

# **Existenzvernichtungshaftung von Scheinauslandsgesellschaftern**

**- zur Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf in- und ausländische  
Scheinauslandsgesellschaften im Schnittfeld von Kollisionsrecht  
und Niederlassungsfreiheit**

**Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der  
Justus-Liebig-Universität Gießen**

**vorgelegt von**

**Andreas Ripken  
aus Oldenburg (Oldb.)**

Dekan: Herr Prof. Dr. Jens Adolphsen  
Erstgutachter: Herr Prof. Dr. Christoph Benicke  
Zweitgutachter: Herr Prof. em. Dr. Günter Weick

Prüfungskommission: Herr Prof. Dr. Christoph Benicke (Vors.)  
Herr Prof. em. Dr. Günter Weick  
Herr Prof. Dr. Walter Gropp  
Frau Prof. Dr. Gabriele Wolfslast

Tag der mündlichen Prüfung: 21.12.2012

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Mai 2013 berücksichtigt werden.

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Christoph Benicke für die tolle Betreuung der Arbeit. Er hat sich stets Zeit genommen, um mit Rat und Anregung der Arbeit zum Erfolg zu verhelfen. Bedanken möchte ich mich auch bei Prof. em. Dr. Günter Weick für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die freundliche Bereitstellung seines Hauses in Wettenberg als Prüfungsort kurz vor Weihnachten.

Großen Dank schulde ich auch meinen Freunden und Kollegen Hendrik Gruel und Nils Knobloch. Durch zahlreiche Diskussionen haben Sie wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Zuletzt geht mein Dank an meine Eltern, die mich - wie stets - in jeglicher Hinsicht unterstützt haben.

Frankfurt a.M. im Mai 2013

*Andreas Ripken*

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	9
§ 1 Einleitung.....	13
A. Problemstellung.....	13
B. Gang der Darstellung.....	15
§ 2 Existenzvernichtungshaftung.....	17
A. Einleitung.....	17
B. Defizite im Gläubigerschutzsystem.....	20
I. Kapitalerhaltung nach §§ 30, 31 GmbHG.....	20
1. Beschränkung auf Stammkapitalziffer.....	21
2. Bilanzunwirksamkeit von Maßnahmen.....	22
3. Stichtagsbezogenheit.....	23
4. „Kollateralschäden“.....	23
5. Veranlassungsprinzip.....	24
II. Anfechtungsrecht.....	24
1. Tatbestand.....	24
a. Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung.....	26
b. Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung.....	26
2. Rechtsfolge.....	28
C. Geschäftsführerhaftung.....	29
I. Geschäftsführerhaftung als Mittel der Lückenschließung.....	29
1. Geeignetheit der Geschäftsführerhaftungstatbestände.....	29
2. Geschäftsführerhaftung keine „abschließende Lösung“.....	31
II. Ausweitung der Geschäftsführerhaftung auf Gesellschafter.....	31
D. Entwicklung der Rechtsprechung.....	33
E. Die Existenzvernichtungshaftung nach „Trihotel“ im Einzelnen.....	35
I. Kompensationsloser Entzug von Gesellschaftsvermögen.....	35
1. Entzug von Gesellschaftsvermögen.....	35
2. Begünstigung des Gesellschafters?.....	38
3. Keine Kompensation oder Rechtfertigung.....	39
a. Kompensation.....	40
b. Rechtfertigung.....	40
c. Eigenkapitalersetzende Darlehen.....	40
II. Insolvenzverursachung oder -vertiefung.....	42
III. Sittenwidrigkeit.....	43
IV. Schaden.....	44
1. Schaden der Gesellschaft.....	44
2. Umfang der Haftung.....	45
3. Verzugszinsen.....	46
V. Vorsatz.....	46
VI. Adressaten.....	47
VII. Geltendmachung und Beweislast.....	48
VIII. Verjährung.....	49
IX. Konkurrenzen.....	50
1. Kapitalerhaltung.....	50
2. Anfechtung und Geschäftsführerhaftung.....	50

3. Untreue.....	51
X. Gesamtschuld.....	51
F. Abschließende Würdigung.....	52
§ 3. Internationales Gesellschaftsrecht.....	53
A. Grundlagen des Internationalen Gesellschaftsrechts.....	53
I. Anknüpfung.....	54
1. Sitztheorie.....	54
a. Anknüpfung.....	54
b. Hintergrund: Verhinderung von Scheinauslandsgesellschaften.....	55
2. Gründungstheorie.....	56
a. Anknüpfung.....	56
b. Hintergrund: Privatautonomie.....	56
3. Differenzierende Theorien.....	57
II. Weite des Gesellschaftsstatuts .....	58
1. Einheitstheorie.....	58
2. Grenzbereich: Gesellschafts-, Insolvenz- und Deliktsrecht.....	59
III. Beachtung des Renvoi.....	59
IV. Folgen bei Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes.....	60
1. Sitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft nach Deutschland.....	60
2. Sitzverlegung einer deutschen GmbH ins Ausland.....	61
B. Einwirkung durch die Niederlassungsfreiheit.....	63
I. Die Niederlassungsfreiheit.....	64
II. Die Leitentscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit.....	66
1. Zuzugsfälle.....	66
a. Centros.....	66
b. Überseering.....	67
c. Inspire Art.....	68
2. Wegzugsfälle.....	68
a. Daily Mail.....	68
b. Überseering.....	69
c. Cartesio.....	69
III. Würdigung der Leitentscheidungen.....	70
1. Sitztheorie als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit.....	71
a. Verhältnis der Niederlassungsfreiheit zum Internationalen Privatrecht der Mitgliedstaaten.....	71
b. Verstoß durch Kollisionsrecht.....	73
c. Sitztheorie kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit.....	74
d. Sitztheorie und Sonderanknüpfung.....	75
2. Gebot der gegenseitigen Anerkennung.....	76
a. Keine versteckte Kollisionsnorm.....	76
b. Grundsatz der Gründungsanknüpfung.....	78
3. Keine Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Scheinauslandsgesellschaft .....	79
4. Keine Wegzugsfreiheit für Gesellschaften.....	80
5. Implikationen der fehlenden Wegzugsfreiheit für die Zuzugsfreiheit.....	83
IV. Keine Aufgabe der Leitentscheidungen durch die Entscheidung „Vale“.....	83
V. Die Reaktion des deutschen Rechtsprechung.....	86
1. Anerkennung der Gründungstheorie für EU-Gesellschaften in Zuzugssituationen.....	86
a. Grundsatz.....	86

b. Ausnahme: Achtung der Parteifähigkeit nach der lex fori?.....	87
c. Ausnahme: Anwendung der Sitztheorie bei EU-Gesellschaften, deren Gründungsrecht den Wegzug verbietet?.....	87
2. Beibehaltung der Sitztheorie für Drittstaaten.....	88
3. Beibehaltung der Sitztheorie für Wegzugssituationen.....	88
C. Änderung durch das MoMiG: Wegzugsfreiheit für deutsche GmbHs.....	89
I. Auswirkung der Änderung des § 4a GmbHG.....	89
II. § 4a GmbHG als versteckte einseitige Kollisionsnorm.....	91
III. Kein allgemeiner Wechsel zur Gründungstheorie.....	94
D. Ergebnis .....	94
§ 4 Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts im Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit.....	95
A. Eingriff in den Schutzbereich.....	95
I. Das Beschränkungsverbot in der Grundfreiheitendogmatik.....	96
1. Übertragung der Keck-Rechtsprechung durch Teile der Literatur.....	96
2. Binnenmarktbezug der Grundfreiheiten als vorzugswürdiges Kriterium.....	98
3. Spürbarkeitskriterium.....	101
4. Zwischenergebnis.....	103
II. Eingriff nur bei gesellschaftsrechtlichen Regelungen?.....	103
1. Art. 49 II AEUV.....	104
2. Die sog. „Umqualifizierung“.....	104
a. Vorgang der Qualifikation.....	105
b. Würdigung.....	107
c. Gestaltungshoheit des Gesetzgebers.....	109
3. Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften durch inländisches Gläubigerschutzrecht.....	110
a. Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in den einschlägigen Urteilen.....	110
b. Schlussfolgerung.....	111
a.a. Regelungsverdopplung nur bei gesellschaftsrechtlichen Regelungen.....	111
b.b. Das Problem uneinheitlicher Kollisionsrechte: Feststellung der Beschränkung durch Qualifikation nach Herkunftskollisionsrecht.....	113
4. Spürbarkeitskriterium bei gesellschaftsrechtlichen Regelungen.....	118
5. Folgerung: Grundsätzlich kein Eingriff im Anwendungsbereich europäischer Kollisionsnormen.....	118
a. Verhinderung von Verstößen gegen die Niederlassungsfreiheit durch Gestaltung des Kollisionsrechts.....	118
b. Grundsatz: kein Eingriff im Anwendungsbereich europäischer Kollisionsnormen.....	119
c. Ausnahme: Mehrfachqualifikation.....	120
6. Folgerung: Grundsätzlich kein Eingriff bei auf Sekundärrecht beruhenden Vorschriften.....	121
7. Verdeutlichung: kein Eingriff bei Rückverweisung.....	122
III. Zwischenergebnis.....	123
B. Rechtfertigung.....	123
I. Rechtsmissbrauch und Betrug.....	124
1. Rechtfertigungs- oder Schutzbereichsebene.....	124
2. Konkretisierung des Missbrauchs- bzw. des Betrugseinwands.....	125
a. Spezifischer Missbrauch.....	126

b. Unspezifischer Missbrauch.....	127
c. Betrug.....	128
3. Zwischenergebnis.....	129
II. Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit .	129
III. Rechtfertigung aus Gründen des Allgemeininteresses .....	130
1. Nichtdiskriminierende Anwendung .....	130
2. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls.....	130
3. Geeignetheit .....	131
4. Erforderlichkeit.....	132
a. Prüfungsvorgang.....	132
b. Informationsmodell.....	134
a.a. Informationsmodell des EuGH.....	134
b.b. Schwächen des Informationsmodells.....	135
c. Stellenwert des Gründungsrechts.....	137
a.a. Relevanz des Gründungsrechts.....	137
b.b. Relevantes Schutzniveau.....	138
c.c. Vorliegen einer Schutzlücke.....	139
d. Mildestes Mittel.....	140
IV. Zwischenergebnis.....	141
§ 5 Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung.....	142
A. Substitution.....	142
B. Vorfragen.....	143
I. Insuffizienz des übrigen Gläubigerschutzsystems.....	144
II. Insolvenz der Gesellschaft.....	144
C. Insolvenzrechtliche Qualifikation.....	144
I. Regelungsbereich der EuInsVO.....	145
II. Haupt- und Partikularverfahren.....	146
III. Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen und Ort der Niederlassung.....	147
IV. Insolvenzrechtlicher Systembegriff.....	147
V. Insolvenzrechtliche Elemente der Existenzvernichtungshaftung.....	151
1. Die Ausgestaltung als Innenhaftung.....	151
2. Die funktionale Nähe zu den Insolvenzanfechtungstatbeständen.....	151
3. „Kalte Liquidation“.....	152
4. Die Insolvenz als Tatbestandsmerkmal.....	154
5. Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters.....	154
6. Die Parellele zu § 64 S. 3 GmbHG.....	155
7. Unabhängigkeit von der Verfahrenseröffnung.....	156
a. Verfahrenseröffnung als zwingende Voraussetzung.....	156
b. Zur Geltung der EuInsVO vor Eröffnung des Insolvenzverfahren.....	159
c. Die Entscheidungen des EuGH in Sachen „Gourdain/Nadler“ und „Frick/Deko Marty“.....	159
a.a. Gegenstand: Annexverfahren.....	160
b.b. Voraussetzung der Verfahrenseröffnung.....	161
VI. Insolvenz als eigenständig anzuknüpfende Vorfrage.....	162
D. Deliktsrechtliche Qualifikation.....	162
I. Anwendungsbereich der Rom-II-VO.....	163
II. Anknüpfungsleiter.....	163
III. Anknüpfung in Bezug auf Existenzvernichtungshaftung.....	164
IV. Systembegriff der unerlaubten Handlung in der Rom-II-VO.....	165

V. Deliktsrechtliche Elemente der Existenzvernichtungshaftung .....	167
1. Schadenshaftung.....	167
2. Haftung aus Sonderverbindung.....	167
a. Vorliegen einer Sonderverbindung.....	167
b. Pflichten aus der Sonderverbindung.....	167
c. Die Absage des BGH an das Modell einer Haftung aus Sonderverbindung.....	168
d. Dogmatische Unstimmigkeiten.....	169
a.a. Existenzvernichtungshaftung als Sonderdelikt.....	169
b.b. Verlängerung von §§ 30, 31 GmbHG .....	170
c.c. Innenhaftung.....	170
d.d. Umkehrung des Spezialitätsverhältnisses.....	171
e. Würdigung der dogmatischen Unstimmigkeiten im Hinblick auf die Qualifikation.....	171
a.a. Zur Innenhaftung.....	171
b.b. Zur Verortung der alleinigen Gesellschafterpflicht in § 826 BGB.....	173
c.c. Exkurs: Berücksichtigung des maßgeblichen Gesellschaftsstatuts im Rahmen der Sittenwidrigkeit.....	174
d.d. Zur Funktion als Verlängerung der §§ 30, 31 GmbHG.....	175
e.e. Zur Umkehrung des Spezialitätsverhältnisses.....	176
3. Zwischenergebnis.....	177
VI. Ausschluss gem. Art. 1 II d) Rom-II-VO.....	178
1. Restriktive Auslegung.....	179
2. Hinweis auf Deliktsrecht nicht weiterführend.....	179
3. Entscheidend: kein Auseinanderreißen im Funktionszusammenhang stehender Normen.....	180
4. Keine Anpassung.....	182
5. Ausnahmetatbestand oder akzessorische Anknüpfung.....	183
E. Gesellschaftsrechtliche Qualifikation.....	184
I. Referentenentwurf.....	184
II. Systembegriff „Gesellschaftsrecht“.....	185
F. Mehrfachqualifikation.....	187
G. Ergebnis.....	188
§ 6 Wesentliche Ergebnisse der Arbeit.....	189
Literaturverzeichnis.....	193

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft / Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bearb.	Bearbeitung
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union

EuGVÜ	Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsÜ	Europäisches Übereinkommen über Insolvenzverfahren vom 23.11.1995 (gescheitert)
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.05.2000 über Insolvenzverfahren.
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-VO	Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f. ff.	folgend (e)
Fn.	Fußnote
FR	Finanz-Rundschau (Zeitschrift)
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GATS	General Agreement on Trade and Services
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
Hdb.	Handbuch
Hdl.	Handlungen
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
InsO	Insolvenzordnung
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
Jb.J.ZivRWiss.	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung

MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (BGBl. I S. 2026)
MoMiG-BegrRegE	Begründung des Entwurfs (Bundesregierung) eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 25.07.2007 (BT-Drs. 16/6140)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift – Spezial (Zeitschrift)
NotBZ	Zeitschrift für notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NvwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
Rom-I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom-II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rs.	Rechtssache
S.	Satz / Seite
S.A.R.L.	Société à responsabilité limitée (der GmbH entsprechende französische Rechtsform)
SCE	Europäische Genossenschaft
SCE-VO	Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union
sog.	sogenannt
Syst. Darst.	Systematische Darstellung
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
v.	vom
Vgl.	Vergleiche
WiSta	Wirtschaft und Statistik (Zeitschrift)
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
Wpg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZeUP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZinsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
ZvglRWiss.	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

## § 1 Einleitung

### A. Problemstellung

Seit den Entscheidungen des EuGH in Sachen „Centros“<sup>1</sup>, „Überseering“<sup>2</sup> und „Inspire Art“<sup>3</sup> zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften ist es im Europäischen Wirtschaftsraum möglich, im Rahmen sogenannter „pseudo foreign companies“ oder „Scheinauslandsgesellschaften“ unternehmerisch tätig zu werden. Bei diesen Gesellschaften handelt es sich (zumindest im Ausgangspunkt) nicht etwa um fehlerhafte oder rechtlich nicht existente Gesellschaften<sup>4</sup>, sondern vielmehr um wirksame Gesellschaften, die im Ausland gegründet wurden. Sie sind nur „scheinbar“ Auslandsgesellschaften, weil sie ihren tatsächlichen Sitz verlegt haben und deshalb wirtschaftlich im Inland tätig sind<sup>5</sup>.

In Folge dieser Rechtsprechung des EuGH hat in Europa ein Wettbewerb der Gesellschaftsrechte eingesetzt, der in Deutschland vornehmlich zwischen der GmbH und der ihr entsprechenden englischen private limited company ausgetragen wird. Bis zum Jahre 2006 feierte diese Gesellschaftsform in Deutschland einen Siegeszug, der seinesgleichen sucht. Noch Ende 2006 wurde von ca. 40.000 limiteds in Deutschland ausgegangen<sup>6</sup>. Als Gründe für die Entscheidung zu Gunsten einer Gesellschaft nach englischem Recht und gegen die deutsche Gesellschaftsform wurden (und werden) gemeinhin eine kürzere Gründungsdauer, geringere Gründungskosten und das Erfordernis eines Stammkapitals von lediglich einem Euro angeführt<sup>7</sup>.

Äußerst strittig ist bei diesen Gesellschaften die Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts. Zum einen ist europarechtlich fraglich, inwiefern die Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts auf im Ausland gegründete Gesellschaften gegen die primärrechtlich gewährleistete Niederlassungsfreiheit verstößt. Zum anderen befinden sich viele Gläubigerschutzinstrumente in einem Grenzbereich zwischen Delikts-, Insolvenz- und Gesellschaftsrecht. Dies ist insofern problematisch, als dass im Internationalen Privatrecht für diese unterschiedlichen Rechtsgebiete mit verschiedenen Anknüpfungspunkten gearbeitet wird und daher verschiedene Rechtsordnungen zur Anwendung berufen werden können. So gelangt bei einer Einordnung bzw. Qualifikation als gesellschaftsrechtlich grundsätzlich das ausländische Gründungsrecht zur Anwendung, während eine insolvenz- oder deliktsrechtliche Qualifikation regelmäßig zur Anwendung inländischen Sitzrechts führt. Von der internationalprivatrechtlichen Qualifikation des jeweiligen Gläubigerschutzinstruments hängt also maßgeblich dessen Anwendbarkeit auf Scheinauslandsgesellschaften ab. Schließlich ist besonders umstritten, inwiefern die internationalprivatrechtliche Qualifikation eines Gläubigerschutzinstruments Einfluss auf die erstgenannte Problematik, der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit, haben kann.

Ein in diesem Zusammenhang besonders strittiges Gläubigerschutzinstrument ist die sogenannte „Existenzvernichtungshaftung“. Sie soll eine Haftung des Gesellschafters für insolvenzverursachende oder -vertiefende Eingriffe durch den Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen gewährleisten. Schon in ihrer Ausgestaltung als sogenannter „Haftungsdurchgriff“ war ihre

<sup>1</sup>EuGH, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459.

<sup>2</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919.

<sup>3</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155.

<sup>4</sup>Vallender, ZGR 2006, 425.

<sup>5</sup>Vallender, ZGR 2006, 425.

<sup>6</sup>Westhoff, GmbHR 2007, 474, 480; Eidenmüller, ZGR 2007, 168, 173.

<sup>7</sup>Dazu etwa Fleischer in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 53 ff.; vgl. zur französischen S.A.R.L., bei der das Mindestkapital 2004 abgeschafft wurde Meyer/Ludwig, GmbHR 2005, 346, 348 ff.

Anwendbarkeit auf Scheinauslandsgesellschaften umstritten. Der BGH hat 2007 sein Konzept einer Existenzvernichtungshaftung zudem noch umgestellt und verortet die Existenzvernichtungshaftung nun in § 826 BGB, also einer deliktischen Norm. Dabei konnte man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass er dies zumindest auch tat, um die Anwendbarkeit des Instituts auf Scheinauslandsgesellschaften sicherzustellen. Ergebnis der Umstellung ist jedenfalls, dass die Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung nach wie vor unklar ist<sup>8</sup>.

Klarheit hat auch nicht – eher das Gegenteil ist der Fall - das MoMiG gebracht, mit dem der Gesetzgeber eine „Teilregelung“ der Existenzvernichtungshaftung für Geschäftsführer im GmbHG verankert hat, aber eine entsprechende Regelung für den Gesellschafter offen ließ. Dazu kommt, dass das Internationale Deliktsrecht mit der Rom-II-VO mit Wirkung zum 11.01.2009 neu gestaltet wurde<sup>9</sup>.

Mittlerweile ist die Entwicklung von englischen Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz in Deutschland rückläufig<sup>10</sup>. Dies dürfte zum einen dadurch bedingt sein, dass sich zunehmend Ernüchterung im Umgang mit zwei potentiell anwendbaren Rechtsordnungen eingestellt hat<sup>11</sup>. Zum anderen hat aber auch der deutsche Gesetzgeber auf die zunehmende Konkurrenz durch Scheinauslandsgesellschaften reagiert. Mit dem MoMiG hat er eine Rechtsformvariante der GmbH, die Unternehmergesellschaft (UG) eingeführt, die ähnlich wie die „limited“ ein Stammkapital von lediglich einem Euro benötigt<sup>12</sup>.

Trotz dessen ist die Problematik nicht entschärft. Es muss weiterhin von einer zumindest nicht unerheblichen Anzahl von „limiteds“ mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland ausgegangen werden. Firmen wie „limited4you“ oder „limited24“ werben weiterhin für die Gründung solcher Gesellschaften. Selbst das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie gibt im Rahmen seines Internetauftritts Hilfestellung zur Gründung einer „limited“<sup>13</sup>. Zudem besteht ganz grundsätzlich für Gesellschaften aus 29 Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums die Möglichkeit, sich als Gesellschaft ausländischen Rechts in Deutschland niederzulassen. Die Frage nach der Anwendbarkeit inländischer Gläubigerschutzinstrumente bleibt daher aktuell<sup>14</sup>.

Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber auch eine neue Fragestellung im Hinblick auf die Anwendung inländischer Gläubigerschutztatbestände, und im speziellen die der Existenzvernichtungshaftung geschaffen. Denn mit dem MoMiG wollte der deutsche Gesetzgeber nicht nur die Konkurrenz in Deutschland bekämpfen, er wollte auch die GmbH „exportfähig“ machen. Seit dem 01. November 2008 soll daher die Möglichkeit einer deutschen Scheinauslandsgesellschaft (mbH) bestehen. Auch hier stellt sich die Frage, ob die Existenzvernichtungshaftung auf eine solche Gesellschaft angewendet werden kann. Zwar besteht, wie zu zeigen sein wird, in diesem

---

<sup>8</sup>Vgl. nur *Kieninger*, *RabelsZ*, Bd. 73 (2009), 607, 615: „unclear“; *Wagner*, *IPRax* 2008, 1, 2: „steht derzeit in den Sternen“; *Kühnle/Otto*, *IPRax* 2009, 117, 121: „bleibt [...] strittig“; *Heinz*, *Die englische Limited*, 3. Aufl. 2012, § 6 Rn. 61: „heftig umstritten“.

<sup>9</sup>Gem. ihres Art. 32 gilt die Rom-II-VO ab dem 11.01.2009.

<sup>10</sup>*Volb*, *Die Limited*, 2. Aufl. 2010, Einleitung Rn. 1.

<sup>11</sup>Nicht unerheblich dürfte in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des *BGH*, Urteil vom 12.7.2011 – II ZR 28/10 sein. Der BGH stellt dort fest, dass bei gesellschaftsinternen Streitigkeiten in einer englischen Limited mit tatsächlichem Sitz in Deutschland – unbeachtlich einer Gerichtsstandvereinbarung - ausschließlich englische Gerichte international zuständig sind; mit der Folge, dass sich Gesellschafter bei gesellschaftsinternen Streitigkeiten nicht in Deutschland verklagen können.

<sup>12</sup>*Miras* in *Michalski*, *GmbHG*, Band I, 2. Aufl. 2010, § 5a Rn. 4 ff.

<sup>13</sup>[www.existenzgruender.de/selbstaendigkeit/vorbereitung/gruendungswissen/rechtsform/00447/index.php](http://www.existenzgruender.de/selbstaendigkeit/vorbereitung/gruendungswissen/rechtsform/00447/index.php) vom 02.05.2013.

<sup>14</sup>Dabei kommt dieser Frage umso mehr Gewicht zu, als dass das Erfordernis eines Mindestkapitals in ganz Europa auf dem Rückzug ist; *Freudenberg*, *NZG* 2010, 527 m.w.N.

Fall grundsätzlich keine europarechtliche Problematik, aber ebenso wie bei der europäischen Scheinauslandsgesellschaft in Deutschland, stellt sich bei der deutschen GmbH im Ausland die Frage nach der internationalprivatrechtlichen Einordnung dieses Gläubigerschutzinstituts.

## B. Gang der Darstellung

Die vorliegende Arbeit möchte an Hand der umstrittenen Existenzvernichtungshaftung einen Beitrag zum in Bewegung gekommenen europäischen Internationalen Gesellschaftsrecht leisten. Konkret soll sie die Frage nach der Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf europäische Scheinauslandsgesellschaften aus Sicht deutscher Gerichte beantworten<sup>15</sup>. Die Arbeit bezieht sich dabei sowohl auf ausländische Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz in Deutschland, als auch auf deutsche Scheinauslandsgesellschaften (GmbHs) mit tatsächlichem Sitz im Ausland. Zu Grunde gelegt wird dabei das herkömmliche Verständnis von einer Scheinauslandsgesellschaft als einer Gesellschaft, die im Ausland gegründet wurde, ihren tatsächlichen Sitz jedoch im Inland hat bzw. dorthin verlegt hat. Die Arbeit bezieht sich daher nicht auf die Problematik der Satzungssitzverlegung.

Zur Beantwortung der Frage soll zunächst die Existenzvernichtungshaftung selbst behandelt werden [§ 2 Existenzvernichtungshaftung]. Hier ist einleitend und im Hinblick auf die internationalprivatrechtliche Qualifikation des Rechtsinstituts auf die Defizite im deutschen Gläubigerschutzrecht einzugehen, die letztlich zur Kreierung dieses Rechtsinstituts geführt haben. Zur Verdeutlichung und vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber mit dem MoMiG eine Teilregelung der Existenzvernichtungshaftung für den Geschäftsführer geschaffen hat, soll sodann erörtert werden, inwiefern die Geschäftsführerhaftung der Problematik insolvenzverursachender Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen durch den Gesellschafter Herr werden kann. Sodann soll die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH hin zur Verortung des Instituts im Deliktsrecht nachgezeichnet werden. Schließlich soll detailliert auf Tatbestand, Rechtsfolge und Durchsetzbarkeit des Rechtsinstituts eingegangen werden.

---

<sup>15</sup>Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte kann sich bei Existenzvernichtungsfällen insbesondere aus den Art. 2 I, 5 I Nr. 1 und 3 EuGVVO ergeben. Gem. Art. 2 I EuGVVO, der Regelung über den allgemeinen Gerichtsstand, können Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats verklagt werden. Da es sich bei der Existenzvernichtungshaftung um einen innenrechtlichen Anspruch der Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter handelt, kann der Gesellschafter also an seinem Wohnsitz verklagt werden. Ist der Gesellschafter selbst eine Gesellschaft, erlangt dabei Art. 60 EuGVVO Bedeutung. Demnach haben Gesellschaften ihren Sitz alternativ dort, wo sich ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung befindet. Neben dem allgemeinen Gerichtsstand kommen die besonderen Gerichtsstände des Art. 5 I Nr. 1 EuGVVO (Gerichtsstand der unerlaubten Handlung) und des Art. 5 I Nr. 3 EuGVVO (Gerichtsstand des Erfüllungsortes) in Betracht. Letzteres deshalb, weil nach Rechtsprechung des EuGH gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten als vertragliche Streitigkeiten im Sinne von Art. 5 I Nr. 1 EuGVVO eingestuft werden (*Geimer* in Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, EuGVVO, Art. 5 Rn. 32). Haftungsansprüche der Gesellschaft gegen ihre Organe können daher am Erfüllungsort geltend gemacht werden (*Wagner* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 274). Regelmäßig keine deutsche Zuständigkeit in Existenzvernichtungsfällen würde dagegen Art. 5 I Nr. 5 EuGVVO begründen. Dieser besondere allgemeine Gerichtsstand der Zweigniederlassung kann zwar insofern Bedeutung erlangen, als dass eine ausländische Muttergesellschaft in Deutschland gerichtspflichtig wird, auch wenn ihre Zweigniederlassung durch eine rechtlich selbstständige Scheinauslandsgesellschaft geführt wird. Art. 5 I Nr. 5 EuGVVO setzt aber voraus, dass es um Ansprüche geht, die aus dem Betrieb der Niederlassung herrühren. Dies ist bei einer Schädigung der Niederlassung in Deutschland, d.h. der Scheinauslandsgesellschaft, durch den ausländischen (Mutter-) Gesellschafter aber nicht der Fall (*Wagner* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 302). Nicht einschlägig ist Art. 22 Nr. 2 EuGVVO. Als ausschließlicher Gerichtsstand für bestimmte gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten ist er zu eng gefasst, als dass er Existenzvernichtungsfälle umfassen könnte (vgl. *Wagner* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 262 ff.), so dass er eine deutsche Zuständigkeit weder begründen noch ausschließen könnte. Hinsichtlich eventueller insolvenzrechtlicher Gerichtsstände wird auf die Ausführungen zur EuInsVO im Rahmen der Qualifikation verwiesen (Siehe § 5 C.).

Anschließend soll dann die Frage nach der Anwendbarkeit auf Scheinauslandsgesellschaften behandelt werden. Dafür ist sich zunächst mit den rechtlichen Grundlagen des Internationalen Gesellschaftsrechts auseinanderzusetzen [§ 3 Internationales Gesellschaftsrecht]. Die Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften sind derart unterschiedlich aufgenommen worden, dass es zur Beantwortung der Frage, inwiefern eine Gläubigerschutzregelung wie die Existenzvernichtungshaftung auf eine Scheinauslandsgesellschaft angewendet werden kann, unerlässlich ist, die rechtlichen Ausgangspunkte festzustellen. Zudem stellt sich die Frage, inwiefern der deutsche Gesetzgeber mit dem MoMiG tatsächlich deutsche Scheinauslandsgesellschaften (mbH) ermöglicht hat.

Die Auseinandersetzung mit dem Internationalen Gesellschaftsrecht soll dabei in der Weise erfolgen, dass zunächst die Grundlagen des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts dargestellt werden. Angesichts der Themenstellung wird hier insbesondere auch auf die Folgen der tatsächlichen Sitzverlegung einer Gesellschaft einzugehen sein. Daran anschließend sollen die Einwirkungen der Niederlassungsfreiheit auf das Internationale Gesellschaftsrecht behandelt werden. Dabei ist nicht nur die Rechtsprechung des EuGH zu den sog. Zuzugssituationen, sondern auch die zu den sog. Wegzugssituationen in den Blick zu nehmen. Insbesondere ist aber das Verhältnis der Niederlassungsfreiheit zum Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten zu untersuchen. Schließlich sollen im Hinblick auf deutsche Gesellschaften mit Sitz im Ausland die Auswirkungen des MoMiG auf das Internationale Gesellschaftsrecht dargestellt werden.

Stehen die rechtlichen Grundlagen fest, ist zu prüfen, inwiefern die Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts auf ausländische Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellt [§ 4 Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts im Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit]. Dabei ist neben den Möglichkeiten der Rechtfertigung, vor allem die Frage zu erörtern, wann überhaupt ein Eingriff in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit vorliegt. Wie zu zeigen sein wird, kommt es hier entscheidend auf die Qualifikation des jeweiligen Gläubigerschutzinstruments an.

Schließlich ist daher die Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung vorzunehmen [§ 5 Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung]. Im Rahmen dieses Abschnitts soll neben der eigentlichen Qualifikation noch auf andere kollisionsrechtliche Fragestellungen eingegangen werden. Eingangs ist zunächst die Frage der Substitution zu behandeln und das Vorliegen etwaiger Vorfragen zu erörtern. Zudem soll zur Verdeutlichung der Kollisionsnormen im Internationalen Delikts- und Insolvenzrecht deren Anknüpfungspunkte behandelt werden. Anschließend soll sich dann dezidiert mit der Möglichkeit einer gesellschaftsrechtlichen, deliktsrechtlichen oder insolvenzrechtlichen Qualifikation auseinandergesetzt werden.

## § 2 Existenzvernichtungshaftung

### A. Einleitung

Umschreibend wird die Existenzvernichtungshaftung als ein Institut zur Verhinderung einer „Ausplünderung der Gesellschaft“<sup>16</sup>, zur Verhinderung einer „Selbstbedienung der Gesellschafter zu Lasten der Gläubiger“<sup>17</sup> oder zur Verhinderung einer „kalten Liquidation“<sup>18</sup> bezeichnet. Es geht dabei immer darum, dass der Gesellschaft Vermögen zum Vorteil des Gesellschafters entzogen wird, und dies in einer Situation geschieht, in der die Gläubiger der Gesellschaft benachteiligt werden, weil das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht bzw. ausreichen wird, um die Gläubiger zu befriedigen. Der Begriff des Vermögensentzugs ist dabei „weit“ zu verstehen<sup>19</sup>. Es geht nicht allein um den Abzug von Geld, sondern auch um den Abzug immaterieller Werte. Plastisch ausgedrückt, soll mit der Existenzvernichtungshaftung verhindert werden, dass Gesellschafter den Gläubigern ihrer Gesellschaft diese als leeren, von wenigen kläglichen Resten abgesehen seiner wirtschaftlichen Werte entkleideten Geschäftsmantel überlassen<sup>20</sup>.

Die Gefahr von Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen durch Gesellschafter zu Lasten der Gesellschaft und damit auch zu Lasten ihrer Gläubiger besteht immer dann, wenn sich die Interessen von Gesellschafter und Gesellschaft nicht mehr decken. Grundsätzlich kann zwar von einem natürlichen Interessengleichlauf ausgegangen werden<sup>21</sup>. Denn im „normalen Leben“ der Gesellschaft sind die Gesellschafter daran interessiert mit ihrer Gesellschaft Gewinne zu erwirtschaften und die Gesellschaft deshalb zu erhalten. Geht es der Gesellschaft gut, geht es auch den Gesellschaftern gut. Der von den Gesellschaftern angestrebte Geschäftserfolg kommt also auch den Gläubigern zu Gute<sup>22</sup>. Dieser Interessengleichlauf kann aber gestört sein.

In erster Linie wird dies in Konzernsachverhalten praktisch bedeutsam<sup>23</sup>. Eine sog. „Konzerngefahr“ besteht etwa dann, wenn der herrschende Gesellschafter noch anderweitige unternehmerische Interessen außerhalb der Gesellschaft verfolgt und deshalb geneigt sein kann, seinen Einfluss in der von ihm beherrschten abhängigen Gesellschaft zu deren Nachteil zur Förderung seiner anderen unternehmerischen Interessen einzusetzen<sup>24</sup>. So kann es sein, dass die Muttergesellschaft „rücksichtslos“ ihre Konzernpolitik allein ihren Interessen unterordnet und die Interessen einer Tochtergesellschaft vollkommen unberücksichtigt lässt<sup>25</sup>. Die Interessen können dabei von unterschiedlichsten Gesichtspunkten bestimmt werden. Es ist beispielsweise vorstellbar, dass Vermögen bei einer Gesellschaft abgezogen und deren Insolvenz in Kauf genommen wird, weil eine andere Unternehmung höhere Rendite verspricht oder ganz einfach, weil anderswo in diesem Augenblick Liquidität benötigt wird.

<sup>16</sup>So auch *BGH*, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 20 = NZG 2007, 667, 669.

<sup>17</sup>Ebenfalls *BGH*, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 28 = NZG 2007, 667, 670.

<sup>18</sup>Siehe nur *Gloer/Goette/van Huet*, DStR 2008, 1141, 1144; *Dauner-Lieb*, DStR 2006, 2034, 2037; *Schwab*, ZIP 2008, 341, 346; *Heeg/Manthey*, GmbHR 2008, 798, 799.

<sup>19</sup>*Dauner-Lieb*, DStR 2006, 2034, 2038; vgl. *BGH*, Urteil vom 17. 9. 2001 - II ZR 178/99 - „Bremer Vulkan“ = DStR 2001, 1853; vgl. *BGH* vom 13. 12. 2004 - II ZR 256/02 - „BMW-Vertragshändler“ = DStR 2005, 340.

<sup>20</sup>*Röhrich* in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 101.

<sup>21</sup>*BGH*, Urteil vom 16.09.1985 - II ZR 275/84 (Düsseldorf) – „Autokran“, Tz. 14 = NJW 1986, 188, 189; *Dauner-Lieb*, DStR 2006, 2034, 2035; *Röhrich* in: FS 50 Jahre BGH, S. 83.

<sup>22</sup>*Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391, 400.

<sup>23</sup>*Decher* in *Priester/Mayer*: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 3, § 69 Rn. 1.

<sup>24</sup>*BGH*, Urteil vom 16.09.1985 - II ZR 275/84 (Düsseldorf) – „Autokran“, Tz. 14 = NJW 1986, 188, 189; *Dauner-Lieb*, DStR 2006, 2034, 2035; *Röhrich* in: FS 50 Jahre BGH, S. 83.

<sup>25</sup>*Dauner-Lieb*, DStR 2006, 2034, 2035.

Das Problem des Auseinanderfallens von Gesellschafts- und Gesellschafterinteresse ist aber nicht auf Konzernsachverhalte beschränkt. Ebenso wie Unternehmergesellschaften sich bei der Leitung der Gesellschaft von Interessen leiten lassen können, die denen der Gesellschaft entgegenstehen, können sich „Privatgesellschafter“ von gesellschaftsfremden Interessen leiten lassen. Die gesellschaftsfremden Interessen können dabei den Interessen in Konzernsachverhalten gleichen. So kann es sein, dass Vermögen nicht für eine andere Konzerngesellschaft benötigt wird, sondern der Gesellschafter Vermögen für die Ablösung privater Schulden benötigt. Gewichtet er dieses Interesse höher als den Erhalt seiner Gesellschaft, könnten die Gläubiger die Leittragenden sein.

Oft geht es aber auch nur darum, im Vorfeld einer Insolvenz Vermögen „beiseite“ zu schaffen. Ist eine gewinnbringende Fortsetzung der Unternehmung nicht mehr möglich oder zumindest überwiegend unwahrscheinlich, können Gesellschafter versucht sein, dass noch vorhandene Vermögen (außerhalb des Liquidations- oder Insolvenzverfahrens) abzuziehen, anstatt neue Mittel zuzuführen<sup>26</sup>. Man spricht insofern auch von „kalter Liquidation“ oder auch „übertragender Sanierung“, wenn versucht wird, das Unternehmen mit einem anderen Rechtsträger ohne die Passiva fortzusetzen<sup>27</sup>. Die Motivation für solche Eingriffe besteht darin, dass die Gesellschafter das Aktivvermögen der alten Gesellschaft dem Gläubigerzugriff entziehen und weiterhin für eigene Zwecke nutzen können<sup>28</sup>. Würden die Gesellschafter die Gesellschaft im ordentlichen Verfahren und nicht durch vermögenentziehenden Eingriff liquidieren, würde das Vermögen vorrangig zur Gläubigerbefriedigung genutzt. Denn im Insolvenzverfahren ist das Vermögen der Gesellschaft nach §§ 187 ff. InsO unter den Gläubigern zu verteilen. Erst ein eventueller Überschuss, der dann wohl in der Regel nur theoretischer Natur sein dürfte, ist gem. § 199 S. 2 InsO an die Gesellschafter herauszugeben. Im Liquidationsverfahren darf Vermögen an Gesellschafter erst nach Gläubigerbefriedigung, § 70 GmbHG und nach Abwarten eines Sperrjahres, § 73 GmbHG ausgekehrt werden.

Der Grund, warum im Vorfeld einer Insolvenz sogar das Liquidationsverfahren, in dessen Stadium ja definitionsgemäß eigentlich genügend Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger vorhanden sein sollte, umgangen wird, ist folgender. Ein eigentlich vorhandener Überschuss kann in der Liquidation durch Verringerung der Aktiva, etwa durch Zerschlagungsverluste, und Erhöhung der Passiva, etwa durch nicht kostenneutral abzuwickelnde Dauerschuldverhältnisse<sup>29</sup>, leicht aufgezehrt werden. Auszahlbares Vermögen verbleibt in diesen Fällen dann für die Gesellschafter nicht oder zumindest in der Höhe nicht mehr.

Die Gefahr, dass Gesellschafter sich zu Lasten der Gläubiger bei ihrer Gesellschaft rücksichtslos bedienen, ist grundsätzlich besonders hoch in der GmbH. In der AG wirkt insofern das höhere Mindestkapital, die strengere Vermögensbindung, der Grundsatz der weisungsfreien Geschäftsführung, der obligatorische Aufsichtsrat, die Haftung des Aktionärs für schädliche Einflussnahme gem. § 117 AktG und das aktienrechtliche Konzernrecht prophylaktisch<sup>30</sup>. Zweierlei schränkt die Problematik aber auch bei der GmbH ein. Zum einen, das Vorliegen einer Vertragskonzernierung, weil dann die Schutzmechanismen nach §§ 302 ff. AktG greifen<sup>31</sup>. Zum anderen, die Existenz von Minderheitsgesellschaftern in der Gesellschaft. Diese fungieren als

---

<sup>26</sup>Henzler, S. 13.

<sup>27</sup>Heeg/Manthey, GmbHR 2008, 798, 799; Weller, DStR 2007, 116, 118 f.

<sup>28</sup>Schwab, DStR 2010, 333.

<sup>29</sup>Röhricht in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 95.

<sup>30</sup>Habersack, ZGR 2008, 533, 549 f.

<sup>31</sup>Bekanntlich geht die Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung gerade darauf zurück, dass die Rspr. zum sog. „qualifiziert faktischen Konzern“, die die Schutzmechanismen des Aktienkonzernrechts bei fehlender Vertragskonzernierung auf die GmbH übertrug, aufgegeben wurde; siehe BGH, Urteil vom 17. 9. 2001 - II ZR 178/99 - „Bremer Vulkan“ = DStR 2001, 1853.

Korrektiv<sup>32</sup> der Geschäftspolitik in der Gesellschaft und werden im eigenen Interesse darauf hinwirken, dass gesellschaftsschädigende Einwirkungen seitens der Mitgesellschafter unterbleiben. Zudem ist es auf Grund der Treuepflicht den Mitgesellschaftern verboten die GmbH zu schädigen<sup>33</sup>. Tun sie es schuldhaft doch, sind sie zum Schadenersatz verpflichtet<sup>34</sup>. Insofern erweist sich der Minderheitenschutz als reflexartiger Gläubigerschutz<sup>35</sup>.

Fehlen aber Vertragskonzernierung und Minderheitsgesellschafter wie in der Ein-Personen-GmbH oder wirken die Gesellschafter einvernehmlich zusammen<sup>36</sup>, fehlt es an diesem Korrektiv. In diesen Fällen stellt sich dann die Frage nach gläubigerschützenden Regelungen. Dabei hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass das gesetzliche Gläubigerschutzsystem nicht ausreichend Schutz gegenüber gläubigerbenachteiligenden Eingriffen der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen bietet<sup>37</sup>. Insbesondere werden bestimmte Eingriffe von §§ 30, 31 GmbHG, die eine Erstattungspflicht des Gesellschafters bei stammkapitalverletzenden Auszahlungen vorsehen, auf Grund deren bilanziellen Betrachtungsweise nicht oder zumindest nicht ausreichend erfasst. Zudem wird sog. „Kollateralschäden“, bei denen eine reine Rückgewähr des entzogenen Vermögens die durch die Insolvenz verursachten Schäden nicht ausgleicht, nicht ausreichend begegnet. Diese „Schutzlücken“ im Kapitalerhaltungsrecht werden auch durch das Anfechtungsrecht nicht gänzlich kompensiert<sup>38</sup>.

Der BGH hat darauf zunächst mit der Anwendung von aktienrechtlichem Konzernrecht auf die GmbH im Rahmen der Rechtsfigur des sog. „qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns“ reagiert. Nach Vorarbeiten vor allem von *Röhrich*<sup>39</sup> hat er dann die Haftung des Gesellschafters wegen „existenzvernichtenden Eingriffs“ aus der Taufe gehoben, deren wesentliche Bedeutung in der Anerkennung eines aus der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung abgeleiteten Bestandsinteresses der GmbH liegt.

Auch der Gesetzgeber hat die Mangelhaftigkeit des Gläubigerschutzsystems mit dem MoMiG nun anerkannt. Er geht das Problem jedoch über eine Haftung des Geschäftsführers an, und nicht über eine Haftung des Gesellschafters<sup>40</sup>. Dass eine Geschäftsführerhaftung aber schon dem Grunde nach keine abschließende Lösung sein kann, hat auch der Gesetzgeber erkannt. Die Frage nach der Verantwortlichkeit des Gesellschafters für Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen überließ er ausdrücklich Wissenschaft und Rechtsprechung<sup>41</sup>.

Bevor nun auf die einzelnen Punkte der Existenzvernichtungshaftung eingegangen wird, soll ihr Hintergrund verdeutlicht werden. Dazu sollen die Defizite im deutschen Gläubigerschutzrecht erörtert werden und auf die Geschäftsführerhaftung eingegangen werden. Hinsichtlich letzterem soll die Rolle der Geschäftsführung und die Möglichkeit einer Ausweitung der Geschäftsführerhaftungstatbestände auf „faktische Geschäftsführer“ in den Blick genommen werden. Schließlich

---

<sup>32</sup>Schober, S. 29.

<sup>33</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 21.

<sup>34</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 30.

<sup>35</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, Anhang § 13 Rn. 12; Ulmer, ZHR 148 (1984), 391, 394.

<sup>36</sup>Vgl. Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 58, 72.

<sup>37</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 16 = NZG 2007, 667, 668; grundlegend *Röhrich* in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 92 ff., der sich auf Vorarbeiten von *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391 und *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, München 1988 beruft.

<sup>38</sup>Dazu unten § 2 B. II.

<sup>39</sup>*Röhrich* in: FS 50 Jahre BGH, S. 83.

<sup>40</sup>Siehe § 64 S. 3 GmbHG.

<sup>41</sup>MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007 (BT-Drs. 16/6140), S. 112.

soll ein Überblick über die Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung in der Rechtsprechung des BGH gegeben werden.

## **B. Defizite im Gläubigerschutzsystem**

Die ausgemachten Defizite im Gläubigerschutzrecht im Hinblick auf Vermögensentzug durch Gesellschafter betreffen vor allem die Kapitalerhaltung nach §§ 30, 31 GmbHG. Wie zu zeigen sein wird, wird die Schutzlücke im Kapitalerhaltungsrecht aber auch durch das Anfechtungsrecht nicht gänzlich geschlossen.

### **I. Kapitalerhaltung nach §§ 30, 31 GmbHG**

§ 30 GmbHG regelt die Kapitalbindung durch ein am Stammkapital orientiertes Auszahlungsverbot<sup>42</sup> und ist die zentrale Gläubigerschutzbestimmung zur Erhaltung des Stammkapitals<sup>43</sup>. Auszahlungen an die Gesellschafter sind nach § 30 GmbHG nur zulässig, soweit das Vermögen der Gesellschaft wertmäßig über dem durch die Stammkapitalziffer ausgewiesenen Betrag liegt<sup>44</sup>, also keine Unterbilanz vorliegt. Zur Berechnung des Gesellschaftsvermögens ist das Reinvermögen anzusetzen, bestehend aus den Aktiva vermindert um die Verbindlichkeiten einschließlich der Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten und gesetzliche Rücklagen<sup>45</sup>. § 31 GmbHG begründet dann eine Erstattungspflicht der Gesellschafter bei Verstoß gegen § 30 GmbHG als Sanktion für diesen mit dem Ziel der Wiederherstellung des Gesellschaftsvermögens in der dadurch geschützten Mindesthöhe<sup>46</sup>.

Keine Auszahlung im Sinne von § 30 GmbHG liegt nach § 30 I 2, 2. Alt. GmbHG bei Geschäften mit Gesellschaftern vor, durch die die Gesellschaft eine werthaltige, d.h. einem Drittvergleich standhaltende Gegenleistung erhält<sup>47</sup>. In solchen Fällen liegt ein reiner Aktivtausch vor. Dies gilt insbesondere auch für Darlehen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter, zum Beispiel im Rahmen des sog. „Cash-Pooling“ zur konzerninternen Finanzierung<sup>48</sup>.

Für die Bewertung des Gesellschaftsvermögens sind die allgemeinen Bilanzierungsgrundsätze, wie sie auch für die Jahresbilanz gelten, maßgeblich<sup>49</sup>. Da von einer weiterhin werbenden Gesellschaft ausgegangen wird, werden grundsätzlich keine Verkehrs- oder Liquidations- bzw. Zerschlagungswerte angesetzt<sup>50</sup>. Es wird also kein echter Vermögensstatus ermittelt; vielmehr sind die auf den Auszahlungszeitpunkt fortgeschriebenen Buchwerte der letzten Jahresbilanz maßgeblich<sup>51</sup>.

Die bilanzielle Betrachtungsweise bei §§ 30, 31 GmbHG soll grundsätzlich von subjektiven Einschätzungen und Prognosen befreien und hat somit eine Verobjektivierung des Gläubiger-

---

<sup>42</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 1.

<sup>43</sup>Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 30 Rn. 1.

<sup>44</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 30 Rn. 1.

<sup>45</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 15; eine gesetzliche Rücklage ist z.B. nach § 5a GmbHG bei der Unternehmergesellschaft zu bilden.

<sup>46</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 31 Rn. 1.

<sup>47</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 30 Rn. 8.

<sup>48</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 30 Rn. 9; das MoMiG hat sich hier insofern eindeutig von der sog. Novemberrechtsprechung distanziert, nach der Gesellschafterdarlehen selbst dann gegen §§ 30, 31 GmbHG verstießen, wenn sie vollwertig waren; BGH, NJW 2004, 1111.

<sup>49</sup>Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 30 Rn. 10.

<sup>50</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 17.

<sup>51</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 17.

schutzes zum Ziel<sup>52</sup>. Im Hinblick auf die gläubigerschützende Funktion der §§ 30, 31 GmbHG ist aber anerkannt, dass sie Einschränkungen erfährt<sup>53</sup>. Im Stadium der Unterbilanz muss die Gesellschaft vor zwar bilanzneutralen, aber zu realen Wertverlusten führenden Maßnahmen geschützt werden. Stille Reserven, die sich vor allem aus Abschreibungseffekten ergeben<sup>54</sup> und nicht bilanzierungsfähige Vermögenswerte sind in diesem Stadium daher mit Verkehrswerten anzusetzen<sup>55</sup>. Befindet sich eine Gesellschaft in der Unterbilanz, darf sie beispielsweise eine Produktionsanlage im Verkehrswert von € 40.000 nicht zum abgeschriebenen Buchwert von € 10.000 an einen Gesellschafter verkaufen. Denn bei einer Veräußerung zu Marktbedingungen, d.h. unter Realisierung der stillen Reserve, hätte die Gesellschaft ihr bereits angegriffenes Stammkapital auffüllen können<sup>56</sup>. Dies gilt im Grundsatz ebenso für nicht bilanzierungsfähige Vermögenswerte, etwa bestimmte immaterielle Vermögenswerte, die nicht aktiviert werden dürfen<sup>57</sup> und deshalb oberhalb einer Unterbilanz nicht bilanziell erfasst sind, wie zum Beispiel ein selbst geschaffener Firmenwert.<sup>58</sup> Zu beachten ist aber, dass die Bindung des Aktivvermögens in seinem realen Wert erst eintritt, wenn das Stadium der Unterbilanz erreicht ist; für die Bestimmung der Grenze, von der an die Schwelle zur Unterbilanz überschritten ist, ist die Jahresbilanz mit auf den Auszahlungszeitpunkt fortgeführten Buchwerten maßgeblich<sup>59</sup>.

Soweit die Verbindlichkeiten (zuzüglich des Verlustpuffers<sup>60</sup> Stammkapital) gedeckt sind, sind Auszahlungen an die Gesellschafter also grundsätzlich nicht zu beanstanden. Das Vermögen der Gesellschaft steht insoweit als es zur Gläubigerbefriedigung ausreicht (bzw. ausreichen würde) zur Disposition der Gesellschafter<sup>61</sup>. Zieht ein Gesellschafter einer GmbH aber Vermögen ab, obwohl die Verbindlichkeiten nicht gedeckt sind, ist er zur Rückerstattung (bis zur Höhe der Stammkapitalziffer) an die Gesellschaft verpflichtet. Als Auszahlungen an die Gesellschafter gelten dabei auch Leistungen an Dritte, die dem Gesellschafter mittelbar zu Gute kommen<sup>62</sup>. Erfasst sind also zum Beispiel auch Vermögensübertragungen auf verbundene Unternehmen<sup>63</sup> oder Verwandte<sup>64</sup>. Vordergründig scheint somit ausreichender Gläubigerschutz verwirklicht. Auf den zweiten Blick ergeben sich aber einige Schwächen der Kapitalerhaltung nach §§ 30, 31 GmbHG<sup>65</sup>.

## 1. Beschränkung auf Stammkapitalziffer

Die erste betrifft die Beschränkung des Auszahlungsverbots auf die Stammkapitalziffer. Die Wertbindung des § 30 GmbHG ist rein rechnerisch; demgegenüber besteht keine gegenständliche

---

<sup>52</sup>Haas, WM 2003, 1229, 1934.

<sup>53</sup>Schmolke, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, § 30 Rn. 83.

<sup>54</sup>Zum Auseinanderfallen von wirtschaftlicher und technischer Nutzungsdauer, Schober, S. 52.

<sup>55</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 30 Rn. 13; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 30 Rn. 12, 76; Winter, DStR 2007, 1484, 1486; Drygala/Kremer, ZIP 2007, 1289, 1294.

<sup>56</sup>Winter, DStR 2007, 1484, 1486.

<sup>57</sup>So dürfen nach § 248 II 2 HGB „selbst geschaffene Marken, Drucktitel, Verlagsrechte, Kundenlisten oder vergleichbare immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens“ nicht aktiviert werden.

<sup>58</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 30 Rn. 13.

<sup>59</sup>Henzler, S. 26.

<sup>60</sup>Hennrichs, NZG 2009, 921, 922.

<sup>61</sup>Anderes gilt bei der AG. Dort gilt eine nahezu ausschließliche Beschränkung von Ausschüttungen an die Aktionäre auf den im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinn, Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 6.

<sup>62</sup>Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 30 Rn. 29.

<sup>63</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 30 Rn. 16; BGH NJW 1997, 740; BGH NJW 1999, 2822.

<sup>64</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 30 Rn. 16; BGH DStR 1991, 554; BGH NJW 1993, 2179.

<sup>65</sup>Grundlegend dazu Röhrich in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 92 ff., der sich wiederum auf Vorarbeiten von Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, München 1988 und Ulmer, ZHR 148 (1984), 391 beruft.

Wertbindung<sup>66</sup>. Demzufolge ist der Abzug von Vermögenswerten, die eine GmbH für ihr wirtschaftliches Überleben benötigt, nicht verboten. Solange nur der rechnerische Wert des verbleibenden Gesellschaftsvermögens noch die Stammkapitalziffer erreicht, ist der Abzug lebensnotwendiger Vermögensbestandteile erlaubt. Insbesondere kann daher massiv (zum Überleben der Gesellschaft notwendige) Liquidität ohne Verstoß gegen § 30 GmbHG entzogen werden<sup>67</sup>. Die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft wird also gerade nicht geschützt<sup>68</sup>. Solange keine Unterbilanz besteht, kann zum Beispiel auch eine Maschine entnommen, veräußert oder bei einem anderen Unternehmen in Dienst gestellt werden, deren Bedeutung für die Gesellschaft existenziell ist<sup>69</sup>. Möglicherweise ist sie bereits vollständig abgeschrieben, so dass sich ihre Entnahme sogar gar nicht bilanziell auswirkt. Die tatsächliche Bedeutung der Maschine für die Fähigkeit des Unternehmens zur Fortführung seines Geschäftsbetriebes käme jedenfalls nicht zum Ausdruck<sup>70</sup>.

## 2. Bilanzunwirksamkeit von Maßnahmen

Ein weiteres Defizit weisen die §§ 30, 31 GmbHG, unabhängig davon, ob der Eingriff dies- oder jenseits der Stammkapitalziffer erfolgt, insofern auf, als dass sie bestimmte Maßnahmen, die keine unmittelbaren bilanziellen Auswirkungen zeitigen, nicht oder zumindest nicht ausreichend erfassen können<sup>71</sup>. So liegt eine Auszahlung im Sinne von §§ 30, 31 GmbHG nicht vor, wenn eine Maßnahme sich zwar nachteilig auswirkt, aber das Gesellschaftsvermögen nicht unmittelbar verringert wird. Insbesondere da, wo es um eine Vielzahl von Einflussmaßnahmen geht, wird es oft an einer feststellbaren Minderung des Gesellschaftsvermögens fehlen<sup>72</sup>. So liegt es beispielsweise bei Geschäftsfeld- bzw. Geschäftschancenverlagerungen<sup>73</sup>. Bei diesen Fallgestaltungen geht es um verschiedenste Sachverhalte, vorwiegend Konzernsachverhalte, die in der Regel nur schwer voneinander abzugrenzen sind. So kann es um Sachlagen gehen, in denen Gesellschafter Verträge im eigenen Namen oder aber eben für andere Gesellschaften abschließen, obwohl der Vertrag durch die Gesellschaft angebahnt wurde und von ihr auch durchführbar ist<sup>74</sup>. Die Gesellschaft könnte in diesen Fällen auf Entwicklungs- oder Lohnkosten sitzenbleiben. Es kann aber auch darum gehen, dass Gesellschafter sich schon in bereits bestehende Verträge der Gesellschaft mit Dritten hineindrängen oder der Gesellschaft von Dritten erteilte Aufträge auf sich übertragen<sup>75</sup>. Weiter kann eine Gesellschaft Geschäftsfelder in dem Sinne übertragen, dass es zu

<sup>66</sup>*Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 5; BGHZ 157, 72 = NJW 2004, 1111, 1112.

<sup>67</sup>*Röhrich* in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 94; eine eventuelle Erstreckung des § 30 GmbHG auch auf Liquiditätsfragen ist mit der Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise durch das MoMiG abzulehnen, *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 5.

<sup>68</sup>*Diem*, ZIP 2003, 1283, 1285; *Henzler*, S. 34.

<sup>69</sup>*Schober*, S. 53.

<sup>70</sup>*Röhrich* in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 93.

<sup>71</sup>*Röhrich* in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 93; *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, S. 137.

<sup>72</sup>*Haas*, WM 2003, 1919, 1934.

<sup>73</sup>Die Begrifflichkeiten werden im Schrifttum insofern nicht einheitlich verwandt. „Geschäftschancen“: *Grigoleit*, S. 93; *Gloger/Goette/van Huet*, DStR 2008, 1141, 1143; *Dauner-Lieb*, DStR 2006, 2034, 2038; „Entzug des Betätigungsfeldes“: *Röhrich* in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 93; „Entzug des Produktionsfeldes“: *Dauner-Lieb*, DStR 2006, 2034, 2038. *Weller*, DStR 2007, 116, 118 fasst verschiedene bilanziell nicht erfassbare Maßnahmen und den Entzug von bilanziell grundsätzlich erfassbaren Gegenständen unter der Begrifflichkeit „Entzug von Geschäftsfeldern bzw. -chancen“ zusammen. Demgegenüber gibt es in der Literatur Ansätze, die versucht haben §§ 30, 31 GmbHG auch auf den Abzug von Geschäftschancen auszuweiten; dem könnte durch das MoMiG aber die Grundlage entzogen sein, *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 34 m.w.N.; vgl. dazu auch *Koch*, Die Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise und ihre Auswirkungen auf die Existenzvernichtungshaftung, S. 60 ff.

<sup>74</sup>*Grigoleit*, S. 92.

<sup>75</sup>*Koch*, Die Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise und ihre Auswirkungen auf die Existenzvernichtungshaftung, S. 128 f.; vgl. auch *BGH*, NZG 2005, 177.

Gunsten eines verbundenen Unternehmens sein Vertriebsgebiet einschränkt oder seine Produktion verlagert<sup>76</sup>. Die Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG muss in solchen Fällen scheitern, weil es an einem zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter rechtlich fassbaren Leistungsverhältnis fehlt und die Vorteilsziehung durch den Gesellschafter und das Maß der Vermögensschmälerung auf Seiten der Gesellschaft nicht klar konturiert sind<sup>77</sup>. Auch der Abzug von Personal fällt in diesen Bereich. So ist es nahezu unmöglich, den Arbeitskräften einer Gesellschaft einen bilanziellen Wert zuzuordnen, selbst wenn man sie als überaus wichtigen Produktionsfaktor einstuft<sup>78</sup>. Ebenso verhält es sich mit dem Entzug von Teilen des „good will“, also des Geschäftswerts, der sich aus Organisation, „Know-how“, „Ruf“, Kundenstamm, Vertriebskanälen, Qualität des Managements, etc. zusammensetzt<sup>79</sup>. Dieser kann zwar grundsätzlich als Mehrwert eines Unternehmens über den Substanzwert der einzelnen Vermögensgegenstände abzüglich der Schulden hinaus abgebildet werden<sup>80</sup>. Einzelne Positionen daraus, wie zum Beispiel den Kundenstamm, zu isolieren und zu bewerten, ist aber praktisch undurchführbar<sup>81</sup>.

### 3. Stichtagsbezogenheit

Weiter ist für die Beurteilung des Vorliegens einer Unterbilanz der Zeitpunkt der jeweiligen Auszahlung maßgeblich<sup>82</sup>. Folge dieser Stichtagsbezogenheit ist, dass Verbindlichkeiten, die sicher am Folgetag in die Bilanz eingestellt werden müssen, zum Beispiel aus weiterlaufenden Dauerschuldverhältnissen wie Mieten und Löhne von §§ 30, 31 GmbHG nicht berücksichtigt werden. Eine Schutzlücke des Kapitalerhaltungssystems ergibt sich also daraus, dass ein Abzug von Vermögen nach den §§ 30, 31 GmbHG zulässig wäre, wenn nur im Zeitpunkt des Vermögensabflusses deren Voraussetzungen eingehalten wurden<sup>83</sup>.

### 4. „Kollateralschäden“

Ein beachtliches Defizit der §§ 30, 31 GmbHG besteht auch darin, dass sog. „Kollateralschäden“ nicht erfasst werden. § 31 GmbHG sieht als Rechtsfolge lediglich eine Rückerstattungspflicht vor. Der Gesellschaft werden durch die Entnahme der Vermögensbestandteile aber oftmals Schäden entstehen, die weit über den entnommenen Werten liegen und deshalb allein durch deren Erstattung nicht kompensierbar sind<sup>84</sup>. Beispielhaft sind hier vor allem Zerschlagungsverluste, die sich daraus ergeben, dass in der Insolvenz nicht immer Marktwerte erzielt werden können. Darüber hinaus lassen sich Dauerschuldverhältnisse oft nicht kostenneutral abwickeln<sup>85</sup>. Weiter kann sich eine zusammengebrochene Gesellschaft, die nicht mehr wirtschaften kann, oft Schadenersatzansprüchen oder Vertragsstrafen gegenübersehen.

---

<sup>76</sup>Haas, WM 2003, 1919, 1934.

<sup>77</sup>Grigoleit, S. 93.

<sup>78</sup>Schober, S. 53.

<sup>79</sup>Kozikowski/Huber in Beck'scher BilanzKom, 8. Aufl. 2012, § 247 HGB Rn. 406; vgl. auch Paefgen, DB 2007, 1907.

<sup>80</sup>Merkt in Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 246 Rn. 9; BFH, BB 93, 1912; ist dieser Mehrwert durch Übernahme eines Unternehmens entgeltlich erworben, ist er, da nun verobjektiviert als „derivativer“ Geschäftswert gem. § 246 I S. 4 HGB zu aktivieren.

<sup>81</sup>Schober, S. 55; vgl. auch Kozikowski/Huber in Beck'scher BilanzKom, 8. Aufl. 2012, § 247 HGB Rn. 410.

<sup>82</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 22.

<sup>83</sup>Hirte, NJW 2003, 1154, 1157.

<sup>84</sup>Röhricht in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 94.

<sup>85</sup>Röhricht in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 95.

## 5. Veranlassungsprinzip

Schließlich setzt eine Auszahlung nach wohl überwiegender Ansicht voraus, dass die Vermögensminderung durch die Gesellschaft veranlasst worden sein muss<sup>86</sup>. Die Gesellschaft wird aber grundsätzlich durch den Geschäftsführer vertreten, § 35 GmbHG. Zwar genügt es, wenn eine Leistung der Gesellschaft letztlich vom Gesellschafter veranlasst wurde<sup>87</sup>; der unmittelbare Zugriff des Gesellschafters, ohne Mitwirkung des Geschäftsführers, gewissermaßen der „Griff in die Kasse“<sup>88</sup> würde deshalb aber nicht den Tatbestand des Auszahlungsverbotes erfüllen<sup>89</sup>.

## II. Anfechtungsrecht

Das Gesetz sieht mit der Insolvenzanfechtung und der Anfechtung nach dem AnfG Möglichkeiten vor, Rechtshandlungen des Schuldners rückgängig zu machen, die sich als für die Gläubiger nachteilig darstellen, weil sie die Haftungsmasse verkürzt haben. Zuweilen wird kritisiert, bei der Frage, ob des Vorliegens einer „Schutzlücke“ im Gläubigerschutzsystem hinsichtlich nachteiliger Einwirkungen von Gesellschaftern auf das Gesellschaftsvermögen werde das Anfechtungsrecht nicht genügend berücksichtigt<sup>90</sup>. Festzustellen ist, dass das Anfechtungsrecht durchaus in der Lage ist, die Problematik schädlicher Gesellschaftereingriffe in das Gesellschaftsvermögen tatbestandlich, insbesondere durch die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO weitestgehend zu erfassen, so dass eine „Lücke“ im Gläubigerschutzsystem nicht dramatisiert werden sollte<sup>91</sup>. Letztlich muss aber konstatiert werden, dass auch die Anfechtungsregeln, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsfolge, es nicht vermögen, die durch §§ 30, 31 GmbHG offen gelassene „Schutzlücke“ hinsichtlich des Problems insolvenzverursachender Eingriffe des Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen gänzlich zu schließen<sup>92</sup>.

### 1. Tatbestand

Die Insolvenzanfechtung setzt zunächst zwingend die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus<sup>93</sup>. Wird die Eröffnung mangels Masse gem. § 26 InsO abgewiesen, kann ein einzelner Gläubiger noch nach dem Anfechtungsgesetz anfechten. Letzteres hat indes erheblich weniger rechtstatsächliche Bedeutung<sup>94</sup>. Denn bei der Prüfung des Richters, ob er das Insolvenzverfahren mangels Masse ablehnt, hat er auch zukünftiges liquidierbares Vermögen zu berücksichtigen<sup>95</sup>. Zur „Sollmasse“ nach § 35 InsO gehört aber insbesondere auch Vermögen, das durch Insolvenzanfechtung rückholbar ist<sup>96</sup>. Ist die Durchsetzung anfechtungsrechtlicher Ansprüche überwiegend wahrscheinlich, kommt es also idealerweise nicht zur Abweisung mangels Masse.

---

<sup>86</sup>*Schmolke*, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, § 30 Rn. 145; *Habersack* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Band II, 2006, § 30 Rn. 80; *Heidinger* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 30 Rn. 63; grundsätzlich auch *Ekkenga* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 30 Rn. 143 ff.; a.A. *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 Rn. 64.

<sup>87</sup>*Heidinger* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 30 Rn. 63.

<sup>88</sup>*Haas*, ZIP 2006, 1373, 1376.

<sup>89</sup>*Habersack*, ZGR 2008, 533, 537.

<sup>90</sup>*Haas*, ZIP 2006, 1373, 1375; *Nassall*, ZIP 2003, 969, 973f.; früher schon *Paulus*, ZIP 1996, 214; eine Schutzlücke grundsätzlich bezweifelnd *Wazlawik*, NZI 2009, 291 ff.

<sup>91</sup>*Haas*, ZIP 2006, 1373, 1382.

<sup>92</sup>*Röhrich* in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 94; *ders.* in ZIP 2005, 505, 515; *Hönn*, WM 2008, 769, 775 f.; *d'Avoine* in Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 3. Aufl. 2009, § 30 Rn. 117; *Grigoleit*, S. 153 ff.

<sup>93</sup>*Hirte* in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 129 Rn. 9.

<sup>94</sup>*Grigoleit*, S. 153.

<sup>95</sup>*Haarmeyer* in MüKo, InsO, 2. Aufl. 2007, § 26 Rn. 20.

<sup>96</sup>*Hirte* in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 35 Rn. 47.

Insolvenzanfechtung und Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz sind sowohl was ihre Tatbestände, §§ 133 ff. InsO, §§ 3 ff. AnfG als auch ihre Rechtsfolgen, § 143 InsO, § 11 AnfG angeht grundsätzlich gleich ausgestaltet<sup>97</sup>. Die Insolvenzanfechtung sieht lediglich zusätzlich besondere Tatbestände vor, §§ 130 – 132 InsO. Daher kann sich die Untersuchung hier auf die Insolvenzanfechtung begrenzen.

Eine jede Anfechtung setzt zunächst eine Rechtshandlung und eine objektive Gläubigerbenachteiligung voraus, § 129 InsO. Der Begriff der Rechtshandlung ist dabei weit auszulegen<sup>98</sup>. Alle vom Willen getragenen Betätigungen, die in irgendeiner Weise Rechtswirkungen auslösen können, ohne dass der Wille auf deren Eintritt gerichtet sein müsste, fallen darunter<sup>99</sup>. Nach § 129 II InsO steht eine Unterlassung einer Rechtshandlung gleich. Eine objektive Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn sich die Befriedigungsmöglichkeit der Insolvenzgläubiger aus der Insolvenzmasse ohne das anfechtbare Verhalten günstiger gestaltet hätte, die Befriedigung also verkürzt, vereitelt, erschwert oder verzögert worden ist<sup>100</sup>. Angesichts dieser tatbestandlichen Weite kann die Übertragung von Vermögen auf Gesellschafter wohl nahezu ausnahmslos als objektiv gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung eingeordnet werden<sup>101</sup>. Das Anfechtungsrecht kann dem Grunde nach sogar hilfreicher sein als die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG<sup>102</sup>. Denn im Gegensatz zur Auszahlung unter bilanzieller Betrachtungsweise, bei der das Stammkapital beeinträchtigt werden muss, bedarf es bei der Anfechtung keiner genauen Quantifizierung einer Benachteiligung<sup>103</sup>. Die Übertragung von Firmen, Kundenstämmen, etc. könnte also mit dem Hinweis angefochten werden, die Insolvenzmasse wäre ohne dieses Verhalten größer gewesen, ohne genau erklären zu müssen, in welcher Höhe das Stammkapital angegriffen wurde<sup>104</sup>. Lediglich die Einordnung eines Abzugs von Geschäftschancen, verstanden als Sachverhalte, in denen Gesellschafter Verträge nicht für die Gesellschaft, sondern im eigenen Namen oder für andere Gesellschaften abschließen, obwohl der Vertrag ggf. durch die Gesellschaft angebahnt wurde, als gläubigerbenachteiligend, ist zumindest nicht unproblematisch möglich. In Anbetracht der Zielsetzung der Anfechtung, die Verminderung bereits greifbarer Vermögenswerte haftungsrechtlich rückgängig zu machen, nicht aber die Haftungsmasse bestmöglich zu vermehren, könnte die bloße Unterlassung eines Erwerbs, trotz § 129 II InsO keine Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 129 InsO sein<sup>105</sup>.

Neben dem Merkmal der Rechtshandlung und der objektiven Gläubigerbenachteiligung müssen für eine Anfechtung aber noch konkrete weitere Voraussetzungen erfüllt sein, §§ 130 ff. InsO.

Die Sonderregelung des § 135 InsO für Gesellschafterdarlehen bietet zwar Schutz davor, dass sich Gesellschafter als Kreditgeber in einer späteren Insolvenz gleichberechtigt oder sogar bevorzugt in die Reihe der Gläubiger einstellen<sup>106</sup>, wird aber der spezifischen Problematik schädigender Eingriffe der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen nicht gerecht, da sie nur

---

<sup>97</sup>Grigoleit, S. 153.

<sup>98</sup>Hirte in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 129 Rn. 62; *de Bra* in Braun, InsO, 5. Aufl. 2012, § 129 Rn. 10; *BGH* vom 12.2. 2004 - IX ZR 98/03, NJW 2004, 1660 = ZIP 2004, 620

<sup>99</sup>*de Bra* in Braun, InsO, 5. Aufl. 2012, § 129 Rn. 10.

<sup>100</sup>*Nerlich* in Nerlich/Römermann, InsO, 24. Erg.-Lfg. 2012, § 129 Rn. 63; *BGH*, BGHZ 124, 176, 178.

<sup>101</sup>*Henzler*, S. 37; *Haas*, ZIP 2006, 1373, 1375 f.

<sup>102</sup>Grigoleit, S. 157.

<sup>103</sup>Grigoleit, S. 157.

<sup>104</sup>Grigoleit, S. 157.

<sup>105</sup>*Henzler*, S. 37; *Grigoleit*, S. 158. a.A. *Haas*, ZIP 2006, 1373, 1375; wohl auch *Rubner*, DStR 2005, 1694, 1695.

<sup>106</sup>*Hirte* in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 135 Rn. 1.

unter der Voraussetzung eines zuvor erfolgten kapitalersetzenden Tatbestandes eingreift<sup>107</sup>. Im Ergebnis gilt dies auch für die Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO<sup>108</sup>.

Die Anfechtung wegen unmittelbarer Gläubigerbenachteiligung gem. § 132 InsO greift erst ab Zahlungsunfähigkeit ein. Mit der Zahlungsunfähigkeit ist aber typischerweise auch das Stammkapital aufgezehrt<sup>109</sup>. Insofern hilft § 132 InsO nicht bei Maßnahmen des Gesellschafters im Vorfeld der Insolvenz<sup>110</sup>, bei denen §§ 30, 31 GmbHG versagt und um die es hier typischerweise geht. Lediglich soweit die Quantifizierung im Rahmen der Auszahlung unter bilanzieller Betrachtungsweise problematisch ist, kann § 132 InsO Schutz über §§ 30, 31 GmbHG hinaus bieten<sup>111</sup>. Angesichts dessen konzentriert sich die Anfechtung bei schädigenden Eingriffen der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen auf die Tatbestände der allgemeinen Insolvenzanfechtung, §§ 133, 134. InsO<sup>112</sup>.

#### **a. Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung**

Nach § 134 InsO sind Leistungen des Schuldners, soweit sie nicht früher als vier Jahre vor Stellung des Insolvenzantrags und unentgeltlich erfolgt sind, anfechtbar. Hintergrund sind Billigkeitserwägungen, wonach ein unentgeltlicher Erwerb schwächer ist als ein sonstiger Erwerb<sup>113</sup>. Im Gegensatz zu § 132 InsO wird keine Zahlungsunfähigkeit vorausgesetzt. § 134 InsO kann somit auch Tatbestände im Vorfeld einer Insolvenz abdecken. Auch wird ein Gesellschafter seiner Gesellschaft im Rahmen eines Vermögensabzugs keine ausgleichende<sup>114</sup> Gegenleistung zukommen lassen, so dass vordergründig „Unentgeltlichkeit“ bei Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen vorliegen dürfte. Indes ist die Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft das Entgelt des Gesellschafters für die empfangene Leistung<sup>115</sup>. Eine Ausschüttung durch eine Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter ist nur dann als unentgeltlich anzusehen, sobald bei der Gesellschaft eine Unterbilanz aufgetreten ist, weil dann Auszahlungsansprüche aus der Mitgliedschaft nicht mehr hergeleitet werden können<sup>116</sup>. Anders gewendet, kann eine „unentgeltliche“ Leistung an den Gesellschafter nur dann nach § 134 InsO angefochten werden, wenn gleichzeitig § 30 GmbHG verletzt wurde. Damit geht der Schutz des § 134 InsO aber nicht über die Kapitalerhaltungsregeln hinaus<sup>117</sup>.

#### **b. Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung**

Nach § 133 I InsO sind Rechtshandlungen anfechtbar, wenn der Schuldner diese mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen und wenn der andere Teil diesen Vorsatz kannte. Erfasst sind Vorgänge, die in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurden. Auch § 133 InsO setzt keine Zahlungsunfähigkeit voraus und kann somit Tatbestände im Vorfeld einer Insolvenz abdecken. Wie ausgeführt, stellt sich nahezu jede Übertragung von Gesellschaftsvermögen auf den Gesell-

<sup>107</sup>Hönn, WM 2008, 769, 775.

<sup>108</sup>Grigoleit, S. 160 f., 181.

<sup>109</sup>Grigoleit, S. 159, 161 ff.;

<sup>110</sup>Grigoleit, S. 159, 161 ff.; ebenso Hönn, WM 2008, 769, 775.

<sup>111</sup>Grigoleit, S. 163, 181.

<sup>112</sup>Vgl. Haas, ZIP 2006, 1373, 1375.

<sup>113</sup>Hirte in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 134 Rn. 1 f.

<sup>114</sup>Vgl. Nerlich in Nerlich/Römermann, InsO, 24. Erg.-Lfg. 2012, § 134 Rn. 7 f.; Kirchhof in MüKo, InsO, 2. Aufl. 2008, § 134 Rn. 17.

<sup>115</sup>Grigoleit, S. 163 ff., 181; Henzler, S. 44 f.

<sup>116</sup>Kirchhof in MüKo, InsO, 2. Aufl. 2008, § 134 Rn. 39; Haas, ZIP 2006, 1373, 1378.

<sup>117</sup>Grigoleit, S. 163 ff., 181; Henzler, S. 44 f.; Hönn, WM 2008, 769, 775; a.A. Nassall, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.07.2007 – II ZR 3/04 - „Trihotel“, jurisPR-BGHZivilR 36/2007 Anm. 1.

schafter als eine objektive Gläubigerbenachteiligung dar, da dadurch ihre Befriedigung verkürzt, vereitelt, erschwert oder verzögert wird. Fraglich ist aber, ob der Schuldner bei der Handlung Benachteiligungsvorsatz hatte und ob der andere Teil, also der Gesellschafter den Benachteiligungsvorsatz kannte.

Hinsichtlich des Vorsatzes des Schuldners ist zunächst festzustellen, dass Schuldnerin die GmbH ist. Bei ihr wird auf den Vorsatz des Geschäftsführers abgestellt. Ist der Gesellschafter wie so oft auch Geschäftsführer, ist der Benachteiligungsvorsatz des Geschäftsführers unproblematisch. Ist der Geschäftsführer Fremdgeschäftsführer, wird aber auch in dieser Konstellation in aller Regel Benachteiligungsvorsatz vorliegen, da es in den vorliegenden Fällen ja gerade um eine Bevorteilung des Gesellschafters zu Lasten der Gläubiger geht. Zudem wird der Vorsatz des Alleingeschafters oder einvernehmlich zusammenwirkender Gesellschafter der Gesellschaft gem. § 166 II BGB zugerechnet, wenn dem Geschäftsführer Weisungen gem. § 37 I GmbHG erteilt werden<sup>118</sup>.

Problematisch ist aber auch hier, inwieweit noch ein Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin angenommen werden kann, wenn die Leistung an den Gesellschafter gesellschaftsrechtlich, also nach §§ 30, 31 GmbHG zulässig ist. Denn die Übertragung von Vermögen an den Gesellschafter ist grundsätzlich Gegenleistung für seine Mitgliedschaft<sup>119</sup>. Hat der Gesellschafter aber Anspruch auf Gewinn, könnte der Vorsatz für die Vermögensübertragung eben auf diesen Gewinnanspruch und gerade nicht auf eine Gläubigerbenachteiligung gerichtet sein. Es wird daher angenommen, dass eine Anfechtung nach § 133 InsO bei gesellschaftsrechtlich zulässigen Vermögensübertragungen nur in Ausnahmefällen möglich ist, da die gesellschaftsrechtliche Unbedenklichkeit der Transaktion hohe Anforderungen an die subjektive Voraussetzung des Vorsatzes nach sich ziehe<sup>120</sup>. Mit anderen Worten: der Vorsatz würde entfallen. Der Schutz der Vorsatzanfechtung würde dann nicht weiter reichen als die §§ 30, 31 GmbHG.

Indes gibt es keinen Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Anfechtungsrecht<sup>121</sup>. Gesellschaftsrechtliche Wertungen können durch solche des Insolvenzrechts korrigiert werden<sup>122</sup>. Abstrakte Erwägungen bei der Frage des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes sollten daher nicht entscheidend sein. Vielmehr sollte es allein darauf ankommen, ob Gläubigerbenachteiligungsvorsatz tatsächlich vorliegt<sup>123</sup>. Praktisch wird dies aber immer der Fall sein. Somit sollte nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich von einer vorsätzlichen gläubigerbenachteiligenden Handlung im Sinne von § 133 InsO durch den Schuldner bei der Übertragung von Vermögen auf den Gesellschafter ausgegangen werden können.

Problematisch allein kann der „Griff des Gesellschafters in die Kasse“<sup>124</sup> sein. Zwar werden auch Realakte vom Tatbestandsmerkmal der Rechtshandlung erfasst<sup>125</sup>, es liegt dann aber keine Handlung der Schuldnerin vor. Behelfen könnte man sich in solchen Fällen damit, dass auch ein Unterlassen gem. § 129 II InsO anfechtbar ist. Dann könnte die Unterlassung der Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs durch die Schuldnerin angefochten werden<sup>126</sup>. Als

<sup>118</sup>Kirchhof in MüKo, InsO, 2. Aufl. 2008, § 133 Rn. 18; Haas, ZIP 2006, 1373, 1376; BGH, NZI 2004, 376, 378.

<sup>119</sup>Siehe oben § 2 B. II. 1. a.

<sup>120</sup>Grigoleit, S. 181.

<sup>121</sup>Haas, ZIP 2006, 1373, 1375; Hirte in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 129 Rn. 34.

<sup>122</sup>Henzler, S. 53.

<sup>123</sup>Henzler, S. 53.

<sup>124</sup>Haas, ZIP 2006, 1373, 1376.

<sup>125</sup>Hirte in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 129 Rn. 62; BGH, NJW 2007, 1588, 1589.

<sup>126</sup>Haas, ZIP 2006, 1373, 1376; vgl. BGH; ZIP 2006, 243, 245.

Erstattungsanspruch käme aber wohl nur § 31 GmbHG in Betracht. Damit kann im Falle des „Griffs in die Kasse“ die Anfechtung aber nicht weiter gehen als die Kapitalerhaltungsregeln.

Der Gesellschafter wird bei den hier interessierenden Fallgestaltungen den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners kennen, da es gerade um seine Bevorteilung geht. Zudem enthält § 133 II InsO eine Umkehr der Beweislast für besonders verdächtige Rechtshandlungen<sup>127</sup>. Nach § 133 II 2 InsO hat der Anfechtungsgegner bei entgeltlichen Verträgen mit nahestehenden Personen im Sinne des § 138 InsO, die die Gläubiger unmittelbar benachteiligen, zu beweisen, dass er den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners nicht kannte. Diese Beweislastumkehr wird in der Mehrzahl der Fälle auch greifen. Über § 138 II InsO können insbesondere diejenigen Personen als „nahestehende“ Personen erfasst werden, auf die in Existenzvernichtungsfällen typischerweise Vermögen übertragen wird, nämlich auf die Gesellschafter selbst, Angehörige oder andere Gesellschaften, an denen der Gesellschafter (wenn auch nur mittelbar) beteiligt ist<sup>128</sup>. Zudem ist das Merkmal „Verträge“ weit zu verstehen. Schließlich erfasst das Merkmal „Entgeltlichkeit“ in Abgrenzung zu § 134 InsO gerade Vermögensübertragungen, die gesellschaftsrechtlich, also nach §§ 30, 31 GmbHG, zulässig sind<sup>129</sup>.

Im Ergebnis sollte § 133 InsO also einen Gutteil der Fälle gläubigerbenachteiligender Eingriffe von Gesellschaftern in das Gesellschaftsvermögen tatbestandlich erfassen können.

## 2. Rechtsfolge

Nach § 143 I 1 InsO muss dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang die Privilegierung des § 143 II 1 InsO, wonach der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung diese nur zurück zu gewähren hat, soweit er durch sie bereichert ist. Zum einen weil nach § 143 II 2 InsO die Regelung nicht gilt, wenn der unentgeltliche Empfänger vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners wusste, was aber regelmäßig der Fall sein dürfte. Zum anderen, weil die Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung nach § 134 InsO in seinem Schutzpotential ja gerade nicht über §§ 30, 31 GmbHG hinausgeht<sup>130</sup>.

Grundsätzlich ist die Rückgewähr in Natur zu leisten<sup>131</sup>. Bei verschuldeter Unmöglichkeit ist Wertersatz zu leisten, § 143 I 2 InsO i.V.m. §§ 819 I, 818 IV, 292 I, 990, 989 BGB<sup>132</sup>. Damit entspricht die Rechtsfolge der Anfechtung in etwa dem Rückerstattungsanspruch des § 31 GmbHG<sup>133</sup>. Zwar kann nach § 143 I 2 InsO i.V.m. §§ 819 I, 818 IV, 292 II, 987 I, II BGB Ersatz für Nutzungen bzw. für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen verlangt werden<sup>134</sup>, die über § 31 GmbHG nicht erlangt werden können. Insbesondere wird aber, wie bei § 31 GmbHG auch, keine Pflicht zum Schadensersatz begründet, so dass ein voller Ausgleich für den auf Grund der Entziehung des Vermögensbestandteils eingetretenen Schaden nicht möglich ist<sup>135</sup>. Die sog. „Kollateralschäden“ werden also auch nicht durch das Anfechtungsrecht erfasst.

<sup>127</sup>Kirchhof in MüKo, InsO, 2. Aufl. 2008, § 133 Rn. 39.

<sup>128</sup>Henzler, S. 49 ff.

<sup>129</sup>Henzler, S. 49; Grigoleit, S. 167.

<sup>130</sup>Siehe oben § 2 B. II. 1. a.

<sup>131</sup>Zeuner, Die Anfechtung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2007, Rn. 322; BGH NZI 2005, 453.

<sup>132</sup>Kirchhof in MüKo, InsO, 2. Aufl. 2008, § 143 Rn. 78; Hirte in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 143 Rn. 32; Zeuner, Die Anfechtung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2007, Rn. 328.

<sup>133</sup>Haas, ZIP 2006, 1373, 1379.

<sup>134</sup>Hubler in Gottwald, Insolvenzsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 52 Rn. 15; Kirchhof in MüKo, InsO, 2. Aufl. 2008, § 143 Rn. 60 ff.

<sup>135</sup>Grigoleit, S. 182.

## C. Geschäftsführerhaftung

Die aufgezeigten Schutzlücken im Kapitalerhaltungsrecht und die mangelnde Fähigkeit des Anfechtungsrechts diese gänzlich zu schließen, wären möglicherweise nicht weiter besorgniserregend, wenn man gläubigerschädigenden Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen auf anderer Ebene begegnen könnte. In Betracht kommt vor allem die Geschäftsführerhaftung.

Der Ansatz, dem Problem von gläubigerschädigenden Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen über eine Geschäftsführerhaftung beizukommen, ist auch nicht fernliegend<sup>136</sup>. Immerhin führen die Geschäftsführer die laufenden Geschäfte und sind daher dazu prädestiniert, die Vermögensverschiebungen auch tatsächlich vorzunehmen. Zwei Ebenen sind hier auseinanderzuhalten. Zum einen die Haftung des Geschäftsführers selbst, zum anderen die Frage, inwieweit Geschäftsführerhaftungstatbestände auf Gesellschafter angewendet werden können.

## I. Geschäftsführerhaftung als Mittel der Lückenschließung

### 1. Geeignetheit der Geschäftsführerhaftungstatbestände

Die Geschäftsführerhaftung kann grundsätzlich in zweierlei Hinsicht Schutz gegen Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen durch die Gesellschafter bieten. Nimmt der Geschäftsführer den Vermögenstransfer zu Lasten der Gesellschaft und zu Gunsten des Gesellschafters tatsächlich selbst vor, kann die Geschäftsführerhaftung zum einen präventiv wirken oder einen (weiteren) Haftenden bereitstellen. Zum anderen besteht in Ein-Personen-Gesellschaften oft Personalunion zwischen Geschäftsführer und Alleingesellschafter, so dass die Geschäftsführerhaftungstatbestände insofern auch auf den Gesellschafter, allerdings in seiner Funktion als Geschäftsführer, Anwendung finden.

Dem gesetzgeberischen Leitbild vom „herrschenden Organ“ Gesellschafter entsprechend haften Geschäftsführer im Rahmen der allgemeinen Geschäftsführerhaftung nach § 43 II GmbHG allerdings nicht für Pflichtverletzungen, die auf einer Weisung oder auch auf bloßem Einverständnis der Gesellschafter beruhen oder die ihnen nachträglich verziehen werden, § 46 Nr. 5 GmbHG<sup>137</sup>. Dies gilt sogar dann, wenn kein Fremdgeschäftsführer eingestellt ist, sondern Personalunion in der Gesellschaft besteht<sup>138</sup>. Da der Vermögenstransfer zu Gunsten des Gesellschafters aber regelmäßig auf einer Weisung desselben beruhen dürfte, ist der Gläubigerschutz der allgemeinen Geschäftsführerhaftung nach § 43 II GmbHG dementsprechend gering<sup>139</sup>.

Eine weitergehende Organverantwortlichkeit sieht das Gesetz aber bei Verstößen der Geschäftsführer gegen die Insolvenzantragspflicht, § 15a InsO i.V.m. § 823 II<sup>140</sup>, die Kapitalerhaltungsvorschriften, § 43 III 1 GmbHG, die Massesicherungspflicht, § 64 S. 1 GmbHG und bei insolvenzverursachenden Zahlungen, § 64 S. 3 GmbHG vor. Bei diesen Vorschriften ist es dem Geschäftsführer verwehrt, sich auf eine Weisung der Gesellschafter zu berufen, § 43 III 3 GmbHG. Auch ein Verzicht der Gesellschaft auf die Ansprüche nach § 9b I GmbHG ist nicht

<sup>136</sup>Dies ist der primäre Ansatz in England und Frankreich, *Schall*, S. 315.

<sup>137</sup>*Schmidt* in *Ensthaler/Füller/Schmidt*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 5 u. 11; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 43 Rn. 41.

<sup>138</sup>*Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 43 Rn. 15; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 43 Rn. 40.

<sup>139</sup>*Schall*, S. 181.

<sup>140</sup>Nach h.M. ist § 15a InsO Schutzgesetz i.S.v. § 823 II BGB, *Wagner* in *MüKo*, BGB, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 396; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 64 Rn. 11; *Hirte* in *Uhlenbruck*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 15a Rn. 39; vgl. nur zu § 64 I GmbHG a.F. *BGH*, NJW 2007, 3130; *NZG* 2007, 347; a.A. *Altmeyden/Wilhelm*, NJW 1999, 673, 679.

möglich, § 43 III 2 GmbHG. Hier haben die Geschäftsführer im Hinblick auf den Gläubigerschutz immer für Verstöße gegenüber der Gesellschaft einzustehen<sup>141</sup>. In diesen Bereichen sollen sie sich nicht auf den Willen der Gesellschafter berufen dürfen. Die gesetzgeberische Wertung verlangt vom Geschäftsführer, sich dem Willen der Gesellschafter bei Maßnahmen, die gegen diese Vorschriften verstoßen würden, zu widersetzen. Wollen sie sich keiner Haftung aussetzen, müssten sie notfalls ihr Amt niederlegen<sup>142</sup>. Insofern befinden sich die Geschäftsführer in einer mitunter prekären „Wächterrolle“<sup>143</sup>.

Diese Geschäftsführerhaftungstatbestände sind auch weitgehend in der Lage, der Problematik gesellschaftsschädigender Vermögensübertragungen auf den Gesellschafter zu begegnen. Zwar greifen die Haftung wegen Insolvenzverschleppung nach § 15a InsO i.V.m. § 823 II BGB und die Rückerstattungspflicht für Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung der Gesellschaft gem. § 64 S. 1 GmbHG zeitlich eben erst nach Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung ein und umfassen daher keine Maßnahmen im Vorfeld einer Insolvenz<sup>144</sup>. Und auch setzt die Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers für stammkapitalverletzende Zahlungen nach § 43 III 1 GmbHG ebenso wie die Rückerstattungspflicht des Gesellschafters bei stammkapitalverletzenden Zahlungen nach § 31 GmbHG an § 30 GmbHG an, und offenbart damit schon per se die gleichen Schwächen. § 43 III 1 GmbHG ist aber eben, anders als § 31 GmbHG für den Gesellschafter, als Schadensersatzregelung ausgestaltet und kann somit „Kollateralschäden“ erfassen.

Insbesondere ist aber die Schutzlücke im Hinblick auf Maßnahmen im Vorfeld einer Insolvenz mit der Einführung des § 64 S. 3 GmbHG durch das MoMiG geschlossen worden. Nach § 64 S. 3 GmbHG ist der Geschäftsführer nun zum Ersatz für Zahlungen an Gesellschafter verpflichtet, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit (oder mit anderen Worten: zur Vernichtung der Existenz) der Gesellschaft führen mussten. Eingeführt wurde also eine Insolvenzverursachungshaftung (oder mit anderen Worten Existenzvernichtungshaftung) für den Geschäftsführer.

Der Zahlungskbegriff des § 64 S. 3 GmbHG ist dabei auch weiter als der im Sinne von §§ 30, 31 GmbHG<sup>145</sup>. Dennoch wird wohl nicht jeder bilanziell nicht erfassbare Abzug von Vermögenswerten tatbestandlich erfasst. Denn § 64 S. 3 GmbHG erfordert den Abzug liquidierbarer Mittel<sup>146</sup> und will eben nur einen Teilbereich von existenzvernichtenden Eingriffen regeln<sup>147</sup>. Schwächen bleiben zudem im Hinblick auf die „Kollateralschäden“. Denn § 64 S. 3 GmbHG sieht keine Schadensersatzpflicht vor, sondern nur einen Erstattungsanspruch.

Letzteres hat im Übrigen eine merkwürdige Konsequenz. Der Geschäftsführer hat bei stammkapitalverletzenden Auszahlungen an Gesellschafter Schadensersatz zu leisten, während den Gesellschafter lediglich eine Rückerstattungspflicht trifft. Bei der Haftung für insolvenzverursachende Zahlungen an Gesellschafter, die gerade die Schutzlücke der Kapitalerhaltung im Hinblick auf Maßnahmen im Vorfeld einer Insolvenz schließen soll, ist es genau umgekehrt.

<sup>141</sup>Vgl. *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 37 Rn. 6; *Trölitzsch* in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 16 Rn. 21.

<sup>142</sup>Vgl. *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 64 Rn. 1.

<sup>143</sup>*Weller*, DStR 2007, 116, 117.

<sup>144</sup>Typischerweise greifen diese Tatbestände sogar der Kapitalerhaltungsvorschrift des § 43 III 1 GmbHG erst zeitlich nachgelagert ein, weil die Überschuldung der Unterbilanz nachgelagert ist und die Zahlungsunfähigkeit regelmäßig erst nach Eintritt einer erheblichen Überschuldung eintritt; *Grigoleit*, S. 120.

<sup>145</sup>*Knof*, DStR 2007, 1536, 1537.

<sup>146</sup>*Knof*, DStR 2007, 1536, 1537 f.; *Haas* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rn. 98. Der Abzug von Personal würde daher beispielsweise nicht tatbestandlich sein.

<sup>147</sup>MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007 (BT-Drs. 16/6140), S. 112.

Dort trifft den Geschäftsführer nach § 64 S. 3 GmbHG nur eine Erstattungspflicht, während der Gesellschafter im Rahmen des existenzvernichtenden Eingriffs nun nach § 826 BGB Schadensersatz zu leisten hat<sup>148</sup>.

## 2. Geschäftsführerhaftung keine „abschließende Lösung“

Ganz unabhängig von der Frage, inwieweit geeignet die Geschäftsführerhaftungstatbestände im einzelnen sind, ist letztlich aber zu beachten, dass es in praxi die Gesellschafter sind, die als maßgebliche Hintergrundakteure die Vermögensverschiebungen zu verantworten haben<sup>149</sup>. Sie können auf die Geschicke der Gesellschaft in vielfältiger Weise Einfluss nehmen<sup>150</sup>, dem Geschäftsführer faktisch und rechtlich Weisungen erteilen<sup>151</sup> und ihn geradezu zu einem reinen Vollzugsorgan<sup>152</sup>, zu einem dolosen Werkzeug<sup>153</sup> degradieren. Zudem muss der Geschäftsführer an der Vermögensverschiebung nicht zwangsläufig beteiligt sein. Der Gesellschafter kann die Vermögensverschiebung faktisch auch ohne Einbindung des Geschäftsführers unmittelbar selbst vornehmen<sup>154</sup>.

Es muss deshalb klar sein, dass es sich bei den Geschäftsführerhaftungstatbeständen allenfalls um zusätzlichen Gläubigerschutz handeln kann, die die Gläubiger durch eine Haftungsandrohung auch für die Geschäftsführer schon präventiv schützen und ihnen im Falle eines Verstoßes einen weiteren Haftungsgegner belassen. Unabhängig davon, bleibt die Frage nach einer Haftung der Gesellschafter aber bestehen. Die Bejahung einer Haftung auf der Seite des Auszahlenden kann nicht dazu führen, eine Haftung auf Seiten des gegebenenfalls maßgeblich verantwortlichen Empfängers außer Acht zu lassen. Die Frage der Verantwortlichkeit des Gesellschafter kann nicht mit dem Verweis offen gelassen werden, der geschädigte Gläubiger könne sich ja an den Geschäftsführer halten. Die Frage stellt sich aber auch nicht nur aus grundsätzlichen Gründen. Sie wird vor allem auch dann relevant, wenn der Geschäftsführer nicht zahlungsfähig ist. Und insbesondere, wenn der Gesellschafter eine solvente Muttergesellschaft ist.

Im Ergebnis ist jedenfalls festzuhalten, dass, unabhängig von der Geeignetheit im Einzelnen, die Geschäftsführerhaftungstatbestände sich eben an den Geschäftsführer und nicht an die Gesellschafter richten und deshalb nur ein zusätzliches Gläubigerschutzinstrument darstellen können.

## II. Ausweitung der Geschäftsführerhaftung auf Gesellschafter

Eine andere Frage ist es dagegen, inwiefern der Gesellschafter mit Mitteln der Geschäftsführerhaftung in die Verantwortung genommen werden kann. Käme der Gesellschafter als Adressat der Geschäftsführerplichten in Betracht, würde das eine deutliche Ausweitung des Gläubigerschutzes bedeuten. Im Englischen Recht wird etwa Gläubigerschutz auch durch die Figur des „shadow directors“ gewährleistet<sup>155</sup>.

Im deutschen Recht könnte der Gesellschafter Adressat der Geschäftsführerhaftungstatbestände zum einen in den sog. „Bestattungsfällen“ sein. Hier wird der Gesellschaft erst das Vermögen entzogen und sie anschließend für Gläubiger unerreichbar gemacht, indem unter anderem die

<sup>148</sup>Dazu sogleich § 2 D. und E.

<sup>149</sup>Weller, DstR 2007, 116, 117.

<sup>150</sup>Haas, Gutachten DJT 2006, E 97.

<sup>151</sup>Schall, S. 312, 314.

<sup>152</sup>Weller, DstR 2007, 116, 117.

<sup>153</sup>Schall, S. 315.

<sup>154</sup>Weller, ZIP 2007, 1681, 1684.

<sup>155</sup>Vgl. Heinz/Hartung, Die englische Limited, 3. Aufl. 2012, § 7 Rn. 47 f.

Geschäftsführer abberufen werden oder diese ihr Amt niederlegen<sup>156</sup>. Auch hier hat der Gesetzgeber mit dem MoMiG reagiert. § 15a III InsO sieht nun für solche Fälle der Führungslosigkeit der GmbH eine Insolvenzantragspflicht auch für den Gesellschafter vor. Führungslosigkeit wird in § 35 I 2 GmbHG und § 10 II 2 InsO legaldefiniert. Sie liegt vor, wenn der Schuldner eine juristische Person ist und diese keinen organschaftlichen Vertreter hat. Verletzen die Gesellschafter bei Führungslosigkeit die Antragspflichtpflicht, kann auch sie eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung gem. § 15a InsO i.V.m. § 823 II BGB treffen<sup>157</sup>. Ob dies auch entsprechend für die Rückerstattungspflicht für Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung der Gesellschaft nach § 64 S. 1 GmbHG und die Haftung für insolvenzverursachende Zahlungen nach § 64 S. 3 GmbHG gilt, ist indes unklar. Eine entsprechende Anwendung sieht das Gesetz nicht vor; die Ratio der Norm könnte es aber nahe legen, da das Gesellschafterobligo an die Stelle dessen der Geschäftsführer tritt<sup>158</sup>.

Abgesehen von den Fällen der Führungslosigkeit, könnte der Gesellschafter aber auch grundsätzlicherer Natur in den Blick der Geschäftsführerhaftungstatbestände geraten. In Fällen, in denen der Gesellschafter Vermögensverschiebungen ohne Hilfe des Geschäftsführers, sie „federführend“ oder gar nur anweisend vornimmt, stellt sich nämlich gleichsam automatisch die Frage, inwiefern nicht eigentlich der Gesellschafter die Geschäfte der Gesellschaft führt und inwiefern nicht die Geschäftsführerhaftung auf den „die Geschäfte führenden“ Gesellschafter Anwendung finden kann. In Rede steht die Figur des „faktischen Geschäftsführers“.

Fraglich ist also, ob über diese Figur eine Ausweitung des Gläubigerschutzes erfolgen kann.

Grundsätzlich sind „faktische Geschäftsführer“ Personen, die die Gesellschaft wie ein Geschäftsführer tatsächlich führen, ohne aber formell zum Organ Geschäftsführer bestellt worden zu sein<sup>159</sup>. Insbesondere können dies auch Gesellschafter sein<sup>160</sup>. Ob daneben ein formell wirksam bestellter und im Handelsregister eingetragener Geschäftsführer existiert, ist ohne Belang<sup>161</sup>. „Faktischer Geschäftsführer“ kann nach herrschender Meinung nur eine natürliche Person sein<sup>162</sup>. Insofern kann sich der geschädigte Gläubiger in Konzernsachverhalten über diese Figur zwar nicht an eine Muttergesellschaft halten; gegebenenfalls aber an deren Geschäftsführer, der bei der Tochtergesellschaft als „faktischer Geschäftsführer“ aufgetreten ist.

