

Schnittstellen des internationalen Gesellschafts- und Insolvenzrechts

*Dr. Florian Kienle, LL.M. (N.Y.U.)
Rechtsanwalt, Heidelberg/Mannheim*

Übersicht:	S.		S.
A. Einleitung	5		
B. Grundsätze des internationalen Gesellschaftsrechts	7		
I. Übergang von der Sitz- zur Gründungstheorie	7		
1. Sitztheorie als Mobilitätshindernis	8	3. Rechtfertigung vor der Niederlassungsfreiheit	22
2. Centros, Überseering und Inspire Art	9	a) Rechtfertigung gem. Art. 46 EGV	22
3. Reichweite der Niederlassungsfreiheit	10	b) Rechtfertigung nach den Gebhard- bzw. Centros-Grundsätzen	22
4. Gesellschaften aus EFTA-Staaten und den USA	11	c) Missbrauchseinwand	28
II. Zwischenergebnis	11	d) Übertragung der Keck-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit	30
C. Schutzdefizite infolge Anwendung des Gründungsrechts	12	IV. Behebung eines Normenmangels	31
I. Unanwendbarkeit abstrakt-präventiver Gläubigerschutzregeln und von Haftungstatbeständen inländischen Rechts	12	V. Residuale Funktion des <i>ordre public</i>	32
II. Schutzdefizite durch Anwendung des Gründungsrechts	12	VI. Zwischenergebnis und Ausblick	32
III. Korrekturbedarf durch Anwendung inländischer Schutzvorschriften	14	1. Zusammenfassung	32
D. Methodische Varianten der Berufung inländischen Schutzrechts und deren Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit	15	2. Vorschläge de lege ferenda	33
I. Insolvenzrechtliche Qualifikation	15	E. Grundsätze des internationalen Insolvenzrechts	35
1. Begriff der Qualifikation	15	I. Einleitung und Grundsätze	35
2. Insolvenzrechtliche Qualifikation von Schutzinstituten	16	II. Geltungsbereich der EuInsVO	36
3. Rechtfertigung insolvenzrechtlicher Regelungen vor der Niederlassungsfreiheit	17	1. Hauptinsolvenzverfahren	37
II. Qualifikation als allgemeines Verkehrsrecht	18	2. Nebeninsolvenzverfahren	37
III. Sonderanknüpfung der gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzregeln	20	3. Insolvenztypische Annexverfahren	37
1. Begriff der Sonderanknüpfung	20	4. Anwendbarkeit in Drittstaatenfällen	38
2. Differenzierung zwischen Außen- und Innenverhältnis	21	5. Verbleibender Anwendungsbereich des autonomen internationalen Insolvenzrechts	39
		III. Internationale Eröffnungszuständigkeit	40
		1. Eröffnungszuständigkeit für Hauptverfahren	40
		2. Konzernsachverhalte	41
		3. Vermutungswirkung; Amtsermittlung der Zuständigkeits-tatsachen	44
		4. Örtliche Eröffnungszuständigkeit	45
		5. Internationale Kompetenzkonflikte	45
		6. Perpetuatio fori im internationalen Insolvenzrecht	46
		IV. Sekundär- und Partikularinsolvenzverfahren	47
		1. Begriff und Voraussetzungen	47

2. Eröffnungszuständigkeit bei inländischer Niederlassung	48	2. Anknüpfung der Rechtsprechungsregeln	60
V. Insolvenzfähigkeit	49	3. Novellenregeln	60
VI. Eröffnungsgründe	50	a) Qualifikation	60
VII. Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens	51	b) Vorfrage des eigenkapitalersetzenden Charakters	61
1. Antragsberechtigung	51	c) Schutzlücken, Normenmangel	62
2. Antragsrecht für Nebeninsolvenzverfahren	52	III. Insolvenzverschleppungshaftung	62
3. Recht zur sofortigen Beschwerde	52	1. Überblick	62
4. Ablehnung der Eröffnung mangels Masse; gesellschaftsrechtliche Liquidation	53	2. Antragspflicht und Delikts haftung, § 64 Abs. 1 GmbHG, § 823 Abs. 2 BGB	63
VIII. Insolvenzverfahren; Reichweite des Insolvenzstatuts	54	a) Überblick	63
1. Reichweite des Insolvenzstatuts	54	b) Qualifikation	63
2. Überschneidungen mit dem Gesellschaftsstatut	55	c) Rechtfertigungsprüfung bei gesellschaftsrechtlicher Qualifikation	67
IX. Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren; Wirkungserstreckung	56	3. Der Insolvenzantragspflicht vorgelagerte Pflichten	67
F. Einzelne insolvenznahe (Haftungs-) Tatbestände des GmbH-Rechts	57	4. Antragsstellung bei ausländischen Gerichten	67
I. Kapitalerhaltungsregeln	58	5. Erlöschen der Antragspflicht	69
1. Überblick	58	6. Erstattungsanspruch aus § 64 Abs. 2 GmbHG	69
2. Kapitalaufbringungsregeln	58	IV. Haftungsdurchgriff wegen existenzvernichtenden Eingriffs	70
3. Kapitalerhaltungsregeln	58	1. Überblick	71
II. Das Eigenkapitalersatzrecht	60	2. Qualifikation	72
1. Überblick	60	G. Zusammenfassung und Schluss	74

Literaturhinweise

Altmeppen, Parteifähigkeit, Sitztheorie und „Centros“, DStR 2000, 1061; *Altmeppen*, Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften, NJW 2004, 97; *Altmeppen/Wilhelm*, Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der Scheinauslandsgesellschaften, DB 2004, 1083; *Bayer*, Zulässige und unzulässige Einschränkungen der europäischen Grundfreiheiten im Gesellschaftsrecht, BB 2002, 2289; *Bayer*, Die EuGH-Entscheidung „Inspire-Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, BB 2003, 2357; *Behrens*, Reaktionen mitgliedstaatlicher Gerichte auf das Centros-Urteil des EuGH, IPRax 2000, 384; *Behrens*, Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 2003, 191; *Behrens*, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art, IPRax 2004, 20; *Binz/Mayer*, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG im Aufwind? – Konsequenzen aus dem „Überseering“-Urteil des EuGH vom 5.11.2002, GmbHR 2003, 249; *Borges*, Die Sitztheorie in der Centros-Ära: Vermeintliche Probleme und unvermeidliche Änderungen, RIW 2000, 167; *Borges*, Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem Sitz, ZIP 2004, 733; *Brand*, Das Kollisionsrecht und die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften, JR 2004, 89; *Drygala*, Abschied vom qualifizierten faktischen Konzern – oder Konzernrecht für alle?, GmbHR 2003, 729; *Duursma-Kepplinger/Duursma*, Der Anwendungsbereich der Insolvenzordnung unter Berücksichtigung der Bereichsausnahmen, von Konzernsachverhalten und der von den Mitglied-

staaten abgeschlossenen Konkursverträge, IPRax 2003, 505; *Ebke*, Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, JZ 1999, 656; *Ebke*, Überseering: „Die wahre Liberalität ist Anerkennung“, JZ 2003, 927; *Ebricke*, Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns, DZWIR 1999, 353; *Ebricke*, Die Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO, WM 2005, 397; *Ebricke*, Das Verhältnis des Hauptinsolvenzverwalters zum Sekundärinsolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO, ZIP 2005, 1104; *Eidenmüller*, Europäische Verordnung über das Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht, IPRax 2001, 2; *Eidenmüller*, Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233; *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004; *Eidenmüller*, Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, 24; *Eidenmüller*, Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO, NJW 2004, 3455; *Eidenmüller*, Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, FS Heldrich, 2005, S. 581; *Eidenmüller*, Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Inlandssitz, NJW 2005, 1618; *Eidenmüller/Rehm*, Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 2004, 159; *Fischer*, Die Verlagerung des Gläubigerschutzes vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach „Inspire Art“, ZIP 2004, 1477; *Fleischer*, Gläubigerschutz in der kleinen Kapitalgesellschaft: Deutsche GmbH versus englische private limited company, DStR 2000, 1015; *Geyrhalter/Gänßler*, Perspektiven nach „Überseering“ – Wie geht es weiter?, NZG 2003 409; *Goette*, Zu den Folgen der Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland für die Haftung ihrer Gesellschafter und Organe, ZIP 2006, 541; *Großerichter*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Rechtsraum: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht und seine Perspektiven nach der Entscheidung „Überseering“, DStR 2003, 159; *Haas*, Aktuelle Rechtsprechung zum Kapitalersatzrecht, NZI 2002, 457; *Haas*, Der Erstattungsanspruch nach § 64 II GmbHG, NZG 2004, 737; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2003; *Habersack/Verse*, Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?, ZHR 2004, 174; *Herchen*, Das Prioritätsprinzip im internationalen Insolvenzrecht, ZIP 2005, 1401; *Hess*, Neue Rechtsakte und Rechtssetzungsmethoden im Europäischen Justizraum, ZSR 2005, 183; *Hirsch/Britain*, Artfully Inspired – Werden deutsche Gesellschaften englisch?, NZG 2003, 1100; *Huber*, Internationales Insolvenzrecht in Europa, ZZP 114, 133; *Jayme*, Betrachtungen zur „dépeçage“ im internationalen Privatrecht, FS Gerhard Kegel, 1987, S. 258; *Just*, Die englische Limited in der Praxis, 2005; *Kallmayer*, Bereinigung der Finanzverfassung der GmbH – Vorschlag für eine GmbH-Reform, GmbHR 2004, 337; *Kienle*, Die fehlerhafte Banküberweisung im internationalen Rechtsverkehr, 2004; *Kindler*, Niederlassungsfreiheit für Schein- auslandsgesellschaften?, NJW 1999, 1993; *Kindler*, Auf dem Weg zur europäischen Briefkastengesellschaft?, NJW 2003, 1073; *Kindler*, „Inspire-Art“ – Aus Luxemburg nichts Neues zum Internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2003, 1086; *Kindler*, Sitzverlegung und internationales Insolvenzrecht, IPRax 2006, 114; *Kleinert/Probst*, Endgültiges Aus für Sonderanknüpfungen bei (Schein-)Auslandsgesellschaften, DB 2003, 2217; *Knapp*, Überseering: Zwingende Anerkennung von ausländischen Gesellschaften?, DNotZ 2003, 85; *Koegel*, Formalien der GmbH-Gründung – ein Musterbeispiel für zuviel Staat, GmbHR 2003, 1225; *Kübler*, Der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, FS Gerhardt, 2004, S. 527; *Laukemann*, Rechtshängigkeit im europäischen Insolvenzrecht, RIW 2005, 104; *Leible/Hoffmann*, Vom „Nullum“ zur Personengesellschaft – Die Metamorphose der Schein- auslandsgesellschaft im deutschen Recht, DB 2002, 2203; *Leible/Staudinger*, Die

Europäische Verordnung über das Insolvenzverfahren, KTS 2000, 533; *Lutter*, „Überseering“ und die Folgen, BB 2003, 7; *Lutter* (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005; *Merkel*, Die Pluralisierung des europäischen Gesellschaftsrechts, RIW 2004, 1; *Mörsdorf-Schulte*, Internationaler Gerichtsstand für Insolvenzanfechtungsklagen im Spannungsfeld von EuInsVO, EuGVÜ/O und autonomem Recht und seine Überprüfbarkeit durch den BGH, IPRax 2004, 31; *Mülbert*, Zukunft der Kapitalaufbringung/Kapitalerhaltung, Der Konzern 2004, 151; *Müller*, Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz, NZG 2003, 414; *Nassall*, Der existenzvernichtende Eingriff in die GmbH: Einwendungen aus verfassungs- und insolvenzrechtlicher Sicht, ZIP 2003, 968; *Paefgen*, Auslandsgesellschaften und Durchsetzung deutscher Schutzinteressen nach „Überseering“, DB 2003, 487; *Pannen/Kühnle/Riedemann*, Die Stellung des deutschen Insolvenzverwalters in einem Insolvenzverfahren mit europäischem Auslandsbezug, NZI 2003, 72; *Paulus*, Änderungen des deutschen Insolvenzrechts durch die Europäische Insolvenzverordnung, ZIP 2002, 729; *Paulus*, Die Insolvenz als Sanierungschance – ein Plädoyer, ZGR 2005, 309; *Paulus*, Zuständigkeitsfragen nach der europäischen Insolvenzverordnung, ZIP 2003, 1725; *Riedemann*, Das Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut, GmbHR 2004, 345; *Röhrich*, Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505; *Roth*, Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering, IPRax 2003, 117; *Roth*, Gläubigerschutz durch Existenzschutz, NZG 2003, 1081; *Sabel*, Hauptsitz als Niederlassung im Sinne der EuInsVO?, NZI 2004, 126; *Sandrock*, Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen, FS Beitzke 1979, S. 669; *Schanze/Jüttner*, Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften – Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering-Entscheidung des EuGH, AG 2003, 30; *Schanze/Jüttner*, Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“, AG 2003, 661; *Schmidt*, Verlust der Mitte durch „Inspire Art“? – Verwerfungen im Unternehmensrecht durch Schreckreaktionen in der Literatur, ZHR 2004, 493; *Schön*, Die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften im System der Grundfreiheiten, FS Lutter, 2000, S. 685; *Schön*, Die Zukunft der Kapitalaufbringung/-erhaltung, Der Konzern 2004, 162; *Schön*, Zur „Existenzvernichtung“ der juristischen Person, ZHR 2004, 268; *Schulze-Osterlob*, Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife, FS Bezzenberger, 2000, S. 415; *Schumann*, Die englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Haftung bei Insolvenz, DB 2004, 743; *M. Schulz*, (Schein-) Auslandsgesellschaften in Europa – ein Scheinproblem?, NJW 2003, 2705; *Spindler/Berner*, Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, RIW 2003, 949; *Spindler/Berner*, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, RIW 2004, 7; *Stürner*, Gerichtsstandsvereinbarungen und Europäisches Insolvenzrecht, IPRax 2005, 416; *Tersteegen*, Kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Kapitalgesellschaften im Inland, 2002; *Tirado*, Die Anwendung der Europäischen Insolvenzverordnung durch die Gerichte der Mitgliedstaaten, GPR 2005, 39; *Ulmer*, Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz, JZ 1999, 662; *Ulmer*, Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften, NJW 2004, 1201; *Ulmer*, Insolvenzrechtlicher Gläubigerschutz gegenüber Scheinauslandsgesellschaften ohne hinreichende Kapitalausstattung?, KTS 2004, 291; *Vallender/Fuchs*, Die Antragspflicht organschaftlicher Vertreter einer GmbH vor dem Hintergrund der europäischen Insolvenzverordnung, ZIP 2004, 829; *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, in: Stoll, Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, 1997; *Wachter*, Aktuelle Probleme bei der Ltd. & Co. KG, GmbHR 2006, 79; *Wachter*, Gewerblich geprägte GmbH & Co. KG bei Beteiligung an Auslandsgesellschaften,

GmbHHR 2005, 1181; *Wachter*, Zur Anmeldung der inländischen Zweigniederlassung einer englischen private limited company, GmbHHR 2005, 1131; *Wachter*, Der GmbHHR-Kommentar zu LG Bielefeld (GmbHHR 2005, 98), GmbHHR 2005, 99; *Wachter*, Notwendigkeit eines Zweigniederlassungszusatzes bei inländischer Zweigniederlassung einer englischen plc?, BB 2005, 1289; *Wachter*, Zur Eintragung der Zweigniederlassung einer englischen private limited company, EWIR 2005, 423; *Wachter*, Persönliche Haftungsrisiken bei englischen private limited companies mit inländischem Verwaltungssitz, DStR 2005, 1817; *Wachter*, Zweigniederlassungen englischer private limited companies im deutschen Handelsregister, ZNotP 2005, 122; *Wachter*, Organisierte Firmenbestattung, GmbHHR 2004, 955; *Wachter*, Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sachen Inspire Art Ltd. auf Beratungspraxis und Gesetzgebung, GmbHHR 2004, 88; *Wackerbarth*, Grenzen der Leitungsmacht in der internationalen Unternehmensgruppe, 2001; *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004; *Weller*, Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung, IPRax 2003, 207; *Weller*, Das Internationale Gesellschaftsrecht in der neuesten BGH-Rechtsprechung, IPRax 2003, 324; *Weller*, Einschränkung der Gründungstheorie bei missbräuchlicher Auslandsgründung?, IPRax 2003, 520; *Weller*, Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht?, IPRax 2004, 412; *Weller*, „Inspire Art“: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften, DStR 2003, 1800; *Weller*, Zum identitätswahrenden Wegzug deutscher Gesellschaften, DStR 2004, 1218; *Weller*, Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen, ZHR 169 (2005), 570; *Wernicke*, Die Niederlassung der ausländischen Gesellschaft als Hauptniederlassung: Zwangsweise Durchsetzung ihrer Eintragung als „Zweigniederlassung“ widerspricht der Rechtsfähigkeit, BB 2006, 843; *Wilhelm*, Umgehungsverbote im Recht der Kapitalaufbringung, ZHR 2003, 520; *Wimmer*, Die EU-Verordnung zur Regelung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren, NJW 2002, 2427; *Wimmer*, Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des irischen Supreme Court in Sachen Parmalat, ZInsO 2005, 119; *Ziemons*, Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach Inspire Art?, ZIP 2003, 1913; *Zimmer*, Wie es euch gefällt? – Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH, BB 2003, 1; *Zimmer*, Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, 3585.

A. Einleitung

Der Zweck des vorliegenden Handbuches besteht darin, seinen Lesern aus der Praxis einen vertieften Einblick in das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf der internationalen Ebene zu gewähren. Eine Gesellschaft ist zwar einerseits ein abstraktes juristisches Gebilde, das einer rechtstheoretischen Durchdringung zugänglich ist. Andererseits aber ist sie regelmäßig Trägerin eines Unternehmens. Gespiegelt auf ein solches Unternehmen stehen die dafür einschlägigen Rechtsgebiete, etwa das Gesellschaftsrecht, das Arbeits-, Wettbewerbs- und Steuerrecht sowie das Zivilverfahrens- und das Insolvenzrecht, nicht isoliert neben-, sondern in einer mannigfaltigen Wechselwirkung zueinander und sind untereinander verflochten. In ihrer Gesamtheit bilden sie das für das Unternehmen maßgebliche Recht, das **Unternehmensrecht**. Die Komplexität nimmt zu, wenn es sich um ein Unternehmen handelt, das – wie es heute der Regelfall ist – Berührungspunkte zu mehreren Rechtsordnungen aufweist. Diese grenzüberschreitende Komponente lässt das Rechtsgefüge, in welches das Unternehmen eingebettet ist, als **internationales Unternehmensrecht** erscheinen.¹ Hinzu kommt, dass ein Unternehmen nicht nur spezifisch gewerbliche Rechtsbereiche be-

¹ Vgl. MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 18.

rührt, sondern auch im Rahmen des Vertrags-, Delikts- und sonstigen allgemeinen Verkehrsrechts am Verkehr teilnimmt.

- 2 Der Begriff des internationalen Unternehmensrechts als Sammelbezeichnung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Unternehmen nicht in all seinen Beziehungen demselben Recht untersteht. Jede einzelne Rechtsbeziehung, die einem gesonderten Rechtsbereich zuzuordnen ist, kann in internationaler Hinsicht einem anderen Recht unterstehen. So ist jedes Rechtsverhältnis seiner Natur nach einem Rechtsgebiet zuzuordnen, mithin als Bestandteil dieses Rechtsbereichs zu **qualifizieren**, um in einem sich anschließenden Schritt das Rechtsverhältnis an das Recht desjenigen Staates **anzuknüpfen**, das für den entsprechenden Rechtsbereich maßgeblich ist.
- 3 Nach dieser Maßgabe unterstehen die als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden Fragen dem **Gesellschaftsstatut** (*lex societatis*), mithin demjenigen Sachrecht, das sich in Anwendung des internationalen Gesellschaftsrechts ergibt. Die als schuldvertraglich zu qualifizierenden Verhältnisse unterstehen nach dem internationalen Schuldvertragsrecht dem **Vertragsstatut** (*lex contractus; lex causae*). Die insolvenzrechtlich zu qualifizierenden Sachverhalte unterstehen schließlich dem nach dem internationalen Insolvenzrecht ermittelten **Insolvenzstatut** (*lex concursus*). Es ist daher in erster Linie die Zuordnung eines Sachverhaltes zu dem Anwendungsbereich einer der nach Systembegriffen unterteilten Kollisionsnormen, die über das in der Sache anwendbare Recht entscheidet. Durch die Aufteilung nach Rechtsbereichen können einheitliche Lebenssachverhalte aufgespalten und in ihrem einen Aspekt der einen und in einem anderen Aspekt einer anderen Rechtsordnung zugewiesen werden.
- 4 Die **Anknüpfung nach Systembegriffen** erzeugt dann keine besonderen Nachteile, wenn jede der beteiligten Rechtsordnungen dieselbe Aufteilung nach Rechtsbereichen vorsieht. Verhält es sich aber so, dass die eine Rechtsordnung den ihr kraft Zugehörigkeit zu einem Rechtsgebiet zugewiesenen Aspekt nicht bzw. an anderer Stelle ihres Rechtssystems, zu dessen Anwendung sie im konkreten Fall nicht berufen ist, geregelt hat, so fehlt es in dem zu entscheidenden Fall einer Regelung dafür überhaupt, da sich auch die verweisende Rechtsordnung infolge des Verweises nicht für zuständig hält; es liegt damit ein **Normenmangel** vor. Graduell weniger schwerwiegend ist der Fall, dass eine Rechtsordnung für den einen Aspekt eines regelmäßig mehrgliedrigen Sachverhalts eine sehr strenge Regelung vorhält und dafür an der Stelle des damit verknüpften anderen Aspekts großzügiger ist, während die andere Rechtsordnung die gegenteilige Politik verfolgt. Untersteht nun der eine Aspekt der einen und der andere der anderen Rechtsordnung, weil die maßgebliche Kollisionsnorm den nach beiden Rechtsordnungen bestehenden Zusammenhang nicht nachvollzieht, so führt dies entweder dazu, dass beide Aspekte nunmehr der jeweils strengeren oder umgekehrt der jeweils großzügigeren Regelung unterliegen, was dem Anliegen beider Rechtsordnungen widerspricht (**Normenwiderspruch**).
- 5 Der vorliegende Beitrag widmet sich derartigen Problemen auf der **Schnittstelle zwischen dem internationalen Gesellschafts- und dem internationalen Insolvenzrecht**, die in mannigfaltiger Weise gegenseitige Bezüge aufweisen und in deren gemeinsamen Anwendungsbereich sich zahlreiche Rechtsverhältnisse und Gestaltungen einer eindeutigen Zuordnung entziehen. Dieser Bereich hat durch den verstärkten Zuzug von Auslandsgesellschaften in jüngerer Zeit erheblich an Bedeutung gewonnen. Der Gang der Untersuchung soll zunächst die Grundsätze des internationalen Gesellschaftsrechts, wie sie bereits von *Süß*² eingehend dargestellt wurden, noch einmal zusammenfassen (Rn. 6 ff.), um sodann hieraus resultieren-

2 In diesem Handbuch „Grundlagen des internationalen Gesellschaftsrechts“.

de Schutzdefizite für inländische Gläubiger im Zuzugsstaat von (Schein-)Auslandsgesellschaften zu identifizieren (Rn. 21 ff.). Hieran schließt sich ein Kapitel über die rechtsmethodischen Möglichkeiten an, eine Anwendung des Inlandsrechts zu begründen (Rn. 33 ff.), gefolgt von einer Darstellung des internationalen Insolvenzrechts (Rn. 97 ff.). Anschließend sollen einzelne Haftungsfiguren des deutschen Rechts auf ihre kollisionsrechtliche Behandlung untersucht werden (Rn. 164 ff.), bevor die wesentlichen Ergebnisse noch einmal zusammengefasst werden (Rn. 219 ff.).

B. Grundsätze des internationalen Gesellschaftsrechts

I. Übergang von der Sitz- zur Gründungstheorie

Im Bereich des internationalen Gesellschaftsrechts ist in den vergangenen Jahren kein Stein auf dem anderen geblieben. Die früher nahezu unangefochtene **Sitztheorie** hat die Rechtsbeziehungen einer Gesellschaft dem nach ihrer Auffassung sachnächsten Recht des Ortes unterstellt, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.³ Die **Gründungstheorie** will die Gesellschaft dagegen derjenigen Rechtsordnung zuweisen, nach der sie gegründet und ausgestaltet worden ist und in der sie ihren statutarischen Sitz hat.⁴ Daneben gibt es zahlreiche vermittelnde Ansichten.⁵ Dieser früher rein kollisionsrechtliche Diskurs hat nunmehr eine **europarechtliche Dimension** erreicht. 6

Sämtliches innerstaatliche Recht, Sach- und Kollisionsrecht, steht unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den Europäischen Grundfreiheiten, namentlich auch der **Niederlassungsfreiheit** der Art. 43, 48 EGV.⁶ Nach Art. 43 Abs. 2 EGV „umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen“. Art. 43 Abs. 1 Satz 1 EGV statuiert in diesem Umfang die sog. **primäre Niederlassungsfreiheit**, wonach Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates in dem Hoheitsgebiet eines anderen verboten sind. Art. 43 Abs. 1 Satz 2 EGV untersagt Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften und enthält damit die sog. **sekundäre Niederlassungsfreiheit**.⁷ Die Niederlassungsfreiheit hat sich auf das deutsche internationale Gesellschaftsrecht dergestalt ausgewirkt, als die bislang vorherrschende **Sitztheorie**⁸ zugunsten der **Gründungstheorie** weitestgehend aufgegeben werden musste. 7

3 Grundlegend *Sandrock*, FS Beitzke, 1979, S. 669, 683; vgl. auch BGHZ 97, 272.

4 *Staudinger/Großfeld*, IntGesR, Rn 20.

5 Ein guter Überblick findet sich bei *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 25 ff.

6 Vgl. insbesondere im Hinblick auf das Gesellschaftsrecht *Behrens*, IPRax 2003, 196; *Eidenmüller*, JZ 2004, 25; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3588; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1205 m.w.N.

7 Vgl. zu beiden Begriffen *Streinz/Müller-Graff*, EUV/EGV, Art. 43 EGV Rn. 8.

8 Hierzu aus der Rechtsprechung BGHZ 53, 181, 183; BGHZ 53, 383, 385; BGHZ 78, 318, 322; BGHZ 97, 269, 271; BGHZ 134, 116, 118; vgl. aus der Literatur statt aller umfassend *Robde*, Europäische Integration und Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften von und nach Deutschland, 2002, S. 6 ff.; *Tersteegen*, Kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Kapitalgesellschaften im Inland, 2002, S. 14 ff.

1. *Sitztheorie als Mobilitätsbindernis*

- 8 Zwar geben die Art. 43, 48 EGV, die keinen spezifisch kollisionsrechtlichen Gehalt haben, die Geltung der Gründungstheorie nicht positiv vor; sie bedingen aber die Nichtanwendbarkeit solcher Rechtsnormen, die sich als Einschränkung der Niederlassungsfreiheit erweisen. Nach dem sehr weit gefassten Begriffsverständnis des EuGH erweisen sich solche Maßnahmen als eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die deren Ausübung unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.⁹ Damit hat der EuGH über das bereits im Wortlaut von Art. 43 EGV enthaltene **Diskriminierungsverbot** ein umfassendes **Beschränkungsverbot** aufgestellt.¹⁰
- 9 Eine derartige Beschränkung kann sich im Falle von Gesellschaften grundsätzlich aus der Anwendung eines vom Gründungsrecht unterschiedlichen Gesellschaftsrechts sowie aus derjenigen sonstiger Bestimmungen des nicht mit dem Gründungsrecht identischen inländischen Rechts ergeben.¹¹ Da bei der Gründung einer ausländischen Kapitalgesellschaft die deutschen Vorschriften, insbesondere diejenigen über die Kapitalaufbringung, nicht beachtet werden, konnte sie nach der Sitztheorie nicht als rechts- und parteifähig anerkannt werden. Die Sitztheorie zielte darauf ab, ausländische Gesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz zu zwingen, sich nach deutschem Recht neu zu konstituieren.¹² Ferner kann sich aus dem Sitzrecht ein unterschiedliches Haftungsregime für Gesellschafter und Geschäftsführer einer Auslandsgesellschaft ergeben. Die Anwendung des Sitzrechts kann damit rechtliche Hürden für eine Niederlassung im Inland aufstellen oder aufgrund seiner Ausgestaltung eine abschreckende Wirkung zeitigen. Mithin entpuppt sich die aus der Sitztheorie folgende Anwendbarkeit des inländischen Gesellschafts-, insbesondere des Gründungsrechts, als **Mobilitätshindernis** für Auslandsgesellschaften. Dies führte zu diversen Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof im Wege der Vorlage nach Art. 234 EGV.
- 10 Um den niederlassungsrechtlichen Bedenken Rechnung zu tragen, war der II. Zivilsenat des BGH zwischenzeitlich auf eine **modifizierte Version der Sitztheorie** ausgewichen, wonach eine ausländische Kapitalgesellschaft nicht als rechtlich inexistent, sondern mangels Erfüllung der deutschen Gründungsvorschriften für Kapitalgesellschaften als Personengesellschaft anerkannt wurde.¹³ Drastische Folge einer derartigen **Umqualifikation** war der Verlust des mit der Eigenschaft als Kapitalgesellschaft einhergehenden Haftungsprivilegs der Gesellschafter – ebenfalls eine Konsequenz mit abschreckender Wirkung im Hinblick auf eine Sitzverlegung.¹⁴ Der BGH hat diese Rechtsprechung aus diesem Grunde wieder aufgegeben.¹⁵

9 EuGH Rs. C-439/99 (Kommission/Italien), Slg. 2002, I-305, Ziff. 22; EuGH Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, Ziff. 32.

10 Siehe bereits EuGH Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Ziff. 37 ff.

11 Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 3 Rn. 5.

12 Müller, NZG 2003, 414, 415.

13 BGH, Urt. v. 2.7.2002 – II ZR 380/00, BGHZ 151, 204 = NJW 2002, 3539 = GmbHR 2002, 1021; vgl. kritisch hierzu Binz/Mayer, GmbHR 2003, 249, 255; Eidenmüller, ZIP 2002, 2233, 2238 f.; Großerichter, DSrR 2003, 159, 166 f.; Gronstedt, BB 2002, 2033 ff.; Hirsch/Britain, NZG 2003, 1100, 1101; Kindler, IPRax 2003, 41 ff.; Leible/Hoffmann, DB 2002, 2203 ff.; dies., EuZW 2003, 677, 681; Lutter, BB 2003, 7, 9; Schanze/Jüttner, AG 2003, 30, 32 f.; Spindler/Berner, RIW 2003, 949, 950; W.H. Roth, IPRax 2003, 117, 123; Zimmer, BB 2003, 1, 4 f. In BGH NZG 2003, 431 wurde diese modifizierte Version wieder aufgegeben; dem BGH folgend dagegen AG Hamburg, Urt. v. 14.5.2003 – 67 g IN 358/02, GmbHR 2003, 957, 958.

14 Vgl. Müller, NZG 2003, 414, 416; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3586.

15 BGH NZG 2003, 431.

2. Centros, Überseering und Inspire Art

Im Jahre 2002 hatte der EuGH in der Rechtssache **Überseering**¹⁶ über die Frage der **Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit** einer nach dem Recht eines Mitgliedstaates, namentlich der Niederlande, wirksam gegründeten Gesellschaft, die an dem Ort ihrer Gründung jedoch keinerlei Geschäftstätigkeit ausübte, zu befinden. Der EuGH erkannte einer solchen Gesellschaft einen aus der Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EGV folgenden Anspruch auf Anerkennung in sämtlichen Mitgliedstaaten zu, wonach die Gesellschaft als solche, d.h. als Kapitalgesellschaft, nach dem Recht ihres Gründungsstaates und damit ohne Umqualifizierung in eine inländische Gesellschaft anzuerkennen ist. Zwar kämen unter bestimmten Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aus Gründen des Allgemeinwohls in Betracht, nicht aber die Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit, die eine völlige Negation der Niederlassungsfreiheit darstelle.¹⁷ Damit war zugleich der Anwendung der modifizierten Sitztheorie eine Absage erteilt. 11

Knapp drei Jahre zuvor hatte der EuGH bereits die Grenzen einer **Beschränkung der Niederlassungsfreiheit** abgesteckt. Im **Centros-Urteil**¹⁸ stellte er hierfür in Fortschreibung der Kriterien aus dem Gebhard-Urteil **vier Voraussetzungen** auf. Danach müssen Beschränkungen (1) in nicht diskriminierender Weise angewendet werden, (2) auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhen, (3) zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein und (4) nicht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgehen.¹⁹ 12

Die Trilogie wurde im Jahre 2003 mit der Entscheidung in Sachen **Inspire Art**²⁰ vervollständigt. Die Entscheidung bestätigte die Centros-Entscheidung, entschied aber zugleich, dass das Recht der Mitgliedstaaten zur Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die abschließenden Vorgaben der **Zweigniederlassungsrichtlinie**²¹ begrenzt sei. Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit in Form von Offenlegungspflichten für zuziehende Gesellschaften aus einem anderen Mitgliedstaat sind danach nur zulässig, soweit sie mit den Vorgaben der Zweigniederlassungsrichtlinie vereinbar sind.²² Nach Art. 12 der Richtlinie obliegt die Ausgestaltung von Sanktionen für Verstöße gegen derartige Offenlegungspflichten den Mitgliedstaaten. Derartige Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und müssen diskriminierungsfrei angewendet werden.²³ Anderweitige mitgliedstaatliche Vorschriften sind dagegen unmittelbar an den Art. 43, 48 EGV zu messen.²⁴ Ferner hat der EuGH hervorgehoben, dass seine Rechtsprechungsgrundsätze auch im Falle solcher Gesell- 13

16 EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, NJW 2002, 3614 = NZG 2002, 1164; vgl. die Vorlageentscheidung des VII. Zivilsenats des BGH NZG 2000, 926.

17 Ziff. 59, 80, 81 der Urteilsbegründung.

18 EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, GmbHR 1999, 474; vgl. hierzu *Altmeyen*, DStR 2000, 1061; *Behrens*, IPRax 2000, 384; *Ebke*, JZ 1999, 656; *Ulmer*, JZ 1999, 662.

19 Ziff. 34 der Urteilsbegründung.

20 EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, NJW 2003, 3331 = GmbHR 2003, 1260 m. Anm. *Meilicke*; vgl. ferner *Altmeyen*, NJW 2004, 97; *Bayer*, BB 2003, 2357; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24; *Hirsch/Britain*, NZG 2003, 1100; *Kindler*, NZG 2003, 1086; *Kleinert/Probst*, DB 2003, 2217; *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677; *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949; *dies.*, RIW 2004, 7; *Ziemons*, ZIP 2003, 1913; *Zimmer*, NJW 2003, 3585.

21 Sog. Elfte (gesellschaftsrechtliche) Richtlinie 89/666/EWG des Rates v. 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, ABIEG Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 36 ff.

22 Ziff. 70 und 106 der Urteilsgründe.

23 Ziff. 62 der Urteilsgründe.

24 Ziff. 107 ff. der Urteilsgründe.

schaften Geltung beanspruchen, die in einem Mitgliedstaat nur mit dem Ziel gegründet wurden, ihre Tätigkeit hauptsächlich oder ausschließlich in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben; gerade darin liege die Ausübung der Niederlassungsfreiheit.²⁵

- 14 Als **Fazit** aus den Judikaten des EuGH in Sachen Centros, Überseering und Inspire Art kann festgehalten werden, dass im europäischen Ausland gegründete Gesellschaften ihren tatsächlichen Verwaltungssitz ohne Verlust der ihnen nach dem Gründungsstatut zukommenden Rechts- und Parteifähigkeit über die Grenze in das Inland verlegen können, sofern nicht das Recht des Gründungsstaates seinerseits den Verlust der Rechtsfähigkeit bei Wegzug anordnet. Anders als nach der bis dato vorherrschenden Sitztheorie ist im Fall einer faktischen Sitzverlegung die Rechts- und Parteifähigkeit nicht mehr durch eine inländische Neugründung nach Maßgabe des hiesigen Gesellschaftsrechts bedingt.²⁶ Die in einem EU-Mitgliedstaat rechtswirksam gegründeten Gesellschaften sind vielmehr als solche in jedem anderen Mitgliedstaat anzuerkennen. Die **Art. 43, 48 EGV** enthalten damit eine **versteckte Kollisionsnorm** im Sinne des Herkunftslandsprinzips.²⁷ Schlagwortartig gesprochen ist die Gründungs- an die Stelle der Sitztheorie getreten.²⁸

3. Reichweite der Niederlassungsfreiheit

- 15 Die **Reichweite** des in den Art. 43, 48 EGV enthaltenen kollisionsrechtlichen Herkunftslandsprinzips deckt sich im Wesentlichen mit derjenigen des **Gesellschaftsstatuts** im herkömmlichen Sinne. Es rechnen dazu die Gründung, Rechtsfähigkeit, körperschaftliche Verfassung, Geschäftsführung, Vertretung, Organ- und Gesellschafterhaftung, Umstrukturierung und Beendigung der Gesellschaft. Europäische Auslandsgesellschaften sind damit grundsätzlich im Ganzen nach dem Gesellschaftsrecht ihres Gründungsstaates zu beurteilen.²⁹
- 16 Eine andere Auffassung vertritt *Altmeyen*. Danach gilt für europäische Kapitalgesellschaften mit inländischem Sitz im Grundsatz weiterhin deutsches Kapitalgesellschaftsrecht. Aus der Inspire Art-Entscheidung ergebe sich nur die Unanwendbarkeit des strengeren inländischen **Gründungsrechts** bzw., dass sich gesellschaftsrechtliche **Grundlagen(-geschäfte)**, z.B. Nach- und Umgründungen oder das Erlöschen der Gesellschaft, nach deren Gründungsrecht beurteilen. Indes ergebe sich aus der Niederlassungsfreiheit nicht, dass europäische Auslandsgesellschaften auch **sonstige inländische Vorschriften**, insbesondere des Gläubigerschutzes, missachten dürften. Mit Ausnahme der Kapitalaufbringungsregeln will *Altmeyen* damit sämtliche Gläubigerschutzfiguren, namentlich die Regelungen über die Insolvenzverschleppung, die Existenzvernichtungs- und die Kapitalerhaltungshaftung sowie die Kapitalersatzregeln ungeachtet ihrer Qualifikation auch auf Scheinauslandsgesellschaften angewendet wissen.³⁰ Ob sich diese Auffassung angesichts der eindeutigen Aussagen des EuGH in Sachen Inspire Art durchsetzen wird, ist zumindest zweifelhaft.³¹

25 Ziff. 96 f., 137 ff. der Urteilsgründe.

26 Vgl. *Ulmer*, NJW 2004, 1201.

27 Kritisch gegenüber einem derartigen Herkunftslandsprinzip im Gesellschaftsrecht *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949, 955. Vgl. ferner *Borges*, ZIP 2004, 733, 741 f.

