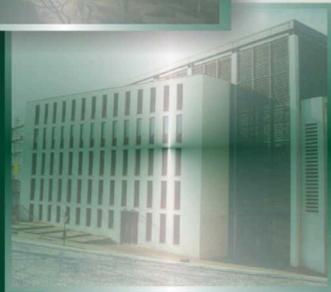




Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg



Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von:
Prof. Dr. Christian Tietje
Prof. Dr. Gerhard Kraft
Prof. Dr. Rolf Sethe

Marko Wohlfahrt
Gläubigerschutz
bei EU-Auslandsgesellschaften

März 2006

Heft 53

Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften

Von

Marko Wohlfahrt

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Dipl.-Kfm. Marko Wohlfahrt ist MBL-Student des Studiengangs Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Christian Tietje/Gerhard Kraft/Rolf Sethe (Hrsg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 53

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISSN 1612-1368

ISBN (10) 3-86010-831-X

ISBN (13) 978-3-86010-831-4

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter den Adressen:

www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de

www.telc.uni-halle.de

Institut für Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht
Juristische Fakultät
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Universitätsplatz 5
D-06099 Halle (Saale)
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180
Fax: 0345-55-27201
E-Mail: ecohal@jura.uni-halle.de

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	5
I. Einführung in das Thema	5
II. Gang der Untersuchung	6
B. Der Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa.....	6
I. Die Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften.....	7
II. Die deutsche Rechtsprechung nach den EuGH-Entscheidungen	7
III. Ausländische Gesellschaften in Deutschland.....	8
1. Ausländische Gesellschaften als Alternativen zur GmbH.....	8
2. Mögliche Risiken bei der Verwendung einer ausländischen Gesellschaft....	9
3. Besteuerung der ausländischen Gesellschaft	10
IV. Gesetzgeberische Entwicklungen in Europa und Deutschland.....	11
C. Möglichkeiten der Erstreckung deutschen Rechts auf europäische Auslandsgesellschaften.....	12
I. Deutsches Internationales Privatrecht	12
1. Ordre Public-Vorbehalt	12
2. Rechtsumgehung.....	13
3. Sonderanknüpfungen.....	14
II. Europarechtlicher Spielraum für die Anwendung deutschen Rechts.....	14
1. Unterscheidung zwischen gesellschaftsrechtlichen und nicht- gesellschaftsrechtlichen Normen	14
2. Missbrauch und Betrug als immanente Schranken der Niederlassungsfreiheit	15
a) Missbrauch	15
b) Betrug	16
3. Rechtfertigungstest des EuGH.....	17
a) Diskriminierungsverbot	17
b) Zwingendes Allgemeininteresse	18
c) Geeignetheit.....	18
d) Erforderlichkeit.....	18
(1) Schutz durch das Informationsmodell.....	19
(2) Schutz durch das ausländische Recht	19
4. Sekundärrecht als Rechtfertigung.....	20
D. Gläubigerschutz bei europäischen Auslandsgesellschaften	21
I. Die Gewährleistung des Gläubigerschutzes in unterschiedlichen Rechtskreisen.....	21
1. Deutsches Recht.....	21
2. Angloamerikanischer Rechtskreis	22

II. Materielle rechtliche Gläubigerschutzinstrumente und deren Anwendung auf europäische Auslandsgesellschaften.....	22
1. Kapitalvorschriften	23
a) Mindestkapitalausstattung (§ 5 GmbHG).....	23
b) Stammkapitalerhaltung (§§ 30, 31 GmbHG)	24
c) Eigenkapitalersatzrecht	24
(1) Anfechtung (§ 135 InsO)	25
(2) Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG analog)	26
(3) Umqualifizierung (§§ 32a, 32b GmbHG)	26
(4) Nachrangigkeit im Insolvenzverfahren (§ 39 InsO)	26
(5) Ergebnis.....	26
2. Durchgriffshaftung auf den Gesellschafter	27
a) Kollisionsrechtliche Einordnung.....	28
b) Anwendbarkeit auf europäische Auslandsgesellschaften.....	29
(1) Missbrauchsausnahme	29
(2) Rechtfertigungstest des EuGH	30
c) Haftung nach § 826 BGB als Lösung?	31
3. Haftung des Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG)	32
a) Die Insolvenzantragspflicht als Vorfrage.....	33
(1) Kollisionsrechtliche Einordnung	33
(2) Anwendbarkeit auf europäische Auslandsgesellschaften	33
b) Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung auf europäische Auslandsgesellschaften.....	34
4. Haftungstatbestände aus dem allgemeinen Verkehrsrecht	35
a) Culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB)	35
b) Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB)	36
c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)	36
d) Anwendbarkeit auf europäische Auslandsgesellschaften.....	37
5. Sicherung des publizitätsbezogenen Gläubigerschutzes.....	38
a) Firmierung als ausländische Gesellschaft und Offenlegung des Gesellschaftsstatuts.....	38
b) Angaben zur Kapitalausstattung auf der Geschäftspost.....	40
c) Sanktion bei Nichteintragung der inländischen Zweigniederlassung.....	41
III. Alternative Gläubigerschutzinstrumente	42
1. Solvenzprüfung	42
2. Europäische Insolvenzverschleppungshaftung.....	44
3. Individualvertraglich ausgehandelter Gläubigerschutz	45
E. Fazit	46
Schrifttum	49

Sagen Sie jetzt dem deutschen unternehmerfeindlichen Gesellschaftsrecht „Tschüss Deutschland“. Nutzen Sie jetzt die garantierte, europäische Niederlassungsfreiheit in Deutschland.¹

A. Einleitung

I. Einführung in das Thema

Werbungen solcher Art sind mittlerweile keine Seltenheit mehr. Insbesondere die englische *Private Company Limited by Shares* (Ltd.) steht dabei im Mittelpunkt. Diese mit der GmbH vergleichbare Rechtsform² kann durch Einlage von 1 GBP gegründet werden. Es werden mit solcher Werbung vornehmlich Gründer angesprochen, die sich eine GmbH-Gründung nicht leisten können oder diese Kapitalisierungspflicht umgehen wollen.³ Möglich wurde diese Entwicklung durch die Rechtsprechung des EuGH, welche die Mitgliedstaaten verpflichtet, wirksam im Ausland gegründete Gesellschaften im Inland auch dann anzuerkennen, wenn diese außer ihrer Rechtsform und ihrer Inkorporation keinen Bezug zum Gründungsstaat besitzen (sog. Briefkasten- oder Scheinauslandsgesellschaften). Maßstab für gesellschaftsrechtliche Fragen soll demnach allein das Recht des Gründungsstaates sein. Der Grundpfeiler des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts – die Anknüpfung der *lex societatis* an den tatsächlichen Sitz einer ausländischen Gesellschaft – musste damit für europäische Auslandsgesellschaften preisgegeben werden.

Dies bleibt nicht ohne Konsequenzen und wirft zahlreiche Folgefragen auf. So ist unter den Mitgliedstaaten der Wettbewerb der Gesellschaftsrechte möglich. Potentielle Gesellschaftsgründer wählen das Gründungsrecht und die damit verbundene Rechtsform, die ihnen für ihr Vorhaben am günstigsten erscheint. Befürchtet wird daher vor allem in Deutschland ein *race to the bottom*, d.h. es wird sich auf längere Sicht das Recht mit dem schwächsten Schutz Dritter durchsetzen.⁴ Diese Befürchtung ergibt sich vor allem aufgrund der deutschen Rechtstradition, in der das Gesellschaftsrecht ganz entscheidend zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger beiträgt. Hier sind insbesondere die Vorschriften zur Kapitalaufbringung und -erhaltung zu nennen. Durch den Wegfall dieser Vorschriften sieht ein Teil der Literatur im vermehrten Auftreten der ausländischen „Billig-GmbHs“⁵ den Schutz deutscher Gläubiger in Gefahr.⁶

Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen deutsches Gesellschaftsrecht in Einzelfällen weiterhin Anwendung auf europäische Auslandsgesellschaften findet. Des Weiteren wird diskutiert, ob andere Schutzinstrumente aus Insolvenz-, Vertrags- oder Deliktsrecht auf europäische Auslandsgesellschaften anwendbar sind

¹ Werbung der *Go Ahead Ltd. Beratung*, erhältlich im Internet: <<http://www.go-limited.de/Kapitalgesellschaft/start.shtml>> (besucht am 3. März 2006).

² *Grunewald/Noack*, GmbHR 2005, 189 (189); *Wachter*, NZG 2005, 338 (338); *Borges*, ZIP 2004, 733 (734); *Schröder/Schneider*, GmbHR 2005, 1288 (1289).

³ *Borges*, ZIP 2004, 733 (734).

⁴ BGH, ZIP 2000, 967 (968).

⁵ *Altmeppen*, NJW 2004, 97 (97).

⁶ *Borges*, ZIP 2004, 733 (734); *Weller*, IPRax 2003, 520 (520); *Ulmer*, JZ 1999, 662 (662).

und sich gegebenenfalls an der Niederlassungsfreiheit messen müssen. Denn es ist nicht eindeutig geklärt, ob sich der EuGH lediglich auf gesellschaftsrechtliche Fragen bezogen hat oder die Niederlassungsfreiheit dahingehend versteht, dass eine generelle Einschränkung dieser Grundfreiheit durch Anwendung nationaler Vorschriften nicht zulässig ist.⁷

II. Gang der Untersuchung

Gegenstand ist die Frage, inwieweit deutsche Gläubigerschutzvorschriften auf Gesellschaften angewendet werden können, die zwar wirksam im europäischen Ausland gegründet worden sind, ihre gesamte Geschäftstätigkeit aber in Inland ausüben. Dies führt zu der Frage, wann die Anwendung eines inländischen Schutzinstruments die der Gesellschaft zustehende Niederlassungsfreiheit beschränkt und ob und wie eine solche Beschränkung gerechtfertigt werden kann.

Vorangestellt wird in Abschnitt B ein Überblick über die EuGH-Rechtsprechung gegeben, die den Zuzug der Gesellschaften im Gemeinschaftsraum und den Wettbewerb der europäischen Gesellschaftsrechte ermöglicht hat. Abschnitt C behandelt die Frage nach Möglichkeiten der Anwendung deutscher Gläubigerschutzvorschriften unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben des EuGH. In Abschnitt D werden dann die einzelnen materiellrechtlichen Schutzinstrumente genauer „unter die Lupe“ genommen. Den Anfang machen dabei die Vorschriften zur Kapitalausstattung und -erhaltung. Schwerpunkt dieses Abschnitts wird die Behandlung verschiedener Haftungsvorschriften für Gesellschafter und Geschäftsführer aus verschiedenen Rechtsbereichen sein. Des Weiteren soll, verbunden mit dem Auftreten der Auslandsgesellschaft im deutschen Wirtschafts- und Rechtsverkehr, auf Fragen der Publizität und der Firmierung der Gesellschaft eingegangen werden. Abgerundet wird dieser Abschnitt mit einer Übersicht von aktuell in der Diskussion stehenden Gläubigerschutzinstrumenten, die alternativ bzw. ergänzend zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger beitragen können. Im Anschluss daran werden die Ergebnisse dieser Arbeit in einem Fazit zusammengefasst.

B. Der Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa

Mit einer Reihe von Entscheidungen hat der EuGH das „europäische Gesellschaftsrecht“ revolutioniert. Die Konsequenz ist, dass sich ein Unternehmer das Gesellschaftsrecht aussuchen kann, welches ihm am angenehmsten erscheint.

⁷ *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7 (9).

I. Die Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften

In den Urteilen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* hat der EuGH zur Anerkennung von Gesellschaften innerhalb der Europäischen Union Stellung genommen.⁸ In allen drei Urteilen handelte es sich um Fälle der Zuzugsbeschränkung mit der Niederlassungsfreiheit als Prüfungsmaßstab. Nach *Centros* darf der Zweigniederlassung einer wirksam im Ausland gegründeten Gesellschaft die Eintragung nicht verweigert werden, nur weil die Gesellschaft über die Zweigniederlassung ihre gesamte Geschäftstätigkeit ausüben möchte. Das bewusste Umgehen der Gründungsvorschriften, insbesondere der Mindestkapitalvorschriften, stellt keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit dar.⁹ In *Überseering* kommt der EuGH zu dem Schluss, dass eine Gesellschaft, die in ihrem Gründungsstaat als solche anerkannt wird, auch im Zuzugsstaat (in diesem Fall die Bundesrepublik Deutschland) anerkannt werden muss. Durch Verlegung des faktischen Verwaltungssitzes darf einer Gesellschaft nicht die Rechtsfähigkeit und damit die Klagefähigkeit vor inländischen Gerichten aberkannt werden. Im Fall *Inspire Art* wurde die ausländische Gesellschaft zwar auch als solche im Zuzugsstaat anerkannt, jedoch wurden ihr zusätzliche Pflichten auferlegt, wie z.B. die Eintragung in das Handelsregister mit dem Zusatz „formal ausländische Gesellschaft“ und die Ausstattung mit Mindestkapital. Auch hier hatte der Zuzugsstaat seine Kompetenzen überschritten und neben der Niederlassungsfreiheit auch gegen die Zweigniederlassungsrichtlinie¹⁰ verstoßen. Ergebnis der EuGH-Rechtsprechung ist somit, dass ein potentieller Unternehmensgründer sich das für ihn günstigste Rechtssystem zur Gründung einer Gesellschaft aussuchen kann. Mittels Verlegung des Verwaltungssitzes kann der Gründer mit dieser Gesellschaft seine gesamte geschäftliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben, ohne dass der Zuzugsstaat dieser Gesellschaft die rechtliche Anerkennung verweigern darf. *De facto* gibt der EuGH damit der Gründungstheorie den Vorzug. Die Sitztheorie, wie sie in Deutschland vertreten wird, ist auf europäische Auslandsgesellschaften nicht mehr anwendbar.

II. Die deutsche Rechtsprechung nach den EuGH-Entscheidungen

Die EuGH-Rechtsprechung hat auch in Deutschland Berücksichtigung gefunden. So entschied der VII. Zivilsenat des BGH am 13. März 2003 entsprechend der angeforderten, verbindlichen Auslegung des EuGH für den Fall *Überseering*, dass die aus-

⁸ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459; Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155. In Zusammenhang mit diesen Urteilen wird gewöhnlich das Urteil *Daily Mail* (EuGH, Rs. 81/87, *Daily Mail*, Slg. 1988, 5483) genannt. Da es sich hierbei aber um einen Fall der Beschränkung des Wegzugs von Gesellschaften seitens eines Mitgliedstaates handelte – diese Beschränkung wurde für rechtmäßig anerkannt – soll auf eine Betrachtung dieses Urteils und seiner Konsequenzen verzichtet werden.

⁹ Da sowohl in England (Gründungsstaat) als auch in Dänemark (Zuzugsstaat) die Gründungstheorie gilt, wurde vereinzelt gar angenommen, dass *Centros* für Zuzugsstaaten, die der Sitztheorie folgen, keine Bindungswirkung habe, *Kindler*, NJW 1999, 1993 (1996); *Ebke*, JZ 1999, 656 (669), LG Stuttgart, NZG 2002, 240 (242). Anderer und zutreffender Ansicht stellvertretend *Ulmer*, JZ 1999, 662 (662).

¹⁰ Elfte Richtlinie (89/666/EWG), ABl. EG Nr. L 395/36 vom 30. Dezember 1989.

ländische Gesellschaft vor deutschen Gerichten rechts- und damit klagefähig ist.¹¹ Dabei stellt der BGH klar, dass es nicht ausreichend ist, dieses Ergebnis über den Umweg einer Umqualifizierung in eine passiv und aktiv klagefähige Personengesellschaft herzuweisen, wie es der II. Zivilsenat¹² noch vor *Überseering* vorgenommen hatte.¹³ Ein weiteres Urteil erfolgte am 14. März 2005, ebenfalls durch den BGH. Er entschied, dass der Geschäftsführer einer Ltd. für die Nichteintragung der Zweigniederlassung der Ltd. nicht als Handelnder analog § 11 Abs. 2 GmbHG haftet.¹⁴

Darüber hinaus sind auch die Vorschriften des Gründungsstaates anzuwenden, welche die Auflösung, Liquidation und rechtliche Beendigung regeln. So ist die Löschung einer Ltd. (mit alleinigem Verwaltungssitz in Deutschland) im britischen Register auch in Deutschland anzuerkennen. Über sie kann mangels Insolvenzfähigkeit als juristische Person kein Insolvenzverfahren mehr eröffnet werden.¹⁵ Durch weitere instanzgerichtliche Urteile hat sich die Anerkennung europäischer Scheinauslandsgesellschaften in der Rechtsprechung durchgesetzt.¹⁶

III. Ausländische Gesellschaften in Deutschland

1. *Ausländische Gesellschaften als Alternativen zur GmbH*

Aufgrund der Möglichkeit, sich das Gründungsrecht auszusuchen, kann sich ein deutscher Unternehmer für eine Tätigkeit in Deutschland statt der deutschen einer ausländischen, beschränkt haftenden Gesellschaft bedienen. Diese Gesellschaft soll dafür im Ausland gegründet werden, ihre Geschäfte aber ausschließlich im Inland über einer Zweigniederlassung ausüben. Meist stehen dabei Überlegungen im Vordergrund, die als unflexibel, rigide, kompliziert und teuer empfundenen Regelungen der deutschen GmbH – Kapitalausstattung, verdeckte Sacheinlagen, hohe Gründungskosten, aufwendige Registerverfahren etc. – zu vermeiden.¹⁷

Als Alternative zur GmbH wird vor allem die englische Ltd. genannt.¹⁸ Daneben sind die französische SARL (Société à Responsabilité Limitée),¹⁹ die spanische SL (Sociedad de Responsabilidad Limitada)²⁰ oder die niederländische BV (Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid)²¹ im Gespräch.²² In der Praxis spielt jedoch

¹¹ BGH, NJW 2003, 1461 (1461).

¹² BGH, NJW 2002, 3539.

¹³ BGH, NJW 2003, 1461 (1461).

¹⁴ BGH, GmbHR 2005, 630 (631).

¹⁵ AG Duisburg, IPRax 2005, 151 (151).

¹⁶ OLG Naumburg, GmbHR 2003, 533; OLG Celle, GmbHR 2003, 532; BayOLG, NZG 2003, 290; OLG Zweibrücken, NZG 2003, 537; LG Hannover, NZG 2003, 1072; KG Berlin, GmbHR 2004, 116.

¹⁷ *Geyrhalter/Gänßler*, DStR 2003, 2167 (2171); *Recq/Hoffmann*, GmbHR 2004, 1070 (1070).

¹⁸ *Kallmeyer*, DB 2004, 636; *Schumann*, DB 2004, 743; *Dierksmeier*, BB 2005, 1516.

¹⁹ *Recq/Hoffmann*, GmbHR 2004, 1070.

²⁰ *Ottol/Haneke*, informaciones 2005, 32.

²¹ *van Efferink/Ebert/Levedag*, GmbHR 2004, 880.

²² Eine vergleichende Übersicht über GmbH, Ltd., SARL, BV und Delaware Cooperation bietet *Mellert*, BB 2006, 8 (10/11).

nur die Ltd. eine Rolle.²³ Auch in *Centros* und in *Inspire Art* stand diese Gesellschaftsform im Mittelpunkt. Auch in der deutschen Rechtsprechung zu bereits in Deutschland tätigen Gesellschaften handelte es sich stets um eine Ltd. Die Konkurrenz aus Spanien, Frankreich oder den Niederlanden braucht die deutsche GmbH nicht zu fürchten.²⁴ Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass England als Gründungsstaat das Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz zulässt. Ohne Schwierigkeiten ist es möglich, eine Ltd. mit Satzungssitz in England zu gründen und anschließend den Verwaltungssitz ins europäische Ausland zu verlegen. Dies ist zwar auch bei der niederländischen BV möglich, allerdings dürfte diese mit einem Mindeststammkapital i.H.v. 18.000 EUR für deutsche Unternehmensgründer weniger interessant sein. Mitte 2004 gab es knapp 1.500 eingetragene Zweigniederlassungen von britischen Ltd. in Deutschland,²⁵ wobei die Zahl der tatsächlich niedergelassenen Ltd. aufgrund nicht (sofort) vorgenommener Eintragung der Zweigniederlassung ins Handelsregister höher sein dürfte. Neben der Gründung einer Briefkastengesellschaft durch Handwerker mit geringen finanziellen Möglichkeiten²⁶ ist aber auch mit großen Unternehmen zu rechnen, welche die neue Freiheit verstärkt ausnutzen werden, so z.B. als Konzernspitze, Zwischenholding, Komplementär einer KG oder auch als operative Tochtergesellschaft.²⁷

2. Mögliche Risiken bei der Verwendung einer ausländischen Gesellschaft

Für die Wahl der ausländischen Gesellschaftsform ist ausschlaggebend, dass sie mit geringerem Aufwand an Zeit und Kosten errichtet werden kann. Vernachlässigt werden allerdings oftmals die Unterschiede bei der laufenden Führung und späteren Beendigung der Gesellschaft. So darf trotz aller Gründungsvorteile nicht der Blick für die möglichen Risiken verloren gehen.²⁸ Auch wenn der Sitz einer Ltd. in England lediglich als Satzungssitz gedacht ist und die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit in Deutschland ausgeübt werden soll, kommt der Gründer ohne einen Dienstleister für die Bereitstellung eines *registered office* nicht aus. Die Nichterfüllung der Publizitätspflichten (annual return, Jahresabschluss) hat für den Gesellschafter und Geschäftsführer schwerwiegendere Konsequenzen als im deutschen Recht. So drohen gerichtliche Zwangsmaßnahmen wie die Amtsenthebung (disqualification) des Direktors²⁹ oder Geldstrafen, wenn andauernd gegen die Veröffentlichungspflichten verstoßen wird.³⁰ Im äußersten Fall, d.h. nach Mahnung durch den *registrar* kann die Ltd. aus

²³ Schilling, IPRax 2005, 208 (209); Eidenmüller, NJW 2005, 1618 (1618).

²⁴ Wachter, GmbHR 2005, 717 (718).

²⁵ FAZ vom 22. Juni 2005, 23.

²⁶ Hirte, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 1 Rn. 38.

²⁷ Bayer, BB 2003, 2357 (2363).

²⁸ Mittlerweile weist auch die Tagespresse auf die Nachteile von ausländischen Gesellschaften, insbesondere der Ltd., hin, Handelsblatt vom 9. Februar 2005, 39 und vom 1. Juni 2005, 36; FAZ vom 22. Juni 2005, 23.

²⁹ *Company Directors Disqualification Act 1986* (CDDA 1986).

³⁰ Kallmeyer, DB 2004, 636 (638); Dierksmeier, BB 2005, 1516 (1518).

dem Register gelöscht werden, wobei das vorhandene Vermögen dann auf die englische Krone übergeht.³¹

Ob das fehlende notarielle Beurkundungserfordernis bei Gründung einer Ltd. wirklich von Vorteil ist, wird bezweifelt, denn das Beurkundungserfordernis dient auch dem Schutz vor übereilten Gründungen und liegt daher im Interesse gerade geschäftlich unerfahrener Gründer.³² Im Laufe der Geschäftstätigkeit allerdings wird eine Anteilsübertragung ohne notarielle Beurkundung erheblich erleichtert.

