 168 Abs. 2 ZGD-1 haftet die Aktiengesellschaft für ihre Verpflichtungen den Gläubigern gegenüber mit ihrem ganzen Vermögen. Gemäß Art. 168 Abs. 3 ZGD-1 haften die Aktionäre den Gläubigern gegenüber nicht für die Verpflichtungen der Gesellschaft. Ebenso wenig haften gemäß Art. 472 die Gesellschafter für die Verpflichtungen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (vgl. dazu Kocbek, M., a. a. O. [Fn. 14], Band I, S. 122, 530, und Band II, S. 336). Vereinigtes Königreich: Die Kapitalgesellschaften, wie die *public company limited by shares* und die *private company limited by shares* sind im Gesetz über Kapitalgesellschaften (Companies Act 2006) geregelt. Erstere ist mit der deutschen Aktiengesellschaft, Letztere mit der deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung vergleichbar (vgl. Just, C., *Die englische Limited in der Praxis*, München 2005, S. 4). Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über Kapitalgesellschaften legt fest, dass eine Gesellschaft eine *limited company* ist, wenn die Haftung ihrer Mitglieder durch ihre Verfassung beschränkt ist, und dass die Haftung durch Anteile (*shares*) oder durch eine Garantiesumme (*guarantee*) beschränkt sein darf. Spanien: Art. 1 des Gesetzes 2/1995 vom 23. März 1995 über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (*Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*) besagt, dass das Kapital der Gesellschaft sich aus Anteilen zusammensetzt, bestehend aus den Beteiligungen der Gesellschafter, und dass die Gesellschafter nicht für die Verpflichtungen der Gesellschaft haften. Gleiches besagt Art. 1 des Gesetzes 1564/1989 über Aktiengesellschaften (*Ley de Sociedades Anónimas*).

16 — Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (ABl. L 294, S. 1).

17 — Die Europäische Aktiengesellschaft besitzt gemäß Art. 1 der Verordnung Nr. 2157/2001 eigene Rechtspersönlichkeit. Als juristische Person ist somit die Gesellschaft (und nicht die Gesamtheit ihrer Gesellschafter) Trägerin von Rechten und Pflichten gegenüber Dritten. Die Haftung des einzelnen Aktionärs, also des Gesellschafters, ist gemäß Art. 1 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung auf den Nennbetrag der von ihm gezeichneten Aktien beschränkt. Aus der Norm geht nicht hervor, ob sich die Haftung auf Erbringung der Einlage auf das Innenverhältnis beschränkt oder ob die Gläubiger der Europäischen Aktiengesellschaft auch direkt gegen den Aktionär vorgehen können. Die Tatsache, dass die Gesellschaft juristische Person ist, schließt eine Außenhaftung zwar nicht von vornherein aus. Da eine juristische Person aber selbst verpflichtet und berechtigt wird, bedarf es grundsätzlich einer besonderen Vorschrift, um eine Außenhaftung ihrer Mitglieder zu begründen. Denn die Gläubiger stehen nur mit der Gesellschaft in rechtlicher Beziehung, nicht mit den Gesellschaftern. Wie Schröder, A., *Europäische Aktiengesellschaft SE* (hrsg. von Gerhard Manz/Barbara Mayer/Albert Schröder), Baden-Baden 2005, Art. 1 SE-VO, Randnrn. 25 bis 29, S. 49 f., zutreffend erklärt, fehlt für eine generelle Außenhaftung der Gesellschaftsaktionäre gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ein Verpflichtungsgrund. Art. 1 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung schafft nach Ansicht des Autors keinen solchen Verpflichtungsgrund, sondern beschränke die Verpflichtung des Aktionärs, seine Einlage zu leisten, auf einen bestimmten Betrag, ohne festzulegen, ob die Verpflichtung nur im Innen- oder auch im Außenverhältnis gilt. Nur ausnahmsweise könne das Prinzip der Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern durchbrochen werden und auf die Gesellschafter durchgegriffen werden, wenn den Interessen der Gläubiger in anderer Weise nicht Rechnung getragen werden könne.

die streitgegenständliche nationale Regelung in den Anwendungsbereich der Richtlinie 68/151 fällt und, in einem weiteren Schritt, ob sie mit den Richtlinienvorgaben vereinbar ist.

1. Sekundärrecht als Prüfungsmaßstab

a) Anwendbarkeit der Richtlinie 68/151

i) Vorliegen einer Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 1 der Richtlinie 68/151

36. Art. 1 der Richtlinie 68/151 definiert den klassischen Kreis der Kapitalgesellschaften, zu dem auch die Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft gehört, welche die Klägerin des Ausgangsverfahrens gemäß den entsprechenden griechischen Bestimmungen hat. Demnach ist der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie infolge dieser formalen Anknüpfung an eine bestimmte Gesellschaftsform jedenfalls eröffnet.

37. Des Weiteren ist zu prüfen, ob der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie 68/151 eröffnet ist. Dazu müsste der Grundsatz der Haftungsbeschränkung für Verpflichtungen der Aktiengesellschaft ansatzweise anerkannt sein.

ii) Anerkennung einer Haftungsbeschränkung

38. Das Aktienrecht ist Gegenstand vielfältiger unionsrechtlicher Regelungen geworden, die insgesamt ein im Wesentlichen vollständiges Gesamtkonzept erkennen lassen [18]. Die Aktiengesellschaft ist nach diesem Konzept rechtlich selbständig und mit einem in Aktien zerlegten Mindestkapital ausgestattet. Von der Haftung für die Gesellschaftsschulden sind die Aktionäre freigestellt; dafür ist die Aufbringung und Erhaltung des Kapitals der Gesellschaft durch entsprechende Regelungen gesichert. Die Organisationsstruktur der Gesellschaft ist durch die Trennung von Leitungsebene und Hauptversammlung gekennzeichnet sowie auf der Leitungsebene durch die Trennung von Geschäftsführung und Aufsicht. Dies gilt unabhängig davon, ob auf der Leitungsebene zwei getrennte Organe (dualistisches System) oder ein einziges Organ (monistisches System) vorgesehen werden; beide Modelle stellt das Gesellschaftsrecht der Europäischen Union zur Wahl. Die Aktien sind grundsätzlich frei übertragbar und börsenfähig; die Aktionäre haben die gleichen Rechte (insbesondere Stimmrecht und Dividendenanspruch) und Pflichten (Einlagepflicht). Die Rechnungslegung ist ausführlich geregelt; die Rechnungsunterlagen

18 — Diese Auffassung wird ebenfalls von Behrens, P., a. a. O. (Fn. 7), Randnr. 15, S. 8, vertreten, der auf die zahlreichen Merkmale verweist, die das Aktiengesellschaftsrecht der Europäischen Union auszeichnen.

unterliegen der Abschlussprüfung und der Publizität. Konzernrechtliche Regelungen sollen die besonderen Probleme verbundener Gesellschaften erfassen. Diese aktienrechtliche Gesamtkonzeption ist gleichwohl zwischen den Mitgliedstaaten in wichtigen Punkten — etwa hinsichtlich der Struktur der Leitungsorgane — umstritten, so dass entsprechende Angleichungsmaßnahmen sich noch nicht durchgesetzt haben.

39. Was den hier relevanten Aspekt der Haftungsbeschränkung anbelangt, ist festzustellen, dass die Richtlinie 68/151 sie ersichtlich als Grundsatz des Kapitalgesellschaftsrechts anerkennt [19]. So ist dem dritten Erwägungsgrund dieser Richtlinie die Feststellung des Richtliniengebers zu entnehmen, dass die in Art. 1 aufgeführten Gesellschaften „zum Schutze Dritter lediglich das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung stellen". Des Weiteren enthält Art. 7 dieser Richtlinie eine Regelung, die eine gesamtschuldnerische Haftung für Verpflichtungen der Gesellschaft von Personen vorsieht, die infolge von Handlungen im Namen der Gesellschaft entstanden sind, noch bevor diese Rechtsfähigkeit erlangt hat. Auch dies deutet auf eine Anerkennung des oben genannten Prinzips der Trennung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen hin. Eine ähnliche Formulierung wie im dritten Erwägungsgrund dieser Richtlinie findet sich, unter Verweis auf die darin enthaltenen Regelungen, übrigens in der Richtlinie 78/660 [20], wonach „eine gleichzeitige Koordinierung auf diesen Gebieten bei den vorgenannten Gesellschaftsformen deswegen erforderlich [ist], weil … Gesellschaften … Dritten eine Sicherheit nur durch ihr Gesellschaftsvermögen bieten". Darüber hinaus geht auch die vom vorlegenden Gericht und den Verfahrensbeteiligten erwähnte Richtlinie 89/667 offenbar vom Bestehen eines entsprechenden Grundsatzes aus, wobei die Haftungsbeschränkung als notwendiges „rechtliches Instrument" einer sogenannten Einmanngesellschaft [21] bezeichnet wird.

40. Ich komme somit zu dem Ergebnis, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber beim Erlass der fraglichen Richtlinien die Beschränkung der Haftung zwar nicht ausdrücklich vorsah, jedoch ersichtlich von einem dahin gehenden Grundsatz in den nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen und von dahin gehendem ungeschriebenem Gemeinschaftsrecht ausging [22]. Dies sagt gewiss nichts über dessen genauen normativen Inhalt aus. Darauf werde

19 — Vgl. in diesem Zusammenhang Schwarz, G. C., a. a. O. (Fn. 15), Randnr. 289, S. 187, dessen Aussagen nach die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen nach Auffassung des Schrifttums als ein Charakteristikum der von der Richtlinie 68/151 erfassten Gesellschaften angesehen wird.

20 — Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (ABl. L 222, S. 11).

21 — Die Einmanngesellschaft ist eine Kapitalgesellschaft, bei der sich alle Geschäftsanteile in der Hand einer natürlichen oder juristischen Person befinden. Es handelt sich hier also *in praxi* um einen Einzelkaufmann (Einzelunternehmen), der über seine Gesellschaft mit beschränkter Haftung am Rechtsverkehr teilnimmt, dessen Haftung aber auf die Höhe seiner Einlagen begrenzt ist.

22 — So auch Grundmann, S., a. a. O. (Fn. 13), § 9, Randnr. 286, S. 127.

ich im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit der streitgegenständlichen nationalen Regelung mit der Richtlinie 68/151 eingehen.

iii) Haftung für Verpflichtungen der Aktiengesellschaft

41. Die Richtlinie 68/151 erkennt zwar eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen an, allerdings ausdrücklich nur für von der Gesellschaft eingegangene „Verpflichtungen", wie aus dem zweiten Erwägungsgrund hervorgeht. Dies wirft die Frage auf, ob auch staatlich verhängte Geldbußen unter diesen Begriff fallen.

42. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs [23] verlangen die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der Gleichheitssatz, dass die Begriffe einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinns und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der gesamten Gemeinschaft autonom und einheitlich auszulegen sind, wobei diese Auslegung unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des mit der Regelung verfolgten Zwecks zu erfolgen hat. Verweist der Gemeinschaftsgesetzgeber in einem Gemeinschaftsrechtsakt jedoch stillschweigend auf die einzelstaatlichen Gebräuche, ist es nicht Sache des Gerichtshofs, dem verwendeten Begriff eine einheitliche gemeinschaftsrechtliche Definition zu geben [24].

43. Indes ist in der Richtlinie weder eine Legaldefinition dieses unbestimmten Rechtsbegriffs zu finden, noch lassen sich ihr etwaige Auslegungshinweise entnehmen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Gesellschaftsrecht der Europäischen Union keine umfassende Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Vorschriften zur Regelung von Gesellschaften bezweckt, sondern sich bisher darauf beschränkt hat, im Wege der Rechtsangleichung durch die Regelungstechnik der Richtlinien Einzelaspekte des Gesellschaftsrechts zu regeln [25], was auch die Verwendung der Ausdrücke „koordinieren" und „gleichwertig gestalten" in Art. 44 Abs. 2 Buchst. g EG erklärt. Diese implizieren ein geringeres Maß an Harmonisierung. Das

23 — Vgl. u. a. Urteile vom 18. Januar 1984, Ekro (327/82, Slg. 1984, 107, Randnr. 11), vom 19. September 2000, Linster (C-287/98, Slg. 2000, I-6917, Randnr. 43), vom 9. November 2000, Yiadom (C-357/98, Slg. 2000, I-9265, Randnr. 26), vom 6. Februar 2003, SENA (C-245/00, Slg. 2003, I-1251, Randnr. 23), vom 12. Oktober 2004, Kommission/Portugal (C-55/02, Slg. 2004, I-9387, Randnr. 45), vom 27. Januar 2005, Junk (C-188/03, Slg. 2005, I-885, Randnrn. 27 bis 30), und vom 7. Dezember 2006, SGAE (C-306/05, Slg. 2006, I-11519, Randnr. 31).

24 — Vgl. Urteil Ekro (oben in Fn. 23 angeführt, Randnr. 14).

