SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MARCO DARMON vom 10. Juni 1986 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Der niederländische Staatsangehörige Segers leitete seit 1980 ein Handelsunternehmen, die „Free Promotion International", mit Sitz in den Niederlanden. In der Absicht, deren Tätigkeit insbesondere auf Maklergeschäfte auf dem Finanzmarkt zu erweitern, beschloß er, das Unternehmen in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umzuwandeln. Da er die in den Niederlanden bestehenden gesetzlichen Fristen für diese Umwandlung für zu lang und die Bezeichnung „Ltd" für attraktiver als ihr niederländisches Pendant „BV" hielt, ging er wie folgt vor:

— Gründung einer „private company limited by shares" unter der Bezeichnung „Slenderose Ltd" im Vereinigten Königreich,

— Umwandlung des niederländischen Unternehmens in eine Zweigniederlassung der britischen Gesellschaft unter der Bezeichnung „Free Promotion International Company Ltd", die in Wirklichkeit alle Tätigkeiten der Firma Slenderose ausübt.

Um Leistungen bei Krankheit nach dem niederländischen Krankenversicherungsgesetz (Ziektewet) zu erhalten, wandte sich Herr Segers nach diesen Vorgängen an den hierfür zuständigen Träger, die niederländische Berufsvereinigung für das Bank- und Versicherungswesen, Großhandel und freie Berufe (im folgenden: die Berufsvereinigung). Diese lehnte seinen Antrag mit der Begründung ab, er könne nicht als Arbeitnehmer seines Unternehmens angesehen werden, da seinem Arbeitsverhältnis das Merkmal der Abhängigkeit fehle. Nachdem er vor dem erstinstanzlichen Gericht auch nicht mehr Erfolg hatte, legte Herr Segers Berufung beim Centrale Raad van Beroep ein, in dessen Vorlagebeschluß die Ihnen unterbreitete Auslegungsfrage erläutert wird.

2. Unter die Ziektewet fallen alle Personen, die die Arbeitnehmereigenschaft haben; diese wird gerade durch das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses gegenüber dem Arbeitgeber definiert. Wie das niederländische Gericht ausführt, kann diese Qualifizierung dem Geschäftsführer einer Gesellschaft, der die Hälfte der Geschäftsanteile seines Unternehmens besitzt, während die andere Hälfte seiner Ehefrau gehört, grundsätzlich nicht zugebilligt werden. Der Centrale Raad van Beroep hat jedoch im Hinblick auf den Willen des Gesetzgebers, die Sozial- und Steuerbestimmungen zu koordinieren, seine frühere Rechtsprechung geändert. Mit zwei Urteilen vom 10. Dezember 1968 hat er den Geschäftsführer einer Gesellschaft, der 50 % oder mehr der Geschäftsanteile besaß, einem Arbeitnehmer gleichgestellt.

Die Berufsvereinigung will hingegen diese Gleichstellung nur für Geschäftsführer/Mehrheitsgesellschafter von Gesellschaften gelten lassen, die ihren Sitz in den Niederlanden haben. Nach ihrer Meinung kommt sie deshalb für Herrn Segers als Geschäftsführer einer Gesellschaft mit Sitz in Lon-

* Aus dem Französischen übersetzt.

don, obwohl er Niederländer sei, nicht in Betracht.

Der Centrale Raad van Beroep legt Ihnen deshalb die beiden folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vor:

„1) Folgt aus dem Grundsatz der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der EWG — insbesondere nach Artikel 52 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 58 und nach Artikel 60 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 66 EWG-Vertrag —, daß das niederländische Gericht bei der Beurteilung der Versicherungspflicht aufgrund eines niederländischen Sozialversicherungsgesetzes nicht zwischen dem Geschäftsführer/Hauptgesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach niederländischem Recht und dem einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterscheiden darf, auch wenn die ausländische Gesellschaft offenkundig nicht in dem betreffenden anderen Mitgliedstaat, sondern ausschließlich in den Niederlanden tatsächliche Geschäftstätigkeiten entfaltet?

