

Thomas Grädler

**Die Haftung der Gesellschafter
und der Geschäftsführer
ausländischer Kapitalgesellschaften
nach deutschem Recht**



Cuvillier Verlag Göttingen

**Die Haftung
der Gesellschafter und der Geschäftsführer
ausländischer Kapitalgesellschaften
nach deutschem Recht**

von

Thomas Grädler

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2006

ISBN 3-86537-950-8

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2006

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2006

Gedruckt auf säurefreiem Papier

ISBN 3-86537-950-8

**In Liebe und Dankbarkeit meinen Eltern -
Helden und Vorbilder im Alltag**

„Und jedem Anfang wohnt ein Zauber inne ...“

(Hermann Hesse)

Vorwort

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich um eine leicht überarbeitete und aktualisierte Fassung der Diplom-Arbeit des Autors, wie sie im Jahr 2006 an der Fern-Universität Hagen vorgelegt wurde.

Bedanken möchte ich mich bei meinen Prüfern Frau Prof. Dr. Barbara Völzmann-Stickelbrock und Herrn Prof. Dr. Ulrich Wackerbarth und ihrem Lehrstuhl-Team für die herausragende Betreuung der Arbeit. Mein besonderer Dank gilt dabei meinem Ansprechpartner Herrn Stephan Gregor, der mir stets mit hilfreichen Anregungen und Ratschlägen zur Seite stand.

Mein persönlicher Dank gilt all den zahlreichen Kommilitonen und Freunden für die gründliche Durchsicht des Manuskriptes, allen voran meinen beiden Brüdern Manfred und Christian Bär, die noch so manchen Fehlerteufel vor der Publikation verbannt haben.

Unmöglich schließlich wäre diese Veröffentlichung, hätte ich nicht seit Jahren auf die Unterstützung meiner Eltern Brigitte und Erich Grädler zählen können, die stets an mich geglaubt und mich in umfassender Weise unterstützt haben. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Edelsfeld, im Juli 2006

Thomas Grädler

| Inhaltsverzeichnis | Seite |
|--|--------------|
| I. EINFÜHRUNG | 1 |
| 1. Steigende Attraktivität ausländischer Gesellschaftsformen | 1 |
| 2. Die richtungweisenden EuGH-Entscheidungen im internationalen Gesellschaftsrecht im Fokus der Öffentlichkeit | 2 |
| 3. Gang der Untersuchung und Zielsetzung der Arbeit | 3 |
| | |
| II. PLURALITÄT IM EUROPÄISCHEN GESELLSCHAFTSRECHT UND DIE TRENDWENDE IN DER ANWENDUNG DER SITZTHEORIE | 4 |
| 1. Die Abkehr von einer zwingenden Rechtsvereinheitlichung | 4 |
| 2. Die Absage an die Sitztheorie und die Bedeutung der Niederlassungsfreiheit | 4 |
| 2.1 Gründungstheorie versus Sitztheorie | 4 |
| 2.2 Die Absage an die Sitztheorie | 5 |
| 2.3 Die Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit und die Frage nach der Möglichkeit einer Rechtfertigung | 7 |
| 2.4 Dogmentheoretische Einordnung der Rechtsprechungsergebnisse | 8 |
| 2.5 Kritische Stellungnahme | 9 |
| | |
| III. DIE HAFTUNGSTATBESTÄNDE NACH DEUTSCHEM RECHT IM EINZELNEN | 14 |
| 1. Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 11 II GmbHG analog | 14 |
| 1.1 Handelndenhaftung gem. § 11 II GmbHG analog als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit | 14 |
| 1.2 Rechtfertigungsmöglichkeit der Beeinträchtigung | 16 |
| 1.2.1 Gläubigerschutz | 17 |
| 1.2.2 Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern | 18 |
| 1.2.3 Fiskalinteressen | 19 |
| 1.3 Missbräuchliche Berufung auf die Niederlassungsfreiheit | 19 |
| 1.4 Kritische Stellungnahme | 20 |

| | |
|--|----|
| 2. Haftung wegen Nichteintragung einer Zweigniederlassung gem. §§ 13 d ff. HGB i.V.m. § 11 II GmbHG de lege lata oder analog | 24 |
| 3. Haftung aus Deliktsrecht und besondere Haftungstatbestände | 26 |
| 3.1 Haftung gem. § 823 II BGB i.V.m. ausländischen gesellschaftsrechtlichen Schutzgesetzen | 26 |
| 3.2 Besondere Haftungstatbestände | 27 |
| 3.2.1 Haftung wegen Vermögensvermischung | 27 |
| 3.2.2 Unterkapitalisierungshaftung | 28 |
| 3.2.3 Existenzvernichtungshaftung | 30 |
| 3.2.3.1 Existenzvernichtungshaftung als Delikt und Anwendung des Tatortprinzips | 32 |
| 3.2.3.2 Existenzvernichtungshaftung als Verletzung Gläubiger schützender gesellschaftsrechtlicher Pflichten | 33 |
| 3.2.3.3 Existenzvernichtungshaftung als Insolvenzverursacherhaftung | 34 |
| 3.2.3.4 Existenzvernichtungshaftung wegen Missbrauchs der juristischen Person | 35 |
| 3.2.3.5 Kritische Stellungnahme | 36 |
| 4. Insolvenzverschleppungshaftung | 39 |
| 4.1 Qualifizierung des Insolvenzrechts | 40 |
| 4.1.1 Das Gesellschaftsstatut als einschlägiges Kollisionsrecht | 40 |
| 4.1.2 Das Insolvenzstatut als einschlägiges Kollisionsrecht | 41 |
| 4.1.3 Das Deliktsstatut als einschlägiges Kollisionsrecht | 42 |
| 4.1.4 Kritische Stellungnahme | 42 |
| 4.2 Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit durch die Insolvenzantragspflicht? | 45 |
| 5. Kapitalersatzhaftung, §§ 32 a, b GmbHG i.V.m. §§ 39 I Nr. 5, 135 InsO, § 6 AnfG; §§ 30, 31 GmbHG analog | 46 |
| 6. Haftung wegen Verletzung kapitalmarktrechtlicher Vorschriften | 47 |
| 7. Haftung bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten | 47 |

| | |
|--|-----------|
| IV. DIE HAFTUNG DER GESELLSCHAFTER UND GESCHÄFTSFÜHRER NICHEUROPÄISCHER KAPITALGESELLSCHAFTEN | 49 |
| 1. Einzelne völkerrechtliche Verpflichtungen und Tendenz der deutschen Rechtsprechung | 49 |
| 1.1 Bilaterale Verpflichtungen | 49 |
| 1.2 Multilaterale Verpflichtungen | 50 |
| 2. Beurteilung von Drittstaaten ohne zwingende völkerrechtliche Vereinbarungen | 51 |
| V. FAZIT UND AUSBLICK | 53 |
| Literaturverzeichnis | 59 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------------|--|
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| Abl. EG | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft |
| Abs. | Absatz |
| ADHGB | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch |
| AG | Aktiengesellschaft, Amtsgericht |
| AktG | Aktiengesetz |
| AnfG | Anfechtungsgesetz |
| AnwBl. | Anwaltsblatt |
| Art./Artt. | Artikel |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BB | Betriebs-Berater |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen |
| BT-Drucksache | Bundestag-Drucksache |
| bzw. | beziehungsweise |
| Darst. | Darstellung |
| DB | Der Betrieb |
| ders. | Derselbe |
| d.h. | das heißt |
| DNotZ | Deutsche Notar-Zeitschrift |
| DStR | Deutsches Steuerrecht |
| DZWIR | Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht |
| ECFR | European Company and Financial Law Review |
| EG | Europäische Gemeinschaft, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft |
| EGBGB | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch |

| | |
|---------|---|
| EGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (frühere Bezeichnung) |
| EJCL | Electronic Journal of Comparative Law |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EuInsVO | Europäische Insolvenzverordnung |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWR | Europäischer Wirtschaftsraum |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht |
| f. | folgende |
| ff. | fortfolgende |
| FGG | Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit |
| FHS | Deutsch-Amerikanischer Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| GATS | General Agreement on Trade in Services |
| gem. | gemäß |
| GesR | Gesellschaftsrecht |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung |
| GmbHR | GmbH-Rundschau |
| GS | Gedächtnisschrift |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| h.M. | herrschende Meinung |
| InsO | Insolvenzordnung |
| int. | International |
| IPR | Internationales Privatrecht |
| IPRax | Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| JITE | Journal of Institutional and Theoretical Economics |

| | |
|----------------|---|
| JZ | Juristenzeitung |
| KG | Kommanditgesellschaft |
| LG | Landgericht |
| Ltd. | Private Company Limited by Shares |
| MindestKapG | Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH |
| MoMiG | Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen |
| MüKo | Münchener Kommentar |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport Zivilrecht |
| No./Nr. | Nummer |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| NZI | Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| Revue critique | Revue critique de droit international privé |
| RIW | Recht der Internationalen Wirtschaft |
| Rn. | Randnummer |
| S. | Seite |
| S.A.R.L. | Société Anonyme à Responsabilité Limitée |
| S.E. | Societas Europaeae |
| Slg. | Amtliche Entscheidungssammlung des EuGH |
| Syst. | Systematisch |
| u.a. | unter anderem |
| UK | United Kingdom |
| v. | von |
| vgl. | Vergleiche |
| Vol. | Volume |
| WM | Wertpapiermitteilungen |
| WTO | World Trade Organization |
| z.B. | zum Beispiel |

| | |
|-----------|---|
| ZEuP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht |
| ZInsO | Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| Zit.: | Zitiert |
| ZVglRWiss | Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft |

I. EINFÜHRUNG

1. Steigende Attraktivität ausländischer Gesellschaftsformen

Der Import günstiger Warenprodukte aus dem Ausland nach Deutschland ist keine Seltenheit und damit im Allgemeinen kein unbekanntes Phänomen.

Gleichwohl scheint sich die Präferenz für ausländische Produkte in den vergangenen Jahren nun auch immer mehr - bildhaft gesprochen - für das „Produkt“ der Gesellschaftsform zu bewahrheiten. So stützen sich aktuelle Erwägungen der Bundesregierung zur Reform des deutschen Gesellschaftsrechts insbesondere auf die Absicht zur Verbesserung der nationalen Regelungen im Vergleich zu ausländischen Gesellschaftsmodellen.

Als bestes Beispiel eines beliebten Gesellschaftstypus wird immer wieder die britische Unternehmensform der *private company limited by shares (Ltd.)* zitiert.¹ So ist für die Gründung einer *Ltd.* gerade einmal ein Stammkapital von nur einem Pfund notwendig. Die Kosten für die Registrierung betragen im günstigsten Fall nur 20 Pfund und die Haftung nach englischem Gesellschaftsrecht ist beschränkt.

Existenzgründer werden durch massive Werbung entsprechender Anbieter dazu angehalten, die vermeintlichen Vorteile ausländischer Kapitalgesellschaften gegenüber den deutschen Gesellschaftsformen zu nutzen.

So kann es kaum verwundern, dass auf Grund dieser häufig sehr plakativ beworbenen Vorteile die Zahl entsprechend schwach kapitalisierter *Ltds.* in Deutschland steigt.²

Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang deutsches Kapitalgesellschaftsrecht Anwendung findet, oder ob sich die rechtliche Beurteilung allein nach dem im Gründungsstaat geltenden Recht richtet, ist derzeit Gegenstand zahlreicher juristischer Diskurse und wird in der vorliegenden Arbeit erörtert.

¹ Eidenmüller, NJW 2005, S. 1618; Roth, ZGR 2005, S. 349; Happ, ZHR 169, 2005, S. 7.

² Die Schätzungen der Anzahl der derzeit in Deutschland gegründeten *Ltds.* variieren zwischen 15.000 und 25.000, vgl. Westhoff, ZInsO 2004, S. 289; Redeker, ZInsO 2005, S. 1035; Dierksmeier, BB 2005, S. 1518, beziffert die Zahl der *Ltds.* mit Zweigniederlassung in Deutschland sogar auf über 70.000.

2. Die richtungweisenden EuGH-Entscheidungen im internationalen Gesellschaftsrecht im Fokus der Öffentlichkeit

Selten hat eine so komplexe und spezielle Thematik eine so große Aufmerksamkeit und Diskussion in der Öffentlichkeit erfahren wie jüngst das europäische internationale Gesellschaftsrecht.³

Inzwischen ist *Centros*⁴, die bahnbrechende Entscheidung des EuGH zum internationalen Gesellschaftsrecht, sieben Jahre alt, jedoch sind mit den Entscheidungen *Überseering*⁵ und *Inspire Art*⁶ zwei weitere Judikate hinzugekommen, welche die *landmark decision Centros* in ihrem Inhalt weiter bestärken und die eingeschlagene Richtung weiter verfolgen.⁷

Während die vorangegangene Entscheidung *Daily Mail*⁸ noch überwiegend als Billigung des Vorrangs der Sitztheorie gegenüber der Niederlassungsfreiheit verstanden wurde, stellt *Centros* eine eindeutige Neuausrichtung in dieser Fragestellung dar.⁹

Welche Wichtigkeit der EuGH diesen Entscheidungen zugebilligt hat, zeigt eindrucksvoll die Tatsache, dass es in der Rechtssache *Inspire Art* zur Plenarentscheidung gekommen ist - ein Resultat, das nur dann anzutreffen ist, wenn der EuGH zu der Auffassung gelangt, dass eine Rechtssache von außergewöhnlicher Bedeutung ist.¹⁰

Dabei hat der EuGH in einer konsequenten Entscheidungslinie die Pluralität als Leitprinzip des europäischen Gesellschaftsrechts herausgearbeitet,¹¹ die Rechtswahlfreiheit von Unternehmensgründern und damit den Wettbewerb im Gesellschaftsrecht in Europa gestärkt.¹²

³ Vgl. Kieninger, ZEuP 2004, S. 685.

⁴ EuGH, Slg. 1999, I-1459, RIW 1999, S. 447, im Folgenden EuGH, *Centros*.

⁵ EuGH, Slg. 2002, I-9919, RIW 2002, S. 945, im Folgenden EuGH, *Überseering*.

⁶ EuGH, Slg. 2003, I-10155, RIW 2003, S. 957, im Folgenden EuGH, *Inspire Art*.

⁷ So auch Kieninger, ZEuP 2004, S. 685.

⁸ EuGH, Slg. 1988, NJW 1989, S. 2186, im Folgenden EuGH, *Daily Mail*.

⁹ Vgl. Bayer, BB 2003, S. 2357.

¹⁰ So auch Schanze/Jüttner, AG 2003, S. 661 mit Verweis auf Art. 221 EGV, Art. 16 Satzung EuGH und Art. 11a VerfO EuGH.

¹¹ Schanze/Jüttner, AG 2003, S. 661.

¹² Vgl. hierzu Dierksmeier, BB 2005, S. 1519; Sandrock, BB 2004, S. 897.

3. Gang der Untersuchung und Zielsetzung der Arbeit

Wie in den richtungweisenden EuGH-Entscheidungen die Abkehr von der Sitztheorie bestritten wird und welche Konsequenzen dies für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit von ausländischen Kapitalgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland und damit auch für die dortigen Haftungsregeln hat, ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Titelgemäß soll dabei der Schwerpunkt auf Fragestellungen bezüglich einer möglichen Gesellschafter- und Geschäftsführerhaftung solcher Gesellschaften nach deutschem Recht liegen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit soll dabei jedoch nicht zwischen diesen beiden Haftungsadressaten unterschieden werden.

Die grundlegende Ausgangsfrage ist zunächst, nach welchen Maßstäben und unter welchen Voraussetzungen eine generelle Anwendung deutschen Rechts auf ausländische Kapitalgesellschaften überhaupt in Betracht kommt.

Im Anschluss hieran werden einzelne Haftungstatbestände auf ihre Anwendbarkeit auch für die Gesellschafter und Geschäftsführer ausländischer Kapitalgesellschaften hin untersucht. Der Schwerpunkt liegt hierbei auf Kapitalgesellschaften aus dem EU-Ausland, wenngleich auch die Situation aus nichteuropäischen Drittstaaten in einer kurzen Darstellung erörtert wird.

Die Ergebnisse der einzelnen Untersuchungsabschnitte werden jeweils im Rahmen einer kritischen Stellungnahme bewertet und abschließend in einem Fazit mit Ausblick und Handlungsempfehlungen komplettiert.

II. PLURALITÄT IM EUROPÄISCHEN GESELLSCHAFTSRECHT UND DIE TRENDWENDE IN DER ANWENDUNG DER SITZTHEORIE

1. Die Abkehr von einer zwingenden Rechtsvereinheitlichung

Wie in vielen anderen Rechtsgebieten, so ergeben sich auch für das sich weiter entwickelnde Gesellschaftsrecht in Europa verschiedene, sich diametral gegenüber stehende Optionen für die Ausgestaltung. Naturgemäß unterscheiden sich diese Modelle insbesondere nach dem Grad der Vereinheitlichung der Rechtsmaterie.

Der lang gehegten Wunschvorstellung eines einheitlich positivierten europäischen Gesellschaftsrechts¹³ trat jedoch der EuGH mit seinen wegweisenden, oben bereits dargestellten Entscheidungen entgegen und sprach sich damit eindeutig für die Pluralität als Leitprinzip des europäischen Gesellschaftsrechts aus. Dabei ist in dieser Entscheidungslinie, wie auch in besonderem Maße in der darauf folgenden Reaktion der Gerichte der Mitgliedstaaten und hier in concreto in Deutschland, die Aufgabe einer bis dato als grundlegend anerkannter Theorie von entscheidender Bedeutung: die Trendwende in der Anwendung der Sitztheorie.

2. Die Absage an die Sitztheorie und die Bedeutung der Niederlassungsfreiheit

Das internationale Gesellschaftsrecht ist ein Teil des internationalen Privatrechts und beschäftigt sich mit der Frage, welche Rechtsordnung für eine Gesellschaft maßgeblich ist. Diese Rechtsordnung bezeichnet man sodann als *Gesellschaftsstatut* oder *lex societatis*.¹⁴

2.1 Gründungstheorie versus Sitztheorie

Das so genannte *Gesellschaftsstatut* richtet sich nach den unterschiedlichen nationalen Kollisionsregeln der Mitgliedstaaten.¹⁵ Im vielfältigen Meinungsstreit

¹³ Vgl. Buxbaum/Hopt, Legal Harmonization, S. 167 ff.

¹⁴ Vgl. zum Begriff Weller, DStR 2003, S. 1800; Schnichels, Niederlassungsfreiheit, S. 145.

¹⁵ Vgl. hierzu eingehend auch Dausers, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Roth, E. I., Rn. 90 f.; Eyles, Niederlassungsrecht, S. 313; Kruse, Sitzverlegung, S. 5.

um eine sachgerechte Anknüpfung konkurrieren insbesondere die *Gründungstheorie* und die *Sitztheorie*.¹⁶

Nach der im angelsächsischen Raum verbreiteten *Gründungstheorie* wird eine Gesellschaft jener Rechtsordnung als zugehörig betrachtet, nach deren Recht sie gegründet wurde, unabhängig davon, wo sie ihren tatsächlichen Sitz der Geschäftsleitung hat.¹⁷

Anders hingegen die im kontinental-europäischen Raum und damit auch in Deutschland angewandte *Sitztheorie*: Nach dieser dem Kollisionsrecht entstammenden Theorie kommt es bei der Beurteilung grenzüberschreitender Tätigkeiten auf den tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft an.¹⁸

Die *Sitztheorie* stellt dabei vor allem Schutzinteressen in den Vordergrund: Im inländischen Recht vorgesehene Rechte für Arbeitnehmer, Gläubiger und andere Gruppierungen sollen nicht dadurch unterlaufen werden, dass Kapitalgesellschaften im Ausland gegründet werden können.

Welcher der beiden vorherrschenden Theorien gefolgt werden soll, lag dabei in der autonomen Entscheidungsgewalt der einzelnen Mitgliedstaaten.¹⁹

2.2 Die Absage an die Sitztheorie

Gleichwohl stellt die nach der *Sitztheorie* praktizierte Anerkennungsverweigerung niederlassungsberechtigter Gesellschaften nach Meinung des EuGH in den genannten Entscheidungen einen Verstoß gegen die im EG-Vertrag gewährleistete Niederlassungsfreiheit gem. Artt. 43, 48 EG dar.

Nach der Rechtsprechungsserie des EuGH ist die in einem Mitgliedstaat nach dem dort geltenden Recht wirksam gegründete Gesellschaft in einem anderen Vertragsstaat unabhängig von dem Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes in derjenigen Rechtsform anzuerkennen, in der sie gegründet wurde.²⁰ Dies gilt auch, wenn die Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur errichtet wurde, um sich

¹⁶ Vgl. Grothe, *Ausländische Kapitalgesellschaft*, S. 28 ff.; Kruse, *Sitzverlegung*, S. 3; Hachenburg, *GmbHG*, *Behrens*, Einleitung, Rn. 108 ff.; Zimmer, *Int. GesR*, S. 28.

¹⁷ Fischer, *Europarecht*, § 16, Rn. 23; MüKo, *Int. GesR*, *Kindler*, Rn. 265 ff.

¹⁸ Rohde, *Sitzverlegung*, S. 8 ff.; Tersteegen, *Kollisionsrechtliche Behandlung*, S. 14 ff.

¹⁹ Fischer, *Europarecht*, § 16, Rn. 23; als *Sitz* wird dabei jener Ort bezeichnet, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden, vgl. auch BGHZ 97, S. 272.

²⁰ EuGH, *Inspire Art*, Rn. 95 ff.

in einem zweiten Mitgliedstaat niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich ausgeübt werden soll.²¹ Die Rechtswahl ist in dieser Konstellation nicht als Umgehung zu werten.²² Solange also die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nicht offiziell nach Deutschland verlegen möchte, bleibt es bei der notwendigen Anerkennung ihrer im EU-Ausland begründeten Rechts- und Parteifähigkeit und der Beurteilung *als ausländische Kapitalgesellschaft* nach dem Recht des Gründungsstaates.²³

Von der rechtlichen Beurteilung beim Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz strikt zu unterscheiden ist die *Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes* - ein identitätswahrender grenzüberschreitender Rechtsformwechsel, der nach der aktuellen Rechtslage jedoch nicht möglich ist.²⁴ Diese im internationalen Gesellschaftsrecht ebenfalls intensiv diskutierte Fragestellung soll jedoch vorliegend keine weitere Erörterung erfahren.

Es bleibt also zu konstatieren, dass sich in Deutschland die herrschende Meinung nunmehr dergestalt verändert hat, dass seit *Inspire Art* deutsches Kapitalgesellschaftsrecht aus methodischen Überlegungen heraus auf ausländische Kapitalgesellschaften grundsätzlich nicht anzuwenden sei.²⁵ Dem steht die diametral entgegengesetzte Auffassung gegenüber, dass in der Entscheidung *Inspire Art* lediglich festgestellt worden sei, dass sich die in einem europäischen Mitgliedstaat gegründete Kapitalgesellschaft kein strengeres Gründungsrecht in einem anderen Mitgliedstaat gefallen lassen müsse. Eine Entscheidung über die generelle Anwendung der *Sitztheorie* hingegen hätte der EuGH gar nicht vornehmen können, da ein Gericht nicht über Theorien zu befinden habe, sondern lediglich darüber, ob bestimmte Ergebnisse einer Theorie gegen geltendes Recht verstoßen oder nicht.²⁶ Ob, und falls ja, in welcher Weise dieser Einwand Be-

²¹ EuGH, NJW1987, S. 571, Rn. 16; vgl. auch Eisner, ZinsO 2005, S. 20 zum gebräuchlichen Begriff der so genannten *Scheinauslandsgesellschaft*.

²² Schanze, JITE 1995, S. 162 ff.

²³ EuGH, *Überseering*, Rn. 82; Ebke, JZ 2003, S. 929; Lagarde, *Revue critique* 2003, S. 534; Lutter, BB 2003, S. 9; Schulz/Sester, EWS 2002, S. 545; Spindler/Berner, RIW 2003, S. 950; Binz/Mayer, GmbHR 2003, S. 254 f.; als Ansicht stv. für die wenigen Vertreter mit gegenteiliger Auffassung sei bereits hier erwähnt: Kindler, NZG 2003, S. 1088 f., der von *Indifferenz der Niederlassungsfreiheit* hinsichtlich der Sitzanknüpfung spricht.