Entscheidend ist aber, welche Qualität das Handeln der Person aufweisen muss, um von einem „faktischen Geschäftsführer“ ausgehen zu können. Im Ausgangspunkt ist zunächst unstrittig, dass alleine die Gesellschafterstellung nicht zu einer Qualifizierung als „faktischer Geschäftsführer“ ausreicht, weil das Gesetz insofern klare Regeln für die unterschiedlichen Organe vorsieht<sup>163</sup>. Die herrschende Meinung im Schrifttum verlangt für eine entsprechende Anwendung der Geschäftsführerhaftungstatbestände auf „faktische Geschäftsführer“ eine gewisse nachhaltige

---

<sup>156</sup>Schwab, DStR 2010, 333.

<sup>157</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 64 Rn. 12; Wälzholz, DStR 2007, 1914, 1915; Kindler, NJW 2008, 3249, 3254 f.

<sup>158</sup>Hölzle, GmbHR 2007, 729, 731; vgl. auch Haas in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rn. 8. Für entsprechende Anwendung Schmidt in Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 64 Rn. 44; Goette, Wpg 2008, 231, 238; dagegen Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 64 Rn. 6, 23; Poertzen, NZI 2008, 9, 11.

<sup>159</sup>Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, Vorbemerkung zu § 64 Rn. 57.

<sup>160</sup>Denn weitere Voraussetzung ist, dass die (oder zumindest einige) Gesellschafter ihr Einverständnis zur faktischen Geschäftsführung erteilt haben; Haas in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rn. 9 f.

<sup>161</sup>Trölitzsch in Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 11 Rn. 44 Fn. 1.

<sup>162</sup>Haas in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rn. 9

<sup>163</sup>Grigoleit, S. 115.

Einflussnahme auf die Geschäftsführung, was mehr nach wirtschaftlichen als nach rechtlichen Maßstäben zu beurteilen sei, und ein Handeln nach „außen“<sup>164</sup>.

Damit liegen aber die meisten Fallgestaltungen der hier interessierenden Problematik außerhalb der Figur des „faktischen Geschäftsführers“<sup>165</sup>. Denn zumindest typischerweise muss den Vermögensübertragungen nicht unbedingt eine nachhaltige Einflussnahme des Gesellschafters auf die Geschäftsführung zu Grunde liegen. Sie kann gleichsam im Rahmen einzelner Handlungen oder in einem kurzen Abschnitt kurz vor der Insolvenz erfolgen. Jedenfalls liegt in der Regel aber kein Handeln nach „außen“ vor, weil die Gesellschafter insofern nur intern tätig werden.

Die Voraussetzungen sind dann auch Gegenstand von Kritik. Der Figur des „faktischen Geschäftsführers“ lägen gar keine Vertrauensgesichtspunkte zu Grunde, so dass die Voraussetzung eines Handelns nach „außen“ nicht gerechtfertigt sei<sup>166</sup>. Und hinsichtlich der Voraussetzung einer nachhaltigen Einflussnahme wird vorgebracht, die Schutzzweckerwägungen, die der Figur des „faktischen Geschäftsführers“ zu Grunde lägen, würden ebenfalls greifen, wenn statt einer intensiven und dauerhaften Einflussnahme eine faktische Geschäftsführerverantwortlichkeit für eine konkrete einzelne Handlung übernommen werde<sup>167</sup>. Zumindest im Hinblick auf den Bereich, in dem Gesellschafter zum Schutz der Gläubiger keine Weisungen an Geschäftsführer richten, bzw. diese sich nicht daran halten dürfen, also bei der Insolvenzantragspflicht, den Kapitalerhaltungsvorschriften, der Massesicherungspflicht und bei insolvenzverursachenden Zahlungen, sei es wenig einsichtig, dass eine Sanktion unterbleibe, wenn sich kraft faktischen Einflusses doch darüber hinweggesetzt würde<sup>168</sup>.

Trotz dessen ist jedenfalls entscheidend, dass beide Voraussetzungen nicht nur überwiegende Meinung im Schrifttum, sondern auch ständige Rechtsprechung des BGH sind<sup>169</sup>. Im Ergebnis ist erweiterter Gläubigerschutz über die Figur des „faktischen Geschäftsführers“ bei der Übertragung von Vermögenswerten auf den Gesellschafter damit in der Regel nicht zu erreichen.

#### **D. Entwicklung der Rechtsprechung**

Um die Lücken des Gläubigerschutzsystems zu schließen, entwickelte die Rechtsprechung zunächst, der Häufigkeit der Fälle entsprechend, Lösungsansätze, die allein einen konzernrechtlichen Ansatz verfolgten. Im Urteil „Autokran“ von 1985 entwarf der BGH die Rechtsfigur des „qualifiziert faktischen Konzerns“ und erkannte eine Haftung eines herrschenden Unternehmens für die Verbindlichkeiten einer abhängigen GmbH in analoger Anwendung der §§ 303 I, 322 II AktG an<sup>170</sup>. In der „TBB-Entscheidung“ stellte er dann klar, dass die Haftung im „qualifiziert faktischen Konzern“ tatbestandlich dann eingreift, wenn der eine GmbH beherrschende Unternehmergeellschafter „die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübt, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt, ohne daß sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe“<sup>171</sup>.

<sup>164</sup>Haas in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rn. 9c; Haas, NZI 2006, 494, 495.

<sup>165</sup>Vgl. Haas, NZI 2006, 494, 497.

<sup>166</sup>Haas, NZI 2006, 494, 498 f.

<sup>167</sup>Grigoleit, S. 118.

<sup>168</sup>Haas, NZI 2006, 494, 498.

<sup>169</sup>BGH, DStR 2008, 1245; BGH, Urteil vom 27.06.2005 – II ZR 113/03; BGH, Urteil vom 11.07.2005 – II ZR 235/03; BGH, NZG 2008, 597, 598.

<sup>170</sup>BGH, Urteil vom 16.09.1985 - II ZR 275/84 (Düsseldorf) – „Autokran“ = NJW 1986, 188.

<sup>171</sup>BGH, Urteil vom 29-03-1993 - II ZR 265/91 (Oldenburg) – „TBB“ = NJW 1993, 1200.

Aufgegeben wurde der konzernrechtliche Ansatz dann in der „Bremer Vulkan“-Entscheidung<sup>172</sup>. Zwar betraf auch diese Entscheidung einen Konzernsachverhalt, der BGH suchte den Schutz einer GmbH gegen Eingriffe ihres Gesellschafters nun aber nicht mehr im Haftungssystem des aktienrechtlichen Konzernrechts, sondern allein in der „Erhaltung ihres Stammkapitals und der Gewährleistung ihres Bestandsschutzes, der eine angemessene Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der GmbH“ erfordere. „An einer solchen Rücksichtnahme“ fehle es, „wenn die GmbH infolge der Eingriffe ihres Alleingeschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen“ könne. Es wurde also ein eigenes, vom Gesellschafter unabhängiges Bestandsinteresse der Gesellschaft anerkannt<sup>173</sup> und damit im Grunde ein Verbot der Existenzvernichtung der Gesellschaft durch den Gesellschafter geschaffen. Freilich beruht das Bestandsinteresse der Gesellschaft dabei auf der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung. Das bedeutet, dass es bei der „Existenzvernichtungshaftung“ nicht um Schutz vor Beendigung der rechtlichen Existenz der Gesellschaft geht, sondern allein um Schutz vor Beseitigung ihrer Fähigkeit der vollen Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten<sup>174</sup>.

Grund für die Abkehr vom konzernrechtlichen Ansatz war, dass keine Rechtfertigung für eine Differenzierung besteht<sup>175</sup>. Wie eingangs dargestellt, können sich ebenso wie Unternehmergesellschaftlicher Privatgesellschaftlicher bei der Leitung der Gesellschaft von gesellschaftsfremden Interessen leiten lassen und einer Insolvenz ihrer Gesellschaft gleichgültig gegenüberstehen. Ob verbliebenes Vermögen der Gesellschaft einer Muttergesellschaft, einem Einzelkaufmann oder einer nicht unternehmerisch tätigen natürlichen Person übertragen wird, macht für die Gläubiger keinen Unterschied. Es wäre geradezu widersinnig, wenn sich ein Unternehmergesellschaftlicher einer Haftung mit der Begründung entziehen könnte, der existenzvernichtende Eingriff sei nicht im Konzerninteresse, sondern zu privaten Zwecken erfolgt<sup>176</sup>.

Im „KBV“-Urteil<sup>177</sup> bestätigte der BGH dann seine vom konzernrechtlichen Ansatz gelöste Rechtsprechung. Die in der „Bremer Vulkan“-Entscheidung noch offen gelassene dogmatische Grundlage einer Haftung für nun so genannte „existenzvernichtende Eingriffe“ verortete der BGH dabei im Missbrauch der Rechtsform der GmbH<sup>178</sup>. „Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH“ sei „unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG.“ „Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, welche die auf Grund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen“, würden deshalb „einen Missbrauch der Rechtsform der GmbH darstellen, die zum Verlust des Haftungsprivilegs führe, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil bereits nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden“ könne. Die Existenzvernichtungshaftung stellte damit einen Fall der Durchgriffshaftung dar<sup>179</sup>. Das hatte zur Folge, dass die Gesellschafter im Wege einer Außenhaftung direkt für die Forderungen der Gläubiger einzustehen hatten. Diese Rechtsprechung führte der BGH zunächst auch fort<sup>180</sup>.

<sup>172</sup>BGH, Urteil vom 17. 9. 2001 - II ZR 178/99 (Bremen) – „Bremer Vulkan“ = NJW 2001, 3622.

<sup>173</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 467.

<sup>174</sup>Zöllner in FS Konzen, 999, 1003.

<sup>175</sup>Röhricht in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 118 ff.

<sup>176</sup>Röhricht in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 119.

<sup>177</sup>BGH, Urteil vom 24. 6.2002 - II ZR 300/00 – „KBV“ = DStR 2002, 1822.

<sup>178</sup>BGH, Urteil vom 17. 9. 2001 - II ZR 178/99 (Bremen) – „Bremer Vulkan“ = NJW 2001, 3622.

<sup>179</sup>Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rn. 25.

<sup>180</sup>BGH, Urteil vom 20. 9. 2004 - II ZR 302/02 (OLG Jena) – „Klinik“ = NJW 2005, 145; BGH, Urteil vom 13.12.2004 – II ZR 256/02 – „Handelsvertreter“ = NZG 2005, 214; BGH, Urteil vom FORTSETZUNG AUF S. 35

Im Urteil „Trihotel“<sup>181</sup> vom 16.07.2007 stellte der BGH sein Konzept einer Existenzvernichtungshaftung dann aber durch „richterrechtlichen Gestaltungsakt“ deutlich um. Er ordnet den existenzvernichtenden Eingriff nun als Fallgruppe der sittenwidrigen Schädigung im Sinne von § 826 BGB ein. Da er bereits in der „KBV“-Entscheidung<sup>182</sup> dem Anspruch aus existenzvernichtenden Eingriff einen Anspruch wegen sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB zur Seite gestellt hatte und im Urteil „Klinik“<sup>183</sup> eine Haftung alleine auf § 826 BGB stützte und offen ließ, ob auch die Voraussetzungen einer Haftung aus existenzvernichtendem Eingriff vorlagen, war dieser Teil der Rechtsprechungsänderung nicht unbedingt unerwartet. Überraschend war vielmehr die Ausgestaltung als Innenhaftung<sup>184</sup>. Denn Geschädigte ist nach der Rechtsprechung des BGH nun die GmbH. Der nunmehrige Schadensersatzanspruch soll also der Gesellschaft zustehen; ein direktes Durchgreifen der Gläubiger auf die Gesellschafter ist damit nicht mehr möglich. Tatbestandlich knüpft der BGH mit „Trihotel“ weiter an seiner Vorgängerrechtsprechung an. Mit der Ausgestaltung als Innenhaftung geht allerdings ein Wegfall der Subsidiarität gegenüber einer Haftung aus § 31 GmbHG einher<sup>185</sup>. Die „Trihotel“-Rechtsprechung hat der BGH, unter anderem mit den ebenfalls viel beachteten Urteilen „Gamma“<sup>186</sup> und „Sanitary“<sup>187</sup> bestätigt<sup>188</sup>.

## **E. Die Existenzvernichtungshaftung nach „Trihotel“ im Einzelnen**

Nach „Trihotel“ haftet der Gesellschafter einer GmbH<sup>189</sup> nach § 826 BGB seiner Gesellschaft gegenüber auf Schadensersatz, soweit er diese durch „missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen“ geschädigt hat. Im Folgenden soll nun auf die Voraussetzungen, Rechtsfolgen und Durchsetzung der Haftung eingegangen werden.

### **I. Kompensationsloser Entzug von Gesellschaftsvermögen**

Für eine Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs muss zunächst ein kompensationsloser Eingriff in das Vermögen der Gesellschaft vorliegen.

#### **1. Entzug von Gesellschaftsvermögen**

Der BGH verlangt hierzu einen gezielten, betriebsfremden Zwecken dienenden Entzug von Vermögenswerten, die die Gesellschaft zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten benötigt<sup>190</sup>. Der

---

13.12.2004 – II ZR 206/02 - „Autohändler“ = NZG 2005, 237.

<sup>181</sup>BGH, Urteil vom 16.7.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“ = NZG 2007, 667.

<sup>182</sup>BGH, Urteil vom 24.6.2002 - II ZR 300/00 – „KBV“ = DStR 2002, 1822.

<sup>183</sup>BGH, Urteil vom 20.9.2004 - II ZR 302/02 (OLG Jena) – „Klinik“ = NJW 2005, 145.

<sup>184</sup>Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, München 2009, S. 219; Weller, ZIP 2007, 1681, 1682; Leuring/Rubner, NJW-Spezial 2007, 363; a.A. Vetter, BB 2007, 1965.

<sup>185</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 38 = NZG 2007, 667, 672.

<sup>186</sup>BGH, Urteil vom 28.4.2008 - II ZR 264/06 (OLG Düsseldorf) – „GAMMA“ = NJW 2008, 2437.

<sup>187</sup>BGH, Urteil vom 9.2.2009 - II ZR 292/07 (OLG Celle) – „Sanitary“ = NZG 2009, 545.

<sup>188</sup>Neben „Gamma“ und „Sanitary“ weiter bestätigt durch BGH, Beschluß vom 7.1.2008 - II ZR 314/05 (OLG Karlsruhe) = NZI 2008, 196; BGH, Urteil vom 13.12.2007 - IX ZR 116/06 (OLG Hamm) = NZI 2008, 238; BGH, Urteil vom 23.4.2012 – II ZR 252/10 (OLG Düsseldorf) = NZG 2012, 667; BGH, Urteil vom 24.7.2012 – II ZR 177/11 (OLG Koblenz) = NJW-RR 2012, 1240.

<sup>189</sup>Die Existenzvernichtungshaftung erstreckt sich nicht auf andere Rechtsformen, etwa den Idealverein (BGH, Urteil vom 10.12.2007 – II ZR 239/05 (OLG Dresden) – Kolpingwerk, Tz. 27 = NZG 2008, 670, 673), oder die Aktiengesellschaft (LG Kiel, Schlussurteil vom 20.03.2009 – 14 O 195/03 = BeckRS 2009, 10255).

<sup>190</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 31 = NZG 2007, 667, 671.

Entzug der Vermögensbestandteile braucht sich dabei gerade nicht bilanziell niederzuschlagen<sup>191</sup>. Denn die Existenzvernichtungshaftung soll „namentlich“ von §§ 30, 31 GmbHG bilanziell nicht erfassbare Maßnahmen erfassen<sup>192</sup> und als „Entnahmesperre über §§ 30, 31 GmbHG hinaus“ wirken<sup>193</sup>. Erfasst ist daher grundsätzlich alles, was es der Gesellschaft ermöglicht, ihre wirtschaftliche Tätigkeit planmäßig fortzusetzen und Umsatzerlöse zu generieren<sup>194</sup>. Neben einfachen Liquiditäts- und Sachentnahmen greift die Existenzvernichtungshaftung daher insbesondere auch bei Entzug von Arbeitskräften<sup>195</sup> und Teilen des „good will“ wie Kundendateien<sup>196</sup>, Geschäftsverbindungen<sup>197</sup>, etc.

Freilich lassen sich die bilanziell nicht erfassbaren Maßnahmen nicht ohne Probleme unter den Begriff des „Vermögensentzugs“ subsumieren. Denn mit dem Erfordernis eines „Vermögensentzugs“ gerät die Existenzvernichtungshaftung konzeptionell in die Nähe der §§ 30, 31 GmbHG und begegnet damit genau den Schwierigkeiten, die mit ihr vermieden werden sollten<sup>198</sup>. Angesichts der klaren Zielsetzung der Existenzvernichtungshaftung als „Entnahmesperre über §§ 30, 31 GmbHG hinaus“ zu wirken<sup>199</sup>, ist ihre Erfassung aber unbestritten. Insofern wird wohl eher von einer verbalen Abweichung, als von einer bewussten Verengung des Tatbestandes auszugehen sein<sup>200</sup>.

Im Rahmen von Liquiditätsabflüssen, können dann auch insbesondere Aktivitäten bei der sog. „GmbH-Stafette“ und beim „cash-pooling“ haftungsbegründend sein<sup>201</sup>. Bei der „GmbH-Stafette“ werden Finanzmittel auf eine eigens gegründete oder bereits bestehende Konzerntochter übertragen<sup>202</sup>, so dass sie schon deshalb haftungsbegründend sein kann. Beim „cash-pooling“ als effektivem Bestandteil eines konzernweiten Cash-Managements werden die liquiden Mittel einer abhängigen Gesellschaft auf ein zentrales Zielkonto, in der Regel das der Muttergesellschaft eingespeist<sup>203</sup>. Führt dies dazu, dass die abhängige Gesellschaft mangels Liquidität ihrer Muttergesellschaft die zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten nötigen Finanzmittel nicht mehr abrufen kann, gerät es in den Fokus der Existenzvernichtungshaftung<sup>204</sup>. Freilich wird eine Haftung hier in der Regel am Vorsatz scheitern<sup>205</sup>.

Nicht ganz klar zu beantworten ist die Frage, ob der sog. „Entzug von Geschäftschancen“ tatbestandlich der Existenzvernichtungshaftung unterfällt. Dies vor allem deshalb, weil die möglichen Fallgestaltungen durch Vertragsgestaltung überaus vielschichtig sein können<sup>206</sup> und eine klar abgrenzbare Fallgruppenbildung nahezu unmöglich ist. Der BGH hat zwar entschieden, der

<sup>191</sup>Gehrlein, WM 2008, 761, 762.

<sup>192</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 24 = NZG 2007, 667, 671.

<sup>193</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 24 = NZG 2007, 667, 671.

<sup>194</sup>Strohn, ZinsO 2008, 706, 708.

<sup>195</sup>Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rn. 32; Caspar in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 6.57.

<sup>196</sup>BGH, Urteil vom 13.12.2004 – II ZR 206/02 – „Autohändler“ = NZI 2005, 237, 239.

<sup>197</sup>Weller, ZIP 2007, 1681, 1684.

<sup>198</sup>Weller, DStR 2007, 116, 118; Dauner-Lieb, ZGR 2008, 34, 44f.; Dauner-Lieb, DStR 2006, 2034, 2038.

<sup>199</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 24 = NZG 2007, 667, 671.

<sup>200</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 541.

<sup>201</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 549; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 81.

<sup>202</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 549.

<sup>203</sup>Altmeyen, NZG 2010, 361.

<sup>204</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 549; BGH, Urteil vom 17. 9. 2001 - II ZR 178/99 (Bremen) – „Bremer Vulkan“ = NJW 2001, 3622; dazu auch OLG Köln, Urteil vom 18.12.2008 - 18 U 162/06.

<sup>205</sup>Weller, ZIP 2007, 1181, 1185.

<sup>206</sup>Grigoleit, S. 92.

„Entzug von Geschäftschancen“ sei tatbestandlich; in der entsprechenden Entscheidung versteht er darunter aber den Entzug von Teilen des „good will“<sup>207</sup>. Soweit es weitestgehend um Sachverhalte geht, in denen Gesellschafter Verträge nicht für die Gesellschaft, sondern im eigenen Namen oder für andere Gesellschaften abschließen, obwohl der Vertrag gegebenenfalls durch die Gesellschaft angebahnt wurde, erwähnt der BGH fast beiläufig, es stehe dem Gesellschafter frei, „den Geschäftsbetrieb einzustellen oder eine sich ihm bietende Geschäftschance nicht zu ergreifen“<sup>208</sup>. Dies ist sicherlich richtig, als dass Managementfehler keine Haftung nach sich ziehen<sup>209</sup>. Die Aussage kann aber wohl nur solange Geltung beanspruchen, als dass der Gesellschafter eine „Geschäftschance“ tatsächlich nicht ergreift. Ergreift er selbst oder durch ein anderes Unternehmen eine „Geschäftschance“ doch, muss es darauf ankommen, ob die „Geschäftschance“ nicht schon gewissermaßen konkretisiert ist und der Gesellschaft „gehört“<sup>210</sup>. Als der Gesellschaft gehörig anzusehen, sind aber wohl zumindest diejenigen Geschäftschancen, die in der „Spähre“ oder mit Mitteln der Gesellschaft akquiriert wurden<sup>211</sup> bzw. einen engen Zusammenhang mit ihrer Geschäftstätigkeit aufweisen<sup>212</sup>. Solche „Geschäftschancen“ dürfen nicht entzogen werden, soweit sie zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen. Entsprechendes muss gelten, wenn es darum geht, dass Gesellschafter von Dritten der Gesellschaft bereits erteilte Aufträge auf sich übertragen.

Auch soweit es bei den „Geschäftschancen“ darum geht, dass Gesellschafter sich schon in bereits bestehende Verträge der Gesellschaft hineindrängen<sup>213</sup> oder Geschäftsfelder übertragen werden, können diese erfasst sein. So hält es der BGH beispielsweise für möglich, dass in der Kündigung eines Pachtvertrages bei gleichzeitigem Neuabschluss mit einer anderen Gesellschaft des Gesellschafters, eine haftungsbegründende Existenzvernichtung liegt, sofern nur die, in einem wiederum gleichzeitig zwischen den beiden Gesellschaften abgeschlossenen Management- und Geschäftsbesorgungsvertrag vorgesehene Umsatzbeteiligung der gekündigten Gesellschaft derart unvertretbar niedrig ist, dass eine Insolvenz dieser Gesellschaft als Folge einer solchen Unangemessenheit praktisch unausweichlich ist<sup>214</sup>. Entscheidend muss auch in solchen Fällen sein, dass tatsächlich Ressourcen oder funktionswesentliche Positionen<sup>215</sup> im Sinne eines Vermögensentzugs abgezogen werden. Eine funktionswesentliche Position kann aber eben auch in der Nutzung eines Grundstücks auf Grund eines Pachtvertrages liegen.

Im Fehlen eines solchen Entzugs von Vermögen liegt dann auch der Unterschied zu den in diesem Zusammenhang auch als problematisch angesehenen sog. „Aschenputtelkonstellationen“, bei denen durch Vertragsgestaltung von vorneherein Risiken der einen und Chancen der anderen Gesellschaft zugewiesen werden<sup>216</sup>. Sie weisen lediglich ein „strukturelles“ Defizit auf<sup>217</sup> und werden von der Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB nicht erfasst<sup>218</sup>. Gleiches muss für

<sup>207</sup>BGH, Urteil vom 13.12.2004 – II ZR 206/02 - „Autohändler“ = NZI 2005, 237, 238 f.

<sup>208</sup>BGH, Urteil vom 13.12.2004 – II ZR 206/02 - „Autohändler“ = NZI 2005, 237, 238 f.

<sup>209</sup>Caspar in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 6.56; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 80; BGH, Urteil vom 13.12.2004 – II ZR 256/02 - „Handelsvertreter“ = NZG 2005, 214.

<sup>210</sup>Henzler, S. 136;

<sup>211</sup>Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 30 Rn. 90.

<sup>212</sup>Fleischer, NZG 2003, 985, 987.

<sup>213</sup>Koch, Die Abkehr von der bilanziellen Betrachtungsweise und ihre Auswirkungen auf die Existenzvernichtungshaftung, S. 128 f.; vgl. auch BGH, NZG 2005, 177.

<sup>214</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 49 f. = NZG 2007, 667, 673.

<sup>215</sup>Weller, DStR 2007, 116, 119.

<sup>216</sup>Röhrich in: FS 50 Jahre BGH, S. 83, 91 f., 97, 107.

<sup>217</sup>Habersack, ZGR 2008, 533, 544.

<sup>218</sup>BGH, Urteil vom 28. 4. 2008 - II ZR 264/06 (OLG Düsseldorf) – „GAMMA“, Tz. 13 = NJW 2008, 2437, 2438; für eine Vertretbarkeit der Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf „Aschen- FORTSETZUNG AUF S. 38

die sog. „Spekulation auf Kosten“ der Gläubiger gelten, bei der bei geschäftlichen Entscheidungen unverhältnismäßige Risiken eingegangen werden<sup>219</sup>. Die ebenfalls als problematisch angesehene sog. „Unterkapitalisierung“ und das Stehenlassen von Forderungen durch den Gesellschafter sind ebenfalls nicht haftungsbegründend<sup>220</sup>. Das Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung steht laut BGH einem „Eingriff“ in das im Gläubigerinteresse zweckgebundene Gesellschaftsvermögen der GmbH nicht gleich<sup>221</sup>.

Der Entzug des Vermögens kann sich schließlich in einem einzelnen Akt erschöpfen oder sich als Dauereingriff darstellen<sup>222</sup>. Charakteristisch sind gerade Fälle, in denen ganze Geschäftsbereiche, durch Kündigung und Neuanstellung der Arbeitnehmer, durch Übertragung von Maschinen, Immaterialgüterrechten, Geschäftschancen, etc., also durch eine Vielzahl an Eingriffshandlungen übertragen werden, so dass das Unternehmen mit einem anderen Rechtsträger ohne die Passiva fortgesetzt werden kann<sup>223</sup>.

## 2. Begünstigung des Gesellschafters?

Das Erfordernis eines „Vermögensentzugs“ wird teilweise auch als Erfordernis eines „Vermögenstransfers“ verstanden<sup>224</sup>. Ein „Vermögenstransfer“ setzt aber begrifflich eine zumindest mittelbare Begünstigung beim Gesellschafter voraus. Ob, dies tatsächlich eine Voraussetzung der Existenzvernichtungshaftung ist, ist, da auch der BGH sich insofern kontrovers bzw. missverständlich äußert, zumindest nicht eindeutig.

Zunächst einmal fordert der BGH in „Trihotel“, der Eingriff müsse „betriebsfremden Zwecken“ dienen<sup>225</sup>, so dass man der Ansicht sein könnte, „betriebsfremde Zwecke“ lägen eben bei einem Eingriff mit zumindest mittelbarer Begünstigung auf Seiten des Gesellschafters vor. Was genau der BGH mit „betriebsfremden Zwecken dienend“ genau meint, bleibt indes unklar. Nun wird man davon ausgehen können, dass der Eingriff jedenfalls dann betriebsfremden Zwecken dient, wenn er in einer zumindest mittelbaren Begünstigung des Gesellschafters resultiert. Daraus aber die Schlussfolgerung zu ziehen, ein betriebsfremden Zwecken dienender Eingriff läge immer dann nicht vor, wenn eine zumindest mittelbare Begünstigung nicht vorliegt, ist wohl nicht möglich. Zudem müsste der Eingriff nur betriebsfremden Zwecken „dienen“. Die Begünstigung müsste demnach nur angestrebt, nicht aber tatsächlich erreicht werden. Im Ergebnis sollen mit dem Merkmal „betriebsfremden Zwecken dienend“ wohl reine Managementfehler ausgeschlossen werden. Ein Gesellschafter, der das Management zu insolvenzverursachenden Fehlern veranlasst, handelt eben nicht „betriebsfremden Zwecken“ dienend, wenn er die Insolvenz nicht bezweckt<sup>226</sup>. In solchen Fällen kann ihn keine Haftung treffen.

Weiter erklärt der BGH zur Sittenwidrigkeit, er habe in früheren Entscheidungen ein sittenwidriges Verhalten im „planmäßigen Entzug von Gesellschaftsvermögen im Sinne der Verringerung der Zugriffsmasse zu Lasten der Gläubiger und zum eigenen Vorteil des Gesellschafters“

puttelfälle“: *Veil*, NJW 2008, 3264, 3265; *Ihrig*, DStR 2007, 1170, 1173.

<sup>219</sup>*Dauner-Lieb*, DStR 2006, 2034, 2038; *Michalski/Funke* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 428 f.; im Ergebnis auch *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 82; a.A. *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 553; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 72.

<sup>220</sup>*Habersack*, ZGR 2008, 533, 544.

<sup>221</sup>*BGH*, Urteil vom 28. 4. 2008 - II ZR 264/06 (OLG Düsseldorf) – „GAMMA“ = NJW 2008, 2437.

<sup>222</sup>*Lutter/Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rn. 36.

<sup>223</sup>*Weller*, DStR 2007, 116, 118 f.

<sup>224</sup>Etwa *Dauner-Lieb*, DStR 2006, 2034, 2037.

<sup>225</sup>*BGH*, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 31 = NZG 2007, 667, 671.

<sup>226</sup>Vgl. *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1685.

gesehen<sup>227</sup>. Zudem sehe er die Sittenwidrigkeit auch in einer „Selbstbedienung“ des Gesellschafters verwirklicht<sup>228</sup>. Im Hinblick auf den objektiven Charakter des Tatbestandsmerkmals Sittenwidrigkeit<sup>229</sup>, könnte man nun schließen, der BGH stelle damit das Erfordernis einer Begünstigung auf Seiten des Gesellschafters auf. Indes kann späteren Erklärungen des BGH ein anderes Verständnis vom sittenwidrigen Verhalten entnommen werden. So führt er aus, dass die Sittenwidrigkeit einer „planmäßigen »Entziehung« von – der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger unterliegendem – Vermögen der Gesellschaft mit der Folge der Insolvenz“ nicht ernsthaft bestritten werden könne, insbesondere, wenn „dies zudem – wie regelmäßig – zum unmittelbaren oder mittelbaren Vorteil des Gesellschafters oder eines Dritten“ geschehe<sup>230</sup>. Der BGH stellt also lediglich fest, dass der Eingriff regelmäßig zu einem zumindest mittelbaren Vorteil des Gesellschafters gereichen wird; eine Aussage, dass dies so sein muss, trifft er wohl nicht<sup>231</sup>. Er verdeutlicht sogar, die Sittenwidrigkeit betreffe „nicht nur die Fälle, in denen die Vermögensentziehung geschieht, um den Zugriff der Gläubiger auf dieses Vermögen zu verhindern, sondern ist auch dann anzunehmen, wenn die faktische dauerhafte Beeinträchtigung der Erfüllung der Verbindlichkeiten die voraussehbare Folge des Eingriffs ist [...]“<sup>232</sup>. Der BGH sieht die Sittenwidrigkeit deshalb wohl schon in der Schädigung des (der Zweckbindung der vorrangigen Gläubigerbefriedigung unterliegenden) Gesellschaftsvermögens, soweit sie zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führt, begründet, und nicht erst in einer schädigerbegünstigenden Schädigung.

Andererseits versteht der BGH die Fallgruppe des existenzvernichtenden Eingriffs als eine „Entnahmesperre über §§ 30, 31 GmbHG hinaus“<sup>233</sup>. §§ 30, 31 GmbHG setzen aber eine zumindest mittelbare Begünstigung des Gesellschafters voraus<sup>234</sup>.

Letztlich entscheidend wird wohl sein, dass der existenzvernichtende Eingriff nun eine Fallgruppe des § 826 BGB ist. Denn § 826 BGB ist ein Schadensersatzanspruch. Bei Schadensersatzansprüchen kommt es aber, gerade nicht wie beispielsweise bei der Anfechtung, bei der Rechtsfolge eine Rückgewährpflicht ist, auf eine etwaige Bereicherung auf Seiten des Schädigers an<sup>235</sup>. Eine Begünstigung des Gesellschafters ist daher wohl nicht erforderlich<sup>236</sup>. Freilich wird sie in aller Regel vorliegen.

### 3. Keine Kompensation oder Rechtfertigung

Weiter muss der Eingriff kompensationslos erfolgen und darf nicht gerechtfertigt sein.

---

<sup>227</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 22 = NZG 2007, 667, 669.

<sup>228</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 28 = NZG 2007, 667, 670.

<sup>229</sup>Hölzle, DZWIR 2007, 397, 400.

<sup>230</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 30 = NZG 2007, 667, 670.

<sup>231</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 546.

<sup>232</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 30 = NZG 2007, 667, 671; der letzte Teil des Zitats ist ausgelassen, da er den Vorsatz und nicht die Sittenwidrigkeit betrifft. Der BGH differenziert hier nicht genau.

<sup>233</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 24 = NZG 2007, 667, 671.

<sup>234</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 30 Rn. 15 f.; Altmeyden in Roth/Altmeyden, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 30 Rn. 23 ff.

<sup>235</sup>Henzler, S. 137;.

<sup>236</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 546; Gloger/Goette/van Huet, DStR 2008, 1141, 1144.

## a. Kompensation

In der Regel reicht es für eine Kompensation aus, dass der Gesellschaft ein dem entzogenen Vermögensbestandteil entsprechender Gegenwert zufließt. Dabei sind einheitliche Lebensvorgänge nicht auseinanderzureißen, vielmehr ist eine Gesamtbetrachtung anzustellen<sup>237</sup>. So liegt ein existenzvernichtender Eingriff nicht vor, wenn der Gesellschafter zwar Forderungen der GmbH gegen Dritte auf ein eigenes Konto einzieht, mit diesen Mitteln jedoch Verbindlichkeiten der Gesellschaft begleicht<sup>238</sup>.

Der Zufluss eines entsprechenden Gegenwerts bei der Gesellschaft muss richtigerweise alleine jedoch noch nicht ausreichen, um einer Haftung aus Existenzvernichtung zu entgehen. Vielmehr kann „mehr“ erforderlich sein. Denn in Anbetracht der Zielsetzung der Existenzvernichtungshaftung, kann es bezüglich des Merkmals „kompensationslos“ allein darum gehen, dass der Vermögensentzug im Hinblick auf die Ertragskraft der Gesellschaft als Grundlage für die Insolvenzwahrscheinlichkeit adäquat kompensiert wird<sup>239</sup>. Die durch den Abzug einer existenznotwendigen Maschine verursachte Insolvenz wird eben nicht dadurch kompensiert, dass ein Marktpreis gezahlt wird. Ein adäquate Kompensation kann aber beispielsweise darin liegen, dass gleichzeitig mit dem die Geschäftsgrundlage entziehenden Eingriff ein Management- und Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen wird, der ein weiteres selbstständiges Wirtschaften und Überleben der Gesellschaft ermöglicht<sup>240</sup>.

## b. Rechtfertigung

Auch liegt ein haftungsbegründender Entzug von Vermögen nicht vor, wenn der Eingriff gerechtfertigt ist<sup>241</sup>. In Betracht kommt beispielsweise, dass ein Pachtvertrag, der durch Aufhebung zur Zahlungsunfähigkeit führt, sowieso hätte außerordentlich gekündigt werden dürfen<sup>242</sup>. Wann genau eine Rechtfertigung vorliegt, ist aber unklar. Die in diesem Zusammenhang getroffene Aussage, „eine Rechtfertigung des Vermögensentzugs komme infrage, wenn dem Gesellschafter ein subjektives Recht zusteht, dass ihm den Vermögensabzug erlaubt“<sup>243</sup>, dürfte jedenfalls wohl nur insoweit Richtigkeit beanspruchen, als dass sie die Einschränkung enthält, die Rechtfertigung komme in Frage, nicht jedoch erklärt, sie läge dann tatsächlich vor. Problematisch ist nämlich, dass mit Hilfe von Vertragsgestaltungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, eine Rechtfertigung relativ leicht herbeigeführt werden könnte; die Existenzvernichtungshaftung aber gerade die vorsätzliche Insolvenz sanktionieren will. Das zeigen insbesondere auch die folgenden Ausführungen zum Abzug eigenkapitalersetzender Darlehen durch den Gesellschafter, die in diesem Zusammenhang thematisiert werden dürften.

## c. Eigenkapitalersetzende Darlehen

Bei eigenkapitalersetzenden Darlehen geht es um Fälle, in denen Gesellschafter, in der Regel aus Anlass einer Krise, ihrer Gesellschaft eigentlich Eigenkapital im Wege einer dafür vorgesehenen Kapitalerhöhung zuführen müssten, stattdessen aber lediglich leicht rückholbare Darlehen gewähren<sup>244</sup>. Jeder Rechtsordnung muss es in solchen Fällen schwer fallen, zu akzeptieren, dass

<sup>237</sup>BGH, NZG 2008, 597, 598.

<sup>238</sup>BGH, NZG 2008, 597.

<sup>239</sup>Servatius in: BeckOK GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Konzernrecht Rn. 490.

<sup>240</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 49 f. = NZG 2007, 667, 673.

<sup>241</sup>d'Avoine in Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 3. Aufl. 2009, § 30 Rn. 121; Patzina in Patzina/Bank/Schimmer/Simon-Widmann, Haftung von Unternehmensorganen, Kapitel 10 Rn. 17.

<sup>242</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 49 = NZG 2007, 667, 673.

<sup>243</sup>Weller, ZIP 2007, 1681, 1685.

<sup>244</sup>Bittmann, Wistra 2009, 102.

ein Gesellschafter sich in der Insolvenz seiner Gesellschaft gleichberechtigt in die Reihe der Schuldner einstellt, oder sich gegenüber den anderen Gläubigern sogar besser stellt, indem er im Vorfeld oder in der Insolvenz sich das Darlehen zurückzahlen lässt<sup>245</sup>.

Vor der Reform durch das MoMiG sah die Rechtsprechung deshalb ein Rückzahlungsverbot eigenkapitalersetzender Darlehen in analoger Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG vor<sup>246</sup>. Vor „Trihotel“ konnte den Gesellschafter eine Haftung aus existenzvernichtenden Eingriff deshalb schon nicht treffen, weil die Existenzvernichtungshaftung subsidiär gegenüber der Kapitalerhaltung war<sup>247</sup>. Mit „Trihotel“ wurde die Subsidiarität aber aufgehoben, so dass insofern eine Anwendung der Existenzvernichtungshaftung jetzt durchaus in Betracht kommt, wenn der Abzug des Darlehens zur Insolvenz führt oder diese vertieft<sup>248</sup>.

Mit dem MoMiG ist das Rückzahlungsverbot im Kapitalerhaltungsrecht allerdings ausdrücklich aufgehoben worden<sup>249</sup>. Stattdessen wurde das Eigenkapitalersatzrecht in das Anfechtungsrecht überführt. Danach sind Gesellschafterforderungen in der Insolvenz immer nachrangig, § 39 I Nr. 5 InsO und Rückzahlungen an den Gesellschafter, sofern sie innerhalb eines Jahres vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurden, anfechtbar, § 135 I InsO. Es stellt sich daher die Frage, ob der Gesellschafter, über die Rückgewährpflicht der Anfechtung hinaus, im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung auch die Schäden zu ersetzen hat, die mit der Rückgewähr alleine nicht kompensiert werden. Wenn die Existenzvernichtungshaftung Anwendung finden würde, könnte darüber hinaus auch Missbrauch mit dem kurzen Ein-Jahres-Zeitraum bei der Anfechtung verhindert werden<sup>250</sup>.

Im Ergebnis ist die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf den Abzug von Gesellschafterdarlehen unklar<sup>251</sup>. Dies insbesondere deshalb, weil die Rückzahlung des Darlehens grundsätzlich mit einer Kompensation einher geht. Denn mit der Rückzahlung des Darlehens entfällt die Rückerstattungspflicht der Gesellschaft. Auch könnte man, um auf das eigentlich Sujet zurückzukommen, behaupten, es lege zumindest eine Rechtfertigung vor, wenn die Rückzahlung des Darlehens nach dem Darlehensvertrag fällig war oder die Gesellschaft berechtigt war das Darlehen abzulösen. Plastisch ausgedrückt, könnte sogar behauptet werden, es lege kein Abzug von Gesellschaftsvermögen, sondern ein Abzug von Gesellschaftervermögen vor.

Für eine Anwendung spricht allerdings, dass hinsichtlich der Kompensation „mehr“ erforderlich sein muss als der reine Zufluss eines entsprechenden Gegenwerts<sup>252</sup>. Der Zweck der Existenzvernichtungshaftung besteht ja gerade darin, Schutz bei bilanzneutralen Aktivtäuschen zu bieten. Entnimmt der Gesellschafter eine überlebenswichtige Maschine und zahlt dafür den Marktpreis oder entnimmt er sie auch nur oberhalb einer Unterbilanz ohne Kompensation, soll ihn ja gerade die Existenzvernichtungshaftung treffen, wenn die Entnahme zur Insolvenz führt und der Gesell-

---

<sup>245</sup>Schall, S. 163.

<sup>246</sup>Habersack in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 5.1.; Desch in Bunnemann/Zirngibl, § 8 Rn. 13 ff.

<sup>247</sup>Veil, NJW 2008, 3264, 3256.

<sup>248</sup>Veil, NJW 2008, 3264, 3265; Casper in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 6.57; Gehrlein, BB 2008, 846, 853; Desch in Bunnemann/Zirngibl, § 8 Rn. 60; wohl auch Schall, S. 178.

<sup>249</sup>Durch Einführung des § 30 I 3 GmbHG; Habersack in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 5.1.

<sup>250</sup>Gesellschafter könnten versucht sein, ihr Darlehen abzuziehen und die Gesellschaft noch ein Jahr „am Leben“ zu lassen um der Anfechtung zu entgehen. Hier kann die Existenzvernichtungshaftung helfen, wenn der Abzug des Darlehens letztlich schon kausal für die Insolvenz gewesen ist; Desch in Bunnemann/Zirngibl, § 8 Rn. 56, 60.

<sup>251</sup>Casper in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 6.57

<sup>252</sup>Siehe oben § 2 E. I. 1.

schafter diese billigend in Kauf nimmt. Das kompensatorische Vermögen muss also in der Lage sein, das entzogene Vermögen in seiner Fähigkeit, die Gesellschaft „am Leben“ zu erhalten, zu ersetzen. Dementsprechend erörtert auch der BGH in „Trihotel“, ein existenzvernichtender Eingriff könne dann vorliegen, wenn ein Geschäftsbesorgungsvertrag, dessen Abschluss den Eingriff grundsätzlich kompensieren oder rechtfertigen würde, derart ausgestaltet ist, dass die Insolvenz der Gesellschaft dennoch unausweichlich war<sup>253</sup>. Entzieht also der Gesellschafter seiner Gesellschaft Liquidität, indem er sich sein Darlehen auszahlen lässt, und wird die Gesellschaft daraufhin insolvent, so liegt eben keine Kompensation darin, dass die Gesellschaft das Darlehen nun nicht mehr zurückzahlen muss.

Es liegt daher wohl zumindest dann eine Existenzvernichtungshaftung vor, wenn die Gesellschaft das Darlehen nach dem Darlehensvertrag nicht ablösen durfte oder das Darlehen nicht fällig war. Freilich würden Gesellschafter in den Verträgen einfach entsprechende Regelungen aufnehmen. Entscheidend ist also die Frage, wie die Haftungssituation aussieht, wenn eine Gesellschaft zur Ablösung berechtigt war. Meines Erachtens dürfte auch in diesen Fällen eine Existenzvernichtungshaftung bejaht werden, auch wenn Restzweifel bestehen bleiben. Denn die Existenzvernichtungshaftung ist eine „eng begrenzte besondere Fallgruppe“ des § 826 BGB<sup>254</sup>, die hohe Hürden, nämlich Vorsatz und Kausalität zwischen Eingriff und Insolvenz für eine Haftung voraussetzt. Zieht der Gesellschafter vor dem Hintergrund der sich aufdrängenden Insolvenz das Darlehen ab, um „seine Schäfchen ins Trockene“ zu bringen, ist es auch gerechtfertigt, ihn über die Rückgewährpflicht des Anfechtungsrechts hinaus, für die Schäden der Insolvenz haftbar zu machen. Die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung ist also im Ergebnis wohl angemessen und dürfte daher beim Abzug von Gesellschafterdarlehen greifen. Entsprechendes muss im Übrigen gelten, wenn es nicht um den Abzug von Geld, sondern um den Abzug von anderweitigem Vermögen geht, das der Gesellschaft vom Gesellschafter überlassen wurde<sup>255</sup>.

Schließlich wird auch für den Geschäftsführer eine Haftung nach § 64 S. 3 GmbHG für Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen an den Gesellschafter angenommen<sup>256</sup>. Insofern wird gerade auf den Zweck der Regelung, als Begrenzung für die jetzt nach Kapitalerhaltungsrecht, § 30 I 3 GmbHG grundsätzlich zugelassene Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen zu dienen, verwiesen<sup>257</sup>. Entsprechendes dürfte dann auch für die Haftung des Gesellschafters gelten.

## II. Insolvenzverursachung oder -vertiefung

Der Vermögensentzug muss zur Insolvenz führen oder diese vertiefen. Denn Eingriffe sind nur insoweit verboten, als dass das Gesellschaftsvermögen der Zweckbindung der vorrangigen Gläubigerbefriedigung unterliegt. Soweit keine Insolvenz vorliegt, könnten die Gläubiger aber definitionsgemäß befriedigt werden. Insofern ist eine reine Insolvenzgefährdung nicht tatbestandlich<sup>258</sup>.

Nicht erforderlich ist, dass ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Für die Beurteilung der Insolvenz kommt es grundsätzlich auf die materielle Insolvenz, also Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO

<sup>253</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 49 f. = NZG 2007, 667, 673.

<sup>254</sup>BGH, Urteil vom 28. 4. 2008 - II ZR 264/06 (OLG Düsseldorf) – „GAMMA“, Tz. 13 = NJW 2008, 2437, 2438.

<sup>255</sup>Insolvenzrechtlich darf der Gesellschafter hier nach § 135 III InsO seinen Aussonderungsanspruch nicht geltend machen, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung ist.

<sup>256</sup>Bittmann, Wistra 2009, 102, 103; Schall, S. 196; OLG Stuttgart, Beschluss vom 14.04.2009 – 1 Ws 32/09 = BeckRS 2009, 21291.

<sup>257</sup>Bittmann, Wistra 2009, 102, 103; Hölzle, GmbHR 2007, 729, 736.

<sup>258</sup>Weller, DStR 2007, 116, 119; Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 558.

bzw. Überschuldung, § 19 InsO an<sup>259</sup>. Insofern formuliert der BGH missverständlich, wenn er urteilt, § 826 komme auch „im Stadium der Liquidation in Betracht“, [...] „ohne dass zugleich die speziellen „Zusatzkriterien“ einer Insolvenzverursachung oder -vertiefung erfüllt sind“<sup>260</sup>. Denn ohne Insolvenzverursachung bzw. -vertiefung besteht schon kein Schaden<sup>261</sup>. Denn der Schaden ist zwar grundsätzlich der der Gesellschaft. Dieser ist aber auf die Schuldendeckungsfähigkeit beschränkt, so dass ohne Gläubigerausfall eben auch kein Schaden vorliegt. Soweit keine Insolvenz vorliegt, können definitionsgemäß aber auch die Gläubiger befriedigt werden. Eine Insolvenz muss daher immer verursacht oder vertieft worden sein. Richtig bleibt indes die Feststellung des BGH, die Existenzvernichtungshaftung greife auch im Stadium der Liquidation. Denn innerhalb wie außerhalb eines Insolvenzverfahrens steht den Gesellschaftern nur der Zugriff auf den zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht benötigten Überschuss zu<sup>262</sup>.

Der Eingriff des Gesellschafters muss für die Insolvenz zudem kausal sein. In Anbetracht der Tatsache, dass eine Insolvenz in aller Regel ein multikausaler Vorgang ist<sup>263</sup>, ist Mitursächlichkeit insofern ausreichend<sup>264</sup>. Die Insolvenz muss nicht im Moment des Vermögensabzugs eintreten; der endgültige Zusammenbruch der Gesellschaft kann sich auch später ergeben, sofern er nur kausal auf den Eingriff zurückzuführen ist<sup>265</sup>. Erforderlich ist aber, dass sich im Moment des Vermögensabzugs der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bei unterstelltem normalem Verlauf der Dinge klar abzeichnet<sup>266</sup>. Es wird insofern eine „Weichenstellung ins Aus“ verlangt<sup>267</sup>.

### III. Sittenwidrigkeit

Die Einordnung des existenzvernichtenden Eingriffs als Fallgruppe des § 826 BGB setzt voraus, dass das Verhalten des Gesellschafters sittenwidrig sein muss. Teilweise wird für das Merkmal der Sittenwidrigkeit gefordert, dieses müsse gesondert festgestellt werden<sup>268</sup>. Es müsse ein Handeln in Form der Selbstbedienung<sup>269</sup> oder mit besonderer Schwere<sup>270</sup> vorliegen. Auch seien im Rahmen einer Gesamtschau die Begriffe „kalte Liquidation“ und „Ausplünderung“ heranzuziehen<sup>271</sup>.

Richtig daran ist, dass solche Verhaltensweisen in aller Regel vorliegen, weil der Verdacht eines haftungsbegründenden Verhaltens regelmäßig nur dann aufkommen wird, wenn der Vermögensabzug zugunsten eines Gesellschafters oder einer mit ihm verbundenen (juristischen) Person erfolgt<sup>272</sup>. Richtigerweise liegt die Sittenwidrigkeit, als dem Anstandsgefühl aller billig und

<sup>259</sup> *Rubner*, DStR 2009, 1538, 1544. Für die Geltenmachung des Schadensersatzanspruchs ist aber mehr als die materielle Insolvenz erforderlich, da ansonsten der Eintritt eines Schadens nicht eindeutig ist. Dazu unten § 2 E. VII.

<sup>260</sup> *BGH*, Urteil vom 9. 2. 2009 - II ZR 292/07 (OLG Celle) – „Sanitary“ = NZG 2009, 545.

<sup>261</sup> *Rubner*, DStR 2009, 1538, 1544.

<sup>262</sup> Vgl. *BGH*, Urteil vom 9. 2. 2009 - II ZR 292/07 (OLG Celle) – „Sanitary“, Tz. 37 = NZG 2009, 545, 548 hinsichtlich „außerhalb des Liquidationsverfahrens“.

<sup>263</sup> *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284, 288.

<sup>264</sup> *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 86; *Fastrich* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 69.

<sup>265</sup> *Liebscher* in *MüKo*, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 560.

<sup>266</sup> *MoMiG-BegrRegE* vom 25.07.2007 (BT-Drs. 16/6140), S. 112 betrifft zwar § 63 S. 3 GmbHG, dürfte insofern aber übertragbar sein; vgl. auch *Greulich/Rau*, NZG 2008, 284, 288.

<sup>267</sup> *Fastrich* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 66.

<sup>268</sup> *Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34, 46 mit Verweis auf *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1685.

<sup>269</sup> *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1685.

<sup>270</sup> *Fastrich* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 67.

<sup>271</sup> *Servatius* in: *BeckOK GmbHG*, Edition 14, Stand: 01.12.12, Konzernrecht Rn. 492.

<sup>272</sup> *Gloger/Goette/van Huet*, DStR 2008, 1141, 1144.

gerecht Denkenden widersprechend<sup>273</sup>, aber bereits in der insolvenzverursachenden oder sie vertiefenden kompensationslosen Schädigung des der Zweckbindung der vorrangigen Gläubigerbefriedigung unterliegenden Gesellschaftsvermögens<sup>274</sup>. Im Ergebnis wird damit von der Kausalität zwischen Eingriff und Zahlungsunfähigkeit auf die Sittenwidrigkeit geschlossen, was hinsichtlich der bei § 826 BGB grundsätzlich zu Grunde zu legenden Zweck-Mittel-Relation gerechtfertigt ist<sup>275</sup>. Weitergehende Merkmale zur Feststellung der Sittenwidrigkeit wie eine wenn auch nur mittelbare Begünstigung des Gesellschafters sind daher nicht erforderlich<sup>276</sup>. Ein tatbestandlicher Eingriff, der nicht sittenwidrig ist, ist also nicht vorstellbar<sup>277</sup>. Der die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens außer Acht lassende Eingriff mit Folge der Insolvenz ist also per se sittenwidrig<sup>278</sup>.

#### IV. Schaden

Weiterhin muss ein kausal verursachter Schaden vorliegen.

##### 1. Schaden der Gesellschaft

Da der BGH die Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung ausgestaltet hat, muss der Gesellschaft ein Schaden entstanden sein. Die Ausfallschäden der Gläubiger werden nur reflexartig geschützt<sup>279</sup>. Für die Schadensberechnung greifen die allgemeinen Regeln<sup>280</sup>; d.h. der Schaden der Gesellschaft ist anhand der schadensrechtlichen Differenzhypothese gem. § 249 I BGB zu ermitteln<sup>281</sup>. Es gilt daher die Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögenszustand der insolventen GmbH und dem gedachten Vermögenszustand der GmbH, wie er ohne den Eingriff bestanden hätte, zu bilden<sup>282</sup>. Der Schaden besteht deshalb zunächst im Wert der unmittelbar entzogenen Vermögenspositionen<sup>283</sup>. Weiter sind die sog. „Kollateralschäden“ und entgangener Gewinn gem. § 252 BGB erfasst<sup>284</sup>. Zudem sind die Kosten des Insolvenzverfahrens Teil des Schadens<sup>285</sup>.

Nicht einfach kann die tatsächliche Berechnung des Schadens sein. Insbesondere bei bilanzunwirksamen Maßnahmen ist ja gerade die konkrete Quantifizierung der Vermögensminderung das Problem. Auch ist der entgangene Gewinn nicht leicht zu ermitteln, da in der Regel unklar ist, wie sich die Gesellschaft ohne die nachteiligen Eingriffe entwickelt hätte<sup>286</sup>. Zudem wird eine

<sup>273</sup>Statt aller *Wagner* in MüKo, BGB, 5. Aufl. 2009, § 826 Rn. 8.

<sup>274</sup>*BGH*, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 30 = NZG 2007, 667, 670 f; vgl. oben § 2 E. I. 2.

<sup>275</sup>*Hölzle*, DZWIR 2007, 397, 399.

<sup>276</sup>Vgl. oben § 2 E. I. 2.; vgl. auch *Michalski/Funke* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 411; a.A. *Gloger/Goette/van Huet*, DStR 2008, 1141, 1144.

<sup>277</sup>*Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34, 46; auf eine wohl lebensfremde Ausnahmesituation aufmerksam machend *Strohn*, ZinsO 2008, 706, 709: „[...] wenn der Gesellschafter [...] das Vermögen in einer besonderen Notsituation caritativen Zwecken zuführt.“

<sup>278</sup>*Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34, 46; ähnlich *Caspar* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 6.56.

<sup>279</sup>*Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 577.

<sup>280</sup>*Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 91.

<sup>281</sup>*Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 602.

<sup>282</sup>*Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 602; *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1686.

<sup>283</sup>*Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 9; *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1686.

<sup>284</sup>*Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 9; *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1686; *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 602.

<sup>285</sup>*Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 9; *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1686; *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 602; *BGH*, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 57 = NZG 2007, 667, 673.

<sup>286</sup>*Röhricht*, ZIP 2005, 505, 515.

Gesellschaft sich im Zeitpunkt des Vermögensabzugs in der Regel bereits in einer Phase befunden haben, in der keine Gewinne, sondern Verluste erwirtschaftet worden sind. Gegebenenfalls kann aber bei der Schadensberechnung die Schätzung nach § 287 ZPO hilfreich sein<sup>287</sup>.

## 2. Umfang der Haftung

Dass es letztlich der Sache nach doch nicht um eine Schädigung der Gesellschaft, sondern um eine Schädigung der Gläubiger und damit um Gläubigerschutz geht, zeigt der BGH, indem er die Haftung der Höhe nach auf den zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger bzw. auf den zur Kostendeckung des Insolvenzverfahrens notwendigen Betrag beschränkt<sup>288</sup>. Im „Trihotel“-Urteil heißt es, der Schaden sei zu ersetzen, „soweit er für die Fähigkeit der Gesellschaft, ihre Schulden zu bezahlen, notwendig ist“<sup>289</sup>. Ziel der Existenzvernichtungshaftung ist es eben nicht, die Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als werbendes Unternehmen wiederherzustellen, sondern lediglich ihre Schuldendeckungsfähigkeit wiederherzustellen<sup>290</sup>. Der verursachte Schaden kann somit einerseits hinter der Summe der Gläubigerforderungen zurückbleiben, andererseits kann er sie nicht übersteigen<sup>291</sup>. Ausgenommen von der Haftungsbeschränkung, die im übrigen auch gilt, soweit ein Gläubiger seine Forderungen im Wege der Einzelvollstreckung verfolgt<sup>292</sup>, sind jedoch die Insolvenzkosten; sie sind auf jeden Fall zu ersetzen<sup>293</sup>.

Aus der summenmäßigen Haftungsbeschränkung auf die Wiederherstellung der Schuldendeckungsfähigkeit wird schließlich gefolgert, es sei grundsätzlich lediglich der tatsächliche Wertverlust der Gläubigerforderung zu ersetzen<sup>294</sup>. Deshalb sei die Haftung nicht auf die Summe der Nominalforderungen beschränkt, sondern auf die Summe der Werte, den die Forderungen zum Zeitpunkt des Eingriffs tatsächlich hatten<sup>295</sup>. Der Gesellschafter könne daher nach den Grundsätzen des rechtmäßigen Alternativverhaltens geltend machen, eine Forderung sei tatsächlich zum Zeitpunkt des Eingriffs weniger wert gewesen, weil beispielsweise bereits eine Überschuldung vorlag<sup>296</sup>. Dies bezüglich dürfte er allerdings auch beweisbelastet sein<sup>297</sup>. Der Rechtsprechung des BGH ist eine solche Einschätzung freilich nicht zu entnehmen.

---

<sup>287</sup>*Servatius* in: BeckOK GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Konzernrecht Rn. 494.2; a.A. *Röhricht*, ZIP 2005, 505, 515, der insofern (freilich vor „Trihotel“) den Vorzug der Existenzvernichtungshaftung gegenüber Kapitalerhaltung und Anfechtung gerade im Außenhaftungsmodell, also in der Globalhaftung des Gesellschafters für die Gläubigerforderungen sieht.

<sup>288</sup>*Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 602; *Weller*, ZIP 2007, 1681, 168; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 9; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 68; kritisch zu diesem Verständnis, *Gehrlein*, WM 2008, 761, 765.

<sup>289</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 55 = NZG 2007, 667, 673.

<sup>290</sup>*Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 68; *Weller*, ZIP 2007, 1681; 1686. *Ulmer*, ZIP 2001, 2021, 2028.

<sup>291</sup>Nach *Gehrlein*, WM 2008, 761, 765 sei es „höchst ungewöhnlich“, dass der zu ersetzende Schaden die Summe der Forderungsausfälle abdeckt.

<sup>292</sup>*Henzler*, S. 153; *Ulmer*, ZIP 2001, 2021, 2028.

<sup>293</sup>*Weller*, ZIP 2007, 1681, 1686 f.;

<sup>294</sup>*Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 602; wohl auch *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1686.

<sup>295</sup>*Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 603 sagt insofern, es fehle an einem „erstattungsfähigen Schaden“. Dies ist zumindest missverständlich. Der Schaden der Gesellschaft wird durch den Wert der Gläubigerforderungen nicht beeinträchtigt. Es geht allein um eine Beschränkung der Haftung.

<sup>296</sup>*Weller*, ZIP 2007, 1681, 1686; *Caspar* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 6.61; *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 603.

<sup>297</sup>*Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 603.

### 3. Verzugszinsen

Mit dem Zeitpunkt des Eingriffs gem. §§ 286 II Nr. 4, 286, 288 I BGB hat der Gesellschafter Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins zu entrichten<sup>298</sup>. Insofern besteht ein Unterschied zur Insolvenzanfechtung. In der Insolvenzanfechtung können bei einer anfechtbaren Weggabe von Geld nach §§ 990 I, 987 II BGB marktüblichen Zinsen als Nutzungen von der Weggabe an nach §§ 990 I, 987 II BGB verlangt werden<sup>299</sup>. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sind nach §§ 819 I, 818 IV, 291, 288 I 2 BGB aber erst für die Zeit ab Verfahrenseröffnung zu zahlen, weil der Rückgewähranspruch erst mit Verfahrenseröffnung fällig wird<sup>300</sup>.

### V. Vorsatz

Bis zur „Trihotel“-Entscheidung war die Haftung des Gesellschafters wegen existenzvernichtenden Eingriffs verschuldensunabhängig ausgestaltet. Haftungsgrund war der objektive Missbrauch der Gesellschaftsform und nicht das subjektiv vorwerfbare Verhalten eines Gesellschafters<sup>301</sup>. Mit der Einordnung als Fallgruppe des § 826 BGB ist nun Verschulden in Form des Vorsatzes erforderlich. Dem Vorsatzerfordernis ist dabei genügt, wenn dem handelnden Gesellschafter bewusst ist, dass durch von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung veranlasste Maßnahmen das Gesellschaftsvermögen sittenwidrig geschädigt wird und dadurch die Insolvenz herbeigeführt oder vertieft wird<sup>302</sup>. Ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit ist aber nur insofern erforderlich, als dass dem Gesellschafter lediglich die die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen bewusst sein müssen, nicht die Sittenwidrigkeit selbst<sup>303</sup>.

Eventualvorsatz ist genügend; eine Schädigungsabsicht nicht erforderlich<sup>304</sup>. So ist es mit dem BGH ausreichend, wenn die Insolvenz die vorhersehbare Folge des Eingriffs ist und der Gesellschafter diese Folge in Erkenntnis ihres möglichen Eintritts billigend in Kauf genommen hat<sup>305</sup>. Der genaue Kausalverlauf zur Insolvenz braucht dabei nicht klar zu sein<sup>306</sup>, der Eintritt der Insolvenz muss sich aber aus einer ex-ante Perspektive für den Gesellschafter als „auf der Hand“ liegend darstellen<sup>307</sup>. Ihm muss die „Weichenstellung ins Aus“<sup>308</sup> klar sein. Das rein objektive Vorliegen der Insolvenz genügt nicht<sup>309</sup>.

---

<sup>298</sup>BGH, NZI 2008, 238

<sup>299</sup>Hirte in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 143 Rn. 35; BGH, NZI 2007, 230.

<sup>300</sup>BGH, NZI 2007, 230; auch BGH, NZI 2008, 238; dort musste der Beklagte eine Verzinsung mit 5% über dem Basiszinssatz auch schon für die Zeit vor Verfahrenseröffnung, nämlich von der anfechtbaren Handlung an, aus dem Gesichtspunkt der Existenzvernichtungshaftung gem. § 826 BGB leisten.

<sup>301</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 562.

<sup>302</sup>Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 89

<sup>303</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 30 = NZG 2007, 667, 672.

<sup>304</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 70; Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 564.

<sup>305</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 30 = NZG 2007, 667, 672.

<sup>306</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 564.

<sup>307</sup>Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rn. 40.

<sup>308</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 66.

<sup>309</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 564; Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rn. 40.

## VI. Adressaten

Adressat der Haftung ist zunächst nur der Gesellschafter. Die Existenzvernichtungshaftung ist insofern Sonderdelikt<sup>310</sup>. Der Gesellschafter kann die Handlung selbst oder durch seine Geschäftsführer vornehmen<sup>311</sup>. Entscheidend ist, dass er den Eingriff aktiv veranlasst oder betreibt<sup>312</sup>.

Die Existenzvernichtungshaftung trifft in der mehrgliedrigen GmbH auch Mitgesellschafter, die an dem Eingriff mitgewirkt haben, unabhängig davon, ob sie etwas empfangen haben oder sollten<sup>313</sup>. Für eine Mitwirkung der Mitgesellschafter ist schon ihr Einverständnis ausreichend<sup>314</sup>. Da es sich um eine Verhaltenshaftung handelt, ist ihre Haftung dagegen ausgeschlossen, wenn sie keine Kenntnis vom Eingriff hatten und daher schon kein Einverständnis erteilen konnten<sup>315</sup>. Inwiefern sich ein Mitgesellschafter aber durch Unterlassen haftbar machen kann, weil er den Eingriff nicht verhindert hat, obwohl es ihm möglich war, ist unklar. Dem Mitgesellschafter stehen in diesem Fall jedenfalls Abwehr- und Unterlassungsansprüche zu<sup>316</sup>. Auch am Vorsatz wird eine solche Haftung in der Regel nicht scheitern, da ihm, zumindest dann, wenn ihn eine Erfolgsabwendungspflicht trifft, wohl Eventualvorsatz vorzuwerfen sein wird<sup>317</sup>. Im Ergebnis wird aber wohl schon keine Erfolgsabwendungspflicht bestehen<sup>318</sup>, so dass eine Haftung des Mitgesellschafters aus Unterlassen abzulehnen ist. Insofern ist die bloße Duldung des existenzvernichtenden Eingriffs durch den Mitgesellschafter in der mehrgliedrigen GmbH, verstanden als ein „Weniger“ zum Einverständnis wohl nicht tatbestandlich<sup>319</sup>.

Gesellschafter im Sinne der Existenzvernichtungshaftung sind auch mittelbare Gesellschafter. Der BGH betont insofern, es komme nicht auf eine „formaljuristische“ Betrachtung an<sup>320</sup>. Daher sind „Gesellschafter-Gesellschafter“ ebenso wie „Strohmannkonstruktionen“ erfasst<sup>321</sup>. Entscheidend ist, dass der mittelbare Gesellschafter beherrschenden Einfluss auf die geschädigte Gesellschaft nehmen konnte<sup>322</sup>.

---

<sup>310</sup>Weller, ZIP 2007, 1681, 1687; Gehrlein, WM 2008, 761, 764; Servatius in: BeckOK GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Konzernrecht Rn. 485.

<sup>311</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 65.

<sup>312</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 581.

<sup>313</sup>Servatius in: BeckOK GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Konzernrecht Rn. 487; Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 582 f.

<sup>314</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 582 ff.

<sup>315</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 586; insofern sind dessen Zweifel in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 583, ob „Einverständnis“ für eine Haftung von Publikumsgesellschaftern ausreichend sein kann, nicht nachvollziehbar. In der Regel wird bei ihnen schon kein Einverständnis vorliegen. Haben sie einer bestimmten Maßnahme zugestimmt, ohne deren Folgen zu überblicken, fehlt es schon am Schädigungsvorsatz. Liegt der doch vor, ist die Haftung gerechtfertigt.

<sup>316</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 613 f.

<sup>317</sup>Insofern vorsichtig: Servatius in: BeckOK GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Konzernrecht Rn. 487.1; „nur schwer nachweisbar“: Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 586.

<sup>318</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 586; Lutter/Banerjea, ZGR 2003, 402, 438 mit Hinweis auf den Rechtsgedanken des § 425 BGB; Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Band III, 2008, Anh. § 77 Rn. 120; a.A. Servatius in: BeckOK GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Konzernrecht Rn. 487.1.

<sup>319</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 586; Bruns, WM 2003, 815, 821.

<sup>320</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 44 = NZG 2007, 667, 672; BGH, Urteil vom 13.12.2004 - II ZR 206/02 - „Autohändler“ = NZI 2005, 237, 238.

<sup>321</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 65.

<sup>322</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 590; Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 65; BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 44 = NZG 2007, 667, 672.

Neben den Gesellschaftern kommt zudem im Grunde jede beliebige dritte Person als Teilnehmer im Sinne von § 830 BGB in Betracht<sup>323</sup>. Insbesondere können das Geschäftsführer, Schwesterngesellschaften und auch ehemalige Gesellschafter sein<sup>324</sup>. Letzteres hat in den Fällen der sog. Firmenbestattungen Bedeutung<sup>325</sup>. Bei den Geschäftsführern greift zudem die Haftung aus § 64 S. 3 GmbHG ein. Die Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB i.V.m. § 830 BGB dürfte aber wohl neben dieser Norm zur Anwendung gelangen<sup>326</sup>. Weiter können Banken, Berater oder Anwälte in den Fokus geraten<sup>327</sup>. Haben mehrere Gesellschafter und Teilnehmer am Eingriff mitgewirkt, haften sie als Gesamtschuldner, §§ 840, 421 BGB<sup>328</sup>.

## VII. Geltendmachung und Beweislast

Der Schadensersatzanspruch wegen Existenzvernichtung aus § 826 BGB setzt tatbestandlich die Insolvenz der Gesellschaft voraus. Grundsätzlich wird die Insolvenz materiellrechtlich nach § 17 InsO, Zahlungsunfähigkeit und § 19 InsO, Überschuldung bestimmt<sup>329</sup>. Man könnte annehmen, der Anspruch könnte daher mit dem Vorliegen der materiellen Insolvenzreife geltend gemacht werden. Er setzt aber auch einen Schaden der Gesellschaft voraus. Der wiederum ist auf die Höhe des Gläubigerausfalls begrenzt. Solange kein Gläubigerausfall vorliegt, liegt also auch kein Schaden vor. Sicherheit über den Gläubigerausfall, und damit über einen Schadenseintritt besteht aber erst, wenn das Insolvenzverfahren eröffnet bzw. mangels Masse abgelehnt worden ist oder der Gläubiger einen erfolglosen Vollstreckungsversuch unternommen hat, nicht hingegen schon mit dem Vorliegen der materiellen Insolvenz<sup>330</sup>. Folglich ist ein erfolgloser Vollstreckungsversuch oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. dessen Ablehnung mangels Masse Voraussetzung für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruch wegen Existenzvernichtung aus § 826 BGB<sup>331</sup>.

Im Insolvenzverfahren wird der Schadensersatzanspruch gem. § 80 InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht<sup>332</sup>. Außerhalb des Insolvenzverfahrens sind die Gläubiger darauf verwiesen einen Titel gegen die Gesellschaft zu erwirken und erst anschließend im Wege der Pfändung und Überweisung des Anspruchs der Gesellschaft aus Existenzvernichtung gegen den Gesellschafter vorzugehen<sup>333</sup>.

Die Beweislast für alle objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Anspruchs gegen den Gesellschafter trägt die Gesellschaft<sup>334</sup>. Der BGH betont, dass sie insbesondere den „vollen“ Nachweis der Kausalität zwischen Eingriff und Insolvenz zu erbringen hat. Für Beweiserleichterungen ist in Anbetracht der klaren Aussage des BGH und der Tatsache, dass die Gesellschaft als

<sup>323</sup>Gehrlein, WM 2008, 761, 764.

<sup>324</sup>Gehrlein, WM 2008, 761, 764; Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 587 ff., 591,

<sup>325</sup>Weller, ZIP 2007, 1681, 1687.

<sup>326</sup>Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rn. 44; Caspar in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 6.64; Vetter, BB 2007, 1665, 1669; a.A. Schall, S. 238: „lex specialis“.

<sup>327</sup>Weller, ZIP 2007, 1681, 1687; Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 592.

<sup>328</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 593.

<sup>329</sup>Rubner, DStR 2009, 1538, 1544.

<sup>330</sup>Haas, WM 2003, 1929, 1937; ähnlich auch Caspar in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Rn. 6.62.

<sup>331</sup>Liebscher in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 559; Henzler, S. 145; vor „Trihotel“: Haas, WM 2003, 1929, 1937; Henze, NZG 2003, 649, 657.

<sup>332</sup>Smid, DZWIR 2008, 265, 270.

<sup>333</sup>Michalski/Funke in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 440; Servatius in: BeckOK GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Konzernrecht Rn. 495.

<sup>334</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 41 = NZG 2007, 667, 672.

Anspruchstellerin vollen Einblick in die Geschäftsbücher hat, grundsätzlich kein Platz<sup>335</sup>. Lediglich für den, indes praktisch enorm wichtigen Fall, dass die Höhe des Schadens nicht quantifiziert werden kann, wird eine Beweislastumkehr befürwortet. Soweit die Unaufklärbarkeit der Schadenshöhe vorwerfbar auf einem Verhalten des Gesellschafters beruht, gemeint ist damit schon der Eingriff selber<sup>336</sup>, sollte der Gesellschafter bis zur Höhe der vollständigen Gläubigerbefriedigung haften<sup>337</sup>. Eine entsprechende Entlastung sei ihm unbenommen<sup>338</sup>. Auch der Einwand nach den Grundsätzen rechtmäßigen Alternativverhaltens, die Haftung sei beschränkt, da die Forderungen der Gläubiger bereits zum Zeitpunkt des Eingriffs nicht mehr werthaltig gewesen seien, müsste - sofern man ihn gelten ließe - vom Gesellschafter bewiesen werden<sup>339</sup>.

Soweit es bei Beweisproblemen darum geht, dass, insbesondere bei Ein-Personen-Gesellschaften, praktisch keine Buchführung vorhanden ist, kommt freilich auch eine Haftung aus „Vermögensvermischung“ in Betracht<sup>340</sup>.

### VIII. Verjährung

Mit der Verortung der Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe des § 826 BGB richtet sich die Verjährung nunmehr nach deliktsrechtlichen Grundsätzen<sup>341</sup>. Gem. §§ 195, 199 BGB verjährt der Anspruch deshalb nach drei Jahren ab Kenntnis bzw. fahrlässiger Unkenntnis des Anspruchsberechtigten von den anspruchsbegründenden Tatsachen.

Hinsichtlich der Kenntnis bzw. fahrlässigen Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände käme es grundsätzlich auf den Geschäftsführer bzw. den Gesellschafter der Gesellschaft an<sup>342</sup>. Da diese aber gleichzeitig die Schädiger sind, ist ihre Kenntnis bedeutungslos<sup>343</sup>. Insofern kann die Verjährung frühestens mit Kenntnis einer unabhängigen Person beginnen<sup>344</sup>. Im Insolvenzverfahren ist daher auf die Person des Insolvenzverwalters abzustellen, ansonsten auf die Gläubiger. Zu beachten ist, dass die Verjährung erst dann zu laufen beginnt, wenn dem Gläubiger sowohl die anspruchsbegründenden Umstände, als auch die Umstände, aus denen sich ergibt, dass ein Adressat der Existenzvernichtungshaftung als Schuldner in Betracht kommt, bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sind<sup>345</sup>.

Die Verjährung wird im Übrigen nicht mit Insolvenzeintritt sogleich gem. § 204 I Nr. 10 BGB gehemmt<sup>346</sup>, da die Norm die Anmeldung eines (Gläubiger-) Anspruchs im Insolvenzverfahren erfordert, ein eigener Anspruch der Gesellschaft aber nicht angemeldet werden kann.

<sup>335</sup> *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 570.

<sup>336</sup> *Altmeppen*, NJW 2007, 2657, 2660; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 99 f.

<sup>337</sup> *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 99 f.; *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 571; *Altmeppen*, NJW 2007, 2657, 2660.

<sup>338</sup> *Altmeppen*, NJW 2007, 2657, 2660; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 99 f.

<sup>339</sup> *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 603.

<sup>340</sup> *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1687.

<sup>341</sup> *BGH*, Urteil vom 24.7.2012 – II ZR 177/11 (OLG Koblenz) = NJW-RR 2012, 1240; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 108; *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 607; da das Außenhaftungsmodell aufgegeben wurde, richtet sich die Verjährung nicht mehr nach der ursprünglichen Gläubigerforderung.

<sup>342</sup> *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 607.

<sup>343</sup> *BGH*, Urteil vom 9. 2. 2009 - II ZR 292/07 (OLG Celle) – „Sanitary“, Tz. 34 = NZG 2009, 545, 548.

<sup>344</sup> *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 607.

<sup>345</sup> *BGH*, Urteil vom 24.7.2012 – II ZR 177/11 (OLG Koblenz) = NJW-RR 2012, 1240.

<sup>346</sup> So aber *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 607.

## IX. Konkurrenzen

### 1. Kapitalerhaltung

Mit der „Trihotel-Entscheidung“ ist die Subsidiarität der Haftung aus existenzvernichtenden Eingriffen gegenüber den Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG entfallen. Es besteht nunmehr Anspruchsgrundlagenkonkurrenz<sup>347</sup>. Der BGH betont, dass die Existenzvernichtungshaftung zwar zur Schließung einer „Schutzlücke“ im Kapitalerhaltungsrecht diene, dass eine Subsidiarität aber schon deshalb nicht geboten sei, da die Haftung an dem einheitlichen, zur Insolvenz der Gesellschaft führenden Eingriff in das Gesellschaftsvermögen anknüpfe<sup>348</sup>. Zudem stehe die Einordnung in die deliktsrechtliche Norm des § 826 BGB mit seiner Rechtsfolge des Schadensersatzes einer Subsidiarität entgegen<sup>349</sup>.

Tatbestandlich hat die Kapitalerhaltung nach §§ 30, 31 GmbHG daher in Fällen von Gesellschaftereingriffen, soweit sie vorsätzlich zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen oder im Stadium der Insolvenz vorgenommen werden, keinen eigenen Anwendungsbereich mehr. Eigenständige Bedeutung wird die Kapitalerhaltung, darauf weist der BGH hin, aber insofern behalten, als dass der Nachweis eines existenzvernichtenden Eingriffs im Sinne des § 826 BGB, etwa beim Vorsatz oder der kausalen Verursachung der Insolvenz, schwierig sein kann. Die Rechtsverfolgung könne in solchen Fällen, ohne Änderung des prozessualen Streitverhältnisses, wenigstens noch im Umfang des Vorliegens verbotener Auszahlungen im Sinne der §§ 30, 31 GmbHG erfolgreich sein<sup>350</sup>.

### 2. Anfechtung und Geschäftsführerhaftung

Die Möglichkeiten der Anfechtung bestehen gegebenenfalls neben der Existenzvernichtungshaftung<sup>351</sup>. Gleiches gilt für die Geschäftsführerhaftung. Ansprüche aus Existenzvernichtungshaftung und Geschäftsführerhaftung konkurrieren grundsätzlich nicht miteinander, weil sie sich an verschiedene Adressaten wenden<sup>352</sup>.

Zu Überschneidungen kann es bei der Insolvenzverschleppungshaftung kommen, wenn der Gesellschafter an der Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers teilnimmt, oder wenn den Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit selbst die Antragspflicht nach § 15 a III InsO trifft<sup>353</sup>. Auch in diesen Fällen liegt jedoch keine Anspruchskonkurrenz vor, da die Insolvenzverschleppungshaftung als Außenhaftung, die Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung ausgestaltet ist<sup>354</sup> und insofern die Geschädigten verschiedene Personen sind.

<sup>347</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“ = NZG 2007, 667.

<sup>348</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 39 = NZG 2007, 667, 672.

<sup>349</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 39 = NZG 2007, 667, 672.

<sup>350</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 40 = NZG 2007, 667, 672.

<sup>351</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 62; Hönn in Soergel, BGB, Band 12, Schuldrecht 10, 13. Aufl. 2005, § 826 Rn. 105; Wagner in MüKo, BGB, Band 5, 5. Aufl. 2009, § 826 Rn. 46; a.A. Thole, WM 2010, 685, 688.

<sup>352</sup>Für die Insolvenzverschleppungshaftung Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Band III, 2008, Anh. § 77 Rn. 155.

<sup>353</sup>Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Band III, 2008, Anh. § 77 Rn. 156.

<sup>354</sup>Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Band III, 2008, Anh. § 77 Rn. 156 geht von Anspruchskonkurrenz in diesen Fällen aus, weil er der Existenzvernichtungshaftung eine Außenhaftung zu Grunde legt. Dass er bei Zugrundelegung einer Innenhaftung keine Anspruchskonkurrenz annehmen würde, verdeutlicht Rn. 157.

### 3. Untreue

Denkbar ist, dass der Gesellschafter neben § 826 BGB auch aus § 823 II BGB i.V.m. § 266 StGB wegen Untreue zu Lasten der GmbH haftet<sup>355</sup>. In Frage steht insoweit, ob den Gesellschafter eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber seiner GmbH trifft. Eine solche soll grundsätzlich aus der Pflicht, das Bestandsinteresse der Gesellschaft zu achten, also aus dem Existenzvernichtungsverbot hergeleitet werden können<sup>356</sup>. Die strafrechtlichen Konsequenzen der Entscheidung „Trihotel“ sind diesbezüglich allerdings umstritten<sup>357</sup>. Teilweise wird vertreten, dass nach „Trihotel“ eine Haftung gem. § 823 II BGB i.V.m. § 266 StGB ausscheiden müsste, weil eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB sich nicht aus einer deliktischen Generalklausel wie des § 826 BGB ergeben könne<sup>358</sup>. Nach Ansicht des 2. Strafsenats des BGH ist das zivilrechtliche Existenzvernichtungsverbot jedoch nicht deckungsgleich mit der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB; das zivilrechtliche Gebot, existenzvernichtende Eingriffe zu unterlassen, könne vielmehr zu dieser erstarken<sup>359</sup>.

### X. Gesamtschuld

Soweit Geschäftsführer an einem insolvenzverursachenden Vermögensentzug des Gesellschafters mitgewirkt haben, kommen sowohl für den Gesellschafter als auch für den Geschäftsführer verschiedene Haftungstatbestände in Betracht. Den Gesellschafter kann neben der Haftung wegen Existenzvernichtung aus § 826 BGB eine Rückerstattungspflicht aus §§ 30, 31 GmbHG treffen. Der Geschäftsführer kann nach § 43 III 1 i.V.m. § 30 GmbHG für stammkapitalverletzende Zahlungen, nach § 64 S. 3 GmbHG für insolvenzverursachende Zahlungen und nach §§ 826, 830 BGB wegen einer Teilnahme an der Existenzvernichtung des Gesellschafters haften<sup>360</sup>. Der Gesellschafter und der Geschäftsführer haften in diesen Fällen gesamtschuldnerisch<sup>361</sup>. Die Gesellschaft kann daher sowohl gegen den Gesellschafter als auch gegen den Geschäftsführer vorgehen. Es stellt sich dann die Frage nach dem Innenverhältnis zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer.

Im Ergebnis kann der Geschäftsführer beim Gesellschafter in der Regel vollen Regress nehmen, da der Geschäftsführer im Gegensatz zum Gesellschafter nicht vom existenzvernichtenden Eingriff profitiert<sup>362</sup>. Dies muss jedenfalls gelten, wenn das entzogene Vermögen zumindest mittelbar in das Vermögen des Gesellschafters gelangt ist. Nur soweit es um Schäden geht, die mit einer reinen Rückgewähr nicht kompensiert werden können, könnte darüber nachgedacht werden, auch den Geschäftsführer einen Teil des Schadens tragen zu lassen. Letztlich wird man diesen Gedanken aber wohl verwerfen müssen, weil die Schäden nur um des Gesellschafters Vorteils wegen in Kauf genommen werden.

<sup>355</sup>Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Band III, 2008, Anh. § 77 Rn. 161; auch Habersack in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH- Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, Anh. zu § 318 Rn. 48.

<sup>356</sup>Gehrlein, WM 2008, 761, 768; BGH, Urteil vom 17. 9. 2001 - II ZR 178/99 (Bremen) – „Bremer Vulkan“ = NJW 2001, 3622.

<sup>357</sup>Fischer, StGB, 60. Aufl. 2013, § 266 Rn. 100.

<sup>358</sup>Livonius, Wistra 2009, 91, 94; Weller, ZIP 2007, 1681, 1688; a.A. Gehrlein, WM 2008, 761, 768. Ggf. käme deshalb nur eine Anstiftung oder Beihilfe zur Untreue des Geschäftsführers in Betracht; Kindhäuser in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 58; Livonius, Wistra 2009, 91, 95.

<sup>359</sup>BGH, Beschluss vom 31.07.2009 – 2 StR 95/09 (LG Bonn), Tz. 28 = NJW 2009, 3666, 3668; vgl. Greitemann in Saenger/Inhuster, GmbHG, 1. Aufl. 2011, § 13 Rn. 127.

<sup>360</sup>Fleischer, NJW 2009, 2337, 2341; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 49.

<sup>361</sup>Siehe nur Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 49. Soweit davon ausgegangen wird, dass der Regress nach § 255 BGB zu nehmen ist, liegt jedenfalls eine sog. „unechte Gesamtschuld“ vor; Oetker in MüKo, BGB, Band 2, 6. Aufl. 2012, § 255 Rn. 2. Dazu ein Absatz tiefer.

<sup>362</sup>Paeffgen, DB 2007, 1907, 1911.

Rechtstechnisch wird der volle Innenausgleich entweder über die Anwendung der Regeln der Gesamtschuld gem. §§ 421 ff. BGB (i.V.m. § 840 BGB) oder über eine entsprechende Anwendung des § 255 BGB erreicht<sup>363</sup>. Dies gilt sowohl für Ansprüche wegen Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 30, 31 GmbHG bzw. § 43 III 1 i.V.m. § 30 GmbHG)<sup>364</sup>, als auch für Ansprüche wegen Insolvenzverursachung (§ 826 BGB bzw. § 64 S. 3 GmbHG oder §§ 826, 830 BGB)<sup>365</sup>.

## F. Abschließende Würdigung

Abschließend ist festzuhalten, dass die Existenzvernichtungshaftung ihre Bedeutung für das Gläubigerschutzrecht weniger aus vorhandenen Schutzlücken im Kapitalerhaltungsrecht zieht, als vielmehr aus dem Wegfall der Subsidiarität gegenüber dessen Vorschriften und der Anerkennung eines eigenen Bestandsinteresses der GmbH. Schutzlücken im Kapitalerhaltungsrecht in Bezug auf Vermögensübertragungen von der Gesellschaft auf Gesellschafter bestehen zwar unzweifelhaft, insbesondere im Hinblick auf Verlagerungen im Vorfeld einer Insolvenz und „Kollateralschäden“. Insofern leistet die Existenzvernichtungshaftung einen nicht unerheblichen Beitrag zur Kapitalerhaltung als einer wichtigen Säule des Gläubigerschutzes. Sie können aber nicht als übertrieben problematisch angesehen werden. Teilweise kann ihnen durch das Anfechtungsrecht und präventiv durch die Geschäftsführungshaftungstatbestände, insbesondere nun durch § 64 S. 3 GmbHG begegnet werden. Insofern darf die Bedeutung der Existenzvernichtungshaftung nicht überbewertet werden. Allerdings kommt der Existenzvernichtungshaftung Bedeutung vor allem in zweierlei Hinsicht zu. Mit der Anerkennung eines eigenen Bestandsinteresses der GmbH wird das Pflichtenprogramm des Gesellschafters in zentraler Weise konkretisiert. Den Gesellschafter trifft nun eine Rücksichtnahmepflicht seiner eigenen GmbH gegenüber, die auf die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH gerichtet ist<sup>366</sup>. Zum anderen kommt der Existenzvernichtungshaftung Bedeutung wegen des Wegfalls der Subsidiarität zu den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG zu. Die Existenzvernichtungshaftung greift nicht nur im Vorfeld einer Insolvenz, sondern auch im Anwendungsbereich der §§ 30, 31 GmbHG. Zwar bestehen für eine Haftung wegen Existenzvernichtung hohe Voraussetzungen. Soweit diese aber nachgewiesen werden, haben die §§ 30, 31 GmbHG keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr. Letztere haben für den Gläubigerschutz aber selbst essentielle Bedeutung. Schließlich könnte in der Überschneidung von Kapitalerhaltung und der im Deliktsrecht verorteten Regelung, die auf ein Bestandsinteresse der Gesellschaft zielt, dann auch die besondere Bedeutung der Existenzvernichtungshaftung für Scheinauslandsgesellschaften liegen.

---

<sup>363</sup>Zum Verhältnis der Vorschriften *Looschelders* in Staudinger, BGB, Buch 2, §§ 397-432, 2012, § 421 Rn. 27 ff; *Oetker* in MüKo, BGB, Band 2, 6. Aufl. 2012, § 255 Rn. 4 f.

<sup>364</sup>Gesamtschuld: *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 49; *Mertens* in Hachenburg, Band 2, 8. Aufl. 1997, § 43 Rn. 90; *Geißler*, GmbHR 2003, 394, 400; § 255 BGB: *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Band II, 2006, § 43 Rn. 152; *Michalski/Funke* in Michalski, GmbHG, Band II, 2010, § 43 Rn. 219A; *Habersack/Schürnbrand*, WM 2005, 957, 960.

<sup>365</sup>Gesamtschuld: *Lutter/Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2023, § 13 Rn. 44; *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1687; *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 43 Rn. 49; Gesamtschuld und § 255 BGB: *Liebscher* in MüKo, GmbHG, Band 1, 2010, § 13 Anh. Rn. 593; *Paefgen*, DB 2007, 1907, 1911.

<sup>366</sup>*BGH*, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 25 = NZG 2007, 667, 670.

### § 3. Internationales Gesellschaftsrecht

#### A. Grundlagen des Internationalen Gesellschaftsrechts

Bei Sachverhalten mit Auslandsberührung stellt sich gleichsam automatisch die Frage nach dem anwendbaren Recht. Die Antwort darauf gibt das Internationale Privatrecht<sup>367</sup>. Dessen Leitgedanke ist mit *Savigny*, „daß bei jedem Rechtsverhältniß dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist“<sup>368</sup>. Es soll also das Recht gefunden werden, das die engste Verbindung mit dem Sachverhalt aufweist<sup>369</sup>. Hintergrund ist, dass eine uneingeschränkte Anwendung auf inländischen Verhältnissen basierenden inländischen Rechts auf Sachverhalte mit Auslandsbezug gegen das Willkürverbot<sup>370</sup> und damit gegebenenfalls gegen die universelle Geltung der Menschenrechte<sup>371</sup> verstoßen würde. Rechtstechnisch erfolgt die Bestimmung der passenden Rechtsordnung dabei durch eine Kollisions- oder Verweisungsnorm. Diese weist tatbestandlich einen Anknüpfungsgegenstand, in der Regel einen materiellrechtlich geprägten Systembegriff, etwa „Delikt“ oder „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ und ein Anknüpfungsmoment, etwa die Staatsangehörigkeit auf<sup>372</sup>. Als Rechtsfolge sieht die Kollisionsnorm dann die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung vor<sup>373</sup>.

Soweit es bei Fällen mit Auslandsbezug um die Anwendung von Gesellschaftsrecht geht, spricht man vom Internationalen Gesellschaftsrecht. Dieses regelt also die Frage, welches von mehreren in Frage kommenden Gesellschaftsrechten auf einen gesellschaftsrechtlichen Sachverhalt tatsächlich Anwendung finden soll. Umstritten ist in diesem Zusammenhang zum einen, was „Gesellschaftsrecht“ ist, also die Weite des Gesellschaftsstatuts, zum anderen, welches Anknüpfungsmoment zu wählen ist. Die Scheinauslandsgesellschaft als eine im Ausland gegründete Gesellschaft mit tatsächlichem Sitz im Inland (oder aus der Perspektive des Wegzugs, die inländische Gesellschaft mit tatsächlichem Sitz im Ausland) stellt jedenfalls einen solchen gesellschaftsrechtlichen Sachverhalt mit Auslandsberührung dar. Es stellt sich also die Frage, welches Recht auf diese Gesellschaften Anwendung findet.

In Deutschland ist das Internationale Gesellschaftsrecht nicht kodifiziert; vielmehr ist es richterrechtlich entwickelt worden und hat heute gewohnheitsrechtlichen Charakter<sup>374</sup>. Mittlerweile wurde zwar nach Vorarbeit des Deutschen Rates für IPR ein Referentenentwurf vorgelegt, der mit der Einfügung eines neuen Art. 10 EGBGB eine positiv-rechtliche Regelung vorsieht<sup>375</sup>. Ob

<sup>367</sup>Das IPR erschöpft sich entgegen der insofern sprachlichen Ungenauigkeit der Legaldefinition des Art. 3 EGBGB nicht in den Vorschriften des EGBGB; vgl. *Sonnenberger*, MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, EGBGB, Art. 3 Rn. 7 ff.

<sup>368</sup>*Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 8, S. 28, 108.

<sup>369</sup>*Von Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 1 Rn. 12.

<sup>370</sup>*Sonnenberger* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, EGBGB, IPR, Einleitung Rn. 1.

<sup>371</sup>*Von Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 1 Rn. 13.

<sup>372</sup>Vgl. *Von Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 4.

<sup>373</sup>*Von Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 4.

<sup>374</sup>*Mäsch* in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, EGBGB, Art. 12 Rn. 43 f.; *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 4 f.

<sup>375</sup>Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 07.01.2008 (abrufbar unter <http://gesetzgebung.beck.de/news/internationales-privatrecht-der-gesellschaften>). Europarechtlich gab es zudem verschiedene Anläufe zur Rechtsangleichung durch eine „Richtlinie zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU“; *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 54 ff. Zuletzt wurden die entsprechenden Arbeiten im Jahr 2007 zwar für eingestellt erklärt. Das Europäische Parlament hat aber im März 2009 die Kommission zur baldigen Vorlage eines entsprechenden Richtlinienentwurfs aufgefordert; *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. FORTSETZUNG AUF S. 54

der Entwurf Gesetz wird, ist derzeit jedoch nicht absehbar, schien er doch auf politischen Widerstand gestoßen zu sein<sup>376</sup>.

## I. Anknüpfung

Zur Bestimmung welchem Recht eine Gesellschaft (das Gesellschaftsstatut) unterliegt, werden überwiegend zwei Anknüpfungsmomente befürwortet. Zum einen der tatsächliche Sitz der Gesellschaft (Sitztheorie), zum anderen der Gründungsort der Gesellschaft (Gründungstheorie). Daneben bestehen verschiedene differenzierende Formen.

### 1. Sitztheorie

#### a. Anknüpfung

Die Sitztheorie ist die in Deutschland traditionell von der Rechtsprechung angewandte Theorie zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts<sup>377</sup>, die auch heute noch grundsätzlich Geltung beansprucht. Nach ihr ist der tatsächliche Sitz einer Gesellschaft für das anwendbare Gesellschaftsrecht maßgeblich. Die Ansichten, was unter dem tatsächlichen Sitz der Gesellschaft zu verstehen ist, gingen früher durchaus auseinander. So wurden reale Merkmale, wie der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit, die tatsächliche Geschäftsleitung oder der Verwaltungsmittelpunkt, aber auch formale Kriterien, wie der Sitz der gesetzlich zur Vertretung berufenen Organe, der Ort der Abhaltung der Gesellschafterversammlungen oder der in der Satzung festgehaltene Sitz zur Bestimmung des tatsächlichen Sitzes herangezogen<sup>378</sup>. Heute sind sich Rechtsprechung und herrschende Lehre weitgehend einig, dass der Ort maßgeblich ist, an dem sich zum jeweiligen Zeitpunkt der Beurteilung der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung der Gesellschaft befindet<sup>379</sup>.

Unter dem Sitz der Hauptverwaltung der Gesellschaft ist auf *Sandrock*<sup>380</sup> zurückgehend wiederum „der Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“ zu verstehen<sup>381</sup>. Es kommt damit darauf an, wo die oberste Geschäftsleitung ihre Weisungen zur Gestaltung des Tagesgeschäfts gibt, nicht jedoch darauf, wo untergeordnete Verwaltung durchgeführt wird<sup>382</sup>. In der Regel wird dies der Ort sein, wo Vorstands- und Aufsichtsratsitzungen bzw. Sitzungen der Geschäftsführung stattfinden<sup>383</sup>. Entscheidend ist insofern, wo die Willensbildung nach außen erkennbar wird, nicht wo sie intern stattfindet<sup>384</sup>.

Nicht entscheidend für den Verwaltungssitz der Gesellschaft ist die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft<sup>385</sup>. Eine Anknüpfung an die Geschäftstätigkeit im Sinne einer Anknüpfung an den

---

2010, Syst. Darst. 2 Rn. 56 f. Die Entwicklung wird abzuwarten sein.

<sup>376</sup>*Hellgardt/Illmer*, NZG 2009, 94.

<sup>377</sup>*Doralt/Diregger* in MüKo, AktG, Band 1, 3. Aufl. 2008, Einleitung Rn. 95.

<sup>378</sup>*Grassmann*, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 103.

<sup>379</sup>*Mäsch* in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, EGBGB, Art. 12 Rn. 58A; *Altmeyen* in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 37.

<sup>380</sup>*Sandrock*, FS Beitzke 1979, 669, 683 f.

<sup>381</sup>*BGH*, NJW 1986, 2194, 2195.

<sup>382</sup>*Mäsch* in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, EGBGB, Art. 12 Rn. 59.

<sup>383</sup>*Mäsch* in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, EGBGB, Art. 12 Rn. 59.

<sup>384</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 456.

<sup>385</sup>So allerdings *OLG Frankfurt*, IPRax 1986, 373, 374 und *OLG Oldenburg*, NJW 1990, 1422, 1422 f.

Geschäftsgegenstand oder den eingangs erwähnten wirtschaftlichen Schwerpunkt, ist letztlich eine Anknüpfung eigener Art und keine Anknüpfung an den Sitz der Hauptverwaltung<sup>386</sup>. Sie ist abzulehnen, weil sie zu kaum vorhersehbaren Ergebnissen führt<sup>387</sup>. Eine Gesellschaft, deren Büros der Geschäftsleitung in Deutschland liegen, unterliegt nach der Sitztheorie also deutschem Recht, selbst wenn sich der Großteil ihrer rechtlich unselbstständigen Filialen in Polen befindet.

Im Konzern ist der Sitz der Gesellschaft für jede angehörige Gesellschaft nach diesen Kriterien gesondert zu bestimmen<sup>388</sup>. Der Sitz einer Konzernuntergesellschaft ist also nach ihren Geschäftsführungsorganen zu bestimmen, selbst wenn sie von einer Konzernobergesellschaft konzernrechtlich beherrscht wird<sup>389</sup>. Der Sitz einer Holding ist ihres Gesellschaftszwecks entsprechend dort, wo die Entscheidungen über die Beteiligungen getroffen und umgesetzt werden<sup>390</sup>.

## **b. Hintergrund: Verhinderung von Scheinauslandsgesellschaften**

Ziel der auch als Schutztheorie<sup>391</sup> bezeichneten Sitztheorie ist es, Scheinauslandsgesellschaften aus Ländern mit (vermeintlich) schwächerem Schutzstandard zu verhindern<sup>392</sup>. Im Falle einer Gründungsanknüpfung, also einer Anknüpfung an das Recht des Staates, in dem die Gesellschaft gegründet wurde, wird befürchtet, dass Gesellschafter sich gezielt eines Gesellschaftsrechts mit geringem Schutzstandard bedienen. Durch eine Sitzanknüpfung soll also sichergestellt werden, dass bestimmte Schutzvorschriften, insbesondere solche für Minderheitsgesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer, wie sie für die inländischen Gesellschaften gelten, nicht umgangen werden können<sup>393</sup>. Dem liegt freilich die Vermutung zu Grunde, im Sitzstaat würden sich die meisten dieser schutzwürdigen Personen befinden<sup>394</sup>.

In diesem Zusammenhang besteht auch die Befürchtung eines rechtspolitisch ungewollten „race to laxity“, eines Kampfes der Rechtsordnungen um das liberalste Gesellschaftsrecht<sup>395</sup>. Denn aus volkswirtschaftlicher Sicht könnte es aus Sicht eines Staates Sinn machen, mit Hilfe eines Gesellschaftsrechts, das im Sinne der Mehrheitsgesellschafter nur einen geringen Schutzstandard bietet, Gesellschafter zu einer Gründung im eigenen Staat zu bewegen. Neben steuerlichen, dürften insbesondere indirekte finanzielle Aspekte durch Ansiedlung akzessorischer Dienstleistungsindustrien, zu denken ist u.a. an Rechtsanwalts- und Unternehmensberatungs- sowie Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, dazu Anreiz geben<sup>396</sup>.

<sup>386</sup> Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 464.

<sup>387</sup> Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 464; *Großfeld* in Staudinger, EGBGB, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 1998, Rn. 71: „zu vage“; a.A. Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, S. 16 f., der insofern auf die Schwierigkeit der Bestimmbarkeit des Verwaltungssitzes in Zeiten moderner Kommunikationsmittel verweist und eine Schwerpunktbestimmung unter Beachtung der Hauptverwaltung und der Geschäftstätigkeit für unumgänglich hält.

<sup>388</sup> Mäsch in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, EGBGB, Art. 12 Rn. 59.

<sup>389</sup> Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 459.

<sup>390</sup> Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 459.

<sup>391</sup> Vgl. Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 5.

<sup>392</sup> Mäsch in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, EGBGB, Art. 12 Rn. 58a.

<sup>393</sup> Mäsch in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, EGBGB, Art. 12 Rn. 58a; *Altmeyen* in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 39;

<sup>394</sup> *Altmeyen* in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 39;

*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 421.

<sup>395</sup> *Altmeyen* in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 51.

<sup>396</sup> *Eidenmüller* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 1 Rn. 15.

## 2. Gründungstheorie

### a. Anknüpfung

Die Gründungstheorie geht im Wesentlichen auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Kolonialmacht England im 18. Jahrhundert zurück und ist auch heute noch im anglo-amerikanischen Rechtskreis vorherrschend<sup>397</sup>. Nach ihr ist auf eine Gesellschaft grundsätzlich dasjenige Gesellschaftsrecht anwendbar, nachdem die Gesellschaft gegründet wurde. Ähnlich wie bei der Sitztheorie zur genauen Bestimmung des tatsächlichen Sitzes zum Beispiel der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit oder der Sitz der Geschäftsleitung herangezogen werden kann, können auch bei der Gründungstheorie zur genauen Bestimmung unterschiedliche Anknüpfungspunkte herangezogen werden. So kann der Ort, nach dessen Recht die Gesellschaft ursprünglich errichtet wurde (Inkorporationsrecht), der Ort, nach dessen Recht sie organisiert ist (Organisationsrecht), der Ort nach dessen Recht sie eingetragen ist (Registrierungsrecht), oder aber der Satzungssitz zur Bestimmung herangezogen werden<sup>398</sup>. Es ist also grundsätzlich zwischen den kollisionsrechtlichen Ansätzen verschiedener Staaten zu differenzieren<sup>399</sup>. In aller Regel fallen die genannten Orte aber zusammen, weil das materielle Gesellschaftsrecht der einzelnen Staaten für eine wirkungsvolle Gründung regelmäßig verlangt, dass der Satzungssitz sich im Gründungsstaat befindet und dort die konstitutive Registrierung erfolgt<sup>400</sup>. Im Ergebnis soll jedenfalls das Recht Anwendung finden, dem die Gesellschaft ihre Existenz verdankt<sup>401</sup>.

### b. Hintergrund: Privatautonomie

Nach der Gründungstheorie kann auf Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland also ausländisches Gesellschaftsrecht Anwendung finden. Die Gründungstheorie ermöglicht daher Scheinauslandsgesellschaften, mit der befürchteten Folge, dass Gesellschafter sich gezielt eines Gesellschaftsrechts mit geringem Schutzstandard bedienen. Demgegenüber knüpft die Gründungstheorie am Willen der Gesellschafter an<sup>402</sup>, während die Sitztheorie auf obrigkeitstaatlichem Denken beruht<sup>403</sup>. Sie kommt damit dem schon von *Savigny* im Internationalen Privatrecht hochgehaltenem Grundsatz der Privatautonomie näher<sup>404</sup>. Zudem vermeidet die Gründungstheorie einen Statutenwechsel, d.h. die Änderung des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts. Dies ermöglicht den Unternehmen erhöhte Mobilität und fördert so die internationale Verflechtung der Wirtschaft<sup>405</sup>. Weiter gewährleistet die Gründungstheorie größere Rechtssicherheit als die Sitztheorie, da ihr Anknüpfungsmerkmal eindeutig feststellbar ist, während das der Sitztheorie theoretisch mehrdeutig und in vielen Fällen nur schwer zu bestimmen ist<sup>406</sup>.