Sowohl Gesellschafter als auch Rechtsberater müssen sich stets über den aktuellen Stand des ausländischen Gesellschaftsrechts informieren, im Fall einer Ltd. müssen sie sich sogar mit dem für Kontinentaleuropa ungewohnten *case law* auseinandersetzen. Auch das Hinzuziehen eines in England zugelassenen *solicitors* dürfte nicht nur zu empfehlen, sondern auch notwendig sein.³³ Zudem ist für die Wahl der Rechtsform deren Reputation relevant. Für in Deutschland operativ tätige Unternehmen kommt es ganz entscheidend darauf an, dass sie als vertrauenswürdige Marktteilnehmer wahrgenommen werden.³⁴ Eine für den Rechtsverkehr (noch) ungewöhnliche Rechtsform kann zu Irritationen bei Kunden und Geschäftspartnern führen. So können im Einzelfall Zweifel an der Kreditwürdigkeit der ausländischen Gesellschaft aufkommen. Banken als typische Fremdkapitalgeber könnten vom Gesellschafter einer Ltd. anstelle einer soliden Eigenkapitalbasis zusätzliche persönliche Sicherheiten verlangen.³⁵ Darüber hinaus müssen Geschäftspartner unter Umständen notwendige Informationen zu dieser Rechtsform selbst in Erfahrung bringen, was wiederum mit Kosten und sprachlichen Hindernissen verbunden sein kann.

Auch das Kriterium der niedrigeren Gründungskosten sollte relativiert werden. Je nachdem, welche Bestandteile zu den Gründungskosten gerechnet werden, ergeben sich unterschiedliche Zahlen. Zu berücksichtigen ist vor allem der voraussichtlich höhere Aufwand für die Rechtsberatung. Dieser lässt einen eventuellen Kostenvorteil bei der Gründung auf lange Sicht schnell in Mehraufwand umschlagen. Hinzu kommen sprachliche Barrieren für Gesellschafter, Rechtsberater und Dritte. Trotz der möglichen Risiken ist mit einer weiteren Zunahme von europäischen Auslandsgesellschaften im Inland zu rechnen.

3. Besteuerung der ausländischen Gesellschaft

Ausländische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland wurden steuerrechtlich bisher nicht als Kapitalgesellschaften nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG angesehen. Es handelte sich in der Regel nicht um „echte“ Kapitalgesellschaften, die mit einer deutschen vergleichbar waren (sog. Rechtstypenvergleich). Vielmehr wurde sie als sonstiges Zweckvermögen des privaten Rechts nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 3 Abs. 1 KStG qualifiziert. Aufgrund der Pflicht zu Anerkennung der Auslandsgesellschaft als

³¹ *Dierksmeier*, BB 2005, 1516 (1518).

³² *Kallmeyer*, DB 2004, 636 (636).

³³ *Dierksmeier*, BB 2005, 1516 (1517).

³⁴ *Wachter*, GmbHR 2004, 88 (92).

³⁵ *Ibid.*

solche ist diese den inländischen Kapitalgesellschaften gleichzustellen.³⁶ Eine europäische Auslandsgesellschaft ist daher nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG in Deutschland körperschaftsteuerpflichtig, wenn sie entweder Satzungssitz (§ 11 AO) oder Sitz der Geschäftsleitung (§ 12 AO) im Inland hat. Das zweite Kriterium dürfte durch den deutschen Geschäftsführer in der Regel erfüllt sein, so dass eine Körperschaftsteuerpflicht zu bejahen ist. Gleichzeitig ist es möglich, dass das Recht des Herkunftsstaates der Auslandsgesellschaft diese ebenfalls als Steuerrechtssubjekt beurteilt. Konsequenz dessen kann eine doppelte unbeschränkte Steuerpflicht sein, in Deutschland aufgrund des Verwaltungssitzes, im Herkunftsstaat beispielsweise aufgrund des Satzungssitzes. Zur Vermeidung dieser Doppelbesteuerung ist – sofern vorhanden – das zwischen Deutschland und dem Herkunftsstaat abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) zu berücksichtigen. Aufgrund der innewohnenden Komplexität soll die steuerliche Behandlung von europäischen Auslandsgesellschaften an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.³⁷

IV. Gesetzgeberische Entwicklungen in Europa und Deutschland

Einige Mitgliedstaaten haben den Wettbewerb der Gesellschaftsrechte aufgenommen. Seit dem 1. Januar 2004 ist für die französische SARL die Mindestkapitalhöhe frei wählbar; sie muss lediglich mindestens 1 EUR betragen. Neben der Streichung des Mindestgesellschaftskapitals wurden weitere Erleichterungen, insbesondere für die Gründungsperiode, vorgenommen.³⁸ Auch der spanische Gesetzgeber hat mit der SLNE (Sociedad Limitada Nueva Empresa) eine Unterart der SL geschaffen, die vor allem mit einem erheblich vereinfachten Gründungsverfahren aufwartet. Diese zum 2. Juni 2003 in Kraft getretenen Vereinfachungen sollen der Stärkung kleiner und mittelständischer Unternehmen und damit der Verbesserung ihrer Wettbewerbsfähigkeit im gemeinsamen europäischen Markt dienen.³⁹

Vor allem in Deutschland ist eine heftige Diskussion darüber entbrannt, ob und in welchem Umfang das GmbHG reformiert werden sollte. Dass dies für die Praxis entscheidend ist, zeigt die Beliebtheit der Ltd. Mit der Herabsetzung des Mindestkapitals in einem Gesetzesentwurf (MindestkapG)⁴⁰ durch die Bundesregierung wurde bereits ein erster Schritt unternommen. In einer Stellungnahme⁴¹ hat der Bundesrat den Gesetzesentwurf allerdings abgelehnt, da der Entwurf anstatt einer Gesamtreform nur einen Teilbereich herausgegriffen hat. Durch die vorzeitige Beendigung der 15. Wahlperiode des Deutschen Bundestages ist dieser Entwurf vorerst aus dem Blickfeld verschwunden. Immerhin zielt auch die neue Regierung in ihrem Koalitionsver-

³⁶ Wachter, GmbHR 2004, 88 (92); Fittkau, StBp 2005, 255 (255).

³⁷ Zur detaillierten Betrachtung sei auf die einschlägige Literatur verwiesen, welche sich insbesondere mit der Besteuerung der englischen Ltd. beschäftigt. Hervorzuheben ist an dieser Stelle der Beitrag von Fittkau, StBp 2005, 255.

³⁸ Eine Übersicht zu den aktuellen Änderungen im Recht der französischen SARL geben Meyer/Ludwig, GmbHR 2005, 346; *ibid.*, GmbHR 2005, 459.

³⁹ Fröhlingsdorf, RIW 2003, 584 (584).

⁴⁰ BT-Ds. 15/5673.

⁴¹ BR-Ds. 619/05.

trag auf eine Reform des GmbHG ab.⁴² Hierzu könnten wertvolle Hinweise aus den Reformen in Frankreich und Spanien gewonnen werden. In Richtung einer „kleinen“ GmbH, (ähnlich der spanischen SLNE) ging der Plan eines Gesetzentwurfes des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen.⁴³ Dieser Plan wurde allerdings aufgrund der Bestrebungen auf Bundesebene nicht weiter verfolgt. Eine weitere Alternative plant das Justizministerium Bayern.⁴⁴ Es erwägt für Einzelkaufleute eine Haftungsbeschränkung (Kaufmann mit beschränkter Haftung) auf das gewerbliche Vermögen. Dieses Vermögen soll inventarisiert und dann zum Handelsregister angemeldet werden. Der Wettbewerb wird also auch in Deutschland angenommen, wenn gleich noch keine konkreten Ergebnisse wie in Frankreich oder Spanien vorliegen.

C. Möglichkeiten der Erstreckung deutschen Rechts auf europäische Auslandsgesellschaften

Bei der Frage, inwiefern das Gründungsstatut eingeschränkt werden kann, sind zwei verschiedene Problemkreise zu differenzieren. Kollisionsrechtlich ist zu untersuchen, welche Techniken das deutsche Internationale Privatrecht bereithält, um nationale Schutzvorschriften auf Scheinauslandsgesellschaften und deren Gesellschafter bzw. Geschäftsführer anzuwenden. Ungeachtet dessen müssen die auf die Gesellschaft anzuwendenden inländischen Regelungen europarechtlich in Einklang mit der Niederlassungsfreiheit stehen.⁴⁵

I. Deutsches Internationales Privatrecht

Wie bereits festgestellt wurde, scheidet die Sitztheorie bei europäischen Auslandsgesellschaften als Anknüpfung des anwendbaren Gesellschaftsstatuts nach dem Ort des effektiven Verwaltungssitzes aus. Da eine kollisionsrechtliche Behandlung juristischer Personen nicht kodifiziert ist, werden in der Literatur verschiedene Wege für die Anknüpfung nationaler Normen an europäische Auslandsgesellschaften besprochen.

1. *Ordre Public-Vorbehalt*

In Teilen der Literatur wird eine Anwendung nationaler Vorschriften über den *ordre public*-Vorbehalt nach Art. 6 S. 1 EGBGB befürwortet.⁴⁶ Danach soll eine an sich anwendbare ausländische Norm im konkreten Fall dann nicht anwendbar sein,

⁴² Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005, Rn. 6001, erhältlich im Internet: <<http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>> (besucht am 27. Februar 2006).

⁴³ Presseerklärung des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 5. Oktober 2005, erhältlich im Internet: <http://www.justiz.nrw.de/IndexSeite/Presse/PresseJM/p_2005_10_05.html> (besucht am 27. Februar 2006). Erste Anmerkungen hierzu: *Priester*, ZIP 2006, 161 (161); *Zöllner*, GmbHR 2006, 1 (11).

⁴⁴ Handelsblatt vom 23. Januar 2006, 4.

⁴⁵ *Kropholler*, IPR, 72; *Fetsch*, Eingriffsnormen und EGV, 87; *von Halen*, Gesellschaftsstatut nach Centros, 234; *Borges*, ZIP 2004, 733 (741).

⁴⁶ *Paefgen*, DB 2003, 487 (491); *Ulmer*, JZ 1999, 662 (665).

wenn eben diese Anwendung zu einem für die öffentliche Ordnung nicht erträglichen Ergebnis führt.⁴⁷ Allerdings ist Art. 6 EGBGB eine Ausnahmegvorschrift und deshalb zurückhaltend anzuwenden.⁴⁸ Ferner ist ein Vergleich des bei Anwendung fremden materiellen Rechts erzielten Ergebnisses mit elementaren Grundsätzen des deutschen Rechts erforderlich. Sofern eine erhebliche Abweichung der durch die Wahl des ausländischen Rechts erzielten Ergebnisse von wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts fehlt, dürfte Art. 6 EGBGB unanwendbar bleiben.⁴⁹ Generelle Aussagen darüber, welche Vorschriften des deutschen Rechts unter welchen Voraussetzungen zur Anwendung kommen, können mittels Art. 6 EGBGB nicht getroffen werden.⁵⁰ Es stellt sich allerdings von vornherein die Frage, was genau zu den „wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts“ zählt. So wirkt auch das Europäische Gemeinschaftsrecht in diese Vorbehaltsklausel hinein; die Vorschriften des EGV sind Inhalt dessen, was zur deutschen öffentlichen Ordnung gehört.⁵¹ Dem ist zuzustimmen, schließlich hat der deutsche Staat durch seinen Beitritt zu einer gemeinsamen europäischen Gemeinschaft gewissermaßen „zum Ausdruck gebracht, dass er in seinen Grundvorstellungen von dem, was unerlässlicher Bestandteil seiner staatlichen Ordnung ist, mit den Vorstellungen der anderen EU-Nationen übereinstimmt“⁵². Sofern eine ausländische Norm durch die Niederlassungsfreiheit gedeckt ist, ist eine Nichtanwendung dieser Norm über Art. 6 EGBGB ausgeschlossen.

2. Rechtsumgehung

Eine Anwendung deutscher Schutzvorschriften wird gleichfalls unter Rückgriff auf das Institut der Rechtsumgehung (*fraus legis*) vorgenommen.⁵³ In Betracht kommt hier das „Umgehen“ mittels Missbrauch der Rechtsform einer juristischen Person. Dieser könnte vorliegen, wenn durch die Gründung einer ausländischen Gesellschaft anstelle einer deutschen GmbH die Entscheidungszuständigkeit eines anderen Staates herbeigeführt wird, als es bei Gründung einer GmbH der Fall gewesen wäre.⁵⁴ Es handelt sich hierbei im Wesentlichen um das Ausnutzen eines materiellen Wertegefälles zwischen einzelnen Rechtsordnungen. Gerade die Wahl des angenehmsten Rechts ist aber durch die Niederlassungsfreiheit gedeckt. Ein Eingreifen in die Wahl einer ausländischen Rechtsform kommt erst dann in Frage, wenn ein subjektives Element der Umgehung im Spiel ist. Dieses subjektive Element könnte z.B. dann erfüllt sein, wenn die gewählte Gestaltung eine Sittenwidrigkeit, Rücksichtslosigkeit oder Arglist gegenüber den Rechten anderer (Toleranzschwelle) aufweist.⁵⁵ Unter Vorwegnahme

⁴⁷ Kropholler, IPR, 242/243.

⁴⁸ *Ibid.*, 244.

⁴⁹ Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, 220; *Kegell Schurig*, IPR, 465.

⁵⁰ Lanzius, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen, 119.

⁵¹ Kropholler, IPR, 248; Weller, IPRax 2003, 520 (523); *Paefgen*, ZIP 2004, 2253 (2258).

⁵² *von Bar/Mankowski*, IPR Band 1, § 3 Rn. 46.

⁵³ *Ulmer*, JZ 1999, 662 (665); *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 3 Rn. 121.

⁵⁴ Kropholler, IPR, 155.

⁵⁵ *Kegell Schurig*, IPR, 423; *Rütten*, *Gesetzesumgehung*, 136.

der Ergebnisse aus Abschnitt C.II.2.a) dürfte eine Anknüpfung an nationales Recht mit der Begründung der Rechtsumgehung regelmäßig ausscheiden.

3. Sonderanknüpfungen

Sofern ausländisches Recht anwendbar ist, werden zum Gläubigerschutz von der überwiegenden Mehrheit der Literatur Sonderanknüpfungen bestimmter Einzelfragen vorgenommen.⁵⁶ Sonderanknüpfungen dienen dazu, im Einzelfall zwingende Bestimmungen eines Staates durchzusetzen, dessen Interessen durch eine ausländische Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland berührt werden.⁵⁷ Dieser allgemeine Grundsatz, dass inländische Eingriffsnormen durchgesetzt werden können, enthält in Art. 34 EGBGB für das internationale Vertragsrecht eine gesetzliche Regelung. Mit ihr „soll trotz abweichenden Vertragsstatuts solchen Vorschriften des deutschen Rechts zur Geltung verholfen werden, an deren uneingeschränkter Durchsetzung aus rechtspolitischen, insbesondere wirtschafts- oder sozialpolitischen Gründen ein starkes innerstaatliches Interesse besteht“⁵⁸. Dieser Grundsatz ist für einzelne Bereiche durch konkrete materiellrechtliche Bestimmungen auszufüllen.⁵⁹ Merkmal von Sonderanknüpfungen ist, dass sie überwiegend oder zumindest stark im öffentlichen Interesse liegen müssen.⁶⁰ Hierzu zählt zweifelsohne der Gläubigerschutz. Sofern der inländische Gläubigerschutz also durch ausländische Rechtsnormen gefährdet ist, bieten Sonderanknüpfungen die „sauberste“ Anknüpfung an deutsches materielles Recht, da diese punktuell im Einzelfall angewendet werden können.

II. Europarechtlicher Spielraum für die Anwendung deutschen Rechts

Unabhängig von der international-privatrechtlichen Anknüpfung deutschen Rechts ist bei europäischen Auslandsgesellschaften stets das Europarecht und dessen Schutzwirkungen im Binnenmarkt zu berücksichtigen.

1. Unterscheidung zwischen gesellschaftsrechtlichen und nicht-gesellschaftsrechtlichen Normen

Ist das Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates zwingend zu beachten, so liegt durch die Anwendung deutschen Rechts mittels Sonderanknüpfungen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vor. Des Weiteren könnte eine Beschränkung vorliegen, wenn nicht-gesellschaftsrechtliche Normen auf europäische Auslandsgesellschaften angewendet werden.⁶¹ Auch diese Normen können geeignet sein, die Ausübung

⁵⁶ In Auswahl: *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 (2242); *Schulz*, NJW 2003, 2705 (2707); *Fischer*, ZIP 2004, 1477 (1479); *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925 (929), *Ziemons*, ZIP 2003, 1913 (1916).

⁵⁷ *von Halen*, Gesellschaftsstatut nach Centros, 231.

⁵⁸ *Magnus*, in: von Staudinger (Begr.), BGB – Kommentar, Art. 34 EGBGB Rn. 2.

⁵⁹ *Kropholler*, IPR, 491.

⁶⁰ *Ibid.*, 491; *Fetsch*, Eingriffsnormen und EGV, 24.

⁶¹ *Forsthoff*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 2 Rn. 36.

der Niederlassungsfreiheit zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.⁶² Das rechtliche „Kleid“ einer Norm darf daher nicht entscheidend sein, denn der EuGH prüft nicht, ob mitgliedstaatliche Normen gegen ausländisches Gesellschaftsrecht verstoßen, sondern gegen die Niederlassungsfreiheit.⁶³ Auch Normen des Delikts- oder Insolvenzrechts können somit eine Einschränkung verursachen.⁶⁴ Von entscheidender Bedeutung dürfte daher sein, ob eine nationale Maßnahme als Zugangshindernis wirkt oder lediglich Standortbestimmungen festschreibt.⁶⁵ Zugangshindernisse liegen vor, wenn mitgliedstaatliche Maßnahmen die Identität der Gesellschaft betreffen.⁶⁶ Die Identität der Gesellschaft ergibt sich freilich aus den vom Gesellschaftsrecht erfassten Vorschriften.⁶⁷ Bei Umqualifizierung eines gesellschaftsrechtlich begründeten Haftungstatbestandes in einen insolvenz- oder deliktsrechtlichen Haftungstatbestand muss sich dieses Instrument gleichfalls an der Niederlassungsfreiheit messen.⁶⁸ Auf die Frage, ob im Gegensatz dazu Vorschriften des allgemeinen Verkehrsrechts (Vertragsrecht, Deliktsrecht) lediglich rechtliche Standortbedingungen eines Mitgliedstaates darstellen, wird später eingegangen.

2. *Missbrauch und Betrug als immanente Schranken der Niederlassungsfreiheit*

Der EuGH hat in *Centros* und *Inspire Art* hervorgehoben, dass ein Mitgliedstaat dann einschränkende Maßnahmen ergreifen kann, wenn sich Staatsangehörige unter Ausnutzung der durch den Vertrag geschaffenen Möglichkeiten mittels Missbrauch oder Betrug auf die europarechtlichen Freiheiten berufen.⁶⁹ Sofern sich der Staatsangehörige eines Mitgliedstaates also aufgrund Missbrauchs oder Betrugs die Geltung der Niederlassungsfreiheit „erschleicht“, kann er sich auf eben diese nicht berufen. Die Anwendung nationaler Schutzvorschriften stellt dann keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Allerdings lässt der EuGH offen, unter welchen konkreten Voraussetzungen Maßnahmen gegen Missbrauch oder Betrug zulässig sein sollen, auch die Begriffe Missbrauch und Betrug selbst wurden nicht näher definiert.

a) *Missbrauch*

Der EuGH schließt aus, dass (auf Ebene der Gesellschafter) weder die Wahl des vorteilhaftesten Rechts⁷⁰ noch (auf Ebene der Gesellschaft) der fehlende wirtschaftli-

⁶² Eidenmüller, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 3 Rn. 8.

⁶³ Rehm, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 2 Rn. 72.

⁶⁴ Anderenfalls könnte sonst jeder Mitgliedstaat seine Normen innerhalb des Gesellschaftsrechts ansiedeln und damit kollisionsrechtlich immer den „Vorzugs-Joker“ ziehen.

⁶⁵ Forsthoff, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 2 Rn. 40.

⁶⁶ Spindler/Berner, RIW 2004, 7 (9); Rehm, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 2 Rn. 72; im Ergebnis auch Borges, ZIP 2004, 733 (741).

⁶⁷ Forsthoff, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 2 Rn. 41/42.

⁶⁸ Eidenmüller, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 3 Rn. 8.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rn. 24, 39; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 136.

⁷⁰ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rn. 27; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 138.

che Bezug zum Gründungsstaat⁷¹ einen Missbrauch des Gemeinschaftsrechts darstellen. Die formale Schaffung von Anknüpfungspunkten reicht aus, um den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit zu eröffnen.⁷² Die Grenze des Rechtsmissbrauchs dürfte erst dann erreicht sein, wenn die Schaffung eines Anknüpfungsgrundes verwerflich ist oder davon in arglistiger, anstößiger Art und Weise Gebrauch gemacht wird.⁷³ Sofern sich also ein Marktteilnehmer durch rechtliche Gestaltungen einen Vorteil verschaffen will, der nicht durch den Zweck der gemeinschaftsrechtlich eingeräumten Rechtsposition gedeckt wird, ist ein Missbrauch der Niederlassungsfreiheit anzunehmen.⁷⁴ Da ein Missbrauch somit immer ein im Einzelfall anstößiges Verhalten voraussetzen muss, ist eine typisierende und abstrakte Sanktion zur Missbrauchsbeämpfung nicht zulässig, denn die Wahl des bequemsten Rechts trifft noch keine Aussage darüber, ob die Gesellschaften ihre Gläubiger befriedigen würden.⁷⁵ Vielmehr trägt derjenige, der sich auf den Missbrauch beruft, im Einzelfall die Beweislast des konkret missbräuchlichen Verhaltens.⁷⁶ Die Rechtsfolgen beschränken sich allein darauf, die durch das Verhalten verletzten Interessen zu schützen. Diesen Vorgaben dürften beispielsweise die Vorschriften des deutschen Deliktsrechts entsprechen, so dass hier bereits ein möglicher Schutzmechanismus vorliegen könnte.⁷⁷

b) *Betrug*

Einen Betrug – wie ihn der EuGH verstehen könnte – wäre für solche Betätigungen anzunehmen, die aufgrund ihres Charakters nicht Teil des Wirtschaftslebens im Sinne des Art. 2 EGV sind.⁷⁸ Eine Betätigung dürfte dann nicht mehr Teil des Wirtschaftslebens sein, wenn sie durch ein Verbot eines Mitgliedstaates flankiert wird. Da das deutsche Recht ebenfalls den Tatbestand des Betrugs kennt und unter Strafe stellt (§ 263 StGB), ist dieser Betrugstatbestand auch gemeinschaftsrechtlich relevant. Ein mitgliedstaatlicher Betrug dürfte ebenso wenig Bestandteil des Wirtschaftslebens im Sinne des Art. 2 EGV sein, so dass sich ein Bürger nicht mehr auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann.

Betrug soll dann vorliegen, wenn der Zweck verfolgt wird, „den wahren Sachverhalt vor Dritten – Geschäftspartnern oder Behörden – zu verbergen und diesen eine unrichtige Anschauung von der Wirklichkeit zu vermitteln“⁷⁹. Für den Fall europäischer Auslandsgesellschaften könnte ein Betrug dann angenommen werden, wenn diese Auslandsgesellschaft zu dem Zweck gegründet wird, den Rechtsverkehr durch ein betrügerisches Geschäftsmodell zu schädigen, und zwar unter Ausnutzung der

⁷¹ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rn. 29; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 139.