28 Vgl. *Borges*, ZIP 2004, 733 m. zahlr. N. in Fn. 4.

29 Vgl. nur *Borges*, ZIP 2004, 733; *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 1; *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677, 681; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3591.

30 *Altmeyen*, NJW 2004, 97, 99 ff.

31 Vgl. die Ausführungen des EuGH in Ziff. 101 des Urteils betreffend die beschränkenden Wirkungen von Vorschriften über Stammkapital und Haftung; hierzu *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3586.

4. Gesellschaften aus EFTA-Staaten und den USA

Wie der BGH jüngst bestätigt hat, gelten obige Grundsätze auch für Kapitalgesellschaften, die in einem **EFTA-Staat** gegründet wurden. Das zwischen diesen Staaten geltende EWR-Abkommen³² enthält in Art. 31, 34 im Wesentlichen gleich lautende Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit. Die in den Entscheidungen des EuGH niedergelegten Grundsätze zu deren Auslegung sind auch im Rahmen von Art. 31 EWR zur Anwendung zu bringen.³³ 17

Ferner können sich Gesellschaften aus **Drittstaaten**, mit denen eine entsprechende staatsvertragliche Regelungen besteht, auf eine darin enthaltene Niederlassungsfreiheit berufen. Im Verhältnis zwischen den USA und der Bundesrepublik enthält Art. XXV des Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrags vom 29.10.1954 eine entsprechende Regelung.³⁴ 18

II. Zwischenergebnis

Damit ist im Bereich der Anerkennung von Auslandsgesellschaften aus EG- und EWR-Staaten sowie aus den USA grundsätzlich die Gründungstheorie, die das Recht des Gründungsstaates zum Gesellschaftsstatut erklärt, an die Stelle der Sitztheorie getreten. Damit steht europäischen Unternehmern grundsätzlich die volle Bandbreite der europäischen Gesellschaftsformen zur Auswahl; sie verfügen über **Rechtsformwahlfreiheit**.³⁵ Entrepreneure können sich für zu gründende Einzel- oder Konzerngesellschaften „à la carte“ aus den Angeboten der Gesellschaftsrechtsordnungen sämtlicher Mitgliedstaaten bedienen.³⁶ 19

Einschränkend hinzuzufügen ist aber, dass die Gesellschaftsformen derjenigen Staaten ausscheiden, die auf die nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften weiterhin die Sitztheorie anwenden und damit ein kollisionsrechtliches Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz nicht zulassen, da **Wegzugsbeschränkungen** nicht an der Niederlassungsfreiheit zu messen sind.³⁷ Da eine deutsche GmbH nach h.M. ihren Sitz aufgrund der für sie weiterhin maßgeblichen Sitztheorie noch immer nicht rechtsformwährend ins Ausland verlegen kann, scheidet sie insoweit aus dem Kanon der zur Wahl stehenden Rechtsformen aus.³⁸ Ganz oben auf der „Speisekarte“ rangiert dagegen die *private company limited by shares* englischen Rechts, die ihren Satzungssitz in England, vornehmlich London, und ihren Verwaltungssitz im Ausland haben kann.³⁹ 20

32 Ratifiziert für die Bundesrepublik durch Gesetz v. 31.3.1993, BGBl. II, S. 266.

33 BGH EuZW 2005, 733 f.; EFTA-Gerichtshof, Urt. v. 22.2.2002 – E-2/01, ABIEG 2002 Nr. C 115, S. 13 (Pucher); Urt. v. 1.7.2005 – E-8/04 (EFTA-Aufsichtsbehörde/Liechtenstein). Siehe hierzu *Weller*, IPRax 2003, 324, 328 m.w.N. und *ders.*, ZGR 2006 (im Erscheinen).

34 BGBl. 1956 II, S. 487, 488; abgedruckt bei *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 12. Aufl. 2004, Nr. 22, S. 88. Art. XXXV Abs. 5 Satz 2 des Vertrags bestimmt: „Gesellschaften, die gemäß den Gesetzen und sonstigen Vorschriften des einen Vertragsteils in dessen Gebiet errichtet sind, gelten als Gesellschaften dieses Vertragsteils; ihr rechtlicher Status wird in dem Gebiet des anderen Vertragsteils anerkannt.“ Siehe hierzu BGH RIW 2005, 147 (GEDIOS Corporation); *Ziemons*, ZIP 2003, 1913, 1918.

35 Monographisch *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 68 ff. Ferner *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3587.

36 *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3591.

37 Sog. Daily Mail-Entscheidung des EuGH, Rs. 81/87 (Daily Mail), JZ 1989, 384. Vgl. *Schumann*, DB 2004, 743, 745 m.w.N.; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3592.

38 Vgl. nur *Altmeyden*, NJW 2004, 97, 99; *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677, 682.

39 Im Folgenden *private limited* oder *limited*. Zur *limited* mit Verwaltungssitz in Deutschland vgl. *Schumann*, DB 2004, 743 ff.

C. Schutzdefizite infolge Anwendung des Gründungsrechts

I. Unanwendbarkeit abstrakt-präventiver Gläubigerschutzregeln und von Haftungstatbeständen inländischen Rechts

- 21 Infolge der Verdrängung der Sitz- durch die Gründungstheorie ist das Recht des Sitzstaates in seiner **Wächterfunktion** über die in seinem Hoheitsgebiet ansässigen Gesellschaften im Hinblick auf schutzwürdige Interessen Dritter, namentlich der Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer sowie des Fiskus, stark eingeschränkt.⁴⁰
- 22 Aus der Niederlassungsfreiheit, wie sie durch den EuGH ausgestaltet wurde, folgt nicht nur das Verbot spezifischer Restriktionen für europäische Auslandsgesellschaften, sondern die Unanwendbarkeit des deutschen Gründungsrechts einschließlich seiner einzelnen Komponenten wie etwa des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung. Damit scheidet aber auch eine Anwendung seiner einzelnen Ausprägungen wie etwa des Verbotes verdeckter Sacheinlagen oder die Anforderungen an Vorratsgründungen aus.⁴¹ Die **insolvenzprophylaktische Wirkung**⁴² dieser **abstrakt-präventiv gläubigerschützenden Regelungen** des deutschen Rechts kann sich damit im Hinblick auf Auslandsgesellschaften nicht entfalten.
- 23 Aus der europarechtlich bedingten Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer Auslandsgesellschaft folgt zugleich, 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 ist.⁴³ Selbes gilt für die Sanktionen, die an die Nichterfüllung der Mindestkapitalvorschriften geknüpft sind, z.B. die Anordnung einer persönlichen Haftung der Geschäftsführer in dem Fall, dass das Kapital nicht den im nationalen Recht vorgeschriebenen Mindestbetrag erreicht oder während des Betriebes unter diesen sinkt.

II. Schutzdefizite durch Anwendung des Gründungsrechts

- 24 Zahlreiche ausländische Staaten stellen keine oder nur geringe Anforderungen an die Kapitalausstattung ihrer Gesellschaften, beispielsweise England, Irland und Frankreich.⁴⁴ So verlangt etwa der englische **Companies Act 1985** keine Einzahlung eines bestimmten Mindestkapitals bei Gründung einer *private limited*.⁴⁵ Anders als bei Aktiengesellschaften bedingt auch die europäische Normgebung kein Mindestkapital bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Die Öffnung des deutschen Rechtsraums für Auslandsgesellschaften ohne zwingendes Mindestkapital stößt auf Bedenken im Hinblick auf den Schutz inländischer Gläubiger, die nicht mehr auf das Vorhandensein eines bestimmten Haftungsfonds vertrauen können und mit Geschäftspartnern konfrontiert werden, die nicht die Seriositätsschwelle des GmbHG genommen haben.

40 Vgl. Müller, NZG 2003, 414, 415.

41 Fischer, ZIP 2004, 1477, 1479.

42 Terminus von Fischer, ZIP 2004, 1477, 1482.

43 BGH, Urt. v. 14.3.2005 – II ZR 5/03, EuZW 2006, 61, 62 im Hinblick auf Bestrebungen, die Handeldnenhaftung des § 11 Abs. 2 GmbHG auf die Direktoren einer englischen *limited* anzuwenden; eingehend hierzu Goette, ZIP 2006, 541 ff. Zu den Haftungsrisiken vgl. Wachter, DStR 2005, 1817 ff.

44 Vgl. die Länderberichte von Ebert/Levedag (England) und Karst (Frankreich) in diesem Handbuch; außerdem Altmeyden, NJW 2004, 97. Weitere Beispiele geringerer Kapitalausstattung bilden etwa Spanien und Portugal, vgl. hierzu die Länderberichte von Löber (Spanien) und Stieb (Portugal).

45 Nachweise bei Schumann, DB 2004, 743.

Skeptisch stimmen muss insbesondere der verbreitete Einsatz sog. *pseudo foreign companies*, zu Deutsch **Scheinauslandsgesellschaften**, d.h. solcher Gesellschaften, die abgesehen von Gründung und Rechtsform keinen Bezug zu ihrem Gründungsstaat aufweisen.⁴⁶ Deren Einsatz beruht häufig gerade auf der Bestrebung, das Haftungs- und Schutzsystem des deutschen Rechts auszuhebeln oder um den mit der Gründung einer deutschen GmbH verbundenen Aufwand zu reduzieren.⁴⁷ Sie werden spöttisch auch als „Billig-GmbHs“ bezeichnet.⁴⁸ Im Nachgang zur Überseering-Entscheidung des EuGH soll die Zahl der Gründung von *private limited companies* englischer Provenienz um monatlich 3.000 gestiegen sein⁴⁹ und sich eine auf *limited*-Gründungen spezialisierte Branche etabliert haben.⁵⁰ Die Attraktivität der *limited* wird durch die Einsatzmöglichkeit als Komplementärin im Rahmen einer „Ausländischen Kapitalgesellschaft & Co. KG“ noch gesteigert (sog. **grenzüberschreitende Typenvermischung**).⁵¹

Ein Schutzdefizit kann sich ferner – wie schon eingangs skizziert (Rn. 4) – aus der kollisionsrechtlichen Verweisungsmethode ergeben. Sieht etwa der Gründungsstaat eine Regelung im Insolvenzrecht vor, kann andererseits der Staat, in dessen Gebiet sich der tatsächliche Verwaltungssitz befindet, eine funktional vergleichbare Regelung im Rahmen seines Gesellschaftsrechts vorhalten. Wird für das Gesellschaftsrecht auf den Gründungsstaat verwiesen, während das Insolvenzrecht dasjenige des Sitzstaates ist, findet im Ergebnis keine der beiden Regelungen Anwendung. Dies widerspricht der Konzeption beider Rechtsordnungen und wird daher als **Normenmangel** gekennzeichnet, da beide der beteiligten Rechtsordnungen eine funktional äquivalente Haftungsnorm vorhalten, von denen jedoch aufgrund der unterschiedlichen Qualifikation keine zur Anwendung gelangt.⁵²

Ein Beispiel für einen Normenmangel bildet etwa die Insolvenzverschleppungshaftung, die im englischen Recht von der insolvenzrechtlichen Figur des *wrongful trading* realisiert wird, in der deutschen Rechtsordnung aber unter dem Dach des Gesellschaftsrechts firmiert.⁵³ Auf eine englische *limited* mit Sitz in Deutschland findet kollisionsrechtlich keine der Regelungen Anwendung. Generell kann das Kollisionsrecht mit seiner nach Systembereichen untergliederten Verweisungsmethode dazu führen, dass auf eine Gesellschaft zu Lebzeiten das Gründungsrecht mit einer schwach ausgestalteten präventiven Kontrolle, für die Beendigung aber ein anderes Regime mit schwach ausgestalteter retroaktiver Kontrolle anwendbar ist.⁵⁴ Die stärkeren (insolvenzrechtlichen) Schutznormen des Gründungsstaates können

46 Die Definition stammt von Weller, IPRax 2003, 207.

47 Zu Kapitalanforderungen und Gründungskosten vgl. Borges, ZIP 2004, 733, 734.

48 Vgl. Altmeyden, NJW 2004, 97.

49 Vgl. die Nachweise bei Riedemann, GmbHR 2004, 345, 346.

50 Informativ hierzu Borges, ZIP 2004, 733, 734.

51 Hierzu Wachter, GmbHR 2006, 79 ff.; ders., EWiR 2005, 541 f.; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3587.

52 Vgl. mit Beispielen v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 252, 256 (S. 709, 712).

53 Zu diesem Fall eines Normenmangels Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 71. A.A. Schumann, DB 2004, 743, 748, der sich für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation der *wrongful trading*-Haftung ausspricht und somit zu einer Anwendbarkeit auch auf *private limited companies* mit Verwaltungssitz in Deutschland gelangt. Eingehend zur Qualifikation s. Rn. 184 ff.

54 So formuliert von Haas, NZI 2003, Heft 12, V, VI.

dann allenfalls durch eine Einstufung als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB zur Anwendung gebracht werden.⁵⁵

- 28 Das Schutzdefizit verschärft sich, wenn die in der ausländischen Rechtsordnung als Korrelat des liberalen Kapitalregimes vorgesehene **Staatsaufsicht** als territorial beschränkte Hoheitsgewalt hinter der Grenze zurückbleibt.⁵⁶ Das sich im Ganzen aus Gesellschaftsrecht und Staatsaufsicht konstituierende Gründungsrecht kommt nur mit seinen privatrechtlichen Komponenten zum Zuge. Im Falle der *private limited* englischen Rechts fallen damit neben der insolvenzrechtlichen Haftung für *fraudulent* oder *wrongful trading* (sec. 213, 214 Insolvency Act 1986) auch die nach dortigem Recht vorgesehene laufende gerichtliche Kontrolle, die Möglichkeiten einer Buchprüfung, verschiedene Publizitätspflichten sowie die Möglichkeit der *disqualification* von Geschäftsleitern weg.⁵⁷ Möglich bleibt alleine die Anwendung der auch im englischen Recht eher restriktiv gehandhabten Durchgriffshaftung als Bestandteil des Gesellschaftsrechts.⁵⁸
- 29 Gemäß der europäischen Tendenz der Stärkung der Rolle des Herkunftsstaates ist die **Wächterfunktion** überwiegend auf den **Wegzugsstaat** einer Scheinauslandsgesellschaft verlagert. Nur dieser ist europarechtlich nicht gehindert, rigide Schutzmechanismen auch im Hinblick auf den Geschäftsbetrieb im Ausland in Form von Wegzugsbeschränkungen zu installieren.⁵⁹

III. Korrekturbedarf durch Anwendung inländischer Schutzvorschriften

- 30 Teilweise wird in der Öffnung des nationalen Rechtsverkehrs für ausländische Rechtsformen eine besondere Chance durch mehr **Wettbewerb der Rechtsordnungen** erblickt und dafür plädiert, den Rechtsverkehr auf – die im Urteil des EuGH in Sachen Inspire Art in Bezug genommenen⁶⁰ – Selbstschutzmechanismen oder aber auf die nach dem Gründungsstatut verfügbaren Schutzinstrumente zu verweisen.⁶¹
- 31 Es überwiegen aber diejenigen Stimmen, die dem Schutzbedürfnis inländischer Gläubiger durch die **komplementäre Anwendung inländischer Schutzvorschriften** Rechnung zu tragen suchen. Für diese Stimmen lautet die Kardinalfrage, ob die Anwendung wesentlicher Teile des inländischen Gläubigerschutzrechts auf Scheinauslandsgesellschaften auch bei Zugrundelegung der nunmehr weitgehend maßgeblichen Gründungstheorie kollisionsrechtlich möglich ist und gegebenenfalls, ob sich die so herbeigeführte Geltung inländischen

55 Vgl. *Schumann*, DB 2004, 743, 748, der eine entsprechende Haftung bei unzutreffender Abgabe der „*declaration of solvency*“ in Erwägung zieht.

56 Zu der im englischen Recht bestehenden Staatsaufsicht über Kapitalgesellschaften und deren Finanzausstattung vgl. *Altmeppen*, NJW 2004, 97, 99; *Schumann*, DB 2004, 743, 744 f.; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1202; zu Schutzlücken des englischen Rechts bei im Ausland domizilierenden *private limited companies* ferner *Borges*, ZIP 2004, 733, 735.

57 Vgl. hierzu *Borges*, ZIP 2004, 733, 735. Zu der Möglichkeit, ein inländisches Gewerbeverbot gem. § 35 GewO auch gegenüber dem Geschäftsführer einer englischen *limited* durchzusetzen, vgl. Thüringer OLG DB 2006, 720 ff.

58 Sog. *piercing the corporate veil*, vgl. hierzu *Borges*, ZIP 2004, 733, 735 m.w.N.

59 Vgl. auch *Schumann*, DB 2004, 743, 745. Zulässig – wenngleich aus Gläubigerschutzgesichtspunkten wenig effektiv – ist etwa das Erfordernis der Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten, vgl. AG Duisburg NZG 2003, 1167.

60 EuGH NJW 2003, 3331, 3334 Ziff. 135; vgl. ablehnend hierzu *Bayer*, BB 2003, 2357, 2364.

61 Vgl. insbesondere *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, 2236 ff. und *ders.*, JZ 2004, 24, 27 f.; ferner *Merkt*, RIW 2004, 1, 7; *Behrens*, IPRax 2004, 20, 25 f.; *Hirte*, GmbHR 2003, R 421; *Meilicke*, GmbHR 2003, 1271, 1273; *Wilhelm*, ZHR 167 (2003), 520, 535 ff.

Rechts mit der in den Art. 43, 48 EGV verankerten Niederlassungsfreiheit vereinbaren lässt.⁶² Als mögliches Korrektiv wird neben den **allgemeinen inländischen Haftungstatbeständen** und der **Sonderanknüpfung** bestimmter **gesellschaftsrechtlicher Institute** insbesondere die **EuInsVO** erachtet, da mit der Abnahme der Schutzwirkung abstrakt-präventiver Gläubigerschutzregelungen das Bedürfnis steigt, die Interessen der Gläubiger im konkreten Krisenfall zu stärken.⁶³

Das internationale Insolvenzrecht beruft regelmäßig, wie die Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 der am 31.5.2002 in Kraft getretenen **Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren (EuInsVO) vom 29.5.2000**⁶⁴ und die §§ 3, 335 InsO belegen, das Recht des Eröffnungsstaates als desjenigen Staates, in dem sich der Mittelpunkt der hauptsächlichlichen Interessen des Schuldners befindetet, zur Anwendung. Befindet sich der Interessenmittelpunkt einer Scheinauslandsgesellschaft aber *per definitionem* im Zuzugsstaat, so bildet dessen Recht das Insolvenzstatut. Während das Gesellschaftsstatut im Falle einer Scheinauslandsgesellschaft also regelmäßig ein ausländisches ist, ist Insolvenzstatut bei einer Verfahrenseröffnung in Deutschland deutsches Recht. Insolvenz- und Gesellschaftsstatut fallen mithin bei Scheinauslandsgesellschaften auseinander.⁶⁵

D. Methodische Varianten der Berufung inländischen Schutzrechts und deren Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

Die Kernfrage besteht also darin, wie die Anwendbarkeit gläubigerschützender inländischer Rechtsinstitute auf die generell ihrem Gründungsrecht unterstehenden Scheinauslandsgesellschaften kollisionsrechtlich erreicht werden kann und gegebenenfalls ob eine derartige Berufung inländischen Schutzrechts vor der Niederlassungsfreiheit Bestand hat.

I. Insolvenzrechtliche Qualifikation

Ein inländisches Rechtsinstitut kann neben dem Gründungsrecht einer Auslandsgesellschaft zur Geltung gebracht werden, wenn die entsprechenden Vorschriften oder Regelungskomplexe *a priori* nicht dem Gesellschaftsstatut zugeordnet, sondern als nicht-gesellschaftsrechtlich eingestuft und damit dem Anwendungsbereich einer anderen, das inländische Recht berufenden Kollisionsnorm zugeordnet werden. Welche Kollisionsnormen für einen konkreten Sachverhalt maßgeblich sind, ist eine Frage der Qualifikation.

1. Begriff der Qualifikation

Mit dem Begriff der **Qualifikation** wird der Vorgang umschrieben, mit dem ein Rechtsinstitut einer Kollisionsnorm zugeordnet wird. Kollisionsnormen umschreiben ihren Anwendungsbereich mit **Systembegriffen**, die regelmäßig dem jeweils zugehörigen materiellen Recht entlehnt und die grundsätzlich nach der *lex fori* auszulegen sind, ohne dabei aber zwingend denselben Bedeutungsgehalt aufweisen zu müssen. Entscheidend ist, ob das zuzuordnende Rechtsinstitut dem Verweisungsbegriff der Kollisionsnorm funktionell adäquat ist.⁶⁶ Auf der primären, der Tatbestandsebene der Qualifikation, geht es damit um den sach-

⁶² Vgl. *Ulmer*, NJW 2004, 1201.

⁶³ *Müller*, NZG 2003, 414, 418.

⁶⁴ ABIEG Nr. L 160 v. 30.6.2000, S. 1 ff. Abgedruckt bei *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 12. Aufl. 2004 unter Nr. 260 (S. 702 ff.).

⁶⁵ Vgl. *Riedemann*, GmbHR 2004, 345, 346.

⁶⁶ Palandt/*Heldrich*, BGB, 65. Aufl. 2006, Einl. vor Art. 3 EGBGB Rn. 27.

lichen Anwendungsbereich einer Kollisionsnorm. Auf der Ebene der Rechtsfolgen geht es um die Frage, welche Teile des verwiesenen Rechts als Folge der Verweisung im Inland anwendbar sind.⁶⁷

- 36 Während autonome nationale Kollisionsnormen nach der jeweiligen *lex fori* zu qualifizieren sind,⁶⁸ sind im Rahmen von einheitsrechtlichen oder staatsvertraglichen Kollisionsnormen deren Zweck, Entstehungsgeschichte und die im Normsetzungsprozess herangezogenen einzelstaatlichen Bestimmungen zu berücksichtigen.⁶⁹

2. Insolvenzrechtliche Qualifikation von Schutzinstituten

- 37 Im Hinblick auf verschiedene, *prima facie* gesellschaftsrechtliche Rechtsinstitute (s. im Einzelnen Rn. 164 ff.), die eine inhaltliche Nähe zum Insolvenzrecht aufweisen, wird eine **insolvenzrechtliche Qualifikation** vorgeschlagen, um die betroffenen Rechtsfragen dadurch dem Insolvenzstatut anstelle des Gründungs- bzw. Herkunftsrechts zu überantworten. Betroffen sind nicht nur solche Rechtsinstitute, die die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens verlangen, sondern auch solche im Vorfeld einer Insolvenz. Die insolvenzrechtliche Qualifikation eines Haftungsinstituts hätte kollisionsrechtlich zur Folge, dass das Recht desjenigen Staates ausschlaggebend wäre, in dem der Schuldner seine wesentlichen Aktivitäten entfaltet und am Rechtsverkehr teilnimmt.
- 38 Diese Überlegungen, das deutsche Gläubigerschutzsystem auf dem Wege insolvenzrechtlicher Qualifikation zur Geltung zu verhelfen, wurzeln in der für das deutsche Recht charakteristischen **engen Verzahnung von gesellschaftsrechtlichen Kapital- und Gläubigerschutzmechanismen mit dem insolvenzrechtlichen Instrumentarium**, die ineinander greifend ein umfassendes Schutzsystem bilden.⁷⁰ Verschiedene Rechtsinstitute liegen dabei gleichsam in der **Schnittmenge beider Rechtsgebiete**, indem sie – systematisch in gesellschaftsrechtlichem Gewande – ihrem materiellen Gehalt zu urteilen in hohem Maße insolvenzrechtlicher Natur sind und sich daher einer trennscharfen Zuordnung entziehen.
- 39 Das ineinander greifende Gläubigerschutzsystem aus Insolvenz- und Gesellschaftsrecht ist durch die Inspire Art-Entscheidung aus den Fugen geraten.⁷¹ In Anbetracht der mit dem Einsatz von ausländischen Kapitalgesellschaften einhergehenden Missbrauchsgefahren werden verstärkt vordergründig gesellschaftsrechtliche Instrumentarien auf ihren etwaigen insolvenzrechtlichen Gehalt hin untersucht.⁷² Ein – noch näher zu beleuchtendes – Beispiel hierfür bilden die in § 64 GmbHG enthaltenen Regelungen über die Insolvenzverschleppung. Das funktionale Äquivalent auf britischer Seite, die Haftung wegen *wrongful trading*, die in sec. 214 des englischen Insolvency Act 1986 verortet ist,⁷³ hat auch hierzulande die Diskussion befruchtet, ob die Insolvenzverschleppung nicht per Qualifikation dem Insolvenzstatut zuzuweisen ist, um sie dadurch als Handhabe auch gegen Scheinauslandsgesellschaften zur Verfügung zu haben.
- 40 Derartige Überlegungen waren zu Zeiten des noch unter dem Regime der **Sitztheorie** regelmäßig bestehenden **Gleichlaufs** der insolvenzrechtlichen mit der gesellschaftsrechtlichen Anknüpfung, der dazu führte, dass das Haftungsregime regelmäßig in seiner Ganzheit und

67 v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 138 (S. 637).

68 Palandt/Heldrich, 65. Aufl. 2006, Einl. vor Art. 3 EGBGB Rn. 27.

69 Palandt/Heldrich, 65. Aufl. 2006, Einl. vor Art. 3 EGBGB Rn. 27 f.

70 Röbriht, ZIP 2005, 505, 508, 516.

71 Fischer, ZIP 2004, 1477.

72 So leitet Röbriht, ZIP 2005, 505 seinen Beitrag ein.

73 Vgl. Hierzu Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 174 ff.; Röbriht, ZIP 2005, 505, 506.

unabhängig von der Verortung im Insolvenz- oder im Gesellschaftsrecht zur Anwendung gelangte, nicht im selben Maße veranlasst. Eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation eines Rechtssatzes konnte unter der Prämisse erfolgen, es würde damit das Recht des hauptsächlich betroffenen Sitzstaates zur Anwendung gelangen; aus diesem Grunde wird die Eignung der überkommenen Zuordnungen in Frage gestellt.⁷⁴

Bei der **Abgrenzung des Insolvenz- und des Gesellschaftsstatuts** ist im Sinne einer funktio- 41
nellen Qualifikation maßgeblich auf den Zweck des anzuknüpfenden Rechtsinstituts abzu-
stellen.⁷⁵ Eidenmüller schlägt vor, die Abgrenzung danach vorzunehmen, ob es um Rege-
lungen geht, die über den Bestand und Umfang der gegen Gesellschafter oder Geschäftsfüh-
rer gerichteten Ansprüche entscheiden, mithin um die **Haftungsbegründung**, oder um
solche Vorschriften, die den Prozess der **Haftungsverwirklichung unter Knappheits-
bedingungen** beherrschen. Erstere seien Bestandteile des Gesellschaftsstatuts, Letztere des
Insolvenzstatuts.⁷⁶ Die konkrete Zuordnung wird im Hinblick auf die einzelnen Haftungs-
institute eingehend zu untersuchen sein (s. im Einzelnen Rn. 164 ff.).

3. *Rechtfertigung insolvenzrechtlicher Regelungen vor der Niederlassungsfreiheit*

Es fragt sich, ob sich eine solche „**Qualifikationslösung**“ im Hinblick auf die **Niederlas-** 42
sungsfreiheit nicht als Trojanisches Pferd entpuppt. Die in Sachen Centros, Überseering
und Inspire Art festgestellten Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit waren sämtlich
Folge der gesellschaftsrechtlichen Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz und die
sich hieraus ergebenden Erfordernisse des gesellschaftsrechtlichen Sachrechts des Zuzugs-
staates. Primär erschien damit das fremde Personalstatut im Lichte der Niederlassungsfrei-
heit problematisch.

Angesichts der **europäischen Provenienz** der in der **EuInsVO** enthaltenen Kollisions- 43
normen erscheint die dadurch generierte Maßgeblichkeit des inländischen Rechts des Zu-
zugsstaates nicht im selben Maße dem Verdikt der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit
ausgesetzt. Zwar ist die EuInsVO als sekundäres Gemeinschaftsrecht auch den primärrecht-
lichen Grundfreiheiten verpflichtet. Es wird aber davon auszugehen sein, dass die Berufung
der *lex fori concursus* aufgrund des integrativen, binnenmarktförderlichen Charakters der
EuInsVO⁷⁷ nicht mit den Grundfreiheiten, insbesondere der Niederlassungsfreiheit, konfli-
giert.⁷⁸ Aufgrund der in Art. 4 Abs. 2 EuInsVO enthaltenen Verweisung auf das Recht der
einzelnen Mitgliedstaaten sei vielmehr davon auszugehen, dass sich gläubigerschützende
Haftungstatbestände, die an das Insolvenzverfahren anknüpfen, **kollisionsfrei in das System
der Grundfreiheiten einfügen**; Gegenstand des Insolvenzrechts sei nicht der nieder-
lassungsrechtlich problematische abstrakte Gläubigerschutz, sondern der Schutz konkret
betroffener Gläubigerinteressen.⁷⁹ Auch sei der Integrationsprozess im Bereich des Insol-

74 MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 417 will das vor dem Inspire Art-Urteil v. 30.9.2003 erschienene Schrifttum zu Qualifikationsfragen nur bedingt heranziehen.

75 Kropholler, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2004, S. 112 ff.

76 Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 4.

77 Siehe Erwägungsgrund (2) der Verordnung.

78 Dezidiert MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 417, 419 und Ulmer, NJW 2004, 1201, 1205.

79 Fischer, ZIP 2004, 1477, 1479.

venzrechts ausreichend fortgeschritten.⁸⁰ Damit erweise sich das Insolvenzrecht für die Anwendung inländischer Haftungstatbestände als „sicherer Hafen“.⁸¹

- 44 Es sind aber auch mahnende Stimmen zu vernehmen, die vor einer übereilten „Flucht in das Insolvenzrecht“ warnen.⁸² So wird der obigen Auffassung entgegengehalten, die Etikettierung einer Norm als gesellschaftsrechtlich oder nicht-gesellschaftsrechtlich sei *sub specie* der Art. 43, 48 EGV ohne Belang, so dass auch im Falle insolvenzrechtlicher Qualifikation eine Rechtfertigungsprüfung vor der Niederlassungsfreiheit erforderlich sei.⁸³ Ausländische Gesellschaften könnten sich aufgrund der strengen insolvenzrechtlichen Haftungsinstitute von einer Sitzverlegung nach Deutschland abhalten lassen.⁸⁴
- 45 Indes muss der EuInsVO jedenfalls ein gewisses Gewicht im Rahmen der Beurteilung zukommen, ob die Anwendung einer inländischen Regelung gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.⁸⁵ Ferner wäre jedenfalls auch im Falle insolvenzrechtlicher Qualifikation zwischen solchen Rechtssätzen zu differenzieren, die die Gesellschaftsverfassung oder in anderer Weise deren Marktzutritt betreffen, und solchen, die lediglich die Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr regeln.⁸⁶ Die vorliegend diskutierten **Marktrückzugsregelungen**,⁸⁷ die überwiegend als Desinvestitionshindernisse (Existenzvernichtungshaftung, Eigenkapitalersatzrecht) daherkommen, erweisen sich überwiegend als **tätigkeitsbezogen** und bedürfen damit keiner Rechtfertigung durch zwingende Allgemeininteressen (s. ausführlich Rn. 83 ff.).⁸⁸
- 46 Mithin sind solche Haftungstatbestände des inländischen Gläubigerschutzrechts im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit regelmäßig unbedenklich, die sich als Bestandteil der *lex fori concursus* i.S.d. Art. 4 Abs. 2 EuInsVO erweisen.⁸⁹ Die Reichweite des Insolvenzstatuts und damit derjenige Bereich, der mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit weniger bedenklich erscheint, ist in dem noch darzustellenden Art. 4 Abs. 2 EuInsVO näher ausgestaltet (s. Rn. 155 ff.).

II. Qualifikation als allgemeines Verkehrsrecht

- 47 Ein geringes Konfliktpotential im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit weisen grundsätzlich solche Regelungen auf, die Bestandteil des sog. allgemeinen Verkehrsrechts sind. Dabei handelt es sich um Rechtsvorschriften, die unterschiedslos auf natürliche und juristische Personen, auf In- und Ausländer anwendbar sind, wie die **allgemeinen Haftungstatbestände des Deliktsrechts**, etwa §§ 823 Abs. 1 und 826 BGB, sowie im vertraglichen Bereich die Haftung aus **Verschulden bei Vertragsverhandlungen** (*culpa in contrahendo*) aus § 311

80 Fischer, ZIP 2004, 1477, 1478.

81 So die plastische Formulierung bei Ulmer, NJW 2004, 1201, 1207.

82 K. Schmidt, ZHR 168 (2004), 493.

83 Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 9.

84 Vgl. Borges, ZIP 2004, 733, 740; Müller, NZG 2003, 414, 417; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3590.

85 Dies gesteht auch Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 9 Fn. 12 ein.

86 Vgl. MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 419; Borges, ZIP 2004, 733, 740.

87 Weller, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 205 ff.

88 Noch weiter geht MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 420, wonach entsprechende Rechtssätze von vornherein nicht unter das Beschränkungsverbot der Art. 43, 48 EGV fallen sollen, da es sich bei den betroffenen Verhaltensweisen jeweils um einen Missbrauch im Einzelfall handele. Zum Missbrauchseinwand indes vgl. Rn. 77 ff.

89 Ulmer, NJW 2004, 1201, 1207.

Abs. 2, 3 BGB. Teilweise wird hierzu auch das **Insolvenzrecht** gerechnet.⁹⁰ Aufgrund ihrer unterschiedslosen Anwendbarkeit verhalten sich derartige Haftungstatbestände zur Niederlassungsfreiheit neutral; ihre Geltung bedarf daher auch mangels Einschränkung dieser Grundfreiheit keiner gesonderten Rechtfertigung.⁹¹ Sie kommen daher über die jeweils einschlägigen Kollisionsnormen, z.B. Art. 27, 28, 38, 39, 40 EGBGB, zur Anwendung.

Problematisch erscheinen demgegenüber solche Haftungstatbestände, die zwar delikts- oder vertragsrechtlich eingekleidet sind, sich aber aufgrund ihres spezifisch gesellschaftsrechtlichen Gehalts als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit erweisen.⁹² Hierzu rechnet etwa die – auf den ersten Blick – **deliktische Insolvenzverschleppungshaftung** gem. § 823 Abs. 2 BGB, § 64 Abs. 1 GmbHG (s. ausführlich Rn. 181 ff.). Da der Haftungstatbestand inhaltlich im Wesentlichen durch das in Bezug genommene Schutzgesetz, mithin § 64 Abs. 1 GmbHG, ausgestaltet und geprägt wird, kann es für die kollisionsrechtliche Qualifikation der Haftung nur auf den Charakter des Schutzgesetzes ankommen. Sanktioniert wird nicht die Verletzung allgemeiner Verkehrspflichten, sondern die **Verletzung spezifisch gesellschaftsbezogener Verhaltenspflichten**, die den Gesellschaftern oder Geschäftsführern gerade in dieser Eigenschaft obliegen.⁹³ Eine Anwendung derartiger Haftungstatbestände muss sich daher vorbehaltlich einer insolvenzrechtlichen Qualifikation an der Niederlassungsfreiheit messen lassen. Dies gilt in gleicher Weise für die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem ausländischen, d.h. dem Gründungsrecht entstammenden Schutzgesetz; anders als die blanke Anwendung von Normen des Gründungsrechts verhält sich die zusätzliche Anordnung einer Haftungsfolge durch das Recht des Zuzugsstaates europarechtlich nicht mehr neutral.⁹⁴ 48

Noch eindeutiger ist der Befund im Hinblick auf die Tatbestände der **Durchgriffshaftung** wegen Vermögensvermischung, materieller Unterkapitalisierung und existenzvernichtenden Eingriffs, die zwar in die Nähe einer Haftung wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung i.S.v. § 826 BGB rücken,⁹⁵ aber hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes geringere Anforderungen aufstellen und damit eine vom allgemeinen Verkehrsrecht gesonderte Haftungskategorie für bestimmte Personengruppen bilden. Damit bedarf die Anwendung der Haftungsfiguren der Insolvenzverschleppungshaftung und des Haftungsdurchgriffs – vorbehaltlich einer Zuordnung zum Insolvenzstatut – einer gesonderten Rechtfertigung.⁹⁶ 49

Fraglich ist, wie es sich mit einer Haftung wegen **vorsätzlich sittenwidriger Schädigung** aus § 826 BGB verhält, sofern diese neben die besonderen gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbestände tritt. Der BGH hat eine solche Haftung etwa angenommen, wenn ein Gesell- 50

90 MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 419.

91 AG Bad Segeberg ZInsO 2005, 558, 560; MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 630; Ulmer, NJW 2004, 1201, 1205 ff. Einschränkend Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 31, der eine Rechtfertigung auch bei nicht-gesellschaftsrechtlichen Anknüpfungen für erforderlich hält, sofern diese den Marktzugang der Auslandsgesellschaft signifikant erschweren. Er räumt allerdings ein, dass den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungstatbeständen eine derartige Wirkung regelmäßig nicht anhaftet und diese daher im Lichte der Keck-Rechtsprechung unbedenklich sind.

92 Vgl. auch Ulmer, NJW 2004, 1201, 1205; Goette, ZIP 2006, 541, 545 f.

93 Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 30; Borges, ZIP 2004, 733, 740.

94 Vgl. auch Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 32.

95 Hierauf weisen Bayer, BB 2003, 2357, 2364 f., Zimmer, NJW 2003, 3585, 3588, Weller, IPRax 2003, 207, 209 und Eidenmüller, JZ 2004, 24, 25 hin.

96 So auch Ulmer, NJW 2004, 1201, 1208.

schafter planmäßig das Gesellschaftsvermögen auf eine Schwestergesellschaft verlagert und der Gesellschaft damit zu Lasten der Gläubiger ihren Haftungsfonds entzogen hat.⁹⁷ Es ließe sich argumentieren, dass derjenige, der einen anderen in vorsätzlich sittenwidriger Weise schädigt, nicht deshalb privilegiert werden darf, weil er zugleich einen gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbestand verwirklicht.⁹⁸ Die Haftung erweist sich damit als niederlassungsneutraler Bestandteil des allgemeinen Verkehrsrechts.