---

<sup>397</sup>Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 359 f.

<sup>398</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 1 Rn. 3.

<sup>399</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 1 Rn. 3.

<sup>400</sup>Altmeppen in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 48.

<sup>401</sup>Grassmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 416.

<sup>402</sup>Mäsch in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, EGBGB, Art. 12 Rn. 57b.

<sup>403</sup>Sandrock, BB 2004, 897, 901.

<sup>404</sup>Sandrock, BB 2004, 897, 901.

<sup>405</sup>Altmeppen in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 50; Grassmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 476 ff.

<sup>406</sup>Altmeppen in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 50; Grassmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 472 ff.

### 3. Differenzierende Theorien

Neben der „klassischen“ Sitz- und Gründungstheorie werden verschiedene differenzierende Theorien zur Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts vertreten. So soll nach der „Differenzierungstheorie“ zwischen Innen- und Außenverhältnis einer Gesellschaft unterscheiden werden. Die Innenbeziehungen einer Gesellschaft sollen dabei nach dem Recht des Gründungsortes der Gesellschaft beurteilt werden<sup>407</sup>. Ihre Außenbeziehungen sollen hingegen im Interesse des mit der Gesellschaft in Kontakt tretenden Rechtsverkehrs grundsätzlich nach der Rechtsordnung des Staates beurteilt werden, in welchem von den Organbefugnissen Gebrauch gemacht wird, oder nach der Rechtsordnung, welche das jeweils zwischen Gesellschaft und Drittem bestehende Rechtsverhältnis beherrscht, oder nach der Rechtsordnung, welcher die Gesellschaft angepasst ist<sup>408</sup>. Dabei soll grundsätzlich diejenige Rechtsordnung Anwendung finden, die am drittgünstigsten ist<sup>409</sup>.

Nach der „Überlagerungstheorie“ kommt grundsätzlich das Recht des Gründungsstaates zur Anwendung. Dieses soll aber vom Recht des Sitzstaates „überlagert“ werden, wenn zwingende Interessen, also vor allem Belange der Gläubiger, Arbeitnehmer und Minderheitsgesellschafter berührt werden und das Recht des Sitzstaates für diese Günstiger sei<sup>410</sup>.

Einen etwas anderen Weg beschreitet die sog. „Kombinationslehre“<sup>411</sup>. Nach ihr soll grundsätzlich Gründungsrecht auf eine Gesellschaft Anwendung finden. Sitzrecht solle jedoch dann Geltung beanspruchen, wenn keine substantielle Auslandsbeziehung vorliege. Ob letzteres vorliege, sei anhand einer Vielzahl von Kriterien in einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln. Insbesondere bei Scheinauslandsgesellschaften in Form einer reinen „Briefkastengesellschaft“ würde eine solche substantielle Auslandsbeziehung dann wohl verneint werden<sup>412</sup>.

Im Ergebnis konnte sich jedenfalls keine dieser Theorien in Deutschland durchsetzen<sup>413</sup>. Der „Differenzierungs-“ und der „Überlagerungstheorie“ ist nachteilig gemein, dass sie sich vom Grundsatz eines einheitlichen Gesellschaftsstatuts lösen<sup>414</sup>. Der „Kombinationslehre“ wird vor allem entgegengehalten, dass die Kriterien für die Bestimmung einer „substantiellen Auslandsbeziehung“ kaum justiziabel seien und Dritte den Wegfall einer „substantiellen Auslandsbeziehung“ und damit die Wandelung des Gesellschaftsstatuts kaum erkennen dürften<sup>415</sup>.

---

<sup>407</sup>Grassmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 624 ff.

<sup>408</sup>Grassmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 623.

<sup>409</sup>Grassmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 623.

<sup>410</sup>Sandrock, BB 1999, 1337, 1343; einschränkend nach „Überseering“ (EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919) ders., ZvglRwiss 2003, 447, 502.

<sup>411</sup>Hierzu Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 219 ff.

<sup>412</sup>Zum Ganzen zusammenfassend Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 412 ff.

<sup>413</sup>Spahlinger in Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 72.

<sup>414</sup>Spahlinger in Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 68; Altmeyen in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 60, 64; zum Grundsatz des einheitlichen Gesellschaftsstatuts sogleich.

<sup>415</sup>Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 416 f.; Spahlinger in Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 71; Großfeld in Staudinger, EGBGB, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 1998, Rn. 71.

## II. Weite des Gesellschaftsstatuts

Das für eine Gesellschaft maßgebliche Recht wird als Gesellschaftsstatut bezeichnet<sup>416</sup>. Fraglich ist dabei, welche Lebenssachverhalte oder Rechtsfragen als dem Systembegriff „Gesellschaftsrecht“ zugehörig bezeichnet werden können, mithin welche Regelungsmaterie dem Gesellschaftsstatut unterfällt. Das Gesetz selbst gibt wie dargestellt hierauf keine Antwort.

### 1. Einheitstheorie

Nach der Rechtsprechung des BGH bestimmt das Gesellschaftsstatut aber „unter welchen Voraussetzungen die juristische Person entsteht, lebt und vergeht.“<sup>417</sup> Die Rechtsprechung und die überwiegende Meinung in der Literatur gehen insofern von einer Einheitstheorie aus<sup>418</sup>. Das Gesellschaftsstatut soll demnach grundsätzlich alle Vorgänge erfassen, die gesellschaftsrechtlich qualifiziert werden können<sup>419</sup>. Dazu zählen die Voraussetzungen unter den eine juristische Person entsteht, wie z.B. Kapitalaufbringung und die erforderliche Anzahl von Gesellschaftern, weiter die Rechts-, Partei- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, ihr Name und die Firma, die innere Organisationsverfassung der Gesellschaft, wie z.B. Vertretungsverhältnisse, Treuepflichten, Änderung der Satzung, etc., weiter grundsätzlich die Innenhaftung der Organe und der Gesellschafter aus der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften, zudem grundsätzlich die Außenhaftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft und letztlich auch, abgesehen vom Insolvenzverfahren, die Voraussetzungen und das Verfahren zur Auflösung der Gesellschaft<sup>420</sup>.

Wer dagegen bestimmte Rechtsverhältnisse aus dem Gesellschaftsstatut herausnehmen und selbstständig anzuknüpfen will, verwirft den Gedanken der Einheitlichkeit des Gesellschaftsstatuts. Diesen Weg bestreitet beispielsweise *Altmeyen*, indem er die Außenbeziehungen der Gesellschaft, insbesondere Fragen des Gläubigerschutzes, anders als andere gesellschaftsrechtliche Materien an den tatsächlichen Sitz anknüpfen will<sup>421</sup>.

Hintergrund des Postulats der Einheitlichkeit des Gesellschaftsstatuts ist letztlich, dass gesellschaftsrechtliche Normen in einem generell nur schwer trennbaren Funktionszusammenhang stehen<sup>422</sup>. Durch die einheitliche Anknüpfung sollen Normwidersprüche und damit Anpassungsprobleme verhindert werden, die mit der gleichzeitigen Anwendung zweier nicht aufeinander abgestimmter Gesellschaftsrechtsordnungen einhergehen können<sup>423</sup>. Würde man beispielsweise die persönliche Haftung eines Gesellschafters gegenüber Gläubigern der einen Rechtsordnung unterstellen, seine Rückgriffansprüche gegenüber der Gesellschaft oder seinen Mitgesellschaftern aber der anderen, könnte durch unterschiedliche Regelungssysteme das unbefriedigende Ergebnis eintreten, dass der Gesellschafter den Gläubigern gegenüber zwar haftet, aber ohne Rückgriffan-

---

<sup>416</sup>*Von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 7 Rn. 23; *Altmeyen* in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 6;

<sup>417</sup>*BGH*, NJW 1957, 1433, 1434.

<sup>418</sup>*Altmeyen* in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 8.

<sup>419</sup>Vgl. *Spahlinger* in Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 21: „Nach der Einheitslehre gilt das Gesellschaftsstatut für alle Sachverhalte von gesellschaftsrechtlicher Natur [...].“

<sup>420</sup>*Mäsch* in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, EGBGB, Art. 12 Rn. 73 f.

<sup>421</sup>*Altmeyen* in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 73.

<sup>422</sup>*Großfeld* in Staudinger, EGBGB, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 1998, Rn. 66, 249; *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 543.

<sup>423</sup>*Großfeld* in Staudinger, EGBGB, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 1998, Rn. 66, 249; *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 543; auch *Altmeyen* in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 10, 73, der Normwidersprüche jedoch bei entsprechender Anpassungsmöglichkeit für hinnehmbar hält.

sprüche bleibt<sup>424</sup>. Darüber hinaus soll eine einheitliche Anknüpfung Rechtssicherheit gewährleisten<sup>425</sup>.

## 2. Grenzbereich: Gesellschafts-, Insolvenz- und Deliktsrecht

Viele gläubigerschützende Regelungen befinden sich indes, wie auch die Existenzvernichtungshaftung in einem Grenzbereich zwischen Delikts-, Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Ihre Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Statut ist daher oftmals strittig und letztlich mit Hilfe einer Qualifikation zu bestimmen. Dies ist der Vorgang der Subsumtion eines Sachverhalts bzw. einer Rechtsfrage unter einen im Tatbestand einer Kollisionsnorm enthaltenen Anknüpfungsgegenstand<sup>426</sup>. (Ergibt das Ergebnis der Qualifikation allerdings, dass eine Rechtsfrage dem Gesellschaftsstatut unterfällt, muss sie nach dem Postulat der Einheitstheorie wie alle anderen gesellschaftsrechtlichen Rechtsfragen am selben Moment angeknüpft werden.)

Benutzt eine möglicherweise konkurrierende Kollisionsnorm das gleiche Anknüpfungsmoment, kann eine Abgrenzung grundsätzlich offen bleiben<sup>427</sup>. Dies gilt ebenfalls, wenn verschiedene Anknüpfungsmomente auf dieselbe Rechtsordnung verweisen. Eine Qualifikation ist dagegen entscheidungserheblich, wenn für unterschiedliche Statute verschiedene Rechtsordnungen zur Anwendung berufen werden. Dies ist im Hinblick auf Scheinauslandsgesellschaften für das Internationale Deliktsrecht und das Internationale Insolvenzrecht im Verhältnis zum Internationalen Gesellschaftsrecht regelmäßig der Fall, soweit man gesellschaftsrechtlich der Gründungstheorie folgt. Denn während unter Geltung der Gründungstheorie bei einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation ausländisches Gründungsrecht Anwendung findet, kommt bei delikts- oder insolvenzrechtlicher Qualifikation regelmäßig das inländische Recht des tatsächlichen Sitzes zur Anwendung. Denn soweit eine Regelung eine unerlaubte Handlung im Sinne der Kollisionsnorm des Art. 4 Rom-II-VO darstellt, wird grundsätzlich das Recht des Staates zur Anwendung gebracht, in dem der Schaden eintritt. Der Schaden wird aber regelmäßig am Ort des tatsächlichen Sitzes der Gesellschaft eintreten. Soweit eine Regelung Insolvenzrecht im Sinne des Art. 4 EuInsVO darstellt, wird ebenfalls regelmäßig inländisches Sitzrecht Anwendung finden. Denn aus Art. 3 EuInsVO folgt, dass das Insolvenzverfahren grundsätzlich am Ort des tatsächlichen Sitzes der Gesellschaft durchgeführt wird<sup>428</sup>.

## III. Beachtung des Renvoi

Das deutsche Internationale Privatrecht spricht grundsätzlich Gesamtverweisungen aus. Im Gegensatz zu Sachnormverweisungen ist bei Gesamtverweisungen auch das Internationale Privatrecht des Staates zu beachten, auf dessen Recht verwiesen wurde<sup>429</sup>. Gem. Art. 4 I 1 EGBGB sind daher auch im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht etwaige Rück- oder Weiterverweisungen des ausländischen Rechts zu beachten. Praktisch relevant wird dies insbesondere dann, wenn der Sitzstaat der Gründungstheorie folgt<sup>430</sup>. So wird auf eine in Panama gegründete Gesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz in der Schweiz in Deutschland das

---

<sup>424</sup>Beispiel nach *Grassmann*, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Rn. 14 f., der die Einheitstheorie allerdings ablehnt.

<sup>425</sup>*Großfeld* in Staudinger, EGBGB, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 1998, Rn. 66, 250.

<sup>426</sup>*Von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 1.

<sup>427</sup>*Altmeppen* in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 7.

<sup>428</sup>Zur genauen Anknüpfung im Rahmen der Rom-II-VO und der EuInsVO siehe unten § 5 D. II. u. III. bzw. § 5 C. II. u. III.

<sup>429</sup>*Von Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 18.

<sup>430</sup>*Lang* in Ziemons/Jaeger, BeckOK, GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 13.

Gesellschaftsrecht Panamas angewendet<sup>431</sup>. Denn das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht verweist auf das Recht des Sitzstaates; das Recht der Schweiz wiederum folgt der Gründungstheorie<sup>432</sup> und verweist somit auf das Recht des Gründungsstaates Panama.

#### IV. Folgen bei Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes

Da das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht grundsätzlich den tatsächlichen Verwaltungssitz als Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts verwendet, stellt sich die Frage, welche Folgen mit der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer Gesellschaft einhergehen. Davon unberührt bleibt die Frage, welche Folgen die Verlegung des Satzungssitzes einer Gesellschaft hat<sup>433</sup>. Die identitätswahrende Satzungssitzverlegung ist nach derzeitigem (deutschen) Rechtsstand sowohl vom Ausland nach Deutschland, als auch von Deutschland ins Ausland nicht möglich<sup>434</sup>.

Bei der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes ist zwischen der Sitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft nach Deutschland und einer GmbH ins Ausland zu differenzieren. In der Sache stellt sich in beiden Fällen aber die Frage, ob eine Grenzüberschreitung unter Wahrung der Identität erfolgen kann oder nicht<sup>435</sup>.

##### 1. Sitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft nach Deutschland

Folge der Sitzanknüpfung in Deutschland war zunächst, dass eine im Ausland gegründete Gesellschaft, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz ins Inland verlegte, nach deutschem Sachrecht als „rechtliches Nullum“ oder als „rechtlich inexistent“ behandelt wurde, solange sie sich nicht nach den inländischen Gründungsvorschriften neu gründete<sup>436</sup>. Interessanterweise konnte sich diese Vorstellung bis in die Zeit der das internationale Gesellschaftsrecht umwälzenden Entscheidungen des EuGH „Centros“<sup>437</sup> und „Überseering“<sup>438</sup> halten. Noch in seinem Vorlagebeschluss in Sachen „Überseering“ vom 30.03.2000<sup>439</sup> führte der BGH aus: „Die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz führt dazu, dass eine im Ausland wirksam gegründete, in der Bundesrepublik Deutschland zunächst als rechtsfähig anerkannte Gesellschaft ihre Rechtsfähigkeit verliert, wenn sie ihren ständigen Verwaltungssitz in der Bundesrepublik nimmt. Sie kann, soweit sie der deutschen Rechtsordnung unterliegt, weder Träger von Rechten und Pflichten noch Partei in einem Gerichtsverfahren sein. Um am Rechtsverkehr teilnehmen zu können, muss sie sich in einer Weise neu gründen, die zur Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht führt.“

Erst in einem Urteil vom 01.07.2002, aber noch vor der Entscheidung des EuGH „Überseering“<sup>440</sup>, gab der BGH diese Ansicht auf<sup>441</sup>. Und dies zu Recht. Die Kategorie eines „rechtlichen Nullums“ sieht das deutsche Gesetz nicht vor. Auf Grund des Rechtsformzwanges<sup>442</sup>

<sup>431</sup>Beispiel nach *Von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 7 Rn. 27.

<sup>432</sup>Art. 154 Schweizer Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG).

<sup>433</sup>*Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 4a Rn. 8.

<sup>434</sup>Dazu etwa *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 4a Rn. 17; *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 175 ff.; *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 531 ff..

<sup>435</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 519.

<sup>436</sup>*Weller*, IPRax 2003, 324, 325.

<sup>437</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459.

<sup>438</sup>*EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919.

<sup>439</sup>*BGH*, EuZW 2000, 412, 413.

<sup>440</sup>*EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919.

<sup>441</sup>*BGH*, Urteil vom 1. 7. 2002 - II ZR 380/00 (München) = LMK 2003, 46.

<sup>442</sup>*Binge/Thölke*, DNotZ 2004, 21, 23.

im Gesellschaftsrecht ist die ausländische Gesellschaft je nach Lage des Falles in Deutschland auch unter Geltung der Sitztheorie zumindest OHG oder GbR<sup>443</sup>. Dies hat zur Folge, dass die Gesellschaft jedenfalls teilrechtsfähig ist. Soweit sich die Gesellschafter jedoch auf eine durch das ausländische Gründungsstatut erworbene Haftungsbeschränkung berufen wollen, ist dies nicht möglich. Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft nach § 128 HGB, soweit sie ein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 II HGB betreiben und deshalb OHG sind, und nach § 128 HGB analog, wenn sie lediglich GbR sind<sup>444</sup>. Hat die ausländische Gesellschaft lediglich einen Gesellschafter, haftet dieser ebenfalls persönlich und unbeschränkt und ist bei Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne von § 1 II HGB als Kaufmann zu behandeln<sup>445</sup>.

## 2. Sitzverlegung einer deutschen GmbH ins Ausland

Nach bisheriger Auffassung konnte eine deutsche GmbH in Folge der Sitzanknüpfung keinen tatsächlichen Verwaltungssitz im Ausland nehmen, ohne dass dies ihre Auflösung zur Folge gehabt hätte<sup>446</sup>. Bei der Begründung gab es freilich Diskrepanzen, die daraus resultierten, dass zum einen nicht immer eindeutig zwischen materiellrechtlicher und kollisionsrechtlicher Ebene<sup>447</sup>, zum anderen nicht immer eindeutig zwischen der Verlegung des Satzungs- und der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes differenziert wurde<sup>448</sup>. Richtigerweise steht im Ausgangspunkt die kollisionsrechtliche Verweisung Deutschlands auf den Sitzstaat.

Deshalb bestimmt sich das Personalstatut der Gesellschaft nach dem Sitzstaat. Läge also der Verwaltungssitz der deutschen GmbH in einem Staat, dessen Kollisionsrecht der Gründungstheorie folgt, verwies der Sitzstaat auf deutsches Recht zurück. Deutschland nähme die Verweisung an, Art. 4 I 2 EGBGB; deutsches Sachrecht wäre anwendbar. Folge er dagegen der Sitztheorie, nähme der Sitzstaat die kollisionsrechtliche Verweisung Deutschlands an. Das materielle Gesellschaftsrecht der Gesellschaft würde sich nach dem Sitzstaat bestimmen. In der Regel dürfte dies, da zumeist die Gründungsvorschriften des neuen Statuts nicht beachtet sein dürften, die Nichtigkeit der deutschen Gesellschaft als Folge anordnen<sup>449</sup>.

Ob die Gesellschaft aber trotz Sitzverlegung fortbestehen kann, bestimmt sich nach deutschem Recht<sup>450</sup>. Denn die Frage der Zulässigkeit einer Sitzverlegung ins Ausland ist aus Sicht der *lex fori* eine gesellschaftsrechtliche<sup>451</sup>. Im Zeitpunkt der Sitzverlegung befindet sich der tatsächliche Sitz der Gesellschaft jedoch in Deutschland<sup>452</sup>. Das deutsche materielle Recht entscheidet daher über die Zulässigkeit der Sitzverlegung. Materiellrechtlich wurde aber bisher das Erfordernis einer Übereinstimmung von tatsächlichem Verwaltungssitz und Sitzungssitz aufgestellt. Da der

---

<sup>443</sup>Spahlinger in Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 45; Lang in Ziemons/Jaeger, BeckOK, GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 12.

<sup>444</sup>Spahlinger in Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 46.

<sup>445</sup>Mäsch in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.2013, EGBGB, Art. 12 Rn. 101.

<sup>446</sup>Vgl. nur Großfeld in Staudinger, EGBGB, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 1998, Rn. 610; Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 449; Hoffmann in Michalski, GmbHG, Band II, 2. Aufl. 2010, § 53 Rn. 118; Lang in Ziemons/Jäger, BeckOK, GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 76; Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 177.

<sup>447</sup>Vgl. Hoffmann, ZIP 2007, 1581, 1583 mit Blick auf die Änderung des § 4a GmbHG durch das MoMiG.

<sup>448</sup>Spahlinger/Wegen in Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 450.

<sup>449</sup>Kindler in MüKO, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 521; Mäsch in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, EGBGB, Art. 12, Rn. 96.

<sup>450</sup>Großfeld in Staudinger, EGBGB, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 1998, Rn. 609.

<sup>451</sup>Weller, DStR 2004, 1218.

<sup>452</sup>Vgl. Weller, DStR 2004, 1218.

Satzungssitz zwingend in Deutschland zu liegen hat<sup>453</sup>, musste auch der tatsächliche Verwaltungssitz in Deutschland liegen.

Das Übereinstimmungserfordernis ergab sich dabei grundsätzlich aus § 4a II GmbHG a.F. Allerdings hatte die Rechtsprechung schon vor Einführung des § 4a GmbHG a.F. ein entsprechendes Erfordernis ohne Vorliegen einer eindeutigen Norm aufgestellt<sup>454</sup>. Sowohl § 4a GmbHG a.F. als auch die entsprechende Rechtsprechung sollten dabei den Gläubigerzugriff und eine Zustellungsmöglichkeit für Registerverfügungen gewährleisten<sup>455</sup>. Ein Verstoß gegen das daraus resultierende Verbot der Verwaltungssitznahme im Ausland wurde entweder als Auflösungsbeschluss der Gesellschafter interpretiert, an dem selbst ein entgegenstehender Wille der Gesellschafter oder eine anders lautende Satzung nichts ändern konnte<sup>456</sup>. Eine andere Auffassung verstand die Verwaltungssitzverlegung dagegen als Auflösungsstatbestand oder als Grund für eine Erzwingungsverfahren nach § 144a FGG<sup>457</sup> mit Folge der Auflösung nach § 60 I Nr. 6 GmbHG<sup>458</sup>. Im Ergebnis war damit nach allgemeiner Auffassung eine Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer deutschen GmbH ins Ausland unter Wahrung ihrer Identität, und damit eine deutsche Scheinauslandsgesellschaft, unabhängig von der kollisionsrechtlichen Beurteilung im Ausland nicht möglich.

Richtigerweise hätte es jedoch einer Einschränkung bedurft. Denn genau besehen, stellte § 4a II GmbHG a.F. (und auch die vorangegangene Rechtsprechung<sup>459</sup>) kein Übereinstimmungserfordernis zwischen tatsächlichem Verwaltungs- und Sitzungssitz, sondern nur ein Erfordernis eines realen inländischen Bezugspunktes für den Sitzungssitz auf<sup>460</sup>: „Als Sitz der Gesellschaft hat der Gesellschaftsvertrag in der Regel den Ort, an dem die Gesellschaft einen Betrieb hat, oder den Ort zu bestimmen, an dem sich die Geschäftsleitung befindet oder die Verwaltung geführt wird.“<sup>461</sup>. Eine Divergenz von Satzungs- und tatsächlichem Verwaltungssitz hätte also ohne Beanstandung bleiben müssen, hätte eine Gesellschaft etwa noch einen (von mehreren) Betrieb im Inland gehabt<sup>462</sup>. Demnach wäre lediglich eine deutsche „Briefkastengesellschaft“, also eine Gesellschaft, die ausschließlich im Ausland werbend tätig ist, aus deutscher Sicht nicht möglich gewesen, sehr wohl aber eine Scheinauslandsgesellschaft, die zwar ihren tatsächlichen Verwaltungssitz im Ausland hat, aber noch einen bestimmten Restbezug zum Inland hat.

Teilweise wird bei der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes noch zwischen anfänglicher und nachträglicher Sitzverlegung differenziert. So sei nach *Kindler* bei Gründung einer Gesellschaft, die anfänglich, also ohne je einen tatsächlichen Sitz im Inland genommen zu haben, ihren tatsächlichen Sitz im Ausland nimmt, schon eine Gründung nach deutschem Recht gar nicht möglich; denn die Anwendung der deutschen gesellschaftsrechtlichen Gründungsvorschriften setze nach der deutschen Sitzanknüpfung einen tatsächlichen inländischen

---

<sup>453</sup>Dies galt auch schon vor Änderung des § 4a GmbHG durch das MoMiG, *Kindler* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 7.4. Mittlerweile ist dies in § 4a GmbHG eindeutig geregelt.

<sup>454</sup>*Kindler* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 7.37.

<sup>455</sup>*Kindler* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 7.37.

<sup>456</sup>*Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 177.

<sup>457</sup>Jetzt § 399 FamFG.

<sup>458</sup>*Kindler* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 7.37; für das Erzwingungsverfahren spricht *BGH*, Beschluss vom 2. 6. 2008 - II ZB 1/06 (OLG Dresden) = NJW 2008, 2914, das zwar einen Inlandsfall zum Gegenstand hatte, dessen Ratio sich aber auch auf Auslandsfälle erstreckt.

<sup>459</sup>*Kindler* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 7.37.

<sup>460</sup>So auch *Preuß*, GmbHR 2007, 57, 59.

<sup>461</sup>§ 4a II GmbHG in der geltenden Fassung vom 01.01.2000 bis zum 31.10.2008.

<sup>462</sup>*Ebenroth/Eyles*, DB 2008, Beilage Nr. 2, S. 7; vgl. auch *LG Memmingen*, Beschluss v. 14.11.2001 - 2H T 1322/01 = NZG 2002, 95, 96.

Verwaltungssitz voraus<sup>463</sup>. Nach *Ebenroth/Eyles* soll hingegen bei der Gründung einer deutschen Gesellschaft mit anfänglichem Verwaltungssitz im Ausland zwischen Staaten, die der Sitztheorie und solchen, die der Gründungstheorie folgen, differenziert werden<sup>464</sup>. Demnach müsste sich die Gründung einer Gesellschaft in einem Sitztheoriestaat nach deren Gründungsrecht beurteilen. Die Gründung einer deutschen Gesellschaft käme dann jedenfalls nicht in Betracht. Allenfalls, und dies nur wenn die ausländischen Gründungsvoraussetzungen eingehalten worden wären, käme die Gründung einer ausländischen Gesellschaft in Betracht. Läge der Verwaltungssitz dagegen in einem Gründungstheoriestaat würde hinsichtlich der Gründungsvorschriften für eine deutsche Gesellschaft auf Deutschland zurückverwiesen werden, dass wiederum die Verweisung annehmen würde. Nach deutschem Sachrecht besteht aber wie gesehen das Erfordernis eines inländischen Verwaltungssitzes, so dass eine Gründung nicht möglich wäre. Der Unterschied zwischen beiden Ansichten besteht also darin, dass nach ersterer die inländischen Gründungsvorschriften schon gar nicht anwendbar sind, während nach letzterer die Gründungsvorschriften für Gründungstheoriestaaten zwar anwendbar sind, aber ein sachrechtliches Gründungshindernis besteht.

Im Ergebnis war jedenfalls sowohl eine anfängliche als auch eine nachträgliche deutsche Scheinauslandsgesellschaft nicht möglich. Mittlerweile hat der deutsche Gesetzgeber mit dem MoMiG aber § 4a II GmbHG a.F. ersatzlos gestrichen. Welche Konsequenzen sich daraus ergeben, soll im Rahmen von § 3 C. erörtert werden.

## **B. Einwirkung durch die Niederlassungsfreiheit**

In der Europäischen Union und dem Europäischen Wirtschaftsraum genießen nicht nur natürliche Personen Niederlassungsfreiheit, sondern auch juristische Personen. Dies bezieht in der Interpretation des EuGH auch Scheinauslandsgesellschaften mit ein. Im Ergebnis hat dies zur Folge, dass die Niederlassungsfreiheit erhebliche Auswirkungen auf das Internationale Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten hat.

Zunächst mag es relativ fernliegend klingen, dass die Niederlassungsfreiheit Einfluss auf das Internationale Privatrecht der Mitgliedstaaten haben kann. Tatsächlich ist es dies nicht, wenn man sich vor Augen hält, dass etwa die in Deutschland grundsätzlich anzuwendende Sitztheorie nicht nur zur Folge hat, dass Scheinauslandsgesellschaften sich nicht im Inland mit ihrem Gründungsrecht niederlassen können, sondern dies vielmehr ihr Ziel ist. Eine Niederlassung im Inland ist ohne Neugründung nach inländischem Recht nach ihr nicht möglich. Der Sitztheorie ist ein niederlassungsfeindlicher Charakter also gleichsam immanent<sup>465</sup>. Es kann daher durchaus als überraschend<sup>466</sup> bezeichnet werden, dass eine Diskussion um eine Vereinbarkeit der Sitztheorie bzw. der Anwendung inländischen Rechts auf ausländische Gesellschaften mit der europäischen Niederlassungsfreiheit erst seit 1986<sup>467</sup> und dann besonders um die Urteile des EuGH „Daily Mail“<sup>468</sup>, „Centros“<sup>469</sup>, „Überseering“<sup>470</sup> und „Inspire Art“<sup>471</sup> aufgekommen ist, obwohl die

<sup>463</sup> *Kindler* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 7.31; *Kindler*, IPRax 2009, 189, 196.

<sup>464</sup> *Ebenroth/Eyles*, DB 2008, Beilage Nr. 2, S. 6.

<sup>465</sup> *Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 302.

<sup>466</sup> *Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 302.

<sup>467</sup> *Sonnenberger*, ZvglRWiss 1996, 3, 18.

<sup>468</sup> *EuGH*, Urteil vom 27.09.1988 - Rs 81/87 (Daily Mail).

<sup>469</sup> *EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459.

<sup>470</sup> *EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919.

<sup>471</sup> *EuGH*, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155.

Niederlassungsfreiheit schon seit In-Kraft-Treten des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zu Beginn des Jahres 1958<sup>472</sup> in den Mitgliedstaaten verbindliches Recht ist.

Im Folgenden sollen nun also die Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit auf das Internationale Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten behandelt werden. (Das richtige Verständnis ist grundlegend für die Frage, inwieweit die Anwendung inländischer Gläubigerschutzinstrumente auf Scheinauslandsgesellschaften gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen kann.) Ausgangspunkt ist dabei die Niederlassungsfreiheit selbst. Anschließend sollen die Leitentscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften dargestellt und kommentiert werden. Schließlich ist auf die Reaktion der deutschen Rechtsprechung einzugehen.

## I. Die Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EGV) zählt neben der Dienstleistungsfreiheit, der Warenverkehrsfreiheit, der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Kapitalverkehrs- und Zahlungsverkehrsfreiheit zu den Grundpfeilern des Binnenmarktes<sup>473</sup>. Ihr Ziel ist der Schutz der freien Standortwahl für natürliche Personen und Gesellschaften<sup>474</sup>.

Sachlich gewährleistet die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 II AEUV (ex Art. 43 II EGV) „die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen“. Daraus und aus einer Gegenüberstellung zur Dienstleistungsfreiheit lässt sich entnehmen, dass Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EGV) die Niederlassung als eine feste Einrichtung, die bei Eingliederung in die nationale Volkswirtschaft der tatsächlichen Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu dienen bestimmt ist, schützt<sup>475</sup>. Der Vertrag differenziert dabei zwischen primärer, Art. 49 I 1 AEUV (ex Art. 43 I 1 EGV) und sekundärer, Art. 49 I 2 AEUV (ex Art. 43 I 2 EGV) Niederlassung. Erstere liegt vor, wenn eine selbständige Tätigkeit in einem Staat neu aufgenommen wird, oder wenn eine Übersiedlung einer Hauptniederlassung dorthin erfolgt<sup>476</sup>. Letztere liegt dagegen vor, wenn Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften unter Beibehaltung der Hauptniederlassung im Heimatstaat geschaffen werden<sup>477</sup>. Ein unterschiedlicher Gewährleistungsinhalt geht damit allerdings nicht einher<sup>478</sup>.

Nach Art. 49 I 1 AEUV (ex Art. 43 I 1 EGV) sind „Beschränkungen“ der freien Niederlassung verboten. Die Norm enthält aber auch einen Verweis („nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen“) auf ein in Art. 49 II AEUV (ex Art. 43 II EGV) verankertes Gebot der Inländergleichbehandlung („nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen“). Die Niederlassungsfreiheit wurde deshalb zunächst als reines Diskriminierungsverbot aufgefasst<sup>479</sup>. Mittlerweile ist nach den Leitentscheidungen des EuGH in Sachen „Klopp“<sup>480</sup>, „Kraus“<sup>481</sup> und „Gebhard“<sup>482</sup> aber unstreitig, dass die Niederlassungsfreiheit in Konvergenz zur Dienstleistungs-, Warenverkehrs- und Kapitalverkehrsfreiheit über ein reines

<sup>472</sup>Müller-Graff in Dausen, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, A. I. Rn. 17.

<sup>473</sup>Roth in Dausen, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. I. Rn. 1.

<sup>474</sup>Roth in Dausen, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. I. Rn. 2.

<sup>475</sup>Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 49, Rn. 16.

<sup>476</sup>Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 49, Rn. 52.

<sup>477</sup>Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 49, Rn. 52.

<sup>478</sup>Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 49, Rn. 53.

<sup>479</sup>Roth in Dausen, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. I. Rn. 4.

<sup>480</sup>EuGH, Urteil vom 12.07.1984 - C-107/83 (Klopp). In der Entscheidung hielt der EuGH ein ausnahmslos für In- und Ausländer geltendes Zweigniederlassungsverbot für Rechtsanwälte für mit Art. 43 I 2 EGV unvereinbar.

<sup>481</sup>EuGH, Urteil vom 31.03.1993 - C 19/92 (Kraus) = EuZW 1993, 322.

<sup>482</sup>EuGH, Urteil vom 30-11-1995 - C-55/94 (Gebhard) = EuZW 1996, 93 = NJW 1996, 579.

Diskriminierungsverbot hinaus auch ein allgemeines Beschränkungsverbot enthält<sup>483</sup>. Demnach verbietet die Niederlassungsfreiheit in ihrem Anwendungsbereich direkte und indirekte Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit<sup>484</sup>, sowie Beschränkungen, wenn sie geeignet sind, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit „zu behindern oder weniger attraktiv“<sup>485</sup> zu machen. Während die Reichweite des Diskriminierungsverbots dabei weitgehend geklärt ist, ist die Reichweite des Beschränkungsverbots Gegenstand von Diskussionen<sup>486</sup>.

Soweit eine staatliche Regelung eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt, muss sie zunächst aber noch nicht zwingend gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen. Sie kann unter die Bereichsausnahme des Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EGV) fallen oder Rechtfertigungsgründen zugänglich sein. Art. 51 AEUV (ex Art. 45 EGV) sieht eine Bereichsausnahme für Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt vor. Eine Rechtfertigung einer beschränkenden Regelung kann nach Art. 52 AEUV (ex Art. 46 EGV) aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit möglich sein. Daneben besteht als ungeschriebener Rechtfertigungsgrund die sog. „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“<sup>487</sup>. Demnach sind Beschränkungen von Grundfreiheiten zulässig, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: Die beschränkenden Regelungen müssen in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, sie müssen zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sein, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist<sup>488</sup>.

Auf die Niederlassungsfreiheit können sich natürliche Personen und gem. Art. 54 AEUV (ex Art. 48 EGV) auch Gesellschaften berufen. Für die hier interessierenden Gesellschaften ist zunächst erforderlich, dass sie einen Erwerbszweck verfolgen, Art. 54 II AEUV a.E. (ex Art. 48 II EGV a.E.). Soweit dies der Fall ist, kann sich grundsätzlich jede Vereinigung, unabhängig von der konkreten Rechtsform auf die Niederlassungsfreiheit berufen<sup>489</sup>. Weiter muss die Gesellschaft gemeinschaftszugehörig sein. Dazu ist erforderlich, dass sie zum einen nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet wurde, zum anderen, dass sie ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union hat, Art. 54 I AEUV (ex Art. 48 I EGV). Erforderlich ist jedoch nicht, dass eines der drei letztgenannten Merkmale mit dem Recht des Staates zusammenfällt, nach dem die Gesellschaft gegründet wurde<sup>490</sup>.

Für die Gewährleistung der sekundären Niederlassungsfreiheit ist nach Art. 49 I 2 AEUV (ex Art. 43 I 2 EGV) jedoch zusätzlich erforderlich, dass die Person bzw. die Gesellschaft im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates ansässig ist. Ansässigkeit liegt in diesem Sinne vor, soweit die Tätigkeit der Gesellschaft in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaates steht<sup>491</sup>. Das bedeutet, dass eine Gesellschaft, die zwar ihren Gründungsort

<sup>483</sup>Roth in Dausen, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. I. Rn. 77.

<sup>484</sup>Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 49, Rn. 68.

<sup>485</sup>EuGH, Urteil vom 30.11.1995 - C-55/94 (Gebhard); EuGH, Urteil vom 05.10.2004 - C-442/02 (Caixa-Bank France); ähnlich EuGH, Urteil vom 17.10.2002 - C-79/01 (Payroll Data Services): „Hindernis“.

<sup>486</sup>Dazu unten § 4 A.

<sup>487</sup>Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 49, Rn. 122.

<sup>488</sup>EuGH, Slg. 1993, I-1663 (Kraus) = EuZW 1993, 322 Tz. 32; EuGH, Slg. 1995, I-4165 (Gebhard) = EuZW 1996, 93 = NJW 1996, 579 Tz. 37.

<sup>489</sup>Roth in Dausen, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. I. Rn. 70.

<sup>490</sup>Roth in Dausen, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. I. Rn. 74.

<sup>491</sup>Roth in Dausen, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. I. Rn. 75; ähnlich Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 49, Rn. 60; jeweils mit Verweis auf das „Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit“ (Abl. EG Nr. 002 vom 15.01.1962, S. 0036 – 0045, Abschnitt I, 4. Spiegelstrich).

innerhalb der Union hat, ihre Hauptverwaltung aber außerhalb der Union hat, keine Tochtergesellschaften, Zweigniederlassungen oder Agenturen innerhalb der Union unter dem Schutz der Niederlassungsfreiheit gründen kann<sup>492</sup>.

Weiter erfordert eine Berufung auf die Niederlassungsfreiheit einen grenzüberschreitenden Sachverhalt<sup>493</sup>. Dieser liegt in der Regel in der wirtschaftlichen Integration eines Wirtschaftsteilnehmers in die Volkswirtschaft eines Staates, dessen Staatsangehörigkeit der Wirtschaftsteilnehmer nicht besitzt<sup>494</sup>. Integriert sich nun eine im Ausland gegründete Gesellschaft in die Wirtschaft eines anderen Mitgliedstaates, hat die Gesellschaft insofern eine „fremde Staatsangehörigkeit“, als dass sie nicht im Inland gegründet wurde. Mit der tatsächlichen Sitzverlegung der Gesellschaft ist daher das grenzüberschreitende Element verwirklicht und der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet<sup>495</sup>. Die Scheinauslandsgesellschaft beinhaltet also schon begrifflich ein grenzüberschreitendes Moment.

Räumlich greift die Niederlassungsfreiheit nicht nur für die 27 Mitgliedstaaten, sondern auch für die Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), also für Norwegen, Island und Liechtenstein<sup>496</sup>. Auch Gesellschaften des EWR können sich daher auf die Niederlassungsfreiheit berufen.

Adressat der Niederlassungsfreiheit ist grundsätzlich der Aufnahmestaat<sup>497</sup>. Entgegen des Wortlauts, aber im Hinblick auf Sinn und Zweck des Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EGV) hat der EuGH aber auch den Herkunftsstaat als Adressaten der Niederlassungsfreiheit angesehen<sup>498</sup>. Das bedeutet, dass sich Personen grundsätzlich sowohl gegen niederlassungsbehindernde Regelungen des Zuzugsstaates, als auch gegen Regelungen, des Heimatstaates, die den Wegzug verhindern, wenden können.

## II. Die Leitentscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit

Dementsprechend unterscheidet der EuGH bei einer Sitzverlegung durch eine Gesellschaft in einen anderen Staat zwischen der Perspektive des Wegzugsstaates und der Perspektive des Zuzugsstaates. Zum einen muss sich das Recht des Staates, aus dem die Gesellschaft stammt, zum anderen das Recht des Staates, in das die Gesellschaft ziehen möchte, sich am Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit messen lassen. Insofern kann bei den Leitentscheidungen des EuGH zwischen Zuzugs- und Wegzugsfällen differenziert werden.

### 1. Zuzugsfälle

#### a. Centros

Den Auftakt der Entscheidungen, denen Zuzugssituationen zu Grunde liegen, machte die Entscheidung „Centros“<sup>499</sup> aus dem Jahre 1999. Sie betrifft geradezu den Paradefall einer Scheinauslandsgesellschaft. Im Kern ging es darum, dass sich dänische Gründungsgesellschafter die

<sup>492</sup>Roth in Dausen, Hdb. Eu-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. I. Rn. 75.

<sup>493</sup>Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 53.

<sup>494</sup>Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 57.

<sup>495</sup>Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 35.

<sup>496</sup>Bröhmer in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 49 Rn. 7; Roth in Dausen, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. I. Rn. 51.

<sup>497</sup>Vgl. Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 57.

<sup>498</sup>Roth in Dausen, Hdb. EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. I. Rn. 91.

<sup>499</sup>EuGH, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459.

Aufbringung des Stammkapitals für eine dänische Privatgesellschaft sparen wollten. Stattdessen gründeten sie in England eine englische private limited company mit einem Stammkapital von 100 Pfund, mit dem alleinigen Ziel, über eine in Dänemark einzutragende Zweigniederlassung allein dort werbend tätig zu werden. Die dänischen Behörden lehnten die Eintragung einer Zweigniederlassung indes mit der Begründung ab, die in England gegründete Gesellschaft hätte in England keine Geschäftstätigkeit aufgenommen und unter Umgehung der dänischen Mindestkapitalvorschriften solle tatsächlich keine Zweigniederlassung, sondern eine Hauptniederlassung errichtet werden.

Der EuGH erteilte der Ansicht der dänischen Behörden eine Absage und stellte einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit fest. Die Nichteintragung einer Zweigniederlassung stelle eine Beschränkung der sekundären Niederlassungsfreiheit dar<sup>500</sup>. Der insofern von der dänischen Behörden vorgebrachte Missbrauchseinwand greife nicht, da es für sich allein keine missbräuchliche Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit darstelle, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet<sup>501</sup>. Denn dieses Recht folge unmittelbar aus der Niederlassungsfreiheit<sup>502</sup>. Auch lägen Rechtfertigungsgründe nicht vor. Art. 56 EGV (heute Art. 52 AEUV) sei nicht einschlägig und die Voraussetzungen zur Rechtfertigung aus Gründen des Allgemeininteresses nicht erfüllt<sup>503</sup>. Zum einen sei das dänische Vorgehen nicht geeignet, das mit ihm verfolgte Ziel des Gläubigerschutzes zu erreichen, da die Zweigniederlassung in Dänemark eingetragen worden wäre, wenn die Gesellschaft eine Geschäftstätigkeit im Vereinigten Königreich ausgeübt hätte, obwohl die dänischen Gläubiger in diesem Fall ebenso gefährdet gewesen wären. Zum anderen greife das sog. „Informationsmodell“<sup>504</sup>, d.h. Gläubigern sei die Tatsache einer ausländischen Gesellschaft bekannt und diese könnten sich auf den Schutz bestimmter Richtlinien berufen<sup>505</sup>.

## b. Überseering

Der Überseering-Entscheidung<sup>506</sup> von 2002 lag dann ein Fall der primären Niederlassungsfreiheit zu Grunde. 1994 wurden sämtliche Geschäftsanteile einer Gesellschaft niederländischen Rechts von zwei in Deutschland wohnhaften deutschen Staatsbürgern erworben und infolgedessen der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft nach Deutschland verlegt. Aus einem 1992 geschlossenen Vertrag machte die Gesellschaft dann in Deutschland 1996 Mängelrechte geltend. In dem Verfahren vertrat der BGH der damaligen Auffassung von der Sitztheorie entsprechend die Ansicht, die Klage sei mangels Rechts- und Parteifähigkeit der niederländischen Gesellschaft als unzulässig abzuweisen. In einer ersten Vorlage frug der BGH nach der Vereinbarkeit dieser Ansicht mit der Niederlassungsfreiheit, in einer zweiten, ob die Niederlassungsfreiheit es gebiete, die Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaats zu beurteilen<sup>507</sup>.

Hinsichtlich der ersten Vorlagefrage stellte der EuGH einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit fest. Das aus der Sitztheorie folgende Erfordernis einer Neugründung zur Erlangung von

<sup>500</sup>EuGH, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 21 = NJW 1999, 2027, 2028.

<sup>501</sup>EuGH, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 27 = NJW 1999, 2027, 2028.

<sup>502</sup>EuGH, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 27 = NJW 1999, 2027, 2028.

<sup>503</sup>EuGH, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 34 f. = NJW 1999, 2027, 2029.

<sup>504</sup>Dazu unten § 4 B. III. 4. b.

<sup>505</sup>EuGH, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 35 f. = NJW 1999, 2027, 2029.

<sup>506</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919 = NJW 2002, 3614.

<sup>507</sup>BGH, NZG 2000, 926.

Rechts- und Parteifähigkeit stelle eine Negierung der Niederlassungsfreiheit dar<sup>508</sup>. Ebendeshalb sei auch eine Rechtfertigung nicht möglich<sup>509</sup>. Auf die zweite Vorlagefrage antwortete der EuGH, die Niederlassungsfreiheit verpflichte die Mitgliedstaaten, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die eine Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt<sup>510</sup>. Die Gesellschaft „Überseering“ könne in Deutschland gerade als Gesellschaft niederländischen Rechts von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen<sup>511</sup>.

### c. Inspire Art

Der „Inspire-Art“-Entscheidung<sup>512</sup> von 2003 lag ebenso wie „Centros“ eine typische Konstellation einer Scheinauslandsgesellschaft zu Grunde. Eine nach englischem Recht gegründete private limited company unterhielt in den Niederlanden eine Zweigniederlassung und wickelte darüber sämtliche Geschäfte ab. Ein niederländisches Gesetz über „formal ausländische Gesellschaften“ verlangte von entsprechenden Gesellschaften u.a. eine Handelsregistereintragung als „formal ausländische Gesellschaft“ und die Erfüllung der niederländischen Mindestkapitalvorschriften und sanktionierte die Nichtbeachtung dieser Vorschriften mit einer persönlichen Haftung der Geschäftsführer.

Der EuGH sah in der Regelung über die Handelsregistereintragung als „formal ausländische Gesellschaft“ einen Verstoß gegen die Zweigniederlassungsrichtlinie<sup>513</sup>. Die Vorschriften zur Beachtung der niederländischen Mindestkapitalvorschriften und ihre entsprechende Sanktionierung wertete er als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Die Gründung einer Zweigniederlassung werde durch die Anwendung der niederländischen Regelungen über das Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer behindert<sup>514</sup>. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Gläubigerschutzes komme zwar in Betracht, sei aber wiederum im Sinne des „Informationsmodells“<sup>515</sup> abzulehnen<sup>516</sup>.

## 2. Wegzugsfälle

### a. Daily Mail

Die Leitentscheidung des EuGH in Sachen „Daily Mail“<sup>517</sup> erging 1988. Eine nach britischem Recht gegründete Gesellschaft hatte sowohl ihren Satzungs- als auch ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Großbritannien und beabsichtigte aus steuerlichen Gründen unter Wahrung ihrer Rechtsform ihre Geschäftsleitung in die Niederlande zu verlegen. Das britische Gesellschaftsrecht gestattet es einer Gesellschaft, die nach britischem Recht gegründet wurde, ihre Geschäftsleitung außerhalb des Vereinigten Königreichs einzurichten, ohne ihre Rechtspersönlichkeit oder ihre Eigenschaft als Gesellschaft britisches Rechts zu verlieren. Zur Verlegung des steuerlichen Sitzes, der in Großbritannien an den tatsächlichen Sitz der Geschäftsleitung

<sup>508</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 81 = NJW 2002, 3614, 3616.

<sup>509</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 93 = NJW 2002, 3614, 3617.

<sup>510</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 95 = NJW 2002, 3614, 3617.

<sup>511</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 80 = NJW 2002, 3614, 3616.

<sup>512</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155 = NJW 2003, 3331.

<sup>513</sup>Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen.

<sup>514</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 101 = NJW 2003, 3331, 3333.

<sup>515</sup>Dazu unten § 4 B. III. 4. b.

<sup>516</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 135 = NJW 2003, 3331, 3334.

<sup>517</sup>EuGH, Urteil vom 27.09.1988 - Rs 81/87 (Daily Mail) = NJW 1989, 2186.

anknüpft, bedurfte es aber der Genehmigung des britischen Finanzministeriums. Diese Zustimmung des Finanzministeriums war nur für den Fall vorgeschrieben, dass eine Gesellschaft unter Beibehaltung ihrer Rechtspersönlichkeit und ihrer Eigenschaft als Gesellschaft britischen Rechts den Sitz ihrer Geschäftsleitung aus Großbritannien verlegen wollte. Nachdem nach längeren Verhandlungen um die Genehmigung diese nicht erteilt wurde, erhob die Gesellschaft Klage und vertrat die Ansicht, das Erfordernis einer Genehmigung verstoße gegen die Niederlassungsfreiheit.

Der EuGH sah in dem Zustimmungserfordernis keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Vielmehr gewähre die Niederlassungsfreiheit den Gesellschaften nationalen Rechts kein Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen<sup>518</sup>. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, hätten Gesellschaften im Gegensatz zu Privatpersonen keine Realität<sup>519</sup>. Der EuGH verwies darauf, dass „das“, was für die Gründung einer Gesellschaft an Verknüpfung mit dem nationalen Gebiet erforderlich sei, nationalen Maßstäben unterläge und von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat divergiere<sup>520</sup>. Der EWG-Vertrag trage diesen Unterschieden im nationalen Recht bei der Definition der Gesellschaften, denen die Niederlassungsfreiheit zugute kommt, Rechnung. Denn der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung und die Hauptniederlassung einer Gesellschaft würden als Anknüpfung gleich geachtet<sup>521</sup>.

## b. Überseering

Der „Überseering-Entscheidung“ lag zwar eine Zuzugskonstellation zu Grunde, sie hat aber für Wegzugsfälle insofern Bedeutung, als der EuGH seine Ausführungen in „Daily Mail“ in dieser Entscheidung erläuterte. Der EuGH nahm zunächst eine klare Unterscheidung zwischen Wegzug- und Zuzugskonstellationen vor<sup>522</sup>. Sodann betonte er, eine auf Grund einer nationalen Rechtsordnung gegründete Gesellschaft habe jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität<sup>523</sup>. Die Schlussfolgerung sei, dass ein Mitgliedstaat die Möglichkeit hat, einer nach seiner Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft Beschränkungen hinsichtlich der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes aus seinem Hoheitsgebiet aufzuerlegen, damit sie die ihr nach dem Recht dieses Staates zuerkannte Rechtspersönlichkeit beibehalten kann<sup>524</sup>. Jedenfalls hätte „Daily Mail“ den Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit einräumen wollen, die tatsächliche Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit in ihrem Hoheitsgebiet durch in anderen Mitgliedstaaten wirksam gegründete Gesellschaften, von denen sie annehmen, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in ihr Hoheitsgebiet verlegt haben, von der Beachtung ihres nationalen Gesellschaftsrechts abhängig zu machen<sup>525</sup>.

## c. Cartesio

In der „Cartesio-Entscheidung“<sup>526</sup> von 2008 bestätigte der EuGH seine „Daily-Mail“-Rechtsprechung, nahm obiter dicta jedoch eine entscheidende Differenzierung bei Sitzverlegungen vor.

<sup>518</sup> *EuGH*, Urteil vom 27.09.1988 - Rs 81/87 (Daily Mail), Tz. 24 = NJW 1989, 2186, 2188.

<sup>519</sup> *EuGH*, Urteil vom 27.09.1988 - Rs 81/87 (Daily Mail), Tz. 19 = NJW 1989, 2186, 2187.

<sup>520</sup> *EuGH*, Urteil vom 27.09.1988 - Rs 81/87 (Daily Mail), Tz. 20 = NJW 1989, 2186, 2187.

<sup>521</sup> *EuGH*, Urteil vom 27.09.1988 - Rs 81/87 (Daily Mail), Tz. 21 = NJW 1989, 2186, 2187 f.

<sup>522</sup> *EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 62 = NJW 2002, 3614, 3614 f.

<sup>523</sup> *EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 67 = NJW 2002, 3614, 3615.

<sup>524</sup> *EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 70 = NJW 2002, 3614, 3615.

<sup>525</sup> *EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 71 = NJW 2002, 3614, 3615.

<sup>526</sup> *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio) = DSr 2009, 121.

Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zu Grunde, wie er sich grundsätzlich auch nach deutschem Recht hätte abspielen können. Eine ungarische Kommanditgesellschaft mit Sitz in Ungarn beantragte beim ungarischen Handelsregistergericht, die Verlegung ihres operativen Geschäftssitzes nach Italien ins ungarische Handelsregister einzutragen. Dabei wollte sie ihre Eigenschaft als Gesellschaft ungarischen Rechts behalten. Die Eintragung wurde ihr vom Handelsregistergericht mit der Begründung verwehrt, auf Grund der in Ungarn geltenden Sitztheorie könne eine in Ungarn gegründete Gesellschaft ihren Sitz nicht unter Beibehaltung des ungarischen Personalstatuts ins Ausland verlegen. Eine Verlegung erfordere, dass die Gesellschaft zunächst zu bestehen aufhöre und dann nach dem Recht des Landes, in das der Sitz verlegt werden solle, neu gegründet werde.

Der EuGH verwies auf die in „Daily Mail“ aufgestellten und in „Überseering“ klargestellten Grundsätze. Er verdeutlichte, in Ermangelung einer einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Definition oder Anknüpfung der Gesellschaften, denen die Niederlassungsfreiheit zugutekommt, sei die Frage, ob sich eine Gesellschaft auf die Niederlassungsfreiheit berufen könne, ebenso wie im Übrigen die Frage, ob eine natürliche Person ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats sei und sich aus diesem Grund auf diese Freiheit berufen könne, eine Vorfrage, die beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nur nach dem geltenden nationalen Recht beantwortet werden könne<sup>527</sup>. Ein Mitgliedstaat hätte deshalb die Möglichkeit es einer Gesellschaft seines nationalen Rechts nicht zu gestatten, die Eigenschaft als Gesellschaft seines nationalen Rechts zu behalten, wenn sie sich durch die Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat dort neu organisieren möchte und damit die Anknüpfung löst, die das nationale Recht des Gründungsmitgliedstaats vorsieht<sup>528</sup>.

Der Fall einer solchen Verlegung des Sitzes einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat ohne Änderung des für sie maßgeblichen Rechts sei jedoch von dem Fall zu unterscheiden, dass eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat unter Änderung des anwendbaren nationalen Rechts verlegt und dabei in eine dem nationalen Recht des zweiten Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaftsform umgewandelt wird. Sollte der Gründungsmitgliedstaat eine Sitzverlegung unter Änderung des Gesellschaftsstatuts durch Umwandlung verbieten, etwa durch die Anordnung der Auflösung und der Liquidation, sei dies eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die, sofern nicht zwingende Gründe des Allgemeininteresses entgegenstehen, verboten sei<sup>529</sup>.

### III. Würdigung der Leitentscheidungen

Die Leitentscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften sind Gegenstand lebhafter Diskussionen und die genauen Folgerungen dieser Entscheidungen und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für das nationale Recht der Mitgliedstaaten stark umstritten. Eine Würdigung der Leitentscheidungen ist deshalb zum einen vor dem Hintergrund des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts erforderlich. Zum anderen ist das richtige Verständnis der Entscheidungen essentiell für die Frage nach der Anwendbarkeit inländischer Gläubigerschutzregelungen im Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit.

---

<sup>527</sup> *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (*Cartesio*), Tz. 109 = *DStR* 2009, 121, 127.

<sup>528</sup> *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (*Cartesio*), Tz. 110 = *DStR* 2009, 121, 127.

<sup>529</sup> *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (*Cartesio*), Tz. 112 f. = *DStR* 2009, 121, 127.

## 1. Sitztheorie als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

Die Entscheidungen des EuGH, die Zugangssituationen betreffen, werfen die Frage auf, ob die Sitztheorie gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. Dies wird vereinzelt angenommen<sup>530</sup>. Im Folgenden soll daher erörtert werden, inwiefern die Sitztheorie tatsächlich gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.

### a. Verhältnis der Niederlassungsfreiheit zum Internationalen Privatrecht der Mitgliedstaaten

Der Frage nach der Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit muss zunächst die Frage nach dem Verhältnis von Grundfreiheit und nationalem Kollisionsrecht vorangestellt werden.

Zunächst ist diesbezüglich festzuhalten, dass nationales Recht im Rang unterhalb des EU-Rechts steht. Kollidiert es mit EU-Recht kommt letzterem Vorrang in Form eines Anwendungsvorrangs zu<sup>531</sup>. Dabei kommt es selbst auf den Rang der jeweiligen Rechtsnorm nicht an. Es kann daher selbst nationales Verfassungsrecht gegen EU-Recht verstoßen. Zudem differenziert das Europarecht nicht danach, ob mitgliedstaatliche Regelungen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind<sup>532</sup>. Mag die Rechtsprechung des EuGH zu den Freiheiten in erster Linie Regelungen des öffentlichen Rechts betreffen, so ändert dies nichts daran, dass auch privatrechtliche Regelungen in den Mitgliedstaaten im vollen Umfang der Grundfreiheitenkontrolle unterliegen<sup>533</sup>. Hinsichtlich des Internationalen Gesellschaftsrechts bedeutet dies, dass sich auch das nationale Kollisionsrecht an der Niederlassungsfreiheit messen lassen muss.

Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang jedenfalls der Einwand, es sei nicht Aufgabe des Gemeinschaftsrechts, das bessere Recht ausfindig zu machen, und eine Kontrolle von Kollisionsnormen an Hand des Europarechts deshalb zu unterlassen<sup>534</sup>. Insofern genügt der Hinweis, dass die Gesamtrechtsordnung eines Mitgliedstaates, also auch das Internationale Privatrecht Unionsbürger nicht in ihren Rechten verletzen darf.<sup>535</sup>

Es stellt sich allerdings die Frage, ob eine nationale Kollisionsnorm überhaupt tatsächlich die freie Niederlassung behindern kann, oder, ob ein Verstoß nicht vielmehr durch die zur Anwendung berufenen Sachnormen erfolgen würde.

Im Ausgangspunkt klingt es zunächst fernliegend, dass eine Kollisionsnorm eine Beschränkung einer Grundfreiheit darstellen könnte. Die Zuweisung einer Rechtsordnung scheint kaum geeignet, diskriminierenden oder beschränkenden Charakter zu haben<sup>536</sup>. Vordergründig scheint eine Beschränkung letztlich immer auf Grund einer nationalen Sachnorm, etwa eines Verbotes, zu beruhen. Indes gibt es Fälle, bei denen „bereits die kollisionsrechtliche Lage an sich“

<sup>530</sup>Etwa *Heinz/Hartung*, Die englische Limited, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 19: „Dieser Zustand fand mit einer Reihe von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes eine Ende, denen zufolge die Anwendung der Sitztheorie gegen die Niederlassungsfreiheit (Art 43 und 48 EG Vertrag) verstößt.“

<sup>531</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1978 - Rs 106/77; *EuGH*, Urteil vom 29.04.1999 - Rs. C-224 - 97 (Erich Ciola–Land Vorarlberg).

<sup>532</sup>*Schilling*, Binnenmarktkollisionsrecht, S. 161.

<sup>533</sup>*Schilling*, Binnenmarktkollisionsrecht, S. 160 f.

<sup>534</sup>*Grandpierre*, Herkunftsprinzip kontra Marktortanknüpfung, 1999, S.105 mit Verweis auf Duintjer Tebbens, *Rev.crit.d.i.p.* 83 (1994), 451, 478.

<sup>535</sup>*Brödermann* in Brödermann/Iversen, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Rn. 421; ähnlich *Grandpierre*, Herkunftsprinzip kontra Marktortanknüpfung, 1999, S.105.

<sup>536</sup>*Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 36.

Probleme mit der Vereinbarkeit mit Primärrecht aufweist<sup>537</sup>. Als erstes Beispiel mag das Ubiquitätsprinzip im Internationalen Deliktsrecht<sup>538</sup> gelten. Danach kann der Geschädigte sich die Anknüpfung entweder an den Erfolgs- oder den Handlungsort nach Günstigkeit aussuchen. In diesem Fall wird bereits die Anknüpfungstechnik als für den ausländischen Schädiger diskriminierend empfunden, weil beim inländischen Schädiger Handlungs- und Erfolgsort in der Regel zusammenfallen<sup>539</sup>. Ebenfalls problematisch ist es, wenn das Personalstatut bei Doppelstaatlern grundsätzlich nach der effektiven Staatsangehörigkeit anknüpft, und nur der deutsch-ausländische Doppelstaatler unter Außerachtlassung des Effektivitätenprinzips gem. Art. 5 I 2 EGBGB personalstatutarisch deutschem Recht unterliegt<sup>540</sup>. Noch eindeutiger ist die diskriminierende Wirkung beim sog. *privilegium germanicum*, das früher in Art. 38 EGBGB a.F. verankert war, mit der IPR-Reform von 1999 jedoch gestrichen wurde. Diese kollisionsrechtliche Sonderregelung sah vor, dass bei einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung, gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden können, als nach deutschen Gesetzen begründet wären<sup>541</sup>. Da also bei einer Auslandstat unter ausländischem Recht als Deliktsstatut sich nur der deutsche Deliktsschuldner auf das Privileg berufen konnte<sup>542</sup>, wurde es als mit dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot gemeinhin als unvereinbar angesehen<sup>543</sup>. Zwar betreffen diese Beispiele jeweils eine mehr oder weniger offene Diskriminierung, und keine Beschränkungssituation. Kollisionsrecht dürfte aber, wenn es „diskriminierungsfähig“ ist, grundsätzlich auch „beschränkungsfähig“ sein<sup>544</sup>. Es zeigt sich also, dass zumindest prinzipiell auch Kollisionsrecht selbst gegen Primärrecht verstoßen kann.

Daneben ist folgendes zu beachten. Soweit es nicht um einen Verstoß durch Kollisionsrecht selbst, sondern durch Sachrecht geht, kann eine Kollisionsnorm Anteil an einer Freiheitenbeschränkung haben, selbst wenn die Beschränkung letztlich auf eine Sachnorm zurückzuführen ist<sup>545</sup>. Denn jede Anwendung einer Sachnorm setzt zunächst einen kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl voraus. Demzufolge kann eine Beschränkung auch in einem Zusammenspiel<sup>546</sup> aus Kollisionsrecht und Sachrecht liegen.

Liegt eine Beschränkung in einem solchen Zusammenspiel, kann der Mitgliedstaat grundsätzlich frei darüber entscheiden, ob er der Beschränkung durch Änderung seines Internationalen Privatrechts oder aber durch Änderung seines Sachrechts Abhilfe schafft<sup>547</sup>. Denn es ist nicht Aufgabe des EuGH nationales Recht der Mitgliedstaaten zu gestalten<sup>548</sup>. Vielmehr muss der Mitgliedstaat gewährleisten, dass sein Recht als Gesamtheit in seinen praktischen Auswirkungen mit dem EU-Recht vereinbar ist<sup>549</sup>. Wie er dies rechtstechnisch umsetzt, ob nun durch Änderung seines Kollisionsrechts oder durch Änderung seines Sachrechts, steht in seinem rechtspolitischen Ermessen<sup>550</sup>.

<sup>537</sup>Schilling, Binnenmarktkollisionsrecht, S. 181.

<sup>538</sup>wie es die Rom II-VO in Art. 7 für Umweltschädigungen vorsieht; Junker in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 864/2007, Art. 7 Rn. 1.

<sup>539</sup>Schilling, Binnenmarktkollisionsrecht, S. 181 f.

<sup>540</sup>Sonnenberger, ZvglRWiss 1996, 3, 17; dazu auch Benicke/Zimmermann, IPRax 1995, 141, 144 ff.

<sup>541</sup>Lorenz, NJW 1999, 2215.

<sup>542</sup>Grothe in MüKo, BGB, Band 1, 6. Aufl. 2012, Abschnitt 5: Verjährung, Vorbemerkung Rn. 36.

<sup>543</sup>Schilling, Binnenmarktkollisionsrecht, S. 182.

<sup>544</sup>Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 36; auch Eidenmüller, Anmerkung zu GA Colomer, Schlussanträge v. 04.12.2001 – Rs C-208/00 (Überseering), ZIP 2002, 75, 83 f.

<sup>545</sup>Sonnenberger, ZvglRWiss 1996, 3, 23.

<sup>546</sup>Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 36.

<sup>547</sup>Sonnenberger in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Internationales Privatrecht, Einl. Rn. 157.

<sup>548</sup>GA Colomer, Schlussanträge v. 04.12.2001 – Rs C-208/00 (Überseering) Tz. 43, ZIP 2002, 75, 79.

<sup>549</sup>GA Colomer, Schlussanträge v. 04.12.2001 – Rs C-208/00 (Überseering) Tz. 69, ZIP 2002, 75, 82.

<sup>550</sup>Sonnenberger, ZvglRWiss 1996, 3, 23.

Verstößt dagegen die Kollisionsnorm selbst gegen Primärrecht, bleibt dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber grundsätzlich keine andere Wahl als diese Norm zu ändern. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich bei der Kollisionsnorm um eine Grundanknüpfung, und nicht bloß um eine Sonderanknüpfung handelt<sup>551</sup>. Bei letzterer könnte die Grundfreiheitenbeeinträchtigung noch durch bloße Nichtanwendung abgewendet werden, bei ersterer entsteht in der Regel eine ausfüllbedürftige Lücke, weil das anwendbare Recht bestimmt werden muss<sup>552</sup>.

Im Ergebnis ist es grundsätzlich also möglich, dass auch eine Kollisionsnorm gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen kann.

## **b. Verstoß durch Kollisionsrecht**

Eindeutige Aussagen zur Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit im Sinne eines „die Sitztheorie verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit“ vermeidet der EuGH<sup>553</sup>. Letztlich bringt er aber unmissverständlich zum Ausdruck, dass die durch die Sitztheorie bedingte kollisionsrechtliche Lage selbst und nicht erst eine auf der Kollisionsnorm beruhende Anwendung nationalen Sachrechts die Niederlassungsfreiheit beschränkt<sup>554</sup>.

Dies zeigt das Urteil „Überseering“. Dort antwortet der EuGH auf die zweite Vorlagefrage des BGH, die Niederlassungsfreiheit verpflichte die Mitgliedstaaten, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die eine Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt<sup>555</sup>. Die Sitztheorie führt für die Frage der Rechts- und Parteifähigkeit daher per se zu einem nicht mit der Grundfreiheit konformen Ergebnis. Der Mitgliedstaat hat die Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Gründungsrecht, und gerade nicht nach dem Sitzrecht zu achten. Eben deshalb wäre es nicht ausreichend im Sinne der Niederlassungsfreiheit, von einer Einordnung als „rechtlich inexistent“ abzusehen und eine ausländische Gesellschaft in Deutschland als OHG oder GbR und damit als (zumindest teil-) rechtsfähig und parteifähig anzusehen<sup>556</sup>. Eine Korrektur über das Sachrecht, wie dem BGH wohl vorschwebte, als er seine entsprechende Rechtsprechungsänderung<sup>557</sup> vornahm, wäre gerade nicht möglich gewesen. Theoretische Überlegungen eine Korrektur auch über Sachrecht zu erreichen, etwa durch die Inkorporation ausländischen Rechts in deutsche Sachrechtsnormen oder durch den Erlass einer Norm, wonach eine ausländische rechts- und parteifähige Gesellschaft auch nach deutschem Recht als rechts- und parteifähig gilt, sind jedenfalls Taschenspielertricks<sup>558</sup>. Von echten Sachnormen kann in diesen Fällen nicht gesprochen werden<sup>559</sup>. Im Ergebnis kann ein grundfreiheitenkonformes Ergebnis nur über eine Änderung des Kollisionsrechts erreicht werden.

<sup>551</sup> *Schilling*, Binnenmarktkollisionsrecht, S. 180.

<sup>552</sup> *Schilling*, Binnenmarktkollisionsrecht, S. 180.

<sup>553</sup> Vgl. *Rehm* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 68.

<sup>554</sup> Vgl. *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 37.

<sup>555</sup> *EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 95 = NJW 2002, 3614, 3617.

<sup>556</sup> *Fleischer* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaft in Deutschland, S. 94; *Leible*, ZGR 2004, 531, 534; *Rehm* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 69; *Zimmer*, BB 2003, 1, 5; *Schilling*, Binnenmarktkollisionsrecht, S. 243; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, 2238; ähnlich *Lutter*, BB 2003, 7, 9;

<sup>557</sup> *BGH*, Urteil vom 1. 7. 2002 - II ZR 380/00 (München) = LMK 2003, 46.

<sup>558</sup> *Wendehorst*, FS Heldrich, S. 1071, 1084; vgl. dazu auch das Beispiel von *Rehm* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 70: „So könnte Deutschland in einem anderen Mitgliedstaat gegründete Kapitalgesellschaften als solche (also ohne einen Statutenwechsel) – etwa durch eine Ergänzung des GmbHG oder des AktG – deutschen GmbHs und AGs gleichstellen“. Auch hier liegt ein „Taschenspielertrick“ vor. Ob, eine Beurteilung ausländischer Gesellschaften nach dem Recht ihres Gründungsortes (da ohne Statutenwechsel) durch eine Änderung der Rspr., des EGBGB oder des GmbHG erreicht wird, ändert nichts daran, dass die Änderung kollisionsrechtlich einzustufen ist.

<sup>559</sup> *Wendehorst*, FS Heldrich, S. 1071, 1084.

Dies mag man kritisieren, hat selbst Generalanwalt Colomer doch in seinem Vorlagebeschluss in Sachen „Überseering“ noch geraten, auf die zweite Vorlagefrage des BGH keine Antwort zu geben, da es Sache des nationalen Rechts sei, ob etwaige Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit auf kollisionsrechtlichem oder sachrechtlichem Wege zu beheben sind<sup>560</sup>. Seine innere Rechtfertigung findet das Vorgehen des EuGH jedoch darin, dass in der Tat eine sachrechtliche Lösung nicht möglich gewesen wäre, weil sonst weiterhin ein Verstoß bestanden hätte<sup>561</sup>. Es ist eben ein Unterschied, ob sich eine Gesellschaft *tel quel*<sup>562</sup> oder erst nach Umgründung niederlassen kann. Der Gerichtshof verweist deshalb auch immer darauf, dass Gesellschaften nach Art. 54 AEUV (ex Art. 48 EGV) sich „den natürlichen Personen gleich“ auf die Niederlassungsfreiheit berufen können<sup>563</sup>. Schließlich wäre es auch bei natürlichen Personen unzulässig, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit von einem Wechsel der Staatsangehörigkeit abhängig zu machen<sup>564</sup>. Von der Niederlassungsfreiheit würde „nichts“ bleiben, wenn ein sich in Deutschland niederlassen wollender Franzose an der Grenze erst die deutsche Staatsbürgerschaft annehmen müsste, da ein deutscher Staatsbürger sich sowieso in Deutschland niederlassen darf. Der Gerichtshof spricht insofern zu Recht von einer „Negierung der Niederlassungsfreiheit“<sup>565</sup>. Oder mit *Lutter*: „Wahrlich: Was bleibt von der Niederlassungsfreiheit, wenn die Gesellschaften beim Überschreiten der Grenze sterben?“<sup>566</sup>.

### c. Sitztheorie kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

Bedeutet dies aber, dass die Sitztheorie als umfassende Kollisionsnorm gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt? Die Frage ist im Ergebnis zu verneinen. Zwar erweitert der EuGH das Anerkennungsgebot von der Rechts- und Parteifähigkeit potentiell auf das gesamte Gesellschaftsstatut, wenn er in „Überseering“ urteilt, die Gesellschaft „Überseering“ könne in Deutschland gerade als Gesellschaft niederländischen Rechts von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen<sup>567</sup> und dies in „Inspire Art“ für die Frage der Kapitalaufbringung bestätigt<sup>568</sup>. Dennoch verstößt die Sitztheorie in ihrer Gesamtheit nicht gegen die Niederlassungsfreiheit.

Für die Begründung ist sich zunächst ein Bild von der inneren Struktur einer Kollisionsnorm zu machen. Grundsätzlich weist eine Kollisionsnorm einem bestimmten Sachverhalt eine bestimmte Norm zu. Nun regelt eine Kollisionsnorm aber nicht nur die Zuweisung dieses einen Sachverhalts zu dieser einen Norm, sondern die Zuweisung unüberschaubar vieler Normen zu ebenso unüberschaubar vielen Sachverhalten. Man kann sich eine Kollisionsnorm daher als (nach gewissen Kriterien bestimmte) Bündelung vieler verschiedener einzelner Verweisungen vorstellen<sup>569</sup>.

Dass aber nicht jede einzelne Verweisung im Rahmen der kollisionsrechtlichen Bündelung, die wir mit dem Etikett „Sitztheorie“ versehen, gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, ist offensichtlich. Der EuGH macht nämlich unmissverständlich deutlich, dass die Anwendung „anderen“

<sup>560</sup>GA Colomer, Schlussanträge v. 04.12.2001 – Rs C-208/00 (Überseering) Tz. 69, ZIP 2002, 75, 82.

<sup>561</sup>a.A. Eidenmüller, Anmerkung zu GA Colomer, Schlussanträge v. 04.12.2001 – Rs C-208/00 (Überseering), ZIP 2002, 75, 85.

<sup>562</sup>Schanze/Jüttner, AG 2003, 661, 666.

<sup>563</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 56 = NJW 2002, 3614. Ähnlich Tz. 75, 77 = NJW 2002, 3614, 3615; EuGH, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 109 = DStR 2009, 121, 127.

<sup>564</sup>Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 37.

<sup>565</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 81 = NJW 2002, 3614, 3616.

<sup>566</sup>Lutter, BB 2003, 7, 9.

<sup>567</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 80 = NJW 2002, 3614, 3616.

<sup>568</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 101 = NJW 2003, 3331, 3333.

<sup>569</sup>Zur „Kollisionsnormbildung durch Bündelung“: Kegel/Schurig, IPR, 9. Aufl. 2004, § 6 II 2, S. 313 ff.

Gesellschaftsrechts, also als gesellschaftsrechtlich einzustufenden Fragen, die nicht die Rechts- und Parteifähigkeit oder die in „Inspire Art“ in Rede stehende Kapitalaufbringung betreffen, grundsätzlich aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls, wie dem Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen einer Rechtfertigung zugänglich ist<sup>570</sup>. Wenn aber die Anwendung bestimmter gesellschaftsrechtlicher Materien grundsätzlich zu rechtfertigen ist, kann nicht davon gesprochen werden, dass die Sitztheorie als umfassende Kollisionsnorm für alle gesellschaftsrechtlichen Bereiche gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. Denn dann sind bestimmte Teile der Bündelung mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar. Die Annahme wäre also nur richtig, wenn sich tatsächlich erweisen sollte, dass die Anwendung sämtlicher dem Gesellschaftsstatut unterliegender Rechtsregeln des nationalen Rechts einen nicht zu rechtfertigender Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen<sup>571</sup>. Zudem unterscheidet der EuGH zwischen Zuzugs- und Wegzugskonstellationen. Für die Wegzugskonstellation stellt der EuGH in Bezug auf die Sitztheorie aber gerade keinen Verstoß fest<sup>572</sup>. Vielmehr kann ein der Sitztheorie anhängender Staat, die Sitzverlegung aus seinem Staatsgebiet heraus mit einer Auflösung der Gesellschaft sanktionieren. Schließlich ist die Sitztheorie solange unproblematisch, wie Satzungs- und tatsächlicher Sitz nicht auseinanderfallen<sup>573</sup>. Im Ergebnis verstößt die Sitztheorie selbst als umfassende Kollisionsnorm also nicht gegen die Niederlassungsfreiheit.

#### **d. Sitztheorie und Sonderanknüpfung**

Dass dies seine Richtigkeit hat, zeigt auch das Urteil „Inspire Art“<sup>574</sup>. Dort standen Sonderanknüpfungen in Rede<sup>575</sup>. Die Niederlande folgten grundsätzlich der Gründungstheorie<sup>576</sup>, haben in „Inspire Art“ nationales Gesellschaftsrecht jedoch mit Hilfe besonderer Anknüpfungsregelungen auf die ausländische Gesellschaft angewandt<sup>577</sup>. Wenn es in den Entscheidungen des EuGH allein um die Vereinbarkeit der Sitztheorie als umfassende Kollisionsnorm mit der Niederlassungsfreiheit gehen würde, hätte in „Inspire Art“ also überhaupt keine Beschränkung festgestellt werden können. Zwar führt bei der Anwendung inländischen Rechts auf ausländische Gesellschaften das Kollisionsrecht selbst zu einer Beschränkung, da die Beschränkung gerade nicht durch Änderung des Sachrechts aufgehoben werden kann. Es macht europarechtlich im Ergebnis aber keinen Unterschied, ob die Anwendung des inländischen Rechts über eine Kollisionsnorm, die der Sitztheorie entspricht, über eine Sonderanknüpfung, über die Figur des *ordre public*<sup>578</sup> oder aber über bestimmte Eingriffsnormen der *lex fori*, die den Sachverhalt unabhängig vom an sich angewend-

<sup>570</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 92 = NJW 2002, 3614, 3617.

<sup>571</sup>Bitter in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 313.

<sup>572</sup>Dazu unten § 3 B. III. 4.

<sup>573</sup>Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 39.

<sup>574</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155 = NJW 2003, 3331.

<sup>575</sup>Bitter in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 310.

<sup>576</sup>Art. 2 Wet conflictenrecht corporaties (Gesetz mit Kollisionsnormen für Körperschaften vom 17.12.1997); vgl. EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 77.

<sup>577</sup>Art. 6 Wet conflictenrecht corporaties (Gesetz mit Kollisionsnormen für Körperschaften vom 17.12.1997); vgl. EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 80.

<sup>578</sup>Gem. Art. 6 S. 1 EGBGB ist eine Rechtsnorm eines anderen Staates nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Nach vertretener Ansicht erschöpft sich diese „ordre public“-Regelung nicht zwingender Weise in einer negativen Funktion, sondern kann in einer positiven Funktion auch eigenes Recht berufen. Dazu Sonnenberger in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Internationales Privatrecht, Art. 6 Rn. 5 ff.

baren Recht zwingend regeln<sup>579</sup>, zur Anwendung gebracht wird. Im Endeffekt muss sich das Ergebnis am Europarecht messen lassen<sup>580</sup>.

## 2. Gebot der gegenseitigen Anerkennung

Neben der Frage, inwieweit die „Sitztheorie“ gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, stellt sich die Frage, inwieweit den Mitgliedstaaten die „Gründungstheorie“ aufgegeben ist.

In der Entscheidung „Überseering“ formuliert der EuGH jedenfalls ein Gebot der gegenseitigen Anerkennung, dass er in „Inspire Art“ bekräftigt und das über die Frage der Rechts- und Parteifähigkeit hinaus potentiell das gesamte Gesellschaftsstatut betrifft. Denn die Gesellschaft „Überseering“ kann in Deutschland gerade als Gesellschaft niederländischen Rechts von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen<sup>581</sup>. Ihre (rechtliche) Existenz hängt als notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung der Niederlassungsfreiheit sogar untrennbar mit ihrer Eigenschaft als Gesellschaft ausländischen Rechts zusammen<sup>582</sup>. Würde diese Eigenschaft als gerade ausländische Gesellschaft nicht anerkannt werden, bestünde eine Negierung der Niederlassungsfreiheit<sup>583</sup>.

### a. Keine versteckte Kollisionsnorm

Aus diesem Anerkennungsgebot wird nun gefolgert, Art. 49, 54 AEUV (ex Art. 43, 48 EGV) enthalten eine Kollisionsnorm<sup>584</sup>. Diese ergebe sich demnach unmittelbar aus Art. 49, 54 AEUV (ex Art. 43, 48 EGV)<sup>585</sup> (und nicht erst dadurch, dass die Norm das nationale Kollisionsrecht zu einer bestimmten Anknüpfung veranlasst). Dies hätte zur Folge, dass das nationale Kollisionsrecht im Anwendungsbereich dieser Kollisionsnorm wegen des europarechtlichen Anwendungsvorrangs unanwendbar wäre. Fraglich ist nun also, ob der Niederlassungsfreiheit tatsächlich eine solche Kollisionsnorm zu entnehmen ist.

Zunächst ist hierzu festzuhalten, dass Art. 49, 54 AEUV (ex Art. 43, 48 EGV) nicht als klassische Kollisionsnorm formuliert sind, so dass der Niederlassungsfreiheit zumindest keine eindeutige kollisionsrechtliche Aussage zu entnehmen ist. Jedoch bedeutet dies nicht, dass Art. 49, 54 AEUV (ex Art. 43, 48 EGV) zwangsläufig keinen kollisionsrechtlichen Gehalt haben können. Da es Aufgabe des EuGH ist, den AEUV auszulegen, ist, soweit der EU eine Regelungskompetenz für das Internationale Privatrecht zukommt, die Ableitung einer Kollisionsnorm aus Art. 49, 54 AEUV (ex Art. 43, 48 EGV) grundsätzlich möglich<sup>586</sup>. Dem AEUV könnte insofern eine „versteckte“ Kollisionsnorm zu Grunde liegen, wie sie auch dem deutschen Recht, man denke beispielsweise an § 244 BGB<sup>587</sup>, nicht gänzlich fremd ist. Der AEUV enthält in Art. 81 II

<sup>579</sup>Diese Eingriffsnormen entsprechen dem herkömmlichen Verständnis von „Sonderanknüpfungen“; vgl. *Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 313 und *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 665, Fn. 59; zum Ganzen *Sonnenberger* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Internationales Privatrecht, Einl. Rn. 35 ff.

<sup>580</sup>*Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 310.

<sup>581</sup>*EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 80 = NJW 2002, 3614, 3616.

<sup>582</sup>*EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 81 = NJW 2002, 3614, 3616.

<sup>583</sup>*EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 81 = NJW 2002, 3614, 3616.

<sup>584</sup>Etwa *Sonnenberger* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Internationales Privatrecht, Einl. Rn. 140; *derselbe* a.A. aber noch in *ZvglRWiss* 1996, 3, 11; vgl. dazu *Rehm* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 66.

<sup>585</sup>*Rehm* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 66.

<sup>586</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 137.

<sup>587</sup>Nach verbreiteter Ansicht soll § 244 BGB eine versteckte Kollisionsnorm zu Grunde liegen; *Lorenz* in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, Internationales Privatrecht, Art. Einl. IPR Rn. 46. FORTSETZUNG AUF S. 77

c) auch eine Kompetenzgrundlage der EU für das Kollisionsrecht bereit<sup>588</sup>, so dass ein derartiges Verständnis von der Auslegung des EuGH nicht von vorneherein ausgeschlossen ist.

Meines Erachtens kann den Art. 49, 54 AEUV (ex Art. 43, 48 EGV) aber dennoch keine Kollisionsnorm entnommen werden. Entscheidend sind zwei Dinge. Zum einen besteht eine Kollisionsnorm grundsätzlich aus einem Anknüpfungsgegenstand und einem Anknüpfungsmoment. Während das Anknüpfungsmoment mit der Gründungsanknüpfung zwar feststehen würde, müsste der Anknüpfungsgegenstand, die Weite des Gesellschaftsstatuts offen bleiben. Denn das Europarecht definiert nach Ansicht des EuGH gerade nicht, was eine Gesellschaft ausmacht. So heißt es in „Cartesio“, dass „in Ermangelung einer einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Definition der Gesellschaften, denen die Niederlassungsfreiheit zugutekommt“, „nationales Recht entscheidet, ob eine Gesellschaft jenseits der nationalen Grenzen diesen Status behält und deswegen Niederlassungsfreiheit in Anspruch nehmen darf“<sup>589</sup>. Zum anderen kann aus einer Norm eine Kollisionsnorm nur „herausgelesen“ werden, wenn diese sich mit hinreichender Sicherheit aus der Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge ergibt<sup>590</sup>. Gerade dies können die Grundfreiheiten aber nicht leisten<sup>591</sup>. Denn gäbe eine Grundfreiheit eine bestimmte Anknüpfung vor, so könnte ein Mitgliedstaat grundsätzlich noch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses davon abweichen. Ob der Mitgliedstaat aber auch tatsächlich Gründe des Allgemeinwohls geltend macht, um von der Grundanknüpfung abzuweichen, bleibt ihm überlassen. Dann kann aber nicht mehr davon gesprochen werden, dass sich eine bestimmte Anknüpfung mit „hinreichender Sicherheit“ aus der Norm ergebe<sup>592</sup>. Die Grundfreiheiten können also nicht nur in sachrechtlicher, sondern auch in kollisionsrechtlicher Hinsicht lediglich einen Mindeststandard etablieren<sup>593</sup>.

Dass dies seine Richtigkeit hat, erkennen letztlich auch Vertreter eines kollisionsrechtlichen Verständnisses von Art. 49, 54 AEUV (ex Art. 43, 48 EGV) an. Nach *Sonnenberger* enthält die herausgelesene Kollisionsnorm „offensichtlich nur eine Teilregelung“: „Sie lässt offen, in welchem Umfang im Fall einer Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat eine Sonderanknüpfung von Normen des Zuwanderungs- und effektiven Sitzstaates im Interesse des Gemeinwohls stattfinden kann“<sup>594</sup>.

Dem entspricht es im Übrigen, dass Art. 49 AEUV als Beschränkungsverbot ausgestaltet ist, das der (angeblichen) Kollisionsnorm zu Grunde liegende Herkunftslandprinzip<sup>595</sup> dagegen kein europarechtliches Prinzip ist<sup>596</sup>. Das Herkunftslandprinzip „nennt weder eine hinreichende noch eine notwendige Bedingung für die Verwirklichung“ von Grundfreiheiten<sup>597</sup>. Vielmehr gibt es

---

A.A. *Grothe* in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, BGB, § 244 Rn. 51.

<sup>588</sup> *Sonnenberger* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Internationales Privatrecht, Einl. Rn. 139 für Art. 65 b) EG, der entsprechenden Eingang in Art. 81 II c) AEUV gefunden hat.

<sup>589</sup> *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 108 f. = DSr 2009, 121, 127; vgl. dazu unten § 4 A. II. 3. b. b.b.

<sup>590</sup> *Schilling*, Binnenmarktkollisionsrecht, S. 251; vgl. *Sonnenberger* in MüKo BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, EGBGB, Internationales Privatrecht, Einleitung Rn. 466; ähnlich *Wendehorst*, FS Heldrich, S. 1071, 1080, die eine „Bestimmtheit der kollisionsrechtlichen Aussage“ einfordert.

<sup>591</sup> *Schilling*, Binnenmarktkollisionsrecht, S. 251.

<sup>592</sup> Ähnlich *Wendehorst*, FS Heldrich, S. 1071, 1086: „Was die Bestimmtheit der kollisionsrechtlichen Aussage betrifft, sind jedoch erhebliche Zweifel angebracht“.

<sup>593</sup> *Schilling*, Binnenmarktkollisionsrecht, S. 252.

<sup>594</sup> *Sonnenberger* in MüKo BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, EGBGB, Internationales Privatrecht, Einleitung Rn. 141.

<sup>595</sup> Vgl. *Rehm* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 66.

<sup>596</sup> *EuGH*, Urteil vom 13.05.1997 - Rs C-233/94, Tz. 64 = ZIP 1997, 1016, 1022; *Sonnenberger* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Internationales Privatrecht, Einl. Rn. 136; v. *Wilmowsky*, RabelsZ Bd. 62 (1998), 1, 12.

<sup>597</sup> v. *Wilmowsky*, RabelsZ Bd. 62 (1998), 1, 11.

Fälle, „in denen die Anwendung von Normen des Herkunftsstaats die Grundfreiheiten nicht ausschöpft; umgekehrt ist die Anwendung des Herkunftsrechts nicht immer erforderlich, um den Freiheiten genüge zu tun“<sup>598</sup>. Das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten kann sich also dahingehend auswirken, dass sich das Recht des Herkunftslands durchsetzt, muss es aber nicht<sup>599</sup>. Eine zwingende Anknüpfung an das Herkunftsland würde also dem Charakter der Niederlassungsfreiheit als grundfreiheitliches Beschränkungsverbot nicht gerecht werden<sup>600</sup>.

Darüber hinaus begegnet die Theorie von der Niederlassungsfreiheit als versteckter Kollisionsnorm weiteren Bedenken. So ist es generell fern liegend, dass der Primärrechtsgeber durch die Verträge von Rom eine detaillierte völkerrechtliche bzw. gemeinschaftsrechtliche Vereinheitlichung des Kollisionsrechts herbeiführen wollte<sup>601</sup>. Weiter liegt bestimmtem EU-Sekundärrecht teilweise eine Verwaltungssitzanknüpfung zu Grunde<sup>602</sup>. So knüpfen Art. 12 EWIV-VO<sup>603</sup> hinsichtlich der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung und Art. 6 SCE-VO<sup>604</sup> hinsichtlich der Europäischen Genossenschaft jeweils an den Ort der Hauptverwaltung an. Dieses EU-Sekundärrecht würde gegen europäisches Primärrecht verstoßen, wenn man der Niederlassungsfreiheit eine zwingende Anknüpfung an den Gründungsort entnehmen würde<sup>605</sup>. Schließlich ist auch der Rechtsprechung des EuGH selbst keine eindeutige Aussage im Hinblick auf ein Verständnis der Niederlassungsfreiheit als Kollisionsnorm zu entnehmen<sup>606</sup>. Der EuGH weist vielmehr im Gegenteil in der Entscheidung „Daily Mail“<sup>607</sup> auf die grundsätzliche Gleichrangigkeit der Anknüpfungsmerkmale des satzungsmäßigen Sitzes, der Hauptverwaltung und der Hauptniederlassung nach Art. 54 I AEUV (ex Art. 48 I EGV) hin<sup>608</sup>.

## b. Grundsatz der Gründungsanknüpfung

Im Ergebnis entscheidet der EuGH also nicht zwischen Sitz- oder Gründungstheorie<sup>609</sup>. Weder verstößt die Sitztheorie gegen die Niederlassungsfreiheit, noch ist dieser eine versteckte Kollisionsnorm zu entnehmen<sup>610</sup>. Die internationalprivatrechtliche Anknüpfung unterliegt weiterhin dem nationalen Recht, muss sich aber eben am Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit messen lassen<sup>611</sup>. Die Anerkennung von Gesellschaften ist nur geboten, weil andernfalls eine Negierung der Niederlassungsfreiheit bestehen würde. Dieses Gebot stellt selbst aber keinen kollisionsrechtlichen Anwendungsbefehl dar.

<sup>598</sup>v. *Wilmowsky*, *RabelsZ* Bd. 62 (1998), 1, 11.

<sup>599</sup>v. *Wilmowsky*, *RabelsZ* Bd. 62 (1998), 1, 12.

<sup>600</sup>Vgl. *Schilling*, *Binnenmarktkollisionsrecht*, S. 258 f.

<sup>601</sup>*Schanze/Jüttner*, *AG* 2003, 661, 665.

<sup>602</sup>Vgl. *Kindler* in *MüKo*, *BGB*, Band 11, 5. Aufl. 2010, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, Rn. 139.

<sup>603</sup>Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV).

<sup>604</sup>Verordnung (EG) NR. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE).

<sup>605</sup>Dies allerdings dann nicht, wenn man die versteckte Kollisionsnorm tatsächlich als eng begrenzte Teilregelung versteht.

<sup>606</sup>*Rehm* in *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 67; *Sonnenberger* in *MüKo*, *BGB*, Band 10, 5. Aufl. 2010, *Internationales Privatrecht*, Einl. Rn. 140; a.A. *Eidenmüller*, *NJW* 2005, 1618, der im Ergebnis der Rechtsprechung des EuGH wohl auch kein Verständnis von der Niederlassungsfreiheit als versteckte Kollisionsnorm entnimmt.

<sup>607</sup>*EuGH*, Urteil vom 27.09.1988 - Rs 81/87 (*Daily Mail*) = *NJW* 1989, 2186, 2187 f.

<sup>608</sup>*Kindler* in *MüKo*, *BGB*, Band 11, 5. Aufl. 2010, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, Rn. 140.

<sup>609</sup>*Schanze/Jüttner*, *AG* 2003, 661, 665; *Fleischer* in *Lutter*, *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*, 2005, S. 95; *Rehm* in *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 71.

<sup>610</sup>*Schanze/Jüttner*, *AG* 2003, 661, 665; *Fleischer* in *Lutter*, *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*, 2005, S. 95; *Rehm* in *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften*, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 71.

<sup>611</sup>*Horn*, *NJW* 2004, 893, 896 bezeichnet, die Auffassung, dass die Niederlassungsfreiheit weder kollisionsrechtlich neutral sei, noch eine Kollisionsnorm enthalte, als eine „vermittelnde Auffassung“.

Aus dem statuierten Gebot der gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften folgt allerdings, dass jede Anwendung inländischer Gläubigerschutzregelungen durch den Sitzstaat auf eine zuziehende Gesellschaft grundsätzlich das Potential einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit in sich trägt<sup>612</sup>. Die entscheidende und damit noch nicht beantwortete Frage ist daher, wann tatsächlich die Anwendung inländischen Rechts eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt<sup>613</sup>. Diese Frage ist umstritten, und soll ausführlich unter § 4 dieser Arbeit behandelt werden. Feststehen dürfte angesichts der Ausführungen des EuGH allerdings, dass die Niederlassungsfreiheit eine starke Einschränkung der Sitztheorie gebietet und insofern sich das Regel-Ausnahmeverhältnis von Sitz- oder Gründungsanknüpfung zu Gunsten der Gründungstheorie verschoben hat<sup>614</sup>. Insofern ließe sich von einem europarechtlichen Grundsatz der Gründungsanknüpfung sprechen. Es ist deshalb eine ganz andere Frage, ob es für den einzelnen Mitgliedsstaat sinnvoll ist, an der Sitztheorie festzuhalten. Denn sind europarechtlich zu viele Durchbrechungen der Sitztheorie geboten, könnte dies aus Sicht des Internationalen Privatrechts dazu nötigen, sie als konturenlos aufzugeben und das Recht zu ändern<sup>615</sup>.

### **3. Keine Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Scheinauslandsgesellschaft**

Neben der Frage von Sitz- und Gründungstheorie werfen die EuGH-Entscheidungen, die Zuzugs-situationen betreffen, eine weitere Frage auf. Nämlich die, ob europarechtlich zwischen anfänglicher Scheinauslandsgesellschaft und nachträglicher Scheinauslandsgesellschaft zu unterscheiden ist.

Die Entscheidungen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ betrafen alle Fälle, in denen der tatsächliche Sitz zunächst im Ausland bestand, dann aber nachträglich in den Zuzugsstaat verlegt wurde. Bei „Überseering“ wurde der tatsächliche Sitz erst Jahre nach Gründung im Zuge eines Gesellschafterwechsels verlegt. Bei „Centros“ und „Inspire Art“ sollte, auch wenn es um typische Scheinauslandsgesellschaften ging, eine Zweigniederlassung eingetragen werden; es bestand also formell schon eine Hauptniederlassung vor der Sitzverlegung. In diesen Fällen ist der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eindeutig eröffnet. Es fragt sich aber, ob der Zuzugsstaat das Gebot der gegenseitigen Anerkennung auch dann achten muss, wenn bereits im Zeitpunkt der Gesellschaftsgründung der effektive Verwaltungssitz im Inland belegen war, es also nicht um eine „nachträgliche“, sondern um eine „anfängliche“ Scheinauslandsgesellschaft geht. In diesen Fällen wird argumentiert, erfolge faktisch kein Zuzug der Gesellschaft. Mithin fehle es am für die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit erforderlichen grenzüberschreitendem Element<sup>616</sup>.

Dem ist meines Erachtens nicht zu folgen. Insbesondere der Entscheidung „Inspire Art“ lässt sich entnehmen, dass der EuGH sich diese Argumentation nicht zu eigen machen wird. Dort hat er bezugnehmend auf „Centros“ festgehalten, dass „es für die Anwendung der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit ohne Bedeutung ist, dass eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur errichtet wurde, um sich in einem zweiten Mitgliedstaat niederzulassen, in dem die Geschäftstät-

<sup>612</sup>Vgl. *Behrens* in Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. III. Rn. 134.

<sup>613</sup>*Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 313 f.

<sup>614</sup>Vgl. *Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 313.

<sup>615</sup>*Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 313.

<sup>616</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 428.

tigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich ausgeübt werden soll.<sup>617</sup> Zwar stand in „Inspire Art“ eine Zweigniederlassung und damit die sekundäre Niederlassungsfreiheit in Rede, so dass man schließen könnte, die Aussage hätte keine Bedeutung für die primäre Niederlassungsfreiheit, also für die Situation einer Gründung mit tatsächlichem Sitz im Zuzugsstaat, aber ohne vorherige Hauptniederlassung im Gründungsstaat<sup>618</sup>. Der EuGH zieht jedoch trotz des Wortlauts des Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EGV) in seiner Rechtsprechung faktisch keine Grenze zwischen primärer und sekundärer Niederlassungsfreiheit<sup>619</sup>, so dass der Schluss letztlich fehl geht. Für den EuGH ist vielmehr entscheidend, dass überhaupt eine Niederlassung gegründet wird, unabhängig davon, ob eine Hauptniederlassung in einem anderen Staat kleiner oder größer ist, oder ob es überhaupt eine Hauptniederlassung gibt<sup>620</sup>.

Auch in der Sache ist es richtig die anfängliche und die nachträgliche Scheinauslandsgesellschaft nicht unterschiedlich zu behandeln. Denn die anfängliche Divergenz zwischen Satzungssitz und tatsächlichem Sitz ist letztlich „ein Grenzfall der Sitzverlegung mit gegen Null gehender Aufenthaltszeit im Gründungsstaat“<sup>621</sup>. Schließlich wäre es ein Leichtes für Gesellschaftsgründer, einen tatsächlichen Verwaltungssitz im Gründungsstaat zum Zeitpunkt der Gründung für eine kurze Zeitspanne „künstlich“ zu erzeugen. Im Ergebnis ist der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit also auch für anfängliche Scheinauslandsgesellschaften eröffnet<sup>622</sup>. Sie müssen nur nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet worden sein und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben, Art. 54 I AEUV (ex Art. 48 I EGV).

#### 4. Keine Wegzugsfreiheit für Gesellschaften

Schließlich soll die Wegzugsituation in den Blick genommen werden. Der EuGH hat beginnend mit „Daily Mail“<sup>623</sup>, erläuternd mit „Überseering“<sup>624</sup> und mit „Cartesio“<sup>625</sup> nun endgültig feststellend, deutlich gemacht, dass zwischen der Perspektive des Wegzugsstaates und der Perspektive des Zuzugsstaates zu differenzieren ist. Zum einen muss sich das Recht des Staates, aus dem die Gesellschaft stammt, zum anderen das Recht des Staates, in das die Gesellschaft ziehen möchte, am Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit messen lassen.

Hinsichtlich der Wegzugsituation stellt der EuGH fest, dass der Niederlassungsfreiheit kein Recht auf identitätswahrende Auswanderung zu entnehmen ist. Der Mitgliedstaat könne daher an die Sitzverlegung einen Statutenwechsel knüpfen und die Gesellschaft mit ihrer Auflösung sanktionieren<sup>626</sup>. Begründen will der Gerichtshof dies damit, dass eine aufgrund einer nationalen

<sup>617</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 95 = NJW 2003, 3331, 3333.

<sup>618</sup>So Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 428.

<sup>619</sup>Rehm in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 53; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rn. 27.

<sup>620</sup>Rehm in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 53 f.; OLG Zweibrücken, NZG 2003, 537, 538.

<sup>621</sup>Eidenmüller, ZIP 2002, 2233, 2244.

<sup>622</sup>Eidenmüller, ZIP 2002, 2233, 2244; Weller, IPRax 2003, 324, 327; Leible/Hoffmann, ZIP 2003, 925, 929; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rn. 27; Hoffmann in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, Anwaltkommentar BGB, Band 1, 2005, Anh zu Art. 12 EGBGB Rn. 84; BGH, NJW 2005, 3351; OLG Frankfurt a.M., IPRax 2004, 56, 58; a.A. Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 428; unentschieden (aber noch vor „Inspire Art“) Binz/Mayer, GmbHR 2003, 249, 256; Roth in IPRax 2003, 117, 126 f.; Forsthoff in DB 2002, 2471, 2475.

<sup>623</sup>EuGH, Urteil vom 27.09.1988 - Rs 81/87 (Daily Mail) = NJW 1989, 2186.

<sup>624</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919 = NJW 2002, 3614.

<sup>625</sup>EuGH, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio) = DStR 2009, 121.

<sup>626</sup>Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 40.

Rechtsordnung gegründete Gesellschaft jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität hat<sup>627</sup>. Zwar können sich Gesellschaften auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Was aber eine Gesellschaft ist, bestimmen, mangels einheitlicher gemeinschaftsrechtlicher Definition die Mitgliedstaaten<sup>628</sup>. Insofern könne der Mitgliedstaat sowohl die Anknüpfung bestimmen, die eine Gesellschaft aufweisen muss, um als nach seinem innerstaatlichen Recht gegründet angesehen werden und damit in den Genuss der Niederlassungsfreiheit gelangen zu können, als auch die Anknüpfung, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt wird<sup>629</sup>. Der EuGH zieht hier insofern einen Vergleich mit den natürlichen Personen<sup>630</sup>. Staatsbürgern eines Mitgliedstaates stehe ein Recht auf freie Niederlassung in den anderen Mitgliedstaaten zu. Ob jedoch jemand Staatsbürger eines Mitgliedstaates sei, entscheide allein der Mitgliedstaat.