2) Verneinendenfalls: Ist diese Unterscheidung dann nach dem Recht der sozialen Sicherheit der EWG (insbesondere nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71) oder aber nach irgendeiner anderen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts unzulässig?"

3. Um den Gegenstand Ihrer Auslegung abzugrenzen und um dem niederländischen Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben, sind vorab die beiden folgenden Bemerkungen zu machen.

Erstens ist darauf hinzuweisen, daß die fragliche unterschiedliche Behandlung nicht auf der Staatsangehörigkeit des Betroffenen beruht. Für die Gewährung von Leistungen des Sozialversicherungssystems entscheidend ist die Lokalisierung — in den Niederlanden und nicht in einem anderen Mitgliedstaat — des Sitzes der Muttergesellschaft.

Lassen Sie mich zweitens klarstellen, daß Herr Segers, der Geschäftsführer der Firma Slenderose Ltd, in den Niederlanden ansässig ist, wo er auch deren Zweigniederlassung leitet, die, wie bereits erwähnt, die gesamte Tätigkeit der Firma auf sich vereinigt. Er fällt deshalb nicht unter Artikel 59 EWG-Vertrag, der die Dienstleistungsfreiheit garantiert. Erinnern wir uns nämlich daran, daß diese Bestimmung nach Ihrer ständigen Rechtsprechung

„das Gebot der Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Leistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder des Umstands [umfaßt], daß er in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll" (Urteil in den verbundenen Rechtssachen 62 und 63/81, Seco, Slg. 1982, 223, Randnr. 8 der Entscheidungsgründe).

Letztlich beruht die Ungleichbehandlung, die nach Ansicht der Berufsvereinigung im Falle des Herrn Segers vorzunehmen ist, weder auf der Staatsangehörigkeit noch auf dem Wohnort des Betroffenen, sondern darauf, daß die von ihm geleitete Muttergesellschaft ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Somit ist in den Artikeln 52 bis 58 EWG-Vertrag über die Niederlassungsfreiheit die Antwort darauf zu suchen, ob dem Angehörigen eines Mitgliedstaats Leistungen nach den nationalen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit allein aus diesem Grund vorenthalten werden können.

Über diese Frage hinaus wird im Vorlagebeschluß und in den Ihnen unterbreiteten Erklärungen aufgrund der Feststellung, daß die niederländische Zweigniederlassung der Firma Slenderose tatsächlich die gesamte Tätigkeit dieser Firma ausübt, angeregt,

auch zu prüfen, ob eine derartige Differenzierung in dem Bestreben, jeden Versuch einer Gesetzesumgehung zu verhindern, ihre Rechtfertigung finden kann.

Lassen Sie mich diese beiden Aspekte des so umrissenen Auslegungsproblems nacheinander prüfen.

4. Nach Artikel 52 Absatz 2 EWG-Vertrag

„umfaßt die Niederlassungsfreiheit ... die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen".

Artikel 52 Absatz 1 erstreckt die Aufhebung der Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats auf

„Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind".

Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit Artikel 58 EWG-Vertrag zu lesen, wonach

„für die Anwendung dieses Kapitels ... 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[stehen], die Angehörige der Mitgliedstaaten sind".

Der fundamentale Grundsatz der Inländerbehandlung, der so durch Artikel 52 seit dem Ablauf der Übergangszeit und unabhängig von den in den Artikeln 54 und 57 zu seiner Durchführung vorgesehenen Richtlinien (Urteil in der Rechtssache 2/74, Reyners, Slg. 1974, 631, Randnrn. 24 bis 30 der Entscheidungsgründe) garantiert ist, gilt somit nicht nur für natürliche Personen, sondern auch für Gesellschaften, sofern sie die in Artikel 58 Absatz 1 genannten beiden kumulativen Voraussetzungen in bezug auf ihre Rechtmäßigkeit und auf das Vorhandensein eines Anknüpfungspunktes in einem der Mitgliedstaaten erfüllen.