²⁴ So Bayer, BB 2003, S. 2359; Müller-Bonanni, GmbHR 2003, S. 1236.

²⁵ Heinz, AnwBl. 2004, S. 617.

²⁶ Vgl. ausführlich hierzu Altmeppen, NJW 2004, S. 99.

stand hat, soll im Rahmen der kritischen Stellungnahme erläutert werden. Als wichtigstes Argument und wesentliche Säule für die Entscheidung des EuGH jedenfalls fungiert die im EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit.

2.3 Die Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit und die Frage nach der Möglichkeit einer Rechtfertigung

So sei nach Ansicht des EuGH die rechtliche Beurteilung von ausländischen Kapitalgesellschaften nach der Sitztheorie mit der in den Artt. 43, 48 EG garantierten Niederlassungsfreiheit unvereinbar.

Nach den Vorschriften der Artt. 43, 48 EG dürften mitgliedstaatliche Regelungen die Niederlassungsfreiheit einer EU-Auslandsgesellschaft nicht unzulässig beschränken.²⁷ Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Gesellschaften stellt sich dabei als eine sinngemäße Übertragung des im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelten *Cassis de Dijon-Prinzips*²⁸ auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften dar und umfasst neben der Anerkennung der Existenz der ausländischen Kapitalgesellschaft auch das Respektieren der organisationsrechtlichen Eigenschaften.²⁹ Eine Beschränkung ist folglich in allen Maßnahmen zu sehen, die die Ausübung der Tätigkeit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.³⁰ Abgesehen von geringfügigen Beeinträchtigungen, für die eine Ausnahme von diesem Beschränkungsverbot diskutiert wird,³¹ können solche dem Grunde nach als unzulässig zu erachtende Beeinträchtigungen, die den Marktzugang für ausländische Gesellschaften versperren oder im Vergleich mit inländischen Gesellschaften rechtlich oder tatsächlich signifikant erschweren, jedoch unter Umständen durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt werden.

Somit können nicht diskriminierende, für in- und ausländische Gesellschaften gleichsam erschwerend wirkende Beschränkungen durchaus zulässig sein. Führen diese uniform wirkenden Regelungen jedoch zu einer wesentlichen Behinderung des Marktzugangs, so ist der Anwendungsbereich der Artt. 43, 48 EG wie-

²⁷ Vgl. Eidenmüller, NJW 2005, S. 1618.

²⁸ EuGH, Slg. 1979, I 120/78.

²⁹ Buxbaum, FS-Sandrock, S. 152 f.; Wymeersch, Liber Amicorum Buxbaum, S. 640, 653.

³⁰ EuGH, Slg. 2002, I-305 Rn. 22 – Kommission/Italien.

³¹ EuGH, NJW 1994, S. 121; Eidenmüller, Kapitalgesellschaften, *ders.*, § 3, Rn. 73 ff.

der eröffnet.³² Somit stellen auch solche Abwehrmaßnahmen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, die wiederum der Rückausnahme der gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen.³³

Eine solche Rechtfertigung wäre jedoch nach dem so genannten *Vier-Konditionen-Test*³⁴ nur unter vier restriktiv anzuwendenden Voraussetzungen gerechtfertigt: Hierzu müssen die Maßnahmen (1) in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, (2) zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, (3) zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein und (4) nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.³⁵

Ferner können die einzelnen Mitgliedstaaten auch Maßnahmen gegen eine missbräuchliche oder betrügerische Berufung auf die Niederlassungsfreiheit veranlassen.³⁶

Demzufolge sind Regelungen nach deutschem Recht, welche die Niederlassungsfreiheit einer EU-Auslandsgesellschaft beschränken, grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig. Ist eine solche Rechtfertigung nicht möglich, so kann nicht das deutsche Recht, sondern muss das Heimatrecht des Gründungsstaates der Gesellschaft angewandt werden.

2.4 Dogmentheoretische Einordnung der Rechtsprechungsergebnisse

Wenngleich die Abkehr von der Sitztheorie³⁷ einer schlichten Befolgung der alternativen *Gründungstheorie* zu ähneln vermag,³⁸ ist nach anderweitiger Auffassung die vom EuGH beschrittene Alternative nicht in der reinen Form der bisher im angelsächsischen Raum vertretenen *Gründungstheorie* wieder zu finden. Genauso wenig kann es im Ergebnis um eine Art *vermittelnde* Theorie zwischen

³² Vgl. Roth, GS-Knobbe-Keuk, S. 740 f.

³³ OLG Zweibrücken, DB 2003, S. 1264 f.; Knapp, DNotZ 2003, S. 89.

³⁴ BGH, BB 2005, S. 1017; Eidenmüller, Kapitalgesellschaften, *ders.*, § 3, Rn. 20 ff.

³⁵ EuGH, *Inspire Art*, Rn. 133; Die Grundlagen für den *Vier-Konditionen-Test* wurden bereits in der Rs. Kraus, EuGH, Rs. C-19/92, 31.3.1993, Slg. 1993, 1663 (Kraus), erarbeitet. In der Rs. Gebhard, EuGH, Rs. C-55/94, 30.11.1995, Slg. 1995, 4165 (Gebhard), wurden diese Grundsätze bestätigt. Sie sind seitdem ständige Rechtsprechung.

³⁶ EuGH, *Inspire Art*, Rn. 136 ff.

³⁷ Sandrock, BB 2004, S. 901 spricht sogar pathetisch vom *Tod* der Sitztheorie.

³⁸ Kieninger, ZEuP 2004, S. 690 f.; obwohl die Autorin drei Seiten später einräumt, dass die Rechtsprechung in *Inspire Art* wesentlich über die Gründungstheorie amerikanischer Prägung hinausgeht, vgl. Kieninger, ZEuP 2004, S. 693.

Gründungs- und Sitztheorie gehen. Vielmehr stellt sich die Frage nach der Durchsetzbarkeit von nationalen Kontrollinteressen unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlich garantierten Grundfreiheiten. Daher wurde vereinzelt bereits vorgeschlagen, das Kollisionsrecht jenseits von *Sitztheorie* und *Gründungstheorie* im Sinne einer *europarechtlich moderierten Kontrolltheorie* für alle Gesellschaftsformen zu reformulieren.³⁹

Einigkeit jedenfalls besteht darin, dass auch die vom BGH vorgeschlagene *modifizierte Sitztheorie*, welche zwar eine Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Recht des Gründungsstaates akzeptiert, gleichwohl aber Konsequenzen des Gesellschaftsstatuts nach deutschem Recht beurteilen möchte, genauso gegen die Entscheidungen des EuGH verstößt wie die gänzliche Aberkennung der Rechtsfähigkeit selbst.⁴⁰

Eindeutig verschließe die Entscheidung *Inspire Art* die Möglichkeit, durch so genannte *pseudo-foreign-corporation-Gesetze* oder auch Ansätze wie die *Überlagerungstheorie*⁴¹ bzw. die *Kombinationslehre* zwischen der prinzipiellen Anerkennung der Gesellschaft (Gründungsanknüpfung) und dem Gesellschaftsstatut im Übrigen (Sitzanknüpfung) zu unterscheiden.⁴²

2.5 Kritische Stellungnahme

Die eindeutige Entscheidung des EuGH für die Pluralität im europäischen Gesellschaftsrecht vermag im Ergebnis nicht zu überraschen.

Wenngleich der Einigungsprozess der Europäischen Union in vielen Bereichen unter dem Vorzeichen der Rechtsvereinheitlichung steht, kann eine solche Zielsetzung gerade nicht uneingeschränkt für das Gesellschaftsrecht gelten. Die tiefe Verwurzelung des jeweiligen Gesellschaftsrechts in den Grundstrukturen der nationalen Privatrechte reicht viel zu weit, als dass eine isolierte Vereinheitlichung Erfolg versprechen würde.

³⁹ Vgl. hierzu Schanze/Jüttner, AG 2003, S. 661.

⁴⁰ So zutreffend auch Spindler/Berner, RIW 2003, S. 950; Zimmer, NJW 2003, S. 3585.

⁴¹ Die Überlagerungstheorie vertritt in zahlreichen Beiträgen vor allem: Sandrock, FS-Beitzke, 669 ff.; Sandrock, ZVglRWiss 2003, S. 447 ff.; Sandrock, BB 1999, S. 1343.

⁴² Vgl. Behrens, IPRax 2004, S. 25 f.

Für die freiheitliche Gestaltung des institutionellen Einigungsprozesses gilt damit weiterhin: So viel Harmonisierung wie nötig, so viel Freiheit der Mitgliedstaaten wie möglich.

Auch wenn der EuGH nach der hier vertretenen Auffassung mit den oben dargestellten Entscheidungen richtige Resultate herausgearbeitet hat, so erscheint doch der Weg zu diesen Ergebnissen als fragwürdig.

So sollte die zur Begründung der Entscheidungen herangezogene Niederlassungsfreiheit in ihrer ursprünglichen Intention den Gesellschaften genauso gewährt werden wie den natürlichen Personen die Mobilität innerhalb der Mitgliedstaaten.⁴³ Demzufolge gewährleistet sie für Gesellschaften eigentlich Fragen der Verlegung des Standortes und des Tätigkeitsschwerpunktes.

In den wegweisenden Entscheidungen *Centros* und *Inspire Art* jedoch stand die Standortwahl gar nicht zur Disposition, sondern lediglich die vom Standort losgelöste Rechtsformwahl.⁴⁴ Und trotz der zahlreichen Versuche des EuGH, den Sachverhalt der *Überseering*-Entscheidung von dem des Urteils im Fall *Daily Mail* zu unterscheiden,⁴⁵ so ist bei genauer Betrachtung doch eine eindeutige Änderung der Haltung des EuGH zur Anerkennung von ausländischen Kapitalgesellschaften festzustellen.

Nachdem diese nicht auf einer Änderung des Wortlauts der Artt. 43, 48 EG basiert, sondern sich der EuGH in seiner neuen Haltung auf eine extensive Auslegung der Niederlassungsfreiheit stützt, die nunmehr auch das Recht auf Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaft umfassen soll, geht die Rechtsprechung des EuGH damit eindeutig über eine bloße Wortlautinterpretation hinaus und ist somit als richterliche Rechtsfortbildung zu bezeichnen.⁴⁶

Die Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts wurde damit zur *Chefsache des EuGH*:⁴⁷

⁴³ Dem Grunde nach kann davon ausgegangen werden, dass - plakativ formuliert - die Niederlassungsfreiheit die Arbeitnehmerfreizügigkeit für Selbstständige und Unternehmen ist, so dass in dieser Konstellation auch von einer Konvergenz mit der Bosman-Rechtsprechung auszugehen ist; vgl. hierzu EuGH, Rs. C-415/39 v. 15.12.1995 (Bosman).

⁴⁴ Vgl. Kieninger, ZGR 1999, S. 728 ff.; Steindorff, JZ 1999, S. 1141 f.

⁴⁵ EuGH, *Überseering*, Rn. 82.

⁴⁶ Lehman, RWI 2004, S. 822; so wohl auch: Roth, IPRax 2003, S. 119.

⁴⁷ Roth, IPRax 2003, S. 119.

Indem der EuGH unumstößliche Fakten schafft, erhöht er damit unter dem Vorzeichen pluraler Gesellschaftsrechte *indirekt* den Harmonisierungsdruck im Hinblick auf Struktur- und Haftungsfragen der Kapitalgesellschaften - eine Rechtsangleichung und ein rechtspolitisches Desiderat, welches bislang immer wieder zum Scheitern verurteilt war.⁴⁸

Die Niederlassungsfreiheit dient somit nicht mehr wie originär gedacht dazu, unter möglichst gleichen Rahmenbedingungen den *ökonomischen* Wettbewerb zu fördern,⁴⁹ sondern dient in der Argumentation primär dem Ziel, einen *Wettbewerb der Rechtsordnungen* zu etablieren.⁵⁰

Dennoch können und müssen die Entscheidungen des EuGH letztendlich aus den dargestellten Gründen begrüßt werden.

So ist die durch den EuGH induzierte Abkehr von der Sitztheorie auch erstaunlich schnell von der deutschen Gerichtsbarkeit vom BGH über den BFH bis hin zu den Instanzgerichten übernommen worden.⁵¹ Vereinzelt abweichende - in der Zwischenzeit korrigierte - Entscheidungen beruhten wohl auf einer Fehlinformation durch das Bundesministerium der Justiz, das den Landesjustizverwaltungen noch am 18.11.2002 mitteilte, dass die Sitztheorie noch nicht endgültig gescheitert sei.⁵²

Die nähere Betrachtung der Urteile verdeutlicht aber, dass die Entscheidungen nicht so eindeutig sind wie vielfach dargestellt, sondern durchaus kritischer Würdigung und Auslegung bedürfen.

So gründet die oben dargestellte Auffassung, die EuGH-Entscheidungen stellten gar keine Abkehr von der Sitztheorie dar, sondern verlangten nur dann die Anwendung des Gründungsrechts, wenn sonst eine Verletzung der Grundfreiheiten

⁴⁸ So auch Bayer, BB 2003, S. 2365; Schulz/Sester, EWS 2002, S. 545; Schön, ZHR 160, 1996, S. 232 ff.; Behrens, FS-Mestmäcker, S. 839 ff.

⁴⁹ Bayer, BB 2003, S. 2366.

⁵⁰ Steindorff, JZ 1999, S. 1142; so spricht sogar der Generalanwalt von einem *begrüßenswerten Wettbewerb der Rechtsordnungen*, vgl. EuGH, *Centros*, Schlussanträge, Rn. 20, bei Fn. 48: „*En l'absence d'harmonisation, en somme, c'est la concurrence entre systèmes normatifs qui doit pouvoir s'exercer librement, même en matière de sociétés commerciales.*“

⁵¹ BGH, BB 2005, S. 1018; BFH, BB 2003, S. 2110; Sedemund, BB 2003, S. 1362; Bay-ObLG, NZG 2003, S. 290; OLG Celle, IPRax 2003, S. 245; OLG Zweibrücken, BB 2003, S. 864; Wagner, GmbHR 2003, S. 684 ff.; Wassermeyer, EuZW 2003, S. 257.

⁵² Bayer, BB 2003, S. 2363, mit Verweis auf LG Frankenthal, NJW 2003, S. 762, aufgehoben durch OLG Zweibrücken, BB 2003, S. 864; AG Lüneburg, IPRax 2003, S. 266, aufgehoben durch OLG Celle, IPRax 2003, S. 245.

aus dem EG-Vertrag zu befürchten sei, in der Tat auf bestechlichen Argumenten.⁵³ Nicht die Entscheidung über Theorien, sondern lediglich die durch diese hervorgerufene Verletzung von geltendem Recht könne Gegenstand einer EuGH-Entscheidung sein. Gleichwohl kann im Ergebnis davon gesprochen werden, dass die gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Niederlassungsfreiheit de facto durch die EuGH-Entscheidungen für Deutschland fast ausnahmslos die einheitliche Anwendung der Gründungstheorie erfordert, auch wenn europarechtlich mit der Entscheidung zugegebenermaßen kein Kollisionsrecht statuiert wird. Allerdings wird auf Grund des materiell-rechtlich höherrangigeren Gehalts der Grundfreiheiten gerade hierdurch der Maßstab für die Zulässigkeit von beschränkenden Regelungen durch den Empfangsstaat definiert.

Hieraus aber ergibt sich der Grundgedanke der Vorrangigkeit des Gründungsrechts. Und in der Tat ließe sich die Sitztheorie speziell für Deutschland allenfalls mit so vielen Ausnahmen aufrechterhalten, dass sie ihre Konturen völlig verlieren würde. Auch wenn sich die hier behandelten Entscheidungen des EuGH auf die Rechtsfolgen der Anwendung der Theorie im Zuzugsfall beschränken und insofern also keinen unmittelbaren kollisionsrechtlichen Charakter haben, sollte die Sitztheorie schon aus Gründen der Praktikabilität insgesamt nicht mehr angewandt werden.

Sollte das von der Gegenansicht angeführte Beispiel zu beurteilen sein, dass in Wirklichkeit das Recht des Gründungsstaates strenger anzusehen ist als dasjenige der Bundesrepublik Deutschland, so käme für diese Konstellation auch weiterhin die Beurteilung nach deutschem Recht auf Grund einer ausbleibenden Verletzung der Niederlassungsfreiheit in Betracht.⁵⁴

Die Grundfreiheiten schaffen damit keine neuen Kollisionsregeln, sie modifizieren aber das durch sie berufene Sachrecht.⁵⁵

⁵³ Altmeppen, NJW 2004, S. 97 ff., der jedoch als Ergebnis relativierend und damit letztlich inkonsequenterweise festhält, dass die *Grundlagen der Gesellschaft* wie die Entstehung, Verfassung, Erlöschen und Umwandlung sehr wohl in jedem Fall nach dem Recht des Gründungsstaates zu beurteilen seien.

⁵⁴ Gleichwohl wird diese Konstellation für Deutschland auf Grund des hohen Stellenwertes des Gläubigerschutzes gerade für die hier zu untersuchenden Haftungsfragen faktisch kaum in Betracht kommen.

⁵⁵ Spindler/Berner, RIW 2004, S. 7; Bruinier, Grundfreiheiten, S. 39 ff.

Es bleibt abzuwarten, in welcher Intensität die deutschen Gerichte dem damit verbundenen Anspruch gerecht werden können, das (auf Grund der Ausrichtung der nationalen Juristenausbildung teils noch in weiten Bereichen für manche Richter unbekannte) ausländische Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates künftig in die Rechtsfindung einzubeziehen. *Wulf Goette* jedenfalls, der im Mai 2005 den Vorsitz des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Senats beim BGH übernommen hat, steht der Anwendung des ausländischen Gläubigerschutzrechts eher zurückhaltend gegenüber.⁵⁶

⁵⁶ Goette, DStR 2005, S. 201; so auch interpretiert von Redeker, ZInsO 2005, S. 1037.

III. DIE HAFTUNGSTATBESTÄNDE NACH DEUTSCHEM RECHT IM EINZELNEN

Nach der Abkehr von der Sitztheorie stellt sich nunmehr die Frage, ob und falls bejahend, auf welche Weise eine Anwendung des Rechts am tatsächlichen Sitz der Gesellschaft - vorliegend titelgemäß das der Bundesrepublik Deutschland - in Betracht kommt. So könnte es durchaus sein, dass einzelne Überlagerungen über das ausländische Gesellschaftsstatut hinweg durchaus anzuerkennen sind, sofern diese in der Konsequenz auch gerechtfertigt werden bzw. gar keiner Rechtfertigung bedürfen.⁵⁷ Obwohl also nach der herrschenden Meinung deutsches Kapitalgesellschaftsrecht auf ausländische Kapitalgesellschaften nach der Entscheidung *Inspire Art* prinzipiell nicht anzuwenden ist, sollen Ausnahmen jedenfalls dann in Betracht kommen, wenn unerträgliche Schutzlücken bei der Anwendung des Gründungsrechts entstehen würden.⁵⁸ In welcher Art und Weise eine solche Haftung nach deutschem Recht im Lichte der EuGH-Rechtsprechung als möglich erscheint, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

1. Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 11 II GmbHG analog

Ausgangspunkt vieler gesellschaftsrechtlicher Diskussionen ist eine mögliche Haftung nach § 11 II GmbHG analog. Naturgemäß steht dabei wiederum die Frage nach der Bedeutung der Niederlassungsfreiheit im Vordergrund.

1.1 Handelndenhaftung gem. § 11 II GmbHG analog als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

Allgemein anerkannt und hier nicht weiter erläuterungsbedürftig ist die persönliche Handelndenhaftung im deutschen Recht für Handlungen im Namen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor deren Eintragung in das Handelsregister für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten nach § 11 II GmbHG.⁵⁹ Der An-

⁵⁷ Vgl. Sandrock, ZVglRWiss 2003, S. 447.

⁵⁸ Leible, ZGR 2004, S. 533; Palandt, *Heldrich*, Anh., Art. 12 EGBGB, Rn. 6 f.; Meilicke, GmbHR 2003, S. 1271 f.; Wachter, GmbHR 2004, S. 101.

⁵⁹ Analog gelten diese Ausführungen selbstverständlich auch für vorvertragliche Pflichtverletzungen wie beispielsweise der *culpa in contrahendo*, vgl. hierzu auch Spindler/Berner, RIW 2004, S. 12.

satz, eine dieser Regelung entsprechende Haftung auch für ausländische Kapitalgesellschaften herzuleiten, besteht nun darin, auch für die Handelnden einer ausländischen, ebenfalls in der Haftung beschränkten Gesellschaft, in gleicher Weise die Pflicht zur Eintragung dieser Haftungsbeschränkung in das Handelsregister zu begründen. Erfolgt die Eintragung dieser Haftungsbeschränkung nicht, so müsse der im Namen der Gesellschaft handelnde Geschäftsführer gem. § 11 II GmbHG analog für die eingegangenen Verbindlichkeiten haften.

Die Bildung einer Analogie erscheint methodisch auch nicht als von vornherein ausgeschlossen, galt in Deutschland doch jahrelang die Sitztheorie, so dass basierend auf dieser Praxis der deutsche Gesetzgeber bewusst keine Regelung über die Haftung von verantwortlichen Personen ausländischer Kapitalgesellschaften erlassen hatte. Eine planwidrige Regelungslücke ist mithin gegeben.

Allerdings wird in dieser Gleichsetzung mit einer mangels Eintragung in einem deutschen Handelsregister nicht als GmbH existenten Gesellschaft nach § 11 I GmbHG und der damit verbundenen persönlichen Handelndenhaftung der Geschäftsführer analog § 11 II GmbHG eine Beeinträchtigung der im EG-Vertrag in den Artt. 43, 48 EG garantierten Niederlassungsfreiheit gesehen. Durch die Gleichstellung mit einer noch nicht existenten GmbH lediglich auf Grund der gewollten Haftungsbeschränkung werde der im EU-Ausland wirksam gegründeten Gesellschaft von einem anderen Mitgliedstaat die Rechts- und Parteifähigkeit abgesprochen. Die Handelndenhaftung dürfe nicht ausnahmsweise dem Sitzrecht der Gesellschaft unterstellt werden.⁶⁰ Denn nach den Grundsatzentscheidungen *Überseering* und *Inspire Art* folge aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit einer solchen Gesellschaft zugleich, dass auch deren Personalstatut in Bezug auf die Handelndenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern maßgeblich ist.⁶¹ Denn nicht allein in der Nichtanerkennung der Auslands-gesellschaft liege eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, sondern in gleicher Weise schon im Verlust der Haftungsprivilegierung, den die Gesellschafter der Kapitalgesellschaft ausländischen Rechts erleiden würden.⁶²

⁶⁰ Eidenmüller, NJW 2005, S. 1619.

⁶¹ BGHZ 154, S. 185/189.

⁶² Forsthoff, BB 2002, S. 321; Schulz, NJW 2003, S. 2706 f.

Eine Haftung des Geschäftsführers gem. § 11 II GmbHG analog scheide damit dem Grunde nach wegen der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus.

Überraschenderweise wird dieser Verstoß gegen die europarechtlich garantierte Niederlassungsfreiheit von den Vertretern dieser Haftungsherleitung jedoch gar nicht abgestritten.

Allerdings wird vertreten, dass diese Einschränkung zulässig sei. Während eine Charakterisierung als geringfügige Beeinträchtigung offensichtlich auf Grund der Intensität der Beschränkung ausscheidet, kann bei intensiveren Eingriffen wie dem vorliegend angewandten Haftungstatbestand nach dem Vier-Konditionen-Test ausnahmsweise keine unzulässige, sondern eine gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gegeben sein.

1.2 Rechtfertigungsmöglichkeit der Beeinträchtigung

So macht die deutsche Regierung in der Entscheidung *Überseering* geltend, dass die Anwendung der Sitztheorie als eine Beschränkung ohne Diskriminierung angesehen werden könne, die durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sei und in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen stehe. Als nicht diskriminierend müsse eine Beurteilung an Hand der Sitztheorie schon deshalb eingestuft werden, weil die sich daraus ergebenden Rechtsregeln nicht nur für ausländische Gesellschaften gelten würden, die sich durch Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland dort niederließen, sondern auch für Gesellschaften deutschen Rechts, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz aus Deutschland heraus verlegten.⁶³ Eine solche uniform wirkende Regelung ist jedoch im Falle der Beeinträchtigung des Marktzugangs ebenso rechtfertigungsbedürftig.