⁷² *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Hilf (Hrsg.), EU-Recht – Kommentar, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 134.

⁷³ *Ibid.*, Rn. 135.

⁷⁴ *Eidenmüller*, JZ 2004, 24 (26).

⁷⁵ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Hilf (Hrsg.), EU-Recht – Kommentar, Art. 48 EGV, Rn. 55; *Forsthoff*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 2 Rn. 52.

⁷⁶ *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Gesellschaften, § 3 Rn. 98.

⁷⁷ *Forsthoff*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 2 Rn. 52.

⁷⁸ *Ibid.*, Rn. 49.

⁷⁹ *Schön*, in: Wank, u.a. (Hrsg.), FS Wiedemann, 1271 (1278).

Täuschungsmöglichkeiten, die mit Auslandsgesellschaften verbunden sind.⁸⁰ Allerdings dürfte die Bedeutung des Betrugs als Ausnahme von der Niederlassungsfreiheit gering bleiben, da die Anforderungen an den Nachweis des Betrugs sehr hoch sind.⁸¹ Durch die Vorschriften des deutschen Straf- und Deliktsrecht stünde für diese Fälle bereits ein geeignetes Sanktionsinstrument zur Verfügung.⁸²

3. Rechtfertigungstest des EuGH

Sofern die Niederlassungsfreiheit nicht durch Missbrauch oder Betrug erschlichen wurde, kann sich der Bürger eines Mitgliedstaates auf diese berufen. Den Mitgliedstaaten verbleibt damit nur noch, die Niederlassungsfreiheit zu beschränken. Neben dem generellen Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV) enthalten die Grundfreiheiten allerdings auch ein Beschränkungsverbot.⁸³ Der EuGH hat das Verbot der Beschränkung im Rahmen der übrigen Grundfreiheiten auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften erstreckt.⁸⁴ Nationale Maßnahmen zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit müssen sich an vier notwendigen Zulässigkeitskriterien messen lassen, die der EuGH für alle Grundfreiheiten aufgestellt hat:⁸⁵

- die Maßnahmen müssen im Einzelfall in nicht diskriminierender Weise angewandt werden,
- zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen,
- zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein und
- nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist.

Auf das letztgenannte Kriterium der Erforderlichkeit soll dabei ein besonderes Augenmerk gelegt werden; dieses nimmt aufgrund seiner weiten Fassung auch in der Diskussion innerhalb der Literatur den meisten Platz ein.

a) Diskriminierungsverbot

Die *Inspire Art Ltd.* musste nach Art. 4 Abs. 1 WFBV⁸⁶ als „formell ausländische Gesellschaft“ ein Stammkapital von mindestens 18.000 EUR aufweisen. Da diese Voraussetzung nicht erfüllt war, wurde für den Geschäftsführer eine Haftung für die wirksam begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft angeordnet (Art. 4 Abs. 4 WFBV). Generalanwalt *Alber* ging hinsichtlich dieser Haftung in seinen Schlussanträgen von einer Diskriminierung der Auslandsgesellschaft aus, da das WFBV eine schärfere Sanktion vorgesehen hat, als sie für niederländische Gesellschaften in vergleichba-

⁸⁰ *Eidenmüller*, JZ 2004, 24 (26).

⁸¹ *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7 (9); im Ergebnis auch *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1203/1204).

⁸² *Forsthoff*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 2 Rn. 49.

⁸³ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Hilf (Hrsg.), EU-Recht – Kommentar, Art. 39 EGV, Rn. 36.

⁸⁴ *Kropholler*, IPR, 72; *Unzicker*, Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften, 47.

⁸⁵ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Hilf (Hrsg.), EU-Recht – Kommentar, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 86. Für die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften: EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rn. 34; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 133.

⁸⁶ *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* (Gesetz über formal ausländische Gesellschaften) vom 17. Dezember 1997 (*Staatsblad* 1997, Nr. 697).

rer Situation vorgesehen ist.⁸⁷ Vom EuGH wurde diese Frage nicht beurteilt. Vielmehr hat er die Entscheidung darüber an das vorlegende Gericht zurückverwiesen.⁸⁸ Aus deutscher Sicht verursacht die Erfüllung des Kriteriums des Diskriminierungsverbots allerdings keine besonderen Schwierigkeiten, weil regelmäßig alle beschränkenden Normen unterschiedslos auf In- und Auslandsgesellschaften anwendbar sind.⁸⁹ Ein „Sondergesetz“ für Auslandsgesellschaften ähnlich dem niederländischen WFBV existiert im deutschen Recht nicht.

b) *Zwingendes Allgemeininteresse*

Zur Rechtfertigung einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit von Auslandsgesellschaften wird in Deutschland der Schutz der inländischen Gesellschaftsgläubiger vorgetragen.⁹⁰ Der Gläubigerschutz zählt grundsätzlich auch nach Ansicht des EuGH zum zwingenden Allgemeininteresse.⁹¹ Allerdings ist eine mitgliedstaatliche Regelung dann unzulässig, wenn sie den Gläubigerschutz in unspezifischer und pauschaler Weise verfolgt. Vielmehr darf eine Einschränkung nur dann erfolgen, wenn dies vom Schutzzweck im Einzelfall geboten erscheint.⁹²

c) *Geeignetheit*

Die beeinträchtigende Maßnahme muss geeignet sein, das mit ihr verfolgte zwingende Allgemeininteresse zu schützen. Geeignetheit soll dann ausscheiden, „wenn offensichtlich ist, dass die von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen bzw. erlassenen Regelungen als solche keinen signifikanten Beitrag zur Zielerreichung leisten können“⁹³. Allerdings ist eine mitgliedstaatliche Maßnahme nicht bereits dann ungeeignet, wenn sie ihr angestrebtes Ziel nicht vollständig erreicht.⁹⁴ In der Regel bereitet es keine Schwierigkeiten, die Eignung eines Schutzinstruments zur Verfolgung des Gläubigerschutzes zu bejahen.

d) *Erforderlichkeit*

Abschließend muss eine beschränkende Maßnahme zur Verwirklichung eines bestimmten Schutzanliegens erforderlich sein. In *Centros* gibt der EuGH vor, dass die Maßnahmen die mildesten sein müssen und die Grundfreiheiten nur am geringsten

⁸⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Alber* zur Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Rn. 137, DB 2003, 377 (381). Zustimmend *Geyrhalterl Gänßler*, DStR 2003, 2167 (2168).

⁸⁸ EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 63.

⁸⁹ *Borges*, ZIP 2004, 733 (741); *Fetsch*, Eingriffsnormen und EGV, 125; *Paefgen*, ZIP 2004, 2253 (2256).

⁹⁰ *Ulmer*, JZ 1999, 662 (662); *de Diego*, Niederlassungsfreiheit von Auslandsgesellschaften, 118.

⁹¹ EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Rn 92.

⁹² *Randelzhoferl Forsthoff*, in: *Hilf* (Hrsg.), EU-Recht – Kommentar, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 169; *Lanzius*, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen, 336.

⁹³ *Eidenmüller*, in: *Eidenmüller* (Hrsg.), Ausländische Gesellschaften, § 3 Rn. 26.

⁹⁴ *Randelzhoferl Forsthoff*, in: *Hilf* (Hrsg.), EU-Recht – Kommentar, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 157.

beeinträchtigen dürfen.⁹⁵ Der EuGH sieht eine Regelung bereits dann nicht für erforderlich an, wenn das Ziel auch auf anderem Wege erreicht werden kann. Sofern weniger einschneidende Regelungen zur Zweckverfolgung existieren, sind die Maßnahmen unzulässig.⁹⁶

(1) *Schutz durch das Informationsmodell*

Der EuGH hat entschieden, dass es auf eine Mindestkapitalausstattung als *ex ante*-Schutz nicht ankommt. Vielmehr zieht er den Schutz durch Information vor. Kernpunkt dieses Informationsmodells ist zum einen das Auftreten der Auslandsgeellschaft als solche.⁹⁷ Ferner können sich die Gläubiger auf bestimmte gemeinschaftsrechtliche Schutzregelungen wie die Zweigniederlassungsrichtlinie und Bilanzrichtlinie⁹⁸ berufen. Gerade ein „mündiger“ Gläubiger ist sich der Tatsache bewusst, dass eine ausländische Gesellschaft, die als solche auftritt, einem anderen Rechtssystem entspringt und demzufolge anderen Schutzkonzepten unterliegen könnte. Dem Konzept vom mündigen Gläubiger kann grundsätzlich zugestimmt werden, denn jeder kann sich seine Geschäftspartner selbst aussuchen.

Dieses Modell weist allerdings Schwächen auf. So schützt es nur vertragliche Gläubiger, da von diesen erwartet werden kann, dass sie sich vor Beginn geschäftlicher Verbindungen ausreichend über den künftigen Geschäftspartner informieren. Für deliktische Gläubiger hat dieses Informationsmodell keine Schutzwirkung. Diese Gläubigergruppe hat vor Kontaktaufnahme gerade nicht die Möglichkeit, sich über die Gesellschaft zu informieren.⁹⁹ Allerdings dürfte es selbst für kleinere vertragliche Gläubiger schwierig und kostenintensiv sein, sich Informationen über den Geschäftspartner zu beschaffen. Auch ein Selbstschutz, etwa durch Eigentumsvorbehalt, dürfte schwer durchsetzbar sein. Im Ergebnis handelt es sich bei dem Informationsmodell um ein Instrument, dessen Schutzzweck darin besteht, dass ein potentieller Gläubiger, der wegen der Herkunft der ausländischen Gesellschaft Bedenken hat, nicht mit der Gesellschaft in geschäftlichen Kontakt tritt.

(2) *Schutz durch das ausländische Recht*

Eine Anwendung nationaler Vorschriften (trotz Anwendbarkeit des ausländischen Rechts) ist dann nicht erforderlich, wenn die Vorschriften des ausländischen Rechts ebenfalls dem Schutzzweck Rechnung tragen.¹⁰⁰ Zwar erfordert der EuGH weder ausdrücklich noch implizit eine Schutzlücke, die herrschende Meinung hält diese Lücke

⁹⁵ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rn. 37.

⁹⁶ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Hilf (Hrsg.), EU-Recht – Kommentar, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 158, 159.

⁹⁷ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rn. 36; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 135.

⁹⁸ Vierte Richtlinie (78/660/EWG), ABl. EG Nr. L 222/11 vom 14. August 1978.

⁹⁹ *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618 (1619); *Bayer*, BB 2003, 2357 (2364).

¹⁰⁰ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Hilf (Hrsg.), EU-Recht – Kommentar, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 159; *Unzicker*, Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften, 84.

aber für erforderlich.¹⁰¹ Dabei soll nicht entscheidend sein, mit welchen Mitteln und in welcher Intensität das Gründungsrecht diesen Schutzzweck verfolgt.¹⁰² Eine kumulative Anwendung nationaler Vorschriften ist somit ausgeschlossen, wenn der Gründungsstaat nicht offensichtlich völlig unzureichende Mittel einsetzt. „Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union verfügen sämtlich über ausgefeilte und ausgewogene Rechtsordnungen, so dass nicht damit zu rechnen ist, dass eine dieser Rechtsordnungen als Gründungsrecht ein Ziel, das der EuGH als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkennt, vollkommen vernachlässigen würde.“¹⁰³ Dem folgt mittlerweile auch die (noch spärliche) Rechtsprechung.¹⁰⁴ Entscheidend muss allerdings sein, dass die Vorschriften des ausländischen Rechts tatsächlich auch gegenüber europäischen Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland zum Tragen kommen, d.h. sie müssen anwendungsfähig und -willig sein.¹⁰⁵ Es stellt sich dann aber die Frage, welche ausländischen Normen vom deutschen Gericht berufen werden, wenn für den Gläubigerschutz auf das ausländische Recht verwiesen wird. *Forsthoff/Schulz* schlagen daher eine weite Qualifizierung der ausländischen Schutzinstrumente als Bestandteil des Gesellschaftsstatuts vor.¹⁰⁶ Auf diese Weise könnte sichergestellt werden, dass ausländische Schutzinstrumente komplett, d.h. in ihrer vollen Wirksamkeit, vom deutschen Recht angewendet werden.

4. Sekundärrecht als Rechtfertigung

In *Inspire Art* prüfte der EuGH die Bestimmungen des niederländischen WFBV zuerst an der Zweigniederlassungsrichtlinie. Sofern die Vereinbarkeit der Maßnahmen des WFBV mit der Zweigniederlassungsrichtlinie nicht in Frage gestellt worden war, wurden diese Bestimmungen nicht als Behinderung der Niederlassungsfreiheit angesehen.¹⁰⁷ Auch die Bilanzrichtlinie wurde vom EuGH in diesem Zusammenhang aufgeführt. Die Existenz der Bilanzrichtlinie und der Zweigniederlassungsrichtlinie war ausschlaggebend dafür, dass Gesichtspunkte des Gläubigerschutzes die mitgliedstaatliche Maßnahme nicht rechtfertigen konnten.¹⁰⁸ Dieser Vorgehensweise ist zuzustimmen. Das Sekundärrecht enthält klarere Vorgaben für das nationale Recht als das Primärrecht. Auch wenn Richtlinien als sekundäres Gemeinschaftsrecht unterhalb der

¹⁰¹ *Paefgen*, DB 2003, 487 (491); *Burg*, GmbHR 2004, 1379 (1380); *Schulz*, NJW 2003, 2705 (2707); *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 3 Rn. 41; *Spindler*, *Revista de Derecho de Sociedades* 2004, 65 (77); *de Diego*, *Niederlassungsfreiheit von Auslandsgesellschaften*, 120. A.A. *Borges*, ZIP 2004, 733 (741/742). Nicht eindeutig Position beziehen *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1207); *Fischer*, ZIP 2004, 1477 (1479).

¹⁰² *Eidenmüller*, JZ 2004, 24 (28); *Lanzius*, *Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen*, 342. A.A. ist *Spindler*, der nationales Recht für anwendbar hält, wenn das Recht des Gründungsstaates über das nationale Schutzniveau hinausgeht, *Spindler*, *Revista de Derecho de Sociedades* 2004, 65 (72).

¹⁰³ *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 3 Rn. 61. Im Ergebnis auch *Lanzius*, *Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen*, 342.

¹⁰⁴ AG Bad Segeberg, GmbHR 2005, 884 (885). Auch das LG Stuttgart, NZG 2002, 240 (243) erkannte bereits vor *Inspire Art* an, dass das ausländische Recht ausreichende Schutzmöglichkeiten bereithalten kann.

¹⁰⁵ *Forsthoff*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 2 Rn. 78.

¹⁰⁶ *Forsthoff/Schulz*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 15 Rn. 20.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 58.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rn. 36.

Niederlassungsfreiheit angesiedelt sind, kann davon ausgegangen werden, dass Bereiche, die abschließend¹⁰⁹ durch Sekundärrecht geregelt sind, nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen.¹¹⁰ Selbst Sekundärrechtsakten, die im Hinblick auf die mitgliedstaatlichen Maßnahmen keine spezifischen Regeln enthalten, kann zumindest eine gewisse Bedeutung für die Abwägungsentscheidung zukommen.¹¹¹ Auch die Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO) besitzt im Schnittbereich von Gesellschafts- und Insolvenzrecht eine gehobene Bedeutung, da sie Vorgaben für die internationale Anknüpfung der von ihr erfassten Sachbereiche macht.¹¹²

D. Gläubigerschutz bei europäischen Auslandsgesellschaften

I. Die Gewährleistung des Gläubigerschutzes in unterschiedlichen Rechtskreisen

Grundsätzlich verlangt das Prinzip des Gläubigerschutzes, die Haftungs- und Vermögensstruktur so einzurichten, dass die Gläubiger der Gesellschaft kein unangemessenes Risiko der Nichterfüllung ihrer Forderungen tragen.¹¹³ Dieser besondere Schutzgedanke ist notwendig, da die Gläubiger außerhalb der Gesellschaft stehen und nicht am wirtschaftlichen Erfolg, aber am wirtschaftlichen Risiko der Unternehmung teilhaben.

1. Deutsches Recht

Der Gläubigerschutz bedient sich in Deutschland einer Reihe gesetzlicher, teils auch durch Richterrecht begründeter Institutionen aus unterschiedlichen Rechts- und Regelungsbereichen; eine einheitliche Rechtsmaterie existiert nicht. Vielmehr ist der Gläubigerschutz als ein Prinzip zu verstehen, das die einzelnen Schutzinstrumente funktional unter sich vereint.¹¹⁴ Im deutschen Recht wird dieser Schutz in erster Linie durch gesellschaftsrechtliche Normen bewirkt. Hier sind vor allem die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften zu beachten. Zu nennen sind im Zusammenhang mit dem Kapitalschutzkonzept die Kapitalersatzregeln der §§ 32a, 32b GmbHG. Bei Eingriff in den Vermögensbestand der Gesellschaft oder bei ernsthafter Unterkapitalisierung ist die Anwendung des durch Richterrecht entwickelten Instruments des Haftungsdurchgriffs zu befürchten. Des Weiteren wird dem Gläubigerschutz auch im Falle einer Insolvenz Rechnung getragen. Gerade in diesem Stadium ist es wichtig, die Gläubiger vor überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaften zu schützen und ihnen eine einheitliche Grundlage zur Befriedigung ihrer Ansprüche bereitzustellen. Durch verschiedene Haftungsvorschriften kommt zusätzlich noch das Vertrags- und

¹⁰⁹ Dies für die Zweigniederlassungsrichtlinie bestätigend EuGH, C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 69.

¹¹⁰ *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1207); *Forsthoff*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 2 Rn. 71.

¹¹¹ *Forsthoff*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 2 Rn. 73.

¹¹² *Ibid.*, Rn. 75.

¹¹³ *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, 516.

¹¹⁴ *Ibid.*, 518.

Deliktsrecht ins Spiel. Schließlich dient dem Gläubigerschutz die Pflicht zur Publizität bestimmter Unternehmensdaten durch die Veröffentlichung des Jahresabschlusses und durch Angaben im Handelsregister.

2. Angloamerikanischer Rechtskreis

Im angloamerikanischen Rechtskreis dienen die Vorschriften des Gesellschaftsrechts vorrangig dem Zweck, unternehmerisch handelnden Personen ein breites Angebot rechtlicher Instrumente für eine erfolgreiche und produktive Wirtschaftstätigkeit zur Verfügung zu stellen.¹¹⁵ Das Gesellschaftsrecht ist damit auf die Regelung der inneren Angelegenheiten der Teilhaber und Gesellschaftsorgane ausgerichtet.¹¹⁶ Der Gläubigerschutz ist in allererster Linie der Privatinitiative der Gesellschaftsgläubiger überlassen.¹¹⁷ Vor einem allzu laxen Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen kennen sowohl das US-amerikanische Gesellschaftsrecht als auch das Insolvenzrecht Ausschüttungssperren, die auf der Grundlage einer Solvenzprüfung entweder am erzielten Gewinn oder am Verhältnis von Aktiva und Passiva orientiert sind. Begleitet werden diese Ausschüttungssperren durch eine Geschäftsleiterhaftung für den Fall ihrer Missachtung.¹¹⁸ Auch aus britischer Perspektive ist weniger eine schematische *ex ante*-Prüfung einer ordnungsmäßigen Gesellschaftsgründung erforderlich, sondern maßgeschneiderte *ex post*-Mechanismen der Geschäftsführerhaftung oder der Insolvenzanfechtung. Mit den Worten von *Davies*:¹¹⁹ „The advantages of *ex post* controls are precisely that they set up no unjustifiable barriers to entry into business, and that the legislatively prescribed standards may be precisely tailored to the situations of particular businesses....“ Auch die angloamerikanischen Rechtssysteme verfolgen den Gläubigerschutz; in der technischen Durchsetzung gehen diese allerdings mit *ex post*-Betrachtung einen anderen Weg als das deutsche Recht, welches einen *ex ante*-Schutz zu gewährleisten versucht.

II. Materielle rechtliche Gläubigerschutzinstrumente und deren Anwendung auf europäische Auslandsgesellschaften

Der folgende Abschnitt setzt sich mit konkreten Gläubigerschutzinstrumenten auseinander. Neben den gesellschaftsrechtlichen Kapitalvorschriften sollen vor allem gesetzliche und richterrechtliche Instrumente aus dem Bereich der Gesellschafter- und Geschäftsführerhaftung einer genaueren Betrachtung unterzogen werden. Die persönliche Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern ist sowohl in Sitztheorie-Staaten als auch Gründungstheorie-Staaten ein anerkanntes – wenn auch in der Technik unterschiedlich gehandhabtes – Mittel zur Gewährleistung eines angemessenen Gläubigerschutzes. Darüber hinaus ermöglicht der EuGH in *Centros* den Mit-

¹¹⁵ „...the flexible nature of British company law allows incorporators a very large freedom to create the structures which best suit their needs.“, *Davies*, AG 1998, 346 (346).

¹¹⁶ *Merk*, ZGR 2004, 305 (312); *Schön*, Der Konzern 2004, 162 (162).

¹¹⁷ *Bauer*, Gläubigerschutz, 89; *Merk*, ZGR 2004, 305 (313); *Davies*, AG 1998, 346 (348).

¹¹⁸ *Merk*, ZGR 2004, 305 (314/315).

¹¹⁹ *Davies*, AG 1998, 346 (353).

gliedstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, um Betrügereien zu verhindern. Dabei hebt der EuGH hervor, dass die Maßnahmen sich sowohl gegen die Gesellschaft als auch gegen deren Gesellschafter richten können.¹²⁰ Schlussendlich soll ein weiteres Augenmerk auf das Auftreten der Auslandsgesellschaft und damit einhergehende Besonderheiten gelegt werden.

1. Kapitalvorschriften

a) Mindestkapitalausstattung (§ 5 GmbHG)

Im deutschen Gesellschaftsrecht sind die Kapitalvorschriften elementarer Bestandteil des Gläubigerschutzes. Insbesondere die Aufbringung eines Mindeststammkapitals soll als Korrelat der Haftungsbeschränkung diesem Schutzgedanken Rechnung tragen. Da die Mindestkapitalausstattung Bestandteil des Gesellschaftsrechts ist, ist hierfür das ausländische Gründungsrecht maßgeblich. Eine Anwendung der deutschen Mindestkapitalvorschriften auf europäische Auslandsgesellschaften bedarf daher einer europarechtlichen Rechtfertigung. Die Anwendung scheitert allerdings am Informationsmodell des EuGH und dem damit fehlenden schutzwürdigen Vertrauen auf die Geltung inländischer Vorschriften.¹²¹ Selbst wenn das Informationsmodell bei Deliktsgläubigern nicht zu greifen vermag, scheitert die Anwendung des Mindestkapitalerfordernisses an der fehlenden Wirksamkeit als Gläubigerschutzinstrument. Dies ist mittlerweile in der Literatur anerkannt.¹²² Auch eine von der EU-Kommission eingesetzte Expertengruppe unter Vorsitz des Niederländers *Jaap Winter* ist in ihrem Bericht¹²³ zu dem Schluss gekommen, dass ein Mindestkapitalbetrag keinen Hinweis auf eine angemessene Kapitalausstattung einer Gesellschaft für ihre unternehmerische Tätigkeit bietet. Die einzige Funktion des Mindestkapitals ist die Abschreckung von leichtfertigen Gesellschaftsgründungen.¹²⁴ Insofern scheidet auch das Kriterium der Geeignetheit aus, welches der EuGH allerdings übergangen hat („...ohne weitere Prüfung, ob die Vorschriften über das Mindestkapital als solche einen geeigneten Schutzmechanismus bilden,...“)¹²⁵.