Die Niederlassungsfreiheit umfaßt also einmal das Recht für jeden Angehörigen eines Mitgliedstaats, in einem anderen Mitgliedstaat nach dessen Bestimmungen für seine eigenen Angehörigen eine Gesellschaft — wenn auch nur als Nebenstelle — zu gründen (Artikel 52 Absatz 2), und zum anderen das Recht für jede Gesellschaft, ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat über eine Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft auszuüben (Artikel 52 Absatz 1).

Zu diesem letztgenannten Punkt hat Ihr Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 270/83 (Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 273), das die Weigerung Frankreichs betrifft, den französischen Zweigniederlassungen und Agenturen von Versicherungsgesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat ein Steuerguthaben zu gewähren, die Tragweite der Gleichstellung der Gesellschaften mit natürlichen Personen gemäß Artikel 58 EWG-Vertrag wie folgt klargestellt:

„In bezug auf die Gesellschaften ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, daß ihr Sitz im genannten Sinn, ebenso wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen, dazu dient, ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines Staates zu bestimmen."

Daraus haben Sie gefolgert:

„Würde man also zulassen, daß der Mitgliedstaat der Niederlassung nach seinem Belieben eine ungleiche Behandlung allein deshalb vornehmen kann, weil der Sitz einer

Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat liegt, so würde diese Vorschrift ausgehöhlt" (Rechtssache 270/83, a. a. O., Randnr. 18 der Entscheidungsgründe).

Wie ich bereits ausgeführt habe, wurde die an Herrn Segers gerichtete ablehnende Verfügung nun aber gerade ausschließlich damit begründet, daß er eine Gesellschaft leite, deren satzungsgemäßer Sitz London sei. Unter diesem Gesichtspunkt ist sie deshalb als diskriminierend zu bezeichnen.

Dies ist aber noch nicht alles. Dieser ersten grundsätzlichen Feststellung ist eine weitere hinzuzufügen, die sich aus dem Sachverhalt des vorliegenden Falles ergibt. Eine derartige soziale Ungleichbehandlung birgt nämlich die Gefahr in sich, bereits in den Niederlanden niedergelassene Staatsangehörige gleich welcher Nationalität fortan davon abzuschrecken, eine Gesellschaft im Ausland zu gründen oder Mehrheitsgesellschafter einer solchen Gesellschaft zu werden. Auf diese Weise würde letztlich das durch Artikel 52 Absatz 2 EWG-Vertrag verbürgte Recht der natürlichen Personen auf Gründung und Leitung von Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat ausgehöhlt.

So gesehen, stellt sich die Unterscheidung in sozialer Hinsicht, die die Berufsvereinigung vornehmen will, als ein Hindernis für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit der in den Niederlanden wohnhaften Gemeinschaftsangehörigen dar, da sie den von ihnen geleiteten Gesellschaften die Vergünstigung der Inländerbehandlung entzieht, die jenen Gesellschaften, deren Geschäftsführung den Sitz im Hoheitsgebiet der Niederlande belassen hat, gewährt wird.

5. Keines der von der Berufsvereinigung gegen eine Anwendung der Artikel 52 und 58 vorgebrachten Argumente kann meines Erachtens gelten gelassen werden.

Erstens stellt zwar Artikel 58 EWG-Vertrag die ausländischen Gesellschaften den inländischen nicht ausdrücklich gleich; daraus läßt sich jedoch nicht schließen, daß diese Bestimmung im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Indem Artikel 58 die Anwendung des Artikels 52 EWG-Vertrag auf die Gesellschaften erstreckt, eröffnet er ihnen nämlich denselben Freiraum wie den Einzelpersonen und schreibt den Mitgliedstaaten vor, den Gesellschaften, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft haben, die Inländerbehandlung zu gewähren.