Dem wird man im Grundsatz auch zustimmen müssen. Nicht ganz unproblematisch ist hingegen die Schlussfolgerung des EuGH, der Mitgliedstaat könne nicht nur die Gründungsvoraussetzungen, sondern auch die Bestimmungen über den Fortbestand der Gesellschaft regeln, damit diese sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen könne. Nähme man den Vergleich des EuGH auf, könne es wohl kaum als zulässig erachtet werden, wenn einem sich in Deutschland niederlassen wollenden französischen Staatsbürger an der Grenze mitgeteilt würde, er dürfe Frankreich nicht verlassen und sich in Deutschland niederlassen, weil ihm anlässlich des Grenzübertretts die Staatsbürgerschaft Frankreichs entzogen werde und er sich deshalb nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen könne<sup>631</sup>. Die Argumentation des EuGH erscheint insofern zirkulär<sup>632</sup>. Entsprechend hatte *Generalanwalt Maduro* in seinen Schlussanträgen im „Cartesio“-Verfahren gewarnt, es könne unmöglich argumentiert werden, dass die Mitgliedstaaten völlig frei über „Leben und Tod“ der nach ihrem nationalen Recht gegründeten Gesellschaften verfügen können, ohne dass die Folgen für die Niederlassungsfreiheit zu berücksichtigen wären<sup>633</sup>. Den Mitgliedstaaten würde sonst der „Freibrief“ erteilt, nach Belieben die „Todesstrafe“ über eine nach ihrem Recht gegründete Gesellschaft zu verhängen, nur weil diese sich zur Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit entschliesse<sup>634</sup>.

Darüber hinaus erscheint auch die Unterscheidung zwischen Wegzug und Zuzug mit der Folge eines Gewährleistungsgefälles selbst zweifelhaft<sup>635</sup>. Denn von welchem Staat eine Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Verkehrs ausgeht, ist funktional für die Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit unerheblich<sup>636</sup>. Es wäre daher sinnlos, dem Zuzugsstaat die Anerkennung des identitätswahrenden Umzugs aufzugeben, dem Wegzugsstaat aber die Auflösung zu erlauben<sup>637</sup>. Zudem hat der EuGH in der (steuerrechtlichen) Sache „Hughes de Lasteyrie du Saillant“ selbst entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit zwar insbesondere die Inländergleichbehandlung im Aufnahmemitgliedstaat sichern soll, es jedoch auch verbietet, dass

---

<sup>627</sup>EuGH, Urteil vom 27.09.1988 - Rs 81/87 (Daily Mail), Tz. 19 = NJW 1989, 2186, 2187; EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 67 = NJW 2002, 3614, 3615; EuGH, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 67 = DStR 2009, 121, 124.

<sup>628</sup>EuGH, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 109 = DStR 2009, 121, 127.

<sup>629</sup>EuGH, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 110 = DStR 2009, 121, 127.

<sup>630</sup>EuGH, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 109 = DStR 2009, 121, 127.

<sup>631</sup>Vgl. auch *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58, 59.

<sup>632</sup>*Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 545, 546.

<sup>633</sup>*GA Maduro*, Schlussanträge vom 22.05.2008 – C-210/06 (Cartesio), Tz. 31 = NZG 2008, 498, 504.

<sup>634</sup>*GA Maduro*, Schlussanträge vom 22.05.2008 – C-210/06 (Cartesio), Tz. 31 = NZG 2008, 498, 504.

<sup>635</sup>*Behme/Nohlen*, BB 2009, 13; deutlicher *Stewen*, FR 2010, 18, 22; *Otte*, EWS, 38, 39.

<sup>636</sup>*Behme/Nohlen*, BB 2009, 13.

<sup>637</sup>*Kußmaul/Richter/Ruiner*, EWS 2009, 1, 5.

der Herkunftsmitgliedstaat die Niederlassung seiner Staatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat behindert<sup>638</sup>.

Letztlich ist eine pauschale Kritik an einer grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Wegzug und Zuzug aber wohl nicht aufrechtzuerhalten. Dem EuGH ist zuzugeben, dass eine Gesellschaft eben ein Rechtsprodukt eines Mitgliedstaates ist und sich insofern unterschiedliche Anforderungen hinsichtlich Ein- und Auswanderung ergeben. Letztlich folgt er jedenfalls zu Recht der Ansicht, dass eine Gesellschaft Rechtspersönlichkeit nicht durch „tatsächliches Bestehen“, sondern durch die Erfüllung staatlich gesetzter Bedingungen (System der Normativbestimmungen) oder durch eine staatliche Zuerkennung (Konzessionssystem) erlangt<sup>639</sup>. Ob eine Gesellschaft also „ins Leben gerufen wurde“ und sich deshalb erst auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, muss der Mitgliedstaat entscheiden können. Und auch der Verweis auf das Urteil „Hughes de Lasteyrie du Saillant“ ist nicht wirklich weiterführend, betraf die Entscheidung doch eine natürliche Person und ist der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit für die Gesellschaft nach der Argumentation des EuGH doch schon gar nicht eröffnet<sup>640</sup>. Zudem hält der EuGH auch nicht per se jede Behinderung durch den Wegzugsstaat für zulässig.

Der EuGH stellt für Wegzugskonstellationen, dies macht „Cartesio“ ebenso deutlich und wird durch die Entscheidung „Vale“<sup>641</sup> bestätigt, nämlich jedenfalls kein „Freifahrtsschein“ für die Mitgliedstaaten aus. Dass ein Verbot der identitätswahrenden Sitzverlegung durch den Wegzugsstaat niederlassungsrechtlich unbedenklich ist, bedeutet nicht, dass jedwede Behinderung der freien Niederlassung durch den Wegzugsmitgliedstaat gestattet ist. Vielmehr ist von der identitätswahrenden Sitzverlegung der Fall der Sitzverlegung unter Änderung des maßgeblichen Gesellschaftsstatuts und unter Umwandlung in eine Gesellschaftsform des Rechts des neuen Sitzes zu unterscheiden<sup>642</sup>. Soweit nach dem Zuzugsstaat eine Umwandlung möglich ist, sind Beschränkungen der Sitzverlegung, etwa durch Geltendmachung bestimmter Schutzregelungen zu Gunsten von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und zur Aufrechterhaltung der deutschen Mitbestimmung<sup>643</sup> am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu messen und daher rechtfertigungsbedürftig<sup>644</sup>. Die Sitzverlegung unter Änderung des Gesellschaftsstatuts mit Auflösung und Liquidation zu sanktionieren, ist etwa nicht zu rechtfertigen<sup>645</sup>.

Der Schwachpunkt der Argumentation des EuGH, von der mitgliedstaatlichen Kompetenz zur Regelung der Gründung und des Fortbestandes einer Gesellschaft auf die Kompetenz zur Entziehung ihrer Existenz bei Grenzübertritt zu schließen, aber bleibt<sup>646</sup>. Es ist nur schwer nachvollziehbar, dass die Sanktion der Auflösung gerade anlässlich des Grenzübertritts keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit sein soll. Ihre innere Rechtfertigung muss die Begründung des EuGH daher wohl allein aus der Tatsache ziehen, dass die Rechtsordnung einer

---

<sup>638</sup>EuGH, Urteil vom 11.03.2004 - C-9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant/Ministère d l'Économie, des Finances et de l'Industrie), Tz. 42 = NJW 2004, 2439.

<sup>639</sup>Zimmer, BB 2003, 1, 2.

<sup>640</sup>Zimmer/Naendrup, NJW 2009, 545, 546; Rehm in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 61.

<sup>641</sup>EuGH, Urteil vom 12.07.2012 – C-378/10 (Vale) = NZG 2012, 871.

<sup>642</sup>EuGH, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 111 = DStR 2009, 121, 127.

<sup>643</sup>Teichmann, ZIP 2009, 393, 402 f.

<sup>644</sup>EuGH, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 113 = DStR 2009, 121, 127.

<sup>645</sup>EuGH, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 112 = DStR 2009, 121, 127.

<sup>646</sup>Knof/Mock, ZIP 2009, 30, 32; Rehm in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 2 Rn. 63; Knop, DZWIR 2009, 147, 150; Grohmann, DZWIR 2009, 322, 328; die Argumentation des EuGH im Ergebnis auch ablehnend Paefgen, WM 2009, 529, 533 f.; a.A. Bollacher, RIW 2009, 150, 153; Sethe/Winzer, WM 2009, 536, 538.

Gesellschaft Grundlage ihrer Existenz ist<sup>647</sup>. Denn insofern besteht eben auch ein Unterschied zu natürlichen Personen, weil diese außerhalb ihrer Rechtsordnung Realität haben und ihre Existenz nicht von der Staatsangehörigkeit abhängt<sup>648</sup>.

Im Ergebnis ist die Rechtsprechung des EuGH zu den Wegzugssituationen im Gegensatz zu denen der Zuzugssituationen jedenfalls aber unstrittig. Die Rechtsprechung mag in der Sache selbst kritisiert werden, ihre Folgerungen für das Internationale Privatrecht der Mitgliedsstaaten sind eindeutig. Die Mitgliedsstaaten können die Verlegung des tatsächlichen Sitzes „ihrer“ Gesellschaften in andere Mitgliedsstaaten als Statutenwechsel werten und so den Wegzug verhindern. Insofern können sie ihr Internationales Privatrecht niederlassungsrechtlich unbedenklich gestalten.

## 5. Implikationen der fehlenden Wegzugsfreiheit für die Zuzugsfreiheit

Die Rechtsprechung des EuGH zur Wegzugsfreiheit von Gesellschaften führt dazu, dass Staaten, in die eine Gesellschaft ziehen möchte, diese Gesellschaft nicht anzuerkennen brauchen, soweit der Herkunftsstaat den identitätswahrenden Wegzug selbst verbietet<sup>649</sup>. Denn eine Negierung der Niederlassungsfreiheit kann nicht erfolgen, weil diesen Gesellschaften schon keine Niederlassungsfreiheit zukommt. Wird schon nach dem Recht des Herkunftsstaats die tatsächliche Sitzverlegung mit einem Statutenwechsel „sanktioniert“, will der Herkunftsstaat also selbst sein Recht schon nicht angesehen wissen, kann auch der Herkunftsstaat nicht zur Anerkennung dieser Gesellschaften gezwungen werden.

## IV. Keine Aufgabe der Leitentscheidungen durch die Entscheidung „Vale“

Am 12.07.2012 erging die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Vale“<sup>650</sup>. Der Sache nach bestätigte und präziserte der EuGH in dieser Entscheidung seine in „Cartesio“ obiter dicta vorgenommenen Ausführungen zur Formwechselfreiheit von Gesellschaften<sup>651</sup>. In der Entscheidung ging es also nicht um eine Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes unter Beibehaltung des Gründungsstatuts, sondern um eine Sitzverlegung unter Änderung des Gesellschaftsstatuts durch Umwandlung in eine Rechtsform des Zuzugsstaates<sup>652</sup>. Bedeutung für die hier interessierende Fragestellung der tatsächlichen Sitzverlegung unter Wahrung der Rechtsform hat die Entscheidung „Vale“ aber insofern, als Stimmen in der Literatur in ihr nicht weniger als eine Abkehr von der Rechtsprechung in Sachen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ erkennen wollen<sup>653</sup>, bzw. das Ende der Möglichkeit zur Gründung von Scheinauslandsgesellschaften<sup>654</sup>.

<sup>647</sup>Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 40; Zimmer/Naendrup, NJW 2009, 545, 546; Sethe/Winzer, WM 2009, 536, 538; vgl. OLG München, Beschluß vom 4. 10. 2007 - 31 Wx 36/07 = NZG 2009, 915; Weller, DStR 2004, 1218, 1219.

<sup>648</sup>Zimmer/Naendrup, NJW 2009, 545, 546 f.; Sethe/Winzer, WM 2009, 536, 538.

<sup>649</sup>Vgl. Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 41, 178; Altmeyden in MüKo, AktG, 2. Aufl. 2006, Band 9b, Europäische Niederlassungsfreiheit, 2. Kapitel, Rn. 171 f.; Leible/Hoffmann, RIW 2002, 925, 931; Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 428; Paefgen, WM 2003, 561, 568; Weller, IPRax 2003, 1324, 1327; a.A. Wertenbruch, NZG 2003, 618, 619 (allerdings noch vor „Cartesio“).

<sup>650</sup>EuGH, Urteil vom 12.07.2012 – C-378/10 (Vale) = NZG 2012, 871.

<sup>651</sup>Bayer/Schmidt, ZIP 2012, 1481.

<sup>652</sup>Vgl. die Ausführungen zur „Cartesio“-Entscheidung in § 3 B. II. 2. c.

<sup>653</sup>So Böttcher/Kraft, NJW 2012, 2701.

<sup>654</sup>Roth, ZIP 2012, 1744; König/Bormann, NZG 2012, 1241.

Ausgangspunkt der Auffassung dieser Autoren ist die Tatsache, dass der EuGH in dem Urteil *Vale*<sup>655</sup> unter Bezugnahme auf die Entscheidung „Cadbury Schweppes“<sup>655</sup> klarstellt, dass der Niederlassungsbegriff im Sinne der Art. 49, 54 AEUV die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat auf unbestimmte Zeit impliziert<sup>656</sup>. Bereits der dies feststellenden steuerrechtlichen Sache „Cadbury Schweppes“ hat *Roth* entnommen, dass der EuGH seine grundsätzlich liberale Linie in Bezug auf Scheinauslandsgesellschaften aufgegeben habe<sup>657</sup>. Mit der Übertragung auf einen genuin gesellschaftsrechtlichen Sachverhalt habe der EuGH diese Linie nun bestätigt<sup>658</sup>.

Die Autoren dieser Ansicht erkennen zwar an, dass die Aussage im Urteil „Vale“, wonach die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit eine tatsächliche wirtschaftliche Betätigung voraussetzt, sich nur auf den Zuzugs- bzw. den Aufnahmestaat bezieht, vertreten aber die Auffassung, dass der Niederlassungsbegriff nur „einheitlich“ ausgelegt werden könne<sup>659</sup>. In diesem Sinne meinen sie, dass sich eine Gesellschaft, die sich mangels tatsächlicher wirtschaftlicher Betätigung im Gründungsstaat nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, auch nicht gegenüber anderen Staaten auf die Niederlassungsfreiheit berufen könne. Vielmehr dürfe, wie sich auch aus der Fallkonstellation in „Cadbury Schweppes“ ergebe, der Zuzugsstaat einer Gesellschaft die Anerkennung verweigern, wenn diese im Gründungsstaat keinen realwirtschaftlichen Bezug habe<sup>660</sup>.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass das Erfordernis einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit keineswegs neu ist. Bereits in den Entscheidungen „Factortame“<sup>661</sup> und „Kommission/Vereinigtes Königreich“<sup>662</sup> hat der EuGH diese Voraussetzung aufgestellt, so dass schon insofern die Entscheidungen „Vale“ und „Cadbury Schweppes“ keinesfalls als spektakuläre Abkehr von der Rechtsprechung in Sachen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ gelten können.

Weiter dürfte es als einigermaßen merkwürdig bezeichnet werden können, wenn der EuGH seine Rechtsprechung zur Anerkennung von Scheinauslandsgesellschaften ohne eine klarstellendes Wort - gewissermaßen durch die Hintertür - aufgegeben hätte. Selbst bei unterschiedlicher Besetzung<sup>663</sup> dürfte ihm nicht verborgen geblieben sein, dass seine Rechtsprechung zu einer erheblichen Anzahl von Scheinauslandsgesellschaften in Europa geführt hat, die von einer derartigen Rechtsprechungsänderung in geradezu existenzieller Weise betroffen wären.

Unabhängig davon kann den Autoren, die bereits das Ende der europäischen Scheinauslandsgesellschaften eingeleitet sehen, aber auch in der Sache nicht gefolgt werden. Denn weder kann aus der Entscheidung „Vale“, noch aus der Entscheidung „Cadbury Schweppes“ eine entsprechende Auffassung des EuGH geschlussfolgert werden.

Es ist schon nicht nachvollziehbar, inwiefern im Sinne einer „einheitlichen Auslegung“ der Niederlassungsfreiheit gefolgert werden kann, dass sich eine Gesellschaft im Gründungsstaat auf die Niederlassungsfreiheit berufen können muss, um auch in anderen Staaten in den Genuss der

<sup>655</sup> *EuGH*, Urteil vom 12.09.2006 – Rs C-196/04 (Cadbury Schweppes).

<sup>656</sup> *EuGH*, Urteil vom 12.07.2012 – C-378/10 (Vale), Tz 34.

<sup>657</sup> *Roth*, *EuZW* 2010, 607.

<sup>658</sup> *Roth*, *ZIP* 2012, 1744; *König/Bormann*, *NZG* 2012, 1241; *Böttcher/Kraft*, *NJW* 2012, 2701.

<sup>659</sup> So *König/Bormann*, *NZG* 2012, 1241, 1242 mit Bezug auf *Roth*, *ZIP* 2012, 1744.

<sup>660</sup> *König/Bormann*, *NZG* 2012, 1241, 1243; *Roth*, *ZIP* 2012, 1744.

<sup>661</sup> *EuGH*, Urteil vom 25.07.1991 – C-221/89 (Factortame), Tz 20.

<sup>662</sup> *EuGH*, Urteil vom 04.10.1991 – C-246/89 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Tz 21.

<sup>663</sup> Hierauf weist *Roth*, *ZIP* 2012, 1744, 1745 hin.

Niederlassungsfreiheit kommen zu können. Im Gegenteil: der EuGH bestätigt in „Vale“ gerade seine bisherige Rechtsprechung, wonach in Ermangelung einer einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Definition der Gesellschaften das nationale Recht darüber entscheidet, ob eine Gesellschaft entsteht, die sich in anderen Staaten auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann<sup>664</sup>. Das Europarecht und insbesondere die Niederlassungsfreiheit haben auf diese Frage nach Ansicht des EuGH selbst keinen Einfluss. Entsteht nach dem Recht eines Mitgliedstaats eine Gesellschaft auch ohne tatsächliche wirtschaftliche Betätigung in diesem Staat, entsteht ein Subjekt, das sich nach Art. 54 AEUV nicht anders als eine natürliche Person in anderen Staaten niederlassen kann<sup>665</sup>. Aus „Vale“ kann also gerade nicht gefolgert werden, dass sich eine Gesellschaft im Zuzugsstaat nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, weil sie sich nicht im Gründungsstaat auf sie berufen kann.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung „Cadbury Schweppes“. Deren Fallkonstellation kann schon nicht ohne weiteres auf die Fragestellung bei einer Scheinauslandsgesellschaft übertragen werden. In der Sache „Cadbury Schweppes“ gründete eine englische Muttergesellschaft zwei Briefkastengesellschaften in Irland, um dorthin Gewinne auszulagern und von der dort günstigeren Steuerlage zu profitieren. Der EuGH entschied, dass die englischen Vorschriften, die eine Besteuerung in England sicher stellen sollten, nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen. Zwar würden die Art. 49, 54 AEUV das Recht zur Gründung von Tochtergesellschaften gewähren, und auch sei das Vorhaben, durch Gründung von Tochtergesellschaften in den Genuss von Steuervorteilen zu kommen, nicht per se missbräuchlich; die Niederlassungsfreiheit setzte aber eben eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit im Aufnahmestaat voraus<sup>666</sup>. Gegenstand des Verfahrens war also allein die Niederlassungsfreiheit der Muttergesellschaft, nicht die der irischen Briefkastengesellschaften<sup>667</sup>. Letztere hatten sich weder im Ausland niedergelassen, noch waren sie einer Beschränkung unterworfen.

Insofern ist dann auch der Hinweis von *Roth* nicht weiterführend, dass der springende Punkt bei der Frage der Anerkennung von Scheinauslandsgesellschaften die Gründung der Gesellschaft im Gründungsstaat als Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit durch ihre Gründer sei<sup>668</sup>. Denn es geht nicht um die Niederlassungsfreiheit der Gründer, sondern um die der gegründeten Gesellschaft. Ist diese – unabhängig von der Niederlassungsfreiheit ihrer Gründer – in einem Staat wirksam gegründet worden, ist sie nach Auffassung des EuGH grundsätzlich auch Subjekt, das sich nach Art. 54 AEUV in einem anderen Staat wie natürliche Personen auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann.

Im Ergebnis hat der EuGH mit der Entscheidung „Vale“ also lediglich klargestellt, dass sich eine reine Briefkastengesellschaft, also eine Gesellschaft, die weder im Gründungsstaat noch im Zuzugsstaat einer tatsächlichen wirtschaftlichen Betätigung nachgeht, im Zuzugsstaat nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann und folglich auch von diesem nicht anerkannt werden muss. Eine Abkehr von den Leitentscheidungen des EuGH zur Anerkennung von Scheinauslandsgesellschaften geht mit der Entscheidung „Vale“ jedoch nicht einher.

---

<sup>664</sup>EuGH, Urteil vom 12.07.2012 – C-378/10 (Vale), Tz 27 – 29.

<sup>665</sup>Vgl. *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 670.

<sup>666</sup>EuGH, Urteil vom 12.09.2006 – Rs C-196/04 (Cadbury Schweppes), Tz. 37, 54.

<sup>667</sup>Hierauf hinweisend bereits *Teichmann*, ZGR 2011, 639, 671.

<sup>668</sup>*Roth*, ZIP 2012, 1744, 1745.

## V. Die Reaktion des deutschen Rechtsprechung

Wie ausgeführt, unterliegt das Internationale Gesellschaftsrecht nach den Leitentscheidungen des EuGH weiterhin dem nationalen Recht, muss sich aber an der Niederlassungsfreiheit messen lassen. Im folgenden soll daher nun auf die Reaktion der deutschen Rechtsprechung auf die Urteile des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften eingegangen werden.

### 1. Anerkennung der Gründungstheorie für EU-Gesellschaften in Zuzugssituationen

#### a. Grundsatz

Der BGH hat auf seine Vorlagefrage in Sachen „Überseering“, ob es die Niederlassungsfreiheit gebiete, die Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Gründungsrecht zu beurteilen, durch eine „Rechtsanwendung, die nicht zu der beanstandeten Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führt“ reagiert<sup>669</sup>. Die Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft hat er daher nach ausländischem Recht beurteilt<sup>670</sup>. Da die Sitztheorie im Vorlageverfahren nicht per se „auf dem Prüfstand“ stand<sup>671</sup>, hat der BGH verständlicherweise Ausführungen zur generellen Anwendung von Sitz- oder Gründungstheorie vermieden. Da aber spätestens seit „Inspire Art“ eindeutig ist, dass ein Grundsatz der Gründungsanknüpfung gilt, stellt sich die Frage, ob eine grundsätzliche Geltung der Sitztheorie überhaupt noch sinnvoll ist. Denn sind wegen des Grundsatzes der Gründungsanknüpfung zu viele Durchbrechungen der Sitztheorie geboten, könnte es aus Sicht des deutschen Internationalen Privatrechts erforderlich sein, sie als konturenlos aufzugeben<sup>672</sup>.

Der BGH hat in seinen Folgeentscheidungen zum Internationalen Gesellschaftsrecht, die Zuzugssituationen von EU-Gesellschaften betrafen, zunächst zurückhaltend formuliert. So hat er in einer Entscheidung aus dem Jahre 2005 ausgeführt, dass eine EU-Auslandsgesellschaft „in der Rechtsform anzuerkennen [sei], in der sie gegründet wurde“<sup>673</sup>. Im selben Jahr urteilte er in einer anderen Entscheidung zwar schon, dass „aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit“ zugleich folge, „dass deren Personalstatut auch in Bezug auf die Haftung für in ihrem Namen begründete rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten einschließlich der Frage nach einer etwaigen diesbezüglichen persönlichen Haftung ihrer Gesellschafter oder Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftsgläubigern maßgeblich“ sei<sup>674</sup>. Gleichzeitig machte er aber deutlich, dass „zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger u.a. unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen“ die Anwendung nationalen Rechts rechtfertigen könnten<sup>675</sup>. In seiner Entscheidung „Trabrennbahn“<sup>676</sup> wurde er dann aber deutlich. Bezugnehmend auf die vorgenannten Entscheidungen, formulierte der BGH, dass er sich für zuziehende EU-Auslandsgesellschaften „der so genannten Gründungstheorie angeschlossen“ hat<sup>677</sup>. Dies wird man nur so interpretieren können, dass er im Hinblick auf die Einheitstheorie sämtliche gesellschaftsrechtliche Fragen für zuziehende EU-Auslandsgesellschaften einheitlich anknüpfen möchte, selbst wenn ihm bewusst sein dürfte, dass dies

<sup>669</sup>BGH, NJW 2003, 1461.

<sup>670</sup>Zur Frage der Parteifähigkeit sogleich.

<sup>671</sup>Vgl. Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 40

<sup>672</sup>Bitter in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 313.

<sup>673</sup>BGH, NJW 2005, 3351.

<sup>674</sup>BGH, NJW 2005, 1648, 1649.

<sup>675</sup>BGH, NJW 2005, 1648, 1649.

<sup>676</sup>BGH, Urteil vom 27. 10. 2008 - II ZR 158/06 (OLG Hamm) „Trabrennbahn“ = NJW 2009, 289.

<sup>677</sup>BGH, Urteil vom 27. 10. 2008 - II ZR 158/06 (OLG Hamm) „Trabrennbahn“ Tz. 19 = NJW 2009, 289, 290; vgl. auch Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil v. 15.07.2009 – Az. 3 U 146/08.

europarechtlich nicht unbedingt geboten ist. Gestützt wird dies auch durch eine andere Entscheidung, die eine in Singapur gegründete Gesellschaft betraf, in der er gleichsam negativ feststellte: „Die Sitztheorie hat der BGH nur für die Bereiche aufgegeben, in denen nach ausländischem Recht gegründete Kapitalgesellschaften im Inland Niederlassungsfreiheit genießen.“<sup>678</sup>

### **b. Ausnahme: Achtung der Parteifähigkeit nach der lex fori?**

Der EuGH hat in „Überseering“ ausdrücklich geurteilt, dass der Mitgliedstaat nicht nur die Rechtsfähigkeit, sondern auch die Parteifähigkeit nach dem Gründungsrecht zu achten hat<sup>679</sup>. Der BGH geht im Folgeverfahren zu „Überseering“ darüber jedoch hinweg, da er die Parteifähigkeit der Gesellschaft nach der lex fori, also nach deutschem Prozessrecht beurteilt, wenn er der Gesellschaft Parteifähigkeit nach § 50 ZPO zukommen lässt<sup>680</sup>. Auch in nachfolgenden Verfahren hat sich der BGH darauf beschränkt, nur noch von der Achtung der Rechtsfähigkeit, nicht aber von der Achtung der Parteifähigkeit zu sprechen<sup>681</sup>. Diese Ansicht dürfte im Ergebnis nicht aufrecht zu halten sein<sup>682</sup>. Ganz abgesehen davon, dass es im deutschen Recht streitig ist, ob die Parteifähigkeit einer ausländischen juristischen Person danach zu beurteilen ist, ob sie nach einer eigenen prozessualen Kollisionsnorm oder aber nach ihrem Personalstatut parteifähig ist<sup>683</sup>, widerspricht es eindeutig dem Wortlaut der EuGH-Entscheidung. Allenfalls soweit es an separaten Regelungen im Heimatrecht über die Parteifähigkeit fehlt, dürfte es gerechtfertigt sein, die Parteifähigkeit nach § 50 ZPO zu bejahen, wenn die Gesellschaft nach ihrem Heimatrecht rechtsfähig ist<sup>684</sup>.

### **c. Ausnahme: Anwendung der Sitztheorie bei EU-Gesellschaften, deren Gründungsrecht den Wegzug verbietet?**

Der Rechtsprechung des BGH, dass er sich für zuziehende EU-Auslandsgesellschaften „der so genannten Gründungstheorie angeschlossen“ hat<sup>685</sup>, ist vom Wortlaut her zu entnehmen, dass die Gründungstheorie ausnahmslos für alle EU-Gesellschaften Geltung beanspruchen soll. Angesichts der Rechtsprechung des EuGH, dass Gesellschaften schon gar keine Niederlassungsfreiheit zukommt, wenn der Herkunftsstaat die tatsächliche Sitzverlegung mit Auflösung sanktioniert, ist diese Interpretation der BGH-Rechtsprechung aber keineswegs zwingend. Es stellt sich daher die Frage, ob der BGH die Gründungstheorie auch bei den EU-Gesellschaften angewendet sehen möchte, deren Gründungsrecht den Wegzug verbietet, die sich faktisch dennoch in Deutschland niederlassen.

Explizit hat der BGH diese Frage jedenfalls nicht beantwortet. Meines Erachtens spricht aber viel dafür, dass er in einem solchen Fall, man denke etwa in Anlehnung an „Cartesio“ an eine ungarische Gesellschaft mit tatsächlichem Sitz in Deutschland, sich für die Geltung der Sitztheorie entscheiden würde<sup>686</sup>. Zum einen ist auf Grund der EuGH-Rechtsprechung die Anerkennung der

<sup>678</sup>BGH, Beschluss vom 08.10.2009 - IX ZR 227/06 = BeckRS 2009, 28205.

<sup>679</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 95 = NJW 2002, 3614, 3617.

<sup>680</sup>BGH, NJW 2003, 1461, 1462.

<sup>681</sup>BGH, NJW 2005, 1648, 1649; BGH, Urteil vom 27. 10. 2008 - II ZR 158/06 (OLG Hamm) „Trabrennbahn“ Tz. 19 = NJW 2009, 289, 290.

<sup>682</sup>Weller, IPRax, 324, 327; Wagner in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, S. 228 f.

<sup>683</sup>Rehm in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 5 Rn. 126.

<sup>684</sup>Rehm in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, 1. Aufl. 2004, § 5 Rn. 126.

<sup>685</sup>BGH, Urteil vom 27. 10. 2008 - II ZR 158/06 (OLG Hamm) „Trabrennbahn“ Tz. 19 = NJW 2009, 289, 290; vgl. auch Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil v. 15.07.2009 – Az. 3 U 146/08.

<sup>686</sup>Von der Weitergeltung für diese Fälle der Sitztheorie ausgehend auch Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Systematische Darstellung 2, Rn. 70; Spahlinger in Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, Rn. 208 ff.; Weller, IPRax 2003, 324, 327.

Gesellschaft nicht geboten, wenn der Herkunftsstaat die identitätswahrende Sitzverlegung verbietet<sup>687</sup>. Zum anderen geht der BGH, was die Anwendung der Gründungstheorie betrifft, sehr restriktiv vor. Er befürwortet gerade keinen allgemeinen Wechsel zur Gründungstheorie<sup>688</sup>. Schließlich hat der BGH in der eine in Singapur gegründete Gesellschaft betreffenden Entscheidung festgestellt, dass „die Sitztheorie [...] nur für die Bereiche aufgegeben [wurde], in denen nach ausländischem Recht gegründete Kapitalgesellschaften im Inland Niederlassungsfreiheit genießen.“<sup>689</sup> Nach Auffassung des EuGH genießen die Gesellschaften, deren Gründungsstaat den Wegzug verbietet aber gerade keine Niederlassungsfreiheit.

Letztlich dürfte diese Frage aber grundsätzlich ohne Bedeutung sein. Denn die europäischen Staaten, die den identitätswahrenden Wegzug verbieten, dürften der Sitztheorie folgen. Wegen des Renvoi nach Art. 4 I 2 EGBGB würde dann aber auch bei Geltung der Gründungstheorie in Deutschland auf deutsches Recht zurückverwiesen werden, so dass jedenfalls die Anwendung deutschen Sachrechts das Ergebnis wäre<sup>690</sup>. Die ausländische EU-Gesellschaft, die im eigenen Gründungsstaat nicht anerkannt wäre, wäre dann auch nach deutschem Recht nur OHG oder GbR, nicht jedoch eine Gesellschaft ausländischen Rechts. Der Fall, dass eine ausländische Gesellschaft mit Sitz in Deutschland im Herkunftsland nicht anerkannt würde, in Deutschland jedoch schon, würde also jedenfalls nicht eintreten.

## 2. Beibehaltung der Sitztheorie für Drittstaaten

Für Drittstaaten, also für Staaten, die nicht dem Gewährleistungsbereich der europäischen Niederlassungsfreiheit unterliegen, belässt es der BGH bei der Geltung der Sitztheorie<sup>691</sup>. In der Entscheidung „Trabrennbahn“ führt er dazu aus, er sehe für eine Schweizer Gesellschaft „keinen Anlass“ von den „allgemeinen Regeln des deutschen Privatrechts“ abzusehen<sup>692</sup>. Insbesondere wolle er durch eine Rechtsprechungsänderung dem Willen des Gesetzgebers im Hinblick auf den Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht<sup>693</sup> nicht vorgreifen<sup>694</sup>. Eine Schein-auslandsgesellschaft aus einem Drittstaat sei in Deutschland allerdings als offene Handelsgesellschaft oder Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu behandeln<sup>695</sup>.

## 3. Beibehaltung der Sitztheorie für Wegzugssituationen

Nach den Urteilen „Daily Mail“, „Überseering“ und „Cartesio“ ist es dem Wegzugsstaat erlaubt, die identitätswahrende Sitzverlegung einer Gesellschaft ins Ausland mit Auflösung und Liquidation zu sanktionieren. Da auch insofern die Niederlassungsfreiheit nicht berührt wird, hat sich die deutsche Rechtsprechung auch für diese Konstellation für die Beibehaltung der Sitztheorie ausgesprochen<sup>696</sup>.

---

<sup>687</sup>Siehe oben § 3 B. III. 5.

<sup>688</sup>Dazu sogleich.

<sup>689</sup>BGH, Beschluss vom 08.10.2009 - IX ZR 227/06 = BeckRS 2009, 28205.

<sup>690</sup>a.A. wohl Brödermann/Wegen, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, IntGesR, Rn. 17.

<sup>691</sup>BGH, Urteil vom 27. 10. 2008 - II ZR 158/06 (OLG Hamm) „Trabrennbahn“ Tz. 19 = NJW 2009, 289, 290; vgl. auch OLG Hamburg, Zwischenurteil v. 30.03.2007 Az.: 11 U 231/04; BayObLG, Beschluss v. 20.02.2001 Az.: 1Z AR 160/02.

<sup>692</sup>BGH, Urteil vom 27. 10. 2008 - II ZR 158/06 (OLG Hamm) „Trabrennbahn“ Tz. 21 = NJW 2009, 289, 290.

<sup>693</sup>Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 07.01.2008 (abrufbar unter <http://gesetzgebung.beck.de/news/internationales-privatrecht-der-gesellschaften>).

<sup>694</sup>BGH, Urteil vom 27. 10. 2008 - II ZR 158/06 (OLG Hamm) „Trabrennbahn“ Tz. 22 = NJW 2009, 289, 291.

<sup>695</sup>BGH, Urteil vom 27. 10. 2008 - II ZR 158/06 (OLG Hamm) „Trabrennbahn“ Tz. 23 = NJW 2009, 289, 291; BGH, NJW 2002, 3539.

<sup>696</sup>OLG München, NZG 2007, 915; BayObLG, Beschluss v. 11.02.2004, Az.: 3Z AR 175/03.

## C. Änderung durch das MoMiG: Wegzugsfreiheit für deutsche GmbHs

In Folge der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit kam es in Deutschland wie eingangs ausgeführt zu einem verstärkten Auftreten von Scheinauslandsgesellschaften. Insbesondere die englische private limited company feierte einen „Siegesszug“<sup>697</sup>. Der deutsche Gesetzgeber reagierte mit dem MoMiG auf die zunehmende Konkurrenz der GmbH in zweierlei Hinsicht. Zum einen entwarf er mit der Unternehmergesellschaft (UG) eine Rechtsformvariante der GmbH, die ähnlich wie die Limited ein Stammkapital von lediglich einem Euro benötigt<sup>698</sup>. Zum anderen strich er § 4a II GmbHG, nach dem der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft am inländischen Satzungssitz zu sein hatte, ersatzlos. Der Gesetzgeber wollte hiermit deutschen GmbHs ermöglichen, ihren tatsächlichen Sitz im Ausland zu nehmen und „ein *level playing field*, also gleiche Ausgangsbedingungen gegenüber vergleichbaren Auslandsgesellschaften“ schaffen<sup>699</sup>. Ob dem Gesetzgeber dies durch die Streichung des § 4a II GmbHG gelungen ist, wird in der Literatur bezweifelt<sup>700</sup>. Es mache den Eindruck, „als hätte der Gesetzgeber schlicht die Unterscheidung zwischen materiellrechtlicher und kollisionsrechtlicher Ebene verkannt und versucht, eine kollisionsrechtliche Fragestellung durch eine materiellrechtliche Norm zu regeln“<sup>701</sup>.

### I. Auswirkung der Änderung des § 4a GmbHG

Zunächst sind daher die Auswirkungen der Änderung von § 4a GmbHG in den Blick zu nehmen. Beginnend ist hierzu festzuhalten, dass durch die Streichung des § 4a II GmbHG a.F. das Erfordernis einer Übereinstimmung von tatsächlichem Sitz und Satzungssitz entfallen ist. Damit ist zwar immer noch nicht positiv-rechtlich geregelt, dass eine deutsche GmbH auch ihren effektiven Verwaltungssitz im Ausland nehmen darf. Da aber ebenfalls keine Unzulässigkeit der Verwaltungssitznahme im Ausland geregelt wurde, muss ausweislich der Gesetzesmaterialien von der Zulässigkeit der Verwaltungssitzverlegung ausgegangen werden<sup>702</sup>.

Selbst wenn man das Übereinstimmungserfordernis nicht aus § 4a II GmbHG a.F., sondern wie die Rechtsprechung vor Einführung der Norm aus Wertungsgesichtspunkten ableitet, bleibt hierfür kein Raum mehr<sup>703</sup>. Denn hinter dem Gebot der Deckungsgleichheit von tatsächlichem Sitz und Satzungssitz stand das Bestreben den Gläubigerzugriff und die amtliche Zustellung zu gewährleisten. Beidem wurde aber mit der Einführung einer inländischen Geschäftsanschrift, die zwingend im Handelsregister einzutragen ist, §§ 8 IV Nr. 1, 10 I 1 GmbHG n.F., genüge getan<sup>704</sup>.

Dies hat zur Folge, dass aus deutscher Sicht auf sachrechtlicher Ebene kein Wegzugshindernis mehr besteht. Nach der grundsätzlich geltenden Sitztheorie wäre für die Bestimmung des Perso-

<sup>697</sup>Volb, Die Limited, 2. Aufl. 2010, Rn. 1.

<sup>698</sup>Miras in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 5a Rn. 4 ff.

<sup>699</sup>MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007 (BT-Drs. 16/6140), S. 29.

<sup>700</sup>Vgl. nur Kindler, IPRax 2009, 189, 198; Heckschen, DStR 2009, 166, 168.

<sup>701</sup>Teichmann, ZIP 2007, 1581, 1583.

<sup>702</sup>MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007 (BT-Drs. 16/6140), S. 29.

<sup>703</sup>Der Gesetzgeber sah das Mobilitätshindernis in § 4a II GmbHG a.F. verwirklicht: „Umgekehrt steht diese Möglichkeit deutschen Gesellschaften schon aufgrund der Regelung in § 4a Abs. 2 [...] nicht zur Verfügung.“ Darüberhinaus verstand der Gesetzgeber § 4a II GmbHG a.F. nicht nur als ein Erfordernis eines realen inländischen Bezugspunktes für den Satzungssitz, sondern als ein Übereinstimmungserfordernis zwischen tatsächlichem Verwaltungs- und Satzungssitz: „Es ist für ein ausländisches Unternehmen nicht möglich, sich bei der Gründung eines Unternehmens für die Rechtsform [...] der GmbH zu entscheiden, wenn die Geschäftstätigkeit ganz **oder überwiegend** aus dem Ausland geführt werden soll.“ (Hervorhebung durch den Verfasser); siehe MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007 (BT-Drs. 16/6140), S. 29.

<sup>704</sup>Kindler, IPRax 2009, 189, 198.

nalstatuts einer deutschen GmbH nun das ausländische Sitzrecht entscheidend. Da das deutsche Internationale Privatrecht Gesamtverweisungen ausspricht, ist zwischen Sitz- und Gründungstheoriestaaten zu differenzieren. Läge der tatsächliche Verwaltungssitz in einem Staat, der kollisionsrechtlich der Sitztheorie folgt, nähme der Sitzstaat die kollisionsrechtliche Verweisung Deutschlands an. Das materielle Gesellschaftsrecht der Gesellschaft würde sich in diesem Fall nach dem Sitzstaat bestimmen. In der Regel dürfte dies, da zumeist die Gründungsvorschriften des neuen Statuts nicht beachtet sein dürften, die Nichtigkeit der deutschen Gesellschaft als Folge anordnen<sup>705</sup>. Deutsche Gerichte würden in einem Rechtsstreit daher in aller Regel von der Nichtigkeit der deutschen GmbH ausgehen.

Läge der Verwaltungssitz der deutschen GmbH dagegen in einem Staat, dessen Kollisionsrecht der Gründungstheorie folgt, verwies der Sitzstaat auf deutsches Recht zurück, das die Rückverweisung gem. Art. 4 I 2 EGBGB annähme. Deutsches Sachrecht wäre anwendbar. Folge der Streichung des § 4a II GmbHG a.F. ist auch hier, dass sachrechtlich keine Einwände für das Auseinanderfallen von tatsächlichem Verwaltungs- und Satzungssitz bestehen. Für eine Auflösung ist kein Raum mehr. Vor einem deutschen Gericht würde die deutsche GmbH daher auch als solche behandelt.

Differenziert man bei der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes noch zwischen anfänglicher und nachträglicher Sitzverlegung, so wäre nach *Kindler* auch mit der Änderung des § 4a GmbHG die Gründung einer deutschen GmbH mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Ausland nicht möglich. Denn schon die Anwendung der deutschen gesellschaftsrechtlichen Gründungsvorschriften setze nach der deutschen Sitzanknüpfung einen tatsächlichen inländischen Verwaltungssitz voraus<sup>706</sup>. Richtigerweise müsste mit *Ebenroth/Eyles* aber die Gründung einer GmbH mit anfänglichem Verwaltungssitz in einem Sitztheoriestaat und die Gründung einer GmbH mit anfänglichem Verwaltungssitz in einem Gründungstheoriestaat unterschieden werden<sup>707</sup>. Denn die Gründung einer Gesellschaft ist aus Sicht der *lex fori* eine gesellschaftsrechtliche Frage. Spricht die deutsche Sitzanknüpfung aber eine Gesamtverweisung auf einen Gründungstheoriestaat aus, so würde dessen Recht auf deutsches Recht zurückverweisen. Deutschland nähme die Verweisung an, Art. 4 I 2 EGBGB, und deutsches Sachrecht würde den Gründungsvorgang der GmbH regeln. Materiellrechtlich besteht dann aber durch die Streichung des § 4a II GmbHG gerade kein Gründungshindernis in Form einer zwingenden Verwaltungssitznahme im Inland mehr.

Im Ergebnis besteht daher aus deutscher Sicht zwar keine Wegzugsfreiheit in Sitztheoriestaaten, sehr wohl aber Wegzugsfreiheit in Staaten, die kollisionsrechtlich der Gründungstheorie folgen. Letzteres wird oft verkannt<sup>708</sup> und infolgedessen, um dem gesetzgeberischen Ziel gerecht zu werden, die Norm des § 4a GmbHG als versteckte Kollisionsnorm interpretiert. Aber selbst, wenn man sich der Wegzugsfreiheit in Gründungstheoriestaaten in Folge der materiellrechtlichen Änderung bewusst ist, gibt es Gründe, der Norm des § 4a GmbHG n.F. nicht nur materiellrechtliche, sondern auch kollisionsrechtliche Bedeutung beizumessen.

---

<sup>705</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 521; *Mäsch* in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.2013, EGBGB, Art. 12 Anh. II, Rn. 96.

<sup>706</sup>*Kindler* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 7.31; *Kindler*, IPRax 2009, 189, 198.

<sup>707</sup>*Ebenroth/Eyles*, DB 1988, Beilage Nr. 2, S. 6.

<sup>708</sup>So etwa *Hoffmann*, ZIP 2007, 1581, 1583 ff.; *Lang* in Ziemons/Jaeger, BeckOK GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 88; *Fingerhut/Rumpf*, IPRax 2008, 90, 92.

## II. § 4a GmbHG als versteckte einseitige Kollisionsnorm

Teile der Literatur entnehmen § 4a GmbHG also einen kollisionsrechtlichen Gehalt<sup>709</sup>. Es handele sich um eine versteckte einseitige Kollisionsnorm, die für die deutsche GmbH eine Gründungsanknüpfung vorschreibe<sup>710</sup>. Als genauer Anknüpfungspunkt müsse wohl der Satzungssitz der Gesellschaft gelten<sup>711</sup>. Dieses Verständnis von § 4a GmbHG hätte zweierlei zur Folge. Zum einen wären zumindest aus deutscher Sicht auch GmbHs mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Sitztheoriestaaten nach deutschem GmbH-Recht zu beurteilen. Aus Sicht des Sitzstaates würde es freilich bei der Anwendung inländischen Sitzrechtes bleiben. Zum anderen wäre im Falle eines tatsächlichen Verwaltungssitzes in Gründungstheoriestaaten kein „Umweg“ über deren Gesellschaftskollisionsrecht nötig, um zur Anwendung deutschen GmbH-Rechts zu gelangen.

Zur Frage, ob dieses Verständnis von § 4a GmbHG haltbar ist, ist zunächst festzustellen, dass es sich bei § 4a GmbHG allenfalls um eine Sachnorm handeln kann, die auch (versteckte) Kollisionsnorm ist. Denn hätte § 4a GmbHG nur Kollisionsrechtscharakter, gäbe es keine Beschränkung der Satzungssitzwahl auf das Inland<sup>712</sup>. Dies wäre mit dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls nicht vereinbar.

*Kindler* ist der Ansicht ein Doppelcharakter der Norm wäre nicht möglich: Es hätte das merkwürdige Ergebnis zur Folge, „dass der inländische Satzungssitz zugleich kollisionsrechtliche Anwendungsvoraussetzung *und* sachrechtliches Gebot des deutschen Rechts wäre. Daraus würde sich dann - kombiniert – der folgende perplexer Rechtssatz ergeben: »Eine Gesellschaft mit Satzungssitz im Inland unterliegt dem deutschen Recht und bedarf danach eines Satzungssitzes im Inland.«<sup>713</sup> Meines Erachtens ist dieser Gedankengang nicht weiterführend, könnte er doch so grundsätzlich für die gesamte Gründungstheorie formuliert werden: Eine im Inland gegründete Gesellschaft unterliegt dem inländischen Recht und bedarf danach einer Gründung nach inländischem Recht. Ob nun die Anwendbarkeit der Gründungstheorie aber neben den Gründungsvorschriften in einem gesonderten Rechtssatz festgelegt wird, ändert daran nichts. Die Gründung einer Gesellschaft als sachrechtliches Gebot, geht der Gründung einer Gesellschaft als kollisionsrechtliche Anwendungsvoraussetzung im Rahmen der Gründungstheorie immer voraus. Grundsätzlich kann es jedenfalls Vorschriften mit einem sach- und kollisionsrechtlichen Doppelcharakter geben<sup>714</sup>. Allerdings ist im deutschen Recht in der Regel von offenen Kollisionsnormen auszugehen, weshalb bei der Annahme versteckter Kollisionsnormen Zurückhaltung geboten ist<sup>715</sup>. Tatbestand und Rechtsfolge einer Norm müssen jedenfalls eine gewisse kollisionsrechtliche Behandlung voraussetzen<sup>716</sup>. Dem Wortlaut von § 4a GmbHG ist eine solche Behandlung nur schwer zu entnehmen<sup>717</sup>. Allerdings gebietet er auch nicht das Gegenteil, also die zwingende

<sup>709</sup>*Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 4a Rn. 15; *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2007, 211, 212; *Leitzen*, NZG 2009, 728; 733; *Paefgen*, WM 2009, 529, 530 f.; *Hoffmann*, ZIP 2007, 1581, 1585 f.; *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 177; *Körber/Kliebisch*, JuS 2008, 1041, 1044; *Fingerhut/Rumpf*, IPRax 2008, 90, 92; implizit auch *Kobelt*, GmbHR 2009, 808, 811.

<sup>710</sup>*Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 177. Im Gegensatz zu einer allseitigen Kollisionsnorm schreibt eine einseitige Kollisionsnorm nicht vor, welche von potentiell mehreren Rechtsordnungen anzuwenden ist, sondern nur wann eine einzige, in der Regel die eigene inländische Rechtsordnung zum Zuge kommt; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 106.

<sup>711</sup>*Hoffmann*, ZIP 2007, 1581, 1585.

<sup>712</sup>*Kindler*, IPRax 2009, 189, 198.

<sup>713</sup>*Kindler*, IPRax 2009, 189, 198.

<sup>714</sup>v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I, 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 7.

<sup>715</sup>*Sonnenberger* in MüKo BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, EGBGB, Internationales Privatrecht, Einleitung Rn. 466.

<sup>716</sup>*Sonnenberger* in MüKo BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, EGBGB, Internationales Privatrecht, Einleitung Rn. 466.

<sup>717</sup>*Kindler*, IPRax 2009, 189, 198.

Beibehaltung der Sitztheorie auch für die GmbH. Wenn man dann bedenkt, dass das Internationale Gesellschaftsrecht in Deutschland nicht kodifiziert wurde und die Sitztheorie lediglich auf Richterrecht beruht, dürfte auf der Auslegungsebene große Flexibilität bestehen<sup>718</sup>. Einer historischen Auslegung könnte daher größeres Gewicht beigemessen werden. Insofern erscheint es grundsätzlich möglich, dass im Hinblick auf den Willen des Gesetzgebers § 4a GmbHG eine kollisionsrechtliche Bedeutung in dem Sinne zu entnehmen ist, dass für die deutsche GmbH eine Gründungsanknüpfung gilt.

Dass eine Wegzugfreiheit für deutsche GmbHs in Gründungstheoriestaaten auch bei einem rein materiellrechtlichen Verständnis von § 4a GmbHG besteht, ist eingangs dargestellt worden. Insofern geht es grundsätzlich darum, ob es dem gesetzgeberischen Willen entspricht, dass auch GmbHs mit tatsächlichem Sitz in Sitztheoriestaaten in Deutschland nach deutschem Recht beurteilt werden sollen<sup>719</sup>. Die Befürworter eines kollisionsrechtlichen Verständnisses entnehmen der Gesetzesbegründung, dass es einer GmbH freistehen sollte „in jedes Land der Welt ihren Verwaltungssitz zu verlegen“ und folgern daraus, für alle Staaten, in die eine GmbH zieht, also auch für Sitztheoriestaaten, solle GmbH-Recht Anwendung finden<sup>720</sup>. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber seine Gesetzesänderung gerade mit der Konkurrenz durch EU-Gesellschaften begründet<sup>721</sup>. Die europäischen Staaten, die selbst den Wegzug ihrer Gesellschaften zulassen, folgen aber grundsätzlich der Gründungstheorie. Insofern wäre schon mit einer materiellrechtlichen Interpretation dem gesetzgeberischen Willen genüge getan. Zudem wollte der Gesetzgeber „ein level playing field, also gleiche Ausgangsbedingungen gegenüber vergleichbaren Auslandsgesellschaften“ schaffen<sup>722</sup>. Da Deutschland aber in Bezug auf Gesellschaften aus Drittstaaten (und aus europäischen Staaten, die den Wegzug verbieten), die ihren tatsächlichen Sitz in Deutschland nehmen, seinerseits an der Sitztheorie festhält, würden „gleiche Ausgangsbedingungen“ in Bezug auf Gesellschaften aus diesen Staaten, gar nicht geschaffen werden. Vielmehr würde eine kollisionsrechtliche Interpretation im Verhältnis zu Drittstaaten, die der Sitztheorie folgen, zu einer Störung des internationalen Entscheidungseinklangs führen<sup>723</sup>. Darüber hinaus hätte eine gesonderte kollisionsrechtliche Behandlung der GmbH zur Folge, dass das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht weiter aufgefächert werden würde<sup>724</sup>. Ob dies im Sinne des Gesetzgebers wäre, erscheint zumindest fragwürdig.

Zu beachten ist allerdings, dass eine kollisionsrechtliche Interpretation auch für Fälle mit Gründungstheoriestaaten Auswirkungen hat. Denn sofern eine Gesellschaft ihren Sitz in einem Gründungstheoriestaat nähme, bedürfte es bei einer kollisionsrechtlichen Bedeutung von § 4a GmbHG keines „Umweges“ über dessen Gesellschaftskollisionsrecht, um zur Anwendung deutschen GmbH-Rechts zu gelangen. Dies hätte insofern Auswirkungen, als dass dann „direkt“ das

<sup>718</sup>Hoffmann, ZIP 2007, 1581, 1586 (allerdings im Hinblick auf eine „kollisionsrechtliche Interpretation als allgemeinen Rechtsgedanken“, dem zu Folge die Gründungstheorie als allseitiges Kollisionsrecht anzuwenden wäre).

<sup>719</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 4a Rn. 13; Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 178.

<sup>720</sup>Fingerhut/Rumpf, IPRax 2008, 90, 92.

<sup>721</sup>MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007 (BT-Drs. 16/6140), S. 29; vgl. auch Paefgen, WM 2009, 529, 530 f., der zwar von einer versteckten Kollisionsnorm ausgeht, diese aber auf den europäischen Binnenmarkt beschränkt sehen will.

<sup>722</sup>MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007 (BT-Drs. 16/6140), S. 29.

<sup>723</sup>Im Hinblick auf europäische Staaten würde keine Störung des internationalen Entscheidungseinklangs erfolgen. Denn bei Geltung der Gründungstheorie würde Deutschland sein Recht unabhängig vom ausländischen Kollisionsrecht auf die GmbH angewendet sehen wollen. Dies hätte dann zur Folge, dass der europäische Staat die deutsche Gesellschaft anerkennen muss. Siehe § 3 B. III. 5. Vgl. auch die Ausführungen in § 4 dieser Arbeit, insbesondere § 4 A. II. 6. Vgl. auch Leible in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 177, der die Störung im Hinblick auf Drittstaaten deshalb für hinnehmbar hält.

<sup>724</sup>Hoffmann, ZIP 2007, 1581, 1586.

deutsche Gesellschaftsrecht Anwendung finden würde, während bei einem rein materiellrechtlichen Verständnis zu prüfen sein würde, ob dem ausländischen Kollisionsrecht in Bezug auf das jeweilige Sachproblem tatsächlich eine klare Verweisung auf deutsche Sachnormen zu entnehmen ist<sup>725</sup>. Dies erlangt insbesondere auch bei EU-Staaten Bedeutung, weil die Niederlassungsfreiheit sie nicht zur Anwendung einer generellen Gründungsanknüpfung zwingt, solange Deutschland selbst der Sitztheorie folgt<sup>726</sup>. Da es aber gesetzgeberisches Ziel ist, ausländischen Unternehmen zu ermöglichen, „sich bei der Gründung eines Unternehmens für die Rechtsform [...] der GmbH zu entscheiden, wenn die Geschäftstätigkeit ganz oder überwiegend aus dem Ausland geführt werden soll“ und einer deutschen Konzernmutter zu ermöglichen, „ihre ausländischen Tochtergesellschaften mit der Rechtsform der GmbH zu gründen“<sup>727</sup>, spricht (das gesamte) GmbH-Recht auf die Gesellschaften Anwendung finden zu lassen, und nicht nur das der Rückverweisung unterliegende Recht, spricht dieser Gesichtspunkt für eine kollisionsrechtliche Bedeutung.

Sofern man der Ansicht *Kindlers* vom Ausgangspunkt her folgt, könnte eine kollisionsrechtliche Bedeutung ebenfalls naheliegen. Nach ihm ist, auch nach Änderung des § 4a GmbHG, bei Gründung einer Gesellschaft, die schon anfänglich, also ohne je einen tatsächlichen Sitz im Inland genommen zu haben, ihren tatsächlichen Sitz im Ausland nimmt, schon eine Gründung nach deutschem Recht nicht möglich, da die Anwendung der deutschen Gründungsvorschriften nach der deutschen Sitzanknüpfung einen tatsächlichen inländischen Verwaltungssitz voraussetze<sup>728</sup>. Der Gesetzgeber wollte es aber Unternehmen ausdrücklich ermöglichen, „sich bei der Gründung eines Unternehmens für die Rechtsform [...] der GmbH zu entscheiden, wenn die Geschäftstätigkeit ganz oder überwiegend aus dem Ausland geführt werden soll“<sup>729</sup>. Er wollte also gerade auch anfängliche Scheinauslandsgesellschaften ermöglichen. Letztlich ist dies aber unerheblich, weil mit *Ebenroth/Eyles* richtigerweise die Gründung einer GmbH mit anfänglichem Verwaltungssitz in einem Sitztheoriestaat und die Gründung einer GmbH mit anfänglichem Verwaltungssitz in einem Gründungstheoriestaat unterschieden werden müsste<sup>730</sup>.

In der Gesamtschau muss letztlich konstatiert werden, dass sich jedenfalls kein eindeutiger gesetzgeberischer Wille für die Annahme einer kollisionsrechtlichen Bedeutung von § 4a GmbHG ermitteln lässt. Denn zumindest der Wegzug in Gründungstheoriestaaten ist auch mit einem materiellrechtlichen Verständnis der Norm möglich. Der Gesetzgeber sollte daher ernst genommen werden und ihm die Unterscheidung von materiellrechtlicher und kollisionsrechtlicher Ebene zugetraut werden. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 07.01.2008 eine Änderung des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts auf kollisionsrechtlicher Ebene zumindest diskutiert wird. § 4a GmbHG ist daher keine kollisionsrechtliche Bedeutung zu entnehmen<sup>731</sup>.

<sup>725</sup>*Ebenroth/Eyles*, DB 1988, Beilage Nr. 2, S. 6.

<sup>726</sup>Solange das deutsche Kollisionsrecht für wegziehende eigene Gesellschaften der Sitztheorie folgt, und die Anwendung deutschen Gesellschaftsrechts auf diese Gesellschaften damit vom Anwendungsbefehl des sitzstaatlichen Kollisionsrechts abhängig macht, ist der Sitzstaat niederlassungsrechtlich nicht gebunden, deutsche Gesellschaften nach deutschem Recht zu beurteilen. Siehe § 3 B. III. 5. Vgl. auch die Ausführungen in § 4 dieser Arbeit, insbesondere § 4 A. II. 6. Vgl. auch *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 178.

<sup>727</sup>MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007 (BT-Drs. 16/6140), S. 29.

<sup>728</sup>*Kindler* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 7.44; *Kindler*, IPRax 2009, 189, 198.

<sup>729</sup>MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007 (BT-Drs. 16/6140), S. 29.

<sup>730</sup>*Ebenroth/Eyles*, DB 1988, Beilage Nr. 2, S. 6.

<sup>731</sup>So auch *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 206; *Kindler* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 7.38 ff; *Kindler*, IPRax 2009, 189, 197 ff; *Franz/Laeger*, BB 2008, 678, 682; *Lieder/Kliebisch*, BB 2009, 338, 343; *Peters*, GmbHR 2008, 245, 249; *Franz*, BB 2009, 1250, 1251; FORTSETZUNG AUF S. 94

### III. Kein allgemeiner Wechsel zur Gründungstheorie

*Hoffmann* diskutiert, ob § 4a GmbHG (und § 5 AktG, der entsprechenden Regelung für Aktiengesellschaften) auch ein allgemeiner Wechsel zur Gründungstheorie entnommen werden kann<sup>732</sup>. Es könnte insofern ein allgemeiner Rechtsgedanke aus den Vorschriften abgeleitet werden. Dies hätte zum einen zur Folge, dass nicht nur GmbHs (und Aktiengesellschaften), sondern auch andere Körperschaften im Ausland dem deutschen Gesellschaftsrecht unterstehen. Zum anderen wären auch ausländische Gesellschaften (aus Drittstaaten) in Deutschland nach ihrem Gründungsrecht zu beurteilen. Nachdem vorhin Gesagtes ist ein solches Verständnis aber erst recht nicht möglich. Auch enthält die Gesetzesbegründung lediglich Ausführungen zur GmbH (bzw. zur Aktiengesellschaft)<sup>733</sup>. Zudem würde eine solche Annahme über den Zweck der Gesetzesänderung hinausgehen, jedenfalls nur deutschen Gesellschaften grenzüberschreitende Mobilität zu gewähren.

### D. Ergebnis

Zusammenfassend besteht heute im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht eine gespaltene Anknüpfung<sup>734</sup>. Europäische Auslandsgesellschaften, die Niederlassungsfreiheit genießen, unterliegen in Deutschland der Gründungstheorie und werden daher nach dem Recht ihres Gründungsstaates behandelt<sup>735</sup>. Die Anwendung der Gründungstheorie ist europarechtlich zwar nicht zwingend geboten, weil die Niederlassungsfreiheit in der Interpretation des EuGH nicht den kollisionsrechtlichen Theorienstreit entscheidet. Ihre Anwendung ist aus Sicht des Mitgliedstaats aber sinnvoll, weil sich das Regel-Ausnahmeverhältnis zu Gunsten der Gründungstheorie verschoben hat. Gesellschaften aus Drittstaaten werden dagegen weiterhin nach der Sitztheorie behandelt. Gleiches dürfte für europäische Gesellschaften, deren Gründungsstaat den Wegzug verbietet gelten. Denn diesen Gesellschaften kommt schon keine Niederlassungsfreiheit zu Gute. Der Wegzugsstaat kann an die Sitzverlegung einen Statutenwechsel knüpfen und die Gesellschaft mit ihrer Auflösung sanktionieren. Ebenso gilt für deutsche GmbHs, die im Ausland ihren tatsächlichen Sitz nehmen, die Sitztheorie. Solange der deutsche Gesetzgeber nur das Erfordernis einer Übereinstimmung von tatsächlichem Sitz und Satzungssitz streicht, nicht aber die Gründungsanknüpfung gesetzlich regelt, muss von der Weitergeltung der Sitztheorie ausgegangen werden. Die Streichung des Erfordernisses einer Übereinstimmung von tatsächlichem Sitz und Satzungssitz führt aber dazu, dass auf sachrechtlicher Ebene kein Wegzugshindernis, und sofern man zwischen anfänglicher und nachträglicher Scheinauslandsgesellschaft differenziert, auch kein Gründungshindernis mehr besteht. Soweit GmbHs ihren tatsächlichen Sitz in Staaten nehmen, die kollisionsrechtlich der Gründungstheorie folgen, werden sie deshalb und auf Grund des Grundsatzes der Gesamtverweisung gem. Art. 4 I 1 EGBGB nach Gründungsrecht und damit nach GmbH-Recht beurteilt.

---

*Hirte*, NZG 2008, 761, 766, der allerdings die Sitztheorie „der Sache nach“ für aufgegeben hält; wohl auch *Lips/Randel/Werwigk*, DStR 2008, 2220, 2223.

<sup>732</sup>*Hoffmann*, ZIP 2007, 1581, 1586 f.

<sup>733</sup>*Fingerhut/Rumpf*, IPRax 2008, 90, 92.

<sup>734</sup>Vgl. *Weller*, IPRax 2009, 202, 209.

<sup>735</sup>Auch Gesellschaften aus Drittstaaten, die ähnlich der Niederlassungsfreiheit den Schutz völkerrechtlicher Verträge genießen, werden nach dem Gründungsrecht beurteilt. Diesen Schutz genießen momentan aber nur US-amerikanische Gesellschaften aufgrund von Art. XXV Abs. 5 S. 2 des deutsch-US-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags von 1954 (FHSV); dazu *Kaulen*, IPRax 2008, 389. Vgl. *BGH*, Urteil v. 29.01.2003 - VIII ZR 155/02 (Hamm) = NJW 2003, 1607. Vgl. aber auch OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.12.1994 - 6 U 59/94 = NJW-RR 1995, 1124, wo einer „reinen“ Briefkastengesellschaft aus dem Bundesstaat Delaware die Anerkennung verweigert wurde. Die Gründungstheorie ist dagegen nicht auf Gesellschaften aus Mitgliedstaaten des GATS oder der EMRK anzuwenden; *Weller*, IPRax 2009, 202, 208.

## § 4 Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts im Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit

Wie aufgezeigt lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften entnehmen, dass jede Anwendung inländischer Gläubigerschutzvorschriften durch den Niederlassungsstaat auf eine zuziehende Gesellschaft grundsätzlich das Potenzial einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit in sich trägt. Die entscheidende Frage lautet in diesem Zusammenhang daher, wann tatsächlich die Anwendung einer inländischen Gläubigerschutzregelung auf eine zuziehende Gesellschaft einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellt<sup>736</sup>. Diese Frage ist auch nicht etwa dadurch obsolet geworden, dass der BGH für zuziehende europäische Gesellschaften von der Sitztheorie Abstand genommen und sich der Gründungstheorie angeschlossen hat. Zum einen hat der EuGH nicht den kollisionsrechtlichen Theorienstreit entschieden. Zum anderen ist es in der Literatur wohl überwiegende Auffassung, dass nicht nur die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regelungen einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen kann, sondern auch die Anwendung sonstiger Gläubigerschutzregelungen, die etwa auf Grund einer insolvenzrechtlichen oder deliktsrechtlichen Qualifikation Anwendung auf eine Scheinauslandsgesellschaft finden sollen.

### A. Eingriff in den Schutzbereich

Ausgangsfrage ist zunächst, bevor auf die Möglichkeiten der Rechtfertigung eingegangen wird, welche mitgliedstaatlichen Regelungen überhaupt einen Eingriff in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit darstellen. Solange die anzuwendenden inländischen Gläubigerschutzregelungen nicht offen oder verdeckt diskriminierend wirken, sind sie am Beschränkungsverbot zu messen. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit liegt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dann vor, wenn mitgliedstaatliche Maßnahmen geeignet sind, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen<sup>737</sup>. Dieser weite Beschränkungsbegriff legt es nahe, dass jede mitgliedstaatliche Gläubigerschutzregelung für die Gesellschaft Beschränkungscharakter hat, da jegliche Regelung zu Gunsten der Gläubiger eine Niederlassung weniger attraktiv erscheinen lassen könnte. Es ist aber zu bedenken, dass die Europäische Union zwar auf weitgehende Integration angelegt ist und insofern ein weiter Beschränkungsbegriff grundsätzlich angemessen erscheint, sie aber gleichzeitig den Fortbestand der nationalen Rechtsordnungen anerkennt<sup>738</sup>. Es besteht daher grundsätzlich Einigkeit, dass nicht die gesamte Rechtsordnung eines Mitgliedstaates eine Beschränkung der Grundfreiheiten darstellen kann und jede Regelung der Rechtfertigung bedarf<sup>739</sup>. Als Beispiel mag hier das Rechtsfahrgebot in Deutschland dienen<sup>740</sup>. Der Gesellschafter einer englischen Scheinauslandsgesellschaft könnte das Rechtsfahrgebot möglicherweise als behindernd wahrnehmen und deshalb von einer Niederlassung in Deutschland Abstand nehmen. Dass darin schon keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit liegt, dürfte allgemeiner Konsens sein. Insofern ist etwa *Bitter* nicht zu folgen, der von einem „System fließender Übergänge“ ausgeht und auf eine klare Trennung von Eingriff und Rechtfertigung verzichtet<sup>741</sup>. Es gilt vielmehr, die Weite des Beschränkungsver-

<sup>736</sup>Keine europarechtliche Problematik besteht daher bei der Anwendung inländischen Rechts auf eine GmbH mit tatsächlichem Sitz im Ausland.

<sup>737</sup>*EuGH*, Urteil vom 30.11.1995 - C-55/94 (Gebhard); *EuGH*, Urteil vom 05.10.2004 - C-442/02 (Caixa-Bank France); *EuGH*, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 133 = NJW 2003, 3331, 3334; *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 36 = DSStR 2009, 121, 122.

<sup>738</sup>*Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 128.

<sup>739</sup>*Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 188 m.w.N.

<sup>740</sup>Beispiel nach *Altmeyden*, NJW 2007, 97, Fn. 43; *Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 317.

<sup>741</sup>*Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 318 ff.

bots der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften genau herauszuarbeiten bzw. festzustellen, worin die beschränkende Wirkung der mitgliedstaatlichen Maßnahme bestehen kann<sup>742</sup>. Dabei stellt sich anlässlich der EuGH-Rechtsprechung die Frage, inwiefern nur gesellschaftsrechtliche Regelungen gegen die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft verstoßen können.

## I. Das Beschränkungsverbot in der Grundfreiheitsdogmatik

### 1. Übertragung der Keck-Rechtsprechung durch Teile der Literatur

Nach Teilen der (gesellschaftsrechtlichen) Literatur soll es bei der Konkretisierung des Beschränkungsverbots im Rahmen der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften „grundfreiheitsdogmatisch“ um die Gewinnung eines Keck-ähnlichen Filters gehen<sup>743</sup>. In der die Warenverkehrsfreiheit betreffenden Rechtssache „Keck“<sup>744</sup> schränkte der EuGH seinen extrem weitgehenden Beschränkungsbegriff der sog. „Dassonville-Formel“<sup>745</sup> ein, wonach Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne der Warenverkehrsfreiheit jede Regelung sei, die geeignet erscheine, „den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“. Der EuGH entschied, dass zwischen sog. „Produktregelungen“, die die Ware selbst betreffen und sog. „Verkaufsmodalitäten“, die lediglich deren Vertrieb betreffen zu unterscheiden sei. Erstere hätten grundsätzlich Beschränkungscharakter. Letztere wären dagegen grundsätzlich nicht geeignet, beschränkend zu wirken, es sei denn sie würden diskriminierend wirken oder beträfen ausnahmsweise den Marktzugang. Im Ergebnis stellte der EuGH damit mitgliedstaatliche Regelungskompetenzen im Bereich des freien Warenverkehrs klar<sup>746</sup>.

Um zu einer Konkretisierung des Beschränkungsverbots der Niederlassungsfreiheit zu kommen, soll diese Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit im Grundsatz, wenn auch im Einzelfall lediglich auf die sie tragenden Erwägungen und Begründungen abgestellt wird<sup>747</sup>, auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften übertragen werden. Ganz allgemein wird diese Übertragung mit dem Gedanken der sog. Konvergenz der Grundfreiheiten begründet<sup>748</sup>.

Im Rahmen dieser Übertragung wurden verschiedentliche Modelle herausgearbeitet. *Schanze/Jüttner* wollen etwa zwischen allgemeinem Verkehrsrecht und Subjektregelungen differenzieren<sup>749</sup>. Demnach stellen mitgliedstaatliche Gläubigerschutzregelungen, die auf europäische Scheinauslandsgesellschaften angewendet werden sollen, grundsätzlich eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn sie als Subjektregelungen der Gesellschaft einzustufen sind. Ist eine Regelung dagegen lediglich allgemeines Verkehrsrecht, besteht, sofern nicht ausnahmsweise doch der Marktzugang betroffen ist, grundsätzlich schon kein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit. *Spindler/Berner* wollen in diesem Sinne zwischen Vorschriften, die an allgemeine jedermann treffende Pflichten anknüpfen und quasigesellschafts-akzessorischen Vorschriften unterscheiden<sup>750</sup>. *Forsthoff* wiederum differenziert zwischen Standortbedingungen und Vorschriften, die die Identität der Gesellschaften betreffen<sup>751</sup>. *Eiden-*

<sup>742</sup>*Fleischer* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 98.

<sup>743</sup>*Fleischer* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 99.

<sup>744</sup>*EuGH*, Urteil v. 24.11.1993 (Rs. C-267 u. 268/93), Slg. 1994, I-6097 (Keck u. Mithouard).

<sup>745</sup>*EuGH*, Urteil v. 11.07.1974 (Rs. 8/74), Slg. 1974, 837 (Dassonville).

<sup>746</sup>*Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union, 4. Aufl. 2012, Keck-Urteil.

<sup>747</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 16.

<sup>748</sup>*Forsthoff* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 39.

<sup>749</sup>*Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 666 f.; *Jüttner*, Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, S. 90 ff.

<sup>750</sup>*Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 10 f.

<sup>751</sup>*Forsthoff* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 39 ff.

*müller* stellt rein tätigkeitsbezogene Vorschriften korporativ wirkenden Vorschriften gegenüber<sup>752</sup>. Schließlich spricht *Brand* sich dafür aus, dass solche Vorschriften nicht vom Beschränkungsverbot ausgenommen werden können, die an die Struktur der Gesellschaft anknüpfen<sup>753</sup>.

Im Ergebnis ähnlich gehen auch *Bitter* und *Weller* vor, auch wenn sie anstatt eine Beschränkungswirkung bei den „Produktregelungen“ zu verneinen, von einer weniger strengen Rechtfertigungsprüfung ausgehen. *Bitter* etwa spricht auf der einen Seite ebenfalls von allgemeinem Verkehrsrecht und auf der anderen Seite von Vorschriften, die schon den Marktzutritt der ausländischen Gesellschaft als solchen berühren, weil die Gesellschaft jedenfalls so, wie sie im Ausland wirksam gegründet wurde, im Inland nicht tätig werden kann<sup>754</sup>. *Weller* unterscheidet grundsätzlich zwischen Tätigkeitsausübungsregelungen und solchen Regelungen, die den Marktzugang betreffen, wobei er den Marktzugang unter anderem dann als betroffen ansieht, wenn die Vorschrift von der Gesellschaft aus Anlass ihres Grenzübertritts verlangt, ihre Struktur bzw. rechtliche Verfasstheit den inländischen Vorgaben entsprechend anzupassen<sup>755</sup>.

Allen diesen Modellen ist zweierlei gemein. Sie bilden zum einen analog „Keck“ jeweils begriffliche Gegensatzpaare von Vorschriften, die auf der einen Seite gesellschaftsrechtlich wirken und entsprechend den Produktregelungen grundsätzlich einen Eingriff darstellen sollen, und auf der anderen Seite in einer Art Negativabgrenzung gerade nicht gesellschaftsrechtlich wirken und entsprechend den Verkaufsmodalitäten grundsätzlich keinen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellen sollen<sup>756</sup>.

Zum anderen wollen sie die jeweiligen Begrifflichkeiten nicht im Sinne einer internationalprivatrechtlichen Qualifikation verstehen und bestimmen den Eingriffscharakter einer Regelung deshalb unabhängig von einer Qualifikation. So würde eine Regelung, die zwar gesellschaftsrechtlich (und nicht delikts- oder insolvenzrechtlich) zu qualifizieren ist, keinen Eingriff darstellen, wenn es sich etwa um „allgemeines Verkehrsrecht“ handelt. Andersherum kann eine deliktsrechtlich zu qualifizierende Regelung einen Eingriff darstellen, wenn sie etwa „Subjektregelung“ ist. Gleichzeitig entnehmen die Entwickler dieser Modelle der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften aber, dass im Grunde nur gesellschaftsrechtliche (nicht im Sinne eines „technisch-qualifizierten“ Verständnisses) Vorschriften einen Eingriff darstellen und nicht-gesellschaftsrechtliche Regelungen nicht. So sprechen etwa *Schanze/Jüttner* davon, „dass Regelungen des allgemeinen Verkehrsrechts (insbesondere das Vertragsrecht, das Bereicherungsrecht und das Deliktsrecht)“ keinen Eingriff darstellen würden<sup>757</sup>. *Ulmer* hält die „allgemeinen deliktischen Tatbestände“ auf Scheinauslandsgesellschaften für anwendbar, soweit sie nicht „an organisationsrechtliche Vorgaben“ anknüpfen<sup>758</sup>. Und *Fleischer* mahnt bei der Frage der Anwendung besondere Sorgfalt an, ob Vorschriften „nicht – offen oder verdeckt – in die korporative Sphäre hinüber wirken und damit die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv machen“<sup>759</sup>.

<sup>752</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 16.

<sup>753</sup>*Brand*, JR 2004, 89, 93.

<sup>754</sup>*Bitter* in: Tietze/McGuire et al., *Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht*, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 318 f.

<sup>755</sup>*Weller*, *Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung*, S. 202. Daneben geht *Weller* noch von einer dritten Kategorie, sog. Marktrückzugsregelungen aus, die den Tätigkeitsausübungsregelungen entsprechend einem reduzierten Gewährleistungsinhalt unterliegen sollen; ebenda S. 206 ff.

<sup>756</sup>So auch *Steinke*, *Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit*, S. 250.

<sup>757</sup>*Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 667.

<sup>758</sup>*Ulmer*, KTS 2004, 291, 292.

<sup>759</sup>*Fleischer* in Lutter, *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*, 2005, S. 99 f.

## 2. Binnenmarktbezug der Grundfreiheiten als vorzugswürdiges Kriterium

Ob mit der Übertragung der „Keck“-Rechtsprechung das richtige Abgrenzungsmerkmal für eine Konkretisierung des Beschränkungsverbots gefunden ist, ist indes strittig<sup>760</sup>. Nach hier vertretener Ansicht ist eine Übertragung nicht zu befürworten.

Kritisch ist schon, dass die Niederlassungsfreiheit (und auch die Dienstleistungsfreiheit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit) wesentlich andere Regelungsgegenstände als die Warenverkehrsfreiheit aufweist, für deren Bereich die „Keck“-Rechtsprechung entwickelt wurde<sup>761</sup>. Schon aus diesem Grund findet eine Übertragung der „Keck“-Rechtsprechung auf andere Grundfreiheiten (in der europarechtlichen Literatur) wenig Anhänger<sup>762</sup>. Wenn dann die „Keck“-Rechtsprechung noch in ihrem originären Anwendungsbereich Schwierigkeiten mit einer deutlichen Zuordnung hat, ist die Schwäche einer Übertragung auf die Niederlassungsfreiheit virulent<sup>763</sup>. Genau dies soll aber der Fall sein. So habe sich schon für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit gezeigt, dass mit dem Begriff „Verkaufsmodalitäten“ nicht das wesentliche Abgrenzungsmerkmal bezeichnet ist<sup>764</sup>.

Darüber hinaus deuten schon die unterschiedlichen Vorschläge in der Literatur, wie die „Keck“-Rechtsprechung zu übertragen sei, darauf hin, dass die Feststellung eines richtigen formellen Kriteriums durch eine solche Übertragung kein leichtes Unterfangen ist. Ob ein einheitliches Kriterium gefunden werden kann, das, den Zielen der „Keck“-Rechtsprechung gemäß, für Rechtssicherheit sorgt, ist daher zweifelhaft.

Gegen eine Übertragung der „Keck“-Rechtsprechung auf die Niederlassungsfreiheit spricht aber auch, dass der EuGH selbst in einer ganzen Reihe von Fällen auf die Anwendung der Keck-Formel verzichtet hat, und stattdessen auf das sog. „Spürbarkeitskriterium“ abgestellt hat<sup>765</sup>. Insbesondere hat er auch in der Sache „Innoventif“<sup>766</sup>, bei der eine englische limited mit Sitz in Deutschland zur Zahlung eines Vorschusses auf die zu erwartenden Kosten einer Zweigniederlassungseintragung ins Handelsregister verpflichtet wurde, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch diese Zahlungspflicht nur mit der Begründung abgelehnt, dadurch würde die Niederlassungsfreiheit „weder verboten oder behindert, noch weniger attraktiv gemacht“, obwohl sich gerade hier das Vorliegen einer „Niederlassungsmodalität“ im Sinne einer analogen „Keck“-Anwendung geradezu aufgedrängt hätte<sup>767</sup>.

Schließlich ist das „Keck“-Modell auch nur schwer in Einklang mit der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, insbesondere der zur Wegzugsfreiheit zu bringen. Dies wird bei der Frage, ob nur gesellschaftsrechtliche Regelungen gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen können, deutlich<sup>768</sup>.

<sup>760</sup>Krolop, NotBZ 2007, 265, 270.

<sup>761</sup>Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 217; vgl. Steinke, Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, S. 320 f.

<sup>762</sup>Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 36 Rn. 61.

<sup>763</sup>Steinke, Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, S. 318.

<sup>764</sup>Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 217.

<sup>765</sup>EuGH, Slg. 1993, I-5009 (CMC Motorradcenter), Tz. 12 = EuZW 1993, 743; EuGH, Slg. 1990, I-583 (Krantz), Tz. 11; EuGH, Rs. C-379/92 (Peralta), Slg. 1994, I-3453, 3497, Tz. 24; EuGH, Rs. C-96/94 (Centro Servizi Spedito) Slg. 1995, I-2883, 2914, Tz. 41; EuGH, Rs. C-134/94 (Esso Española), Slg. 1995, I-4223, 4249, Tz. 24; EuGH, Rs. C-44/98 (BASF), Slg. 1999, I-6269, 6295 f., Tz. 21; den Begriff „Spürbarkeitskriterium“ verwendet etwa Steinke, Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, S. 324.

<sup>766</sup>EuGH, Urteil vom 01.06.2006 Rs. C-453/04, Slg. 2006 I-04929 (Innoventif).

<sup>767</sup>Steinke, Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, S. 319.

<sup>768</sup>Dazu unten § 4 A. II.

Statt auf ein formelles Kriterium analog „Keck“ abzustellen, sollte die Konkretisierung des Beschränkungsverbots besser am Binnenmarktbezug der Grundfreiheiten orientiert werden. Das hieraus folgende materielle Kriterium des Marktzugangs ist dann auch das eigentlich hinter „Keck“ stehende Kriterium<sup>769</sup>. Der Binnenmarkt, definiert in Art. 26 II AEUV (ex Art. 14 II EGV) als ein Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist, ist zwar nicht mit den Grundfreiheiten gleichzusetzen<sup>770</sup>, die Grundfreiheiten dienen und prägen aber den Binnenmarkt<sup>771</sup> und sind deshalb auch an seinen Zielen auszulegen<sup>772</sup>.

Wesentliche Parameter des Binnenmarktes sind die Gewährleistung von Marktfreiheit und Marktgleichheit<sup>773</sup>. Die Gewährleistung von Marktfreiheit stellt sich dabei nicht als Gewährleistung eines generellen Freiheitsrechts ähnlich eines Grundrechts dar, sondern ist auf die Abschaffung aller grenzüberschreitenden Behinderungen gerichtet<sup>774</sup>. Den Grundfreiheiten kommt insofern die Aufgabe zu, den Zugang zu den mitgliedstaatlichen Märkten zu öffnen<sup>775</sup>. Eine Beschränkung wird deshalb immer dann vorliegen, wenn eine mitgliedstaatliche Maßnahme grenzüberschreitend ist und damit schon den Marktzugang verhindert oder erschwert. Dies ist im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit vor allem dann der Fall, wenn unmittelbar die räumliche Veränderung behindert wird<sup>776</sup>. Solcherlei Beschränkungen gefährden die Ziele des Binnenmarktes schon von ihrer Art her und können daher als Eingriffe in den Kernbereich bezeichnet werden<sup>777</sup>. Darauf, ob rein inländische Vorgänge genauso oder entsprechend behandelt werden und der grenzüberschreitende Vorgang nicht schlechter gestellt wird, kommt es bei ihnen nicht an<sup>778</sup>.

Marktgleichheit erfordert im Ausgangspunkt, dass der zwischenstaatliche Wirtschaftsverkehr nicht mit Belastungen belegt werden darf, die nicht auch den innerstaatlichen Wirtschaftsverkehr treffen<sup>779</sup>. Darüberhinausgehend soll aber vor allem Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen im grenzüberschreitenden Verkehr gewährleistet werden<sup>780</sup>. Denn fehlende Wettbewerbsgleichheit hat wiederum Rückwirkung auf die Marktfreiheit. Denn auch wenn der Marktzugang nicht spezifisch behindert wird, ist eine grenzüberschreitende Tätigkeit doch erheblich unattraktiver, wenn der Wettbewerb verzerrt ist<sup>781</sup>. Die Wettbewerbsgleichheit der Konkurrenten im Binnenmarkt ist aber schon allein durch die Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gefährdet. Denn durch die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen kann es im grenzüberschrei-

<sup>769</sup>Vgl. *Steinke*, Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, S. 319 f.; *Forsthoff* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 217 ff.

<sup>770</sup>*Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 26.

<sup>771</sup>*Jarass*, EuR 1995, 202, 214.

<sup>772</sup>Vgl. *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, 2000, S. 40; *Forsthoff* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 198.

<sup>773</sup>*Forsthoff* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 198; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 123; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 28; *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, 2000, S. 41 ff.; *Kehl* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 26 Rn. 14; *Roth* in *Dausen*, EU-Wirtschaftsrecht, 31. Erg.-Lfg. 2012, E. I. Rn. 78.

<sup>774</sup>*Forsthoff* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 199; *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, 2000, S. 44.

<sup>775</sup>*Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 123.

<sup>776</sup>*Jarass*, EuR 2000, 705, 711.

<sup>777</sup>*Jarass*, EuR 2000, 705, 712.

<sup>778</sup>*Jarass*, EuR 2000, 705, 711 f.

<sup>779</sup>*Forsthoff* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 200.

<sup>780</sup>*Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 123 f.; *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, 2000, S. 44 ff.

<sup>781</sup>*Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 124.

tenden Verkehr dazu kommen, dass ausländische Wirtschaftsteilnehmer anderen oder zusätzlichen Regelungen unterstellt werden und so tatsächliche Nachteile erleiden<sup>782</sup>. Durch unterschiedliche Regelungsanforderungen werden sie Anpassungszwängen unterworfen, die in der Regel zusätzliche Kosten verursachen<sup>783</sup>. Nur wenn die Grundfreiheiten solche Schlechterstellungen als Beschränkung auffassen können, wird Marktgleichheit gewährt<sup>784</sup>.

Dies wird deutlich an zwei Beispielen<sup>785</sup>. Ein Binnenmarkt mit freiem Verkehr von Waren ist nicht existent, wenn zwar sichergestellt ist, dass für Waren aus anderen Mitgliedstaaten im Inland dieselben Regelungen gelten wie für inländische, diese ausländischen Waren aber deshalb nicht verkauft werden können, weil sie den inländischen Bestimmungen nicht entsprechen. Gleiches gilt für Personen. Wenn Personen zwar nicht im Zielstaat diskriminiert werden, aber ihrem Beruf nicht nachgehen können, weil sie die Berufsanforderungen nur nach dem Recht ihres Heimatstaates, nicht aber nach dem Recht des Zielstaates erfüllen, werden sie gegebenenfalls auf einen Zuzug in den Zielstaat verzichten, statt den Versuch zu unternehmen, auch noch diesen Regelungen zu entsprechen. Von einem Binnenmarkt mit freiem Verkehr von Personen könnte dann nicht mehr gesprochen werden.

Tragender Grund der Grundfreiheitendogmatik ist daher das Verbot von Doppelbelastungen<sup>786</sup>. Gerade sie sollen durch die Grundfreiheiten verhindert werden. Zu beachten ist dabei aber, dass der Begriff der Doppelbelastung nicht in einem verengten Sinne zu verstehen ist. Für eine Person, die im Zielstaat ihren Beruf ausüben möchte, macht es keinen Unterschied, ob sie statt einem, zwei Jahre Berufserfahrung vorweisen muss, oder ob sie statt einem Jahr Berufserfahrung, den Besuch einer Ausbildungsschule nachweisen muss. Eine faktische Schlechterstellung des grenzüberschreitenden Verkehrs kann auch entstehen, wenn die Person vorher einer anderen, oder sogar gar keiner entsprechenden Regelung unterlag. Insofern könnte auch von dem Verbot einer Erhöhung der Regelungsdichte gesprochen werden<sup>787</sup>.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass neben der Diskriminierung als Grundform der Beschränkung<sup>788</sup>, eine Beschränkung immer dann vorliegt, wenn der Kernbereich der Niederlassungsfreiheit durch Sperrung oder Behinderung des Zugangs zum inländischen Markt betroffen ist, oder sich durch die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen eine tatsächliche Schlechterstellung für den grenzüberschreitenden Verkehr ergibt. Im Übrigen ist dies kein Widerspruch zur Übertragung von „Keck“. Denn die eingeschränkte Überprüfung von „Verkaufsmodalitäten“ bzw. „allgemeinem Verkehrsrecht“, etc. lässt sich mit der Überlegung erklären, dass bei ihnen gerade keine Doppelbelastung durch Regeln des Herkunfts- und des Zielstaats droht<sup>789</sup>.

---

<sup>782</sup>Jarass, EuR 2000, 705, 710.

<sup>783</sup>Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 124; vgl. auch Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 6.

<sup>784</sup>Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 124.

<sup>785</sup>Nach Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45, Rn. 200.

<sup>786</sup>Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 124; Vgl. auch Jarass, EuR 2000, 705, 710; Ohler, JA 2006, 839, 841.

<sup>787</sup>Der *EuGH* spricht in Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 (Cassis de Dijon), Tz. 8 von „Hemmnissen aus den Unterschieden der nationalen Regelungen“.

<sup>788</sup>Jarass, EuR 2000, 705, 709.

<sup>789</sup>Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 132; vgl. auch Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 49, Rn. 112, wonach Standortbedingungen nur dann keine Beschränkung darstellen, wenn aus ihnen keine Doppelbelastungen erwachsen.

### 3. Spürbarkeitskriterium

Neben dem Binnenmarktbezug hat das sog. „Spürbarkeitskriterium“ bei der Eingrenzung des Beschränkungsverbots erhebliche Bedeutung<sup>790</sup>. Der EuGH hat in einer Vielzahl von Entscheidungen eine Beschränkung von Grundfreiheiten mit der Begründung abgelehnt, eine Behinderung sei zu „ungewiss oder zu mittelbar“, als dass eine Beschränkung vorliegen könne<sup>791</sup>. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch eine Ladenschlussregelung wurde etwa deshalb verneint, weil „die beschränkenden Wirkungen, die sie für die Niederlassungsfreiheit haben könnte, zu ungewiß und zu mittelbar sind, als daß die in ihr aufgestellte Verpflichtung als geeignet angesehen werden könnte, diese Freiheit zu behindern“<sup>792</sup>. Auch der Rechtssache „Innovatif“ dürfte dieser Gedanke wohl zu Grunde gelegen haben<sup>793</sup>. Welchen konkreten Gehalt die Rechtsprechung des EuGH zur „Spürbarkeit“ hat, ist jedoch nicht ganz eindeutig<sup>794</sup>.

Teilweise weist der EuGH in den Entscheidungen zur Spürbarkeit zunächst, gewissermaßen einleitend darauf hin, eine Regelung bezwecke schon gar nicht „die Regelung der Bedingungen für die Niederlassung“<sup>795</sup> bzw. solle schon gar nicht den Warenhandel mit anderen Mitgliedstaaten regeln<sup>796</sup>. Zu weitgehend dürfte es sicherlich sein, wolle man diesen Aussagen entnehmen, die Zielrichtung einer mitgliedstaatlichen Maßnahme sei als Kriterium heranzuziehen<sup>797</sup>. Ob eine Maßnahme unmittelbar auf eine Behinderung abzielt, oder eine solche sich nur mittelbar, gewissermaßen fahrlässig ergibt, kann für die Grundfreiheiten nicht entscheidend sein<sup>798</sup>. Eine Beschränkung wird anhand ihrer belastenden Wirkung und nicht der gesetzgeberischen Ziele festgestellt<sup>799</sup>. Die Aussagen des EuGH dürften deshalb dahingehend zu verstehen sein, dass bei einer mitgliedstaatlichen Maßnahme, die schon die Regelung der Niederlassung bzw. des Warenverkehrs zum Ziel oder Gegenstand hat, das „Spürbarkeitskriterium“ in der Regel nicht greifen kann.

Vorsicht ist auch geboten, wenn man der Formulierung „zu ungewiss und zu mittelbar“ eine „de-minimis“-Schwelle oder eine „Bagatellgrenze“ entnehmen möchte<sup>800</sup>, wie sie etwa aus dem Kartellrecht bekannt ist. Erstens kann im Kartellrecht der relevante Schwellenwert an Marktanteilen und Umsatzzahlen festgemacht werden<sup>801</sup>, und zweitens hat der EuGH eine solche „de-minimis“-Schwelle bereits explizit abgelehnt<sup>802</sup>. Der EuGH dürfte deshalb missverstanden werden, wenn man seiner Rechtsprechung entnehmen möchte, eine geringe Beschränkung sei

<sup>790</sup>Thomas, NvwZ 2009, 1202.

<sup>791</sup>EuGH, Slg. 1993, I-5009 (CMC Motorradcenter), Tz. 12 = EuZW 1993, 743; EuGH, Slg. 1990, I-583 (Krantz), Tz. 11; EuGH, Rs. C-379/92 (Peralta), Slg. 1994, I-3453, 3497, Tz. 24; EuGH, Rs. C-96/94 (Centro Servizi Spedipuerto) Slg. 1995, I-2883, 2914, Tz. 41; EuGH, Rs. C-134/94 (Esso Española), Slg. 1995, I-4223, 4249, Tz. 24; EuGH, Rs. C-44/98 (BASF), Slg. 1999, I-6269, 6295 f., Tz. 21

<sup>792</sup>EuGH, verb. Rs. C-418/93 u.a. (Semeraro), Slg. 1996, I-2975 Tz. 32.

<sup>793</sup>So Steinke, Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, S. 326, wenn auch die Formulierung „zu ungewiss und zu mittelbar“ im Urteil selbst nicht verwendet wird.

<sup>794</sup>Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 84; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 467 f; Thomas, NvwZ 2009, 1202, 1203.

<sup>795</sup>EuGH, verb. Rs. C-418/93 u.a. (Semeraro), Slg. 1996, I-2975 Tz. 32.

<sup>796</sup>EuGH, Slg. 1993, I-5009 (CMC Motorradcenter), Tz. 12 = EuZW 1993, 743; EuGH, Slg. 1990, I-583 (Krantz), Tz. 11; EuGH, Rs. C-379/92 (Peralta), Slg. 1994, I-3453, 3497, Tz. 24.

<sup>797</sup>So Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 15.

<sup>798</sup>Jarass, EuR 2000, 705, 713.

<sup>799</sup>Ohler, JA 2006, 839, 841.

<sup>800</sup>So Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 12.

<sup>801</sup>Vgl. Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 36 Rn. 64.

<sup>802</sup>EuGH, Rs. C-177/82, Slg. 1984, 1797, Tz. 13 (van der Haar).

keine Beschränkung<sup>803</sup>. Durch Anwendung eines Spürbarkeitskriteriums sollen vielmehr Maßnahmen ausgeschlossen werden, denen von vornherein, die Geeignetheit zur Beeinträchtigung fehlt<sup>804</sup>. Dem Gewicht einer Beschränkung kommt erst auf der Ebene der Rechtfertigung Bedeutung zu<sup>805</sup>.

Im Ergebnis dürfte der Rechtsprechung des EuGH zur „Spürbarkeit“ eine sog. „rule of remoteness“ zu entnehmen sein<sup>806</sup>. Damit muss eine gewisse Nähebeziehung zwischen mitgliedstaatlicher Maßnahme und beeinträchtigender Wirkung vorliegen, um von einer zu rechtfertigenden Beschränkung sprechen zu können<sup>807</sup>. Insbesondere werden daher hypothetische Kausalverläufe ausgeschlossen<sup>808</sup>. So liegt etwa eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht in einer Regelung des Herkunftsstaats, nach der einem Arbeitnehmer kein Anspruch auf Abfindung zusteht, wenn dieser sein Arbeitsverhältnis selbst beendet<sup>809</sup>. Zwar könnte eine solche Regelung zu der Annahme führen, dass der Arbeitnehmer von der Aufnahme einer neuen Tätigkeit im Zuzugsstaat abgehalten wird. Der EuGH stellte jedoch zu Recht fest, dass einer solchen Regelung schon die Geeignetheit für einen solchen Verhaltensanreiz fehlt. Denn selbst, wenn der Arbeitnehmer nicht gekündigt hätte, wäre der Abfindungsanspruch von einem hypothetischen Verhalten in der Zukunft, nämlich der Kündigung durch den Arbeitgeber, die der Arbeitnehmer weder selbst herbeigeführt noch zu vertreten hat, abhängig gewesen.

*Thomas* kommt in seiner Analyse der Rechtsprechung des EuGH zu dem Ergebnis, dass diese „Rule of remoteness“ dahingehend zu verstehen ist, dass eine mitgliedstaatliche Maßnahme eine „hinreichend wahrscheinliche Minimalintensität“ erreichen muss, um Beschränkung zu sein<sup>810</sup>. Damit sollen zum einen Maßnahmen keine Beschränkung darstellen, die schon abstrakt, auf Grund ihrer Struktur, nicht dazu geeignet sind, einen Verhaltensanreiz zu setzen, welcher der Verwirklichung der Grundfreiheiten potenziell entgegenstünde<sup>811</sup>. Ebenso wenig komme eine Beeinträchtigung in Betracht, wenn eine Maßnahme zwar strukturell dazu geeignet wäre, Hemmnisse innerhalb des Gemeinsamen Markts zu errichten, die von ihr ausgehenden Wirkungen auf das Verhalten der Marktteilnehmer aber zu geringfügig sind, als dass sie sich in der Realität mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auswirken werden<sup>812</sup>. Diese Geringfügigkeitsprüfung beziehe sich aber eben nicht auf die Schwere einer Beeinträchtigung, sondern nur auf die vorgelagerte Frage, inwieweit sich eine Maßnahme überhaupt auf das Verhalten der Marktteilnehmer auswirkt<sup>813</sup>.

---

<sup>803</sup>*Thomas*, NvwZ 2009, 1202, 1204; *Jarass*, EuR 2000, 705, 713; *Kingreen* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 36 Rn. 55; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 465; *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 84; *Müller-Graff* in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 49 AEUV Rn. 61.

<sup>804</sup>*Thomas*, NvwZ 2009, 1202, 1204.

<sup>805</sup>*Jarass*, EuR 2000, 705, 713.

<sup>806</sup>*Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 84; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 467; *Thomas*, NvwZ 2009, 1202, 1206.

<sup>807</sup>*Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 84; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 467.

<sup>808</sup>*Kingreen* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 36 Rn. 55; *Thomas*, NvwZ 2009, 1202, 1207; auch an der Kausalität festmachend *Ohler*, JA 2006, 839, 841.

<sup>809</sup>*EuGH*, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-00493, Tz. 24 (Graf).

<sup>810</sup>*Thomas*, NvwZ 2009, 1202, 1206.

<sup>811</sup>*Thomas*, NvwZ 2009, 1202, 1206.

<sup>812</sup>*Thomas*, NvwZ 2009, 1202, 1207.

<sup>813</sup>*Thomas*, NvwZ 2009, 1202, 1207.

#### 4. Zwischenergebnis

Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (von Gesellschaften) liegt immer dann vor, wenn eine Diskriminierung besteht, eine Sperrung oder Behinderung des Zugangs zum inländischen Markt erfolgt und so der Kernbereich der Niederlassungsfreiheit betroffen ist, oder sich durch Doppelbelastungen mit Regelungen eine tatsächliche Schlechterstellung für den grenzüberschreitenden Verkehr ergibt. Eine gewisse Korrektur erfolgt über die sog. „Rule of remoteness“. An diesen „Koordinaten“ ist grundsätzlich zu prüfen, ob die Anwendung einer inländischen Gläubigerschutzregelung wie die Existenzvernichtung auf eine in Deutschland residierende ausländische Gesellschaft einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellt, der dann gegebenenfalls zu rechtfertigen wäre. Angesichts der Ausführungen des EuGH stellt sich aber die Frage, ob ein Eingriff nur bei gesellschaftsrechtlichen Regelungen vorliegen kann.

#### II. Eingriff nur bei gesellschaftsrechtlichen Regelungen?

Wie bereits ausgeführt, ist der eingangs genannten Literatur gemein, dass sie zum einen analog „Keck“ jeweils begriffliche Gegensatzpaare von Vorschriften bildet, die auf der einen Seite gesellschaftsrechtlich und auf der anderen Seite in einer Art Negativabgrenzung gerade nicht gesellschaftsrechtlich wirken, zum anderen, dass die jeweiligen Begrifflichkeiten nicht im Sinne einer internationalprivatrechtlichen Qualifikation verstanden werden sollen und der Eingriffscharakter einer Regelung deshalb unabhängig von einer Qualifikation bestimmt wird.

Anders positioniert sich insbesondere *Kindler*<sup>814</sup>. Nach ihm können nicht-gesellschaftsrechtliche Vorschriften (diesmal im Sinne einer internationalprivatrechtlichen Qualifikation) keinen Eingriff darstellen, weil sie das Gesellschaftsstatut der ausländischen Gesellschaft nicht durchbrechen. Seiner Auffassung ist der BGH beigetreten. Bereits in einer Entscheidung vom 14.03.2005, bei der er urteilte, es stehe der Niederlassungsfreiheit entgegen, den Geschäftsführer einer englischen private limited company mit Verwaltungssitz in Deutschland wegen fehlender Eintragung in einem deutschen Handelsregister der persönlichen Handelndenhaftung analog § 11 II GmbHG für deren rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten zu unterwerfen, wies er darauf hin, der Kläger könne in der Berufungsinstanz sein Begehren auf Haftungstatbestände des materiellen englischen Rechts oder des „(deutschen) Deliktsrechts“ stützen<sup>815</sup>. In einer Entscheidung vom 05.02.2007, in der es um Rechtsscheinhaftung bei einer niederländischen Gesellschaft in Deutschland ging, urteilte er dann deutlich und unter Bezugnahme auf *Kindler*, die Niederlassungsfreiheit sei deshalb nicht durch die Anwendung der Rechtsscheinhaftung berührt, weil die Rechtsscheinhaftung nicht dem Gesellschaftsstatut unterstehe<sup>816</sup>.

Sofern man dem folgt, könnte bei der Feststellung des Eingriffs in den Schutzbereich also eine klare Linie an Hand der Statute gezogen werden, während die gegenteilige Ansicht der Literatur, die die „Keck“-Rechtsprechung übertragen wissen möchte, sich gewissermaßen an dieser Linie „entlangschlängelt“, d.h. mal zu gleichen, mal zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt. Ein Vorteil einer solch klaren Einteilung dürfte sicherlich in der Rechtssicherheit bzw. einer praktischen Handhabung liegen, die mit ihr einhergeht. Denn mit der Frage der Qualifikation wäre gleichermaßen die Frage der Vereinbarkeit des mitgliedstaatlichen Gläubigerschutzinstituts mit der Niederlassungsfreiheit beantwortet. Möglicherweise lag auch genau dieser Gedanke der Rechtsprechung des BGH zu Grunde.

<sup>814</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 434; *Kindler*, NJW 2007, 1785, 1786 f. Vgl. aber auch *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1478 ff.; *Horn*, NJW 2004, 893, 899.

<sup>815</sup>*BGH*, Urteil vom 14.03.2005 - II ZR 5/03 (LG Hagen) = NJW 2005, 1648, 1650; diesbezüglich einschränkend aber *Goette*, Vorsitzender Richter am BGH, ZIP 2006, 541, 545.

<sup>816</sup>*BGH*, Urteil vom 5. 2. 2007 - II ZR 84/05 (OLG Köln), Tz. 10 = NJW 2007, 1529, 1530.

Darüber hinaus hätte eine solche Ansicht zur Folge, dass mit dem deutschen Wechsel zur Gründungstheorie Verstöße gegen die Niederlassungsfreiheit per se verhindert werden, während nach gegenteiliger Ansicht sich auch Verstöße unter der Geltung der Gründungstheorie ergeben könnten. Denn nach Ansicht der Literatur, die die „Keck“-Rechtsprechung übertragen wissen möchte, können ja auch inländische Gläubigerschutzregelungen, die wegen insolvenz- oder deliktsrechtlicher Qualifikation auf eine ausländische Gesellschaft Anwendung finden, einen Eingriff darstellen.