Ebenso wenig ist eine Anwendung der nationalen Mindestkapitalvorschriften aufgrund des Missbrauchs der Niederlassungsfreiheit möglich. Das Umgehen nationaler

¹²⁰ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rn. 38.

¹²¹ EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Rn. 36; Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 135.

¹²² *Schön*, Der Konzern 2004, 162 (165); *Bauer*, Gläubigerschutz, 213; *Eidenmüller/Engert*, GmbHHR 2005, 433 (435); *Merkel*, ZGR 2004, 305 (307); *Grünwald/Noack*, GmbHHR 2005, 189 (189). Die gleichen praktischen Probleme treten auch in anderen europäischen Staaten auf, für Frankreich *Becker*, GmbHHR 2003, 706 (707); für Großbritannien *Davies*, AG 1998, 346 (353); für die Schweiz *Nobel*, AG 1998, 354 (356); für Italien *Spolidoro*, AG 1998, 363 (364).

¹²³ Zweiter Bericht der von der Kommission eingesetzten Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts unter Vorsitz des Holländers *Jaap Winter* (*Winter-Bericht*) vom 4. November 2002 zurück, erhältlich im Internet: <http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_de.pdf> (besucht am 24. Juni 2005).

¹²⁴ *Winter-Bericht*, 88; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 565.

¹²⁵ EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 135.

Kapital- und Haftungsvorschriften durch Verwendung einer Auslandsgesellschaft ist durch die Niederlassungsfreiheit gedeckt.¹²⁶

b) Stammkapitalerhaltung (§§ 30, 31 GmbHG)

§ 30 Abs. 1 GmbHG verbietet die Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der Gesellschaft an den Gesellschafter. Es handelt sich um einen zwingenden Bestandteil des Gesellschaftsrechts, daher ist das Gründungsstatut maßgeblich. Eine Anwendung auf Auslandsgesellschaften muss europarechtlich gerechtfertigt werden. Es fehlt jedoch bereits an einem Bezugspunkt für die Regeln der Kapitalerhaltung, wenn eine Gesellschaft über kein oder nur ein geringes Stammkapital verfügt. Es wäre somit nicht bestimmbar, welches Vermögen vor ungerechtfertigten Ausschüttungen geschützt werden soll.¹²⁷ Im Fall einer Ltd. kennt das englische Recht ebenfalls Ausschüttungssperren. Allerdings knüpfen diese Sperren nicht an ein festes Stammkapital an. So dürfen allein realisierte Gewinne ausgeschüttet werden; nicht realisierte Gewinne und Gewinne, die mögliche Verluste früherer Jahre übersteigen, unterliegen einer Ausschüttungssperre; dagegen verstoßende Zahlungen sind vom Empfänger zurückzuzahlen.¹²⁸ Das englische Kapitalerhaltungsrecht verhindert damit ebenfalls eine unangemessene Kapitalausschüttung. Da der Schutz durch das ausländische Recht ebenfalls gewährleistet wird, ist eine Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG ausgeschlossen.¹²⁹

c) Eigenkapitalersatzrecht

Sofern die Gesellschafter zu einem Zeitpunkt Fremdkapital zuführen, an dem ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft), können sie im Insolvenzverfahren ihren Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens nur als nachrangige Insolvenzgläubiger (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) geltend machen (§ 32a Abs. 1 GmbHG). Unter gewissen Voraussetzungen muss der Gesellschafter ein von der Gesellschaft zurückgezahltes Darlehen erstatten (§ 32b GmbHG). Nach § 135 InsO sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, die dem Gesellschafter im letzten Jahr vor Stellung des Insolvenzantrags eine Befriedigung seiner Forderung aus einem der Gesellschaft gewährten eigenkapitalersetzenden Darlehen gewähren. Darüber hinaus wendet die Rechtsprechung die Rechtsfolgen der §§ 30, 31 GmbHG analog an. Durch die Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens darf das in diesem Zeitpunkt vorhandene Aktivvermögen nicht zu Lasten des zu erhaltenden Stammkapitals verringert werden. Diese Rechtsprechungsgrundsätze sind neben den Regeln der §§ 32a, 32b GmbHG anwendbar.¹³⁰ Aufgrund der verschiedenen Bestandteile des Kapitalersatzrechts ist zur Beantwortung der Frage der Anwendbarkeit auf europäische Auslandsgesellschaften eine differenzierte Betrachtung notwendig.

¹²⁶ *Ibid.*, Rn. 141.

¹²⁷ *Forsthoff/Schulz*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 15 Rn. 33.

¹²⁸ Sec. 263 und 277 Companies Act 1985 (CA 1985).

¹²⁹ *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Gesellschaften, § 4 Rn. 13.

¹³⁰ *Pentz*, in: Schmidt-Leidhoff (Hrsg.), GmbHG – Kommentar, § 32a, Rn. 218.

(1) *Anfechtung* (§ 135 InsO)

Die Anfechtung durch den Insolvenzverwalter ist als Konsequenz der Haftungsverwirklichung von der gesellschaftsrechtlichen Komponente der Kapitalausstattung zu trennen.¹³¹ Diese Norm ist zweifelsfrei als insolvenzrechtlich zu qualifizieren.¹³² Allerdings kann dies dahinstehen, denn speziell für die Rechtslage bei europäischen Auslandsgesellschaften ist die Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO)¹³³ hinzuzuziehen.

Nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO ist für die Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens der Mitgliedstaat zuständig, auf dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. Bei Gesellschaften und juristischen Personen wird widerlegbar vermutet, dass dieser Mittelpunkt der Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist (Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO). Im deutschen Verfahren gilt der Amtsermittlungsgrundsatz, d.h. das Gericht hat von sich aus zu ermitteln, wo der Mittelpunkt der Interessen liegt.¹³⁴ Sofern eine ausländische Gesellschaft mit Gründungssitz im europäischen Ausland ihre wirtschaftliche Tätigkeit im Inland ausübt, ihre tatsächlichen Interessen demzufolge im Inland hat, sind zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens die deutschen Gerichte zuständig. Dieses Vorgehen wird instanzgerichtlich bestätigt.¹³⁵ Nach Art. 4 Abs. 1 EuInsVO ist das Recht des Staates anwendbar, in welchem das Verfahren eröffnet wird. Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Deutschland ist als *lex fori concursus* deutsches Insolvenzrecht anwendbar. Insofern bestimmt sich das Insolvenzstatut unabhängig vom Gesellschaftsstatut nach eigenen Regeln.¹³⁶ Daher wird das Insolvenzrecht europarechtlich als „sicherster Hafen“ betrachtet. Sofern ein Haftungstatbestand als Bestandteil des deutschen Insolvenzrechts qualifiziert werden kann, könnte dieser mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sein, da er über Sekundärrecht geregelt wird.

Art. 4 Abs. 2 S. 2 lit. m) EuInsVO unterwirft die Frage nach der Anfechtung von Rechtshandlungen der *lex fori concursus*. Sofern Deutschland nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens zuständig ist, ist § 135 InsO auf europäische Auslandsgesellschaften anwendbar. Allerdings kommt eine Anwendung von § 135 InsO nur dann in Betracht, wenn die betreffende ausländische Rechtsordnung ebenfalls ein Darlehen dem haftenden Eigenkapital gleichstellt und daran die Möglichkeit einer Anfechtung anknüpft. Sofern dies im Recht des anderen Mitgliedstaates nicht vorgesehen ist, ist eine Anwendung von § 135 InsO auf Auslandsgesellschaften nach Art. 13 EuInsVO unzulässig. Im Ergebnis kann also festgehalten werden, dass, sofern der Gründungsstaat ein gleichartiges Anfechtungsrecht kennt, eine Anwendung von § 135 InsO möglich ist und die Niederlassungsfreiheit dadurch nicht beeinträchtigt wird.

¹³¹ *Lanzius*, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen, 257.

¹³² A.A. *Wachter*, GmbHR 2004, 88 (101); *Paefgen*, ZIP 2004, 2253 (2261).

¹³³ Verordnung Nr. 1346/2000, ABl EG Nr. L 160/1 vom 30. Juni 2000. Aufgabe der EuInsVO ist die Koordinierung internationaler Insolvenzen, eine Vereinheitlichung der einzelstaatlichen materiellen Insolvenzrechte erfolgt durch sie nicht.

¹³⁴ *Smid*, Internationales Insolvenzrecht, Art 3 EuInsVO Rn. 13; *Müller*, NZG 2003, 414 (415).

¹³⁵ AG Hamburg., NJW 2003, 2835 (2835/2836); AG Duisburg, IPRax 2005, 151 (151).

¹³⁶ *Lanzius*, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen, 223.

(2) *Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbHG analog)*

Für die Rechtsprechungsgrundsätze der analogen Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG gilt das oben bereits Gesagte. Eine Anwendung auf europäische Auslandsgesellschaften ist ausgeschlossen, weil diese Grundsätze untrennbar mit dem Festkapitalkonzept des GmbH-Rechts zusammenhängen¹³⁷ und das ausländische Recht in der Regel eigene Ausschüttungsbestimmungen kennt.

(3) *Umqualifizierung (§§ 32a, 32b GmbHG)*

Die Ausstattung der Gesellschaft mit Kapital, sei es Eigen- oder Fremdkapital, liegt in der (Finanzierungsfolgen-)Verantwortung der Gesellschafter.¹³⁸ Zum Zeitpunkt der Kapitalausstattung ist noch kein Insolvenzverfahren eröffnet worden. Insofern ist zu diesem Zeitpunkt einzig und allein das Gesellschaftsstatut ausschlaggebend.¹³⁹ Eine Durchbrechung bedarf im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit einer Rechtfertigung, welche für die Umwandlung von nicht haftendem Fremdkapital in haftendes Eigenkapital schwer fallen wird.¹⁴⁰

(4) *Nachrangigkeit im Insolvenzverfahren (§ 39 InsO)*

Auch § 39 InsO betrifft die Haftungsverwirklichung der Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter. Art. 4 Abs. 2 S. 2 lit. i) EuInsVO bestimmt, dass sich die Frage nach dem Rang von Forderungen nach der *lex fori concursus* bestimmt. Dem deutschen Recht ist freigestellt, welche Forderungen es einer Nachrangigkeit unterwirft; eine Prüfung an der Niederlassungsfreiheit wäre demnach nicht notwendig.¹⁴¹ *Forsthoff/Schulz* unterwerfen allerdings auch die Umqualifizierung nach § 32a GmbHG der autonomen Entscheidung des deutschen Rechts.¹⁴² Dies ist in gewisser Weise nachvollziehbar, denn ohne die Umqualifizierung in Eigenkapital begründet sich keine Nachrangigkeit. Es ist aber zu bezweifeln, ob der EuGH die Umqualifizierung für zulässig erachtet.

(5) *Ergebnis*

Bezüglich der Anwendbarkeit des Kapitalersatzrechts auf Auslandsgesellschaften bleibt an dieser Stelle auf baldige eindeutige Entscheidungen durch Gesetzgeber oder

¹³⁷ *Röhricht*, ZIP 2005, 505 (512).

¹³⁸ *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 9 Rn. 43.

¹³⁹ *Borges*, ZIP 2004, 733 (743); *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 9 Rn. 42/43; *Riedemann*, GmbHR 2004, 345 (349); *Müller*, NZG 2003, 414 (417). A.A. *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1207); *Fischer*, ZIP 2004, 1477 (1480), welche die §§ 32a, 32b GmbHG im Ergebnis als insolvenzrechtlich einordnen.

¹⁴⁰ *Riedemann*, GmbHR 2004, 345 (349); *Forsthoff/Schulz*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 15 Rn. 40; *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 9 Rn. 44. A.A. *Altmepfen/Wilhelm*, DB 2004, 1083 (1088).

¹⁴¹ *Forsthoff/Schulz*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 15 Rn. 44.

¹⁴² *Ibid.*, Rn. 45.

Rechtsprechung zu hoffen. M.E. ist das Kapitalersatzrecht nicht auf europäische Auslandsgesellschaften anwendbar. Zwar sind Nachrangigkeit und Anfechtungsrecht nach der EuInsVO anwendbar, ohne die zugrunde liegende Umqualifizierung, die europarechtlich nicht haltbar ist, stellt sich allerdings die Frage, welche gläubigerschützende Funktion diese noch besitzen. *Huber/Habersack* stellen daher in einem Beitrag Thesen zu einer möglichen Reform des Eigenkapitalersatzrechts auf.¹⁴³

2. Durchgriffshaftung auf den Gesellschafter

Im Recht der GmbH gilt grundsätzlich das Trennungsprinzip. Dies bedeutet, dass die Gesellschaft als juristische Person und die an ihr beteiligten Gesellschafter streng voneinander getrennt werden müssen. Dieses Trennungsprinzip gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Ausnahmsweise ist ein Durchgriff auf den hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter zulässig.¹⁴⁴ Aus den Fallgruppen, bei denen eine Durchgriffshaftung auf die Gesellschafter in Frage kommen kann, sind zu nennen: Sphärenvermischung, Vermögensvermischung, Existenzvernichtungshaftung (als Ablösung der Haftung im qualifiziert-faktischen GmbH-Konzern) und materielle Unterkapitalisierung.¹⁴⁵ Da Sphärenvermischung und Vermögensvermischung in Literatur und Rechtsprechung keine große Bedeutung erlangt haben, soll nur auf die beiden letztgenannten Fallgruppen eingegangen werden.

Zur Fallgruppe der Haftung wegen existenzvernichtendem Eingriff sagt der BGH, dass der Schutz einer anhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingeschafters auf die Erhaltung ihres Stammkapitals und die Gewährleistung ihres Bestandsschutzes gerichtet sei.¹⁴⁶ Weiterhin bejahte der BGH einen existenzvernichtenden Eingriff, wenn auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht die gebotene Rücksicht genommen wird.¹⁴⁷ Durch weitere Rechtsprechung findet mittlerweile eine Konkretisierung der Anwendungsvoraussetzungen der Existenzvernichtungshaftung statt.¹⁴⁸

Von materieller Unterkapitalisierung wird gesprochen, „wenn das Eigenkapital nicht ausreicht, um den nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Geschäftstätigkeit unter Berücksichtigung der Finanzierungsmethoden bestehenden, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden mittel- oder langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen“¹⁴⁹. Es handelt sich hierbei nicht um eine Haftung aufgrund des Zustands der materiellen Unterkapitalisierung, sondern um eine Haftung aufgrund des Verhal-

¹⁴³ *Huber/Habersack*, BB 2006, 1 (1 ff.).

¹⁴⁴ So z.B. vorgenommen vom BGH, ZIP 1985, 1263; BGH, ZIP 1989, 440; BGH, ZIP 1991, 1354; BGH, ZIP 1993, 589; BGH, ZIP 2001, 1874 und BGH, ZIP 2002, 1578.

¹⁴⁵ *Siebert*, Durchgriffshaftung, 105; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 233; *Jula*, GmbH-Gesellschafter, 258. Die Einteilungen werden allerdings nicht in völliger Übereinstimmung vorgenommen; dies kann für die weitere Betrachtung außen vor bleiben.

¹⁴⁶ BGH, ZIP 2001, 1874 (1874).

¹⁴⁷ BGH, NZG 2002, 914 (915). Weitere Voraussetzung ist, dass der Vermögensentzug nicht durch §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden konnte.

¹⁴⁸ BGH, NZG 2002, 520; BGH, ZIP 2005, 117; BAG, ZIP 2005, 1174; BGH, ZIP 2005, 250; OLG Rostock, DZWIR 2004, 249, das anschaulich die Voraussetzung einer Haftung wegen existenzvernichtendem Eingriffs darstellt.

¹⁴⁹ *Ulmer*, in: *Ulmer* (Hrsg.), GmbHG – Kommentar, Anh. § 30, Rn. 16.

tens der Gesellschafter, nämlich dem missbräuchlichen Umgang mit der unterkapitalisierten GmbH im Krisenfall.¹⁵⁰

Auf der Rechtsfolgenseite der Durchgriffshaftung herrscht in der Rechtsprechung kein einheitliches Konzept. Im Fall eines existenzvernichtenden Eingriffs hat der BGH einen Durchgriff auf den Gesellschafter bejaht.¹⁵¹ Daneben hält er aber auch eine Haftung aus § 826 BGB für möglich.¹⁵² Im Falle einer materiellen Unterkapitalisierung steht die Rechtsprechung einer Durchgriffshaftung allerdings restriktiv gegenüber.¹⁵³ Ein Direktanspruch wird vielmehr auf § 826 BGB gestützt¹⁵⁴ bzw. zumindest in Erwägung gezogen, wenngleich die Voraussetzungen im konkreten Fall nicht vorliegen haben.¹⁵⁵

a) Kollisionsrechtliche Einordnung

Die Durchgriffshaftung ist gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren. Nur das Gesellschaftsstatut kann Ausgangspunkt für die Frage sein, ob die Trennung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen durchbrochen wird. Dies entspricht auch der herrschenden Meinung.¹⁵⁶ Daher ist zwingend ausländisches Recht anzuwenden. Der BGH hat dies in zwei Entscheidungen bestätigt. In seinem Urteil vom 14. März 2005 hat er in einem *obiter dictum* entschieden, dass das Gesellschaftsstatut der ausländischen Gesellschaft einen Haftungsdurchgriff bestimmt und sich Gläubiger auf ausländisches materielles Recht berufen können.¹⁵⁷ Alternativ könne sich ein Gläubiger auch auf deutsches Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) stützen. In einem Urteil zur Frage der Anwendung der Durchgriffshaftung auf Gesellschafter einer US-amerikanischen Inc. entschied der BGH mit ähnlicher Argumentation.¹⁵⁸ Nach Art. XXV Abs. 5 S. 2 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika (FHSV)¹⁵⁹ sind US-amerikanische Gesellschaften nach wirksamer Errichtung in den USA auch als solche in Deutschland anzuerkennen. Daher soll sich die Haftung von Gesellschaftern für Verbindlichkeiten einer US-amerikanischen Inc. jedenfalls dann nach dem Gründungsrecht richten, wenn die Gesellschaft geschäftliche Aktivitäten auch in den USA

¹⁵⁰ Hölzle, ZIP 2004, 1729 (1733).

¹⁵¹ BGH, NZG 2002, 914 (915); BGH, ZIP 2001, 1874 (1876).

¹⁵² BGH, NZG 2002, 914 (914); BGH, NZG 2002, 520 (522).

¹⁵³ Eckhold, Unterkapitalisierung, 301.

¹⁵⁴ BGH, NJW 1979, 2104 (2104).

¹⁵⁵ BGHZ 68, 312 (317); BAG, ZIP 1999, 878 (879).

¹⁵⁶ In Auswahl: Kropholler, IPR, 567; Paefgen, DB 2003, 487 (490); Spindler/Berner, RIW 2004, 7 (11); Burg, GmbHR 2004, 1379 (1379); Ulmer, JZ 1999, 662 (665). Aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung LG Stuttgart, NZG 2002, 240 (243); AG Bad Segeberg, GmbHR 2005, 884 (885). Für eine insolvenzrechtliche Qualifikation, Wackerbarth, ZIP 2005, 877 (885/886); Goette, DStR 2005, 197 (200/201). Eine deliktsrechtliche Qualifikation nehmen vor Bayer, BB 2003, 2357 (2365); Zimmer, NJW 2003, 3585 (3588/3589); Dierksmeier, BB 2005, 1516 (1520).

¹⁵⁷ BGH, GmbHR 2005, 630 (631). Auch das LG Hannover kam bereits 2003 zu dem Schluss, dass „die Haftungsbeschränkung der englischen Gesellschaft in Deutschland bestehen bleiben und die Haftung der Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft grundsätzlich ausgeschlossen sein [dürfte]“, LG Hannover, NZG 2003, 1072 (1072).

¹⁵⁸ BGH, IPRax 2005, 339.

¹⁵⁹ BGBl. 1956 I, 488 (500).

entfaltet (sog. *genuine link*).¹⁶⁰ Es könne auf dort geregelte Durchgriffstatbestände (*piercing the corporate veil*) zurückgegriffen werden.¹⁶¹ Diese Argumentation lässt sich ohne Schwierigkeiten auch auf europäische Sachverhalte übertragen. Der BGH weist in beiden Urteilen auf die vergleichbare Rechtslage von Gesellschaften unter dem Schutz des FHSV und Gesellschaften unter dem Schutz der Niederlassungsfreiheit hin.¹⁶² Zwar ist im Gegensatz zum *genuine link* bei US-amerikanischen Gesellschaften nach Rechtsprechung des EuGH für europäische Gesellschaften eine geschäftliche Tätigkeit im Gründungsstaat nicht notwendig, das Personalstatut richtet sich aber auch bei einer europäischen Gesellschaft grundsätzlich nach dem Gründungsrecht. So bliebe für eine Durchgriffshaftung nach deutschem Recht kein Spielraum mehr. Der BGH wies darauf hin, dass das vorinstanzliche OLG selbst das relevante US-amerikanische Recht feststellen kann.¹⁶³

b) Anwendbarkeit auf europäische Auslandsgesellschaften

(1) Missbrauchs Ausnahme

Eine Anwendung der Durchgriffshaftung auf Auslandsgesellschaften könnte dann zulässig sein, wenn sich ein Staatsbürger die Niederlassungsfreiheit missbräuchlich „erschlichen“ hat. Die Missbrauchs Ausnahme ist an dieser Stelle deswegen von Interesse, da das OLG Rostock den Missbrauch der Rechtsform der GmbH als Tatbestandsmerkmal der Existenzvernichtungshaftung festgelegt hatte.¹⁶⁴ Allerdings ist zu unterscheiden zwischen europarechtlichem Missbrauch der Niederlassungsfreiheit und materiellrechtlichem Missbrauch der Rechtsform der GmbH. Die Vermischung dieser beiden Missbrauchs begriffe zeigt ein Urteil des AG Hamburg.¹⁶⁵ Das Gericht berief sich auf die Missbrauchs Ausnahme des EuGH um ein missbräuchliches Verhalten mit dem Haftungsdurchgriff zu sanktionieren.¹⁶⁶ Gerade ein Missbrauch der Niederlassungsfreiheit fand allerdings nicht statt. Vielmehr ist die Sachverhaltsgestaltung unter Verwendung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung als missbräuchlich anzusehen.¹⁶⁷ Das Geschäftskonzept der Ltd. als Schuldnerin und einer weiteren, vom Geschäftsführer der Ltd. faktisch geleiteten GmbH basierte auf einer Trennung von Forderungen und Verbindlichkeiten. Die Einnahmen standen nahezu ausnahmslos der GmbH zu, während die Ltd. als sog. Aschenputtel-Gesellschaft für die Mehrzahl der Rechnungen haftete und die Arbeitnehmer beschäftigte. Dass statt einer GmbH eine Scheinauslandsgesellschaft mit geringem Startkapital verwendet wurde, stellt dem EuGH nach noch keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit dar.¹⁶⁸ Insofern hätte

¹⁶⁰ BGH, IPRax 2005, 339 (340).

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² BGH, IPRax 2005, 339 (340); BGH, GmbHR 2005, 630 (631).

¹⁶³ BGH, IPRax 2005, 339 (340).