Die Ansätze, eine solche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen, variieren in einem breiten Spektrum.

Es stellt sich also die Frage, ob Rechtfertigungsaspekte wie das Gläubigerschutzinteresse, Fiskalinteressen oder andere Schutzinteressen die Vorausset-

⁶³ EuGH, *Überseering*, Rn. 85 ff: wengleich die Argumentation der deutschen Regierung nicht in concreto im Zusammenhang mit einer möglichen Handelndenhaftung erfolgte, sondern hinsichtlich der generellen Anerkennung der Rechtsfähigkeit, so können die angeführten Argumente jedoch gerade auch in der hier zu erörternden Konstellation möglicher Haftungsfragen Geltung beanspruchen.

zungen des Vier-Konditionen-Tests erreichen und damit als zwingende Gründe des Allgemeininteresses insbesondere das viel diskutierte Kriterium der Erforderlichkeit erfüllen, um so eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen.

1.2.1 Gläubigerschutz

So sei insbesondere aus Gründen des *Gläubigerschutzes* durch Anwendung der Sitztheorie zu gewährleisten, dass eine im EU-Ausland gegründete Kapitalgesellschaft mit Tätigkeitsschwerpunkt in Deutschland den deutschen Gründungs- und Haftungsvorschriften unterworfen wird.

Während das deutsche internationale Gesellschaftsrecht in hohem Maße der Rechtssicherheit und dem Gläubigerschutz diene, unterlägen Gesellschaften mit beschränkter Haftung in anderen Mitgliedstaaten zum Teil wesentlich geringeren Anforderungen. Eine Umgehung dieser Vorschriften müsse durch eine persönliche Haftung der für die Auslandsgesellschaft handelnden Personen gem. § 11 II GmbHG analog verhindert werden.

Hinsichtlich des Gläubigerschutzes bleibt jedoch festzuhalten, dass die Gesellschaftsgläubiger durch die Publizität, welche durch die gesellschaftsrechtlichen Richtlinien gewährleistet ist⁶⁴ und am deutlichsten durch den ausländischen Rechtsformzusatz zum Ausdruck kommt, erkennen können, dass die ausländische Kapitalgesellschaft anderen Rechtsvorschriften als derjenigen unterliegt, die in Deutschland bezüglich der persönlichen Geschäftsführerhaftung gelten mögen und sich so entsprechend - wie beispielsweise durch die Einräumung zusätzlicher Sicherheiten - absichern können.⁶⁵

Mit diesem so genannten *Informationsmodell des EuGH*⁶⁶, welches insbesondere auf die Selbstschutzmöglichkeit der Gläubiger abstellt, entwickelt der EuGH in Analogie zu seinem im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit herausgearbeiteten

⁶⁴ So verweist der EuGH in *Centros* in Rn. 36 insbesondere auf die 4. Gesellschaftsrechtliche Richtlinie vom 25.7.1978 (Jahresabschlussrichtlinie) – 78/660/EWG sowie auf die 11. gesellschaftsrechtliche Richtlinie vom 22.12.1989 (Zweigniederlassungsrichtlinie) – 89/666/EWG; bei tatsächlicher Sitzverlagerung nach Deutschland soll die Erste Richtlinie 68/151/EWG (Publizitätsrichtlinie) vom 9.3.1968, ABl. EG 1968 L 65/8 über die Harmonisierung der Publizitätsanforderungen zur Anwendung kommen.

⁶⁵ EuGH, *Centros*, Rn. 37; Weller, DStR 2003, S. 1802.

⁶⁶ EuGH, *Inspire Art*, Rn. 135 ff.

*Konzept des mündigen Verbrauchers*⁶⁷ ein vergleichbares Konstrukt und wendet dieses auf die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften an.⁶⁸ Demnach soll den berechtigten Schutzinteressen insbesondere durch eine angemessene Information begegnet werden. Somit zielt der EuGH genau wie das vergleichbare englische Recht⁶⁹ auf die Eigenverantwortung der Gläubiger ab und geht damit von einem *mündigen Gläubiger* aus, der insbesondere durch den ausländischen Rechtsformzusatz um eine eventuell anders gelagerte Haftungsausgestaltung der verantwortlichen Personen wisse. Ergänzt durch zusätzliche gemeinschaftsrechtliche Publizitätsanforderungen an die ausländischen Kapitalgesellschaften sei damit die Beeinträchtigung unter Gläubigergesichtspunkten bereits schon nicht erforderlich.⁷⁰

1.2.2 Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern

Die Beurteilung einer ausländischen Kapitalgesellschaft an Hand der Sitztheorie nach deutschem Recht könnte jedoch auch auf Grund der in vielen Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestalteten Regelungen zum Schutz von Arbeitnehmern und von Minderheitsgesellschaftern gerechtfertigt sein. So besteht die Gefahr der Umgehung von Mitbestimmungsvorschriften, die gerade nach deutschem Recht einen hohen Stellenwert einnehmen, für den Fall, dass der tatsächliche Verwaltungssitz einer ausländischen Kapitalgesellschaft nach Deutschland verlegt werden kann und die Gesellschaft hierbei ihre Eigenschaft als Gesellschaft des im EU-Ausland geltenden Rechts bewahren würde.⁷¹ Beispielsweise ist nach den dort geltenden Regelungen häufig keine organschaftliche Mitbestimmungsververtretung der Arbeitnehmer in Form des Aufsichtsrates existent. Auch hinsichtlich des Schutzes der Minderheitsgesellschafter sollte es einem Mitgliedstaat möglich sein, für in seinem Hoheitsgebiet tätige Gesellschaften die gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen.⁷² Minderheitsgesellschafter und

⁶⁷ Leisner, EuZW 1991, S. 499 f.

⁶⁸ Halbhuber, Limited Company, S. 147.

⁶⁹ Vgl. zum *self-help-approach* u.a.: Hirt, ECFR 2004, S. 77 ff.; Schall, ZIP 2005, S. 965.

⁷⁰ Eidenmüller, NJW 2005, S. 1619.

⁷¹ Vgl. Sandrock, ZVglRWiss 2003, S. 486 f.; Müller-Bonanni, GmbHR 2003, S. 1235 ff.; Veit/Wichert, AG 2004, S. 14; Junker, NJW 2004, S. 728.

⁷² EuGH, *Überseering*, Rn. 88.

Arbeitnehmer sollen nach dieser Ansicht vor einem Ausweichen in wesentlich laxere ausländische Rechtssysteme geschützt werden.⁷³

1.2.3 Fiskalinteressen

Zudem spreche gegen eine Abkehr von der Sitztheorie, dass damit die Gründung von Gesellschaften mit doppelter Ansässigkeit in besonderem Maße ermöglicht würde, mit der Folge, dass diese in zwei oder mehr Mitgliedstaaten steuerpflichtig seien. Hieraus ließen sich für diese Gesellschaften in mehreren Mitgliedstaaten gleichzeitig Steuervorteile wie beispielsweise durch die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verrechnung von Verlusten auf Gewinne zwischen verbundenen Unternehmen oder im Fall der Beendigung der inländischen Steuerpflicht bei grenzüberschreitendem Wegzug auf Grund des nationalen Steuerrechts und der Doppelbesteuerungsabkommen in bestimmten Konstellationen durchsetzen.⁷⁴

1.3 Missbräuchliche Berufung auf die Niederlassungsfreiheit

Schließlich könnte die bewusste Umgehung nationaler Vorschriften als missbräuchliche Berufung auf die Niederlassungsfreiheit gesehen werden und damit zur Folge haben, dass die Beeinträchtigung für die betroffene Gesellschaft keine Wirkung entfaltet, sie also von der Niederlassungsfreiheit nicht geschützt ist.

Betrachtet man allerdings die Bekämpfung einer missbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit, so stellt nach dem oben dargelegten restriktiven System an Voraussetzungen sogar die bewusste Ausnutzung unterschiedlicher Rechtssysteme für sich allein betrachtet - sieht man vom Fall des Betrugs ab - noch keinen Missbrauch dar, auch wenn sie in der Maximierung der größtmöglichen Nutzenvorteile erfolgt.⁷⁵ Vielmehr löse die Ausnutzung des Gefälles zwischen den mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechten sogar einen begrüßenswerten Wettbewerb der Rechtsordnungen aus.⁷⁶ Es sei gerade Sinn und Zweck der Vertragsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit, es den nach dem Recht eines Mitgliedstaates errichteten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre

⁷³ Müller, NZG 2003, S. 415.

⁷⁴ EuGH, *Überseering*, Rn. 90; Kieninger, ZEuP 2004, S. 696.

⁷⁵ EuGH, *Inspire Art*, Rn. 139.

⁷⁶ So Schulz/Sester, EWS 2002, S. 552; Weller, IPRax 2003, S. 208.

Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Europäischen Union haben, zu erlauben, mittels einer Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft in anderen Mitgliedstaaten tätig zu werden.⁷⁷ Nach ständiger Rechtsprechung belegt auch der Umstand, dass eine Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, keine Tätigkeit entfaltet und ihre Tätigkeit ausschließlich oder hauptsächlich im Mitgliedstaat ihrer Zweigniederlassung ausübt, noch kein missbräuchliches und betrügerisches Verhalten, das es dem letzteren Mitgliedstaat erlauben würde, auf die betreffende Gesellschaft die Gemeinschaftsvorschriften über das Niederlassungsrecht nicht anzuwenden.⁷⁸ Eine generalpräventive Anwendung des strengeren Sitzrechts kann somit nicht mit Hinblick auf einen möglichen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit erfolgen.⁷⁹ Somit kommt ein Fall des Missbrauchs der Niederlassungsfreiheit nur in sehr seltenen Einzelfällen vor.⁸⁰ Ob dogmatisch in solchen Fällen eine tatbestandliche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eintritt oder aber der Rechtsmissbrauch zu einer Rechtfertigung der zur Vermeidung des Missbrauchs angewandten Normen führt, kann dabei als rechtstheoretischer Streit dahinstehen.⁸¹

1.4 Kritische Stellungnahme

Während eine missbräuchliche Berufung auf die Niederlassungsfreiheit wie dargestellt nach der eindeutigen Rechtsprechung des EuGH wie auch nach herrschender Auffassung in der Literatur unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit offensichtlich nicht in Betracht kommt, lässt es sich nicht ausschließen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Arbeitnehmer, der Minderheitsgesellschafter oder des Fiskus unter gewissen Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.⁸²

⁷⁷ EuGH, *Centros*, Rn. 26.

⁷⁸ EuGH, *a.a.O.*, Rn. 29.

⁷⁹ So Kieninger, ZEuP 2004, S. 698.

⁸⁰ Vgl. das Beispiel bei Weller, DStR 2003, S. 1803, wenn etwa eine *Ltd.* lediglich als unterkapitalisiertes Prozessvehikel eingesetzt wird, um hierdurch a priori wenig aussichtsreiche Klagen mit *Erpressungspotenzial* anzustrengen.

⁸¹ So auch der EuGH selbst, EuGH, *Centros*, Rn. 17 f., 38; EuGH, *Inspire Art*, Rn. 95 ff.

⁸² EuGH, *Überseering*, Rn. 92.

Eine Anwendung der Sitztheorie und die damit konsequenterweise verbundene Aberkennung der Parteifähigkeit kommen jedoch einer Enteignung genauso gleich wie die vorübergehend erwogene *Umwandlungslösung* des BGH.⁸³ Denn paradoxerweise führt die vermeintlich dem Gläubigerschutz dienende Anwendung der Sitztheorie durch die gänzliche Aberkennung der Parteifähigkeit in gewissen Konstellationen zum Ausfall einer Forderung durch eine Gesellschaft, deren Gläubigern die Anwendung eigentlich nützen sollte.⁸⁴

Dennoch ist eine Rechtfertigung der Anwendung der Sitztheorie nicht ausgeschlossen. Und wenn dies nach Ansicht des EuGH sogar für die Frage nach der gänzlichen Aberkennung der im Gründungsstaat nach dem dortigen Recht erlangten Rechtsfähigkeit gilt - wenngleich im Ergebnis auch verneint - so kommen die genannten Aspekte erst Recht für eine teilweise nach deutschem Recht vorgenommene Beurteilung in Haftungsfragen in Betracht.

So ist das den Gläubigerschutz verneinende *Informationsmodell* des EuGH durchaus mit Skepsis zu betrachten. Es dürfte einleuchten, dass zwar Gläubiger von Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften nach dieser Argumentation auf Grund des ausländischen Rechtsformzusatzes wohl hätten erkennen können, dass die ausländische Kapitalgesellschaft anderen Regelungen auch im Bereich der persönlichen Geschäftsführerhaftung unterliegen. Gleiches gilt aber nicht für gesetzliche Gläubiger.⁸⁵ Bei diesen kann nicht die Selbstschutzmöglichkeit vorausgesetzt werden, so dass die Schwächen des *Informationsmodells* schon hier offenkundig werden. Doch auch für die Gruppe der *schwachen Vertragsgläubiger*,⁸⁶ die im Gegensatz zur Gruppe der professionellen und marktmächtigen Vertragsgläubiger wie beispielsweise den Banken, eine eigene Interessenvertretung nicht effektiv durchzusetzen vermag, erscheint das vom EuGH vorgeschlagene *Informationsmodell* wohl mehr als unbefriedigend.

Aber auch mit Blick auf das von den einzelnen Mitgliedstaaten zu bildende Firmenrecht erscheinen die Aussagen des EuGH zunächst als nicht konsequent.

⁸³ Roth, IPRax 2003, S. 119 f.

⁸⁴ Vgl. hierzu Kieninger, ZEuP 2004, S. 688.

⁸⁵ So zutreffend auch Spindler/Berner, RIW 2004, S. 14; Ulmer, JZ 1999, S. 663.

⁸⁶ Vgl. zum Begriff, Roth, ZGR 2005, S. 359; des Weiteren: Carney, Limited Liability, S. 675 ff.; Halpern, Limited and extended liability, S. 581 ff.; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 607.

Während das vom EuGH zu Grunde gelegte *Auftreten als ausländische Gesellschaft* wohl impliziert, dass Kapitalgesellschaften im ausländischen Rechtsverkehr stets den Rechtsformzusatz des Gründungsstaates anzugeben haben, so erlaubt dies aber gerade *keine* eindeutige Zuordnung zu einer bestimmten europäischen Rechtsordnung:⁸⁷ Die *GmbH* gibt es in Deutschland und Österreich, die *S.A.R.L.* existiert in Luxemburg und Frankreich und die Rechtsform der *Ltd.* wird sowohl in England, als auch in Schottland und Irland gewählt.⁸⁸ Betrachtet man jedoch die zentrale Rolle der Erkennbarkeit des ausländischen Gesellschaftsstatuts in der Argumentation des EuGH, so ergeben sich nach der hier vertretenen Einschätzung nur zwei Interpretationen, wie dem dargestellten Problem beizukommen ist. Entweder wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, den Gesellschaften ein eindeutiges Auftreten als Auslandsgesellschaft vorzuschreiben oder aber es kommt dem EuGH nur darauf an, dass die betroffenen Gläubiger überhaupt auf die Eigenschaft *ausländisch* aufmerksam gemacht werden, ohne dafür die exakte Herkunft vorauszusetzen. Die erste Alternative jedoch wurde vom EuGH in der Entscheidung *Inspire Art* als zusätzliche Verpflichtung bezüglich der Offenlegung der Gesellschaften und wegen der damit verbundenen *Stigmatisierungswirkung* als richtlinienwidrig gewertet.⁸⁹ Als Konsequenz kann damit nur der *kleinste gemeinsame Nenner* verbleiben, d.h. die Mitgliedstaaten haben von den Auslandsgesellschaften nur zu verlangen, so aufzutreten, dass es sich offenkundig nicht um eine Gesellschaft inländischen Rechts handelt. In Fällen, in denen eine Verwechslungsgefahr mit eigenen inländischen Rechtsformzusätzen besteht, muss den Mitgliedstaaten aber sodann die Befugnis eingeräumt werden, durch geeignete Maßnahmen die geeignete Kennzeichnung als ausländische Gesellschaft zu ermöglichen.⁹⁰ Nur so können die Erwägungen des EuGH wohl ohne logische Widersprüche gewertet werden. Dennoch ist nach der hier vertretenen Auffassung eine persönliche Haftung des Geschäftsführers einer ausländischen Kapitalgesellschaft nach deutschem Recht

⁸⁷ So auch Leible/Hoffmann, EuZW 2002, S. 680.

⁸⁸ Vgl. den anschaulichen Überblick bei: Schwarz, Europäisches GesR, S. 169 ff.

⁸⁹ EuGH, *Inspire Art*, Rn. 65 ff.; Weller, DStR 2003, S. 1802.

⁹⁰ So zutreffend Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, *Zimmer*, Anh. § 17, Rn. 29; MüKo, HGB, *Bokelmann*, § 13d, Rn. 20; Leible/Hoffmann, EuZW 2002, S. 681, die einen Herkunftslandzusatz in Klammern in Erwägung ziehen.

gem. § 11 II GmbHG analog aus Gläubigergesichtspunkten auch nicht erforderlich im Sinne des Vier-Konditionen-Tests.⁹¹ Wenngleich nicht in derselben Intensität und mit unterschiedlichen Mitteln, so gewährleisten doch alle Mitgliedstaaten auf ihre Weise in ihren Rechtsordnungen jeweils einen angemessenen Schutz für die Gläubiger von nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften.⁹² Dass dieser Schutz unter Umständen im fest verankerten Rahmen der garantierten Niederlassungsfreiheit im Einzelfall auch hinter dem als relativ gläubigerfreundlich einzustufenden deutschen Rechtssystem zurückbleiben kann, ist notwendiger Ausfluss der Ausgestaltung des europäischen Gesellschaftsrechts, in dessen Rahmen sich der EuGH und die Mitgliedstaaten bewusst für das Leitprinzip der Pluralität entschieden haben.

Schließlich genügt die Sitztheorie im Hinblick auf den Schutz von Arbeitnehmerinteressen sogar nicht einmal den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Denn bei konsequenter Nichtanerkennung ausländischer Kapitalgesellschaften nach der ursprünglich verwendeten Sitztheorie wären selbst solche ausländischen Gesellschaften betroffen, die mangels entsprechender Arbeitnehmerzahl überhaupt nicht der deutschen Mitbestimmung unterliegen.⁹³ Und selbst wenn man annehmen wollte, dass die Unternehmensmitbestimmung etwa im Wege des *ordre public* umfasst wäre, so führt die rechtsformspezifische Anknüpfung an bestimmte Gesellschaftstypen des deutschen Rechts doch dazu, dass die Anwendung des deutschen Mitbestimmungsrechts auf fremde Gesellschaftsformen ins Leere läuft.⁹⁴

Auch hinsichtlich der Schutzinteressen der Minderheitsgesellschafter oder des Fiskus muss konstatiert werden, dass die Beurteilung an Hand der Sitztheorie nach dem deutschen Recht - und sei es auch nur auf dem Gebiet der Haftungsfragen - nicht als zwingende Gründe des Gemeinwohls anzusehen sind, die in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen stehen. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit nach dem Gründungsrecht der Kapitalgesellschaft

⁹¹ So auch Eidenmüller, Kapitalgesellschaften, *ders.*, § 3, Rn. 43 ff.

⁹² Gräfe, DZWIR 2005, S. 411; vgl. zur Prüfung, ob ein ausreichender Gläubigerschutz nicht auch bereits durch das Gründungsrecht gewährleistet wird: Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, S. 173 f.; Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, *Forsthoff/Schulz*, § 15, Rn. 15; Sandrock/Wetzler, Wettbewerb der Rechtsordnungen, *Sandrock*, S. 37 f.

⁹³ Vgl. Schulz/Sester, EWS 2002, S. 549.

⁹⁴ Junker, NJW 2004, S. 729; Müller-Bonanni, GmbHR 2003, S. 1237.

beinhaltet ebenso die Anerkennung des Personalstatuts der Kapitalgesellschaft nach dem am Ort der Gründung maßgeblichen Recht, und dadurch auch die damit unmittelbar verbundenen Haftungsfragen. Eine andere Beurteilung käme der Negierung der den Gesellschaften in den Artt. 43, 48 EG garantierten Niederlassungsfreiheit gleich. Der bezeichnete Haftungstatbestand ist also gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren und richtet sich somit nach dem Gründungsstaat.⁹⁵

2. Haftung wegen Nichteintragung einer Zweigniederlassung nach § 13d ff. HGB i.V.m. § 11 II GmbHG de lege lata oder analog

Eine weitere Möglichkeit, die persönliche Haftung des Geschäftsführers nach § 11 II GmbHG analog herzuleiten, wird zum Teil darin gesehen, dass dieser es möglicherweise entgegen der Vorschrift der §§ 13d ff. HGB unterlassen hat, eine Zweigniederlassung der ausländischen Kapitalgesellschaft bei entsprechend intensivem Tätigkeitsschwerpunkt in Deutschland zum Handelsregister angemeldet zu haben.

So ist nach dem extrem weit auszulegenden Zweigniederlassungsbegriff der 11. Richtlinie⁹⁶ eine solche Eintragung sowohl unabhängig von der Existenz einer ausländischen Hauptniederlassung als auch unabhängig von der Niederlassungsform und -größe erforderlich.⁹⁷ Die dadurch prinzipiell begründete Anmeldepflicht wird im Falle eines Verstoßes in der Regel durch die Festsetzung eines Zwangsgeldes gem. § 14 HGB, §§ 132 ff. FGG sanktioniert.

Diese Form der Ahndung soll jedoch nach einer teilweise vertretenen Auffassung zusätzlich durch eine persönliche Haftung des für die Nichterfüllung der Anmeldepflicht Verantwortlichen gem. § 11 II GmbHG analog ergänzt werden.⁹⁸

Ob und auf welche Weise eine solche Sanktionsverschärfung hergeleitet werden kann, ist jedoch durchaus fraglich. Während eine solche Sanktion de lege lata

⁹⁵ So zutreffend auch Jara/Schlichte, RIW 2006, S. 112.

⁹⁶ 11. Richtlinie 89/666/EWG des Rates v. 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsform errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, Abl. EG Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 36.

⁹⁷ So fand im betroffenen Fall *Inspire Art* die gesamte Geschäftstätigkeit im betroffenen Mitgliedstaat statt. Dennoch erachtete der EuGH die 11. Richtlinie für einschlägig.

⁹⁸ Vgl. Leible/Hoffmann, EuZW 2003, S. 679.

eindeutig nicht vorgesehen ist, kommt eine Analogie zu § 11 II GmbHG in Betracht. Zwar hat sich der deutsche Gesetzgeber bei der Sanktionierung einer Nichteintragung bewusst auf das Zwangsgeld beschränkt, so dass zunächst keine Regelungslücke vorzuliegen scheint. Allerdings kann durch die Abkehr von der in der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig angewandten Sitztheorie durchaus davon gesprochen werden, dass hierdurch eine Lücke in der Schutzkonzeption des deutschen Rechts entstanden ist, so dass gesetzestechnisch auch eine Regelungslücke anzunehmen ist. Nichtsdestotrotz ist die analoge Anwendung des § 11 II GmbHG unter europarechtlichen Gesichtspunkten nicht unbedenklich.

Zwar müssen nach Art. 12 der 11. Richtlinie 89/666/WG die Vertragsstaaten geeignete Sanktionen für den Fall androhen, dass die erforderliche Offenlegung von Zweigniederlassungen unterbleibt. Allerdings müssen diese Sanktionen zur Bekämpfung von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleiche Verstöße gegen nationales Recht. Die Sanktion muss dabei insbesondere auch wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.⁹⁹

Um eine Diskriminierung von ausländischen Gesellschaften aus einem anderen Mitgliedstaat zu verhindern, müsste eine persönliche Handelndenhaftung als Sanktion also in der gleichen Weise auch für inländische Gesellschaften gelten, wenn diese gegen ihre Anmeldepflicht von Zweigniederlassungen verstoßen.¹⁰⁰

Als zulässige und verhältnismäßige Sanktion sieht das deutsche Recht in § 14 HGB jedoch lediglich die Festsetzung von Zwangsgeld für den Fall eines Verstoßes gegen die Anmeldepflicht vor, nicht hingegen haftungsrechtliche Konsequenzen.¹⁰¹ Zudem vermag nichts dafür zu sprechen, dass diese Zwangsgeldandrohung nicht effektiv genug ist, um den damit verfolgten Zweck zu rea-

⁹⁹ EuGH, NJW 1990, S. 2245; Leible/Hoffmann, EuZW 2003, S. 678.