25 — Nach Ansicht von Jung, P./Müller-Huschke, W., *EU-Kommentar* (hrsg. von Jürgen Schwarze), 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 44 EG, Randnr. 14, folgt aus dem Wortlaut von Art. 44 Abs. 2 Buchst. g EG („koordinieren", „gleichwertig zu gestalten") und seinem systematischen Zusammenhang mit der auf den Erlass von Richtlinien beschränkten Kompetenznorm des Art. 44 Abs. 1 EG, dass keine Rechtsvereinheitlichung, sondern nur eine Rechtsangleichung angestrebt wird. Ähnlich auch Hempel, K., a. a. O. (Fn. 12), Art. 44, Randnr. 13, S. 17. Prats Jané, S., *Evolución del Derecho societario europeo*, Badajoz 2007, S. 13, unterstreicht den grundlegenden Unterschied zwischen Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung. Mustaki, G./Engammare, V., a. a. O. (Fn. 8), S. 105 weisen darauf hin, dass der EG-Vertrag lediglich einen Koordinierungs- und keinen Vereinheitlichungsauftrag einräume, was den Mitgliedstaaten erlaube, nationale Besonderheiten im Gesellschaftsrecht zu erhalten.

unterscheidet die auf Art. 44 Abs. 2 Buchst. g EG gestützten Richtlinien von jenen Rechtsakten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts der Europäischen Union, die etwa auf der Grundlage des Art. 95 EG erlassen wurden. Der in Art. 95 EG verwendete Begriff der „Rechtsangleichung" ist nämlich nicht technisch zu verstehen, da er sowohl Angleichung im engeren Sinne als auch Rechtsvereinheitlichung umfasst [26]. Davon abgesehen ermöglicht Art. 95 EG nicht allein den Erlass von Richtlinien, sondern auch die Verabschiedung von Verordnungen und Entscheidungen als den anderen verbindlichen Maßnahmen im Sinne des Art. 249 EG.

44. Des Weiteren erfolgt eine Rechtsangleichung, wie aus der Rechtsgrundlage des Art. 44 Abs. 2 Buchst. g EG ausdrücklich hervorgeht, nur *soweit* dies *erforderlich* ist. Diese Formulierung zeigt, dass der Subsidiaritätsgrundsatz hier bereits vor seiner Normierung in Art. 5 Abs. 2 EG festgeschrieben war [27]. Ein Tätigwerden der Union setzt demnach voraus, dass die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Unionsebene erreicht werden können. Erforderlich sind aufgrund des Wortlauts und der systematischen Stellung des Art. 44 Abs. 2 Buchst. g EG im Recht der Niederlassungsfreiheit nur solche Rechtsangleichungsmaßnahmen, welche die durch die Unterschiede zwischen den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten bedingten Hemmnisse für eine Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften effektiv beseitigen oder zumindest vermindern. Allerdings weist nichts in der Richtlinie darauf hin, dass der Richtliniengeber eine unionsweite Regelung auf diesem Gebiet für erforderlich gehalten hat.

45. Das Fehlen einer Inhaltsbestimmung für den Begriff der Gesellschaftsverpflichtungen lässt sich somit dahingehend deuten, dass der Richtliniengeber offenbar keine Harmonisierung dieses Begriffs beabsichtigte, sondern vielmehr dem nationalen Recht Raum für eine nähere gesetzliche Ausgestaltung lassen wollte. Da der Richtliniengeber in diesem Bereich seine Regelungskompetenz nicht wahrgenommen hat, sondern stattdessen stillschweigend auf das Recht der Mitgliedstaaten verwiesen hat, ist es dem Gerichtshof verwehrt, diesem Begriff eine einheitliche gemeinschaftsrechtliche Definition zu geben.

46. Dementsprechend obliegt es dem nationalen Richter, anhand seines nationalen Rechts zu bestimmen, ob staatlich verhängte Geldbußen als Verpflichtungen einer Aktiengesellschaft angesehen werden können. Wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, wird diese Frage von einer Mehrheit der Mitglieder des vorlegenden Gerichts verneint. Eine Minderheit der Mitglieder des vorlegenden Gerichts bejaht dies jedoch, und zwar unter Berufung auf die von der griechischen Verfassung geschützte wirtschaftliche Freiheit sowie auf die im Gesellschaftsrecht dieses Mitgliedstaats anerkannten Grundsätze.

26 — So auch Schwarz, G. C., a. a. O. (Fn. 15), Randnr. 201, S. 129.

27 — Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass die Wahrnehmung dieser Koordinierungskompetenz unter dem Vorbehalt verhältnismäßigen Handelns im Sinne des Art. 5 Abs. 3 EG stehe. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass das Erfordernis der Erforderlichkeit in Art. 44 Abs. 2 Buchst. g EG seine Konkretisierung im Subsidiaritätsgrundsatz finde (vgl. Behrens, P., a. a. O. [Fn. 7],, Randnr. 6a, S. 4). Schwarz, G. C., a. a. O. (Fn. 15), Randnr. 198, S. 128, hingegen sieht darin eine frühzeitige Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes.

47. Sollte das vorlegende Gericht zu der Schlussfolgerung kommen, dass Geldbußen nach Maßgabe des nationalen Rechts nicht als Verpflichtungen einer Aktiengesellschaft angesehen werden können, so müsste im vorliegenden Fall davon auszugehen sein, dass die streitgegenständliche nationale Regelung nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 68/151 fällt. Die Frage der Vereinbarkeit müsste folgerichtig dahin gehend beantwortet werden, dass in einem solchen Fall die Richtlinie 68/151 einer Regelung wie der des Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/95 nicht entgegensteht.

48. In Anbetracht des Umstands, dass innerhalb der griechischen Rechtsordnung offensichtlich noch keine einheitliche Auffassung zu dieser Rechtsfrage erzielt worden ist, sowie angesichts der Notwendigkeit, dem vorlegenden Gericht eine nützliche Antwort auf seine Vorlagefrage zu geben [28], ist im Folgenden vorsorglich die Rechtslage auch für den Fall zu prüfen, dass Geldbußen als Gesellschaftsverpflichtungen eingestuft werden sollten, die eine Haftung der Aktiengesellschaft und gegebenenfalls bei einem Haftungsdurchgriff ausnahmsweise auch die der Aktionäre auslösen.

28 — Im Urteil vom 12. Juli 1979, Union Laitière Normande (244/78, Slg. 1979, 2663, Randnr. 5), hat der Gerichtshof erklärt, dass Art. 234 EG ihm zwar nicht erlaubt, die Gründe für ein Vorabentscheidungsersuchen zu würdigen, dass aber die Notwendigkeit, zu einer zweckdienlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gelangen, es erforderlich machen kann, den rechtlichen Rahmen zu umreißen, in den sich die erbetene Auslegung einfügen soll. Nach Ansicht von Lenaerts, K./Arts, A./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. Aufl., S. 188, Randnr. 6-021, hindert nichts den Gerichtshof daran, sein Verständnis der Tatsachen im Ausgangsverfahren und einiger Aspekte des nationalen Rechts wiederzugeben als Ausgangspunkt für eine nützliche Auslegung der anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze des Gemeinschaftsrechts.

iv) Umfang der Haftung der Aktiengesellschaft

49. Da die Richtlinie 68/151 auch keine Beschränkung ihres sachlichen Anwendungsbereichs nach bestimmten Kategorien von Gesellschaftsverpflichtungen vorsieht, sondern insgesamt die Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft erfasst, fällt auch eine Regelung wie die des Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/95 in den Anwendungsbereich der Richtlinie 68/151.

b) Vereinbarkeit mit der Richtlinie 68/151

50. Mit seiner Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 1 der Richtlinie 68/151 eine nationale Regelung wie die des Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/95 verbietet. Damit wird zwangsläufig die Frage der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht aufgeworfen, wobei daran zu erinnern ist, dass es nicht Sache des Gerichtshofs ist, im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen oder nationales Recht auszulegen. Der Gerichtshof ist jedoch befugt, dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die es diesem ermöglichen, für die Entscheidung

der bei ihm anhängigen Rechtssache über die Frage der Vereinbarkeit zu befinden [29].

51. Somit hat der Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache seine Prüfung zu beschränken und das Gemeinschaftsrecht in einer für das vorlegende Gericht sachdienlichen Weise auszulegen; diesem obliegt es, im Hinblick auf die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits die Vereinbarkeit der betreffenden nationalen Rechtsnormen mit dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen [30].

52. Art. 1 der Richtlinie 68/151 stünde einer nationalen Regelung wie der des Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/95 nur dann entgegen, wenn darin eine abschließende Regelung der Haftungsbeschränkung einer Aktiengesellschaft enthalten wäre, die einen Haftungsdurchgriff auf Gesellschafter unter den Umständen des Ausgangsfalls ausschließen würde.

53. Wie bereits ausgeführt, kann zwar in der Richtlinie 68/151 eine Anerkennung des Prinzips der Trennung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen festgestellt werden [31], gleichwohl lässt dies nicht ohne Weiteres auf eine abschließende Regelung dieses Bereichs schließen. Wie die Kommission zutreffend erklärt hat, zielt die Richtlinie 68/151 nicht etwa darauf ab, die Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft als solche — so wie sie in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bekannt ist — zu harmonisieren. Wie bereits dargelegt [32], dient ihre Rechtsgrundlage in Art. 44 Abs. 2 Buchst. g EG zwar der Rechtsangleichung, jedoch nicht der Rechtsvereinheitlichung. Diese Bestimmung kann auch nicht als Grundlage für die Erschaffung supranationaler Gesellschaftsformen herangezogen werden. Auf der Grundlage dieser Vertragsbestimmung erlassene Richtlinien bezwecken keine umfassende Regelung des Gesellschaftsrechts. Sie schaffen kein Einheitsrecht, sondern harmonisieren ausschließlich Teilbereiche und belassen den Mitgliedstaaten durch die Regelungstechnik der Richtlinien Gestaltungsspielräume. Das Ziel der Richtlinien besteht darin, materiell gleichwertige Regelungen der gesellschafter- und gläubigerbezogenen Schutzvorschriften in der Union einzuführen [33].

54. Nach zutreffender Auffassung beschränkt sich daher Art. 1 der Richtlinie 68/151 darauf, für jeden einzelnen Mitgliedstaat jene Gesellschaftsformen festzulegen, auf die die in der Richtlinie 68/151 verankerten Publizitätspflichten Anwendung finden sollen. Weder definiert diese Bestimmung bestimmte Gesellschaftsformen, noch knüpft sie an spezifische Merkmale an. Stattdessen wird mittels einer schlichten Aufzählung an bereits in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

29 — Vgl. u. a. Urteile vom 15. Dezember 1993, Hünermund u. a. (C-292/92, Slg. 1993, I-6787, Randnr. 8), vom 23. März 2006, Enirisorse (C-237/04, Slg. 2006, I-2843, Randnr. 24), vom 31. Januar 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Slg. 2008, I-349, Randnrn. 49 und 50), und vom 16. Dezember 2008, Michaniki (C-213/07, Slg. 2008, I-9999, Randnr. 51).

30 — Vgl. u. a. Urteil Michaniki (oben in Fn. 29 angeführt), Randnr. 52.

31 — Siehe Nr. 39 dieser Schlussanträge.

32 — Siehe Nr. 43 dieser Schlussanträge.

33 — In diesem Sinne Hempel, K., a. a. O. (Fn. 12), Art. 44, Randnr. 13, S. 17.

bekannte Gesellschaftsformen angeknüpft [34]. Daher kann es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt sein, den darin aufgeführten Arten von Gesellschaften zusätzliche Pflichten aufzuerlegen, vorausgesetzt, diese stehen nicht im Widerspruch zur Richtlinie oder zu sonstigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts.

55. So lässt sich beispielsweise keine einzige Richtlinienbestimmung anführen, die den Mitgliedstaaten anweist, in ihrem nationalen Gesellschaftsrecht vorzuschreiben, dass die Haftung einer Aktiengesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt sein soll, obwohl zahlreiche nationale Rechtsordnungen entsprechende Bestimmungen vorsehen [35]. Vielmehr scheint das Gegenteil der Fall zu sein, zumal die Richtlinie 89/667 in ihrem fünften Erwägungsgrund zwar den Grundsatz der Haftungsbeschränkung als notwendiges „rechtliches Instrument" einer Einmanngesellschaft anführt, zugleich aber das Recht der Mitgliedstaaten unberührt lässt, „in Ausnahmefällen dem Einzelunternehmer eine Haftung für die Verpflichtung des Unternehmens aufzuerlegen". Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass Durchbrechungen der Haftungsbeschränkung nach Gemeinschaftsrecht durchaus zulässig sind. Allerdings statuiert der Gemeinschaftsgesetzgeber sie nicht selbst. Wie die Richtlinie 89/667 zeigt, lässt der Gemeinschaftsgesetzgeber sie jedoch zu [36], teils für klar umrissene Fallgruppen explizit (z.B. Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 89/667), teils weniger explizit und generalklauselmäßig offen (fünfter Erwägungsgrund: „in Ausnahmefällen"). Während Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 89/667 ausweislich des sechsten Erwägungsgrundes als abschließend zu betrachten ist, muss eine Durchbrechung der Haftungsbeschränkung unter Berufung auf einen sogenannten Ausnahmefall im Sinne des fünften Erwägungsgrundes mit den Umständen des Einzelfalls gerechtfertigt werden.