Zweitens kann man die Auffassung der Berufsvereinigung nicht teilen, daß der fragliche Fall, weil er einen niederländischen Staatsbürger betreffe, der in den Niederlanden wohne, wo er in Wirklichkeit seine gesamte Tätigkeit ausübe, eine rein interne Angelegenheit sei. Denn, wie ich bereits mehrfach erwähnt habe, die unterschiedliche Behandlung, die die Berufsvereinigung Herrn Segers angedeihen lassen will, beruht ausschließlich darauf, daß sich der Sitz der Muttergesellschaft im Vereinigten Königreich befindet. Die vorliegende Fallgestaltung liegt somit innerhalb des durch die Artikel 52 und 58 EWG-Vertrag vorgezeichneten gemeinschaftsrechtlichen Rahmens. Es wiegt im übrigen wenig, daß die Zweigniederlassung de facto die gesamte Tätigkeit der britischen Gesellschaft ausübt, denn diese nach den britischen Rechtsvorschriften gegründete Gesellschaft erfüllt einen der drei alternativen Anknüpfungskriterien des Artikels 58, und zwar mit der Bestimmung von London zum satzungsgemäßen Sitz.

Schließlich macht die Berufsvereinigung, um die Rüge der Diskriminierung auszuräumen, geltend, die Angehörigen der Mitgliedstaaten könnten in voller Kenntnis der Sachlage wählen, ob sie eine Gesellschaft in den Niederlanden oder in einem anderen Mitgliedstaat gründen wollten. Dieses Argument läuft in Wirklichkeit auf eine Aushöhlung der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften hinaus, da die ausländischen Gesellschaften nur zum Schein vor die freie Wahl

gestellt und durch die Vorenthaltung eines sozialen Schutzes davon abgeschreckt werden, sich in den Niederlanden niederzulassen. Eine solche Folge stellt sich als eine Beschränkung dar, die gegen Artikel 52 in Verbindung mit Artikel 58 verstößt. Wie die Kommission ausgeführt hat, bringt es der Grundsatz der Inländerbehandlung, wenn er auf Gesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat angewendet wird, für die Mitglieder ihres — leitenden oder nichtleitenden — Personals mit sich, daß die sozialrechtlichen Vorschriften, die für das entsprechende Personal der Gesellschaften mit Sitz im Mitgliedstaat der Niederlassung gelten, auf sie Anwendung finden. Man findet insoweit, um einen Ausdruck des Gerichtshofes zu gebrauchen (siehe z. B. Urteil vom 18. Juni 1985 in der Rechtssache 197/84, Steinhauser, Slg. 1985, 1819, Randnr. 15 der Entscheidungsgründe), einen „nützlichen Anhaltspunkt" in dem „Allgemeinen Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit" vom 18. Dezember 1961 (ABl. vom 15.1.1962, S. 36), wonach zu den die Niederlassungsfreiheit beschränkenden Vorschriften insbesondere diejenigen gehören, die

„das Recht auf Teilnahme an den Einrichtungen der sozialen Sicherheit ... verwehren oder einschränken" (Abschnitt III, A, Buchstabe i).

Es ist deshalb als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu qualifizieren, die seit dem Ende der Übergangszeit nach Artikel 52 in Verbindung mit Artikel 58 EWG-Vertrag verboten ist, wenn es abgelehnt wird, die nationalen Rechtsvorschriften über die Krankenversicherung, die für die Geschäftsführer von Gesellschaften mit Sitz in den Niederlanden gelten, auf die Geschäftsführer einer Gesellschaft anzuwenden, nur aus dem Grund, weil diese ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat; denn dies hat nicht nur zur Folge, daß für die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaften die Möglichkeit eingeschränkt wird, ihre Tätigkeit in den Niederlanden durch eine zu diesem Zweck geschaffene Zweigniederlassung, Agentur oder Tochtergesellschaft auszuüben, sondern auch weil dies die in den Niederlanden niedergelassenen Staatsangehörigen davon abschrecken kann, eine solche Gesellschaft zu gründen oder deren Mehrheitsgesellschafter zu werden.