- 51 Eine Haftung aus **Verschulden bei Vertragsverhandlungen** kann sich für die im Namen einer Auslandsgesellschaft handelnden Personen ergeben, wenn sie deren Rechtsform entgegen einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht verschleiern.⁹⁹ Da eine Auslandsgesellschaft vorbehaltlich der Eintragung einer Zweigniederlassung (s. hierzu Rn. 69, 146) nicht in die deutschen Handelsregister eingetragen wird, wird von einer entsprechenden Pflicht ihrer Vertreter, potentielle Vertragspartner über die nicht eingetragenen Umstände zu unterrichten, auszugehen sein.¹⁰⁰ Auch bei diesen Pflichten bzw. Haftungssanktionen dürfte es sich um gesellschaftsrechtlich geprägtes Verkehrsrecht handeln, dessen Anwendung mithin nach dem weiten Verständnis der Niederlassungsfreiheit an dieser zu messen wäre.

III. Sonderanknüpfung der gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzregeln

1. Begriff der Sonderanknüpfung

- 52 Ist nach Maßgabe der vorstehend dargelegten Grundsätze ein Rechtssatz als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren und damit grundsätzlich Bestandteil des einheitlichen Gesellschaftsstatuts, so kann das entsprechende inländische Schutzinstrument nur zur Anwendung gebracht werden, indem die Frage durch eine kollisionsrechtliche **Sonderanknüpfung** von dem einheitlichen Gesellschaftsstatut abgespalten und einer anderen, namentlich der Rechtsordnung des Zuzugsstaates, überantwortet wird (*dépeçage*).¹⁰¹
- 53 Eine derartige **Abspaltung und Sonderanknüpfung** dient grundsätzlich der Verwirklichung des internationalprivatrechtlichen Prinzips, dasjenige Recht auf einen Sachverhalt zur Anwendung zu bringen, zu dem dieser die engste Verbindung aufweist. Wenn sich die in der Grundanknüpfung typisiert zum Ausdruck kommende Berufung des sach nächsten Rechts in Bezug auf einzelne Aspekte eines Sachverhalts nicht bewahrheitet, sich die Regelanknüpfung mithin als zu grob erweist, ermöglicht es die Sonderanknüpfung, die einzelnen Aspekte demjenigen Recht zu unterstellen, zu dem sie die engste Verbindung aufweisen. Gespiegelt auf Gesellschaften wurde freilich vor den Judikaten des EuGH stets das Recht des tatsächlichen Verwaltungssitzes als sach nächstes Recht erachtet; es geht mithin weniger darum, diese Sachnähe nochmals herauszustreichen, als die besonders enge Verflechtung einer Gesellschaft mit ihrem Umgebungsrecht zu betonen, um so Argumente für eine Sonderanknüpfung an dieses Recht vor der Niederlassungsfreiheit zu gewinnen.

97 BGH NZG 2004, 1107 ff.

98 Ähnliche Argumentationsmuster werden häufig im Zusammenhang mit Verjährungsfragen entfaltet; so wird etwa die kurze Verjährung des § 11 Abs. 1 UWG nicht auf einen konkurrierenden Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB erstreckt, da die zusätzliche subjektive Komponente dem Anspruch aus § 826 BGB eine andere Qualität verleihe, vgl. BGH GRUR 1977, 539, 541.

99 Vgl. im Hinblick auf eine ungarische Gesellschaft BGH ZIP 2002, 1771.

100 Hierzu *Borges*, ZIP 2004, 733, 736.

101 Zur *dépeçage* vgl. *Jayme*, FS Kegel, 1987, S. 253 ff.; im vorliegenden Zusammenhang ferner *Borges*, ZIP 2004, 733, 741.

2. Differenzierung zwischen Außen- und Innenverhältnis

Fallen der Satzungssitz und der Sitz der tatsächlichen Hauptverwaltung auseinander, so stellt das Gründungsrecht besonders im Hinblick auf die durch Teilnahme am Rechtsverkehr begründeten **Außenbeziehungen** der Gesellschaft nicht das sachnächste Recht dar. Der engste Bezug besteht vielmehr mit dem Recht desjenigen Staates, an dessen Rechtsverkehr die Gesellschaft teilnimmt, in dem sie lebt und wirtschaftet.¹⁰² Dies wird durch einen Blick darauf belegt, welchem Recht die einzelnen, durch diese Teilnahme am Rechtsverkehr entstehenden Beziehungen unterstehen. Nach Art. 28 Abs. 1 EGBGB unterliegen **vertragliche Schuldverhältnisse** dem Recht des Staates, mit dem der Vertrag die engste Verbindung aufweist. Nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB wird vermutet, dass die engste Verbindung zu dem Staat besteht, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Hauptverwaltung hat. Nämliches zeigt das Kollisionsrecht der **außervertraglichen Schuldverhältnisse**. Nach Art. 38 Abs. 2 EGBGB unterliegen Ansprüche wegen Bereicherung durch Eingriff dem Recht des Staates, in dem der Eingriff geschehen ist, und Art. 40 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterstellt Ansprüche aus unerlaubter Handlung grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat.¹⁰³ Am deutlichsten kommt die Annahme, die engste Verbindung bestehe im Hinblick auf die Außenbeziehungen zu dem Recht des tatsächlichen Sitzstaates, in Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 EuInsVO zum Ausdruck, die das **Insolvenzverfahren** dem Recht desjenigen Staates unterstellen, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichsten Interessen hat.¹⁰⁴

Mithin sprechen kollisionsrechtlich gewichtige Gründe dafür, einzelne Außenbeziehungen einer Gesellschaft mit der Sitztheorie dem Recht zu unterstellen, an dem sie ihre tatsächliche Hauptverwaltung unterhält. Freilich ist dies im Nachgang der Judikatur des EuGH nur insoweit möglich, als sich eine Anwendung des Sitzrechts vor der **Niederlassungsfreiheit** rechtfertigen oder begründen lässt. Gezeigt werden soll hier aber, dass die kollisionsrechtliche Gründungsanknüpfung auch der gesellschaftsrechtlichen Außenbeziehungen zu deren Herauslösung aus dem sonst gleichsam einem **Gesamtstatut** anwendbaren Sitzrecht führt.

In Bezug auf Fragen des gesellschaftlichen **Innenverhältnisses** lässt sich dagegen eine Heranziehung des Gründungsrechts als sachnäheres Recht vertreten.¹⁰⁵ Davon umfasst sind auch diejenigen Tatbestände, die eine **Innenhaftung** der Gesellschafter oder Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft statuieren, etwa zur Absicherung bestimmter Gründungserfordernisse.¹⁰⁶

Rechtsmethodisch lässt sich freilich die Frage stellen, ob es nicht damit im Bereich der gesellschaftsrechtlichen Außenbeziehungen bei dem grundsätzlich anwendbaren Sitzrecht verbleibt, wohingegen die übrigen Rechtsverhältnisse der Gesellschaft europarechtsbedingt durch eine Sonderanknüpfung dem Gründungsrecht unterstellt werden (sog. Residuum der Sitztheorie).¹⁰⁷ Da indes die Anwendung des Sitzrechts bei grundsätzlicher Maßgeblichkeit

¹⁰² Vgl. statt aller Palandt/*Heldrich*, BGB, 65. Aufl. 2006, Anh. zu EGBGB 12, Rn. 1.

¹⁰³ Nach Art. 40 Satz 2 EGBGB kann der Verletzte verlangen, dass anstelle des Rechts des Handlungsortes das Recht des Staates angewandt wird, in dem der Verletzungserfolg eingetreten ist.

¹⁰⁴ Zu der Vermutung in Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO siehe Rn. 125.

¹⁰⁵ Vgl. insoweit *Altmeyden/Wilhelm*, DB 2004, 1083, 1085 ff.

¹⁰⁶ MünchKomm/*Kindler*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 624.

¹⁰⁷ Vgl. *Borges*, ZIP 2004, 733, 741.

des Gründungsrechts im Einzelfall rechtfertigungsbedürftig ist, ist insoweit von einer Sonderanknüpfung an das Sitzrecht einzelner Fragen auszugehen.¹⁰⁸

3. Rechtfertigung vor der Niederlassungsfreiheit

- 58 Eine durch Sonderanknüpfung herbeigeführte Anwendung gesellschaftsrechtlicher Haftungsfiguren des Sitzrechts bewirkt eine inhaltliche Modifikation des ausländischen Gesellschaftsstatuts und stellt daher nach der Rechtsprechung des EuGH eine rechtfertigungsbedürftige **Einschränkung der Niederlassungsfreiheit** ex Art. 43, 48 EGV dar.¹⁰⁹ Daher kommt ihre Anwendung nur in Betracht, wenn eine darin liegende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit entweder gem. **Art. 46 EGV**, nach den Kriterien des EuGH, der sog. **Gebhard- bzw. Centros-Formel**, oder aber deshalb gerechtfertigt ist, weil eine Berufung auf die Niederlassungsfreiheit im konkreten Fall als **missbräuchlich** erscheint. Schließlich kann der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit bei bloß **tätigkeitsbezogenen Beschränkungen** teleologisch zu reduzieren sein. Dies gilt in selber Weise für gesellschaftsrechtlich geprägte Tatbestände des allgemeinen Verkehrsrechts (vgl. Rn. 48–51).
- a) Rechtfertigung gem. Art. 46 EGV
- 59 Gem. Art. 46 EGV stehen die europäischen Grundfreiheiten der Anwendung solcher einzelstaatlicher Vorschriften nicht entgegen, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Die Vorschrift betrifft damit **offene Diskriminierungen** durch Vorschriften, die im Sinne eines gemeinschaftsrechtlichen *ordre public*-Vorbehalts ausländerpolizeiliche Maßnahmen vorsehen.¹¹⁰ Im vorliegenden Kontext dürfte dieser Rechtfertigungsmöglichkeit kaum eine Bedeutung zukommen, da es regelmäßig weder um eine offene Diskriminierung von Auslandsgesellschaften geht, noch die genannten öffentlichen Schutzgüter durch deren Tätigkeit im Inland spezifisch betroffen sind. Deswegen ist auch die niederländische Regierung im Inspire Art-Verfahren mit ihrem Rekurs auf Art. 46 EGV nicht durchgedrungen.¹¹¹
- b) Rechtfertigung nach den Gebhard- bzw. Centros-Grundsätzen
- 60 Eine generell-abstrakte Regelung, die zu einer Einschränkung der Niederlassungsfreiheit führt, kann nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur aufgrund **zwingender Gründe des Allgemeininteresses** gerechtfertigt sein.¹¹² Für die Rechtfertigungsprüfung ist der Kanon der sog. **Gebhard-Formel** maßgeblich, der insbesondere in der Rechtssache Centros auch für den Bereich der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit herangezogen und in den Folgeentscheidungen jeweils nachgezeichnet wurde. Danach sind solche Maßnahmen vor der Niederlassungsfreiheit **rechtfertigungsbedürftig**, die die Ausübung der Grundfreiheiten **behindern** oder **weniger attraktiv** machen können. Eine Einschränkung ist gerechtfertigt, wenn sie (1) in **nicht-diskriminierender Weise** angewandt wird, (2) aus **zwingenden Gründen des Allgemeininteresses**, in (3) zur Erreichung des verfolgten Zieles **geeigneter**

108 Vgl. auch Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 122.

109 Fischer, ZIP 2004, 1477, 1479.

110 Hierzu Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 119.

111 EuGH Rs. C-167/01 (Inspire Art), NJW 2003, 3331, 3334, Ziff. 131.

112 Centros Ziff. 34; Überseering Ziff. 83, 92; Inspire Art Ziff. 133. Eingehend hierzu Ulmer, NJW 2004, 1201, 1204; Schanze/Jüttner, AG 2003, 661, 667 f.; Spindler/Berner, RIW 2004, 7, 10; Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 20 ff.

und schließlich (4) in nicht über das zur Zielerreichung **erforderliche** Maß hinausgehender Weise erfolgt.¹¹³

Wie bereits erwähnt (Rn. 59), dürften die vorliegend interessierenden inländischen Gläubigerschutzinstrumente in keinem Falle eine **offene Diskriminierung** von Auslandsgesellschaften darstellen, da sie ihren Voraussetzungen nach unterschiedslos für sämtliche im Inland tätigen Gesellschaften anwendbar sind; denkbar ist dagegen, dass einzelne Regelungen faktisch Auslandsgesellschaften stärker belasten. Eine solche **versteckte Diskriminierung** bedarf ebenfalls einer Rechtfertigung aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses.¹¹⁴

Eine **diskriminierende Anwendung** inländischer Schutzinstrumente hat der BGH in der Ableitung einer Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG gegenüber dem Geschäftsführer einer englischen *private limited* gesehen, der es entgegen der §§ 13d ff. HGB unterlassen hat, den Geschäftsbetrieb als Zweigniederlassung zum Handelsregister anzumelden. Zwar verpflichtet Art. 12 der Zweigniederlassungsrichtlinie (vgl. Rn. 13) die Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen für den Fall anzudrohen, dass die erforderliche Offenlegung der Zweigniederlassung im Aufnahmestaat unterbleibt; dabei haben sie aber darauf zu achten, dass derartige Verstöße in sachlich und verfahrensrechtlich vergleichbarer Weise geahndet werden wie entsprechende Verstöße gegen nationales Recht. Als zulässige Sanktion einer Nichtanmeldung sieht das deutsche Recht aber in § 14 HGB allein die Festsetzung eines Zwangsgeldes und nicht die Konsequenz einer persönlichen Haftung vor.¹¹⁵

Die Festlegung, aufgrund welcher **zwingender Gründe des Allgemeininteresses** eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit erfolgt, obliegt dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Gesetzgeber. Er ist dabei nicht auf Gründe des europäischen Gemeinwohls beschränkt,¹¹⁶ sondern kann im Rahmen der Zielvorgaben des EG-Vertrags von der ihm eingeräumten **Einschätzungsprärogative** Gebrauch machen.¹¹⁷ Der EuGH hat in seiner Entscheidungstrilogie als derartige Gründe den **Schutz von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern, Arbeitnehmern, der Lauterkeit des Handelsverkehrs** sowie die **Wirksamkeit von Steuerkontrollen** anerkannt.¹¹⁸ *Per se* nicht ausreichend ist aber alleine der Umstand des Fehlens eines Mindesthaftkapitals einer ausländischen Kapitalgesellschaft, wie der EuGH bereits vorausschauend klargestellt hat.¹¹⁹ Das Thüringer OLG hat die einer inländischen Gewerbeausübungsuntersagung zugrunde liegenden Umstände als zwingende Gründe des Allgemeinwohls erachtet und damit die Nichteintragung einer Zweigniederlassung einer englischen *limited*, gegen deren Geschäftsführer ein Gewerbeverbot verhängt worden war, gerechtfertigt.¹²⁰

Auch im Hinblick auf die **Geeignetheit** der Maßnahme zur Zielerreichung steht dem nationalen Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu. Die Geeignetheit ist erst dann nicht

113 EuGH, Slg. 1995, I-4165 (Gebhard) Ziff. 37; in Sachen Centros Ziff. 34; in Sachen Inspire Art Ziff. 133. Bereits in der Rechtssache Kraus hat der EuGH ähnliche Grundsätze aufgestellt, vgl. Slg. 1993, I-1663 (Kraus).

114 Vgl. Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 21 m.w.N.

115 BGH EuZW 2006, 61, 62; hierzu Eidenmüller, NJW 2005, 1618. Vgl. ferner Zimmer, NJW 2003, 3585, 3586.

116 So aber Ebke, JZ 2003, 927, 931.

117 Ähnlich Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 22.

118 Centros Ziff. 35 ff.; Überseering Ziff. 92; Inspire Art Ziff. 135 ff.

119 Centros Ziff. 35; Überseering Ziff. 92; Inspire Art Ziff. 132.

120 Thüringer OLG DB 2006, 720.

mehr gegeben, wenn die Zielerreichung anhand der vorgesehenen Maßnahme zu ungewiss erscheint, wie der EuGH in seinem Bosman-Urteil zum Ausdruck gebracht hat.¹²¹ Wie es um die Geeignetheit von **Mindestkapitalerfordernissen** steht, ist zumindest zweifelhaft; zwar wurde das Prinzip des Mindesthaftungsfonds, wie es der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie¹²² zugrunde liegt, einst als Eckpfeiler des europäischen Gesellschaftsrechts angesehen;¹²³ es fragt sich aber, ob über eine Seriositätsschwelle hinaus damit ein Mehr an Gläubigerschutz zu erzielen ist. Diese rechtspolitische Diskussion ist indes an anderer Stelle zu führen.¹²⁴ Der Schwerpunkt der Diskussion um das Mindestkapitalprinzip liegt auf der Ebene der Erforderlichkeit.

- 65 Die Prüfung der **Erforderlichkeit** der Anwendung eines inländischen Rechtsinstituts besteht aus einer **Abwägungsentscheidung** zwischen dem durch dieses Institut geschützten **konkreten Allgemeininteresse** und der **Bedeutung der Niederlassungsfreiheit** sowie der **Intensität ihrer Beeinträchtigung** durch die Anwendung dieses Instituts. Hierbei kommt dem nationalen Gesetzgeber wiederum eine Einschätzungsprärogative zu. Dabei ist die Rechtfertigungshürde aufgrund des regelmäßig langfristigen Charakters einer Niederlassung i.S.v. Art. 43, 48 EGV wohl niedriger anzusiedeln als im Falle einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, durch deren Ausübung die Interessen des Zielstaates eher nur punktuell betroffen sind.¹²⁵
- 66 Ein Beispiel fehlender Eignung bildet die **Aberkennung der Rechts- und Parteifähigkeit** einer ausländischen Gesellschaft, wie sie der Überseering-Entscheidung zugrunde lag: Keine der in Betracht kommenden Allgemeininteressen wird durch die Aberkennung der Rechtssubjektivität und Parteifähigkeit des Gegenübers gefördert.¹²⁶
- 67 Die Erforderlichkeit ist regelmäßig auch dann nicht gegeben, wenn **weniger einschneidende Maßnahmen** des innerstaatlichen Rechts zur Verfügung stehen oder vorgesehen werden könnten. In diesem Sinne hat der EuGH in Sachen Centros ausgeführt, es könnten „mildere Maßnahmen getroffen werden, die die Grundfreiheiten weniger beeinträchtigen. So könnten etwa die öffentlichen Gläubiger rechtlich die Möglichkeit erhalten, sich die erforderlichen Sicherheiten einräumen zu lassen“.¹²⁷ Dabei stellt der EuGH nicht darauf ab, ob das mildere Mittel das verfolgte Ziel in ebenso effektiver Weise verwirklichen könnte, sondern lässt es

121 EuGH Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, Ziff. 109.

122 Zweite Richtlinie des Rates v. 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Einhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABIEG Nr. L 26 v. 31.1.1977, S. 1 ff.; diese sog. Kapitalrichtlinie erfasst nur Aktiengesellschaften bzw. *public limited companies*.

123 So zumindest die Kommission in KOM (2003) 284, 20. Zu den – insbesondere europäischen – Tendenzen eines alternativen Gläubigerschutzkonzeptes vgl. Rn 92 ff.

124 Vgl. z.B. *Altmeyen*, NJW 2004, 97, 102; *Borges*, ZIP 2004, 733, 735; *Mülbert/Birke*, EBOR 3 (2002), 695, 715 ff.

125 So die Einschätzung von *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 3 Rn. 31 unter Hinweis auf die Entscheidung EuGH Rs. C-76/90 (Säger), Slg. 1991, I-4221, Ziff. 13.

126 *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 3 Rn. 27 macht dieses Ergebnis schon an der fehlenden Geeignetheit fest.

127 *Centros*, Ziff. 37.

ausreichen, wenn durch das alternative Instrumentarium zumindest eine teilweise Verwirklichung erzielt werden könnte.¹²⁸

Generell steht die Erforderlichkeit inländischer Schutzmaßnahmen auch im Hinblick auf das vom EuGH postulierte sog. **Informationsmodell** auf dem Prüfstand. Den tragenden Gedanken des **Selbstschutzes der Gläubiger durch Information** hat der EuGH erstmals im Centros-Urteil formuliert und ausgeführt, „(...) (d)a 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 78/660 EWG des Rates vom 25. Juli 1978 (...) über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (...) und die Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen (...).“¹²⁹

Das **Selbstschutzmodell** des EuGH effektuiert sich mithin wesentlich über die handelsrechtlichen **Registrierungs-** und **Firmierungspflichten**.¹³⁰ Nach der Elften, sog. **Zweigniederlassungsrichtlinie** (vgl. Rn. 13) können bei Errichtung einer inländischen Zweigniederlassung einer Auslandsgesellschaft bestimmte Angaben und die Offenlegung bestimmter Unterlagen verlangt werden, namentlich die Firma, Rechtsform, Personalien der vertretungsbefugten Personen und Unterlagen der Rechnungslegung.¹³¹ Damit greift das Informationsmodell des EuGH, soweit es auf der Registerpublizität der Richtlinie basiert, im Falle von Zweigniederlassungen und zwingend als solche einzutragender Hauptniederlassungen von Scheinauslandsgesellschaften.¹³² Zur Komplettierung des Informationsmo-

128 So die Interpretation von *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 3 Rn. 63 f. m.w.N.

129 EuGH Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1997, I-1495, Ziff. 36. Auch im Inspire Art-Urteil nimmt dieser Selbstschutzgedanke eine prominente Stellung in der Argumentationslinie des EuGH ein, EuGH Rs. C-167/01 (Inspire Art), NJW 2003, 3331, 3333, Ziff. 135 unter Wiederholung von und Verweis auf die Passagen aus dem Centros-Urteil.

130 Vgl. auch *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 3 Rn. 35; vgl. ferner den Hinweis in Rn. 38 darauf, dass auch die Firmierung nicht immer einen sicheren Rückschluss auf die Herkunft der Gesellschaft zulässt, z.B. im Falle einer österreichischen GmbH oder einer *private limited*, die sowohl englischen als auch irischen Ursprungs sein kann.

131 Bei Eintragung einer Zweigniederlassung ist dabei der Unternehmensgegenstand der Zweigniederlassung, nicht der ausländischen Hauptniederlassung anzugeben, OLG Frankfurt a.M. GmbHR 2006, 259, 260; zum erforderlichen Grad der Konkretisierung AG Charlottenburg GmbHR 2006, 264, 265; eingehend *Wachter*, GmbHR 2005, 99; *ders.*, BB 2005, 1289 ff.; vgl. ferner *Zimmer*, NJW 2003, 3585 f. Die deutschen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung finden sich in §§ 13e, 13g HGB. Der Anwendungsbereich der Richtlinie erstreckt sich ferner auf Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, wie sich aus Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie ergibt, vgl. *Zimmer*, NJW 2003, 3585. Die entsprechenden Umsetzungsvorschriften sind in §§ 13e, 13f HGB enthalten.

132 Vgl. zu dieser Eintragungspflicht statt aller *Just*, *Die englische Limited in der Praxis*, 2005, Rn. 39 ff.; AG Bad Segeberg ZInsO 2005, 558, 560; AG Duisburg NZJ 2003, 610; vgl. auch Rn. 51, 146. A.A. *Wernicke*, BB 2006, 843 ff.

dells wäre die generelle Anwendung **inländischen Firmenrechts** auf europäische Auslandsgesellschaften mit Sitz im Inland denkbar.¹³³

- 70 Dem Informationsmodell des EuGH inhärent ist die Beschränkung auf solche Personen, die sich die relevanten Informationen beschaffen können, bevor sie in eine rechtliche Beziehung zu der Gesellschaft treten. Nur im Falle einer **Informationsmöglichkeit** können sie ihren Interessen *ex ante* durch das Verlangen von Sicherheiten oder durch Risikoabschläge hinreichend Rechnung tragen. Das Informationsmodell versagt dagegen bei Gläubigern, die über eine derartige Informationsmöglichkeit nicht verfügen. Dabei handelt es sich vornehmlich um Gläubiger aus **gesetzlichen Schuldverhältnissen**, wie beispielsweise Delikts- oder Bereicherungsgläubiger, in deren Interessensphäre ohne einen vorherigen (rechtsgeschäftlichen) Kontakt eingegriffen wurde.¹³⁴
- 71 In rechtspolitischer Hinsicht enthält das Informationsmodell ferner insofern Defizite, als es die Interessen der jeweils schwächeren Partei nicht berücksichtigt. So ermöglicht **Arbeitnehmern** oder **Vertragspartnern wirtschaftlich kleineren Zuschnitts** auch eine verfügbare Informationsbasis aufgrund ihrer schwächeren Verhandlungsposition oder aus Rationalisierungsgründen regelmäßig nicht die Realisierung ihrer (Sicherungs-)Interessen im Verhandlungswege.¹³⁵ Das Selbstschutzmodell stellt vielmehr nur dort ein *level playingfield* wieder her, wo dieses aufgrund von Informationsdefiziten bislang nicht bestand.
- 72 Auch in den Bereichen, in denen das Informationsmodell nicht trägt, steht es aber den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern nicht gänzlich frei, ihre rechtspolitischen Vorstellungen mit einem beliebigen Mittel zu verfolgen, sondern sie sind auf das Maß des Erforderlichen beschränkt. So ist zu erwägen, ob nicht dem Interesse von Deliktsgläubigern durch eine gesetzliche Pflichtversicherung ausreichend Rechnung getragen werden kann.¹³⁶
- 73 Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung stellt sich ferner die Frage, ob sich diese auch auf die konkrete Feststellung einer **Schutzlücke im Gründungsrecht**, d.h. darauf zu erstrecken hat, ob das ausländische Gründungsstatut ein hinreichendes Schutzinstrument vorhält.¹³⁷ Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob das ausländische Recht ein entsprechendes Haftungsinstitut kennt, sondern vielmehr ist das ganzheitliche Schutzniveau des Gründungsrechts einschließlich seines Richterrechts, ungeachtet der rechtstechnischen Einkleidung einzelner Elemente, zu betrachten.¹³⁸ Eine derartige Heranziehung des Gründungsrechts führt zu **Rechtsanwendungsproblemen** insofern, als die inländischen Gerichte vor der Anwen-

133 Für eine Anwendbarkeit des deutschen Firmenrechts sprechen sich ohnehin aus *Borges*, ZIP 2004, 733, 736; *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677, 680; *Kindler*, NJW 2003, 1073, 1079; *Ulmer*, JZ 1999, 662, 663, jew. m.w.N. Zu der – im Ergebnis wohl zu verneinenden – Frage, ob *de lege lata* auch die Angabe der ausländischen Rechtsform verlangt werden kann, vgl. *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3587. Ausführlich ferner *Wachter*, ZNotP 2005, 122, 137.

134 So auch *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949, 954.

135 Vgl. *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949, 954; ausführlich *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 40 ff.

136 *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 68; *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677, 682.

137 Vgl. *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1208; *Borges*, ZIP 2004, 733, 741; *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1479; ausführlich *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 43 ff.

138 *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 48 ff.; sympathisierend auch *Goette*, ZIP 2006, 541, 543; großzügiger *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1209, der schon bei Fehlen eines entsprechenden Schutzinstituts im Gründungsrecht das inländische Recht zum Zuge kommen lassen möchte. Deziert wendet sich *Borges*, ZIP 2004, 733, 742 gegen das Erfordernis eines Nachweises, dass das Gründungsrecht insgesamt keinen adäquaten Schutz vorhält.

derung des inländischen Rechts zunächst das Recht des Gründungsstaates auf eine entsprechende Haftungsregelung untersuchen müssten. Der dafür erforderliche Aufwand scheint trotz der prozessualen Erleichterung des § 293 ZPO prohibitiv und erschlägt jedwede Bestrebung einer Reduktion von **Informationskosten**.¹³⁹ Eine abschließende Aussage lässt sich hierzu noch nicht treffen; der EuGH hat noch keine Stellung hierzu bezogen, wenngleich seine zu anderen Grundfreiheiten ergangene Rechtsprechung die Notwendigkeit einer doppelten Prüfung impliziert.¹⁴⁰

In eine solche Betrachtung nicht einzubeziehen wären aber solche Rechtssätze des Gründungsrechts, deren **Geltung kollisionsrechtlich nicht angeordnet** oder aus Gründen der **Territorialität** nicht möglich ist. Im Falle im Inland ansässiger *private limited companies* englischen Rechts muss dennoch jedenfalls vorrangig mit den im englischen Recht vorgesehenen Regeln der Kapitalerhaltung und der Durchgriffshaftung operiert werden.¹⁴¹ 74

Offenbart die rechtsvergleichende Betrachtung keine Schutzlücke, sondern nur ein **geringeres Schutzniveau** des Herkunftsrechts, so kann dies ein Indiz für den überschießenden Charakter des strengeren inländischen Rechtsinstituts bilden.¹⁴² Aus der Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit ist zwar zu schließen, dass den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern auch im Hinblick auf das zu installierende Schutzniveau eine **Entscheidungsprärogative** zukommt.¹⁴³ Dabei darf ein Mitgliedstaat aber kein beliebig hohes Schutzniveau veranschlagen, sondern muss sich an den Regelungen des Herkunftsstaates messen lassen, dessen Rechtsordnung nach dem europäischen Ideal ebenbürtig ist. Nur wenn sich dessen Regelungen für die Effektivierung des Schutzes des konkreten inländischen Allgemeininteresses als unzulänglich erweisen, ist das höhere Schutzniveau des Zuzugsstaates erforderlich.¹⁴⁴ Aufgrund der durch die Vierte und Elfte Richtlinie weitgehend **harmonisierten Bereiche** dürfte die Annahme der Erforderlichkeit einer strengeren inländischen Regelung zumindest schwer fallen, soweit das in diesen Richtlinien verankerte **Informationsmodell** trägt. Die Tendenz des EuGH geht dahin, für die Erforderlichkeit einen umso 75

139 Vgl. auch *Borges*, ZIP 2004, 733, 742. Weniger kritisch *Goette*, ZIP 2006, 541, 544 f.

140 Vgl. EuGH Rs. C-279/80 (*Webb*), Slg. 1981, 3305, Ziff. 17 in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit: „Jedoch darf der freie Dienstleistungsverkehr (...) nur durch Regelungen beschränkt werden, (...) insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist.“ Zu der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit vgl. ausführlich von der Groeben/Schwarze/*Müller-Graff*, EUV/EGV, 2003, Art. 30 Rn. 139 ff. m.w.N.

141 So – mit Darstellung des einschlägigen englischen Rechts – *Schumann*, DB 2004, 743, 744 f. Zu weitgehend AG Bad Segeberg ZInsO 2005, 558, 560, dass damit argumentiert, dass das englische Recht den Gläubigerschutz im Falle einer Insolvenz umfassend sichere; damit blendet das Gericht aus, dass das englische Insolvenzrecht kollisionsrechtlich u.U. nicht zur Anwendung berufen ist.

142 *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 44.

143 EuGH Rs. C-384/93 (*Alpine Investments*), Slg. 1995, I-1141, Ziff. 51: „(D)er Umstand, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer Mitgliedstaat, (bedeutet) nicht, dass dessen Vorschriften unverhältnismäßig und folglich mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind.“ Zweifel an der Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung, die sich mit den Regelungen des Herkunfts-, nicht dagegen des Zuzugsstaates befasste, äußert *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 55.

144 Strenger *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 57, der dies nur bei „offensichtlich völlig unzureichenden Mitteln“ zulassen will.

strengeren Maßstab anzulegen, je weniger gravierend sich die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in einem bestimmten Bereich unterscheiden.¹⁴⁵

- 76 Im **Ergebnis** ist, vorbehaltlich einer nicht diskriminierenden Anwendung und der Anerkennung eines legitimen Allgemeininteresses sowie eines verfügbaren mildereren Mittels des inländischen Rechts, die Anwendung eines geeigneten inländischen Schutzinstituts erforderlich, wenn das ausländische Gründungsrecht das konkrete inländische Schutzgut überhaupt nicht oder nur unzulänglich schützt; Letzteres dürfte nur in nicht harmonisierten Bereichen, in denen die mitgliedstaatlichen Rechte stark divergieren, der Fall sein.

c) Missbrauchseinwand

- 77 In den Rechtssachen Centros und Inspire Art hat der EuGH seine in anderem Zusammenhang getätigte Aussage, wonach eine missbräuchliche Berufung auf Gemeinschaftsrecht nicht gestattet ist, auch für die Niederlassungsfreiheit im Kontext von Auslandsgesellschaften bekräftigt.¹⁴⁶ Dabei hat der EuGH vorausschauend das Entstehen einer kollisionsrechtlichen Schutzlücke durch Geltung des Gründungsrechts als tauglichen Gegenstand eines Missbrauchseinwands ausgeschlossen und den Einwand auf **konkrete Fälle einer missbräuchlichen Gestaltung** beschränkt.¹⁴⁷ Dies gilt selbst dann, wenn die Auslandsgesellschaft mit Ausnahme ihrer Gründung keinerlei Verbindung zu ihrem Gründungsstaat aufweist. So führt der Gerichtshof in Sachen Centros aus: „Damit kann es für sich allein keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstellen, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen (...). (...) Dass eine Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, keine Geschäftstätigkeit entfaltet und ihre Tätigkeit ausschließlich im Mitgliedstaat ihrer Zweigniederlassung ausübt, belegt (...) noch kein missbräuchliches oder betrügerisches Verhalten, das es dem letzteren Mitgliedstaat erlauben würde, auf diese Gesellschaft die Gemeinschaftsvorschriften über das Niederlassungsrecht nicht anzuwenden.“¹⁴⁸
- 78 Entsprechend hat der BGH im Hinblick auf eine liechtensteinische Gesellschaft entschieden, deren Geschäftstätigkeit weitgehend in der Bundesrepublik stattfand. Ein Missbrauch der im EWR-Abkommen vorgesehenen Niederlassungsfreiheit liege selbst dann nicht vor, wenn eine Gesellschaft in einem Vertragsstaat gegründet werde, um in den Genuss vorteilhafter Rechtsvorschriften zu kommen, obwohl sie ihre Tätigkeit von vornherein ausschließlich in einem anderen Vertragsstaat ausübe.¹⁴⁹ Sogar die **bewusste Ausnutzung unterschiedlicher Rechtssysteme** stellt für sich allein genommen noch keinen Missbrauch dar, auch wenn sie in der offenen Absicht erfolgt, die „größte Freiheit“ zu erzielen und mit einer ausländischen Briefkastengesellschaft die zwingenden inländischen Normativbestimmungen zu umgehen.¹⁵⁰

145 Vgl. hierzu ausführlich *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 3 Rn. 59.

146 Centros, Ziff. 24; Inspire Art Ziff. 138.

147 Centros Ziff. 27; EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, NJW 2003, 3331, Ziff. 96 f., 137 ff. der Urteilsbegründung.

148 Centros Ziff. 27 und 29.

149 BGH EuZW 2005, 733, 734.

150 BGH EuZW 2006, 61, 62.

Eine strukturelle Lösung des Gläubigerdilemmas lässt sich somit anhand des Missbrauchsgedankens jedenfalls nicht erzielen.¹⁵¹ Ferner ist, um von einem Missbrauch gerade der Niederlassungsfreiheit ausgehen zu können, auch eine **kollisionsrechtliche Komponente** erforderlich; der etwa in einem existenzvernichtenden Eingriff liegende Missbrauch auf Ebene des nationalen Rechts kann noch nicht zur Versagung der Niederlassungsfreiheit führen.¹⁵² 79

Eine missbräuchliche Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit könnte möglicherweise dann attestiert werden, wenn ein **kollisionsrechtlicher Anknüpfungspunkt** zu dem Zweck **manipuliert** wird, anstelle des inländischen Rechts dasjenige eines anderen Mitgliedstaates zur Anwendung zu bringen, während der Inlandsbezug unverändert fortbesteht. In der Literatur werden solche Gestaltungen als U-turn-Konstruktionen bezeichnet.¹⁵³ In den Rechtssachen *van Bisbergen* und *TV 10* hat der EuGH im Zusammenhang mit der **Dienstleistungsfreiheit** entschieden, dass sich die Angehörigen eines Mitgliedstaates dessen Rechtsvorschriften nicht dadurch entziehen können, dass sie ihre Niederlassung in einen anderen Mitgliedstaat verlagern, um von dort aus in Ausübung der Grundfreiheiten den inländischen Markt unter Umgehung von dessen Rechtsvorschriften zu bedienen.¹⁵⁴ Gleiches hat der EuGH für die künstliche Schaffung eines grenzüberschreitenden Bezuges, um in den Genuss der Grundfreiheiten zu gelangen, entschieden. In der Rechtssache *Leclerc* hat er die Anwendung französischer Vorschriften auf Reimporte nicht als Beschränkung der **Warenverkehrsfreiheit** angesehen, „wenn sich aus den objektiven Umständen ergeben sollte, dass die betreffenden Bücher allein zum Zwecke ihrer Wiedereinfuhr ausgeführt worden sind, um eine gesetzliche Regelung (...) zu umgehen.“¹⁵⁵ In der Rechtssache *Bouchoucha* hat der Gerichtshof im Hinblick auf **Berufsausbildungsvorschriften** entsprechend für die Niederlassungsfreiheit entschieden.¹⁵⁶ 80

Gespiegelt auf **Scheinauslandsgesellschaften** könnte eine missbräuchliche Gestaltung darin erblickt werden, dass eine Inlandsgesellschaft künstlich die Voraussetzungen für einen **Statutenwechsel** herbeiführt ohne eine korrespondierende Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse. Eine Verlegung des Satzungssitzes mit der Konsequenz der Anwendbarkeit eines anderen Rechts dürfte hierbei allerdings kaum in Betracht kommen, da die meisten Rechtsordnungen, wie auch die deutsche, die Rechtsfähigkeit an einen inländischen Satzungssitz knüpfen. Erforderlich wäre mithin die Neukonstituierung unter der gewünschten Rechtsordnung unter Beibehaltung der tatsächlichen Verhältnisse, d.h. die Neugründung im Ausland unter Beibehaltung des tatsächlichen Verwaltungssitzes im Inland. Genau darin besteht aber die vom EuGH ausgestaltete **Rechtsformwahlfreiheit**.¹⁵⁷ Dies dürfte ebenfalls für die unter dem Regime der **Verschmelzungsrichtlinie**¹⁵⁸ nunmehr eröffnete Möglichkeit gelten, sich unter Beibehaltung des inländischen Verwaltungssitzes im Wege der **Heraus-** 81

151 So auch das Fazit von *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1202 ff.

152 Vgl. *Borges*, ZIP 2004, 733, 742, der zu bedenken gibt, ob der Missbrauchseinwand i.S.v. *Inspire* Art nicht im Sinne eines europarechtlichen Instituts des Rechtsmissbrauchs, d.h. ohne kollisionsrechtlichen Bezug, verstanden werden sollte. Von vornherein keine kollisionsrechtliche Komponente verlangt dagegen MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 420.