¹⁰⁰ EuGH, *Inspire Art*, Rn. 63 f.; a.A. Leible/Hoffmann, EuZW 2003, S. 679, die mit teleologischer Betrachtung des Eintragungserfordernisses hinsichtlich der Verfügbarkeit von Informationen über die Gesellschaft nicht wie die h.M. die Anmeldung von weiteren Zweigniederlassungen der inländischen Gesellschaften als Vergleichsmaßstab heranziehen, sondern deren erstmalige Eintragung.

¹⁰¹ So Baumbach/Hopt, HGB, *Hopt*, § 14, Rn. 2.

lisieren.¹⁰² Verglichen mit dieser Rechtsfolge erscheint die erwogene *Zusatzbestrafung* in Form einer persönlichen Handelndenhaftung als ungleich schwerwiegende Sanktion. In logischer Konsequenz bestünde dann kein Unterschied mehr zu der Sanktion für Handlungen vor Eintragung einer inländischen Kapitalgesellschaft, was sich aus Wertungsgründen als nicht tragbar herausstellen muss. Eine generelle Handelndenhaftung bei Verstößen gegen die Anmeldepflicht einer Zweigniederlassung ist somit nach der hier vertretenen Auffassung als eine unverhältnismäßige und damit unzulässige Maßnahme einzustufen.

3. Haftung aus Deliktsrecht und besondere Haftungstatbestände

Einen Freibrief stellen die Abkehr von der Sitztheorie und damit die Beurteilung nach dem Haftungsrecht des EU-Gründungsstaates für die Geschäftsführer ausländischer Kapitalgesellschaften jedoch nicht dar. So weist der BGH explizit auf die mögliche Anwendbarkeit deutschen Rechts außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen hin.¹⁰³ Neben der Anwendbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Regelungen des Gründungsstaates einer ausländischen Kapitalgesellschaft verweist der BGH explizit auf eine mögliche Haftung nach deutschem Deliktsrecht gemäß den §§ 823 ff. BGB.¹⁰⁴

In Betracht kommt hier neben der deliktsrechtlichen Haftung aus § 823 BGB vor allem die Durchgriffshaftung wegen Vermögensvermischung oder Unterkapitalisierung sowie eine mögliche Haftung des Geschäftsführers wegen eines existenzvernichtenden Eingriffs, § 826 BGB.¹⁰⁵

3.1 Haftung gem. § 823 II BGB i.V.m. ausländischen gesellschaftsrechtlichen Schutzgesetzen

Eine zwar nicht originär als Haftung nach deutschem Recht anzusehende, aber hier im Kontext dennoch zu beachtende Konstellation stellt die mögliche Haftung gem. § 823 II BGB in Verbindung mit einem ausländischen gesellschafts-

¹⁰² BT-Drucksache 16/283 vom 16.12.2005, S. 3.

¹⁰³ BGH, NJW 2005, S. 1648.

¹⁰⁴ Vgl. Goette, DStR 2005, S. 199 ff.

¹⁰⁵ Vgl. zum Verhältnis der deliktsrechtlichen zu den besonderen Haftungstatbeständen wie der Durchgriffshaftung stellvertretend Zimmer, NJW 2003, S. 3588 f.

rechtlichen Schutzgesetz dar.¹⁰⁶ Ob das für eine Haftung nach § 823 II BGB erforderliche Schutzgesetz auch ausländischer Natur sein kann, ist jedoch zunächst nicht so eindeutig festzustellen. Vielmehr bedarf es hierzu einer Auslegung dieser deutschen Norm.¹⁰⁷ Nach teleologischen Gesichtspunkten muss jedoch auch bei einer Verletzung von ausländischen Schutzgesetzen ein deliktischer Schutz nach § 823 II BGB gewährt werden.¹⁰⁸ Handelt es sich dabei jedoch um gesellschaftsrechtliche Regelungen, so richtet sich die Frage der Haftung wiederum nur nach dem Gesellschaftsstatut - und damit, wie bereits erläutert, nach dem Recht des Gründungsstaates. Stellt die ausländische Schutzvorschrift hingegen eine außerhalb des Gesellschaftsrechts zu qualifizierende Verpflichtung der Verantwortlichen dar, so kommt eine Haftung hieraus durchaus in Betracht.¹⁰⁹

3.2 Besondere Haftungstatbestände

Eine vom Gesellschaftsstatut unabhängige Anwendung rechtlicher Sonderregelungen mit dem Ergebnis einer Haftung der verantwortlichen Personen einer EU-Auslandsgesellschaft mit Sitz in Deutschland wäre aber auch durch die Heranziehung besonderer Haftungstatbestände denkbar. Als solche seien vorliegend die typische Fallgruppen der *Durchgriffshaftung*,¹¹⁰ die *Haftung wegen Vermögensvermischung*, die *Unterkapitalisierungshaftung* sowie die *Existenzvernichtungshaftung* dargestellt.

3.2.1 Haftung wegen Vermögensvermischung

Allgemein anerkannt ist in Rechtsprechung und Literatur die Fallgruppe der generellen Vermögensvermischung.¹¹¹ Eine solche Haftung wegen Vermögensvermischung soll nach Ansicht des BGH Anwendung finden, wenn zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen die Vermögensabgrenzung durch eine un-

¹⁰⁶ Vgl. Riegger, ZGR 2004, S. 529.

¹⁰⁷ So auch Bamberger/Roth, BGB, *Spickhoff*, Art. 40 EGBGB, Rn. 12 m.w.N.

¹⁰⁸ Eidenmüller, NJW 2005, S. 1620.

¹⁰⁹ Riegger, ZGR 2004, S. 525; so zum Beispiel nach dem Grundsatz der *fiduciary duties* im Vereinigten Königreich; vgl. hierzu Gräfe, DZWIR 2005, S. 412 ff., der jedoch hieraus eine Haftung unmittelbar aus englischem Recht ableitet und § 823 II BGB hierfür als nicht für notwendig erachtet.

¹¹⁰ Zu den Fallgruppen der Durchgriffshaftung: Hüffer, AktG, § 1, Rn. 15 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 13, Rn. 5 ff.; Scholz, GmbHG, *Emmerich*, § 13, Rn. 76 ff.

¹¹¹ BGH, WM 1985, S. 1264; BSG, ZIP 1996, S. 1135; Bitter, WM 2004, S. 2196.

durchsichtige Buchführung oder in sonstiger Weise allgemein verschleiert wird.¹¹² Ist bei einer Vermögensvermischung der Vorsatz der Gläubigergefährdung seitens des Gesellschafters nachweisbar, so dürfte die Haftung des Gesellschafters einer im Inland domizilierenden europäischen Kapitalgesellschaft vor dem Europarecht unproblematisch Bestand haben.

Aus den Verweisen auf die Selbstschutzmöglichkeit der Gläubiger in den grundlegenden EuGH-Entscheidungen kann auch nicht abgeleitet werden, der EuGH wolle damit das Prinzip der Vermögenstrennung generell im Hinblick auf die Sicherungsmöglichkeiten der Gläubiger in Frage stellen. Ein Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht, welches insbesondere in der Publizitätsrichtlinie von einer klaren Trennung zwischen der Gesellschafts- und Gesellschaftersphäre ausgeht, wäre die logische Konsequenz. Verstößt der Gesellschafter einer EU-Auslandsgesellschaft also gegen das sogar europarechtlich vorgegebene Prinzip der Vermögenstrennung, so können die Mitgliedstaaten auch jene Haftungsinstrumente zur Anwendung bringen, welche der Schutz der Gläubiger in diesem Fall erfordert.¹¹³

Aufgrund der eher geringen Bedeutung des Haftungstatbestandes wegen Vermögensvermischung¹¹⁴ soll an dieser Stelle aber auf eine tiefer gehende Erörterung verzichtet werden.

3.2.2 Unterkapitalisierungshaftung

Ein weiterer besonderer Haftungstatbestand, welcher ungleich mehr im Fokus der gesellschaftsrechtlichen Diskussion steht, ist die so genannte *Unterkapitalisierungshaftung*. Demnach soll eine persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten erfolgen, wenn die Gesellschaft von vornherein offenkundig nicht mit ausreichendem Eigenkapital ausgestattet war.¹¹⁵ Während ein Missverhältnis zwischen Stammkapital und satzungsmäßigem Zweck alleine noch nicht für diese Rechtsfolge genügen soll,¹¹⁶ so wird doch überwiegend vertreten, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn die Rechtsprechung in Fällen evi-

¹¹² BGHZ 95, S. 330/335.

¹¹³ Vgl. Bitter, WM 2004, S. 2196.

¹¹⁴ So Schmidt, ZIP 1994, S. 838.

¹¹⁵ Hachenburg, GmbHG, *Ulmer*, Anh. § 30, Rn. 50 ff.; Raiser, Kapitalgesellschaften, § 29.

¹¹⁶ BGHZ 68, S. 312.

denter materieller Unterkapitalisierung Haftungsansprüche auf die Rechtsfigur des Missbrauchs der Rechtsform stützt und damit gem. § 826 BGB den Durchgriff auf die Gesellschafter eröffnet.¹¹⁷ Methodisch kann eine solche Haftung entweder unter Rückgriff auf das Institut der *Rechtsumgehung* oder aus Gründen des inländischen *ordre public* begründet werden.¹¹⁸

Fraglich ist nun, ob und in welcher Art und Weise diese Konstellation auch auf EU-Auslandsgesellschaften anwendbar ist.

So gelten ausländische Kapitalgesellschaften wie die britische *Ltd.* nach weitläufiger Meinung häufig als unterkapitalisiert.¹¹⁹

Allerdings muss konstatiert werden, dass eine ausländische Kapitalgesellschaft wie beispielsweise die britische *Ltd.* oder eine französische *S.A.R.L.* nicht alleine deshalb als unterkapitalisiert zu bezeichnen ist, weil sie nach dem Recht ihres Gründungsstaates mit lediglich einem Pfund oder einem Euro gegründet worden ist.¹²⁰ Gerade in der Aufbauphase sei eine solche Kapitalgesellschaft gezwungen, weitere Verbindlichkeiten einzugehen, so dass im Anfangsstadium trotz der Unterdeckung noch nicht von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ausgegangen werden könne.¹²¹ Vielmehr sei auch die Regelung der Art und Höhe der Kapitalisierung im europäischen Gesellschaftsrecht eine subjektrechtliche Frage, so dass sich Niederlassungsstaaten mit höheren Anforderungen auf diesem Gebiet nicht auf den Grundsatz der Unterkapitalisierung berufen können, wenn Gesellschaften aus Staaten mit weniger strengen Voraussetzungen in seinem Gebiet tätig werden.¹²²

Dem kann hier nicht zugestimmt werden. Die Niederlassungsfreiheit der ausländischen Kapitalgesellschaften verleiht gerade nicht das Recht, trotz Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung weiter am Wirtschaftsverkehr teilzunehmen.¹²³

¹¹⁷ BGH, NJW 1979, S. 2104; BAG, ZIP 1999, S. 24; Bayer, BB 2003, S. 2364; Leible/Hoffmann, RIW 2002, S. 930; Zimmer, NJW 2003, S. 3588, spricht in diesen Fällen von *krasser* oder *qualifizierter* Unterkapitalisierung.

¹¹⁸ Vgl. Ulmer, JZ 1999, S. 665.

¹¹⁹ Vgl. Dierksmeier, BB 2005, S. 1521; Lutter, FS-100-Jahre-GmbHG, S. 64f.

¹²⁰ Vgl. zur Abschaffung des Mindestkapitals in Frankreich durch das *loi pour l'initiative économique* seit 1.4.2004: Wachter, GmbHR 2003, R 377 f.; Becker, GmbHR 2003, S. 1120.

¹²¹ AG Bad Segeberg, ZInsO 2005, S. 560.

¹²² Vgl. Redeker, ZInsO 2005, S. 1035.

¹²³ So auch Altmeyen, NJW 2004, S. 101.

Bereits das Betreiben der unterkapitalisierten Gesellschaft wird deshalb von manchen Vertretern als Missbrauch der Niederlassungsfreiheit gewertet.¹²⁴ Dass Auslandsgesellschaften mit wenig Startkapital leicht in die Überschuldung gerieten und die zum Teil geforderte bessere Ausstattung mit Anfangskapital mit Blick auf das garantierte Recht auf Gründung ohne nennenswertes Stammkapital nicht zumutbar wäre,¹²⁵ vermag als Gegenargumentation nicht zu überzeugen. Eine Insolvenzantragspflicht kann der Unternehmer nach eigenem Ermessen dadurch sicher vermeiden, indem er die Gesellschaft mit entsprechendem Kapital ausstattet.¹²⁶ Ob und in welchem Umfang er sich durch eine solche Maßnahme absichern möchte, bleibt dabei völlig ihm selbst überlassen. Somit kann keine Rede davon sein, dass die Forderung nach einer verbesserten freiwilligen Kapitalausstattung das Recht auf Gründung ohne nennenswertes Stammkapital durch die Hintertüre negiere.¹²⁷ Eine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung kommt somit im Falle des Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen auch für die Verantwortlichen ausländischer Kapitalgesellschaften in Betracht.

3.2.3 Existenzvernichtungshaftung

Das Haftungsinstitut des existenzvernichtenden Eingriffs beruht auf der Einschätzung, dass ein Gesellschafter für seine unternehmerische Tätigkeit nur dann von der Haftungsbeschränkung einer Kapitalgesellschaft profitieren soll, wenn er die Gesellschaft nicht ihrer Fähigkeit beraubt, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen.¹²⁸ Entzieht ein Gesellschafter der Kapitalgesellschaft also gezielt Vermögenswerte, die diese zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt, und wird hierdurch in sittenwidriger Weise die Insolvenz der Kapitalgesellschaft herbeigeführt, so liegt ein so genannter existenzvernichtender Eingriff vor, der eine Schadensersatzpflicht begründen kann.¹²⁹ Diese vom BGH im Grundsatzur-

¹²⁴ So Bitter, WM 2004, S. 2198 f.; Leutner/Langner, ZInsO 2005, S. 576.

¹²⁵ Vgl. Drygala, ZEuP 2004, S. 362; Schall, ZIP 2005, S. 975.

¹²⁶ Leutner/Langner, ZInsO 2005, S. 576

¹²⁷ Vgl. Redeker, ZInsO 2005, S. 1036.

¹²⁸ Vgl. hierzu eingehend Weller, IPRax 2003, S. 207.

¹²⁹ So Keßler, GmbHR 2002, S. 946; Roth/Altmeyen, GmbHG, *Altmeyen*, § 13, Rn. 92 ff.

teil *Bremer Vulkan*¹³⁰ entwickelte besondere Verantwortlichkeit des beherrschenden oder des Alleingeschafters gegenüber den Gläubigern für existenzgefährdende oder existenzvernichtende Eingriffe wurde in der Literatur allgemein begrüßt und dogmatisch untermauert.¹³¹ Ein solcher Eingriff soll nach Auffassung des BGH neben einer gesellschaftsrechtlichen Durchgriffshaftung auch eine Haftung gem. § 826 BGB begründen können.¹³² Als Voraussetzungen für die Haftung eines existenzvernichtenden Eingriffs ergeben sich damit (1) ein pflichtwidriger Eingriff, (2) eines Gesellschafters, (3) eine durch den Eingriff bedingte Beeinträchtigung der Solvenz der GmbH sowie (4) ein Verschulden des in Anspruch genommenen Gesellschafters im Sinne eines objektiven Missbrauchs der Rechtsform der GmbH.¹³³ Typische Fallgruppen der Existenzvernichtungshaftung stellen der Liquiditätsentzug, der Entzug von Geschäftschancen, der Entzug von materiellen oder personellen Ressourcen sowie die Bestellung fremdnütziger Sicherheiten durch die Gesellschaft dar.¹³⁴ Doch nur wenn hierdurch der voraussehbare wirtschaftliche Zusammenbruch der Gesellschaft die Folge ist, haften die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der insolventen Gesellschaft persönlich. Die Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung vorausgesetzt, würden nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen den Neugläubigern Schadensersatz in vollem Umfang sowie den Altgläubigern Ansprüche auf den Quotenschaden zustehen.¹³⁵

Es stellt sich nun allerdings die Frage, ob diese Haftung auch für die Verantwortlichen einer ausländischen Kapitalgesellschaft greifen kann. Hierzu erscheint es erforderlich, eine dogmatische Einordnung dieses Haftungstatbestandes vorzunehmen, um hieraus die Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Rechts beantworten zu können.¹³⁶ Hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Einordnung sind verschiedene Ansätze denkbar.

¹³⁰ BGHZ 149, S. 10.

¹³¹ Vgl. Schmidt, NJW 2001, S. 3577 ff.; Weller, IPRax 2003, S. 207 ff.

¹³² BGH, DSStR 2005, S. 163; BGH, DSStR 2005, S. 342.

¹³³ Vgl. Dierksmeier, BB 2005, S. 1520 mit Verweis auf OLG Rostock, ZIP 2004, S. 119.

¹³⁴ Vgl. Weller, IPRax 2003, S. 209.

¹³⁵ BGHZ 126, S. 181; Michalski, GmbHG, *Nerlich*, § 64, Rn. 59 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 64, Rn. 39 f.; Roth/Altmeyen, GmbHG, *Altmeyen*, § 64, Rn. 24 ff.

¹³⁶ Dem ist der BGH in seiner Entscheidung leider nicht nachgekommen, vgl. auch Eidenmüller, NJW 2005, S. 1618 ff.

3.2.3.1 Existenzvernichtungshaftung als Delikt und Anwendung des Tatortprinzips

Indem die Folge der Existenzvernichtungshaftung eine Verantwortlichkeit der handelnden Personen gegenüber den Gläubigern begründet, geht es damit im Wesentlichen um die Sanktionierung der Ausnutzung einer legitimen Rechtsstellung zur Schädigung der Gläubiger. Gerade die Verletzung dieser qualifizierten Verkehrspflicht begründet aber nach einer Ansicht eine Haftung nach § 826 BGB.

Handelt es sich nun um eine ausländische Gesellschaft, deren Vermögen durch den Eingriff in existenzvernichtender Weise sittenwidrig vermindert wird, so könne auch für diese Handlung nichts anderes gelten. Die von der Gegenauffassung vertretene Ansicht, der existenzvernichtende Eingriff verstoße gegen Gläubiger schützende Vorschriften und sei deshalb an das Gesellschaftsstatut und damit an die gesellschaftlichen Regelungen des Gründungsstaates zu knüpfen, wird von den Vertretern der Einordnung der Existenzvernichtungshaftung als Delikt strikt abgelehnt.¹³⁷ Denn nicht die formale Anknüpfung im Gesellschaftsrecht und damit die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Gesellschaftsstatuts sei von entscheidender Bedeutung, sondern eine funktionale Betrachtung, anhand derer man die Anknüpfung an das Deliktsstatut durchaus vornehmen könne.¹³⁸

Das Bestandsinteresse der Gesellschaft sei als ein absolutes Recht zu werten, das deliktsrechtlich durch die Existenzvernichtungshaftung geschützt werden müsse.¹³⁹

Ausgehend von der Einordnung der Existenzvernichtungshaftung als Delikt wenden die Vertreter dieser Ansicht zur Klärung der kollisionsrechtlichen Frage das so genannte *Tatortprinzip* an.¹⁴⁰ Demzufolge könne es bei entsprechender Wahl des Klägers durchaus zu einer Haftung der verantwortlichen Personen nach deutscher Existenzvernichtungshaftung gem. § 826 BGB kommen.¹⁴¹

Durch die deliktsrechtliche Qualifizierung der Existenzvernichtungshaftung aber findet Art. 40 I 1 EGBGB Anwendung, wonach hinsichtlich der Frage der

¹³⁷ Vgl. Riegger, ZGR 2004, S. 529.

¹³⁸ Bayer, BB 2003, S. 2365.

¹³⁹ Weller, IPRax 2003, S. 210; Wiedemann, FS-50 Jahre BGH, Band II, S. 353.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu Dierksmeier, BB 2005, S. 1520.

¹⁴¹ Graziano, Europäisches Internationales Deliktsrecht, S. 100 ff.

Rechtsanwendung an den Ort angeknüpft wird, an dem die Ursache für den Eintritt der Rechtsgutsverletzung gesetzt wurde.¹⁴²

Auf Grund der Einordnung dieser *deliktsrechtlichen Lösung* als *Teil des allgemeinen Verkehrsrechts* stelle die Haftung auch keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.¹⁴³

3.2.3.2 Existenzvernichtungshaftung als Verletzung Gläubiger schützender gesellschaftsrechtlicher Pflichten

Während zwar gem. Art. 40 EGBGB Ansprüche aus unerlaubter Handlung dem Recht des Staates unterliegen, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat und damit für eine in Deutschland tätige ausländische Kapitalgesellschaft durchaus deutsches Recht anwendbar wäre, ist die dargestellte Existenzvernichtungshaftung nach anderer Auffassung jedoch nach der Regelung des Art. 41 I EGBGB akzessorisch an das Gesellschaftsstatut anzuknüpfen. Nach dieser Norm gilt nicht das Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat, wenn mit dem Recht eines anderen Staates eine wesentlich engere Verbindung besteht. Diese Verbindung sei in der hier dargestellten Konstellation in der Ableitung der Haftung aus der Verletzung Gläubiger schützender, gesellschaftsrechtlicher Pflichten, basierend auf der Sonder- und Treueverbindung der Gesellschafter zu ihrer Gesellschaft zu sehen.¹⁴⁴ Denn ratio einer Haftung wegen existenzvernichtender Eingriffe sei und bleibe gerade der Gläubigerschutz. Ebenfalls zu einer zwingend vorzunehmenden gesellschaftsrechtlichen Qualifikation kommt man, wenn man mit einem Teil der Literatur die Existenzvernichtungshaftung über eine Haftung der Gesellschafter als Quasi-Geschäftsführer gem. § 43 GmbHG analog zu begründen versucht.¹⁴⁵ Beruht die Haftung aber auf der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten, so erscheint eine *gesellschaftsrechtliche Anknüpfung* der deliktischen Verantwortlichkeit an das Gesellschaftsstatut für geboten. Die Ableitung eines entsprechenden Haftungstatbestandes würde damit

¹⁴² Vgl. Weller, IPRax 2003, S. 210.

¹⁴³ Schanze/Jüttner, AG 2003, S. 670.

¹⁴⁴ Vgl. Weller, IPRax 2003, S. 210.

¹⁴⁵ So Wilhelm, NJW 2003, S. 178 f.

elementarer Bestandteil des Gesellschaftsrechts werden.¹⁴⁶ Eine Sonderanknüpfung der als gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden Existenzvernichtungshaftung, als auch eine Anwendung des § 826 BGB auf Grund einer deliktischen Qualifikation des Verhaltens des Verantwortlichen, sei damit grundsätzlich europarechtlich unzulässig. Für Regelungen des Gesellschaftsrechts jedoch bleibt es, wie bereits dargestellt, bei der Anwendung des Rechts des Gründungsstaates. Alles andere müsste wiederum als rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gewertet werden, deren Rechtfertigung erneut an der Erforderlichkeit im Sinne des Vier-Konditionen-Tests des EuGH scheitern würde.¹⁴⁷ Demzufolge ist nach dieser Ansicht eine Lösung des existenzvernichtenden Eingriffs über die Anwendung einer deliktischen Haftung aus § 826 BGB als europarechtlich unzulässig zu werten.¹⁴⁸

3.2.3.3 Existenzvernichtungshaftung als Insolvenzverursacherhaftung

Vereinzelt wird vertreten, die Existenzvernichtungshaftung sei auf Grund des Gläubigergesamtinteresses als Insolvenzverursachungshaftung zu sehen und damit durch eine autonome Qualifikation im Sinne der europäischen Insolvenzordnung als *insolvenzrechtlich* zu qualifizieren.¹⁴⁹ Die Konsequenz wäre sodann, dass für das anwendbare Recht auf den effektiven Verwaltungssitz abzustellen ist, Artt. 3, 4 EuInsVO.¹⁵⁰ Sowohl das faktische Vorliegen einer der Umgehung des förmlichen Liquidations- und Insolvenzverfahrens äquivalenten Handlung beim existenzvernichtenden Eingriff als auch die Wertung, dass die Existenzvernichtungshaftung zu einem Teil funktionsäquivalent zu den insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften ist, rechtfertige eine insolvenzrechtliche Qualifizierung. Schließlich werde beim existenzvernichtenden Eingriff entgegen dem Prinzip der vorrangigen Gläubigerbefriedigung gemäß § 73 GmbHG die Liquidation der Gesellschaft wie bei der Insolvenz - nur in noch erheblicherer Weise

¹⁴⁶ Vgl. Müller, NZG 2003, S. 417; so auch Riegger, ZGR 2004, S. 529, der zwar eine Anknüpfung für den existenzvernichtenden Eingriff an das Gesellschaftsstatut fordert, gleichzeitig aber auch eine deliktsrechtliche für möglich hält.