56. Bei den angeführten Regelungen ist allerdings zu bedenken, dass sie ausschließlich auf Einmanngesellschaften Anwendung finden. Hingegen findet sich keine vergleichbare Regelung in der auf den Ausgangsfall anwendbaren Richtlinie 68/151. Erst recht lassen sich keine Ausnahmetatbestände finden, die eine Durchbrechung der Haftungsbeschränkung

34 — In diesem Sinne auch Grünwald, A., a. a. O. (Fn. 8), S. 13, der darauf hinweist, dass die Richtlinien der Union auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts nur an das formale Kriterium der Rechtsform anknüpften. Angesichts dieser Tatsache sowie vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Verbreitung von Aktiengesellschaften komme es faktisch zu einem stark unterschiedlichen Harmonisierungsgrad in den Mitgliedstaaten. Schwarz, G. C., a. a. O. (Fn. 15), Randnr. 282, S. 182, erklärt, dass die Richtlinien der Union auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts nicht alle Gesellschaften erfassten, die auch Adressat der Niederlassungsfreiheit seien. Vielmehr erfasse der Anwendungsbereich der Richtlinien nur bestimmte, namentlich aufgeführte Gesellschaftsformen der einzelnen Mitgliedstaaten. Bevorzugt werde also die Regelungstechnik der Enumeration statt auslegungsbedürftiger Allgemeinbegriffe. In Art. 1 der jeweiligen Richtlinie bzw. des jeweiligen Richtlinienvorschlags werden die Rechtsformen der Gesellschaften genannt, für die die Koordinierungsmaßnahmen gelten sollen.

35 — In diesem Sinne Werlauff, E., *EU-Company Law*, 2. Aufl., Kopenhagen 2003, S. 40. Der Autor erklärt zum einen, dass die Bestimmungen der Richtlinien auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vorsähen, als ein wesentliches Merkmal ihrer Definition einer Aktiengesellschaft vorzuschreiben, dass die Haftung der Gesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt sei, obwohl entsprechende Bestimmungen in zahlreichen nationalen Rechtsordnungen zu finden seien. Zum anderen weist der Autor darauf hin, dass die bestehenden Richtlinienbestimmungen die Mitgliedstaaten nicht daran hindern werden, entweder von Gesetzes wegen oder durch die Rechtsprechung Bestimmungen zu behalten, die in bestimmten Fällen gemäß dem Grundsatz des Haftungsdurchgriffs (Deutsch: „Haftungsdurchgriff"; Dänisch: „ansvarsgenombrott"; Englisch: „principle of lifting the veil") den Gesellschaftern eine unmittelbare Haftung für Gesellschaftsschulden auferlegen.

36 — So auch Grundmann, S., a. a. O. (Fn. 13), § 9, Randnr. 288, S. 128.

aus den Gründen gestatten, die die griechische Regierung anführt. Nach dem Vorbringen der griechischen Regierung ist die streitgegenständliche nationale Regelung aus Gründen des öffentlichen und sozialen Interesses gerechtfertigt. Die als Einschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Gesellschafter konzipierte Sanktion sei vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass Letztere angesichts ihrer Beteiligung an der Hauptversammlung und an der Ernennung der Verwaltungsorgane in der Lage seien, über die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften und der Standesregeln, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten, zu wachen [37].

57. Mangels einer expliziten Regelung in der Richtlinie 68/151 fällt die Kompetenz für die Anordnung einer ausnahmsweise gestatteten Durchbrechung der Haftungsbeschränkung von Aktiengesellschaften aus den oben genannten Gründen in die Zuständigkeit des einzelstaatlichen Gesetzgebers [38]. Aus dem Fehlen einer Harmonisierung folgt, dass es grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten ist, nach ihrem Ermessen darüber zu befinden, in welchem Maße sie dem Schutz des in Frage stehenden Interesses bei der Durchbrechung der Haftungsbeschränkung einer Aktiengesellschaft Rechnung tragen wollen.

58. Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 68/151 einer nationalen Regelung wie derjenigen des Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/1995, die bestimmt, dass die in den vorangehenden Absätzen dieses Artikels vorgesehenen Geldbußen für Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften und die Standesregeln, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten, gemeinschaftlich und gesamtschuldnerisch nicht nur gegen die Gesellschaft, die Inhaberin der Erlaubnis für die Errichtung und den Betrieb des Fernsehsenders ist, sondern auch gegen alle Aktionäre verhängt werden, die einen Anteil an den Aktien besitzen, der über 2,5 % liegt, nicht entgegensteht.

2. Vereinbarkeit mit dem Primärrecht

a) Zulässigkeit eines Rückgriffs auf das Primärrecht

59. Wie bereits angedeutet, ist die grundsätzliche Befugnis des einzelstaatlichen Gesetzgebers, den in Art. 1 der Richtlinie 68/151 aufgeführten Arten von Gesellschaften zusätzliche Pflichten aufzuerlegen, durch die

37 — Siehe Randnrn. 9 und 10 des Schriftsatzes der griechischen Regierung.

38 — Vgl. Urteil vom 16. Dezember 1997, Coöperatieve Rabobank (C-104/96, Slg. 1997, I-7219, Randnrn. 22 bis 24), in dem der Gerichtshof die Regelungskompetenz des einzelstaatlichen Gesetzgebers mangels einer ausdrücklichen Regelung in der Richtlinie 68/151 anerkannt hat. In jener Rechtssache ging es um die Frage, ob das nationale Recht Beschränkungen der organschaftlichen Vertretungsmacht für Einzelfälle auch vorsehen kann, wenn ein Dritter nicht positiv um einen Verstoß wusste. Der Gerichtshof bejahte dies mit der Begründung, der Richtliniengeber habe diese Fälle (des Interessenkonflikts und des In-sich-geschäfts) nicht regeln wollen, es bestehe eine Lücke. Die Lücke sei nach nationalem Recht zu schließen.

weiteren Vorgaben des Gemeinschaftsrechts beschränkt [39], wobei u.a. an die primärrechtlichen Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit zu denken ist [40]. Erstens sind die oben genannten Richtlinien gerade dazu bestimmt, der Verwirklichung dieser Grundfreiheit zu dienen, wie aus Art. 44 Abs. 1 EG ausdrücklich hervorgeht. Zweitens hat der Gerichtshof in dem Urteil Daihatsu [41], das die Auslegung der Richtlinie 68/151 zum Gegenstand hatte, klargestellt, dass Art. 44 Abs. 2 Buchst. g EG in Verbindung mit den anderen Bestimmungen des Primärrechts zu sehen ist [42].

60. Zwar ist in der Vorlagefrage ein entsprechendes Ersuchen um Auslegung dieser Bestimmungen nicht explizit zu erkennen, gleichwohl verweist das vorlegende Gericht stellenweise in seinem Vorlagebeschluss darauf [43], was erkennen lässt, dass ihm die Relevanz dieser Bestimmungen für die Entscheidung im Ausgangsverfahren bewusst ist. Ferner hat die Kommission in ihrem Schriftsatz zur Frage der Vereinbarkeit der streitgegenständlichen nationalen Regelung mit den Art. 43 EG und 48 EG kurz Stellung genommen.

61. Insoweit ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben hat, die diesem bei der Entscheidung des bei ihm anhängigen Verfahrens von Nutzen sein können, und zwar unabhängig davon, worauf dieses Gericht bei der Darlegung seiner Fragen Bezug genommen hat [44]. Angesichts der Auswirkungen, die eine Vorabentscheidung auf die Rechtsordnung Griechenlands haben wird, erscheint es mir unentbehrlich, im Rahmen einer Untersuchung der vorliegenden Rechtssache auf die oben genannten Bestimmungen einzugehen.

b) Niederlassungsfreiheit

i) Anwendbarkeit von Art. 43 EG und 48 EG

62. Laut Art. 43 Abs. 2 EG umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten

39 — Siehe Nr. 54 dieser Schlussanträge.

40 — Vgl. Grundmann, S., a. a. O. (Fn. 13) § 9, Randnr. 311, S. 136, der offenbar diesem Ansatz folgt. Der Autor untersucht die Frage, ob die Mitgliedstaaten befugt sind, Ausnahmen zur grundsätzlichen Haftungsbeschränkung von Kapitalgesellschaften festzulegen. Der Autor ist der Meinung, dass auch das Argument denkbar wäre, es fehle schon die Kompetenz, dem nationalen Gesetzgeber weitere Durchbrechungen zu untersagen, und die Richtlinie sei in diesem Sinne (primärrechtskonform) auszulegen. Der Autor scheint eine Prüfung anhand der primärrechtlichen Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit vorzuschlagen. Habersack, M., a. a. O. (Fn. 10), § 1, Randnr. 3, S. 1, weist darauf hin, dass die Grundfreiheiten der Gestaltungsfreiheit des nationalen Gesetzgebers auch unabhängig von der Schaffung von Sekundärrecht Schranken setzten.

41 — Urteil vom 4. Dezember 1997, Daihatsu (C-97/96, Slg. 1997, I-6843).

42 — Ebd., Randnr. 18. Dort hat der Gerichtshof Folgendes ausgeführt: „Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g ist in Verbindung mit den Artikeln 52 und 54 EG-Vertrag, wonach die Koordinierung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften Bestandteil des allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit ist, und mit Artikel 3 Buchstabe h EG-Vertrag zu sehen, wonach die Tätigkeit der Gemeinschaft die Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften umfasst, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist".

43 — Siehe S. 5 und 7 des Vorlagebeschlusses.

44 — Vgl. Urteile vom 12. Dezember 1990, SARPP (C-241/89, Slg. 1990, I-4695, Randnr. 8), vom 2. Februar 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, „Clinique"-Urteil (C-315/92, Slg. 1994, I-317, Randnr. 7), vom 4. März 1999, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Slg. 1999, I-1301, Randnr. 16), vom 7. September 2004, Trojani (C-456/02, Slg. 2004, I-7573, Randnr. 38), und vom 17. Februar 2005, Oulane (C-215/03, Slg. 2005, I-1215, Randnr. 47).

sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EG, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen. Vom persönlichen Anwendungsbereich dieser Grundfreiheit erfasst sind daher in erster Linie Unternehmer.

63. Zum anderen fallen nach ständiger Rechtsprechung in den Geltungsbereich der Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit nationale Vorschriften, die anzuwenden sind, wenn ein Angehöriger des betreffenden Mitgliedstaats am Kapital einer Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat eine Beteiligung hält, die es ihm ermöglicht, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen [45]. Geschützt durch Art. 43 Abs. 1 EG sind daher grundsätzlich auch die Gesellschafter einer Aktiengesellschaft, sofern sie darin eine entsprechend bestimmende Position einnehmen [46].

64. Diese Voraussetzung ist wiederum entscheidend für eine Abgrenzung gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit. Ist nämlich eine Beteiligung nicht ausreichend, um einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen einer Gesellschaft auszuüben, so ist nicht die Niederlassungsfreiheit, sondern die Kapitalverkehrsfreiheit die einschlägige Grundfreiheit [47].

65. Wann genau ein den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnender bestimmender Einfluss besteht, hat der Gerichtshof nicht generell definiert, nach seiner

45 — Vgl. u. a. Urteile vom 13. April 2000, Baars (C-251/98, Slg. 2000, I-2787, Randnr. 22), vom 21. November 2002, X und Y (C-436/00, Slg. 2002, I-10829, Randnr. 37), vom 12. September 2006, Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Slg. 2006, I-7995, Randnr. 31), vom 13. März 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Slg. 2007, I-2107, Randnr. 27), vom 23. Oktober 2007, Kommission/Deutschland (C-112/05, Slg. 2007, I-8995, Randnr. 13), vom 6. Dezember 2007, Columbus Container Services (C-298/05, Slg. 2007, I-10451, Randnr. 29), vom 17. Juli 2008, Kommission/Spanien (C-207/07, Randnr. 60), vom 22. Dezember 2008, Truck Center (C-282/07, Slg.. 2008, I-10767, Randnr. 25), vom 18. Juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, Slg. 2009, I-5145, Randnr. 34), und vom 21. Januar 2010, SGI (C-311/08, Slg. 2010, I-487, Randnr. 27). Beschluss vom 4. Juni 2009, KBC Bank u. a. (C-439/07 und C-499/07, Slg. 2009, I-4409, Randnr. 70).

46 — Vgl. beispielsweise Urteil Baars (oben in Fn. 45 angeführt), Randnr. 22. Darin ging es um den Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der in diesem wohnte und sämtliche Anteile an einer Gesellschaft hielt, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hatte. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass eine 100%ige Beteiligung am Kapital einer Gesellschaft, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, zweifellos bewirkt, dass auf diesen Steuerpflichtigen die Vertragsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit Anwendung finden.

47 — In diesem Sinne Randelzhofer/Forsthoff, *Das Recht der Europäischen Union* (hrsg. von Grabitz/Hilf), Art. 43, Randnr. 115, S. 31, und Ress/Ukrow, Art. 56, Randnr. 156, S. 68. Siehe auch die Schlussanträge des Generalanwalts Alber vom 14. Oktober 1999, Baars (C-251/98, Slg. 2000, I-2787, Nr. 33), in denen der Generalanwalt erklärt hat, dass die Grenze zwischen der bloßen Investition von Kapital in Form von Aktien eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens und der Niederlassung in diesem Mitgliedstaat dort zu ziehen sein dürfte, wo der Aktionär seinen Gewinn nicht mehr aus der Unterstützung einer von anderen Personen bestimmten unternehmerischen Tätigkeit durch den bloßen Einsatz von Kapital erstrebe, sondern selbst unternehmerisch tätig werde. Eine solche unternehmerische Tätigkeit setze über das bloße Stimmrecht des Aktionärs hinaus voraus, dass dieser in einem Maß beteiligt sei, das ihm substanziellen Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen der Gesellschaft gewährt. Dabei sei auf die Regeln des Gesellschaftsrechts in dem Staat abzustellen, in dem das Unternehmen niedergelassen ist. Vgl. zuletzt Urteile SGI (oben in Fn. 45 angeführt, Randnrn. 36 und 37) und Aberdeen Property Fininvest Alpha (oben in Fn. 45 angeführt, Randnrn. 34 und 35).