153 So bei *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 88.

154 EuGH Rs. C-33/74 (*van Bisbergen*), Slg. 1974, 1299, Ziff. 13; EuGH Rs. C-23/93 (*TV 10*), Slg. 1994, I-4795, Ziff. 15 ff.; insgesamt hierzu *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 85 ff.

155 EuGH Rs. C-229/83 (*Leclerc*), Slg. 1985, 1 Ziff. 27.

156 EuGH Rs. C-61/89 (*Bouchoucha*), Slg. 1990, I-2551, Ziff. 14.

157 Vgl. auch *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 94.

158 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310/1.

verschmelzung eine ausländische Rechtsform anzueignen.¹⁵⁹ Als rechtsmissbräuchlich dürfte sich allenfalls die gezielte **Umgehung nationaler Berufsausübungsregelungen** erweisen, etwa von § 6 Abs. 2 Satz 3, 4 GmbHG mit seinen persönlichen Voraussetzungen der Geschäftsführereigenschaft.¹⁶⁰

- 82 Dem Missbrauchsverdikt können ferner **konkrete gesellschaftsrechtliche Gestaltungen** unterfallen. Einen konkreten Missbrauch hat etwa das AG Hamburg im Falle einer künstlichen bzw. **fraudulösen Betriebsaufspaltung** erblickt. Eine englische *private limited* wurde als Schuldenträgerin eingesetzt (sog. Aschenputtel-Gesellschaft), während die Aktiva in der deutschen GmbH untergebracht waren.¹⁶¹ Zweifelhaft ist der gegen die Entscheidung gerichtete Einwand, es fehle am Rechtswidrigkeitszusammenhang, weil als Schuldenträgerin auch eine deutsche Gesellschaft hätte eingesetzt werden können.¹⁶² Mit dem Einsatz der englischen *limited* wurden gerade die Schutzmechanismen des deutschen GmbH-Rechts gegen deren Einsatz als Schuldenträgerin ausgehebelt.¹⁶³ Zutreffend nicht als Missbrauch der Niederlassungsfreiheit zu qualifizieren sein dürfte dagegen eine **unzureichende Kapitalausstattung** einer Auslandsgesellschaft. Die Errichtung einer Gesellschaft in Übereinstimmung mit dem ausländischen Gründungsrecht ohne Mindesthaftkapital ist gerade Gegenstand der vom EuGH postulierten Rechtsformwahlfreiheit.¹⁶⁴ Eine im Hinblick auf den konkreten Geschäftsbetrieb unzureichende Kapitaldecke dagegen ist ein Vorwurf, der nicht an die Wahl einer bestimmten Rechtsform und damit auch nicht an einen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit anknüpft.¹⁶⁵ Als Missbrauch stellt sich aber wiederum der bewusste Einsatz einer Auslandsgesellschaft als **unterkapitalisiertes Prozessvehikel** zum Zwecke der Ausnutzung des damit einhergehenden Erpressungspotentials dar.¹⁶⁶

d) Übertragung der Keck-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit

- 83 Aufgrund des überaus weiten Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit und der hohen Rechtfertigungshürden für eine Beschränkung fragt sich, ob im Wege teleologischer Reduktion aus ihrem Schutzbereich Regelungen auszunehmen sind, die nicht den **Marktzugang** ausländischer Gesellschaften, sondern deren Verhalten im Markt nach erfolgtem Zutritt in gleicher Weise wie das anderer Marktteilnehmer betreffen. In der Rechtssache Keck hat der EuGH entschieden, dass inländische Regelungen, die – in Abgrenzung zu **Produkteigenschaften** – lediglich **Modalitäten des Verkaufs** von Gütern im Inland betreffen, sich dann nicht als Einfuhrbeschränkung i.S.v. Art. 28 EGV qualifizieren, wenn sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer im Inland gelten und den Absatz inländischer Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise be-

159 Damit würden zwei europäische Gestaltungsmittel, namentlich die Verschmelzungsrichtlinie und die Niederlassungsfreiheit in ihrer Ausgestaltung durch Centros, Überseering und Inspire Art, miteinander kombiniert.

160 Brand, JR 2004, 89, 92; Eidenmüller, JZ 2004, 24, 26; ders., Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 100; Knapp, DNotZ 2003, 85, 89; Schanze/Jüttner, AG 2003, 661, 669.

161 AG Hamburg NJW 2003, 2835, 2836; hierzu Weller, IPRax 2003, 520.

162 So aber Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 102.

163 Zustimmung auch Brand, JR 2004, 89, 92; MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 615; Sandrock, ZVglRWiss 102 (2003), 447, 463 ff.

164 AG Bad Segeberg ZInsO 2005, 557, 559; Leible/Hoffmann, RIW 2002, 925, 930; Schanze/Jüttner, AG 2003, 661, 669; Weller, IPRax 2003, 520, 523; a.A. Borges, ZIP 2004, 733, 742 und Zimmer, NJW 2003, 3585, 3588 f.

165 Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 104.

166 Weller, DStR 2003, 1800, 1803.

rühren. Derartige Regelungen seien nicht geeignet, den Marktzugang zu versperren oder stärker als für inländische Erzeugnisse zu behindern.¹⁶⁷

Die Keck-Rechtsprechung lässt sich dahingehend verallgemeinern, als allgemein gültige Vorschriften des inländischen Rechts, die den Marktzutritt nicht wesentlich erschweren, im Sinne einer *de minimis*-Ausnahme nicht dem rigiden Rechtfertigungszwang anhand zwingender Gründe des Allgemeininteresses unterliegen.¹⁶⁸ Aufgrund der Konvergenz der Grundfreiheiten sollte diese Rechtsprechung auch **auf die Niederlassungsfreiheit übertragen** werden.¹⁶⁹ Hierfür spricht in der Sache, dass tätigkeitsbezogene Vorschriften erst eingreifen, wenn die Gesellschaft anhand ihrer gleichwohl getroffenen **Standortentscheidung** dokumentiert hat, dass diese **rechtlichen Rahmenbedingungen** ihre Niederlassung im Inland nicht behindern oder sie weniger attraktiv gemacht haben.¹⁷⁰ Wenngleich sich der EuGH hierzu bislang nicht ausdrücklich verhalten hat, enthält seine Rechtsprechung Anhaltspunkte für eine entsprechende Ausnahme auch im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit. In der Rechtssache *Semerano* hat der EuGH ausgeführt, dass die beschränkende Wirkung einer Regelung, die für alle Wirtschaftsteilnehmer im Inland gilt und die keine Bedingungen für die Niederlassung der betreffenden Unternehmen bezweckt, zu ungewiss und mittelbar ist, um sich als Behinderung der Niederlassungsfreiheit zu qualifizieren.¹⁷¹ Maßgebliche Gesichtspunkte für das Verdikt des EuGH waren damit die nicht-diskriminierende Geltung, die niederlassungsneutrale Zwecksetzung sowie die geringe Intensität der Beeinträchtigung.¹⁷² Für bereits marktzugehörige Auslandsgesellschaften gilt damit primär das **allgemeine Diskriminierungsverbot** des Art. 12 EGV, während eine strenge Rechtfertigungsprüfung nur bei Anforderungen an die Struktur der Gesellschaft vor ihrem Marktzutritt erforderlich ist.¹⁷³

Im **Ergebnis** bedarf damit nur die Anwendung solcher inländischer Regelungen einer Rechtfertigung vor der Niederlassungsfreiheit, die den Marktzugang europäischer Auslandsgesellschaften, d.h. deren Niederlassung, entweder **wesentlich beeinträchtigen**, in ihrer **Zwecksetzung** einen **Niederlassungsbezug** aufweisen oder inländische Gesellschaften nicht in gleicher Weise betreffen wie ausländische, diese mithin (versteckt) **diskriminieren**. Eine solche Eigenschaft haftet im Regelfall solchen Regelungen nicht an, die **tätigkeitsbezogen** sind, einen Bestandteil des allgemeinen Verkehrsrechts bilden oder **situativ anknüpfende Tatbestände** beinhalten; den Gegensatz hierzu bilden Regelungen mit **korporativem Charakter**, d.h. die entweder die Organisations-, Leitungs- oder Haftungsstruktur einer Gesellschaft betreffen.¹⁷⁴

IV. Behebung eines Normenmangels

Ein weiteres Schutzdefizit besteht im Falle eines kollisionsrechtlich bedingten **Normenmangels**, beispielsweise wenn der Gründungsstaat eine insolvenzrechtliche, der Sitzstaat

167 EuGH, Rs. C-267/91 (Keck), Slg. 1993, I-6097, insbes. Ziff. 16 f.

168 So *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 12.

169 MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 418; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2003, Rn. 28; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 661, 666 f.; *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 10 f.; *Streinz/Müller-Graff*, EUV/EGV, Art. 43 EGV Rn. 58 ff.

170 *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 16; MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 419.

171 EuGH Rs. C-418/93 (*Semerano* u.a.), Slg. 1996, I-2975, Ziff. 32.

172 *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 15.

173 MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 418 f.

174 *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 16 f.

aber eine funktional entsprechende gesellschaftsrechtliche Regelung vorhält, wovon aber aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfung im Ergebnis keine zum Tragen kommt (Rn. 26 f.). Ein derartiger Normenmangel wird grundsätzlich durch sog. **Anpassung** behoben, d.h. entweder durch die Einschränkung oder Erweiterung des Verweisungsumfangs der Kollisionsnorm oder durch die rechtsschöpferische Modifikation eines der anwendbaren Sachrechte.¹⁷⁵

- 87 Im Zusammenhang mit (Schein-)Auslandsgesellschaften könnte damit entweder ein insolvenzrechtliches Instrumentarium des Gründungsstaates dem Geltungsbereich des Gesellschaftsstatuts oder umgekehrt das gesellschaftsrechtliche Instrument des Sitzstaates dessen Insolvenzstatut zugeschlagen werden. Damit ist aber rechtsmethodisch allein das spezifisch kollisionsrechtliche Spektrum zur Behebung des Normenmangels nachgezeichnet. Vorgaben folgen insoweit aus der Niederlassungsfreiheit, als das Ergebnis des kollisionsrechtlichen Lösungsvorgangs keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, d.h. keine wesentlich stärkere Belastung einer Gesellschaft als nach ihrem Gründungsrecht, nach sich ziehen darf.¹⁷⁶ Eine Anpassungslösung ist allerdings nicht gangbar, wenn der Normenmangel sich auf **öffentlich-rechtliche Normen** der Staatsaufsicht bezieht, die an der Grenze zurück bleiben. Hier kann letztlich nur der Gesetzgeber Abhilfe schaffen, namentlich der inländische, indem er generell eine entsprechende Staatsaufsicht, oder der ausländische, indem er Schutzmechanismen für den Fall des Wegzugs einer Gesellschaft installiert.

V. Residuale Funktion des *ordre public*

- 88 Nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis von Art. 6 EGBGB kommt dem *ordre public*-Einwand nur eine negative Funktion zu. Danach ist die Rechtsnorm eines anderen Staates nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Rechtsfolge ist die Nichtanwendung des betreffenden ausländischen Rechtssatzes und die Schließung der Lücke aus dem System des anwendbaren ausländischen Rechts, hilfsweise die Heranziehung deutschen Rechts als Ersatzrecht.¹⁷⁷ Über diese sog. **residuale Funktion des *ordre public*** kann, sofern die originär einschlägige ausländische Regelung der öffentlichen Ordnung widerspricht, die Anwendung inländischer Rechtssätze und damit von Gläubigerschutzmechanismen erzielt werden.¹⁷⁸ Indes steht auch diese kollisionsrechtliche Vorgehensweise unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit.

VI. Zwischenergebnis und Ausblick

1. Zusammenfassung

- 89 Aus den dargestellten Grundsätzen ergibt sich mithin folgendes Bild: Im Hinblick auf jedes eine Auslandsgesellschaft betreffende Rechtsverhältnis ist zunächst zu untersuchen, welche Kollisionsnorm einschlägig ist; hierfür ist insbesondere die Abgrenzung des Insolvenz- und des Gesellschaftsstatuts von besonderer Bedeutung. Es besteht eine Tendenz, gläubigerschützende Rechtsinstitute gegenüber Auslandsgesellschaften zur Geltung zu bringen, indem sie dem Bereich des vom Gründungsrecht der Gesellschaft beherrschten Gesellschaftsrechts entzogen und dem an den tatsächlichen Interessenmittelpunkt anknüpfenden Insol-

175 Palandt/*Heldrich*, BGB, 65. Aufl. 2006, Einl. vor Art. 3 EGBGB (IPR) Rn. 32; v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 256 (S. 712).

176 Vgl. auch *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 3 Rn. 72.

177 Palandt/*Heldrich*, BGB, 65. Aufl. 2006, Art. 6 EGBGB, Rn. 13.

178 Ausführlich *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 287 ff.

venzrecht zugeschlagen werden. Nur die wenigsten der einschlägigen Haftungstatbestände dürften dem allgemeinen Verkehrsrecht zuzuordnen sein.

Führt die anzustellende Qualifikation dazu, dass ein Rechtsverhältnis als gesellschaftsrechtlich einzustufen ist, so ist die Anwendung des Gesellschaftsrechts des Zuzugsstaates im Wege einer Sonderanknüpfung durch ihre Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit bedingt, während dies im Falle insolvenzrechtlicher Qualifikation tendenziell nicht der Fall ist. 90

Neben die klassische Prüfung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung tritt im europäischen Gesellschaftsrecht damit auf zweiter Stufe die Prüfung, ob die kollisionsrechtlich ermittelte Anknüpfung mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist.¹⁷⁹ Eine Unvereinbarkeit ergibt sich nicht *per se* aus der Anwendung eines fremden, d.h. nicht mit dem Gründungsrecht identischen Gesellschaftsrechts, sondern nur, soweit sich einzelne Regelungen auf die Niederlassungsfreiheit beschränkend auswirken. Handelt es sich bei derartigen Regelungen um rein tätigkeitsbezogene Regelungen, die gleichermaßen für Inländer gelten und keinen Bezug zur Niederlassung von Auslandsgesellschaften aufweisen, ist der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit bei nur geringfügiger Beeinträchtigung nicht eröffnet. Anderenfalls ist eine Rechtfertigungsprüfung erforderlich. Anhand dieser Maßstäbe sind in einem gesonderten Abschnitt die einzelnen Institute des deutschen Rechts, die im Sinne des Gläubigerschutzes auf Scheinauslandsgesellschaften Anwendung finden sollen, zu untersuchen (s. hierzu Rn. 164 ff.). 91

2. *Vorschläge de lege ferenda*

De lege ferenda wird angedacht, in Konsequenz der aus der Niederlassungsfreiheit resultierenden Gläubigerschutzdefizite auf einen gesellschaftsrechtlichen, abstrakt-präventiven Gläubigerschutz generell zu verzichten und das **Gläubigerschutzrecht** aus dem Gesellschaftsrecht in das auch gegenüber ausländischen Kapitalgesellschaften wirksame **Insolvenzrecht** zu verlagern.¹⁸⁰ Eine damit einhergehende **Deregulierung des GmbH-Rechts**, insbesondere eine Abkehr vom Konzept des Mindestkapitals einschließlich seiner Verästelungen etwa in Form des Eigenkapitalersatzrechts, wird aus Gründen der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen GmbH überwiegend begrüßt.¹⁸¹ 92

Da sich mit dem Verlust der Schutzwirkung der abstrakt-präventiven Gläubigerschutzregeln in Form des deutschen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsrechts das Insolvenzrisiko erhöht, müssten die konkreten Schutzmechanismen, die als Bestandteil des Insolvenzstatuts zur Geltung kommen, stärker als gegenwärtig ausgestaltet werden. Die Effektivität des Insolvenzrechts müsste den Fortfall des Kapitalregimes kompensieren. In Betracht kommt eine Vorverlagerung der Insolvenzantragspflicht, eine Neufassung der Insolvenzeröffnungsgründe oder der Ausbau des insolvenzrechtlichen Restitutionsinstrumentariums.¹⁸² Interessant ist auch der Ansatz, die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft zumindest insoweit an ihrer Finanzierungsverantwortung festzuhalten, als sie die Kosten eines ordnungsgemäßen Insolvenzverfahrens zu tragen haben. Auf diese Weise wäre einer „Flucht in die Masselosigkeit“ 93

179 *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1205.

180 *Borges*, ZIP 2004, 733, 740; *Fischer*, ZIP 2004, 1477 ff.; *Schön*, Der Konzern 2004, 162, 170.

181 *Hirte*, GmbHHR 2003, R 421; *Kallmeyer*, GmbHHR 2004, 377 ff.; *Koegel*, GmbHHR 2003, 1225, 1229 f.; *Meilicke*, GmbHHR 2003, 1271, 1273; *Mülbert*, Der Konzern 2004, 151 ff.; *Schön*, Der Konzern 2004, 170 ff.; *Wilhelm*, ZHR 167 (2003), 520, 535 ff.

182 Vgl. *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1482 f.

keit“ vorgebeugt.¹⁸³ Schließlich wird vorgeschlagen, eine allgemeine Durchgriffshaftung vorzusehen.¹⁸⁴

- 94 In diesem Sinne wurde von der sog. Winter-Gruppe,¹⁸⁵ dem Forum Europaeum Konzernrecht¹⁸⁶ und der Arbeitsgruppe Europäisches Gesellschaftsrecht¹⁸⁷ gleichermaßen vorgeschlagen, in Anlehnung an die Haftung für *wrongful trading* gem. sec. 214 des englischen Insolvency Act 1986 eine Handelndenhaftung für die Insolvenzverschleppung vorzusehen.¹⁸⁸ Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat sich laut ihrer Mitteilung vom 21.5.2003 ebenfalls die Stärkung der Verantwortlichkeit der Geschäftsleiter, etwa in Form einer Insolvenzverschleppungshaftung, sowie die Prüfung einer Alternative zum Mindestkapitalkonzept als mittelfristige Maßnahme im Rahmen des **Aktionsplanes zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts** vorgenommen.¹⁸⁹ Erst jüngst wurde erneut eine entsprechende Durchführbarkeitsstudie zur Untersuchung eines alternativen Gläubigerschutzkonzeptes ausgeschrieben.¹⁹⁰ Eine europaweite Angleichung des Gläubigerschutzes bei der Desinvestition von Gesellschaftsvermögen wäre im Sinne der Freizügigkeit wünschenswert.¹⁹¹
- 95 Alternativ wird in Anlehnung an das Informationsmodell des EuGH dafür plädiert, den Publizitätsschutz zu erweitern und über entsprechende Sanktionen abzusichern. Auch soll im Zusammenhang mit der Firma nicht nur die Rechtsform, sondern auch das anwendbare Gründungsrecht anzugeben sein.¹⁹²
- 96 In die gänzlich andere Richtung geht schließlich der Vorschlag von *Eidenmüller*, die durch die gesellschaftsrechtliche Gründungsanknüpfung zerstörte Einheitlichkeit des insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Haftungsregimes dadurch wiederherzustellen, dass zur Ermittlung der insolvenzrechtlichen Eröffnungszuständigkeit über Gesellschaften anstelle auf den Interessenmittelpunkt auf den Mitgliedstaat abgestellt wird, nach dessen Recht die Gesellschaft erkennbar organisiert ist. Über eine *limited* mit faktischem Sitz in Deutschland wäre danach ein Hauptinsolvenzverfahren in England durchzuführen.¹⁹³

183 *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1483.

184 *Borges*, ZIP 2004, 733, 743 f.

185 *Final Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, 2002, abrufbar unter www.europa.eu.int/comm/internal_market/company/modern/index_en.htm.

186 ZGR 1998, 760, 771.

187 Stellungnahme v. 3.3.2003, Ziff. III.13., ZIP 2003, 863, 870.

188 Vgl. *Borges*, ZIP 2004, 733, 735.

189 KOM(2003) 284 endgültig; abrufbar unter www.eu-kommission.de/pdf/dokumente/com2003_0284de01.pdf; vgl. hierzu *Borges*, ZIP 2004, 733, 735.

190 COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 12751/05 REV 1, v. 30.9.2005, allerdings bezogen auf die Zweite Richtlinie und damit im Hinblick auf das Haftungssystem bei Aktiengesellschaften.

191 MünchKomm/*Kindler*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 617.

192 So *Borges*, ZIP 2004, 733, 736; ähnlich *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3587.

193 *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455, 3458 f.

E. Grundsätze des internationalen Insolvenzrechts

De lege lata bietet sich als „sicherster Hafen“ des Gläubigerschutzes das Insolvenzrecht. 97
Dessen Grundsätze sollen daher im Folgenden dargestellt werden.

I. Einleitung und Grundsätze

Die Abwesenheit strenger Regeln über Aufbringung und Erhaltung eines garantierten Mindestkapitals in verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen wird sich infolge der durch die **Niederlassungsfreiheit** bedingten Anwendung des Gründungsrechts auch hierzulande bemerkbar machen. Infolge des Wegfalls der insolvenzprophylaktischen Wirkung¹⁹⁴ der abstrakt-präventiven Gläubigerschutzregeln des deutschen Rechts wird ein sprunghafter Anstieg von Insolvenzfällen erwartet.¹⁹⁵ Die Bedeutung des (internationalen) Insolvenzrechts wird daher zunehmen. 98

Das internationale Insolvenzrecht ist infolge der **Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 vom 29.5.2000 des Rates über Insolvenzverfahren (EuInsVO)**¹⁹⁶ zu weiten Teilen vergemeinschaftet. Flankiert wird die EuInsVO aus deutscher Sicht durch die Regelungen des **Art. 102 EGIInsO**, der durch das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts vom 14.3.2003 neu gefasst wurde.¹⁹⁷ Das autonome deutsche Recht hält in den **§§ 335 ff. InsO** ebenfalls eine Regelung zum internationalen Insolvenzrecht vor.¹⁹⁸ Diese Regelungen gelten nur außerhalb des Anwendungsbereichs der EuInsVO.¹⁹⁹ Da die EuInsVO nach hier vertretener Auffassung auch das Verhältnis zu Drittstaaten regelt, werden die **§§ 335 ff. InsO** aufgrund des dadurch weit reichenden **Anwendungsvorrangs** des Gemeinschaftsrechts nur beiläufig erörtert, zumal sie im Wesentlichen von den entsprechenden Grundsätzen beherrscht sind.²⁰⁰ 99

Der EuInsVO liegen die auch im autonomen deutschen internationalen Insolvenzrecht tragenden **Prinzipien der Universalität und Einheit** zugrunde, die sich in der **Exklusivität des Hauptverfahrens** widerspiegeln. Das Universalitätsprinzip beruht seinerseits auf dem Grundgedanken der **Gleichbehandlung der Gläubiger**, sog. *par condicio creditorum*.²⁰¹ 100

Die der Universalität und Einheit widerstrebenden **Prinzipien der Pluralität und Territorialität**, die dem **Vertrauen des Rechtsverkehrs** durch Anwendbarkeit des jeweils inländischen Insolvenzrechts für die dort belegene (Teil-)Vermögensmasse Rechnung tragen wollen, haben ebenfalls Eingang in die EuInsVO gefunden. Durch die in den Art. 5–15 ff. EuInsVO vorgesehenen **Sonderanknüpfungen** und die in Art. 3 Abs. 2–4, 27 ff. EuInsVO geregelten, **territorial begrenzten Nebeninsolvenzverfahren** nach dem Recht des betref- 101

194 Terminus von *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1482.

195 Vgl. *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 1.

196 In Kraft getreten am 31.5.2002, ABl. Nr. L v. 30.6.2000, S. 1 ff.; abgedruckt bei *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 12. Aufl. 2004, Nr. 260 (S. 702 ff.).

197 In Kraft getreten am 20.3.2003, BGBl. I 2003, S. 345 ff.

198 Die Regelungen wurden durch Art. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts v. 14.3.2003 geschaffen und sind ebenfalls am 20.3.2003 in Kraft getreten, BGBl. I 2003, S. 345 ff.

199 Sie können aber vorbehaltlich einer Lückenschließung durch Analogie oder teleologische Extension der Verordnung zu deren Lückenfüllung ergänzend herangezogen werden, *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 2.

200 Vgl. ausführlich zum autonomen internationalen Insolvenzrecht MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntInsR Rn. 937 ff.

201 Vgl. hierzu *Bork*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2005, Rn. 441 ff.

fenden Staates können die Vertrauensinteressen im Rahmen des grundsätzlich universellen und einheitlichen Verfahrens angemessen berücksichtigt werden.

- 102 Dabei wird der **internationale Gleichbehandlungsgrundsatz** neben dem einheitlichen Hauptverfahren auch durch die Beteiligungsoffenheit der Nebenverfahren, an denen mithin auch ausländische Gläubiger teilnehmen können, und das in Art. 20 Abs. 2 EuInsVO vorgesehene Anrechnungsverfahren mit gemeinschaftsweit konsolidierten Befriedigungsquoten gewährleistet. Der internationale Gleichbehandlungsgrundsatz tritt ferner in Art. 20 Abs. 1 EuInsVO hervor, wonach ein Gläubiger, der nach Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens individuelle Befriedigung aus einem in einem anderen Staat belegenen Gegenstand erlangt, das hieraus Erlangte vorbehaltlich eines Rechts nach Art. 5, 7 EuInsVO an den Verwalter herauszugeben hat.²⁰²
- 103 Das internationale Insolvenzrecht wird vom **Gleichlaufgrundsatz** beherrscht. Mit der internationalen Zuständigkeit ist die Frage nach dem anwendbaren Insolvenzrecht präjudiziert, es gilt die *lex fori concursus*. Demgemäß ordnet Art. 4 Abs. 1 EuInsVO für das gesamte (Haupt-)Insolvenzverfahren und seine Wirkungen die Geltung des Rechts des Eröffnungsstaates an; Art. 28 EuInsVO bestimmt Nämliches für Sekundärverfahren. Hingegen besteht in den Bereichen des allgemeinen Verkehrs- und auch des Gesellschaftsrechts ein derartiger Gleichlauf zwischen gerichtlicher Zuständigkeit und anwendbarem Recht nicht, da das einschlägige Kollisionsrecht regelmäßig andere Anknüpfungspunkte als die gerichtliche Zuständigkeit vorsieht. Aufgrund des im internationalen Insolvenzrecht bestehenden Gleichlaufs führt eine **Zuständigkeitsmanipulation** dort zu einer ungleich größeren Enttäuschung des (abstrakten) Vertrauens des Rechtsverkehrs, da damit zugleich eine Verschiebung des anwendbaren Rechts einhergeht. Das *forum shopping* im internationalen Insolvenzrecht ist damit besonders delikant. Dies zu verhindern ist erklärtes Ziel der EuInsVO.²⁰³
- 104 Schließlich liegt der EuInsVO das **Prinzip der automatischen Anerkennung und Wirkungserstreckung** zugrunde. Ohne einen gesonderten Anerkennungs- oder Exequaturakt werden die in anderen Mitgliedstaaten ergangenen Entscheidungen, soweit sie sich im Anwendungsbereich der EuInsVO bewegen, anerkannt und entfalten in sämtlichen Mitgliedstaaten dieselben Wirkungen wie im Ursprungsstaat.

II. Geltungsbereich der EuInsVO

- 105 Gem. Art. 1 Abs. 1 EuInsVO gilt die Verordnung in **sachlicher Hinsicht** für Gesamtverfahren, die die Insolvenz des Schuldners voraussetzen und den vollständigen oder teilweisen Vermögensbeschlagnahme gegen den Schuldner sowie die Bestellung eines Verwalters zur Folge haben. Einen näheren Aufschluss geben die gem. Art. 2 lit. a) EuInsVO i.V.m. **Anhang A** als Insolvenzverfahren geltenden mitgliedstaatlichen Verfahren. Aus deutscher Sicht sind dies das Konkursverfahren, das gerichtliche Vergleichsverfahren, das Gesamtvollstreckungs- und das Insolvenzverfahren.²⁰⁴

202 Hierzu *Wimmer*, InsO, 3. Aufl. 2002, Anh. 1 Rn. 102.

203 Vgl. Erwägungsgrund (4) der Verordnung.

204 Da die EuInsVO gem. Art. 43 nur auf Verfahren Anwendung findet, die nach dem Inkrafttreten der Verordnung am 31.5.2002 eröffnet worden sind, ist sie aus deutscher Sicht nur noch für Insolvenzverfahren, nicht aber für Verfahren nach der Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsordnung relevant, vgl. Art. 2 und 103 EGInsO.

1. Hauptinsolvenzverfahren

Art. 3 Abs. 1 EuInsVO regelt die Zuständigkeit für die Eröffnung des **Hauptinsolvenzverfahrens**. Die Zuständigkeit für die Durchführung eines Hauptverfahrens erstreckt sich auf sämtliche **Nebenentscheidungen** im Rahmen dieses Verfahrens sowie auf sämtliche sonstigen Maßnahmen, die nach dem Recht des Eröffnungsstaates Bestandteil des Insolvenzverfahrens sind. Auch gerichtliche **Sicherungsmaßnahmen** im Vorfeld der Insolvenzeröffnung unterfallen dem gemeinschaftsrechtlichen Begriff des Insolvenzverfahrens, wie die Art. 25 Abs. 1, 3. Unterabsatz, 38 EuInsVO nahe legen.²⁰⁵ Wie sich aus **Anhang A** ergibt, ist ein freiwilliges Liquidationsverfahren englischen Rechts (*voluntary winding up*) nur dann erfasst, wenn es gerichtlich bestätigt wurde. 106

2. Nebeninsolvenzverfahren

Neben bzw. abgesehen von einem Hauptverfahren im Eröffnungsstaat können in anderen Mitgliedstaaten weitere Insolvenzverfahren mit territorial beschränkter Wirkung auf die jeweils im dortigen Hoheitsgebiet belegene Vermögensmasse eröffnet werden. Art. 3 Abs. 2 EuInsVO bestimmt insoweit, dass die Gerichte eines anderen als desjenigen Mitgliedstaates, in dem sich der Interessensmittelpunkt des Schuldners befindet, zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit beschränkter Wirkung auf das in diesem Mitgliedstaat belegene Schuldnervermögen befugt sind, wenn der Schuldner dort eine Niederlassung hat. Wird ein solches Verfahren parallel zu einem schon eröffneten Hauptverfahren eingeleitet, handelt es sich um ein **Sekundärinsolvenzverfahren** (Art. 3 Abs. 3 EuInsVO), im Falle einer vorherigen Eröffnung um ein **Partikularinsolvenzverfahren** (Art. 3 Abs. 4 EuInsVO). 107

3. Insolvenztypische Annexverfahren

Neben den originär insolvenzrechtlichen Maßnahmen oder solchen im Vorfeld der Eröffnung gibt es weitere Verfahren, die sachlich eng mit einem Insolvenzverfahren zusammenhängen. Um solche insolvenztypischen Annexverfahren handelt es sich etwa bei **Einzelklagen** auf **Aus- oder Absonderung**, bei **Insolvenzanfechtungsklagen** oder Streitigkeiten um die **Feststellung einer Forderung zur Insolvenztabelle**. Im Kern geht es in diesem Zusammenhang um die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der EuInsVO von demjenigen der EuGVVO oder schlagwortartig um die Reichweite der *vis attractiva concursus*, bzw. um die Frage, ob sich die **Zuständigkeit** für insolvenznahe Verfahren ebenfalls beim Insolvenzgericht konzentriert.²⁰⁶ 108

In der Rechtssache *Gourdain/Nadler* hat der EuGH die in **Art. 1 Abs. 2 lit. b) EuGVÜ** (heute: EuGVVO) enthaltene Bereichsausnahme für Konkurs-, Vergleichs- und ähnliche Verfahren (sog. **Insolvenzrechtsvorbehalt**) dahingehend ausgelegt, als sie auch solche Verfahren erfasse, die unmittelbar aus einem Insolvenzverfahren hervorgehen und in engem Zusammenhang damit stehen, d.h. wenn „die konkret erhobene Klage ihre Rechtsgrundlage im (...) Konkursrecht hat“.²⁰⁷ Der Normgeber der **EuInsVO** hat diese Formulierung in **Art. 25 Abs. 1, 2. Unterabsatz** aufgegriffen und bestimmt, dass die automatische Anerkennung von Insolvenzentscheidungen auch für Entscheidungen gilt, die unmittelbar aufgrund 109

²⁰⁵ Hierzu ausführlich Gebauer/Wiedemann/*Haubold*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 80.

²⁰⁶ Ausführlich Gebauer/Wiedemann/*Haubold*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 81 ff.; *Stürmer*, IPRax 2005, 416 ff. zu der weiteren Frage der Auswirkung einer Zuständigkeitskonzentration auf Gerichtsstandsvereinbarungen.

²⁰⁷ EuGH Rs. C-133/78 (*Gourdain/Nadler*), Slg. 1979, 733.

des Insolvenzverfahrens ergehen und in engem Zusammenhang damit stehen, auch wenn sie von einem anderen Gericht getroffen werden. Wengleich damit die Möglichkeit einer Zuständigkeit nach Rechtsquellen außerhalb der EuInsVO ausdrücklich vorausgesetzt wird, spricht doch der Wille des europäischen Normgebers, der mit **EuGVVO** und **EuInsVO** ein **lückenloses Zuständigkeitssystem** installieren wollte, dafür, die Zuständigkeit für solche Verfahren zumindest analog nach den Vorschriften der EuInsVO zu bestimmen.²⁰⁸

- 110 Im Einzelnen ist freilich umstritten, welche Verfahren eine hinreichende Sachnähe im Sinne des EuGH bzw. der EuInsVO aufweisen, um sie der *vis attractiva concursus* zu unterstellen.²⁰⁹ Die Einordnung kann neben der Frage der Zuständigkeit auch für andere Verfahrensaspekte von Relevanz sein.²¹⁰ Im vorliegenden Zusammenhang ist von Interesse, dass die Zuständigkeit für Klagen aus Ansprüchen gegen die Gesellschafter einer insolventen GmbH nach §§ 32a, 32b GmbHG regelmäßig dem Zuständigkeitssystem der EuGVVO unterstellt werden.²¹¹ Anders soll es sich bei Haftungsklagen des Insolvenzverwalters gegen den Geschäftsführer einer GmbH wegen Masseschmälerung (Insolvenzverschleppungshaftung) verhalten.²¹² Generell wird eher eine restriktive Handhabung der Zuständigkeitskonzentration befürwortet.²¹³
- 111 Im Übrigen werden die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf Maßnahmen der individuellen Rechtsverfolgung gem. Art. 15 EuInsVO dem Recht des Staates unterstellt, in dem der betreffende Rechtsstreit anhängig ist. Für in Deutschland während eines ausländischen Insolvenzverfahrens anhängige Klagen ist damit § 240 ZPO maßgeblich.

4. Anwendbarkeit in Drittstaatenfällen

- 112 Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob die EuInsVO nur bei einem Bezug zu mindestens zwei Mitgliedstaaten oder schon dann anwendbar ist, wenn nur ein Mitgliedstaat und ein Drittstaat betroffen sind (sog. **Drittstaatenbezug**). Erwägungsgrund (14) enthält sich mit der apodiktischen Aussage, dass die Verordnung nur für Verfahren gelte, bei denen der Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen in der Gemeinschaft liege, einer positiven Aussage zum Geltungsbereich. Der *High Court of Justice* in London hat sich in

208 Siehe insbesondere *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht, S. 195 ff.; für die Heranziehung der Zuständigkeitsbestimmungen der EuInsVO auch Gebauer/Wiedemann/*Haubold*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 85; MünchKomm/*Kindler*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 626 und IntInsR Rn. 583; *Stürmer*, IPRax 2005, 416, 417 ff.; *Weller*, IPRax 2004, 412, 415. A.A. *Mörsdorf-Schulte*, IPRax 2004, 31, 34 ff., wonach die Reichweite der Verfahrenskonzentration durch das Insolvenzstatut, mithin das Recht des Eröffnungsstaates, vorgegeben werden soll. Sieht dieses eine Verfahrenskonzentration vor, wird die Zuständigkeit für Annexverfahren zur Insolvenzzuständigkeit gezogen; vgl. ähnlich *Paulus*, NZI 2001, 505, 512. Hierdurch wird aber das lückenlose Zuständigkeitssystem durchbrochen und der gegenseitigen Entscheidungsanerkennung ihre Grundlage in Form eines einheitlichen Zuständigkeitssystems entzogen.

209 Vgl. hierzu im Einzelnen Gebauer/Wiedemann/*Haubold*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 87 m.w.N.; *Stürmer*, IPRax 2005, 416, 419 ff.

210 *Stürmer*, IPRax 2005, 416, 418 f. weist darauf hin, dass sich Anerkennung und Vollstreckung gem. Art. 25 EuInsVO u.U. einfacher gestalten als unter der EuGVVO, ferner die Vorschriften der EuGVVO über Gerichtsstandsvereinbarungen, rügelose Einlassung, anderweitige Rechtshängigkeit und Konnexität nicht zum Zuge kämen; ob dies zutreffend ist, hängt davon ab, wie weit man die analoge Anwendung von Art. 3 Abs. 1 EuInsVO auf Annexverfahren fasst.

211 OLG Bremen RIW 1998, 63; OLG Jena NZI 1999, 81; OLG Koblenz NZI 2002, 56.

212 MünchKomm/*Kindler*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 626.

213 *Stürmer*, IPRax 2005, 416, 418; Gebauer/Wiedemann/*Haubold*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 88.

der Entscheidung *In re BRAC Rent-A-Car International Inc.*, in der es um die Eröffnungszuständigkeit über das Vermögen einer im US-Bundesstaat Delaware gegründeten Gesellschaft mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Vereinigten Königreich ging, für eine Geltung der EuInsVO auch in Drittstaatenfällen ausgesprochen.²¹⁴ Entsprechend hat der *High Court of Justice Leeds* in einem anderen Falle entschieden.²¹⁵ Dieses, von der h.M. abweichende Verständnis von Art. 3 Abs. 1 EuInsVO liegt im Hinblick auf die zunehmend extensive Auslegung der Zuständigkeitsvorschriften der EuGVVO durch die neue Rechtsprechung des EuGH²¹⁶ in der **Tendenz des europäischen Zuständigkeitsverständnisses**.²¹⁷ Einwände unter Hinweis auf die Normgebungsgeschichte sollten einem derartigen Gleichlauf nicht entgegenstehen.²¹⁸

Damit genügt es nach der hier vertretenen Auffassung für die Anwendung der EuInsVO, wenn eine Insolvenz Berührungspunkte zu einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat aufweist. Dies bedeutet indes *per se* noch keine Vereinheitlichung des Kollisionsrechts der Mitgliedstaaten auch im Verhältnis zu Drittstaaten. Die Reichweite der Verordnung ergibt sich vielmehr aus ihren einzelnen Bestimmungen. Durch den Verzicht auf das Erfordernis von Berührungspunkten mit mindestens zwei Mitgliedstaaten wird jedoch die Zuständigkeitsprüfung von Unstimmigkeiten und Unsicherheiten befreit.²¹⁹ 113

5. Verbleibender Anwendungsbereich des autonomen internationalen Insolvenzrechts

Die Bedeutung des **autonomen deutschen internationalen Insolvenzrechts** ist durch die weit reichende Geltung der EuInsVO stark beschränkt. Die §§ 335 ff. InsO sind primär dann maßgeblich, wenn der Interessenmittelpunkt des Schuldners nicht in der Gemeinschaft belegen ist. Da dann aber auch der nach § 3 InsO maßgebliche Mittelpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners regelmäßig nicht im Inland belegen ist, kommt in solchen Fällen eine Zuständigkeit nur für Partikular- oder Sekundärinsolvenzverfahren nach §§ 356, 354 InsO in Betracht.²²⁰ 114

214 Abgedruckt in ZIP 2003, 813; dazu *Sabel/Schlegel*, EWiR Art. 3 EuInsVO 1/03, 367.

215 In Sachen *Ci4net.com*, High Court of Justice, Chancery Division Companies Court (Leeds), wiedergegeben bei *Westphal/Wilkens*, EWiR Art. 3 EuInsVO 8/04, 847.