6. Es bleibt die Möglichkeit der Gesetzesumgehung zu prüfen.

Nach Auffassung der Berufsvereinigung könnte die Umwandlung eines Unternehmens eines Mitgliedstaats in eine Tochtergesellschaft einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaft den Angehörigen des ersten Staats ermöglichen, sich der Anwendung ihrer nationalen Rechtsvorschriften zu entziehen. Im allgemeinen Interesse müsse deshalb, um Mißbräuche dieser Art zu verhindern, das Niederlassungsrecht begrenzt werden.

Zu diesem Vorbringen habe ich folgendes zu bemerken.

Der beschriebene Vorgang wird ermöglicht durch die Kombination des den natürlichen Personen zuerkannten Rechts, eine Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat zu gründen, mit dem Recht der juristischen Personen einschließlich der auf diese Weise geschaffenen Gesellschaften, ihre Tätigkeit durch eine Tochtergesellschaft im Herkunftsland der natürlichen Person auszuüben.

So paradox dieser Fall erscheinen mag, er ist die logische Folge der durch den EWG-Vertrag garantierten Rechte. Im übrigen dient er auch dem Zweck, zu dem die Niederlassungsfreiheit in den EWG-Vertrag aufgenommen worden ist: Begünstigung der Freizügigkeit und damit Verwirklichung eines gemeinsamen Marktes. Nutzt der Angehörige eines Mitgliedstaats die Nachgiebig-

keit des britischen Gesellschaftsrechts aus und macht er sich die Anziehungskraft zunutze, die nach seinem Dafürhalten eine angelsächsisch klingende Bezeichnung auf die Kundschaft hat, dann liegt dies durchaus auf dieser Linie.

Gleichwohl läßt sich, auch wenn die Berufsvereinigung in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, daß der Grund ihrer ablehnenden Entscheidung nicht irgendein Umgehungsversuch des Klägers des Ausgangsverfahrens gewesen sei, nicht ausschließen, daß ein Vorgang wie der von ihm gewählte einem betrügerischen Zweck dienen kann. Doch kann die bloße Möglichkeit eines solchen Risikos keine allgemeine Beschränkung des Niederlassungsrechts der natürlichen und juristischen Personen rechtfertigen. Nicht bestreiten läßt sich allerdings, daß die nationalen Behörden in jedem Einzelfall überprüfen können, ob die betreffenden Gesellschaften, wie Artikel 58 ausdrücklich vorsieht, nach den hierfür geltenden Rechtsvorschriften gegründet worden sind. Auch können sie deren Tätigkeiten im Hinblick auf die Anforderungen der öffentlichen Ordnung kontrollieren. Artikel 56 EWG-Vertrag bestimmt insoweit, daß die Bestimmungen des Vertrags

„die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, [nicht beeinträchtigen]".

Mit diesen Einschränkungen muß der Mitgliedstaat, so berechtigt seine Kontrolle sein mag, auf die Gesellschaften der anderen Mitgliedstaaten dieselben Voraussetzungen in bezug auf die Gründung und Tätigkeit anwenden wie die, die für die „nationalen" Gesellschaften gelten.

Ohne daß somit die zweite Vorlagefrage des Centrale Raad van Beroep zu prüfen wäre, schlage ich Ihnen vor, wie folgt für Recht zu erkennen:

Die Weigerung, den Geschäftsführer einer Gesellschaft in den Genuß eines Systems des sozialen Schutzes kommen zu lassen, nur weil diese Gesellschaft ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, stellt eine gegen die Artikel 52 und 58 EWG-Vertrag verstoßende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.