¹⁴⁷ So Eidenmüller, NJW 2005, S. 1620.

¹⁴⁸ Vgl. ders., Kapitalgesellschaften, *ders.*, § 4, Rn. 31.

¹⁴⁹ So Weller, IPRax 2003, S. 210; Zimmer, NJW 2003, S. 3589; Zöllner, GmbHR 2006, S. 8.

¹⁵⁰ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, Abl. EG Nr. L 160 v. 30.6.2000, S. 1 ff.; abgedruckt in NZI 2000, S. 407.

zu Lasten der Gläubiger - herbeigeführt.¹⁵¹ Zudem bestünde im Falle einer insolvenzrechtlichen Qualifikation praktisch kein Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit, da man nicht auf die *Errichtungsphase* der Gesellschaft, sondern auf deren *Betrieb* abstelle, was eine wesentlich erhöhte Intensität an Beschränkungen erlaube, um Interessen des Gemeinwohls in nicht diskriminierender Weise zu sichern.¹⁵²

3.2.3.4 Existenzvernichtungshaftung wegen Missbrauchs der juristischen Person

Wenngleich eine solche Einordnung der Existenzvernichtungshaftung zum Insolvenz-, Delikts- oder Gesellschaftsstatus in der Wissenschaft mit Sicherheit von Interesse ist, so stellt sich nach anderer Auffassung doch vor allem die Frage nach der damit verbundenen Praxisrelevanz. So wird vertreten, die Annahme, man könne dem *Hindernis der Niederlassungsfreiheit* durch eine veränderte Schwerpunktverlagerung in der Charakterisierung der Haftungstatbestände ausweichen, sei weit gefehlt.¹⁵³ Möge eine kollisionsrechtliche Einordnung theoretisch von Bedeutung sein, so äußert sich der EuGH in den *landmark decisions* mit keinem Wort zu den verschiedenen kollisionsrechtlichen Theorien. Genau wie im Bereich des internationalen Vertragsrechts spiele weniger die internationalprivatrechtliche Begründung und eine Differenzierung des Kollisionsrechts eine bedeutende Rolle, sondern insbesondere das Ergebnis stehe im Fokus der EuGH-Entscheidungen.¹⁵⁴ Auch wenn eine Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Gesellschaftsstatuts von dem des Deliktsstatuts auf der Ebene des Kollisionsrechts in gewissen Bereichen wie beispielsweise einer gesetzlichen Neuregelung des internationalen Gesellschaftsrechts als sinnvoll erscheine,¹⁵⁵ so sei eine solche Differenzierung nach einer durchaus verbreiteten Auffassung mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit jedoch ohne Bedeutung.¹⁵⁶ Es wäre zu kurz gegriffen, eine Lösung der Haftungsfragen allein auf der Ebene des internationa-

¹⁵¹ BGH, NJW 2000, S. 1572.

¹⁵² Vgl. Halen, Gesellschaftsstatut, S. 77.

¹⁵³ So Kieninger, ZEuP 2004, S. 696.

¹⁵⁴ Dies., ZEuP 2004, S. 696 f.

¹⁵⁵ Zimmer, NJW 2003, S. 3588 f.

¹⁵⁶ Behrens, IPRax 2004, S. 26; Spindler/Berner, RIW 2004, S. 9 ff.

len Privatrechts zu suchen. Denn erst das Zusammenspiel von gesellschaftsrechtlichem Sachrecht und dem diesem Geltung verschaffenden Gesellschaftskollisionsrecht bestimmt die Auswirkung auf EU-Auslandskapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland.

Entscheidend für die Frage nach der Existenzvernichtungshaftung sei alleine die Beurteilung, ob ein Missbrauch der juristischen Person vorliegt. Im Gegensatz zu der im Vorfeld dargestellten Konstellation einer missbräuchlichen Berufung auf die Niederlassungsfreiheit gehe es dabei jedoch gerade nicht um die Missbräuchlichkeit der Ausnutzung von Regelungsgefällen,¹⁵⁷ sondern um die Fallgruppen der Durchgriffshaftung dahingehend, dass Geschäftsführer und Gesellschafter die Haftungsbeschränkung ihrer Gesellschaft missbräuchlich ausnützen wollen.¹⁵⁸ Im Fokus der gesellschaftsrechtlichen Diskussion steht nun eben die Frage, ob die im deutschen Recht existierenden Fallgruppen der Durchgriffshaftung unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs angewandt werden können.

Während vereinzelt die Durchgriffshaftung angesichts des strengen Maßstabs des EuGH nicht als Fall des Missbrauchs gesehen wird,¹⁵⁹ so will ein Großteil der Literatur solche Sonderanknüpfungen zwar prinzipiell restriktiv handhaben, die vom BGH geschaffene Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs soll jedoch auch auf ausländische Gesellschaften anzuwenden sein.¹⁶⁰ Teilweise wird sogar von *weitgehenden Möglichkeiten* gesprochen, das Haftungsinstitut des Rechtsmissbrauchs im Gesellschaftsrecht auch gegenüber EU-Auslandsgesellschaften zur Anwendung zu bringen.¹⁶¹

3.2.3.5 Kritische Stellungnahme

Mit Blick auf die zuletzt dargestellte Ansicht und die Differenzierung der Begrifflichkeit nach einem Missbrauch der juristischen Person einerseits und einer missbräuchlichen Berufung auf die Niederlassungsfreiheit andererseits stellt sich jedoch die Frage nach der strikten Trennbarkeit dieser beiden Terminologien. So erscheint es mehr als zweifelhaft, dass die Anwendung des Begriffs des Miss-

¹⁵⁷ EuGH, *Inspire Art*, Rn. 139.

¹⁵⁸ Vgl. Drygala, ZEuP 2004, S. 347.

¹⁵⁹ Spindler/Berner, RIW 2004, S. 8 f.

¹⁶⁰ Vgl. Horn, NJW 2004, S. 899; Eidenmüller, JZ 2003, S. 529; Drygala, ZEuP 2004, S. 347.

¹⁶¹ So Kindler, NZG 2003 S. 1089.

brauchs - selbst wenn der EuGH ihn künftig als Missbrauch der juristischen Person auslegen würde - zu einer grundsätzlichen Abkehr von der Grundsatzentscheidung für die Niederlassungsfreiheit gerade als Rechtswahlfreiheit führen würde. Die Durchgriffshaftungstatbestände können gerade nicht völlig isoliert vom sonstigen materiellen Gesellschaftsrecht definiert werden.¹⁶² Die einzelnen Fallgruppen der Durchgriffshaftung knüpfen schließlich an die Verletzung bestimmter nationaler Schutzpflichten wie beispielsweise die der Kapitalerhaltung an. Mit der Entscheidung des EuGH, in der bewussten Umgehung solcher nationaler Schutzvorschriften keinen Missbrauch zu erblicken, kann in der Konsequenz auch nicht eine Ausnahme hiervon dadurch geschaffen werden, dass es den einzelnen Mitgliedstaaten erlaubt sein sollte, unter dem Deckmantel des Missbrauchs der juristischen Person doch wieder die nationalen Schutzvorschriften anzuwenden. Der letztgenannten Auffassung kann damit nicht gefolgt werden.

Eine Qualifikation als *Insolvenzverursacherhaftung* hingegen vermag ebenso wenig zu überzeugen. Die ergebnisorientierte Argumentationsweise, gemäß derer durch eine insolvenzrechtliche Anknüpfung eine Kollision mit der Niederlassungsfreiheit vermieden werden kann, mag für die Vertreter dieser Ansicht pragmatisch recht sinnvoll erscheinen, wissenschaftlich fundiert jedoch ist sie nicht. Zudem existiert mit den Normen zur Insolvenzverschleppungshaftung bereits ein separat geregelter Normenkomplex, der in diesem Fall zur Anwendung kommen kann.

Mit Blick auf die erzwungene Abkehr von der Sitztheorie stellt sich also die Frage, ob ein Festhalten am gesellschaftsrechtlichen Einheitsstatut und damit eine Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut sinnvoll erscheint. Die daraus resultierenden erheblichen Schutzlücken für die Gläubiger der ausländischen Kapitalgesellschaft lassen jedoch auch in der Literatur den Ruf nach einer anderweitigen Lösung immer lauter werden.

So wird neben der Negierung der gesellschaftsrechtlichen Qualifikation auch die Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut verbunden mit einer gleichzeitig erfolgenden *Sonderanknüpfung* diskutiert.

¹⁶² So zutreffend Kieninger, ZEuP 2004, S. 699.

Sollte mit der letzten Alternative eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation vorliegen, so scheint es nach der hier vertretenen Auffassung geboten, mittels einer vom Gesellschaftsstatut losgelösten Sonderanknüpfung, einer so genannten *dépeçage*¹⁶³, oder aber im Wege des *ordre public*¹⁶⁴ gem. Art. 6 EGBGB den berechtigten inländischen Gläubigerschutzinteressen gerecht zu werden.

Betrachtet man die Einwände gegen eine Sonderanknüpfung der Existenzvernichtungshaftung, so scheint das Argument, das deutsche Haftungskonzept des existenzvernichtenden Eingriffs sei auf die GmbH zugeschnitten,¹⁶⁵ diese Einwände durchaus zu stützen, so dass eine zwingende Akzessorietät auch dieses Haftungstatbestandes an das Gesellschaftsstatut die Folge wäre.

Allerdings wird bei näherer Betrachtung offenkundig, dass eine solche *Umqualifizierung* eines klassischen Deliktstatbestandes wie § 826 BGB gegen wesentliche Grundsätze des internationalen Privatrechts verstößt.¹⁶⁶

Zudem ist bereits an Hand der unter 3.2.3 geschilderten Prüfungspunkte abzulesen, dass auch die Rechtsprechung sämtliche Tatbestände der Haftung für existenzvernichtende Eingriffe künftig als deliktsrechtlich qualifizieren dürfte.¹⁶⁷

Wenn also überhaupt von einer zwingenden akzessorischen Anknüpfung die Rede ist, so müsste die Existenzvernichtungshaftung nach der hier vertretenen Auffassung wohl eher eindeutig dem Deliktsstatut zugerechnet werden und nicht dem Gesellschaftsstatut. In der Konsequenz muss die Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung auch auf eine Kapitalgesellschaft aus dem EU-Ausland Anwendung finden. Der Haftungstatbestand ist als deliktsrechtlich einzuordnen, so dass nach der hier vertretenen Auffassung gemäß dem *Tatortprinzip* eine Haftung nach deutschem Recht in Betracht kommt.

Gelangt man nun auf Grund der dargelegten Argumente zur Anwendbarkeit der Existenzvernichtungshaftung auch auf die Gesellschafter und Geschäftsführer ausländischer Kapitalgesellschaften, so stellt sich allerdings die Frage, ob nicht auch diese Anwendung deutscher Haftungsnormen einer Rechtfertigung bedarf.

¹⁶³ Vgl. zu der Frage der Sonderanknüpfungen auch Eidenmüller, ZIP 2002, S. 2242.

¹⁶⁴ LG Stuttgart, NJW-RR 2002, S. 463; so auch Weller, IPRax 2003, S. 210; der aber einräumt, dass der *ordre public* in der Praxis sehr restriktiv gehandhabt wird.

¹⁶⁵ Vgl. Schumann, DB 2004, S. 749.

¹⁶⁶ So auch Dierksmeier, BB 2005, S. 1520.

¹⁶⁷ Dierksmeier, BB 2005, S. 1520 mit Verweis auf OLG Rostock, ZIP 2004, S. 119; OLG Jena, NJW 2005, S. 147; so auch Bayer, BB 2003, S. 2365; Werner GmbH 2005, S. 292.

Schließlich kann auch eine solche als deliktisch zu qualifizierende Haftung erhebliche Auswirkungen auf die Gesellschaft haben und müsste sich demnach an der Niederlassungsfreiheit messen lassen.¹⁶⁸ Demzufolge hat dem Grunde nach also auch im Falle der Qualifikation als Delikts- oder Insolvenzrecht eine Rechtfertigung zu erfolgen. Allerdings sind nach herrschender Auffassung im Rahmen der uniform wirkenden Regelungen - um eine diskriminierende Maßnahme handelt es sich bei einer deliktsrechtlichen Qualifikation ja gerade nicht - nur solche Normen an den Artt. 43, 48 EG zu messen, die den Marktzugang für ausländische Gesellschaften in erheblicher Weise erschweren. Dies ist jedoch dann nicht gegeben, wenn es sich bei den Regelungen um lediglich *tätigkeitsbezogene* Normen handelt. Genau in jene Kategorie aber sind die allgemeinen zivilrechtlichen Haftungstatbestände aus Delikts- und Insolvenzrecht einzuordnen, da sie zu keiner signifikanten Marktzugangsbeschränkung führen. Sie bedürfen damit keiner Rechtfertigung.

4. Insolvenzverschleppungshaftung

Praktische Relevanz erlangen außerhalb unmittelbar gesellschaftsrechtlicher Regelungen auch die im Vorfeld oder in einer Insolvenz relevanten Normen. So kommt bei der Verletzung entsprechender Schutzgesetze neben strafrechtlichen Konsequenzen auch bei einer ausländischen Kapitalgesellschaft die persönliche Haftung des Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung nach § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG, § 92 II AktG, oder wegen Masseschmälerung gem. § 823 II BGB i.V.m. § 64 II GmbHG, § 92 III Nr. 6 AktG in Betracht. Nach einer anderen Auffassung soll jedoch eine Haftung bereits schon aus § 64 II GmbHG bzw. diejenige nach § 93 I Nr. 6 AktG und §§ 130a III, 177a HGB wegen Insolvenzverschleppung folgen können, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass diese auch ohne Rücksicht auf die Erfüllung der Insolvenzantragspflicht eingreifen können soll.¹⁶⁹

Für die Praxis jedenfalls steht für die Einordnung der Insolvenzverschleppungshaftung außer Frage, dass der Geschäftsführer jedenfalls dann haftbar wird,

¹⁶⁸ Vgl. Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, S. 166.

¹⁶⁹ Vgl. Eisner, ZInsO 2005, S. 22; Goette, FS-Kreft, S. 57 f.

wenn er durch Leistungen im Zuge einer Geschäftstätigkeit nach Insolvenzreife die Masse noch verkürzt.

4.1 Qualifizierung des Insolvenzrechts

Hierzu müsste sich jedoch im Gegensatz zum Gesellschaftsrecht das Insolvenzrecht nicht nach dem Recht des Gründungsstaates, sondern nach den deutschen Regelungen richten. Es geht folglich um die Frage, wer aus welchen Gründen wann einen Insolvenzantrag stellen muss und wie ein dagegen verstoßendes Unterlassen in Form einer Pflichtverletzung sanktioniert werden kann. Im Wesentlichen wird davon ausgegangen, dass sich jedenfalls die Insolvenzfähigkeit, § 11 InsO, und das Insolvenzantragsrecht, § 15 InsO, nach deutschem Recht richten.¹⁷⁰ Umstritten hingegen ist, wie diese Frage für die Insolvenzantragspflicht zu beantworten ist.¹⁷¹ Auch nach Auffassung der Bundesregierung ist die Frage, nach welchem Recht sich die Insolvenzantragspflicht der Verantwortlichen einer überwiegend in Deutschland tätigen ausländischen Kapitalgesellschaft richtet, noch nicht obergerichtlich geklärt.¹⁷² Allerdings gilt nach den § 335 InsO, § 4 I EuInsVO für die Folgen des Insolvenzverfahrens dasjenige Recht des Staates, in dem das Verfahren eröffnet wurde. Entscheidend ist also, wie die Insolvenzantragspflicht und die damit verbundenen Konsequenzen kollisionsrechtlich einzuordnen sind. Hierfür kommen das Gesellschaftsstatut, das Insolvenzstatut und das Deliktsstatut in Betracht.¹⁷³

4.1.1 Das Gesellschaftsstatut als einschlägiges Kollisionsrecht

Nach einer Ansicht soll die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung bei EU-Auslandsgesellschaften unanwendbar sein. Nachdem auch die Insolvenzantragspflicht als gesellschaftsrechtlich einzuordnen sei, könne basierend auf der Annahme, dass das deutsche Gesellschaftsrecht für diese Gesellschaften nicht gelte, keine Anwendung der deutschen Haftungsnormen in Betracht kommen.¹⁷⁴ Vielmehr müssten die Insolvenzverwalter und Gerichte künftig das Gründungs-

¹⁷⁰ Vgl. Walterscheid, DZWIR 2006, S. 98.

¹⁷¹ So Bitter, WM 2004, S. 2198.

¹⁷² BT-Drucksache 16/283 v. 16.12.2005, S. 8.

¹⁷³ So auch Müller, NZG 2003, S. 417.

¹⁷⁴ Vgl. Mock/Schildt, ZInsO 2003, S. 399; Eisner, ZInsO 2005, S. 22.

recht nach der Existenz einer Insolvenzverschleppungshaftung durchforsten, um diese im Anschluss anzuwenden.¹⁷⁵

4.1.2 Das Insolvenzstatut als einschlägiges Kollisionsrecht

Nach den eben genannten Regelungen der so genannten *lex fori concursus*, nach der sich auch die Voraussetzungen bestimmen lassen, unter denen ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, sind mit einer anderen Auffassung in der Literatur sowohl die Insolvenzantragspflicht, als auch die mit dem Insolvenzverfahren verbundenen Folgen als insolvenzrechtlich zu qualifizieren und damit das Insolvenzstatut als einschlägiges Kollisionsrecht anzusehen.¹⁷⁶ Denn nach der ratio der Insolvenzantragspflicht sollen einerseits Altgläubiger vor einer Verminderung des bei einer Kapitalgesellschaft zur Verfügung stehenden Haftkapitals geschützt werden und andererseits außen stehende Dritte davor bewahrt werden, mit einer vermeintlich solventen, in Wirklichkeit aber insolvenzreifen Kapitalgesellschaft Geschäfte zu schließen, die kurzerhand in wertlosen Ansprüchen resultieren könnten.¹⁷⁷

Die Insolvenzverschleppungshaftung stellt damit eine Dritthaftung gegenüber den durch den verzögerten Insolvenzantrag geschädigten Gesellschaftsgläubigern dar.¹⁷⁸ Sowohl das Ziel, im Rahmen der kollektiven Haftungsverwirklichung optimale Bedingungen für die Gläubiger zu schaffen als auch der Zweck, eine ordentliche Abwicklung insolvenzreifer Gesellschaften sicherzustellen aber sei dem Insolvenzrecht zuzuordnen. Damit sei sowohl die Insolvenzverschleppungshaftung wie auch die Haftung wegen Masseschmälerung als insolvenzrechtlich zu qualifizieren. Somit ist eine Anwendung der dargestellten deutschen Insolvenzpflichten auf die Geschäftsführer ausländischer Kapitalgesellschaften denkbar. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass diese gem. Art. 3 I 1 EuInsVO den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen in Deutschland hat. Denn dann liegt bei Überschuldung und Insolvenz nach dieser Regelung der Europäischen Insolvenzordnung die Zuständigkeit für die Insolvenzeröffnung bei den örtlichen

¹⁷⁵ Hirte, ZInsO 2003, S. 837; Mock/Schildt, ZInsO 2003, S. 400.

¹⁷⁶ Ulmer, NJW 2004, S. 1207; Borges, RIW 2000, S. 178; Habersack/Verse, ZHR 168, 2004, S. 207; Müller, NZG 2003, S. 415, mit Verweis auf Art. 4 II EuInsVO.

¹⁷⁷ Vgl. Eidenmüller, NJW 2005, S. 1620.

¹⁷⁸ Schanze/Jüttner, AG 2003, S. 670.

deutschen Amtsgerichten.¹⁷⁹ Damit seien die dargestellten Regelungen als insolvenzrechtlich zu qualifizieren. Dies führe in der Konsequenz zur Anwendung deutschen Rechts im Falle einer Inlandsinsolvenz einer EU-Auslandsgesellschaft.¹⁸⁰

4.1.3 Das Deliktsstatut als einschlägiges Kollisionsrecht

Dieser Auffassung wird jedoch entgegen gehalten, die als Dritthaftung ausgestaltete Verantwortlichkeit betreffe das allgemeine Verkehrsrecht. Sie schütze explizit den betroffenen Rechtsverkehr gegen Falschdispositionen und stelle damit ein klassisches Problem des Marktrechts dar.¹⁸¹ Materiellrechtlich aber sei die Sanktionierung der Verletzung dieser Verkehrspflichten in Anwendung der § 823 II i.V.m. § 64 I GmbHG, § 92 II AktG, bzw. § 64 II GmbHG, § 92 III Nr. 6 AktG als Deliktsrecht ausgestaltet. Die Heranziehung der deutschen Insolvenzantragspflicht betreffe zwar zugegebenermaßen eine Subjekteigenschaft, doch wäre dies im Rahmen des *Vier-Konditionen-Tests* gerechtfertigt. Damit soll nicht das Gesellschaftsstatut oder das Insolvenzstatut, sondern vielmehr das Deliktsstatut kollisionsrechtlich einschlägig sein.¹⁸² Das Insolvenzstatut soll nicht maßgeblich sein, da es sich um eine Frage des Haftungsgrundes und nicht um eine Frage der in der Tat als insolvenzrechtlich zu qualifizierenden Haftungsrealisierung handelt.¹⁸³ Wiederum soll also in dieser Konstellation genau wie bei der Existenzvernichtungshaftung auf Grund der deliktischen Qualifizierung der Haftung ein Wahlrecht des Klägers für das ihn am meisten begünstigende Recht bestehen.

4.1.4 Kritische Stellungnahme

Der Ausschluss der Insolvenzverschleppungshaftung nach der erst genannten Ansicht basiert auf der Annahme, auch die Insolvenzantragspflicht sei gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren. Bereits dieser Annahme kann jedoch hier nicht zugestimmt werden. Die Verortung der Insolvenzantragspflicht im Rahmen des

¹⁷⁹ Vgl. Müller, NZG 2003, S. 414 f.

¹⁸⁰ Vgl. Eidenmüller, NJW 2005, S. 1620; Zöllner, GmbHR 2006, S. 6 f.

¹⁸¹ Vgl. Schanze/Jüttner, AG 2003, S. 670.

¹⁸² Vgl. Riedemann, GmbHR 2004, S. 349; Ulmer, NJW 2004, S. 1207 f.

¹⁸³ So Hanisch, Schweizerisches Jahrbuch 1980, S. 133.

Gesellschaftsrechts, § 64 I GmbHG, § 92 II AktG, ist allein historisch bedingt. Aus der Entstehungsgeschichte zur Konkursordnung ergibt sich vielmehr, dass der Gesetzgeber von einer eigenständigen Regelung zur Konkursantragspflicht absah, da diese bereits in Regelungen des ADHGB existent war.¹⁸⁴ Vor diesem Hintergrund vermag die Tatsache, dass sich die Antragspflicht im Gesellschaftsrecht findet, nicht als gleichbedeutend mit einer dogmatisch-gesellschaftsrechtlichen Qualifikation der Insolvenzantragspflicht einhergehen.¹⁸⁵

Der Annahme einer solchen gesellschaftsrechtlichen Qualifikation kann damit nicht zugestimmt werden, so dass auch die daraus abgeleitete Schlussfolgerung einer Einordnung der gesamten Insolvenzverschleppungshaftung in das Gesellschaftsrecht als logisch inkonsequent erscheint. Fraglich ist vielmehr, ob mit den verbleibenden Auffassungen eine deliktische oder aber eine insolvenzrechtliche Einordnung erfolgen muss.