216 Siehe die Entscheidung des EuGH Rs. C-159/02 (*Turner ./.* Grovit), IPRax 2004, 243 Ziff. 72.

217 Hierzu *Hess*, ZSR 2005, 183, 205. Für eine Geltung der EuInsVO auch in Drittstaatenfällen insbesondere *Geimer*, IZPR, Rn. 3357c; *Huber*, ZZP 114 (2001), 133, 138; *Weller*, IPRax 2003, 520, 521; *ders.*, ZHR 169 (2005), 570, 571, Fn. 2.

218 *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 8 hält der allseitigen Geltung den Erläuternden Bericht des ehemals anvisierten Europäischen Insolvenzübereinkommens entgegen, wonach das Übereinkommen nicht die Wirkungen von Insolvenzverfahren gegenüber Drittstaaten regelt (unter Hinweis auf *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht, S. 32, 38, 132); vgl. auch *dens.*, IPRax 2001, 2, 5. Ebenfalls gegen eine Anwendung in Drittstaatenfällen etwa *Becker*, ZEuP 2002, 287, 292; *MünchKomm/Kindler*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntInsR Rn. 82; *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533, 538 ff.; *Liersch*, NZI 2003, 302, 303; *Smid*, DZWIR 2003, 397, 402 f. und *Westphal/Wilkens*, EWiR 2004, 847, 848.

219 Vgl. *Gebauer/Wiedemann/Haubold*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 31: Andernfalls müsste bereits vor Verfahrenseröffnung geprüft werden, ob die Insolvenz neben einem Auslandsbezug noch Berührungen mit einem anderen Mitgliedstaat aufweist.

220 *Gebauer/Wiedemann/Haubold*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 54. Für ein Sekundärverfahren nach § 356 InsO genügt anders als nach der EuInsVO allerdings die Belegenheit von Vermögen.

- 115 Vorrangige **staatsvertragliche Regelungen** auf dem Gebiet des Insolvenzrechts sind vereinzelte geblieben; insbesondere besteht zwischen der Bundesrepublik und den USA kein entsprechendes Abkommen.²²¹

III. Internationale Eröffnungszuständigkeit

1. Eröffnungszuständigkeit für Hauptverfahren

- 116 Für die Eröffnung eines **Hauptinsolvenzverfahrens** sind gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig, in dessen Gebiet der **Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen (COMI)**²²² hat. Der Interessenmittelpunkt des Schuldners findet im 13. Erwägungsgrund eine nähere Umschreibung. Danach soll als Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen der Ort gelten, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und der damit für Dritte feststellbar ist. Die EuInsVO erhebt damit das **internationalprivatrechtliche Vertrauensinteresse** zum Leitgedanken; das bei der Geschäftsanbahnung investierte Vertrauen in die Realisierung der mit der materiell-rechtlichen Haftungsordnung korrespondierenden insolvenzrechtlichen Vermögenshaftung soll geschützt und der Geschäftspartner in die Lage versetzt werden, schon bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung das Insolvenzrisiko zu kalkulieren.²²³ Definitionsgemäß verfügt jeder Schuldner nur über einen einzigen Interessenmittelpunkt.²²⁴
- 117 Nur partiell besteht damit ein **Gleichlauf** zwischen dem Interessenmittelpunkt des Schuldners und dem Anknüpfungskriterium des tatsächlichen Verwaltungssitzes im Sinne der gesellschaftsrechtlichen Sitztheorie.²²⁵ Letztere stellt darauf ab, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.²²⁶ Damit wird aber die **Erkennbarkeit des Interessenmittelpunktes vernachlässigt**, wenn, wie etwa im Falle der Zugehörigkeit zu einem zentral organisierten Konzern, die Geschäftsleitung von der werbenden Tätigkeit der Gesellschaft losgelöst ist. Dies spiegelt die letztlich **inkongruenten Anknüpfungsbestrebungen** des internationalen Gesellschafts- und des internationalen Insolvenzrechts wider; anders als das Insolvenzstatut ist das Gesellschaftsstatut neben den Außenbeziehungen auch auf die innere Verfassung der Gesellschaft und das Verhältnis ihrer Mitglieder untereinander bezogen.²²⁷
- 118 Im Divergenzfall ist mithin der Lokalisierung des Interessenmittelpunktes i.S.v. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO an dem für Dritte erkennbaren Ort der Vorzug zu geben, wo sich der **Hauptort der werbenden Geschäftstätigkeit** der Gesellschaft befindet.²²⁸ Dieser ist anhand einer Gesamtschau von Faktoren zu ermitteln, die darauf abstellt, wo Geschäfte mit Dritten angebahnt, abgeschlossen und abgewickelt werden, wo der Einsatz von Sach- und Perso-

221 Vgl. die Zusammenstellung internationaler Übereinkommen bei MünchKomm/Reinbart, EGIInsO, 2003, vor Art. 102 Rn. 72 ff.

222 Englisch „Center Of Main Interests“.

223 *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht, S. 75; zu der inhaltlichen und zweckmäßigen Bezogenheit des Insolvenzrechts auf die zugrunde liegende materiell-rechtliche Haftungsordnung vgl. *Bork*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2005, Rn. 3.

224 *Tirado*, GPR 2005, 39, 44. Dieser ist bei natürlichen Personen grundsätzlich der Wohnsitz, AG Celle ZInsO 2005, 895.

225 So aber *Borges*, ZIP 2004, 733, 737; *Müller*, NZG 2003, 414, 415; *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455, 3457; *Ehrlicke*, DZWIR 1999, 353, 360; *Laukemann*, RIW 2005, 104, 105.

226 Grundlegend *Sandrock*, FS Beitzke, 1979, S. 669, 683; vgl. auch BGHZ 97, 272.

227 Hierzu *Weller*, ZHR 169 (2005), 570, 583.

228 AG Mönchengladbach ZIP 2004, 1064; zustimmend *Weller*, ZHR 169 (2005), 570, 583.

nalmitteln erfolgt und wo die Mehrzahl der Kundenbeziehungen lokalisiert ist.²²⁹ Hilfskriterien bilden ferner der Ort der Bankverbindung, die Belegenheit der Geschäftsbücher, der Ort der Personalverwaltung und der Rechnungsstellung.²³⁰ Zugegeben befindet sich danach zumindest regelmäßig der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen zugleich am Verwaltungssitz.²³¹ Für Gesellschaften ist ferner die Vermutung des Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO zu beachten (vgl. hierzu Rn. 125).

Stark auf die gesellschaftlichen Interna fokussiert ist der Begriff des *mind of management* 119 englischer Provenienz, der den Interessenmittelpunkt im Sinne des Ortes umschreibt, an dem die wesentlichen Strategieentscheidungen gefällt und die Leitungsfunktionen innerhalb eines Unternehmens wahrgenommen werden. Hierauf ist im Zusammenhang mit Konzernsachverhalten ausführlich einzugehen.

2. Konzernsachverhalte

Grenzüberschreitende Konzernzusammenbrüche bilden einen **Hauptanwendungsfall** 120 des internationalen Insolvenzrechts und befruchten, wie auch zahlreiche jüngere Beispielfälle, stets die juristische Diskussion.²³² Die EuInsVO hält für Konzernsachverhalte keine eigenständige Regelung vor, so dass auch im Rahmen der Insolvenz von Konzerngesellschaften die Eröffnungszuständigkeit anhand von Art. 3 Abs. 1 EuInsVO zu ermitteln ist.²³³ Die Möglichkeit einer konzernweiten Verfahrenskoordination durch ein Hauptverfahren über das Vermögen der Mutter und Sekundärverfahren über die Vermögen der Töchter ist jedenfalls nicht möglich, da sich Haupt- und Sekundärverfahren zwingend auf denselben Schuldner beziehen.²³⁴

Paradigmatisch für den internationalen Konzern ist der **zentral organisierte Konzern**, d.h. 121 der Konzern, der Produktion und werbende Tätigkeit über nationale Tochtergesellschaften entfaltet, während die strategischen **Planungs-, Entscheidungs- und Lenkungsfunktionen**, das *mind of management*, bei der Konzernmutter angesiedelt sind.²³⁵ In Reinform war diese Gestaltung im Falle der **Rover-Insolvenz** anzutreffen; den weltweiten Vertrieb organisierte die in England ansässige Konzernmutter über jeweils 100 %ige Tochtergesellschaften in den einzelnen Zielstaaten. Der *Birmingham High Court of Justice* hat seine internationale Eröff-

229 Vgl. AG Mönchengladbach ZIP 2004, 1064, 1065 f.; *Bähr/Riedemann*, ZIP 2004, 1066, 1067; *Kübler*, FS Gerhardt, S. 527, 556; *Wimmer*, ZInsO 2005, 119, 122 f.

230 Vgl. etwa AG Weilheim ZIP 2005, 1611.

231 So auch *Schumann*, DB 2004, 743, 746.

232 So etwa die Insolvenzverfahren in Sachen Parmalat, Hettlage, Zenith, Daisytek, Enron, Cirio und Rover, vgl. Tribunale di Parma ZIP 2004, 1220, High Court of Dublin ZIP 2004, 1223, Supreme Court of Ireland ZIP 2004, 1969 (Parmalat); AG München ZIP 2004, 962, LG Innsbruck ZIP 2004, 1721 (Hettlage); AG Siegen NZI 2004, 673, 674, LG Klagenfurt NZI 2004, 677, 678 (Zenith); High Court of Justice Leeds ZIP 2003, 1362, AG Düsseldorf IPRax 2004, 431 (Daisytek); Companies Court High Court of Justice (Chancery Division), nach *Tirado*, GPR 2005, 39, 45 (Enron); Tribunale di Roma Riv.Dir.Int.Priv.Proc. 2004, 685 ff. (Cirio); Birmingham High Court of Justice, Chancery Division ZIP 2005, 1610 (Rover). Ausführlich insgesamt hierzu *Weller*, ZHR 169 (2005), 570 ff.; ferner *Bähr/Riedemann*, EWiR 2004, 1085 ff.; *Mankowski*, EWiR 2005, 637; *Penzlin/Riedemann*, NZI 2005, 469 ff.; *Wimmer*, ZInsO 2005, 119 ff.

233 Vgl. hierzu *Duursma-Kepplinger*, EuInsVO, 2002, Vorbem. Rn. 33; Art. 3 Rn. 120 f.; *Duursma-Kepplinger/Duursma*, IPRax 2003, 505, 509; *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2, 4.

234 Gebauer/Wiedemann/*Haubold*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 71.

235 Eine ausführliche Beschreibung bietet *Weller*, ZHR 169 (2005), 570, 571 f. Dort auch der Hinweis, dass es sich dabei zumeist um qualifiziert-faktische Konzerne handelt, d.h. nicht mittels Unternehmensverträgen, sondern über gesellschaftliche Beteiligungen organisierte Konzerne.

nungszuständigkeit nicht nur in Bezug auf die Konzernmutter, sondern auch im Hinblick auf das Vermögen sämtlicher ausländischer Tochtergesellschaften angenommen, deren Personal-, Marketing- und Vertriebsangelegenheiten ebenfalls von England aus zentral gesteuert wurden. Dies ermöglichte die Bestellung eines **einheitlichen Insolvenzverwalters** und eine **konzerneinheitliche Abwicklung** nach dem englischen Verfahrensrecht, was nach Auffassung des High Court eine berechnete Erwartung höherer Insolvenzquoten im Vergleich zu einer isolierten Abwicklung der einzelnen Tochtergesellschaften nach dem Insolvenzrecht ihres Sitzstaates begründete.²³⁶ Schon zuvor hatte der *High Court of Justice* in Leeds in seiner Entscheidung *in re Daisytek-ISA Ltd.* die Eröffnungszuständigkeit für solche Gesellschaften eines Konzernverbundes angenommen, deren Satzungs- und Verwaltungssitz sich nicht im Eröffnungsstaat befand, mit der Begründung, deren Interessenmittelpunkt liege dort, wo die wesentlichen Strategieentscheidungen gefällt und die Finanzierungs- und Lieferbeziehungen des Unternehmens organisiert würden (sog. *head office functions*); insgesamt wurde die Zuständigkeit über 14 ausländische Untergesellschaften am Sitz der britischen Holding-Gesellschaft konzentriert.²³⁷

- 122 Damit haben die britischen Gerichte ganz in der Tradition des *common law*, die Form nicht über den Inhalt zu stellen, eine **unternehmens- bzw. konzernbezogene Eröffnungszuständigkeit** anstelle einer rechtsträgerbezogenen Zuständigkeit, wie sie der EuInsVO mit ihrem Abstellen auf den Schuldner als Rechtssubjekt zugrunde liegt, kreiert.²³⁸ Dieses Begriffsverständnis des Interessenmittelpunktes gestattet im Gegensatz zu einer formalen, auf die isolierte (juristische) Person des Schuldners konzentrierten Betrachtungsweise eine einheitliche Beurteilung der wirtschaftlichen Gesamtzusammenhänge innerhalb der Unternehmensgruppe. Die Maßgeblichkeit des *mind of management* eröffnet damit nicht nur eine neue verfahrensrechtliche Dimension für internationale Konzerninsolvenzen durch eine **gesellschaftsübergreifende Koordination des Insolvenzverfahrens** einschließlich einer einheitlichen Umsetzung insolvenzrechtlicher Strategieentscheidungen, sondern liegt aufgrund der Aussicht auf **Maximierung der Haftungsmasse** auch im wirtschaftlichen Interesse der Gesamtgläubigerschaft.²³⁹ Dieser Ansatz der Vorrangigkeit der Gesamtinteressen vor den Interessen der Gläubiger der einzelnen Tochtergesellschaften ist auch bei kontinentaleuropäischen Gerichten auf fruchtbaren Boden gefallen. Neben dem AG München im Fall Hettlage²⁴⁰ und dem AG Siegen im Fall Zenith²⁴¹ haben u.a. das Tribunale di Parma²⁴² und der Municipality Court von Fejer/Székesfehérvár (Ungarn)²⁴³ im Fall Parmalat und das

236 Birmingham High Court of Justice, Chancery Division, ZIP 2005, 1610, Ziff. 21.

237 Abgedruckt in NZI 2004, 219, vgl. hierzu *Tirado*, GPR 2005, 39, 41; ähnlich High Court of Dublin ZIP 2004, 1223 (Eurofood ./ Parmalat); vgl. auch *Leithaus*, NZI 2004, 194, 195.

238 Wenngleich, wie *Mankowski*, EWiR Art. 3 EuInsVO 4/05, 637, hervorhebt, sich der Birmingham High Court of Justice im Fall Rover um eine sorgfältige Darlegung der einzelnen, nach England weisenden Gesichtspunkte bemüht hat.

239 Vgl. hierzu *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455, 3456; *Weller*, ZHR 169 (2005), 570, 573; *Bloching*, Pluralität und Partikularinsolvenz, 2000, S. 85 ff.; *Paulus*, ZGR 2005, 309 ff.; *Vallender/Fuchs*, ZIP 2004, 829; und die beinahe ansteckende Euphorie bei *Braun*, NZI 2004, Heft 1, V. Eine interessante Frage ist indes, ob nicht, da es sich auch bei einheitlicher Zuständigkeit noch immer um rechtlich unterschiedliche Insolvenzverfahren über die einzelnen Gesellschaften handelt, die jeweiligen Haftungsmassen zumindest rechnerisch getrennt werden müssen, um die zutreffenden Quoten zu ermitteln.

240 AG München ZIP 2004, 962 f.; hierzu *Paulus*, EWiR 2004, 493.

241 AG Siegen NZI 2004, 673, 674.

242 Tribunale di Parma ZIP 2004, 1220.

243 Municipality Court ZInsO 2004, 861.

Tribunale di Roma im Fall Cirio²⁴⁴ auf den Sitz der Konzernobergesellschaft, bei der die wesentlichen Unternehmensfunktionen angesiedelt waren, abgestellt. Das AG München hat dabei gar eine **Vermutungsregel** aufgestellt, wonach der Interessenmittelpunkt einer Auslandsstochter sich am inländischen Konzernsitz befinde.²⁴⁵

Mit der Verbesserung der Lage der Gesamtgläubigerschaft geht aber eine Zurückstellung der Interessen der jeweils inländischen Gläubiger der einzelnen Konzerngesellschaften einher, die sich mit einem **fremden Insolvenzstatut** und einer Verfahrensorganisation im Ausland sowie der Möglichkeit des Verlustes ihrer Sicherheiten konfrontiert sehen.²⁴⁶ Ihr internationalprivatrechtliches Vertrauensinteresse wird dem Interesse der Gesamtgläubigerschaft untergeordnet. Die Binnenstrukturen eines Konzerns und oftmals gar das Vorliegen eines Konzerns überhaupt sind für die Gläubiger nationaler Tochtergesellschaften nicht einsichtig bzw. erkennbar. Die Konzernbildung erfolgt überwiegend durch die Begründung gesellschaftsrechtlicher Beteiligungsverhältnisse und nicht über den Abschluss eintragungspflichtiger Unternehmensverträge.²⁴⁷ Insofern geht das Argument fehl, der einzelne Gläubiger könnte das von ihm zu tragende, individuelle Insolvenzrisiko durch die Ausbedingung von Sicherungsrechten oder Berücksichtigung bei der Preisbildung steuern. Dies ließe sich nur behaupten, wenn auch die Konzernzuständigkeit dem Maßstab der Erkennbarkeit nach außen verpflichtet wäre.²⁴⁸

Im Ergebnis handelt es sich um eine Abwägungsentscheidung zwischen zwei diametralen Interessen: Dem internationalprivatrechtlichen Vertrauensinteresse des Einzelnen steht das wirtschaftliche Optimierungsinteresse der Gesamtheit gegenüber (sog. *prisoner's dilemma*).²⁴⁹ Das in der konzernbezogenen Eröffnungszuständigkeit liegende Potential im Sinne einer **binnenmarktweiten Konzerninsolvenz** besteht indes nicht nur darin, ein einheitliches Verfahren mit höheren Befriedigungschancen zu ermöglichen, sondern kann insbesondere dann, wenn ein Konzern aus Rationalisierungs- oder sonstigen Gründen von der Rechtsformwahlfreiheit dergestalt Gebrauch macht, sämtliche in EU-Staaten belegene Konzerngesellschaften nach demselben Recht zu organisieren,²⁵⁰ den Gleichlauf von gesellschaftsrechtlicher und insolvenzrechtlicher Haftungsordnung wiederherstellen. Grundsätzlich ist der Ansatz daher zu begrüßen. Die Interessen der inländischen Gläubiger der einzelnen Konzerngesellschaften können indes durch **Sekundärinsolvenzverfahren** gewahrt werden, wengleich durch die hierin liegende Behinderung einheitlicher Abwicklungs- oder Sanierungsstrategien gewisse Effizienzvorteile der Konzerninsolvenz wieder eingebüßt werden.²⁵¹ Der EuGH hat sich freilich jüngst dezidiert gegen eine derartige Konzernzuständigkeit ausgesprochen, indem er in Sachen *Eurofood* auf Vorlage des irischen *Supreme Court*²⁵² ausgeführt hat, dass die Zuständigkeitsvermutung am Ort des Satzungssitzes gem. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO (hierzu Rn. 125) nur dann widerlegt sei, „sofern objektive und für Dritte

244 Tribunale di Roma Riv.Dir.Int.Priv.Proc. 2004, 685 ff. (Cirio).

245 AG München, teilweise abgedruckt in ZIP 2004, 962 f.

246 Weller, ZHR 169 (2005), 570, 573; Eidenmüller, NJW 2004, 3455, 3456. Ein Verlust von Sicherheiten kann drohen, wenn sich diese im (ausländischen) Eröffnungsstaat befinden und damit nicht der Sondernorm des Art. 5 EuInsVO unterfallen.

247 Vgl. Weller, ZHR 169 (2005), 570, 572.

248 Dies verlangt jedenfalls Gebauer/Wiedemann/Haubold, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 72.

249 Zu den widerstreitenden Interessen des Vertrauensschutzes und des wirtschaftlichen Optimierungsinteresses vgl. Kienle, Die fehlerhafte Banküberweisung im internationalen Rechtsverkehr, 2004, S. 271 ff.

250 Zu dieser Konzernstruktur vgl. Zimmer, NJW 2003, 3585, 3587.

251 Vgl. Eidenmüller, NJW 2004, 3455, 3458; weniger kritisch Weller, ZHR 169 (2005), 570, 583 ff.

252 Vorabentscheidungsersuchen v. 27.7.2004, NZI 2004, 505.

feststellbare Elemente belegen, dass in Wirklichkeit die Lage nicht derjenigen entspricht, die die Verortung am genannten satzungsmäßigen Sitz widerspiegeln soll“. Dies, so der EuGH weiter, könne „insbesondere bei einer Gesellschaft der Fall sein, die im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem sich ihr satzungsmäßiger Sitz befindet, keiner Tätigkeit nachgeht“, also einer Briefkasten- oder auch Scheinauslandsgesellschaft. Konzernspezifisch hat der Gerichtshof schließlich klargestellt, dass alleine die Tatsache, dass die wirtschaftlichen Entscheidungen einer Gesellschaft „von einer Muttergesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat kontrolliert werden, nicht ausreiche, um die mit der Verordnung aufgestellte Vermutung zu entkräften“. ²⁵³ Der EuGH hat damit einen grundsätzlichen rechtsträgerbezogenen Anknüpfungspunkt propagiert, so dass es künftig schwer fallen dürfte, eine konzernbezogene Eröffnungszuständigkeit nach Art des *mind of management* zu begründen.

3. Vermutungswirkung; Amtsermittlung der Zuständigkeitstatsachen

- 125 Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO wird im Falle von Gesellschaften bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen der Ort ihres satzungsmäßigen Sitzes ist. Entgegen den Implikationen des Wortlautes wird jedoch die Feststellung des für die Eröffnungszuständigkeit maßgeblichen Interessenmittelpunktes zumindest aus deutscher Perspektive von dem in § 5 InsO niedergelegten **Amtsermittlungsgrundsatz** beherrscht, der über Art. 4 Abs. 1 EuInsVO Anwendung findet. ²⁵⁴ Dieser wird durch Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO insoweit überlagert, als eine entsprechende Ermittlungspflicht nur besteht, sofern es für die Divergenz des Interessenmittelpunktes vom statutarischen Sitz besondere Anhaltspunkte gibt. ²⁵⁵ Derartige Anhaltspunkte können sich insbesondere aus dem für die Eröffnungsentscheidung notwendigen Sachvortrag des Schuldners ergeben. ²⁵⁶ Die Bedeutung der Vermutungsregel beschränkt sich damit auf Zweifelsfälle, in denen sich ein vom Satzungssitz divergierender Interessenmittelpunkt nicht sicher ermitteln lässt. ²⁵⁷ Im Falle einer solchen Divergenz aber findet auch bei Einstellung der werbenden Tätigkeit im Staat des Interessenmittelpunktes ein **Rückfall der internationalen Eröffnungszuständigkeit** auf die Gerichte im Staat des Satzungssitzes nicht statt. ²⁵⁸
- 126 Der Amtsermittlungsgrundsatz soll jedoch noch nicht im Rahmen des **Zulassungsverfahrens** gelten, in dem das Insolvenzgericht erstmals mit der Frage nach seiner Zuständigkeit befasst wird. Der Antragsteller hat zunächst alle für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts wesentlichen Umstände darzulegen. Davon umfasst ist die ladungsfähige Anschrift des Schuldners, der Ort seiner gewerblichen Niederlassung, gegebenenfalls seine Handelsregistereintragung sowie im Falle einer ausländischen Gesellschaft, ob über deren Vermögen bereits ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde. Andernfalls fehlt dem angerufenen Gericht angesichts des Fehlens eines europäischen Insolvenzregisters die Grundlage, um über seine internationale Zuständigkeit zu befinden. ²⁵⁹ Bessert der Antragsteller einen unsubstantiierten Vortrag nach gerichtlichem Hinweis nicht nach, so kann dieses den Antrag

253 EuGH, Urt. v. 2.5.2006 – Rs. G-341/04.

254 Hierzu *Gottwald*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, S. 19, 20 f.; *Huber*, ZJP 114 (2001), 133, 141; *Mock/Schildt*, NZI 2003, 444; *Smid*, DZWIR 2003, 397, 399; *Weller*, IPRax 2003, 520, 521.

255 *Vallender/Fuchs*, ZIP 2004, 829, 831; unökonomisch ist dagegen die Auffassung von *Mock/Schildt*, NZI 2003, 444, die stets eine Ermittlung des tatsächlichen Interessenmittelpunktes verlangen wollen.

256 Vgl. die weiterführenden Ausführungen bei *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, Europäische Insolvenzverordnung, 2002, Art. 3 Rn. 25.

257 *Huber*, ZJP 114 (2001), 133, 141; kritisch *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1485.

258 AG Hamburg ZInsO 2005, 1282.

259 Vgl. AG Köln EuZW 2006, 63, 64.

ohne weiteres als unzulässig zurückweisen.²⁶⁰ Das Eröffnungsverfahren als solches wird von der EuInsVO nicht geregelt.²⁶¹

4. Örtliche Eröffnungszuständigkeit

Die örtliche Eröffnungszuständigkeit innerhalb des zuständigen Eröffnungsstaates ist in der EuInsVO nicht geregelt.²⁶² Sie bestimmt sich mithin gem. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO nach dem nationalen Recht des Eröffnungsstaates. Aus deutscher Sicht ist daher § 3 InsO maßgeblich, der das Insolvenzgericht für ausschließlich zuständig erklärt, in dessen Bezirk sich der **Mittelpunkt einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit** des Schuldners oder dessen **allgemeiner Gerichtsstand**²⁶³ befindet.²⁶⁴ Regelmäßig dürfte danach bei gegebener internationaler Eröffnungszuständigkeit auch eine inländische örtliche Zuständigkeit begründet sein. Dennoch hält Art. 102 § 1 Abs. 1 EGIInsO eine Regelung für den Fall vor, dass sich internationale und örtliche Eröffnungszuständigkeit nicht decken. Kommt den deutschen Gerichten nach der EuInsVO die internationale Eröffnungszuständigkeit zu, ohne dass nach § 3 InsO ein inländischer Gerichtsstand begründet wäre, so ist danach das Insolvenzgericht ausschließlich örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat. 127

5. Internationale Kompetenzkonflikte

Internationale Kompetenzkonflikte sind Gegenstand der Regelungen des Art. 102 § 3 EGIInsO, während die EuInsVO eine ausdrückliche Regelung nicht vorhält. Für **positive Kompetenzkonflikte** bestimmt Art. 102 § 3 Abs. 1 EGIInsO, dass der bei einem inländischen Gericht gestellte Antrag auf Eröffnung eines Hauptverfahrens, wenn ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates ein Hauptverfahren eröffnet hat, während der Anhängigkeit dieses Verfahrens unzulässig ist. Ein dennoch eröffnetes Verfahren darf gem. Satz 2 der Vorschrift nicht fortgesetzt werden. Es gilt damit das **international-insolvenzrechtliche Prioritätsprinzip**, das sich auch in Erwägungsgrund (22) der Verordnung zeigt. Die zeitlich frühere Eröffnung eines Hauptverfahrens schließt die Eröffnung eines weiteren Hauptverfahrens aus, wobei für die Anwendung des Prioritätsprinzips der Zeitpunkt entscheidet, in dem der 128

260 MünchKomm/Ganter, InsO, § 3 Rn. 37.

261 Gebauer/Wiedemann/Haubold, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 23.

262 Vgl. Erwägungsgrund (15) zur EuInsVO.

263 § 3 InsO verweist auf den allgemeinen Gerichtsstand nationalen Rechts. Dieser ist für juristische Personen in § 17 Abs. 1 ZPO so geregelt, dass es auf den Sitz der Gesellschaft ankommt, und zwar primär auf den Sitzungssitz und hilfsweise auf den Ort, an dem die geschäftliche Leitung ständig ausgeübt wird; vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl. 2006, § 17 Rn. 3. Damit enthält die nationale Bestimmung einen ähnlichen Kanon wie Art. 60 Abs. 1 EuGVVO (satzungsmäßiger Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung).

264 Die sachliche Zuständigkeit ist in § 2 Abs. 2 InsO geregelt. Danach ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat, als Insolvenzgericht für den Bezirk dieses Landgerichts ausschließlich zuständig, soweit nicht die Landesregierungen i.S.v. § 2 Abs. 2 InsO eine abweichende Regelung getroffen haben.

Beschluss über die Eröffnung des Verfahrens wirksam wird.²⁶⁵ Eine Vorwirkung der Anhängigkeit ist der EuInsVO fremd.²⁶⁶

- 129 Eine Art **Wetlauf um die internationale Eröffnungszuständigkeit** hat das AG Mönchengladbach für sich entschieden. Der Geschäftsführer einer GmbH hatte dort die Eröffnung eines Sekundärverfahrens beantragt, nachdem er bereits die Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem englischen *Company Court* beantragt hatte, welches das Verfahren aber noch nicht eröffnet hatte. Das AG Mönchengladbach eröffnete ein Hauptverfahren, weil von dem Antrag auf Eröffnung des Sekundärverfahrens auch die Eröffnung des Hauptverfahrens umfasst sei.²⁶⁷ Zutreffend hätte es den Antrag auf Eröffnung des Sekundärverfahrens mangels Antragsbefugnis des Gemeinschuldners ablehnen müssen (s. hierzu Rn. 147).²⁶⁸
- 130 Im Hinblick auf **negative Kompetenzkonflikte** bestimmt Art. 102 § 3 Abs. 2 EGInsO, dass ein deutsches Gericht die Eröffnung nicht unter Berufung auf die Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Mitgliedstaates ablehnen darf, wenn ein Gericht dieses Mitgliedstaates die Eröffnung abgelehnt hat, weil es die deutschen Gerichte für zuständig erachtet hat.

6. *Perpetuatio fori im internationalen Insolvenzrecht*

- 131 Mit Urteil vom 17.1.2006 hat der EuGH in der Rechtssache *Staubitz-Schreiber* entschieden, dass das Gericht des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet der Schuldner bei Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat, auch dann zuständig bleibt, wenn der Schuldner nach Antragstellung, aber vor der Eröffnungsentscheidung den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaates verlegt.²⁶⁹ Der EuGH konstatierte zunächst, dass Art. 3 Abs. 1 EuInsVO über die Fortdauer der Zuständigkeit keine Aussage enthalte.²⁷⁰ Ein Wechsel der Zuständigkeit vom zuerst befassten Gericht zu einem Gericht eines anderen Mitgliedstaates widerspräche jedoch den **Zielen der Verordnung**.²⁷¹ Damit hat das Gericht dem Grundsatz der *perpetuatio fori* im Rahmen der EuInsVO Geltungskraft zugesprochen.
- 132 Die weitere Bedeutung der Entscheidung liegt in dem **Zeitpunkt**, den der EuGH dabei als maßgeblich erachtet, namentlich denjenigen der **Antragstellung**, d.h. der **Anhängigkeit**.²⁷² Zuständigkeitsfixierung und Beschlagswirkung fallen im Rahmen der EuInsVO mithin aus-

265 Vgl. hierzu *Herchen*, ZInsO 2004, 61, 64; *ders.*, ZIP 2005, 1401, 1403. Zur Problematik der parallelen Eröffnung zweier Hauptverfahren *Paulus*, ZIP 2003, 1725. Vgl. ferner zu der Behandlung von Entscheidungen, die außerhalb der Eröffnungsentscheidung ergehen, die Eröffnungszuständigkeit aber voraussetzen, wie etwa die Bestellung eines vorläufigen Verwalters gem. Art. 38 EuInsVO, *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455, 3457 Fn. 32: Eröffnungssperre gilt auch hier.

266 LG Hamburg EuZW 2006, 62, 63 unter Rekurs auf Art. 18 Abs. 1 EuInsVO; vgl. dagegen den Vorlagebeschluss des Supreme Court of Ireland NZI 2004, 505. Ob nicht nach der in Rn. 131 f. referierten Entscheidung des EuGH in Sachen *Staubitz-Schreiber* von einer Vorwirkung auszugehen ist, ist zumindest fraglich.

267 AG Mönchengladbach NZI 2004, 383 m. krit. Anm. *Kebekeus*, EWIR 2004, 705 f.

268 Zur umgekehrten Gestaltung des AG Köln s. Rn. 136.

269 EuGH, Rs. C-1/04 (*Staubitz-Schreiber*), IPRax 2006, 149 m. Anm. *Kindler*, IPRax 2006, 114 ff.

270 Ziff. 23 der Urteilsbegründung.

271 Ziff. 24 der Urteilsbegründung.

272 Das Konzept harmoniert mit dem übrigen europäischen Prozessrecht, vgl. Art. 27 ff. EuGVVO, Art. 11 EuEheVO, hierzu *Laukemann*, RIW 2005, 104, 111.

einander.²⁷³ Damit hat der EuGH den neben der herkömmlichen Form der **professionellen Firmenbestattung** durch Sitzverlegung ins Ausland und Einstellung des Geschäftsbetriebes²⁷⁴ erkennbaren Tendenzen, der Gesellschaft kraft Sitzverlegung ein günstiges Insolvenzstatut zu verschaffen (*forum shopping*),²⁷⁵ zumindest insofern einen Riegel vorgeschoben, als eine Sitzverlegung nach Antragstellung keinen Zuständigkeitswechsel mehr herbeiführen kann.²⁷⁶ Im deutschen nationalen Recht werden entsprechende Manipulationen dadurch zu erschweren versucht, dass einer Verlegung des Schuldnersitzes nach **Einstellung der wirtschaftlichen Tätigkeit** keine Wirkung für die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts beigemessen wird.²⁷⁷ Dies gilt sowohl für die Verlegung des Satzungssitzes²⁷⁸ als auch für die Verlegung des Verwaltungssitzes.²⁷⁹ Die Erwägungen des EuGH im Falle *Staubitz-Schreiber*, namentlich „zu verhindern, dass es für die Parteien vorteilhafter ist, Vermögensgegenstände oder Rechtsstreitigkeiten in einen anderen Mitgliedstaat zu verlagern, um auf diese Weise eine verbesserte Rechtsstellung anzustreben“ und die Gläubiger nicht zu zwingen, „gegen den Schuldner immer wieder dort vorzugehen, wo dieser sich gerade für kürzere oder längere Zeit niederlässt“, sondern diesen eine höhere Rechtssicherheit zu gewährleisten, da sie „die im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu tragenden Risiken in Bezug auf den Ort beurteilen haben, an dem der Mittelpunkt seiner hauptsächlichlichen Interessen lag, als sie mit ihm rechtliche Beziehungen eingingen“,²⁸⁰ hätten indes auch unter dem Regime der EuInsVO einen früheren Zeitpunkt getragen und damit das *forum shopping* noch weiter erschwert.²⁸¹ Zur generellen Regelung dieser Problematik bietet sich *de lege ferenda* eine Vorschrift nach dem Vorbild des Art. 8 Abs. 2 lit. e), Abs. 7, 8 SEVO an, der eine Verlegung des Satzungssitzes von dem angemessenen Schutz inländischer Gläubiger abhängig macht.²⁸²

IV. Sekundär- und Partikularinsolvenzverfahren

1. Begriff und Voraussetzungen

Neben dem Hauptverfahren sieht die EuInsVO die Möglichkeiten eines Sekundär- oder Partikularverfahrens vor. Beide gleichen sich in ihrer **territorial begrenzten Wirkung** auf

133

273 Zu den Vorschlägen, wegen der erst hierdurch ausgelösten Beschlagswirkung auf die Wirksamkeit der Eröffnungsentscheidung als für die *perpetuatio fori* maßgeblichen Akt abzustellen, vgl. *Laukemann*, RIW 2005, 104, 109.

274 Vgl. jüngst BGH WM 2006, 243; *Wachter*, GmbHR 2004, 955 ff.

275 Vgl. die Gestaltung bei OLG Karlsruhe ZIP 2005, 1575; ferner *Laukemann*, RIW 2005, 104.

276 Zu den früheren Bestrebungen, dieses Ergebnis über den *ordre-public* zu erzielen, *Laukemann*, RIW 2005, 104, 106 f.

277 MünchKomm/*Gantner*, InsO, § 3 Rn. 40 ff.; *Uhlenbruck*, InsO, § 3 Rn. 12; *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterlob*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 64 Rn. 34.

278 BayObLG GmbHR 2003, 1493, 1495.

279 BayObLG GmbHR 2003, 1492, 1493; OLG Celle NZG 2004, 427, 428; OLG Schleswig-Holstein DB 2004, 753, 754. Im Hinblick auf ein internationales *forum shopping* bestehen für deutsche Kapitalgesellschaften bereits aufgrund der Erfordernisse eines inländischen Satzungs- und Verwaltungssitzes gewisse Hürden, vgl. BayObLG NJW 1993, 43; BayObLG ZIP 2004, 806; OLG Düsseldorf ZIP 2001, 790; OLG Hamm ZIP 2001, 791; hierzu *Bayer*, BB 2003, 2357, 2359 und *Wachter*, EWiR 2004, 375.

280 Urteilsgründe Ziff. 25 und 27.

281 Vgl. den Vorschlag von *Weller*, IPRax 2004, 412, 416, auf den Zeitpunkt der Insolvenzreife abzustellen. Deziert für die Maßgeblichkeit der Stellung des Insolvenzantrags aber AG Celle ZInsO 2005, 895.