Rechtsprechung bemisst sich dies vielmehr nach den tatsächlichen Umständen sowie dem relevanten Gesellschaftsrecht [48]. Das Urteil Baars [49], auf das diese ständige Rechtsprechung zurückgeht, scheint jedenfalls nahezulegen, dass dies der Fall ist, wenn nach den Gegebenheiten des Falles die „Möglichkeit der Kontrolle über die Gesellschaft oder ihrer Leitung" besteht, was bei einer wesentlichen Beteiligung nicht zwangsläufig der Fall ist.

66. Ob ein Anteil von 2,5 % am Gesellschaftskapital tatsächlich bereits ausreicht, um einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der betreffenden Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen, ist eine Feststellung [50], die grundsätzlich vom vorlegenden Gericht anhand der konkreten Umstände des Ausgangsfalls sowie des relevanten Gesellschaftsrechts zu treffen ist. An dieser Stelle sind gewisse Zweifel hinsichtlich der Erfüllung dieser Voraussetzung angebracht. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass dieser Prozentsatz nur eine Mindestschwelle darstellt. Die streitgegenständliche nationale Regelung erfasst somit auch weit größere Anteile am Gesellschaftskapital, die theoretisch geeignet wären, den betreffenden Gesellschaftern die Möglichkeit einzuräumen, im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen.

67. Aus dem Vorlagebeschluss [51] geht jedenfalls hervor, dass die Mehrheit der Mitglieder des vorlegenden Gerichts die Ansicht vertritt, dass wegen der besonderen Regelungen, die für die Hörfunk- und Fernsehsender betreibenden Aktiengesellschaften gelten, wie die Ausgestaltung der Aktien als Namensaktien usw., davon auszugehen ist, dass ein Aktionär derartiger Gesellschaften, der einen Anteil von mehr als 2,5 % an deren Gesellschaftskapital besitzt, kein gewöhnlicher Anleger ist, sondern ein als Unternehmer tätiger Aktionär, der die Möglichkeit hat, die Leitung der juristischen Person und folglich den Betrieb des Fernsehsenders zu beeinflussen. Die Richtigkeit dieser Feststellungen unterstellt, ist davon auszugehen, dass die Gesellschafter der fraglichen Gesellschaft von der Niederlassungsfreiheit ebenfalls geschützt sind.

48 — Vgl. Randelzhofer/Forsthoff, a. a. O. (Fn. 47) Art. 43, Randnr. 115, S. 31, und Ress/Ukrow, Art. 56, Randnr. 156, S. 68. Letztere weisen darauf hin, dass eine Kapitalbeteiligung von unter 25 % nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs gegebenenfalls für einen bestimmenden Einfluss genügen könne, wenn sie dem Anteilseigner auf andere Weise einen beherrschenden Einfluss auf die Beteiligungsgesellschaft verschaffe, in der er mit anderen Anteilseignern verbunden sei. Allerdings sei nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Beteiligung von bloß 10% der Stimmrechte in der Regel nicht ausreichend, um einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen einer Gesellschaft und deren Tätigkeiten zu bestimmen.

49 — Vgl. Urteil Baars (oben in Fn. 45 angeführt, Randnr. 19).

50 — Vgl. Urteile X und Y (oben in Fn. 45 angeführt, Randnr. 37), Kommission/Deutschland (oben in Fn. 45 angeführt, Randnr. 14), Kommission/Spanien (oben in Fn. 45 angeführt, Randnrn. 35 bis 39, 61) und vom 26. März 2009, Kommission/Italien (C-326/07, Slg. 2009, I-2291, Randnrn. 38 und 39).

51 — Siehe S. 4 des Vorlagebeschlusses.

68. Art. 48 EG legt wiederum die Geltung des Kapitels über das Niederlassungsrecht für Gesellschaften und Vereine des privaten wie des öffentlichen Rechts fest, indem er sie unter gewissen Bedingungen den natürlichen Personen gleichstellt [52].

ii) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

69. Da es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die streitgegenständliche Regelung in unterschiedlicher Weise auf in- und ausländische Aktiengesellschaften bzw. Gesellschafter angewandt wird, ist im Folgenden vom nichtdiskriminierenden Charakter dieser Regelung auszugehen.

— Art. 43 EG als umfassendes Beschränkungsverbot

70. Es bleibt daher weiter zu prüfen, ob sie eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Art. 43 EG darstellt und ob eine solche Beschränkung gegebenenfalls gerechtfertigt werden kann. Nach ständiger Rechtsprechung [53] steht Art. 43 EG jeder nationalen Regelung entgegen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, die aber geeignet ist, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit durch die Gemeinschaftsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.

71. Nach dieser Rechtsprechung enthält Art. 43 EG nicht nur ein Verbot von offenen und versteckten Diskriminierungen, sondern kann auch als umfassendes Beschränkungsverbot verstanden werden. Beschränkungen im Sinne des Art. 43 EG sind daher nicht nur diskriminierende, sondern unter Umständen auch diskriminierungsfreie Regelungen, also Maßnahmen, die weder absichtlich noch in ihrer tatsächlichen Wirkung in der Regel

52 — Vgl. Troberg/Tiedje, in: *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (hrsg. von Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze), Art. 48, Randnr. 1, S. 1596.

53 — Vgl. u. a. Urteile vom 31. März 1993, Kraus (C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 32), vom 30. November 1995, Gebhard (C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37), vom 9. März 1999, Centros (C-212/97, Slg. 1999, I-1459, Randnr. 34), vom 1. Februar 2001, Mac Quen u. a. (C-108/96, Slg. 2001, I-837, Randnr. 26), und vom 17. Oktober 2002, Payroll u. a. (C-79/01, Slg. 2002, I-8923, Randnr. 26), vom 14. Oktober 2004, Kommission/Niederlande (C-299/02, Slg. 2004, I-9761, Randnr. 15), vom 30. September 2003, Inspire (C-167/01, Slg. 2003, I-10155, Randnr. 133), vom 21. April 2005, Kommission/Griechenland (C-140/03, Slg. 2005, I-3177, Randnr. 27), und vom 10. März 2009, Hartlauer (C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Randnr. 33).
Art. 43 EG entspricht inhaltlich Art. 31 EWR-Abkommen, für dessen Auslegung der EFTA-Gerichtshof (im Hinblick auf die EFTA/EWR-Staaten) zuständig ist. Entsprechend dem Gebot einer homogenen Rechtsprechung innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums hat der EFTA-Gerichtshof die oben genannte Rechtsprechung des Gerichtshofs auf diese Abkommensbestimmung angewandt. Vgl. u. a. Urteile vom 26. Juni 2007, ESA/Norwegen (E-2/06, Slg. 2007, 163, Randnr. 64), und vom 7. Mai 2008, Seabrokers/Norwegen (E-7/07, Slg. 2008, 171, Randnr. 50). Vgl. zum Homogenitätsgebot und zur Notwendigkeit eines Dialogs zwischen dem Gerichtshof und dem EFTA-Gerichtshof Baudenbacher, C., „The EFTA Court, the ECJ, and the latter's Advocates General: a tale of judicial dialogue", *Continuity and change in EU law: essays in honour of Sir Francis Jacobs*, 2008, S. 120 f.

Ausländer benachteiligen [54]. Art. 43 EG steht grundsätzlich jeder nationalen Regelung entgegen, die geeignet ist, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu behindern oder „weniger attraktiv zu machen“ [55]. Der Gerichtshof hat durch seine Rechtsprechung zur Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit die Entwicklung der Grundfreiheiten von einem Diskriminierungsverbot entsprechend dem Gedanken der „Strukturgleichheit der Grundfreiheiten“ zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot in Gang gesetzt [56].

72. Ausgangspunkt der Überlegungen bei der Prüfung des Beschränkungscharakters der streitgegenständlichen Regelung muss meines Erachtens die hypothetische Konstellation sein, in der eine in der Union ansässige Gesellschaft entweder ihren Hauptsitz (primäre Niederlassungsfreiheit) nach Griechenland verlagert oder dort eine Zweigniederlassung (sekundäre Niederlassungsfreiheit) errichtet [57]. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Aussicht auf eine eventuelle Durchbrechung der Haftungsbeschränkung der Aktiengesellschaft und damit auch das Risiko einer persönlichen Mithaftung der Gesellschafter im Fall eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Vorschriften und die Standesregeln, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten, auf Unternehmen, die entweder ihren Standort von einem anderen Mitgliedstaat auf Griechenland verlagern oder dort eine Niederlassung errichten wollen, abschreckend wirken kann. Die Verhängung einer mit einer finanziellen Einbuße verbundenen Sanktion auch gegen ihre Gesellschafter ist geeignet, diese Gesellschaft samt ihrer Aktionäre davon abzuhalten, sich auf dem griechischen Mediensektor zu betätigen. Wie das vorlegende Gericht erklärt, macht eine Ausweitung der Haftung auf die Gesellschafter den Kauf von Aktien solcher Gesellschaften, wie im Fall der Klägerin des Ausgangsverfahrens, auch unattraktiv [58]. Die streitgegenständliche Regelung ist folglich grundsätzlich geeignet, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit durch ausländische Gesellschaften weniger attraktiv zu machen.

73. Gemäß der allgemeinen, in der Rechtsprechung bisher vertretenen Definition der Beschränkung im Sinne des Art. 43 EG

54 — Vgl. Schwarz, G. C., a. a. O. (Fn. 15), Randnr. 136, S. 89.

55 — In diesem Sinne Mustaki, G./Engammare, V., a. a. O. (Fn. 8), S. 40; Prats Jané, S., a. a. O. (Fn. 25), S. 94, und Forsthoff, U./Schulz, M., „Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften“, *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (hrsg. von Heribert Hirte/Thomas Bücker), 2. Aufl., Berlin 2006, Randnr. 38, S. 82, mit Verweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs. Als klassisches Beispiel für eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 43 Abs. 1 EG erwähnt Jung, P., *EU-Kommentar* (hrsg. von Jürgen Schwarze), 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 48 EG, Randnr. 21, beispielsweise die Gebühren für die Handelsregistereintragung von Gesellschaften oder deren Zweigniederlassungen.

56 — Ulmer, P., „Schutzinstrumente gegen die Gefahren einer Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz“, *Juristenzeitung* 1999, S. 665, weist darauf hin, dass die für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit entwickelte Cassis-de-Dijon-Formel auch im Rahmen der Niederlassungsfreiheit gelte, was in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannt sei. Vgl. auch Habersack, M., a. a. O. (Fn. 10), § 3, Randnr. 4, S. 4, der auf die Weite des vom Gerichtshof in den Urteilen Kraus und Gebhard entwickelten Begriffs der Niederlassungsbeschränkung hinweist.

57 — In diesem Zusammenhang ist das Urteil des Gerichtshofs vom 27. September 1988, Daily Mail (81/87, Slg. 1988, 5483, Randnr. 25), zu beachten, wonach die Art. 43 EG und 48 EG beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet ist und in diesem ihren satzungsmäßigen Sitz hat, nicht das Recht gewähren, den Sitz ihrer Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Dagegen hat der Gerichtshof im Urteil Centros (oben in Fn. 53 angeführt) das Recht von Gesellschaften zur Errichtung einer Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt. Vgl. dazu Maranelli, K., „Il diritto comunitario di stabilimento delle società“, *Percorsi di diritto societario europeo*, Turin 2000, S. 122 f.

58 — Siehe S. 4 des Vorlagebeschlusses.

müsste im Ausgangsfall von einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ausgegangen werden [59].

— Möglichkeit einer teleologischen Eingrenzung des Beschränkungsverbots

74. Zwar geht der Gerichtshof, wie bereits gesehen, auch im Fall der Niederlassungsfreiheit offenbar von einer Konvergenz der Grundfreiheiten aus, indem er den Begriff der Beschränkung nach Art. 43 EG entsprechend weit auslegt [60]. Gleichwohl hat er sich bisher nicht eindeutig zur Reichweite des Art. 43 Abs. 1 EG geäußert. Vor dem Hintergrund, dass im Zuge der Rechtsprechung Keck und Mithouard [61] eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG vorgenommen wurde, fragt sich, ob ebenfalls eine dogmatische Eingrenzung des Beschränkungsbegriffs im Bereich der Niederlassungsfreiheit naheliegt. Dafür könnte das Telos dieser Grundfreiheit sprechen, die eine freie Standortwahl ermöglichen, aber nicht Instrument der Wirtschaftsteilnehmer sein soll, ihre Standortbedingungen gegenüber den nationalen Wettbewerbern zu modifizieren [62].