Zwar kann die Argumentation, man müsse auf das Deliktsstatut abstellen, da die Insolvenzverschleppungshaftung nach deutschem Recht mit § 823 II BGB auf eine deliktische Norm gestützt werde, nicht einfach ignoriert werden. Allerdings ist diese Haftung unmittelbar mit der Verletzung einer als insolvenzrechtlich zu qualifizierenden Pflicht verbunden, so dass eine einheitliche Beurteilung geboten erscheint. Denn ohne die als Schutzgesetz qualifizierte Antragspflicht des § 64 I GmbHG käme es nicht zum Deliktstatbestand.

Als rechtsvergleichender Beleg sei hier nur auf eine EuGH-Entscheidung verwiesen, in dem das Gericht auch die der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung entsprechende Haftung der *action en comblement du passif* des französischen Rechts dem Insolvenzrecht unterstellt.¹⁸⁶ Eine insolvenzrechtliche Qualifikation ist somit vorzunehmen.

Teilweise jedoch wird vertreten, dass bei ausländischen Kapitalgesellschaften keine persönliche Haftung und Strafbarkeit bestehe, wenn die Insolvenz durch den Geschäftsführer verschleppt wird. Und in der Tat darf - wie bereits dargestellt - das deutsche GmbH-Gesetz nicht generell auf ausländische Kapitalge-

¹⁸⁴ So zutreffend Walterscheid, DZWIR 2006, S. 98.

¹⁸⁵ Bitter, WM 2004, S. 2198 f.

¹⁸⁶ EuGH, NJW 1979, S. 1772; Zimmer, Int. GesR, S. 281 ff.; MüKo, Int. GesR, Kindler, Rn. 485; Müller, NZG 2003, S. 417.

sellschaften angewendet werden. Allerdings stellt das Insolvenzrecht als Anknüpfungspunkt auf den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners ab, so dass im Gegensatz zum Gesellschaftsrecht in Deutschland stets das deutsche Insolvenzrecht gilt, unabhängig vom Gründungsrecht ausländischer Kapitalgesellschaften.

Somit ist die Insolvenzantragspflicht genau wie die daraus resultierenden Sanktionen im Falle einer Verletzung dieser Pflicht als insolvenzrechtlich zu qualifizieren.

Wiederum stellt sich aber auch bei der Beurteilung einer möglichen Insolvenzverschleppungshaftung nach deutschem Recht die Frage, ob eine solche Qualifikation überhaupt vorgenommen werden kann. So wird entgegen der landläufigen Meinung durchaus die Auffassung vertreten, der EuGH könne gar nicht anordnen, welches Gesellschaftsrecht die jeweiligen Mitgliedstaaten auf im Inland domizilierende EU-Auslandsgesellschaften anzuwenden haben, sondern nur, ob das nach dem Zuzugstaat geltende Gesellschaftsrecht die Niederlassungsfreiheit, Artt. 43, 48 EG, dieser Gesellschaft verletzt.¹⁸⁷ Dies klingt jedenfalls plausibel, erscheint es doch fragwürdig, die Anwendung inländischer Haftungsregeln mit Verweis auf eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit pauschal abzulehnen, obwohl beispielsweise durchaus das inländische deutsche Recht günstiger für die EU-Auslandsgesellschaft sein kann als deren Gründungsrecht. Demnach wäre eine Anwendung der dargestellten insolvenzrechtlichen Vorschriften auch ohne eine notwendige Einordnung jederzeit möglich. Sei es, ob basierend auf einer insolvenzrechtlichen Qualifikation der Normen oder auf Grund vorstehender Überlegungen - eine Anwendung der deutschen Insolvenzverschleppungshaftung ist demnach im vorliegenden Kontext möglich.

Abschließend kann also konstatiert werden, dass die herrschende Meinung im Ergebnis die deutsche Insolvenzverschleppungshaftung zu Recht auch auf EU-Auslandsgesellschaften anwenden will, wenn auch basierend auf ganz unterschiedlichen Begründungen.

Um missbräuchliche Handlungen effektiv abwehren zu können und eine klare Rechtslage im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr zu schaffen, erscheint

¹⁸⁷ Vgl. Altmeyden/Wilhelm, DB 2004, S. 1088 f.; Altmeyden, NJW 2004, S. 100 f.

jedenfalls eine Harmonisierung der Insolvenzverschleppungshaftung in Europa als zwingend geboten.¹⁸⁸

4.2 Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit durch die Insolvenzantragspflicht?

Doch wie bei der Anwendung deutscher gesellschaftsrechtlicher Haftungstatbestände auf das Verhalten von Verantwortlichen ausländischer Kapitalgesellschaften, muss auch bei einer möglichen Haftung wegen der Verletzung der soeben dargestellten, als insolvenzrechtlich zu qualifizierenden Pflichten die Frage nach einer möglichen Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit gestellt werden. So stellt sich die Insolvenzantragspflicht eines Geschäftsführers bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zwar vielleicht auf den ersten Blick als eine solche Beschränkung dar. Jedoch erschwert diese weder den Marktzugang der Gesellschaft in erheblicher Weise, noch werden durch das Auferlegen dieser Pflicht ausländische Kapitalgesellschaften oder deren Geschäftsführer stärker beeinträchtigt als inländische Gesellschaften. Vielmehr handelt es sich lediglich um eine allgemeine tätigkeitsbezogene Beschränkung, die den geordneten Marktaustritt von Kapitalgesellschaften gewährleistet und die für die Geschäftsführer ausländischer Gesellschaften nicht schwerer zu befolgen ist als für diejenigen von Inlandsgesellschaften. Somit liegt zwar eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vor, diese ist jedoch europarechtskonform und damit zulässig.¹⁸⁹

Durch die Qualifizierung als insolvenzrechtliche Regelungen und die damit verbundene prinzipielle Anwendbarkeit unterscheiden sich somit die Haftung wegen Insolvenzverschleppung und die Haftung wegen Masseschmälerung deutlich von einer denkbaren gesellschaftsrechtlichen Handelndenhaftung.

¹⁸⁸ So auch Mock/Schildt, ZInsO 2003, S. 401 f.; vgl. auch den hierzu bereits bestehenden Aktionsplan der Kommission *Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union* vom 21.5.2003, S. 19; abgedruckt in NZG 2003, Sonderbeilage zu Heft 13.

¹⁸⁹ So zutreffend auch Eidenmüller, NJW 2005, S. 1621.

5. Kapitalersatzhaftung, §§ 32 a, b GmbHG i.V.m. §§ 39 I Nr. 5, 135 InsO, § 6 AnfG; §§ 30, 31 GmbHG analog

In der Tendenz entsprechend, wenngleich im Ergebnis nicht ganz so eindeutig, stellt sich mit Blick auf die dargestellten Auffassungen zur Insolvenzverschleppungshaftung die Beurteilung der deutschen, im EU-Ausland weitgehend unbekanntes Kapitalersatzhaftung dar.¹⁹⁰

Während ein Großteil der Literatur die Anwendung des Kapitalersatzrechtes wiederum mit Verweis auf die Unanwendbarkeit des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts ablehnt,¹⁹¹ so ordnen andere auch das Kapitalersatzrecht als Teil des Insolvenzrechts ein und gelangen damit über die Artt. 3, 4 EuInsVO zur Anwendbarkeit der Kapitalersatzhaftung¹⁹² oder sehen über den Ansatz der generellen Anwendbarkeit der deutschen Gläubigerschutzvorschriften konsequenterweise das Kapitalersatzrecht auch für in Deutschland domizilierende EU-Auslandsgesellschaften als gültig und verbindlich an.¹⁹³

Das Kapitalersatzrecht sei der Sache nach Insolvenzrecht. Die Verantwortlichen einer EU-Auslandsgesellschaft dürften diese zwar nach Belieben mit Fremdkapital finanzieren, hätten aber die insolvenzrechtlichen Folgen zu tragen, wenn das Kapital trotz Krise nicht oder zu spät abgezogen wird.¹⁹⁴

Wenn sich auch die Anfechtbarkeit gem. § 135 InsO nach insolvenzrechtlichen Vorschriften richtet, so ist die Frage, ob ein Darlehen oder eine Maßnahme eigenkapitalersetzenden Charakter hat, aber doch eine gesellschaftsrechtliche Frage, da sie die ordnungsgemäße Kapitalausstattung der Gesellschaft und die Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter betrifft.¹⁹⁵ Es wäre aber paradox, wenn das betroffene Gesellschaftsstatut die Finanzierung durch Gesellschafterkredite problemlos anerkennen würde, im Fall der Insolvenz hingegen eine An-

¹⁹⁰ Vgl. hierzu eingehend Grunewald, GmbHR 1997, S. 9; Claussen, FS-Forster, S. 149 f.; detailliert für *England*: Bödecker, Kapitalerhaltung im englischen Gesellschaftsrecht, S. 72 ff.; für *Frankreich*: Reiner, FS-Boujong, S. 443; für *Spanien*: Sanz, Private Company in Spain, S. 129 ff.; zur Ausnahme *Italien*: Haas, GmbHR 2004, S. 557; zur gleichen Rechtslage in *Österreich*: Schmidberger, Eigenkapitalersatz, S. 15 ff.

¹⁹¹ Trunk, Insolvenzrecht, S. 192 f.; Meilicke, GmbHR 2003, S. 805; Riedemann, GmbHR 2004, S. 349; Schmidt, FS-Großfeld, S. 1042; Scholz, GmbHG, *Westermann*, Einl., Rn. 96.

¹⁹² Vgl. Ulmer, NJW 2004, S. 1207.

¹⁹³ So Altmeppen/Wilhelm, DB 2004, S. 1088; Altmeppen, NJW 2004, S. 103.

¹⁹⁴ Vgl. Eisner, ZInsO 2005, S. 22.

¹⁹⁵ Vgl. Müller, NZG 2003, S. 417.

fechtung gem. § 135 InsO möglich sein soll.¹⁹⁶ Demzufolge scheint eine differenzierte Antwort auf die Frage nach der Anwendbarkeit der Eigenkapitalersatzhaftung auf EU-Auslandsgesellschaften geboten: Sieht das betroffene Gesellschaftsstatut eine Gleichstellung der Eigenkapitalersatzmaßnahme mit Eigenkapital vor, so ist eine Anfechtung auch hier möglich.¹⁹⁷ Kennt das ausländische Gesellschaftsstatut hingegen eine solche Gleichstellung nicht, so muss dies akzeptiert werden, so dass eine Haftung nach Eigenkapitalersatzrecht ausscheiden muss.¹⁹⁸

6. Haftung wegen Verletzung kapitalmarktrechtlicher Vorschriften

Aus Gründen der Vollständigkeit sei hier noch die in der aktuellen gesellschaftsrechtlichen Diskussion meist gänzlich vernachlässigte und von daher im Ergebnis auch noch als sehr ungeklärt zu sehende Haftung wegen Verletzung kapitalmarktrechtlicher Vorgänge erwähnt. Zu nennen sind beispielhaft die Haftung für falsche Informationen oder die Prospekthaftung.¹⁹⁹ Aufgrund der Anknüpfung an gesellschaftsrechtliche Tatbestände wird man in diesen Fällen aber wohl trotz der Betroffenheit von primär kapitalmarktrechtlichen Vorgängen zu einer gesellschaftsrechtlichen Qualifikation gelangen.

7. Haftung bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten

Erstaunlich wenig Beachtung findet bei allen Erörterungen um die Haftungsfragen der Geschäftsführer ausländischer Kapitalgesellschaften die Haftung für Steuerschulden und Sozialbeiträge. Dabei obliegen den Mitgliedern von Organen ausländischer Kapitalgesellschaften bei einer Geschäftstätigkeit in Deutschland prinzipiell die gleichen öffentlich-rechtlichen Pflichten wie den Organen inländischer Gesellschaften.²⁰⁰

So haften die Geschäftsführer bei Zahlungsunfähigkeit ihrer in Deutschland tätigen Gesellschaft genauso wie jeder GmbH-Geschäftsführer aus dem Steuerrecht

¹⁹⁶ MüKo, Int. GesR, Kindler, Rn. 475.

¹⁹⁷ So z.B. für Österreich, vgl. Koziol, FS-50 Jahre BGH, Band II, S. 952 f.

¹⁹⁸ So z.B. im *englischen common law*, vgl. Fleischer, DStR 2000, S. 1017.

¹⁹⁹ Vgl. Merkt/Göthel, RIW 2003, S. 31 f.; Baums, ZHR 167, 2003, S. 172; MüKo, BGB, Wagner, § 826, Rn. 60 ff.

²⁰⁰ Vgl. Wachter, GmbHR 2003, S. 1257.

heraus direkt gegenüber dem Finanzamt und den Krankenkassen. Nachdem die ausländische Gesellschaft im Falle eines deutschen Geschäftssitzes beim örtlichen deutschen Finanzamt steuerpflichtig ist, haftet der Geschäftsführer gegenüber dem Finanzamt für alle auf die Firmenumsätze noch nicht abgeführten Umsatzsteuern sowie ungezahlte Lohnsteuern auf ausgezahlte Nettogehälter. Darüber hinaus haftet der Geschäftsführer gegebenenfalls auch gegenüber den Krankenkassen für nicht abgeführte Sozialbeiträge (Kranken-, Renten-, Pflegeversicherung) auf die ausgezahlten Löhne und Gehälter. Die Nichtzahlung stellt strafrechtlich betrachtet sogar eine Veruntreuung fremder Gelder dar.

IV. DIE HAFTUNG DER GESELLSCHAFTER UND GESCHÄFTSFÜHRER NICHTEUROPÄISCHER KAPITALGESELLSCHAFTEN

Während sich die Abkehr von der Sitztheorie als Folge einer Beeinträchtigung der im EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit darstellte und sich damit naturgemäß im europäischen Rechtsraum vollzog, stellt sich in der Anschlussdebatte die Frage nach der rechtlichen Beurteilung von ausländischen Kapitalgesellschaften mit Sitz außerhalb der Europäischen Union.

1. Einzelne völkerrechtliche Verpflichtungen und Tendenz der deutschen Rechtsprechung

Hierbei können insbesondere völkerrechtliche Verträge der Anwendung der Sitztheorie auf Gesellschaften, die nach dem Recht eines Nichtmitgliedstaates gegründet wurden, entgegenstehen.²⁰¹

1.1 Bilaterale Verpflichtungen

Zu nennen sind als solche völkerrechtlichen Verpflichtungen zunächst bilaterale Abkommen. Als Beispiel für einen bilateralen Vertrag lässt sich hierfür der deutsch-spanische Niederlassungsvertrag anführen,²⁰² der, wenngleich auf Grund der Erfassung durch den EG-Vertrag nicht notwendig, aber dennoch explizit in Art. 5 II die Frage nach der Anwendbarkeit des Rechts des Gründungsstaates regelt.

Während sich die Beurteilung von Gesellschaften aus den Mitgliedstaaten des *Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR)* noch recht einfach darstellt und kraft des EWR-Übereinkommens diese Gesellschaften genau wie Gesellschaften aus den EU-Mitgliedstaaten behandelt werden,²⁰³ stellt sich die oben aufgeworfene Frage insbesondere für Gesellschaften außerhalb dieses Gebietes.

Eine ebenfalls identische Beurteilung stellte der BGH unter Berufung auf die Rechtssache *Überseering* kurz nach den wegweisenden EuGH-Entscheidungen

²⁰¹ Vgl. Lehmann, RIW 2004, S. 817.

²⁰² BGBl. 1972 II, S. 1041: Niederlassungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Spanien vom 23.4.1970; Krupski, ZVglRWiss 1997, S. 423; Michalski, GmbHG, *Leible*, Syst. Darst., Rn. 43.

²⁰³ Vgl. hierzu das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum v. 2.5.1992; vgl. auch: Baudenbacher/Buschle, IPRax 2004, S. 29.

für die Vereinigten Staaten von Amerika fest.²⁰⁴ Grundlage hierfür sei die im deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag (FHS-Vertrag) gewährleistete Niederlassungsfreiheit, welche ebenfalls die volle Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit US-amerikanischer Gesellschaften umfasse.²⁰⁵

Damit genießen jedenfalls US-amerikanische Gesellschaften wegen der im Rahmen des Vertrages vereinbarten Meistbegünstigung die gleichen Niederlassungsrechte wie EG-Gesellschaften.²⁰⁶ Zwar stützte der Senat seine Entscheidung auf die genannte Regelung des Vertrages, doch beruft sich das Gericht am Ende seiner Entscheidung noch auf das *Überseering*-Urteil des EuGH, wonach *insbesondere die Niederlassungsfreiheit die volle Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit mit zum Inhalt hat.*²⁰⁷

1.2 Multilaterale Verpflichtungen

Während die Rechtslage für diese bilateralen Abkommen auf Grund der expliziten Normierungen eindeutig ist, könnte die Sitztheorie jedoch ungleich stärker betroffen sein, wenn sie auch durch einen multilateralen Vertrag begrenzt wäre. Hier wird vereinzelt das *General Agreement on Trade in Services (GATS)*²⁰⁸ ins Feld geführt, welches in Art. XXVIII (m) GATS eine ähnliche Formulierung enthält wie der in der Begründung des EuGH entscheidende Art. 48 EG, welcher die Geltung des maßgeblichen Art. 43 EG auf juristische Personen erweitert.²⁰⁹ Stünde das GATS der Anwendung der Sitztheorie ebenfalls entgegen, so wäre die Sitztheorie international praktisch bedeutungslos, da das GATS zwischen 147 WTO-Mitgliedstaaten verbindliche Wirkung entfaltet.²¹⁰

Doch trotz der weitgehenden textlichen Übereinstimmung mit Art. 48 EG ist nicht davon auszugehen, dass die Norm des GATS genauso ausgelegt wird wie

²⁰⁴ BGH, DB 2003, S. 818 f.; Bungert, DB 2003, S. 1043; Paefgen, DZWIR 2003, S. 441.

²⁰⁵ BGBl. 1956 II, S. 487 f.; geregelt in Art. XXV Abs. 5 S. 2 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages vom 29.10.1954; MüKo, Int. GesR, *Kindler*, Rn. 242.

²⁰⁶ Vgl. Schanze/Jüttner, AG 2003, S. 664.

²⁰⁷ BGH, BB 2003, S. 811.

²⁰⁸ BGBl. 1994 II, S. 1643; hierzu auch: Leible, FS-Jayme, 2004, S. 484.

²⁰⁹ Vgl. Leible, ZGR 2004, S. 545; Lehmann, RIW 2004, S. 817.

²¹⁰ Die verbindliche Wirkung für die Mitglieder der WTO folgt aus Art. II Abs. 2 GATS.

ihr europarechtliches Pendant.²¹¹ Zwar ist eine wie bei den Fällen der EuGH-Entscheidungen zu qualifizierende richterliche Rechtsfortbildung auch unter den Bedingungen der Streitbeilegung in der WTO auf Grundlage des GATS möglich, doch erscheint eine der Rechtsprechung zu Art. 48 EG vergleichbare Auslegung des Art. XXVIII (m) GATS durch die Panel der WTO sehr unwahrscheinlich.

Daher bildet die multilaterale Verpflichtung des GATS keine Basis, auf Grund derer die Unanwendbarkeit der Sitztheorie festgestellt werden könnte.

2. Beurteilung von Drittstaaten ohne zwingende völkerrechtliche Vereinbarungen

Während sich die Beurteilung von Gesellschaften aus Drittstaaten, mit denen eine spezielle völkerrechtliche Vereinbarung besteht, demnach recht eindeutig bestimmen lässt, stellt sich nunmehr die Frage, ob eine Abkehr von der Sitztheorie mit den damit verbundenen haftungsrechtlichen Konsequenzen auch im Verhältnis zu solchen Staaten zu praktizieren ist, mit denen keine entsprechenden völkerrechtlichen Verpflichtungen bestehen.

Zwar spricht für eine generelle Beurteilung nach dem Recht des Satzungssitzes das schlagkräftige Argument der Klarheit und Einfachheit des Kollisionsrechts,²¹² doch werden hiergegen auch vereinzelt Bedenken geäußert.

Am häufigsten finden sich in diesem Zusammenhang die Einwände, dass die verschiedenen Gesellschaftsrechte nicht genügend harmonisiert seien, das Recht eines Drittstaates oftmals nur schwer zu ermitteln sei und auf Grund eines in weiten Bereichen deregulierten Gesellschaftsrechts des Gründungsstaates im Niederlassungsstaat die Gefahr bestehe, für wichtig befundene Schutzanliegen nicht durchsetzen zu können.²¹³

Allerdings scheinen diese Einwände im Ergebnis nicht stichhaltig zu sein. Ist bereits die Abgrenzung der gefürchteten *Oasenstaaten*²¹⁴ von denjenigen Staaten, gegenüber denen Deutschland heute schon die Abkehr von der Sitztheorie vollzogen hat, äußerst schwierig zu fassen, so kann auch die Unkenntnis der

²¹¹ So auch Lehmann, RIW 2004, S. 823.

²¹² So Spindler/Berner, RIW 2003, S. 956; Eidenmüller, JZ 2003, S. 528.

²¹³ Vgl. Bayer, BB 2003, 2363 f.; Ebke, JZ 2003, S. 930.

²¹⁴ Vgl. zum Begriff des *Oasenstaates* insbesondere: Kieninger, ZEuP 2004, S. 703.

Rechtsordnung des Drittstaates bei letzteren Staaten auf genauso große Schwierigkeiten stoßen wie bei einem beliebigen Drittstaat.

Somit ist mit Blick auf die Beurteilung von Gesellschaften aus Drittstaaten, mit denen keine völkerrechtlichen Vereinbarungen bestehen, die Frage nach der Anwendung der *Sitztheorie* völlig offen. Es finden sich sowohl Befürworter einer Abkehr auch im nichteuropäischen internationalen Gesellschaftsrecht, als auch Vertreter, die weiterhin an der *Sitztheorie* auf diesem Gebiet festhalten wollen.²¹⁵

²¹⁵ BGH, DStR 2003, S. 948.

V. FAZIT UND AUSBLICK

Als Fazit bleibt somit festzuhalten, dass mit der durch die EuGH-Rechtsprechung induzierten Abkehr von der Sitztheorie das Recht des Gründungsstaates nunmehr eine hervorgehobene Stellung einnehmen wird. Gleichwohl existieren, wie in der Analyse erarbeitet, auch weiterhin einzelne Haftungstatbestände außerhalb des Gesellschaftsrechts, die ohne Rücksicht auf die Niederlassungsfreiheit zu einer Haftung der Gesellschafter und Geschäftsführer ausländischer Kapitalgesellschaften nach deutschem Recht führen können. Von besonderer Bedeutung sind hier vor allem die Haftung auf Grund eines existenzvernichtenden Eingriffs und die Insolvenzverschleppungshaftung zu nennen. Somit steht für die dargestellten EU-Auslandsgesellschaften mit Tätigkeitsschwerpunkt in Deutschland, deren Satzungs- und Verwaltungssitz per definitionem divergieren,²¹⁶ bereits jetzt fest, dass Gesellschaftsstatut einerseits und Insolvenz- und Deliktsstatut andererseits auseinander fallen.

Die neuere Rechtsprechung des EuGH zum Gesellschaftsrecht und die dadurch induzierte Abkehr von der Sitztheorie stellen aber vor allem für das deutsche Gesellschaftsrecht und insbesondere für das mehr als einhundert Jahre alte deutsche GmbH-Recht eine historische Herausforderung dar. Die deutschen Kapitalgesellschaften konkurrieren nicht mehr nur mit anderen nationalen Rechtsformen, sondern zunehmend auch mit ausländischen Gesellschaftsformen.

Folglich hat die Mehrzahl der nationalen Gesellschaftsrechte genügend Anlass, sich in ihrer Ausrichtung auf einen gemeinsamen europäischen Binnenmarkt einzustellen. Und in der Tat haben bereits einige Mitgliedstaaten diesen Trend verinnerlicht und die Weichen richtig gestellt: So hat Frankreich sein Gesellschaftsrecht modernisiert und unter anderem auf das Erfordernis eines Mindestkapitals bei der *S.A.R.L.* verzichtet,²¹⁷ in Spanien wurde die *Sociedad Limitada Nueva Empresa* eingeführt.²¹⁸ Auch das Vereinigte Königreich reformiert seit

²¹⁶ Weller, IPRax 2003, S. 209.

²¹⁷ Geändert durch das am 1.4.2004 in Kraft getretene *loi pour l'initiative économique*; vgl. auch Wachter, GmbHR 2003, R 377 f.; Becker, GmbHR 2003, S. 1120 f.