282 So auch *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1486.

das im Staat des Nebenverfahrens belegene Schuldnervermögen.²⁸³ Während ein **Sekundärverfahren** gem. Art. 3 Abs. 3 EuInsVO *per definitionem* erfordert, dass ein Hauptverfahren bereits eröffnet wurde, kann ein **Partikularverfahren** nach Art. 3 Abs. 4 EuInsVO unabhängig von der Eröffnung eines Hauptverfahrens betrieben werden. Beide Verfahren unterliegen gewissen Einschränkungen. Bei einem Sekundärverfahren muss es sich zwingend um ein Liquidationsverfahren i.S.v. Art. 2 lit. c) EuInsVO i.V.m. Anhang B handeln (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EuInsVO).²⁸⁴ Die Eröffnung eines Partikularverfahrens ist dagegen auf die Fälle beschränkt, in denen entweder die Eröffnung eines Hauptverfahrens in dem Staat des Interessenmittelpunktes nach dortigem Recht nicht möglich ist (Art. 3 Abs. 4 lit. a) EuInsVO)²⁸⁵ oder in denen die Eröffnung von einem Gläubiger aus dem Mitgliedstaat beantragt wird, in dem sich die Niederlassung befindet, auf die sich das Partikularverfahren bezieht oder auf deren Betrieb die Forderung des Gläubigers beruht (Art. 3 Abs. 4 lit. b) EuInsVO). Die Beteiligung steht aber sämtlichen und nicht nur den in lit. b) genannten Gläubigern offen.²⁸⁶ Mit Eröffnung des Hauptverfahrens wandelt sich ein zunächst eröffnetes Partikularverfahren automatisch in ein Sekundärverfahren, Art. 36, 37 EuInsVO.

2. Eröffnungszuständigkeit bei inländischer Niederlassung

- 134 Gemeinsame Voraussetzung beider Nebenverfahren ist gem. Art. 3 Abs. 2 EuInsVO, dass der Schuldner eine **Niederlassung** in dem Gebiet des Mitgliedstaates hat, in dem das Nebenverfahren eröffnet wird. Als Niederlassung definiert Art. 2 lit. h) EuInsVO jeden Tätigkeitsort, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt. Mithin soll die bloße Vermögensbelegenheit für eine Eröffnungszuständigkeit nicht ausreichen.²⁸⁷
- 135 Der **Niederlassungsbegriff der EuInsVO** ist damit ein anderer als derjenige, den der EuGH in seinen Urteilen zur gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit zugrunde gelegt hat.²⁸⁸ Den Urteilen in Sachen Centros und Inspire Art lagen jeweils Gestaltungen zugrunde, in

283 Dieses Vermögen wird dadurch dem Hauptverfahren entzogen, so dass zwei getrennte (Teil-)Insolvenzmassen vorliegen. Einer Vollstreckbarerklärung der Eröffnungsentscheidung im Inland steht das Sekundärverfahren dagegen nicht entgegen, vgl. OLG Düsseldorf RIW 2005, 150.

284 Dabei kann es sich indes, wie die Vorschriften über die Koordination zwischen Haupt- und Sekundärverfahren zeigen, nicht um einen kategorischen Ausschluss der Sanierung handeln. Gem. Art. 34 Abs. 1 EuInsVO kann der Hauptverwalter gar einen Sanierungsplan für das Sekundärverfahren vorschlagen. Der Zweck von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EuInsVO besteht mithin vielmehr darin, zu verhindern, dass ein Sekundärverfahren im Widerspruch zum Hauptverfahren als Sanierungsverfahren durchgeführt wird. Es muss daher genügen, wenn im Rahmen des Sekundärverfahrens zumindest die Möglichkeit einer Liquidation besteht. Ausführlich Gebauer/Wiedemann/Haibold, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 220 ff. Für Zulässigkeit der Eigenverwaltung gem. §§ 270 ff. InsO im Sekundärverfahren AG Köln DZWIR 2004, 434. Eingehend zu den Kooperationspflichten des Verwalters des Sekundärverfahrens Landesgericht Leoben ZInsO 2005, 1176.

285 Vgl. das Beispiel bei Vallender/Fuchs, ZIP 2004, 829, 832: Fehlen der Kaufmannseigenschaft als Eröffnungsvoraussetzung in dem Staat, in dem sich der Interessenmittelpunkt befindet.

286 Str., vgl. Gebauer/Wiedemann/Haibold, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 65 m.w.N.

287 Gebauer/Wiedemann/Haibold, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 43; Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 13. Nicht ausreichend ist etwa ein inländisches Bankkonto, ein inländisches Verkaufslager oder das Tätigwerden über einen selbstständigen Handelsvertreter.

288 Zur Übereinstimmung mit Art. 5 Nr. 5 EuGVVO Gebauer/Wiedemann/Haibold, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 42.

denen eine Scheinauslandsgesellschaft im Inland formal eine Zweigniederlassung zu errichten suchte, die jedoch den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung bildete. Der EuGH hat gleichwohl nur auf die sekundäre Niederlassungsfreiheit zur Begründung rekurriert.²⁸⁹ Eine derart formale Sichtweise verbietet sich indes im Rahmen der EuInsVO, da die primäre Zuständigkeit für die Eröffnung des Hauptverfahrens, die an den Interessenmittelpunkt des Schuldners anknüpft, nicht dadurch ausgehebelt werden darf, dass der Gemeinschuldner seine Hauptverwaltung als Zweigniederlassung deklariert und damit mangels Eröffnungszuständigkeit eines anderen Mitgliedstaates die Durchführung eines Hauptverfahrens überhaupt blockieren könnte.²⁹⁰

Das AG Köln hat angenommen, dass ein Sekundärverfahren im Inland auch dann eröffnet werden könne, wenn zwar sämtliche Vermögensgegenstände im Inland belegen seien, ein inländisches Hauptverfahren aber wegen der Eröffnung des Hauptverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat nicht möglich sei. Die Belegenheit sämtlicher Vermögensgegenstände stelle ein Mehr gegenüber einer Niederlassung i.S.v. Art. 3 Abs. 3, 2 lit. h) EuInsVO dar.²⁹¹ Diese Auffassung ist bedenklich. Dem Anerkennungsprinzip ist das Vorhandensein abweichender Begriffsverständnisse immanent. Lokalisiert das Gericht eines anderen Mitgliedstaates den Interessenmittelpunkt des Schuldners infolge abweichender Kriterien als in dessen Hoheitsgebiet belegen, so darf diese Auslegung nicht dadurch konterkariert werden, dass ein nach Auffassung des deutschen Gerichts im Inland zu eröffnendes Hauptverfahren als Sekundärverfahren deklariert wird. Dies würde eine Überprüfung der ausländischen Zuständigkeit beinhalten und sie infolge der speziellen Beschlagswirkung des Sekundärverfahrens, die in diesem Fall das gesamte Vermögen betrifft, torpedieren.²⁹² Eine derartige Anerkennungsweigerung sieht Art. 26 EuInsVO dagegen nur bei einer Verletzung des *ordre public* vor. Die Leitfunktion des Hauptverfahrens und die Einflussmöglichkeiten des Hauptverwalters auf das Sekundärverfahren vermögen diesen Malus nicht auszugleichen.²⁹³ Im Falle des AG Köln stand der Eröffnung eines Sekundärverfahrens ferner die fehlende Antragsbefugnis des Schuldners entgegen.²⁹⁴

Die **örtliche Zuständigkeit** für die Eröffnung eines Nebenverfahrens ist in Art. 102 § 1 Abs. 2 EGInsO geregelt. Besteht danach die internationale Eröffnungszuständigkeit nach Art. 3 Abs. 2 EuInsVO, so ist ausschließlich das Insolvenzgericht, in dessen Bezirk die Niederlassung des Schuldners liegt, örtlich zuständig.

V. Insolvenzfähigkeit

Gem. Art. 4 Abs. 2 lit. a) EuInsVO ist das Insolvenzstatut, mithin das Recht des Eröffnungsstaates, auch für die Frage maßgeblich, bei welcher Art von Schuldnern ein Insolvenzverfahren überhaupt zulässig ist. Das deutsche Recht hält in § 11 InsO nur Vorschriften über inländische Rechtsträger vor. Danach kann ein Insolvenzverfahren u.a. über das Vermögen einer juristischen Person, über das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins und über das Vermögen einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Gesellschaft bürgerlichen Rechts usw.) eröffnet werden, § 11 Abs. 1 und 2 InsO. Nach § 11 Abs. 3 InsO ist die Eröffnung

289 EuGH, Rs. C-167/01, NJW 2003, 3331, 3333, Ziff. 95 ff.

290 Ähnlich *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 14.

291 NZI 2004, 151 ff.

292 Ähnlich *Sabel*, NZI 2004, 126, 127.

293 So aber *Vallender/Fuchs*, ZIP 2004, 829, 834.

294 Anders mit ausführlicher Begründung AG Köln NZI 2004, 151, 153. Vgl. ferner Rn. 147.

auch nach der Auflösung einer juristischen Person zulässig, solange die Verteilung ihres Vermögens nicht vollzogen ist. Grundsätzlich ist die Insolvenzfähigkeit mit der Rechtsfähigkeit gleichzusetzen.²⁹⁵

- 139 Im Falle einer ausländischen Kapitalgesellschaft ist zunächst zu untersuchen, ob sie im Wege der kollisionsrechtlichen **Substitution** die Merkmale eines insolvenzfähigen Rechtsträgers i.S.v. § 11 InsO erfüllt. Hierfür ist die kollisionsrechtlich selbstständig anzuknüpfende **Vorfrage** nach dem Rechtscharakter und der Rechtsfähigkeit der Auslandsgesellschaft zu beantworten. Hierfür ist auf das Gesellschaftsstatut, mithin regelmäßig das Recht des Gründungsstaates, abzustellen.²⁹⁶ Handelt es sich dagegen um eine Gesellschaft aus dem nicht-europäischen Ausland, mit deren Gründungsstaat kein Anerkennungsabkommen besteht, oder beurteilt sich die Rechtsfähigkeit des Gemeinschuldners kraft Rückverweisung²⁹⁷ oder infolge Rechtsmissbrauchs²⁹⁸ nach deutschem Recht, so kann die Insolvenzfähigkeit infolge eines dann anzunehmenden Charakters als Personengesellschaft begründet sein.²⁹⁹ Eine *private limited company* englischen Zuschnitts ist nach den Grundsätzen von Inspire Art als ausländische juristische Person in Deutschland rechts- und damit auch insolvenzfähig.³⁰⁰

VI. Eröffnungsgründe

- 140 Gem. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO ist die *lex fori concursus* auch maßgeblich für die Voraussetzungen, unter welchen das Insolvenzverfahren eröffnet wird, mithin die Eröffnungsgründe. Die Eröffnungsgründe sind im deutschen Recht in §§ 17–19 InsO geregelt. Gem. § 17 Abs. 1 InsO ist der allgemeine Eröffnungsgrund die **Zahlungsunfähigkeit** des Schuldners; nach § 18 Abs. 1 InsO ist schon die **drohende Zahlungsunfähigkeit** hinreichender Eröffnungsgrund, sofern der Schuldner den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens stellt. Einen speziellen Eröffnungsgrund für **juristische Personen** enthält § 19 Abs. 1 InsO mit der **Überschuldung**. Die Gläubiger sollen bei eingetretener Überschuldung, d.h. Vermögensunzulänglichkeit, nicht auch die erst regelmäßig zu einem späteren Zeitpunkt eintretende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners abwarten müssen. Die zeitliche Vorverlagerung des Insolvenzgrundes korreliert mit der Haftungsprivilegierung der Gesellschafter.³⁰¹
- 141 Überschuldung liegt nach § 19 Abs. 2 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners seine Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Dabei ist bei der Bewertung des Schuldnervermögens die **Fortführung des Unternehmens** zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen

295 *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 11 Rn. 2.

296 *Weller*, IPRax 2003, 520, 521 f.; *Müller*, NZG 2003, 414, 416; vgl. aber AG Duisburg NZI 2003, 658, 659, das die Insolvenzfähigkeit einer aufgelösten Auslandsgesellschaft nach der *lex fori concursus* beurteilt; diese Frage ist jedoch noch dem Personalstatut zuzuschlagen, vgl. *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 17.

297 Wenn der Gründungsstaat ebenfalls der Sitztheorie anhängt, wird auf deutsches Recht zurückverwiesen, sofern sich die tatsächliche Hauptverwaltung der Gesellschaft im deutschen Inland befindet.

298 Vgl. AG Hamburg NJW 2003, 2835, 2836. Das AG Saarbrücken, ZInsO 2005, 727, 728, unterzieht nur die Frage der sog. formellen Insolvenzfähigkeit einer Prüfung im Eröffnungsverfahren, die Frage des Rechtsmissbrauchs sei im Rahmen des Insolvenzverfahrens zu klären und führe dort u.U. zur Nichtanerkennung der Haftungsbeschränkung.

299 Vgl. hierzu *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 17; *Müller*, NZG 2003, 414, 416.

300 *Riedemann*, GmbH 2004, 345, 347.

301 *Fischer*, ZIP 2004, 1477 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der KO 1877; zur Rechtfertigung des besonderen Eröffnungsgrundes vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 7.16. Zahlreiche Rechtsordnungen kennen den spezifischen Eröffnungsgrund der Überschuldung nicht und stellen auch bei juristischen Personen ausschließlich auf die Zahlungsunfähigkeit ab.

überwiegend wahrscheinlich ist. Gem. § 19 Abs. 3 InsO gilt der Eröffnungsgrund der Überschuldung auch bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, mithin die GmbH & Co. KG oder neuerdings die Limited & Co. KG (vgl. Rn. 25). Im Hinblick auf **Auslandsgesellschaften** hängt die Anwendbarkeit des besonderen Eröffnungsgrundes der Überschuldung wiederum von deren Einordnung als juristische Person i.S.v. § 19 Abs. 1 InsO und damit von der Anerkennung ihrer Rechtspersönlichkeit nach dem Gründungsstatut ab. Eine *private limited company* englischen Rechts ist als juristische Person i.S.v. § 19 Abs. 1 InsO einzustufen.³⁰²

Fraglich ist, wie sich der Eröffnungsgrund im Rahmen eines Nebenverfahrens beurteilt. Im Hinblick auf das **Sekundärverfahren** bestimmt Art. 27 Satz 1 EuInsVO, dass dessen Eröffnung ohne erneute Prüfung der Insolvenz erfolgen kann. Präziser ist § 356 Abs. 3 InsO gefasst, wonach ein Sekundärverfahren eröffnet wird, ohne dass ein Eröffnungsgrund festgestellt werden muss. Mangels Vorliegen eines Hauptverfahrens, auf dessen Eröffnungsprüfung sich das Nebenverfahren stützen kann, gestaltet sich die Lage im Falle eines **Partikularverfahrens** schwieriger. Während einerseits für eine territorial bzw. auf die dem Verfahren unterliegende Niederlassung beschränkte Eröffnungs- bzw. Überschuldungsprüfung plädiert wird,³⁰³ verlangt die h.M. auch in diesem Falle eine universelle Überschuldungsprüfung.³⁰⁴ 142

VII. Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens

1. Antragsberechtigung

Ebenfalls Bestandteil der *lex fori concursus* i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO ist die Frage der Antragsberechtigung.³⁰⁵ Nach § 13 Abs. 1 S 2 InsO sind Gläubiger und Schuldner antragsberechtigt; der Antrag des Gläubigers ist gem. § 14 Abs. 1 InsO zulässig, wenn er ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat und seine Forderung sowie den Eröffnungsgrund glaubhaft macht. Gem. § 15 Abs. 1 InsO ist im Falle einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit außer den Gläubigern auch **jedes Mitglied des Vertretungsorgans**, bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien jeder persönlich haftende Gesellschafter, sowie jeder Abwickler antragsberechtigt. Auf die **Vertretungsberechtigung** kommt es, wie der Gegenschluss zu § 18 Abs. 3 InsO belegt, dabei nach deutschem Recht nicht an.³⁰⁶ Dort wird ein Eigenantrag des Schuldners bei drohender Zahlungsunfähigkeit unter den Vorbehalt gestellt, dass entweder sämtliche oder aber solche Mitglieder des Vertretungsorgans den Antrag stellen, die zur Vertretung des Schuldners berechtigt sind. 143

Es wird vorgeschlagen, auch bei einer **Auslandsgesellschaft** im Wege der Substitution auf deren Vertretungsorgane abzustellen.³⁰⁷ Diese Ansicht kann für sich Art. 29 lit. b) EuInsVO in Anspruch nehmen, wonach sich das Antragsrecht nach der *lex fori concursus* bestimmt. Andererseits aber ist es nur dann zwingend, sämtlichen Mitgliedern des Verwaltungsorgans eine Antragsbefugnis zuzusprechen, wenn diese andererseits auch zur Antragstellung ver-

302 Weller, IPRax 2003, 520, 522; Riedemann, GmbHR 2004, 345, 348; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3589.

303 Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 21.

304 Vgl. nur MünchKomm/Reinhardt, EGInsO, Art. 102 Rn. 226 f.

305 Vgl. hierzu Mock/Schildt, ZInsO 2003, 396, 399.

306 MünchKomm/Schmahl, InsO, § 15 Rn. 9; unzutreffend Riedemann, GmbHR 2004, 345, 348, die auf die Vertretungsberechtigung abstellen möchte.

307 Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 23; Müller, NZG 2003, 414, 416.

pflichtet sind. Zu der Antragspflicht i.S.v. § 64 Abs. 1 GmbHG ist noch eingehend Stellung zu nehmen (s. Rn. 183 ff.).

- 145 Für die **Form der Antragstellung** ist gem. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO das Recht des Eröffnungsstaates, aus deutscher Sicht damit § 4 InsO maßgeblich, der auf die allgemeinen Regeln, namentlich die §§ 129a, 495, 496 ZPO, verweist. Der Antrag kann daher schriftlich oder mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle des Amtsgerichts gestellt werden.³⁰⁸ Die Zulässigkeit des Antrags erfordert, sofern nicht von sämtlichen Mitgliedern des Vertretungsorgans gestellt, eine substantiierte Darlegung der Tatsachen, aus denen sich die wesentlichen Merkmale eines Eröffnungsgrundes ergeben, § 15 Abs. 2 Satz 1 InsO.³⁰⁹
- 146 Im Falle einer englischen *limited* kann die Ermittlung des Vertreters für die Zwecke eines Insolvenzverfahrens Schwierigkeiten bereiten. Grundsätzlich wird eine *limited* durch das Direktorium, das *board of directors*, vertreten. Gem. § 13e Abs. 2 HGB haben Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Sitz im Ausland eine inländische Zweigniederlassung zum Handelsregister anzumelden. Dies soll erst recht gelten, wenn es sich nicht um eine Zweig-, sondern um die tatsächliche Hauptniederlassung handelt.³¹⁰ Gem. § 13e Abs. 2 Satz 4 Nr. 3 HGB ist in der Anmeldung anzugeben, welche Personen die Gesellschaft im Rahmen der Zweigniederlassung gerichtlich und außergerichtlich, mithin auch im Rahmen eines Insolvenzverfahrens, vertreten. Fehlt es an dieser Registereintragung, so muss sich derjenige, der sich im Rahmen der gewerberechlichen Anmeldung uneingeschränkt als Vertreter bezeichnet,³¹¹ bzw. der **faktische Geschäftsführer** auch im Insolvenzverfahren als solcher behandeln lassen.

2. Antragsrecht für Nebeninsolvenzverfahren

- 147 Das Antragsrecht für ein **Sekundärinsolvenzverfahren** spricht Art. 29 EuInsVO dem Verwalter des Hauptverfahrens sowie jeder anderen Person oder Stelle zu, der das Recht nach dem Mitgliedstaat zusteht, in dessen Gebiet das Sekundärverfahren eröffnet werden soll. Nach § 354 Abs. 1 InsO sind nur die Gesellschaftsgläubiger befugt, ein **Nebenverfahren** zu beantragen, und § 356 Abs. 2 InsO stimmt mit der Zuerkennung des Antragsrechts für ein **Sekundärverfahren** zugunsten des ausländischen Insolvenzverwalters mit Art. 29 EuInsVO überein. Da im Hinblick auf ein **Partikularverfahren** Art. 29 EuInsVO nicht gilt, besteht alleine die Antragsbefugnis der Gläubiger gem. § 354 Abs. 1 InsO. Im Falle eines in der Bundesrepublik angestrebten Nebenverfahrens ist somit der Gemeinschuldner selbst nicht antragsbefugt.³¹²

3. Recht zur sofortigen Beschwerde

- 148 Die **Beschwerdebefugnis** im Rahmen des Eröffnungsverfahrens vor deutschen Gerichten ist in § 34 InsO, Art. 102 § 3 Abs. 1 Satz 3, § 4 Abs. 1 Satz 3 EGIInsO geregelt. Nach § 34

308 Vallender/Fuchs, ZIP 2004, 829, 831 m.w.N.

309 BGHZ 153, 205, 207; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 64 Rn. 42; Müller, NZG 2003, 414, 416.

310 Vgl. AG Duisburg NZI 2003, 610 und AG Bad Segeberg, ZInsO 2005, 558, 560; vgl. auch RN. 51, 69. A.A. Wernicke, BB 2006, 843 ff.

311 AG Duisburg NZI 2003, 610 und Bad Segeberg, ZInsO 2005, 558, 560; vgl. auch Rn. 51, 69. A.A. Wernicke, BB 2006, 843 ff.

312 So auch Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 24. A.A. AG Köln NZI 2004, 151, 153 und MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntInsR Rn. 682, der § 13 InsO anwendet.

Abs. 1 InsO steht dem **Antragsteller** die sofortige Beschwerde zu, wenn die Eröffnung des Verfahrens abgelehnt wird. Art. 102 § 3 Abs. 1 Satz 3 EGIInsO spricht dem **Verwalter** eines im Ausland eröffneten Hauptverfahrens die Beschwerdebefugnis gegen die Eröffnung eines weiteren Hauptverfahrens im Inland zu. Wird ein inländisches Hauptverfahren zugunsten eines ausländischen Hauptverfahrens eingestellt, so spricht Art. 102 § 4 Abs. 1 Satz 3 EGIInsO jedem **Insolvenzgläubiger** die Beschwerdebefugnis zu.

Mit der Frage eines Beschwerderechts im Falle eines Insolvenzantrags in einem anderen Mitgliedstaat hatte sich auch das LG Hamburg zu befassen. Die Beschwerdeführerin hatte vor dem Stadtgericht Prag einen Fremdantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt. Infolge des zeitlich nachfolgenden Eigenantrags des Schuldners vor dem AG Hamburg wurde dort die Eröffnung des Verfahrens beschlossen, bevor eine Eröffnungsentscheidung des Stadtgerichts Prag erging. Die Beschwerde hatte keinen Erfolg. Das LG Hamburg erachtete die Regelungen der Beschwerdebefugnis in § 34 InsO, Art. 102 EGIInsO als **abschließend**, die ein Beschwerderecht der Gläubiger bei Eröffnung des Verfahrens auf Antrag des Schuldners nicht vorsehen. Da die Gläubigerrechte durch die Regelungen des internationalen Insolvenzrechts hinreichend gewahrt seien, fehle es auch an der für eine analoge Anwendung von Art. 102 § 4 Abs. 1 Satz 3 EGIInsO erforderlichen Regelungslücke.³¹³ 149

4. Ablehnung der Eröffnung mangels Masse; gesellschaftsrechtliche Liquidation

Angesichts der geringen Kapitalausstattung bestimmter Auslandsgesellschaften wird es in zahlreichen Fällen an einer für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinreichenden Masse fehlen. 150

Nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO ist das Insolvenzstatut auch für die **Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse** maßgeblich. Aus deutscher Sicht bestimmt § 26 Abs. 1 InsO, dass der Eröffnungsantrag vorbehaltlich des Vorschusses eines ausreichenden Geldbetrages mangels Masse ablehnt wird, wenn das Vermögen des Schuldners voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Kosten des Verfahrens zu decken. 151

Die Ablehnung der Eröffnung mangels Masse ist im Rahmen der **gesellschaftsrechtlichen Auflösung** eine selbstständige Vorfrage, so dass das Gesellschaftsstatut über die Rechtsfolgen einer dem Insolvenzstatut unterliegenden Ablehnung der Verfahrenseröffnung mangels Masse befindet.³¹⁴ Nach dem deutschen GmbHG wird die Gesellschaft gem. § 60 Abs. 1 Nr. 5 mit der Rechtskraft des Ablehnungsbeschlusses aufgelöst. Infolge der funktionalen Äquivalenz der gesellschaftsrechtlichen und der insolvenzrechtlichen Liquidation wurde vorgeschlagen, auch die gesellschaftsrechtlichen Folgen der ablehnenden Eröffnungsentscheidung, namentlich die Auflösung, die Pflicht zur Führung des Firmenzusatzes „i.L.“, das Verteilungsverfahren etc., dem Insolvenzstatut zu unterstellen.³¹⁵ Diese Auffassung hat für sich, dass es keinen sachlichen Unterschied begründet, ob die Gesellschaft noch über eine für die Eröffnung hinreichende Masse verfügt oder nicht. Ferner erscheinen die Gläubiger, deren Rechte mangels Masse nicht im Rahmen eines geordneten Insolvenzverfahrens abgewickelt werden, besonders schutzwürdig, so dass zur Vermeidung von Schutzlücken eine Anwendung der inländischen Liquidations- einschließlich im Zusammenhang damit stehender Haftungsvorschriften angezeigt ist.³¹⁶ 152

313 LG Hamburg EuZW 2006, 62, 63.

314 Vgl. die Entscheidung des AG Duisburg NZI 2003, 658, 659.

315 Haas, NZI 2003, Heft 12, V, VI.

316 Vgl. Fischer, ZIP 2004, 1477, 1480.

- 153 Indes rechtfertigt das Gläubigerinteresse allenfalls die Anwendung spezifischer inländischer Haftungsinstitute auf Scheinauslandsgesellschaften, nicht aber die Anwendung des gesamten Abwicklungsverfahrens. Im Ergebnis ist die Liquidation gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren, da es originäre Aufgabe des Personalstatuts ist, über das Erlöschen des Rechtssubjekts und seine Abwicklung zu befinden. Auch stellt die gesellschaftsrechtliche Auflösung kein Verfahren i.S.v. Art. 2 lit. a) und c) EuInsVO i.V.m. Anhang A und B dar. Im Falle einer englischen *private limited* richtet sich die Auflösung daher regelmäßig nach den Regelungen über das *voluntary* oder *compulsory winding up* gem. sec. 84 ff. bzw. 122 ff. Insolvency Act 1986.³¹⁷ Allenfalls ließe sich die Anwendung der inländischen gesellschaftsrechtlichen Liquidationsvorschriften als Marktrückzugsregelung und damit niederlassungskonforme Anwendung von Inlandsvorschriften im Sinne der Keck-Rechtsprechung begründen.³¹⁸

VIII. Insolvenzverfahren; Reichweite des Insolvenzstatuts

- 154 Nach dem bereits eingangs dargestellten **Gleichlaufgrundsatz** untersteht das Insolvenzverfahren der *lex fori concursus*, mithin dem Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates. Dies ist die zentrale Aussage von Art. 4 Abs. 1 EuInsVO, wonach für das **Insolvenzverfahren** und seine **Wirkungen** das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates gilt, in dem das Verfahren eröffnet wird. Nach verbreiteter Auffassung ist das in Art. 4 EuInsVO umschriebene Insolvenzstatut im Interesse eines reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes durch kollisionsrechtlich einheitliche Behandlung aller Gläubiger möglichst weit zu fassen. **Qualifikationszweifel** sollen **zugunsten des Insolvenzstatuts** aufzulösen sein.³¹⁹ Erwägungsgrund (23) der Verordnung spricht gar umfassend vom **Insolvenzbereich**.

1. Reichweite des Insolvenzstatuts

- 155 Der Gang des Insolvenzverfahrens, d.h. die **Insolvenzverfahrensregeln**, ist zentraler Bestandteil des Insolvenzstatuts. Gem. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EuInsVO regelt das Recht des Eröffnungsstaates, unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren **eröffnet** wird, wie es **durchzuführen** und zu **beenden** ist. Diese generalklauselartige Umschreibung wird flankiert durch die nicht abschließende **Aufzählung des Art. 4 Abs. 2 Satz 2 lit. a)–m) EuInsVO** von verschiedenen Regelungsmaterien, die der *lex fori concursus* unterfallen.³²⁰ Die in der Aufzählung enthaltenen Gegenstände erfahren ihrerseits Durchbrechungen durch die jeweils speziellen Bestimmungen der Verordnung.³²¹
- 156 Nach Art. 4 Abs. 2 EuInsVO ist neben den schon erörterten Aspekten der Insolvenzfähigkeit (lit. a) das Insolvenzstatut maßgeblich dafür, welche Vermögenswerte zur Masse gehören und wie nach der Eröffnung erworbene Gegenstände zu behandeln sind (lit. b), vorbehaltlich der Sonderregelungen in Art. 5 ff. EuInsVO. Die Regelungskompetenz umfasst ferner die Befugnisse des Schuldners und des Insolvenzverwalters (lit. c). Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens vor einem deutschen Gericht geht damit gem. § 80 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter über.³²² Auch die Klagebefug-

317 Hierzu *Schumann*, DB 2004, 743, 746 f. m.w.N.

318 So *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 38.

319 *MünchKomm/Kindler*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 417.

320 Zum nicht abschließenden Charakter der Auflistung vgl. *MünchKomm/Reinhart*, EuInsVO, Art. 4 Rn. 2.

321 Im Einzelnen Gebauer/Wiedemann/Haubold, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 94 ff.

322 Zur Stellung des Insolvenzverwalters nach deutschem Recht in einem Verfahren mit europäischem Auslandsbezug siehe *Pannen/Kühnle/Riedemann*, NZI 2003, 72.

nisse nach Art des § 92 InsO sind hiervon erfasst. Ferner rechnen hierzu auch die Vorschriften über die Eigenverwaltung gem. §§ 270 ff. InsO.³²³ Dem Insolvenzstatut unterstehen vorbehaltlich der Sonderregelung in Art. 6 EuInsVO ferner die Voraussetzungen der Wirksamkeit einer Aufrechnung (lit. d) und die Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf laufende Verträge des Schuldners (lit. e). Die Auswirkungen einer Insolvenzeröffnung auf laufende Verträge unterscheiden sich innerhalb der Mitgliedstaaten stark voneinander. Das deutsche Recht gibt dem Insolvenzverwalter in § 103 InsO vorbehaltlich der Sonderregelungen in §§ 106 ff. InsO ein Wahlrecht, die Erfüllung zu verlangen oder abzulehnen, während andere Rechtsordnungen ähnliche Wirkungen über ein Rücktrittsrecht bewirken; für die Gegenleistung einer teilbaren Leistung hält § 105 InsO eine anderen Rechtsordnungen unbekanntes Differenzierung vor.³²⁴ Ferner bemessen sich nach dem Insolvenzstatut die Auswirkungen der Eröffnung auf Rechtsverfolgungsmaßnahmen einzelner Gläubiger (lit. f)), welche Forderungen als Insolvenzforderungen anzumelden sind und wie Forderungen zu behandeln sind, die nach der Eröffnung entstehen (lit. g), die Anmeldung, Prüfung und Feststellung von Forderungen (lit. h), die Erlösverteilung, der Rang von Forderungen sowie die Rechte, die nach der Eröffnung aufgrund eines dinglichen Rechts erworben oder durch Aufrechnung teilweise befriedigt wurden (lit. i), die Voraussetzungen und die Wirkungen der Beendigung des Insolvenzverfahrens, insbesondere durch Vergleich (lit. j),³²⁵ die Rechte der Gläubiger nach Beendigung des Verfahrens (lit. k), die Pflicht zur Kostentragung (lit. l) und schließlich, welche Rechtshandlungen aufgrund einer Benachteiligung der Gläubigergesamtheit nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind (lit. m).

Das Vertrauen **dinglich gesicherter Gläubiger** schützt Art. 5 EuInsVO durch eine Ausnahme von der generellen Geltung der *lex fori concursus*, sofern das Sicherungsgut nicht im Eröffnungsstaat belegen ist. Entstehung, Existenz und Durchsetzung richten sich vielmehr nach dem allgemeinen Kollisionsrecht, aus deutscher Sicht mithin nach Art. 43 Abs. 1 EGBGB (*lex rei sitae*). Nicht geschützt ist der Inhaber des Sicherungsrechts vor einer Beeinträchtigung der gesicherten Forderung im Rahmen des Insolvenzverfahrens und deren Auswirkung auf das (u.U. akzessorische) Sicherungsrecht.³²⁶ Als weitere Sonderregeln sind Art. 6 EuInsVO für die **Aufrechnung**, Art. 7 EuInsVO für den **Eigentumsvorbehalt**, Art. 13 EuInsVO für den Schutz gutgläubiger Geschäftspartner und Art. 14 EuInsVO für den gutgläubigen Erwerb von registermäßig erfassten Gegenständen zu erwähnen. 157

2. Überschneidungen mit dem Gesellschaftsstatut

Bei verschiedenen, gem. Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EuInsVO dem Insolvenzstatut zugeordneten Gegenständen kann es zu **Überschneidungen mit dem Gesellschaftsstatut** kommen, was eine genaue Abgrenzung erforderlich macht. Die *prima facie* gesellschaftsrechtlichen Eigenkapitalersatzregeln führen – zumindest innerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 32a und 32b GmbHG – zu einer **Nachrangigkeit** von Rückzahlungsansprüchen, so dass auch eine Zuordnung zu Art. 4 Abs. 2 Satz 2 lit. i) EuInsVO in Betracht kommt; diese Frage wird ausführlich in einem gesonderten Abschnitt behandelt (s. Rn. 171 ff.). Eine weitere Überschneidung besteht im Hinblick auf die **Handlungsbefugnisse**, die gem. lit. c) dem Insolvenzstatut 158

323 Vgl. Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 9 Rn. 39.

324 Vgl. insgesamt Schollmeyer, *Gegenseitige Verträge im internationalen Insolvenzrecht*, 1997, S. 171 ff.

325 Art. 38 Abs. 1, Unterabs. 1 EuInsVO nennt als verfahrensbeendende Maßnahmen den Sanierungsplan, einen Vergleich oder andere vergleichbare Maßnahmen der Beendigung ohne eine Liquidation; unter lit. j) dürfte jedenfalls auch der Insolvenzplan nach §§ 217 ff. InsO fallen; vgl. zu diesem ferner Art. 102 § 9 EGInsO.

326 Gebauer/Wiedemann/Haubold, *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2005, EuInsVO, Rn. 120.

zugehören sollen. Grundsätzlich richten sich die Handlungs-, d.h. die Geschäftsführungs- und Vertreterbefugnisse, nach dem Gesellschaftsstatut.³²⁷ Dies gilt auch innerhalb eines Insolvenzverfahrens, wo die nach Maßgabe des Insolvenzrechts dem Schuldner zustehenden Befugnisse mit Ausnahme der Stellung des Eröffnungsantrags von den gesellschaftsrechtlich befugten Personen ausgeübt werden. Regelungen, die aus insolvenzspezifischen Gesichtspunkten die Handlungsbefugnisse des Schuldners selbst betreffen, sind dagegen insolvenzrechtlicher Natur. Die Unterscheidung nach gesellschaftsrechtlicher Innen- und insolvenzrechtlicher Außenbefugnis bedeutet etwa, dass im Rahmen einer Eigenverwaltung gem. §§ 270 ff. InsO die Schuldnerbefugnisse von den zuständigen Organen der Gesellschaft wahrgenommen werden.³²⁸ Nämliches gilt für gesellschaftsrechtliche (Binnen-)Grenzen der Organ- oder Gesellschafterbefugnisse; so beurteilt sich etwa im Rahmen eines Sanierungsvorhabens nach dem Gesellschaftsstatut, welche der insolvenzrechtlich möglichen Sanierungsmaßnahmen die Gesellschafter ergreifen können oder müssen.³²⁹ Das Insolvenzrecht wird mithin durch das Gesellschaftsrecht ausgefüllt, was sich auch auf der kollisionsrechtlichen Ebene in Form einer *depeçage* widerspiegelt.

IX. Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren; Wirkungserstreckung

- 159 Einen Grundpfeiler der EuInsVO bildet die in Art. 16 Abs. 1 vorgesehene **automatische Anerkennung** der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch das Gericht eines Mitgliedstaates in allen übrigen Mitgliedstaaten. Das **Anerkennungsprinzip** ist Ausdruck des **gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensgrundsatzes**.³³⁰ Das Anerkennungsprinzip bedingt, dass auch eine objektiv unzutreffende Annahme der Eröffnungszuständigkeit, vorbehaltlich der *ordre public*-Widrigkeit (Art. 26 EuInsVO), anzuerkennen ist.³³¹ Anderes folgt auch nicht aus der Formulierung in Art. 16 Abs. 1 EuInsVO, wonach „die Eröffnung durch ein nach Artikel 3 zuständiges Gericht“ anerkannt wird. Aus Erwägungsgrund (22) der Verordnung wird deutlich, dass sich die Gründe für eine Nichtanerkennung auf ein notwendiges Maß beschränken und die Eröffnungsentscheidung des Erstgerichts im Rahmen der Anerkennung keiner Überprüfung unterzogen werden soll. Die Formulierung in Art. 16 Abs. 1 EuInsVO besagt vielmehr nur, dass Anerkennungsgegenstand die Entscheidung über die Eröffnung eines Hauptverfahrens ist.³³²
- 160 Aus der automatischen Anerkennung folgt ferner die automatische **Wirkungserstreckung**. Gem. Art. 17 Abs. 1 EuInsVO entfaltet die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens durch das Gericht eines Mitgliedstaates in jedem anderen Mitgliedstaat dieselben Wirkungen, die das Recht des Eröffnungsstaates der Verfahrenseröffnung beilegt, ohne dass es hierfür irgendwelcher Förmlichkeiten bedürfte. Diese automatische Anerkennung betrifft insbesondere die Beschlagnahmewirkung der Insolvenzeröffnung.³³³ Ihrem Ziel einer **einheitli-**

327 Palandt/*Heldrich*, BGB, 65. Aufl. 2006, Anh. zu EGBGB 12 (IPR), Rn. 10.

328 *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 401; *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 40.

329 *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 401; *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 40.

330 *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht, S. 152; *Paulus*, ZIP 2003, 1725, 1727 f.; *Wimmer*, NJW 2002, 2427, 2428.