75. Entsprechend sowohl dem Sinn und Zweck der Niederlassungsfreiheit, Zuzugsbeschränkungen für Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten abzubauen, dem Ziel des Gesellschaftsrechts der Europäischen Union, den Bestand sowie die Identität einer Gesellschaft bei einer grenzüberschreitenden Standortverlagerung zu sichern [63], wäre es

59 — Vgl. Grundmann, S., a. a. O. (Fn. 13) § 9, Randnr. 311, S. 137, der den Beschränkungscharakter einer gesetzlich angeordneten Durchbrechung der Haftungsbeschränkung ebenfalls bejaht, jedoch dies anders formuliert. Seiner Meinung nach wird zumindest in grenzüberschreitenden Fallkonstellationen die Niederlassungsfreiheit sicher gefördert, wenn im Ausland keine Durchbrechung der Haftungsbeschränkung zu befürchten ist. Müller-Graff, P.-C., *EUV/EGV-Kommentar* (hrsg. von Rudolf Streinz), Art. 48, Randnr. 22, S. 692, behandelt die Regeln der Durchgriffshaftung aus Gründen des Gläubigerschutzes im Rahmen der Untersuchung der Frage, ob Beschränkungen des Zuzugs einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Art. 43 EG vereinbar sind. Seiner Ansicht nach können diese im Einzelfall gerechtfertigt sein. Somit geht der Autor offensichtlich davon aus, dass es sich bei den Regeln der Durchgriffshaftung um Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 43 EG handelt. Ulmer, P., a. a. O. (Fn. 56), S. 665, geht im Fall der Durchgriffshaftung offenbar ebenfalls von einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus, die allerdings dem Verhältnismäßigkeitstest standhalten dürfte.

60 — Vgl. Skouris, V., „Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht", *Die Öffentliche Verwaltung*, 2006, S. 94, der darauf hinweist, dass im Verhältnis der Grundfreiheiten untereinander sich eine Tendenz zu einer Parallelisierung abzeichnet (Stichwort: „einheitliche Dogmatik der Grundrechte"). Bei der Schrankenprüfung ermögliche dies die Kombination der bei der jeweiligen Grundfreiheit gegebenenfalls vorgesehenen speziellen Schranken mit der allgemeinen Figur der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses. Die vielfach verwendete sogenannte „Gebhard-Formel" (siehe Nr. 70 dieser Schlussanträge) sei ohnehin nicht spezifisch auf eine Grundfreiheit bezogen, sondern auf alle Grundfreiheiten anwendbar.

61 — Urteil vom 24. November 1993 in den Rechtssachen C-267/91 und C-268/91, Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097.

62 — In diesem Sinne Forsthoff, U., „Mobilität von Gesellschaften im Binnenmarkt — Spielraum für Erstreckung deutschen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften", *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (hrsg. von Heribert Hirte/Thomas Bücker), 2. Aufl., Berlin 2006, Randnr. 38, 39, S. 82 f.

63 — Als Zugangshindernis wirken jedenfalls solche mitgliedstaatlichen Vorschriften, welche die Identität der Gesellschaft betreffen. Diese soll durch den Grenzübertritt nicht berührt sein. Vorschriften, die in die Identität der Gesellschaft eingreifen, können nicht als Teil der Standortbedingungen begriffen werden, da sie nicht von außen an die Wirtschaftsteilnehmer herangetragen werden, sondern gleichsam von innen heraus die Gestalt des Trägers der Niederlassungsfreiheit, die Gesellschaft, verändern. Der Gedanke des Identitätsschutzes ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs angelegt (vgl. Urteil vom 5. November 2002, Überseering, C-208/00, Slg. 2002, I-9919, Randnrn. 80 f.).

grundsätzlich denkbar, die Reichweite des Beschränkungsverbots danach zu bestimmen, ob die betreffende nationale Regelung „spezifische Zugangshindernisse" errichtet oder lediglich die „Standortbedingungen" bestimmt. Im ersten Fall würde das Beschränkungsverbot gelten, andernfalls lediglich das von der Niederlassungsfreiheit umfasste Verbot direkter und indirekter Diskriminierung [64]. Dass der Gerichtshof die Grundfreiheiten in erster Linie als Instrument der Marktöffnung versteht und demzufolge nationale Bestimmungen bei der Untersuchung der Frage, ob im Einzelfall eine Beschränkung von Grundfreiheiten vorliegt, danach beurteilt, ob sie den Marktzugang behindern oder nicht, zeigen einzelne Urteile im Bereich der Dienstleistungs- [65] und Kapitalverkehrsfreiheit [66].

76. Bei der streitgegenständlichen nationalen Regelung handelt es sich bei genauer Betrachtung weder um eine Bestimmung, die darauf abzielt, den „Zugang" von Aktiengesellschaften zum griechischen Mediensektor spezifisch zu regeln, noch wirkt sie sich für jemanden, der Zugang zu diesem besonderen Sektor begehrt, als „Hindernis" aus. Vielmehr ist sie Bestandteil eines allgemeinen rechtlichen Rahmens, der den Betrieb von Fernsehsendern regelt. Sie soll die Einhaltung der Vorschriften und der Standesregeln, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten, sicherstellen. Diese sind aus der Perspektive eines objektiven Beobachters medienrechtliche Rahmenbedingungen, an die der Betreiber eines Fernsehsenders sich stets halten soll. Rechtlich betrachtet ist die Pflicht zur Einhaltung dieser medienrechtlichen

64 — Vgl. dazu Forsthoff, U., a.a.O. (Fn. 62), Randnrn. 73 und 74, S. 544 f. Habersack, M., a. a. O. (Fn. 10), § 3, Randnr. 7, S. 13, vertritt die Auffassung, dass die Art. 43 EG und 48 EG ein Beschränkungsverbot enthielten, soweit es um den Marktzugang und damit um die Niederlassung als solche gehe. Was dagegen die Ausübung des Gewerbes durch die einmal auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaats niedergelassene Gesellschaft betreffe, unterliege sie den allgemeinen nationalen Bestimmungen. Insbesondere die mit den zwingenden, aber nicht diskriminierenden Vorschriften des nationalen Gewerbe-, Wettbewerbs- und Arbeitsrechts verbundenen Behinderungen fielen danach schon gar nicht in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit. Es handele sich bei ihnen vielmehr um bloße „Verkaufsmodalitäten" im Sinne der Keck-Rechtsprechung. Eine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichtete Kontrolle des nationalen Rechts habe also zu unterbleiben. Nationales Recht könne den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Gesellschaften entgegengehalten werden, soweit es nicht diskriminierend sei.

65 — Vgl. Urteil vom 10. Mai 1995, Alpine Investments (C-384/93, Slg. 1995, I-1141, Randnr. 37). Das Urteil betraf ein nationales Verbot des sog. „cold calling", das nach Auffassung des Gerichtshofs unmittelbar den *Zugang zum Dienstleistungsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten beeinflusste*. Der Gerichtshof kam daher zu der Schlussfolgerung, dass es geeignet war, den innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehr zu behindern. Dies belegt, dass der Gerichtshof die Grundfreiheiten in erster Linie als Instrument der Marktöffnung versteht. Vgl. ferner Urteil vom 11. April 2000, Deliège (C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549, Randnrn. 60 f.).

66 — Vgl. Urteil vom 13. Mai 2003, Kommission/Spanien (C-463/00, Slg. 2003, I-4581, Randnr. 61), im Zusammenhang mit der Kapitalverkehrsfreiheit. Darin hat der Gerichtshof nationale Bestimmungen, die Investitionen beschränken, als Beschränkung des Kapitalverkehrs im Sinne von Art. 56 EG angesehen. Nach Auffassung des Gerichtshofs waren die fraglichen Beschränkungen von Investitionen zwar unterschiedslos sowohl auf Gebietsansässige als auch auf Gebietsfremde anwendbar, doch berührten sie die Situation des Erwerbers einer Beteiligung als solche und waren daher geeignet, Anleger aus anderen Mitgliedstaaten von solchen Investitionen abzuhalten und damit *den Marktzugang zu beeinflussen*. Vgl. auch das Urteil vom selben Tag, Kommission/Vereinigtes Königreich (C-98/01, Slg. 2003, I-4641, Randnr. 47).

Rahmenbedingungen als eine mit dem Betrieb eines Fernsehsenders verbundene „Auflage“ und nicht etwa als eine „Bedingung“ ausgestaltet [67]. Das heißt, sie bestimmt nicht, „ob“ oder „wann“, sondern nur, „wie“ ein Fernsehsender betrieben werden muss. Geregelt sind somit lediglich die „Modalitäten“ für den Betrieb eines Fernsehsenders. Darüber hinaus lässt ihre Erfüllung sowohl den Bestand als auch die Identität einer Aktiengesellschaft unberührt.

77. Sofern der Gerichtshof sich für eine teleologische Eingrenzung des Beschränkungsverbots aussprechen sollte, müsste die streitgegenständliche nationale Regelung der Kategorie der „Standortbedingungen“ zugeordnet werden, die nach dieser Auslegung nicht als Beschränkungen im Sinne des Art. 43 Abs. 1 EG aufzufassen wären. Mangels einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit könnte sich im Grunde eine weitere Prüfung anhand der Art. 43 EG und 48 EG erübrigen.

78. In diesem Zusammenhang halte ich es jedoch für zwingend, darauf aufmerksam zu machen, dass es in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zwar einige Anhaltspunkte dafür gibt, dass er in Einzelfällen einer restriktiveren Auslegung zuzustimmen bereit ist, dies aber keinesfalls dahin gehend verstanden werden kann, als habe der Gerichtshof seine bisherige weite Auslegung des Begriffs der Beschränkung aufgegeben. Vielmehr ist grundsätzlich von einem weiten Verständnis dieses Begriffs auszugehen. Dementsprechend beruhen die nachfolgenden Erwägungen auf dem Konzept eines umfassenden Beschränkungsverbots [68].

79. Mithin liegt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vor.

iii) Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

80. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs [69] ergibt sich, dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten beschränken, folgende Voraussetzungen erfüllen müssen, um mit Art. 43 EG vereinbar zu sein: Sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung

67 — Im allgemeinen Verwaltungsrecht zeichnet sich eine Bedingung dadurch aus, dass sie den Beginn oder das Ende der Wirksamkeit eines Verwaltungsakts von einem bestimmten Ereignis abhängig macht, dessen Eintritt ungewiss ist. Ungewiss kann dabei nicht nur sein, „wann“ das Ereignis eintritt, sondern auch, „ob“ es überhaupt eintritt. Die Auflage enthält dagegen, anders als die Bedingung, eine eigene Sachregelung, nämlich die Verpflichtung des durch den Verwaltungsakt Begünstigten zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen. Der mit der Auflage verbundene Verwaltungsakt wird, ohne Rücksicht darauf, ob die Auflage erfüllt wird oder nicht, sofort rechtswirksam. Der aufschiebend bedingte Verwaltungsakt wird dagegen erst mit Bedingungseintritt wirksam. Die Auflage verpflichtet und ist zwangsweise durchsetzbar. Die aufschiebende Bedingung ist nicht verpflichtend und daher auch nicht durchsetzbar. Vgl. dazu Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., München 1997, Randnrn. 6 f., S. 315 f.

68 — Siehe Nrn. 70 bis 73 dieser Schlussanträge.

69 — Vgl. Urteile Kraus (oben in Fn. 53 angeführt, Randnr. 32) und Gebhard (oben in Fn. 53 angeführt, Randnr. 37).

des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zu dessen Erreichung erforderlich ist. Darüber hinaus stellt der Schutz von Grundrechten ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung einer vom EG-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit zu rechtfertigen [70].

— Schutz von Grundrechten als berechtigtes Interesse

81. Wie bereits dargelegt [71], sieht die griechische Regierung die streitgegenständliche nationale Regelung aus Gründen des öffentlichen und sozialen Interesses als gerechtfertigt an. Eine Gesamtbetrachtung der relevanten nationalen Bestimmungen ergibt, dass die in Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/95 vorgesehenen Geldbußen darauf abzielen, Verstöße gegen das Gebot der Achtung bestimmter verfassungsrechtlich geschützter Grundwerte — zu denen der Schutz des individuellen Persönlichkeitsrechts, des Familien- sowie des Privatlebens gehört — zu ahnden. Die Geldbuße, für die die Klägerin des Ausgangsverfahrens gemeinschaftlich und gesamtschuldnerisch mithaftet, ist, wie aus den im Vorlagebeschluss enthaltenen Tatsachenfeststellungen hervorgeht, aufgrund eines solchen Verstoßes gegen die oben genannten Grundwerte verhängt worden. Das Vorbringen der griechischen Regierung ist bei verständiger Würdigung dahin gehend zu verstehen, dass diese sich offenbar auf den Schutz von verfassungsrechtlich verbrieften Grundrechten beruft.

82. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Grundrechte nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Dabei lässt sich der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Hierbei kommt zum einen der EMRK besondere Bedeutung zu [72]. Die in dieser Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätze sind durch Art. 6 Abs. 2 EU bekräftigt worden. Danach „[achtet] die Union die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben". Darüber hinaus hat sich der Gerichtshof zur Bestätigung der Existenz bestimmter allgemeiner Rechtsgrundsätze mehrmals auf die am 7. Dezember 2000 in

70 — Vgl. Urteil vom 12. Juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Randnr. 74).

71 — Siehe Nr. 56 dieser Schlussanträge.

72 — Vgl. insbesondere Urteile vom 18. Juni 1991, ERT (C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 41), vom 6. März 2001, Connolly/Kommission (C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611, Randnr. 37), vom 22. Oktober 2002, Roquette Frères (C-94/00, Slg. 2002, I-9011, Randnr. 25), Schmidberger (oben in Fn. 70 angeführt, Randnr. 71), vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat (C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Randnr. 35), und vom 18. Januar 2007, PKK und KNK/Rat (C-229/05 P, Slg. 2007, I-439, Randnr. 76).