¹⁶⁴ OLG Rostock, DZWIR 2004, 249 (249).

¹⁶⁵ AG Hamburg, NJW 2003, 2835.

¹⁶⁶ AG Hamburg, NJW 2003, 2835 (2836).

¹⁶⁷ *Mockl/Schildt*, NZI 2003, 444 (444/445); *Hirte*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 1 Rn. 67; *Lanzius*, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen, 337.

¹⁶⁸ *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Gesellschaften, § 3 Rn. 102.

das AG Hamburg die Niederlassungsfreiheit beachten und eine Beschränkung dieser rechtfertigen müssen.

Darüber hinaus nahm das AG Hamburg an, dass bereits die Tatsache der fehlenden Kapitalausstattung ein Indiz für einen Rechtsmissbrauch bzw. einen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* darstellen kann.¹⁶⁹ Ein Verstoß gegen den *ordre public* würde verkennen, dass die Grundfreiheiten Bestandteil der deutschen Ordnung sind.¹⁷⁰ Allerdings bejaht auch das LG Stuttgart eine Durchgriffshaftung wegen offensichtlicher Unterkapitalisierung.¹⁷¹ Dieser Betrachtung schließt sich ein Teil der Literatur an.¹⁷² Dem kann allerdings nicht gefolgt werden. Das AG Bad Segeberg sieht von einer Anwendung der Durchgriffshaftung ab, da eine Mindestkapitalausstattung nach englischem Recht nicht notwendig ist.¹⁷³ Aus deutscher Sicht (mit dem Betrag von 25.000 EUR im Hinterkopf) wäre jede Ltd. von vornherein unterkapitalisiert. Wenn gesetzlich ein Mindestkapital nicht vorgeschrieben ist, könnte mittels eines möglichen künftigen Haftungsdurchgriffs faktisch doch erzwungen werden, dass ein Gründer die Gesellschaft mit Haftungskapital ausstattet. Insofern führt eine materielle Unterkapitalisierung als Missbrauch zu keinem Durchgriff auf den Gesellschafter einer ausländischen Gesellschaft.

(2) Rechtfertigungstest des EuGH

Da zwingend das ausländische Recht einen Haftungsdurchgriff auf den Gesellschafter bestimmt, muss eine Sonderanknüpfung für die deutsche Durchgriffshaftung europarechtlich an den vier vom EuGH aufgestellten Kriterien gerechtfertigt werden. Während die Kriterien Diskriminierungsverbot, zwingendes Allgemeininteresse und Geeignetheit wenig Kopfzerbrechen bereiten, wirft die Frage der Erforderlichkeit einige Schwierigkeiten auf. Ein Teil der Literatur bejaht die Erforderlichkeit, allerdings ohne eine überzeugende Begründung mitzuliefern.¹⁷⁴ Eine Anwendung eines deutschen Haftungsdurchgriffs kann vielmehr nur dann möglich sein, wenn das ausländische Recht keinen ausreichenden Schutz gewährleisten kann.¹⁷⁵ So existiert beispielsweise im englischen Recht die Möglichkeit des *lifting the corporate veil*.¹⁷⁶ Zu nennen ist als echter Durchgriffsfall das *corporate veil argument*, welches mit dem deutschen Institutsmissbrauch vergleichbar ist („...when the corporate structure is a mere façade concealing the true facts...“)¹⁷⁷ und im Wesentlichen Missbrauchs- und Betrugsfälle in

¹⁶⁹ AG Hamburg, NJW 2003, 2835 (2836).

¹⁷⁰ Weller, IPRax 2003, 520 (523). Vgl. Abschnitt C.I.1.

¹⁷¹ LG Stuttgart, NZG 2002, 240 (243).

¹⁷² Brand, JR 2004, 89 (92).

¹⁷³ AG Bad Segeberg, GmbHR 2005, 884 (885); Wachter, GmbHR 2004, 88 (91); Schall, ZIP 2005, 965 (972); Eidenmüller, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Gesellschaften, § 3 Rn. 104.

¹⁷⁴ Paefgen, DB 2003, 487 (491); Borges, ZIP 2004, 733 (743); Ulmer, JZ 1999, 662 (665).

¹⁷⁵ Eidenmüller, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Gesellschaften, § 4 Rn. 26; Forsthoff/Schulz, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 15 Rn. 70.

¹⁷⁶ Eine Übersicht zu den möglichen Fallgruppen bietet Höfling, Englisches Gesellschaftsrecht, 174/175.

¹⁷⁷ Davies, Company Law, 171.

Zusammenhang mit der Rechtsform einer Gesellschaft umfassen soll.¹⁷⁸ Ein Durchgriff im Sinne der deutschen Tatbestände Unterkapitalisierung oder Existenzvernichtung findet im britischen Recht aber praktisch nicht statt; vielmehr wird eine insolvenzrechtliche Lösung bevorzugt. So wird im Wesentlichen das *wrongful trading*, aber auch die Möglichkeit der *directors disqualification* zur Haftung herangezogen.¹⁷⁹ Trotz unterschiedlicher technischer Herleitung ist der Gläubiger einer Ltd. durch die englischen Vorschriften nicht weniger geschützt. So ist auch die bereits erwähnte Entscheidung des BGH zu interpretieren, in welcher er Gläubiger auf das materielle englische Recht verweist, um eine Haftung des Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu begründen.¹⁸⁰ Eine Anwendung des deutschen Haftungsdurchgriffs ist im Ergebnis nicht zu rechtfertigen.

c) *Haftung nach § 826 BGB als Lösung?*

Bei den bisherigen Urteilen zur Haftung wegen Existenzvernichtung und materieller Unterkapitalisierung spielte § 826 BGB als alleinige oder neben dem Durchgriff als parallele Anspruchsnorm eine erhebliche Rolle. Auch in der Literatur gibt es Stimmen, die eine Anwendung von § 826 BGB vorziehen, um den Unsicherheiten, die mit der Anwendung der Durchgriffshaftung als gesellschaftsrechtlichem Schutzinstrument verbunden sind, zu entgehen.¹⁸¹ So hätte beispielsweise das AG Hamburg im zugrunde liegenden Sachverhalt prüfen können, ob die Gläubiger gegenüber dem Gesellschafter einen Anspruch aus § 826 BGB gehabt hätten. Die Ltd. als Aschenputtel-Gesellschaft hatte keine Möglichkeit, als selbständiger Haftungsträger zu bestehen; ihr lag von vornherein kein betriebswirtschaftlich vertretbares Unternehmenskonzept zugrunde. Bei Gesellschaften dieser Art stellt sich nicht die Frage nach dem „Ob“ der Insolvenz, sondern nach dem „Wann“ der Insolvenz.¹⁸² Eine Haftung des Gesellschafters nach § 826 BGB könnte im Fall von Aschenputtel-Gesellschaften also begründet werden.¹⁸³

Ähnliches könnte für folgenden (inländischen) Fall gelten, mit dem sich der BGH beschäftigte.¹⁸⁴ Der Gerichtshof hat die Haftung eines GmbH-Gesellschafters und einer von diesem beherrschten Schwestergesellschaft der GmbH gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aus § 826 BGB bejaht, sofern „sie der GmbH planmäßig deren Vermögen entziehen und es auf die Schwestergesellschaft verlagern, um den Zugriff der Gesellschaftsgläubiger zu verhindern und auf diese Weise das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen ohne Rücksicht auf die entstandenen Schulden fortführen zu können“¹⁸⁵. Dieser rein innerdeutsche Fall dürfte sich ebenso darstellen, wenn die Handelnden und Beteiligten etwa ausländische Gesellschaften und deren Gesellschaf-

¹⁷⁸ *Höfling*, *Englisches Gesellschaftsrecht*, 177.

¹⁷⁹ *Schall*, ZIP 2005, 965 (972); *Mockl/Schildt*, NZI 2003, 444 (444/445); *Höfling*, *Englisches Gesellschaftsrecht*, 180.

¹⁸⁰ BGH, GmbHR 2005, 630 (631).

¹⁸¹ *Borges*, ZIP 2004, 733 (740).

¹⁸² *Lanzius*, *Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen*, 307.

¹⁸³ *Forsthoff/Schulz*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 15 Rn. 74.

¹⁸⁴ BGH, NZG 2004, 1107.

¹⁸⁵ *Ibid.*, 1107, 1. Leitsatz.

ter oder organschaftliche Vertreter sind.¹⁸⁶ Laut *Eidenmüller* könnte für den Fall, der dem BGH in seiner Entscheidung vom 14. März 2005 vorlag, eine Haftung nach § 826 BGB nicht auszuschließen sein, sofern der Beklagte als Gesellschafter und Geschäftsführer die Insolvenz der Ltd. durch einen Vermögensabzug in sittenwidriger Weise herbeiführte.¹⁸⁷ Insofern könnte in Einzelfällen mit bewusster Gläubigerschädigung eine Haftung nach § 826 BGB der gangbarere Weg sein.¹⁸⁸ Für eine Anwendung von § 826 BGB spricht außerdem, dass das Trennungsprinzip nicht durchbrochen wird. Methodisch handelt es sich bei § 826 BGB nicht um einen Durchgriff, sondern um einen deliktischen Auffangtatbestand.¹⁸⁹

Es gibt ebenfalls Stimmen, die für eine materielle Unterkapitalisierung eine Haftung nach § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB nicht ausschließen,¹⁹⁰ „wenn Gesellschafter die GmbH mit eindeutig unzureichendem Kapital ausstatten und dadurch eine einseitige Risikoverlagerung zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger bewirken“.¹⁹¹ Zwar hat dies der BGH bereits für Inlandsfälle bejaht, im Fall von Auslandsgesellschaften, insbesondere der Ltd. oder der französischen SARL, läuft diese Haftung allerdings ins Leere, denn wo kein Mindestkapital existiert, kann keine Haftung wegen Unterkapitalisierung angeordnet werden. Zur Anwendbarkeit von § 826 BGB auf Auslandsgesellschaften wird auf die Abschnitte D.II.4.c) und d) verwiesen.

3. Haftung des Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG)

Das Funktionieren des Insolvenzrechts setzt voraus, dass das Insolvenzverfahren rechtzeitig eröffnet wird. Nach deutschem Sachrecht können die Gläubiger und die Geschäftsführer einer GmbH die Eröffnung beantragen (§§ 14, 15 InsO). Gleichzeitig wird der Geschäftsführer einer GmbH verpflichtet, bei Eintritt eines Insolvenzgrundes unverzüglich den Insolvenzantrag zu stellen (§ 64 Abs. 1 GmbHG). Er haftet für das nicht rechtzeitige Stellen des Insolvenzantrags der Gesellschaft auf Schadenersatz nach Art. 64 Abs. 2 GmbHG, den Gläubigern gegenüber deliktisch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG. Grundsätzlich gehört die Haftung von Geschäftsführern – wie die Haftung der Gesellschafter – zur Organisationsstruktur der Gesellschaft und damit zu deren Identität als solche.¹⁹² Entscheidend für die Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung auf Auslandsgesellschaften dürfte daher die Frage sein, ob es sich hierbei um eine gesellschaftsrechtliche Norm handelt oder nicht. Die Literatur beschäftigte sich bereits ausführlich mit dieser Frage; zu einer einheitlichen Ansicht ist sie allerdings bisher nicht gelangt.

¹⁸⁶ *Goette*, DStR 2005, 197 (199).

¹⁸⁷ *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618 (1620).

¹⁸⁸ *Hirte*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 1 Rn. 67.

¹⁸⁹ *Kiethe*, NZG 2005, 333 (333).

¹⁹⁰ *Borges*, ZIP 2004, 733 (740); *Forsthoff/Schulz*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 15 Rn. 65.

¹⁹¹ *Ulmer*, in: *Ulmer* (Hrsg.), *GmbHG – Kommentar*, Anh. § 30, Rn. 32.

¹⁹² *Forsthoff/Schulz*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 15 Rn. 77.

a) *Die Insolvenzantragspflicht als Vorfrage*

(1) *Kollisionsrechtliche Einordnung*

Wesentliches Argument für die Zuordnung der Insolvenzantragspflicht zum Gesellschaftsrecht soll sein, dass es sich um eine organisationsrechtliche Pflicht des Geschäftsführers und damit um ein zentrales Instrument der Unternehmensführung und -kontrolle handelt.¹⁹³ *Mock/Schildt* führen an, dass der Gesetzgeber die Antragspflicht nur für Kapitalgesellschaften angeordnet hat; daher sei eine gesellschaftsrechtliche Einordnung vorzunehmen.¹⁹⁴ In der Tat existiert keine Antragspflicht für Personengesellschaften. In der Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaften, die zweifelsohne Komponente des Gesellschaftsrechts ist, liegt demnach der Grund für die gesetzlich normierte Insolvenzantragspflicht.

Allerdings regelt die Antragspflicht als „insolvenzspezifische Geschäftsführerpflicht“¹⁹⁵ auch die Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr. Hier hat die Sicherung der Einleitung des Insolvenzverfahrens ihren Schwerpunkt im Verkehrsschutz und gehört damit zum Insolvenzstatut.¹⁹⁶ Dies entspricht auch der herrschenden Meinung, welche die Antragspflicht aufgrund ihres materiellen Sinn und Zwecks insolvenzrechtlich einordnet.¹⁹⁷ Zum einen schützt die Antragspflicht die Altgläubiger vor einer weiteren Verringerung der zur Befriedigung ihrer Ansprüche zur Verfügung stehenden Haftungsmasse, zum anderen sollen Neugläubiger davor bewahrt werden, mit einer Not leidenden Gesellschaft unter Unkenntnis deren wahren wirtschaftlichen Lage in Kontakt zu treten und mehr oder weniger wertlose Ansprüche zu erwerben.¹⁹⁸ Für eine insolvenzrechtliche Einordnung spricht außerdem, dass das Insolvenzverfahren in Deutschland in jedem Fall nur durch Antrag eröffnet werden kann (§ 13 Abs. 1 InsO). Neben den Antragsrechten nach den §§ 14, 15 InsO existiert eine Pflicht zur Stellung des Antrags. Konsequenterweise wurde diese Antragspflicht mit der Person des Geschäftsführers verknüpft, da nur er über entsprechende Kenntnisse der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft verfügt. Beide Ansichten weisen überzeugende Argumente auf, jedoch spricht die Funktion der Antragspflicht als „Eröffner“ des Insolvenzverfahrens für eine insolvenzrechtliche Qualifikation.

(2) *Anwendbarkeit auf europäische Auslandsgesellschaften*

Nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EuInsVO bestimmt der zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens ermächtigte Staat, nach welchen Voraussetzungen dieses Verfahren eröffnet wird. Eine Anwendung der Insolvenzantragspflicht als Bestandteil der *lex fori concursus*

¹⁹³ *Winter-Bericht*, 73; *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1207); *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7 (11/12).

¹⁹⁴ *Mock/Schildt*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 16 Rn. 36.

¹⁹⁵ *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, Rn. 30.69.

¹⁹⁶ *Borges*, ZIP 2004, 733 (736).

¹⁹⁷ *Müller*, NZG 2003, 414 (416); *Zimmer*, NJW 2003, 3585 (3589); *Leutner/Langner*, ZInsO 2005, 575 (576); *Wachter*, GmbHR 2004, 88 (101); *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618 (1620); *Habersack/Verse*, ZHR 2004, 174 (207).

¹⁹⁸ *Eidenmüller*, in: *Eidenmüller* (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 9 Rn. 26.

auf europäische Auslandsgesellschaften ist möglich.¹⁹⁹ Wie bereits hergeleitet wurde, wird durch die Anwendung der EuInsVO die Niederlassungsfreiheit nicht beschränkt.

b) *Anwendbarkeit der Insolvenverschleppungshaftung auf europäische Auslandsgesellschaften*

Da die Insolvenverschleppungshaftung einen Verstoß gegen die Antragspflicht sanktioniert, wird in der Literatur – entsprechend der Einordnung der Insolvenzantragspflicht – sowohl eine gesellschaftsrechtliche²⁰⁰ als auch eine insolvenzrechtliche²⁰¹ Qualifizierung vorgenommen. Möglich wäre auch, auf das Deliktsstatut abzustellen, da die Haftung wegen Insolvenverschleppung nach deutschem Recht auf eine deliktische Norm – § 823 Abs. 2 BGB – gestützt wird.²⁰²

Die Lösung der Frage, ob die an die Antragspflicht anknüpfende Verschleppungshaftung auf Auslandsgesellschaften anwendbar ist, bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Auch die EuInsVO liefert diesmal keinen Hinweis, da sie keinerlei Angaben zu möglichen Haftungstatbeständen macht. Das AG Bad Segeberg schließt eine Anwendung der Insolvenverschleppungshaftung auf englische Gesellschaften aus, da das dortige Recht mit den Instrumenten des *wrongful trading* und des *fraudulent trading* einen umfassenden Gläubigerschutz gewährleistet.²⁰³ Auch der BGH entschied, dass sich die Haftung des Geschäftsführers für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach dem Personalstatut der Gesellschaft richtet.²⁰⁴ Allerdings bereitet der Hinweis des BGH auf die deliktsrechtlichen Tatbestände gewisse Bedenken. Da die Insolvenverschleppungshaftung auf § 823 Abs. 2 BGB basiert, kommt einer deliktsrechtlichen Einordnung des gesamten Haftungsinstruments eine erhöhte Bedeutung zu. Die Verschleppungshaftung ergibt sich aber immer nur aus der zugrunde liegenden Antragspflicht; losgelöst von dieser kann sie also nicht greifen. Die Qualifikation der Verschleppungshaftung muss somit an der Qualifikation der Antragspflicht orientiert werden.

Zwar dürfte das englische *wrongful trading* funktionell der deutschen Antragspflicht ähneln, denn es verlangt vom Direktor, die Gesellschaft zu sanieren oder zu liquidieren.²⁰⁵ Die Beurteilung, inwieweit dieser Vergleich eine Aussage für die Qualifikation der Insolvenverschleppungshaftung treffen kann, ist jedoch schwierig, denn gerade eine normierte Antragspflicht kennt das *wrongful trading* nicht.

Unter Würdigung aller Umstände, insbesondere der bereits erfolgten Rechtsprechung dürfte eine Anwendung der Insolvenverschleppungshaftung auf europäische

¹⁹⁹ A.A. *Mock/Schildt*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 16 Rn. 35.

²⁰⁰ *Lanzius*, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen, 246; *Mock/Schildt*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 16 Rn. 45.

²⁰¹ *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Gesellschaften, § 9 Rn. 32.

²⁰² *von Halen*, Gesellschaftsstatut nach Centros, 231; *Müller*, NZG 2003, 414 (417); *Riedemann*, GmbHR 2004, 345 (349); *Höfling*, Englischtes Gesellschaftsrecht, 266; *Pannen/Riedemann*, NZI 2005, 413 (414).

²⁰³ AG Bad Segeberg, GmbHR 2005, 884 (885). Zustimmend *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1208).

²⁰⁴ BGH, GmbHR 2005, 630 (631).

²⁰⁵ *Höfling*, Englischtes Gesellschaftsrecht, 260; *Röhricht*, ZIP 2005, 505 (506); *Mock/Schildt*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 16 Rn. 44.

Auslandsgesellschaften ausscheiden. Im Fall einer englischen Ltd. wird das deutsche Gericht, welches das Insolvenzverfahren eröffnet, *wrongful trading* anwenden (müssen). In Konsequenz dessen stellt sich die Frage nach der verbleibenden Bedeutung der Antragspflicht. Interessant wäre ein Zusammenspiel von Antragspflicht und *wrongful trading*. So kann sich der Direktor einer Ltd. von der Haftung des *wrongful trading* enthaften, wenn er nachweist, dass er ab Erkennen der Unvermeidbarkeit der Insolvenz alles Handeln gänzlich auf die Minimierung des Verlustes der Gläubiger ausgerichtet hat.²⁰⁶ Als Indiz hierfür könnte ein rechtzeitig gestellter Insolvenzantrag nach § 64 GmbHG gelten. Allerdings werden dadurch keinesfalls die dogmatischen Widersprüche beseitigt.

4. Haftungstatbestände aus dem allgemeinen Verkehrsrecht

a) *Culpa in contrahendo* (§ 311 Abs. 2 i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB)

Das Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* (c.i.c.) als Vertrauenshaftung nach § 311 Abs. 2 i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB kann als Haftung von Geschäftsführern gegenüber den Gläubigern aus Verschulden bei Vertragsschluss in Betracht kommen.²⁰⁷ Voraussetzung ist, dass der Geschäftsführer als Vertreter der Gesellschaft ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt oder dass ein erhebliches und unmittelbares Eigeninteresse des Geschäftsführers vorliegt.²⁰⁸ Allerdings hat der BGH eine Anwendung der c.i.c. bei vorliegendem Eigeninteresse stark beschränkt, denn dass der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter ist, ist noch keine tragfähige Grundlage für eine persönliche Haftung des Gesellschafter-Geschäftsführers.²⁰⁹ So bleibt für die Anwendung nur noch Raum unter dem Gesichtspunkt der Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens.²¹⁰ Insbesondere ist eine Haftung aus c.i.c. in Krisenfällen denkbar, wenn ein maßgeblich beteiligter Gesellschafter-Geschäftsführer Vertragsverhandlungen für die GmbH führt und dabei die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft unrichtig darstellt oder wenn er es unter Verletzung seiner vorvertraglichen Aufklärungspflichten unterlassen sollte, auf die schlechte finanzielle Lage der Gesellschaft hinzuweisen.²¹¹ *Hirte* hingegen hält einen unterlassenen Hinweis auf eine schlechte Finanzverfassung zur Haftungsbegründung noch nicht für ausreichend; vielmehr müsse der potentielle Gläubiger über eine konkret eingetretene Zahlungsunfähigkeit nicht unterrichtet worden sein.²¹² Fraglich wäre dann wiederum, ob sich das Kriterium der Zahlungsunfähigkeit nach deutschem oder ausländischem Recht richtet. Ebenfalls der c.i.c. unterliegt der Geschäftsführer einer ausländischen Gesellschaft, wenn dieser nicht auf die ausländische Gesellschaft als von ihm Vertrete-

²⁰⁶ Sec. 214 *Insolvency Act* 1986 (IA 1986).

²⁰⁷ *Ulmer*, in: *Ulmer* (Hrsg.), *GmbHG – Kommentar*, Anh. § 30, Rn. 26; *Paefgen*, DB 2003, 487 (488); *Teipel*, Bedeutung der lex fori, 43; LG Stuttgart, NZG 2002, 240 (243).

²⁰⁸ *Koppensteiner*, in: *Schmidt-Leithoff* (Hrsg.), *GmbH – Kommentar*, § 43 Rn. 82.

²⁰⁹ BGHZ 126, 181 (187).

²¹⁰ *Koppensteiner*, in: *Schmidt-Leithoff* (Hrsg.), *GmbH – Kommentar*, § 43 Rn. 82.

²¹¹ *Ulmer*, in: *Ulmer* (Hrsg.), *GmbHG – Kommentar*, Anh. § 30, Rn. 26.