331 Vgl. AG Köln NZI 2004, 151, 152; *Eidenmüller*, NJW 2004, 3455, 3457; *Herweg/Tschauner*, EWiR 2004, 973, 974; *Weller*, IPRax 2004, 412, 416 f.; *ders.*, ZHR 169 (2005), 570, 576; *Wimmer*, ZInsO 2005, 119, 123 f. A.A. AG Düsseldorf DZWIR 2003, 437; *Mankowski*, EWiR 2003, 767.

332 Ebenso Gebauer/Wiedemann/*Haubold*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2005, EuInsVO, Rn. 75.

333 Ausgeschlossen sind dadurch auch individuelle Rechtsverfolgungsmaßnahmen und Arrestverfahren in den übrigen Mitgliedstaaten, vgl. *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533, 561.

chen und gleichmäßigen kollektiven Gläubigerbefriedigung trägt die EuInsVO insbesondere durch die grundsätzliche Einbeziehung sämtlicher im Anwendungsbereich der Verordnung belegener Vermögensgegenstände des Schuldners in das Hauptinsolvenzverfahren Rechnung, während Nebenverfahren sich auf das im betreffenden Staat belegene Vermögen beschränken. Ein Sekundärverfahren suspendiert seinerseits in seinem Geltungsbereich die Beschlagswirkung des Hauptverfahrens (s. hierzu Rn. 133). Die sachliche Reichweite der Beschlagswirkung wie auch die übrigen prozessualen und materiellen Wirkungen der Insolvenzeröffnung bemessen sich gem. Art. 4 Abs. 2 lit. b) EuInsVO dagegen nach dem Recht des Verfahrensstaates.

Das im Annerkennungsprinzip und in der Wirkungserstreckung verankerte Prinzip des gegenseitigen Vertrauens hat auch der deutsche Gesetzgeber positiviert. Hat das Gericht eines anderen Mitgliedstaates ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet, so ist nach Art. 102 § 3 Abs. 1 Satz 1 EGIInsO während der Dauer der Anhängigkeit dieses Verfahrens ein bei einem inländischen Insolvenzgericht gestellter Antrag auf Eröffnung eines Hauptverfahrens ohne Überprüfung der Eröffnungszuständigkeit des eröffnenden Gerichts unzulässig. Wird ein Verfahren im Widerspruch dazu dennoch eröffnet, darf es nach Art. 102 § 3 Abs. 1 Satz 2 EGIInsO nicht fortgesetzt und muss nach Art. 102 § 4 Abs. 1 Satz 1 EGIInsO zugunsten des anderen Gerichts eingestellt werden. 161

In **praktischer Hinsicht** wird die Wirkungserstreckung durch die in Art. 21 Abs. 1, 22 Abs. 1 EuInsVO vorgesehenen **Maßnahmen des Insolvenzverwalters** weiter effektiert. Nach Art. 21 Abs. 1 EuInsVO ist auf Antrag des Verwalters der wesentliche Inhalt der Eröffnungsentscheidung sowie die Bestellung des Verwalters in jedem anderen Mitgliedstaat **öffentlich bekannt zu machen**. Nach Art. 22 Abs. 1 EuInsVO ist auf Antrag des Verwalters die Verfahrenseröffnung in das **Grundbuch**, das **Handelsregister** und alle **sonstigen öffentlichen Register** in den übrigen Mitgliedstaaten einzutragen. Der deutsche Gesetzgeber hat ferner in Art. 102 §§ 5, 6 EGIInsO von den in Art. 21 Abs. 2 und 22 Abs. 2 EuInsVO vorgesehenen Ermächtigungen Gebrauch gemacht, ein obligatorisches Eintragungserfordernis zu statuieren. Die Verletzung der Publizierungspflichten kann Schadensersatzansprüche gegen den Insolvenzverwalter auslösen, sofern dadurch eine ansonsten vermeidbare Massenschmälerung eintritt.³³⁴ 162

Art. 16 und 17 EuInsVO betreffen allerdings nur Anerkennung und Wirkungserstreckung der Eröffnungsentscheidung. Für alle übrigen Entscheidungen im Rahmen des Insolvenzverfahrens ist **Art. 25 EuInsVO *sedes materiae***. Vollstreckt werden solche Entscheidungen gem. Art. 25 Abs. 1 EuInsVO nach den Art. 31 ff. EuGVVO. 163

F. Einzelne insolvenznahe (Haftungs-)Tatbestände des GmbH-Rechts

Im Folgenden werden einzelne, besonders bedeutsame Tatbestände des deutschen GmbH-Rechts nach Maßgabe der in Abschnitt D. (Rn. 33 ff.) dargestellten Kriterien auf ihren insolvenzrechtlichen Gehalt untersucht. Im Falle einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation wird zudem geprüft, ob eine Sonderanknüpfung an das Recht des Staates, in dem sich der tatsächliche Verwaltungssitz befindet, nach den Kriterien des EuGH zulässig ist. 164

334 *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533, 565.

I. Kapitalerhaltungsregeln

1. Überblick

165 Dem deutschen Kapitalgesellschaftsrecht liegt das System des garantierten Festkapitals zugrunde, das mehrere Funktionen in sich vereint. So bildet das Grund- oder Stammkapital den Betriebsfonds einer Gesellschaft und repräsentiert aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger die garantierte Haftungsmasse; zugleich soll das zu erbringende Mindestkapital eine gewisse Seriositätsschwelle bilden. Um die Verwirklichung dieser Funktionen zu gewährleisten, wird das Festkapitalprinzip durch besondere Regelungen der **Kapitalaufbringung**, insbesondere den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, und durch Regelungen der **Kapitalerhaltung** abgesichert, deren Verwirklichung im Falle der GmbH schon zum Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister einsetzt; § 7 Abs. 2 GmbHG bestimmt, dass die Gesellschaft erst dann zum Handelsregister angemeldet werden darf, wenn auf jede Bareinlage mindestens ein Viertel und insgesamt mindestens die Hälfte des Stammkapitals geleistet wurde; ab diesem Zeitpunkt greifen auch die Regelungen der Kapitalerhaltung. Die Regeln über die Kapitalaufbringung und -erhaltung sind das notwendige Gegenstück zu der in § 13 Abs. 2 GmbHG niedergelegten Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen und bilden ein für das Gesellschaftsrecht essentielles System des **abstrakt-präventiven Gläubigerschutzes**.³³⁵

2. Kapitalaufbringungsregeln

166 Der Grundsatz der realen **Kapitalaufbringung** wird im Wesentlichen durch die Vorschriften der §§ 5, 19 GmbHG umgesetzt.³³⁶ Er ist, anders als die Kapitalerhaltungsregeln, für die vorliegende Untersuchung nur von untergeordneter Bedeutung, da er, ebenso wie die Verlustdeckungs-³³⁷ und die Unterbilanzhaftung,³³⁸ dazu dient, zu Beginn der Existenz der Gesellschaft die tatsächliche Verfügbarkeit des satzungsmäßig zugesagten Stammkapitals abzusichern. Als originärer Bestandteil des Gründungsrechts kann er auf Auslandsgesellschaften, die ihrem Gründungsstatut unterstehen, nicht angewendet werden.³³⁹

3. Kapitalerhaltungsregeln

167 Von besonderem Interesse sind aber die Regelungen über die **Kapitalerhaltung**, die im Interesse der Gläubiger **abstrakt präventiv** den Abzug von Gesellschaftsmitteln verhindern sollen und damit bereits im Vorfeld der Insolvenz der Absicherung der Gläubigerbefriedigung dienen. § 30 Abs. 1 GmbHG bestimmt, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf. Nach § 31 Abs. 1 GmbHG hat der Empfänger einer Zahlung, die diesem Verbot zuwider geleistet wurde, diese der Gesellschaft zu erstatten. Ist diese Erstattung nicht zu erlangen, so statuiert § 31 Abs. 2 GmbHG eine Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter. Die Regelungen sind mithin einschlägig bei Sachverhalten, in denen eine Schmälerung des Gesellschaftskapitals durch einen konkreten Vorgang eintritt. Gemäß der Lebensweisheit „Wo kein Kläger, da kein Richter“, werden sie häufig erst im Falle der Krise oder Insolvenz der Gesellschaft virulent.

335 Röbriecht, ZIP 2005, 505 f.

336 Vgl. Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, Einl. Rn. 27.

337 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 11 Rn. 24 ff.

338 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 11 Rn. 61 ff.

339 Fischer, ZIP 2004, 1477, 1479 m.w.N.

Aufgrund der Bezogenheit auf das Stammkapital der Gesellschaft erscheinen die Kapitalerhaltungsregeln als **genuines Gesellschaftsrecht** und als Spezifika der deutschen GmbH, die tatbestandlich losgelöst sind von einer drohenden Insolvenz, einer bestehenden Unterbilanz oder auch nur eines konkreten Kapitalbedarfs, sondern vielmehr das Stammkapital einer Rückzahlung abstrakt und absolut entziehen.³⁴⁰ Ferner ist der dogmatische Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung äußerst eng, das Kapitalerhaltungsrecht ist mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr verknüpft. Es liegt daher nahe, das Recht der Kapitalaufbringung und das der Kapitalerhaltung derselben Rechtsordnung zu entnehmen.³⁴¹ 168

Dies hält jedoch einer genaueren Betrachtung nur bedingt stand. Zum einen stellen die Vorschriften nicht auf das gesetzliche Mindestkapital, sondern auf das konkrete satzungsmäßige Stammkapital der Gesellschaft und mithin auf deren, nach Einschätzung ihrer Gründer, konkreten Finanzierungsbedarf ab. Ferner besteht der an die Verletzung der Ausschüttungssperre anknüpfende **Erstattungsanspruch** nicht nur in Höhe des satzungsmäßigen Stammkapitals, sondern erstreckt sich auf eine etwa darüber hinausgehende **Überschuldung**.³⁴² Der Anspruch geht damit inhaltlich nicht nur, wie der Wortlaut von § 30 Abs. 1 GmbHG nahe zu legen scheint, auf Wiederherstellung des Stammkapitals, sondern auf Beseitigung der Überschuldung, sofern eine Ausschüttung in entsprechender Höhe erfolgt ist.³⁴³ Mit dieser Bezogenheit auf die konkrete Überschuldung wird der **abstrakt-präventive Charakter** der Kapitalerhaltungsregeln **relativiert**. Der Schwerpunkt der Regelung verlagert sich weg vom abstrakt-präventiven Schutz des Stammkapitals hin zu der Beseitigung eines konkreten Vermögensentzuges zu Lasten der verwertbaren Vermögensmasse. Damit aber rückt der Haftungstatbestand in die Nähe der Insolvenzanfechtung.³⁴⁴ Nach überwiegender und auch hier geteilter Meinung aber bleibt die Entfernung für eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Haftungsfigur dennoch zu groß.³⁴⁵ 169

Mithin können die Regelungen gegenüber einer europäischen Auslandsgesellschaft nur über eine Sonderanknüpfung zur Geltung gebracht werden. *Prima facie* liegt die Einstufung als im Lichte der Keck-Entscheidung unbedenkliche **Marktrückzugsregelung** nahe, da es um die Verhinderung von Desinvestitionen des Gesellschaftsvermögens geht (s. Rn. 45, 83). Indes greifen die Regelungen schon im Zuge des Entstehungsprozesses der Gesellschaft und betreffen damit auch die Art und Weise der Kapitalzufuhr. Sie dürften damit auch den **Marktzugang** nicht unwesentlich berühren, weshalb sich die Frage einer Rechtfertigung stellt. In dieser Hinsicht ist zweifelhaft, ob die Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln zum Schutz wesentlicher Allgemeininteressen angesichts der anderweitig verfügbaren Schutzmechanismen erforderlich ist. Gem. § 13g Abs. 3 und 4 HGB ist etwa bei Eintragung der Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft die Kapitalziffer der Gesellschaft anzugeben und bekannt zu machen. Diese Regelungen europäischer Provenienz bilden einen maßgeblichen Baustein in dem vom EuGH postulierten Informationsmodell (s. hierzu Rn. 68 ff.). Es steht daher zu erwarten, dass die Kapitalerhaltungsregeln einer Rechtfertigungsprüfung nicht standhalten würden. 170

340 Röbriecht, ZIP 2005, 505, 511.

341 Fischer, ZIP 2004, 1477, 1480.

342 BGH ZIP 1990, 451 = NJW 1990, 1730; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1135 f.

343 So zutreffend Altmeyen, NJW 2004, 97, 102.

344 Röbriecht, ZIP 2005, 505, 512.

345 Behrens, IPRax 2004, 20, 24; Fischer, ZIP 2004, 1477, 1479; Mülberr, Der Konzern 2004, 151; Schumann, DB 2004, 743, 745.

II. Das Eigenkapitalersatzrecht

- 171 Das System des festen Stammkapitals bedingt nicht nur eine Absicherung durch Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln, sondern erfordert darüber hinaus, dass die Gesellschaft bei Verlust des Haftungsfonds entweder liquidiert oder ihr neues Kapital zugeführt wird. Die Regelungen des Eigenkapitalersatzrechts dienen der Durchsetzung der Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter, wenn diese im Falle einer Krise den Überlebenskampf der Gesellschaft durch Zuführung von Fremdkapital zu verlängern suchen.

1. Überblick

- 172 Mangels einer gesetzlichen Grundlage hat die Rechtsprechung zunächst ein System des Eigenkapitalersatzrechts in Analogie zu den §§ 30, 31 GmbHG entwickelt (sog. **Rechtsprechungsregeln**). Durch die GmbH-Novelle im Jahre 1980 suchte der Gesetzgeber das Eigenkapitalersatzrecht mit den Regelungen der §§ 32a, 32b GmbHG, §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO auf eine sichere dogmatische Grundlage zu stellen (sog. **Novellenregeln**). Da sich die Novellenregeln zur Lösung der Problematik des Eigenkapitalersatzes als nur bedingt zureichend erwiesen haben, wird daneben weiterhin auf die Rechtsprechungsregeln abgestellt. Es besteht mithin ein **zweistufiges System des Eigenkapitalersatzrechts**.³⁴⁶

- 173 Sowohl die Rechtsprechungsregeln als auch die Novellenregeln dienen dazu, die **Finanzierungsverantwortung** der Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft zu vindizieren. Zwar steht es den Gesellschaftern einer GmbH frei, eine marode Gesellschaft ordnungsgemäß zu liquidieren. Entscheiden sie sich aber dafür, den Überlebenskampf der Gesellschaft durch Zuführung frischen Kapitals zu verlängern, so werden sie an dieser Entscheidung festgehalten. Versuchen sie, die Gesellschaft durch die Zuführung von als Fremdkapital deklarierten Finanzierungshilfen weiterhin am Leben zu halten, so wird diese Kapitalzuführung behandelt wie das, was ein ordentlicher Kaufmann in einer solchen Situation zugeführt hätte, namentlich haftendes Eigenkapital; dies gilt, zumal die Gesellschaft zu marktüblichen Konditionen kein Fremdkapital von einem Dritten mehr erhalten hätte.

2. Anknüpfung der Rechtsprechungsregeln

- 174 Im Hinblick auf die **kollisionsrechtliche Einordnung** ist zwischen den Rechtsprechungs- und den Novellenregeln zu differenzieren. Während die **Rechtsprechungsregeln** aufgrund ihres dogmatischen Ursprungs in §§ 30, 31 GmbHG nicht auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abstellen und sich das Rückzahlungsverbot ferner am Stammkapital der Gesellschaft orientiert, sind sie ähnlich wie die §§ 30, 31 GmbHG von abstrakt-präventiver Natur und entziehen sich wie diese einer insolvenzrechtlichen Qualifikation.³⁴⁷ Dies scheint auch die Ansicht des Bundesgerichtshofs zu sein.³⁴⁸

3. Novellenregeln

a) Qualifikation

- 175 Anders verhält es sich im Hinblick auf die **Novellenregeln** der §§ 32a, 32b GmbHG. Diese sind unabhängig vom Stammkapital ausgestaltet und entfalten ihre Wirkung erst im Rahmen eines **Insolvenzverfahrens**.³⁴⁹ Gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO werden eigenkapitalersetzende

346 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 32a Rn. 1.

347 Fischer, ZIP 2004, 1477, 1480; Röbriecht, ZIP 2005, 505, 512.

348 Vgl. BGHZ 148, 167, 168.

349 Vgl. die Vorwirkung gem. § 32b GmbHG.

Gesellschafterdarlehen bei der Erlösverteilung in voller Höhe nur nachrangig berücksichtigt (**gesetzlicher Rangrücktritt; Subordination**); Rechtshandlungen, durch die für eine Forderung aus einem eigenkapitalersetzenden Darlehen oder eine gleichgestellte Forderung eine Sicherheit oder Befriedigung gewährt wurde, unterliegen der Insolvenzanfechtung gem. § 135 InsO.

Infolge der Unabhängigkeit vom Vorliegen eines Garantiekapitals, d.h. der **Rechtsformunabhängigkeit**,³⁵⁰ und des inhaltlichen Bezugs auf ein Insolvenzverfahren, d.h. das konkrete **Vorliegen eines Insolvenzgrundes**, handelt es sich bei den Regelungen nicht um Bestandteile des abstrakt-präventiven Gläubigerschutzmodells.³⁵¹ Die insolvenzrechtlichen Elemente sind für die Novellenregeln vielmehr in Tatbestand und Rechtsfolge prägend.³⁵² Deshalb werden die Novellenregeln überwiegend als insolvenzrechtliche Regelung eingestuft,³⁵³ was sich auch auf der Ebene des **Kollisionsrechts** niederschlagen muss. Auch aus dem Blickwinkel der EuInsVO sind sowohl die Frage des Ranges von Forderungen als auch der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen Bestandteil des Insolvenzstatuts, Art. 4 Abs. 2 Satz 2 lit. i), m) EuInsVO.³⁵⁴ 176

Dass durch die unterschiedliche kollisionsrechtliche Behandlung der Rechtsprechungs- und der Novellenregeln die bereits materiell-rechtlich bestehenden **Wertungswidersprüche**³⁵⁵ noch vergrößert würden, ist nicht anzunehmen. Um allerdings Wertungswidersprüche zwischen Gründungs- und Insolvenzstatut zu vermeiden, bedarf die sich im Rahmen der Novellenregeln stellende Vorfrage des Eigenkapitalcharakters einer gesonderten Behandlung. 177

b) Vorfrage des eigenkapitalersetzenden Charakters

Die sich im Rahmen der Vorschriften stellende **Vorfrage**, ob ein Darlehen oder eine ähnliche Rechtshandlung **eigenkapitalersetzender Natur** ist, ist eng mit dem Kapitalsystem der jeweiligen Gesellschaftsform verwoben. Bemisst sich die Frage des Ob und Wie eines bei der Gründung aufzubringenden Mindestkapitals nach dem Gesellschaftsstatut, so kann die Frage, ob und wie im Falle der Unzulänglichkeit dieses Kapitals weitere Zuführungen zu erfolgen haben, nicht einem anderen Recht unterstellt werden.³⁵⁶ Eine unterschiedliche kollisionsrechtliche Behandlung von Kapitalzuführungen vor und während der Insolvenz würde zu untragbaren **Wertungswidersprüchen** führen, wenn das Gesellschaftsstatut, wie etwa das britische *common law*, eine Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen uneingeschränkt billigen, dem Insolvenzverwalter nach dem Insolvenzstatut hieraus aber ein Anfechtungsrecht erwachsen würde.³⁵⁷ Bereits im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebes hätten sich die Gesellschafter dann im Vorgriff auf ein mögliches Insolvenzverfahren im Ausland im Sinne eines *race to the top* am unionsweit strengsten Eigenkapitalersatzrecht zu orientieren, sofern ein Insolvenzverfahren dort nur möglich erscheint. Schließlich dürften die Grundsätze der Inspire Art-Entscheidung dagegen sprechen, eine Beurteilung der Kapitalausstattung 178

350 Vgl. *Borges*, ZIP 2004, 733, 743 mit Hinweis auf § 172a HGB.

351 *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1480.

352 *Röbriecht*, ZIP 2005, 505, 512.

353 Vgl. nur *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1479 f.; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3589; *Altmeppen*, NJW 2004, 97, 103; *Müller*, NZG 2003, 417.

354 A.A. im Hinblick auf die Anfechtung nach § 135 InsO *Wachter*, GmbHR 2004, 88, 101, dort Fn. 99.

355 *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 32a Rn. 92.

356 So ist es denkbar, dass eine Rechtsordnung das Eigenkapital nur im Sinne einer Anschubfinanzierung ausgestaltet und die Krisenfinanzierung auf anderem Wege sicherstellt.

357 So auch *Müller*, NZG 2003, 414, 417; *Schumann*, DB 2004, 743, 748; zum englischen Recht vgl. *Fleischer*, DStR 2000, 1015, 1017.

anhand der Regelungen des Zuzugsstaates vorzunehmen.³⁵⁸ Mithin hat eine Abspaltung und eine **Sonderanknüpfung** dieser Vorfrage an das Gesellschaftsstatut zu erfolgen.³⁵⁹

c) Schutzlücken, Normenmangel

- 179 Zugegeben würde die hier vorgeschlagene Sonderanknüpfung der Vorfrage des eigenkapitalersetzenden Charakters zu einer **Schutzlücke** führen, wenn das ausländische Gesellschaftsstatut eine Umqualifizierung oder Subordination von Fremdkapital überhaupt nicht kennt. Die Gesellschafter könnten dann freimütig Fremdkapital zuführen und *par condicio* an der Insolvenzmasse partizipieren. In diesem Falle könnte aus Gläubigerschutzaspekten eine **einheitliche Anknüpfung** an das Recht des Staates, in dem sich der Interessensmittelpunkt befindet, erwogen werden. Dies könnte sich indes als **Marktzugangshindernis** erweisen, da die Umqualifizierung bzw. Subordination einen rechtlichen Druck zur Zuführung von Eigenkapital erzeugt, der sich schon im Vorfeld des Marktzuganges erschwerend auswirken kann.³⁶⁰ Im Rahmen der damit erforderlichen Rechtfertigungsprüfung nach Maßgabe der Gebhard-Kriterien aber könnte es angesichts des vom EuGH postulierten Informationsmodells an der Erforderlichkeit fehlen.³⁶¹ Auch die Annahme eines Missbrauchs i.S.v. Inspire Art dürfte schwer fallen.³⁶²
- 180 Hält dagegen das ausländische Recht eine insolvenzrechtliche Regelung zur Subordination eigenkapitalersetzender Leistungen vor, die mangels Zugehörigkeit zu ihrem Gesellschaftsstatut nicht zur Anwendung gelangt, so ließe sich eine Heranziehung der deutschen Subordinationsregelungen aus dem Gesichtspunkt der Anpassung wegen **kollisionsrechtlichen Normenmangels** begründen, sofern sie keinen wesentlich stärkeren Eingriff bedeuten als die Regeln des Gründungsrechts, mit deren Anwendung die Gesellschafter ohnehin zu rechnen hatten.³⁶³

III. Insolvenzverschleppungshaftung

1. Überblick

- 181 Einen Schwerpunkt der Diskussion über den Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften bilden die Haftungstatbestände wegen Insolvenzverschleppung. Gem. § 64 Abs. 1 GmbHG haben die Geschäftsführer einer GmbH im Falle der Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Die **Insolvenzantragspflicht** ist ein **zentraler Bestandteil des Gläubigerschutzes**.³⁶⁴ Dabei handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht, die jedem einzelnen Geschäfts-

358 Zimmer, NJW 2003, 3585, 3589.

359 Vgl. nur BGHZ 148, 167, 168; Altmeyden, NJW 2004, 97, 103; Altmeyden/Wilhelm, DB 2004, 1083, 1088; Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 42; Müller, NZG 2003, 414, 417; Schumann, DB 2004, 743, 748; Trunk, Internationales Insolvenzrecht, 1998, S. 192 f.; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3585, 3589. A.A. für eine einheitliche Unterstellung unter das Insolvenzstatut dagegen Haas, NZI 2001, 1, 9 f.; ders., NZI 2002, 457, 456; Kindler, NZG 2003, 1086, 1090; Paulus, ZIP 2002, 729, 734; Ulmer, NJW 2004, 1201, 1207; Weller, IPRax 2003, 520, 524.

360 So Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 44; ähnlich Borges, ZIP 2004, 733, 743.

361 Deziert Borges, ZIP 2004, 733, 743; ferner Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 44.

362 Borges, ZIP 2004, 733, 743.

363 Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 44.

364 Borges, ZIP 2004, 733, 737.

führungsmitglied obliegt.³⁶⁵ Aus der Verletzung der Antragspflicht resultiert eine deliktische **Schadensersatzhaftung der Geschäftsführer** gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Ferner sind die Geschäftsführer nach § 64 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft zum **Ersatz von Zahlungen** verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung der Überschuldung geleistet werden.

Der zur Insolvenzantragspflicht komplementäre deliktische Schadensersatzanspruch und der Erstattungsanspruch weisen schon *prima facie* einen starken insolvenzrechtlichen Gehalt auf, was eine Anwendung auch gegenüber Auslandsgesellschaften nahe legt. Eine Erstreckung der Antragspflicht und ihrer komplementären Haftungsfolgen auf Auslandsgesellschaften kommt freilich nur insoweit in Betracht, als auch eine **Antragsberechtigung** besteht. Wie bereits dargelegt (s. Rn. 147), kommt dem Schuldner selbst und damit seinen Geschäftsführern nur im Rahmen eines **Hauptinsolvenzverfahrens**, nicht dagegen im Rahmen eines Neben-, d.h. Partikular- oder Sekundärverfahren, ein Antragsrecht zu. Daher ist die Anwendung der Insolvenzverschleppungstatbestände von vornherein auf solche Auslandsgesellschaften beschränkt, die ihren Interessenmittelpunkt in Deutschland haben, mithin Scheinauslandsgesellschaften.³⁶⁶ 182

2. Antragspflicht und Deliktshaftung, § 64 Abs. 1 GmbHG, § 823 Abs. 2 BGB

a) Überblick

Die deliktische Haftung wegen Insolvenzverschleppung beruht auf der Einstufung der in § 64 Abs. 1 GmbHG verankerten Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger.³⁶⁷ Der Anspruch geht im Hinblick auf sog. **Altgläubiger**, d.h. solche, deren Anspruch schon vor der Insolvenzreife der Gesellschaft begründet war, auf den Ersatz des sog. **Quotenschadens**, also auf dasjenige, um das ihre Quote bei rechtzeitiger Antragstellung höher ausgefallen wäre. Der Anspruch wird als Gesamtschaden der Gläubigergemeinschaft gem. § 92 InsO durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht.³⁶⁸ Demgegenüber erhalten sog. **Neugläubiger**, d.h. solche, deren Anspruch erst nach dem Eintritt der Insolvenzreife entstanden ist, den Ersatz ihres vollen Schadens, der sich individuell berechnet und der individuellen Rechtsdurchsetzung außerhalb des Insolvenzverfahrens unterliegt.³⁶⁹ Die Berechtigung zum Ersatz des vollen (Vertrauens-)Schadens findet ihre Rechtfertigung darin, dass zumindest vertragliche³⁷⁰ Neugläubiger bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags davon abgesehen hätten, mit der Gesellschaft zu kontrahieren. 183

b) Qualifikation

Es ist noch nicht abschließend geklärt, ob die Insolvenzverschleppungshaftung auch die Geschäftsführer einer Auslandsgesellschaft treffen kann. Dies würde – vorbehaltlich einer gesellschaftsrechtlichen Sonderanknüpfung – ihre insolvenzrechtliche Qualifikation voraussetzen. 184

365 Hachenburg/*Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 64 Rn. 30; Baumbach/Hueck/*Schulze-Osterlob*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 64 Rn. 45.

366 Vgl. auch *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 28. a.E.

367 Vgl. statt aller BGHZ 29, 100.

368 Siehe etwa BGHZ 138, 211, 214 ff.; BGH ZIP 2004, 1218; vgl. auch *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1481.

369 BGHZ 126, 181.

370 Zum Streitstand, ob auch Ansprüche im Rahmen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses an dieser Privilegierung teilnehmen sollen, Baumbach/Hueck/*Schulze-Osterlob*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 64 Rn. 92.

- 185 Die Haftung wegen Insolvenzverschleppung ex § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG weist einen starken insolvenzrechtlichen Gehalt auf. Sie knüpft an das Vorliegen eines **Insolvenztatbestandes** an, wobei das Insolvenzrecht die Eröffnungsgründe der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung als Anknüpfungsmerkmal der Antragspflicht vorgibt. Für die aus dem Vorliegen dieser Insolvenztatbestände folgende Pflicht zur Stellung des Antrags ist dagegen das spezielle gesellschaftsrechtliche Organisationsrecht, namentlich § 64 Abs. 1 GmbHG, *sedes materiae*.
- 186 Die **systematische Verankerung** der Antragspflicht im Gesellschaftsrecht wird gegen eine insolvenzrechtliche Qualifikation der Insolvenzverschleppungshaftung ins Feld geführt.³⁷¹ Die Antragspflicht sei als Korrelat des gesellschaftsrechtlichen Haftungsprivilegs Ausdruck der spezifisch gesellschaftsrechtlichen Risikoverteilung und bilde eine spezifisch **gesellschaftsrechtliche Organpflicht**.³⁷² Ferner wird aus einem Gegenschluss zu der in Art. 4 Abs. 2 lit. j) EuInsVO definierten Reichweite des Insolvenzstatuts, wonach dieses die Voraussetzungen der Insolvenzeröffnung, nicht aber bereits die Pflicht zur Antragstellung umfasse, abgeleitet, dass auch eine Haftung wegen Verschleppung der Antragstellung nicht mit der Maßgeblichkeit der *lex fori concursus* begründet werden kann.³⁷³ Positiv formuliert, wird die Antragstellung als wesentliche Pflicht im Rahmen einer ordnungsgemäßen Unternehmensführung im **Vorfeld einer Insolvenz** charakterisiert.³⁷⁴
- 187 Diesem systematischen Argument ist entgegenzuhalten, dass die Verortung der Antragspflicht in den organisationsrechtlichen Spezialgesetzen nicht rechtssystematischen Erwägungen geschuldet ist, sondern ihre Ursache in der besonderen verfassungsrechtlichen Lage Deutschlands im 19. Jahrhundert hat. Zum Zeitpunkt der **Beratungen zum ADHGB**, in dessen Art. 240 Abs. 3 die Insolvenzantragspflicht enthalten war, war das Konkursrecht noch durch die deutschen Einzelstaaten geregelt, so dass eine einheitliche Regelung nur im Rahmen des ADHGB möglich war. Zu späteren Zeiten wurde die Regelung jeweils ohne nähere sachliche Auseinandersetzung in Nachfolgegesetze übernommen.³⁷⁵ Aufgrund des regelmäßigen Gleichlaufs der insolvenzrechtlichen Anknüpfung mit der gesellschaftsrechtlichen Sitztheorie, der dazu führte, dass das Haftungsregime unabhängig von der Zuordnung eines Tatbestandes zum Insolvenz- oder zum Gesellschaftsrecht in seiner Ganzheit zur Anwendung gelangte, bestand kein Anlass, die systematische Stellung einzelner Haftungsfiguren grundlegend zu überdenken. Das aus der systematischen Stellung der Antragspflicht allenfalls zu ziehende **Indiz**³⁷⁶ ist mithin widerlegt. Auch die Qualität als Organpflicht ist für die Einordnung nicht maßgeblich.³⁷⁷
- 188 Auch das Abstellen auf den **Zeitpunkt der Pflichtenrealisierung** überzeugt nicht; wie die Vorschriften über Aus- und Absonderung, Insolvenzanfechtung und die sog. Rückschlag-

371 *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207; *Mock/Schildt*, ZInsO 2003, 396, 399 f.; *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 12.

372 *Schumann*, DB 2004, 743, 746; *Vallender/Fuchs*, ZIP 2004, 829, 830.

373 So *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207.

374 Vgl. *Final Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, 2002, S. 68, 86 (abrufbar unter www.europa.eu.int/comm/internal_market/company/modern/index_en.htm). Ähnlich *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, S. 294 f.

375 Ausführlich *Borges*, ZIP 2004, 733, 738 f.

376 Vgl. *MünchKomm/Kindler*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 624.

377 *MünchKomm/Kindler*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 643 mit dem Hinweis, dass sonst auch § 34 AO gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren wäre.

sperre belegen, ist die insolvenzrechtliche Haftungsordnung mit einer gewissen **Vorgreiflichkeit** ausgestattet.³⁷⁸

Entscheidend für die kollisionsrechtliche Einordnung ist vielmehr der materielle Gehalt bzw. der Zweck der Rechtsfigur (sog. **normzweckorientierte Betrachtung**).³⁷⁹ Danach zu urteilen ist die Haftung wegen Insolvenzverschleppung ein insolvenzrechtliches Instrument. Der im Hinblick auf **Neugläubiger** verfolgte Gesetzeszweck, den Rechtsverkehr vor der Teilnahme mittelloser Gesellschaften zu schützen und dadurch Gläubigergefährdungen oder -schädigungen zu verhindern, ist ein genuin insolvenzrechtliches Anliegen (sog. **Reinigungsfunktion des Insolvenzrechts**).³⁸⁰ Nämliches gilt für das auf **Altgläubiger** fokussierte Anliegen, die Haftungsmasse und damit die Bedingungen für eine kollektive Haftungsverwirklichung mit Verteilungsgerechtigkeit zu sichern.³⁸¹ Ferner spricht der enge Zusammenhang der Antragspflicht mit dem Recht zur Antragstellung für eine insolvenzrechtliche Qualifikation.³⁸² Überwiegend wird der Haftungstatbestand der Insolvenzverschleppungshaftung daher als insolvenzrechtliche Institution angesehen.³⁸³

Nicht überzeugend ist eine **deliktsrechtliche Qualifikation** der Anspruchsgrundlage, in deren Rahmen sich eine insolvenz- oder gesellschaftsrechtliche Vorfrage stellt.³⁸⁴ Entscheidend ist vielmehr das Gesamtgepräge des Haftungstatbestandes, das hier insolvenzrechtlich ist.³⁸⁵

Zur insolvenzrechtlichen Qualifikation verleitet auch der **rechtsvergleichende Blick**. Das englische Pendant zur Haftung wegen Insolvenzverschleppung, die Haftung für *wrongful trading*, ist in sec. 214 Insolvency Act 1986 geregelt. Danach sind die Direktoren haftbar, wenn sie eine insolvenzreife Gesellschaft ohne tatsächliche Aussicht auf Sanierung weiterführen und dies in die Insolvenz mündet; sanktioniert wird mithin die Pflicht der Geschäftsleiter, die Gesellschaft entweder zu sanieren oder unverzüglich zu liquidieren.³⁸⁶ Im engli-

378 Vgl. MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 642.

379 MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 625, 639 ff.; Müller, NZG 2003, 414, 416.

380 Vgl. BGHZ 126, 181 ff.; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 64 Rn. 1; dies belegt auch der auf juristische Personen beschränkte, gegenüber der Zahlungsunfähigkeit vorgelagerte Insolvenzgrund der Überschuldung gem. § 19 InsO; vgl. ausführlich Borges, ZIP 2004, 733, 738 f.

381 Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 26; MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 625, 640.

382 Müller, NZG 2003, 414, 416.

383 Vgl. Altmeyden, NJW 2004, 97, 100 f.; Borges, RIW 2000, 167, 168; ders., ZIP 2004, 733, 737 ff.; Haas, NZI 2003, Heft 12, V, VI; MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 625; Müller, NZG 2003, 414, 416; Riedemann, GmbHR 2004, 345, 348 f.; Roth, NZG 2003, 1081, 1085; Trunk, Internationales Insolvenzrecht, 1998, S. 103 ff.; Wachter, GmbHR 2004, 88, 101; Weller, IPRax 2003, 520, 522; zur Gegenmeinung vgl. AG Bad Segeberg ZInsO 2005, 558, 560; Mock/Schildt, ZInsO 2003, 396, 399 f.; Mock/Westhoff, DZWIR 2004, 23, 26 f.; Schanze/Jüttner, AG 2003, 661, 670; Schumann, DB 2004, 743, 746; Vallender/Fuchs, ZIP 2004, 829, 830.

384 So aber Schanze/Jüttner, AG 2003, 661, 670; Zimmer, NJW 2003, 3585, 3590.

385 Vgl. MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 645 f. mit dem Hinweis, dass sich auch bei deliktsrechtlicher Qualifikation eine engere Verbindung zum Insolvenzstatut feststellen ließe, die gem. Art. 41 Abs. 1 EGBGB zu einer akzessorischen Anknüpfung an das Insolvenzstatut führen würde.

386 Vgl. zu dieser Regelung Mayson/French/Ryan, Company Law, 2002, S. 740 ff.; ausführlich auch Habersack/Verse, ZHR 168 (2004), 174, 174 ff. sowie MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 647 ff.; ferner Fleischer, DStR 2000, 1015, 1018; Schumann, DB 2004, 743, 747; Röhrich, ZIP 2005, 505, 506 f., jew. m.w.N.

schen Rechtskreis wird die Haftungsfigur als insolvenzrechtliche Regelung qualifiziert und auch der Gesetzgeber hat die Regelung bewusst dem Insolvenzrecht zugeordnet.³⁸⁷ Die Verortung der Geschäftsleiterhaftung für verspätete Liquidation im Gesellschaftsrecht der **US-Einzelstaaten** und nicht im (Bundes-)Insolvenzrecht lässt dagegen aufgrund ihrer föderalistischen Ursache nur bedingt Rückschlüsse zu.³⁸⁸

- 192 Auch die im **französischen Recht** vorgesehene *action en comblement du passif* statuiert eine Verschuldenshaftung des Geschäftsleiters für die Verminderung der Masse und ist seit 1967 im Insolvenzrecht bzw. seit dem Jahre 2000 im insolvenzrechtlichen Teil des *Code de Commerce*, Art. L 624-3, kodifiziert.³⁸⁹ Funktional entspricht der Tatbestand der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung.³⁹⁰ Im Zusammenhang mit der Bestimmung des Anwendungsbereichs des EuGVÜ hat sich auch der EuGH für eine insolvenzrechtliche Qualifikation der französischen Haftungsfigur ausgesprochen. Als tragende Argumente erachtete der EuGH die Klagebefugnis des Insolvenzverwalters und die auf die Gläubigersamtheit bezogene Schutzrichtung.³⁹¹ Diese Erwägungen tragen auch im Rahmen der kollisionsrechtlichen Zuordnung.³⁹²
- 193 Die insolvenzrechtliche Qualifikation der Insolvenzverschleppungshaftung ist angesichts der insolvenzrechtlichen Qualifikation entsprechender ausländischer Institute auch zur Vermeidung einer **Schutzlücke** angezeigt. Droht den Geschäftsleitern einer französischen oder englischen Gesellschaft zwar nach ihrem jeweiligen Heimatrecht eine insolvenzrechtliche Haftung und greift die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung infolge gesellschaftlicher Qualifikation nicht, besteht ein durch **Anpassung** zu behebender **Normenmangel**. Selbes gilt umgekehrt für Schutzlücken im Hinblick auf deutsche GmbH mit Interessenmittelpunkt im Ausland, sofern (ausnahmsweise) das ausländische Insolvenzstatut kein entsprechendes Institut vorhält.³⁹³
- 194 Voraussetzung der Anwendung der inländischen Insolvenzverschleppungshaftung ist ferner die **Substituierbarkeit** der ausländischen Kapitalgesellschaft im Rahmen des § 64 GmbHG. In diesem Zusammenhang wird als entscheidend erachtet, ob die ausländische Kapitalgesellschaft über einen limitierten Haftungsfonds verfügt.³⁹⁴ Indes sind beide *rationes leges* auch dann einschlägig, wenn es an einem derartigen Haftungsfonds fehlt. Das besondere Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs im Hinblick auf die Teilnahme insolventer Gesellschaften und die Verhinderung einer weiteren Schmälerung der Masse resultieren weniger aus der Haftungskonzentration auf einen bestimmten Fonds als aus der Beschränkung der Haftung auf eine juristische Person unter Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter überhaupt.