Fraglich ist nun also, ob der Beschränkungscharakter einer mitgliedstaatlichen Gläubigerschutzregelung, die auf eine Scheinauslandsgesellschaft zur Anwendung gebracht werden soll, tatsächlich an Hand der Statute beurteilt werden kann.

## 1. Art. 49 II AEUV

*Kindler* macht geltend, dass nicht-gesellschaftsrechtliche Vorschriften nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen können, folge schon aus Art. 49 II AEUV (ex Art. 43 II EGV)<sup>817</sup>. Nach der Vorschrift „umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.“ Richtigerweise kann dem Passus „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen“ in Art. 49 II AEUV (ex Art. 43 II EGV) schon vom Wortlaut her weder entnommen werden, dass nur gesellschaftsrechtliche Regelungen gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen können, noch dass nur von der Qualifikation losgelöste Begrifflichkeiten gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen können. Die Vorschrift bringt lediglich das Inländergleichbehandlungsgebot zum Ausdruck und konkretisiert Tatbestand und Rechtsfolgen des Art. 49 I 1 AEUV (ex Art. 43 I 1 EGV)<sup>818</sup>.

## 2. Die sog. „Umqualifizierung“

Gegen eine Feststellung der Beschränkungswirkung an Hand der Statute wird eingewandt, die „rechtliche Einkleidung“ einer Norm könne im Rahmen der Grundfreiheiten nicht entscheidend sein<sup>819</sup>. Die gemeinschaftsrechtliche Würdigung werde nicht dadurch beeinflusst, wie „das nationale Recht“ ein bestimmtes Rechtsinstitut „qualifiziert“<sup>820</sup>. Ansonsten könnte durch „Wirksammachung eigenen Rechts“<sup>821</sup>, durch „Umqualifizierung“<sup>822</sup> im Sinne einer „kollisionsrechtlichen Lösung“<sup>823</sup>, bei der das Gesellschaftsstatut „gezielt verengt“<sup>824</sup> wird, die Niederlassungsfreiheit umgangen werden. Ein solches Vorgehen gleiche einer „formalen Flucht in Inspire Art-freie Zonen“ durch „begriffsjuristische Methode“<sup>825</sup>. Versuche, bestimmte gläubigerschützende Materien nicht-gesellschaftsrechtlichen Statuten zuzuordnen, um so zu einer niederlassungsfreiheitsresistenten Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts zu gelangen, etwa in Form der Neuverortung der Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe des § 826 BGB durch den BGH oder die Versetzung der Insolvenzantragspflicht und des Eigenkapitalersatzrechts von den gesellschaftsrechtlichen Spezialgesetzen in die Insolvenzordnung durch das

<sup>817</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 390, 413.

<sup>818</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 8; *Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 49, Rn. 7.

<sup>819</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 8.

<sup>820</sup>*Forsthoff* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 36.

<sup>821</sup>*Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3592.

<sup>822</sup>*Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 9;

<sup>823</sup>*Schillig*, ZvglRWiss 2007, 299, 305 f.

<sup>824</sup>*Hoffmann* in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, Anwaltkommentar BGB, Band 1, 2005, Anh. zu Art. 12 EGBGB Rn. 109.

<sup>825</sup>*Schmidt*, ZHR 168 (2004), 493, 499.

MoMiG, um diese Regelungsbereiche dem Insolvenzstatut bzw. dem Deliktsstatut zu unterwerfen<sup>826</sup>, dürften daher nicht erfolgsversprechend sein<sup>827</sup>. Einer solchen Strategie hafte der „Soupçon der Normerschleichung“ an, weil es den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit unzulässig verkürze<sup>828</sup>. Zudem sei es ein anerkannter Lehrsatz der Methodenlehre, dass der Zuordnungswille der Beteiligten zwingende Rechtsvorschriften nicht zu überspielen vermag<sup>829</sup>.

*Kindler* macht dagegen geltend, diese Kritik beruhe auf groben Fehlvorstellungen über den Qualifikationsvorgang<sup>830</sup>. Bei der Qualifikation käme es auf den Normzweck an und dieser sei „kein beliebig zu vergebendes äußeres Merkmal, vergleichbar einer rubrica legis, sondern anhand einer objektiv-teleologischen Betrachtung zu ermitteln“<sup>831</sup>. Teilweise sei die Qualifikation ja schon gesetzlich vorgegeben<sup>832</sup>. Eine „Umqualifizierung“ oder „taktische“ Qualifikation“ gebe es daher nicht<sup>833</sup>. Eine Feststellung der Beschränkungswirkung an Hand der Statute könne daher sehr wohl erfolgen.

Fraglich ist nun also, ob diese Replik *Kindlers* greift. Richtigerweise ist in diesem Zusammenhang zwischen dem Vorgang der Qualifikation und einer Änderung von Kollisions- und Sachnormen durch den Gesetzgeber zu differenzieren. Dies scheint *Kindler* zu übersehen. Zunächst soll ein Blick auf die Qualifikation geworfen werden, um anschließend die Möglichkeit einer „Umqualifizierung“ zu würdigen. Danach ist auf die Gestaltungshoheit des Gesetzgebers einzugehen.

### a. Vorgang der Qualifikation

Grundsätzlich geht es bei der Qualifikation darum, den sachlichen Anwendungsbereich einer Kollisionsnorm zu bestimmen<sup>834</sup>. Qualifikation ist dabei der Vorgang der Subsumtion eines Gegenstandes unter den Tatbestand einer Kollisionsnorm<sup>835</sup>.

Als Gegenstand der Subsumtion, also dem, was als „Untersatz“ dem Tatbestand einer Kollisionsnorm als dem „Obersatz“ subsumiert wird, werden vor allem ein „Rechtsverhältnis“, ein „Lebensverhältnis“, eine „Sachnorm“ oder aber eine „Rechtsfrage“ genannt<sup>836</sup>. Beim Rechtsverhältnis wird häufig eingewendet, eine Kollisionsnorm bestimme erst das anwendbare Recht, das anwendbare Recht mache aus einem Lebensverhältnis aber erst ein Rechtsverhältnis<sup>837</sup>. Soweit man dem folgen will, haben jedenfalls die anderen Begriffe im Gesamtprozess Qualifikation einen eigenen, wenn auch jeweils begrenzten Platz<sup>838</sup>. Das Lebensverhältnis ist der ursprüngliche Gegenstand einer Qualifikation<sup>839</sup>. Ebenso wie bei einer Sachnorm soll auch bei der Kollisions-

<sup>826</sup>Vgl. *Mock*, in: Domej et. al., Einheit des Privatrechts - Jb.J.ZivRWiss. 2008, S. 375 f.

<sup>827</sup>*Fleischer* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 98.

<sup>828</sup>*Fleischer* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 98.

<sup>829</sup>*Fleischer* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 98.

<sup>830</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 436.

<sup>831</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 436.

<sup>832</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 436.

<sup>833</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 435 f.

<sup>834</sup>*Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 114; *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl., S. 355; v. *Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 138.

<sup>835</sup>*Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 114; *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 48; v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 2.

<sup>836</sup>*Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 117; vgl. *Sonnenberger* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 485.

<sup>837</sup>*Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 117.

<sup>838</sup>*Sonnenberger* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2009, Einleitung IPR Rn. 485.

<sup>839</sup>*Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 117.

norm ein tatsächlicher Sachverhalt unter die Norm subsumiert werden. Im Gegensatz zur Sachnorm knüpft eine Kollisionsnorm aber nicht an die Tatsache als solche ihre Rechtsfolge (die Anwendbarkeit einer Rechtsordnung), sondern verwendet in ihrem Tatbestand bestimmte Systembegriffe, die schon einen rechtsfolgenbezogenen Sachverhalt voraussetzen<sup>840</sup>. Diese Systembegriffe umschreiben das Objekt der jeweiligen Anknüpfung von Kollisionsnormen, den sog. Anknüpfungsgegenstand<sup>841</sup>. Dabei kann beispielsweise der Tod eines Menschen als tatsächlicher Vorgang nicht Objekt der Anknüpfung sein. Objekt der Anknüpfung sind vielmehr die interessierenden Rechtsfolgen bzw. Rechtswirkungen, die dieser Vorgang auslöst, etwa im Delikts-, Ehe- oder Erbrecht<sup>842</sup>. Der Sachverhalt muss also normbezogen festgestellt werden<sup>843</sup>. Praktisch ist Gegenstand der Qualifikation daher die Frage nach den Rechtsfolgen aus einer bestimmten Tatsache, oder mit anderen Worten die Rechtsfrage, die mit Hilfe von Sachnormen beantwortet werden soll<sup>844</sup>. Die Sachnorm selbst ist dabei aus einem ersten Blickwinkel nicht Gegenstand der Qualifikation, soll doch die Sachnorm erst durch die Anwendung der richtigen Kollisionsnorm gefunden werden<sup>845</sup>. Allerdings kommt es zu einem späteren Zeitpunkt des Qualifikationsvorgangs zu einer Sachnormsubsumtion. Denn es muss noch bestimmt werden, welche Vorschriften des zur Entscheidung berufenen Rechts von der Verweisung der Kollisionsnorm erfasst werden<sup>846</sup>. Man kann insofern von einer doppelten Subsumtion sprechen<sup>847</sup>. Zum einen werden Rechtsfragen auf der Tatbestandsseite der Kollisionsnorm subsumiert, zum anderen Sachnormen auf der Rechtsfolgenseite der Kollisionsnorm<sup>848</sup>. Entscheidend ist dabei aber, dass die nachgelagerte Subsumtion Teil eines einzigen einheitlich zu beurteilenden Qualifikationsvorgangs ist, und nicht etwa eine inhaltlich unterschiedliche weitere eigenständige Qualifikation, wie sie im Rahmen der sog. „Stufenqualifikation“ vorgenommen wird<sup>849</sup>. Insgesamt ist die Qualifikation also als ein vielschichtiger Gesamtprozess mit unterschiedlichen Teilstücken aufzufassen<sup>850</sup>.

Weitgehend Einigkeit besteht heute darin, dass die Qualifikation funktionell oder teleologisch zu erfolgen hat<sup>851</sup>. Dazu wird die Funktion oder der Zweck des in einer Kollisionsnorm verwendeten Systembegriffs (etwa Deliktsrecht, Gesellschaftsrecht, Vertragsrecht oder Insolvenzrecht) mit der Funktion oder dem Zweck des in Rede stehenden in- oder ausländischen materiellen Rechtsinstituts verglichen<sup>852</sup>. Besteht Übereinstimmung, wird das in Rede stehende in- oder ausländische Rechtsinstitut von der Kollisionsnorm zur Anwendung berufen, wenn das Anknüpfungsmoment der Kollisionsnorm auf die Rechtsordnung der Sachregelung verweist.

---

<sup>840</sup>Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 117; Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 48.

<sup>841</sup>V. Bar/Mankowski, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 138.

<sup>842</sup>Vgl. Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 48.

<sup>843</sup>Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 48.

<sup>844</sup>Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 118.

<sup>845</sup>Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 119.

<sup>846</sup>Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 119; Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 48.

<sup>847</sup>Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 48; Sonnenberger in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 483.

<sup>848</sup>Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 48.

<sup>849</sup>Dazu Sonnenberger in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 489; Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 119. Bei der „Stufenqualifikation“ wird nur der Sachverhalt unter eine Kollisionsnorm der *lex fori* subsumiert; welche konkreten Sachnormen zur Anwendung berufen werden, soll sich dagegen nach der *lex causae* bestimmen.

<sup>850</sup>Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 48.

<sup>851</sup>Sonnenberger in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 501; Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 126.

<sup>852</sup>Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 126; Sonnenberger in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 509; v. Bar/Mankowski, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 176.

Die Funktion des in Rede stehenden Rechtsinstituts wird dabei verständlicherweise vornehmlich aus Sicht seiner eigenen Rechtsordnung bewertet. Gegebenenfalls ist aber auch eine rechtsvergleichende Betrachtung hilfreich. Bei der Bewertung des materiell-rechtlichen Rechtsinstituts muss genau ermittelt werden, auf welche Tatbestände es sich bezieht, welche Rechtsfolgen es anordnet, welchem Sinn und Zweck es dient und in welchem Zusammenhang es mit anderen Sachnormen steht<sup>853</sup>. Grundsätzlich unerheblich sind dagegen die Konstruktion, verwendete Begrifflichkeiten oder die systematische Zuordnung des Rechtsinstituts zu bestimmten Gesetzen<sup>854</sup>. Diese Kriterien können allenfalls ein erster Hinweis auf die Funktion oder den Zweck des in Rede stehenden Rechtsinstituts sein<sup>855</sup>.

Sinn und Zweck der im Tatbestand der Kollisionsnorm verwendeten Systembegriffe sind grundsätzlich aus Sicht der *lex fori* zu bewerten, da jede Rechtsordnung selbst über ihre Kollisionsnormen entscheidet<sup>856</sup>. Steht also eine deutsche Kollisionsnorm in Rede, ist sie nach deutschem Verständnis zu bewerten. Vom Grundsatz der *lex fori* ist aber eine Ausnahme bei staatsvertraglichen und einheitsrechtlichen, insbesondere europäischen Kollisionsnormen (wie denen der Rom-II-VO oder der EuInsVO) zu machen. Diese sind losgelöst vom Verständnis der *lex fori* autonom auszulegen<sup>857</sup>.

Bei der Frage nach Sinn und Zweck der Kollisionsnorm ist vor allem das Ziel des Internationalen Privatrechts, internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit zu verwirklichen, zu beachten. Bei der Auslegung der einzelnen Kollisionsnormen ist daher festzustellen, welchen Gehalt an internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit sie haben bzw. welche internationalprivatrechtlichen Interessen sie schützen<sup>858</sup>. Dabei sind verschiedene Gesichtspunkte zu beachten. Zum einen müssen die Systembegriffe des Kollisionsrechts nicht unbedingt mit den Begrifflichkeiten des materiellen Rechts der *lex fori* übereinstimmen. Diese Autonomie der Begriffsbildung im Internationalen Privatrecht ergibt sich schon daraus, dass das Kollisionsrecht auch ausländische Normen zur Anwendung berufen will<sup>859</sup>. Zudem ist vor allem auch zu beachten, dass die Systembegriffe, die die Kollisionsnormen verwenden, nicht nur aus sich selbst heraus ausgelegt werden<sup>860</sup>. Sie müssen zum einen immer auch in ihrer Abgrenzung zu anderen Kollisionsnormen gewürdigt werden. Zum anderen müssen die Systembegriffe aber auch immer in ihrem Zusammenwirken mit dem Anknüpfungspunkt der jeweiligen Kollisionsnorm interpretiert werden<sup>861</sup>. Denn erst das Zusammenwirken des Anknüpfungsgegenstandes mit dem Anknüpfungspunkt erlaubt eine sinnvolle kollisionsrechtliche Aussage und damit die Feststellung der internationalprivatrechtlichen Wertungen<sup>862</sup>.

## b. Würdigung

Wie verhält sich dies nun mit der von *Kindler* vorgebrachten Replik auf die sog. „Umqualifizierung“?

---

<sup>853</sup> *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl., S. 350.

<sup>854</sup> *Sonnenberger* in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 505.

<sup>855</sup> Vgl. *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl., S. 344.

<sup>856</sup> *V. Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 176; *Lorenz* in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, Internationales Privatrecht, Einl. IPR Rn. 57.

<sup>857</sup> *Sonnenberger* in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 527.

<sup>858</sup> *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl., S. 355.

<sup>859</sup> *Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 124.

<sup>860</sup> *V. Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 176.

<sup>861</sup> *V. Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 176.

<sup>862</sup> *V. Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 176.

Mit der Berücksichtigung des Anknüpfungspunktes bei der Auslegung von Systembegriffen könnte im Ergebnis eine Berücksichtigung der Rechtsfolgen bei der Qualifikation gestattet sein<sup>863</sup>. Soweit aber rechtsfolgenorientiert qualifiziert werden könnte, schiene in der Tat eine „Umqualifizierung“ möglich. Denn, wenn die Einordnung einer inländischen Gläubigerschutzbestimmung zu dem einen oder anderen Statut gerade vom Ergebnis abhängig gemacht werden kann, erscheint die Qualifikation beliebig und dem Rechtsanwender überlassen.

Dem ist im Ergebnis aber nicht so. Entscheidend ist hier das richtige Verständnis von der „Berücksichtigung der Rechtsfolgen“. Es besteht Einigkeit, dass es nicht darum gehen kann, die materiell-rechtlichen Rechtsfolgen der möglicherweise zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen zu vergleichen, um sich sodann für die vornehmlich „bessere“ Lösung zu entscheiden<sup>864</sup>. Ob eine Rechtsordnung einen Anspruch etwa schon bei Fahrlässigkeit, die andere aber erst bei Vorsatz zuspricht, kann nicht maßgebend sein. Andernfalls könnten die im Zusammenspiel von Systembegriffen und Anknüpfungspunkten zum Ausdruck kommenden Gerechtigkeitsvorstellungen des Internationalen Privatrechts durchkreuzt werden<sup>865</sup>. Gerade diese sind aber entscheidend. Es geht deshalb auch nicht um die kollisionsrechtliche Rechtsfolge. Denn diese ist strenggenommen nicht mit dem Anknüpfungspunkt gleichzusetzen. Der Anknüpfungspunkt gehört zwar grundsätzlich zur Rechtsfolgenseite einer Kollisionsnorm, dient bei genauer Betrachtung aber erst der näheren Bestimmung der Rechtsfolge<sup>866</sup>. Bei der Frage der Qualifikation kann deshalb nicht etwa die bestimmte Rechtsfolge „Anwendbarkeit deutschen Rechts“ Berücksichtigung finden, sondern allein der Anknüpfungspunkt „Staatsangehörigkeit“, der zur Anwendung deutschen Rechts führen würde. Auf den Punkt gebracht, geht es bei der „Rechtsfolgenberücksichtigung“ also nicht darum, vom gewünschten Ergebnis her, die Voraussetzungen der Ergebnisermittlung zu bestimmen, sondern allein um die Beachtung des Anknüpfungspunktes bei der Feststellung der International-Privatrechtlichen Interessen<sup>867</sup>. Diese sind aber aus dem Kollisionsrecht heraus objektiv ermittelbar<sup>868</sup>, vom Gesetzgeber festgelegt und nicht beliebig austauschbar. Qualifikation hat gerade nicht die Aufgabe, für verfehlt gehaltene Kollisionsnormen zu korrigieren<sup>869</sup>.

Daran ändert sich auch nichts, wenn man an das Problem des Normenmangels bzw. an das der Normenhäufung denkt. Auch hinsichtlich dieser Probleme findet eine Berücksichtigung der Rechtsfolgen bei der Qualifikation nicht statt<sup>870</sup>. Beim Normenmangel und bei der Normenhäufung handelt es sich um kollisionsrechtliche Probleme, die dadurch entstehen, dass im Kollisionsrecht ein einheitlicher Lebenssachverhalt in verschiedene Bereiche aufgespalten wird und für diese verschiedenen Bereiche verschiedene Rechtsordnungen berufen werden<sup>871</sup>. Da die Rechtsordnungen aber in der Regel nicht aufeinander abgestimmt sind, kann es zu Disharmonien, spezieller zur Anwendung von inhaltlich konkurrierenden Normen (Normenhäufung) oder aber zu einer Unanwendbarkeit aller in Betracht kommenden Normen (Normenmangel) kommen<sup>872</sup>. Störend ist dabei, dass die Disharmonie der berufenen Rechtssätze zu einer von beiden Rechts-

<sup>863</sup>Vgl. *Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 129.

<sup>864</sup>*V. Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 177; *Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 129.

<sup>865</sup>*V. Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 177.

<sup>866</sup>*Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 105.

<sup>867</sup>*V. Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 177.

<sup>868</sup>*V. Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 177.

<sup>869</sup>*Sonnenberger* in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 523.

<sup>870</sup>Vgl. aber *Windbichler/Krolop* in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 19 Rn. 75, die davon sprechen, es sei ein „petitum der modernen IPR-Wissenschaft“ zur Vermeidung von Normenhäufung und Normenmangel „bei der kollisionsrechtlichen Qualifikation die Rechtsfolgen zu berücksichtigen“.

<sup>871</sup>*V. Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 31 ff.

<sup>872</sup>*Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 236 f.

ordnungen nicht gewollten Ungleichbehandlung führt, wenn man das Ergebnis damit vergleicht, was beide Rechtsordnungen jeweils für reine Inlandsfälle vorsehen<sup>873</sup>. Würde beispielsweise die Insolvenzverschleppungshaftung in Deutschland gesellschaftsrechtlich qualifiziert und der Gründungstheorie entsprechend auf eine englische Scheinauslandsgesellschaft mit Sitz in Deutschland keine Anwendung finden, könnte es zu einem Normenmangel kommen, wenn die „entsprechende“ englische Regelung, die „wrongful-trading-Haftung“, ebenfalls nicht zur Anwendung gelangt, weil sie insolvenzrechtlich zu qualifizieren wäre<sup>874</sup>. Wenn nun im Falle eines rein englischen Sachverhalts eine Haftung aus „wrongful-trading“ gegeben wäre, im Falle eines rein deutschen Sachverhalts eine Haftung aus „Insolvenzverschleppung“, bestünde für den grenzüberschreitenden Sachverhalt ein nicht zu akzeptierendes Ergebnis.

Um diesen Problemen zu begegnen, ist in der Tat eine kollisionsrechtliche Lösung, etwa durch Einordnung der nationalen Regelung in ein anderes Statut, gangbar<sup>875</sup>. Man muss sich aber vor Augen halten, dass ein solches Vorgehen das im Prozess der Qualifikation gefundene Ergebnis und damit das grundsätzlich gebotene Ergebnis korrigiert und gewissermaßen verfälscht<sup>876</sup>. Ein solches Vorgehen ist also nicht Teil des Qualifikationsvorgangs, sondern ein Vorgang der Ergebniskorrektur, dem im Internationalen Privatrecht ein eigener Stellenwert zukommt und als Anpassung bzw. Angleichung bezeichnet wird<sup>877</sup>.

Hier geht es aber gerade darum festzustellen, ob ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft an Hand einer Qualifikation bejaht oder verneint werden kann. Die Anpassung als ein der Qualifikation gewissermaßen nachgelagertes Vorgehen wäre vielmehr ein Instrument, mit dem eine Regelung, die zwar eine Beschränkung darstellt, aber wegen Normenmangels gerechtfertigt ist<sup>878</sup>, dennoch zur Anwendung gebracht werden könnte.

Richtig ist daher, dass es eine „Umqualifizierung“ im Sinne einer „taktischen Qualifikation“ nicht geben kann. Soweit die Qualifikation ohne Anpassung vorgenommen wird, spricht dieser Punkt daher nicht dagegen, die Feststellung einer Beschränkungswirkung an Hand der Statute vorzunehmen.

### c. Gestaltungshoheit des Gesetzgebers

*Kindler* macht aber auch geltend, die Qualifikation sei teilweise schon „gesetzlich vorgegeben“<sup>879</sup>. Diese Formulierung ist irreführend und verdeutlicht sogleich, dass die vorliegende Problematik mit dem Begriff der „Umqualifizierung“ nicht ausgeschöpft ist. Aus dem oben Gesagten ergibt sich nämlich, dass Qualifikation Subsumtion unter den Tatbestand der Kollisionsnorm ist. Der Gesetzgeber gibt aber keine Subsumtion vor, sondern den Tatbestand einer Norm. Die Subsumtion ist vielmehr ein Vorgang durch den Rechtsanwender. Dieser subsumiert unter eine vom Gesetzgeber vorgegebene (Kollisions-) Norm.

---

<sup>873</sup>*Sonnenberger* in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 589 mit Verweis auf *Dannemann*, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung 2004, S. 166, 190.

<sup>874</sup>Vgl. *Windbichler/Krolop* in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 19 Rn. 73; *Eidenmüller* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 71.

<sup>875</sup>Grundsätzlich kann eine Lösung auch auf sachrechtlicher Ebene erfolgen; v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 35 ff.; v. *Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 257; *Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 237 ff.

<sup>876</sup>*Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 3 Rn. 50; *Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 237; v. *Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 257.

<sup>877</sup>Vgl. *Sonnenberger* in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 581 ff.

<sup>878</sup>Dazu unten § 4 B. III. 4. c.

<sup>879</sup>*Kindler* in Müko, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 436.

Der Rechtsanwender kann sich den Vorgaben der Niederlassungsfreiheit wie gesehen nicht durch „Umqualifizierung“ entziehen. Sehr wohl könnte dies dagegen, zumindest im Ausgangspunkt, der Gesetzgeber durch Änderungen seiner Gesetze tun. Zwar kann auch der inländische Gesetzgeber seine Sachnormen nicht einfach „umqualifizieren“, indem er die Norm vom gesellschaftsrechtlichen Spezialgesetz in die Insolvenzordnung versetzt. Dass der Standort einer Sachnorm keinen Wert für die Frage der Qualifikation durch den Rechtsanwender hat, wurde oben dargelegt. Der Gesetzgeber könnte aber die Sachnorm inhaltlich verändern, was dazu führen könnte, dass sie einem anderen Statut unterfällt. Das gleiche gilt, wenn ein oberstes Gericht eine richterrechtliche Änderung vornimmt. Vor allem aber könnte der Gesetzgeber sein Kollisionsrecht ändern. So könnte er einerseits die in den Kollisionsnormen verwendeten Systembegriffe dergestalt verändern, dass sie bestimmte Sachnormen umfassen. Noch einfacher könnte er aber auch für eine einzelne Sachnorm eine spezielle Kollisionsnorm erlassen. Dass hier das Problem liegt, erkennt letztlich auch *Kindler*, wenn er darstellt, seine Kritik, gelte umso mehr, „als das EG-Recht selbst die wichtigsten Qualifikationsfragen entscheidet, diese also gerade nicht durch nationale Gesetzgeber oder Gerichte nach rechtspolitischem Gutdünken geregelt werden können.“<sup>880</sup>

Im Ergebnis greift die Kritik *Kindlers* daher nur teilweise. Zwar kann es eine taktisch inspirierte Qualifikation nicht geben. Soweit aber argumentiert wird, die Einteilung in ein Statut sei für die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit irrelevant, hat dies, auch wenn diesbezüglich teilweise missverständlich formuliert wird, nichts mit dem Vorgang der Qualifikation durch den Rechtsanwender zu tun, sondern allein damit, dass sich ein Mitgliedstaat durch Rechtsänderung der Niederlassungsfreiheit entziehen könnte.

### **3. Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften durch inländisches Gläubigerschutzrecht**

Statt sich also mit dem Begriff der „Umqualifizierung“ aufzuhalten, sollte lieber auf die eigentliche Beschränkungswirkung von inländischen Gläubigerschutzinstituten eingegangen werden. Hierzu müssen zunächst die konkreten Ausführungen des EuGH in den einschlägigen Entscheidungen zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in den Blick genommen werden, um anschließend Schlussfolgerungen zu ziehen.

#### **a. Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften in den einschlägigen Urteilen**

In „Centros“ lehnten dänischen Behörden die Eintragung einer Zweigniederlassung ab. Genau hierin erkannte der EuGH die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit<sup>881</sup>. Denn eine solche Nichteintragung verhindert unmittelbar die räumliche Veränderung der Gesellschaft. Ohne Eintragung kann sie sich als Gesellschaft in Dänemark nicht niederlassen, um dort werbend tätig zu werden. Der Vorgang in „Centros“ stellte sich also als ein Eingriff in den Kernbereich der Niederlassungsfreiheit dar.

Noch deutlicher war dies im Fall „Überseering“. Hier wurde nicht die Eintragung der Zweigniederlassung verweigert, sondern die Anerkennung einer Gesellschaft als niederlassungsberechtigtes Subjekt. Es lag also im Grunde ein Eingriff in den Kernbereich der

<sup>880</sup> *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 436.

<sup>881</sup> *EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 21 f. = NJW 1999, 2027, 2028.

Niederlassungsfreiheit vor, wie er stärker nicht hätte sein können. Der EuGH sprach insofern zu Recht von einer „Negierung der Niederlassungsfreiheit“<sup>882</sup>.

Die Beschränkungswirkung in „Inspire Art“ war dagegen eine andere. Dort urteilte der EuGH, dass die Anwendung von Vorschriften über das Stammkapital und über eine daran anknüpfende Haftung von Geschäftsführern auf zuziehende Gesellschaften, wie sie auch für inländische Gesellschaften gelten, dazu führt, „dass die Ausübung der vom Vertrag anerkannten Niederlassungsfreiheit durch diese Gesellschaften behindert wird“ und demzufolge eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt<sup>883</sup>. Dieser Feststellung folgten keine besonderen Ausführungen, worin diese Beschränkung liegen soll. Sie wird aber in der Zusammenschau mit „Überseering“ verständlich<sup>884</sup>. Denn aus „Überseering“ ergibt sich, dass eine ausländische Gesellschaft im Inland als ausländische Gesellschaft anzuerkennen ist<sup>885</sup>. Da eine Gesellschaft ein juristisches Konstrukt ist, ist sie nach den rechtlichen Regelungen ihres Herkunftsrechts zu beurteilen. Andernfalls bestünde eine Negierung der Niederlassungsfreiheit. Jede Anwendung von inländischen Gläubigerschutzregelungen führt deshalb zu einer Verdopplung von Regelungen bzw. zu einer Erhöhung der Regelungsdichte. Genau darin erkannte der EuGH, auch wenn er es nicht sonderlich verdeutlichte, die Beschränkungswirkung in „Inspire Art“. Klar wird dies, wenn man die beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen der Kommission und der Regierung des Vereinigten Königreichs analysiert. Dort heißt es eindeutig, Gesellschaften, die im Ausland gegründet werden, um sich anschließend im Inland niederzulassen, verlieren das Interesse an der Ausübung der Niederlassungsfreiheit, wenn „zusätzlich zu den Vorschriften des Gründungsstaats weitere Regeln für anwendbar erklärt werden“<sup>886</sup>. Abschließend ist also festzuhalten, dass bei „Inspire Art“ nicht der Kernbereich der Niederlassungsfreiheit betroffen war, sondern eine Schlechterstellung durch die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen vorlag.

## **b. Schlussfolgerung**

Fraglich ist nun, ob daraus geschlussfolgert werden kann, dass nur gesellschaftsrechtliche Vorschriften gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen können.

### **a.a. Regelungsverdopplung nur bei gesellschaftsrechtlichen Regelungen**

Zunächst einmal dürfte klar sein, dass inländische Gläubigerschutzregelungen in aller Regel nicht den Kernbereich der Niederlassungsfreiheit betreffen werden. Gläubigerschützende Regelungen knüpfen in der Regel schon nicht unmittelbar an die räumliche Veränderung an. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Regelungen nicht ein vertikales Verhältnis, ähnlich den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, betreffen, zu denken ist etwa an Eintragungserfordernisse, sondern in einem horizontalen Verhältnis primär die Rechtsverhältnisse Privater regeln<sup>887</sup>. Darüber hinaus steht mit „Inspire Art“ fest, dass die Beschränkungswirkung von inländischen Gläubigerschutzinstituten regelmäßig in der Regelungsverdopplung bzw. in einer Erhöhung der Regelungsdichte liegen dürfte.

Genau aus diesem Grund ist auch das Beispiel von *Bitter* nicht weiterführend, das belegen soll, dass es auf eine Qualifikation nicht ankommen kann: „Nehmen wir an, der deutsche Gesetzgeber würde vor dem Hintergrund vieler masseloser Insolvenzverfahren über Scheinauslandsgesell-

<sup>882</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 81 = NJW 2002, 3614, 3616.

<sup>883</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 101 = NJW 2003, 3331, 3333.

<sup>884</sup>So auch *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 662.

<sup>885</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 59 = NJW 2002, 3614.

<sup>886</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 92.

<sup>887</sup>Vgl. *Forsthoff* in *Hirte/Bücker*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 42 Fn. 171.

schaften eine Vorschrift in die Insolvenzordnung aufnehmen, nach der die Geschäftsführer und/oder Gesellschafter einer Scheinauslandsgesellschaft einen Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 10.000 Euro zu leisten hätten, um so die Eröffnung derartiger Verfahren zu ermöglichen. Bei einer solchen auf das Insolvenzverfahren beschränkten Regelung würde es sich wohl unstreitig um (deutsches) Insolvenzrecht handeln [...]. Ein [...] Verstoß [gegen die Niederlassungsfreiheit] läge im Beispielsfall auf der Hand.“<sup>888</sup> Dies ist zwar richtig. In dem Beispiel liegt der Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit aber in einer Diskriminierung und nicht in einer Beschränkung durch Regelungsverdopplung. Ginge man davon aus, dass der deutsche Gesetzgeber tatsächlich eine solche Vorschrift in die Insolvenzordnung aufnehmen würde, sie aber für alle Kapitalgesellschaften, also auch für Gesellschafter deutscher GmbHs anordnet, würde eine Diskriminierung nicht vorliegen. Ein Verstoß läge dann jedenfalls nicht mehr auf der Hand. Wenn es also im folgenden darum geht, festzustellen, ob nur gesellschaftsrechtliche Vorschriften gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen können, soll gar nicht in Abrede gestellt werden, dass auch nicht-gesellschaftsrechtliche Regelungen diskriminierend wirken können. Es geht allein darum festzustellen, ob nur gesellschaftsrechtliche Regelungen, zu der in „Inspire Art“ angemahnten Regelungsverdopplung führen können. Denn diese dürfte in aller Regel den Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit durch eine inländische Gläubigerschutzregelung begründen.

Diese Doppelbelastungen können aber grundsätzlich nur bei gesellschaftsrechtlichen Regelungen entstehen. Denn aus den Urteilen des EuGH ergibt sich, dass nur die Anerkennung einer ausländischen gesellschaftsrechtlichen Teilrechtsordnung ein Gebot der Niederlassungsfreiheit ist. Die ausländische Gesellschaft „nimmt“ mit anderen Worten nur ihr herkunftsrechtliches Gesellschaftsrecht mit in den Zuzugsstaat. Dass auch angrenzende Materien miteinbezogen werden sollen, wird dagegen an keiner Stelle der Urteile erkennbar<sup>889</sup>. Dementsprechend heißt es zur Missbräuchlichkeit der faktisch geschaffenen Rechtswahlfreiheit auch, dass kein Missbrauch, sondern gerade die Ausübung der Niederlassungsfreiheit vorliegen würde, wenn das Recht des Staates gewählt würde, dessen „gesellschaftsrechtliche Vorschriften“ dem Gesellschaftsgründer die größte Freiheit lassen<sup>890</sup>. Und auch in „Inspire Art“ wird deutlich, dass der EuGH die Vorschriften über das Mindestkapital und die Haftung des Geschäftsführers für solche des Gesellschaftsrechts und nicht etwa für anderen Statuten unterstehende Regelungen hält: „Die WFBV hat nämlich zur Folge, dass die Vorschriften des niederländischen Gesellschaftsrechts über das Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer zwingend auf ausländische Gesellschaften wie die Inspire Art angewandt werden [...]“<sup>891</sup>. Insofern ist es richtig, wenn festgestellt wird, die Durchbrechung des Gesellschaftsstatuts stelle den Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft dar<sup>892</sup>.

Deshalb kann es auch nicht richtig sein, bei der Feststellung einer Beschränkung zwischen Regelungen, die einerseits die Gründung und andererseits die weitere Tätigkeitsausübung einer Gesellschaft betreffen, zu unterscheiden, und nur erstere als Beschränkung aufzufassen<sup>893</sup>. Abgesehen davon, dass eine solche Unterscheidung wenig praktikabel und stringent ist<sup>894</sup>, führen

---

<sup>888</sup> *Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 319.

<sup>889</sup> *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 438.

<sup>890</sup> *EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 27 = NJW 1999, 2027, 2028;

*EuGH*, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 138 = NJW 2003, 3331, 3334.

<sup>891</sup> *EuGH*, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 100 = NJW 2003, 3331, 3333.

<sup>892</sup> So *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677, 681.

<sup>893</sup> So aber *Altmeyden*, NJW 2004, 97, 99 f; im Ergebnis richtig dagegen *Forsthoff* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 43.

<sup>894</sup> *Forsthoff* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 43.

sowohl gesellschaftsrechtliche Regelungen, die die Gründung der Gesellschaft betreffen, als auch solche, die lediglich die Tätigkeitsausübung betreffen, zu einer Doppelbelastung.

### **b.b. Das Problem uneinheitlicher Kollisionsrechte: Feststellung der Beschränkung durch Qualifikation nach Herkunftskollisionsrecht**

Unproblematisch liegt eine Doppelbelastung vor, wenn der Kernbereich des Gesellschaftsrechts betroffen ist. So lag in „Inspire Art“ eine Regelungsverdopplung vor, weil es sich bei den Vorschriften über das Mindestkapital und eine daran anknüpfende Geschäftsführerhaftung unproblematisch um in beiden Staaten originär gesellschaftsrechtliche Regelungen handelte. Anders gewendet liegt genauso unproblematisch keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vor, wenn der Kernbereich anderer Statute betroffen ist.

*Windbichler/Krolop* halten etwa die Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung auf eine englische Scheinauslandsgesellschaft in Folge insolvenzrechtlicher Qualifikation für einen Eingriff in deren Niederlassungsfreiheit (freilich ohne nähere Begründung), wollen diesen aber rechtfertigen, weil die Insolvenzverschleppungshaftung lediglich „in die Bresche“ springe, da ihr englisches „Pendent“, die „wrongful-trading-Haftung“ ebenso in Folge insolvenzrechtlicher Qualifikation gar nicht zur Anwendung gelange<sup>895</sup>. Nach hier vertretener Ansicht bestünde aber, sofern die Insolvenzverschleppungshaftung unproblematisch insolvenzrechtlich zu qualifizieren wäre, schon gar kein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit. Denn es entsteht insofern gar keine Regelungsverdopplung, weil die ausländische Gesellschaft nur nach ihrem herkunftsrechtlichen Gesellschaftsrecht, nicht aber nach herkunftsrechtlichem Insolvenzrecht zu beurteilen ist. Herkunftsrrechtliches Insolvenzrecht findet überhaupt keine Anwendung. Es steht aber wohl außer Frage, dass die Niederlassungsfreiheit es Gesellschaften nicht ermöglichen soll, außerhalb jeglicher Regelung zu agieren. Sofern hier keine anderweitige Beschränkungswirkung festgestellt würde, und eine solche ist nicht ersichtlich, besteht eben auch kein Rechtfertigungszwang.

Probleme treten allerdings in den Randbereichen der Statute auf. Denn verständlicherweise müssen die Kollisionsrechte der Mitgliedstaaten nicht gleich ausgestaltet sein<sup>896</sup>. Als Beispiel mag wieder die Anwendung der Insolvenzverschleppungshaftung, deren Qualifikation tatsächlich umstritten ist, dienen. Angenommen, diese unterfällt nach (gedachtem autonomen) deutschem Kollisionsrecht dem Insolvenzstatut und soll zur Anwendung gebracht werden. Im Ausgangspunkt würde dann kein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit bestehen, weil das Gesellschaftsstatut nicht durchbrochen wird. Es kommt zu keiner Regelungsverdopplung, weil englisches Insolvenzrecht gar keine Anwendung findet. Wie ist der Sachverhalt aber zu beurteilen, wenn das englische „Pendent“ zur Insolvenzverschleppungshaftung, die „wrongful-trading-Haftung“<sup>897</sup> nach englischem Kollisionsrecht dem Gesellschaftsstatut unterfällt? Liegt dann eine Regelungsverdopplung vor? Und wie wäre der Sachverhalt zu beurteilen, wenn die „wrongful-trading-Haftung“ nach deutschem Kollisionsrecht dem Gesellschaftsstatut unterfällt? Denn grundsätzlich findet in Deutschland ja deutsches Kollisionsrecht Anwendung. Eine ausländische Sachnorm wäre vor deutschen Gerichten daher grundsätzlich unter deutsche Kollisionsnormen zu subsumieren. Bestünde dann trotzdem eine Regelungsverdopplung? Und wie wäre die Regelungsverdopplung zu beurteilen, wenn die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung nach englischem Kollisionsrecht dem Gesellschaftsstatut unterfällt?

<sup>895</sup> *Windbichler/Krolop* in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 19 Rn. 73.

<sup>896</sup> Vgl. *Forsthoff* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 42 Fn. 169.

<sup>897</sup> *Windbichler/Krolop* in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 19 Rn. 72.

Entscheidend ist die Feststellung, wann eine Doppelbelastung vorliegt. Grundsätzlich gehen Doppelbelastungen nicht von einem Staat aus. Sie beruhen vielmehr auf einem Zusammentreffen mehrerer Rechtsordnungen<sup>898</sup>. Bei der natürlichen Person, die ihren Beruf im Zuzugsstaat ausüben möchte, entsteht die Doppelbelastung dadurch, dass sie einerseits bestimmten Berufsregelungen in ihrem Heimatstaat, andererseits anderen Regelungen im Zuzugsstaat unterliegt. Der natürlichen Person wäre etwa nicht geholfen, wenn der Zuzugsstaat geltend machen könnte, die heimatstaatliche Regelung fände bei ihm ja gar keine Anwendung. Bei der Gesellschaft als juristischen Person liegen die Dinge etwas anderes. Hier ist der Zuzugsstaat verpflichtet die Gesellschaft mit ihren herkunftsrechtlichen Regelungen anzuerkennen. Die herkunftsrechtlichen Regeln müssen also auch bei ihm Anwendung finden. Eine europäische Gesellschaft ist deshalb in Deutschland nach ausländischem Recht und nicht nach deutschem Recht rechtsfähig. Zu fragen ist jetzt, ob die Anwendung einer inländischen Regelung im Inland eine „zusätzliche“ ist. Hier stellen sich wiederum zwei Fragen. Zum einen, auf welche Sachregelung es überhaupt ankommt bzw. inwiefern eine ausländische Sachregelung Berücksichtigung finden muss. Zum anderen wonach sich die Weite des Gesellschaftsstatuts bestimmt. Denn nur Regelungen, die das herkunftsrechtliche Gesellschaftsstatut durchbrechen, können zu einer „zusätzlichen“ Belastung führen.

Auf die erste Frage ist zu antworten, dass nur auf die inländische Sachregelung abgestellt werden muss. Denn nur sie soll zur Anwendung gebracht werden. Eine ausländische Sachregelung ist dagegen unerheblich. Es wurde bereits dargestellt, dass es nicht auf eine Regelungsverdopplung, sondern auf eine Erhöhung der Regelungsdichte ankommt. Ließe sich beispielsweise gar kein ausländisches „Pendent“ zur inländischen Regelung finden, gäbe es gar keine ausländische Sachregelung, die Berücksichtigung finden könnte. Bei der inländischen Sachregelung würde aber dennoch, sofern sie gesellschaftsrechtlich ist, eine Durchbrechung des Gesellschaftsstatuts bzw. eine Erhöhung der Regelungsdichte zu bejahen sein. Die Existenzvernichtungshaftung etwa findet ihr „Pendent“ im englischen Recht möglicherweise in der „wrongful-trading-Haftung“, möglicherweise aber auch im sog. „lifting the corporate veil“<sup>899</sup>, möglicherweise hat sie wegen dieser Unklarheit aber auch gar kein „Pendent“ im englischen Recht. Wenn die Existenzvernichtungshaftung aber dem Gesellschaftsstatut unterfällt, bestünde dennoch eine Erhöhung der Regelungsdichte für die ausländische Gesellschaft. Sofern aber eine Gegenüberstellung von ausländischer und inländischer Sachregelung möglich erscheint, die Regelungen nach einem Kollisionsrecht aber unterschiedlichen Statuten unterfallen, ließe sich kaum noch von einem „Pendent“ sprechen, denn dann besteht augenscheinlich kein gemeinsamer Funktionszusammenhang. Genau deshalb muss nur die inländische Regelung, die zur Anwendung gebracht werden soll, qualifiziert werden. Eine eventuell ermittelte ausländische „Parallelregelung“ ist an dieser Stelle unerheblich.

Bezüglich der Frage, wonach sich die Weite des Gesellschaftsstatuts bestimmt, bestehen grundsätzlich drei Möglichkeiten. Die Weite des Gesellschaftsstatuts ließe sich (mit *Kindler* und dem BGH) verständlicher Weise nach der *lex fori* bestimmen. In diesem Fall wäre die inländische Regelung unter inländisches Kollisionsrecht zu subsumieren. Daneben könnte die inländische Regelung auch, unter das Kollisionsrecht des Herkunftsstaates subsumiert werden<sup>900</sup>. Als dritte Möglichkeit ließe sich die Weite des Gesellschaftsstatuts schließlich europäisch autonom bestimmen.

---

<sup>898</sup>Vgl. *Ohler*, JA 2006, 839, 841.

<sup>899</sup>Hierzu etwa *Hannigan*, *Company Law*, 3rd editon 2012, chapter 3-17 ff., S. 45 ff.

<sup>900</sup>Ein solcher Vorgang wird auch als Qualifikation zweiten Grades bezeichnet; *Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 115.

Letztere Möglichkeit liegt im Grunde der Vorgehensweise der eingangs genannten Literatur zu Grunde, die die „Keck“-Rechtsprechung übertragen wissen möchte. Denn mit der Einteilung in Vorschriften, die auf der einen Seite gesellschaftsrechtlich wirken und entsprechend den Produktregelungen grundsätzlich einen Eingriff darstellen sollen, und auf der anderen Seite in einer Art Negativabgrenzung gerade nicht gesellschaftsrechtlich wirken und entsprechend den Verkaufsmodalitäten grundsätzlich keinen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellen sollen<sup>901</sup>, wird letztlich der Versuch unternommen, die Weite des Gesellschaftsstatuts mit vom nationalen Kollisionsrecht gelösten Begrifflichkeiten europäisch autonom zu beschreiben. Im Ergebnis wird entweder unter den nationalen Systembegriff „Gesellschaftsrecht“ oder aber unter die autonom verstandenen Begriffe „Subjektregelung“, „korporativ wirkende Regelung“, etc. subsumiert.

Nach meinem Dafürhalten sollte weder der eingangs dargestellten Literaturmeinung gefolgt werden, noch auf das inländische Kollisionsrecht abgestellt werden. Vielmehr muss bei der Feststellung einer Regelungsverdopplung bzw. einer Erhöhung der Regelungsdichte gefragt werden, ob eine inländische Regelung nach herkunftsrechtlichem Kollisionsrecht in das Gesellschaftsstatut fällt. Um einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaft festzustellen, muss also eine Qualifikation nach dem herkunftsrechtlichen Kollisionsrecht vorgenommen werden.

Hinsichtlich eines Abstellens auf das Kollisionsrecht der *lex fori* ist zunächst festzustellen, dass dies im Ergebnis tatsächlich dazu führen würde, dass der Zielstaat sich durch Änderung seines Kollisionsrechts der Niederlassungsfreiheit entziehen könnte<sup>902</sup>. Denn wenn der Zielstaat die Weite des Gesellschaftsstatuts der ausländischen Gesellschaft bestimmt, entscheidet im Ergebnis er, ob es zu einer Erhöhung der Regelungsdichte durch inländische Regelungen kommt. Es darf aber angenommen werden, dass der EuGH in „Inspire Art“ für das Vorliegen einer Doppelbelastung keinen Unterschied gemacht hätte, wenn die Vorschriften über das Stammkapital und über eine daran anknüpfende Haftung von Geschäftsführern nicht wie tatsächlich über eine gesellschaftsrechtliche Sonderanknüpfung Anwendung gefunden hätten, sondern wenn der niederländische Gesetzgeber sein Kollisionsrecht dergestalt geändert hätte, dass diese Vorschriften nunmehr etwa dem Deliktsstatut unterstanden hätten. Der EuGH dürfte auch in diesem Fall auf eine Erhöhung der Regelungsdichte und damit eine Beschränkung erkannt haben.

Es ist daher richtig, wenn gesagt wird, auf die „rechtliche Einteilung“ (der *lex fori*) könne es nicht ankommen<sup>903</sup>. Nur hat dies mit „Umqualifizierung“ nichts zu tun. Und auch das in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argument, der Schutz der Niederlassungsfreiheit sei nicht norm-, sondern wirkungsbezogen<sup>904</sup>, ist an dieser Stelle nur begrenzt aussagekräftig. Zwar ist es grundsätzlich richtig, dass es für die Reichweite der Niederlassungsfreiheit nicht auf den Charakter einer Norm ankommen kann. Es geht hier aber nicht darum, einer bestimmten Gruppe von Normen per se jegliche Beschränkungstauglichkeit abzusprechen, sondern allein darum, festzustellen, ob eine bestimmte Gruppe von Normen überhaupt die vom EuGH angemahnte Beschränkungswirkung entfaltet.

Nach hier vertretender Ansicht sollte die Weite des Gesellschaftsstatuts aber auch nicht europäisch autonom bestimmt werden. Für ein Abstellen auf das Kollisionsrecht des Herkunftsstaats

---

<sup>901</sup> *Steinke*, Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, S. 250.

<sup>902</sup> *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 9; *Forsthoff* in *Hirte/Bücker*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 36.

<sup>903</sup> *Eidenmüller* in *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 8.

<sup>904</sup> *Fleischer* in *Lutter*, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 98; ähnlich *Eidenmüller* in *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 8.

spricht nämlich entscheidend die EuGH-Rechtsprechung zur Wegzugsfreiheit von Gesellschaften. Nach dieser Rechtsprechung hat die juristische Person „Gesellschaft“, im Gegensatz zu einer natürlichen Person, jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, keine Realität<sup>905</sup>. Vereinfachend ausgedrückt, bestimmen die Herkunftsstaaten darüber, was eine Gesellschaft ausmacht und welche Voraussetzungen sie erfüllen muss, um als Gesellschaft angesehen zu werden. Da die Herkunftsstaaten darüber entscheiden, ob eine Gesellschaft überhaupt Gesellschaft ist, entscheiden sie auch darüber, ob diesen Gesellschaften überhaupt Niederlassungsfreiheit zukommt. Verlangt der Herkunftsstaat eine territoriale Verknüpfung mit seinem Staatsgebiet und löst die Gesellschaft deshalb auf, wenn sie ihren tatsächlichen Sitz ins Ausland verlegt, besteht deshalb kein Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit. Kommt einer Gesellschaft aber Niederlassungsfreiheit zu, weil der Herkunftsstaat die tatsächliche Sitzverlegung zulässt, muss der Zuzugsstaat diese Gesellschaft mit ihren herkunftsrechtlichen Regelungen anerkennen. Alles andere wäre eine Negierung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften. Die ausländische Gesellschaft nimmt daher als juristisches Konstrukt eine Teilrechtsordnung mit in den Aufnahmestaat<sup>906</sup>. Die ausländische Gesellschaft ist im Inland daher nach ausländischem Recht rechtsfähig und nicht nach inländischem. Ausgangspunkt für diese Herleitung des EuGH ist aber gerade, dass es keine europäische Definition einer Gesellschaft gibt. So heißt es in „Cartesio“, dass „in Ermangelung einer einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Definition der Gesellschaften, denen die Niederlassungsfreiheit zugutekommt“, „nationales Recht entscheidet, ob eine Gesellschaft jenseits der nationalen Grenzen diesen Status behält und deswegen Niederlassungsfreiheit in Anspruch nehmen darf“<sup>907</sup>. Gemeint war in diesem Zusammenhang verständlicher Weise das nationale Recht des Herkunftsstaates. An anderer Stelle dieses Urteils heißt es, aus „Überseering“ ergebe sich, das „Gründungsrecht ist maßgeblich dafür, ob [die] sitzverlegende Gesellschaft im neuen Mitgliedstaat mit Rücksicht auf die Niederlassungsfreiheit anerkannt werden muss“<sup>908</sup>. Wenn aber der Herkunftsstaat, neben der Gründung auch über die Existenz der Gesellschaft im Zuzugsstaat entscheidet, gerade weil das Europarecht nicht definiert, was eine Gesellschaft ausmacht, dann muss die Weite des Gesellschaftsstatuts nach Gründungsrecht und nicht durch europäisch autonome Begriffe bestimmt werden.

Daneben kann auch der Gedanke, durch eine autonome Bestimmung inländischen Gerichten eine Auseinandersetzung mit ausländischem (Kollisions-) Recht zu ersparen, nicht greifen<sup>909</sup>. Dass deutsche Gerichte je nach kollisionsrechtlicher Anknüpfung auch ausländisches Recht anwenden müssen, ist eine Selbstverständlichkeit<sup>910</sup>. Da Deutschland grundsätzlich Gesamtverweisungen ausspricht, Art. 4 I 1 EGBGB, gilt dies auch für ausländisches Kollisionsrecht. Eine Qualifikation nach ausländischem Kollisionsrecht ist geradezu die einzig richtige Vorgehensweise, wenn Systemunterschiede im deutschen und im fremden Internationalen Privatrecht auftreten<sup>911</sup>. Unterfiele etwa die Existenzvernichtungshaftung dem deutschen gesellschaftsrechtlichen Systembegriff, würde der Gründungsanknüpfung zu Folge auf das ausländische Gründungsrecht der Scheinauslandsgesellschaft verwiesen. Da Deutschland aber gem. Art. 4 I 1 EGBGB eine Gesamtverweisung ausspricht, wäre nach gründungsrechtlichem Kollisionsrecht zu prüfen, ob

<sup>905</sup> *EuGH*, Urteil vom 27.09.1988 - Rs 81/87 (Daily Mail) = NJW 1989, 2186, 2187; *EuGH*, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 67 = NJW 2002, 3614, 3615.

<sup>906</sup> *Windbichler/Krolop* in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 19 Rn. 74.

<sup>907</sup> *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 108 f. = DStR 2009, 121, 127.

<sup>908</sup> *EuGH*, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio), Tz. 107 = DStR 2009, 121, 127.

<sup>909</sup> In diesem Sinne aber *Altmeyden*, NJW 2004, 97, 98 f.

<sup>910</sup> *Kienninger*, ZeuP 2004, 685, Fn. 4.

<sup>911</sup> *Rauscher*, IPR, 4. Aufl. 2012, Rn. 460 ff.; v. *Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 149 ff.; *Sonnenberger* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, IPR, Art. 4 EGBGB, Rn. 37 ff.; v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 82; *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl., S. 406 ff.; *Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 115, 168.

dieses die Verweisung annimmt, rück- oder weiterverweist. Um dies aber festzustellen, muss geprüft werden, welchem kollisionsrechtlichen Systembegriff des Herkunftsrechts die deutsche Regelung unterfällt. Es kann nicht einfach nur das Anknüpfungsmoment des ausländischen Kollisionsrechts übernommen werden. Unterfiele die deutsche Regelung etwa nicht dem herkunftsrechtlichen Systembegriff Gesellschaftsrecht, sondern dem herkunftsrechtlichen Systembegriff Deliktsrecht<sup>912</sup>, würde dies bedeuten, dass der Herkunftsstaat die Haftung des Gesellschafters wegen Vernichtung der Existenz seiner Gesellschaft eben nicht nach dem Herkunftsrecht, sondern nach dem Ortsrecht entschieden haben möchte<sup>913</sup>. Ziel der Gesamtverweisung ist aber gerade Internationaler Entscheidungseinklang, so dass das deutsche Recht das Ergebnis des ausländischen Kollisionsrechts grundsätzlich anerkennt<sup>914</sup>. Die Qualifikation nach ausländischem Kollisionsrecht ist also kein Instrument, das den Rechtsanwender vor ungeahnte Probleme stellen könnte, sondern vielmehr zwingende Vorgehensweise des Kollisionsrechtlers bei Gesamtverweisungen.

Darüber hinaus erscheint die Ansicht der Literatur auch in der Sache selbst nicht schlüssig. Um (richtigerweise) einer Bestimmung des Gesellschaftsstatuts aus sitzstaatlicher Sicht zu entgehen, wird im Ergebnis versucht, das Gesellschaftsstatut mit Hilfe verschiedener an „Keck“ angelehnter Begrifflichkeiten zu bestimmen, die letztlich relativ willkürlich erscheinen. Wenn die Weite des Gesellschaftsstatuts wirklich europäisch bestimmt werden sollte, müsste meines Erachtens daher entweder, wie es von den Grundrechten bekannt ist, auf die gemeinsamen „Traditionen“ der Mitgliedstaaten abgestellt werden. So könnte zumindest ein „Minimum“ herausgefiltert werden, das alle Mitgliedsstaaten als dem Gesellschaftsstatut zugehörig beurteilen. Problematisch wäre daran natürlich, dass die Weite des Gesellschaftsstatuts als einfaches Recht zumindest theoretisch ständiger Wandlung unterliegt. Oder es müsste, in dieser Hinsicht deshalb sicherlich vorzugswürdig, auf europäisches Sekundärrecht abgestellt werden. Dabei könnte die Weite des Gesellschaftsstatuts an Hand der Bereichsausnahmen für das Gesellschaftsrecht in der Rom-I-VO und der Rom-II-VO, darüber hinaus auch an Hand des Sekundärrechts für die supranationalen Rechtsformen bestimmt werden<sup>915</sup>. Dass europäischem Sekundärrecht bei der Auslegung von Grundfreiheiten zumindest Hinweisfunktion zukommen kann, hat der EuGH bereits entschieden<sup>916</sup>.

Das einzige Argument, das gegen eine Bestimmung der Weite des Gesellschaftsstatuts nach herkunftsrechtlichem Kollisionsrecht sprechen könnte, besteht darin, dass ein Gründungsstaat theoretisch geneigt sein könnte, das Gesellschaftsstatut möglichst weit zu fassen. Er könnte insofern besonders „viel Recht“ in den Zuzugsstaat exportieren. Angesichts der EuGH-Rechtsprechung ist dies aber, solange keine Harmonisierung des Internationalen Privatrechts für den Bereich des Gesellschaftsrechts erfolgt, wie es mit der EuInsVO, der Rom-II-VO und der Rom-I-VO für die Bereiche des Insolvenz-, des Delikts- und des Vertragsrechts geschehen ist, hinzunehmen. Darüber hinaus würde ein solches mitgliedstaatliches Vorgehen schon seine Grenze genau in diesen Bereichen finden. Denn soweit ein Mitgliedstaat Regelungsbereiche seinem Gesellschaftsstatut unterstellen will, die schon den Statuten des Delikts-, des Insolvenz-

<sup>912</sup>Von der Rom-II-VO sei an dieser Stelle gedanklich abgesehen.

<sup>913</sup>v. Bar/Mankowski, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 152.

<sup>914</sup>Rauscher, IPR, 4. Aufl. 2012, Rn. 463.

<sup>915</sup>Vgl. Mock, in: Domej et. al., Einheit des Privatrechts - Jb.J.ZivRWiss. 2008, S. 377; Windbichler/Krolop in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 19 Rn. 75; vgl. auch Schön, ZHR 168 (2004), 268, 290 ff., der zur Durchsetzung von Inlandsrecht die Wertentscheidungen von Richtlinienrecht berücksichtigt wissen will.

<sup>916</sup>EuGH, Urteil vom 13.05.2003 - Rs. C-463/00 (Goldene Aktien IV), Tz. 52 = NJW 2003, 2663; EuGH, Urteil vom 13.05.2003 - Rs. C-98/01 (Goldene Aktien V), Tz. 39 = NJW 2003, 2666; Vgl. Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 437; Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, S. 206.

und des Vertragsrechts unterliegen, würde er gegen europäisches Sekundärrecht verstoßen<sup>917</sup>. Da das Gesellschaftsstatut in aller Regel aber vom Delikts-, Insolvenz- und Vertragsrecht abzugrenzen ist, wäre zumindest eine extensive Ausweitung des Gesellschaftsstatuts gar nicht möglich.

Im Ergebnis ist daher weder *Kindler* und dem BGH, noch der eingangs dargestellten Literaturmeinung zu folgen. Vielmehr muss bei der Frage, ob die Anwendung von inländischem Gläubigerschutzrecht zu einer Erhöhung der Regelungsdichte führt, gefragt werden, ob diese Regelung nach herkunftsrechtlichem Kollisionsrecht in das Gesellschaftsstatut fällt. Es muss also grundsätzlich eine Qualifikation nach herkunftsrechtlichem Kollisionsrecht vorgenommen werden.

#### **4. Spürbarkeitskriterium bei gesellschaftsrechtlichen Regelungen**

Soweit eine inländische Regelung in das herkunftsrechtliche Gesellschaftsstatut fällt, ließe sich eine Beschränkung grundsätzlich noch verneinen, wenn die von der Anwendung der inländischen Regelung ausgehende Behinderung zu „ungewiss oder zu mittelbar“ ist, als dass eine Beschränkung vorliegen könne. Zumindest im Hinblick auf gläubigerschützende Regelungen dürfte das sog. „Spürbarkeitskriterium“ bei der Anwendung inländischen Rechts aber regelmäßig nicht greifen. Der Hinweis, eine inländische Gläubigerschutzregelung ziele gar nicht auf eine Regelung der Niederlassung oder wiege nicht besonders schwer, etwa weil die Regelung lediglich „ultima ratio“ sei, genügt wie dargelegt jedenfalls nicht. Die Anwendung der in das herkunftsrechtliche Gesellschaftsstatut fallende Regelung ist wegen der Doppelbelastung zudem jedenfalls strukturell geeignet, die Niederlassungsfreiheit zu behindern. Und im Hinblick auf eine Veränderung des Marktverhaltens dürfte eine „hinreichend wahrscheinliche Minimalintensität“ regelmäßig zu bejahen sein. Denn die Frage nach gläubigerschützenden und insbesondere haftungsrechtlichen Regelungen dürfte regelmäßig einer der wesentlichen Parameter bei der Wahl der für den Unternehmer passenden Rechtsform sein.

#### **5. Folgerung: Grundsätzlich kein Eingriff im Anwendungsbereich europäischer Kollisionsnormen**

##### **a. Verhinderung von Verstößen gegen die Niederlassungsfreiheit durch Gestaltung des Kollisionsrechts**

Es wurde gerade ausgeführt, dass eine Qualifikation nach dem ausländischen Kollisionsrecht für den Kollisionsrechtler keine Unbekannte ist, weil ein solcher Vorgang zwingend ist, wenn das inländische Kollisionsrecht per Gesamtverweisung auf das ausländische Kollisionsrecht verweist. Aber mehr noch. Das deutsche Internationale Privatrecht kennt auch die Berücksichtigung ausländischen Kollisionsrechts, wenn das eigene Kollisionsrecht eigentlich gar nicht auf das ausländische Recht verweist, sondern an sich eigenes Recht für anwendbar erklärt.

In Art. 3a II EGBGB heißt es etwa: „Soweit Verweisungen im Dritten [Familienrecht] und Vierten [Erbrecht] Abschnitt das Vermögen einer Person dem Recht eines Staates unterstellen, beziehen sie sich nicht auf Gegenstände, die sich nicht in diesem Staat befinden und nach dem Recht des Staates, in dem sie sich befinden, besonderen Vorschriften unterliegen.“ Die Vorschrift verhilft damit den zwingenden Vorschriften der *lex rei sitae* gegenüber dem an sich

---

<sup>917</sup>Vgl. *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 436: „Dies gilt umso mehr, als das EG-Recht selbst die wichtigsten Qualifikationsfragen entscheidet, diese also gerade nicht durch nationale Gesetzgeber oder Gerichte nach rechtspolitischem Gutdünken geregelt werden können.“

maßgeblichen Güter- oder Erbstatut zum Durchbruch<sup>918</sup>. Grundsätzlich richtet Deutschland sich nach deutschem Internationalem Privatrecht. Verweist das deutsche Internationale Familien- oder Erbrecht auf deutsches Recht, wird deutsches Recht angewendet, ohne eine ausländische Rechtsordnung nach deren Internationalem Privatrecht zu befragen. Art. 3a II EGBGB macht hiervon (für das Familien- und Erbrecht) eine Ausnahme. Deutschland erkennt ein besonderes Einzelstatut einer ausländischen Rechtsordnung an, obwohl die deutsche Rechtsordnung von einem Gesamtstatut ausgeht<sup>919</sup>.

Hinsichtlich der vorliegenden Problematik verdeutlicht dies folgendes. Der deutsche Gesetzgeber könnte, um seine Rechtsordnung niederlassungsrechtlich unbedenklich zu gestalten, eine Art. 3a II EGBGB entsprechende Regelung für das Internationale Gesellschaftsrecht erlassen. Denn nach dem oben Gesagten können mit dem Wechsel zur Gründungstheorie durch den BGH Verstöße gegen die Niederlassungsfreiheit nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden. Insofern besteht vom (vorläufigen) Ergebnis her Übereinstimmung mit der Literaturmeinung, die die „Keck“-Rechtsprechung übertragen wissen möchte. Denn soweit eine inländische Regelung nicht dem inländischen Gesellschaftsstatut unterfällt, kann sie auf eine ausländische Gesellschaft mit tatsächlichem Sitz in Deutschland angewendet werden. Die Regelung kann aber dennoch nach ausländischem Kollisionsrecht in das Gesellschaftsstatut fallen und deshalb einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen.

Eine Art. 3a II EGBGB entsprechende Regelung für das Internationale Gesellschaftsrecht könnte daher lauten: „Soweit Verweisungen im deutschen Internationalem Privatrecht ausländische Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz in Deutschland betreffen und deutsches Recht für anwendbar erklären, beziehen sie sich nicht auf Regelungen, die nach dem Recht des Gründungsstaates dem Gesellschaftsstatut unterfallen.“ Eine solche kollisionsrechtliche Regelung würde ähnlich wie Art. 3a II EGBGB dem ausländischen Kollisionsrecht Vorrang vor dem eigenen geben und die vom EuGH angemahnten Doppelbelastungen verhindern.

## **b. Grundsatz: kein Eingriff im Anwendungsbereich europäischer Kollisionsnormen**

Tatsächlich ist eine solche Regelung jedoch regelmäßig nicht erforderlich. Denn mit der Rom-I-VO, der Rom-II-VO und der EuInsVO ist das Kollisionsrecht in Europa in den Bereichen, die in der Regel vom Gesellschaftsstatut abzugrenzen sind, vereinheitlicht worden. Dies hat zur Folge, dass Regelungen, die den Systembegriffen der Rom-I-VO, der Rom-II-VO oder der EuInsVO unterfallen, nicht zu den beanstandeten Doppelbelastungen der Gesellschaft führen, so dass ihre Anwendung auf Scheinauslandsgesellschaften zumindest in diesem Sinne grundsätzlich nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen kann<sup>920</sup>.

---

<sup>918</sup>v. Hoffmann/Thorn, IPR, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 19, allerdings noch zur Vorgängerregelung in Art. 3 III EGBGB a.F.

<sup>919</sup>Ein Beispiel nach v. Hoffmann/Thorn, IPR, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 19: Ein Deutscher, dem eine Ferienwohnung in Frankreich gehört, verstirbt. Erbstatut ist nach Art. 25 EGBGB deutsches Recht. Grundsätzlich würde Deutschland die französische (Kollisions-)Rechtsordnung gar nicht mehr befragen. Nach französischem (Kollisions-)Recht unterfällt die Erbfolge für in Frankreich belegene Grundstücke aber zwingend dem französischen Recht. Nach Art. 3a II EGBGB haben die deutschen Gerichte dies zu beachten. Das (französische) Einzelstatut bricht das (deutsche) Gesamtstatut. Es tritt daher Nachlassspaltung ein. Das Ferienhaus, wird im Gegensatz zum restlichen Vermögen, nach französischem Recht vererbt.

<sup>920</sup>Ob deshalb von einem „sicheren Hafen“ gesprochen werden sollte, so Ulmer, NJW 2004, 1201, 1207 sei dahingestellt.

Es wurde ausgeführt, dass eine Gesellschaft im Zuzugsstaat nach ihrem Heimatrecht zu beurteilen ist und bei der Frage, ob die Anwendung inländischen Rechts zu einer Erhöhung der Regelungsdichte bzw. zu einer Durchbrechung des Gesellschaftsstatut führt, das Kollisionsrecht des Herkunftsstaats entscheidend ist. Unterfällt eine inländische Regelung nach dem Herkunftskollisionsrecht dem Gesellschaftsstatut, bestünde bei ihrer Anwendung eine zu rechtfertigende Doppelbelastung der Gesellschaft. Wenn nun aber eine Regelung den europäischen Kollisionsnormen unterfällt, steht damit grundsätzlich fest, dass sie nicht dem herkunftsrechtlichen Gesellschaftsstatut unterfällt<sup>921</sup>. Denn zum einen kann es, wie dargestellt, keine rechtsfolgenorientierte „Umqualifizierung“ geben. Zum anderen darf der ausländische Gesetzgeber, ebenso wenig wie der deutsche Gesetzgeber, nicht den Anwendungsbereich dieser Kollisionsnormen zu Gunsten nationaler Kollisionsnormen „aufweichen“. Insofern könnte auch von einer Sperrwirkung gesprochen werden<sup>922</sup>. Durch die autonome Auslegung<sup>923</sup> der europäischen Kollisionsnormen, wird schließlich sichergestellt, dass die Qualifikation inländischer Regelungen einheitlich vorgenommen wird.

Im Ergebnis gewährleisten die einheitlichen Kollisionsnormen also internationalen Entscheidungseinklang in Europa und vermeiden dadurch die vom EuGH beanstandeten Doppelbelastungen<sup>924</sup>. Die europäischen Kollisionsnormen erfüllen also gerade eine wesentliche Zielsetzung der binnenmarktbezogenen Grundfreiheiten<sup>925</sup>.

Aus deutscher Sicht bedeutet dies, dass im Grunde genommen keine Qualifikation nach dem Herkunftskollisionsrecht mehr vorgenommen werden muss. Da die Kollisionsnormen ebenso in Deutschland wie im Herkunftsstaat gelten, besteht zwischen einer Qualifikation nach eigenem Kollisionsrecht und einer Qualifikation nach herkunftsrechtlichem Kollisionsrecht kein Unterschied. Unterfällt eine Regelung der Rom-I-VO, der Rom-II-VO oder der EulnsVO besteht grundsätzlich kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit einer zuziehenden Gesellschaft. Dies hat dann zur Folge, dass der Wechsel zur Gründungstheorie zumindest in Abgrenzung zu diesen Bereichen des Rechts Verstöße gegen die Niederlassungsfreiheit per se verhindert. Zumindest insofern besteht dann wiederum Übereinstimmung im Ergebnis mit *Kindler* und dem BGH.

### **c. Ausnahme: Mehrfachqualifikation**

Von dem gerade aufgestellten Grundsatz ist allerdings eine Einschränkung in Hinsicht auf die sog. „Mehrfachqualifikation“ zu machen. Eine Mehrfachqualifikation ist grundsätzlich möglich, wenn eine Sachnorm verschiedene Funktionen aufweist und deshalb mehreren kollisionsrechtlichen Systembegriffen unterfällt<sup>926</sup>. Es ist also grundsätzlich durchaus vorstellbar, dass eine inländische Gläubigerschutznorm sowohl dem Systembegriff einer europäischen Kollisionsnorm, als auch dem Systembegriff des herkunftsrechtlichen Gesellschaftskollisionsrecht unterfällt.

---

<sup>921</sup>Mit Ausnahme des Phänomens der Mehrfachqualifikation; dazu sogleich.

<sup>922</sup>*Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 324, 326.

<sup>923</sup>*V. Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 176; *Lorenz* in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.13, Internationales Privatrecht, Einl. IPR Rn. 62.

<sup>924</sup>Vgl. *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 124; ähnlich, jedoch nicht ganz treffend *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 390: „Mit der Schaffung sekundärrechtlicher Kollisionsnormen, die auf innerstaatliches Recht der Mitgliedstaaten verweisen, zeigt der EG-Gesetzgeber zugleich, dass er Rechtsunterschiede auf dieser Ebene nicht als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit wertet“.

<sup>925</sup>Vgl. *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 124.

<sup>926</sup>*Sonnenberger* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 519; *v. Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 178.

Allerdings dürfte der Anwendungsbereich verschwindend gering sein. Denn zum einen ist die „Mehrfachqualifikation“ ultima ratio im Internationalen Privatrecht und kann erst erfolgen, wenn es tatsächlich nicht möglich ist, einen Schwerpunkt zu bilden und die Regelung einem Systembegriff zuzuweisen<sup>927</sup>. Sie kann also gerade nicht vorgenommen werden, nur weil man sich nicht entscheiden kann<sup>928</sup>. Vielmehr ist zwingende Voraussetzung, dass eine Regelung bestimmte Interessen gleichgewichtig verfolgt<sup>929</sup>, was selten der Fall sein dürfte.

Zum anderen ist zu bedenken, dass europäisches Recht einen Anwendungsvorrang vor die gleiche Sache regelndem nationalen Recht der Mitgliedstaaten genießt<sup>930</sup>. Im Anwendungsbereich des europäischen Kollisionsrecht kann deshalb nicht auf nationales Kollisionsrecht zurückgegriffen werden. Zwar ist zuzugeben, dass man im Fall der „Mehrfachqualifikation“ nicht unbedingt davon sprechen kann, dass tatsächlich „die gleiche Sache“ geregelt wird. Es ist aber bedenklich, dass es der Mitgliedstaat durch Änderung seines nationalen Kollisionsrechts in der Hand hätte, eine „Mehrfachqualifikation“ „herbeizuführen“. Es wurde bereits dargestellt, dass der Mitgliedstaat gegen Sekundärrecht verstoßen würde, würde er Regelungsbereiche, die dem europäischen Kollisionsrecht unterfallen, nationalem Kollisionsrecht unterstellen. Das Ergebnis kann nun kaum anders lauten, wenn Regelungsbereiche nicht nur, sondern auch dem nationalen Kollisionsrecht unterstellt werden. Es bedürfte für ein solches Vorgehen wohl eine Art „Öffnungsklausel“, die die europäischen Kollisionsnormen aber nicht vorsehen. Schon aus diesem Grund ist einer „Mehrfachqualifikation“ im Bereich des europäischen Kollisionsrechts mit äußerster Vorsicht zu begegnen. Jedenfalls liefe eine „Mehrfachqualifikation“ aber dem Ziel der europäischen Kollisionsnormen zuwider, internationalen Entscheidungseinklang zu schaffen und widersprüche auch dem Grundsatz des *effet utile* des Europarechts<sup>931</sup>.

## **6. Folgerung: Grundsätzlich kein Eingriff bei auf Sekundärrecht beruhenden Vorschriften**

Aus dem oben Gesagten folgt auch, dass nationale Regelungen, die auf europäischem Sekundärrecht beruhen, das die materiellen Rechte der Mitgliedstaaten harmonisiert, grundsätzlich keine Beschränkungswirkung haben können<sup>932</sup>. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Sekundärrecht selbst grundfreiheitenkonform ist. Entscheidend ist auch hier, dass insofern keine Regelungsverdopplung entstehen kann. So kann die Verpflichtung, im geschäftlichen Verkehr einen auf die Haftungsbeschränkung hinweisenden Firmenzusatz zu verwenden, keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen, da diese Verpflichtung gem. Art. 4 der Publizitätsrichtlinie<sup>933</sup> in allen Mitgliedstaaten gilt<sup>934</sup>. Gleiches würde gelten, wenn die Union, etwa in der Kapitalrichtlinie, eine Regelung erlassen würde, die für bestimmte Gesellschaftsformen unionsweit ein Mindestkapital festschreibt<sup>935</sup>. Allerdings ist Vorsicht geboten, soweit die Union den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume belässt. Erließe die Union im Rahmen einer Richtlinie beispielsweise eine „Regelung über die Konkursverschleppungshaftung, wonach Direktoren persönlich für den Konkurs eines Unternehmens zur Rechenschaft gezogen würden, wenn sie sich bei absehbarer Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens weder zu seiner Rettung und zur

<sup>927</sup>V. Bar/Mankowski, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 178.

<sup>928</sup>Sonnenberger in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 519.

<sup>929</sup>V. Bar/Mankowski, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 178.

<sup>930</sup>Mäsch in Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Einl EG-InsVO Rn. 14.

<sup>931</sup>So auch Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 280 f.

<sup>932</sup>Kindler, NJW 2007, 1785, 1787; BGH, NJW 2007, 1529, 1530.

<sup>933</sup>Erste Richtlinie des Rates v. 9. 5. 1968 – ABl. EG Nr. L 65, S. 8 -, zuletzt geändert durch Beitrittsvertrag v. 16. 4. 2003 – ABl. EG Nr. L 236, S. 33.

<sup>934</sup>BGH, NJW 2007, 1529, 1530.

<sup>935</sup>Beispiel nach Leible, ZGR 2004, 531, 542.

Zahlung der ausstehenden Verbindlichkeiten noch zur Konkursanmeldung entschließen<sup>936</sup>, die zwar in ihrem Tatbestand und in ihren Rechtsfolgen gemeinsame Vorgaben für die Mitgliedstaaten enthält, die aber verjährungsrechtlich in das System der Mitgliedstaaten eingebettet wäre, so dürfte die Anwendung der inländischen Regelung mit ihren anderen Verjährungsvorschriften einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaft darstellen. Dies würde zumindest dann gelten, wenn eine solche Regelung dem Gesellschaftsstatut unterfallen würde.

Entsprechendes gilt im Übrigen für den Einwand, dass die Anwendung nationaler Regelungen sich jedenfalls dann nicht als inländisches Niederlassungshindernis auswirke, wenn das Gründungsrecht eine gleichwertige Sanktion kenne, während sie sich beim Fehlen einer entsprechenden Regelung als erforderlich im Sinne des Vier-Kriterien-Tests erweise<sup>937</sup>. Denn der Eingriff liegt regelmäßig in einer Erhöhung der Regelungsdichte. Demzufolge entfällt die Beschränkungswirkung der inländischen Regelung nicht schon bei Vorliegen einer vergleichbaren Regelung im Gründungsstaat. Eine Beschränkungswirkung könnte höchstens dann verneint werden, wenn eine Regelung im Inland en detail mit der Regelung im Ausland übereinstimmt. Dies wird angesichts der Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen aber praktisch wohl nie der Fall sein.

## **7. Verdeutlichung: kein Eingriff bei Rückverweisung**

Wie ausgeführt, verweist Deutschland für das Gesellschaftsrecht gem. Art. 4 I 1 EGBGB auf das Recht des Gründungsstaats einschließlich dessen Kollisionsrecht. Nun ist es vorstellbar, dass das Recht eines der Gründungstheorie anhängenden Staates bestimmte Sonderanknüpfungen für bestimmte gesellschaftsrechtliche Materien vorsieht. Es ist also etwa denkbar, dass eine inländische Regelung nicht dem Systembegriff der Rom-II-VO unterfällt, nach deutschem Verständnis dem Gesellschaftsstatut unterfällt, das dann anwendbare Gründungsrecht aber eine Sonderkollisionsregelung für „Gesellschaftsdeliktsrecht“ vorsieht. Wird für dieses „Gesellschaftsdeliktsrecht“ der Behebungsort als Anknüpfungspunkt verwandt, würde bei einer Scheinauslandsgesellschaft in Deutschland regelmäßig auf deutsches Recht zurückverwiesen.

Auch in diesem Fall läge bei Anwendung der Regelung ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit nicht vor. Denn entscheidend ist auch hier, dass eine Erhöhung der Regelungsdichte nicht erfolgen würde. Wie dargestellt, kommt es auf das Herkunftsrecht an, inwiefern ihren Verwaltungssitz verlegende Gesellschaften im neuen Mitgliedstaat anerkannt werden müssen. Fällt der Herkunftsstaat aber nun selbst die Entscheidung, dass für bestimmte (gesellschaftsrechtliche) Bereiche sein Recht gar nicht Anwendung finden soll, sondern das Recht des tatsächlichen Sitzes, entsteht durch Anwendung diesen Rechts keine Regelungsverdopplung. Die durch eine Rückverweisung zur Anwendung gebrachte inländische Gläubigerschutzregelung kann ohne, dass es dabei zu einem Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit kommt, angewendet werden.

Entsprechendes gilt dann auch für deutsche GmbHs mit tatsächlichem Sitz im Ausland, wenn ein ausländisches Gericht eine ausländische (aus dessen Sicht inländische) Regelung auf die GmbH anwenden möchte, weil diese Regelung nach dessen Kollisionsrecht dem „Gesellschaftsdeliktsrecht“ unterfällt<sup>938</sup>. Auch hier würde kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit der GmbH

<sup>936</sup>Vgl. Mitteilung der EG-Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 21.05.2003, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, KOM 2003, 284 endg., Ziffer 3.1.3.

<sup>937</sup>Ulmer, NJW 2004, 1201, 1208; Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 452.

<sup>938</sup>Hier wird zur Verdeutlichung ausnahmsweise von der Sicht deutscher Gerichte abgewichen.

bestehen. Denn Deutschland folgt für GmbHs mit tatsächlichem Sitz im Ausland der Sitztheorie und würde bei gesellschaftsrechtlicher Qualifikation der ausländischen Regelung auf das Sitzrecht verweisen. Dieses würde wegen der Sonderkollisionsnorm für das „Gesellschaftsdeliktsrecht“ die Verweisung annehmen. Ein deutsches Gericht würde, sollte etwa die Existenzvernichtungshaftung unter die ausländische Kollisionsnorm für „Gesellschaftsdeliktsrecht“ fallen, nicht die Existenzvernichtungshaftung auf die GmbH anwenden, sondern die ausländische Regelung, die dem „Gesellschaftsdeliktsrecht“ unterfällt. Da Deutschland also selbst die ausländische Regelung anwenden würde, bestünde kein Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit.

### **III. Zwischenergebnis**

Das Verbot der Doppelbelastungen ist tragender Grund der Grundfreiheitendogmatik. Auch aus der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften ergibt sich, dass eine Beschränkung durch Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts regelmäßig in einer Regelungsverdopplung begründet wäre. Eine Regelungsverdopplung kann sich aber nur ergeben, wenn die inländische Regelung dem Gesellschaftsstatut unterfällt, da die ausländische Gesellschaft im Zuzugsstaat nur nach ihrem heimatrechtlichen Gesellschaftsrecht anzuerkennen ist, nicht aber nach anderen Statuten unterfallenden Regelungen. Zur Bestimmung der Weite des Gesellschaftsstatuts ist dabei nicht das Kollisionsrecht des Zuzugsstaats heranzuziehen oder die Grundsätze der „Keck“-Rechtsprechung auf die Niederlassungsfreiheit zu übertragen. Diesbezüglich ist die Weite des Gesellschaftsstatuts vielmehr nach dem Kollisionsrecht des Herkunftsstaats zu bestimmen. Dies ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH, wonach der Herkunftsstaat neben der Gründung auch über die Existenz der Gesellschaft im Zuzugsstaat entscheidet, gerade weil das Europarecht nicht definiert, was eine Gesellschaft ausmacht. Aus inländischer Sicht ist bei der Frage der Vereinbarkeit einer inländischen Regelung mit der Niederlassungsfreiheit daher grundsätzlich eine Qualifikation nach dem Herkunftskollisionsrecht vorzunehmen. Deshalb führt auch der Wechsel zur Gründungstheorie durch den BGH nicht per se zu einer Verhinderung von Eingriffen in die Niederlassungsfreiheit.

Bei der Frage nach einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit erübrigt sich eine Qualifikation nach dem Herkunftskollisionsrecht faktisch jedoch im Anwendungsbereich der Rom-I-VO, der Rom-II-VO und der EuInsVO. Denn unterfällt eine inländische Regelung den europarechtlichen Kollisionsnormen der Rom-I-VO, der Rom-II-VO oder der EuInsVO, steht fest, dass die Regelung (auch nach herkunftsrechtlichem Kollisionsrecht) nicht dem Gesellschaftsstatut unterfällt und zumindest im Hinblick auf eine Doppelbelastung deshalb kein Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit besteht. Insoweit beantwortet die Frage der Qualifikation auch die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit. Und insoweit hat auch der im deutschen Recht erfolgte Wechsel zur Gründungstheorie zur Folge, dass Verstöße gegen die Niederlassungsfreiheit verhindert werden.

### **B. Rechtfertigung**

Auf Grund dieses Ergebnisses nimmt die Rechtfertigung bei der Frage der Vereinbarkeit der Anwendung von inländischem Gläubigerschutzrecht auf ausländische Gesellschaften mit der Niederlassungsfreiheit zumindest in Deutschland nur noch einen geringen Raum ein. Denn unterfällt eine inländische Regelung den europarechtlichen Kollisionsnormen der Rom-I-VO, der Rom-II-VO oder der EuInsVO, besteht grundsätzlich kein Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit. Unterfällt sie dagegen dem nationalen gesellschaftsrechtlichen Systembegriff, kann kein

Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit entstehen, da Deutschland sie nach der nun anzuwendenden Gründungsanknüpfung gar nicht zur Anwendung bringen würde.

Dennoch sollen die Rechtfertigungsmöglichkeiten an dieser Stelle dargestellt werden. Die Frage der Rechtfertigung kann sich nämlich etwa dann stellen, wenn eine inländische Regelung, die nach herkunftsrechtlichen Kollisionsrecht dem Gesellschaftsstatut unterfällt, wegen Normenmangels im Rahmen der Anpassung doch zur Anwendung gebracht werden soll. Daneben stellt sich die Frage der Rechtfertigung immer dann, wenn Deutschland (oder ein anderer Mitgliedstaat) aus rechtspolitischen Gründen in Betracht zieht, eine in das Gesellschaftsstatut der Gesellschaft fallende Regelung mit Hilfe von Sonderanknüpfungen zur Anwendung zu bringen<sup>939</sup>.

Bei der Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit kommen verschiedene Ansätze in Betracht. Angesichts der Aussage des EuGH in „Centros“, die Mitgliedstaaten könnten alle geeigneten Maßnahmen gegenüber der Gesellschaft oder der Gesellschafter ergreifen, um Betrügereien zu verhindern oder zu verfolgen<sup>940</sup>, „wenn diese sich mittels der Errichtung der Gesellschaft ihren Verpflichtungen gegenüber inländischen Gläubigern entziehen möchten“<sup>941</sup>, könnte zum einen der Einwand des Rechtsmissbrauchs oder des Betruges greifen. Zum anderen könnte die Beschränkung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gem. Art. 52 I AEUV (ex Art. 46 I EG) oder aber aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls im Sinne des sog. „Vier-Kriterien-Tests“ gerechtfertigt sein.

## I. Rechtsmissbrauch und Betrug

Zur gefestigten Rechtsprechung des EuGH gehört es, dass die missbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht nicht gestattet ist<sup>942</sup>. Die Anwendung von beschränkendem, weil in das herkunftsrechtliche Gesellschaftsstatut fallenden, inländischen Gläubigerschutzrecht könnte also mit einem Verweis auf rechtsmissbräuchliches oder betrügerisches Verhalten durchgesetzt werden.

### 1. Rechtfertigungs- oder Schutzbereichsebene

Umstritten ist allerdings, ob es sich beim Missbrauchs- bzw. Betrugseinwand um einen Rechtfertigungsgrund handelt, oder, ob bei Vorliegen von Missbrauch oder Betrug, schon gar kein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit besteht<sup>943</sup>. Diesem Streit dürfte das grundsätzliche Problem um die sog. „Außen- oder Innentheorie“ zu Grunde liegen<sup>944</sup>. Umstritten ist insoweit, ob ein Recht dort endet, wo der Missbrauch beginnt (Innentheorie), oder ob der Missbrauchseinwand die äußere Schranke der Ausübung eines grundsätzlich vorhandenen Rechts ist (Außentheorie)<sup>945</sup>. Der EuGH scheint in dieser Frage nicht eindeutig zu sein<sup>946</sup>, erörtert er doch schon in „Centros“

<sup>939</sup>Vgl. *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 41.

<sup>940</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 39 = NJW 1999, 2027, 2028.

<sup>941</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 39 = NJW 1999, 2027, 2028.

<sup>942</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 24 = NJW 1999, 2027, 2028 m.w.N.

<sup>943</sup>Schon kein Eingriff, etwa *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 45. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 431; für Rechtfertigungsgrund etwa *Fleischer* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 110; auf beiden Ebenen erörternd Schön in FS Wiedemann, 1271, 1289 ff.

<sup>944</sup>*Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 314.

<sup>945</sup>*Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 314.

<sup>946</sup>*Bitter* in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 314.

und „Inspire Art“ den Missbrauch sowohl auf Eingriffs- als auch auf Rechtfertigungsebene<sup>947</sup>. Im Ergebnis ist dieser dogmatische Streit aber nicht von Bedeutung, ist die entscheidende Frage doch, ob ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit besteht<sup>948</sup>.

## 2. Konkretisierung des Missbrauchs- bzw. des Betrugseinwands

Fraglich ist nun also, in welchen Situationen der Missbrauchs- bzw. der Betrugseinwand geltend gemacht werden kann. Der EuGH hat sich in den einschlägigen Urteilen zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften lediglich negativ geäußert, wann der Einwand nicht greifen kann, nicht jedoch positiv, wann dies doch der Fall ist<sup>949</sup>.

Der EuGH hat deutlich gemacht, dass ein Missbrauch nicht in einer zielgerichteten Wahl des Gesellschaftsrechts liegen kann, das dem Gesellschafter die größte Freiheit lässt<sup>950</sup>. Dies ist vielmehr Gewährleistungsinhalt der Niederlassungsfreiheit<sup>951</sup>. Das Betreiben von Regelungsarbitrage durch Gründung einer Gesellschaft im Ausland und einer Zweigniederlassung im Inland ist also unmittelbar durch die Niederlassungsfreiheit gedeckt<sup>952</sup>. Zudem hat der EuGH klar gestellt, dass kein Missbrauch darin gesehen werden kann, dass eine Gesellschaft „keine Geschäftstätigkeit [im Herkunftsstaat] entfaltet und ihre Tätigkeit ausschließlich im Mitgliedstaat ihrer Zweigniederlassung ausübt [...]“<sup>953</sup>. Die bloße Tatsache einer Scheinauslandsgesellschaft kann selbst also kein Anknüpfungspunkt für einen Missbrauchsvorwurf sein. Darüber hinaus können generell-abstrakte Gefahren zur Begründung eines entsprechenden Einwands nicht ausreichen, vielmehr ist ein konkretes missbräuchliches oder betrügerisches Verhalten erforderlich<sup>954</sup>. So heißt es in „Centros“, die nationalen Gerichte könnten „im Einzelfall das mißbräuchliche oder betrügerische Verhalten der Betroffenen [...] in Rechnung stellen“<sup>955</sup> und in „Inspire Art“, eine Gesellschaft könne sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen, „es sei denn, im konkreten Fall wird ein Missbrauch nachgewiesen“<sup>956</sup>.

Um den Missbrauchs- bzw. Betrugseinwand positiv zu konkretisieren, müssen bestimmte Systematisierungen vorgenommen werden. Der EuGH selbst lässt eine klare Unterscheidung zwischen Missbrauch und Betrug in seiner Rechtsprechung zwar vermissen<sup>957</sup>. So heißt es auch in „Centros“, dass es „kein mißbräuchliches oder betrügerisches Verhalten“ sei, wenn eine Gesell-

<sup>947</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 17 f., 24, 38 und *EuGH*, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 95 ff., 136, 139.

<sup>948</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 75, 97; *Bitter* in: Tietze/McGuire et al., *Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht*, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 315; a.A. aber *Forsthoff* in Hirte/Bücker, *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 47a, der davon ausgeht, bei „teleologischer Reduktion“ des Schutzbereichs sei der Gesellschaft die Niederlassungsfreiheit „insgesamt“ zu versagen.

<sup>949</sup>*Forsthoff* in Hirte/Bücker, *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 47; *Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 76.

<sup>950</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 27; *EuGH*, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 96.

<sup>951</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 26 f.; *EuGH*, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 138.

<sup>952</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 79.

<sup>953</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 29; *EuGH*, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 139.

<sup>954</sup>*Forsthoff* in Hirte/Bücker, *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 47, 53; *Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 80; *Fleischer* in Lutter, *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*, 2005, S. 101.

<sup>955</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 25.

<sup>956</sup>*EuGH*, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 105.

<sup>957</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 81; *Schön* in FS Wiedemann, 1271, 1278.

schaft keine Geschäftstätigkeit im Herkunftsstaat ausübe<sup>958</sup>. Und an der einen Stelle heißt es, es könne „für sich allein keine mißbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstellen“, <sup>959</sup> wenn Regelungsarbitrage betrieben würde; an der anderen dann, die Behörden des betreffenden Mitgliedstaats könnten jedoch alle geeigneten Maßnahmen ergreifen, „um Betrügereien zu verhindern oder zu verfolgen“<sup>960</sup>. Nach Teilen der Literatur soll es beim Missbrauch jedoch darum gehen, einen Sachverhalt und seine rechtlichen Wertungen so zu gestalten, dass bestimmte Rechtsfolgen eintreten oder vermieden werden<sup>961</sup>, während es beim Betrug um eine Täuschung über Tatsachen gehen soll<sup>962</sup>. Der Missbrauch wiederum kann nach einem spezifischen Missbrauch von Unionsrecht und einem unspezifischen Missbrauch von Unionsrecht unterschieden werden<sup>963</sup>.

### a. Spezifischer Missbrauch

Bei einem spezifischen Missbrauch wird das Unionsrecht selbst missbraucht. Eine solche Situation besteht beispielsweise in den sog. „U-turn-Konstruktionen“ oder „Reimport-Fällen“. Werden etwa Waren nur zum Zweck der Wiedereinfuhr ausgeführt, wird die Warenverkehrsfreiheit missbraucht<sup>964</sup>. Im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit ist es problematisch, wenn sich Dienstleister bestimmten nationalen Verpflichtungen durch die Verlegung ihrer Tätigkeitsbasis entziehen wollen. So verhält es sich etwa, wenn Inländer vom Ausland aus Fernsehsender für das Inland betreiben, um strengere Vorschriften des inländischen Medienrechts zu umgehen. Der EuGH urteilte diesbezüglich, ein Mitgliedstaat könne „eine Hörfunk- und Fernsehanstalt, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlässt, um dort für das Gebiet des ersten Staates bestimmte Dienstleistungen zu erbringen, als eine inländische Sendeanstalt ansehen [...], denn durch diese Maßnahme soll verhindert werden, dass sich die Anstalten, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen, mittels der Ausübung der im Vertrag garantierten Grundfreiheiten in missbräuchlicher Weise den Verpflichtungen entziehen können, die sich aus den inländischen Rechtsvorschriften ergeben [...]“<sup>965</sup>. Ein spezifischer Missbrauch von Unionsrecht liegt in solchen Fällen deshalb vor, weil ein Sachverhalt geschaffen wird, der formal den Tatbestand der europäischen Norm erfüllt, der aber nach Sinn und Zweck dieser Norm nicht davon erfasst wird<sup>966</sup>. Es wird mit anderen Worten ein Sachverhalt dergestalt manipuliert, dass bestimmte Rechtsfolgen eintreten oder vermieden werden<sup>967</sup>. Die Mitgliedstaaten können solcherlei Manipulationen grundsätzlich entgegentreten, ohne dass sie dabei in Konflikt mit den Grundfreiheiten geraten<sup>968</sup>.

Bei der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften hat der EuGH der Möglichkeit einen solchen spezifischen Missbrauch von Unionsrecht geltend zu machen, jedoch weitestgehend eine Absage

<sup>958</sup> *EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 29.

<sup>959</sup> *EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 28.

<sup>960</sup> *EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 39.

<sup>961</sup> Vgl. Schön in FS Wiedemann, 1271, 1278.

<sup>962</sup> Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 115; Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159, 180; Fleischer, JZ 2003, 865, 870; Schön in FS Wiedemann, 1271, 1278.

<sup>963</sup> Bitter in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 321; Vgl. auch Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 51.

<sup>964</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.01.1985 Rs. C-229/83 (Leclerc/Au blé vert), Slg. 1985, 17, Tz. 27; bestätigt in *EuGH*, Urteil v. 11.07.1985 C-299/83 (Leclerc/Syndicat des librairies de Loire-Océan), Slg. 1985, 2515, Tz. 6-9.

<sup>965</sup> *EuGH*, Rs. C-23/93 (TV 10), Slg. 1994, I-4795, Tz. 21.

<sup>966</sup> Bitter in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 324.

<sup>967</sup> Schön in FS Wiedemann, 1271, 1278.

<sup>968</sup> Bitter in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 321.

erteilt<sup>969</sup>. Denn das Recht zur Gründung einer Scheinauslandsgesellschaft, die noch nicht einmal einen tatsächlichen Bezugspunkt zum Gründungsstaat aufweist und bei der die Gesellschafter sich das Recht erwählen, das ihnen die größte Freiheit lässt, wird vom EuGH als unmittelbar von der Niederlassungsfreiheit gewährleistet angesehen<sup>970</sup>. Die hier deutlich hervortretende Diskrepanz zum Fernsehsender-Fall, Erlaubnis von Regelungsarbitrage auf der einen Seite, Verbot auf der anderen Seite, ist im Ergebnis damit zu begründen, dass unterschiedliche Regelungen umgangen werden sollen<sup>971</sup>. Während im Fernsehsender-Fall Vorschriften über die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten umgangen werden sollen, geht es bei Scheinauslandsgesellschaften um die Umgehung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften. Ziel der Niederlassungsfreiheit ist es jedoch gerade, es den nach dem Recht eines Mitgliedstaats errichteten Gesellschaften, zu erlauben, mittels einer Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft in anderen Mitgliedstaaten tätig zu werden<sup>972</sup>.

## b. Unspezifischer Missbrauch

Demgegenüber wird bei einem unspezifischen Missbrauch von Unionsrecht nicht das Unionsrecht selbst missbraucht, sondern vielmehr eine mitgliedstaatliche Rechtsposition. Die Bekämpfung dieses Missbrauchs auf nationaler Ebene hat dabei aber mittelbar Rückwirkung auf eine vom Unionsrecht gewährte Rechtsposition<sup>973</sup>. Im Ergebnis will sich beim unspezifischen Missbrauch ein Betroffener der Anwendung nationaler Missbrauchsgrundsätze unter Hinweis auf die damit verbundene Einschränkung seiner unionsrechtlichen Position entziehen<sup>974</sup>.

Wird eine Scheinauslandsgesellschaft etwa dem Vorwurf der „Unterkapitalisierung“ ausgesetzt<sup>975</sup>, kann darin jedenfalls kein Missbrauch der Niederlassungsfreiheit gesehen werden<sup>976</sup>. Denn, ganz abgesehen davon, dass Regelungsarbitrage und damit die Gründung einer Scheinauslandsgesellschaft auch ohne Mindestkapital zulässig ist, kann ebenso wie die Scheinauslandsgesellschaft, eine deutsche GmbH mit Sitz in Deutschland unterkapitalisiert sein<sup>977</sup>. Missbraucht würde in diesen Fällen also höchstens die Verwendung der Rechtsform bzw. die Haftungsbeschränkung, nicht aber die Niederlassungsfreiheit. Die Niederlassungsfreiheit ist in einem solchen Fall nur deshalb betroffen, weil die Anwendung von Missbrauchsrecht, der Haftung wegen „Unterkapitalisierung“, diese möglicherweise beschränkt. Dies verkennt etwa das AG Hamburg, dass insofern von einer „Rechtsmissbräuchlichkeit der Auslandsgründung bzw. Sitzverlegung nach Deutschland“ spricht<sup>978</sup>.

---

<sup>969</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 51; Bitter in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 321.

<sup>970</sup>EuGH, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 26 ff; EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 138 f.

<sup>971</sup>Vgl. Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 136.

<sup>972</sup>EuGH, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 26

<sup>973</sup>Bitter in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 322.

<sup>974</sup>Bitter in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 322.

<sup>975</sup>Dieser besteht darin, dass Gläubiger durch eine „totgeborene“ Gesellschaft geschädigt werden; seit BGH, Urteil vom 28.04. 2008 - II ZR 264/06 (Gamma) = NZG 2008, 547 dürfte die „Unterkapitalisierung“ Rechtsgeschichte sein.

<sup>976</sup>Im Ergebnis richtig, AG Bad Segeberg, NZG 2005, 762.

<sup>977</sup>Vgl. Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 102 ff.

<sup>978</sup>AG Hamburg, NJW 2003, 2835, 2836.

In diesem Sinne dürfte dann auch der Einwand des EuGH, ein Missbrauch könne nur im Einzelfall geltend gemacht, verstanden werden. Kein Staat darf mit pauschalen Missbrauchsvorwürfen die Ziele der Union behindern<sup>979</sup>. Insbesondere kann es nicht angehen, dass auf diesem Wege allgemein eine Gruppe von Marktteilnehmern vom eigenen Markt fern gehalten wird<sup>980</sup>. Eine Anknüpfung an generalisierende Verdachtsmomente, wie sie dem Urteil des AG Hamburg zu Grunde liegt, kann nicht statthaft sein. Dagegen spricht der Einzelfallhinweis grundsätzlich nicht gegen die Anwendung allgemeiner Tatbestände, denn diese sollen den Einzelfall ja gerade regeln.

Die Missbräulichkeit eines Verhaltens selbst und eine entsprechende Sanktion kann in den Fällen des unspezifischen Missbrauchs nur nach mitgliedstaatlichen Grundsätzen beurteilt werden<sup>981</sup>. Bei der Frage aber, ob durch die Anwendung dieser Grundsätze die unionsrechtliche Position, hier also die Niederlassungsfreiheit zulässig beschränkt wird, müssen dieselben Maßstäbe gelten, die auch bei sonstigen nationalen Rechtsregeln angewendet werden<sup>982</sup>. Es gilt daher festzustellen, ob die Anwendung der nationalen Missbrauchsgrundsätze überhaupt eine Beschränkung darstellen, und soweit dies bejaht wird, ob dies gegebenenfalls aus bestimmten Gründen hinzunehmen ist. Dabei ist aber die gleiche Würdigung vorzunehmen, die auch bei einer sonstigen Rechtfertigungsprüfung stattfindet<sup>983</sup>. Der unspezifische Missbrauch von Unionsrecht führt damit nur in das allgemeine System der Rechtfertigung nach dem „Vier-Kriterien-Test“ zurück<sup>984</sup> und hat insofern keinen eigenständigen Gehalt<sup>985</sup>.

### c. Betrug

Soweit davon ausgegangen wird, dass der Betrug vom Missbrauch abzugrenzen ist und ihm eine Täuschung über Tatsachen zu Grunde liegt<sup>986</sup>, dürfte seine Bedeutung für die Frage, inwieweit inländisches Gläubigerschutzrecht auf Scheinauslandsgesellschaften Anwendung finden kann, relativ gering sein. Eine Täuschung über Tatsachen liegt jedenfalls nicht darin, dass die Scheinauslandsgesellschaft keinen tatsächlichen Bezugspunkt zum Gründungsstaat hat. Eine Täuschung über Tatsachen wird etwa in der Sache „van de Bijl“ angenommen<sup>987</sup>. Dort wollte der niederländische Kläger in Großbritannien als selbstständiger Maler tätig gewesen sein, um damit die Voraussetzungen einer Richtlinie zu erfüllen, die ihm eine erforderliche Genehmigung der niederländischen Malerinnung für eine selbstständige Tätigkeit in den Niederlanden erspart hätte. Tatsächlich stand für die niederländischen Behörden fest, dass der Kläger im fraglichen Zeitraum nicht selbstständiger Maler in Großbritannien war, sondern angestellter Maler in den Niederlanden. Im Leitsatz heißt es dazu: „Die zuständige Stelle des Aufnahmelandes, bei der unter Vorlage einer von der zuständigen Stelle des Herkunftslandes gem. Art. 4 II der Richtlinie ausgestellten Bestätigung die Genehmigung zur Ausübung eines Berufs beantragt wird, ist nicht verpflichtet, die beantragte Genehmigung ohne weiteres zu erteilen, wenn die vorgelegte Bestätigung insofern eine offensichtliche Unrichtigkeit enthält, als sie bescheinigt, daß die unter die Richtlinie fallende Person im Herkunftsland eine Zeit der Berufstätigkeit zurückgelegt hat,

<sup>979</sup>Schön in FS Wiedemann, 1271, 1280.