²¹² *Hirte*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 1 Rn. 70.

ne hinweist und eine deutsche Gesellschaft in den Vertragsverhandlungen vorschiebt.²¹³

b) Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB)

Gegenüber Gesellschaftern und Geschäftsführern könnte für Gesellschaftsgläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz in Frage kommen. So wurde bereits die Haftung wegen Insolvenzverschleppung nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG betrachtet. Ein weiteres Schutzgesetz ist § 263 StGB. Der EuGH erwähnte bereits, dass Mitgliedstaaten die betrügerische Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit sanktionieren dürfen. Im europäischen Kontext wäre hier z.B. ein Handeln mittels einer inländischen Zweigniederlassung unter Schädigung inländischer Gläubiger vorstellbar,²¹⁴ z.B. wenn von vornherein beabsichtigt war, spätere Rechnungen nicht zu begleichen.²¹⁵ Die Tatbestandsmerkmale eines strafrechtlichen Betrugs in derartigen Fällen werden zwar nicht allzu oft erfüllt sein, dürften aber dennoch eine gewisse Bedeutung haben.²¹⁶

c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

Im Zusammenhang mit den Fallgruppen der Durchgriffshaftung wurde bereits eine Haftung aus § 826 BGB als zumindest gleichrangige Anspruchsgrundlage genannt. Der BGH hat diese Haftungsnorm trotz der Entwicklung des Haftungsdurchgriffs nicht aus dem Auge verloren. Diese Norm ergänzt den allgemeinen Vermögensschutz für den Fall der Vorsatztat durch die Nichtanwendung von Haftungsbeschränkungen und -ausschlüssen zugunsten desjenigen, welcher bewusst und mindestens unter Inkaufnahme von Vermögensschäden seines Opfers handelt und dabei gegen die guten Sitten verstößt.²¹⁷ Schwierigkeiten bereitet neben der Kausalität regelmäßig der Nachweis der Sittenwidrigkeit und des Vorsatzes, so auch im Sachverhalt, der der Entscheidung des AG Bad Segeberg zu Grunde lag.²¹⁸ Beispielsweise ist die Entscheidung schwierig, wann es sich (noch) um einen „Kampf“ zur Erhaltung des Unternehmens handelt und wann um ein Hinauszögern des „Todeskampfes“. Die Kreditunwürdigkeit ist als Unterkapitalisierungskriterium noch kein Kriterium der Sittenwidrigkeit, sondern ein typisches Gläubigerrisiko. Zu verneinen ist Vorsatz auch dann, wenn der Gesellschafter trotz schlechter Kapitallage darauf vertraut, dass die Gesellschaft eine Überlebenschance habe.²¹⁹ Arglistiges Verschweigen der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft durch den Geschäftsführer vor Vertragsschluss könnte wie-

²¹³ BGH, ZIP 2002, 1771 (1771); *Hirte*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 1 Rn. 70.

²¹⁴ *Ulmer*, JZ 1999, 662 (664).

²¹⁵ AG Bad Segeberg, GmbHR 2005, 884 (886).

²¹⁶ *Ulmer*, JZ 1999, 662 (664).

²¹⁷ *Oechsler*, in: von Staudinger (Begr.), BGB – Kommentar, § 826, Rn. 1.

²¹⁸ AG Bad Segeberg, GmbHR 2005, 884 (886).

²¹⁹ *Eckhold*, Unterkapitalisierung, 126, 131.

derum ein Beispiel für ein sittenwidriges Verhalten sein.²²⁰ Allerdings können Gestaltungen, die von vornherein auf eine Gläubigerbenachteiligung ausgerichtet sind (z.B. durch sog. „Aschenputtelgesellschaften“, siehe Abschnitt D.II.2.b)(1)) eine Haftung nach § 826 BGB begründen. Jedoch ist stets eine Einzelfallbetrachtung notwendig, eine allgemeine Aussage hierzu kann nicht getroffen werden.

d) *Anwendbarkeit auf europäische Auslandsgesellschaften*

Die in diesem Unterabschnitt behandelten Haftungsnormen unterfallen nicht dem Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit, da es sich lediglich um Standortbedingungen bzw. Aufenthaltsmodalitäten handelt.²²¹ Diese Normen begründen grundsätzlich eine originäre, eigene Verschuldenshaftung des Geschäftsführers oder Gesellschafters und keine Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten.²²² Bestandteile des allgemeinen Verkehrsrechts beschränken daher nicht die Niederlassungsfreiheit, da sie nicht an das Gesellschaftsstatut anknüpfen. Eine Rechtfertigung für ihre Anwendung auf Geschäftsführer und Gesellschafter einer Auslandsgesellschaft ist daher nicht notwendig. Den deliktsrechtlichen Haftungstatbeständen als mögliche Anspruchsgrundlagen hat in Zusammenhang mit Auslandsgesellschaften auch der BGH eine erhöhte Bedeutung zugesprochen, schließlich können sich die inländischen Gläubiger von ausländischen Gesellschaften auf deutsches Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) stützen.²²³ Auch *Forsthoff/Schulz* sehen im Deliktsrecht den Mindeststandard des Gläubigerschutzes, der international zwingend sein soll.²²⁴

Zur Anwendung gelangen die Normen des allgemeinen Verkehrsrechts über Art. 28 EGBGB und Art. 40 EGBGB. Sofern es sich um die Verletzung von Beratungs- und Aufklärungspflichten handelt, ist eine Anwendung der c.i.c. nach Art. 28 EGBGB möglich, wenn das (angebaute) Vertragsverhältnis den engsten Bezug zum Inland aufweist.²²⁵ Deliktsrechtliche Verletzung von allgemeinen Obhuts- und Fürsorgepflichten im Rahmen der c.i.c. führen dann zu einer Anwendung von Art. 40 EGBGB, wenn der Ort und das Ergebnis der Handlung im Inland liegen.²²⁶ Da es sich bei den §§ 823 und 826 BGB ebenfalls um deliktsrechtliche Normen handelt und sowohl Handlung als auch Erfolg inlandsbezogen sind, sind sie nach Art. 40 EGBGB auf die Gesellschafter und Geschäftsführer einer ausländischen Gesellschaft anwendbar.²²⁷

²²⁰ *Kieth*, NZG 2005, 333 (334).

²²¹ *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1205); *Unzicker*, Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften, 149; *Forsthoff*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 2 Rn. 45.

²²² *Teipel*, Bedeutung der lex fori, 43/44; *Forsthoff/Schulz*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 15 Rn. 85.

²²³ BGH, GmbHR 2005, 630 (632).

²²⁴ *Forsthoff/Schulz*, in: *Hirte/Bücker* (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 15 Rn. 24.

²²⁵ *Paefgen*, GmbHR 2005, 957 (961); *Schall*, ZIP 2005, 965 (975); *Eidenmüller*, in: *Eidenmüller* (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 4 Rn. 30; *Höfling*, *Englisches Gesellschaftsrecht*, 270.

²²⁶ *Paefgen*, GmbHR 2005, 957 (961); *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1205); *Schall*, ZIP 2005, 965 (975); *Eidenmüller*, in: *Eidenmüller* (Hrsg.), *Ausländische Gesellschaften*, § 4 Rn. 30; *Höfling*, *Englisches Gesellschaftsrecht*, 270.

²²⁷ LG Stuttgart, NZG 2002, 240 (243); AG Bad Segeberg, GmbHR 2005, 884 (886); *Ulmer*, NJW 2004, 1201 (1205); *Schall*, ZIP 2005, 965 (975); *Höfling*, *Englisches Gesellschaftsrecht*, 262.

Allerdings gibt es auch Stimmen, die diese Haftungsvorschriften in die Nähe des Gesellschaftsrechts stellen.²²⁸ Sofern allerdings ein Anspruch durch § 826 BGB begründet werden kann, weil die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, handelt es sich gerade nicht um eine Haftung für Schulden der Gesellschaft, sondern stets aus einem besonderen eigenen Verpflichtungsgrund. Wenn ein Gesellschafter in vorsätzlicher und sittenwidriger Weise eine Schädigung der Gesellschaftsgläubiger herbeiführt, wäre es mehr als nur unverhältnismäßig, wenn sich diese Gläubiger auf ausländisches Recht berufen müssten. Darüber hinaus ist fraglich, ob das ausländische Recht überhaupt eine sittenwidrige Schädigung mit Handlungs- und Erfolgsort in einem anderen Staat regeln möchte.

Des Weiteren wird zur Vorsicht gemahnt, wenn der Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB eine Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht zugrunde liegt.²²⁹ Exemplarisch für hieraus resultierende Schwierigkeiten ist die Insolvenzverschleppungshaftung. Eine Anwendung auf Auslandsgesellschaften wäre folglich nur unter Beschränkung der Niederlassungsfreiheit möglich, welche wiederum eine Rechtfertigung benötigt. *Hirte* hält am Beispiel der Ltd. eine Anwendung deliktsrechtlicher Haftungstatbestände dann nicht für erforderlich, wenn die Handlung des Geschäftsführers gleichfalls eine Haftung aus *wrongful trading* begründet.²³⁰ Dies wirft allerdings die Schwierigkeit auf, dass sämtliche in- und ausländischen Instrumente, unabhängig von ihrer rechtlichen Einordnung, hinsichtlich ihres „Schutzwertes“ für die Gläubiger miteinander abgeglichen werden müssten.

5. Sicherung des publizitätsbezogenen Gläubigerschutzes

Die Unternehmenspublizität als Baustein des Gläubigerschutzes ist Pflicht für alle Unternehmen, unabhängig von deren Rechtsform. Durch EU-Richtlinien ist im Bereich der Rechnungslegung²³¹ und der Handelsregisterpublizität²³² die Rechtsangleichung weitgehend vollzogen, besondere Rechtsschutzprobleme sind hier nicht zu erwarten. In diesem Abschnitt sollen insbesondere Zweifelsfragen, die mit dem Auftreten ausländischer Gesellschaften im Inland verbunden sind, betrachtet werden.

a) Firmierung als ausländische Gesellschaft und Offenlegung des Gesellschaftsstatuts

Im Hinblick auf die Zweigniederlassungsrichtlinie weist der EuGH darauf hin, dass die *Inspire Art* als Gesellschaft englischen Rechts und nicht als niederländische Gesellschaft auftritt.²³³ Fraglich ist, worin genau die Information der Gläubiger be-

Goette, DStR 2005, 197 (199); Borges, ZIP 2004, 733 (740); Fischer, ZIP 2004, 1477 (1481); Lanzius, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen, 318.

²²⁸ *Hirte*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 1 Rn. 69; Eidenmüller, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Gesellschaften, § 4 Rn. 30.

²²⁹ Eidenmüller, NJW 2005, 1618 (1620).

²³⁰ *Hirte*, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 1 Rn. 69.

²³¹ Vierte Richtlinie (78/660/EWG), ABl. EG Nr. L 222/11 vom 14. August 1978; Siebente Richtlinie (83/349/EWG), ABl. EG Nr. L 193/1 vom 18. Juli 1993.

²³² Erste Richtlinie (68/151/EWG), ABl. EG Nr. L 65/8 vom 14. März 1968.

²³³ EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 135.

steht. Soll ein Gläubiger erfahren, dass es sich nicht um eine Gesellschaft handelt, die nach inländischem Gesellschaftsrecht gegründet wurde? Oder soll er vielmehr darüber informiert werden, welchem konkreten ausländischen Gesellschaftsrecht die ausländische Gesellschaft und ihre Zweigniederlassung unterliegt? Der Möglichkeit, durch einen Firmenzusatz einen verstärkten Hinweis auf die ausländische Herkunft zu geben, hat der EuGH mit *Inspire Art* enge Grenzen gesetzt. Das niederländische WFBV schrieb in den Art. 1 und 2 Abs. 2 vor, dass ausländische Gesellschaften dann im Handelsregister mit dem obligatorischen Zusatz *formeel buitenlandse vennootschap* (formal ausländische Gesellschaft) eingetragen werden müssen, wenn sie ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich in den Niederlanden ausüben. Nach der Zweigniederlassungsrichtlinie wird nicht vorgeschrieben, dass das Gesellschaftsstatut angegeben werden muss; lediglich die Firma und die Rechtsform der Gesellschaft müssen offen gelegt werden (Art. 2d der Richtlinie). Eine Offenlegung des Rechts, dem die Gesellschaft unterliegt, ist nach Art. 8c der Richtlinie nur für Gesellschaften aus Drittländern vorgeschrieben. Für europäische Auslandsgesellschaften wurde dies gerade nicht in Erwägung gezogen. Dafür spricht auch die Tatsache, dass der EuGH die in der Zweigniederlassungsrichtlinie festgelegten Angaben zur Offenlegung als abschließend angesehen hat.²³⁴ Insofern ist als Hinweis für den Rechtsverkehr lediglich der Rechtsformzusatz verpflichtend. Dieser muss ausreichen, um den potentiellen Gläubiger darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Gesellschaft und deren Zweigniederlassung nicht um eine Gesellschaft inländischen Rechts handelt. Probleme ergeben sich dann, wenn die Zweigniederlassung der Auslandsgesellschaft im Inland noch nicht ins Handelsregister eingetragen wurde. Inwieweit der Gläubiger dann an die notwendige Information, welchem Gesellschaftsstatut die Gesellschaft unterliegt, gelangen soll, ist fraglich.

Problematisch wird es, wenn eine Gesellschaft z.B. als Ltd. auftritt. Dieses Kürzel wird sowohl von der englischen, als auch von der irischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung verwendet.²³⁵ Eine Aussage, welchem Gesellschaftsstatut dieses Ltd. unterliegt, kann allein aufgrund des Rechtsformzusatzes nicht abgeleitet werden. Insofern wäre, auch im Sinne der Firmenunterscheidbarkeit nach § 18 HGB, bei einer englischen Ltd. der Zusatz „XYZ Ltd. (Gesellschaft mit beschränkter Haftung englischen/britischen Rechts)“ oder „XYZ Ltd. (GB)“ zu rechtfertigen. Noch uneindeutiger ist der Rechtsformzusatz „SA“, welcher vom französischen, belgischen, luxemburgischen, spanischen und portugiesischem Recht für die jeweiligen Aktiengesellschaften verwendet wird. Weiter zugespitzt werden könnte dieses Problem, indem eine österreichische Gesellschaft mit beschränkter Haftung angenommen wird, welche im Inland als „GmbH“ auftritt. Im Gegensatz zur Ltd. ist hier nicht einmal ersichtlich, dass es sich um eine ausländische Gesellschaft handelt. Das OLG Saarbrücken hielt es denn auch für erforderlich, dass der Firmenname einer KG mit einer schweizerischen AG als Komplementärin einen Hinweis auf die Herkunft der schweizerischen Gesellschaft enthält (hier: ...-AG schweizerischen Rechts & Co. KG), um den Rechtsverkehr von vornherein im Sinne der Rechtsklarheit aufzuklären.²³⁶ Da die Schweiz europä-

²³⁴ *Ibid.*, Rn. 71/72.

²³⁵ Gleiches gilt für die SARL in Frankreich und Luxemburg.

²³⁶ OLG Saarbrücken, IPRax 1990, 324 (325).

rechtlich jedoch Drittstaat ist, kann diese Forderung nicht ohne weiteres auf Gesellschaften aus den Mitgliedstaaten übertragen werden. Allerdings wäre ein Zusatz wünschenswert, um eine unbewusste oder gar bewusste Irreführung zu verhindern.²³⁷ Über eine Novelle der Zweigniederlassungsrichtlinie wäre nachzudenken.²³⁸ Entsprechend der Regelung für Gesellschaften aus Drittstaaten könnte auch für Gesellschaften aus den Mitgliedstaaten eine zusätzliche Angabe des Herkunftsrechts verpflichtend angeordnet werden. Dies dürfte im Sinne der europäischen Harmonisierungsbestrebungen allerdings eher ein Rückschritt bedeuten. Daher könnte die Einrichtung eines Europäischen Zentralregisters unter Zuhilfenahme elektronischer Mittel ein entscheidendes Informationsmedium für (potentielle) Gläubiger darstellen.²³⁹ So könnte das Aufsuchen von Informationen im deutschen Handelsregister und im Register des jeweiligen Gründungsstaates entscheidend vereinfacht werden.

b) Angaben zur Kapitalausstattung auf der Geschäftspost

Im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals (MindestkapG) seitens des BMJ²⁴⁰ wurde eine weitere Änderung beabsichtigt, welche im anschließenden Gesetzesentwurf des Bundeskabinetts nicht berücksichtigt worden ist. Der Referentenentwurf sah für § 35a GmbHG eine Pflicht zur Angabe des Betrags des gezeichneten und eingezahlten Kapitals auf den Geschäftsbriefen vor. Als Sanktion sollte § 85a GmbHG eingeführt werden, der für den Geschäftsführer bei Nichtangabe dieser Daten eine Geldbuße von 10.000 EUR vorsah. Dass dies im Gesetzesentwurf des Bundeskabinetts nicht weiter berücksichtigt wurde, mag daran gelegen haben, dass die Angaben nur bei jungen Gesellschaften eine Transparenz- und Warnfunktion erfüllen, für ältere Gesellschaften sind sie nicht aussagekräftig.²⁴¹ Außerdem konterkarieren sich Angabepflicht und Stammkapitalabsenkung durchaus, denn „dass die Praxis das Angebot des Gesetzgebers [die Absenkung des Mindeststammkapitals, *d. Verf.*] gar zu wörtlich nimmt, soll durch die Änderung des § 35a GmbHG verhindert werden.“²⁴² Im Gegensatz dazu hat der französische Gesetzgeber mit der SARL-Reform zum 1. Januar 2004 die Angabe der Kapitalverhältnisse zur Pflicht gemacht. Sofern diese Angaben unterlassen werden, kann die Staatsanwaltschaft ein Zwangsgeld erheben.

Auch wenn das Stammkapital und seine Angaben auf den Geschäftsbriefen keinen rechtlichen Schutz der Gläubiger gewährleisten, kann es doch als Vertrauensvorschuss angesehen werden. Der Einsatz und die Selbstbeschränkung begründen als Seriositätssignal Vertrauen,²⁴³ die zugehörige Angabe auf den Geschäftsbriefen schafft damit ei-

²³⁷ Bokelmann, in: Schmidt (Hrsg.), HGB – Kommentar, § 13 d Rn. 20; Leible/Hoffmann, EuZW 2003, 677 (681); Wachter, GmbHR 2005, 717 (723).

²³⁸ Brand, JR 2004, 89 (94).

²³⁹ von Halen, Gesellschaftsstatut nach Centros, 259.

²⁴⁰ Bundesjustizministerium, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (MindestkapG) vom 29. April 2005, erhältlich im Internet: <<http://www.bmj.de/media/archive/908.pdf>> (besucht am 24. Juni 2005).

²⁴¹ Schmidt, DB 2005, 1095 (1096/1097).

²⁴² *Ibid.*, 1095 (1097).

²⁴³ Seibert, BB 2005, 1061 (1062).

nen Anreiz, das Stammkapital nicht zu niedrig anzusetzen.²⁴⁴ Auch könnten so Informationskosten gesenkt werden, denn nicht jedes potentielle Geschäft lohnt den Aufwand der Einsichtnahme in das Handelsregister.²⁴⁵ Daher sollte dieser Vorschlag nicht gänzlich in der Schublade verschwinden.

c) *Sanktion bei Nichteintragung der inländischen Zweigniederlassung*

In der Praxis ist vielfach festzustellen, dass die Geschäftsführer einer Ltd. es unterlassen, die deutsche Zweigniederlassung zum Handelsregister anzumelden.²⁴⁶ Es wurde daher der Vorschlag gemacht, den Geschäftsführer einer ausländischen Gesellschaft entsprechend einem Geschäftsführer einer deutschen Gesellschaft vor deren Eintragung persönlich haften zu lassen. Vorbild sollte hier Art. 4 Abs. 4 WFBV sein.²⁴⁷ Es darf aber nicht außer Betracht gelassen werden, dass es nicht um die Eintragung der Gesellschaft als solche geht, denn diese wurde bereits im Ausland wirksam gegründet und eingetragen. Vielmehr geht es um die Eintragung einer Zweigniederlassung. Dass die inländische Zweigniederlassung i.d.R. die faktische Hauptniederlassung darstellt, ist offensichtlich. Allerdings macht der EuGH dahingehend keine Unterscheidung. Insoweit dürfte eine solche Haftungsvorschrift den Geschäftsführer einer ausländischen Gesellschaft über Gebühr benachteiligen.

Dem folgt auch das bereits erwähnte Urteil des BGH zur Handelndenhaftung des Geschäftsführers einer Ltd. vom 14. März 2005. Diese Entscheidung verneint ausdrücklich eine analoge Haftung des Geschäftsführers einer Ltd. entsprechend § 11 Abs. 2 GmbHG für Gesellschaftsverbindlichkeiten wegen unterlassener Eintragung der Zweigniederlassung. Weder das deutsche noch das britische Recht sähen eine solche persönliche Haftung des Geschäftsführers vor.²⁴⁸ Zwar dürfen die Mitgliedstaaten eine unterlassene Eintragung einer Zweigniederlassung sanktionieren, dies hat aber nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln zu erfolgen wie nach Art und Schwere gleiche Verstöße gegen nationales Recht, wobei die Sanktion nicht nur wirksam und abschreckend, sondern auch verhältnismäßig sein muss.²⁴⁹ Als zulässige Sanktion für das Unterlassen der Eintragung einer Zweigniederlassung ist ausschließlich die Verhängung eines Zwangsgeldes nach § 14 HGB möglich. Eine persönliche Haftung des Geschäftsführers scheidet daher aus.

Allerdings werden zum einen Zweifel an der Wirksamkeit des Zwangsgeldes zur Durchsetzung der Eintragungspflicht geäußert.²⁵⁰ Darüber hinaus stößt auch die Sanktionsgleichheit für die Eintragung der Zweigniederlassung einer inländischen und einer ausländischen Gesellschaft auf Bedenken.²⁵¹ Die deutsche Gesellschaft hat im Inland schon einmal die Offenlegungsvorschriften erfüllt, während die Auslandsgesell-

²⁴⁴ Schmidt, DB 2005, 1095 (1096).

²⁴⁵ Eidenmüller/Engert, GmbHR 2005, 433 (436).

²⁴⁶ BGH, GmbHR 2005, 630; AG Duisburg, IPRax, 151.

²⁴⁷ Borges, ZIP 2004, 733 (736). Zur diskriminierenden Wirkung dieser Haftungsnorm vgl. Abschnitt C.II.3.a).

²⁴⁸ BGH, GmbHR 2005, 630 (631).

²⁴⁹ EuGH, Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 62.

²⁵⁰ Paefgen, GmbHR 2005, 957 (964); Leible/Hoffmann, RIW 2005, 544 (544).

²⁵¹ Leible/Hoffmann, RIW 2005, 544 (545).

schaft in Deutschland zum ersten Mal offen legt. Während *Eidenmüller* zu Recht darauf hinweist, dass die ausländische Gesellschaft bereits im Gründungsstaat publiziert hat,²⁵² verlangen *Leiblel Hoffmann* und *Paefgen* eine vollumfängliche Offenlegung der Gesellschaft bei der ersten Eintragung im Inland.²⁵³ In Konsequenz dessen seien schärfere Sanktionen wie beispielsweise eine analoge Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG zulässig. Auch in Bezug auf die weitgehend wirkungslose Sanktion des § 14 HGB wäre die Handelndenhaftung im Sinne eines *effet utile* zu rechtfertigen, denn Art. 12 der Zweigniederlassungsrichtlinie fordere schließlich die Anwendung „geeigneter“ Sanktionen.²⁵⁴ In Anbetracht des europäischen Binnenmarktes darf allerdings bezweifelt werden, ob neben der Offenlegung im Gründungsstaat eine erneute „erstmalige“ Offenlegung in Deutschland zulässig ist.²⁵⁵ Schließlich existiert die Auslandsgesellschaft bereits als solche, auch ihre Offenlegungspflichten hat sie in der Regel bereits erfüllt. Für die Gewährleistung des Gläubigerschutzes kommt der effektiveren Handhabung des § 14 HGB in Zukunft eine gesteigerte Bedeutung zu. Der mit der Auslandsgesellschaft konfrontierte Rechtsverkehr muss sich in der Zwischenzeit mit einem Blick in das ausländische Register behelfen.