²¹⁸ In Kraft getreten am 2.6.2003 und geregelt durch *Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*; vgl. auch Vietz, GmbHR 2003, S. 523; Fröhlingsdorf, RIW 2003, S. 584; Bilz, Informaciones 2003, S. 96.

1998 kontinuierlich sein Gesellschaftsrecht,²¹⁹ und modernisierte genau wie Frankreich das schwerfällige Registerrecht durch die Einführung eines Online-Registers.²²⁰

Ob in diesem Zusammenhang das nun europaweit erlaubte *societas shopping*²²¹ als positiv oder negativ bewertet wird, ist und bleibt eine Frage der Perspektive. Während Unternehmer sich wohl über weniger Mitbestimmungsvorschriften, erleichterte Gründungsmodalitäten und eine freie Wahl der Rechtsform freuen dürften, wird die Einschätzung von Gläubigern der Kapitalgesellschaften verständlicherweise ganz anders liegen.

Mit Sicherheit sind im Wettbewerb der Rechtsformen ausländische Gesellschaftsformen, so wie die englische *Ltd.*, Rechtsformen, die die schwerfälligen deutschen Regelungen in vielen Bereichen wie der Kapitalaufbringung, des Kapitalersatzrechtes und der deutschen Registervorschriften dominieren.²²² So erweist sich auch die Zahl der Gewerbeanmeldungen in Form der deutschen Kapitalgesellschaftsform der GmbH in den vergangenen Jahren als stetig abnehmend.²²³

Umso überfälliger erscheint eine Überarbeitung gerade auch des deutschen Gesellschaftsrechts. Gefordert werden hier in der Gesellschaftsrechtswissenschaft zu Recht vor allem eine umfassende Deregulierung, eine Erleichterung im Bereich des Kapitalschutzrechts und eine Konzentration auf wesentliche Grundsätze.²²⁴

Zwar veröffentlichte auch die deutsche Bundesregierung zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts und zur Steigerung der Attraktivität der deutschen GmbH gegenüber konkurrierenden ausländischen Rechtsformen einen Referentenentwurf zur Reform des GmbH-

²¹⁹ Vgl. den Überblick bei Goddard, *Modern Law Review*, 2003, S. 402 ff.

²²⁰ Für das Vereinigte Königreich das inzwischen hoch frequentierte *Companies House* und für Frankreich das *Registre National du Commerce et Sociétés*.

²²¹ Vgl. hierzu Weller, *IPRax* 2003, S. 208; Weller, *DStR* 2003, S. 1801.

²²² Als Vertreter einer widersprechenden, sich aber absolut in der Minderheit befindlichen Auffassung sei hier genannt: Dierksmeier, *BB* 2005, S. 1520.

²²³ Von 100.144 Gewerbeanmeldungen im Jahr 1998 sank diese Zahl auf unter 80.000 im Jahr 2005, Angaben des Statistisches Bundesamtes.

²²⁴ Wilhelm, *ZHR* 167, 2003, S. 543 ff.; Bayer, *BB* 2003, S. 2366; Merkt, *RIW* 2003, S. 459; Happ, *ZHR* 169, 2005, S. 8; anders hingegen Priester, *DB* 2005, S. 1319, der einer Verschlinkung des GmbH-Rechts als übertriebene Reaktion auf die *Ltd.*-Welle warnt.

Rechts.²²⁵ Erfolge sind diesbezüglich jedoch noch nicht vorzuweisen und in der Literatur schon als sicher erwartete Änderungen²²⁶ wurden auf Grund der politischen Turbulenzen im Sommer des Jahres 2005 weder unter Rot-Grün, noch bis dato unter der Großen Koalition realisiert. Erneut belebt aber wurden die Hoffnungen auf eine umfassende Reform des GmbH-Gesetzes durch den jüngst vorgelegten Referentenentwurf zur Modernisierung des GmbHG vom 29.5.2006.²²⁷ Ob sich in der Konsequenz die verschiedenen Gesellschaftsrechte der EU-Mitgliedstaaten ein *race to the bottom*²²⁸ mittel- bis langfristig liefern werden, bleibt abzuwarten. Es sollte jedoch kein Zweifel daran bestehen, dass ein ruinöser Wettbewerb der Rechtsordnungen im Streben nach maximaler Liberalität letztlich als große Gefahr für die verschiedensten Schutzinteressen und damit auch für die Allgemeinheit zu sehen ist. Nicht die Bemühungen, die Rechtsordnung für Unternehmensgründer zu Lasten Dritter so attraktiv wie möglich zu machen, sondern die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sollten als Standortfaktoren konkurrieren.²²⁹

Während sich die meisten Forderungen der Literatur auf eine Reform des nationalen Gesellschaftsrechtes beschränken, sollte jedoch nach der hier vertretenen Auffassung auch die Möglichkeit einer genuin europäischen kleinen Kapitalgesellschaft in Betracht gezogen werden. So existiert seit dem Jahr 2004 die rechtseinheitlich ausgestaltete und für grenzüberschreitende Aktivitäten wählbare *Societas Europaea (SE)*. Diese ist jedoch häufig als zu schwerfällig und un-

²²⁵ Beschluss des Bundeskabinetts vom 01.06.2005; BT-Drucksache 16/283 v. 16.12.2005, S. 6; so vor allem der Entwurf eines MindestKapG zur Absenkung des Mindestkapitals der GmbH auf 10.000 Euro und die Verpflichtung der Gesellschaft, das Stammkapital auf ihren Geschäftsbriefen anzugeben.

²²⁶ Vgl. Dierksmeier, BB 2005, S. 1516 f.

²²⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), vorgelegt am 29.5.2006.

²²⁸ Vgl. Schön, FS-Lutter, S. 704 f.; Happ/Holler, DStR 2004, S. 730. Der Begriff *race to the bottom* wurde durch den Wettlauf der US-amerikanischen, einzelstaatlichen Gesellschaftsrechte geprägt und kennzeichnet die Angst vor einer intensiven Beeinträchtigung der Aktionärsinteressen durch weitgehende Liberalisierungsbemühungen, insbesondere des Bundesstaates *Delaware*, vgl. hierzu auch: Dodd/Leftwich, Journal of Business, Vol. 53, S. 259 ff.; Easterbrook/Fischel, Corporate Law, S. 212 ff.; Schulz, Vorgaben für das Kollisionsrecht, S. 164 f.; Göthel, RIW 2006, S. 41.

²²⁹ So auch Bayer, BB 2003, S. 2366.

praktikabel bezeichnet worden.²³⁰ Somit scheint es in Ergänzung hierzu einer weiteren europäischen Gesellschaftsform zu bedürfen, um dem Wunsch nach einer kleinen und flexiblen Kapitalgesellschaft nachzukommen und damit die Erfolgsgeschichte des einstigen *Exportschlagers GmbH*²³¹ zu wiederholen. Entsprechende Überlegungen werden zwar bereits diskutiert, haben allerdings noch zu keinen vorzeigbaren Resultaten geführt.²³² Die Angst vor einem Verlust politischer Einflussnahmemöglichkeiten für die juristischen Bereiche des Gesellschaftsrechts ist in den meisten Mitgliedstaaten wohl immer noch zu groß.

Eine wesentliche Herausforderung wird nach der in der Praxis vollzogenen Abkehr von der Sitztheorie die Lösung des grundlegenden Problems der Theoriebildung der nationalen Gesellschaftskollisionsrechte sein. Die eindeutigen Entscheidungen des EuGH verlangen eine Reflexion und zum Teil auch eine Überarbeitung der nationalen Gesellschaftsrechte, insbesondere des Gesellschaftskollisionsrechts.²³³

Weder die nunmehr verworfene Sitztheorie, noch die wenig praktikable Gründungstheorie vermögen zu überzeugen. Vielmehr bedarf es nationaler Kollisionsrechte, welche hinsichtlich der Regelungen, die sich auf Gesellschaften beziehen, die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben explizit berücksichtigen. Vorschläge zur Harmonisierung des Kollisionsrechts sollten stets unter diesem Vorzeichen kritisch beurteilt werden.

Zwar ist die Abkehr von der Sitztheorie durch die grundlegenden EuGH-Entscheidungen de facto bereits vollzogen, so dass es diesbezüglich keiner weiteren gesetzgeberischer Eingriffe bedarf. Allerdings scheint zur Regelung der zahlreichen offenen Fragen wie beispielsweise der Reichweite des Gesellschaftsstatuts, der Abgrenzung vom Delikts- und Insolvenzrecht, der Behandlung der Durchgriffshaftungstatbestände sowie des Verhältnisses zu Drittstaaten die Forderung nach einer gesetzlichen Regelung, welche neben dem Grundsatz

²³⁰ Riegger, ZGR 2004, S. 529.

²³¹ Lutter, FS-100-Jahre-GmbHG, S. 76; Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, S. 186.

²³² Vgl. Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, S. 187; Bachmann, ZGR 2001, S. 370 ff.

²³³ Joerges, EJCL, vol. 7.3, September 2003, III. 3.

der gesellschaftsrechtlichen Haftungsanknüpfung auch diese Problembereiche klarstellend regelt, für durchaus geboten.²³⁴

Mit den dargestellten wegweisenden Entscheidungen des EuGH ist zwar eine eindeutige Richtungsvorgabe für die Zukunft des internationalen Gesellschaftsrechts gegeben. Die konkrete Ausgestaltung liegt nun aber in den Händen der Legislative.

Hinsichtlich der festgestellten Pflicht zur Anwendung des Heimatrechtes einer Gesellschaft bleibt festzuhalten, dass diese Konsequenz wohl für viele in der Juristerei tätige Personen mit einem mulmigen Gefühl verbunden bleiben wird, können doch Detailkenntnisse des ausländischen Rechts selbst bei bekannten Gesellschaftsformen wie der *Ltd.* nicht a priori erwartet werden. Am weitesten geht hier wohl die von *Altmeppen* vertretene These von der *Unmöglichkeit*, 25 verschiedene Gesellschaftsrechte anzuwenden.²³⁵

Sieht man von der bereits bestehenden Existenz einer ähnlichen internationalen Verflechtung in vielen Rechtsgebieten einmal ab,²³⁶ so ist zu erwarten, dass diese Informationen aber schon bald als Dienstleistungen angeboten werden dürften, sei es durch spezialisierte Rechtsanwälte, Kammern oder Verbänden. Dieser Weg erscheint auch durchaus als gangbar. Schließlich urteilen deutsche Richter auch über komplexe Arzthaftungsfälle und verlassen sich dabei auf Sachverständigengutachten, ohne jemals Medizin studiert zu haben.

Und unter dem Vorzeichen der Praxis betrachtet: Im täglichen Richter- und Anwaltsleben wird es wohl auch kaum um alle 25 europäischen Rechtsordnungen gehen, sondern eben um jene drei oder vier Rechtsformen, die den Ruf der besonderen Attraktivität für Unternehmer genießen.²³⁷

Den Vertretern der juristischen Beratung muss schließlich geraten werden, im Rahmen ihrer Mandantenbetreuung nicht nur auf die neuen Entwicklungen im Zuge der EuGH-Entscheidungen hinzuweisen, sondern auch vor den damit verknüpften Ausnahmehaftungstatbeständen zu warnen, die wie vorliegend darge-

²³⁴ So auch zutreffend Kieninger, ZEuP 2004, S. 703, die eine Verordnung der Europäischen Union als die vorzugswürdigste Alternative einer Regelung einschätzt.

²³⁵ Altmeppen, NJW 2004, S. 98 f.

²³⁶ Sandrock, BB 2004, S. 900, nennt neben den *armen Kollisionsrechtlern*, die ständig zur Anwendung ausländischen Rechts gezwungen seien, vor allem die Bereiche des Familienrechts und des internationalen Vertragsrechts.

²³⁷ So zutreffend auch Roth, ZGR 2005, S. 378.

stellt, auch weiterhin nach deutschem Recht möglich sind. Gleichwohl schwebt auch über all diesen Anknüpfungen stets das Damoklesschwert einer abweichenden Beurteilung durch den EuGH.

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher, Monographien und Dissertationen

- Bödecker, Carsten Die Kapitalerhaltung im englischen Gesellschaftsrecht, Frankfurt/Main, 1994
Verlag Peter Lang
Zit.: Bödecker, Kapitalerhaltung im englischen Gesellschaftsrecht, S.
- Bruinier, Stefan Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das Internationale Privatrecht, Frankfurt/Main, 2002
Verlag Peter Lang
Zit.: Bruinier, Grundfreiheiten, S.
- Buxbaum, Richard
Hopt, Klaus Legal Harmonization and the Business Enterprise, Berlin, 1988
In: Cappelletti, Mauro / Seccombe, Monica / Weiler, Joseph: Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience – Volume 4
Verlag Walter de Gruyter
Zit.: Buxbaum/Hopt, Legal Harmonization, S.
- Carney, William Limited Liability, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2000
In: Bouckaert, Boudewijn / De Geest, Gerrit: Encyclopedia of Law and Economics, Volume III
Verlag Edward Elgar Publishing
Zit.: Carney, Limited Liability, S.
- Dauses, Manfred Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, München, 2005
Verlag C.H. Beck
Zit.: Dauses, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, *Bearbeiter*, Abschnitt
- Easterbrook, Frank
Fischel, Daniel The Economic Structure of Corporate Law, Cambridge, London, 1996
Harvard University Press
Zit.: Easterbrook/Fischel, Corporate Law, S.

- Eidenmüller, Horst
 Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht,
 München, 2004
 Verlag C.H. Beck
 Zit.: Eidenmüller, Kapitalgesellschaften, *Bearbeiter*, §, Rn.
- Eyles, Uwe
 Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der
 Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden, 1990
 Verlag Nomos
 Zit.: Eyles, Niederlassungsrecht, S.
- Fischer, Hans Georg
 Europarecht, 3. Auflage, München, 2001
 Verlag C.H. Beck
 Zit.: Fischer, Europarecht, §, Rn.
- Graziano, Thomas Kadner
 Europäisches Internationales Deliktsrecht, Tübingen, 2003
 Verlag Mohr Siebeck
 Zit.: Graziano, Europäisches Internationales Deliktsrecht, S.
- Grothe, Helmut
 Die „ausländische Kapitalgesellschaft & Co.“, Köln, 1989
 Verlag Heymanns
 Zit.: Grothe, Ausländische Kapitalgesellschaft, S.
- Halbhuber, Harald
 Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher
 Rahmen und deutscher Widerstand, Baden-Baden, 2001
 Verlag Nomos
 Zit.: Halbhuber, Limited Company, S.
- von Halen, Curt Christian
 Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH
 Heidelberg, 2001
 Verlag Recht und Wirtschaft
 Zit.: Halen, Gesellschaftsstatut, S.
- Halpern, Paul
 Limited and Extended Liability Regimes
 In: Newman, Peter:
 The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,
 Volume 2, London, 1998, S. 581 ff.
 Zit.: Halpern, Limited and Extended Liability, S.

- Hirte, Heribert
Bücker, Thomas
Grenzüberschreitende Gesellschaften, Köln, 2005
Verlag Heymanns
Zit.: Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften,
Bearbeiter, §, Rn.
- Kruse, Viola
Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG,
Köln, 1997
Verlag Heymanns
Zit.: Kruse, Sitzverlegung, S.
- Raiser, Thomas
Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Auflage, München, 2006
Verlag Franz Vahlen
Zit.: Raiser, Kapitalgesellschaften, §
- Rohde, Stephan
Europäische Integration und Sitzverlegung von
Kapitalgesellschaften von und nach Deutschland,
Offenbach, 2002
Der Andere Verlag
Zit.: Rohde, Sitzverlegung, S.
- Sandrock, Otto
Wetzler, Christoph
Deutsches Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen,
Heidelberg, 2004
Verlag Recht und Wirtschaft
Zit.: Sandrock/Wetzler, Wettbewerb der Rechtsordnungen,
Bearbeiter, S.
- Sanz, Martinez Fernando
The private company in Spain, a short overview, Antwerpen, 1995
In: de Kluiver, Harm-Jan / Van Gerven, Walter: The
European private company?
Verlag Maklu, Nomos-Jus Commune
Zit.: Sanz, Private Company in Spain, S.
- Schäfer, Hans-Bernd
Ott, Claus
Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts,
4. Auflage, Berlin, 2005
Verlag Springer
Zit.: Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S.

- Schmidsberger, Gerald Eigenkapitalersatz im Konzern, Wien, 1996
Verlag Orac
Zit.: Schmidsberger, Eigenkapitalersatz, S.
- Schnichels, Dominik Reichweite der Niederlassungsfreiheit, Baden-Baden, 1995
Verlag Nomos
Zit.: Schnichels, Niederlassungsfreiheit, S.
- Schulz, Martin Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kollisionsrecht in
einem Gemeinsamen Markt, Frankfurt/Main, 2000
Verlag Peter Lang
Zit.: Schulz, Vorgaben für das Kollisionsrecht, S.
- Schwarz, Günter Christian Europäisches Gesellschaftsrecht, Baden-Baden, 2000
Verlag Nomos
Zit.: Schwarz, Europäisches GesR, S.
- Tersteegen, Jens Kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer
Kapitalgesellschaften im Inland, München, 2002
Verlag C.H. Beck
Zit.: Tersteegen, Kollisionsrechtliche Behandlung, S.
- Trunk, Alexander Internationales Insolvenzrecht, Tübingen, 1998
Verlag Mohr Siebeck
Zit.: Trunk, Insolvenzrecht, S.
- Zimmer, Daniel Internationales Gesellschaftsrecht, Heidelberg, 1996
Verlag Recht und Wirtschaft
Zit.: Zimmer, Int. GesR, S.

II. Kommentare

- Bamberger, Heinz Georg
Roth, Herbert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3,
München, 2003
Verlag C.H. Beck
Zit.: Bamberger/Roth, BGB, §, Rn.

- Baumbach, Adolf
Hopt, Klaus
Merkt, Hanno
Handelsgesetzbuch, 32. Auflage, München, 2005
Verlag C.H. Beck
Zit.: Baumbach/Hopt, HGB, *Bearbeiter*, §, Rn.
- Ebenroth, Carsten Thomas
Boujong, Karlheinz
Joost, Detlev
Handelsgesetzbuch, Band 1, München, 2001
Verlag C.H. Beck
Zit.: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, *Bearbeiter*, §, Rn.
- Hüffer, Uwe
Aktiengesetz, 7. Auflage, München, 2006
Verlag C.H. Beck
Zit.: Hüffer, AktG, §, Rn.
- Lutter, Marcus
Hommelhoff, Peter
GmbH-Gesetz, 16. Auflage, Köln, 2004
Verlag Otto Schmidt
Zit.: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, §, Rn.
- Michalski, Lutz
Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften
mit beschränkter Haftung, Band I, München, 2002
Verlag C.H. Beck
Zit.: Michalski, GmbHG, *Bearbeiter*, Abschnitt, Rn.
- Palandt, Otto
Bassenge, Peter
Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage,
München 2006
Verlag C.H. Beck
Zit.: Palandt, *Bearbeiter*, §, Rn.
- Rebmann, Kurt
Säcker, Franz Jürgen
Rixecker, Roland
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5,
Schuldrecht Besonderer Teil III, 4. Auflage, München, 2004
Verlag C.H. Beck
Zit.: MüKo, BGB, *Bearbeiter*, Rn.
- Rebmann, Kurt
Säcker, Franz Jürgen
Rixecker, Roland
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11,
Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht
3. Auflage, München, 1999
Verlag C.H. Beck
Zit.: MüKo, Int. GesR, *Bearbeiter*, Rn.

- Roth, Günter
Altmeppen, Holger
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung,
5. Auflage, München, 2005
Verlag C.H. Beck
Zit.: Roth/Altmeppen, GmbHG, *Bearbeiter*, §, Rn.
- Schmidt, Karsten
Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1,
2. Auflage, München, 2005
Verlag C.H. Beck
Zit.: MüKo, HGB, *Bearbeiter*, §, Rn.
- Scholz, Franz
Kommentar zum GmbH-Gesetz, 9. Auflage, Köln, 2000
Verlag Otto Schmidt
Zit.: Scholz, GmbHG, *Bearbeiter*, §, Rn.
- Ulmer, Peter
Hachenburg – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit
beschränkter Haftung, Band 1, 8. Auflage, Berlin,
New York, 1992
Verlag de Gruyter
Zit.: Hachenburg, GmbHG, *Bearbeiter*, §, Rn.

III. Zeitschriftenaufsätze

- Altmeppen, Holger
Schutz vor „europäischen“ Kapitalgesellschaften
In: Neue Juristische Wochenschrift, 2004, Heft 3, S. 97 ff.
Zit.: Altmeppen, NJW 2004, S.
- Altmeppen, Holger
Wilhelm, Jan
Gegen die Hysterie um die Niederlassungsfreiheit der
Scheinauslandsgesellschaften
In: Der Betrieb, 2004, Heft 20, S. 1083 ff.
Zit.: Altmeppen/Wilhelm, DB 2004, S.
- Bachmann, Gregor
Grundtendenzen der Reform geschlossener Gesellschaften
in Europa
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht,
2001, Heft 3, S. 353 ff.
Zit.: Bachmann, ZGR 2001, S.

- Baudenbacher, Carl
Buschle, Dirk
Niederlassungsfreiheit für EWR-Gesellschaften nach „Überseering“
In: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2004, Heft 1, S. 26 ff.
Zit.: Baudenbacher/Buschle, IPRax 2004, S.
- Baums, Theodor
Haftung wegen Falschinformation des Sekundärmarktes
In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Band 167, 2003, S. 139 ff.
Zit.: Baums, ZHR 167, 2003, S.
- Bayer, Walter
Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen
In: Betriebs-Berater, 2003, Heft 45, S. 2357 ff.
Zit.: Bayer, BB 2003, S.
- Becker, Patricia
Verabschiedung des Gesetzes über die französische Blitz-S.A.R.L.
In: GmbH-Rundschau, 2003, Heft 19, S. 1120 f.
Zit.: Becker, GmbHHR 2003, S.
- Behrens, Peter
Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art
In: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2004, Heft 1, S. 20 ff.
Zit.: Behrens, IPRax 2004, S.
- Bilz, Sabine
Neue spanische GmbH, Sociedad Limitada Nueva Empresa
In: Informaciones – Fachzeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr, 2003, S. 96 ff.
Zit.: Bilz, Informaciones 2003, S.
- Binz, Mark
Mayer, Gerd
Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG im Aufwind?
In: GmbH-Rundschau, 2003, Heft 5, S. 249 ff.
Zit.: Binz/Mark, GmbHHR 2003, S.
- Bitter, Georg
Flurschäden im Gläubigerschutzrecht durch „Centros & Co.“?
In: Wertpapiermitteilungen, 2004, Heft 45, S. 2190 ff.
Zit.: Bitter, WM 2004, S.

- Borges, Georg Die Sitztheorie in der Centros-Ära: Vermeintliche Probleme und unvermeidliche Änderungen
In: Recht der Internationalen Wirtschaft, 2000, Heft 3, S. 167 ff.
Zit.: Borges, RIW 2000, S.
- Bungert, Hartwin Sitzanknüpfung für Rechtsfähigkeit von Gesellschaften gilt auch nicht mehr im Verhältnis zu den USA
In: Der Betrieb, 2003, Heft 19, S. 1043 ff.
Zit.: Bungert, DB 2003, S.
- Dierksmeier, Jochen Die englische Ltd. in Deutschland – Haftungsrisiko für Berater
In: Betriebs-Berater, 2005, Heft 28/29, S. 1516 ff.
Zit.: Dierksmeier, BB 2005, S.
- Dodd, Peter The Market for Corporate Charters: "Unhealthy Competition"
Leftwich, Richard Versus Federal Regulation
In: Journal of Business, Vol. 53, No. 3, Part 1 (July 1980), S. 259 ff.
Zit.: Dodd/Leftwich, Journal of Business, Vol. 53, S.
- Drygala, Tim Stand und Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts
In: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 2004, S. 337 ff.
Zit.: Drygala, ZEuP 2004, S.
- Ebke, Werner Überseering: „Die wahre Liberalität ist Anerkennung“
In: Juristenzeitung, 2003, Heft 19, S. 927 ff.
Zit.: Ebke, JZ 2003, S.
- Eidenmüller, Horst Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Inlandssitz
In: Neue Juristische Wochenschrift, 2005, Heft 23, S. 1618 ff.
Zit.: Eidenmüller, NJW 2005, S.
- Eidenmüller, Horst Anmerkung zum BGH-Urteil vom 13.3.2003 – VII ZR 370/98
In: Juristenzeitung, 2003, Heft 10, S. 526 ff.
Zit.: Eidenmüller, JZ 2003, S.