Nizza proklamierte Charta der Grundrechte der Europäischen Union [73] berufen [74].

83. Wie der Gerichtshof mehrfach erklärt hat [75], können in der Gemeinschaft keine Maßnahmen als rechtens anerkannt werden, die mit der Beachtung der so anerkannten und gewährleisteten Menschenrechte unvereinbar sind. Da die Grundrechte sowohl von der Gemeinschaft als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten sind, stellt der Schutz dieser Rechte nach Auffassung des Gerichtshofs ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit, bestehen [76].

84. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Recht auf Achtung des Privatlebens, dessen Schutz die streitgegenständliche Regelung den Angaben der griechischen Regierung zufolge bezweckt, gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs auch ein in der Rechtsordnung der Europäischen Union geschütztes Grundrecht ist [77]. Des Weiteren ist dieses Grundrecht in Art. 8 Abs. 1 EMRK [78] sowie in Art. 7 der Charta der Grundrechte [79] verankert.

85. Insoweit verfolgt die streitgegenständliche nationale Regelung ein von der Unionsrechtsordnung anerkanntes und damit legitimes Ziel.

— Verhältnismäßigkeitsprüfung

86. Wie ich bereits in meinen Schlussanträgen vom 14. April 2010 in der Rechtssache C-271/08, Kommission/Deutschland, dargelegt habe, ist von einem Verhältnis der Gleichrangigkeit zwischen Grundfreiheiten

73 — ABl. C 364, S. 1.

74 — Vgl. Urteile vom 14. Februar 2008, Dynamic Medien (C-244/06, Slg. 2008, I-505, Randnr. 42), vom 11. Dezember 2007, International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union (C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Randnr. 43), und vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat (oben in Fn. 72 angeführt, Randnr. 38).

75 — Vgl. insbesondere Urteile ERT (oben in Fn. 72 angeführt, Randnr. 41), vom 29. Mai 1997, Kremzow (C-299/95, Slg. 1997, I-2629, Randnr. 14), und vom 3. September 2008, Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission (C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351, Randnr. 284).

76 — Vgl. Urteil Schmidberger (oben in Fn. 70 angeführt, Randnr. 74) im Zusammenhang mit einer Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit. Vgl. ferner Urteile vom 13. Dezember 2007, United Pan-Europe Communications Belgium u. a. (C-250/06, Slg. 2007, I-11135, Randnr. 41) (Kulturpolitik und Meinungsfreiheit als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit), Dynamic Medien (oben in Fn. 74 angeführt, Randnr. 42) und vom 14. Oktober 2004, Omega (C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Randnr. 35) (Menschenwürde als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit).

77 — Ausdrücklich im Urteil vom 8. April 1992, Kommission/Deutschland (C-62/90, Slg. 1992, I-2601, Randnr. 23) anerkannt. Siehe ferner Urteile vom 19. Oktober 2004, Chen (C-200/02, Slg. 2004, I-9925, Randnr. 16), und vom 25. Juli 2008, Metock u. a. (C-127/08, Slg. 2008, I-6241, Randnr. 79).

78 — Gemäß Art. 8 (Gebot der Achtung der Privatsphäre) Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

79 — Gemäß Art. 7 (Achtung des Privat- und Familienlebens) der Charta der Grundrechte hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation.

und Grundrechten auszugehen [80]. Dies gebietet es, dass, sofern in einem konkreten Fall infolge der Ausübung eines Grundrechts eine Grundfreiheit beschränkt wird, nach einem angemessenen Ausgleich zwischen beiden Rechtspositionen zu suchen ist. Dazu ist einerseits davon auszugehen, dass die Verwirklichung einer Grundfreiheit ein legitimes Ziel ist, das einem Grundrecht Grenzen setzen kann. Umgekehrt ist auch die Verwirklichung eines Grundrechts als legitimes Ziel anzuerkennen, das eine Grundfreiheit einschränken kann. Für die genaue Grenzziehung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besondere Bedeutung zu. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist dabei insbesondere von einem dreistufigen Prüfungsschema auszugehen, anhand dessen die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit der betreffenden Maßnahme zu kontrollieren sind [81].

87. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass auch wenn der Schutz des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens ein berechtigtes Interesse darstellt, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung einer vom EG-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie der Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen, solche Beschränkungen nur gerechtfertigt sein können, wenn sie geeignet sind, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zu dessen Erreichung erforderlich ist [82].

88. Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit bedarf es einer Untersuchung der rechtlichen und tatsächlichen Umstände, die die Lage in dem betroffenen Mitgliedstaat kennzeichnen; für die Durchführung dieser Untersuchung ist das vorlegende Gericht zuständig [83]. Im vorliegenden Fall ist der Gerichtshof über die Sach- und Rechtslage ausreichend unterrichtet, um eine abstrakte Bewertung des ihm unterbreiteten Falles anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen. Dem vorlegenden Gericht obliegt die Pflicht, bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Rahmen des Ausgangsrechtsstreits den Auslegungsvorgaben des Gerichtshofs Rechnung zu tragen [84].

80 — Vgl. meine Schlussanträge vom 14. April 2010 in der noch anhängigen Rechtssache C-271/08, Kommission/Deutschland, Nrn. 187 und 188. Skouris, V., a. a. O. (Fn. 60), S. 93, geht nicht von einem Hierarchieverhältnis zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten aus. Für eine grundsätzliche Gleichrangigkeit führt er verschiedene Faktoren an wie etwa den grundrechtsähnlichen Charakter der Grundfreiheiten sowie die Konvergenz von Grundfreiheiten und Grundrechten in der Rechtsprechung des Gerichtshofs.

81 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache C-271/08, Kommission/Deutschland, Nr. 189.

82 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Omega (oben in Fn. 76 angeführt, Randnr. 36), International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union (oben in Fn. 74 angeführt, Randnr. 75) und Dynamic Medien (oben in Fn. 74 angeführt, Randnr. 42).

83 — Vgl. Urteile vom 8. März 2001, Gourmet International (C-405/98, Slg. 2001, I-1795, Randnr. 33), vom 13. Januar 2000, Estée Lauder (C-220/98, Slg. 2000, I-117, Randnrn. 30 f.), und vom 26. Juni 1997, Familiapress (C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Randnrn. 28 f.).

84 — Laut Craig, P./De Búrca, G., *EU Law*, 4. Aufl., Oxford 2008, S. 492, räumt Art. 234 EG dem Gerichtshof zwar die Befugnis zur Auslegung des Vertrags, jedoch nicht ausdrücklich zur Anwendung desselben auf den Ausgangsfall ein. Die Abgrenzung zwischen Auslegung und Anwendung zeichne die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten aus. Danach lege der Gerichtshof den Vertrag aus, und Letztere wendeten diese Auslegung auf den konkreten Fall an.

Geeignetheit

89. Wie die griechische Regierung im Rahmen der mündlichen Verhandlung auf eine Frage des Gerichtshofs hin bestätigt hat, ist davon auszugehen, dass die streitgegenständliche Regelung im Wesentlichen auf einer Vermutung des griechischen Gesetzgebers beruht, nach der ein Aktionär, der einen Anteil von mehr als 2,5 % am Kapital einer Aktiengesellschaft besitzt, die Möglichkeit hat, auf die Leitung der Gesellschaft einzuwirken. Diese Vermutung des nationalen Gesetzgebers wird sowohl vom vorlegenden Gericht als auch der griechischen Regierung in ihren jeweiligen Ausführungen aufgegriffen und näher erörtert. So weist das vorlegende Gericht [85] darauf hin, dass ein Aktionär, der einen Anteil von mehr als 2,5 % am Kapital der Aktiengesellschaft besitzt, kein gewöhnlicher Anleger sei, sondern ein als Unternehmer tätiger Aktionär, der die Möglichkeit habe, die Leitung der juristischen Person und folglich den Betrieb des Fernsehsenders zu beeinflussen. Die griechische Regierung [86] erklärt wiederum, dass Gesellschafter jener Kategorie infolge ihrer Teilnahme an der Hauptversammlung sowie an der Wahl der Mitglieder des Geschäftsführungsorgans der Gesellschaft darauf hinwirken können, dass klare Leitlinien bezüglich der Programmgestaltung und der Haltung des Fernsehsenders zu aktuellen Themen verabschiedet werden.

90. Ungeachtet der Frage, ob diese gesetzliche Vermutung auf den Ausgangsfall zutrifft, ob, mit anderen Worten, die Klägerin des Ausgangsverfahrens, wie von der griechischen Regierung in der mündlichen Verhandlung präzisiert, mit nur einem Anteil von 5 % am Kapital der Aktiengesellschaft „Nea Tileorasi“ wirklich maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsprozesse dieser Gesellschaft hat, was vom vorlegenden Gericht konkret festzustellen wäre [87], so ist es doch jedenfalls mehr als fraglich, ob dieser Einfluss als ausreichend angesehen werden kann, um derart gezielt auf die Programmgestaltung des Fernsehsenders einzuwirken, dass Verstöße gegen die Vorschriften und die Standesregeln, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten, gänzlich unterbleiben.

91. Dazu gilt es zunächst einmal, die Stellung eines Aktionärs innerhalb einer Aktiengesellschaft zu untersuchen. Die Rechte eines Aktionärs lassen sich allgemein in Vermögensrechte, Mitwirkungsrechte und Schutzrechte unterteilen [88]. Anders als ein Mitglied des Leitungsorgans einer Aktiengesellschaft — das eher die Möglichkeit der

85 — Siehe S. 4 des Vorlagebeschlusses.

86 — Siehe Randnr. 10 des Schriftsatzes der griechischen Regierung.

87 — Siehe Nr. 66 dieser Schlussanträge.

88 — Vermögensrechte: Rechte auf Dividende; das Recht auf Bezug neuer Aktien; das Recht auf den Liquidationsanteil; das Recht auf Bauzinsen (d. h. Zinsen für die Zeit, die Vorbereitung und Bau bis zum Anfang des vollen Betriebs des Unternehmens erfordern, das Recht auf Nutzung der Gesellschaftsanlagen). Mitwirkungsrechte: das Recht auf Einladung und Bekanntgabe der Traktanden; das Recht auf Antrag und Meinungsäußerung; das Recht, sich in der Hauptversammlung vertreten zu lassen; das Stimm- und Wahlrecht in der Hauptversammlung; das Recht, gesetzes- und satzungswidrige Beschlüsse anzufechten. Schutzrechte: die Informationsrechte, welche das Einsichts- und Auskunftsrecht umfassen; das Gruppenrecht auf Vertretung im Verwaltungsrat; die Minderheitenschutzrechte der Auflösungsklage und der Sonderprüfung und das Recht auf Einberufung der Hauptversammlung; die übrigen Klagerechte, die das Anfechtungsrecht, die Feststellung der Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und die Verantwortlichkeitsansprüche umfassen.

Einflussnahme auf den im Gesellschaftseigentum stehenden Fernsehsender hätte —, übt der Durchschnittsgesellschafter seine Mitwirkungsrechte in der Regel im Rahmen der Hauptversammlung aus, in der er stimmberechtigt ist [89]. Diese Mitwirkungsrechte schließen je nach Rechtsordnung und Satzung die Bestellung und die Abberufung des Leitungs- oder des Aufsichtsorgans ein [90]. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im zweiten Fall die Einflussnahme des einzelnen Aktionärs auf die Leitung der Gesellschaft schwächer ist, zumal sie nur mittelbarer Art ist [91]. Darüber hinaus divergieren im Einzelnen die materiellen Regeln zur Organbestellung und zur Abberufung je nach Rechtsordnung und Satzung. Zwar wird die Organbestellung von dem allgemeinen Grundsatz geprägt, dass die Mehrheit der Hauptversammlung alle Mitglieder bestimmt, dennoch hängt von den jeweiligen Satzungsbestimmungen ab, ob eine Verhältniswahl stattfindet oder einzelnen Aktionären oder Stellen ein Bestimmungsrecht für einen Sitz einzuräumen ist. Diese vielfältigen Umstände führen im Ergebnis dazu, dass die vermeintlichen Einflussmöglichkeiten des einzelnen Aktionärs auf die Leitung der Gesellschaft bei näherer Betrachtung weniger ausgeprägt erscheinen als angenommen.

92. Von der Gesellschaftsstruktur abzugrenzen ist die dem Fernsehsender eigene Struktur, in der dem Programmdirektor als verantwortlichem Leiter des gesamten Redaktionsbereichs eines Fernsehsenders eine besondere Rolle zukommt. Ihm unterstellt sind wiederum die für einzelne Ressorts zuständigen Chefredakteure. Hinzu kommen die für die Umsetzung der einzelnen Sendungen zuständigen Mitarbeiter des Senders. Diese Personen agieren mehr oder weniger unabhängig innerhalb ihres eigenen Verantwortungsbereichs.