<sup>980</sup>Schön in FS Wiedemann, 1271, 1281 (allerdings mit falschem Verweis auf GA Tesaro, siehe dort FN 38).

<sup>981</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 51.

<sup>982</sup>Bitter, WM 2004, 2190, 2193.

<sup>983</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 51.

<sup>984</sup>Bitter, WM 2004, 2190, 2193.

<sup>985</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 51; Bitter in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 324.

<sup>986</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 115; Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, 159, 180; Fleischer, JZ 2003, 865, 870; Schön in FS Wiedemann, 1271, 1278.

<sup>987</sup>EuGH, Urteil v. 27.09.1989 Rs. C-130/88 (van de Bijl), Slg. 1989, I-3039.

obgleich feststeht, daß dieselbe Person während desselben Zeitraums im Gebiet des Aufnahme-landes Berufstätigkeiten ausgeübt hat.“

In „Centros“ heißt es nun, die Mitgliedstaaten könnten alle geeigneten Maßnahmen ergreifen, um Betrügereien zu verhindern oder zu verfolgen. Dies gelte sowohl gegenüber der Gesellschaft, wie auch gegenüber den Gesellschaftern, „wenn diese sich mittels der Errichtung der Gesellschaft ihren Verpflichtungen gegenüber inländischen Gläubigern entziehen möchten.“<sup>988</sup> Soweit deshalb davon ausgegangen wird, dass tatbestandlich im Sinne des Betrugseinwands damit alle Fälle der fraudulösen Gläubigerschädigungen erfasst sind und diese deshalb gezielt bekämpft werden dürften<sup>989</sup> ist dem anzufügen, dass dann nicht mehr vom Betrug im oben genannten Sinne ausgegangen wird. Vielmehr sollen im Rahmen eines Betrugseinwands wieder nationale Missbrauchsregelungen auf die Gesellschaft zur Anwendung gebracht werden. Der Hinweis auf die Zulässigkeit von Maßnahmen zur Verhinderung von Betrügereien führt also wieder nur in das allgemeine System der Rechtfertigung zurück.

### 3. Zwischenergebnis

Die Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts kann in der Regel nicht mit Hilfe des Einwands von Rechtsmissbrauch oder Betrug ermöglicht werden. Dem spezifischen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit hat der EuGH in den möglichen Anknüpfungspunkten die Grundlage entzogen. Eine Täuschung über Tatsachen berührt das hier vorliegende Problem nicht. Der unspezifische Missbrauch von Gemeinschaftsrecht führt nicht weiter, weil es bei ihm um die Anwendung nationaler Missbrauchsregeln geht, die insofern denselben Maßstäben unterliegen, die auch bei sonstigen nationalen Rechtsregeln angewendet werden. Die Anwendung von gläubigerschützenden Regelungen wie die der Haftung wegen „Unterkapitalisierung“ oder die der Existenzvernichtungshaftung, die ja die „missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens“ als Fallgruppe des § 826 BGB sanktioniert<sup>990</sup>, bedürften daher (sofern sie gesellschaftsrechtliche Regelungen darstellen) einer Rechtfertigung aus Gründen des Allgemeininteresses.

## II. Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit

Gem. Art. 52 I AEUV (ex Art. 46 I EGV) werden Sonderregelungen für Ausländer, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, nicht von der Niederlassungsfreiheit beeinträchtigt. Die Vorschrift ermöglicht damit nicht nur die Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, sondern auch von direkten Diskriminierungen<sup>991</sup>. Sie ist zwar auf Gesellschaften anwendbar<sup>992</sup>, hat aber im vorliegenden Zusammenhang keine praktische Bedeutung<sup>993</sup>. Dies liegt zum einen daran, dass nationale Gläubigerschutzregelungen regelmäßig nicht den in Art. 52 I AEUV (ex Art. 46 I EGV) aufgeführten Zwecken dienen<sup>994</sup>. So hat der EuGH in „Inspire Art“ lapidar festgestellt, die Bekämpfung von Betrügereien, der Schutz der Gläubiger, die Gewährleistung der Wirksamkeit von Steuerkontrollen und die Lauterkeit des Handelsverkehrs beziehe sich nicht auf Art. 46 I EGV (jetzt Art. 52

<sup>988</sup> *EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 39.

<sup>989</sup> *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 432; *Fleischer* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 101 f.

<sup>990</sup> *BGH*, Urteil vom 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“ = NZG 2007, 667.

<sup>991</sup> *Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 52, Rn. 3.

<sup>992</sup> *Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 52, Rn. 18.

<sup>993</sup> *Eidenmüller* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 19; *Forsthoff* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 54; *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 442.

<sup>994</sup> *Eidenmüller* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 19.

I AEUV)<sup>995</sup>. Zum anderen macht es vorliegend grundsätzlich keinen Unterschied, ob eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder aus Gründen des Allgemeininteresses im Rahmen des sog. „4-Kriterien-Tests“ erfolgt<sup>996</sup>. Denn vorliegend geht es um die Frage, inwieweit inländisches Gläubigerschutzrecht, das insoweit auch für inländische Gesellschaften gilt und daher grundsätzlich frei von Diskriminierung ist, auch auf Scheinauslandsgesellschaften Anwendung finden kann. Es geht dagegen nicht um die Frage, inwieweit Sonderregeln für Scheinauslandsgesellschaften geschaffen werden können.

### III. Rechtfertigung aus Gründen des Allgemeininteresses

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs bzw. des Betrugs sowie Art. 52 I AEUV (ex Art. 46 I EGV) führen regelmäßig also nicht weiter. Der Schwerpunkt der Prüfung, ob die Anwendung inländischer Gläubigerschutzinstrumente auf Scheinauslandsgesellschaften, die deren Niederlassungsfreiheit beschränken, gerechtfertigt werden kann, liegt damit auf den zwingenden Gründen des Allgemeinwohls im Sinne des sog. „Vier-Kriterien-Tests“ oder der sog. „Gebhard-Formel“. Nach dieser Rechtsprechung des EuGH sind Beschränkungen der Grundfreiheiten zulässig, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: Die mitgliedstaatlichen Maßnahmen müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, sie müssen zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sein, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist<sup>997</sup>.

#### 1. Nichtdiskriminierende Anwendung

Inländische Gläubigerschutzinstrumente, die neben der Anwendung auf nationale Gesellschaften auch Anwendung auf Scheinauslandsgesellschaften finden sollen, gelten unterschiedslos und daher zumindest nicht offen diskriminierend<sup>998</sup>. Gegebenenfalls können zwar auch unterschiedslos geltende Regelungen im Einzelfall einmal rechtlich oder tatsächlich stärker die zuziehende Gesellschaft belasten und damit versteckt diskriminierend sein<sup>999</sup>. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn ein bestimmtes Gläubigerschutzinstitut auf Scheinauslandsgesellschaften oder eine bestimmte ausländische Rechtsform zugeschnitten ist und sich deshalb typischerweise nur bei ihr verwirklicht. Angesichts dessen, dass inländische Gläubigerschutzregelungen aber in der Regel auf inländische Gesellschaften zugeschnitten sind, dürfte eine solche versteckte Diskriminierung eher eine Ausnahmeerscheinung darstellen. Zudem können versteckte Diskriminierungen nach Rechtsprechung des EuGH gerechtfertigt sein<sup>1000</sup>.

#### 2. Zwingende Gründe des Allgemeinwohls

Zwingende Gründe des Allgemeinwohls im Sinne des „4-Kriterien-Tests“ sind nicht abschließend definiert. Vielmehr eröffnet der Begriff „Allgemeinwohl“ den Mitgliedstaaten einen erheblichen Spielraum zur Definition ihrer Schutzanliegen<sup>1001</sup>. Zwar ist nicht jedes staatliche

<sup>995</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 109, 131.

<sup>996</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 54; das Verhältnis der Rechtfertigungsgründe ist allerdings umstritten, Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45 Rn. 324.

<sup>997</sup>EuGH, Slg. 1993, I-1663 (Kraus) = EuZW 1993, 322 Tz. 32; EuGH, Slg. 1995, I-4165 (Gebhard) = EuZW 1996, 93 = NJW 1996, 579 Tz. 37.

<sup>998</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 21; Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 444.

<sup>999</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 21.

<sup>1000</sup>EuGH, Rs. C-272/92 (Spotti), Slg. 1993, I-5185 Tz.18.

<sup>1001</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 55; Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45 Rn. FORTSETZUNG AUF S. 131

Regelungsinteresse als zwingender Grund des Allgemeininteresses anzuerkennen<sup>1002</sup>, der EuGH hat aber die Erhaltung der Lauterkeit des Handelsverkehrs<sup>1003</sup>, den Schutz der Arbeitnehmer, den Schutz von Minderheitsgesellschaftern und insbesondere den Schutz der Gläubiger<sup>1004</sup> als Gründe des Allgemeininteresses anerkannt.

### 3. Geeignetheit

Um einer Rechtfertigung zugänglich zu sein, muss die nationale Regelung geeignet sein, das verfolgte Ziel auch tatsächlich zu erreichen. Bei der Frage, ob eine Regelung geeignet ist, steht den Mitgliedstaaten ein gewisser Prognosespielraum zu<sup>1005</sup>. An der Geeignetheit fehlt es aber, wenn die Erreichung des Ziels sehr ungewiss ist<sup>1006</sup>. In der Regel dürfte es bei nationalen Gläubigerschutzinstrumenten, die auch bei inländischen Gesellschaften Gläubigerschutz bieten, an der Gewissheit der Zielerreichung aber keinen Zweifel geben<sup>1007</sup>.

Neben der Gewissheit der Zielerreichung ist für die Geeignetheit einer Maßnahme auch erforderlich, dass das Ziel mit hinreichender Konsequenz verfolgt wird<sup>1008</sup>. In diesem Zusammenhang scheint es von Bedeutung zu sein, ob Regelungen nicht nur für Scheinauslandsgesellschaften, sondern auch für „echte“ Auslandsgesellschaften, also für solche, die auch ihren tatsächlichen Sitz im Gründungsstaat haben, gelten. Man könnte der Auffassung sein, eine Regelung sei inkonsequent und damit nicht geeignet, wenn sie nur für Scheinauslandsgesellschaften gelte, weil die Gläubiger auch bei „echten“ Auslandsgesellschaften gefährdet seien. In diesem Sinne hatte der EuGH in „Centros“ die Nichteintragung der Zweigniederlassung für nicht geeignet im Sinne des Gläubigerschutzes befunden, „da die Zweigniederlassung in Dänemark eingetragen worden wäre, wenn die Gesellschaft eine Geschäftstätigkeit im Vereinigten Königreich ausgeübt hätte, obwohl die dänischen Gläubiger in diesem Fall ebenso gefährdet gewesen wären“<sup>1009</sup>.

In „Inspire Art“ haben zwar die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission den Befund des EuGH zur Geeignetheit in Sachen „Centros“ aufgenommen. So tragen sie vor, dass die nationale Gläubigerschutzregelung nicht anwendbar gewesen wäre, wenn die Gesellschaft im Herkunftsstaat eine Tätigkeit ausgeübt hätte; dass in diesem Fall die Gefahr für die Gläubiger aber mindestens genauso groß gewesen wäre, wie in dem Fall, dass die Tätigkeit ausschließlich im Inland erfolgt wäre<sup>1010</sup>. In den Ausführungen des Gerichtshofs wird dieser Einwand dagegen nicht mehr aufgenommen<sup>1011</sup>. Vielmehr lässt er die Frage, ob die im Raum stehende Regelung, das Erfordernis eines Mindestkapitals und eine daran anknüpfende Haftung der Geschäftsführer

---

379; Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 445.

<sup>1002</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 56.

<sup>1003</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 132, 140.

<sup>1004</sup>EuGH, Urteil vom 05.11.2002 Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Tz. 92.

<sup>1005</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 25;

Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 447.

<sup>1006</sup>EuGH, Urteil v. 15.12.1995 Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, Tz. 109; Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 25; Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 447.

<sup>1007</sup>Bedenkenswert ist aber der rechtspolitische Streit um das Mindestkapital. Vgl. Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 28; zum Ganzen Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 37 ff.

<sup>1008</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 79; Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 26; Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 447.

<sup>1009</sup>EuGH, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 35.

<sup>1010</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 126.

<sup>1011</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 134 ff.

für den Gläubigerschutz geeignet ist, offen<sup>1012</sup>. Dies dürfte zwar vornehmlich mit der rechtspolitischen Debatte um das Mindestkapital zu tun haben<sup>1013</sup>. Es zeigt aber auch, dass der EuGH den vorliegenden Einwand bei Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts auf Scheinauslandsgesellschaften offensichtlich nicht für überzeugend hält. Denn schon mit diesem Punkt hätte er die Geeignetheit der Regelung verneinen können, ohne, dass er im Einzelnen auf die rechtspolitisch strittigen Punkte beim Mindestkapital hätte eingehen müssen.

In der Sache greift der Einwand dann auch nicht. Denn der inländische Rechtsverkehr wird durch eine Tätigkeit von Scheinauslandsgesellschaften regelmäßig stärker berührt als durch „echte“ Auslandsgesellschaften<sup>1014</sup>. Das Gläubigerschutzinteresse ist in diesen Fällen daher größer<sup>1015</sup>, so dass es nicht als inkonsequent erscheint, wenn eine Regelung auf Scheinauslandsgesellschaften beschränkt wird. Angesichts des Prognosespielraums der Mitgliedstaaten ist eben auch nur hinreichende Konsequenz erforderlich. Daran fehlt es erst, wenn eine Regelung signifikant inkonsequent oder selbstwidersprüchlich ist<sup>1016</sup>. Dass der EuGH den Einwand in „Centros“ aufnahm, in „Inspire Art“ dagegen nicht, dürfte dann im Ergebnis damit zu erklären sein, dass in „Centros“ der Kernbereich der Niederlassungsfreiheit betroffen war. Bei derart massiven Eingriffen dürften auch strengere Maßstäbe bei der Frage gelten, mit welcher Konsequenz der Mitgliedstaat das Allgemeininteresse verfolgt.

Der Einwand, eine inländische Gläubigerschutzregelung finde nicht auf „echte“ Auslandsgesellschaften Anwendung, stellt deren Geeignetheit für den Gläubigerschutz deshalb grundsätzlich nicht in Frage. Soweit Deutschland also inländisches Gläubigerschutzrecht, mittels Sonderanknüpfungen auf Scheinauslandsgesellschaften Anwendung finden lassen möchte, spricht zumindest der Gesichtspunkt der Geeignetheit nicht dagegen. Allenfalls könnte der Einwand bei der Frage der Erforderlichkeit im Rahmen der Abwägung Berücksichtigung finden. Es ließe sich hören, dass die zu schützenden nationalen Gründe des Gemeinwohls wohl nicht so überragend sein können, wenn der Schutz nur selektiv und punktuell erfolgt<sup>1017</sup>.

#### 4. Erforderlichkeit

Entscheidende Bedeutung für die Frage, ob die Anwendung einer inländischen Regelung auf eine ausländische Gesellschaft gerechtfertigt ist, hat der Prüfungspunkt der Erforderlichkeit.

##### a. Prüfungsvorgang

Der Stellenwert der Erforderlichkeitsprüfung ist deshalb so hoch, weil der EuGH nicht nur die Erforderlichkeit im engeren Sinne, sondern auch die Angemessenheit einer Maßnahme prüft<sup>1018</sup>. Eine beschränkende inländische Regelung muss deshalb immer das „mildeste Mittel“ darstellen und nach deutschem Verständnis verhältnismäßig im engeren Sinne sein, um einer Rechtfertigung zugänglich zu sein. In der Sache „Säger“ urteilte der EuGH etwa ausdrücklich, dass eine

<sup>1012</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 135.

<sup>1013</sup>Vgl. Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 28; zum Ganzen Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 37 ff.

<sup>1014</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 24, 26; Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 448.

<sup>1015</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 24.

<sup>1016</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 79 mit Verweis auf die Urteile des EuGH, Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 (Lärää) und Rs. C243/01, Slg. 2003, I-13.031 (Gambelli).

<sup>1017</sup>Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1918.

<sup>1018</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 60; Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 30.

Beschränkung nicht „außer Verhältnis“ [ ] „zu dem verfolgten Ziel“ stehen darf<sup>1019</sup>. Die „Erforderlichkeit“ einer Maßnahme muss daher in einem Abwägungsprozess ermittelt werden<sup>1020</sup>. Dies hat zur Folge, dass eine mitgliedstaatliche Beschränkung etwa deshalb nicht gerechtfertigt sein könnte, weil es eine Möglichkeit gibt, die das Ziel zwar nicht ebenso gut, aber annähernd erreicht, dafür die Grundfreiheit aber deutlich weniger beeinträchtigt.

Grundsätzlich kommt dem Mitgliedstaaten aber auch bei der Erforderlichkeit eine Einschätzungsprärogative zu Gute. In der Sache „Reisebüro Broede“ stellte der EuGH etwa die Beurteilung, ob es zum Schutz der Rechtssuchenden erforderlich sei, die gewerbsmäßige Besorgung von Rechtsangelegenheiten der Anwaltschaft vorzubehalten, „beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts“ in das Ermessen des Zuzugsstaats, obwohl andere Mitgliedstaaten einen solchen Vorbehalt offensichtlich zumindest nicht gänzlich für erforderlich hielten<sup>1021</sup>. Die Mitgliedstaaten können also durchaus darüber entscheiden, ob und wie sie bestimmte Anliegen verfolgen<sup>1022</sup>. Die Einschätzungsprärogative soll dabei umso größer sein, je eher Bereiche betroffen sind, die über die Wirtschaftspolitik hinausgehen und etwa die Sozialordnung oder Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung berühren<sup>1023</sup>.

Abgewogen wird bei der Erforderlichkeitsprüfung nicht etwa die Grundfreiheit, hier die freie Niederlassung, mit einem mitgliedstaatlichen Regelungsinteresse, sondern alleine die Grundfreiheit mit dem zwingenden Allgemeininteresse<sup>1024</sup>. Dabei ist zu beachten, dass dem Allgemeininteresse grundsätzlich auf zwei Wegen Geltung verschafft werden kann. Zum einen auf mitgliedstaatlicher Ebene, zum anderen auf europäischer Ebene durch Sekundärrechtsakte. Soweit es um die Befriedigung des Allgemeininteresses auf mitgliedstaatlicher Ebene geht, stellt sich neben der Frage des „mildesten Mittels“ vor allem die Frage nach dem Stellenwert des Gründungsrechts. Wenn dem Allgemeininteresse auch auf europäischer Ebene Genüge getan wird, ist zunächst zu unterscheiden. Unmittelbar einschlägiges Sekundärrecht entfaltet grundsätzlich Sperrwirkung<sup>1025</sup>. Denn soweit die Sekundärrechtsvorschriften abschließend sind, wird die mitgliedstaatliche Regelung vorrangig am Sekundärrechtsakt gemessen. Zwar handelt es sich bei Sekundärrecht und Primärrecht um eigene Prüfungsmaßstäbe<sup>1026</sup>. Eine Erforderlichkeitsprüfung am Maßstab der Grundfreiheit kann aber grundsätzlich unterbleiben, weil die mitgliedstaatliche Regelung entweder schon gegen Sekundärrecht verstößt<sup>1027</sup> oder aber sekundärrechtlich geboten ist, und schon deshalb grundsätzlich mit der Grundfreiheit vereinbar<sup>1028</sup>. Ist das Sekundärrecht dagegen nicht abschließend, besteht zwar keine Sperrwirkung; das Sekundärrecht kann aber

---

<sup>1019</sup>EuGH, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221 (Säger), Tz. 20.

<sup>1020</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 60; Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 30.

<sup>1021</sup>EuGH, Rs. C-3/95, Slg. 1996, I-6511 (Reisebüro Broeder), Tz. 41.

<sup>1022</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 68.

<sup>1023</sup>Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 68; Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 49. Erg.-Lfg. 2012, AEUV, Art. 45 Rn. 393; Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 32.

<sup>1024</sup>Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 145.

<sup>1025</sup>Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 146.

<sup>1026</sup>Jarass, EuR 2000, 705, 720.

<sup>1027</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 72 f.: Das Erfordernis als „formal ausländische Gesellschaft“ zu firmieren, stellte schon einen Verstoß gegen die Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21.12.1989 dar; die übrigen nicht unter die Richtlinie fallenden Bestimmungen wurden am Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit gemessen.

<sup>1028</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 58; Forsthoff in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 71; Voraussetzung ist natürlich, dass der Sekundärrechtsakt selbst grundfreiheitenkonform ist.

Einfluss auf den Abwägungsvorgang haben<sup>1029</sup>. Letzteres ist im Bereich der Niederlassungsfreiheit bei der Frage der Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts auf ausländische Gesellschaften mit Sitz im Inland von erheblicher Bedeutung, weil nicht abschließendes Sekundärrecht in den Sachen „Centros“ und „Inspire Art“ tragend für die Entscheidungen des EuGH war.

## **b. Informationsmodell**

### **a.a. Informationsmodell des EuGH**

In den Entscheidungen „Centros“ und „Inspire Art“ etablierte der EuGH, aufbauend auf der Zweigniederlassungsrichtlinie<sup>1030</sup> und der Bilanzrichtlinie<sup>1031</sup> ein als „Informationsmodell“ bezeichnetes Gläubigerschutzkonzept<sup>1032</sup>.

In „Centros“ urteilte der EuGH zur Erforderlichkeit der Nichteintragung einer Zweigniederlassung einer Scheinauslandsgesellschaft aus Gläubigerschutzgründen: „Da die Gesellschaft als Gesellschaft englischen Rechts, nicht als Gesellschaft dänischen Rechts auftritt, ist den Gläubigern weiter bekannt, dass sie nicht dem dänischen Recht über die Errichtung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung unterliegt; sie können sich auf bestimmte gemeinschaftsrechtliche Schutzvorschriften berufen wie die Vierte Richtlinie [...] über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen [...] und die Elfte Richtlinie [...] über die Offenlegung von Zweigniederlassungen [...].“<sup>1033</sup>

In „Inspire Art“ wiederholte er dann zur Anwendung inländischer Mindestkapitalerfordernisse und eine daran anknüpfende Haftung der Geschäftsführer: „Erstens ist zum Gläubigerschutz ohne weitere Prüfung, ob die Vorschriften über das Mindestkapital als solche einen geeigneten Schutzmechanismus bilden, festzustellen, dass die Inspire Art als Gesellschaft englischen Rechts und nicht als niederländische Gesellschaft auftritt. Ihre potenziellen Gläubiger sind hinreichend darüber unterrichtet, dass sie anderen Rechtsvorschriften als denen unterliegt, die in den Niederlanden die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung regeln, u.a., was die Vorschriften über das Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer betrifft. Wie der Gerichtshof in Randnummer 36 des Urteils Centros ausgeführt hat, können sich die Gläubiger ferner auf bestimmte gemeinschaftsrechtliche Schutzregelungen wie die Vierte und die Elfte Richtlinie berufen.“<sup>1034</sup>

Zusammenfassend hielt der EuGH gläubigerschützende Maßnahmen also schon deshalb nicht für erforderlich, weil die Gläubiger hinreichend informiert seien. Auf Grund der Richtlinien unterlägen die ausländischen Gesellschaften bestimmten Publizitätsanforderungen, so dass die Gläubiger wüssten mit wem sie es zu tun haben. Der EuGH stellt insofern den Gesichtspunkt des Selbstschutzes in den Mittelpunkt der Erforderlichkeitsprüfung<sup>1035</sup>. Zu Grunde legt er dabei das Bild eines mündigen Verbrauchers, dass auch grundsätzlich seine Rechtsprechung prägt<sup>1036</sup>. So

<sup>1029</sup>Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 146.

<sup>1030</sup>Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21.12.1989.

<sup>1031</sup>Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25.07.1978.

<sup>1032</sup>Grundmann, DStR 2004, 232; Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 35; Fleischer in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 103.

<sup>1033</sup>EuGH, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 36.

<sup>1034</sup>EuGH, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Tz. 135.

<sup>1035</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 33.

<sup>1036</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 35.

bevorzugte er schon bei der Warenverkehrsfreiheit eine „Etikettierungslösung“<sup>1037</sup> und verwarf etwa Vermarktungsverbote, wenn Angaben auf der Verpackung dessen Schutzanliegen ebenso dienten<sup>1038</sup>.

Entscheidend ist im Rahmen des Informationsmodells, dass dieses nicht gleichen Schutz bieten muss wie mögliche andere Regelungen. Die Hauptsache ist, dass es die Grundfreiheit weniger beeinträchtigt. Die Ablehnung eines Mindestkapitals mit daran anknüpfender Haftung des Geschäftsführers zu Gunsten von Information in „Inspire Art“ ist dann auch keine Abwägungsentscheidung zwischen gleichermaßen geeigneten Gläubigerschutzmitteln, sondern die Bevorzugung eines in Bezug auf die Grundfreiheit milderen Mittels, das jedoch zugleich ein geringeres Schutzniveau gewährleistet<sup>1039</sup>.

### **b.b. Schwächen des Informationsmodells**

Das Informationsmodell kann jedoch in seiner Pauschalität nicht generell in der Lage sein, die Erforderlichkeit von mitgliedstaatlichen Gläubigerschutzregelungen zu verneinen. Denn es weist verschiedene Unzulänglichkeiten auf.

Nicht dazu gehören indes die sogenannten Informationskosten. Im Ausgangspunkt hat das Informationsmodell zur Folge, dass es den Vertragspartnern der ausländischen Gesellschaft Informationsobliegenheiten aufbürdet. Diese sind aber in der Regel mit höheren Kosten verbunden, da die Rechtsverhältnisse inländischer Gesellschaften dem inländischen Rechtsverkehr im Gegensatz zu denen ausländischer Gesellschaften grundsätzlich bekannt sind<sup>1040</sup>. Nun könnte man meinen, schon aus diesem Grund müsste sich die Abwägung zu Lasten der Grundfreiheit neigen. Dies ist allerdings nicht der Fall. Denn die ökonomische Analyse des Korporationsrechts hat gezeigt, dass Vertragspartner sehr wohl in der Lage sind, Kosten (und auch Risiken) zu internalisieren<sup>1041</sup>. Soweit Information zur Einschätzung von Risiken zu teuer wird, wird vom Verkehr mit Auslandsgesellschaften abgesehen.

Es ließe sich dann zwar hören, wiederum aus diesem Grunde neige sich die Abwägung zu Lasten der Grundfreiheit. Denn, wenn der Rechtsverkehr von Kontakt mit diesen Gesellschaften Abstand nimmt, könnte die Niederlassung der Gesellschaft im Zuzugsstaat für diese an Attraktivität verlieren. Dann muss das Informationsmodell aber gerade kein milderes Mittel mehr sein. Hierzu ist aber zu bemerken, dass der freie Wettbewerb ja gerade zentrales Ziel des Binnenmarkts ist, dem sich auch die ausländischen Gesellschaften mit allen Vor- und Nachteilen zu stellen haben. Dass der mündige Marktteilnehmer sich zwischen mehreren Angeboten entscheiden kann, ist erwünscht und kann demnach keine „Beschränkung“ darstellen, die das Informationsmodell als „milderes Mittel“ in Frage stellt. Auch dieser Gedanke kann daher nicht mit in den Abwägungsvorgang einbezogen werden<sup>1042</sup>.

<sup>1037</sup>Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 459.

<sup>1038</sup>EuGH, Rs. C-120/78, Slg. 1979, I-649 (Cassis de Dijon), Tz. 13.

<sup>1039</sup>Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 150.

<sup>1040</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 37.

<sup>1041</sup>Schanze/Jüttner, AG 2003, 661, 663; Eidenmüller in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 37.

<sup>1042</sup>Überdies sei erwähnt, dass nicht nur die aus den Informationsobliegenheiten folgenden Informationskosten der Vertragspartner negative Auswirkungen für die Gesellschaften haben können, sondern auch die Offenlegungspflichten der Gesellschaften selbst. So wurden die Anforderungen der Zweigniederlassungsrichtlinie eher als zusätzliche Erschwernisse, denn als binnenmarktfördernder Segen aufgefasst, wenn der Mitgliedstaat zuvor geringere Anforderungen an die Offenlegung stellte. Im Ergebnis erleichtert die Richtlinie die Niederlassungsfreiheit aber dadurch, dass sie einen Höchststandard an Publizität festlegt, den die Mitgliedstaaten nicht überschreiten dürfen, vgl. Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 156 f.

Problematisch am Informationsmodell scheint auch zu sein, dass sich bestimmte Gesellschaften nicht einwandfrei unterscheiden lassen. So lässt der Rechtsformzusatz etwa bei einer englischen und einer irischen limited („Ltd.“) oder aber bei einer deutschen und österreichischen GmbH („GmbH“) das genaue Herkunftsland nicht erkennen. Das Informationsmodell lässt sich mit diesem Einwand aber grundsätzlich nicht verdrängen. Denn soweit es um ausländische Gesellschaften geht, weiß der potentielle Gläubiger zumindest, dass es sich um eine Gesellschaft ausländischen Rechts handelt und kann auf Grund der Offenlegungspflichten erfahren, um was für eine Gesellschaft es sich handelt<sup>1043</sup>. Soweit es aber um die Verwechslungsgefahr mit einer inländischen Gesellschaft geht, dürfte es europarechtlich unbedenklich sein, wenn die Mitgliedstaaten einen entsprechenden Zusatz verlangen, aus dem sich die ausländische Rechtsform ergibt<sup>1044</sup>.

Kein Einwand gegen das Informationsmodell ist auch der Hinweis, dass der Gedanke der Information als einziges Gläubigerschutzinstrument keinen ausreichenden Gläubigerschutz gewährleisten kann und dass dies auch in den sekundärrechtlichen Maßnahmen zum Europäischen Gesellschaftsrecht zum Ausdruck käme<sup>1045</sup>. Denn es geht nicht um die Frage, ob gar keine anderen Gläubigerschutzinstrumente neben dem Informationsmodell Anwendung finden dürfen, sondern allein darum, ob es erforderlich ist, zusätzliche inländische Gläubigerschutzinstrumente anzuwenden. Die Anwendung anderer Gläubigerschutzinstrumente des Gründungsstaates wird vom Informationsmodell gar nicht berührt.

Durchschlagend ist dagegen die Erwägung, dass das Informationsmodell nur für vertragliche Gläubiger Schutz bieten kann. Es ist offensichtlich, dass gesetzliche Gläubiger sich ihre Schuldner nicht aussuchen und das Informationsmodell bei ihnen nicht greifen kann<sup>1046</sup>. Darüber hinaus geht das Informationsmodell aber nicht nur bei gesetzlichen Gläubigern, sondern partiell auch bei vertraglichen Gläubigern in der Realität fehl<sup>1047</sup>. Arbeitnehmer und vertragliche Kleingläubiger unterliegen in der Regel sozialen und wirtschaftlichen Zwängen, die zu fehlender Verhandlungsmacht führen, so dass das Informationsmodell zumindest unzulänglich bleibt<sup>1048</sup>.

Darüber hinaus trägt das Selbstschutzargument auch insbesondere dann nicht, wenn der Gläubigerschutz im Herkunftsstaat in anderer Form als in Deutschland verwirklicht ist und sich insofern das Problem des Normenmangels ergibt. Es ist durchaus möglich, dass sich auf Grund von Systemunterschieden ergibt, dass der Gläubigerschutz von ausländischen Gesellschaften mit Sitz im Inland geringer ist, als der von ausländischen Gesellschaften mit Sitz im Ausland und von inländischen Gesellschaften mit Sitz im Inland. Ein kaum zu akzeptierendes Ergebnis, bei dem auch das Informationsmodell nicht greifen kann.

Im Ergebnis kann daher zumindest in den Bereichen, in denen der Selbstschutzgedanke nicht trägt, dem Zuzugsstaat die Durchsetzung von zusätzlichen Regelungen aus Gläubigerschutzgründen nicht mit dem Verweis auf das Informationsmodell verwehrt werden. Bedeutung erlangt

<sup>1043</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 38.

<sup>1044</sup>Schmidt in Lutter, *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*, 2005, S. 35; etwa „GmbH österreichischen Rechts“.

<sup>1045</sup>So aber Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, Rn. 385.

<sup>1046</sup>Eidenmüller in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 39; Spindler/Berner, *RIW* 2004, 7, 14.

<sup>1047</sup>Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, Rn. 385.

<sup>1048</sup>Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, Rn. 385; Fleischer in Lutter, *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*, 2005, S. 104; Eidenmüller in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 40 f.

dies nicht etwa für „in der Insolvenz irrelevante, abstrakte Kapitalisierungsanforderungen“; sehr wohl könnte es aber Bedeutung etwa für Regelungen, die die persönliche Verantwortlichkeit der Handelnden bei Schädigungen betreffen, erlangen<sup>1049</sup>. Entsprechendes gilt auch für Regelungen, bei denen der Mitgliedstaat nicht zwischen schutzbedürftigen und nicht schutzbedürftigen Personen differenzieren kann<sup>1050</sup>, etwa bei Fällen der Innenhaftung, da diese der Gesamtheit der Gläubiger zu Gute kommt<sup>1051</sup>. Die Erforderlichkeit einer Maßnahme scheitert also nicht an der Möglichkeit des Selbstschutzes einzelner Beteiligter<sup>1052</sup>.

### c. Stellenwert des Gründungsrechts

Soweit das Informationsmodell nicht greift, stellt sich vor allem die Frage inwieweit das Gründungsrecht bei der Erforderlichkeitsprüfung zu berücksichtigen ist.

#### a.a. Relevanz des Gründungsrechts

Insofern stehen sich zunächst zwei Extrempositionen gegenüber. Teilweise wird gefordert, die Erforderlichkeit gläubigerschützender Regelungen allein aus der Perspektive des inländischen Rechts zu beurteilen<sup>1053</sup>. Die herrschende Meinung berücksichtigt, wenn auch in der Sache mit einigen Unterschieden, dagegen zu Recht die Ausgestaltung des Gründungsrechts bei der Frage der Erforderlichkeit<sup>1054</sup>.

Dass das Gründungsrecht zu berücksichtigen ist, ergibt sich schon daraus, dass die Beschränkung regelmäßig in einer Doppelbelastung liegt. Wenn die Beschränkung aber gerade in einer zusätzlichen Regelung liegt, kann die Erforderlichkeit nicht ohne den Hintergrund des Herkunftsrechts beurteilt werden. Darüber hinaus ist es nach der Rechtsprechung des EuGH gerade Gewährleistungsinhalt der Niederlassungsfreiheit, dass Gesellschafter das Recht wählen können, das ihnen die größte Freiheit lässt<sup>1055</sup>. Diese Wahlfreiheit würde erheblich an „innerer Stimmigkeit und Stringenz“ verlieren, wenn die Erforderlichkeitsprüfung allein aus Sicht des Sitzstaates vorgenommen würde<sup>1056</sup>. Schließlich wäre das Ergebnis der Prüfung allein vor dem Hintergrund des Sitzstaates gewissermaßen vorweggenommen. Denn schon die Existenz von Gläubigerschutzregelungen im inländischen Recht beweist im Grunde, dass sie im inländischen Recht erforderlich sind.

Bei der Erforderlichkeitsprüfung ist auch nicht das supranationale Gemeinschaftsrecht gegenüberzustellen<sup>1057</sup>. Die Erforderlichkeit einer inländischen Regelung kann daher nicht pauschal mit dem Hinweis bejaht werden, es gebe für den entsprechenden Regelungsbereich kein europaweit

<sup>1049</sup>*Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 663 f.

<sup>1050</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 42.

<sup>1051</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, Rn. 450.

<sup>1052</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 42.

<sup>1053</sup>*Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, Rn. 452; *Ulmer*, NJW 2004, 120, 1209.

<sup>1054</sup>Etwa *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 14; *Schillig*, ZvgIRWiss 2007, 299, 307; *Gloger/Goette/van Huet*, DStR 2004, 1194, 1196; *Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 45; *Fleischer* in Lutter, *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*, 2005, S. 106 ff.; *Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 325; *Forsthoff* in *Hirte/Bücker*, *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 77; auch *Kindler* in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, Rn. 451 bezeichnet dies als wohl herrschende Meinung.

<sup>1055</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459, Tz. 27; *EuGH*, Urteil vom 30.09.2003 Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155, Tz. 138.

<sup>1056</sup>*Fleischer* in Lutter, *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*, 2005, S. 106.

<sup>1057</sup>*Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 325.

harmonisiertes Sekundärrecht<sup>1058</sup>. Wäre dies möglich, wäre jede inländische Beschränkung von Grundfreiheiten, für die kein abschließendes Sekundärrecht besteht, gerechtfertigt. Da Regelungen im abschließenden Bereich von Sekundärrecht vorrangig am Sekundärrecht geprüft werden, käme es im Grunde nicht mehr zu einer Grundfreiheitenbeschränkung.

Im Ergebnis muss also gefragt werden, ob vor dem Hintergrund der herkunftsrechtlichen Regeln ein Bedürfnis für die zusätzliche Anwendung von inländischen Regeln aus Gläubigerschutzgründen besteht<sup>1059</sup>.

### **b.b. Relevantes Schutzniveau**

Ein solches Bedürfnis besteht grundsätzlich nicht, wenn dem Gläubigerschutz auch durch die herkunftsrechtlichen Regelungen genüge getan wird<sup>1060</sup>. In diesem Fall kann die zusätzliche Anwendung inländischen Rechts nicht erforderlich sein. Nun kann es aber sein, dass der Herkunftsstaat zwar grundsätzlich Gläubigerschutz gewährleistet, nicht aber in dem Maße, wie es den Vorstellungen des Zuzugsstaats entspricht. Es stellt sich dann die Frage nach dem relevanten Schutzniveau.

Zunächst erscheint es angesichts der den Mitgliedstaaten grundsätzlich zugestandenen Einschätzungsprärogative durchaus möglich, dass der Sitzstaat ein gegenüber dem Herkunftsstaat höheres Gläubigerschutzniveau durchsetzen könnte. Auch die Tatsache, dass im Rahmen der Erforderlichkeit eine Angemessenheitsprüfung vorgenommen wird, spricht durchaus dafür. Denn je größer der Unterschied im Schutzniveau der beiden Staaten, desto deutlicher ist der Gewinn an Gläubigerschutz, und umso eher dürfte die der Regelung inne liegende Beschränkung gerechtfertigt sein. Zwar muss dann auch das Gegenteil gelten, dass die inländische Regelung umso weniger erforderlich ist, je unbedeutender der Unterschied im Schutzniveau ist. Es zeigt aber jedenfalls, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass der Mitgliedstaat eine höheres Schutzniveau durchsetzen könnte.

Zu bedenken ist allerdings, dass das Zugeständnis, ein beliebig hohes Schutzniveau durchsetzen zu können, im Grunde dazu führen würde, dass wieder jegliche Regelung als erforderlich angesehen werden könnte<sup>1061</sup>. Dies käme einem Abstellen auf die Perspektive des Zuzugsstaats gleich. Darüber hinaus ist die Europäische Union ein Zusammenschluss unter Gleichen, bei der von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit aller mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auszugehen ist<sup>1062</sup>. Die grundsätzliche Anerkennung ausländischer Standards als gleichwertig ist dann auch eine Generallinie der Rechtsprechung des EuGH<sup>1063</sup>.

Im Ergebnis kann die Erforderlichkeit von zusätzlichen gesellschaftsrechtlichen Regelungen daher nur dann bejaht werden, wenn der herkunftsrechtliche Schutz nicht existent oder offensichtlich unzureichend ist<sup>1064</sup>.

---

<sup>1058</sup>So aber *Weller*, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 211, 215 für die Existenzvernichtungshaftung.

<sup>1059</sup>*Forsthoff* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 77.

<sup>1060</sup>*Forsthoff* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 77.

<sup>1061</sup>Ähnlich *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 461: „vorprogrammiert“.

<sup>1062</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 59.

<sup>1063</sup>*Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 460; vgl. auch *Eidenmüller* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 57.

<sup>1064</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 60.

### c.c. Vorliegen einer Schutzlücke

Letztlich kommt es damit auf das Vorliegen einer Schutzlücke im Gründungsrecht an. Fraglich ist dann, wann eine solche vorliegt.

Unzulässig ist es jedenfalls, eine Schutzlücke schon dann anzunehmen, wenn das Gründungsrecht keine vergleichbaren Regelungen kennt<sup>1065</sup>. Es wurde bereits dargelegt, dass die Beschränkung in einer Erhöhung der Regelungsdichte liegt, nicht in einer eng verstandenen Verdopplung von „vergleichbaren“ Regelungen. Die Wertungen des Gründungsrechts, die ja gerade anzuerkennen sind, dürfen nicht mit dem einfachen Hinweis anderer Wertungen in anderen Regelungen umgangen werden. Schon gar nicht kann es daher angehen, das Vorliegen einer Schutzlücke zu bejahen, wenn zwar eine vergleichbare Regelung besteht, diese aber im konkreten Fall zu einem anderen Ergebnis kommt.

Eine isolierte Betrachtung einzelner Rechtsfiguren verkennt zudem, dass Gläubigerschutz durch eine Vielzahl von Mitteln erreicht werden kann. Wenn aber von einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen ausgegangen wird, dann muss der Zuzugsstaat auch anerkennen, dass der Herkunftsstaat dasselbe Ziel mit anderen Mitteln zu erreichen sucht<sup>1066</sup>. Maßgeblich bei der Beurteilung einer Schutzlücke im gründungsrechtlichen Gesellschaftsrecht muss daher das gesamte Gesellschaftsrecht sein.

Grundsätzlich wird man davon ausgehen können, dass das herkunftsrechtliche Gesellschaftsrecht in seiner Gesamtheit keine Schutzlücken offenbart. Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn man an das Problem des Normenmangels denkt<sup>1067</sup>. Insofern verschiebt sich die Perspektive. Erstens wird das Gründungsrecht nicht mehr generell betrachtet, sondern in Bezug auf eine Gesellschaft mit tatsächlichem Sitz im Inland. Zweitens wird nicht mehr nur das Gesellschaftsrecht betrachtet, sondern die schutzrechtliche Gesamtkonzeption des Gründungsrechts<sup>1068</sup>. Sucht der Gründungsstaat Gläubigerschutz etwa insbesondere mit insolvenzrechtlichen Mitteln zu erreichen, der Zuzugsstaat dagegen vornehmlich mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln, kann es dazu kommen, dass bei einer Scheinauslandsgesellschaft im Ergebnis „weniger“ Gläubigerschutz gewährt wird, als bei einer Auslandsgesellschaft mit Sitz im Ausland oder einer inländischen Gesellschaft mit Sitz im Inland. Dies könnte beispielsweise der Fall bei einer englischen Scheinauslandsgesellschaft sein, wenn die englische „wrongful-trading-Haftung“ dem Insolvenzstatut unterfiele, die deutsche Existenzvernichtungshaftung dagegen dem Gesellschaftsstatut. Es müsste dann gefragt werden, ob der grenzüberschreitende Gläubigerschutz konkret schlechter gestellt wird, als der rein ausländische oder der rein inländische. Käme man dann zu dem Ergebnis, dass bei ansonsten gleichgelagertem Sachverhalt ein Anspruch wegen „wrongful-trading“ gegen den Gesellschafter<sup>1069</sup> einer englischen Gesellschaft mit Sitz in England bestehen würde, bei einer deutschen GmbH mit Sitz in Deutschland ein Anspruch wegen „Existenzvernichtung“ gegen den Gesellschafter, bestünde ein inakzeptables Ergebnis, wenn der Gesellschafter einer englischen Gesellschaft mit Sitz in Deutschland weder einem Anspruch aus „wrongful-trading“, noch aus

<sup>1065</sup>So aber etwa *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1209.

<sup>1066</sup>Vgl. *Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 49.

<sup>1067</sup>*Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 71 f.; *Forsthoff/Schulz* in Hirte/Bücker, *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, 2. Aufl. 2006, § 16 Rn. 23 ff.

<sup>1068</sup>Vgl. *Forsthoff/Schulz* in Hirte/Bücker, *Grenzüberschreitende Gesellschaften*, 2. Aufl. 2006, § 16 Rn. 21; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 28; *Eidenmüller* in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 50; *Fleischer* in Lutter, *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*, 2005, S. 107 f.

<sup>1069</sup>Im Gegensatz zum deutschen Recht wird im englischen Recht die Figur des „shadow directors“ maßgeblich zum Gläubigerschutz herangezogen; vgl. *Heinz/Hartung*, *Die englische Limited*, 3. Aufl. 2012, § 7 Rn. 47 f.

„Existenzvernichtungshaftung“ unterliegt. In diesem Fall wäre von einer Schutzlücke im Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates auszugehen und eine Anwendung inländischen Rechts erforderlich.

Entscheidend muss in Fällen des „Normenmangels“ aber sein, dass auf den konkreten Fall bezogen „weniger“ Gläubigerschutz gewährt wird, wenn man das Ergebnis damit vergleicht, was beide Rechtsordnungen jeweils für reine Inlandsfälle vorsehen<sup>1070</sup>. Die Tatsache allein, dass zwei (scheinbar) vergleichbare Haftungsinstitute unterschiedlichen Statuten unterfallen, kann auf keinen Fall ausreichend sein, die Erforderlichkeit der inländischen Regelung zu bejahen. Ansonsten könnten die Wertungen des Gründungsrechts umgangen werden. Käme das englische Recht im gerade genannten Beispiel also zu dem Ergebnis, dass der Gesellschafter der englischen Gesellschaft mit Sitz in England keinem Anspruch unterliegt, dürfte diese Wertung nicht durch Bejahung der Erforderlichkeit unterlaufen werden.

#### **d. Mildestes Mittel**

Neben der Beachtung des Gründungsrechts ist noch zu bedenken, dass die inländische Regelung auch aus inländischer Sicht das mildeste Mittel darstellen muss. Auch hier gilt, dass die Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen muss. Als milderer inländischer Mittel kommen also auch Maßnahmen in Betracht, die zwar nicht gleich gut geeignet sind, dafür aber die freie Niederlassung weniger beeinträchtigen.

In „Centros“ führte der EuGH etwa aus, als mildere inländische Maßnahme als die Nichteintragung einer Zweigniederlassung käme in Betracht, es öffentlichen Gläubigern rechtlich zu ermöglichen, sich die erforderlichen Sicherheiten einräumen zu lassen<sup>1071</sup>. In Bezug auf die Nichteintragung einer Zweigniederlassung wird man dem gut folgen können. Sofern es aber um eine Erhöhung der Regelungsdichte durch eine zusätzliche gesellschaftsrechtliche Regelung geht, dürfte an der Eigenschaft als mildestes Mittel aus inländischer Sicht eher selten zu zweifeln sein. Denn wenn die inländische Regelung nur erforderlich bei einer herkunftsrechtlichen Schutzlücke ist, dürfte die Auswahl an inländische Instrumenten, die diese Schutzlücke schließen könnten

<sup>1070</sup>Vgl. *Sonnenberger* in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 589 mit Verweis auf *Dannemann*, Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung 2004, S. 166, 190. Schwierig zu beurteilen, können deshalb Fälle sein, bei denen der Gründungsstaat Gläubigerschutz vornehmlich durch eine präventive Staatsaufsicht durchzusetzen versucht. Im Hinblick auf das englische Gesellschaftsrecht ist beispielsweise strittig, inwieweit die englische Staatsaufsicht überhaupt dem Gläubigerschutz dient und inwieweit sie einen effektiven Schutz im Inland gewährleisten kann; dazu *Forsthoff/Schulz* in Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 16 Rn. 25 m.w.N. Findet die Staatsaufsicht auf Scheinauslandsgesellschaften tatsächlich keine Anwendung, bestünde kein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit, wenn der inländische Sitzstaat seine Staatsaufsicht angewendet sehen möchte (dazu oben § 4 A. II. 6.). Möchte der Sitzstaat dagegen eine reaktionäre Haftungsregelung wie die Existenzvernichtungshaftung angewendet wissen, weil es eine Staatsaufsicht (wie Deutschland) nicht kennt, bestünde ein Eingriff, wenn die Regelung in das herkunftsrechtliche Gesellschaftsstatut fällt. Würde die Staatsaufsicht dann tatsächlich einen beträchtlichen Beitrag zum herkunftsrechtlichen Gläubigerschutz leisten, ließe es sich hören, die Haftungsregelung schließe die Schutzlücke. Insofern würde sich die Abwägung grundsätzlich zu Gunsten einer Rechtfertigung neigen. Zu bedenken ist allerdings, dass die Anwendung der inländischen Haftungsregelung im Grunde nur dann erforderlich wäre, wenn die präventive Staatsaufsicht das haftungsbegründende Verhalten von vorneherein verhindert hätte. Dabei wird man zwar nicht unbedingt von einer strengen Kausalitätsprüfung auszugehen haben, sondern auch Wertungsgesichtspunkte einbeziehen können. Die Staatsaufsicht kann aber auch bei reinen ausländischen Sachverhalten versagen. Sieht die ausländische Gründungsrechtsordnung keine reaktionären Haftungsregelungen für das nach inländischem Recht haftungsbegründende Verhalten vor, darf diese gesellschaftsrechtliche Wertung nicht durch pauschalen Hinweis auf die Staatsaufsicht unterlaufen werden. Zur Bejahung der Erforderlichkeit muss sich eben vielmehr auf den konkreten grenzüberschreitenden Fall bezogen eine Ungleichbehandlung ergeben, wenn man das Ergebnis damit vergleicht, was beide Rechtsordnungen jeweils für reine Inlandsfälle vorsehen.

<sup>1071</sup>*EuGH*, Urteil vom 09.03.1999 Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Tz. 37.

und gleichzeitig die Grundfreiheit in deutlicher Weise<sup>1072</sup> unterschiedlich stark einschränken, nicht allzu groß sein.

#### **IV. Zwischenergebnis**

Bei der Frage, inwiefern die Anwendung inländischer Gläubigerschutzregelungen auf europäische Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland niederlassungsrechtlich unbedenklich erfolgen kann, kommt der Ebene des Eingriffs eine ungleich größere Bedeutung zu, als der Ebene der Rechtfertigung. Ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit ist regelmäßig nur dann zu bejahen, wenn die inländische Regelung dem Gesellschaftsstatut nach herkunftsrechtlichem Kollisionsrecht unterfällt und der Herkunftsstaat seine Regelungen auch auf die Scheinauslandsgesellschaft angewendet wissen möchte. Daraus folgt, dass die Anwendung von Regelungen, die den europäischen Kollisionsnormen der Rom-I-VO, der Rom-II-VO oder EuInsVO unterfallen, grundsätzlich nicht zu Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit führen. Die Rechtfertigung einer Beschränkung durch Anwendung inländischer, in das herkunftsrechtliche Gesellschaftsstatut fallender Gläubigerschutzregelungen unterliegt dagegen hohen Anforderungen. Der Missbrauchs- oder Betrugseinwand ist regelmäßig nicht weiterführend. Der Gläubigerschutz ist zwar anerkannter Grund des Gemeinwohls. Die Rechtfertigung der Anwendung inländischen Rechts aus Gründen des Gläubigerschutzes setzt aber eine Schutzlücke im Recht des Herkunftsstaates voraus. Eine solche wird aber regelmäßig nur dann vorliegen, wenn es im Einzelfall zu Normenmängeln kommt. Gesellschaftsrechtliche Sonderanknüpfungen sind daher regelmäßig nicht durchzusetzen.

---

<sup>1072</sup>Auch hier ist an den Prognosespielraum des inländischen Gesetzgebers zu denken.

## § 5 Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung

Im Folgenden soll nun die Existenzvernichtungshaftung kollisionsrechtlich qualifiziert werden. Wie eingangs erwähnt, kommen dabei grundsätzlich drei Möglichkeiten in Betracht. Die Regelung könnte dem Insolvenz-, dem Delikts- oder dem Gesellschaftsstatut unterfallen. Schließlich ist noch die Möglichkeit einer Mehrfachqualifikation zu erörtern. Wie aufgezeigt ist die Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung für zweierlei entscheidend. Von ihr hängt zum einen ab, ob sie aus deutscher Sicht auf deutsche GmbHs mit tatsächlichem Sitz im Ausland und/oder auf ausländische Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz in Deutschland angewendet werden soll. Daneben stünde mit einer deliktsrechtlichen oder insolvenzrechtlichen Qualifikation fest, dass ihre Anwendung auf ausländische Gesellschaften im Inland nicht gegen deren Niederlassungsfreiheit verstößt.

Wie bereits dargestellt<sup>1073</sup> ist Qualifikation der Vorgang der Subsumtion des in Frage stehenden sachrechtlichen Rechtsinstituts unter den Tatbestand der Kollisionsnorm. Nach dem Grundsatz der funktionellen Qualifikation ist dabei die Funktion oder der Zweck des in der Kollisionsnorm verwendeten Systembegriffs mit der Funktion oder dem Zweck des in Rede stehenden materiellen Rechtsinstituts zu vergleichen. Wird dabei Übereinstimmung festgestellt, wird das in Rede stehende Rechtsinstitut von der Kollisionsnorm zur Anwendung berufen, wenn das Anknüpfungsmoment der Kollisionsnorm auf die Rechtsordnung der Sachregelung verweist.

Aus diesem Grund sollen grundsätzlich zunächst die kollisionsrechtlichen Systembegriffe erläutert werden, um jeweils anschließend auf die Funktionsrelevanz bestimmter Elemente der Existenzvernichtungshaftung einzugehen. Im Rahmen der Erörterung einer insolvenzrechtlichen und einer deliktsrechtlichen Qualifikation soll zusätzlich noch das Regelungssystem der EuInsVO und der Rom-II-VO und die jeweilige Anknüpfung in Bezug auf die Existenzvernichtungshaftung erörtert werden. Dies zum einen zur Verdeutlichung des Regelungsanliegens der Kollisionsnorm. Zum anderen, weil eine dezidierte Auseinandersetzung bisher nur für das Internationale Gesellschaftsrecht erfolgt ist.

Bevor die eigentliche Qualifikation vorgenommen werden kann, muss allerdings noch die Frage der Substitution und das eventuelle Vorliegen von Vorfragen berücksichtigt werden. Diese sollen nun der eigentlichen Qualifikation vorangestellt werden.

### A. Substitution

Bei der Frage der Substitution handelt es sich nicht um einen Teil der Qualifikation. Sie soll dennoch an dieser Stelle behandelt werden, weil eine Qualifikation nur dann sinnvoll erscheint, wenn die Frage der Substitution erörtert ist.

Bei der Substitution geht es um die Frage, ob im Rahmen der Anwendung von materiellem Recht ein im Tatbestand der Sachnorm vorausgesetztes Tatbestandsmerkmal durch eine ausländische Gestaltung als erfüllt angesehen werden kann<sup>1074</sup>. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die deutsche Existenzvernichtungshaftung, die für die deutsche GmbH entwickelt wurde und dementsprechend in ihrem Tatbestand die „Insolvenz der GmbH“ voraussetzt, überhaupt auf eine ausländische Gesellschaft angewendet werden kann, weil der Tatbestand der Existenzvernichtungshaftung eben nicht die „Insolvenz der ausländischen Gesellschaft“ voraussetzt.

<sup>1073</sup>Siehe oben § 4 A. II. 2. a.

<sup>1074</sup>v. Bar/Mankowski, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 240.

Keine Substitutionsfrage besteht also bei der Frage der Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auf die deutsche GmbH im Ausland. Dort will der deutsche Richter die Existenzvernichtungshaftung auf eine GmbH anwenden, so dass diesbezüglich kein Problem besteht.

Nach allgemeiner Auffassung lässt eine Sachnorm eine Substitution dann zu, wenn die ausländische Erscheinung der inländischen funktional gleichwertig ist<sup>1075</sup>. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Rechtsordnungen werden hier aber keine hohen Hürden aufgestellt<sup>1076</sup>. Vielmehr reicht eine Übereinstimmung der wesentlichen Merkmale aus; völlige Gleichheit wird nicht verlangt<sup>1077</sup>.

Im Ergebnis ist angesichts dieser geringen Anforderungen die Substituierbarkeit einer ausländischen Privatgesellschaft, die dem Recht eines europäischen Mitgliedstaates entstammt, mit der GmbH zu bejahen. Denn die europäischen Privatgesellschaften sind in ihren wesentlichen Merkmalen der deutschen GmbH in diesem Sinne gleichwertig<sup>1078</sup>. Sie dienen alle als Haftungsträger, um die Gesellschafter von einer Haftung grundsätzlich freizustellen und sind in ihrer rechtlichen Struktur grundsätzlich ähnlich verfasst<sup>1079</sup>. Mit der Haftungsbeschränkung geht bei ihnen auch das Trennungsprinzip einher und der damit verbundene Grundsatz der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung<sup>1080</sup>. Es bestehen daher im Hinblick auf die Substituierbarkeit keine Bedenken bei der Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf europäische Privatgesellschaften.

## B. Vorfragen

Neben der Frage der Substitution stellen sich zudem gegebenenfalls Vorfragen. Vorfragen (im weiteren Sinne) werden im Internationalen Privatrecht üblicherweise auf dreierlei Weise unterschieden<sup>1081</sup>. Zum einen können im Tatbestand einer Kollisionsnorm selbst bestimmte Rechtsfragen aufgeworfen werden. Man spricht dann von Erstfrage<sup>1082</sup>. Zum anderen können sich auch nach vollzogener Anknüpfung im Tatbestand der materiellen Rechtsnormen bestimmte Rechtsfragen stellen. In diesen Fällen spricht man von Vorfrage (selbstständig gesondert anzuknüpfende Vorfrage oder Vorfrage im engeren Sinne)<sup>1083</sup>. Weiter kann es um Teilfragen gehen, die von einer Hauptfrage gesetzlich oder richterrechtlich abgespalten werden und einem gesonderten Statut unterstellt werden können<sup>1084</sup>.

Vorliegend interessiert die Fallgruppe der Vorfrage im engeren Sinne. Soweit die Qualifikation zu dem Ergebnis kommt, dass die Existenzvernichtungshaftung anwendbar ist, könnte sich nämlich für ein deutsches Gericht die Frage stellen, ob die Insolvenz der Gesellschaft und die Insuffizienz des übrigen Gläubigerschutzsystems selbstständig, d.h. unabhängig von der Anknüpfung der Existenzvernichtungshaftung selbst, anzuknüpfen sind.

<sup>1075</sup>Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, § 33 II 2., S. 232 f.

<sup>1076</sup>Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, § 33 II 2., S. 232.

<sup>1077</sup>Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, § 33 II 2., S. 232.

<sup>1078</sup>Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 218.

<sup>1079</sup>Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 218.

<sup>1080</sup>Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 218.

<sup>1081</sup>Vgl. V. Hoffmann/Thorn, IPR, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 42; Sonnenberger in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2009, Einleitung IPR Rn. 535.

<sup>1082</sup>Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, § 32, S. 221.

<sup>1083</sup>Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, § 32, S. 221.

<sup>1084</sup>V. Hoffmann/Thorn, IPR, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 43.

## I. Insuffizienz des übrigen Gläubigerschutzsystems

Teilweise wird geltend gemacht, bei Anwendung der Existenzvernichtungshaftung sei ihre ungeschriebene Anwendungsvoraussetzung, die Insuffizienz des übrigen Gläubigerschutzsystems, als selbstständig anzuknüpfende Vorfrage einzustufen<sup>1085</sup>. Es müsse dann gefragt werden, ob auch nach dem Gesellschaftsstatut der Scheinauslandsgesellschaft das übrige Gläubigerschutzsystem insuffizient sei<sup>1086</sup>.

Da sich das Gesellschaftsstatut der deutschen GmbH im Ausland nach deutschem Recht bestimmt und die Insuffizienz bei ihr insoweit feststeht, ist vorliegend nur die ausländische Gesellschaft im Inland betroffen. Richtigerweise kann die Insuffizienz des übrigen Gläubigerschutzsystems aber auch bei der Scheinauslandsgesellschaft in Deutschland nicht als Vorfrage eingestuft werden, so dass eine entsprechende Prüfung nach dem ausländischen Gesellschaftsstatut nicht vorgenommen werden muss. Grund ist, dass die Prämisse, der Existenzvernichtungshaftung liege als ungeschriebene Anwendungsvoraussetzung die Insuffizienz des übrigen Gläubigerschutzsystems zu Grunde, nicht richtig ist.

Zwar verweist der BGH auf die Funktion der Existenzvernichtungshaftung, eine Schutzlücke zu schließen<sup>1087</sup>. Der BGH gibt das Konzept der Subsidiarität aber gerade auf und verweist auf die Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zu den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG<sup>1088</sup>. Wie dargestellt kann die Existenzvernichtungshaftung also auch im Anwendungsbereich der §§ 30, 31 GmbHG greifen<sup>1089</sup>. Die Existenzvernichtungshaftung ist damit aber gerade nicht mehr nur auf Fälle der Insuffizienz des Gläubigerschutzrechts beschränkt. Wenn die Insuffizienz des übrigen Gläubigerschutzrechts aber keine Voraussetzung der Regelung ist, kann sie keine selbstständig anzuknüpfende Vorfrage sein<sup>1090</sup>.

## II. Insolvenz der Gesellschaft

Für die Existenzvernichtungshaftung in der Ausgestaltung vor „Trihotel“ wurde teilweise auch geltend gemacht, das Tatbestandsmerkmal der Insolvenz der Gesellschaft, das auch für die Haftungsregelung in der Ausgestaltung nach „Trihotel“ gilt, sei, unabhängig von der kollisionsrechtlichen Einordnung der Regelung insgesamt, kollisionsrechtlich als Vorfrage einzustufen und selbstständig nach der Kollisionsnorm des Art. 4 EuInsVO anzuknüpfen<sup>1091</sup>.

Richtigerweise sollte das Vorliegen der Insolvenz im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung aber nicht selbstständig nach Art. 4 EuInsVO angeknüpft werden. Die Begründung ergibt sich aus den Ausführungen zur Möglichkeit einer insolvenzrechtlichen Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung. Die Frage, ob die Insolvenz der Gesellschaft als eigenständig anzuknüpfende Vorfrage behandelt werden muss, soll daher nachfolgend behandelt werden<sup>1092</sup>.

## C. Insolvenzzrechtliche Qualifikation

Hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Einordnung der Existenzvernichtungshaftung erscheint zum einen eine insolvenzzrechtliche Qualifikation als möglich.

<sup>1085</sup>Weller, ZIP 2007, 1681, 1688 f.

<sup>1086</sup>Weller, ZIP 2007, 1681, 1688 f.

<sup>1087</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 39 = NZG 2007, 667, 672.

<sup>1088</sup>BGH, Urteil vom 16. 7. 2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 39 = NZG 2007, 667, 672.

<sup>1089</sup>Siehe § 2 E. IX. 1.

<sup>1090</sup>So auch Staudinger, Anwbl. 2008, S. 316, 322.

<sup>1091</sup>Weller, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 219 f.

<sup>1092</sup>Unten § 5 C. VI.

## I. Regelungsbereich der EuInsVO

Seit dem 29.05.2000 ist in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union das Internationale Insolvenzrecht für mitgliedstaatliche Fälle durch die EuInsVO vereinheitlicht<sup>1093</sup>. Ziel der Verordnung ist die Erleichterung der Abwicklung von Insolvenzverfahren mit grenzüberschreitenden Bezügen<sup>1094</sup>. Zu diesem Zweck normiert die Verordnung die Internationale Zuständigkeit für die Eröffnung von Haupt- und Partikularinsolvenzverfahren, die Koordinierung dieser Verfahren, das anwendbare Recht bei diesen Verfahren und stellt den Grundsatz auf, dass die Wirkungen von eröffneten Insolvenzverfahren in allen anderen Mitgliedstaaten ipso jure anzuerkennen sind<sup>1095</sup>.

Keine Regelungen enthält die EuInsVO dagegen zur Insolvenz im Konzern, obwohl gerade Konzerninsolvenzen typischerweise einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen. Grund ist, dass sich die EuInsVO auf die Koordinierung nationaler Insolvenzverfahren beschränkt und eben kein eigenes Insolvenzrecht aufstellt. Solange nationale Insolvenzrechte, etwa auch das deutsche, keine besonderen Regelungen für den Konzern vorsehen, kann auch die EuInsVO diesbezüglich keine besonderen Regelungen schaffen<sup>1096</sup>. Im Rahmen der EuInsVO muss also der einzelne Rechtsträger ins Visier genommen werden<sup>1097</sup>.

Als europäische Verordnung gilt die EuInsVO in den Mitgliedstaaten unmittelbar, so dass in ihrem Anwendungsbereich entgegenstehendes nationales Recht unanwendbar ist. Die autonomen deutschen Vorschriften zum Internationalen Insolvenzrecht in den §§ 338 – 358 InsO greifen daher nur noch außerhalb des Anwendungsbereichs der EuInsVO.

Der Anwendungsbereich der EuInsVO ist grundsätzlich eröffnet, wenn sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners in der Europäischen Union befindet<sup>1098</sup> und ein grenzüberschreitender Bezug besteht. In Bezug auf Scheinauslandsgesellschaften ist der Anwendungsbereich also eröffnet, wenn eine Gesellschaft den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen in einem Mitgliedstaat hat, aber in einem anderen gegründet wurde. Umstritten ist diesbezüglich aber, ob der Anwendungsbereich nur dann eröffnet ist, wenn der notwendige grenzüberschreitende Bezug zu mindestens zwei Mitgliedstaaten besteht, oder ob es ausreichend ist, dass der notwendige Auslandsbezug nur zu einem Drittstaat besteht<sup>1099</sup>. Da der EuGH zur gleichgelagerten Problematik im Rahmen der EuGVVO bzw. ihres Vorläufers, des EuGVÜ entschieden hat, dass ein doppelter Mitgliedstaatenbezug nicht erforderlich ist<sup>1100</sup>, spricht viel dafür, dass dieser auch im Rahmen der EuInsVO nicht erforderlich ist<sup>1101</sup>. Der Anwendungsbereich der EuInsVO dürfte daher nicht nur bei der Insolvenz einer Scheinauslandsgesellschaft, die in einem Mitgliedstaat gegründet wurde und den Mittelpunkt ihrer Interessen in einem anderen Mitgliedstaat hat, eröffnet sein, sondern sogar dann, wenn die Scheinauslandsgesellschaft in einem Drittstaat gegründet wurde<sup>1102</sup>.

<sup>1093</sup>Mit Ausnahme Dänemarks. Die VO gilt weder in, noch für Dänemark. Dänemark ist damit in diesem Sinne Drittstaat. Hat der Schuldner den Schwerpunkt seiner hauptsächlichen Interessen in Dänemark ist die EuInsVO also nicht anwendbar; *Mäsch* in Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bearb. 2010, Art. 1 EG-InsVO Rn. 17.

<sup>1094</sup>*Mäsch* in Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bearb. 2010, Einl EG-InsVO Rn. 3.

<sup>1095</sup>*Mäsch* in Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bearb. 2010, Einl EG-InsVO Rn. 3.

<sup>1096</sup>*Mäsch* in Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bearb. 2010, Einl EG-InsVO Rn. 6.

<sup>1097</sup>*Mäsch* in Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bearb. 2010, Einl EG-InsVO Rn. 6.

<sup>1098</sup>Erwägungsgrund Nr. 14; vgl. *Mäsch* in Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bearb. 2010, Art. 1 EG-InsVO Rn. 13.

<sup>1099</sup>*Mäsch* in Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bearb. 2010, Art. 1 EG-InsVO Rn. 15.

<sup>1100</sup>*EuGH* Rs C-281/02 *Owusu* = *EuZW* 2005, 345.

<sup>1101</sup>*Mäsch* in Rauscher, *EuZPR/EuIPR*, Bearb. 2010, Art. 1 EG-InsVO Rn. 15.

<sup>1102</sup>So auch *High Court of Justice Chancery Division Companies Court (England)*, *Urt. v. 7. 2. 2003 – 0042/2003* (The Honourable Mr. Justice Lloyd) = *ZIP* 2003, 813 ff.; *Mankowski*, *RIW* 2004, FORTSETZUNG AUF S. 146

## II. Haupt- und Partikularverfahren

Im Rahmen der EuInsVO ist zwischen Hauptinsolvenzverfahren und Partikularinsolvenzverfahren zu unterscheiden. Bei beiden Verfahren handelt es sich um reguläre nationale Insolvenzverfahren, die der Definition der EuInsVO in Art. 2 a) i.V.m. Art. 1 I entsprechen müssen. Es handelt sich also jeweils um Gesamtverfahren, welche die Insolvenz des Schuldners voraussetzen und den vollständigen oder teilweisen Vermögensbeschlagnahme gegen den Schuldner sowie die Bestellung eines Verwalters zur Folge haben<sup>1103</sup>. Der Unterschied beider Verfahren besteht darin, dass das Hauptverfahren grundsätzlich universelle Wirkung zeitigt, die Wirkungen des Partikularverfahrens dagegen auf den jeweiligen Mitgliedstaat beschränkt sind<sup>1104</sup>.

Für die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens sind gem. Art. 3 I EuInsVO die Gerichte desjenigen Staates zuständig, in dessen Hoheitsgebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichsten Interessen hat. Grundsätzlich soll in den Mitgliedstaaten nur dieses eine Verfahren stattfinden, das aber dann eben das gesamte Vermögen des Schuldners, unabhängig von dessen Belegenheitsort erfasst<sup>1105</sup>. Der Insolvenzverwalter darf daher seine ihm nach dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung zustehenden Befugnisse grundsätzlich auch in anderen Mitgliedstaaten ausüben, Art. 18 EuInsVO. Die Wirkungen dieses Verfahrens müssen zudem in allen Mitgliedstaaten ohne gesondertes Verfahren grundsätzlich anerkannt werden, Art. 16 EuInsVO. Andere Verfahren sind daneben grundsätzlich nicht statthaft. Kommt es zu Kompetenzkonflikten zwischen mitgliedstaatlichen Gerichten, gilt das Prioritätsprinzip<sup>1106</sup>; d.h. Entscheidungen eines zuerst befassten Gerichts sind nach dem „Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens“<sup>1107</sup> grundsätzlich anzuerkennen.

Von dem Grundsatz, dass EU-weit nur ein Insolvenzverfahren durchgeführt werden soll, macht die Verordnung gem. Art. 3 II 1 nur dann eine Ausnahme, wenn der Schuldner eine Niederlassung in einem anderen Staat als dem des Ortes des Mittelpunkts seiner hauptsächlichsten Interessen unterhält. Dann kann in diesem Staat ein Partikularverfahren durchgeführt werden, das aber in seiner Wirkung auf das in diesem Mitgliedstaat belegene Vermögen beschränkt ist, Art. 3 II 2 EuInsVO<sup>1108</sup>. Diese Verfahren dienen etwa dem Schutz „lokaler Kleingläubiger“, die mit der Wahrung ihrer Interessen in einem ausländischen Insolvenzverfahren mit fremdem Recht und anderer Sprache überfordert sind<sup>1109</sup>. Sofern ein Partikularverfahren neben dem Hauptverfahren eröffnet wird, sieht die Verordnung Vorschriften vor, wie diese Verfahren zu koordinieren sind, Art. 27 ff.

In einer Gesamtbetrachtung stellt sich die Zuständigkeitsregelung des Art. 3 EuInsVO damit als Kompromiss zwischen einem uneingeschränkten Universalgrundsatz und einem strengen Territorialprinzip dar<sup>1110</sup>.

---

587, 600; *Mäsch* in Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Art. 1 EG-InsVO Rn. 16.

<sup>1103</sup>Im Anhang der EuInsVO ist geregelt, welche mitgliedstaatlichen Verfahren dieser Definition genügen.

<sup>1104</sup>*Mäsch* in Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Art. 3 EG-InsVO Rn. 1.

<sup>1105</sup>Erwägungsgrund Nr. 12.

<sup>1106</sup>*Mäsch* in Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Art. 3 EG-InsVO Rn. 38

<sup>1107</sup>Erwägungsgrund Nr. 22.

<sup>1108</sup>Partikularverfahren die nach Eröffnung des Hauptverfahrens eröffnet werden, sind sog. Sekundärinsolvenzverfahren; Art. 3 III EuInsVO. Solche, die vor Eröffnung des Hauptverfahrens eröffnet werden, werden „isolierte Partikularverfahren“ genannt; *Mäsch* in Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Art. 3 EG-InsVO Rn. 22. Sie sind nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 3 IV zulässig.

<sup>1109</sup>*Mäsch* in Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Art. 3 EG-InsVO Rn. 23

<sup>1110</sup>*Mäsch* in Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Art. 3 EG-InsVO Rn. 18.

### III. Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen und Ort der Niederlassung

Fraglich ist nun, was unter dem Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen bzw. einer Niederlassung im Sinne der EuInsVO zu verstehen ist. In Bezug auf die vorliegende Problematik also, wo das Haupt- oder eventuelle Partikularinsolvenzverfahren einer Scheinauslandsgesellschaft zu eröffnen ist bzw. sind.

Nach Erwägungsgrund Nr. 13 der Verordnung befindet sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen an dem Ort, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und der damit für Dritte feststellbar ist. Inhaltlich ist dies deckungsgleich mit dem tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung, wie er im Rahmen der (deutschen) Sitztheorie zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts verwandt wird<sup>1111</sup>. Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen von Gesellschaften ist also der Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung nach außen hin erkennbar effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden<sup>1112</sup>. Zwar stellt Art. 3 I 2 EuInsVO die Vermutung auf, dass der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen einer Gesellschaft sich am Ort ihres satzungsmäßigen Sitzes befindet. Diese Vermutung wird bei Scheinauslandsgesellschaften aber regelmäßig widerlegt<sup>1113</sup>. Denn sie haben den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung bzw. den Ort ihrer hauptsächlichen Interessen gerade nicht am Ort des satzungsmäßigen Sitzes. Bei einer deutschen GmbH mit tatsächlichem Sitz im Ausland wäre das Hauptinsolvenzverfahren also im Ausland zu eröffnen, während bei einer ausländischen Gesellschaft mit tatsächlichem Sitz in Deutschland das Verfahren in Deutschland zu eröffnen wäre.

Die für die Eröffnung von Partikularverfahren notwendige Niederlassung im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates liegt nach der Definition in Art. 2 h) EuInsVO vor, wenn der Schuldner dort einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt. Diesen Kriterien dürften Scheinauslandsgesellschaften regelmäßig nicht gerecht werden. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass Scheinauslandsgesellschaften neben dem Ort ihrer hauptsächlichen wirtschaftlichen Aktivität auch Niederlassungen in anderen Staaten unterhalten und insofern diesen Kriterien genügen. Typisch ist dies aber nicht. Zudem dürften sie ihnen zumindest in der Hinsicht nicht gerecht werden, als dass sich eine Niederlassung regelmäßig am Ort ihrer Gründung bzw. ihres satzungsmäßigen Sitzes befindet. Denn Scheinauslandsgesellschaften richten ihre wirtschaftliche Tätigkeit in der Regel nur auf das Ausland aus, und gerade nicht auf den Ort ihrer Gründung bzw. ihres satzungsmäßigen Sitzes. In der Regel hat eine Scheinauslandsgesellschaft daher keine Niederlassung in ihrem Gründungsstaat. Das Vorliegen von Vermögen alleine, etwa in Form eines Bankkontos, reicht für das Vorliegen einer Niederlassung jedenfalls nicht aus<sup>1114</sup>.

### IV. Insolvenzrechtlicher Systembegriff

Die EuInsVO sieht vor, dass das das Insolvenzverfahren eröffnende Gericht sein eigenes Insolvenzrecht, die *lex fori concursus*, auf das Insolvenzverfahren anwendet. Denn gem. Art. 4 I EuInsVO gilt für „das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats, in dem das Verfahren eröffnet wird“. (Für Partikularverfahren ergibt sich diese

<sup>1111</sup>Mäsch in Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Art. 3 EG-InsVO Rn. 6.

<sup>1112</sup>Vgl. oben § 3 A. I. 1. a.

<sup>1113</sup>Vgl. *EuGH*, Urteil v. 02.05.2006, Rs. C-341/04, Tz. 35 (Eurofood IFSC Ltd) = EuZW 2006, 337, 338: „Dies könnte insbesondere bei einer „Briefkastenfirma“ der Fall sein, die im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem sich ihr satzungsmäßiger Sitz befindet, keiner Tätigkeit nachgeht.“

<sup>1114</sup>Mäsch in Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Art. 2 EG-InsVO Rn. 12.

Regelanknüpfung zusätzlich<sup>1115</sup> aus Art. 28 EuInsVO<sup>1116</sup>.) Die Internationale Zuständigkeit bedingt nach der Konzeption der EuInsVO daher das anwendbare Recht<sup>1117</sup>.

Bei dieser Kollisionsnorm handelt es sich, auch wenn die Verordnung es nicht ausdrücklich erwähnt, um eine Sachnormverweisung<sup>1118</sup>. Dies ergibt sich zum einen aus dem erläuternden Bericht von *Virgós/Schmit*<sup>1119</sup>, der zwar keine Gesetzeskraft hat und zudem das EuInsÜ<sup>1120</sup> betrifft, aber dennoch zur Auslegung der EuInsVO herangezogen werden kann<sup>1121</sup>. Zum anderen ergibt es sich aus dem Wortlaut der Kollisionsnorm, der „das Insolvenzrecht“ des jeweiligen Staates, also Sachrecht für anwendbar erklärt. Darüber hinaus würde die Beachtung eines Renvoi dem Sinn der Verweisung widersprechen<sup>1122</sup>.

Die Grundregel der *lex fori concursus* erfährt allerdings insofern Einschränkungen, als das Art. 4 I EuInsVO die Wendung enthält, sie gelte nur, „soweit die Verordnung nichts anderes bestimmt“. Etwas „anderes“ im Sinne des Art. 4 I bestimmt die Verordnung aber in ihren Art. 5 – 15. Diese Vorschriften enthalten kollisionsrechtliche Reminiszenzen an das Territorialprinzip, bei dem die Geltung ausländischen Insolvenzrechts im Inland ausgeschlossen wird<sup>1123</sup>. So gilt etwa nach Art. 10 EuInsVO für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf einen Arbeitsvertrag nicht das Recht der *lex fori concursus*, sondern ausschließlich das Recht des Mitgliedstaats, das auf den Arbeitsvertrag anzuwenden ist. Hintergrund ist, dass der Rechtsverkehr hier nicht mit der Geltung ausländischen Rechts in der Insolvenz des Schuldners rechnet<sup>1124</sup>. Vorliegend sind die Art. 5 – 15 EuInsVO aber nicht weiter von Interesse, weil sich aus ihnen keine Besonderheiten für die Existenzvernichtungshaftung ergeben. Entscheidend ist vorliegend nur die maßgebliche Kollisionsnorm des Art. 4 EuInsVO.

Fraglich ist, wie diese Kollisionsnorm auszulegen ist; d.h welche Regelungen dem nach Art. 4 EuInsVO maßgeblichen Insolvenzstatut unterfallen.

Zunächst ist diesbezüglich festzustellen, dass Art. 4 EuInsVO selbstverständlich verordnungsautonom auszulegen ist. Von nationalen Ansätzen muss sich also gelöst werden. Eine zuweilen geforderte „weite“ Auslegung ist dagegen nicht angebracht. Zwar ist richtig, dass die Verordnung auch an ihren Zielen auszulegen ist. Soweit aber argumentiert wird, eine möglichst extensive Auslegung schränke den Anwendungsbereich anderer nationaler Kollisionsnormen ein und führe so zu internationalem Entscheidungseinklang im europäischen Binnenmarkt<sup>1125</sup>, muss dem Skepsis entgegengebracht werden. Ein solcher Ansatz scheint schon deshalb verfehlt oder zumin-

---

<sup>1115</sup>*Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO, Kommentar, 2002, Art. 4 Rn. 3 f.

<sup>1116</sup>In diesem Fall spricht man von *lex fori concursus separati*; *Reinhard* in *Müko*, InsO, Band 3, 2. Aufl. 2008, InsO, Vorbem. vor §§ 335 ff. InsO Rn. 49.

<sup>1117</sup>*Nerlich* in *Nerlich/Römermann*, Insolvenzordnung, 24. Erg.-Lfg. 2012, VO (EG) 1346/2000, Art. 4 Rn. 1.

<sup>1118</sup>*Reinhard* in *Müko*, InsO, Band 3, 2. Aufl. 2008, VO (EG) 1346/2000, Art. 4 Rn. 1; *Mäsch* in *Rauscher*, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Art. 2 EG-InsVO Rn. 2.; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO, Kommentar, 2002, Art. 4 Rn. 2.

<sup>1119</sup>*Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht zum EuInsÜ, Rn. 87.

<sup>1120</sup>Das Europäische Insolvenzübereinkommens (EuInsÜ) vom 23.11.1995 als Vorläufer der EuInsVO scheiterte an der fehlenden Zeichnung durch das Vereinigte Königreich; *Kindler* in *MüKo*, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Insolvenzrecht, Einl. Rn. 434;

<sup>1121</sup>*Mäsch* in *Rauscher*, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Einl EG-InsVO Rn. 10 und Art. 4 EG-InsVO Rn. 5.

<sup>1122</sup>*Mäsch* in *Rauscher*, EuZPR/EuIPR, Bearb. 2010, Art. 4 EG-InsVO Rn. 2

<sup>1123</sup>*Weller*, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 251.

<sup>1124</sup>*Weller*, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 251.

<sup>1125</sup>*Weller*, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 260; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO, Kommentar, 2002, Art. 4 Rn. 7; *Kindler*, MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 720.

dest nur eingeschränkt brauchbar, weil es für die „künstliche“ Verengung der Reichweite anderer Statute, grundsätzlich keinen sachlichen Grund gibt und er insofern an seine Grenzen stoßen muss<sup>1126</sup>. Zudem greift das Ziel des internationalen Entscheidungseinklangs innerhalb der Europäischen Union in diesem Zusammenhang als Argument nur noch eingeschränkt. Denn im Internationalen Delikts- und Vertragsrecht bestehen mit der Rom-II-VO und der Rom-I-VO nun auch europäische Verordnungen. Und diese nehmen das Ziel des Internationalen Entscheidungseinklangs (und den Grundsatz des *effet utile*) für sich ebenfalls in Anspruch<sup>1127</sup>.

Wie aufgezeigt, ist bei der Auslegung kollisionsrechtlicher Systembegriffe grundsätzlich auch das Anknüpfungsmoment zu würdigen. Vorliegend lassen sich daraus jedoch keine besonderen Schlüsse ziehen. Die Anknüpfung an die *lex fori concursus* basiert zunächst wie jede *lex fori*-Anknüpfung auch auf Praktikabilitätserwägungen<sup>1128</sup>. Dazu dürfte die Vorstellung von der Neutralität des (Insolvenz-) Verfahrensrechts und des öffentlich-rechtlichen Charakters von (Insolvenz-) Verfahrensvorschriften kommen<sup>1129</sup>. Der über die Verknüpfung von anwendbarem Recht und Zuständigkeit maßgebliche Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners lässt auch die Beachtung von Verkehrsinteressen erkennen. Denn an ihm befinden sich regelmäßig ein Großteil des Schuldnervermögens und die Mehrheit der Gläubiger<sup>1130</sup>. Schließlich, da sich die *lex-fori-concursus*-Anknüpfung international durchgesetzt hat und die Anknüpfung daher Internationalen Entscheidungseinklang gewährleistet, zeigen sich in der Anknüpfung auch Ordnungsinteressen<sup>1131</sup>. Allein diese die Anknüpfung betreffenden Erwägungen schaffen keine (zumindest im Hinblick auf die Existenzvernichtungshaftung) greifbaren Ansatzpunkte für die Auslegung des kollisionsrechtlichen Systembegriffs.

Entscheidend ist also vielmehr der kollisionsrechtliche Systembegriff selbst. Ergiebig ist hier zunächst einmal die, wenn auch zunächst banale Feststellung, dass Art. 4 I EuInsVO nicht das anwendbare „Insolvenzrecht“, sondern das auf „das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen“ anwendbare (Insolvenz-)Recht bestimmt. Es geht also einerseits um das Verfahren selbst, andererseits um die Wirkungen dieses Verfahrens auf die davon betroffenen Personen und Rechtsverhältnisse.

Die EuInsVO gibt Hilfestellung, was unter dem auf „das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen“ anwendbaren Recht zu verstehen ist. Allerdings differenziert sie dabei nicht zwischen Verfahren und Wirkung. In Art. 4 II 1 konkretisiert die Verordnung jedenfalls, dass der Staat der Verfahrensöffnung regelt, „unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren eröffnet wird und wie es durchzuführen und zu beenden ist.“ Das Insolvenzstatut ist daher jedenfalls ein umfassendes Gesamtstatut<sup>1132</sup>. Es regelt also etwa die Insolvenzfähigkeit des Schuldners, die Eröffnungsgründe, die Antragsstellung und das Vorhandensein einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse<sup>1133</sup>, aber auch etwa abschließende Regelungen über die Restschuldbefreiung<sup>1134</sup>. Zudem sieht Art. 4 II 2 a) – m) EuInsVO zur Erleichterung der Ausle-

<sup>1126</sup>Reinhart in Müko, InsO, Band 3, 2. Aufl. 2008, VO (EG) 1346/2000, Art. 4 Rn. 3.

<sup>1127</sup>Ebenso Staudinger, Anwbl. 2008, 316, 317.

<sup>1128</sup>Kindler, MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 720; vgl auch v. Hoffmann/Thorn, IPR, 9. Aufl. 2007, § 3 Rn. 8.

<sup>1129</sup>Kindler, MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 720; vgl auch v. Hoffmann/Thorn, IPR, 9. Aufl. 2007, § 3 Rn. 6 ff.

<sup>1130</sup>Weller, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 256; vgl. Reinhard in Müko, InsO, Band 3, 2. Aufl. 2008, InsO, Vorbem. vor §§ 335 ff. InsO Rn. 46.

<sup>1131</sup>Weller, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 256.

<sup>1132</sup>Lüer in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, EuInsVO, Art. 4 Rn. 2.

<sup>1133</sup>Huber in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 164 f.

<sup>1134</sup>Virgós/Schmit, Erläuternder Bericht zum EuInsÜ, Rn. 91.

gung<sup>1135</sup> einen Katalog von Materien vor, die von der lex fori concursus erfasst werden sollen. Dies sind etwa „die jeweiligen Befugnisse des Schuldners und des Verwalters“<sup>1136</sup>, aber auch die Frage, „welche Rechtshandlungen nichtig, anfechtbar, oder relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen“<sup>1137</sup>. Die Haftung von Gesellschaftsorganen wird in dem Katalog zwar nicht aufgeführt; angesichts des nicht abschließenden Charakters der Aufzählung („insbesondere“), bedeutet dies jedoch nicht, dass bestimmte Organhaftungstatbestände nicht unter die lex fori concursus fallen können.

Neben Art. 4 II EuInsVO, finden sich Auslegungshilfen in den Erwägungsgründen der Verordnung. So enthält Erwägungsgrund Nr. 23 den Hinweis, dass die lex fori concursus „alle verfahrensrechtlichen wie materiellen Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf die davon betroffenen Personen und Rechtsverhältnisse“ regeln soll<sup>1138</sup>. Das Insolvenzstatut soll also nicht nur Verfahrensvorschriften in einem engen Sinne umfassen, sondern alle Regelungen, die „in einer besonders engen Verbindung zur Homogenität und inneren Harmonie, das heißt zur Organisation des Insolvenzverfahrens stehen“<sup>1139</sup>. Ausweislich des erläuternden Berichts von *Virgós/Schmit* geht es dabei „um alle Wirkungen, die notwendig sind, damit das Insolvenzverfahren seinen Zweck erfüllt.“<sup>1140</sup> Dies hat im Übrigen zur Folge, dass nicht zwingend nach prozessuellem und materiellem Insolvenzrecht unterschieden werden braucht<sup>1141</sup>.

Ziel und Zweck eines Insolvenzverfahrens ist nun vor allem die geordnete gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger eines Schuldners<sup>1142</sup>. Es geht dabei einerseits um die Befriedigung der Gläubiger, andererseits um Verteilungsgerechtigkeit innerhalb der Gruppe<sup>1143</sup> und schließlich darum, dieses in einem geordneten Verfahren sicherzustellen<sup>1144</sup>. Dieses Funktionsverständnis liegt allen europäischen Insolvenzverfahren zu Grunde, weil es sich nach der Definition in Art. 2 a) i.V.m. Art. 1 I EuInsVO um „Gesamtverfahren, welche die Insolvenz des Schuldners voraussetzen und den vollständigen oder teilweisen Vermögensbeschlagnahme gegen den Schuldner sowie die Bestellung eines Verwalters zur Folge haben“, handeln muss<sup>1145</sup>. Das in Europa einheitliche Verfahren soll dann sicherstellen, dass diese Ziele auch dann durchgesetzt werden, wenn Gläubiger aus verschiedenen Staaten stammen und/oder Schuldnervermögen in verschiedenen Staaten belegen ist. Insbesondere soll gem. Erwägungsgrund Nr. 4 der Verordnung verhindert werden, dass ein Schuldner anlässlich der Insolvenz Vermögensgegenstände oder Rechtsstreitigkeiten von einem Mitgliedstaat in den anderen verlagern kann, um so eine verbesserte Rechtsstellung zu erlangen („forum shopping“). Auch in Ansehung dieser Zielsetzung muss die Kollisionsnorm des Art. 4 EuInsVO ausgelegt werden.

---

<sup>1135</sup>*Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht zum EuInsÜ, Rn. 90.

<sup>1136</sup>Art. 4 II 2 c) EuInsVO.

<sup>1137</sup>Art. 4 II 2 m) EuInsVO.

<sup>1138</sup>Erwägungsgrund Nr. 23 S. 4 zur EuInsVO.

<sup>1139</sup>*Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO, Kommentar, 2002, Art. 4 Rn. 5.

<sup>1140</sup>*Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht zum EuInsÜ, Rn. 90.

<sup>1141</sup>*Nerlich* in *Nerlich/Römermann*, Insolvenzordnung, 24. Erg.-Lfg. 2012, VO (EG) 1346/2000, Art. 4 Rn. 4.

<sup>1142</sup>*Kindler*, MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 721 weist zusätzlich noch auf den Ausschluss lebensunfähiger Wettbewerber hin.

<sup>1143</sup>*Kindler*, MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 721.

<sup>1144</sup>*Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 523.

<sup>1145</sup>*Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 523; vgl. auch *Kindler*, MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 721 mit Nachweisen zu einzelstaatlichen Sachrechten.

## V. Insolvenzrechtliche Elemente der Existenzvernichtungshaftung

Im Folgenden sollen nun also Elemente der Existenzvernichtungshaftung erörtert werden, die für oder gegen eine insolvenzrechtliche Qualifikation sprechen könnten.

### 1. Die Ausgestaltung als Innenhaftung

Ein durchaus überzeugendes Argument für eine insolvenzrechtliche Qualifikation ist zunächst die Ausgestaltung der Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung. Denn klassisches Ziel des Insolvenzverfahrens ist wie gerade dargestellt die sog. *par conditio creditorum*, die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger. Genau dieser dient aber die Ausgestaltung der Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung<sup>1146</sup>. Der BGH spricht insofern davon, dass der Gläubigerschutz „kanalisiert“ würde<sup>1147</sup>. Nicht mehr der einzelne Gläubiger hat einen Anspruch gegen den Gesellschafter; sondern der Gesellschafter ist der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet. Und dieser Anspruch kommt allen Gläubigern zu Gute. Zudem betrifft die Ausgestaltung als Innenhaftung nicht nur den Aspekt der Gläubigergleichbehandlung, sondern auch den Aspekt der Haftungsrealisierung. Die Existenzvernichtungshaftung dient gerade auch dem Schutz der Masse. Der BGH weist in „Trihotel“ insofern darauf hin, dass der Schaden in einer Masseverkürzung bestehe<sup>1148</sup>. Insofern könnte die Existenzvernichtungshaftung als materielle Wirkung des Insolvenzverfahrens begriffen werden, die notwendig ist, damit das Insolvenzverfahren seinen Zweck erfüllt. Die Ausgestaltung als Innenhaftung streitet also durchaus dafür, die Existenzvernichtungshaftung als Teil des „Insolvenzverfahrens und seiner Wirkungen“ zu begreifen und damit insolvenzrechtlich zu qualifizieren.

### 2. Die funktionale Nähe zu den Insolvenzanfechtungstatbeständen

Eng verbunden mit dem Argument der Innenhaftung ist der Verweis auf die funktionale Nähe der Existenzvernichtungshaftung zu den Insolvenzanfechtungstatbeständen. Diese streitet ebenfalls für eine insolvenzrechtliche Qualifikation<sup>1149</sup>.

Ausgangspunkt ist zunächst die Erkenntnis, dass sowohl die Existenzvernichtungshaftung als auch das Insolvenzanfechtungsrecht der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger dient. Bei der Insolvenzanfechtung soll eine vor Verfahrenseröffnung eingetretene und sachlich ungerechtfertigte Schmälerung der Masse wieder ausgeglichen bzw. rückgängig gemacht werden und der Schutz der Gläubiger auf Gleichbehandlung so auf den Zeitraum vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgedehnt werden<sup>1150</sup>. Auch die Existenzvernichtungshaftung soll gerade gläubigerschädigende Maßnahmen im Vorfeld einer Insolvenz erfassen<sup>1151</sup> und über die Ausgestaltung als Innenhaftung die *par conditio creditorum* gewährleisten. Überdies ist beiden Rechtsinstituten gemein, dass sie erst im Falle der Insolvenz Wirkung entfalten, so dass durchaus von einer gewissen Funktionsäquivalenz gesprochen werden kann<sup>1152</sup>.

<sup>1146</sup>Kindler, IPRax 2009, 189, 193; Wagner, FS Canaris 2007, Band II, 473, 487.

<sup>1147</sup>BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 33 = NZG 2007, 667, 671.

<sup>1148</sup>BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 22 = NZG 2007, 667, 669.

<sup>1149</sup>Hierauf rekurrend Kindler, IPRax 2009, 189, 193; für die Existenzvernichtungshaftung vor „Trihotel“ Weller, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 267 ff.

<sup>1150</sup>Beck in Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn. 107; Kirchhof in Müko, InsO, Band 2, 2. Aufl. 2008, Vorbemerkungen vor §§ 129 bis 147 Rn. 1 ff.

<sup>1151</sup>Vgl. oben § 2 B.

<sup>1152</sup>Weller, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 269 für die Existenzvernichtungshaftung vor „Trihotel“.

Da das Anfechtungsrecht ausdrücklich von Art. 4 II 2 m) EuInsVO der lex fori concursus zugewiesen wird, und die Aufzählung des Art. 4 II 2 EuInsVO nicht abschließend ist, sondern vielmehr zur Erleichterung der Auslegung gedacht ist<sup>1153</sup>, spricht diese Ähnlichkeit nun für eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung.

Allerdings wird sich dieses Argument für eine insolvenzrechtliche Qualifikation auch tatsächlich in der funktionalen Ähnlichkeit der beiden Institute erschöpfen. Denn richtig ist zwar, dass sowohl die Insolvenzanfechtung als auch die Existenzvernichtungshaftung Masseschutz und Gläubigergleichbehandlung im Vorfeld der Insolvenz gewährleisten soll. Soweit über diese Funktion hinaus aber auch mit sonstigen Ähnlichkeiten der Existenzvernichtungshaftung zur von Art. 4 II 2 m) erfassten Insolvenzanfechtung für eine insolvenzrechtliche Qualifikation argumentiert wird<sup>1154</sup>, kann dies kaum greifen. Denn die Ähnlichkeit zwischen Existenzvernichtungshaftung und Insolvenzanfechtung ist begrenzt<sup>1155</sup>. Während die Insolvenzanfechtung eine Rückgewährpflicht statuiert, also einzelne Vermögensverschiebungen rückgängig machen soll, ist die Existenzvernichtungshaftung, auch wenn die Höhe des Schadens auf den Gläubigerausfall begrenzt ist, ein Schadensersatzanspruch, soll also über die reine Rückgewähr einzelner Verschiebungen hinaus greifen. Treffend bezeichnet *Fleischer* mit Verweis auf die englischsprachige Literatur jene als ein „rifleshot approach“, diese als ein „shotgun remedy“<sup>1156</sup>. Zudem gilt die Insolvenzanfechtung für jeden Schuldner. Die Existenzvernichtungshaftung sanktioniert dagegen eine Gläubigerschädigung, die sich aus der Besonderheit der Rechtsform GmbH ergibt. Und auch tatbestandlich bestehen Unterschiede. So ist bei der Existenzvernichtungshaftung Verschulden in Form des Vorsatzes erforderlich. Zwar ist auch etwa im Rahmen des § 133 I InsO Benachteiligungsabsicht erforderlich. Das Erfordernis von Verschulden ist der gesamten Insolvenzanfechtung als Instrument der Rückgewähr aber gerade nicht immanent. Weiter richtet sich die Existenzvernichtungshaftung nur an den Eingreifenden, während sich die Anfechtung auch gegen Dritte richten kann. Darüber hinaus kann die Existenzvernichtungshaftung im Gegensatz zur Insolvenzanfechtung etwa den Abzug von Geschäftschancen erfassen. Schließlich ist zu bedenken, dass die Existenzvernichtungshaftung ja gerade deshalb entwickelt wurde, weil das Gläubigerschutzrecht, einschließlich der Insolvenzanfechtung Schutzlücken offenbarte.

### 3. „Kalte Liquidation“

Teilweise wurde eine insolvenzrechtliche Qualifikation für die Existenzvernichtungshaftung in der Ausgestaltung als Haftungsdurchgriff mit dem Argument vertreten, die Existenzvernichtungshaftung sanktioniere die „kalte Liquidation“, also die Umgehung des Liquidations- und Insolvenzverfahrens und diene damit dem Schutz der Gläubigergesamtheit<sup>1157</sup>. Hiergegen wird eingewandt, die Rechtsprechungsänderung durch „Trihotel“ habe zur Folge, dass die durch den Gedanken der „kalten Liquidation“ betonte Verbindung zum Insolvenzrecht gelöst wurde und eine Qualifikation als Insolvenzrecht deshalb nicht mehr in Betracht komme<sup>1158</sup>.

<sup>1153</sup>*Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht zum EuInsÜ, Rn. 90.

<sup>1154</sup>In diese Richtung für die Existenzvernichtungshaftung vor „Trihotel“ wohl *Weller*, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 268 ff.

<sup>1155</sup>So schon *Fleischer* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 89 f., 129; *Ulmer*, KTS 2004, 291, 303 f. jeweils für die Existenzvernichtungshaftung vor „Trihotel“.

<sup>1156</sup>*Fleischer* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 90 bezieht sich zwar auf die Existenzvernichtungshaftung in der Ausgestaltung als Durchgriffshaftung. Nichtsdestoweniger ist das Bild weiterhin stimmig.

<sup>1157</sup>*Weller*, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 265.

<sup>1158</sup>*Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 241.

Zwei Argumentationsstränge sind diesbezüglich auseinanderzuhalten.

Es ist richtig, dass der Grundgedanke, die Existenzvernichtungshaftung sanktioniere die „kalte Liquidation“ in dieser Pauschalität nicht mehr überzeugen kann. Denn mit dem Abschied von einer grundsätzlich verschuldensunabhängigen, objektiven Außenhaftung<sup>1159</sup> und der Neuverortung in § 826 BGB ist deutlich geworden, dass es bei der Existenzvernichtungshaftung gerade nicht um eine Durchführung des Liquidationsverfahrens als Selbstzweck geht, sondern um eine Verhaltenshaftung, die Vorsatz und Sittenwidrigkeit auf Seiten des Schädigers voraussetzt<sup>1160</sup>. Die Existenzvernichtungshaftung sanktioniert also gerade nicht die Umgehung des ordentlichen Verfahrens, sondern den vorsätzlichen sittenwidrigen Entzug von Gesellschaftsvermögen.

Dass dies ein Unterschied ist und nicht gleichgesetzt werden kann, zeigen anschaulich zwei Fälle aus England<sup>1161</sup>. Im Fall „Creasey v Breachwood“<sup>1162</sup> übertrugen die Gesellschafter das gesamte Gesellschaftsvermögen ihrer Gesellschaft auf eine Schwestergesellschaft, um, nachdem sie alle anderen Gläubiger befriedigt hatten, die Haftungsklage eines einzelnen ehemaligen Mitarbeiters ins Leere laufen zu lassen. Im Fall „Ord v Belhaven Pubs“<sup>1163</sup> hatten die Gesellschafter im Rahmen einer Restrukturierung eine einzelne Forderung dagegen versehentlich übergangen.

Während im ersten Fall eine Haftung sowohl vor als auch nach „Trihotel“ begründet gewesen wäre<sup>1164</sup>, wäre im zweiten Fall eine Haftung nur nach dem Modell vor „Trihotel“ möglich gewesen; und zwar mit der Begründung, dass ein ordentliches Verfahren, dass die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung gewährleistet hätte, nicht durchgeführt wurde. Freilich ließe sich noch über die Voraussetzung der Missbräuchlichkeit streiten. Das Beispiel zeigt aber, dass der Gedanke der „kalten Liquidation“ zumindest nicht Grundgedanke der Existenzvernichtungshaftung sein kann; bei der Vorwerfbarkeit der „kalten Liquidation“ vielmehr Eingrenzungen insbesondere in Form des Vorsatzes und des Schadenserfordernisses erfolgen<sup>1165</sup>.

Dies hat dann tatsächlich zur Folge, dass eine über den Gedanken der „kalten Liquidation“ betonte Verbindung zum Insolvenzrecht eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung jedenfalls nicht mehr begründen kann.

Andererseits ist festzustellen, dass zumindest *Weller* eine insolvenzrechtliche Qualifikation des Haftungsmodells vor „Trihotel“ gar nicht unmittelbar mit dem Gedanken der „kalten Liquidation“ begründen wollte, sondern vielmehr mit der Funktion der Existenzvernichtungshaftung, die *par conditio creditorum* zu gewährleisten, argumentierte<sup>1166</sup>. Diese klassische insolvenzrechtliche

<sup>1159</sup>Vgl. *Michalski/Funke* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 406.

<sup>1160</sup>*Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 239 f.

<sup>1161</sup>Vgl. *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 221, 239, 263.

<sup>1162</sup>„Creasey v Breachwood Motors Ltd“ [1992] B.C.C. 638; Case Analysis in [1993] B.C.L.C. 480.

<sup>1163</sup>„Ord v Belhaven Pubs Ltd“ [1998] B.C.C. 607; Case Analysis in [1998] B.C.L.C. 447.