III. Alternative Gläubigerschutzinstrumente

Da sich mittlerweile auch in der deutschen Literatur die Ansicht verbreitet hat, dass das Mindestkapital keinen absoluten Schutz der Gesellschaftsgläubiger garantieren kann, stellt sich die Frage, ob durch eine Reform des bisherigen kontinentaleuropäischen Schutzsystems das Vertrauen der Gläubiger weiter gewährleistet werden kann. Dabei besteht ein erheblicher Spielraum für Verbesserungen.²⁵⁶ Welcher Weg eingeschlagen wird, steht allerdings noch nicht fest. Daher soll im Folgenden ein Überblick über Schutzinstrumente gegeben werden, die zurzeit zur Diskussion stehen. Sie bilden kein in sich geschlossenes, alternatives Schutzsystem. Vielmehr ergänzen sie bisherige Schutzinstrumente oder harmonisieren diese.

1. Solvenzprüfung

Der *Winter*-Bericht schlägt eine Solvenzprüfung als Alternative zum bisherigen Kapitalschutz vor, welche einen besseren Gläubigerschutz gewährleisten kann als ein Mindestkapitalsystem.²⁵⁷ Es soll aber allein in der Entscheidung der Mitgliedstaaten liegen, ob sie dieses System auch auf Unternehmen, für die ihr Recht gilt, anwenden. Im Fall der Solvenzprüfung darf ein Unternehmen nur dann Ausschüttungen vornehmen, wenn es danach zahlungsfähig bleibt. Dabei soll die Solvenzprüfung auf zwei unterschiedlichen Kontrollen beruhen.²⁵⁸ Erstens erfolgt eine Prüfung der Bilanz oder

²⁵² *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618 (1619).

²⁵³ *Leiblel Hoffmann*, RIW 2005, 544 (545); *Paefgen*, GmbHR 2005, 957 (961/962).

²⁵⁴ So im Ergebnis *Leiblel Hoffmann*, RIW 2005, 544 (545); *Paefgen*, GmbHR 2005, 957 (965).

²⁵⁵ *Lehmann*, NZG 2005, 580 (581).

²⁵⁶ *Winter*-Bericht, 85.

²⁵⁷ *Ibid.*, 94.

²⁵⁸ *Ibid.*, 95.

des Nettovermögens. Dabei müssen nach der vorgeschlagenen Ausschüttung die Aktiva die Passiva (exklusive des Eigenkapitals) abdecken oder übersteigen. Des Weiteren wird eine Liquiditätsprüfung bzw. ein Vergleich des Umlaufvermögens mit den kurzfristigen Verbindlichkeiten vorgenommen. Dabei muss das Umlaufvermögen des Unternehmens für die Bezahlung der Verbindlichkeiten bei ihrer Fälligkeit in der nächsten Periode ausreichen. Auf Grundlage der Solvenzprüfungen soll die Unternehmensleitung eine Solvenzbescheinigung ausstellen, in der sie ausdrücklich bestätigt, dass die vorgeschlagene Ausschüttung nach der Solvenzprüfung zulässig ist. Nur nach Ausstellung der Solvenzbescheinigung ist eine Ausschüttung zulässig.²⁵⁹ Die Unternehmensleitung ist für die Richtigkeit der Solvenzbescheinigung verantwortlich, die Mitgliedstaaten sollten entsprechende Sanktionen wie z.B. eine persönliche Haftung vorsehen, wenn nachgewiesen wird, dass die Bescheinigung nicht korrekt ist.

Für die Ausarbeitung der beiden erwähnten Prüfungen, die anzuwendenden Bewertungsmethoden und deren Beziehung zu den in den Jahresabschlüssen angewendeten Bewertungsmethoden nimmt der *Winter*-Bericht noch keine Stellung, dazu sollen weitere Untersuchungen stattfinden.²⁶⁰ Daher wird in der Literatur zum einen der US-amerikanische *equity insolvency test*²⁶¹ als Vergleich herangezogen.²⁶² Gemeinsam ist diesen Tests, dass Ausschüttungen nicht zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen dürfen. Des Weiteren gibt es die insolvenzrechtlichen Vorschriften des *Uniform Fraudulent Transfer Act*, der von der Mehrzahl der Bundesstaaten übernommen wurde. So können Ausschüttungen, die nach dem jeweiligen Gesellschaftsrecht erlaubt sind, dann verhindert werden, wenn der Gesellschaft im Anschluss an die Ausschüttung nur noch unverhältnismäßig wenig Vermögenswerte verbleiben würden.

Neben einer Bezugnahme zum US-amerikanischen Recht werden aber auch konkrete Vorschläge gemacht.²⁶³ Von der Geschäftsleitung soll ein Finanzplan, z.B. in Anlehnung an eine Kapitalflussrechnung,²⁶⁴ aufgestellt werden, der sämtliche Ereignisse in der Zukunft und deren Konsequenzen für die Zahlungsmitelebene eines Unternehmens in einer bestimmten Periode abbildet und damit eine Aussage über eine ausreichende Liquidität zur Fortführung der Geschäftstätigkeit ermöglicht.²⁶⁵ Durch eine langfristige Kapitalbedarfsplanung wird dieser Finanzplan ergänzt, so dass existenzgefährdende Risiken erkennbar sind.²⁶⁶ Das Ergebnis dieses Tests soll in Form einer Solvenzerklärung veröffentlicht werden. Eine persönliche Haftung verhindert dann, dass Geschäftsleiter die Planungen entsprechend der Sorgfalt eines gewissenhaften Ge-

²⁵⁹ *Ibid.*, 95/96.

²⁶⁰ *Ibid.*, 95.

²⁶¹ Von „dem“ *equity insolvency test* kann dabei nicht gesprochen werden, da es in den USA nicht „das“ Gesellschaftsrecht, sondern fünfzig einzelstaatliche Gesetzesrechte gibt und auch nicht in jedem dieser Rechte eine zugehörige Regelung existiert. Jedoch wurde von vielen Bundesstaaten der *Model Business Corporation Act* übernommen, welcher u.a. einen *equity insolvency test* beinhaltet. Zu diesem und zum *equity insolvency test* nach dem *California Corporations Code*: Pellens Jödickel Richard, DB 2005, 1393 (1397 ff.) und Bauer, Gläubigerschutz, 319 ff.

²⁶² Pellens Jödickel Richard, DB 2005, 1393 (1395); Röbricht, ZIP 2005, 505 (514).

²⁶³ So u.a. Pellens Jödickel Richard, DB 2005, 1393 (1398).

²⁶⁴ Aus Gründen der Einheitlichkeit könnte eine Anlehnung an den IAS 7 in Betracht gezogen werden.

²⁶⁵ Müchler, Solvenzbericht, 193.

²⁶⁶ Pellens Jödickel Richard, DB 2005, 1393 (1400).

schäftsleiter missachten.²⁶⁷ Erst die Haftung würde dem Solvenzbericht die entscheidende Durchschlagskraft verleihen. Allerdings hält sich die Literatur mit einer konkreten Ausgestaltung eines möglichen Haftungssystems noch zurück. Zur Sicherstellung der Ordnungsmäßigkeit könnte ein Wirtschaftsprüfer den Solvenzbericht bestätigen.²⁶⁸

Jedoch wird einem Solvenzttest kein vollständiger Schutz zugesprochen, Unsicherheiten und Überraschungen können selbst bei der sorgfältigsten Planung auftreten.²⁶⁹ Neben konkreten Vorschlägen sind aber auch kritische Stimmen zu vernehmen. Die Feststellung der Fähigkeit, ob in einem halben Jahr noch die Miete bezahlt werden kann, obliegt im Wesentlichen den möglicherweise allzu optimistischen Prognosen des weiteren Geschäftsverlaufs.²⁷⁰ Diese bisher in Deutschland nicht bekannte Einschätzung des weiteren Verlaufs ist besonders bemerkenswert, denn es werden zur Beurteilung keine festen Regeln oder Kennziffern festgelegt. Vielmehr wird die Beurteilung dem Sorgfaltsmaßstab der Geschäftsleitung überlassen.²⁷¹ Die Sorgfaltspflicht gebietet es dem Geschäftsleiter, auch bei fehlenden gesetzlichen Bestimmungen eine risikoadäquate Reserve in der Gesellschaft zu belassen.²⁷² Zwar unterliegen die Geschäftsleiter einer erweiterten Haftung, haben aber bei der Beurteilung einen größeren Spielraum als bei gesetzlich festgelegten Kriterien. Diese subjektive Einschätzung der Solvenz der Gesellschaft durch den Geschäftsführer macht den Unterschied zur objektiven Komponente mit festgelegten Größen und Grenzen im deutschen Gesellschafts- und Handelsbilanzrecht aus. Durch die Schaffung einer europaweit einheitlichen Solvenzprüfung entstünde zudem eine Unabhängigkeit von unterschiedlichen Mindestkapitalanforderungen.

2. Europäische Insolvenzverschleppungshaftung

Die in den nationalen Rechtsordnungen entwickelten Ansätze zu Verbesserung der internationalen Kooperation in Sachen grenzüberschreitender Insolvenzverfahren konnten die bisherigen tatsächlichen Abwicklungsschwierigkeiten (insbesondere die Durchsetzung von Ansprüchen) nicht überwinden.²⁷³ Wie der *Winter*-Bericht feststellte, weisen die einzelstaatlichen Regelungen noch zu viele Unterschiede im Hinblick auf eine Geschäftsführer- bzw. Direktorenhaftung auf.²⁷⁴ Daher könnte auf dem Wege der Rechtsangleichung eine europaweit wirksame Insolvenzverschleppungshaftung eingeführt werden.²⁷⁵ Das bereits erwähnte Haftungsinstitut *wrongful trading* und das

²⁶⁷ *Ibid.*, 1393 (1401); *Micheler*, ZGR 2004, 324 (343).

²⁶⁸ *Pellens/Jödickel Richard*, DB 2005, 1393 (1401).

²⁶⁹ *Müchler*, Solvenzbericht, 193.

²⁷⁰ *Priester*, DB 2005, 1315 (1318).

²⁷¹ *Micheler*, ZGR 2004, 324 (341).

²⁷² Den betreffenden Haftungsregeln kommt damit eine entscheidende Rolle bei der Qualität dieses Alternativmodells zu, *Micheler*, ZGR 2004, 324 (343/344).

²⁷³ *Pernice*, Insolvenzverschleppung, 257.

²⁷⁴ *Winter*-Bericht, 73.

²⁷⁵ *Ibid.*, 73; Europäische Kommission, Aktionsplan, 19; *Merkt*, ZGR 2004, 305 (323); *Borges*, ZIP 2004, 733 (733); *Lanzius*, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen, 245.

französische Pendant *accion en comblement du passif* werden dabei als mögliche Vorbilder erwähnt.²⁷⁶

In Anlehnung an das *wrongful trading* könnte das Grundprinzip dieser europäischen Insolvenzverschleppungshaftung folgendermaßen aussehen: „Direktoren von Unternehmen [sollen] zur Rechenschaft gezogen [werden], wenn sie zulassen, dass die Geschäftstätigkeit nicht eingestellt wird, obwohl absehbar ist, dass das Unternehmen nicht mehr in der Lage sein wird, seine Verbindlichkeiten zu begleichen.“²⁷⁷

Es gibt aber Stimmen, die vor einer allzu unreflektierten Übernahme des *wrongful trading* in das Europarecht warnen.²⁷⁸ So stellt sich z.B. die Frage, wann genau es absehbar sein soll, dass die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann. Die Feststellung, ab welchem Zeitpunkt der Direktor die Insolvenz der Gesellschaft hätte voraussehen müssen, bereitet bereits in rein englischen Verfahren Schwierigkeiten.²⁷⁹ Vorgeschlagen wird daher, dass die Kommission das Ziel der Schaffung einer europaweiten Insolvenzverschleppungshaftung vorgibt, die nähere Ausgestaltung jedoch den Mitgliedstaaten überlassen werden soll.²⁸⁰ Dem kann allerdings nicht zugestimmt werden. Zwar existieren gewisse Systemunterschiede zwischen einzelnen Mitgliedstaaten, aber gerade eine vereinheitlichte, für einige Mitgliedstaaten sicher gewöhnungsbedürftige Insolvenzverschleppungshaftung auf europäischer Ebene dürfte einer verbesserten Abwicklung „europäischer“ Insolvenzen dienlich sein. Schließlich wäre durch eine solche Bestimmung für einen gleichwertigen Gläubigerschutz in der ganzen EU gesorgt, ohne dass eine Harmonisierung der Haftungsvorschriften in allen Mitgliedstaaten notwendig wäre.²⁸¹

3. Individualvertraglich ausgehandelter Gläubigerschutz

Wie bereits festgestellt wurde, stellt der EuGH zum Schutz der Gläubiger vor allem darauf ab, dass die Gläubiger für ihre Handlungen selbst eine gewisse Verantwortung tragen und sich zusätzliche Sicherheiten oder Garantien seitens der Gesellschaft einräumen lassen können. So bietet sich für Lieferanten und kurzfristige Finanzgläubiger ein ganzes Spektrum an möglichen Sicherungsinstrumenten. Zu nennen sind zum einen bereits bekannte Maßnahmen wie Zug-um-Zug-Lieferung, Eigentumsvorbehalt oder Sicherungsübereignung. Darüber hinaus haben (potentielle) Gläubiger die Möglichkeit, sich Auskünfte über einen Geschäftspartner mittels Inanspruchnahme von Wirtschaftsauskunfteien oder der *Schufa*-Auskunft einzuholen und so ein Ausfallrisiko zu mindern.²⁸² Für langfristige Finanzgläubiger wie Banken wird in der Literatur neben bereits bekannten Sicherungsmitteln (Grundschulden, Bürgschaften oder Pat-

²⁷⁶ Winter-Bericht, 73; Baums, Arbeitspapier Nr. 105 des Instituts für Bankrecht, 9; Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht, Stellungnahme zum Winter-Bericht, ZIP 2003, 863 (870); Bayer, BB 2003, 2357 (2365/2366).

²⁷⁷ Winter-Bericht, 74.

²⁷⁸ Habersack/Verse, ZHR 2004, 174 (214/215).

²⁷⁹ Höfling, *Englisches Gesellschaftsrecht*, 233.

²⁸⁰ Habersack/Verse, ZHR 2004, 174 (215); Baums, Arbeitspapier Nr. 105 des Instituts für Bankrecht, 9.

²⁸¹ Winter-Bericht, 74.

²⁸² Bauer, *Gläubigerschutz*, 305/306.

ronatserklärungen)²⁸³ die Möglichkeit des individualisierten Gläubigerschutzes durch kreditbegleitende Vereinbarungen, sog. *financial covenants*, diskutiert.²⁸⁴ Diese sind in der angloamerikanischen Kreditpraxis regelmäßiger Bestandteil von Kreditverträgen. Die *financial covenants* werden von Kreditinstituten zur Überwachung der Kreditwürdigkeit ihrer Kreditnehmer und der Kreditrisiken verwendet.²⁸⁵ In diesen Vereinbarungen verspricht die Gesellschaft als Kreditnehmer ein bestimmtes Verhalten, was aus einem Tun oder Unterlassen bestehen kann. Sie kann sich verpflichten, ihre Ausschüttungen zu begrenzen, ein gewisses Mindestkapital zu erhalten und ein bestimmtes Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital zu wahren.²⁸⁶ Teil der Vereinbarungen können auch bestimmte Informations- und Rechnungslegungspflichten sein, insbesondere die Übermittlung von Unternehmensdaten an den Kreditgeber. Diese Vereinbarungen gewähren dem Kreditgeber somit Einblick in und Einfluss auf die Geschäftsführung des Schuldnerunternehmens.²⁸⁷

Auch wenn diese zusätzlichen Vereinbarungen den Gläubiger vor dem Ausfall seiner individuellen Forderung schützen können, sollten dennoch einige kritische Aspekte berücksichtigt werden. Wahrscheinlich denkt nicht jeder potentielle Gläubiger sofort an ein mögliches Insolvenzrisiko des Vertragspartners oder möchte eine gute Geschäftsbeziehung nicht durch misstrauische Fragen belasten.²⁸⁸ So könnten kleine Gläubiger zwar bestimmte Sicherheiten verlangen, ob sie diese aufgrund ihrer Marktmacht allerdings tatsächlich durchsetzen können, ist fraglich.²⁸⁹ Sie profitieren allenfalls reflexhaft von den verhaltenssteuernden Maßnahmen der großen Gläubiger.²⁹⁰ Gleiches gilt für deliktische Gläubiger, soweit sie nicht durch eine Versicherung geschützt sind.²⁹¹ Trotz allem handelt es sich bei den *financial covenants* um ein Instrument, mit dessen weiterer Verbreitung zu rechnen ist.

E. Fazit

In Konsequenz der EuGH-Entscheidungen ist ein vermehrtes Auftreten ausländischer Gesellschaftsformen, insbesondere der englischen Ltd., in Deutschland zu beobachten. Daher stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit deutscher Gläubiger-

²⁸³ Durch eine private Garantie seitens eines Gesellschafters können Kreditgeber bereits einen sehr effektiven Einfluss auf dessen Entscheidungen bezüglich der Führung der Gesellschaft ausüben, *Davies*, AG 1998, 346 (349/350); *Spolidoro*, AG 1998, 363 (364).

²⁸⁴ *Merkt*, ZGR 2004, 305 (313/314); *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (313); *Wittig*, in: Schmidt/Uhlenbruck (Hrsg.), GmbH in Krise, Rn. 28; *Bauer*, Gläubigerschutz, 307/308; *Paefgen*, DB 2003, 487 (490).

²⁸⁵ *Wittig*, in: Schmidt/Uhlenbruck (Hrsg.), GmbH in Krise, Rn. 28/29.

²⁸⁶ *Bauer*, Gläubigerschutz, 307.

²⁸⁷ Zu beachten ist aber das Risiko einer möglichen Umqualifizierung der ausgereichten Darlehen als Eigenkapitalersatz aufgrund von § 32a Abs. 3 GmbHG, *Fleischer*, ZIP 1998, 313 (313); *Merkt*, ZGR 2004, 305 (314).

²⁸⁸ *Micheler*, ZGR 2004, 324 (331).

²⁸⁹ Dieses Durchsetzungsproblem findet sich auch im britischen Recht. Im Hinblick auf den fehlenden Schutz der nicht abgesicherten Gläubiger wird stattdessen auf das *wrongful trading* und die *disqualification of directors* hingewiesen, *Davies*, AG 1998, 346 (350).

²⁹⁰ *Goette*, DSr 2005, 197 (198); *Merkt*, ZGR 2004, 305 (313).

²⁹¹ *Priester*, DB 2005, 1315 (1318).

schutzvorschriften auf europäische Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland. Vorschriften der Mindestkapitalausstattung und der Kapitalerhaltung richten sich bei europäischen Auslandsgesellschaften zwingend nach dem Recht des Herkunftsstaates der Gesellschaft. Auch ein Haftungsdurchgriff auf den Gesellschafter einer ausländischen Gesellschaft unterliegt dem Recht des Herkunftsstaates. Eine Anwendung deutscher Vorschriften scheidet regelmäßig aus, da der Gläubiger um die Auslandsgesellschaft als solche weiß und das ausländische Recht in der Regel ausreichende Schutzmechanismen besitzt.

Hinsichtlich des Eigenkapitalersatzes und der Insolvenverschleppungshaftung ergeben sich dahingehend Beurteilungsschwierigkeiten, weil beide Schutzinstrumente insolvenzrechtliche Züge aufweisen. Anfechtung und Nachrangigkeit beim Kapitalersatz sind zwar über die EuInsVO anwendbar, aber wirkungslos, denn eine Anwendung der Umqualifizierung von Fremdkapital in Eigenkapital auf Auslandsgesellschaften kann europarechtlich nicht gerechtfertigt werden. Im Ergebnis scheidet eine Anwendung des Kapitalersatzes auf europäische Auslandsgesellschaften aus. Eine Haftung des Geschäftsführers wegen Insolvenverschleppung dürfte sich nach neuester Rechtsprechung des BGH ausschließlich nach dem Gründungsrecht richten (da Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten). Eine Anwendung der Insolvenverschleppungshaftung ist im Ergebnis nicht zu rechtfertigen, da das ausländische Recht geeignete Schutzinstrumente kennt.

Haftungsvorschriften des deutschen allgemeinen Verkehrsrechts sind hingegen auf europäische Auslandsgesellschaften anwendbar, da sie eine eigenständige Haftung des Gesellschafters bzw. Geschäftsführers konturieren und nicht an die Identität der Gesellschaft anknüpfen.

Eine Offenlegung des Gesellschaftsstatuts über die Angabe der Rechtsform hinaus ist trotz möglicher Irritationen in Anbetracht der abschließend geregelten Zweigniederlassungsrichtlinie nicht durchsetzbar.

Die Solvenzprüfung und eine europaweite Insolvenverschleppungshaftung können wertvolle Hinweise liefern, in welche Richtung sich – vor allem im Sinne einer europäischen Harmonisierung – der Gläubigerschutz künftig entwickeln wird.

Die Neuerungen auf europäischer Ebene gehen nicht nur mit umfangreichen Ermittlungen des anwendbaren ausländischen Rechts einher, sondern bedeuten gleichfalls, dass deutsche Richter ausländisches Recht im konkreten Fall anwenden müssen. Voraussetzung ist hierfür allerdings ein Umdenken beim Rechtsanwender. Dieser sollte sich nämlich bewusst sein, dass das deutsche Recht aus Sicht des Gläubigerschutzes anderen Rechtsordnungen nicht zwingend überlegen ist. Beispielsweise kennt das englische Recht kein Mindestkapital; ausgeschüttet werden darf allerdings nur ein tatsächlich realisierter Gewinn. Somit weiß sich auch der englische Gesetzgeber vor allzu leichtfertigen Schmälerungen des Gesellschaftsvermögens zu schützen.

Wie soll nun der deutsche Gesetzgeber auf die Judikatur des EuGH reagieren? Von der Entwicklung eines „Abwehrgesetz“ nach niederländischem Vorbild ist abzuraten, da dieses europarechtlich nicht gerade auf festen Füßen stehen würde. Vielmehr sollte der deutsche Gesetzgeber den Wettbewerb aufnehmen und das GmbHG reformieren. Allerdings sorgen einige der bisher gemachten Vorschläge (kleine GmbH, Kfm.mbH) nicht dafür, das GmbHG tatsächlich zu verbessern. Bei einer grundlegenden Reform sollte es im Gegensatz zum MindestkapG nicht nur bei einer Herabset-

zung des Mindestkapitals bleiben. Dieses sollte bei Anmeldung vollständig eingezahlt werden. Um die Gründung von GmbHs voranzutreiben, müssen die Gründungsvorschriften vereinfacht werden. Insbesondere muss die Zeit bis zur tatsächlichen Eintragung der GmbH ins Handelsregister erheblich verkürzt werden; dies kann durchaus unter Zuhilfenahme moderner Kommunikationsformen geschehen.