93. Der einzelne Aktionär befindet sich somit am Ende einer langen Kette von Entscheidungsträgern, deren Verhalten er nur bedingt beeinflussen kann. Erst recht kann er nicht voraussehen, ob einer der Mitarbeiter des Fernsehsenders, sei es vorsätzlich oder nur fahrlässig, gegen die Vorschriften und die Standesregeln, die für den Betrieb solcher Sender gelten, verstoßen wird. Diese Erwägungen zeigen, dass der Einfluss, den ein Aktionär *innerhalb einer Gesellschaft* hat, wenig aussagt über seinen tatsächlichen Einfluss *auf die inneren Vorgänge eines Fernsehsenders*. Das vorlegende Gericht müsste gegebenenfalls prüfen, ob die Einflussmöglichkeit des einzelnen Aktionärs, die die streitgegenständliche nationale Regelung als

89 — Vgl. Mustaki, G./Engammare, V., a. a. O. (Fn. 8), S. 189. Wie Schmidt, K., *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2002, S. 837, zutreffend erklärt, ist die Hauptversammlung der „Sitz der Aktionärsdemokratie", in der die Aktionäre ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft ausüben.

90 — So weist Grundmann, S., a. a. O. (Fn. 13), § 11, Randnr. 394, S. 180, auf die Unterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten bei Organbestellung und -abberufung hin. Verschieden sei zunächst die Kompetenz, die Mitglieder des Leitungsorgans zu bestellen, schon deswegen, weil teils ein eingliedriges, teils ein zweigliedriges Leitungsorgan gewählt werde. Dessen ungeachtet sei nicht einmal im ersten Fall die Kompetenz der Hauptversammlung zur Bestellung und Abberufung der Organmitglieder in allen Mitgliedstaaten abgesichert. Im zweiten Fall sei die Hauptversammlung gar typischerweise nur für die Bestellung des Aufsichtsorgans zuständig, der Einfluss also nur mittelbar.

91 — Vgl. Grundmann, S., a. a. O. (Fn. 13), § 11, Randnr. 394, S. 180.

selbstverständlich betrachtet, in Wirklichkeit doch nicht eine rein theoretische ist.

94. Andererseits könnte der einzelne Aktionär, wie die griechische Regierung zutreffend anmerkt, seine Mitwirkungsrechte zu dem Zweck ausüben, klare Leitlinien bezüglich der Programmgestaltung durchzusetzen. Zu denken wäre dabei an die Ausarbeitung eines Verhaltenskodex für Mitarbeiter des Fernsehsenders, der sie zur Achtung von bestimmten Rechtsgütern mit Verfassungsrang wie den Schutz des individuellen Persönlichkeitsrechts sowie des Familien- und Privatlebens verpflichten würde. Vom Leitungsorgan zu verlangen, dass der gesellschaftseigene Fernsehsender samt seinen Mitarbeitern bestimmte ethische Vorgaben einhält, könnte jedenfalls das Risiko von Verstößen reduzieren.

95. Dies würde wohl ein konzertiertes Handeln mehrerer Aktionäre voraussetzen, zumal die Hauptversammlung darüber beschließen müsste. Das Recht, die Hauptversammlung einzuberufen und die Aufstellung der Tagesordnung zu beantragen, hängt nach den Gesellschaftsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten aber üblicherweise davon ab, dass der Anteil der interessierten Aktionäre am gezeichneten Kapital der Gesellschaft einen bestimmten Prozentsatz erreicht. Gemäß Art. 55 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2157/2001 beträgt dieser Anteil im Fall der Europäischen Aktiengesellschaft mindestens 10 %. Aber auch wenn diese Schwelle überschritten würde, wäre es zweifelhaft, ob eine entsprechende vorbeugende Maßnahme in der Lage wäre, Verstöße seitens einzelner Mitarbeiter des Fernsehsenders gänzlich auszuschließen.

96. Bei der Prüfung der Geeignetheit einer Maßnahme kommt es jedoch darauf an, ob die Maßnahme unter Kausalitäts- und Wahrscheinlichkeitsaspekten den Geschehensablauf in die vom Mitgliedstaat beabsichtigte Richtung lenken kann, wobei den Mitgliedstaaten ein gewisser Prognosespielraum einzuräumen ist. Eine mitgliedstaatliche Maßnahme wäre deshalb erst dann als ungeeignet einzustufen, wenn sie keine Auswirkungen auf das angestrebte Ziel hätte [92]. Meines Erachtens erweisen sich die gesetzgeberischen Erwägungen, auf denen die streitgegenständliche nationale Regelung beruht, als eher theoretischer Natur. Die Androhung einer Geldbuße könnte zwar die Aktionäre dazu bewegen, vorbeugende Maßnahmen zu ergreifen, um Verstöße zu verhindern. Sie vermag solche Verstöße jedoch nicht völlig auszuschließen. Die Geeignetheit einer solchen Regelung, dem Schutz des individuellen Persönlichkeitsrechts sowie des Familien- und Privatlebens zu dienen, ist aber insoweit zu bejahen, als sie den Schutz dieser Rechtsgüter jedenfalls fördert.

92 — In diesem Sinne Schroeder, W., *EUV/EGV — Kommentar* (hrsg. von Rudolf Streinz), Art. 30 EG, Art. 52, S. 476.

Erforderlichkeit

97. Weiter setzt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Wahl der am wenigsten belastenden Maßnahme voraus, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen [93].

98. Als alternative Maßnahme zur Verhängung einer Geldbuße käme im Mediensektor, wie die griechische Regierung im Rahmen der mündlichen Verhandlung zutreffend erklärt hat, eine Entziehung der Lizenz zum Betrieb des Fernsehsenders seitens der zuständigen Medienaufsicht in Betracht. Allerdings stellt die Entziehung einer Fernsehlizenz die schwerwiegendste Sanktion im Mediensektor dar [94], zumal damit ein Verbot des Fernsehbetriebs verbunden ist [95]. Im Verhältnis dazu stellt eine einmalige Geldbuße im Fall eines eventuellen Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften und Standesregeln eindeutig die weniger belastende Maßnahme dar.

99. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob auch innerhalb dieser Art von Sanktion eine weniger belastende Regelung vorstellbar wäre.

100. Die Androhung von Geldbußen allein gegen eine Aktiengesellschaft — ohne Durchbrechung der Haftungsbeschränkung — wäre im Prinzip ebenfalls geeignet, diese zur Achtung der Vorschriften und der Standesregeln, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten, anzuhalten. Es ist aber fraglich, ob sie dieselbe abschreckende Wirkung erzeugen würde, zumal damit lediglich eine finanzielle Einbuße der Gesellschaft verbunden wäre. Je nach finanzieller Lage der Gesellschaft könnte sie eine solche Einbuße verkraften, ohne ihr Verhalten wesentlich ändern zu müssen. Die Wirkung einer solchen Sanktion wäre nicht mit Sicherheit einzuschätzen. Dies ist im Fall einer gesamtschuldnerischen Haftung

93 — Vgl. u. a. Urteile vom 18. November 1987, Maizena u. a. (137/85, Slg. 1987, 4587, Randnr. 15), vom 7. Dezember 1993, ADM Ölmühlen (C-339/92, Slg. 1993, I-6473, Randnr. 15), vom 11. Juli 2002, Käserei Champignon Hofmeister (C-210/00, Slg. 2002, I-6453, Randnr. 59), vom 7. September 2006, Spanien/Rat (C-310/04, Slg. 2006, I-7285, Randnr. 97), und vom 12. Dezember 2006, Deutschland/Parlament und Rat (C-380/03, Slg. 2006, I-11573, Randnr. 144).

94 — Die Mediengesetze sind in jedem Staat verschieden. Gleichwohl weisen sie unübersehbare Gemeinsamkeiten auf. Der Entzug einer Sendegenehmigung wird als schärfste Sanktion in der Regel erst im Wiederholungsfall angeordnet werden. Bei einem ersten Verstoß wird er zunächst einmal angedroht. Neben dem Widerruf der Genehmigung kommt auch eine vorübergehende Aussetzung der Erlaubnis oder die Erteilung nachträglicher Auflagen in Betracht. Einige Mediengesetze räumen den Medienanstalten, die die Aufsicht über den privaten Rundfunk ausüben, die Möglichkeit ein, Bußgelder zu verhängen (vgl. Kühn, F., *Rundfunkrecht in Indien und Deutschland*, Berlin 2006, S. 208; Bayer, J./Ricke, T., „Die Medienaufsicht in Ungarn", *Medien und Recht International*, 2009, S. 32f.; Kieserling, H., *Das Fernsehrecht Spaniens*, Frankfurt am Main 2002, S. 159; Ruhle, E.-O./Freund, N./Kronegger, D./Schwarz, M., *Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht*, Wien 2004, S. 268).

95 — Dies hat wiederum menschenrechtliche Implikationen, allen voran solche hinsichtlich der Achtung der Medienfreiheit. Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK gibt den Konventionsstaaten zwar die Möglichkeit, eine Genehmigung (Lizenz) vorzusehen, um so z.B. den Rundfunk und das Fernsehen auf ihrem Gebiet zu kontrollieren. Genehmigungen und andere Einschränkungen müssen sich aber an den Anforderungen von Abs. 2 messen lassen. Diese Bestimmung besagt, dass die Medienvielfalt bestimmten, vom Gesetz vorgesehenen Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden kann, wie sie im Gesetz vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des Schutzes des guten Rufes oder der Rechte anderer, um die Verbreitung von vertraulichen Nachrichten zu verhindern oder das Ansehen und die Unparteilichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten, unentbehrlich sind.

der Gesellschafter, bei dem jeder Einzelne allein mit seinem gesamten Vermögen haftet, deutlich anders. Hier wäre der Gesellschafter eher geneigt, etwas zu unternehmen, um der Haftung zu entgehen. Insofern können beide Ansätze nicht als gleich wirksam angesehen werden.

101. Zu denken wäre vielmehr an einen differenzierten Ansatz, der den Umständen des Einzelfalls möglichst Rechnung tragen würde. Danach könnte beispielsweise nur die Haftung derjenigen Aktionäre vorgesehen werden, denen ein konkreter Verstoß zugerechnet werden kann. Angesichts der Tatsache, dass eine Geldbuße als Sanktion einzuordnen ist, verlangt diese notwendigerweise ein zurechenbares rechtswidriges Verhalten des Betroffenen. Verhindert würde durch eine entsprechende Änderung, dass Aktionäre bestraft würden, die unter Umständen zwar willens, jedoch nicht in der Lage sind, allein oder im Rahmen einer gemeinsamen Initiative Maßnahmen zur Unterbindung des Verstoßes durchzusetzen. Die heute geltende Regelung erfasst nämlich aufgrund ihres weiten Anwendungsbereichs gerade auch diese Aktionäre. Ein differenzierterer Ansatz würde nicht nur die Niederlassungsfreiheit weniger einschränken, sondern dieselbe Wirkung wie die zurzeit geltende erzielen. Die genaue Ausgestaltung dieser Regelung fällt in die Kompetenz des nationalen Gesetzgebers.

102. Mithin ist die streitgegenständliche nationale Regelung als nicht erforderlich zur Erreichung des angestrebten Ziels anzusehen.

Angemessenheit

103. Schließlich müssen die auferlegten Belastungen ihrerseits in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen [96].

104. Im Zusammenhang mit dem Schutz von Rechtsgütern von Verfassungsrang wie dem individuellen Persönlichkeitsrecht sowie dem Familien- und Privatleben empfiehlt es sich meines Erachtens zwar, dem einzelstaatlichen Gesetzgeber einen gewissen Ausgestaltungsspielraum einzuräumen [97]. Dennoch kann dieser Ausgestaltungsspielraum nicht so weit gehen, dass Aktionäre für Verstöße haftbar gemacht werden, die ihnen nicht zuzurechnen sind. Hinzu kommt, dass solche Verstöße wegen der besonderen Strukturen innerhalb einer Gesellschaft und eines Fernsehsenders nicht völlig auszuschließen sind. In diesem Fall wird somit die Niederlassungsfreiheit stärker eingeschränkt als für den Schutz der oben genannten Rechtsgüter unbedingt erforderlich.

105. Sofern man unterstellen darf, dass die streitgegenständliche nationale Regelung im Grunde bezweckt, die Aktionäre zum Erlass vorbeugender Maßnahmen zu bewegen, wäre es sinnvoller, allein jene Aktionäre haften zu

96 — Vgl. u. a. Urteile Maizena u. a. (oben in Fn. 93 angeführt, Randnr. 15), ADM Ölmühlen (oben in Fn. 93 angeführt, Randnr. 15), Käserei Champignon Hofmeister (oben in Fn. 93 angeführt, Randnr. 59), Spanien/Rat (oben in Fn. 93 angeführt, Randnr. 97) sowie Deutschland/Parlament und Rat (oben in Fn. 93 angeführt, Randnr. 144).

97 — Der Gerichtshof hat den Mitgliedstaaten Ermessen bei der Wahl der geeigneten Maßnahmen zur Unterbindung von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten mit der Begründung zuerkannt, dass diese für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung allein zuständig bleiben (vgl. Urteil vom 9. Dezember 1997, Kommission/Frankreich, C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Randnr. 33).

lassen, die nicht nur einen sicheren Einfluss auf die Gesellschaft haben, sondern auf das Leitungsorgan derselben und damit mittelbar auf die Entscheidungsträger des Fernsehsenders selbst. Dies ist bei einem Anteil von lediglich 2,5 % am Gesellschaftskapital zu bezweifeln. Wie oben ausgeführt, ist es bereits fraglich, ob ein einzelner Gesellschafter allein imstande ist, Maßnahmen durchzusetzen, um Verstöße gegen die Gesetze und Standesregeln zu unterbinden, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten.