<sup>1164</sup>Freilich ließe sich überlegen, ob in einem solchen Fall nicht tatsächlich auch eine Außenhaftung aus § 826 BGB in Betracht käme; der *BGH*, Urteil vom 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 33 = NZG 2007, 667, 672 ließ dies anklingen: „Ob dies in besonders gelagerten Ausnahmefällen – etwa wenn das Restvermögen der Gesellschaft gezielt zum Zwecke der Schädigung eines einzigen verbliebenen Gesellschaftsgläubigers „beiseitegeschafft“ wird – anders zu beurteilen sein könnte, bedarf aus Anlass der Entwicklung der Grundstruktur des neuen Modells keiner Erörterung.“; gleichsam *BGH*, Urteil vom 09.02.2009 - II ZR 292/07 (OLG Celle) – „Sanitary“, Tz. 39 = NZG 2009, 545, 548: Das Verhältnis dieses Innenhaftungsanspruchs zu etwaigen Außenhaftungsansprüchen der Gläubiger in besonders gelagerten Ausnahmefällen bedarf auch hier keiner abschließenden Klärung“; vgl. auch *Lutter* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 13 Rn. 46.

<sup>1165</sup>*Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 240, 263.

<sup>1166</sup>*Weller*, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 265.

Funktion rechtfertige eine entsprechende Qualifikation. Der Gedanke der „kalten Liquidation“ wird von ihm dabei nur zur Begründung dieser Funktion herangezogen. Denn das ordentliche Verfahren wolle die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger sicherstellen. Da die Existenzvernichtungshaftung aber als Sanktion für die Umgehung des ordentlichen Verfahrens zu verstehen sei, wolle sie die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens präventiv sicherstellen und habe damit denselben Zweck wie das ordentliche Verfahren<sup>1167</sup>.

Mit der Ausgestaltung der Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung nach „Trihotel“ ist die Funktion der Regelung, der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung zu dienen, aber eindeutig und muss nicht mehr über den „Umweg“, sie fungiere als Sanktion der „kalten Liquidation“, begründet werden.

#### 4. Die Insolvenz als Tatbestandsmerkmal

Teilweise wird die materielle Insolvenz als Tatbestandsmerkmal der Existenzvernichtungshaftung für eine insolvenzrechtliche Qualifikation vorgebracht<sup>1168</sup>. Als Insolvenzverursachungshaftung greift die Regelung nur dann ein, wenn die Insolvenz der Gesellschaft verursacht wurde. Denn nur dann ist nach der Rechtsprechung des BGH ein Schaden entstanden<sup>1169</sup>. Dies zeige nun den „unmittelbaren Zusammenhang zwischen Existenzvernichtungshaftung und Insolvenz“<sup>1170</sup>, so dass die Regelung der *lex fori concursus* zu unterstellen sei.

Dieser Argumentation kann indes nicht gefolgt werden. Denn allein das Tatbestandsmerkmal der Insolvenz vermag es nicht, eine Regelung als insolvenzrechtlich zu bestimmen. Entscheidend ist hier der Verfahrensbezug in Art. 4 I EuInsVO. Art. 4 I EuInsVO bestimmt eben nicht das anwendbare Recht für insolvenzbezogene Regelungen, sondern das anwendbare Recht für das „Insolvenzverfahren und seine Wirkungen“. Für eine insolvenzrechtliche Qualifikation ist deshalb eine enge Verbindung zum Insolvenzverfahren erforderlich<sup>1171</sup>. Diese kann bejaht werden, wenn die Regelung insolvenzpolitischen Zielen oder Zwecken dient, etwa der Gläubigergleichbehandlung, nicht aber schon dann, wenn die Regelung nur auf Grund der Insolvenz des Schuldners Wirkungen entfaltet<sup>1172</sup>. Plastisch ausgedrückt, liegt die Insolvenz bei der Existenzvernichtungshaftung „in der Natur der Sache, liefert aber keine Aussage für die Natur des Anspruchs als insolvenzrechtlich“<sup>1173</sup>.

#### 5. Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters

Auch das Vorbringen, die Existenzvernichtungshaftung werde in der Insolvenz vom Insolvenzverwalter geltend gemacht, kann nicht überzeugen<sup>1174</sup>. Erstens kann die

---

<sup>1167</sup>Weller, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 265.

<sup>1168</sup>Kühnle/Otto, IPRax 2009, 117, 120; Weller, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 266 f. für die Existenzvernichtungshaftung vor „Trihotel“; vgl. auch Fleischer in Lutter, Europäische Auslandsgeellschaften in Deutschland, 2005, S. 89 ebenfalls für die Existenzvernichtungshaftung vor „Trihotel“, der eine insolvenzrechtliche Qualifikation im Ergebnis aber ablehnt.

<sup>1169</sup>Siehe oben § 2 E. II. u. IV.

<sup>1170</sup>Kühnle/Otto, IPRax 2009, 117, 120.

<sup>1171</sup>Lüer in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, EuInsVO, Art. 4 Rn. 12; Haß/Herweg in Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EuInsVO, Art. 4 Rn. 11.

<sup>1172</sup>Lüer in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, EuInsVO, Art. 4 Rn. 12 f.; Haß/Herweg in Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EuInsVO, 1. Aufl. 2005, Art. 4 Rn. 11; vgl. auch Virgós/Schmit, Erläuternder Bericht zur EuInsVO, Rn. 90.

<sup>1173</sup>Just, ZIP 2006, 1248, 1253; ähnlich Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 523: „[...] muss [...] nicht aber jeder Tatbestand, der gewissermaßen akzidentell mit dem Eintritt der Insolvenz verbunden ist, [...] nach dem Recht des Verfahrensstaats beurteilt werden.“

<sup>1174</sup>So aber Kühnle/Otto, IPRax 2009, 117, 120.

Existenzvernichtungshaftung, wie zu zeigen entscheidend sein wird, auch außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden. Die Existenzvernichtungshaftung wird also nicht zwingend vom Insolvenzverwalter geltend gemacht. Zweitens ist die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters bei genauer Betrachtung kein Argument für eine insolvenzrechtliche Qualifikation. Denn selbst bei anderweitiger Qualifikation, würde die Existenzvernichtungshaftung, bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden<sup>1175</sup>. Dies folgt aus § 80 I InsO<sup>1176</sup>.

§ 80 I InsO ist zwar insolvenzrechtlicher Art. Denn die aus ihm folgende Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters ist eine Wirkung des Insolvenzverfahrens<sup>1177</sup>. Mit der insolvenzrechtlichen Qualifikation des Haftungsmodus ist aber noch nichts über die insolvenzrechtliche Natur der vom Insolvenzverwalter geltend gemachten Anspruchsgrundlage gesagt. Vielmehr im Gegenteil. Das Insolvenzrecht regelt grundsätzlich nicht die Haftungsbegründung, sondern die (bestmögliche) Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen<sup>1178</sup>. Oder mit anderen Worten: „Die Abwicklungsmethode ist insolvenzrechtlicher Art, die Ansprüche selbst sind es nicht.“<sup>1179</sup>

Mehr noch. Selbst wenn ein Anspruch nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden würde, weil die Eröffnung des Insolvenzverfahrens Tatbestandsvoraussetzung der geltend gemachten Haftungsnorm ist, spräche dies zwar für eine insolvenzrechtliche Qualifikation. In systematischer Hinsicht wäre dies aber nicht zwingend<sup>1180</sup>.

## 6. Die Parellele zu § 64 S. 3 GmbHG

Auch die Parallele der Existenzvernichtungshaftung zur durch das MoMiG neu eingeführten Regelung des § 64 S. 3 GmbHG wird als ein Argument für eine insolvenzrechtliche Qualifikation angeführt<sup>1181</sup>.

Nach § 64 S. 3 GmbHG haften Geschäftsführer nun für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Ausweislich der Regierungsbegründung sollte damit ein „Teilbereich“ der Existenzvernichtungshaftung erfasst werden<sup>1182</sup>. Nun soll diese Haftungsnorm nach der Regierungsbegründung aber einen „starken insolvenzrechtlichen Bezug“ haben<sup>1183</sup>. Dies erleichtere es, „§ 64 als insolvenzrechtliche Norm zu qualifizieren und gemäß Artikel 3 Abs. 1, Artikel 4 Abs. 1 und 2 Satz 1 EuInsVO auch in Insolvenzverfahren über das Vermögen ausländischer Gesellschaften anzuwenden, deren Tätigkeitsmittelpunkt in Deutschland liegt“<sup>1184</sup>. Wenn man nun aber die Geschäftsführerhaftung für insolvenzverursa-

---

<sup>1175</sup>Vgl. auch *Weller*, Europäische Rechtswahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 266, 275, der für eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung vor „Trihotel“ § 93 InsO anführte. Bei der als Durchgriffshaftung ausgestalteten Regelung ergab sich die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters aus § 93 InsO und nicht aus § 80 InsO. Richtigerweise wäre der Insolvenzverwalter bei deliktsrechtlicher Qualifikation aber ebenso aktivlegitimiert gewesen, nämlich aus § 92 InsO. Nach *Wagner*, FS Canaris 2007 II, 473, 501 liegt damit eine *petitio principii* vor.

<sup>1176</sup>*Smid*, DZWIR 2008, 265, 270.

<sup>1177</sup>*Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 523.

<sup>1178</sup>*Eidenmüller* in Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 476.

<sup>1179</sup>*Schmidt*, ZHR 168 (2004), 493, 498.

<sup>1180</sup>*Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 525.

<sup>1181</sup>So etwa *Kühnle/Otto*, IPRax 2009, 117, 120.

<sup>1182</sup>MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 46.

<sup>1183</sup>MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

<sup>1184</sup>MoMiG-BegrRegE vom 25.07.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

chende bzw. existenzvernichtende Eingriffe insolvenzrechtlich zu qualifizieren hat, dann müsste das auch für die entsprechende Gesellschafterhaftung gelten.

Wie in den Ausführungen zum Vorgang der Qualifikation erläutert, ergibt sich dieser Schluss aber nur scheinbar. Denn der deutsche Gesetzgeber kann nicht den Anwendungsbereich einer europäischen Kollisionsnorm regeln. Dies gilt unabhängig davon, ob er dies in Form einer Regierungsbegründung oder in Form eines formellen Gesetzes zu erreichen versucht. Der deutsche Gesetzgeber kann gegebenenfalls die Auslegung einer deutschen Sachregelung durch eine Regierungsbegründung beeinflussen, so dass sich hieraus möglicherweise Tendenzen für eine bestimmte Qualifikation ergeben. Er kann hingegen nicht die Subsumtion unter einen europäischen Systembegriff im Kollisionsrecht beeinflussen. Dementsprechend ist die Qualifikation des § 63 S. 3 GmbHG dann auch in der Literatur, trotz der ausdrücklichen Hinweise in der Regierungsbegründung, umstritten<sup>1185</sup>.

## 7. Unabhängigkeit von der Verfahrenseröffnung

Wie aufgezeigt sind auf Grund der Innenhaftung gewisse insolvenzpolitische Funktionen bei der Existenzvernichtungshaftung zu konstatieren. Im Ergebnis können sie eine insolvenzrechtliche Qualifikation dennoch nicht rechtfertigen. Grund ist die zwingende Voraussetzung der Insolvenzverfahrenseröffnung für die Anwendbarkeit des Art. 4 EuInsVO, die die Existenzvernichtungshaftung gerade nicht voraussetzt. Dem kann auch nicht das Vorhandensein von Tatbeständen, die auch vor Verfahrenseröffnung greifen oder die mittlerweile bestätigte Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Gourdain/Nadler“ entgegengehalten werden.

### a. Verfahrenseröffnung als zwingende Voraussetzung

Gem. Art. 4 I EuInsVO gilt für Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates, in dem das Verfahren eröffnet wird. Die EuInsVO spricht insofern vom Staat der Verfahrenseröffnung, Art. 4 I a.E. EuInsVO. Falsch ist daher, Art. 4 I EuInsVO bestimme für das Insolvenzstatut das Recht am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen<sup>1186</sup>. Zwar erfolgt im Rahmen der EuInsVO insofern grundsätzlich ein Gleichlauf. Denn gem. Art. 3 I EuInsVO sind für die Eröffnung von Insolvenzverfahren die Gerichte der Mitgliedstaaten zuständig, an dem sich die hauptsächlichen Interessen des Schuldners befinden. Dieser Gleichlauf ist allerdings nicht zwingend. Es kann beispielsweise sein, dass ein Gericht den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen unrichtig lokalisiert und sich daher fälschlicherweise für zuständig erklärt. Für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen gilt wegen des Prioritätsprinzips mit europaweiter Wirkung dann dennoch das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung und nicht etwa das Recht des Staates, in dem richtigerweise die hauptsächlichen Interessen liegen<sup>1187</sup>.

Problematisch an einer solchen falschen Feststellung des Anknüpfungsmoments ist, dass bei der Qualifikation der Blick aufs Wesentliche verstellt wird<sup>1188</sup>. Denn die Verfahrenseröffnung ist

<sup>1185</sup>Vgl. Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rn. 23.

<sup>1186</sup>So etwa Müller, NZG 2003, 414, 416 zur Qualifikation der Insolvenzantragspflicht.

<sup>1187</sup>EuGH, Urteil vom 02.05.2006, Rs. C-341/04, Tz. 44 (Eurofood IFSC Ltd) = EuZW 2006, 337, 338; OLG Wien, Beschluss vom 09.11.2004 - 28 R 225/04w = NZI 2005, 56; Tribunale di Parma, Urteil vom 15.06.2004 – 93/04 = ZIP 2004, 2295; Cour d'appel Versailles, Urteil vom 04.09.2003 – 05038/03 = ZIP 2004, 377; Reinhard in Müko, InsO, Band 3, 2. Aufl. 2008, VO (EG) 1346/2000, Art. 16 Rn. 12; Huber in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 323.

<sup>1188</sup>Ähnlich Huber in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 322 f.: „Der Fehler liegt in der Behauptung, Art. 4 erkläre das Insolvenzrecht des Staates für anwendbar, in dem der Schuldner seine hauptsächlichen Interessen habe.“

Tatbestandsmerkmal<sup>1189</sup> der kollisionsrechtlichen Regelung des Art. 4 EuInsVO und damit zwingende Voraussetzung für seine Anwendbarkeit. Dieses Tatbestandsmerkmal kann nicht einfach negiert werden, indem statt auf den Staat der Verfahrenseröffnung auf den Staat abgestellt wird, in dem das Insolvenzverfahren hypothetisch zu eröffnen gewesen wäre<sup>1190</sup>. In einem solchen Fall erfolgt letztlich keine Subsumtion unter die Kollisionsregelung des Art. 4 EuInsVO, sondern, wenn auch unausgesprochen, die Anwendung einer Sonderanknüpfung eigener Art<sup>1191</sup>.

Die Regel, dass für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen die *lex fori concursus* anwendbar ist, hat sogar denknötwendig zur Voraussetzung, dass es ein Insolvenzgericht, ein *forum concursus* gibt<sup>1192</sup>. Wenn also ein Insolvenzverfahren nicht beantragt wird oder mangels Masse abgewiesen wird, geht die Verweisung des Art. 4 EuInsVO ins Leere<sup>1193</sup>.

Nun ist die Insolvenzverfahrenseröffnung aber selbst keine Voraussetzung der Existenzvernichtungshaftung<sup>1194</sup>. Vielmehr kann die Existenzvernichtungshaftung auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden. Die Gläubiger können dann auf Grund ihrer Forderung einen Titel gegen die Gesellschaft erwirken und anschließend im Wege der Pfändung und Überweisung des Anspruchs der Gesellschaft aus Existenzvernichtung gegen den Gesellschafter vorgehen<sup>1195</sup>.

Für die Fälle, in denen kein Insolvenzverfahren eingeleitet wird, scheidet eine Subsumtion der Existenzvernichtungshaftung unter die Kollisionsnorm des Art. 4 I EuInsVO daher zwingend aus. Die Existenzvernichtungshaftung muss dann anders angeknüpft werden<sup>1196</sup>. Welchen Regelungen sie dann unterfällt, wäre zu klären; sie unterfällt in diesen Fällen aber jedenfalls nicht der Kollisionsnorm des Art. 4 I EuInsVO<sup>1197</sup>.

Fraglich ist dann, ob eine insolvenzrechtliche Qualifikation nur für die Fälle in Betracht kommt, in denen ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Dies ist im Ergebnis aber zu verneinen<sup>1198</sup>.

Es wäre geradezu widersprüchlich, eine Regelung, die unabhängig eines Insolvenzverfahrens greift, dessen ungeachtet „dem Insolvenzverfahren und seinen Wirkungen“ zuzuweisen<sup>1199</sup>. Schon sprachlich kann die Existenzvernichtungshaftung nicht „Wirkung des Insolvenzverfahrens“ oder Teil des Verfahrens selbst sein, wenn die Regelung die Eröffnung eines Verfahrens

---

<sup>1189</sup>Berner/Klöhn, ZIP 2007, 106, 108; Huber in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 323.

<sup>1190</sup>So aber das *LG Kiel*, Urteil vom 20.04.2006 – 10 S 44/05 = ZIP 2006, 1248, 1249.

<sup>1191</sup>Berner/Klöhn, ZIP 2007, 106, 108; Huber in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 327.

<sup>1192</sup>Huber in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 325.

<sup>1193</sup>Huber in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 325.

<sup>1194</sup>Siehe oben § 2 E. II. u. VII.

<sup>1195</sup>Michalski/Funke in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 440; Servatius in: BeckOK GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Konzernrecht Rn. 495.

<sup>1196</sup>Gegebenenfalls wäre sogar eine Subsumtion unter den insolvenzrechtlichen Systembegriff des deutschen Internationalen Insolvenzrechts vorstellbar; in diesem Sinne wohl Huber in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 327. Allerdings bestimmt auch § 335 InsO für „das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen“ das Recht des Staates für anwendbar, „in dem das Verfahren eröffnet worden ist“, setzt also ebenfalls die Verfahrenseröffnung voraus.

<sup>1197</sup>In diesem Fall wäre zudem der insolvenzrechtliche Gesichtspunkt der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger nicht mehr tragend, da jeder Gläubiger den Anspruch pfänden lassen kann.

<sup>1198</sup>In diesem Sinne auch Haß/Herweg in Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EuInsVO, 1. Aufl. 2005, Art. 4 Rn. 15; Staudinger, Anwbl. 2008, 316, 318; Wagner in FS Canaris II 2007, 473, 501; „Zweifel“ auch Schön, ZHR 168 (2004), 268, 292.

<sup>1199</sup>Staudinger, Anwbl. 2008, 316, 318.

gar nicht voraussetzt. Nur nebensächlich ist es dann noch, dass eine solche Regelung offensichtlich nicht nur insolvenzpolitischen Zwecken dient.

Wäre dies möglich, hätte dies zudem dogmatische Widersprüchlichkeiten zur Folge. Denn für den Fall, dass kein Insolvenzverfahren eröffnet wird, muss die Regelung dennoch angeknüpft werden. Eine einmal erfolgte Qualifikation soll aber nicht durch eine nachträgliche Verfahrenseröffnung verändert werden<sup>1200</sup>. Andernfalls könnte etwa das Ergebnis entstehen, dass eine Regelung grundsätzlich dem Systembegriff „Gesellschaftsrecht“ oder „unerlaubte Handlung“ unterfällt, bei Verfahrenseröffnung aber zu einer Regelung des Insolvenzrechts wird. Ist eine solche Möglichkeit im Verhältnis von europäischer Insolvenzkollisionsnorm zu einer mitgliedstaatlichen Kollisionsnorm vielleicht noch vorstellbar, weil insofern mit dem Vorrang des europäischen Rechts argumentiert werden könnte, bleibt diese Möglichkeit im Verhältnis zweier europäischer Kollisionsnormen außen vor. Denn ansonsten könnte die EuInsVO etwa den Anwendungsbereich der Rom-II-VO verkürzen. Hierfür bedürfte es aber wohl einer Art Öffnungsklausel, die keine der beiden Regelungen vorsieht. Insofern bestehen Parallelen zur Mehrfachqualifikation<sup>1201</sup>, würde auch hier doch eine Sachregelung unter verschiedene Kollisionsnormen subsumiert werden.

In diesem Zusammenhang darf auch der erläuternde Bericht von *Virgós/Schmit* nicht missverstanden werden. Dort heißt es in Bezug auf die Wirkungen des Insolvenzverfahrens: „Insofern kann das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung, [...] Vorrang vor dem Recht haben, das normalerweise nach den gewöhnlichen vor Einleitung des Insolvenzverfahrens geltenden Kollisionsnormen auf die betreffende Rechtshandlung anwendbar ist. Dies geschieht beispielsweise, wenn in Artikel 4 bestimmt wird, dass das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung die Nichtigkeit von Rechtshandlungen (z.B. Verträgen), die die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen, regelt, und zwar auch dann, wenn die betreffende Rechtshandlung nach den allgemeinen Kollisionsnormen (im Falle von Verträgen die Normen des Übereinkommens von Rom von 1980)<sup>1202</sup> unter das Recht eines anderen Staates fällt.“<sup>1203</sup> Hieraus kann nun gerade nicht geschlossen werden, dass sich die Qualifikation mit Verfahrenseröffnung „ändern“ könnte. Denn der Bericht darf nicht in dem Sinne missverstanden werden, dass das Vertragsstatut im Falle der Insolvenzanfechtung durch das Insolvenzstatut ersetzt werde. Dies ist gerade nicht der Fall. Das auf den Vertrag anwendbare Recht bleibt dasselbe. Nur die Insolvenzanfechtung als Wirkung des Insolvenzverfahrens bestimmt sich (gegebenenfalls) nach einem anderen Recht, nämlich nach dem Recht der Verfahrenseröffnung. Gleiches gilt etwa für Regelungen über die Vertretungsbefugnisse innerhalb einer Gesellschaft. Diese sind gesellschaftsrechtlich und bleiben es auch mit Verfahrenseröffnung. Nur Regelungen über den Entzug dieser Vertretungsbefugnisse und ihre Ersetzung durch den Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren sind solche, die von Art. 4 EuInsVO erfasst werden<sup>1204</sup>. Ziel der EuInsVO ist eben nicht die einheitliche Anknüpfung von insolvenzbezogenen Regelungen, sondern das einheitliche Insolvenzverfahren<sup>1205</sup>.

Angesichts dessen ist eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung abzulehnen<sup>1206</sup>.

<sup>1200</sup> *Fleischer* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 88; *Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 318; a.A. wohl *Lüer* in Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, EuInsVO, Art. 4 Rn. 14.

<sup>1201</sup> Siehe § 4 II. 5. c. und § 5 F.

<sup>1202</sup> Jetzt Rom-II-VO.

<sup>1203</sup> *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht zum EulnsÜ, Rn. 90.

<sup>1204</sup> Vgl. *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 167

<sup>1205</sup> Vgl. *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 526.

<sup>1206</sup> In diesem Sinne auch *Haß/Herweg* in Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EuInsVO, 1. Aufl. 2005, Art. 4 Rn. 15;

*Nerlich* in Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, 24. Erg.-Lfg. 2012, VO (EG) FORTSETZUNG AUF S. 159

## b. Zur Geltung der EuInsVO vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Teilweise wird eingewandt, die EuInsVO erfasse selbst schon ausdrücklich Tatbestände, die der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorausgehen, was insbesondere bei der Insolvenzanfechtung gem. Art. 4 II 2 m) deutlich werde<sup>1207</sup>. Eine insolvenzrechtliche Qualifikation könne demnach sehr wohl auch dann erfolgen, wenn eine Regelung auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens greift.

Allerdings kann dieser Hinweis nicht überzeugen. Zwar ist richtig, dass die Insolvenzanfechtung Tatbestände erfasst, die der Verfahrenseröffnung zeitlich vorangehen. Die Insolvenzanfechtung wird aber (im Gegensatz zur Existenzvernichtungshaftung) zwingend im Insolvenzverfahren geltend gemacht<sup>1208</sup>. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestimmt also nach welchem Insolvenzrecht eine Rechtshandlung, die vor Verfahrenseröffnung vorgenommen wurde, anfechtbar ist. Dies ist das Recht des Staates, in dem das Verfahren später eröffnet worden ist, nicht dagegen das Recht des Staates, in dem der spätere Insolvenzschuldner zur Zeit der Handlungsvornahme seine hauptsächlichen Interessen hatte<sup>1209</sup>. Die Verfahrenseröffnung hat insofern kollisionsrechtliche Rückwirkung<sup>1210</sup>. Dies ändert aber nichts daran, dass die Kollisionsnorm des Art. 4 I EuInsVO die Eröffnung des Verfahrens voraussetzt.

## c. Die Entscheidungen des EuGH in Sachen „Gourdain/Nadler“ und „Frick/Deko Marty“

Die Ablehnung einer insolvenzrechtlichen Qualifikation wird auch nicht durch die Entscheidungen des EuGH zum Internationalen Insolvenzrecht in Frage gestellt.

In der Literatur wird für eine insolvenzrechtliche Qualifikation teilweise die Entscheidung des EuGH in Sachen „Gourdain/Nadler“<sup>1211</sup> herangezogen. *Kindler* etwa verweist in Bezug auf die Existenzvernichtungshaftung darauf, der EuGH habe in dieser Entscheidung die dort zu beurteilende Geschäftsleiterhaftung insolvenzrechtlich qualifiziert<sup>1212</sup>. Da der EuGH insofern auch auf den Gesichtspunkt der Innenhaftung rekurriert hat<sup>1213</sup>, sei dies auch ein Argument, die Existenzvernichtungshaftung insolvenzrechtlich zu qualifizieren.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Entscheidung „Gourdain/Nadler“ 1979 erging und Art. 1 II b) EuGVÜ (jetzt Art. 1 II b) EuGVVO) betraf. Zu diesem Zeitpunkt war lediglich ein EG-Konkursabkommen im Entstehen begriffen<sup>1214</sup>. Die EuInsVO war dagegen noch lange nicht existent. Es bestand daher lange Zeit Unsicherheit, inwiefern diese Rechtsprechung überhaupt auf die EuInsVO übertragen werden konnte<sup>1215</sup>. Nun hat der EuGH diese Rechtsprechung für die EuInsVO in der Sache „Frick/Deko Marty“ aber bestätigt<sup>1216</sup>.

1346/2000, Art. 4 Rn. 17, 19; *Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 318; *Wagner* in FS Canaris II 2007, 473, 501; „Zweifel“ auch *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 292.

<sup>1207</sup>*Schmidt*, ZinsO 2006, 737, 739 bzgl. der Insolvenzantragungspflicht.

<sup>1208</sup>Entsprechendes gilt im Übrigen für die englische „wrongful-trading-Haftung“. Sie kann ebenso wie die Insolvenzanfechtung nur vom Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden; *Schilling*, ZvgIRWiss 2007, 299, 330. Aus diesem Grund kann sie insolvenzrechtlich qualifiziert werden.

<sup>1209</sup>*Huber* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 325 f.

<sup>1210</sup>*Huber* in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 326.

<sup>1211</sup>*EuGH*, Urteil vom 22.02.1979, Rs. C-133/78, Slg. 1979, 733 (Gordain/Nadler).

<sup>1212</sup>*Kindler*, IPRax 2009, 189, 193; auch *Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 318 spricht in diesem Zusammenhang von Qualifikation, wenngleich er eine insolvenzrechtliche Qualifikation ablehnt.

<sup>1213</sup>*EuGH*, Urteil vom 22.02.1979, Rs. C-133/78, Slg. 1979, 733 (Gordain/Nadler), Tz. 5.

<sup>1214</sup>*Berner/Klöhn*, ZIP 2007, 106, 109 f.

<sup>1215</sup>Vgl. nur *Berner/Klöhn*, ZIP 2007, 106, 109 f.

<sup>1216</sup>*EuGH*, Urteil vom 12.02.2009, Rs. C-339/07 (Frick/Deko Marty)= NJW 2009, 2189.

Richtigerweise hat sie auf das hier vertretene Ergebnis aber keinen Einfluss. Allenfalls stützt sie die Argumentation.

### a.a. Gegenstand: Annexverfahren

Zunächst ist nämlich festzustellen, dass der EuGH weder in der Entscheidung „Gourdain/Nadler“ noch in der Entscheidung „Frick/Deko Marty“ eine kollisionsrechtliche Qualifikation vorgenommen hat. In beiden Entscheidungen ging es nicht um das anwendbare Recht, sondern um eine verfahrensrechtliche Frage der Zuständigkeit für Annexverfahren. Bei diesen Annexverfahren geht es um die Frage, welches Gericht für Klagen international zuständig ist, die mit dem Insolvenzverfahren in Zusammenhang stehen, aber selbst keine Insolvenzverfahren sind<sup>1217</sup>.

In der Sache „Gourdain/Nadler“ war fraglich, ob Klagen gegen Geschäftsführer aus der französischen „en complément de passif social“, insofern der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung<sup>1218</sup> bzw. der deutschen Insolvenzanfechtung<sup>1219</sup> vergleichbar, der Bereichsausnahme des Art. 1 II b) EuGVÜ<sup>1220</sup> (jetzt Art. 1 II b) EuGVVO<sup>1221</sup>) für „Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren“ unterfielen. Der EuGH bejahte dies und wies sie damit der Zuständigkeitsregelung eines im Entstehen begriffenen EG-Konkursübereinkommen zu<sup>1222</sup>.

In der Sache „Frick/Deko Marty“ ging es dann um die Zuständigkeit für Klagen aus der deutschen Insolvenzanfechtung. Der EuGH entschied, dass für Insolvenzanfechtungsklagen die Zuständigkeit der Gerichte sich nicht nach Art. 1 II b) EuGVVO, sondern nach Art. 3 I EuInsVO richte und dass deshalb die Gerichte des Mitgliedstaats für derlei Klagen zuständig sind, in dessen Gebiet das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, sog. vis attractiva concursus<sup>1223</sup>.

Der EuGH hat also lediglich entschieden, dass für bestimmte Klagen, die in einem engen Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren stehen, die Gerichte des Mitgliedstaats der Insolvenzverfahrenseröffnung zuständig sind. Art. 4 EuInsVO wurde in Sachen „Frick/Deko Marty“ dagegen nicht einmal erwähnt. Schon aus diesem Grund sind den Entscheidungen des EuGH keine direkten Vorgaben für die Frage einer insolvenzrechtlichen Qualifikation zu entnehmen<sup>1224</sup>.

---

<sup>1217</sup>Haß/Herweg in Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EuInsVO, 1. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 18; Nerlich in Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, 19. Ergänzungslieferung 2010, VO (EG) 1346/2000, Art. 3 Rn. 65.

<sup>1218</sup>Berner/Klöhn, ZIP 2007, 106, 110.

<sup>1219</sup>EuGH, Urteil vom 12.02.2009, Rs. C-339/07 (Frick/Deko Marty), Tz. 19 = NJW 2009, 2189.

<sup>1220</sup>Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

<sup>1221</sup>Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

<sup>1222</sup>Berner/Klöhn, ZIP 2007, 106, 110.

<sup>1223</sup>EuGH, Urteil vom 12.02.2009, Rs. C-339/07 (Frick/Deko Marty) = NJW 2009, 2189. Der BGH, NJW 2009, 2215, 2216, Tz 16 entnimmt dieser Rechtsprechung des EuGH eine ausschließliche Zuständigkeit; a.A. Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 1346/2000, Art. 3 Rn. 90.

<sup>1224</sup>Vgl. Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 524: „Damit ist aber nur etwas über das Verfahren gesagt, in dessen Rahmen der Anspruch geltend zu machen ist, nicht aber über die Anknüpfung des Haftungstatbestandes selbst.“ Oder anders herum Wagner in Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 283: „[...] für die Frage der internationalen Zuständigkeit ist von zentraler Bedeutung, dass sich aus einer kollisionsrechtlichen Entscheidung zu Gunsten der insolvenzrechtlichen Qualifikation nicht ohne weiteres auf die Zuständigkeit schließen lässt.“

## b.b. Voraussetzung der Verfahrenseröffnung

Selbst wenn man aber nun von der Zuständigkeit für Annexverfahren auf das anwendbare Recht schließen will, spricht die Rechtsprechung des EuGH nicht gegen, sondern allenfalls für das hier vertretene Ergebnis.

Der EuGH stellt bei der Frage der Zuständigkeit für Annexverfahren in Ansehung des Erwägungsgrundes Nr. 6 der Verordnung vornehmlich darauf ab, ob diese Verfahren „unmittelbar auf Grund des Insolvenzverfahrens ergehen und in engem Zusammenhang damit stehen“<sup>1225</sup>. Um also in diesem Sinne zu einer insolvenzrechtlichen Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung zu gelangen, müsste die Schadensersatzklage wegen Existenzvernichtung ein Verfahren sein, das unmittelbar auf Grund des Insolvenzverfahrens ergeht und in engem Zusammenhang mit diesem steht.

Ob dem so ist, wurde vom EuGH aber nicht entschieden. Mit der EuGH-Entscheidung „Frick/Deko Marty“ ist jetzt zwar die bisher strittige Frage geklärt, ob sich eine Annexzuständigkeit überhaupt aus Art. 3 I EuInsVO ergeben kann. Geklärt ist auch, dass eine Klage dafür unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und mit diesem in engem Zusammenhang stehen muss<sup>1226</sup>. Abgesehen von der deutschen Insolvenzanfechtung und der französischen Geschäftsführerhaftung aus „en comblement de passif social“ ist aber weiterhin strittig, welche Klagen konkret eine Annexzuständigkeit begründen.

Nun spricht aber viel dafür, dass sich eine Annexzuständigkeit nur bei solchen Regelungen ergeben kann, die ein Insolvenzverfahren voraussetzen<sup>1227</sup>. Denn der EuGH hat die Annexzuständigkeit gerade nur für solche Regelungen bejaht, die nur bei Verfahrenseröffnung greifen. Die Insolvenzanfechtung kann nur im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden; und auch die französische Geschäftsführerhaftung aus „en comblement de passif social“ greift nur im Insolvenzverfahren und wird von Amts wegen betrieben<sup>1228</sup>. Zudem stellte der BGH bei der Bejahung der Annexzuständigkeit einerseits darauf ab, ob die Regelung der Verwirklichung des Insolvenzverfahrenszwecks dient<sup>1229</sup>, andererseits aber auch, ob „nur“ der Insolvenzverwalter die Klage erheben kann<sup>1230</sup>. Schließlich heißt es in „Frick/Deko Marty“, dass „Art. 3 I EuInsVO dahin auszulegen ist, dass die Gerichte des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, für eine Insolvenzanfechtungsklage [...] zuständig sind.“ Die Annexzuständigkeit setzt also ebenfalls die Insolvenzverfahrenseröffnung voraus. Eine Klage auf Schadensersatz wegen Existenzvernichtung tut dies jedoch nicht.

Es bleibt damit dabei, dass eine insolvenzrechtliche Qualifikation wegen der Voraussetzung der Insolvenzverfahrenseröffnung in Art. 4 I EuInsVO nicht möglich ist.

<sup>1225</sup> *EuGH*, Urteil vom 12.02.2009, Rs. C-339/07 (Frick/Deko Marty), Tz. 20 = NJW 2009, 2189.

<sup>1226</sup> *EuGH*, Urteil vom 12.02.2009, Rs. C-339/07 (Frick/Deko Marty), Tz. 21 = NJW 2009, 2189.

<sup>1227</sup> *Gottwald/Kollmann* in Gottwald, Insolvenzsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 130 Rn. 61; *Haß/Herweg* in Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EuInsVO, 1. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 27; *OLG Karlsruhe*, Urteil vom 22.12.2009 - 13 U 102/09 = NZG 2010, 509 in Bezug auf die Geschäftsführerhaftungstatbestände aus § 64 II GmbHG a.F.; a.A. *Haas*, NZG 2010, 495 ff.

<sup>1228</sup> *Drygala* in Lutter, ZGR Sonderheft 17, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, S. 287.

<sup>1229</sup> *EuGH*, Urteil vom 12.02.2009, Rs. C-339/07 (Frick/Deko Marty), Tz. 17 = NJW 2009, 2189.

<sup>1230</sup> *EuGH*, Urteil vom 12.02.2009, Rs. C-339/07 (Frick/Deko Marty), Tz. 16 = NJW 2009, 2189.

## **VI. Insolvenz als eigenständig anzuknüpfende Vorfrage**

Aus der zwingenden Voraussetzung der Insolvenzverfahrenseröffnung in Art. 4 I EuInsVO ergibt sich nun auch, warum das Tatbestandsmerkmal der Insolvenz nicht als eigenständig anzuknüpfende Vorfrage zu behandeln ist. In Fällen, in denen kein Insolvenzverfahren eröffnet wird, unabhängig davon, ob es sich um eine deutsche GmbH im Ausland oder um eine ausländische Gesellschaft in Deutschland handelt, kann Art. 4 I EuInsVO das Vorliegen der materiellen Insolvenz im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung schon tatbestandlich gar nicht erfassen. Das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung regelt zwar gem. Art. 4 II 1 EuInsVO unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren eröffnet wird, entscheidet also auch darüber, ob die Insolvenz als Eröffnungsgrund überhaupt vorliegt. Soweit aber kein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, etwa weil es mangels Masse abgelehnt wurde, besteht kein Staat der Verfahrenseröffnung, nach dessen Recht sich das Vorliegen der Insolvenz im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung bestimmen könnte.

Aber auch abgesehen davon, sollte in den Fällen, in denen ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, das Tatbestandsmerkmal der Insolvenz nicht selbstständig angeknüpft werden.

Für den Fall, dass die Existenzvernichtungshaftung dem Deliktsstatut unterfallen sollte und auf eine ausländische Gesellschaft in Deutschland angewendet werden soll, hätte eine selbstständige Anknüpfung schon gar keine Bedeutung. Denn selbst wenn die materielle Insolvenz als Vorfrage selbstständig nach Art. 4 EuInsVO anzuknüpfen wäre, würde die Norm für das Vorliegen der Insolvenz auf den Ort der Verfahrenseröffnung, der in Deutschland läge, also auf deutsches Recht verweisen. Unabhängig davon, ob die Insolvenz selbstständig oder unselbstständig anzuknüpfen wäre, würde sich ihr Vorliegen also nach deutschem Recht bestimmen.

Für den Fall, dass die Existenzvernichtungshaftung dem Gesellschaftsstatut unterfallen sollte und auf eine GmbH im Ausland angewendet werden soll, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren im Ausland eröffnet worden ist, hätte eine selbstständige Anknüpfung zwar Bedeutung. Denn das Vorliegen der Insolvenz würde sich dann nach dem ausländischen Recht des Staates der Verfahrenseröffnung richten. Dieser hätte das Vorliegen der Insolvenz dann jedenfalls bejaht, weil das Verfahren eröffnet wurde. Nach hier vertretener Ansicht erfasst Art. 4 EuInsVO aber auch in diesem Fall nicht das Vorliegen der materiellen Insolvenz im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung. Denn das Tatbestandsmerkmal der Insolvenz im Rahmen einer (nichtinsolvenzrechtlichen) Schadensersatzregelung betrifft gerade nicht das „Insolvenzverfahren und seine Wirkungen“. Darüber hinaus verfolgt die Lex-fori-Anknüpfung des Art. 4 EuInsVO den Sinn und Zweck, dem Insolvenzgericht, die Anwendung des eigenen, ihm bekannten Insolvenzrechts zu ermöglichen. Wenn nun aber der ausländische Insolvenzverwalter die dann feststehend gesellschaftsrechtlich zu qualifizierende Existenzvernichtungshaftung vor einem deutschen Gericht geltend machen will, wird diesem Sinn und Zweck gerade nicht mehr genüge getan. Im Ergebnis ist das Vorliegen der Insolvenz im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung daher nicht selbstständig nach Art. 4 EuInsVO anzuknüpfen.

## **D. Deliktsrechtliche Qualifikation**

Nachdem feststeht, dass eine Subsumtion der Existenzvernichtungshaftung unter die Regelung des Art. 4 EuInsVO nicht möglich ist, soll nun geklärt werden, ob die Existenzvernichtungshaftung dem kollisionsrechtlichen Systembegriff der Rom-II-VO unterfällt oder, ob sie vielmehr gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist. Angesichts des Anwendungsvorrangs der europäischen

Rom-II-VO vor dem nationalen Kollisionsrecht soll mit der Möglichkeit einer deliktsrechtlichen Qualifikation begonnen werden.

## I. Anwendungsbereich der Rom-II-VO

Seit dem 11.07.2007 ist das Internationale Deliktsrecht in der europäischen Union durch die Rom-II-VO vereinheitlicht<sup>1231</sup>. Als Verordnung gilt sie unmittelbar in den Mitgliedstaaten<sup>1232</sup>; nationales Kollisionsrecht ist in ihrem Anwendungsbereich unanwendbar.

Die Rom-II-VO ist als *loi uniforme* ausgestaltet, Art. 3 i.V.m. Art. 1 I 1 Rom-II-VO<sup>1233</sup>. Sie gilt daher nicht nur für Binnenmarktsachverhalte, sondern auch für Drittstaatsachverhalte. Sachlich erfasst sie außervertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen; Art. 1 I 1 Rom-II-VO. Letzteres Merkmal dient der Abgrenzung zum öffentlichen Recht, insbesondere zu Schuldverhältnissen, die im Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt stehen<sup>1234</sup>. Außervertragliche Schuldverhältnisse sind solche aus unerlaubter Handlung, Art. 4 Rom-II-VO, aus ungerechtfertigter Bereicherung, Art. 10 Rom-II-VO, aus Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 11 Rom-II-VO, aus culpa in contrahendo, Art. 12 Rom-II-VO und aus bestimmten Sonderdelikten, Art. 5 – 9 Rom-II-VO. Nach Vorstellung des europäischen Gesetzgebers, der das Internationale Privatrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse umfassend regeln wollte, sind damit sämtliche außervertragliche Schuldverhältnisse solche aus unerlaubter Handlung, Art. 4 Rom-II-VO, aus ungerechtfertigter Bereicherung, Art. 10 Rom-II-VO, aus Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 11 Rom-II-VO, aus culpa in contrahendo, Art. 12 Rom-II-VO und aus bestimmten Sonderdelikten, Art. 5 - 9 Rom-II-VO<sup>1235</sup>. Art. 1 II Rom-II-VO enthält schließlich einen Katalog, der bestimmte außervertragliche Schuldverhältnisse vom Anwendungsbereich der Rom-II-VO ausnimmt. Dies sind etwa außervertragliche Schuldverhältnisse aus einem Familienverhältnis, Art. 1 II a) Rom-II-VO oder außervertragliche Schuldverhältnisse, die sich aus dem Gesellschaftsrecht ergeben, Art. 1 II d) Rom-II-VO.

Vorliegend könnte die Existenzvernichtungshaftung dem Systembegriff der „unerlaubten Handlung“ gem. Art. 4 Rom-II-VO unterfallen. Wenn dies tatsächlich zutrifft, stellt sich anschließend allerdings die Frage, ob die Regelung möglicherweise unter die Ausnahmeregelung des Art. 1 II d) Rom-II-VO fällt.

## II. Anknüpfungsleiter

Die Rom-II-VO sieht nicht einen einzigen Anknüpfungspunkt für die jeweiligen Systembegriffe vor, sondern Anknüpfungsleitern. Dabei wird gem. Art. 24 Rom-II-VO auf das Sachrecht des jeweiligen Staates verwiesen. Im Gegensatz zum nationalen Kollisionsrecht stellt die Rom-II-VO also keine Gesamtverweisung auf.

Für das hier interessierende Recht der unerlaubten Handlungen sieht die Rom-II-VO folgende Anknüpfungsleiter vor. Zunächst ist auf die unerlaubte Handlung das Recht des Staates anwendbar, dass die Parteien entweder nachträglich, Art. 14 I 1 a) i.V.m. Art. 4 I Rom-II-VO oder, sofern alle Parteien einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen, grundsätzlich auch schon vor Schadenseintritt gewählt haben, Art 14 I 1 b) i.V.m. Art. 4 I Rom-II-VO. Liegt keine wirk-

<sup>1231</sup>Gem. ihres Art. 32 gilt sie ab dem 11.01.2009.

<sup>1232</sup>Mit Ausnahme Dänemarks wegen fehlendem „opt-in“; dazu *Junker* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Art. 2 Rom II-VO Rn. 46 f.

<sup>1233</sup>*Junker* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Art. 3 Rom II-VO Rn. 1 ff.

<sup>1234</sup>*Junker* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Art. 1 Rom II-VO Rn. 11; *Wagner*, IPRax 2008, 1, 2.

<sup>1235</sup>*Junker* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 864/2007 Art. 4 Rn. 13.

same Rechtswahl vor, ist das Recht anzuwenden, in dessen Staat beide Parteien im Zeitpunkt des Schadenseintritts ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, Art. 4 II Rom-II-VO. Hatten die Parteien einen unterschiedlichen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt des Schadenseintritts, greift die allgemeine Kollisionsnorm des Art. 4 I Rom-II-VO Platz. Demnach ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Schaden eintritt, unabhängig davon, in welchem Staat das schadensbegründende Ereignis oder indirekte Schadensfolgen eingetreten sind. Die Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort bzw. an den Erfolgsort gilt jedoch gem. Art. 4 III Rom-II-VO nur, soweit sich nicht aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass die unerlaubte Handlung eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen Staat aufweist.

### **III. Anknüpfung in Bezug auf Existenzvernichtungshaftung**

Wendet man diese Anknüpfungsleiter auf die Existenzvernichtungshaftung an, ist sich zunächst vor Augen zu halten, dass nach „Trihotel“ Geschädigter die Gesellschaft und nicht mehr der Gläubiger ist.

Der Anknüpfungsleiter entsprechend könnten der Gesellschafter als Schädiger und die Gesellschaft als Geschädigte zunächst entweder vor und nach Erfolg des existenzvernichtenden Eingriffs das auf diesen Vorgang anwendbare Recht wählen. Grundsätzlich dürfte eine Rechtswahl bei deliktischen Handlungen zwar „eher praxisfern“ sein<sup>1236</sup>. Bedeutung könnte sie aber gerade dann bekommen, wenn noch kein Insolvenzverwalter die Geschicke der Gesellschaft übernommen hat und sich ein Gesellschafter durch Vereinbarung mit seiner Gesellschaft einer möglicherweise weitergehenden Haftung durch das Institut der Existenzvernichtungshaftung entziehen könnte.

Allerdings zieht Art. 14 I 2 Rom-II-VO der Rechtswahl dort Grenzen, wo Rechte Dritter berührt werden. Diese bleiben demnach unberührt. Die Vorschrift ist vom Rechtsgedanken des Verbots von Verträgen zu Lasten Dritter geleitet<sup>1237</sup>. Eine Rechtswahl zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger ist daher unmaßgeblich, wenn sie geschützte Dritte berührt. Geschützte Dritte sind in diesem Sinne auch mittelbar Geschädigte<sup>1238</sup>. Im Fall des existenzvernichtenden Eingriffs sind mittelbar Geschädigte die Gläubiger der Gesellschaft. Ihr Schutz ist gerade Sinn und Zweck der Existenzvernichtungshaftung. Soweit es dem Gesellschafter also allein darum geht, sich durch die Rechtswahl einer weitergehenden Haftung durch das Institut der Existenzvernichtungshaftung und damit auch dem Gläubigerzugriff zu entziehen, dürfte die Rechtswahl unmaßgeblich sein.

Soweit keine Rechtswahl getroffen wurde oder eine solche unmaßgeblich ist, bestimmt sich das anwendbare Recht nach dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien, Art. 4 II Rom-II-VO. Fraglich ist also, was unter dem gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien zu verstehen ist.

Gem. Art. 23 I 1 Rom-II-VO bestimmt sich der gewöhnliche Aufenthalt von Gesellschaften nach dem Ort ihrer Hauptverwaltung. Soweit das schadensbegründende Ereignis oder der Schaden aber aus dem Betrieb einer Zweigniederlassung, einer Agentur oder einer sonstigen Niederlassung herrührt, gilt dagegen dieser Ort als gewöhnlicher Aufenthalt, Art. 23 I 2 Rom-II-VO. Schädiger ist im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung allerdings der Gesellschafter. Für die

<sup>1236</sup>So *Staudinger*, AnwBl. 2008, 316, 323.

<sup>1237</sup>Vgl. *Von Hoffmann*, *Staudinger*, BGB, EGBGB/IPR, Art. 38-42 EGBGB, 2001, Art. 42 EGBGB Rn. 16.

<sup>1238</sup>*Junker* in *MüKo*, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Art. 14 Rom II-VO Rn. 50; Vgl. *Von Hoffmann*, *Staudinger*, BGB, EGBGB/IPR, Art. 38-42 EGBGB, 2001, Art. 42 EGBGB Rn. 17.

geschädigte Gesellschaft bestimmt sich ihr gewöhnlicher Aufenthalt daher nach Art. 23 I 1 Rom-II-VO, also dem Ort ihrer Hauptverwaltung.

Der gewöhnliche Aufenthalt einer natürlichen Person befindet sich in dem Staat, in dem sich der Schwerpunkt ihrer Lebensverhältnisse befindet<sup>1239</sup>. Abweichend davon liegt er am Ort der Hauptniederlassung, wenn sie im Rahmen der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit handelt, Art. 23 II Rom-II-VO. Ein Gesellschafter dürfte den existenzvernichtenden Eingriff im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit ausführen, so dass auf den Ort der Hauptniederlassung abzustellen wäre, der in der Regel wiederum dem Ort der Hauptverwaltung der Gesellschaft entspricht. Der Gesellschafter als Schädiger und die Gesellschaft als Geschädigte haben daher regelmäßig einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt. Dieser befindet sich dann am Ort des tatsächlichen Sitzes der Gesellschaft, nicht aber an ihrem Gründungsort.

Soweit ausnahmsweise doch kein gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt vorliegen sollte, etwa weil der Gesellschafter seinen Lebensmittelpunkt doch im Gründungsstaat der Gesellschaft hat, ist auf die allgemeine Kollisionsnorm des Art. 4 I Rom-II-VO zurückzugreifen. Entscheidend wäre also der Erfolgsort. Bei Vermögensschädigungen wie sie im Rahmen existenzvernichtender Eingriffe erfolgen, kommt es hinsichtlich des Erfolgsorts auf den Belegenheitsort des betroffenen Vermögenswertes, hilfsweise auf die Belegenheit des Hauptvermögens an<sup>1240</sup>. Die Vermögenswerte der Scheinauslandsgesellschaft mit Sitz im Inland, liegen aber regelmäßig am Ort ihrer Hauptverwaltung.

Im Ergebnis findet auf einen existenzvernichtenden Eingriff, sofern dieser deliktsrechtlich einzuordnen ist, daher in aller Regel inländisches Sitzrecht Anwendung. Dies gilt sowohl für eine im Ausland sitzende GmbH, als auch für eine in Deutschland sitzende ausländische Gesellschaft. Die Anwendung der deutschen Existenzvernichtungshaftung nach § 826 kann bei entsprechender Qualifikation daher nur auf ausländische Gesellschaften in Deutschland, nicht aber auf GmbHs im Ausland erfolgen.

#### **IV. Systembegriff der unerlaubten Handlung in der Rom-II-VO**

Fraglich ist nun also, ob diese Anknüpfungsleiter tatsächlich auf die Existenzvernichtungshaftung anzuwenden ist. Die Existenzvernichtungshaftung müsste dafür Art. 4 Rom-II-VO unterfallen und daher ein „außervertragliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung“ darstellen.

Sowohl der Begriff des außervertraglichen Schuldverhältnisses, als auch der der unerlaubten Handlung sind autonom auszulegen<sup>1241</sup>. Bei der Auslegung kann diesbezüglich auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Nr. 1 und 3 EuGVVO abgestellt werden<sup>1242</sup>. Zwar besteht insofern kein vollständiger Gleichlauf zwischen Zuständigkeit und anwendbarem Recht<sup>1243</sup>. In der Kommissionsbegründung vom 22.07.2003 zur Rom-II-VO wird aber auf die entsprechende Rechtsprechung des EuGH verwiesen<sup>1244</sup>. Zudem fordert Erwägungsgrund Nr. 7 der Rom-II-VO Konkordanz zwischen der Verordnung und der EuGVVO.

<sup>1239</sup>Junker in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Art. 23 Rom II-VO Rn. 16.

<sup>1240</sup>Junker in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Art. 4 Rom II-VO Rn. 21.

<sup>1241</sup>Erwägungsgrund Nr. 11 Rom-II-VO.

<sup>1242</sup>Vgl. Junker in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 864/2007, Art. 4 Rn. 13.

<sup>1243</sup>Geimer in Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, EuGVVO, Art. 5 Rn. 235.

<sup>1244</sup>KOM(2003) 427 endg., S. 8.

Nach dieser Rechtsprechung des EuGH ist unerlaubte Handlung jegliche Schadenshaftung, die nicht aus einem Vertrag herrührt<sup>1245</sup>. Damit machen die unerlaubte Handlung zwei Elemente aus.

Zum einen muss es um Schadenshaftung gehen. Im Allgemeinen muss es also um den Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift und den Ausgleich dieses Verstoßes als Rechtsfolge gehen<sup>1246</sup>. Nicht zwingend erforderlich ist dagegen das Merkmal des Verschuldens<sup>1247</sup>. Das Verschulden ist Haftungskorrektiv, nicht Wesensmerkmal der unerlaubten Handlung<sup>1248</sup>. Gefährdungshaftung wird etwa auch vom Begriff der unerlaubten Handlung erfasst<sup>1249</sup>.

Des weiteren ist eine Abgrenzung zum Vertrag erforderlich. Denn aus der unerlaubten Handlung muss gerade ein außervertragliches und kein vertragliches Schuldverhältnis entstehen. Nach europarechtlichem Verständnis stellt ein Vertrag eine freiwillig eingegangene Verpflichtung zwischen den Parteien dar, die eine Sonderverbindung entstehen lässt<sup>1250</sup>. Dabei sind vertragliche Schuldverhältnisse nicht etwa nur auf primäre Leistungsansprüche beschränkt. Die Rom-I-VO über das auf vertragliche Ansprüche anwendbare Recht erfasst etwa auch Sekundäransprüche wie Schadensersatz aus Vertragsverletzung, Art. 12 I c) Rom-I-VO<sup>1251</sup>. Bei dieser Art Ansprüche greift Art. 4 Rom-II-VO folglich nicht. Es ist also die fehlende Sonderverbindung, die den Vertrag vom außervertraglichen Schuldverhältnis abgrenzt<sup>1252</sup>.

Das Deliktsstatut erfasst damit nur Verstöße gegen allgemeine, jedermann treffende Verhaltensanforderungen<sup>1253</sup>, nicht hingegen die Verletzung solcher Verhaltenspflichten, die auf einer Sonderbeziehung beruhen. In Abgrenzung dazu erfasst das Gesellschaftsstatut gerade die Verletzung letztgenannter Pflichten, sofern diese Sonderbeziehung gesellschaftsrechtlich einzustufen ist<sup>1254</sup>. Dementsprechend werden gesellschaftsrechtliche Sonderbeziehungen nach der Rechtsprechung des EuGH auch als „Vertrag“ im Sinne von Art. 5 Nr. 1 EuGVVO eingestuft<sup>1255</sup>. Denn letztlich beruhen gesellschaftsrechtliche Beziehungen auf Verträgen<sup>1256</sup>, selbst wenn bestimmte Verhaltenspflichten aus Gesetz und nicht gerade aus der Satzung folgen.

Diese Abgrenzung ist grundsätzlich auch interessengerecht. Denn, um den Ausdruck einer Literaturmeinung, wie er ansonsten im Rahmen der europarechtlichen Problematik verwendet wird, zu gebrauchen, Ansprüche aus der Verletzung von Pflichten, die „allgemeines Verkehrsrecht“ darstellen, sollten entweder nach dem Ort angeknüpft werden, an dem die schadensstiftende Pflichtverletzung erfolgt, der *lex loci delicti commissi*, oder, so wie es die Grundregel der Rom-II-VO vorsieht, nach dem Ort des Schadenseintritts, der *lex loci damni*. Dagegen sollten Ansprüche, die sich aus der Verletzung spezifischer Pflichten ergeben, sich nach dem Recht bestimmen, nach dem sich auch dieses spezifische Verhältnis bestimmt.

---

<sup>1245</sup> *EuGH*, Urteil v. 27.09.1988 - Rs 189/87; m.w.N.; *Junker* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 864/2007, Art. 4 Rn. 14.

<sup>1246</sup> *Junker* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 864/2007, Art. 4 Rn. 15. Der Begriff des Schadens ist dabei weit zu verstehen. Er umfasst nach Art. 2 I „sämtliche Folgen einer unerlaubten Handlung [...]“.

<sup>1247</sup> *Thorn* in Palandt, 70. Aufl. 2011, Rom II 4 Rn. 3;

<sup>1248</sup> *Steffen* in RGRK, BGB, Band II, 5. Teil, 12. Aufl. 1989, Vor § 823 Rn. 8.

<sup>1249</sup> *Schaub* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 8. Aufl. 2013, Rom II Art. 4 Rn. 3.

<sup>1250</sup> *Junker* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 864/2007, Art. 1 Rn. 15.

<sup>1251</sup> *Spellenberg* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 593/2008, Art. 12 Rn. 86; *Junker* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 864/2007, Art. 1 Rn. 15.

<sup>1252</sup> *Junker* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 864/2007, Art. 4 Rn. 14.

<sup>1253</sup> *Michalski/Funke* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 446.

<sup>1254</sup> Vgl. unten § 5 E.

<sup>1255</sup> *Geimer* in Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, EuGVVO, Art. 5 Rn. 32.

<sup>1256</sup> *Martiny* in FS Geimer, 2002, 641, 659.

## V. Deliktsrechtliche Elemente der Existenzvernichtungshaftung

Es stellt sich also die Frage, ob die Existenzvernichtungshaftung Schadenshaftung ist, die sich nicht aus einer Sonderverbindung ergibt.

### 1. Schadenshaftung

Das Merkmal der Schadenshaftung kann unproblematisch bejaht werden. Die Existenzvernichtungshaftung nach „Trihotel“ ist Schadenshaftung im Sinne der Rom-II-VO. Im Gegensatz zur Durchgriffshaftung, bei der die Gesellschafter persönlich für die Forderungen der Gläubiger der Gesellschaft hafteten, sind die Gesellschafter in der Ausgestaltung als Innenhaftung nach § 826 BGB zum Ersatz von Schäden verpflichtet, die sie vorsätzlich und sittenwidrig verursacht haben.

### 2. Haftung aus Sonderverbindung

Fraglich ist daher vor allem, ob die Existenzvernichtungshaftung eine Haftung aus Sonderverbindung darstellt. Wie soeben ausgeführt, kommt es bei der Abgrenzung zwischen Deliktsstatut und Gesellschaftsstatut entscheidend hierauf an. Würde die Existenzvernichtungshaftung eine Haftung aus Sonderverbindung darstellen, würde sie gerade kein außervertragliches Schuldverhältnis, sondern ein vertragliches Rechtsverhältnis, eben eines aus einer (gesellschaftsrechtlichen) Sonderverbindung darstellen.

#### a. Vorliegen einer Sonderverbindung

Zunächst ist festzustellen, dass eine Sonderverbindung vorliegt. Während eine Sonderverbindung zwischen Gläubiger und Gesellschafter fraglich ist, besteht eine solche nämlich jedenfalls zwischen Gesellschaft und Gesellschafter<sup>1257</sup>. Sie besteht in der Mitgliedschaft des Gesellschafters in der Gesellschaft. Dieses spezielle Rechtsverhältnis ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag.

Das Vorliegen einer Sonderverbindung sagt allerdings noch nichts über die sich aus ihr ergebenden Pflichten aus<sup>1258</sup>. Und gleichfalls kann aus dem Vorliegen einer Sonderverbindung allein, auch nicht gefolgert werden, dass sich eine bestimmte Pflicht gerade aus dieser Sonderverbindung ergibt.

#### b. Pflichten aus der Sonderverbindung

Fraglich ist daher nun, welche Pflichten sich aus dieser Sonderverbindung ergeben können.

Überwiegend wird heute aus der Sonderverbindung eine Treuepflicht der Gesellschafter gefolgert<sup>1259</sup>. Funktionell dient diese in zweifacher Weise. Zum einen soll sie durch nähere Bestimmung der Rechte und Pflichten dem Schutz legitimer Erwartungen der am Rechtsverhältnis, dem Gesellschaftsvertrag, Beteiligten dienen<sup>1260</sup>. Zum anderen wird die Treuepflicht als Anknüpfungspunkt für Rechtsfortbildungen herangezogen, die sich im Grunde nur aus übergeordneten Prinzipien begründen lassen<sup>1261</sup>.

<sup>1257</sup>Kölbl, BB 2009, 1194, 1195; Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 291.

<sup>1258</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 56.

<sup>1259</sup>Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 19; Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 20; aus der Rspr. etwa: BGH, Urteil v. 22.03.2004 - II ZR 50/02 (OLG Schleswig) = NZG 2004, 516, 517; BGH, Urteil v. 11.12.2006 - II ZR 166/05 (KG) = NZG 2007, 185.

<sup>1260</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 20.

<sup>1261</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 20.

Damit ließe sich grundsätzlich rechtsfortbildend aus der Treuepflicht das Existenzvernichtungsverbot, bzw. nach der Formulierung des BGH, die Rücksichtnahmepflicht zur Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH<sup>1262</sup>, ableiten. Nach wohl herrschender Meinung soll die Treuepflicht jedoch nur im Interesse der Mitgesellschafter bestehen, nicht hingegen im Interesse der Gläubiger, so dass eine solche Ableitung ausscheidet<sup>1263</sup>.

Die Annahme, dass ein im Gläubigerinteresse bestehendes Existenzvernichtungsverbot nicht aus der Treuepflicht hergeleitet werden kann, bedeutet indes nicht, dass die Herleitung einer solchen Pflicht aus der Sonderverbindung generell ausscheidet. Die Rücksichtnahmepflicht zur Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger<sup>1264</sup> könnte nämlich auch unabhängig von der Treuepflicht rechtsfortbildend aus der Sonderverbindung hergeleitet werden<sup>1265</sup>. Gerade die ausgemachte Schutzlücke im GmbH-Recht lässt eine solche Rechtsfortbildung als zulässig erscheinen.

### c. Die Absage des BGH an das Modell einer Haftung aus Sonderverbindung

Mit der alleinigen Einordnung der Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe des § 826 BGB erteilt der BGH der Herleitung der Rücksichtnahmepflicht aus der Sonderverbindung jedoch eine Absage<sup>1266</sup>. Denn § 826 BGB konstituiert eine Schadensersatzpflicht für die Verletzung allgemeiner Pflichten<sup>1267</sup>. Die Rücksichtnahmepflicht muss also als Allgemeinpflicht verstanden werden. Der BGH erklärt, es bedürfe zur Sanktionierung des Verstoßes gegen die Schutzpflicht der Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens und zur Schließung der durch §§ 30, 31 GmbHG offengelassenen Schutzlücke nicht zwingend eines selbstständigen, im Wege der Rechtsfortbildung zu schaffenden, gesellschaftsrechtlich fundierten Haftungsinstituts, wenn es doch möglich sei, die Rücksichtnahmepflicht in § 826 BGB „anzusiedeln“<sup>1268</sup>. Die Rücksichtnahmepflicht sei „ausschließlich“ und „allein“ in § 826 BGB zu verorten<sup>1269</sup>.

Hintergrund dürften dabei letztlich Erwägungen gewesen sein, durch eine Fahrlässigkeitshaftung das Trennungsprinzip nicht zu sehr einzuschränken und damit der GmbH den Boden zu entziehen<sup>1270</sup>. Denn im Modell einer Sonderverbindung, also der Herleitung der vom BGH festgestellten Rücksichtnahmepflicht aus der Sonderbeziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, hätte sich eine Haftung grundsätzlich schon bei Fahrlässigkeit ergeben<sup>1271</sup>. Zudem hätte neben der Verschuldensregelung noch grundsätzlich eine Beweislastumkehr zu Lasten des Pflichtverletzers bestanden. Denn Pflichtverletzungen im Rahmen einer Sonderverbindung lösen

<sup>1262</sup>BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 25 = NZG 2007, 667, 670.

<sup>1263</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 55.

<sup>1264</sup>BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 25 = NZG 2007, 667, 670.

<sup>1265</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 55; Vgl. Hönn, WM 2008, 769, 776 f; Zöllner in FS Konzen 2006, 999, 1014 ff., Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 290 ff.; Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, 2006, S. 283 ff., 321 ff.; a.A. Altmeppen, ZIP 2008, 1201, 1207.

<sup>1266</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 56; Weller, ZIP 2007, 1681, 1683; damit auch konkludent dem Treuepflichtansatz: Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 226; a.A. Gehrlein, WM 2008, 761, 767, der davon ausgeht, dass den Gesellschafter, konkurrierend zur Haftung aus § 826 BGB eine Haftung aus der Sonderverbindung trifft.

<sup>1267</sup>Dazu unten § 5 D. V. 2. e. b.b.

<sup>1268</sup>BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 29 = NZG 2007, 667, 670.

<sup>1269</sup>BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 15 u. 17 = NZG 2007, 667, 668.

<sup>1270</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 56; Weller, ZIP 2007, 1681, 1683; vgl. BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 27, 31, 36 = NZG 2007, 667, 670 f.

<sup>1271</sup>Weller, ZIP 2007, 1681, 1683.

grundsätzlich bereits nach § 280 BGB eine Haftung aus, so dass sich aus § 280 I 2 i.V.m. § 276 eine Beweislastumkehr und Fahrlässigkeitshaftung ergeben hätte<sup>1272</sup>.

Während also im Recht der Sonderverbindungen niedrige Haftungsvoraussetzungen bestehen, gilt im Deliktsrecht genau der umgekehrte Grundsatz<sup>1273</sup>. Vermögensschädigungen sind grundsätzlich hinzunehmen; es sei denn es wird ein Schutzgesetz verletzt, § 823 II BGB, oder die Vermögensschädigung wird vorsätzlich und sittenwidrig vorgenommen, § 826 BGB<sup>1274</sup>. Zwar sollen im Rahmen einer Rechtsfortbildung von Pflichten aus der Sonderverbindung die Regelungen zum Verschulden und zur Beweislast nach vertretener Meinung nicht unüberwindbar sein<sup>1275</sup>. Jedenfalls stellt der BGH mit seiner Verortung aber klar, dass er die Rücksichtnahmepflicht des Gesellschafters nicht als auf einer Sonderverbindung basierend ansieht, sondern als allgemeine Pflicht, dessen Verletzung eben nur bei Vorsatz und nicht schon bei Fahrlässigkeit eine Haftung begründet.

#### **d. Dogmatische Unstimmigkeiten**

Damit erscheint die Existenzvernichtungshaftung unproblematisch als unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 4 Rom-II-VO. Im derzeitigen Konzept der Existenzvernichtungshaftung bestehen allerdings bestimmte dogmatische Unstimmigkeiten, bzw. kritikwürdige Ansatzpunkte, die die Feststellung des BGH, die Haftung beruhe auf der Verletzung einer allgemeinen Pflicht, und damit auch eine Einordnung als unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 4 Rom-II-VO zumindest in Frage stellen. So hatte der BGH zur Aufgabe des Durchgriffskonzepts ausgeführt, dieses sei auf der Rechtsfolgenebene von einer gewissen Inhomogenität und dogmatischen Unschärfe gekennzeichnet<sup>1276</sup>. Nun wird ihm vorgeworfen, das jetzige Konzept sei leider auf der Tatbestandsebene von einer gewissen Inhomogenität und dogmatischen Unschärfe gekennzeichnet<sup>1277</sup>.

##### **a.a. Existenzvernichtungshaftung als Sonderdelikt**

Der erste Kritikpunkt betrifft die Tatsache, dass die Existenzvernichtungshaftung als Sonderdelikt<sup>1278</sup> ausgestaltet ist. Nach der Konzeption des BGH trifft nur den Gesellschafter die festgestellte Rücksichtnahmepflicht. Diese sei nämlich als systemimmanentes normatives Korrelat der Instrumentalisierung der GmbH als haftungsbegrenzende Institution zu verstehen und insofern dem Gesellschafter als Verhaltenspflicht auferlegt<sup>1279</sup>.

Zwar ist die Gesellschaftereigenschaft nicht an die förmliche Gesellschafterstellung gebunden, so dass auch mittelbare Gesellschafter und Strohmannkonstruktionen erfasst sind<sup>1280</sup>. Geschäftsführer und andere Personen kommen aber nur als Teilnehmer gem. § 830 BGB in Frage<sup>1281</sup>. Insofern ist auch die Bezeichnung „faktischer Gesellschafter“<sup>1282</sup> für die mittelbaren Gesellschafter zumindest unglücklich, weil sie impliziert, dass alle Personen, die nur beherrschenden Einfluss auf die geschädigte Gesellschaft nehmen konnten, dieser Pflicht unterliegen. Dies liegt

<sup>1272</sup>Michalski/Funke in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 407.

<sup>1273</sup>Weller, ZIP 2007, 1681, 1683.

<sup>1274</sup>Vgl. Weller, ZIP 2007, 1681, 1683.

<sup>1275</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 56.

<sup>1276</sup>BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 20 = NZG 2007, 667, 669.

<sup>1277</sup>Schwab, ZIP 2008, 341, 343.

<sup>1278</sup>Vgl. Weller, ZIP 2007, 1681, 1687; Gehrlein, WM 2008, 761, 764; Servatius in: BeckOK GmbHG, Edition 14, Stand: 01.12.12, Konzernrecht Rn. 485.

<sup>1279</sup>BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 25 = NZG 2007, 667, 670.

<sup>1280</sup>Siehe oben § 2 E. VI.

<sup>1281</sup>Siehe oben § 2 E. VI.

<sup>1282</sup>Kölbl, BB 2009, 1194, 1198; Schanze, NZG 2007, 681, 684.

jedoch dem aktienrechtlichen Schädigungsverbot des § 117 AktG zu Grunde, nicht aber der Existenzvernichtungshaftung im GmbH-Recht. Die Existenzvernichtungshaftung knüpft an die spezifische Rechtsposition des Gesellschafters an, so dass Geschäftsführer eben nur Teilnehmer sein können.

Wenn die Rücksichtnahmepflicht aber so konstruiert ist, dass sie a limine nur dem Gesellschafter obliegt, scheint diese Pflicht gerade keine allgemeine Jedermannspflicht zu sein, wie es für deliktische Ansprüche grundlegend ist<sup>1283</sup>, sondern eine besondere, die eben nicht nur typischerweise vom Gesellschafter verletzt wird<sup>1284</sup>. Eine argumentative Lücke des BGH scheint hier offensichtlich<sup>1285</sup>. Insofern ist es auch geradezu bezeichnend, dass der BGH die Formulierung, die Rücksichtnahmepflicht sei „als systemimmanentes normatives Korrelat der Instrumentalisierung der GmbH als haftungsbegrenzende Institution“ zu verstehen, von *Zöllner* übernommen hat, der die in diesem Sinne verstandene Rücksichtnahmepflicht gerade aus der Sonderverbindung herleitet<sup>1286</sup>.

### **b.b. Verlängerung von §§ 30, 31 GmbHG**

Ein weiterer Punkt der den Charakter der Rücksichtnahmepflicht als allgemeine Jedermannspflicht kritikwürdig erscheinen lässt, ist die Funktion der Existenzvernichtungshaftung als Verlängerung der Kapitalerhaltungsvorschriften. Die Existenzvernichtungshaftung soll „in Ausfüllung ihrer Funktion als Instrument der Schließung einer durch das Kapitalerhaltungsrecht des GmbH-Gesetzes offengelassenen Schutzlücke die gebotene folgerichtige „Verlängerung“ jenes Schutzsystems der §§ 30, 31 GmbHG auf der Ebene des Deliktsrechts darstellen“<sup>1287</sup>. Nun begründen die §§ 30, 31 GmbHG aber gewiss keine allgemeinen deliktischen Pflichten<sup>1288</sup>.

### **c.c. Innenhaftung**

Kritisiert wird auch, dass § 826 BGB generell dogmatisch<sup>1289</sup> untauglich für das Modell der Innenhaftung sei, so dass schon deshalb am Charakter einer Allgemeinpflicht gezweifelt werden könnte.

Die Kritik stützt sich dabei hauptsächlich darauf, dass der Gesellschaft kein „Eigeninteresse“ zukomme, dass von den Interessen der Gesellschafter unterschieden werden könne<sup>1290</sup>. Vorgebracht wird etwa, dass eine Gesellschaft grundsätzlich in ihre Schädigung einwilligen können müsste, wäre sie tatsächlich die Geschädigte<sup>1291</sup>. Dass sie es nicht kann, überzeuge zwar im Ergebnis, zeige aber, dass es letztlich um die Schädigung der Gläubiger, und nicht um die der Gesellschaft gehe<sup>1292</sup>. Innenhaftungslösung und § 826 BGB gingen deshalb nur „zusammen“, wenn man besondere gesellschaftsrechtliche Wertungen zum Ansatz bringen würde<sup>1293</sup>.

<sup>1283</sup> *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 292.

<sup>1284</sup> Vgl. *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 237 f.

<sup>1285</sup> So *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 291 f.

<sup>1286</sup> *Zöllner* in FS Konzen 2006, 999, 1013 ff., 1021.

<sup>1287</sup> *BGH*, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 33 = NZG 2007, 667, 671.

<sup>1288</sup> *Kölbl*, BB 2009, 1194, 1195.

<sup>1289</sup> Rechtspolitische Argumente gegen die Innenhaftung etwa bei *Schwab*, ZIP 2008, 341, 347 f. und *Wagner* in FS Canaris II, 2007, 473, 487 f.

<sup>1290</sup> Vgl. *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 292.

<sup>1291</sup> *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 222.

<sup>1292</sup> *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 222.

<sup>1293</sup> *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 222.

#### **d.d. Umkehrung des Spezialitätsverhältnisses**

Schließlich scheint es dogmatisch wenig überzeugend, dass Pflichten gegenüber der Gesellschaft nicht aus ihrer Sonderverbindung mit dem Gesellschafter entnommen werden, sondern allein aus dem prinzipiell gegenüber jedermann geltenden Deliktstatbestand<sup>1294</sup>. Denn die Verletzung einer allgemeinen Pflicht im Rahmen einer Sonderbeziehung stellt regelmäßig zugleich und erst Recht eine Verletzung von Pflichten aus der Sonderbeziehung dar<sup>1295</sup>. Wenn der BGH also von einer Rücksichtnahmepflicht zwischen Gesellschafter und Gesellschaft ausgeht, sei es nur schwerlich zu begründen, warum ihre Verletzung nur deliktisch und nicht auch auf Grund der (gesellschaftsrechtlichen) Sonderverbindung sanktioniert werden soll<sup>1296</sup>. Problematisch erscheint insofern, inwieweit eine allgemeine deliktische Generalklausel eine an sich speziellere Sonderverbindung als Haftungsgrundlage verdrängen soll<sup>1297</sup>. Denn Ansprüche aus Sonderverbindung stehen nach allgemeinen Regeln vor oder neben deliktischen Ansprüchen, werden von diesen aber jedenfalls nicht verdrängt<sup>1298</sup>. Ein Erst-Recht-Schluss von der deliktischen Pflichtverletzung auf die Sonderpflichtverletzung hätte insofern näher gelegen<sup>1299</sup>.

#### **e. Würdigung der dogmatischen Unstimmigkeiten im Hinblick auf die Qualifikation**

Fraglich ist nun also, wie diese dogmatischen Unstimmigkeiten bzw. Kritikpunkte im Hinblick auf den Allgemeinpflichtcharakter der Rücksichtnahmepflicht, und damit auch im Hinblick auf die Qualifikation zu würdigen sind.

##### **a.a. Zur Innenhaftung**

Bei dem Streit zwischen Innen- und Außenhaftung geht es um zwei generelle dogmatische Fragen. Zum einen geht es um das richtige Verständnis vom „Wesen“ der Gesellschaft, also der Frage, ob sie ein vom Gesellschafterinteresse unterscheidbares „Eigeninteresse“ haben kann<sup>1300</sup>. Zum anderen ist fraglich, inwiefern eine Innenhaftung eine auch mögliche Außenhaftung ausschließen könnte<sup>1301</sup>.

Hinsichtlich ersterer Fragestellung hat der BGH mit „Trihotel“ Stellung genommen und ein „Eigeninteresse“ der Gesellschaft bejaht. Dies hat zum einen ob des richterrechtlichen Gestaltungsakts durchaus bindenden Charakter<sup>1302</sup>; ist also im Rahmen der Qualifikation als feststehend hinzunehmen. Zum anderen kann es aber auch durchaus überzeugen. Denn das „Eigeninteresse“ lässt sich, wenn man sich von der Vorstellung löst, dieses sei ein Interesse der Gesellschaft um ihrer selbst Willen, als ein auch im Interesse der Gläubiger bestehendes „Eigeninteresse“ definieren<sup>1303</sup>. Dies mutet zwar einigermaßen künstlich an, ist aber für das Kunstprodukt

<sup>1294</sup>*Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 56.

<sup>1295</sup>*Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 56; ebenso *Vetter*, BB 2007, 1965, der deshalb ebenso wie *Gehrlein*, WM 2008, 761, 767, davon ausgeht, dass den Gesellschafter, konkurrierend zur Haftung aus § 826 BGB eine Haftung aus der Sonderverbindung trifft.

<sup>1296</sup>*Michalski/Funke* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 406.

<sup>1297</sup>*Michalski/Funke* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 407; *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1883 f.

<sup>1298</sup>*Kölbl*, BB 2009, 1194, 1195.

<sup>1299</sup>*Michalski/Funke* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 407; *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 294; *Vetter*, BB 2007, 1965, 1966.

<sup>1300</sup>*Schanze*, NZG 2007, 681, 684.

<sup>1301</sup>*Schanze*, NZG 2007, 681, 685; kritisch zur Innenhaftung in § 826 BGB wegen möglicher Außenhaftung auch *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 224 f.; *Schwab*, ZIP 2008, 341, 344 ff.

<sup>1302</sup>Vgl. *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 228; *Schanze*, NZG 2007, 681, 685.

<sup>1303</sup>*Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 293.

„Gesellschaft“ durchaus angemessen<sup>1304</sup>. Als eine Art institutionalisierter Interessenausgleich muss sie die Interessen mehrerer Personengruppen bündeln können, ob dies nun Gesellschafter, Minderheitsgesellschafter oder eben Gläubiger sind<sup>1305</sup>. Die Trennung des Gesellschaftsinteresses vom Interesse der Gesellschafter ist eben Ausdruck des Trennungsprinzips, das die Gesellschafter für sich ja grundsätzlich auch in Anspruch nehmen wollen. Der BGH formuliert insofern, das Schutzmodell habe „an dem durch den Verstoß gegen diese Rücksichtnahmepflicht verletzten Schutzobjekt, das heißt an dem namentlich im Gläubigerinteresse gebundenen Gesellschaftsvermögen selbst“ anzusetzen. Wenn ein auch im Gläubigerinteresse definiertes „Eigeninteresse“ besteht, ist es aber grundsätzlich nachvollziehbar, dass der Gesellschaft deliktischer Schutz auch vor ihren Gesellschaftern zukommt<sup>1306</sup>. Die Gläubiger erleiden dann nur Reflexschäden und sind insofern eben mittelbar Geschädigte<sup>1307</sup>.

Abgesehen davon, kann diese Kritik hinsichtlich des „Eigeninteresses“ aber auch grundsätzlich keine Bedeutung für den Allgemeinpflichtcharakter der Rücksichtnahmepflicht haben. Denn zum einen gilt diese Kritik für die Innenhaftung generell, betreffe also auch das Modell der Sonderverbindung. Der Unterschied zwischen § 280 BGB und § 826 BGB besteht nämlich nicht in der Voraussetzung eines „Eigeninteresses“, sondern in der Sonderverbindung, die die niedrigeren Haftungsvoraussetzungen rechtfertigt<sup>1308</sup>. Zum anderen kann der Hinweis, die Innenhaftung sei nur mit gesellschaftsrechtlichen Wertungen in § 826 BGB vereinbar, den Allgemeinpflichtcharakter der Rücksichtnahmepflicht, wie sogleich zu zeigen sein wird<sup>1309</sup>, nicht in Frage stellen.

Die zweite Frage betrifft das Verhältnis der Innenhaftung zu möglichen Außenhaftungsansprüchen und steht mit der gerade behandelten Frage in Zusammenhang. Der BGH geht offenbar davon aus, dass Außenhaftungsansprüche, also Ansprüche der Gläubiger gegen die Gesellschafter wegen Existenzvernichtung grundsätzlich nicht bestehen sollen<sup>1310</sup>. Nun kann die Tatsache, dass die Gesellschaft deliktischen Schutz vor ihren Gesellschaftern besitzt, im Grunde aber nicht bedeuten, dass ein deliktischer Schutz der Gläubiger ausgeschlossen wird. Eine zivilrechtliche Grundnorm, wie die des § 826 BGB, ist nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen durch Richterrecht zu derogieren<sup>1311</sup>. Werden die Tatbestandsmerkmale des § 826 BGB gegenüber den Gläubigern verwirklicht, wird auch gehaftet. Kritiker werfen nun ein, ein Schaden der Gläubiger sei, wie es der BGH ja auch vor „Trihotel“ angenommen hat<sup>1312</sup>, aber kaum zu verneinen<sup>1313</sup>.

Im vorliegenden Kontext ist auch diese Problematik allerdings bedeutungslos. Dass ein innenrechtlicher Anspruch besteht, steht mit „Trihotel“ fest. Ob und inwiefern daneben Direktansprüche einzelner Gläubiger bestehen können, muss sich der BGH zwar in der Tat fragen lassen<sup>1314</sup>. Eine zusätzliche mögliche Außenhaftung nach § 826 BGB ließe am Allgemein-

<sup>1304</sup> *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 293.

<sup>1305</sup> *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 289.

<sup>1306</sup> Vgl. *Altmeyden*, ZIP 2008, 1201, 1204: „mit Selbstverständlichkeit zu bejahen“.

<sup>1307</sup> Vgl. *BGH*, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 26 = NZG 2007, 667, 670.

<sup>1308</sup> *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 293.

<sup>1309</sup> Siehe unten § 5 D. V. 2. e. b.b.

<sup>1310</sup> *BGH*, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 33 = NZG 2007, 667, 671: „reine Innenhaftung“.

<sup>1311</sup> *Schanze*, NZG 2007, 681, 685.

<sup>1312</sup> Kritisch dazu *Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 34, 43 f.

<sup>1313</sup> Etwa *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 224.

<sup>1314</sup> Der *BGH*, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 33 = NZG 2007, 667, 671 gibt für einen möglichen Außenhaftungsfall das „Beiseiteschaffen“ von Restvermögen an, bei der ein einziger verbliebener Gläubiger gezielt geschädigt werden soll. Dies nimmt in etwa *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 296 f. auf, die davon ausgeht, dass neben der Innenhaftung auch eine Außenhaftung besteht, wenn der Gesellschafter den Gläubigern vorsätzlich die Forderungseinbringung vereitelt. Vgl. auch *BGH*, Urteil v. FORTSETZUNG AUF S. 173

pflichtcharakter der Rücksichtnahmepflicht im Rahmen der Innenhaftung aber jedenfalls nicht zweifeln. Dazu kommt, dass einer Außenhaftung aus § 826 BGB jedenfalls eine Allgemeinpflicht zu Grunde liegen dürfte und die Außenhaftung insofern unerlaubte Handlung wäre<sup>1315</sup>.

### **b.b. Zur Verortung der alleinigen Gesellschafterpflicht in § 826 BGB**

Dass die Rücksichtnahmepflicht auf das der Zweckbindung zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung unterliegende Gesellschaftsvermögen nur für die Person des Gesellschafters bestehen soll, mag auf den ersten Blick unstimmig erscheinen. Auf einen zweiten Blick wird indes deutlich, dass diese Rechtsauffassung des BGH einer Verortung in § 826 BGB nicht entgegensteht. Ihren Grund findet diese Aussage in der Anpassungsfähigkeit des Sittenmaßstabs in § 826 BGB an die in den einzelnen Sachgebieten obwaltenden Verhaltensmaßstäbe<sup>1316</sup>.

Das Deliktsrecht betrifft im Gegensatz zum Recht der Sonderverbindungen, „die allgemeinen, zwischen allen Personen bestehenden, gewissermaßen nachbarlichen Rechtsbeziehungen, die von jedermann zu beachten sind, weil sie die Grundlage des Gemeinschaftslebens bilden“<sup>1317</sup>. § 826 BGB kommt dabei die Aufgabe zu, ein sozialetisches Minimum in diesen Beziehungen durchzusetzen<sup>1318</sup>. Es geht um die Gewährleistung von „Grundanschauungen loyalen Umgangs unter Rechtsgenossen“<sup>1319</sup>. Insofern werden durch § 826 BGB berechnete Erwartungen von Verkehrsteilnehmern in das gegenseitige Verhalten im Verkehr geschützt<sup>1320</sup>. Was diesen Erwartungen in Mindeststandards entspricht, kann aber nicht auf einer „juristisch grünen Wiese“ entschieden werden, sondern bedarf zwingend der Einbettung in einen gesellschaftlichen Kontext, der seinerseits rechtlich vorstrukturiert ist<sup>1321</sup>. Was also dem Sittengebot im Rahmen des § 826 BGB widerspricht, muss anhand bestimmter Rechtsgebiete konkretisiert werden. Damit können nicht nur gesellschaftsrechtliche Wertungen und Systemvorgaben, sondern spezieller noch kapitalgesellschaftsrechtliche bzw. GmbH-rechtliche Wertungen und Systemvorgaben in das Sittengebot einfließen<sup>1322</sup>. Es wird sogar vorgebracht, selbst die Vorgabe der Innenhaftung könne sich im Merkmal der guten Sitten widerspiegeln<sup>1323</sup>.

In „Trihotel“ subsumiert der BGH nun den existenzvernichtenden Eingriff unter § 826 BGB und stuft diesen damit als Verstoß gegen das Sittengebot ein. Die Gesellschaft, deren Interesse auch im Gläubigerinteresse definiert ist, darf es demnach als berechnete Erwartung im Verkehr mit den Gesellschaftern ansehen, dass diese Eingriffe in ihr Gesellschaftsvermögen unterlassen, das der Zweckbindung der vorrangigen Gläubigerbefriedigung unterliegt. Eine solchermaßen verstandene Rücksichtnahmepflicht ist der Mindeststandard, den die Gesellschaft erwartet und den die Gesellschafter einhalten müssen. Die Erwartungshaltung der Gesellschaft trifft nach Ansicht des BGH dabei aber nur den Gesellschafter, nicht hingegen andere Personen. Dies ist im Rahmen des gesellschaftsrechtlichen Kontext auch grundsätzlich nachvollziehbar.

---

28.04.2008 – II ZR 246/06 - “Gamma” = NJW 2008, 2437. Dort wurde die Innenhaftung wegen Existenzvernichtung abgelehnt, weil schon kein Eingriff in das Gesellschaftsvermögen vorgelegen hätte, und stattdessen § 826 BGB als Direktanspruch bejaht, weil die Gläubiger arglistig getäuscht worden seien.

<sup>1315</sup>Eine andere Frage wäre, aber, ob die Außenhaftung nach § 826 BGB unter den Ausnahmetatbestand des Art. 1 II d) Rom-II-VO fällt.

<sup>1316</sup>Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 37.

<sup>1317</sup>BGH, Urteil v. 20.03.1961 - III ZR 9/60 (Frankfurt) = NJW 1961, 1157, 1160.

<sup>1318</sup>Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 27.

<sup>1319</sup>BGH, Urteil v. 02.06.1981 - VI ZR 28/80 (Celle) = NJW 1981, 2184, 2185.

<sup>1320</sup>Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 34.

<sup>1321</sup>Wagner in FS Canaris II, 2007, 473, 493.

<sup>1322</sup>Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 37; ausführlich Wagner in FS Canaris II, 2007, 473, 492 ff.

<sup>1323</sup>Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 324b.

Die Subsumtion des BGH mag dabei möglicherweise etwas unglücklich erscheinen, weil der BGH zuerst die Rücksichtnahmepflicht feststellt und diese anschließend relativ knapp begründet als Sittengebot einordnet<sup>1324</sup>, anstatt die Rücksichtnahmepflicht aus dem Sittengebot heraus zu entwickeln. Es ändert aber nichts daran, dass die vom BGH festgestellte Rücksichtnahmepflicht des Gesellschafters sich als Konkretisierung des allgemeinen Sittengebots verstehen lassen muss, dessen Verstoß das Gesetz in § 826 mit Schadensersatzhaftung sanktioniert. Das Sittengebot ist aber eine für jedermann und gegenüber jedermann geltende Pflicht. Die Schadensersatzhaftung gründet daher, trotz der Tatsache, dass sie nur den Gesellschafter trifft, nicht auf einer gesellschaftsrechtlichen Sonderpflicht, sondern auf einer allgemeinen Verhaltenspflicht, für die der gesellschaftsrechtliche Vorgang lediglich als Tatsache eine Rolle spielt<sup>1325</sup>.

Die Tatsache, dass die Pflicht zur Rücksichtnahme nur dem Gesellschafter obliegt, kann also nicht dagegen sprechen, die Existenzvernichtungshaftung als unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 4 Rom-II-VO einzustufen. Vielmehr wäre es geradezu widersprüchlich, einerseits festzustellen, die Anknüpfung der Existenzvernichtungshaftung an die Person des Gesellschafters spräche nicht gegen die Verortung der Haftung in § 826, weil das Sittengebot gesellschaftsrechtlichen Wertungen gegenüber offen sei, andererseits die Existenzvernichtungshaftung aber dennoch nicht deliktsrechtlich qualifizieren zu wollen, gerade weil die Existenzvernichtungshaftung nicht an die Verletzung von Jedermann-Pflichten anknüpfe<sup>1326</sup>. Denn dass sie es tut, steht mit der Subsumtion unter § 826 BGB fest.

### **c.c. Exkurs: Berücksichtigung des maßgeblichen Gesellschaftsstatuts im Rahmen der Sittenwidrigkeit**

Wenn das Sittengebot im Rahmen des § 826 BGB konkretisierungsbedürftig ist und es in den gesellschaftlichen, rechtlich vorstrukturierten Kontext einzubetten gilt, stellt sich bei Auslandssachverhalten jedoch die Frage, inwiefern diesbezüglich ausländische Standards zu berücksichtigen sind oder ob allein auf die inländischen Standards abgestellt werden soll. Entsprechendes gilt für die Regelung des § 823 II BGB.

Nach einhelliger und richtiger Ansicht ist der ausländische Sachverhalt bei der Konkretisierung von deliktischen Generalklauseln zu berücksichtigen<sup>1327</sup>. Unbestritten ist etwa, dass Verkehrsvorschriften des Tatortrechts, wie etwa das Linksfahrgebot in Großbritannien, bei der Ermittlung verkehrsrichtigen Verhaltens heranzuziehen sind<sup>1328</sup>. Entsprechendes gilt etwa für örtliche Verhaltensregeln für Skifahrer<sup>1329</sup>.

Bei einer solchen Berücksichtigung handelt es sich allerdings nicht um eine kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung, sondern um eine rein materiellrechtliche Wertung<sup>1330</sup>. Es geht allein um eine Konkretisierung der Sorgfalts- bzw. Sittengebote, die relativ sind und deshalb von bestimmten Umständen, etwa Zeit, Ort und rechtlichem Kontext abhängig sind<sup>1331</sup>. Haftungsumfang und Haftungsfolgen bestimmen sich weiterhin nach dem Deliktsstatut. Die ausländischen Wertungen

<sup>1324</sup>BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 29 f. = NZG 2007, 667, 670.

<sup>1325</sup>Vgl. Formulierung bei *Sonnenberger* in Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 41.

<sup>1326</sup>So aber *Osterloh-Konrad*, ZHR 172 (2008), 274, 292 u. 301.

<sup>1327</sup>V. Hoffmann in Staudinger, BGB, EGBGB/IPR, Art. 38 – 42, 2001, Vorbem zu Art 40 Rn. 57 ff.

<sup>1328</sup>V. Hoffmann in Staudinger, BGB, EGBGB/IPR, Art. 38 – 42, 2001, Vorbem zu Art 40 Rn. 57.

<sup>1329</sup>V. Hoffmann in Staudinger, BGB, EGBGB/IPR, Art. 38 – 42, 2001, Vorbem zu Art 40 Rn. 57.

<sup>1330</sup>V. Hoffmann in Staudinger, BGB, EGBGB/IPR, Art. 38 – 42, 2001, Vorbem zu Art 40 Rn. 57.

<sup>1331</sup>V. Hoffmann in Staudinger, BGB, EGBGB/IPR, Art. 38 – 42, 2001, Vorbem zu Art 40 Rn. 58.

werden nicht unmittelbar angewandt; ihnen kommt lediglich Tatbestandswirkung zu<sup>1332</sup>. Ist etwa bei einem Verkehrsunfall im Ausland deutsches Deliktsrecht anwendbar, weil die deutschen Unfallgegner ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben (Art. 4 II Rom-II-VO), bestimmt sich die Verantwortlichkeit nach § 276 BGB und nicht nach einer ausländischen Norm. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 II BGB) wurde aber eben nur dann eingehalten, wenn sie sich an die örtlichen Verkehrsregeln gehalten haben<sup>1333</sup>.

Entsprechendes gilt dann für die Existenzvernichtungshaftung. Soweit sie dem Deliktsstatut unterfällt und auf eine Scheinauslandsgesellschaft mit tatsächlichem Sitz in Deutschland angewendet werden soll, ist beim Maßstab für die Sittenwidrigkeit das maßgebliche ausländische Gesellschaftsstatut zu berücksichtigen<sup>1334</sup>. Dass dies keine Vorfrage oder sonstige kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung, sondern lediglich die Berücksichtigung eines Sachverhalts mit ausländischen Elementen bei der Konkretisierung einer Generalklausel darstellt, wurde gerade dargelegt.

Meines Erachtens wäre eine Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf eine europäische Scheinauslandsgesellschaft in Deutschland in diesem Zusammenhang aber dennoch relativ unproblematisch möglich. Denn die entscheidende Wertung für die Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Gesellschafter ist die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung. Die Rücksichtnahmepflicht ist als systemimmanentes Korrelat zur Haftungsbeschränkung zu verstehen. Diese Zweckbindung als systemimmanentes Korrelat zur Haftungsbeschränkung liegt aber dem Recht der Privatgesellschaften eines jeden europäischen Staates zu Grunde<sup>1335</sup>. Wer seiner ausländischen Gesellschaft in Deutschland vorsätzlich insolvenzverursachend oder -vertiefend Vermögen entzieht und damit die (auch) nach dem ausländischen Gesellschaftsstatut bestehende Zweckbindung der vorrangigen Gläubigerbefriedigung missachtet, begeht nach Ansicht des BGH einen Sittenverstoß und ist nach § 826 BGB schadensersatzpflichtig. Ob etwaige ausländische Kapitalerhaltungsvorschriften verletzt wurden oder eine sonstige Insuffizienz des übrigen Gesellschaftsrechts besteht, ist dagegen ob der fehlenden Subsidiarität im Rahmen der Sittenwidrigkeit unerheblich. Grundsätzlich dürfte deshalb auch die Innenhaftung für ausländische Gesellschaften vorgegeben sein. Denn die Innenhaftung knüpft dogmatisch nicht an den Gleichlauf mit den Kapitalerhaltungsvorschriften oder sonstigen Schutzvorschriften an; dieser erscheint ob der fehlenden Subsidiarität vielmehr als wünschenswerte Nebenfolge<sup>1336</sup>. Dogmatisch knüpft die Innenhaftung am verletzten Schutzobjekt an<sup>1337</sup>. Und das ist nach Ansicht des BGH das im Gläubigerinteresse gebundene Vermögen der Gesellschaft<sup>1338</sup>. Ob diese nun eine inländische oder ausländische ist, dürfte demnach egal sein. Denn das Vermögen der Gesellschaft ist auch bei den ausländischen Gesellschaften im Gläubigerinteresse gebunden.

#### **d.d. Zur Funktion als Verlängerung der §§ 30, 31 GmbHG**

Angesichts dessen sind auch Zweifel am Allgemeinpflichtcharakter wegen der Funktion der Existenzvernichtungshaftung als „Verlängerung“ der „Basisansprüche“ aus §§ 30, 31 GmbHG

<sup>1332</sup>V. Hoffmann in Staudinger, BGB, EGBGB/IPR, Art. 38 – 42, 2001, Vorbem zu Art 40 Rn. 58.

<sup>1333</sup>V. Hoffmann in Staudinger, BGB, EGBGB/IPR, Art. 38 – 42, 2001, Vorbem zu Art 40 Rn. 58.

<sup>1334</sup>Nach Sonnenberger in Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 42 einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Lehre.

<sup>1335</sup>Siehe oben bei § 5 A.

<sup>1336</sup>Damit soll nicht verkannt werden, dass der Gleichlauf beider Regelungen für den BGH tatsächlich wohl möglich größte Bedeutung hatte.

<sup>1337</sup>BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 26 = NZG 2007, 667, 670.

<sup>1338</sup>BGH, Urteil v. 16.07.2007 - II ZR 3/04 (OLG Rostock) - „Trihotel“, Tz. 26 = NZG 2007, 667, 670.

unbegründet. Tatsächlich begründen §§ 30, 31 GmbHG zwar keine allgemeinen deliktischen Pflichten; die Kapitalerhaltungsvorschriften sind vielmehr gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren<sup>1339</sup>. Der BGH zieht §§ 30, 31 GmbHG jedoch nunmehr nur noch in einer Art „Überdiesbegründung“ heran. Dogmatisch knüpft die Existenzvernichtungshaftung wegen des Wegfalls der Subsidiarität gerade nicht mehr an §§ 30, 31 GmbHG an. Die Haftungsgrundlage kann gerade nicht mehr, wie es noch vor „Trihotel“ vertreten wurde, in der Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften gesehen werden<sup>1340</sup>.

### e.e. Zur Umkehrung des Spezialitätsverhältnisses

Damit sind Zweifel am Allgemeinpflichtcharakter der Rücksichtnahmepflicht soweit ausgeräumt. Der BGH muss sich allerdings in der Tat fragen lassen, warum die Rücksichtnahmepflicht nur ein Sittengebot darstellen soll, nicht aber auch eine Pflicht im Sinne des § 280 BGB.

Zunächst ist es zwar grundsätzlich nachvollziehbar, dass die Rücksichtnahmepflicht nur ein Sittengebot sein könnte. Denn das Recht der Sonderbeziehungen und das Deliktsrecht können hinsichtlich ihrer Aufgaben grundsätzlich einerseits als Schutzordnung der auf die Sonderbeziehung bezogenen Erwartungen bzw. andererseits als Schutzordnung der Integritätsinteressen verstanden werden<sup>1341</sup>. Der existenzvernichtende Eingriff würde sich insofern als Verletzung eines allgemeinen Integritätsinteresses darstellen, die zwar im Rahmen einer Sonderbeziehung erfolgt, zum Gegenstand dieser Sonderbeziehung selbst aber keinen inneren Bezug hat. Allerdings hat sich die Schutzordnung der Sondererwartungen schon lange auf typisch deliktische Sachverhalte ausgedehnt<sup>1342</sup>. Es ist heute allgemein anerkannt, dass sich vertragliche Schutzpflichten nicht nur auf die vertragliche Leistung selbst beziehen müssen, sondern dass darüber hinaus alle rechtlich geschützten Interessen, also etwa Eigentum, Gesundheit, aber auch das Vermögen vom Schutzbereich der vertraglichen Sonderbeziehung erfasst sind<sup>1343</sup>. Die vertraglichen Schutzpflichten dienen daher auch dem Schutz von Integritätsinteressen<sup>1344</sup>. Dies hat tatsächlich zur Folge, dass Pflichtverletzungen aus Delikt und solche aus Sonderbeziehungen bei grundsätzlicher Anspruchskonkurrenz<sup>1345</sup> in einem Spezialitätsverhältnis zueinanderstehen<sup>1346</sup>. Die Verletzung einer besonderen Pflicht wird erst dann eine unerlaubte Handlung, wenn sie einen widerrechtlichen Übergriff in den Schutzbereich, der dem Betroffenen in der „nachbarrechtlichen Sozialbeziehung“ zu Gute kommt, darstellt<sup>1347</sup>. Andersherum stellt die Verletzung einer allgemeinen Pflicht aber regelmäßig zugleich und erst Recht eine Verletzung von Pflichten aus der Sonderbeziehung dar, sofern eine solche besteht<sup>1348</sup>. Denn diese schützt eben auch allgemeine Integritätsinteressen.

---

<sup>1339</sup>BGH, Urteil v. 25.06.2001 - II ZR 38/99 (Karlsruhe) = NJW 2001, 3123; Eidenmüller in Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften in Deutschland*, 2004, § 4 Rn. 13; Spahlinger/Wegen, *Internationales Gesellschaftsrecht*, 1. Aufl. 2005, Rn. 312; Leible in Michalski, *GmbHG*, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 138.

<sup>1340</sup>Vgl. Altmeyden, ZIP 2005, 119, 120: „[...] im Kern nur um die Verletzung des Kapitalerhaltungsgebotes [...]“

<sup>1341</sup>Vgl. Steffen in RGRK, BGB, Band II, 5. Teil, 12. Aufl. 1989, vor § 823 Rn. 37.

<sup>1342</sup>Kritisch dazu Kreuzer, JZ 1976, 778.

<sup>1343</sup>Sutschet in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.2013, § 241 Rn. 89; vgl. Kreuzer, JZ 1976, 778, 779.

<sup>1344</sup>Sutschet in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.2013, § 241 Rn. 89.

<sup>1345</sup>BGH, Urteil vom 09.05.1957 - II ZR 327/55 (Düsseldorf) = NJW 1957, 1150, 1151.

<sup>1346</sup>Vgl. Weller, ZIP 2007, 1681, 1685.

<sup>1347</sup>BGH, Urteil v. 20.03.1961 - III ZR 9/60 (Frankfurt) = NJW 1961, 1157, 1160; BGH Urteil v. 25.06.2001 - II ZR 38/99 (Karlsruhe) = NJW 2001, 3123; Steffen in RGRK, BGB, Band II, 5. Teil, 12. Aufl. 1989, Vor § 823 Rn. 8.

<sup>1348</sup>Fastrich in: Baumbach/Hueck, *GmbHG*, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 56; ebenso Vetter, BB 2007, 1965, der deshalb ebenso wie Gehrlein, WM 2008, 761, 767, davon ausgeht, dass den Gesellschafter, konkurrierend zur Haftung aus § 826 BGB eine Haftung aus der Sonderverbindung trifft.

Die Annahme des BGH, der existenzvernichtende Eingriff stelle nur die Verletzung eines Sittengebotes dar, ließe sich im Ergebnis daher wohl nur mit dem Gedanken der Deprivilegierung des Vorsatztäters im Rahmen des § 826 BGB begründen<sup>1349</sup>. Demnach sei der Zweck des § 826 BGB in der Deprivilegierung des Vorsatztäters zu suchen<sup>1350</sup>. Dieser erkläre das Tatbestandsmerkmal der guten Sitten<sup>1351</sup>. Sittengebote im Sinne des § 826 BGB können demnach nur solche Verhaltenspflichten sein, die nicht auch schon eine Schadensersatzhaftung bei Fahrlässigkeit im Sinne des § 280 I BGB begründen können<sup>1352</sup>. Das Verbot der Existenzvernichtung wäre demnach eine solche Verhaltenspflicht<sup>1353</sup>.