SCHRIFTTUM

- Altmeppen*, Holger, Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften, Neue Juristische Wochenschrift 2004, 97-104.
- *Wilhelm*, Jan, Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaften, Der Betrieb 2004, 1083-1089.
- Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht*, Stellungnahme zum Report of the High Level Group of Company Law Experts on a modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 2003, 863-880.
- Bauer*, Markus, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer – Kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept, Frankfurt am Main 1995.
- Baums*, Theodor, Die Corporate-Governance-Empfehlungen des Winter-II-Papiers aus deutscher Perspektive, Arbeitspapier Nr. 105 des Instituts für Bankrecht, erhältlich im Internet: <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/baums/Bil-der_und_Daten/Arbeitspapiere/paper105.pdf> (besucht am 21. August 2005).
- Bayer*, Walter, Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, Betriebs-Berater 2003, 2357-2366.
- Becker*, Patricia, Baldiges neues Gründungsverfahren in Frankreich: Die französische „Blitz-S.A.R.L.“, GmbH-Rundschau 2003, 706-708.
- Borges*, Georg, Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem Sitz, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 2004, 733-744.
- Brand*, Oliver, Das Kollisionsrecht und die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, Juristische Rundschau 2004, 89-96.
- Burg*, Michael, Existenzvernichtungsschutz in der Private Limited Company?, GmbH-Rundschau 2004, 1379-1383.
- Davies*, Paul, Legal Capital in Private Companies in Great Britain, Die Aktiengesellschaft 1998, 346-354.
- Gower’s Principles of Modern Company Law, 6. Auflage, London 1997.
- de Diego*, Alexander, Die Niederlassungsfreiheit von Scheinauslandsgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 2004.
- Dierksmeier*, Jochen, Die englische Ltd. in Deutschland – Haftungsrisiko für Berater, Betriebs-Berater 2005, 1516-1523.
- Ebke*, Werner, Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, Juristenzeitung 1999, 656-661.
- Eckhold*, Thomas, Materielle Unterkapitalisierung, Köln/Berlin/Bonn/München 2002.
- Eidenmüller*, Horst, Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Inlandssitz, Neue Juristische Wochenschrift 2005, 1618-1621.
- (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004.
- Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, Juristenzeitung 2004, 24-33.
- Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 2002, 2233-2245.

- /Engert, Andreas, Rechtsökonomik des Mindestkapitals im GmbH-Recht, GmbH-Rundschau 2005, 433-438.
- Fetsch*, Johannes, Eingriffsnormen und EG-Vertrag, Tübingen 2002.
- Fischer*, Michael, Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach “Inspire Art”, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 2004, 1477-1486.
- Fröhlingsdorf*, Josef, Die Neue Spanische GmbH: Neues Unternehmen, Recht der Internationalen Wirtschaft 2003, 584-588.
- Geyrhalter*, Volker/*Gänßler*, Peggy, “Inspire Art” – Briefkastengesellschaften “on the Move”, Deutsches Steuerrecht 2003, 2167-2172.
- Goette*, Wulf, Wo steht der BGH nach “Centros” und “Inspire Art”?, Deutsches Steuerrecht 2005, 197-201.
- Grunewald*, Barbara/*Noack*, Ulrich, Zur Zukunft des Kapitalsystems der GmbH – Eine Ein-Euro-GmbH in Deutschland, GmbH-Rundschau 2005, 189-195.
- Habersack*, Mathias/*Verse*, Dirk A., Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 168 (2004), 174-215.
- Häsemeyer*, Ludwig, Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2003.
- Hirte*, Heribert/*Bücker*, Thomas (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften – Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland, Köln/Berlin/München 2005.
- Höfling*, Barbara S., Das englische internationale Gesellschaftsrecht, Heidelberg 2002.
- Hölzle*, Gerrit, Materielle Unterkapitalisierung und Existenzvernichtungshaftung – Das Phantom als Fallgruppe der Durchgriffshaftung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 2004, 1729-1736.
- Huber*, Ulrich/*Habersack*, Matthias, GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen, Betriebsberater 2006, 1-7.
- Jula*, Rocco, Der GmbH-Gesellschafter, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2004.
- Kallmeyer*, Harald, Vor- und Nachteile der englischen Limited im Vergleich zur GmbH oder GmbH & Co. KG, Der Betrieb 2004, 636-639.
- Kegel*, Gerhard/*Schurig*, Klaus, Internationales Privatrecht, 8. Auflage, München 2000.
- Kiethe*, Kurt, Die Renaissance des § 826 BGB im Gesellschaftsrecht, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2005, 333-338.
- Kindler*, Peter, Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Neue Juristische Wochenschrift 1999, 1993-2000.
- Kropholler*, Jan, Internationales Privatrecht, 5. Auflage, Tübingen 2004.
- Lanzius*, Tim, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie, Frankfurt am Main 2005.
- Lehmann*, Matthias, Registerrechtliche Anmeldung für EU-Auslandsgesellschaften – ein zahnloser Tiger?, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2005, 580-582.
- Leible*, Stefan/*Hoffmann*, Jochen, Anmerkung zur Entscheidung BGH vom 14. März 2005 – II ZR 5/03, Recht der Internationalen Wirtschaft, 544-547.
- Wie inspiriert ist „Inspire Art“?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2003, 677-683.

- “Überseering” und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, Recht der Internationalen Wirtschaft 2002, 925-936.
- Leutner, Gerd/Langner, Olaf*, Durchgriffshaftung bei Scheinauslandsgesellschaften (zugleich Anmerkung zur Entscheidung AG Bad Segeberg vom 24.3.2005 – 17 C 289/04), Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 2005, 575-577.
- Merkt, Hanno*, Der Kapitalschutz in Europa – ein rocher de bronze?, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2004, 305-323.
- Meyer, Justus/Ludwig, Sören*, Französische GmbH-Reform 2003/2004: Hintergründe und “Ein-Euro-GmbH”, GmbH-Rundschau 2005, 346-351.
- Französische GmbH-Reform 2003/2004: Gründungserleichterungen und weitere “Vereinfachung des Rechts”, GmbH-Rundschau 2005, 459-464 [Folgebeitrag zu GmbH-Rundschau 2005, 346-351].
- Micheler, Eva*, Gläubigerschutz im englischen Recht – Reformvorschläge mit Implikationen für Europa, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2004, 324-347.
- Müchler, Thomas*, Der Solvenzbericht: Ein Informationsinstrument zur Verbesserung des Gläubigerschutzes im Insolvenzverfahren, Frankfurt am Main 1993.
- Müller, Hans-Friedrich*, Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2003, 414-418.
- Nobel, Peter*, Unternehmensfinanzierung und gesetzliches Mindestkapital in der Schweiz, Die Aktiengesellschaft 1998, 354-358.
- Otto, Andreas/Haneke, Katharina*, Nochmals: Sociedad Anónima und Sociedad Limitada: Willkommen in Deutschland? informaciones – Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr 2005, 32-35.
- Paefgen, Walter*, Handelndenhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften, GmbH-Rundschau 2005, 957-966.
- Wider die gesellschaftsrechtliche Ausländerphobie, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 2004, 2253-2262.
- Auslandsgesellschaften und Durchsetzung deutscher Schutzinteressen nach “Überseering”, Der Betrieb 2003, 487-492.
- Pannen, Klaus/Riedemann, Susanne*, Anmerkung zur Entscheidung AG Bad Segeberg vom 24. März 2005 – 17 C 289/04, Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht, 413-414.
- Pellens, Bernhard/Jödicke, Dirk/Richard, Mark*, Solvenzttests als Alternative zur Bilanziellen Kapitalerhaltung?, Der Betrieb 2005, 1393-1401.
- Pernice, Christina*, Die Insolvenzverschleppung durch das Geschäftsführerorgan der kleinen Kapitalgesellschaft im deutschen, französischen und englischen Recht, Frankfurt am Main 2002.
- Priester, Hans-Joachim*, Unternehmensgründergesellschaft statt „GmbH light“!, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 2006, 161-162.
- Die deutsche GmbH nach „Inspire Art“ – brauchen wir eine neue?, Der Betrieb 2005, 1315-1320.
- Randelzhofer, Albrecht/Forsthoff, Ulrich*, in: Hilf, Meinhard (Hrsg.), Grabitz/Hilf – Recht der EU – Kommentar, Band I, München 2005.
- Recq, Jean-Gabriel/Hoffmann, Sven*, Die französische S.A.R.L. als GmbH-Ersatz?, GmbH-Rundschau 2004, 1070-1077.

- Riedemann*, Susanne, Das Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut – „Inspire Art“ und die Insolvenz über das Vermögen einer englischen „limited“ in Deutschland, *GmbH-Rundschau* 2004, 345-349.
- Röhricht*, Volker, Insolvenzzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* 2005, 505-516.
- Rütten*, Michael, Gesetzesumgehung im internationalen Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2003.
- Schall*, Alexander, Englischer Gläubigerschutz bei der Limited in Deutschland, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* 2005, 965-975.
- Schilling*, Michael, Die ausschließliche internationale Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2005, 208-218.
- Schmidt*, Karsten, ...ut aliquid fiat – Von der „GmbH-Reform 2005“, zum Referentenentwurf eines Mindestkapitalgesetzes, *Der Betrieb* 2005, 1095-1097.
- Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln/Bonn/Berlin/München 2002.
 - (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, München 1996.
 - / *Uhlenbruck*, Wilhelm (Hrsg.), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2. Auflage, Köln 1999.
- Schmidt-Leithoff*, Christian (Hrsg.), GmbHG – Kommentar, 4. Auflage, München 2002.
- Schön*, Wolfgang, Die Zukunft der Kapitalaufbringung/-erhaltung, *Der Konzern* 2004, 162-170.
- Schröder*, Henning/*Schneider*, Vera Maria, Geschäftsführerhaftung bei einer Private Limited Company mit Verwaltungssitz in Deutschland, *GmbH-Rundschau* 2005, 1288-1291.
- Schulz*, Martin, (Schein-)Auslandsgesellschaften in Europa – Ein Schein-Problem? *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, 2705-2708.
- Seibert*, Ulrich, BB-Gesetzgebungsreport: Entwurf eines Mindestkapitalgesetzes (MindestKapG) – Substantielle Absenkung des Mindeststammkapitals, *Betriebs-Berater* 2005, 1061-1062.
- Siebert*, Oliver, Die Durchgriffshaftung im englischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main 2004.
- Smid*, Stefan, Deutsches und Europäisches Internationales Insolvenzrecht – Kommentar, Stuttgart 2004.
- Spindler*, Gerald, El Derecho europeo de sociedades después de Inspire Art y Golden Shares, *Revista de Derecho de Sociedades* 23 (2004), 65-80.
- / *Berner*, Olaf, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2004, 7-16.
- Spolidoro*, Marco S., The legal capital and the raising of funds through the issuance of securities in Italy, *Die Aktiengesellschaft* 1998, 363-368.
- Teipel*, Klemens, Die Bedeutung der lex fori für die Anknüpfung des Haftungsdurchgriffs, Heidelberg 1994.
- Ulmer*, Peter, Gläubigerschutz bei Auslandsgesellschaften, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, 1201-1210.
- Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, *Juristenzeitung* 1999, 662-665.
 - (Hrsg.), Hachenburg GmbHG – Kommentar, Band 1, 8. Auflage, Berlin 1992.

- Unzicker*, Ferdinand, Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union nach der Centros- und der Überseering-Entscheidung des EuGH, Frankfurt am Main 2004.
- van Efferink*, Harm/*Ebert*, Sabine/*Levedag*, Christian, Die zugezogene niederländische B.V. als Rechtsformalternative zur deutschen GmbH für in- und ausländische Investoren in Deutschland, GmbH-Rundschau 2004, 880-890.
- von Bar*, Christian/*Mankowski*, Peter, Internationales Privatrecht, Band 1, 2. Auflage, München 2003.
- von Staudinger*, Julius (Begr.), Staudinger BGB – Kommentar, Band §§ 826-829 und Produkthaftungsgesetz, 13. Neub. Auflage, Berlin 2003.
- Staudinger BGB – Kommentar, Band EGBGB/IPR Art. 27-37, 13. Neub. Auflage, Berlin 2002.
- Wachter*, Thomas, Wettbewerb des GmbH-Rechts in Europa – Vergleich der Rechtslage in ausgewählten Ländern, GmbH-Rundschau 2005, 717-730.
- Insihgeschäfte bei englischen private limited companies, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2005, 338-341.
- Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sachen Inspire Art Ltd. auf Beratungspraxis und Gesetzgebung – deutsche GmbH vs. Englische private limited company, GmbH-Rundschau 2004, 88-105.
- Wackerbarth*, Ulrich, Existenzvernichtungshaftung 2005: Unternehmerische Entscheidungen auf dem Prüfstand?, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 2005, 877-887.
- Wank*, Rolf, et al. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, 1271-1295.
- Weller*, Marc-Phillipe, Einschränkung der Gründungstheorie bei missbräuchlicher Auslandsgründung?, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2003, 520-524.
- Wiedemann*, Herbert, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, München 1980.
- Ziemons*, Hildegard, Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?!, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 2003, 1913-1920.
- Zimmer*, Daniel, Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, Neue Juristische Wochenschrift 2003, 3585-3592.
- Internationales Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1996.
- Zöllner*, Wolfgang, Konkurrenz für inländische Kapitalgesellschaften durch ausländische Rechtsträger, insbesondere durch die englische Private Limited Company, GmbH-Rundschau 2006, 1-12.

Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht
(bis Heft 13 erschienen unter dem Titel: Arbeitspapiere aus dem
Institut für Wirtschaftsrecht – ISSN 1619-5388)

ISSN 1612-1368

Bislang erschienene Hefte

- Heft 1 Wiebe-Katrin Boie, Der Handel mit Emissionsrechten in der EG/EU – Neue Rechtssetzungsinitiative der EG-Kommission, März 2002, ISBN 3-86010-639-2
- Heft 2 Susanne Rudisch, Die institutionelle Struktur der Welthandelsorganisation (WTO): Reformüberlegungen, April 2002, ISBN 3-86010-646-5
- Heft 3 Jost Delbrück, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, Juli 2002, ISBN 3-86010-654-6
- Heft 4 Christian Tietje, Die historische Entwicklung der rechtlichen Disziplinierung technischer Handelshemmnisse im GATT 1947 und in der WTO-Rechtsordnung, August 2002, ISBN 3-86010-655-4
- Heft 5 Ludwig Gramlich, Das französische Asbestverbot vor der WTO, August 2002, ISBN 3-86010-653-8
- Heft 6 Sebastian Wolf, Regulative Maßnahmen zum Schutz vor gentechnisch veränderten Organismen und Welthandelsrecht, September 2002, ISBN 3-86010-658-9
- Heft 7 Bernhard Kluttig/Karsten Nowrot, Der „Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002“ – Implikationen für die Doha-Runde der WTO, September 2002, ISBN 3-86010-659-7
- Heft 8 Karsten Nowrot, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz von Internet-Domains, Oktober 2002, ISBN 3-86010-664-3
- Heft 9 Martin Winkler, Der Treibhausgas-Emissionsrechtehandel im Umweltvölkerrecht, November 2002, ISBN 3-86010-665-1
- Heft 10 Christian Tietje, Grundstrukturen und aktuelle Entwicklungen des Rechts der Beilegung internationaler Investitionsstreitigkeiten, Januar 2003, ISBN 3-86010-671-6
- Heft 11 Gerhard Kraft/Manfred Jäger/Anja Dreiling, Abwehrmaßnahmen gegen feindliche Übernahmen im Spiegel rechtspolitischer Diskussion und ökonomischer Sinnhaftigkeit, Februar 2003, ISBN 3-86010-647-0
- Heft 12 Bernhard Kluttig, Welthandelsrecht und Umweltschutz – Kohärenz statt Konkurrenz, März 2003, ISBN 3-86010-680-5

- Heft 13 Gerhard Kraft, Das Corporate Governance-Leitbild des deutschen Unternehmenssteuerrechts: Bestandsaufnahme – Kritik – Reformbedarf, April 2003, ISBN 3-86010-682-1
- Heft 14 Karsten Nowrot/Yvonne Wardin, Liberalisierung der Wasserversorgung in der WTO-Rechtsordnung – Die Verwirklichung des Menschenrechts auf Wasser als Aufgabe einer transnationalen Verantwortungsgemeinschaft, Juni 2003, ISBN 3-86010-686-4
- Heft 15 Alexander Böhmer/Guido Glania, The Doha Development Round: Reintegrating Business Interests into the Agenda – WTO Negotiations from a German Industry Perspective, Juni 2003, ISBN 3-86010-687-2
- Heft 16 Dieter Schneider, „Freimütige, lustige und ernsthafte, jedoch vernunft- und gesetzmäßige Gedanken“ (Thomasius) über die Entwicklung der Lehre vom gerechten Preis und fair value, Juli 2003, ISBN 3-86010-696-1
- Heft 17 Andy Ruzik, Die Anwendung von Europarecht durch Schiedsgerichte, August 2003, ISBN 3-86010-697-X
- Heft 18 Michael Slonina, Gesundheitsschutz contra geistiges Eigentum? Aktuelle Probleme des TRIPS-Übereinkommens, August 2003, ISBN 3-86010-698-8
- Heft 19 Lorenz Schomerus, Die Uruguay-Runde: Erfahrungen eines Chef-Unterhändlers, September 2003, ISBN 3-86010-704-6
- Heft 20 Michael Slonina, Durchbruch im Spannungsverhältnis TRIPS and Health: Die WTO-Entscheidung zu Exporten unter Zwangslizenzen, September 2003, ISBN 3-86010-705-4
- Heft 21 Karsten Nowrot, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights – Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, September 2003, ISBN 3-86010-706-2
- Heft 22 Gerhard Kraft/Ronald Krenzel, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective, Oktober 2003, ISBN 3-86010-715-1
- Heft 23 Ingeborg Fogt Bergby, Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Streitbeilegungsrecht nach dem Energiechartavertrag aus norwegischer Perspektive, November 2003, ISBN 3-86010-719-4
- Heft 24 Lilian Habermann/Holger Pietzsch, Individualrechtsschutz im EG-Antidumpingrecht: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen, Februar 2004, ISBN 3-86010-722-4
- Heft 25 Matthias Hornberg, Corporate Governance: The Combined Code 1998 as a Standard for Directors' Duties, März 2004, ISBN 3-86010-724-0

- Heft 26 Christian Tietje, Current Developments under the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures as an Example for the Functional Unity of Domestic and International Trade Law, März 2004, ISBN 3-86010-726-7
- Heft 27 Henning Jessen, Zollpräferenzen für Entwicklungsländer: WTO-rechtliche Anforderungen an Selektivität und Konditionalität – Die GSP-Entscheidung des WTO Panel und Appellate Body, Mai 2004, ISBN 3-86010-730-5
- Heft 28 Tillmann Rudolf Braun, Investment Protection under WTO Law – New Developments in the Aftermath of Cancún, Mai 2004, ISBN 3-86010-731-3
- Heft 29 Juliane Thieme, Latente Steuern – Der Einfluss internationaler Bilanzierungsvorschriften auf die Rechnungslegung in Deutschland, Juni 2004, ISBN 3-86010-733-X
- Heft 30 Bernhard Kluttig, Die Klagebefugnis Privater gegen EU-Rechtsakte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes: Und die Hoffnung stirbt zuletzt..., September 2004, ISBN 3-86010-746-1
- Heft 31 Ulrich Immenga, Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, Oktober 2004, ISBN 3-86010-748-8
- Heft 32 Horst G. Krenzler, Die Uruguay Runde aus Sicht der Europäischen Union, Oktober 2004, ISBN 3-86010-749-6
- Heft 33 Karsten Nowrot, Global Governance and International Law, November 2004, ISBN 3-86010-750-X
- Heft 34 Ulrich Beyer/Carsten Oehme/Friederike Karmrodt, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf die Verfahrensgarantien im Unionsrecht, November 2004, ISBN 3-86010-755-0
- Heft 35 Frank Rieger/Johannes Jester/ Michael Sturm, Das Europäische Kartellverfahren: Rechte und Stellung der Beteiligten nach Inkrafttreten der VO 1/03, Dezember 2004, ISBN 3-86010-764-X
- Heft 36 Kay Wissenbach, Systemwechsel im europäischen Kartellrecht: Dezentralisierte Rechtsanwendung in transnationalen Wettbewerbsbeziehungen durch die VO 1/03, Februar 2005, ISBN 3-86010-766-6
- Heft 37 Christian Tietje, Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz, Februar 2005, ISBN 3-86010-770-4
- Heft 38 Matthias Bickel, Die Argentinien-Krise aus ökonomischer Sicht: Herausforderungen an Finanzsystem und Kapitalmarkt, März 2005, ISBN 3-86010-772-0

- Heft 39 Nicole Steinat, *Comply or Explain – Die Akzeptanz von Corporate Governance Kodizes in Deutschland und Großbritannien*, April 2005, ISBN 3-86010-774-7
- Heft 40 Karoline Robra, *Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive*, Mai 2005, ISBN 3-86010-782-8
- Heft 41 Jan Bron, *Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EG*, Juli 2005, ISBN 3-86010-791-7
- Heft 42 Christian Tietje/Sebastian Wolf, *REACH Registration of Imported Substances – Compatibility with WTO Rules*, July 2005, ISBN 3-86010-793-3
- Heft 43 Claudia Decker, *The Tension between Political and Legal Interests in Trade Disputes: The Case of the TEP Steering Group*, August 2005, ISBN 3-86010-796-8
- Heft 44 Christian Tietje (Hrsg.), *Der Beitritt Russlands zur Welthandelsorganisation (WTO)*, August 2005, ISBN 3-86010-798-4
- Heft 45 Wang Heng, *Analyzing the New Amendments of China's Foreign Trade Act and its Consequent Ramifications: Changes and Challenges*, September 2005, ISBN 3-86010-802-6
- Heft 46 James Bacchus, *Chains Across the Rhine*, October 2005, ISBN 3-86010-803-4
- Heft 47 Karsten Nowrot, *The New Governance Structure of the Global Compact – Transforming a "Learning Network" into a Federalized and Parliamentarized Transnational Regulatory Regime*, November 2005, ISBN 3-86010-806-9
- Heft 48 Christian Tietje, *Probleme der Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels – Stärken und Schwächen des GATS*, November 2005, ISBN 3-86010-808-5
- Heft 49 Katja Moritz/Marco Gesse, *Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts auf deutsche Unternehmen*, Dezember 2005, ISBN 3-86010-813-1
- Heft 50 Christian Tietje/Alan Brouder/Karsten Nowrot (eds.), *Philip C. Jessup's *Transnational Law* Revisited – On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication*, February 2006, ISBN 3-86010-825-5
- Heft 51 Susanne Probst, *Transnationale Regulierung der Rechnungslegung – International Accounting Standards Committee Foundation und Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee*, Februar 2006, ISBN 3-86010-826-3
- Heft 52 Kerstin Rummel, *Verfahrensrechte im europäischen Arzneimittelzulassungsrecht*, März 2006, ISBN 3-86010-828-X

Heft 53 Marko Wohlfahrt, Gläubigerschutz bei EU-Auslandsgesellschaften, März
2006, ISBN (10) 3-86010-831-X, ISBN (13) 978-3-86010-831-4