106. Demnach stehen die auferlegten Belastungen für die Aktionäre nicht in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen.

107. Nach alledem komme ich zu dem Ergebnis, dass die streitgegenständliche nationale Regelung nicht als verhältnismäßig anzusehen ist. Sie beruht auf einer Abwägung zwischen der Niederlassungsfreiheit als Grundfreiheit und dem Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, die nicht dem Gemeinschaftsrecht entspricht.

iv) Zwischenergebnis

108. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Art. 43 EG und 48 EG einer nationalen Regelung wie derjenigen des Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/1995 entgegenstehen.

c) Kapitalverkehrsfreiheit

i) Anwendbarkeit von Art. 56 EG

109. Im Folgenden braucht auf die Frage der Vereinbarkeit mit den Vertragsbestimmungen über den freien Kapitalverkehr nur insoweit eingegangen zu werden, als die streitgegenständliche nationale Vorschrift im Hinblick auf diese Vertragsbestimmungen eine eigenständige Beschränkung enthalten kann und die Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht einschlägig sind [98].

110. In Anbetracht meiner Ausführungen in den Nrn. 63 bis 66 dieser Schlussanträge zum Anwendungsbereich der Art. 43 EG und 48 EG erweist sich eine Untersuchung anhand von Art. 56 EG nur im Hinblick auf jene Gesellschafter als notwendig, die zwar einen Anteil von über 2,5 % am Gesellschaftskapital besitzen, aber dennoch nicht über eine Beteiligung verfügen, die es ihnen ermöglichen würde, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen [99].

98 — Vgl. Urteil X und Y (oben in Fn. 45 angeführt, Randnr. 66).

99 — Vgl. Urteile X und Y (oben in Fn. 45 angeführt, Randnr. 68) und Kommission/Spanien (oben in Fn. 45 angeführt, Randnrn. 35 bis 39).

ii) Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit

111. Nach ständiger Rechtsprechung [100] verbietet Art. 56 Abs. 1 EG ganz allgemein Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten.

— Art. 56 EG als umfassendes Beschränkungsverbot

112. In Ermangelung einer Definition des Begriffs „Kapitalverkehr“ im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG im EG-Vertrag hat der Gerichtshof schon zuvor der Nomenklatur im Anhang der Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages (dieser Artikel ist durch den Vertrag von Amsterdam aufgehoben worden) [101] Hinweischarakter zuerkannt. „Kapitalbewegungen“ im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG sind danach insbesondere Direktinvestitionen in Form der Beteiligung an einem Unternehmen durch Besitz von Aktien, die die Möglichkeit verschafft, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft und deren Kontrolle zu beteiligen (sogenannte Direktinvestitionen), sowie der Erwerb von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt allein in der Absicht einer Geldanlage, ohne auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens Einfluss nehmen zu wollen (sogenannte Portfolioinvestitionen) [102].

113. Zu diesen beiden Investitionsformen hat der Gerichtshof festgestellt, dass nationale Regelungen als „Beschränkungen“ im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG anzusehen sind, wenn sie geeignet sind, den Erwerb von Aktien der betreffenden Unternehmen zu verhindern oder zu beschränken oder aber Investoren anderer Mitgliedstaaten davon abzuschrecken, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren [103].

100 — Vgl. u. a. Urteile Kommission/Deutschland (oben in Fn. 45 angeführt, Randnr. 17), vom 28. September 2006, Kommission/Niederlande (C-282/04 und C-283/04, Slg. 2006, I-9141, Randnr. 18), Kommission/Vereinigtes Königreich (oben in Fn. 66 angeführt, Randnrn. 38 und 43), vom 4. Juni 2002, Kommission/Frankreich (C-483/99, Slg. 2002, I-4781, Randnrn. 35 und 40). Gleiches müsste übrigens für Art. 40 EWR-Abkommen gelten, dem Art. 56 EG inhaltlich entspricht. Wie der EFTA-Gerichtshof im Urteil vom 23. November 2004, Fokus Bank (E-1/04, ECR, 2004, 11, Randnrn. 22 und 23), unter Verweis auf das Urteil des Gerichtshofs vom 23. September 2003, Ospelt und Schlössle Weissenberg (C-452/01, Slg. 2003, I-9743, Randnr. 28) und die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs vom 10. April 2003 (Nrn. 72 und 73) in derselben Rechtssache festgestellt hat, sind die Bestimmungen zur Kapitalverkehrsfreiheit im EG-Vertrag und im EWR-Übereinkommen im Wesentlichen identisch.

101 — ABl. L 178, S. 5.

102 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 16. März 1999, Trummer und Mayer (C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Randnr. 21), Kommission/Frankreich (oben in Fn. 100 angeführt, Randnrn. 36 und 37), Kommission/Vereinigtes Königreich (oben in Fn. 66 angeführt, Randnrn. 39 und 40) sowie Kommission/Niederlande (oben in Fn. 100 angeführt, Randnr. 19).

103 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. Juni 2002, Kommission/Portugal (C-367/98, Slg. 2002, I-4731, Randnr. 45), Kommission/Frankreich (oben in Fn. 100 angeführt, Randnrn. 41), vom 2. Juni 2005, Kommission/Italien (C-174/04, Slg. 2005, I-4933, Randnrn. 30 und 31), vom 19. Januar 2006, Bouanich (C-265/04, Slg. 2006, I-923, Randnrn. 34 und 35), Kommission/Niederlande (oben in Fn. 100 angeführt, Randnr. 20) sowie Kommission/Deutschland (oben in Fn. 45 angeführt, Randnr. 19).

114. Wie bereits dargelegt [104], kann das Risiko einer persönlichen Mithaftung der Gesellschafter auf potenzielle Investoren abschreckend wirken, zumal mit der Beteiligung an einem solchen Unternehmen ein zusätzliches finanzielles Risiko, verbunden ist, das über das gewöhnliche geschäftliche Risiko hinausgeht. In diesem Zusammenhang ist erneut auf die Feststellungen des vorlegenden Gerichts zu verweisen, wonach eine Ausweitung der Haftung auf die Gesellschafter den Kauf von Aktien solcher Gesellschaften, wie im Fall der Klägerin des Ausgangsverfahrens, auch unattraktiv macht.

115. Nach dieser vom Gerichtshof bisher vertretenen weiten Definition müsste das Vorliegen einer Beschränkung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG im vorliegenden Fall bejaht werden.

— Möglichkeit einer teleologischen Eingrenzung des Beschränkungsverbots

116. Wie im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit hat der Gerichtshof in seiner bisherigen Rechtsprechung die Möglichkeit einer teleologischen Eingrenzung des Beschränkungsverbots auch für die Kapitalverkehrsfreiheit angedeutet [105]. Im Hinblick auf eine weitestgehende Konvergenz der Grundfreiheiten wäre es daher durchaus denkbar, eine teleologische Eingrenzung des Beschränkungsverbots auch im Bereich der Kapitalverkehrsfreiheit vorzunehmen und entsprechend danach zu unterscheiden, ob die betreffende nationale Regelung „spezifische Zugangshindernisse“ errichtet oder lediglich „Standortbedingungen“ bestimmt. Eine unterschiedliche Auslegung beider Grundfreiheiten würde zwangsläufig zu einem Wertungswiderspruch bei der Behandlung von Groß- und Kleinaktionären führen, denn während Großaktionären die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit verwehrt würde, würden Kleinaktionäre gegen die streitgegenständliche nationale Regelung mit der Begründung vorgehen dürfen, es liege eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit vor. Wenn Großaktionäre aus den Grundfreiheiten keinen Anspruch auf Angleichung der Standortbedingungen [106] herleiten dürfen, sollte dies Kleinaktionären erst recht nicht möglich sein. Für eine unterschiedliche Behandlung gibt es zudem keinen Grund, da beide Kategorien von Aktionären sich in genau derselben Situation befinden.

117. Was die streitgegenständliche nationale Regelung selbst angeht, ist festzustellen, dass sie an und für sich betrachtet nicht die Möglichkeit von Aktionären einschränkt, sich an der Gesellschaft zu beteiligen, um dauerhafte

104 — Siehe Nr. 68 dieser Schlussanträge.

105 — Siehe Fn. 66 dieser Schlussanträge.

106 — In Nr. 74 dieser Schlussanträge habe ich im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit erklärt, dass diese Grundfreiheit nicht Instrument der Wirtschaftsteilnehmer sein soll, ihre Standortbedingungen gegenüber den nationalen Wettbewerbern zu modifizieren. Dies muss auch für die Kapitalverkehrsfreiheit gelten.

und direkte Wirtschaftsbeziehungen mit ihr zu schaffen oder aufrechtzuerhalten, die es ihnen ermöglichen, sich effektiv an ihrer Verwaltung oder ihrer Kontrolle zu beteiligen. Dem Zufluss von Direktinvestitionen werden nämlich weder rechtliche noch faktische Hindernisse in den Weg gestellt. Sie regelt auch nicht spezifisch die Art und die Modalitäten von Investitionen in Gesellschaften auf dem Gebiet des griechischen Mediensektors. Vielmehr ist die streitgegenständliche nationale Regelung entsprechend meinen vorstehenden Ausführungen [107] eher der Kategorie der „Standortbedingungen" zuzuordnen, die, sofern man einer eingrenzenden teleologischen Auslegung zustimmt, nicht als Beschränkung im Sinne des Art. 56 Abs. 1 EG aufzufassen wären.

118. Wie ich bereits dargelegt habe [108], gibt es bisher allerdings, von Einzelfällen abgesehen, keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gerichtshof bereit wäre, seine bisherige weite Auslegung des Begriffs der Beschränkung aufzugeben. Deswegen beruhen die nachfolgenden Erwägungen auf dem Konzept eines umfassenden Beschränkungsverbots.

119. Somit liegt eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit vor. Des Weiteren ist zu prüfen, ob diese gerechtfertigt werden kann und ob sie einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält.

iii) Rechtfertigung

— Schutz von Grundrechten als berechtigtes Interesse

120. Sofern die streitgegenständliche nationale Regelung den Schutz des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens bezweckt, verfolgt sie ein von der Unionsrechtsordnung anerkanntes und damit legitimes Ziel, das grundsätzlich eine Beschränkung rechtfertigen kann [109].

— Verhältnismäßigkeitsprüfung

121. Sofern nach dieser Regelung auch jene Gesellschafter haften, die keinen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft ausüben, erweist sich die folgende Regelung als wohl ungeeignet zum Schutz der oben genannten Rechtsgüter, zumal diese Kategorie von Gesellschaftern wenig unternehmen kann, um Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften und die Standesregeln, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten, zu unterbinden.

107 — Siehe Nr. 76 dieser Schlussanträge.

108 — Siehe Nr. 78 dieser Schlussanträge.

109 — Siehe Nr. 85 dieser Schlussanträge.

122. Vor dem Hintergrund, dass weniger einschneidende Maßnahmen denkbar sind, die denselben Erfolg versprechen, allen voran eine Haftung jener Gesellschafter, die tatsächlich Einfluss auf das Leitungsorgan der Gesellschaft bzw. die Entscheidungsstrukturen des Fernsehsenders haben oder denen ein Verstoß tatsächlich zugerechnet werden kann, ist eine Haftung der hier relevanten Gruppe von Gesellschaftern ebenfalls als nicht erforderlich anzusehen.

123. Die Bedenken, die im Zusammenhang mit einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit geäußert wurden, gelten erst recht für die Kapitalverkehrsfreiheit. Eine Einschränkung dieser Grundfreiheit, ohne dass sie für den Schutz des Grundrechts förderlich wäre, entspricht nicht der Anforderung der Angemessenheit. Durch die Kapitalverkehrsfreiheit geschützt sind nämlich allein jene Gesellschafter, die nicht in der Lage sind, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen. Der Umstand, dass ihnen eine Geldbuße dennoch auferlegt werden darf, erweist sich als eine unangemessene Beschränkung dieser Grundfreiheit.

124. Mithin ist die streitgegenständliche nationale Regelung insgesamt als nicht verhältnismäßig anzusehen. Sie beruht auf einer Abwägung zwischen der Kapitalverkehrsfreiheit als Grundfreiheit und dem Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, die nicht dem Gemeinschaftsrecht entspricht.

iv) Zwischenergebnis

125. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass Art. 56 Abs. 1 EG einer nationalen Regelung wie derjenigen des Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/1995 entgegensteht.

VII — Ergebnis

126. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des Symvoulio tis Epikrateias wie folgt zu antworten:

„1. Die Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, steht einer nationalen Regelung wie derjenigen des Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes 2328/1995 nicht entgegen, wonach die in den vorangehenden Absätzen dieses Artikels vorgesehenen Geldbußen für Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften und die Standesregeln, die für den Betrieb von Fernsehsendern gelten, gemeinschaftlich und gesamtschuldnerisch nicht nur gegen die Gesellschaft, die Inhaberin der Erlaubnis für die Errichtung und den Betrieb des Fernsehsenders ist, sondern auch gegen alle Aktionäre verhängt werden, die einen Anteil an den Aktien besitzen, der über 2,5 % liegt.

2. Hingegen stehen die Art. 43 EG, 48 EG und Art. 56 EG einer nationalen Regelung wie der unter Punkt 1 beschriebenen entgegen."