387 *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 174 ff.; ferner *Borges*, ZIP 2004, 733, 739; *Röbriht*, ZIP 2005, 505, 506 f., jew. m.w.N. A.A., für gesellschaftsrechtliche Qualifikation, *Schumann*, DB 2004, 743, 748.

388 Vgl. zu dieser Haftung *Borges*, ZIP 2004, 733, 739.

389 Ausführlich *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 202.

390 *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, S. 281 ff.

391 EuGH Rs. 133/78 (*Gourdain/Nadler*), Slg. 1979 I, 733, 734 f., Ziff. 3 ff.

392 Ebenso *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 32 a.E.; *Müller*, NZG 2003, 414, 417; *Paulus*, ZIP 2002, 729, 734.

393 Vgl. *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1481.

394 *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 27.

c) Rechtfertigungsprüfung bei gesellschaftsrechtlicher Qualifikation

Qualifiziert man die Insolvenverschleppungshaftung entgegen dem hier vertretenen Ansatz gesellschaftsrechtlich oder stellt man auch die Anwendung insolvenzrechtlicher Haftungsinstitute unter den Vorbehalt der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit,³⁹⁵ so erweisen sich die Insolvenzantragspflicht und das komplementäre Haftungsregime als **tätigkeitsbezogene** Regelungen bzw. als solche, die einen geordneten **Marktaustritt** effektuieren und sämtliche im Markt tätigen Gesellschaften in gleicher Weise betreffen, wohingegen der Marktzugang nicht betroffen ist. Daher erscheint der Regelungskomplex im Lichte der Keck-Rechtsprechung als unbedenklich.³⁹⁶ Jedenfalls ist die Anwendung der deutschen Insolvenverschleppungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften aber zur Behebung eines Normenmangels zulässig, wenn auch der Herkunftsstaat eine funktionsäquivalente Haftung anordnet.³⁹⁷ 195

3. *Der Insolvenzantragspflicht vorgelagerte Pflichten*

Ob auch der Antragspflicht vorgelagerte Pflichten einer ordnungsgemäßen **Überprüfung der Liquiditätslage** und erforderlichenfalls die **Erstellung einer Überschuldungsbilanz** bzw. eines **Liquiditätsstatus** sowie die Einrichtung eines hierfür erforderlichen **Rechnungswesens**³⁹⁸ insolvenzrechtlich zu qualifizieren sind, ist zweifelhaft.³⁹⁹ Derartige Pflichten sind im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebes zu erfüllen und dienen primär der Früherkennung finanzieller Schieflagen und damit der Vermeidung einer Insolvenz. Anders als die Antragspflicht setzen sie auch nicht erst bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes ein. Es handelt sich vielmehr um laufende Geschäftsführerpflichten, die dem Gesellschaftsstatut zugehören. Andernfalls hätten sich die Geschäftsführer im Hinblick auf eine mögliche Auslandsinsolvenz stets an den strengsten Überwachungsmaßstäben zu orientieren. 196

4. *Antragsstellung bei ausländischen Gerichten*

Eine weitere Substitutionsfrage im Zusammenhang mit § 64 Abs. 1 GmbHG stellt sich dahingehend, ob der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit inländischem Interessenmittelpunkt seiner dann bestehenden Antragspflicht auch durch **Stellung eines Antrags bei einem ausländischen Gericht**, insbesondere desjenigen eines anderen europäischen Mitgliedstaates, genügt, oder ob er daneben einen Antrag bei einem inländischen Gericht stellen muss oder dies aus Gründen der Vorsorge zusätzlich kann.⁴⁰⁰ Die Frage ist eng mit der Frage der internationalen Eröffnungszuständigkeit im **Konzernverbund** verknüpft. Wie in diesem Zusammenhang bereits deutlich wurde, erfreut sich insbesondere die Antragstellung vor englischen Gerichten zunehmender Beliebtheit. Die Frage ist angesichts der Strafdrohung des § 84 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GmbHG von besonderer Brisanz. 197

395 So Müller, NZG 2003, 414, 417. Vgl. bereits Rn. 42 ff.

396 So zutreffend Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 9 Rn. 29; ähnlich Borges, ZIP 2004, 733, 740. Eine Rechtfertigung zum Schutz der Gläubiger und der Allgemeinheit bemühen dagegen Müller, NZG 2003, 414, 417; Riedemann, *GmbHR* 2004, 345, 348; Zimmer, *NJW* 2003, 3585, 3590. A.A. Mock/Schildt, *ZInsO* 2003, 396, 400, die von einem nicht gerechtfertigtem Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit ausgehen.

397 So im Ergebnis auch Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 9 Rn. 33.

398 Zu diesen Pflichten Haas, *Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz*, 1997, S. 128 ff.

399 Hierfür Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 9 Rn. 30.

400 Vgl. hierzu Vallender/Fuchs, ZIP 2004, 829 ff.

- 198 Paradigmatisch ist der vom AG Köln entschiedene Fall. Die Schuldnerin war eine in Deutschland ansässige Gesellschaft eines Konzerns, dessen europäische Zentrale sich in England befand. Nach Stellung eines Eröffnungsantrags in England stellten die Geschäftsführer vorsorglich einen weiteren Insolvenzantrag vor dem AG Köln, um ihren Pflichten aus § 64 GmbHG nachzukommen. Das AG Köln rekurrierte u.a. auf das fehlende Rechtsschutzbedürfnis, da der Pflicht aus § 64 GmbHG bereits durch die Antragstellung in England genügt worden sei. Dessen Ziel, die Teilnahme insolventer Gesellschaften am Rechtsverkehr zu verhindern, werde infolge der Wirkungserstreckung in gleicher Weise durch einen Antrag vor dem Gericht eines anderen Mitgliedstaates gefördert.⁴⁰¹
- 199 Dem Wortlaut von § 64 Abs. 1 GmbHG lässt sich nicht entnehmen, an welches Gericht der Insolvenzantrag zu richten ist. Als prozessuale Erwirkungshandlung setzt er die Zulässigkeit und damit grundsätzlich auch die Zuständigkeit des Gerichts voraus, zumal es an einer Verweisungsmöglichkeit fehlt. Der Antrag muss daher grundsätzlich bei dem international und national zuständigen Gericht gestellt werden.⁴⁰² Ob den Geschäftsführern dadurch allerdings ein vorsorglicher weiterer Antrag im Inland verwehrt ist, steht auf einem anderen Blatt.
- 200 Den Geschäftsführern zu gestatten, neben der Antragstellung beim zuständigen ausländischen Gericht zusätzlich bei einem inländischen Gericht die Eröffnung zu beantragen, würde allerdings die Gefahr der Eröffnung durch ein international unzuständiges Gericht und damit einer Eröffnung des Hauptverfahrens in einem sachferneren Forum und damit wiederum von Nachteilen bei der Durchführung einer Konzerninsolvenz erhöhen.⁴⁰³ Da sich die Ermittlung des Interessenmittelpunktes für den organschaftlichen Vertreter aber schwierig gestalten und er damit schwer nachvollziehen kann, ob er mit der Stellung eines Insolvenzantrags im Ausland seiner Antragspflicht genügt hat, spricht vieles dafür, entweder einen inländischen Zweitantrag zu billigen oder aber im Rahmen von § 64 GmbHG auch die Stellung eines Antrags bei einem unzuständigen Gericht ausreichen zu lassen.⁴⁰⁴ Bei letzterer Lösung dürfte allerdings die Abgrenzung vom Fall der bewussten Stellung des Antrags beim unzuständigen Gericht, womit der Geschäftsführer seiner Pflicht nicht genügen soll,⁴⁰⁵ schwer fallen.
- 201 Für die Zulässigkeit eines vorsorglichen Zweitantrags spricht ferner, dass zumindest theoretisch der Amtsermittlungsgrundsatz verhindert, dass der Geschäftsführer einer GmbH durch einen vorsorglichen Zweitantrag ein inländisches (Haupt-)Insolvenzverfahren einleiten kann.⁴⁰⁶
- 202 Jedenfalls aber kann einem Geschäftsführer, der bei einem ausländischen Gericht einen Eröffnungsantrag stellt, kein Verschuldensvorwurf i.S.v. § 64 Abs. 1 GmbHG, §§ 823 Abs. 2, 276 Abs. 2 BGB gemacht werden, sollte er damit entgegen seiner nachvollziehbaren Auffassung seiner Antragspflicht noch nicht genügt haben.⁴⁰⁷ Wird der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens allerdings mangels Zuständigkeit des zunächst damit befassten Gerichts

401 AG Köln EuZW 2005, 704; hierzu *Vallender/Fuchs*, ZIP 2004, 829, 833.

402 Vgl. *Vallender/Fuchs*, ZIP 2004, 829, 831.

403 Vgl. *Vallender/Fuchs*, ZIP 2004, 829, 834.

404 MünchKomm/*Kindler*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntInsR Rn. 115.

405 MünchKomm/*Kindler*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntInsR Rn. 115.

406 Vgl. *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1485.

407 *Vallender/Fuchs*, ZIP 2004, 829, 835; *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1485.

abgelehnt, so hat der Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern einen erneuten Insolvenzantrag bei dem zuständigen Gericht zu stellen.⁴⁰⁸

5. Erlöschen der Antragspflicht

Ferner ist fraglich, ob die Antragspflicht der Geschäftsführer fortbesteht, wenn zwischenzeitlich ein Gläubiger oder eine andere antragsberechtigte Person den **Eröffnungsantrag** gestellt hat. Unter dem Regime von § 104 KO wurde der Fortbestand der Antragspflicht mit der nur im Falle eines Schuldnerantrags bestehenden umfassenden Auskunftspflicht begründet.⁴⁰⁹ Dieses Argument ist aufgrund der in § 20 Abs. 1 InsO normierten und von der Person des Antragstellers unabhängig ausgestalteten Auskunftspflicht obsolet geworden. Hieraus wird vereinzelt gefolgert, dass die Antragspflicht der Geschäftsführer ex § 64 Abs. 1 GmbHG solange suspendiert sei, als ein wirksamer **Gläubigerantrag** nicht wirksam zurückgenommen ist.⁴¹⁰ Überwiegend wird dagegen angenommen, dass sich die Pflicht durch einen Gläubigerantrag solange nicht erledige, bis das Insolvenzverfahren tatsächlich eröffnet oder mangels Masse abgelehnt worden ist.⁴¹¹ Im Falle eines im Ausland gestellten Gläubigerantrags wird den Geschäftsführern einer deutschen GmbH angeraten, jedenfalls zusätzlich einen Eigenantrag zu stellen. Andernfalls bestehe in einem Folgeprozess über die Frage der Erfüllung der Antragspflicht ex § 64 Abs. 1 GmbHG die Gefahr, dass das Gericht hierfür einen Eigenantrag für erforderlich hält, wenn und soweit nur ein solcher nach dem ausländischen Insolvenzstatut Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nach Art des § 20 InsO auslöst.⁴¹²

Die Antragspflicht entfällt aber jedenfalls bei **Beseitigung des Insolvenzgrundes** oder bei Stellung des Antrags durch einen anderen Geschäftsführer.⁴¹³

6. Erstattungsanspruch aus § 64 Abs. 2 GmbHG

Die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags wird ferner flankiert durch den Erstattungsanspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG. Danach sind die Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung deren Überschuldung geleistet werden. Der Anspruch weist als **schadensunabhängiger Ersatzanspruch eigener Art**, der ähnlich den insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbeständen dem Zweck dient, Schmälerungen der Masse im Vorfeld der Insolvenz im Interesse der Gläubigerschaft zu verhindern bzw. rückgängig zu machen,⁴¹⁴ einen starken insolvenzrechtlichen Einschlag auf. Die **Zweckbestimmung**, Masseschmälerungen auszugleichen, wird dadurch unterstrichen, dass der Erstattungsanspruch – anders als der auf Abs. 1 gestützte Schadensersatzanspruch – nicht die Verletzung der Antragspflicht, dagegen aber die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** oder dessen Ablehnung mangels Masse voraussetzt⁴¹⁵ und zudem der Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter

408 Vallender/Fuchs, ZIP 2004, 829, 833.

409 Vgl. hierzu Scholz/Tiedemann, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 84 Rn. 89.

410 So Scholz/Tiedemann, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 84 Rn. 91.

411 OLG Dresden GmbHR 1998, 830; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterlob, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 64 Rn. 52; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 64 Rn. 30; Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2006, § 64 Rn. 15, jew. m.w.N.

412 Vgl. Vallender/Fuchs, ZIP 2004, 829, 832.

413 Baumbach/Hueck/Schulze-Osterlob, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 64 Rn. 52.

414 Vgl. die Umschreibung des Gesetzeszweckes bei BGH ZIP 2003, 1005, 1006. Kritisch Baumbach/Hueck/Schulze-Osterlob, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 64 Rn. 78.

415 BGH NJW 2001, 304, 305.

unterliegt. Der Anspruch dient damit dem Ausgleich typischer Insolvenzverschleppungsschäden.⁴¹⁶ Schließlich rückt die Ausnahme zugunsten solcher Zahlungen, die an bevorrechtigte Gläubiger erfolgen, den Haftungstatbestand in besondere Nähe zur Insolvenzanfechtung, bei der Nämliches gilt.⁴¹⁷ Um eine Bereicherung der Masse zu verhindern, wird dem Geschäftsführer ferner nachgelassen, die auf einen durch die verbotene Zahlung getilgten Anspruch entfallende Quote im Insolvenzverfahren geltend zu machen.⁴¹⁸ Die InsO hält eine entsprechende Regelung in § 144 vor. Der insolvenzrechtliche Gehalt von § 64 Abs. 2 GmbHG ist daher „mit Händen zu greifen“.⁴¹⁹ Besteht neben dem Erstattungsanspruch die Möglichkeit, die in der Zahlung liegende Rechtshandlung nach den §§ 129 ff. InsO anzufechten, besteht ein durch das Interesse der Masse präjudiziertes Wahlrecht des Insolvenzverwalters, ob er den Geschäftsführer oder den Leistungsempfänger in Anspruch nehmen möchte.⁴²⁰ Mithin handelt es sich um zwei funktional gleichwertige Ansprüche. Die Zuordnung des einen zum Gesellschafts- und des anderen zum Insolvenzrecht erweist sich als willkürlich. Im Wege der Qualifikation ist der Anspruch aus § 64 Abs. 2 GmbHG daher dem Insolvenzstatut zuzuweisen.

IV. Haftungsdurchgriff wegen existenzvernichtenden Eingriffs

- 206 Von den durch richterliche Rechtsfortbildung geschaffenen Tatbeständen eines Haftungsdurchgriffs, namentlich der Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung,⁴²¹ materieller Unterkapitalisierung⁴²² und schließlich wegen existenzvernichtenden Eingriffs,⁴²³ soll hier nur Letzterer untersucht werden, da er die größte sachliche Nähe zum Insolvenzrecht aufweist.⁴²⁴ Voraussetzungen und Ausmaß eines direkten **Durchgriffs** beurteilen sich nach h.M. grundsätzlich nach dem **Gesellschaftsstatut**, denn über die Aufhebung der Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern habe diejenige Rechtsordnung zu befinden, die das Trennungsprinzip aufgestellt habe.⁴²⁵
- 207 Der Vollständigkeit halber sei jedoch darauf hingewiesen, dass bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer Durchgriffshaftung stets der Anwendungsbereich von § 826 BGB zumindest nahe liegt. Dieser kann indes – ähnlich den Durchgriffstatbeständen – nur

416 Vallender/Fuchs, ZIP 2004, 829, 830.

417 Zur Rechtslage bei der Insolvenzanfechtung BGH ZIP 1998, 830, 834.

418 BGHZ 146, 264, 278 f.

419 Röbriecht, ZIP 2005, 505, 509. Eine eingehende Analyse bietet Haas, NZG 2004, 737, 741 ff.

420 BGHZ 131, 325.

421 Hierzu Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 13 Rn. 14; in kollisionsrechtlicher Hinsicht Zimmer, NJW 2003, 3585, 3588; MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 614, der den Haftungstatbestand nicht als Einschränkung der Niederlassungsfreiheit erachtet, da sich die zugrunde liegende Gestaltung zugleich als Missbrauch im Sinne der EuGH-Rechtsprechung erweise; jedenfalls sei ihre Anwendung als tätigkeitsbezogene Regelung möglich.

422 Siehe zu diesem Fall des Haftungsdurchgriffs Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 5 Rn. 5 f. Zur gesellschaftsrechtlichen Qualifikation und fehlenden Rechtfertigungsmöglichkeit einer Anwendung auf Scheinauslandsgesellschaften vgl. Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 4 Rn. 27. A.A. MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 615, der wiederum darauf rekurriert, dass zumeist ein deliktisches Verhalten vorliege und der sich insofern für eine Mehrfachqualifikation – delikts- und gesellschaftsrechtlich – ausspricht; jedenfalls sei auch der Missbrauchseinwand gegeben.

423 Grundlegend BGHZ 151, 181, 186 f. (KBV) = NJW 2002, 3024.

424 Zu den übrigen Tatbeständen neben den Vornoten vgl. Zimmer, NJW 2003, 3585, 3588 ff.

425 Vgl. statt aller MünchKomm/Kindler, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 610 m.w.N.

dann herangezogen werden, wenn die vorsätzlich sittenwidrige Schädigung nicht schon mit der Wahl einer ausländischen Rechtsform bzw. deren abstrakt unzulänglichen Kapitalausstattung etc. begründet wird; erforderlich ist vielmehr ein konkret sittenwidriges Verhalten im Einzelfall (s. ausführlich Rn. 50, 77 ff.).

1. Überblick

Der Haftungsdurchgriff wegen existenzvernichtenden Eingriffs ist an die Stelle der Rechtsprechung zum **qualifiziert faktischen Konzern** getreten. Danach war ein herrschendes Unternehmen, das bei der Ausübung seiner Leitungsmacht auf die Interessen einer abhängigen GmbH an der Erhaltung ihrer Fähigkeit, ihre Verbindlichkeiten zu bedienen, keine angemessene Rücksicht genommen und ihr die hierzu erforderlichen Mittel entzogen hat, in entsprechender Anwendung der konzernrechtlichen Regelung des § 303 AktG persönlich für die Verbindlichkeiten der GmbH haftbar, vorausgesetzt, die zugefügten Nachteile ließen sich nicht isoliert ausgleichen.⁴²⁶ 208

Der wesentliche Unterschied der an die Stelle des qualifiziert faktischen Konzerns getretenen Existenzvernichtungshaftung besteht diesem gegenüber im Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal einer Konzernlage.⁴²⁷ Die dogmatische Grundlage des Durchgriffs liegt nicht mehr in der Gleichbehandlung einer faktischen mit einer vertraglichen Konzernlage, sondern im Prinzip der Kapitalgesellschaft als solcher. Das Prinzip der Kapitalgesellschaft als juristischer Fiktion eines von seinen Mitgliedern gesonderten Haftungssubjekts besteht darin, das Privatvermögen der Mitglieder einer Haftung zu entziehen und die Haftungsfunktion auf die Gesellschaft zu konzentrieren. Als essentielles Korrelat darf der Gesellschaft aber das als Haftungsfonds zur Verfügung gestellte Vermögen vorbehaltlich einer ordnungsgemäßen Liquidation nicht wieder entzogen werden. Ein solcher Entzug stellt sich als **Missbrauch des Prinzips der Kapitalgesellschaft** dar, der die Gleichsetzung mit einer Personengesellschaft ohne strikte Vermögensbindung, aber auch ohne korrespondierende Haftungsbeschränkung rechtfertigt.⁴²⁸ Demgemäß bildet auch die Figur der Existenzvernichtungshaftung keinen eigenständigen Haftungsgrund, sondern hebt die **Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG** im Wege **teleologischer Reduktion** auf und gibt den Durchgriff auf einen Alleingesellschafter oder mehrere einvernehmlich handelnde Gesellschafter frei, sofern diese durch Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen das Funktionsprinzip der Kapitalgesellschaft als Haftungsträger missachtet und deren Fähigkeit, ihre Verbindlichkeiten zu bedienen, beeinträchtigt haben. Der **Zweck der Haftungsfigur** besteht damit in Ergänzung zu den Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG darin, den Entzug von Mitteln zu verhindern, welche die Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten benötigt.⁴²⁹ Der Haftungsdurchgriff ist gegenüber anderen Ansprüchen subsidiär, die zum Ausgleich von einzelnen, nach Art und Höhe quantifizierbaren Nachteilen führen, wie etwa den §§ 30, 31 GmbHG.⁴³⁰ 209

426 Vgl. Röbricht, ZIP 2005, 505, 513.

427 In der Praxis dürfte diese jedoch weiterhin regelmäßig gegeben sein, vgl. Röbricht, ZIP 2005, 505, 513.

428 Röbricht, ZIP 2005, 505, 513.

429 Dagegen wird mit dem Haftungsdurchgriff nicht die Sanktion eines Fehlverhaltens in der Unternehmensführung bezweckt; selbst schwerwiegende Managementfehler rechtfertigen einen Durchgriff nicht, vgl. BGH ZIP 2005, 250.

430 BGH ZIP 2005, 117.

2. Qualifikation

- 210 Im Hinblick auf die kollisionsrechtliche Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung ist der Meinungsstand kontrovers.⁴³¹ Für eine insolvenzrechtliche Einordnung spricht, dass ein Haftungsdurchgriff wegen existenzvernichtenden Eingriffs voraussetzt, dass durch den Eingriff ein **Insolvenztatbestand** geschaffen wurde, d.h. ein Durchgriff ist erst statthaft, wenn die Gesellschaft infolge des Eingriffs tatsächlich insolvent geworden ist. Aus diesem Grunde wird die Haftung auch als **Insolvenzverursachungs- oder -vertiefungshaftung** bezeichnet; im Insolvenzverfahren ist der Insolvenzverwalter aktivlegitimiert.⁴³² Zudem besteht die Rechtsfolge in der Freigabe des Zugriffs auf ein vom Schuldner unterschiedliches Haftungssubjekt, was einen Querbezug zu dem Recht der Insolvenzanfechtung offen legt. Die Gemeinsamkeit mit dieser besteht darin, ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen mit benachteiligender Wirkung für die Gläubiger auszugleichen.⁴³³ Auch ist der Haftungsdurchgriff nicht rechtsformspezifisch.⁴³⁴ Maßgeblich für eine insolvenzrechtliche Einordnung spricht ferner, dass der Haftungsdurchgriff Folge einer **kalten Liquidation**, d.h. einer Umgehung der gläubigerschützenden Regelungen im Rahmen eines ordnungsgemäßen Insolvenzverfahrens ist.⁴³⁵ Insgesamt weist die Rechtsfigur eine starke Ähnlichkeit mit den Tatbeständen der Insolvenzanfechtung auf.⁴³⁶ Ihre Anwendung ließe sich daher jedenfalls im Sinne einer Annexregelung zum Insolvenzrecht rechtfertigen.⁴³⁷
- 211 Aus **rechtsvergleichender Sicht** kommt die Existenzvernichtungshaftung dem im US-amerikanischen Recht verankerten Solvenztest nahe, der ebenfalls den Entzug von Mitteln verhindern soll, die zum Erhalt der Zahlungsfähigkeit oder der Vermeidung einer Überschuldung der Gesellschaft benötigt werden.⁴³⁸
- 212 Es bestehen aber auch strukturelle Unterschiede gegenüber der Insolvenzanfechtung. Wie § 143 Abs. 1 InsO zeigt, bewirkt die Insolvenzanfechtung die Rückführung der abgezogenen Vermögensgegenstände in die Insolvenzmasse. Die Existenzvernichtungshaftung dagegen führt zum Ausgleich sämtlicher durch den Eingriff zugefügter Beeinträchtigungen in Form einer Globalhaftung, die die einzelnen Positionen nicht isoliert betrachtet, und auch von §§ 129 ff. InsO nicht erfasste Vermögenswerte, wie etwa wichtige immaterielle Güter, unternehmerische Funktionen oder auch den Kundenstamm.⁴³⁹ Dies wird neben der vom BGH postulierten Charakterisierung der Rechtsfigur als GmbH-spezifischem Durchgriffstatbestand im Umfeld des § 31 GmbHG⁴⁴⁰ für die gesellschaftsrechtliche Natur der Haftung ins Feld geführt und diese damit dem Gesellschaftsstatut zugeordnet.⁴⁴¹ Schließlich knüpft die Haftung an die spezifische Verantwortlichkeit der Gesellschafter und ihre Stel-

431 Monographisch *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004.

432 *Röbriht*, ZIP 2005, 505, 514; *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1480.

433 Vgl. *Nasall*, ZIP 2003, 969, 973 ff.

434 *Borges*, ZIP 2004, 733, 741.

435 Zu dieser Umschreibung der Existenzvernichtungshaftung vgl. BGH ZIP 2005, 117 f. Für eine insolvenzrechtliche Qualifikation sprechen sich ferner aus *Haas*, NZI 2003, Heft 12, V, VI; *Roth*, NZG 2003 1081, 1085; *Weller*, IPRax 2003, 207, 209 f.

436 So auch *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207.

437 *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1481.

438 § 6.40 (c) Revised Model Business Corporation Act, vgl. hierzu *Drygala*, GmbHR 2003, 729, 734; *Röbriht*, ZIP 2005, 505, 514.

439 Hierzu auch *Röbriht*, ZIP 2005, 505, 515.

440 BGHZ 151, 181, 186 f.

441 Vgl. *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207; *Altmeppen*, NJW 2004, 97, 101 f.; *Altmeppen/Wilhelm*, DB 2004, 1083, 1088; *Schön*, ZHR 168 (2004), 268, 292; *Schumann*, DB 2004, 743, 748 f.

lung als solche an.⁴⁴² Gegen eine insolvenzrechtliche Qualifikation nicht ins Feld geführt werden kann indes das Argument, es handele sich um einen Tatbestand der Haftungsbe-
gründung und nicht um die Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen.⁴⁴³ Dogmatisch steht die teleologische Reduktion der Haftungsbeschränkung einem Anfechtungstatbestand näher als einer eigenständigen Haftungsbeurteilung spezifisch gesellschaftsrechtlichen Gehalts.

Nicht überzeugend ist eine **deliktsrechtliche Qualifikation** des Haftungsdurchgriffs, die – vorbehaltlich einer wesentlich engeren Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung – zu einer Anwendung des Rechts des Handlungsortes bzw. nach Wahl des Geschädigten des Erfolgsortes führen würde, Art. 40 Abs. 1 Satz 1, 2, 41 Abs. 1 EGBGB.⁴⁴⁴ Auch eine **alternative Anknüpfung** in dem Sinne, dass ein Durchgriff schon dann zulässig sein soll, wenn er entweder nach dem Gesellschafts- oder nach dem Vertrags- bzw. Deliktsstatut gegeben ist, erscheint nicht ratsam, da sich auf diese Weise nicht das sachnähere, sondern das strengere Recht durchsetzt.⁴⁴⁵ Ebenso verhält es sich mit der von *Kindler* und *Weller* befürworteten **Mehrfachqualifikation** der Existenzvernichtungshaftung als gesellschafts-, delikts- und insolvenzrechtliche Regelung.⁴⁴⁶ 213

Wenngleich die Existenzvernichtungshaftung durchaus Wesenszüge eines gesellschaftsrechtlichen Rechtsinstituts trägt, sind im Ergebnis die insolvenzrechtlichen Elemente für die Frage ihrer Qualifikation prägend. Dieses Ergebnis wird dadurch gestützt, dass sich im grenzüberschreitenden Unterordnungskonzern der Schutz der untergeordneten Gesellschaft nach deren Personalstatut bemisst. Hätte der BGH etwa die konzernrechtlichen Aspekte des Haftungsdurchgriffs stärker akzentuiert, so kämen die inländischen konzernrechtlichen Schutzinstrumente zum Tragen, freilich vorbehaltlich ihrer Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit.⁴⁴⁷ 214

Selbst wenn die Regelung aber als Bestandteil des Gesellschaftsstatuts anzusehen wäre, berührt ihre Anwendung als situativ anknüpfende, **tätigkeitsbezogene Vorschrift**, die den Marktzutritt nicht wesentlich erschwert, sondern vielmehr einen geordneten Marktaustritt effektiviert, nach der Keck-Formel den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit nicht.⁴⁴⁸ 215

Auch wenn dem nicht zu folgen wäre, würde sich die Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf Scheinauslandsgesellschaften aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses, namentlich des Gläubigerschutzes durch ein geordnetes Insolvenzverfahren, rechtfertigen.⁴⁴⁹ Dem könnte nicht die fehlende Erforderlichkeit angesichts des Informati- 216

442 *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 4 Rn. 21.

443 So aber *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 4 Rn. 21.

444 So aber *Schanzel/Jüttner*, AG 2003, 665, 669 f.; auch *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3588 f. zieht eine deliktsrechtliche Qualifikation in Erwägung.

445 Vgl. hierzu *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3588 m.w.N.

446 MünchKomm/*Kindler*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 617; *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 275 ff.

447 Dies verkennt *Schumann*, DB 2004, 743, 749, der daraus das gegenteilige Ergebnis ableiten möchte.

448 A.A. *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 4 Rn. 25, der den korporativen Charakter der Vorschrift betont und ferner zu bedenken gibt, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass die Voraussetzungen einer Gesellschafterhaftung die Marktzutrittsentscheidung einer Auslandsgesellschaft beeinflussen könnten. Die Abgrenzung gegenüber der Insolvenverschleppungshaftung, die dagegen den Marktaustritt betreffe, überzeugt indes nicht – auch die Existenzvernichtungshaftung bezweckt die Sicherstellung eines geordneten Marktaustritts. Vgl. ferner *Brand*, JR 2004, 89, 93; *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 11.

449 So auch *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1481.

onsmodells des EuGH entgegengesetzt werden.⁴⁵⁰ Das Informationsmodell ermöglicht nur solche Selbstschutzmaßnahmen, die aufgrund der abstrakt unzulänglichen Kapitalausstattung der Auslandsgesellschaft angezeigt sind; eine böbliche Gesinnung oder ein zukünftig erfolgreicher eigennütziger Vermögensabzug durch die Gesellschafter lässt sich den verfügbaren Informationen nicht entnehmen.

- 217 Nicht ableiten lässt sich dagegen aus dem Missbrauch der Kapitalgesellschaft als solcher zugleich der Missbrauch der Niederlassungsfreiheit, da ein die Anwendung des Sitzrechts rechtfertigender Missbrauch auch eine kollisionsrechtliche Komponente voraussetzt.⁴⁵¹
- 218 Im Ergebnis können jedenfalls auch die Gesellschafter einer Auslandsgesellschaft wegen existenzvernichtenden Eingriffs in die Haftung genommen werden.⁴⁵²

G. Zusammenfassung und Schluss

- 219 Im internationalen Unternehmensrecht gibt es zahlreiche Schnittstellen zwischen unterschiedlichen Rechtsgebieten. Vorliegend wurde die Schnittstelle des Gesellschafts- und des Insolvenzrechts näher beleuchtet. Dabei hat sich gezeigt, dass insbesondere der verbreitete Einsatz sog. Scheinauslandsgesellschaften der Diskussion neue Impulse gegeben hat. Ein Schwerpunkt des juristischen Diskurses liegt darin, wie es rechtstechnisch und in Einklang mit der europäischen Niederlassungsfreiheit möglich ist, inländische Rechtsfiguren auf derartige Gesellschaften anzuwenden. Die Niederlassungsfreiheit gewährt Unternehmern grundsätzlich eine Rechtsformwahlfreiheit und eine entsprechende Freizügigkeit in dem Sinne, als sie aus den mitgliedstaatlichen Rechtsformen frei wählen und den Sitz der Gesellschaft dort begründen können, wo es ihnen beliebt, ohne hierin durch das Recht am Ort dieses Sitzes beeinträchtigt zu werden. Die dadurch bedingte grundsätzliche Maßgeblichkeit des Gründungsrechts im Hinblick auf europäische Auslandsgesellschaften ist in ihrer Reichweite regelmäßig deckungsgleich mit dem sog. Gesellschaftsstatut. Damit bestimmen sich insbesondere die Finanzverfassung und die persönliche Haftung von Organen und Gesellschaftern nach dem Gründungsrecht. Die Niederlassungsfreiheit steht dagegen der Anwendung des inländischen sog. allgemeinen Verkehrsrechts, das unterschiedslos für sämtliche Teilnehmer des inländischen Verkehrs gilt, nicht entgegen sowie andererseits auch das Insolvenzrecht aufgrund seines europäischen Ursprungs im Lichte der Niederlassungsfreiheit unbedenklich erscheint. Einen höheren Begründungsaufwand erfordert dagegen die Anwendung solcher inländischer Rechtsinstitute auf Scheinauslandsgesellschaften, die dem inländischen Gesellschaftsrecht zugehören, da die Niederlassungsfreiheit insoweit gerade die Anwendung des Gründungs- und nicht des Sitzrechts gebietet.
- 220 Eine nähere Betrachtung einzelner Rechtsinstitute des inländischen Rechts, die auf einen ersten Blick dem Gesellschaftsrecht zugehören, offenbart indes deren insolvenzrechtlichen

450 So aber *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 4 Rn. 26.

451 Vgl. *Borges*, ZIP 2004, 733, 742, der zu bedenken gibt, ob der Missbrauchseinwand i.S.v. Inspire Art nicht im Sinne eines europarechtlichen Instituts des Rechtsmissbrauchs, d.h. ohne kollisionsrechtlichen Bezug, verstanden werden sollte. Von vornherein keine kollisionsrechtliche Komponente verlangt dagegen *MünchKomm/Kindler*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2006, IntGesR Rn. 420.

452 Äußerst umstritten, vgl. einerseits im hiesigen Sinne *Altmeyen*, NJW 2004, 97, 101 f.; *Altmeyen/Wilhelm*, DB 2004, 1083, 1088; *Bayer*, BB 2003, 2357, 2364 f.; *Borges*, ZIP 2004, 733, 741 ff.; *Schanzel/Jüttner*, AG 2003, 661, 669 f.; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1208 f.; *Weller*, IPRax 2003, 207, 209 f. A.A. dagegen *Eidenmüller*, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 4 Rn. 26; *ders.*, JZ 2004, 24, 26 ff.; *Paefgen*, DB 2003, 487, 490 f.; *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 11; *Schumann*, DB 2004, 743, 748 f.; *Ziemons*, ZIP 2003, 1913, 1917.

Charakter, was wiederum ihre Anwendung auf Auslandsgesellschaften ermöglicht. Freilich ist insoweit im Hinblick auf jede einzelne Rechtsfigur die konkrete Zuordnung heftig umstritten. Vorliegend wird insbesondere im Hinblick auf drei derartige inländische Rechtsfiguren für eine Zuordnung zum Insolvenzrecht plädiert. Zum einen handelt es sich um das Eigenkapitalersatzrecht, sofern es in Form der sog. Novellenregeln die Behandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterleitungen in der Insolvenz betrifft, während die vorgelagerte Frage, ob eine Leistung eigenkapitalersetzend ist, sich weiterhin nach dem Gesellschaftsstatut bemisst. Diese Regelungen betreffen ebenso wie die sog. Existenzvernichtungshaftung die Haftung der Gesellschafter. Auch im Hinblick auf diese Rechtsfigur wird eine Zuordnung zum Insolvenzrecht befürwortet, da die insolvenzrechtlichen Elemente prägend sind. Im Hinblick auf die Geschäftsführer einer Gesellschaft kommen dagegen die sog. Insolvenzverschleppungshaftung und die zugrunde liegende Insolvenzantragspflicht zum Zuge, die ebenfalls insolvenzrechtlich geprägt sind. Auf diese Weise wird die insolvenznahe Haftung der Gesellschafter und der Geschäftsführer einheitlich dem Insolvenzstatut unterstellt. Dies entspricht der – auch *de lege ferenda* – auszumachenden Tendenz.

Das internationale Insolvenzrecht ist in Form der EuInsVO im Wesentlichen vergemeinschaftet und führt regelmäßig zur Anwendbarkeit des Insolvenzrechts am tatsächlichen Sitz des Schuldners und ermöglicht damit die Anwendung der insolvenzrechtlichen Haftungsinstitute auf Auslandsgesellschaften im Gläubigerinteresse. Im Rahmen der EuInsVO bestehen zahlreiche Berührungspunkte zum Gesellschaftsrecht, insbesondere was die Eröffnungszuständigkeit anbelangt. Hier ist die Diskussion insbesondere im Hinblick auf Konzernsachverhalte im Fluss. Auch die Problematik der professionellen Firmenbestattung im Ausland gewinnt im Rahmen der EuInsVO zunehmend an Bedeutung. 221

Führt die Qualifikation eines inländischen Haftungstatbestandes dagegen zu einer gesellschaftsrechtlichen Einordnung, so kann eine Anwendung nur über eine kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung an das Sitzrecht erfolgen, die unter dem Vorbehalt der Rechtfertigung vor der Niederlassungsfreiheit anhand zwingender Gründe des Allgemeininteresses steht, sofern sie nicht lediglich das Verhalten nach erfolgtem Zuzug oder den Marktaustritt, sondern den Marktzutritt betrifft. Eine derartige Rechtfertigungsprüfung bildet eine hohe Hürde, ist aber angesichts eines schwer wiegenden Schutzbedürfnisses inländischer Gläubiger nicht unüberwindbar. 222

Platzhalter für die Hinweise auf die CD-ROM