- Eidenmüller, Horst
 Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa
 In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2002, Heft 50, S. 2233 ff.
 Zit.: Eidenmüller, ZIP 2002, S.
- Eidenmüller, Horst
 Rehm, Gebhard
 Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen
 Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen
 Internationalen Gesellschaftsrechts
 In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2004,
 Heft 2, S. 159 ff.
 Zit.: Eidenmüller/Rehm, ZGR 2004, S.
- Eisner, Helmut
 Kapitalersatz- und Insolvenzverschleppungshaftung im
 Fall der Scheinauslandsgesellschaft
 In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, 2005,
 Heft 1, S. 20 ff.
 Zit.: Eisner, ZInsO 2005, S.
- Fleischer, Holger
 Gläubigerschutz in der kleinen Kapitalgesellschaft: Deutsche
 GmbH versus englische private limited company
 In: Deutsches Steuerrecht, 2000, Heft 24, S. 1015 ff.
 Zit.: Fleischer, DStR 2000, S.
- Forsthoff, Ulrich
 Abschied von der Sitztheorie
 In: Betriebs-Berater, 2002, Heft 7, S. 318 ff.
 Zit.: Forsthoff, BB 2002, S.
- Fröhlingsdorf, Josef
 Die neue spanische GmbH: Neues Unternehmen –
 Eine Blitz-GmbH?
 In: Recht der Internationalen Wirtschaft, 2003, Heft 8, S. 584 ff.
 Zit.: Fröhlingsdorf, RIW 2003, S.
- Goddard, Robert
 „Modernising Company Law“: The Government’s White Paper
 In: Modern Law Review, Volume 66, 2003, S. 402 ff.
 Zit.: Goddard, Modern Law Review, 2003, S.
- Goette, Wulf
 Wo steht der BGH nach „Centros“ und „Inspire Art“?
 In: Deutsches Steuerrecht, 2005, Heft 5, S. 197 ff.
 Zit.: Goette, DStR 2005, S.

- Göthel, Stephan
Delaware bestätigt Gründungstheorie und schützt
Pseudo-Foreign Corporations
In: Recht der Internationalen Wirtschaft, 2006, Heft 1, S. 41 ff.
Zit.: Göthel, RIW 2006, S.
- Gräfe, Gerald
Director's fiduciary duties als Gläubigerschutzinstrument bei
britischen Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland
In: Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht,
2005, Heft 10, S. 410 ff.
Zit.: Gräfe, DZWIR 2005, S.
- Grunewald, Barbara
Plädoyer für eine Abschaffung der Rechtsregeln für
eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen
In: GmbH-Rundschau, 1997, Heft 1, S. 7 ff.
Zit.: Grunewald, GmbHR 1997, S.
- Haas, Ulrich
Die Subordination von Gesellschafterdarlehen im
deutschen und italienischen GmbH-Recht
In: GmbH-Rundschau, 2004, Heft 9, S. 557 ff.
Zit.: Haas, GmbHR 2004, S.
- Habersack, Mathias
Verse, Dirk
Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen
Insolvenzverschleppungshaftung?
In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und
Wirtschaftsrecht, Band 168, 2004, S. 174 ff.
Zit.: Habersack/Verse, ZHR 168, 2004, S.
- Hanisch, Hans
Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechts
In: Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht,
XXXVI, 1980, S. 109 ff.
Zit.: Hanisch, Schweizerisches Jahrbuch 1980, S.
- Happ, Wilhelm
Deregulierung der GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen
In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und
Wirtschaftsrecht, Band 169, 2005, S. 6 ff.
Zit.: Happ, ZHR 169, 2005, S.

- Happ, Wilhelm
Holler, Lorenz
- „Limited statt GmbH?“ – Risiken und Kosten werden
gern verschwiegen
In: Deutsches Steuerrecht, 2004, Heft 17, S. 730 ff.
Zit.: Happ/Holler, DStR 2004, S.
- Heinz, Volker
- Englische Limited und Deutsche GmbH – eine
vergleichende Darstellung
In: Anwaltsblatt, Jahrgang 54, 2004, S. 612 ff.
Zit.: Heinz, AnwBl. 2004, S.
- Hirt, Hans
- The Wrongful Trading Remedy in UK Law:
Classification, Application and Practical Significance
In: European Company and Financial Law Review,
2004, S. 71 ff.
Zit.: Hirt, ECFR 2004, S.
- Hirte, Heribert
- Die organisierte „Bestattung“ von Kapitalgesellschaften:
Gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Gesellschafts- und
Insolvenzrecht
In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, 2003,
Heft 15, S. 833 ff.
Zit.: Hirte, ZInsO 2003, S.
- Horn, Norbert
- Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-
Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art
In: Neue Juristische Wochenschrift, 2004, Heft 13, S. 893 ff.
Zit.: Horn, NJW 2004, S.
- Jara, Zbigniew
Schlichte, Johannes
- Grenzenlose Mobilität für polnische Gesellschaften nach
Inspire Art?
In: Recht der Internationalen Wirtschaft, 2006, Heft 2, S. 106 ff.
Zit.: Jara/Schlichte, RIW 2006, S.
- Joerges, Christian
- On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations
on a Justice-making Law for the EU Multi-level System
In: Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 7.3,
September 2003
<http://www.ejcl.org/ejcl/73/art73-3.html>
Zit.: Joerges, EJCL, vol. 7.3, September 2003, Abschnitt

- Junker, Abbo
Sechssundsiebzig verweht - Die deutsche Mitbestimmung endet in Europa
In: Neue Juristische Wochenschrift, 2004, Heft 11, S. 728 ff.
Zit.: Junker, NJW 2004, S.
- Keßler, Jürgen
Die Durchgriffshaftung der GmbH-Gesellschafter wegen „existenzgefährdender“ Eingriffe – Zur dogmatischen Konzeption des Gläubigerschutzes in der GmbH
In: GmbH-Rundschau, 2002, Heft 19, S. 945 ff.
Zit.: Keßler, GmbHHR 2002, S.
- Kieninger, Eva-Maria
Internationales Gesellschaftsrecht nach „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“: Antworten, Zweifel und offene Fragen
In: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 2004, Heft 3, S. 685 ff.
Zit.: Kieninger, ZEuP 2004, S.
- Kieninger, Eva-Maria
Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 1999, Heft 5, S. 724 ff.
Zit.: Kieninger, ZGR 1999, S.
- Kindler, Peter
„Inspire Art“ - Aus Luxemburg nichts Neues zum internationalen Gesellschaftsrecht
In: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2003, Heft 23, S. 1086 ff.
Zit.: Kindler, NZG 2003, S.
- Knapp, Andreas
Überseering: Zwingende Anerkennung von ausländischen Gesellschaften?
In: Deutsche Notar-Zeitschrift, 2003, Heft 2, S. 85 ff.
Zit.: Knapp, DNotZ 2003, S.
- Krupski, Jan
Zur Spaltung des auf ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz in Spanien anzuwendenden Rechts
In: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, Band 96, 1997, S. 406 ff.
Zit.: Krupski, ZVglRWiss 1997, S.

- Lagarde, Paul
Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 5.11.2002
In: Revue critique de droit international privé, 2003, S. 508 ff.
Zit.: Lagarde, Revue critique 2003, S.
- Lehmann, Matthias
Fällt die Sitztheorie jetzt auch international?
In: Recht der Internationalen Wirtschaft, 2004, Heft 11, S. 816 ff.
Zit.: Lehmann, RIW 2004, S.
- Leible, Stefan
Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2004,
Heft 3-4, S. 531 ff.
Zit.: Leible, ZGR 2004, S.
- Leible, Stefan
Hoffmann, Jochen
Wie inspiriert ist „Inspire Art“?
In: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2003,
Heft 22, S. 677 ff.
Zit.: Leible/Hoffmann, EuZW 2003, S.
- Leible, Stefan
Hoffmann, Jochen
„Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie
In: Recht der Internationalen Wirtschaft, 2002, Heft 12, S. 925 ff.
Zit.: Leible/Hoffmann, RIW 2002, S.
- Leisner, Walter
Der mündige Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH
In: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1991,
Heft 16, S. 498 ff.
Zit.: Leisner, EuZW 1991, S.
- Leutner, Gerd
Langner, Olaf
Durchgriffshaftung bei Scheinauslandsgesellschaften
In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, 2005,
Heft 11, S. 575 ff.
Zit.: Leutner/Langner, ZInsO 2005, S.
- Lutter, Marcus
„Überseering“ und die Folgen
In: Betriebs-Berater, 2003, Heft 1, S. 7 ff.
Zit.: Lutter, BB 2003, S.
- Meilicke, Wienand
Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01
In: GmbH-Rundschau, 2003, Heft 21, S. 1271 ff.
Zit.: Meilicke, GmbHR 2003, S.

- Meilicke, Wienand
Die Niederlassungsfreiheit nach „Überseering“
In: GmbH-Rundschau, 2003, Heft 14, S. 793 ff.
Zit.: Meilicke, GmbHHR 2003, S.
- Merkt, Hanno
Die Gründungstheorie gewinnt an Einfluss
In: Recht der Internationalen Wirtschaft, 2003, Heft 6, S. 458 ff.
Zit.: Merkt, RIW 2003, S.
- Merkt, Hanno
Göthel, Stephan
Vorschriften und Ansätze der Quartalsberichterstattung:
Vergleich USA – Deutschland
In: Recht der Internationalen Wirtschaft, 2003, Heft 1, S. 23 ff.
Zit.: Merkt/Göthel, RIW 2003, S.
- Mock, Sebastian
Schildt, Charlotte
Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit Sitz in
Deutschland
In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, 2003,
Heft 7, S. 396 ff.
Zit.: Mock/Schildt, ZInsO 2003, S.
- Müller, Hans-Friedrich
Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit
inländischem Verwaltungssitz
In: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2003,
Heft 9, S. 414 ff.
Zit.: Müller, NZG 2003, S.
- Müller-Bonanni, Thomas
Unternehmensmitbestimmung nach „Überseering“ und
„Inspire Art“
In: GmbH-Rundschau, 2003, Heft 21, S. 1235 ff.
Zit.: Müller-Bonanni, GmbHHR 2003, S.
- Paefgen, Walter
„Deutsche“ Corporations im System des
Gesellschaftskollisionsrechts
In: Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und
Insolvenzrecht, 2003, Heft 11, S. 441 ff.
Zit.: Paefgen, DZWIR 2003, S.

- Priester, Hans-Joachim Die deutsche GmbH nach „Inspire Art“ – brauchen wir eine neue?
In: Der Betrieb, 2005, Heft 24, S. 1315 ff.
Zit.: Priester, DB 2005, S.
- Redeker, Rouven Die Fortführung insolvenzreifer Gesellschaften nach „Inspire Art“
In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, 2005, Heft 19, S. 1035 ff.
Zit.: Redeker, ZInsO 2005, S.
- Riedemann, Susanne Das Auseinanderfallen von Gesellschafts- und Insolvenzstatut
In: GmbHRundschau, 2004, Heft 6, S. 345 ff.
Zit.: Riedemann, GmbHR 2004, S.
- Riegger, Bodo Centros – Überseering – Inspire Art: Folgen für die Praxis
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2004, Heft 3, S. 510 ff.
Zit.: Riegger, ZGR 2004, S.
- Roth, Günter Qualität und Preis am Markt für Gesellschaftsformen
In: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2005, Heft 3, S. 348 ff.
Zit.: Roth, ZGR 2005, S.
- Roth, Wulf-Henning Internationales Gesellschaftsrecht nach „Überseering“
In: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2003, Heft 2, S. 117 ff.
Zit.: Roth, IPRax 2003, S.
- Sandrock, Otto Sitzrecht contra Savigny?
In: Betriebs-Berater, 2004, Heft 17, S. 897 ff.
Zit.: Sandrock, BB 2004, S.
- Sandrock, Otto Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie
In: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, Band 102, 2003, S. 447 ff.
Zit.: Sandrock, ZVglRWiss 2003, S.

- Sandrock, Otto
Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie
In: Betriebs-Berater, 1999, Heft 26, S. 1337 ff.
Zit.: Sandrock, BB 1999, S.
- Schall, Alexander
Englischer Gläubigerschutz bei der Limited in Deutschland
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2005, Heft 22, S. 965 ff.
Zit.: Schall, ZIP 2005, S.
- Schanze, Erich
Hare and Hedgehog Revisited: The Regulation of Markets
that Have Escaped Regulated Markets
In: Journal of Institutional and Theoretical Economics, 151,
1995, S. 162 ff.
Zit.: Schanze, JITE 1995, S.
- Schanze, Erich
Jüttner, Andreas
Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und
Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung „Inspire Art“
In: Aktiengesellschaft, 2003, Heft 12, S. 661 ff.
Zit.: Schanze/Jüttner, AG 2003, S.
- Schmidt, Karsten
Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH
In: Neue Juristische Wochenschrift, 2001, Heft 49, S. 3577 ff.
Zit.: Schmidt, NJW 2001, S.
- Schmidt, Karsten
Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH
In: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1994, Heft 11, S. 837 ff.
Zit.: Schmidt, ZIP 1994, S.
- Schön, Wolfgang
Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht
In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und
Wirtschaftsrecht, Band 160, 1996, S. 221 ff.
Zit.: Schön, ZHR 160, 1996, S.
- Schulz, Martin
(Schein-)Auslandsgesellschaften in Europa –
Ein Schein-Problem?
In: Neue Juristische Wochenschrift, 2003, Heft 38, S. 2705 ff.
Zit.: Schulz, NJW 2003, S.

- Schulz, Martin
Sester, Peter
- Höchstrichterliche Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht: Durchbruch der Gründungstheorie nach „Überseering“
In: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 2002, Heft 12, S. 545 ff.
Zit.: Schulz/Sester, EWS 2002, S.
- Schumann, Alexander
- Die englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Haftung bei Insolvenz
In: Der Betrieb, 2004, Heft 14, S. 743 ff.
Zit.: Schumann, DB 2004, S.
- Sedemund, Jan
- Der BFH verabschiedet sich von der Sitztheorie im Steuerrecht
In: Betriebs-Berater, 2003, Heft 26, S. 1362 ff.
Zit.: Sedemund, BB 2003, S.
- Spindler, Gerald
Berner, Olaf
- Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art
In: Recht der Internationalen Wirtschaft, 2004, Heft 1, S. 7 ff.
Zit.: Spindler/Berner, RIW 2004, S.
- Spindler, Gerald
Berner, Olaf
- Inspire Art – Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet
In: Recht der Internationalen Wirtschaft, 2003, Heft 12, S. 949 ff.
Zit.: Spindler/Berner, RIW 2003, S.
- Steindorff, Ernst
- Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung
In: Juristenzeitung, 1999, Heft 23, S. 1140 ff.
Zit.: Steindorff, JZ 1999, S.
- Ulmer, Peter
- Gläubigerschutz bei Scheinauslandsgesellschaften
In: Neue Juristische Wochenschrift, 2004, Heft 17, S. 1201 ff.
Zit.: Ulmer, NJW 2004, S.
- Ulmer, Peter
- Schutzinstrumente gegen die Gefahren aus der Geschäftstätigkeit inländischer Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften mit fiktivem Auslandssitz
In: Juristenzeitung, 1999, Heft 13, S. 662 ff.
Zit.: Ulmer, JZ 1999, S.

- Veit, Martin
Wichert, Joachim
- Unternehmerische Mitbestimmung bei europäischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland nach „Überseering“ und „Inspire Art“
In: Die Aktiengesellschaft, 2004, Heft 1, S. 14 ff.
Zit.: Veit/Wichert, AG 2004, S.
- Vietz, Nadja
- Verabschiedung des Gesetzes über die neue Blitz-GmbH in Spanien
In: GmbH-Rundschau, 2003, Heft 9, S. 523 f.
Zit.: Vietz, GmbHHR 2003, S.
- Wachter, Thomas
- Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sachen Inspire Art Ltd. auf Beratungspraxis und Gesetzgebung
In: GmbH-Rundschau, 2004, Heft 2, S. 88 ff.
Zit.: Wachter, GmbHHR 2004, S.
- Wachter, Thomas
- Errichtung, Publizität, Haftung und Insolvenz von Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften nach „Inspire Art“
In: GmbH-Rundschau, 2003, Heft 21, S. 1254 ff.
Zit.: Wachter, GmbHHR 2003, S.
- Wachter, Thomas
- Frankreich: Die „Ein-Euro-GmbH“ ab 2004
In: GmbH-Report, 2003, Heft 18, R 377 f.
Zit.: Wachter, GmbHHR 2003, R
- Wagner, Klaus
- „Überseering“ und Folgen für das Steuerrecht
In: GmbH-Rundschau, 2003, Heft 12, S. 684 ff.
Zit.: Wagner, GmbHHR 2003, S.
- Walterscheid, Joachim
- Die englische Limited im Insolvenzverfahren
In: Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht, 2006, Heft 3, S. 95 ff.
Zit.: Walterscheid, DZWIR 2006, S.
- Wassermeyer, Franz
- Überseering aus der Sicht des Steuerrechts
In: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2003, Heft 9, S. 257 ff.
Zit.: Wassermeyer, EuZW 2003, S.

- Weller, Marc-Philippe „Inspire Art“: Weitgehende Freiheiten beim Einsatz ausländischer Briefkastengesellschaften
In: Deutsches Steuerrecht, 2003, Heft 42, S. 1800 ff.
Zit.: Weller, DStR 2003, S.
- Weller, Marc-Philippe Scheinauslandsgesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art: Ein neues Anwendungsfeld für die Existenzvernichtungshaftung
In: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2003, Heft 3, S. 207 ff.
Zit.: Weller, IPRax 2003, S.
- Werner, Rüdiger Die Ltd. & Co. KG – eine Alternative zur GmbH & Co. KG?
In: GmbH-Rundschau, 2005, Heft 5, S. 288 ff.
Zit.: Werner, GmbHR 2005, S.
- Westhoff, André Die Gründung einer britischen Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland und die Pflichten ihrer laufenden Geschäftstätigkeit – „How to Set up a Limited?“
In: Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, 2004, Heft 6, S. 289 ff.
Zit.: Westhoff, ZInsO 2004, S.
- Wilhelm, Jan Umgehungsverbote im Recht der Kapitalaufbringung
In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Band 167, 2003, S. 520 ff.
Zit.: Wilhelm, ZHR 167, 2003, S.
- Wilhelm, Jan Zurück zur Durchgriffshaftung – das „KBV“-Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 24.6.2002
In: Neue Juristische Wochenschrift, 2003, Heft 3, S. 175 ff.
Zit.: Wilhelm, NJW 2003, S.
- Zimmer, Daniel Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?
In: Neue Juristische Wochenschrift, 2003, Heft 50, S. 3585 ff.
Zit.: Zimmer, NJW 2003, S.

Zöllner, Wolfgang

Konkurrenz für inländische Kapitalgesellschaften durch
ausländische Rechtsträger, insbesondere durch die
englische Private Limited Company

In: GmbHRundschau, 2006, Heft 1, S. 1 ff.

Zit.: Zöllner, GmbHR 2006, S.

IV. Festschriftbeiträge und Gedenkschriften

Behrens, Peter

Krisensymptome in der Gesellschaftsrechtsangleichung

In: Immenga, Ulrich / Möschel, Wernhard / Reuter, Dieter:

Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 70. Geburtstag,

Baden-Baden, 1996

Verlag Nomos

Zit.: Behrens, FS-Mestmäcker, S.

Buxbaum, Richard

Back to the Future? – From “Centros” to the
“Überlagerungstheorie”

In: Berger, Klaus Peter / Ebke, Werner / Elsing,

Siegfried / Großfeld, Bernhard / Kühne, Gunther:

Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag,

Heidelberg, 2000

Verlag Recht und Wirtschaft

Zit.: Buxbaum, FS-Sandrock, S.

Claussen, Carsten

Betriebswirtschaft und Kapitalersatzrecht

In: Moxter, Adolf / Müller, Hans-Peter / Windmüller, Rolf /

v. Wysocki, Klaus:

Rechnungslegung - Festschrift zum 65. Geburtstag von

Karl-Heinz Forster, Düsseldorf, 1992

Verlag IDW

Zit.: Claussen, FS-Forster, S.

- Goette, Wulf
 Zur systematischen Einordnung des § 64 Abs. 2 GmbHG
 In: Haarmeyer, Hans / Hirte, Heribert / Kirchhof, Hans-Peter / Graf von Westphalen, Friedrich:
 Verschuldung - Haftung - Vollstreckung - Insolvenz:
 Festschrift für Gerhart Kreft zum 65. Geburtstag,
 Recklinghausen, 2004
 Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis
 Zit.: Goette, FS-Kreft, S.
- Koziol, Helmut
 Rezeption der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
 in Österreich
 In: Canaris, Claus-Wilhelm / Heldrich, Andreas / Hopt, Klaus
 / Roxin, Claus / Schmidt, Karsten / Widmaier, Gunter:
 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band II, München, 2000
 Verlag C.H. Beck
 Zit.: Koziol, FS-50 Jahre BGH, Band II, S.
- Leible, Stefan
 Parteiautonomie im IPR – Allgemeines
 Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?
 In: Mansel, Heinz-Peter / Pfeiffer, Thomas / Kronke,
 Herbert / Kohler, Christian / Hausmann, Rainer:
 Festschrift für Erik Jayme, Band I, München, 2004
 Verlag Sellier European Law Publishers
 Zit.: Leible, FS-Jayme, S.
- Lutter, Marcus
 Die Entwicklung der GmbH in Europa und in der Welt
 In: Lutter, Marcus / Ulmer, Peter / Zöllner, Wolfgang:
 Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln, 1992
 Verlag Otto Schmidt
 Zit.: Lutter, FS-100-Jahre-GmbHG, S.
- Reiner, Günter
 Der deliktische Charakter der „Finanzierungsverantwortung“
 des Gesellschafters: Zu den Ungereimtheiten der Lehre vom
 Eigenkapitalersatz
 In: Ebenroth, Carsten / Hesselberger, Dieter / Rinne, Manfred:
 Verantwortung und Gestaltung - Festschrift für Karlheinz
 Boujong zum 65. Geburtstag, München, 1996
 Verlag C.H. Beck
 Zit.: Reiner, FS-Boujong, S.

- Roth, Wulf-Henning
Die Niederlassungsfreiheit zwischen Beschränkungs-
und Diskriminierungsverbot
In: Schön, Wolfgang:
Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln, 1997
Verlag Otto Schmidt
Zit.: Roth, GS-Knobbe-Keuk, S.
- Sandrock, Otto
Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in
einigen zentralen Einzelfragen
In: Sandrock, Otto:
Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin, 1979
Verlag de Gruyter
Zit.: Sandrock, FS-Beitzke, S.
- Schmidt, Karsten
Das internationale Unternehmensrecht als Lehrmeister des
Insolvenzrechts
In: Hübner, Ulrich / Ebke, Werner:
Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag,
Heidelberg, 1999
Verlag Recht und Wirtschaft
Zit.: Schmidt, FS-Großfeld, S.
- Schön, Wolfgang
Die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften im
System der Grundfreiheiten
In: Schneider, Uwe / Hommelhoff, Peter / Schmidt, Karsten /
Timm, Wolfram / Grunewald, Barbara / Drygala, Tim:
Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln, 2000
Zit.: Schön, FS-Lutter, S.
- Wiedemann, Herbert
Konzernrecht
In: Canaris, Claus-Wilhelm / Heldrich, Andreas / Hopt, Klaus /
Roxin, Claus / Schmidt, Karsten / Widmaier, Gunter:
50 Jahre Bundesgerichtshof, Band II, München, 2000
Verlag C.H. Beck
Zit.: Wiedemann, FS-50 Jahre BGH, Band II, S.

Wymeersch, Eddy

Centros: A Landmark Decision in European Company Law
In: Baums, Theodor / Hopt, Klaus / Horn, Norbert:
Corporations, Capital Markets and Business in the Law –
Liber Amicorum Richard M. Buxbaum The Hague, 2000
Verlag Kluwer Law International
Zit.: Wymeersch, Liber Amicorum Buxbaum, S.