Abgesehen von grundsätzlicher Kritik am Gedanken der Deprivilegierung des Vorsatztäters<sup>1354</sup> überzeugt dies meiner Ansicht nach aber nicht. Das Konzept der Deprivilegierung des Vorsatztäters bringt den erforderlichen Sittenverstoß im Rahmen des § 826 BGB im Grunde zum Verschwinden<sup>1355</sup>. Denn wenn der Sittenverstoß allein über den Vorsatz begründet wird, ist ein Sittenverstoß, der bei fahrlässiger Begehung nach § 826 BGB eben nicht zur Haftung führen soll, im Grunde nicht mehr vorstellbar. Darüber hinaus ist, wenn die Annahme, dass sich der Schutzbereich der Sonderbeziehung nicht nur auf deren Gegenstand reduziert, richtig ist, kaum zu erklären, warum die Erwartung in ein Minimum an sozialem Verhalten nicht auch der Erwartung in einer Sonderbeziehung entsprechen soll.

Es bleibt daher meines Erachtens fraglich, warum der existenzvernichtende Eingriff nur eine Verletzung des Sittengebotes, nicht aber auch eine Pflichtverletzung im Sinne von § 280 I BGB sein soll<sup>1356</sup>. Letztlich hat dieses dogmatische Problem aber keinen Einfluss auf den Allgemeinpflichtcharakter der Rücksichtnahmepflicht. Denn diese ist nach Ansicht des BGH jedenfalls Sittengebot. Ob daneben möglicherweise eine bestehende Pflicht aus der Sonderbeziehung zu Unrecht abgelehnt wird, ändert daran nichts.

### 3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich damit folgendes feststellen. Die vom BGH kreierte Rücksichtnahmepflicht muss als allgemeines Sittengebot verstanden werden, dessen Verstoß das Gesetz in § 826 BGB mit Schadensersatzhaftung sanktioniert. Das Sittengebot ist aber eine für jedermann und gegenüber jedermann geltende Pflicht. Wenn der BGH den existenzvernichtenden Eingriff unter § 826 BGB subsumiert, steht damit fest, dass die Haftung aus der Verletzung einer allgemeinen Pflicht folgt.

Letztlich führt die Subsumtion unter § 826 BGB damit grundsätzlich zur Anwendung des Art. 4 Rom-II-VO. Dies ist auch folgerichtig. Zwar ist eingangs dargestellt worden, dass es bei der Qualifikation nicht auf die systematische Zuordnung des Rechtsinstituts zu bestimmten Gesetzen ankommt<sup>1357</sup>. Dies ist auch richtig, wenn man etwa an die „Versetzung“ der Insolvenzantrags-

<sup>1349</sup>Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 15a, 324b.

<sup>1350</sup>Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 15.

<sup>1351</sup>Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 15a.

<sup>1352</sup>Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 15a.

<sup>1353</sup>Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 15a, 324b.

<sup>1354</sup>Wagner in MüKo, BGB, Band 5, 5. Aufl. 2009, § 826 Rn. 5; Hönn in Soergel, BGB, Band 12, Schuldrecht 10, 13. Aufl. 2005, § 826 Rn. 5 ff.

<sup>1355</sup>Hönn in Soergel, BGB, Band 12, Schuldrecht 10, 13. Aufl. 2005, § 826 Rn. 7.

<sup>1356</sup>Ebenso Wagner in MüKo, BGB, Band 5, 5. Aufl. 2009, § 826 Rn. 120; Schwab, ZIP 2008, 341, 343; Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 13 Rn. 56; Weller, ZIP 2007, 1881, 1685; Vetter, BB 2007, 1965, Gehrlein, WM 2008, 761, 767; Osterloh-Konrad, ZHR 172 (2008), 274, 294 f.; a.A. Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 15a, 324b; Altmeyden, ZIP 2008, 1201, 1207.

<sup>1357</sup>Siehe oben § 4 A. II. 2. a.

pflicht von den gesellschaftsrechtlichen Spezialgesetzen in die Insolvenzordnung durch das MoMiG denkt. Es soll aber nicht so getan werden, also ob die „Verortung“, d.h. genauer die Subsumtion tatsächlicher Vorgänge unter eine Rechtsnorm keine Relevanz für die Qualifikation hätte. Das Gegenteil ist der Fall. Im Rahmen der Qualifikation ist nicht nur der reine Sachverhalt, sondern der normbezogene Sachverhalt unter den kollisionsrechtlichen Systembegriff zu subsumieren<sup>1358</sup>. Dass § 826 BGB eine unerlaubte Handlung darstellt, ergibt sich aber im Grunde schon aus dem 27. Titel des BGB. Zwar besteht zwischen den Begriffen im BGB und in der Rom-I-VO nicht grundsätzlich Übereinstimmung, da es auf der einen Seite um nationales Sachrecht und auf der anderen Seite um supranationales Kollisionsrecht geht. Von der Grundstruktur stimmen sie aber überein. Die Schadenshaftung aus § 826 BGB unterfällt daher grundsätzlich dem Begriff der unerlaubten Handlung in Art. 4 Rom-II-VO.

In der Sache mag die Subsumtion des existenzvernichtenden Eingriffs unter die Norm des § 826 BGB möglicherweise kritisiert werden. Die Kritik ändert aber nichts daran, dass § 826 BGB unerlaubte Handlung ist. Wenn man sich im Rahmen der Qualifikation nicht als Kritiker, sondern als Interpret des BGH versteht, stellt die Existenzvernichtungshaftung daher ein außervertragliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung im Sinne des Art. 4 Rom-II-VO dar.

## **VI. Ausschluss gem. Art. 1 II d) Rom-II-VO**

Die Tatsache, dass die Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB unter den Systembegriff der unerlaubten Handlung gem. Art. 4 Rom-II-VO fällt, hat allerdings noch nicht zwangsläufig zur Folge, dass die Regelung dem Anknüpfungssystem der Rom-II-VO unterliegt. Möglicherweise ist sie nämlich gem. Art. 1 II d) Rom-II-VO aus dem Anwendungsbereich der Rom-II-VO ausgenommen.

Gemäß dessen Wortlaut unterfallen „außervertragliche Schuldverhältnisse, die sich aus dem Gesellschaftsrecht, dem Vereinsrecht und dem Recht der juristischen Personen ergeben, wie die Errichtung durch Eintragung oder auf andere Weise, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen, die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person sowie die persönliche Haftung der Rechnungsprüfer gegenüber einer Gesellschaft oder ihren Gesellschaftern bei der Pflichtprüfung der Rechnungslegungsunterlagen“ nicht dem Anwendungsbereich der Rom-II-VO.

Vorliegend könnte der Gedanke aufkommen, die Existenzvernichtungshaftung falle schon deshalb aus dem Anwendungsbereich heraus, weil sie eine persönliche Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft dargestellt. Allerdings ist die Existenzvernichtungshaftung in der Ausgestaltung als Innenhaftung gerade keine persönliche Einstandspflicht mehr<sup>1359</sup>. Insofern ist die beispielhafte Aufzählung nicht direkt weiterführend.

Die Aufzählung ist jedoch nicht abschließend, so dass sich die Frage stellt, ob die Existenzvernichtungshaftung ein außervertragliches Schuldverhältnis darstellt, dass sich aus dem Gesellschaftsrecht, dem Vereinsrecht und dem Recht der juristischen Personen ergibt. Dass die Existenzvernichtungshaftung ein außervertragliches Schuldverhältnis darstellt, wurde oben bereits geklärt. Fraglich ist daher nur, ob es sich aus dem Gesellschaftsrecht ergibt.

---

<sup>1358</sup>Siehe oben § 4 A. II. 2. a.

<sup>1359</sup>*Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 323.

## 1. Restriktive Auslegung

Zunächst ist diesbezüglich festzustellen, dass der Ausnahmekatalog des Art. 1 II Rom-II-VO im Zweifel restriktiv auszulegen ist<sup>1360</sup>. Denn als europarechtliche Norm gewährleistet eine möglichst weite Anwendung der Rom-II-VO internationalen Entscheidungseinklang. Dies hat um so mehr Gewicht, als dass mit der EuGVVO die automatische Anerkennung von EU-ausländischen Titeln eingeführt wurde und insofern ein möglichst einheitliches Anknüpfungssystem im Binnenmarkt herrschen sollte<sup>1361</sup>. Darüber hinaus wird mit einer zurückhaltenden Anwendung des Ausnahmekatalogs der Grundsatz des *effet utile* durchgesetzt<sup>1362</sup>. Allerdings gilt auch hier, dass es für eine „künstliche“ Verengung anderer Statute zu Gunsten des Deliktsstatuts keinen Raum gibt<sup>1363</sup>.

Der Grundsatz einer restriktiven Auslegung alleine gibt zudem noch kein Kriterium an die Hand, mit denen festgestellt werden könnte, wann sich ein außervertragliches Schuldverhältnis gerade aus dem Gesellschaftsrecht ergibt. Dieses gilt es festzustellen.

## 2. Hinweis auf Deliktsrecht nicht weiterführend

*Staudinger* etwa verneint, dass die Existenzvernichtungshaftung ein außervertragliches Schuldverhältnis sei, das sich aus dem Gesellschaftsrecht ergäbe, weil die Existenzvernichtungshaftung ein außervertragliches Schuldverhältnis sei, das „originär im Deliktsrecht wurzele“<sup>1364</sup>. Der BGH betone mehrfach die „deliktische Einkleidung des neuen Haftungskonzepts in Abgrenzung zu den im Gesellschaftsrecht verankerten Schutzinstrumenten des §§ 30, 31 GmbHG“<sup>1365</sup>. Das Abstellen allein auf die „deliktsrechtliche Verankerung“ im Hinblick auf Art. 1 II d) Rom-II-VO ist indes nicht weiterführend.

Ein solches Vorgehen erscheint zirkelschlüssig. Denn Delikt bedeutet im Zivilrecht nichts anderes als unerlaubte Handlung. Dessen entscheidendes Kriterium ist aber, dass sie als Schadenshaftung nicht aus einer Sonderverbindung herrührt, also gerade ein außervertragliches Schuldverhältnis darstellt. Nun will die Rom-II-VO aber grundsätzlich nur das anwendbare Recht für außervertragliche Schuldverhältnisse regeln, nicht hingegen auch das anwendbare Recht für vertragliche oder sonderrechtliche Beziehungen bestimmen. Das Abstellen auf das „Deliktsrecht“ kann also kein taugliches Kriterium für die Bestimmung des Ausnahmetatbestands des Art. 1 II d) Rom-II-VO sein. Denn wenn eine Regelung keine unerlaubte Handlung bzw. Delikt ist, unterfällt sie schon grundsätzlich nicht der Rom-II-VO. Den Ausnahmekatalog bedürfte es dann gar nicht mehr.

Dementsprechend führt Art. 1 II d) Rom-II-VO als Ausnahmetatbestand auch gerade „außervertragliche Schuldverhältnisse, die aus dem Gesellschaftsrecht herrühren“, auf, und nicht etwa „Fragen betreffend das Gesellschaftsrecht“ wie es der Ausnahmetatbestand der Rom-I-VO in Art. 1 II f) vorsieht. Regelungen, die dem Ausnahmetatbestand unterfallen sollen, müssen also solche Regelungen sein, die unerlaubte Handlungen sind<sup>1366</sup>, und gleichsam aus dem Gesellschaftsrecht herrühren. Mit der Feststellung allein, dass eine Regelung im Deliktsrecht wurzele, also eine

<sup>1360</sup>KOM (2003) 427 endg. S. 10.

<sup>1361</sup>*Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 323.

<sup>1362</sup>*Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 323.

<sup>1363</sup>Vgl. oben § 5 C. IV.

<sup>1364</sup>*Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 323.

<sup>1365</sup>*Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 323.

<sup>1366</sup>Oder andere außervertragliche Schuldverhältnisse im Sinne der Rom-II-VO wie die ungerechtfertigte Bereicherung, die Geschäftsführung ohne Auftrag oder das Verschulden bei Vertragsverhandlungen.

Haftungsregelung für die Verletzung außervertraglicher Pflichten sei, ist dagegen nicht viel gewonnen.

### **3. Entscheidend: kein Auseinanderreißen im Funktionszusammenhang stehender Normen**

Bei der Frage, ob sich ein außervertragliches Schuldverhältnis aus dem Gesellschaftsrecht im Sinne von Art. 1 II d) Rom-II-VO ergibt, ist vielmehr entscheidend, was mit dem Ausnahmetatbestand bezweckt wird. Denn nur bei den Ausnahmetatbeständen f und g handelt es sich um willkürliche Herausnahmen, die auf politische Gegebenheiten zurückgehen, während die Ausnahmetatbestände a bis e, trotz ihres Bezugs zum außervertraglichen Schuldrecht anderen Rechtsgebieten zugeordnet werden und deshalb möglicherweise anderen Anknüpfungsregeln unterliegen sollten<sup>1367</sup>.

In der Kommissionsbegründung vom 22.07.2003 zur Rom-II-VO findet sich für den Ausnahmetatbestand des Art. 1 II d) Rom-II-VO dazu die Aussage, dass sich Fragen der Organhaftung<sup>1368</sup> nicht vom für die Unternehmensform geltenden Recht trennen lassen, selbst wenn sie grundsätzlich deliktischer Natur sind<sup>1369</sup>. Hinter dieser Aussage steht letztlich die Einsicht, dass bestimmte sachrechtliche Teilmaterien einer Rechtsordnung in einem engen Funktionszusammenhang stehen können. Diesen Funktionszusammenhang gilt es im Internationalen Privatrecht möglichst zu wahren. Bei der Anwendung von Normen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen kann es nämlich sonst, wenn die Teilmaterien auseinandergerissen werden, zu Systemstörungen kommen<sup>1370</sup>. Indem die Regelungen einer Rechtsordnung unterstellt werden, wird dieser Funktionszusammenhang gewahrt.

Einen solchen Funktionszusammenhang sieht der europäische Gesetzgeber augenscheinlich zwischen den Teilmaterien des Gesellschaftsrechts und des Deliktsrechts. Regelungen, die grundsätzlich Delikt sind, funktional aber im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsrecht stehen, sollen nicht vom Anknüpfungssystem der Rom-II-VO erfasst werden, sondern gegebenenfalls anders angeknüpft werden.

Dass die Existenzvernichtungshaftung Bezüge zum Gesellschaftsrecht aufweist, ist offensichtlich. Fraglich ist aber, ob die grundsätzlich deliktische Regelung derart im Funktionszusammenhang zum Gesellschaftsrecht steht, dass es sachlich ungerechtfertigt wäre, die Existenzvernichtungshaftung dem Deliktsstatut zu unterstellen, während das Gesellschaftsrecht anders angeknüpft wird.

Dies ist letztlich zu bejahen. Der Funktionszusammenhang der grundsätzlich deliktischen Existenzvernichtungshaftung zum Gesellschaftsrecht wird deutlich, wenn man sich die Funktion der Existenzvernichtungshaftung zur Lückenschließung im Gesellschaftsrecht vor Augen führt. Das deutsche Deliktsrecht schließt an dieser Stelle eine Schutzlücke im GmbH-Recht. Erst die

---

<sup>1367</sup> *Junker* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 864/2007, Art. 1 Rn. 26.

<sup>1368</sup> Im ursprünglichen Kommissionsvorschlag vom 22.07.2003 war der Ausnahmetatbestand des Art. 1 II d) noch enger gefasst. Er sollte nicht alle außervertraglichen Schuldverhältnisse, die sich aus dem Gesellschaftsrecht ergeben, umfassen, sondern nur die Organhaftung. Ausgenommen sollte sein: „die persönliche gesetzliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Schulden einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person sowie die persönliche gesetzliche Haftung der mit der Pflichtprüfung der Rechnungslegungsunterlagen beauftragten Personen“; siehe KOM (2003) 427 endg. S. 37.

<sup>1369</sup> KOM (2003) 427 endg. S. 10.

<sup>1370</sup> *Eidenmüller* in Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 477.

Verzahnung zweier Rechtsgebiete einer Rechtsordnung gewährleistet hier auf nationaler Ebene eine umfassende und damit eine sachgerechte Lösung. Es wäre zumindest fraglich, ob im Falle einer deutschen GmbH mit tatsächlichem Sitz im Ausland, das ausländische Deliktsrecht so ausgestaltet wäre, dass es die deutsche Schutzlücke im Gesellschaftsrecht schließen könnte, während bei einer ausländischen Gesellschaft mit Sitz in Deutschland überhaupt nicht klar wäre, ob eine Schutzlücke im ausländischen Gesellschaftsrecht überhaupt besteht.

Zudem wird die haftungsbegründende Allgemeinpflichtverletzung durch das Gesellschaftsrecht konkretisiert. Der Pflichtenmaßstab orientiert sich an diesem Rechtsgebiet. Die Folge im Hinblick auf Scheinauslandsgesellschaften mit tatsächlichem Sitz in Deutschland ist, dass Anpassungsprobleme entstehen können. Denn, man denke an die Subsidiarität zu den Kapitalerhaltungsvorschriften, der die Zweckbindung zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung außer Acht lassende Eingriff in das Gesellschaftsvermögen kann in der einen Rechtsordnung einen durch das Gesellschaftsrecht konkretisierten Sittenverstoß darstellen, in der anderen einen Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Regeln. Damit können aber Systemstörungen einhergehen.

Bloße Rechtsunterschiede zwischen verschiedenen Ansprüchen, wie etwa unterschiedliche Verjährungsregelungen stellen per se zwar noch keine Systemstörungen dar. Es ist ja gerade Sinn und Zweck des Internationalen Privatrechts für verschiedene Teilbereiche des Rechts das „richtige“ und damit auch verschiedene Recht zu finden. Systematische Probleme können aber insbesondere hinsichtlich der Ausgestaltung als Innen- oder Außenhaftung entstehen. Vorstellbar ist vor allem, dass im ausländischen Kapitalerhaltungsrecht Außenhaftungsansprüche durchgesetzt werden können. Zwar ist § 826 BGB kapitalgesellschaftsrechtlichen Wertungen und Systemvorgaben gegenüber offen, so dass es vorstellbar wäre, dass auch eine im ausländischen Kapitalerhaltungsrecht vorgegebene Außenhaftung sich in § 826 BGB niederschlagen könnte<sup>1371</sup>. Grundsätzlich dürfte aber die Innenhaftung auch für ausländische Gesellschaften nach der Rechtsprechung des BGH vorgegeben sein<sup>1372</sup>. Denn die Innenhaftung knüpft nach der Konzeption des BGH dogmatisch nicht am Gleichlauf mit den Kapitalerhaltungsvorschriften oder sonstigen Schutzvorschriften an, sondern am verletzten Schutzobjekt. Und das ist nach Ansicht des BGH das im Gläubigerinteresse gebundene Vermögen der (ausländischen) Gesellschaft<sup>1373</sup>. Die systematischen Probleme zur deutschen Innenhaftung erscheinen dann kaum überwindbar. Dies umso mehr, wenn man bedenkt, dass schon im deutschen Recht das Verhältnis der Existenzvernichtungshaftung zu möglichen Außenhaftungsansprüchen nicht geklärt ist. Kurz gesagt: derselbe sachliche Vorwurf, der existenzvernichtende Eingriff, sollte nicht zur Haftung nach unterschiedlichen Rechtsordnungen führen<sup>1374</sup>.

Selbst wenn der BGH sein Konzept für bestimmte ausländische Gesellschaften diesbezüglich aber jeweils anpassen würde, ändert dies nichts. Denn es ist sachgerecht die deliktische Haftung dem Gesellschaftsstatut zu unterstellen, um möglichen Systemwidersprüchen schon von vorneherein zu entgehen. Wenn schon im deutschen Recht offensichtlich ist, dass erst die Verzahnung von Gesellschaftsrecht und Deliktsrecht eine sachdienliche Lösung bereit hält, darf auch davon ausgegangen werden, dass ausländisches Delikts- und ausländisches Gesellschaftsrecht harmonieren und insofern die sachdienlichere Lösung bereit stellen, als dies der Fall wäre, wenn man die Haftung zwei Rechtsordnungen entnimmt, die eben nicht aufeinander abgestimmt sind.

---

<sup>1371</sup>Vgl. *Oechsler* in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 324b.

<sup>1372</sup>Siehe oben § 5 D. V. 2. e. c. c.

<sup>1373</sup>Siehe oben § 5 D. V. 2. e. c. c.

<sup>1374</sup>Vgl. *Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 321; *Eidenmüller* in Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 481.

Der Berücksichtigung der Tatsache, dass die haftungsbegründende Allgemeinpflichtverletzung durch das Gesellschaftsrecht konkretisiert wird, steht auch nicht Art. 15 a) Rom-II-VO entgegen. Grundsätzlich ist es zwar so, dass gem. Art. 15 a) Rom-II-VO das für außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht auch maßgebend für den Grund der Haftung ist. Das sittenwidrige Verhalten als haftungsbegründendes Verhalten im Rahmen des § 826 BGB bestimmt sich daher im Falle einer Verweisung grundsätzlich nach deutschem Recht. Denn mit dem Grund der Haftung sind alle haftungsbegründenden Merkmale gemeint<sup>1375</sup>, so dass dem Deliktsstatut auch die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit einer unerlaubten Handlung unterliegt<sup>1376</sup>. Wird aber der Maßstab der guten Sitten durch ausländisches Recht konkretisiert, kann es Sinn machen, dieser anderen Rechtsordnung auch die gesamte Haftungssanktion zu unterstellen<sup>1377</sup>. Dies nämlich dann, wenn ein Auseinanderreißen dem Funktionszusammenhang zwischen Teilmaterien einer Rechtsordnung nicht gerecht werden würde. Genau diesem Gedanken trägt Art. 1 II d) Rom-II-VO Rechnung.

Schließlich geht hiermit auch kein Automatismus einher, den deliktischen Anspruch stets einem anderen Statut zu unterstellen, sofern nur eine gesellschaftsrechtliche Sonderbeziehung besteht. Liegt der Deliktshaftung nämlich kein mit dem Gesellschaftsrecht in Zusammenhang stehender Vorwurf zu Grunde, etwa derjenige eines Eingehungsbetrugs<sup>1378</sup>, greift die Ausnahmeregelung des Art. 1 II d) Rom-II-VO gerade nicht. Es bleibt dann bei der Regelanknüpfung. Nur wenn ein Funktionszusammenhang der grundsätzlich deliktischen Haftung zum Gesellschaftsrecht besteht, ist die Regelung gesondert, und nicht nach dem Anknüpfungssystem der Rom-II-VO anzuknüpfen.

Im Ergebnis unterfällt die Existenzvernichtungshaftung also trotz grundsätzlich restriktiver Auslegung dem Ausnahmetatbestand des Art. 1 II d) Rom-II-VO.

#### 4. Keine Anpassung

Zu verdeutlichen ist, dass hier mit der Berücksichtigung von Funktionszusammenhängen im Rahmen der Qualifikation keine Anpassung vorgenommen wird<sup>1379</sup>. Bei der Anpassung geht es zwar auch um die Vermeidung von Disharmonien aus dem Zusammenspiel zweier verschiedener Rechtsordnungen. Dort erfolgt sie aber im Wege einer der Qualifikation nachgelagerten Korrektur eines konkreten Ergebnisses, während es bei der Berücksichtigung von Funktionszusammenhängen im Rahmen der Qualifikation darum geht, Systemwidersprüchen von vorneherein zu entgehen. Die Berücksichtigung des Funktionszusammenhangs im Rahmen der Qualifikation bedeutet dann auch nicht, dass die Gefahr von Systemwidersprüchen vollständig gebannt wäre. Insbesondere im Verhältnis zum Insolvenzrecht sind diese nicht ausgeschlossen<sup>1380</sup>. Die Berücksichtigung des Funktionszusammenhangs im Rahmen des kollisionsrechtlichen Art. 1 II d) Rom-II-VO entspricht lediglich der gesetzgeberischen Wertung, Anpassungsprobleme so weit wie möglich gar nicht erst aufkommen zu lassen.

<sup>1375</sup>KOM (2003) 427 endg. S. 26.

<sup>1376</sup>Junker in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 864/2007, Art. 15 Rn. 8.

<sup>1377</sup>Vgl. Oechsler in Staudinger, BGB, Buch 2, Unerlaubte Hdl. 2, Produkthaftung, 2009, § 826 Rn. 140; Eidenmüller in Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 482 f.; Eidenmüller, NJW 2005, 1618, 1620.

<sup>1378</sup>Vgl. Eidenmüller in Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 481; Goette, ZIP 2006, 541, 545.

<sup>1379</sup>Vgl. oben § 4 A. II. 2. b.

<sup>1380</sup>Etwa wenn der Gründungsstaat Gläubigerschutz vornehmlich mit insolvenzrechtlichen Mitteln durchsetzt.

## 5. Ausnahmetatbestand oder akzessorische Anknüpfung

Die Wahrung des Funktionszusammenhangs sachrechtlicher Normen lässt sich nicht nur über einen Ausschlussstatbestand im Rahmen der Kollisionsnorm, sondern grundsätzlich auch über eine akzessorische Anknüpfung nach Art. 4 III Rom-II-VO erreichen.

Nach Art 4 III 1 Rom-II-VO bestimmt sich das auf die unerlaubte Handlung anwendbare Recht, nicht wie grundsätzlich nach dem Ort des Schadenseintritts, sondern nach dem Recht des Staates, mit dem die unerlaubte Handlung eine offensichtlich engere Verbindung hat. Gem. Art. 4 III 2 Rom-II-VO ergibt sich eine solche offensichtlich engere Verbindung insbesondere aus einem schon bereits bestehenden Rechtsverhältnis. Dass zwischen Gesellschafter und Gesellschaft aber eine rechtliche Sonderverbindung besteht, wurde oben festgestellt<sup>1381</sup>.

Im Rahmen der akzessorischen Anknüpfung soll der gesamte Lebenssachverhalt möglichst einer Rechtsordnung unterstellt und nicht in einzelne Rechtsbeziehungen aufgespaltet werden<sup>1382</sup>. Dies geschieht im Interesse des harmonischen Zusammenspiels von Rechtsregeln und der Vermeidung von Konkurrenzproblemen<sup>1383</sup>. Akzessorische Anknüpfung und der Ausnahmetatbestand des Art. 1 II d) Rom-II-VO verfolgen damit im Grunde denselben Zweck. Angesichts der oben gemachten Feststellungen wäre die Existenzvernichtungshaftung daher jedenfalls auch akzessorisch an das Gesellschaftsstatut anzuknüpfen. Dies führt aber zur Frage des Verhältnisses zwischen Ausnahmetatbestand und akzessorischer Anknüpfung.

Die akzessorische Anknüpfung ist grundsätzlich, trotz ihres verbindlichen Tones im Wortlaut, eine Auflockerungsvorschrift, die dem Richter eine flexible Handhabung im Einzelfall ermöglichen soll<sup>1384</sup>. Die Verbindlichkeit im Ton soll nur eine vorschnelle Abweichung des Richters von der Regelanknüpfung verhindern, da ebenso wie bei den Ausnahmetatbeständen von der akzessorischen Anknüpfung im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung möglichst zurückhaltend Gebrauch gemacht werden soll<sup>1385</sup>. Ist der Richter aber davon überzeugt, dass eine engere Verbindung eine andere Anknüpfung rechtfertigt, kann er die Regelung diesem Statut unterstellen.

Bei der akzessorischen Anknüpfung unterfällt die sachrechtliche Regelung also grundsätzlich der Rom-II-VO. Es besteht lediglich auf der Rechtsfolgenseite der Kollisionsnorm, für den Richter die Möglichkeit, die Anknüpfung flexibel zu ändern. Demgegenüber unterfällt im Rahmen des Ausschlussstatbestandes des Art. 1 II d) Rom-II-VO die anzuwendende Regelung schon tatbestandlich nicht der Rom-II-VO. Insofern geht der Ausschlussstatbestand des Art. 1 II d) Rom-II-VO der akzessorischen Anknüpfung nach Art. 4 III Rom-II-VO vor. Da beide Vorschriften im Grunde denselben Zweck verfolgen, dürfte der Anwendungsbereich des Art 4 III Rom-II-VO im Bereich der Organhaftung kaum eigenständige Bedeutung haben<sup>1386</sup>. Es bleibt damit dabei, dass die Existenzvernichtungshaftung wegen Art. 1 II d) Rom-II-VO schon tatbestandlich nicht der

<sup>1381</sup>Vgl. auch *Junker* in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, VO (EG) 864/2007, Art. 4 Rn. 8. : „Ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis zwischen den Deliktsbeteiligten kann auch ein Gesellschaftsvertrag sein.“

<sup>1382</sup>*V. Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 11 Rn. 40.

<sup>1383</sup>*Lorenz* in BeckOK BGB, Edition 26, Stand: 01.02.2013, EGBGB, Einl. IPR Rn. 39.

<sup>1384</sup>Kom (2003) 427 endg., S. 13.

<sup>1385</sup>Kom (2003) 427 endg., S. 13.

<sup>1386</sup>Vorstellbar ist aber etwa, dass ein Gesellschafter seinen Mitgesellschafter betrogen hat. Eine andere Frage als die der Organhaftung wäre die Frage nach der deliktischen Haftung eines Gesellschafters, der seine Mitgesellschafter betrogen hat. In diesem Fall würde der Vorwurf nicht durch das Gesellschaftsrecht konkretisiert werden. Ein Funktionszusammenhang der deliktischen Haftung zum Gesellschaftsrecht wäre nicht erkennbar, so dass Art 1 II d) Rom-II-VO nicht einschlägig wäre. Die unerlaubte Handlung könnte dann dennoch akzessorisch dem Recht des Gesellschaftsstatuts unterstellt werden, wenn der Betrug im „gesellschaftsrechtlichen“ Umfeld erfolgte und „die Gesamtheit der Umstände“, Art. 4 III 1 Rom-II-VO eine solche Anknüpfung rechtfertigt.

Rom-II-VO unterfällt, und nicht etwa akzessorisch dem Gesellschaftsstatut gem. Art. 4 III Rom-II-VO zu unterstellen ist.

## **E. Gesellschaftsrechtliche Qualifikation**

Wenn die Existenzvernichtungshaftung nicht der Rom-II-VO unterfällt, gerade weil sie in einem Funktionszusammenhang zum Gesellschaftsrecht steht, ist offensichtlich, dass sie dann dem Systembegriff „Gesellschaftsrecht“ im deutschen Kollisionsrecht unterfällt. Es soll dennoch kurz darauf eingegangen werden, ob der Systembegriff „Gesellschaftsrecht“ im deutschen Kollisionsrecht die grundsätzlich deliktische Haftungsregelung auch tatsächlich erfassen kann.

## **I. Referentenentwurf**

Diesbezüglich ist zunächst der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zum Internationalen Gesellschaftsrecht bemerkenswert, der nach Vorarbeit des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht entstanden ist<sup>1387</sup>.

Der Entwurf kodifiziert zunächst die durch die Rechtsprechung des EuGH bedingten Wechsel zur Gründungstheorie, differenziert aber nicht danach, aus welchem Staat eine Gesellschaft stammt oder danach, ob es sich um eine deutsche oder ausländische Gesellschaft handelt. Art. 10 I EGBGB in der Fassung des Entwurfs lautet: „Gesellschaften, Vereine und juristische Personen des Privatrechts unterliegen dem Recht des Staates, in dem sie in ein öffentliches Register eingetragen sind. Sind sie nicht oder noch nicht in ein öffentliches Register eingetragen, unterliegen sie dem Recht des Staates, nach dem sie organisiert sind.“ Daneben enthält Art. 10 II EGBGB in der Fassung des Entwurfs eine nicht abschließende Aufzählung von Materien, die dem Gesellschaftsstatut unterfallen sollen. Nach Art. 10 II Nr. 7 EGBGB in der Fassung des Entwurfs ist das Gesellschaftsstatut insbesondere maßgebend für „die Haftung der Gesellschaft, [...] sowie für die Haftung ihrer Mitglieder und Organmitglieder für Verbindlichkeiten der Gesellschaft [...]“. Nach Art. 10 II Nr. 8 EGBGB in der Fassung des Entwurfs ist es auch maßgebend für „die Haftung wegen der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten.“

Ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs regelt Art. 10 II Nr. 7 EGBGB in der Fassung des Entwurfs die Haftungsstruktur der Gesellschaft als Unterfall der Organisationsverfassung<sup>1388</sup>. Dabei soll die Regelung nur die Außenhaftung der Organmitglieder für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft betreffen<sup>1389</sup>. Von der Haftung der Organmitglieder für Verbindlichkeiten der Gesellschaft sei daher die Haftung von Organmitgliedern wegen Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten zu trennen. Diese sei in Art. 10 II Nr. 8 EGBGB in der Fassung des Entwurfs geregelt<sup>1390</sup>.

Art. 10 II Nr. 8 EGBGB in der Fassung des Entwurfs soll dann insbesondere die Innenhaftung von Organmitgliedern wegen Verletzung allgemeiner Treuepflichten oder sonstiger besonderer Verhaltenspflichten aus dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung oder aus Gesetz erfassen<sup>1391</sup>. Es seien jedoch auch gesellschaftsrechtliche Pflichten denkbar, die den Schutz Dritter und die

---

<sup>1387</sup>Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 07.01.2008 (abrufbar unter <http://gesetzgebung.beck.de/news/internationales-privatrecht-der-gesellschaften>).

<sup>1388</sup>a.a.O., Begründung S. 12.

<sup>1389</sup>a.a.O., Begründung S. 11.

<sup>1390</sup>a.a.O., Begründung S. 12.

<sup>1391</sup>a.a.O., Begründung S. 12.

Haftung ihnen gegenüber bezwecken<sup>1392</sup>, so dass auch die Außenhaftung Art. 10 II Nr. 8 EGBGB in der Fassung des Entwurfs unterfallen kann<sup>1393</sup>. In der Begründung des Referentenentwurfs wird dabei etwa an die Handelndenhaftung nach § 11 II GmbHG gedacht<sup>1394</sup>.

Ob aber das Gesellschaftsstatut auch die Haftung der Organe wegen der Verletzung deliktischer Pflichten umfasst, regelt der Referentenentwurf vorsätzlich nicht. Hinsichtlich Art. 10 II Nr. 7 EGBGB in der Fassung des Entwurfs heißt es in der Begründung, es bleibe bewusst offen, „ob sich die Haftung der Mitglieder oder Organmitglieder einer Gesellschaft [...] für deren Verbindlichkeiten auch aus anderen Rechtsgrundlagen, insbesondere aus Delikt, ergeben kann und ob eine solche Haftung sodann gesondert anzuknüpfen wäre.“<sup>1395</sup> Bezogen auf Art. 10 II Nr. 8 EGBGB in der Fassung des Entwurfs heißt es, es bleibe bewusst offen, „ob und wann bei einer Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten auch die außervertragliche Haftung, insbesondere aus Delikt, dem Gesellschaftsstatut unterfällt oder aber gesondert anzuknüpfen ist.“<sup>1396</sup>

Dass der Entwurf diese Frage bewusst offen lässt, lässt sich zum einen damit erklären, dass diese Frage der Rechtsprechung überlassen bleiben soll<sup>1397</sup>. Zum anderen lässt es sich aber auch damit erklären, dass befürchtet wurde, eine Kodifizierung könnte den Anwendungsbereich der Rom-II-VO unzulässigerweise einschränken<sup>1398</sup>. Wie ausgeführt, nimmt die Rom-II-VO die deliktische Regelung zur Existenzvernichtung aber gerade aus ihrem Anwendungsbereich heraus.

## II. Systembegriff „Gesellschaftsrecht“

Unabhängig vom Referentenentwurf umfasst der Systembegriff „Gesellschaftsrecht“ im deutschen Kollisionsrecht nach herkömmlichen Verständnis jedenfalls das gesamte Organisationsrecht der Gesellschaft<sup>1399</sup>. Darunter fällt auch die Rechtsstellung der Gesellschafter<sup>1400</sup>. Damit einher geht wiederum die Frage der Haftung, so dass diese grundsätzlich auch dem Gesellschaftsstatut unterfällt<sup>1401</sup>. Ob damit auch die Haftung wegen der Verletzung deliktischer Pflichten erfasst werden kann, ist aber zumindest nicht offensichtlich.

Grundsätzlich kann das Gesellschaftsrecht als das Recht der privatrechtlichen Zweckverbände und der kooperativen Vertragsverhältnisse definiert werden<sup>1402</sup>. So verstanden, scheint das Gesellschaftsstatut kaum imstande, deliktsrechtliche Haftungsregelungen zu umfassen. Es wurde jedoch schon ausgeführt, dass der materiellrechtliche Systembegriff nicht notwendigerweise mit dem kollisionsrechtlichen Systembegriff einer Rechtsordnung übereinstimmt. So verhält es sich hier. Der kollisionsrechtliche Systembegriff reicht viel weiter, als es der materiellrechtliche vermuten lässt.

---

<sup>1392</sup> a.a.O., Begründung S. 12.

<sup>1393</sup> Vgl. *Sonnenberger* in Sonnenberger, Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, 2007, S. 40.

<sup>1394</sup> Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 07.01.2008 (abrufbar unter <http://gesetzgebung.beck.de/news/internationales-privatrecht-der-gesellschaften>); Begründung S. 12.

<sup>1395</sup> a.a.O., Begründung S. 12.

<sup>1396</sup> a.a.O., Begründung S. 12.

<sup>1397</sup> a.a.O., Begründung S. 12.

<sup>1398</sup> *Staudinger*, Anwbl. 2008, 316, 320.

<sup>1399</sup> *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 137.

<sup>1400</sup> *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 139.

<sup>1401</sup> *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 142.

<sup>1402</sup> *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 1 I 1.

Für eine möglichst einheitliche Zuweisung von gläubigerschützenden Haftungsregelungen zum Gesellschaftsstatut, also auch deliktischen Regeln, spricht eine Reihe von Gründen. Zunächst wurde schon früher vor allem mit dem Funktionszusammenhang gläubigerschützender Regeln verschiedener Rechtsbereiche argumentiert<sup>1403</sup>. Das hinter Art. 1 II d) Rom-II-VO stehende Argument, entstand ja nicht mit der Kodifizierung der Rom-II-VO, sondern hat dort nur seinen (europarechtlichen) gesetzlichen Niederschlag gefunden. Für eine möglichst einheitliche Zuweisung spricht zudem das Interesse der Gesellschaft, die sich ansonsten mit einer Vielzahl verschiedener Haftungsordnungen auseinandersetzen müsste<sup>1404</sup>. Denn das potentielle Nebeneinander verschiedener Rechtsordnungen birgt für die Gesellschaft das Risiko schwer kalkulierbarer Haftungsrisiken<sup>1405</sup>. Schließlich spricht grundsätzlich auch das Interesse der in- und ausländischen Gläubiger an Gleichbehandlung für eine möglichst einheitliche Zuweisung<sup>1406</sup>. Gläubiger aus verschiedenen Staaten sollen nicht durch die Anwendung unterschiedlichen Rechts bevor- oder benachteiligt werden, wenn sie durch das Verhalten der Gesellschafter geschädigt wurden.

Letzteres greift zwar nicht in Fällen der Innenhaftung wie bei der Existenzvernichtungshaftung. Denn Gleichbehandlung kann ja nur erzielt werden, wenn ein einheitliches Recht auf verschiedene Geschädigte angewendet wird. Im Rahmen der Innenhaftung gibt es aber sowieso nur eine Geschädigte, nämlich die Gesellschaft. Dafür greift im Rahmen der Innenhaftung aber auch ein Argument nicht, dass gegen eine möglichst einheitliche Zuweisung von gläubigerschützenden Haftungsregelungen zum Gesellschaftsstatut spricht. Nämlich das Interesse der Gläubiger, bei Geltung der Gründungstheorie nicht einem Recht unterstellt zu werden, dass der schädigende Gesellschafter gewählt hat<sup>1407</sup>. Auch hier gilt, dass die Geschädigte die Gesellschaft ist<sup>1408</sup>.

Vor allem muss die Frage, ob der kollisionsrechtliche Systembegriff „Gesellschaftsrecht“ auch deliktische Haftungsregelungen wie die Existenzvernichtungshaftung erfassen kann, aber vor dem Hintergrund beantwortet werden, dass die Rom-II-VO eine solche Regelung von ihrem Anwendungsbereich selbst ausnimmt. Denn eine Kollisionsnorm ist immer auch in Abgrenzung zu anderen Kollisionsnormen zu würdigen. Nun sieht das deutsche Kollisionsrecht aber keine spezielle Kollisionsnorm für „Gesellschaftsdeliktsrecht“ vor. Insofern kommt nur die Subsumtion unter den kollisionsrechtlichen Systembegriff „Gesellschaftsrecht“ in Frage. Einen Kollisionsnormenmangel in dem Sinne, dass es gewissermaßen an einer „internationalprivatrechtlichen Anspruchsgrundlage“ fehlt, kann es nur, wenn überhaupt, in extremen Ausnahmesituationen geben<sup>1409</sup>. Ein internationalprivatrechtliches „non liquet“ gibt es grundsätzlich nicht<sup>1410</sup>. Insofern ist (auch) der kollisionsrechtliche Systembegriff „Gesellschaftsrecht“ einer überaus weiten Auslegung zugänglich. Das Gesellschaftsstatut muss also die Existenzvernichtungshaftung erfassen, gerade weil sie wegen des Funktionszusammenhangs zum Gesellschaftsrecht nicht dem Systembegriff der Rom-II-VO unterfällt. Die Existenzvernichtungshaftung ist demnach gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren.

<sup>1403</sup>Etwa *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, S. 292.

<sup>1404</sup>*Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 142.

<sup>1405</sup>*Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 142.

<sup>1406</sup>*Großfeld* in Staudinger, EGBGB/IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 1998, Rn. 349; *Leible* in Michalski, GmbHG, Band I, 2. Aufl. 2010, Syst. Darst. 2 Rn. 142.

<sup>1407</sup>*Eidenmüller*, *RabelsZ*, Bd. 70 (2006), 474, 490.

<sup>1408</sup>*Staudinger*, *Anwbl.* 2008, 316, 321.

<sup>1409</sup>*V. Bar/Mankowski*, IPR, Band I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 174 f., Fn. 731.

<sup>1410</sup>*Sonnenberger* in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 513.

## F. Mehrfachqualifikation

Die gesellschaftsrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung hat zur Folge, dass die Regelung nicht auf ausländische Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz in Deutschland angewendet wird, sondern „lediglich“ auf deutsche GmbHs mit tatsächlichem Sitz im Ausland. Teilweise wird wohl auch vor diesem Hintergrund eine Mehrfach- bzw. Doppelqualifikation der Existenzvernichtungshaftung befürwortet. Alle „Kombinationen“ werden dabei vertreten. So soll die Existenzvernichtungshaftung etwa gleichzeitig gesellschaftsrechtlich und insolvenzrechtlich<sup>1411</sup>, oder gesellschaftsrechtlich und deliktsrechtlich<sup>1412</sup>, schließlich auch insolvenzrechtlich und deliktsrechtlich<sup>1413</sup> qualifiziert werden.

Dabei überrascht, mit welcher Selbstverständlichkeit eine solche Position vertreten wird, gilt eine Mehrfachqualifikation doch in der internationalprivatrechtlichen Lehre gemeinhin als „ultima ratio“<sup>1414</sup>. Zwar ist es nicht vollständig ausgeschlossen, dass eine Regelung tatsächlich einmal mehreren Systembegriffen unterfällt. Doch hat es seine Gründe, dass eine Mehrfachqualifikation hohe Hürden überwinden muss und erst nach genauer Funktionsanalyse erfolgen kann, die zum dem Ergebnis kommen muss, dass eine Sachregelung mehrere internationalprivatrechtliche Interessen gleichgewichtig verfolgt und eine Schwerpunktbildung nicht möglich ist<sup>1415</sup>.

Erstens kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die Kollisionsnormen überschneidungsfrei gestalten wollte<sup>1416</sup>. Zweitens geht mit Mehrfachqualifikationen die Gefahr von Systemwidersprüchen einher<sup>1417</sup>. Diese gilt es möglichst zu vermeiden. Ihnen erst im Wege einer konkreten Ergebniskorrektur im Wege der Anpassung begegnen zu wollen, hieße vor der Qualifikationsfrage zu kapitulieren<sup>1418</sup>. Schließlich kommt bei europarechtlichen und mitgliedstaatlichen Kollisionsnormen hinzu, dass nationale Gesetzgeber den Anwendungsvorrang europarechtlicher Normen unterlaufen könnten<sup>1419</sup>. Wenn es dem Mitgliedstaat nicht erlaubt ist, sachrechtliche Regelungsbereiche „seinem“ Kollisionsrecht zu unterstellen, die schon dem Anwendungsbereich europarechtlicher Kollisionsnormen unterfallen, kann schlechterdings nicht argumentiert werden, die Regelungsbereiche würden nur „auch“ vom mitgliedstaatlichen Kollisionsrecht erfasst werden. Eine Mehrfachqualifikation widerspricht zudem dem Ziel der europäischen Kollisionsnormen, internationalen Entscheidungseinklang zu schaffen und auch dem Grundsatz des *effet utile* des Europarechts<sup>1420</sup>.

Schon aus letzteren Gründen sollte die Existenzvernichtungshaftung nicht mehrfachqualifiziert werden. Dazu kommt, dass der europäische Gesetzgeber die Existenzvernichtungshaftung vom Anwendungsbereich der Rom-II-VO gerade aus den Gründen ausnimmt, wegen der auch eine Mehrfachqualifikation grundsätzlich als „ultima ratio“ gilt. Wegen der Gefahr schwer aufzulö-

<sup>1411</sup>Gottwald/Kolmann in Gottwald, Insolvenzsrechts-Hdb., 4. Aufl. 2010, § 132 Rn. 99.

<sup>1412</sup>Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 240 f.

<sup>1413</sup>Kindler in MüKo, BGB, Band 11, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn. 618, 740: „Diese Haftung ist insolvenzrechtlich zu qualifizieren, hilfsweise deliktsrechtlich.“

<sup>1414</sup>Vgl. oben § 4 A. II. 5. c.

<sup>1415</sup>Vgl. oben § 4 A. II. 5. c.

<sup>1416</sup>Sonnenberger in MüKo, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 519.

<sup>1417</sup>Süß in Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2. Aufl. 2011, AT § 1 Rn. 88; Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 275 f.

<sup>1418</sup>Sturm/Sturm in Staudinger, BGB, EGBGB/IPR, Einl. zum IPR, 2012, Rn. 248.

<sup>1419</sup>Vgl. oben § 4 A. II. 5. c.

<sup>1420</sup>Vgl. Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 275 f., der hinsichtlich der Existenzvernichtungshaftung vor „Trihotel“ zu dem Ergebnis einer gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Doppelfunktionalität der zu der Zeit als Haftungsdurchgriff ausgestalteten Regelung kommt, eine Mehrfachqualifikation im Hinblick auf den *effet utile* aber dennoch ablehnt.

sender Normwidersprüche. Eine gesellschafts- und deliktsrechtliche Mehrfachqualifikation würde demnach zum einen bedeuten, die Gefahren einer Mehrfachqualifikation zu missachten, zum anderen den europäischen Gesetzgeber nicht ernst zu nehmen. Dass insofern eine internationalprivatrechtliche Schwerpunktbildung nicht möglich sei, kann nicht ernsthaft behauptet werden. Dass eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung jedenfalls nicht möglich ist, wurde oben dargelegt. Schließlich darf eine Mehrfachqualifikation nicht aus „politischen Gründen“ befürwortet werden<sup>1421</sup>. Es ist nicht Aufgabe von Qualifikation, für verfehlt gehaltene Kollisionsnormen zu korrigieren<sup>1422</sup>. Allein die Intention, die Existenzvernichtungshaftung auch auf Scheinauslandsgesellschaften mit Sitz in Deutschland anzuwenden, weil das inländische Gläubigerschutzrecht dem ausländischen für überlegen gehalten wird, kann kein Argument darstellen.

## G. Ergebnis

§ 826 BGB sanktioniert den Verstoß gegen eine allgemeine Pflicht, nämlich die Einhaltung der guten Sitten, nicht dagegen den Verstoß gegen eine durch eine Sonderverbindung begründete Pflicht. § 826 BGB sanktioniert diesen Verstoß auch mit der Pflicht zum Schadensersatz, was zur Folge hat, dass die Norm eine „unerlaubte Handlung“ im Sinne des Art. 4 Rom-II-VO darstellt. Seit der Entscheidung „Trihotel“ ist der Eingriff des Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen, der die Zweckbindung zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung außer Acht lässt, der sog. „existenzvernichtende Eingriff“ unter § 826 BGB zu subsumieren. Die Tatsache, dass sich diese „Existenzvernichtungshaftung“ nur an den Gesellschafter wendet, steht dem nicht entgegen. Denn § 826 BGB ist Wertungen anderer Rechtsgebiete gegenüber offen. Die Subsumtion unter § 826 BGB hat wiederum zur Folge, dass die Existenzvernichtungshaftung grundsätzlich Art. 4 Rom-II-VO unterfällt. Allerdings sieht Art. 1 II d) Rom-II-VO einen Ausnahmetatbestand für solche unerlaubte Handlungen vor, die in einem Funktionszusammenhang mit dem Gesellschaftsrecht stehen. Hintergrund ist die Verhinderung von Systemwidersprüchen. Die Existenzvernichtungshaftung steht dergestalt mit dem Gesellschaftsrecht in Funktionszusammenhang, dass sie Art. 1 II d) Rom-II-VO unterfällt. Sie schließt eine Schutzlücke im deutschen Kapitalerhaltungsrecht und die haftungsbegründende Allgemeinpflichtverletzung wird durch das Gesellschaftsrecht entscheidend konkretisiert. Sie wird deshalb vom Anwendungsbereich der Rom-II-VO ausgenommen. Die Existenzvernichtungshaftung ist daher unter den nationalen kollisionsrechtlichen Systembegriff „Gesellschaftsrecht“ zu subsumieren. Der deutsche kollisionsrechtliche Systembegriff „Gesellschaftsrecht“ ist auch in der Lage, die grundsätzlich deliktische Haftung des Gesellschafters wegen „existenzvernichtenden Eingriffs“ zu erfassen, weil er weiter reicht als der Begriff des Gesellschaftsrechts nach sachrechtlichem Verständnis. Eine insolvenzrechtliche Qualifikation ist schon deshalb nicht möglich, weil die Existenzvernichtungshaftung im Gegensatz zum kollisionsrechtlichen Systembegriff des Art. 4 EuInsVO nicht die Insolvenzverfahrenseröffnung voraussetzt. Im Ergebnis hat dies zur Folge, dass die Existenzvernichtungshaftung in der Regel auf deutsche GmbHs mit tatsächlichem Sitz im Ausland Anwendung findet, jedoch nicht auf ausländische Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz in Deutschland. Etwaige Vorfragen sind nicht zu beachten.

---

<sup>1421</sup> Süß in Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2. Aufl. 2011, AT § 1 Rn 88.

<sup>1422</sup> Sonnenberger in Müko, BGB, Band 10, 5. Aufl. 2010, Einleitung IPR Rn. 523.

## § 6 Wesentliche Ergebnisse der Arbeit

Die wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Es hat sich gezeigt, dass die sog. „Existenzvernichtungshaftung“ ihre Bedeutung weniger aus ihrer Funktion zur Schließung von Schutzlücken im Kapitalerhaltungsrecht zieht, als aus der Tatsache, dass der „existenzvernichtende Eingriff“ nunmehr durch das Deliktsrecht sanktioniert wird und dieses in Anspruchskonkurrenz zum Kapitalerhaltungsrecht steht. Es hat sich allerdings weiter gezeigt, dass letzteres keine Bedeutung für Scheinauslandsgesellschaften nach sich zieht. Zwar hat die Arbeit ergeben, dass deliktsrechtlich zu qualifizierende Ansprüche sehr wohl niederlassungsrechtlich unbedenklich auf zuziehende Scheinauslandsgesellschaften angewendet werden können. Und auch hat die Arbeit ergeben, dass die Existenzvernichtungshaftung grundsätzlich auf Scheinauslandsgesellschaften mit tatsächlichem Sitz in Deutschland anwendbar wäre. Nach derzeitigem Stand des Internationalen Privatrechts ist die Existenzvernichtungshaftung aber gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren. Dies hat zur Folge, dass die Existenzvernichtungshaftung dann wie das deutsche Kapitalerhaltungsrecht regelmäßig auf deutsche GmbHs mit tatsächlichem Sitz im Ausland anzuwenden ist, nicht dagegen auf ausländische Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz in Deutschland. (Ein Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit entsteht daher nicht.)
2. Hintergrund der gesellschaftsrechtlichen Qualifikation ist, dass Funktionszusammenhänge gewahrt und damit Anpassungsprobleme vermieden werden sollen. Die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf eine ausländische Scheinauslandsgesellschaft mit tatsächlichem Sitz in Deutschland kann lediglich und gegebenenfalls dann erfolgen, wenn es trotz der Bemühungen der entscheidenden Kollisionsnorm zur Verhinderung von Systemstörungen zu einem Normenmangel kommt. Dann kann die Regelung mit Hilfe der Anpassung zur Anwendung gebracht werden. Ein solches Vorgehen wäre niederlassungsrechtlich unbedenklich. Entscheidend muss für die Bejahung eines Normenmangels aber sein, dass nicht abstrakt zwei Rechtsfiguren miteinander verglichen werden, sondern im Einzelfall eine Ungleichbehandlung des grenzüberschreitenden Sachverhalts festgestellt wird, wenn man das Ergebnis damit vergleicht, was die Rechtsordnungen des Herkunfts- und des tatsächlichen Sitzstaates jeweils für reine Inlandsfälle vorsehen.
3. Die gesellschaftsrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung ergibt sich letztlich aus der Rom-II-VO. Mit der Subsumtion des „existenzvernichtenden Eingriffs“ unter die Norm des § 826 BGB unterfällt die „Existenzvernichtungshaftung“ grundsätzlich dem Systembegriff der unerlaubten Handlung nach Art. 4 Rom-II-VO. Art. 1 II d) Rom-II-VO sieht aber eine Bereichsausnahme für deliktische Regelungen vor, die in einem Funktionszusammenhang mit dem Gesellschaftsrecht stehen, um Systemstörungen zu verhindern. Die „Existenzvernichtungshaftung“ steht dergestalt mit dem Gesellschaftsrecht in einem Funktionszusammenhang, dass sie Art. 1 II d) Rom-II-VO unterfällt und vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen wird. Eben deshalb ist sie gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren. Eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung kann schon deshalb nicht erfolgen, weil im Gegensatz zum kollisionsrechtlichen Systembegriff des Art. 4 EuInsVO die Existenzvernichtungshaftung schon die Insolvenzverfahrenseröffnung nicht voraussetzt.

4. Die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf deutsche GmbHs mit tatsächlichem Sitz im Ausland kann im Übrigen nur dann erfolgen, soweit der tatsächliche Sitzstaat der Gründungstheorie folgt. § 4a GmbHG stellt keine versteckte Kollisionsnorm dar. Für deutsche Scheinauslandsgesellschaften (mbH) mit tatsächlichem Sitz im Ausland gilt weiterhin die Sitztheorie. Aus § 4 a GmbHG folgt aber, dass auf sachrechtlicher Ebene kein Hindernis mehr gegen eine tatsächliche Sitznahme im Ausland besteht. Aus der grundsätzlich geltenden Sitztheorie und der Rückverweisung nach Art. 4 I 1 EGBGB folgt dann wiederum, dass auf deutsche GmbHs mit tatsächlichem Sitz im Ausland deutsches Gesellschaftsrecht Anwendung findet, soweit diese Gesellschaften ihren tatsächlichen Sitz in Gründungstheoriestaaten genommen haben, nicht aber in Sitztheoriestaaten. Es ist allerdings genau zu prüfen, ob dem Gründungstheoriestaat tatsächlich eine Rückverweisung für das genaue sachrechtliche Problem zu entnehmen ist.
5. Der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) ist keine versteckte Kollisionsnorm zu entnehmen. Das Internationale Privatrecht der Mitgliedstaaten muss sich vielmehr am Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit messen lassen. Dies kann das nationale Recht zu Änderungen seines Kollisionsrechts zwingen. Für zuziehende europäische Gesellschaften aus Staaten, die den identitätswahrenden Wegzug ihrer Gesellschaft erlauben, folgt das deutsche Kollisionsrecht der Gründungstheorie. Im Hinblick auf die Einheitstheorie unterfallen dabei sämtliche als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierende Fragen dem Gesellschaftsstatut. Die Frage, ob die Gründungstheorie auch für zuziehende europäische Gesellschaften gilt, deren Gründungsrecht den identitätswahrenden Wegzug verbietet, kann offen bleiben. Denn unabhängig davon, ob auf diese Gesellschaften die Gründungs- oder die Sitztheorie anzuwenden ist, gelangt wegen der Gesamtverweisung nach Art. 4 I 1 EGBGB und der in solchen Staaten grundsätzlich geltenden Sitztheorie jedenfalls deutsches Sachrecht zur Anwendung. Eine zuziehende Gesellschaft, deren Gründungsstaat den identitätswahrenden Wegzug verbietet, ist daher in Deutschland OHG oder GbR.
6. Das aus der Niederlassungsfreiheit folgende Anerkennungsgebot reicht nur soweit der Wegzugsstaat sein Gesellschaftsrecht auf seine eigenen Gesellschaften auch im Zuzugsstaat angesehen wissen möchte. Denn soweit der Wegzugsstaat die tatsächliche Sitzverlegung seiner Gesellschaften mit einem Statutenwechsel sanktioniert, kommt der wegziehenden Gesellschaft keine Niederlassungsfreiheit zu Gute. Eine Negierung der Niederlassungsfreiheit durch Nichtanerkennung seitens des Zuzugsstaats kann dann nicht erfolgen. Solange das deutsche Kollisionsrecht für wegziehende eigene Gesellschaften der Sitztheorie folgt, und die Anwendung deutschen Gesellschaftsrechts auf diese Gesellschaften damit vom Anwendungsbefehl des sitzstaatlichen Kollisionsrechts abhängig macht, ist der Sitzstaat daher niederlassungsrechtlich nicht gebunden, deutsche Gesellschaften nach deutschem Recht zu beurteilen. Soweit der deutsche Gesetzgeber es deutschen GmbHs tatsächlich ermöglichen möchte, dass diese nach deutschem Recht beurteilt werden, auch wenn sie ihren tatsächlichen Sitz in EU-Staaten (oder auch Drittstaaten) nehmen, die der Sitztheorie folgen, ist es rechtspolitisch notwendig, die Geltung der Gründungstheorie für diese Gesellschaften gesetzlich zu verankern.
7. Entgegen der wohl überwiegenden Meinung in der Literatur kann die Prüfung, ob die Anwendung inländischer Gläubigerschutznormen auf zuziehende Gesellschaften einen Eingriff in deren Niederlassungsfreiheit darstellt, sehr wohl an Hand einer internationalprivatrechtlichen Qualifikation vorgenommen werden. Zu Grunde gelegt werden darf dabei nur nicht das inländische Kollisionsrecht, sondern das herkunftsrechtliche. Zudem

bedeutet es nicht, dass nicht-gesellschaftsrechtliche Regelungen nicht auch beschränkend wirken können, etwa weil sie diskriminierend sind. Nicht-gesellschaftsrechtliche Regelungen führen nur nicht zu den vom EuGH angemahnten Doppelbelastungen. Denn:

8. Das Verbot von Doppelbelastungen ist tragender Grund der Grundfreiheitsdogmatik. Auch aus der Rechtsprechung des EuGH zum Internationalen Gesellschaftsrecht ergibt sich, dass ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit durch Anwendung inländischen Rechts auf zuziehende Scheinauslandsgesellschaften regelmäßig in einer Regelungsverdopplung begründet wäre. Eine Regelungsverdopplung kann sich aber nur bei gesellschaftsrechtlichen Regelungen ergeben. Denn die Niederlassungsfreiheit zwingt den aufnehmenden Mitgliedstaat nur, eine zuziehende Gesellschaft im Inland mit ihrer ausländischen Teilrechtsordnung „Gesellschaftsrecht“ anzuerkennen. Die Weite des Gesellschaftsstatuts ist dabei weder nach inländischen Vorstellungen zu bestimmen, noch ist eine Übertragung der „Keck“-Rechtsprechung vorzunehmen. Letzteres stellt im Grunde weniger den Versuch dar, das Beschränkungsverbot der Niederlassungsfreiheit zu konkretisieren, als den Versuch, die Weite des Gesellschaftsstatuts mit autonomen Begrifflichkeiten zu umschreiben. Der Ansatz ist schon deshalb abzulehnen, weil sich der Rechtsprechung des EuGH entnehmen lässt, dass der Herkunftsstaat über Gründung und Existenz seiner Gesellschaften im Zuzugsstaat entscheidet, gerade weil das Europarecht nicht definiert, was eine Gesellschaft ausmacht. Bei der Prüfung, ob die Anwendung einer inländischen Regelung auf eine Scheinauslandsgesellschaft zu einer Doppelbelastung führt, ist also vielmehr das herkunftsrechtliche Kollisionsrecht zu befragen.
9. Ist eine inländische Gläubigerschutzregelung unter die Kollisionsnormen der Rom-I-VO, der Rom-II-VO oder der EuInsVO, die das Kollisionsrecht in den Mitgliedstaaten für das Internationale Vertragsrecht, das Internationale Deliktsrecht und das Internationale Insolvenzrecht vereinheitlicht haben, zu subsumieren, steht grundsätzlich fest, dass die Regelung nicht in das Gesellschaftsstatut nach herkunftsrechtlichem Kollisionsrecht fällt. Eine rechtsfolgenorientierte „Umqualifizierung“ ist nicht möglich.
10. Damit kommt der Ebene des Eingriffs bei der Frage, inwieweit die Anwendung inländischen Gläubigerschutzrechts auf zuziehende europäische Gesellschaften, deren Herkunftsstaat den Wegzug ermöglicht, niederlassungsrechtlich unbedenklich erfolgen kann, ungleich größere Bedeutung zu als der Ebene der Rechtfertigung. Denn während Regelungen, die anderen Statuten als dem des Gesellschaftsrechts unterfallen, schon keinen Eingriff darstellen, selbst wenn sie sich „in der Nähe“ des Gesellschaftsrechts befinden, kann die Anwendung inländischer Gläubigerschutzregelungen, die die Niederlassungsfreiheit beschränken, in der Regel nicht gerechtfertigt werden. Denn aus zwingenden Gründen des Gläubigerschutzes kann die Anwendung einer beschränkenden inländischen Regelung auf eine Scheinauslandsgesellschaft regelmäßig nur gerechtfertigt werden, wenn es im Einzelfall zu Normenmängeln kommt. Der Missbrauchs- oder Betrugseinwand ist diesbezüglich nicht weiterführend.
11. Überdies führt dies zu folgender Überlegung. Der Wechsel im deutschen Kollisionsrecht zur Gründungstheorie für zuziehende europäische Gesellschaften gewährleistet, da im Hinblick auf eine Beschränkung das herkunftsrechtliche Kollisionsrecht zu befragen ist, nicht per se grundfreiheitenkonforme Ergebnisse. Wegen der Vereinheitlichung des Kollisionsrechts durch die Rom-I-VO, die Rom-II-VO und die EuInsVO in den Rechtsgebieten, die in der Regel vom Gesellschaftsstatut abzugrenzen sind, minimieren sich aber die Unterschiede in der Weite des Gesellschaftsstatuts nach dem Kollisionsrecht der

verschiedenen Mitgliedstaaten. Dies hat dann tatsächlich zur Folge, dass der Wechsel zur Gründungstheorie im deutschen Recht grundsätzlich zu niederlassungsrechtlich konformen Ergebnissen führt. Um die Rechtsanwendung im Internationalen Gesellschaftsrecht in Europa zu erleichtern, wäre es dennoch rechtspolitisch wünschenswert, das Internationale Gesellschaftsrecht europaweit zu vereinheitlichen.

## Literaturverzeichnis

- Altmeyden, Holger*: „Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften“ in NJW 2004, S. 97 - 104.
- Altmeyden, Holger*: „Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13. 12. 2004 – II ZR 206/02 (OLG Frankfurt/M.)“ in ZIP 2005, S. 119 – 121.
- Altmeyden, Holger*: „Abschied vom „Durchgriff“ im Kapitalgesellschaftsrecht“ in NJW 2007, S. 2657 – 2660.
- Altmeyden, Holger*: „Zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung, Existenzvernichtung und materiellen Unterkapitalisierung in der GmbH - Zugleich Besprechung BGH v. 28.4.2008 – II ZR 264/06“ in ZIP 2008, S. 1201 – 1207.
- Altmeyden, Holger*: „Cash Pooling und Kapitalerhaltung bei bestehendem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag“ in NZG 2010, S. 361 - 368.
- Altmeyden, Holger / Wilhelm, Jan*: „Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH“ in NJW 1999, S. 673 – 681.
- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert*: Beck'scher Online - Kommentar, BGB, Edition 26, Stand 01.02.2013 (zit: BeckOK BGB).
- Bar, Christian von / Mankowski, Peter*: Internationales Privatrecht, Band I, 2. Aufl., München 2003.
- Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J.*: Handelsgesetzbuch, Kommentar, 35. Aufl., München 2012.
- Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred*: GmbH-Gesetz, 20. Aufl., München 2013.
- Bayer, Walter / Schmidt, Jessica*: „Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als „Formwechselfreiheit““ in ZIP 2012, S. 1481 – 1492.
- Beck, Siegfried / Depré, Peter*: Praxis der Insolvenz, 2. Aufl., München 2010.
- Beck'scher Bilanzkommentar; Handels- und Steuerbilanz, §§ 238 – 339, 342 – 342e HGB mit IFRS-Abweichungen, 8. Aufl. München 2012.
- Behme, Caspar / Nohlen, Nicolas*: „Entscheidung überraschend für die Praxis – Kommentar zu EuGH, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio)“ in BB 2009, S. 13 – 14.
- Benicke, Christoph / Zimmermann, Andreas*: „Internationales Namensrecht im Spannungsfeld zwischen Internationalem Privatrecht, Europäischem Gemeinschaftsrecht und Europäischer Menschenrechtskonvention“ in IPRax 1995, S. 141 – 150.
- Bergmann, Jan*: Handlexikon der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2012.

- Binge, Christoph / Thölke, Ulrich:* „Everything goes“: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach „Inspire Art“ in DNotZ 2004, S. 21 – 33.
- Binz, Mark K. / Mayer Gerd:* „Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG im Aufwind? Konsequenzen aus dem „Überseering“-Urteil des EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, GmbHR 2002, 1137“ in GmbHR 2003, S. 249 – 257.
- Bitter, Georg:* „Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften in Europa: Gläubigerschutz in Gefahr?“ in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht - Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 299 – 333.
- Bitter, Georg:* „Flurschäden durch „Centros & Co.“? - Eine Zwischenbilanz“ in WM 2004, S. 2190 – 2200.
- Bittmann, Folker:* „Kapitalersatz, der 5. Strafsenat des BGH und das MoMiG“ in Wistra 2009, S. 102 – 104.
- Böttcher, Leif / Kraft, Julia:* „Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung - die Entscheidung VALE des EuGH“ in NJW 2012, S. 2701 -2704.
- Brand, Oliver:* „Das Kollisionsrecht und die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften“ in JR 2004, S. 89 – 96.
- Braun, Eberhard:* Insolvenzordnung, Kommentar, 5. Aufl., München 2012.
- Brödermann, Eckart / Iversen, Holger:* Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Tübingen 1994.
- Bruns, Patrick:* „Existenz- und Gläubigerschutz in der GmbH – das Vulkan – Konzept“ in WM 2003, S. 815 – 823.
- Bunnemann, Jan / Zirngibl, Nikolas:* Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, München 2008.
- Buth, Andrea K. / Hermanns, Michael:* Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, Handbuch, 3. Aufl., München 2009.
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias:* EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl., München 2011.
- Dannemann, Gerhard:* Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung, Tübingen 2004.
- Dauner-Lieb, Barbara:* „Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss der Debatte?“ in DStR 2006, 2034-2041.
- Dauner-Lieb, Barbara:* „Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB - Besprechung der Entscheidung BGH DStR 2007, 1586 (TRIHOTEL)“ in ZGR 2008, S. 34 – 46.

- Dauner-Lieb, Barbara / Heidel, Thomas / Ring, Gerhard: Anwaltkommentar BGB, Band 1: Allgemeiner Teil mit EGBGB, Bonn 2005.*
- Dauses, Manfred A.: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 31. Ergänzungslieferung, Stand: Juli 2012, München 2012.*
- Diem, Andreas: „Besicherung von Gesellschafterverbindlichkeiten als existenzvernichtender Eingriff des Gesellschafters?“ in ZIP 2003, S. 1283 – 1289.*
- Drygala, Tim / Kremer, Thomas: „Alles neu macht der Mai – Zur Neuregelung der Kapitalerhaltungsvorschriften im Regierungsentwurf zum MoMiG“ in ZIP 2007, S. 1289 – 1296.*
- Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine / Duursma, Dieter / Chalupsky, Ernst: Europäische Insolvenzverordnung, Kommentar, Wien 2002.*
- Ebenroth, Carsten Thomas / Eyles, Uwe: „Die Beteiligung ausländischer Gesellschaften an einer inländischen Kommanditgesellschaft“ in DB 1988, Beilage Nr. 2, S. 1 – 20.*
- Ehlers, Dirk: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009.*
- Eidenmüller, Horst: „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa“ in ZIP 2002, S. 2233 – 2245.*
- Eidenmüller, Horst: Anmerkung zu den Schlussanträgen GA Colomers vom 04.12.2001 – Rs C-208/00 (Überseering), ZIP 2002, S. 82 – 84.*
- Eidenmüller, Horst: „Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt“ in JZ 2004, S. 24 – 33.*
- Eidenmüller, Horst: Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 1. Aufl., München 2004.*
- Eidenmüller, Horst: „Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Inlandssitz“ in NJW 2005, S. 1618 – 1621.*
- Eidenmüller, Horst: „Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut“ in RabelsZ, Bd. 70 (2006), S. 474 – 504.*
- Eidenmüller, Horst: „Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen“ in ZGR 2007, S. 168 – 211.*
- Eidenmüller, Horst / Rehm, Gerhard M.: „Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts“ in ZGR 2004, S. 159 – 188.*
- Emmerich, Volker / Habersack, Mathias: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., München 2010.*
- Ensthaler, Jürgen / Füller, Jens, Schmidt, Burkhard: Kommentar zum GmbH – Gesetz, 2. Aufl., Köln 2010.*

- Fischer, Michael:* „Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach „Inspire Art““ in ZIP 2004, S. 1477 – 1486.
- Fischer, Thomas:* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Aufl., München 2013.
- Fingerhut, Jörn / Rumpf, Joachim:* „MoMiG und die grenzüberschreitende Sitzverlegung – Die Sitztheorie ein (lebendes) Fossil?“ in IPRax 2008, S. 90 – 96.
- Fleischer, Holger:* „Der Rechtsmißbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht“ in JZ 2003, S. 865 – 916.
- Fleischer, Holger:* „Gelöste und ungelöste Probleme der gesellschaftsrechtlichen Geschäftschancenlehre“ in NZG 2003, S. 985 – 992.
- Fleischer, Holger:* „Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung“ in NJW 2009, S. 2337 – 2343.
- Forsthoff, Ulrich :* „EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht“ in DB 2002, S. 2471 – 2477.
- Franz, Alexander / Laeger, Lars:* „Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften nach Umsetzung des MoMiG unter Einbeziehung des Referentenentwurfs zum Internationalen Gesellschaftsrecht“ in BB 2008, S. 678 – 685.
- Franz, Alexander:* „Internationales Gesellschaftsrecht und deutsche Kapitalgesellschaften im In- bzw. Ausland“ in BB 2009, S. 1250 – 1259.
- Frenz, Walter:* Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 2012.
- Freudenberg, Rainer:* „Mindestkapital und Gründungshaftung in der SPE nach dem schwedischen Kompromissentwurf“ in NZG 2010, S. 527 – 531.
- Gehrlein, Markus:* „Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung“ in WM 2008, S. 761 – 808.
- Gehrlein, Markus:* „Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG“ in BB 2008, S. 846 – 853.
- Geimer, Reinhold / Schütze, Rolf A.:* Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, EuInsVO, EuVTVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht, 3. Aufl., München 2010.
- Geißler, Markus:* „Verdeckte Gewinnausschüttungen und Rückforderungsansprüche der GmbH“ in GmbHR 2003, S. 394 – 404.
- Gloger, Christian / Goette, Constantin / van Huet, Fabienne:* „Die neue Rechtsprechung zur Existenzvernichtungshaftung mit Ausblick in das englische Recht (Teil I)“ in DstR 2008, S. 1141 – 1146.

- Goette, Wulf*: „Zu den Folgen der Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland für die Haftung ihrer Gesellschafter und Organe“ in ZIP 2006, S. 541 – 546.
- Goette, Wulf*: „Chancen und Risiken der GmbH-Novelle“ in WPg 2008, S. 231 – 238.
- Goette, Wulf / Habersack, Mathias*: Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Köln 2009.
- Gottwald, Peter*: Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl., München 2010.
- Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard / Nettesheim, Martin*: Das Recht der Europäischen Union, 49. Ergänzungslieferung, Stand November 2012, München 2012.
- Grandpierre, Andreas*: Herkunftslandprinzip kontra Marktortanknüpfung, Frankfurt a.M. 1999.
- Grassmann, Günther*: System des internationalen Gesellschaftsrechts, Berlin 1970.
- Grigoleit, Hans Christoph*: Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, München 2006.
- Grohmann, Uwe*: „Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften nach der Rechtsprechung des EuGH – von Daily Mail bis Cartesio“ in DZWIR 2009, S. 322 – 329.
- Großkommentar der Praxis: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band II, 5. Teil, §§ 812 – 831, 12. Aufl., Berlin, New York, 1989 (zit.: RGRK).
- Grundmann, Stefan*: „Ausbau des Informationsmodells im Europäischen Gesellschaftsrecht“ in DStR 2004, S. 232 – 236.
- Haas, Ulrich*: „Die Gesellschafterhaftung wegen „Existenzvernichtung““, in WM 2003, S. 1229 – 1941.
- Haas, Ulrich*: „Die internationale und örtliche Zuständigkeit für Klagen nach § 64 II GmbHG a.F. (bzw. § 64 S. 1 GmbHG n.F.)“ in NZG 2010, S. 495 – 497.
- Haas, Ulrich*: „Die Rechtsfigur des faktischen GmbH – Geschäftsführers“ in NZI 2006, S. 494 – 499.
- Haas, Ulrich*: „Kapitalerhaltung, Insolvenzanfechtung, Schadensersatz und Existenzvernichtung – wann wächst zusammen, was zusammengehört?“ in ZIP 2006, S. 1373 – 1382.
- Haas, Ulrich*: „Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes“, Gutachten E für den 66. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Stuttgart 2006, Band I, Gutachten, Teil E, München 2006, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages (zit.: *Haas*, Gutachten DJT 2006).
- Habersack, Mathias*: Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., München 2006.

- Habersack, Mathias*: „Trihotel – Das Ende der Debatte? - Überlegungen zur schädlichen Einflussnahme im Aktien- und GmbH-Recht“ in ZGR 2008, S. 533 – 559.
- Habersack, Mathias / Schürnbrand, Jan*: „Die Rechtsnatur der Haftung aus §§ 93 Abs. 3 AktG, 43 Abs. 3 GmbHG“ in WM 2003, S. 957 – 1004.
- Hachenburg, Max*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Zweiter Band, 8. Aufl., Berlin, New York 1997.
- Häsemeyer, Ludwig*: Insolvenzrecht, 4. Aufl., Köln München 2007.
- Handelsrechtsausschuss des DAV*: „Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ in NZG 2007, S. 211 – 223.
- Hannigan, Brenda*: Company Law, Third edition, Oxford 2012.
- Haß, Detlef/Huber, Peter /Gruber, Urs /Heiderhoff, Bettina*: EU-Insolvenzverordnung, Kommentar zur Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO), 1. Aufl., München 2005.
- Heckschen, Heribert*: „Gründungserleichterungen nach dem MoMiG – Zweifelsfragen in der Praxis“ in DStR 2009, S. 166 – 174.
- Heeg, Volker / Manthey, Nikolaus Vincent*: „Existenzvernichtender Eingriff - Fallgruppen der Rechtsprechung und Praxisprobleme“ in GmbHR 2008, S 798 – 802.
- Heinz, Volker G. / Hartung, Wilhelm*: Die englische Limited, 3. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Hellgardt, Alexander / Illmer, Martin*: „Wiederauferstehung der Sitztheorie“ in NZG 2009, S. 94 – 96.
- Hennrichs, Joachim*: „Kapitalschutz bei GmbH, UG (haftungsbeschränkt) und SPE“ in NZG 2009, S. 921 – 928.
- Henze, Hartwig*: „Gesichtspunkte des Kapitalerhaltungsgebotes und seiner Ergänzung im Kapitalgesellschaftsrecht in der Rechtsprechung des BGH“ in NZG 2003, S. 649 – 659.
- Henzler, Jörg*: Haftung der GmbH-Gesellschafter, Baden-Baden 2009.
- Hirte, Heribert*: „Die Entwicklung des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts in Deutschland in den Jahren 2000 bis 2002, 2. Teil: Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ in NJW 2003, S. 1154 – 1161.
- Hirte, Heribert / Bücker, Thomas*: Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl., Köln Berlin München 2006.
- Hölzle, Gerrit*: „Gesellschafterfremdfinanzierung und Kapitalerhaltung im Regierungsentwurf des MoMiG“ in GmbHR 2007, S. 729 – 736.

- Hölzle, Gerrit:* „Existenzvernichtungshaftung als Fallgruppe des § 826 BGB - Alte Haftung in neuem Gewand? In DZWIR 2007, S. 397 – 407.
- Hoffmann, Bernd v. / Thorn, Karsten:* Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2007.
- Hoffmann, Jochen:* „Die stille Beerdigung der Sitztheorie durch den Gesetzgeber“ in ZIP 2007, S. 1581 – 1589.
- Hoffmann, Michael:* Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinierungsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, Baden-Baden 2000.
- Hönn, Günther:* „Roma locuta? Trihotel, Rechtsfortbildung und die gesetzliche Wertung“ in WM 2008, S. 769 – 778.
- Horn, Norbert:* „Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit - Inspire Art“ in NJW 2004, S. 893 – 901.
- Huber, Peter:* „Die Europäische Insolvenzverordnung“ in EuZW 2002, S. 490 – 496.
- Ihrig, Hans Christoph:* „Einzelfragen zur Existenzvernichtungshaftung als Binnenhaftung“ in DStR 2007, S. 1170 – 1174.
- Jarass, Hans D.:* „Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten“ in EuR 1995, S. 202 – 226.
- Jarass, Hans D.:* „Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II“ in EuR 2000, S. 705 – 723.
- Jüttner, Andreas:* Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit, Marburg 2004.
- Just, Clemens:* „Anmerkung zu LG Kiel, Urt. v. 20. 4. 2006 – 10 S 44/05 (Haftung des Directors einer englischen Ltd wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht)“ in ZIP 2006, S. 1248 – 1254.
- Kaulen, Dorothee M.,* „Zur Bestimmung des Anknüpfungsmoments unter der Gründungstheorie“ in IPRax 2008, S. 389 – 395.
- Kegel, Gerhard / Schurig, Klaus:* Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004.
- Kienninger, Eva-Maria:* „Internationales Gesellschaftsrecht nach „Centos“, „Überseering“ und „Inspire Art“: Antworten, Zweifel und offene Fragen“ in ZeuP 2004, S. 685 – 704.
- Kienninger, Eva-Maria:* „The Law Applicable to Corporations in the EC“ in RabelsZ, Bd. 73, 2009 S. 607 – 628.
- Kilger, Joachim:* „Die Insolvenzrechtsreform – eine Herausforderung für die Anwaltschaft“ in AnwBl. 1987, s. 424-429.
- Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfried / Paeffgen, Hans-Ullrich:* Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Baden – Baden 2013.

- Kindler, Peter:* „Die Begrenzung der Niederlassungsfreiheit durch das Gesellschaftsstatut“ in NJW 2007, S. 1785 – 1788.
- Kindler, Peter:* „Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts - Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ in NJW 2008, S. 3249 -3256.
- Kindler, Peter:* „Internationales Gesellschaftsrecht 2009: MoMiG, Trabrennbahn, Cartesio und die Folgen“ in IPRax 2009, S. 189 – 202.
- Knof, Béla:* „Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG (Teil I)“ in DStR 2007, S. 1536 – 1542.
- Knof, Béla / Mock, Sebastian:* „Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 16.12.2008 – Rs C-210/06 (Cartesio)“ in ZIP 2009, S. 30 – 34.
- Knop, Jan:* „Die Wegzugsfreiheit nach dem Cartesio-Urteil des EuGH“ in DZWIR 2009, S. 147 – 152.
- Kobelt, Robert:* „Internationale Optionen deutscher Kapitalgesellschaften nach MoMiG, „Cartesio“ und „Trabrennbahn“ - zur Einschränkung der Sitztheorie“ in GmbHR 2009, S. 808 – 813.
- Koch, Angela:* Die Abkehr von der „bilanziellen Betrachtungsweise“ und ihre Auswirkungen auf die Existenzvernichtungshaftung, Frankfurt a.M. 2007.
- Kölbl, Angela:* „Die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs: gesicherte Erkenntnisse und Entwicklungen seit Trihotel“ in BB 2009, S. 1194 – 1201.
- König, David C. / Bormann, Jens:* „„Genuine Link“ und freie Rechtsformwahl im Binnenmarkt – Trendwende bei der Anerkennung von „Scheinauslandsgesellschaften“ durch die VALE-Entscheidung des EuGH?“ in NZG 2012, S. 1241 – 1244.
- Körber, Torsten / Kliebisch, René:* „Das neue GmbH-Recht“ in JuS 2008, S. 1041 - 1049.
- Kreuzer, Karl F.:* „Anmerkung zu BGH, Urteil v. 28.01.1976 – VIII ZR 246/74 (OLG Koblenz)“ in JZ 1976, S. 778 – 781.
- Krolop, Kaspar:* „Die deliktische Haftung der Gesellschafter wegen Gläubigerschädigung bei der GmbH und der in Deutschland aktiven Limited im Lichte des MoMiG und der Aufgabe des bisherigen Konzepts der Existenzvernichtungshaftung“ in NotBZ 2007, S. 265 – 276.
- Kropholler, Jan:* Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Tübingen 2006.
- Krüger, Frank:* „Die persönliche Haftung der handelnden Personen einer Private Limited Company im Überblick“ in ZinsO 2007, S. 861-869.
- Kühnle, Karsten / Otto, Dirk:* „„Neues“ zu Qualifikation Gläubiger schützender Materien in der Insolvenz der Scheinauslandsgesellschaft“ in IPRax 2009, S. 117 – 121.

- Kußmaul, Heinz / Richter, Lutz / Ruiner, Christoph:* „Grenzenlose Mobilität?! - Zum Zuzug und Wegzug von Gesellschaften in Europa“ in EWS 2009, S. 1 – 10.
- Leible, Stefan:* „Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie“ in ZGR 2004, S. 531 – 558.
- Leible, Stefan / Hoffmann, Jochen:* „„Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie“ in RIW 2002, S. 925 – 936.
- Leible, Stefan / Hoffmann, Jochen:* „„Überseering“ und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht“ in ZIP 2003, S. 925 – 931.
- Leible, Stefan / Hoffmann, Jochen:* „Wie inspiriert ist „Inspire Art“? In EuZW 2003, S. 677 – 683.
- Leible, Stefan / Hoffmann, Jochen:* „Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen“ in BB 2009, S. 58 – 63.
- Leitzen, Mario:* „Die GmbH mit Verwaltungssitz im Ausland“ in NZG 2009, S. 728 -
- Leuering, Dieter / Rubner, Daniel:* „Neues Konzept der Existenzvernichtungshaftung“ in NJW-Spezial 2007, 363-364.
- Lieder, Jan / Kliebisch, René:* „Nichts Neues im Internationalen Gesellschaftsrecht: Anwendbarkeit der Sitztheorie auf Gesellschaften aus Drittstaaten?“ in BB 2009, S. 338 – 343.
- Lips, Jörg / Randel, Thierry / Werwigk, Claudius:* „Das neue GmbH-Recht – Ein Überblick“ in DStR 2008, S. 2220 – 2227.
- Lorenz, Stephan:* „Zivilprozessuale Konsequenzen der Neuregelung des Internationalen Deliktsrechts: Erste Hinweise für die anwaltliche Praxis“ in NJW 1999, S. 2215 – 2218.
- Lutter, Marcus:* „„Überseering“ und die Folgen“ in BB 2003, S. 7 – 10.
- Lutter, Marcus:* Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, Köln 2005.
- Lutter, Marcus:* ZGR Sonderheft 17, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006.
- Lutter, Marcus / Banerjee, Nirmal Robert:* Die Haftung wegen Existenzvernichtung“ in ZGR 2003, S. 402 – 440.
- Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter:* GmbH – Gesetz, Kommentar, 18. Aufl., Köln 2012.
- Mankowski, Peter:* „Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2003/2004 (Teil 2)“ in RIW 2004, S. 587 – 602.
- Martiny, Dieter:* „Internationale Zuständigkeit für „vertragliche Streitigkeiten““ in Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 641 – 667.

- Meyer, Justus / Ludwig, Sören:* „Französische GmbH-Reform 2003/2004: Hintergründe und „Ein-Euro-HmbH“ in GmbHR 2005, S. 346 – 351.
- Michalski, Lutz:* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH – Gesetz), Band I, 2. Aufl., München 2010.
- Michalski, Lutz:* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH – Gesetz), Band II, 2. Aufl., München 2010.
- Mock, Sebastian:* „Europäisierung und Systematisierung des Gesellschaftsrechts – Widerspruch oder Chance?“ in: Domej, Tanja et al., Einheit des Privatrechts, Jb.J.ZivRWiss. 2008, Stuttgart 2009, S. 365 – 378..
- Mülbert, Peter O.:* „Abschied von der „TBB“-Haftungsregel für den qualifiziert faktischen GmbH-Konzern“ in DStR 2001, S. 1937-1947.
- Müller, Hans-Friedrich:* „Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz“ in NZG 2003, S. 414 – 418.
- Müller-Graff, Peter-Christian:* Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1993.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 3. Aufl., München 2008 (zit.: MüKo, AktG, Band 1).
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 9b, 2. Aufl., München 2006 (zit.: MüKo, AktG, Band 9b)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 6. Aufl., München 2012 (zit.: MüKo, BGB, Band 1).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 6. Aufl., München 2012 (zit.: MüKo, BGB, Band 2).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 5. Aufl., München 2009 (zit.: MüKo, BGB, Band 5).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, 5. Aufl., München 2010 (zit.: MüKo, BGB, Band 10).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, 5. Aufl., München 2010 (zit.: MüKo, BGB, Band 11).
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbHG, Band 1, München 2010 (zit.: MüKo, GmbHG, Band 1).
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, 2. Aufl., München 2007 (zit.: MüKo, InsO, Band 1).

- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2, 2. Aufl., München 2008 (zit.: MüKo, InsO, Band 2).
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 3, 2. Aufl., München 2008 (zit.: MüKo, InsO, Band 3).
- Nassall, Wendt*: „Der existenzvernichtende Eingriff in die GmbH: Einwendungen aus verfassungs- und insolvenzrechtlicher Sicht“ in ZIP 2003, S. 969 – 977.
- Nassall, Wendt*: „„Existenzvernichtungshaftung“ als reine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft nach § 826 BGB („TRIHOTEL“)“ in Anmerkung zu BGH 2. Zivilsenat, Urteil vom 16.07.2007 - II ZR 3/04, jurisPR-BGHZivilR 36/2007 Anm. 1.
- Nerlich, Jörg / Römermann, Volker*: Insolvenzordnung, Kommentar, 24. Ergänzungslieferung, München 2012.
- Ohler, Christoph*: „Das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten“ in JA 2006, S. 839 – 844.
- Oppenländer, Frank / Trölitzsch, Thomas*: Praxishandbuch der GmbH – Geschäftsführung, 2. Aufl., München 2011.
- Osterloh-Konrad, Christine*: „Abkehr vom Durchgriff - Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters nach "Trihotel"“ in ZHR 172 (2008), S. 274 – 305.
- Otte, Sabine*: „Kommentar zu EuGH, Urteil vom 16.12.2008 - C-210/06 (Cartesio)“ in EWS 2009, S. 38 – 39.
- Paefgen, Walter G.*: „Gezeitenwechsel im Gesellschaftskollisionsrecht – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 5.11.2002 – RS. C-208/00 = WM2002, 2372 „Überseering““ in WM 2003, S. 561 – 608.
- Paefgen, Walter G.*: „Existenzvernichtungshaftung nach Gesellschafterdeliktsrecht“ in DB 2007, S. 1907 – 1912.
- Paefgen, Walter G.*: „„Cartesio“: Niederlassungsfreiheit minderer Güte“ in WM 2009, S. 529 – 536.
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl., München 2011.
- Patzina, Reinhard / Bank, Stefan / Schimmer, Dieter / Simon-Widmann, Michael*: Haftung von Unternehmensorganen – Vorstände, Aufsichtsräte, Geschäftsführer, München 2010.
- Paulus, Christoph G.*: „Konzernrecht und Konkursanfechtung“ in ZIP 1996, S. 2141 – 2148.
- Paulus, Christoph G.*: Europäische Insolvenzverordnung, Kommentar, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2008.
- Peters, Carsten*: „Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes der GmbH ins Ausland – Aufgabe der Sitztheorie durch das MoMiG?“ in GmbHR 2008, S. 245 – 250.

- Poertzgen, Christoph:* „Neues zur Insolvenzverschleppungshaftung – der Regierungsentwurf des MoMiG“ in NZI 2008, S. 9 – 12.
- Priester, Hans-Joachim / Mayer, Dieter:* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 3. Aufl., München 2009.
- Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd:* BGB, Kommentar, 8. Aufl., Köln 2013.
- Rauscher, Thomas:* Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR), Band: EG-VollstrTitelVO, EG-MahnVO, EG-BagatellVO, EG-ZustVO, EG-BewVO, EG-InsVO, Kommentar, Bearbeitung 2010, München 2010 (zit.: Rauscher, EuZPR/EuIPR).
- Rauscher, Thomas:* Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2012 (zit.: Rauscher, IPR).
- Riesenhuber, Karl:* Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2. Aufl., Berlin 2010.
- Röhricht, Volker:* „Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit und ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz“ in Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, S. 83- 122, Köln, Berlin, Bonn, München 2000.
- Röhricht, Volker:* „Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht“ in ZIP 2005, S. 505 – 516.
- Roth, Günther H./ Altmeyen, Holger:* Kommentar zum GmbHG, 7. Aufl., München 2012.
- Roth, Günther H.:* „Das Ende der Briefkastengründung? - Vale contra Centros“ in ZIP 2012, S. 1744 – 1745.
- Roth, Günther H.:* „Die Bedeutung von Cadbury-Schweppes für die Centros-Judikatur des EuGH“ in EuZW 2010, S. 607 – 611.
- Roth, Wulf – Henning:* „Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering“ in IPRax 2003, S. 117 – 127.
- Rubner, Daniel:* „Abschied von der Existenzvernichtungshaftung“ in DstR 2005, S. 1694 – 1701.
- Saenger, Ingo / Inhester, Michael:* GmbHG, Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2011.
- Sandrock, Otto:* „Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen“ in Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin New York 1979, S.669 – 696.
- Sandrock, Otto:* „Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie“ in BB 1999, S. 1337 - 1345.
- Sandrock, Otto:* „Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie“ in ZvglRWiss 2003, S. 447 – 504.

- Sandrock, Otto:* „Sitzrecht contra Savigny – Zum angeblichen Chaos im internationalen Gesellschaftsrecht“ in BB 2004, S. 897 – 901.
- Savigny, Friedrich Carl von:* System des heutigen römischen Rechts, Band 8, Berlin 1849 (abrufbar unter der Seite [http://dlib-pr.mpier.mpg.de/index.htm\\_des Max-Planck- Institut für europäische Rechtsgeschichte](http://dlib-pr.mpier.mpg.de/index.htm_des_Max-Planck-Institut_für_europäische_Rechtsgeschichte)).
- Schall, Alexander:* Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz: Grund und Grenzen der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel, München 2009.
- Schanze, Erich / Jüttner, Andreas:* „Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach „Inspire Art“ in AG 2003, S. 661 – 671.
- Schanze, Erich:* „Gesellschafterhaftung für unlautere Einflussnahme nach § 826 BGB: Die Trihotel-Doktrin des BGH“ in NZG 2007, S. 681 – 686.
- Schillig, Michael:* „Existenzvernichtungshaftung und englische Limited“ in ZvgIRWiss 2007, S. 299 – 334.
- Schilling, Katrin:* Binnenmarktkollisionsrecht, Berlin 2006.
- Schmidt, Jessica:* „Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung bei der „deutschen“ Limited – Das LG Kiel auf dem richtigen Weg?“ in ZinsO 2006, S. 737 – 742.
- Schmidt, Karsten:* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 2002.
- Schmidt, Karsten:* „Verluste der Mitte durch „Inspire Art“? - Verwerfungen im Unternehmensrecht durch Schreckreaktionen der Literatur“ in ZHR 168 (2004), S. 493 – 502.
- Schmidt, Karsten:* „GmbH – Reform, Solvenzgewährleistung und Insolvenzpraxis – Gedanken zum MoMiG – Entwurf“ in GmbHR 2007, S. 1 - 11.
- Schmolke, Klaus Ulrich:* Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, Kommentierung zu §§ 30 und 31 GmbHG, München 2009.
- Schober, René:* Die Haftung des GmbH-Gesellschafters für die Verursachung der Unternehmensinsolvenz, Baden-Baden 2009.
- Soergel, Hs. Th.:* Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band 12, Schuldrecht 10, 13. Aufl., Stuttgart 2005.
- Schön, Wolfgang:* „Der Rechtsmißbrauch im Europäischen Gesellschaftsrecht“ in Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002.
- Schön, Wolfgang:* „Zur „Existenzvernichtung“ der juristischen Person“ in ZHR 168 (2004), S. 268 – 297.
- Scholz, Franz:* Kommentar zum GmbH – Gesetz, III. Band, §§ 53 – 85, 10. Aufl., Köln 2010.

- Schotten, Günther / Schmellenkamp, Cornelia*: Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. München 2007.
- Schwab, Martin*: „Missbrauchsbekämpfung durch die GmbH-Reform: Schutzinstrumente und Schutzlücken“ in DStR 2010, S. 333-348.
- Schwab, Martin*: „Die Neuauflage der Existenzvernichtungshaftung: Kein Ende der Debatte!“ in ZIP 2008, S. 341 – 350.
- Sethe, Rolf / Winzer, Katharina*: „Der Umzug von Gesellschaften nach dem Cartesio – Urteil“ in WM 2009, S. 536 – 540.
- Smid, Stefan*: „Existenzvernichtungshaftung, Insolvenzabwicklung und Sanierung“ in DZWIR 2008, S. 265 – 270.
- Sonnenberger, Hans Jürgen*: „Europarecht und Internationales Privatrecht“ in ZvgIRWiss 1996, S. 3 – 47.
- Sonnenberger, Hans Jürgen*: Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts, Tübingen 2007.
- Spahlinger, Andreas / Wegen, Gerhard*: Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, München 2005.
- Spindler, Gerald / Berner, Olaf*: „Der Gläubigerschutzrecht im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art“ in RIW 2004, S. 7 – 16.
- Staudinger, Ansgar*: „Existenzvernichtender Eingriff und Haftung des Gesellschafters“ in Anwbl. 2008, S. 316-326.
- Staudinger, Julius von*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR – Internationales Gesellschaftsrecht, Neubearbeitung 1998, Berlin 1998.
- Staudinger, Julius von*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Einleitung zum IPR, Neubearbeitung 2012, Berlin 2012.
- Staudinger, Julius von*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR, Art. 38 – 42 EGBGB, Neubearbeitung 2001, Berlin 2001.
- Staudinger, Julius von*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, §§ 397 – 432, Neubearbeitung 2012, Berlin 2012.
- Staudinger, Julius von*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, §§ 826 – 829, ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung), Neubearbeitung 2009, Berlin 2009.
- Steinke, Kirsa*: Die Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung des EuGH auf die Niederlassungsfreiheit, Frankfurt a.M. 2009.

- Stewen, Tobias:* „Zuzugsfreiheit ohne Wegzugsfreiheit und Grundfreiheiten unter Harmonisierungsvorbehalt?“ in FR 2010, S. 18 – 25.
- Streinz, Rudolf:* EUV/AEUV, Kommentar, 2. Aufl., München 2012.
- Strohn, Lutz:* „Existenzvernichtungshaftung – Vermögensvermischungshaftung – Durchgriffshaftung“ in ZinsO 2008, S. 706- 713.
- Süß, Rembert / Wachter, Thomas:* Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2. Aufl., Bonn 2011.
- Teichmann, Christoph:* Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, Berlin 2006.
- Teichmann, Christoph:* „Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug“ in ZIP 2009, S. 393 – 404.
- Teichmann, Christoph:* „Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit“ in ZGR 2011, S. 639 – 689.
- Thole, Christoph:* Gläubigerbenachteiligung und Gläubigerbegünstigung unter § 826 BGB – zur Dritthaftung von Kreditgebern wegen sittenwidrigen Verhaltens“ in WM 2010, S. 685 – 692.
- Thomas, Stefan:* „Die Relevanzregel in der europäischen Grundfreiheitendogmatik - Zur Frage eines Spürbarkeitserfordernisses bei der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten“ in NVwZ 2009, S. 1202 – 1207.
- Uhlenbruck, Wilhelm:* Insolvenzordnung, Kommentar, 13. Aufl., München 2010.
- Ulmer, Peter:* „Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern“ in ZHR 148 (1984), S. 391-427.
- Ulmer, Peter:* „Von „TBB“ zu „Bremer Vulkan“ – Revolution oder Evolution? Zum Bestandsschutz der abhängigen GmbH gegen existenzgefährdende Eingriffe ihres Alleingeschafters“ in ZIP 2001, S. 2021 – 2029.
- Ulmer, Peter:* „Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften - Zum Verhältnis zwischen gläubigerschützendem nationalem Gesellschafts-, Delikts- und Insolvenzrecht und der EG-Niederlassungsfreiheit“ in NJW 2004, S. 1201 – 1210.
- Ulmer, Peter / Habersack, Mathias / Winter, Martin:* GmbHG, Großkommentar, Band II, Tübingen 2006.
- Ulmer, Peter / Habersack, Mathias / Winter, Martin:* GmbHG, Großkommentar, Band III, Tübingen 2008.
- Vallender, Heinz:* „Die Insolvenz von Scheinauslandsgesellschaften“ in ZGR 2006, S. 425 - 460.
- Virgós, Miguel / Schmit, Etienne:* Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, Doc. 6500/1/96 REV 1.

*Veil, Rüdiger:* „Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und materieller Unterkapitalisierung“ in NJW 2008, S. 3264 – 3266.

*Vetter, Jochen:* „Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur „Existenzvernichtungshaftung“ in BB 2007, 1965-1970.

*Volb, Helmut:* Die Limited, 2. Aufl., Herne 2010.

*Wagner, Gerhard:* „Existenzvernichtung als Deliktstatbestand – Einordnung, Ausgestaltung und Anknüpfung der Haftung wegen „existenzvernichtenden Eingriffs“ – „ in Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, S. 473 – 505, München 2007.

*Wagner, Gerhard:* „Die neue Rom II-Verordnung“ in IPRax 2008, S. 1 – 17.

*Wälzholz, Eckhard:* „Die insolvenzrechtliche Behandlung haftungsbeschränkter Gesellschaften nach der Reform durch das MoMiG“ in DStR 2007, S. 1914 – 1920.

*Wazlawik, Thomas:* „Existenzvernichtung und kein Ende - Ein Nachruf auf die Konzernhaftung und andere offengebliebene Fragen“ in NZI 2009, S. 291 – 297.

*Weller, Marc-Philippe:* „Das Internationale Gesellschaftsrecht in der neuesten BGH – Rechtsprechung“ in IPRax 2003, S. 324 – 328.

*Weller, Marc-Philippe:* Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, Köln, Berlin, München 2004.

*Weller, Marc-Philippe:* „Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften“ in DStR 2004, S. 1218 – 1220.

*Weller, Marc-Philippe:* „Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen durch die Praxis“ in ZIP 2007, 1681-1689.

*Weller, Marc-Philippe:* „Solvenztest und Existenzvernichtungshaftung – Zwei grundverschiedene Gläubigerschutzfiguren“ in DStR 2007, S. 116 – 122.

*Weller, Marc-Philippe:* „Die Rechtsquellendogmatik des Gesellschaftskollisionsrechts“ in IPRax 2009, S. 202 – 209.

*Wendehorst, Christiane:* „Kollisionsnormen im primären Europarecht?“ in Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, S. 1071 – 1088, München 2005.

*Wertenbruch, Johannes:* „Der Abschluss des „Überseering“-Verfahrens durch den BGH - Folgerungen“ in NZG 2003, S. 618 – 620.

*Westhoff, André O.:* „Die Verbreitung der englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland“ in GmbHR 2007, S. 474 – 480.

*Wicke, Hartmut:* GmbHG, Kommentar, 2. Aufl., München 2011.

*Wilmowsky, Peter v.:* „EG – Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit“ in *RabelsZ*, Bd. 62 (1998), S. 1 – 37.

*Winter, Martin:* *Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht*, München 1988.

*Winter, Michael:* „Upstream-Finanzierung nach dem MoMiG-Regierungsentwurf - Rückkehr zum bilanziellen Denken“ in *DStR* 2007, S. 1484 – 1491.

*Zeuner, Mark:* „Die Anfechtung in der Insolvenz“, 2. Aufl., München 2007.

*Ziemons, Hildegard:* „Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?!“ in *ZIP* 2003, S. 1913 – 1920.

*Ziemons, Hildegard / Jaeger, Carsten:* *Beck'scher Onlinekommentar GmbHG*, Edition 14, Stand: 01.03.2013, München 2013 (zit.: BeckOK GmbHG).

*Zimmer, Daniel:* *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg 1996.

*Zimmer, Daniel:* „Wie es Euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering – Urteil des EuGH“ in *BB* 2003, S. 1 – 7.

*Zimmer, Daniel:* „Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?“ in *NJW* 2003, S. 3585 – 3592.

*Zimmer, Daniel / Naendrup, Christoph:* „Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?“ in *NJW* 2009, S. 545 – 550.

*Zöllner, Wolfgang:* „Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH“ in *Festschrift für Horst Konzen*, 2006, S. 999 – 1021.